

جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي
كلية الحقوق و العلوم السياسية

التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص
تخصص أحوال شخصية

تحت إشراف الدكتور:

- شبل بدر الدين

من إعداد الطالب :

- يومبعي عبد اللطيف

لجنة المناقشة

الدكتور : المكي الدراجي رئيسا

الدكتور : بدر الدين شبل مشرفا

الدكتور : فاروق خلف مناقشا

الدكتور : محمد رشيد بوغزالة مناقشا

الأستاذ : بجاق محمد مدعوا

السنة الجامعية: 2014- 2015

شكر و تقدير

اللهم صل على سيدنا الفاتح لما أغلق و الخاتم لما سبق ناصر الحق بالحق و الهادي إلى صراطك المستقيم و على ءاله حق قدره و مقداره العظيم.
الحمد لله الذي وفقني على إتمام هذا البحث، و من كرم مولاي على قبول السيد الدكتور شبل بدر الدين الاشراف علي في مذكرتي هذه، له مني جزيل الشكر و التقدير.

كما أنني لا انسى أبدا، أبدا، أبدا..... وقوف اخي الأستاذ شريف وكواك معي في كل صغيرة و كبيرة في هذا البحث بالنصح و التوجيه و التحفيز جزاه الله عني، حيث أنني لا أستطيع أن أوفيه حقه.
إلى كل من أعانني من قريب و بعيد في إتمام هذا البحث لهم مني شكري الخاص.

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى.....

- روح والدي الكريم سيدي رشاد الذي جاد في تعليمي ووقف إلى جانبي، إلى أن توفاه الله إليه متغمدًا إياه برحمته الواسعة في فردوسه الأعلى في مقعد صدق عند مليك مقتدر.
- والدتي العزيزة سيدتي وسنادي أُمي خديجة من ربتني صغيرا وترعاني كبيرا بالتوجيه و النصح و الدعاء لي صباحا و مساء، أمدّها الله بالصحة و العافية وطول العمر.
- إلى كل مشايخي و أساتذتي و معلمي، من علموني أخذ القلم بيدي و كتابة الألف و الباء.
- إلى زوجتي من أعانتني في بحثي هذا من بدايته إلى نهايته، وإلى ولدي ميسون و محمد الهادي، نور الله لهما و سهل لهما طريقا للعلم المفيد لهما و للمجتمع والوطن.
- إلى كل أخوتي و أخواتي و بالأخص إلى روح أخوي رحمهما الله.
- إلى كل الأصدقاء و الأحبة ، إلى كل من أعانني من قريب و بعيد.

يقول سيدنا محمد ﷺ

« لا ضرر ولا ضرار »

حديث حسن رواه ابن ماجه و الدار قطني و رواه مالك في الموطأ

المقدمة

إن الزواج من الواجبات الشرعية وكذا هو ضرورة بيولوجية، شرع لبناء أسرة لتكون اللبنة الاولى في البناء الاجتماعي مصداقا لقول الله تعالى: وَمِنْ-آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ

إن من قوام الحياة الزوجية السكينة و المودة و الرحمة القائمة بين الزوجين، ولكن من طبيعة البشر أن يحدث تصادم بين طبائع الزوجين أثناء العلاقة الزوجية، وتحدث مشاكل منها ما يمكن معالجته وإيجاد حلول له، ولكن بعض المشاكل بالاستحالة بمكان أن تكون لها حلول آنية وموقفة لسيرورة المشكل، حتى يتحول إلى حالة شقاق بين الزوجين ويستعصى معه الاحتواء، وتستحيل معه مواصلة العشرة الزوجية، فيكون في هذه الحالة أن آخر الدواء الكي، أي بوضع نهاية للحياة الزوجية، وذلك بفكها، ويكون فك الرابطة الزوجية إما بالطلاق بالارادة المنفردة للزوج، أو بالتراضي بين الزوجين، أو عن طريق الخلع بطلب من الزوجة، أو بطلب التطلاق.

والطلاق كما أشار له المشرع الجزائري في المادة 48 من قانون الأسرة أنه حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج، أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون و استعمل المشرع كلمة حل التي تشمل طرق انحلال الزواج أو صور الطلاق سواء بالارادة المنفردة أو بالتراضي أو بواسطة الحكم القضائي.

ولقد اجمع علماء الشريعة الاسلامية من أيام الرسول صلى الله عليه و سلم إلى يومنا هذا، على أن للرجل أن يطلق زوجته، ولم ينكر أحد هذه الاباحة إلا إذا كانت بدون عذر.

ولقد دل القياس على الطلاق أيضا، لأن العشرة إذا فسدت بين الزوجين و لم يكن في الاستطاعة دوامها، يكون بقاء الزواج بإمساك الزوجة التي لا تطاق معاشرتها تقويتا لمقاصد الزواج، وتضييعا لمصالحه التي شرع من أجلها، لذلك شرع الطلاق في الاسلام رفعا للضرر اللاحق بأحد الزوجين، فيلتمس كلاهما من هو خير له و أحسن معاملة و أكرم عشرة، لقوله سبحانه وتعالى: وَإِنْ يَتَّبِعَا فَايُغِيْهِ اللَّهُ كَلَّا مِّنْ سَعَتِهِۦ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا، ولذلك فإن جل العلماء يقررون أن الاصل في الطلاق الحظر إلا أن تدعوا إليه حاجة أو يقتضيه سبب.

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

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

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

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

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

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

وفي حال تمسك الزوجة بمواصلة العشرة الزوجية، وعدم رضاها بالطلاق فإنها وبحكم الامر الواقع، لا تستطيع ثني الزوج عن إيقاع الطلاق، وهذا ما يسمى بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، أي

استعمال حق العصمة بشكل تعسفي، فإنه لا محالة بأن يصيب الزوجة أضراراً من جراء هذا الطلاق التعسفي، سواء من الناحية المادية، أو من الناحية المعنوية.

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

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

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

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

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

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

وكذا من الأسباب الداعية، لخوض غمار هذا الموضوع، نوعية الطلاق التعسفي ونوعية الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي، وكذا ما ينطوي عليه التعويض من دقة.

وإسهاماً مني، ولو بشكل بسيط و محتشم، في زيادة الوعي الذي بدا ملحوظاً، في وقتنا الحاضر لطلبات التعويض عن الطلاق التعسفي في الدعاوى المرفوعة.

ومحاولة مني إلى تكريس ثقافة الحد من الطلاق التعسفي، واضعف الايمان محاولة إيجاد توازن على الأقل بين الطلاق التعسفي و التعويض لخلق نوعا من العدالة.

الإشكالية: وتتمثل الاشكالية المطروحة في هذا البحث فيما يلي:

ما هي الطبيعة القانونية للطلاق التعسفي، و ما هو الأساس المعتمد في تحديد الضرر وتقدير التعويض الناجم عنه وفقا لمبادئ الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري؟

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

ونظرا لطبيعة هذا الموضوع، فإن المنهجين التحليلي والوصفي، يفرضان نفسيهما مما يجعلني أسلكهما في إنجاز هذا البحث، أما المنهج المقارن فقد فرض نفسه في بعض أجزاء الموضوع، مما جعلني أسلكه في هذه الاجزاء فقط، وهذا ليس من أجل المقارنة وإنما جعلته كأداة من أدوات المساعدة للدراسة.

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

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

أما المبحث الثاني فكان تحت عنوان التعسف في استعمال الحق في الطلاق، حيث تطرقت فيه من خلال ثلاثة مطالب إلى مفهوم التعسف في استعمال الحق كمطلب أول، ثم إلى علاقة التعسف بالطلاق كمطلب ثاني، ثم خصصت مفهوم الضرر في الطلاق التعسفي للمطلب الثالث. أما الفصل الثاني كان تحت عنوان تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي، وفصلت هذا الفصل في مبحثين.

المبحث الاول منه تحت عنوان التعويض عن الطلاق التعسفي وعلاقته بالمتعة في القانون الجزائري، وتناولت في هذا المبحث مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي في المطلب الاول، أما المطلب الثاني فتطرقت فيه إلى علاقة التعويض عن الطلاق التعسفي بالمتعة.

والمبحث الثاني كان تحت عنوان سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي حيث تم تقسيمه إلى ثلاثة مطالب، ففي المطلب الأول تناولت إجراءات دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي، أما في المطلب الثاني فقد تناولت أساس وكيفية تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي، وأدرجت في المطلب الثالث رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع في تقديره للتعويض عن الطلاق التعسفي

الفصل الأول/ الطلاق التعسفي في القانون الجزائري:

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

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

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

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

المبحث الأول/ مفهوم الطلاق ومشروعيته.

المبحث الثاني/ التعسف في استعمال الحق في الطلاق

المبحث الأول/ مفهوم الطلاق ومشروعيته

لقد سائر قانون الأسرة الجزائري الاحكام الشرعية و أباح الطلاق مع النظر إليه على أنه ضرورة لابد منها في بعض الحالات، لكنه لم يغفل عما يترتب عليه من الاضرار التي تصيب الاسرة، خصوصا الأولاد، لكن الضرر يكون أكبر إذا أبقى على الحياة الزوجية المضطربة على كره من الزوجين.

وقد تطرق المشرع الجزائري إلى تعريف للطلاق في نص المادة 48 منه مع الإشارة أن الطلاق لا يثبت إلا بصدر حكم من القاضي وبعد عدة محاولات صلح يجريها.

والطلاق قبل أن ينظمه المشرع الجزائري في قانون الاسرة، فقد نظمتة الشريعة الاسلامية في أهم مصادرها، الكتاب والسنة، لكن اختلف علماء الشريعة في حكم الطلاق بين الحظر و الاباحة.

ومن أجل الإحاطة بالطلاق من حيث المفهوم ومن حيث المشروعية توجب علينا تقسيم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين :

المطلب الاول/ مفهوم الطلاق

المطلب الثاني/ مشروعية الطلاق

المطلب الأول/ مفهوم الطلاق :

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

الفرع الأول/تعريف الطلاق

الفرع الثاني/شروط الطلاق

الفرع الثالث/أنواع الطلاق

الفرع الأول/تعريف الطلاق:

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

أولاً/ الطلاق في اللغة :

الطلاق في اللغة يرجع إلى عدة معاني¹ ومنها :

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

*/ الفراق : ومنه طلقت البلاد فارقتها .

*/ التخلية : ومنه أطلقت الأسير أي خليته .

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

*/ من لا قيد عليه : ومنه و حبسوه في السجن طلقا ، أي بغير قيد ، و الطالق من الإبل التي لا قيد عليها، بمعنى حل القيد و الإطلاق، ومنه ناقة طالق، أي مرسلة بلا قيد ، و أسير مطلق ، أي حل قيده و خلي عنه .

و طلاق النساء يأتي لمعنيين² : أحدهما: حل عقدة النكاح، والآخر: بمعنى التخلية و الإرسال.

1- ابن منظور، الإمام العلامة جمال الدين إبي الفضل محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري الإفريقي المصري، لسان العرب، حققه وعلق عليه ووضع حواشيه عامر أحمد حيدر وراجع عبد المنعم خليل إبراهيم، دار لسان العرب، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى،

2003، الجزء العاشر، ص 271-272.

2- نفس المرجع، ص 272.

لكن العرف خص الطلاق بحل القيد المعنوي وهو في المرأة، فيقال: طلق الرجل زوجته، فهي طالق، وطلقت المرأة من زوجها طلاقاً، أي: تحللت من قيد الزواج وخرجت من عصمته¹.

ثانياً/الطلاق في الاصطلاح:

لقد جاءت تعريفات فقهاء المذاهب للطلاق متقاربة فيما بينها منها:

*/ عرفه الحنفية بأنه²: "رفع قيد النكاح حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص".

*/ وعرفه المالكية بأنه³: "صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجه".

*/ كما عرفه الشافعية⁴ بأنه: "حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه".

*/ وعرفه الحنابلة⁵ بأنه: "حل قيد النكاح أو بعضه".

فمن خلال التعريفات السابقة فإن نجد أنها متفقة على أن الطلاق "رفع قيد النكاح وحله" ولكن منهم من يرى ومن بينهم جميل فخري محمد جانم أن أدق هذه التعريفات، هو تعريف الحنفية القائل بأن الطلاق هو "رفع قيد النكاح حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص".⁶

ثالثاً/ تعريف الطلاق في قانون الأسرة :

وقد عرف المشرع الجزائري الطلاق في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري بقوله: (الطلاق حل عقد الزواج، و يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون). واستعمل المشرع كلمة حل التي تشمل طرق انحلال

1- بن منظور، المرجع السابق، ص 272.

2- ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مع تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف، دراسة وتحقيق وتعليق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، قدم له وقرظه محمد بكر إسماعيل، كلية الدراسات جامعة الأزهر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1994، الجزء الثالث، ص 227. وانظر ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الجزء الثالث، ص 447.

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

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

5- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، طبعة عالم الكتب، بيروت، لبنان، الجزء الخامس، ص 232.

6- جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2009، ص 19.

الزواج أو صور الطلاق سواء بالإرادة المنفردة أو بالتراضي أو بواسطة الحكم القضائي¹. وقانون الأسرة الجزائري في تعريفه للطلاق لم يخرج من دائرة الفقه الاسلامي، فقد عرفه بأنه (حل عقد الزواج) فهو يوافق تعريف ابن قدامه الذي عرفه بـ (حل قيد النكاح) وغيره أيضا.

الفرع الثاني/ شروط الطلاق:

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

أولا/ الشروط المتعلقة بالمطلق (الزوج) :

اتفق الفقهاء في الشريعة الاسلامية على مجموعة من الشروط متعلقة بالمطلق يجب توفرها وهي²:

1- أن يكون زوجا : أي أنه بينه وبين من يريد تطليقها عقد زواج صحيح، فلو قال قبل أن يتزوجها، إذا تزوجت فلانة فهي طالق فلا عبرة بقوله، ولا يعتد به لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه و سلم (لا نذر لابن آدم فيما لا يملك، ولا عتق له فيما لا يملك، ولا طلاق له فيما لا يملك)³

2- أن يكون بالغا : وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم وقوع طلاق الصغير مميزا كان أو غير مميز، لأن الطلاق ضرر محض، فلا يملكه الصغير وكذلك لا يملكه وليه، لحديث عائشة أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال (رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ وعن

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

2- ابن رشد القرطبي، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق وتعليق ودراسة علي محمد معوض و وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الرابعة، 2007، المجلد الرابع، ص 371، نقلا عن الدكتور محمد خضر قادر، دور الإرادة في احكام الزواج و الطلاق و الوصية، دراسة فقهية مقارنة، دار اليازوري العلمية للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، الطبعة 2010، ص 215.

3- الترمذي، أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة، سنن الترمذي، الجامع الصحيح، حقق أصوله وخرج أحاديثه على الكتب الستة و رقمه حسب المعجم المفهرس و تحفة الأشراف الشيخ خليل مأمون شيحا، دار المعرفة للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2002، رقم الحديث 1181، ص 499 .

الصبي حتى يشب و عن المعتوه حتى يعقل ¹.

إلا ان الحنابلة يفرقون بين الصبي الذي لا يعقل معنى الطلاق و بين الصبي الذي يعقل معنى الطلاق ، ففي الصبي الذي لا يعقل معنى الطلاق، اتفق الجمهور بعدم طلاقه، أما في الصبي الذي يعقل معنى الطلاق، ويدرك أنه لسبب حرمة زوجته عليه، فذهبوا إلى وقوع طلاقه²، ويستدل قوله صلى الله عليه و سلم : (يأيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده أمتة ثم يريد أن يفرق بينهما إنما الطلاق لمن أخذ بالساق)³.

3- أن يكون عاقلا : فلا يقع طلاق المجنون ومن في حكمه⁴ (كالمعتوه، او مختل العقل بسبب ما..) لفقدان الأهلية وانعدام الإرادة، و إذا أرادت زوجة المجنون أو المعتوه التطليق من زوجها، فإنها ترفع أمرها إلى القضاء، وقد ورد عن رسول الله صلى الله عليه و سلم قوله: (كل طلاق جائز، إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله)⁵.

فالمجنون ولو كان جنونه متقطعا ولا يصح طلاقه، ولا يحتسب إلا بعد الإفاقة، ومثله المغمى عليه، و المعتوه الذي ضعف عقله وإدراكه مع تخطيط الكلام، وكل من اختل عقله لكبر، أو مرض، أو لمصيبة فاجأته، أو غضب شديد لحقه، وهو المدهوش الذي فقد تمييزه من غضب أو غيره فلا يدري ما يقول،فهؤلاء طلاقهم غير واقع لانتهاء الإرادة منهم⁶،وفي هذا يقول عليه الصلاة والسلام : (لا طلاق ولا عتاق في إغلاق)⁷ والمراد بالإغلاق هاهنا، أن يقفل على الشخص باب الإدراك و القصد، فلا يدري ما يقول وما يفعل.

1- الترمذي، المرجع السابق، رقم الحديث 1423، ص 597.

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

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

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

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

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

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

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

4- أن يكون لديه قصد واختيار : يشترط بالاتفاق¹ القصد في الطلاق وهو إرادة التلفظ به، ولو لم ينوه، أي إرادة لفظ الطلاق لمعناه، بآلا يقصد الطلاق غير المعنى الذي وضع له، لا يقع الطلاق، إلا ان الحنفية لم يشترطوا في من يقع طلاقه أن يكون مختاراً، بل يقع عندهم طلاق المختار و المكروه².

ثانياً/ الشروط المتعلقة بالمطلقة (الزوجة) :

اشتراط الفقهاء³ في المطلقة التي يقع عليها الطلاق عدة شروط هي :

1- قيام الزوجية حقيقة أو حكماً:

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

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

وكذلك إذا كانت معتدة من طلاق بائن بينونة صغرى، فلا يلحقها طلاق آخر عند الجمهور غير الحنفية، لانتهاء رابطة الزوجية بالطلاق البائن، فلا يكون محل للطلاق. أما عند الحنفية فيلحقها طلاق آخر في أثناء العدة⁴.

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

1- ابن الهمام، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص468.

2- نفس المرجع، الجزء الثالث، ص469.

3- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص 336 .

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

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

2- تعيين المطلقة بالإشارة أو الصفة أو النية :

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

الفرع الثالث/أنواع الطلاق:

للطلاق عدة أنواع وتقسيمات و الكثير من يخلط بين الأنواع و التقسيمات ولتفادي هذا الخلط، علينا إيجاد المعيار الذي بموجبه التمييز بين أنواع الطلاق، ومن بين هذه المعايير يمكن أن نعتمد، معيار اعتبار الرجعة وعدمها ومعيار البيونة ومعيار اعتبار الصيغة .
أولاً/باعتبار الرجعة و عدمها: ينقسم الطلاق باعتبار الرجعة وعدمها إلى قسمين، طلاق رجعي و طلاق بائن وبيان ذلك كالآتي :

1- الطلاق الرجعي:

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

والطلاق الرجعي هو الأصل في الطلاق لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾¹ وعليه يكون كل طلاق رجعياً، إلا الطلاق قبل الدخول، أو الطلاق على مال، أو ما كان للثلاث وهذا عند جل جمهور الفقهاء.

1- سورة البقرة، الآية 228.

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

- إذا كان الطلاق بعد الدخول بصريح الطلاق إذا كان واحداً أو اثنين.
- ألفاظ الكناية التي لا تفيد معنى الشدة وهي ثلاثة ألفاظ (اعتدي، واستبرئي رحمك، وأنت واحدة)¹.

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

فما دامت العدة لم تنقض، فالزوجة قائمة حكماً، فيكون للزوج حق المراجعة إذا شاء. وتبقى الحقوق الزوجية ثابتة لكل واحد منهما على صاحبه ولا يمنع التوارث بينهما إذا مات أحدهما في العدة.

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

2- الطلاق البائن :

وينقسم الطلاق البائن بدوره إلى قسمين، طلاق بائن بينونة صغرى وطلاق بائن بينونة كبرى²:
أ/ 1 الطلاق البائن بينونة صغرى³ : هو الطلاق الذي لا يملك فيه الزوج مراجعة زوجته إلا بعقد ومهر جديدين، وبرضاها.

ويكون الطلاق بائناً في الحالات التالية:

- الطلاق قبل الدخول: لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمِنْ تَعَوُّهُنَّ وَسِرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾⁴

فقد نفى سبحانه وتعالى العدة عن المطلقة قبل الدخول وبانتفائها تنتفي الرجعة.

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

2- تيسير رجب التميمي، الطلاق بين تعسف المطلق و تفريق القاضي، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2009، ص 84.

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

4- سورة الأحزاب، الآية 49.

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

- ما يوقعه القاضي عند تحقق الضرر.

- إذا انقضت العدة و لم يراجعها.

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

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

يقول ابن حزم : ولا يكون إذا كان الطلاق مشبها بما يدل على البينونة مثل أنت طالق تطليقة كالجبل، أو أنت طالق بائن أو البتة.

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

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

- إذا كان الطلاق مقرونا بعدد نسا أو إشارة.

- إذا انتهت العدة من الطلاق الرجعي.

- إذا كان الطلاق بلفظ من ألفاظ الكنايات ما عدا ألفاظ الثلاثة التي يقع بها رجعيًا وهي (اعتدي، استبرئي رحمك، أنت واحدة) فإن قال أنت خلية أو برة أو حبلك على غارك أو ألحقي بأهلك تقع طلقة بائنة إن نوى الطلاق أو كانت هناك قرينة أو دلالة حالة تدل على ذلك.

أما عند ابن حزم فكل الطلاق ن طلاقا بائنا أبدا إلا في موضعين لا ثالث لهما¹:

- أحدهما، طلاق غير الموطوء لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ

ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمِئْعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ۖ﴾²

1- أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى ، تحقيق أحمد محمد شاكر، لجنة إحياء التراث العربي، دار

الجيل، بيروت، لبنان، دون طبعة وتاريخ طبع، الجزء العاشر، ص 216.

2- سورة الأحزاب، الآية 49.

- و الثاني : طلاق الثلاث مجموعة أو مفرقة لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ، فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُفِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ ﴾¹.

2/ آثار الطلاق البائن بينونة صغرى :

- بمجرد وقوعه تقع كل الحقوق الزوجية إلا ما كان من نفقة المعتدة وسكناها.
- لا يمكن للزوج أن يراجع زوجته، إلا بمهر وعقد جديدين ويشترط رضاها.
- يحتسب من الطلقات التي يملكها الزوج.
- ب. الطلاق البائن بينونة كبرى : هو الطلاق الذي لا يملك فيه الزوج ارجاع مطلقته، لا في عدتها ولا بعد انتهائها، إلا بعد أن تتكح زوجا آخر نكاحا صحيحا، ويدخل بها دون إرادة تحليل ثم يفارقها بموته أو طلاقه، ثم انتهت عدتها منه، فيعقد عليها الأول بعقد جديد ومهر جديد و إرادة جديدة².
- و الحالات التي يقع فيها الطلاق بائنا بينونة كبرى :

- الطلاق المكمل للثلاث: يقع الطلاق بائنا بينونة كبرى إذا كان مكملا للطلقات الثلاث، بان يكون الزوج قد طلق زوجته طلقتين سابقتين ثم أتبعها بالطلقة الثالثة بدليل نص الآية السالفة الذكر.

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

وقد اختلف الفقهاء في وقع الطلاق بالثلاث من عدمه ،فمنهم من قال أنه طلاق مباح لازم وهو قول الإمام الشافعي ورواية عن الإمام أحمد ورأي ابن حزم الظاهري، أما قولهم طلاق محرم لازم فهو قول الإمام مالك وأبي حنيفة ورواية عن أحمد ، ويكون الطلاق بالثلاث طلاقا محرما ولا يلزم منه إلا طلقة واحدة نقلا عن الزبير بن العوام وعبد الرحمن بن عوف ويروى عن علي وابن مسعود وابن عباس وروى عن بعض التابعين منهم ، كما أن صيغة الطلاق بالثلاث لا يقع بها شيئا مطلقا

1- سورة البقرة، الآية 230.

2- أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المرجع السابق ، ص 177.

وهو قول لبعض المعتزلة و الشيعة¹.

ثانيا/باعتبار الصيغة :

ينقسم الطلاق باعتبار الصيغة إلى طلاق منجز، معلق، مضاف و الحلف بالطلاق:

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

والصيغة المنجزة هي كل عبارة أراد بها الزوج إيقاع الطلاق فور صدورها منه، دون توقف على

تحقق شرط ، أو مجيئ زمن ، مثل أن يقول لزوجته أنت طالق، وهو يقع فورا بمجرد التلفظ بعبارته، وتترتب عليه جميع آثاره المقررة شرعا².

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

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

وقد ذهب جمهور الفقهاء بوقوع الطلاق المعلق يقع متى وجد المعلق عليه أي متى تحقق

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

2- بدران أبو العينين بدران، الزواج و الطلاق في الاسلام فقه مقارن بين المذاهب السنية و المذهب الجعفري والقانون، مؤسسة شباب الأسكندرية، دون طبعة وتاريخ طبع، ص 576.

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

الشرط في المستقبل، أما الظاهرية و الجعفرية فيقولون بعدم وقوع الطلاق المعلق أصلاً¹.

4- الحلف بالطلاق : وهو ما يقصد به الحث على فعل شيء أو تركه دون أن يكون للزوج رغبة في الطلاق أو الوطر كأن يقول بالطلاق لأفعلن كذا أو يقول يلزمني الطلاق إن لم أفعل كذا، أو غير ذلك من التعبيرات الأخرى المتداولة بين الناس².

فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يقع الطلاق إذا حنث في يمينه، وذهب علي بن أبي طالب و شريح وطاووس وعكرمة، والشيعة الإمامية والظاهرية، وابن تيمية وتلميذه ابن القيم الجوزية، إلى أن الطلاق بصيغة الحلف (أو الحلف بالطلاق) لا يقع لأن اليمين بغير الله تعالى لا تجوز³.

الفرع الرابع/القيود الواردة على الطلاق :

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

- أولاً/القيود الديني :

يتقيد حق الزوج في إيقاع الطلاق بما تنقيد به الحقوق على وجه العموم في الشريعة الإسلامية، فهو يتقيد بوجوب أن يكون استعماله متجها لتحقيق الحكمة التي من أجلها شرع، وبأن لا يكون بطريقة هي في ذاتها مسببة لضرر يلحق بالمطلقة فوق ما يصيبها من ألم فك الرابطة الزوجية⁴، فمن ذلك :

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

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

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

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

أ. شرع الطلاق للحكمة التي اقتضته: يقول سبحانه وتعالى: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَخُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوّاً وَادْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ۝ ١ ١٠٠ ١٠١ ١٠٢ ١٠٣ ١٠٤ ١٠٥ ١٠٦ ١٠٧ ١٠٨ ١٠٩ ١١٠ ١١١ ١١٢ ١١٣ ١١٤ ١١٥ ١١٦ ١١٧ ١١٨ ١١٩ ١٢٠ ١٢١ ١٢٢ ١٢٣ ١٢٤ ١٢٥ ١٢٦ ١٢٧ ١٢٨ ١٢٩ ١٣٠ ١٣١ ١٣٢ ١٣٣ ١٣٤ ١٣٥ ١٣٦ ١٣٧ ١٣٨ ١٣٩ ١٤٠ ١٤١ ١٤٢ ١٤٣ ١٤٤ ١٤٥ ١٤٦ ١٤٧ ١٤٨ ١٤٩ ١٥٠ ١٥١ ١٥٢ ١٥٣ ١٥٤ ١٥٥ ١٥٦ ١٥٧ ١٥٨ ١٥٩ ١٦٠ ١٦١ ١٦٢ ١٦٣ ١٦٤ ١٦٥ ١٦٦ ١٦٧ ١٦٨ ١٦٩ ١٧٠ ١٧١ ١٧٢ ١٧٣ ١٧٤ ١٧٥ ١٧٦ ١٧٧ ١٧٨ ١٧٩ ١٨٠ ١٨١ ١٨٢ ١٨٣ ١٨٤ ١٨٥ ١٨٦ ١٨٧ ١٨٨ ١٨٩ ١٩٠ ١٩١ ١٩٢ ١٩٣ ١٩٤ ١٩٥ ١٩٦ ١٩٧ ١٩٨ ١٩٩ ٢٠٠ ٢٠١ ٢٠٢ ٢٠٣ ٢٠٤ ٢٠٥ ٢٠٦ ٢٠٧ ٢٠٨ ٢٠٩ ٢١٠ ٢١١ ٢١٢ ٢١٣ ٢١٤ ٢١٥ ٢١٦ ٢١٧ ٢١٨ ٢١٩ ٢٢٠ ٢٢١ ٢٢٢ ٢٢٣ ٢٢٤ ٢٢٥ ٢٢٦ ٢٢٧ ٢٢٨ ٢٢٩ ٢٣٠ ٢٣١ ٢٣٢ ٢٣٣ ٢٣٤ ٢٣٥ ٢٣٦ ٢٣٧ ٢٣٨ ٢٣٩ ٢٤٠ ٢٤١ ٢٤٢ ٢٤٣ ٢٤٤ ٢٤٥ ٢٤٦ ٢٤٧ ٢٤٨ ٢٤٩ ٢٥٠ ٢٥١ ٢٥٢ ٢٥٣ ٢٥٤ ٢٥٥ ٢٥٦ ٢٥٧ ٢٥٨ ٢٥٩ ٢٦٠ ٢٦١ ٢٦٢ ٢٦٣ ٢٦٤ ٢٦٥ ٢٦٦ ٢٦٧ ٢٦٨ ٢٦٩ ٢٧٠ ٢٧١ ٢٧٢ ٢٧٣ ٢٧٤ ٢٧٥ ٢٧٦ ٢٧٧ ٢٧٨ ٢٧٩ ٢٨٠ ٢٨١ ٢٨٢ ٢٨٣ ٢٨٤ ٢٨٥ ٢٨٦ ٢٨٧ ٢٨٨ ٢٨٩ ٢٩٠ ٢٩١ ٢٩٢ ٢٩٣ ٢٩٤ ٢٩٥ ٢٩٦ ٢٩٧ ٢٩٨ ٢٩٩ ٣٠٠ ٣٠١ ٣٠٢ ٣٠٣ ٣٠٤ ٣٠٥ ٣٠٦ ٣٠٧ ٣٠٨ ٣٠٩ ٣١٠ ٣١١ ٣١٢ ٣١٣ ٣١٤ ٣١٥ ٣١٦ ٣١٧ ٣١٨ ٣١٩ ٣٢٠ ٣٢١ ٣٢٢ ٣٢٣ ٣٢٤ ٣٢٥ ٣٢٦ ٣٢٧ ٣٢٨ ٣٢٩ ٣٣٠ ٣٣١ ٣٣٢ ٣٣٣ ٣٣٤ ٣٣٥ ٣٣٦ ٣٣٧ ٣٣٨ ٣٣٩ ٣٤٠ ٣٤١ ٣٤٢ ٣٤٣ ٣٤٤ ٣٤٥ ٣٤٦ ٣٤٧ ٣٤٨ ٣٤٩ ٣٥٠ ٣٥١ ٣٥٢ ٣٥٣ ٣٥٤ ٣٥٥ ٣٥٦ ٣٥٧ ٣٥٨ ٣٥٩ ٣٦٠ ٣٦١ ٣٦٢ ٣٦٣ ٣٦٤ ٣٦٥ ٣٦٦ ٣٦٧ ٣٦٨ ٣٦٩ ٣٧٠ ٣٧١ ٣٧٢ ٣٧٣ ٣٧٤ ٣٧٥ ٣٧٦ ٣٧٧ ٣٧٨ ٣٧٩ ٣٨٠ ٣٨١ ٣٨٢ ٣٨٣ ٣٨٤ ٣٨٥ ٣٨٦ ٣٨٧ ٣٨٨ ٣٨٩ ٣٩٠ ٣٩١ ٣٩٢ ٣٩٣ ٣٩٤ ٣٩٥ ٣٩٦ ٣٩٧ ٣٩٨ ٣٩٩ ٤٠٠ ٤٠١ ٤٠٢ ٤٠٣ ٤٠٤ ٤٠٥ ٤٠٦ ٤٠٧ ٤٠٨ ٤٠٩ ٤١٠ ٤١١ ٤١٢ ٤١٣ ٤١٤ ٤١٥ ٤١٦ ٤١٧ ٤١٨ ٤١٩ ٤٢٠ ٤٢١ ٤٢٢ ٤٢٣ ٤٢٤ ٤٢٥ ٤٢٦ ٤٢٧ ٤٢٨ ٤٢٩ ٤٣٠ ٤٣١ ٤٣٢ ٤٣٣ ٤٣٤ ٤٣٥ ٤٣٦ ٤٣٧ ٤٣٨ ٤٣٩ ٤٤٠ ٤٤١ ٤٤٢ ٤٤٣ ٤٤٤ ٤٤٥ ٤٤٦ ٤٤٧ ٤٤٨ ٤٤٩ ٤٥٠ ٤٥١ ٤٥٢ ٤٥٣ ٤٥٤ ٤٥٥ ٤٥٦ ٤٥٧ ٤٥٨ ٤٥٩ ٤٦٠ ٤٦١ ٤٦٢ ٤٦٣ ٤٦٤ ٤٦٥ ٤٦٦ ٤٦٧ ٤٦٨ ٤٦٩ ٤٧٠ ٤٧١ ٤٧٢ ٤٧٣ ٤٧٤ ٤٧٥ ٤٧٦ ٤٧٧ ٤٧٨ ٤٧٩ ٤٨٠ ٤٨١ ٤٨٢ ٤٨٣ ٤٨٤ ٤٨٥ ٤٨٦ ٤٨٧ ٤٨٨ ٤٨٩ ٤٩٠ ٤٩١ ٤٩٢ ٤٩٣ ٤٩٤ ٤٩٥ ٤٩٦ ٤٩٧ ٤٩٨ ٤٩٩ ٥٠٠ ٥٠١ ٥٠٢ ٥٠٣ ٥٠٤ ٥٠٥ ٥٠٦ ٥٠٧ ٥٠٨ ٥٠٩ ٥١٠ ٥١١ ٥١٢ ٥١٣ ٥١٤ ٥١٥ ٥١٦ ٥١٧ ٥١٨ ٥١٩ ٥٢٠ ٥٢١ ٥٢٢ ٥٢٣ ٥٢٤ ٥٢٥ ٥٢٦ ٥٢٧ ٥٢٨ ٥٢٩ ٥٣٠ ٥٣١ ٥٣٢ ٥٣٣ ٥٣٤ ٥٣٥ ٥٣٦ ٥٣٧ ٥٣٨ ٥٣٩ ٥٤٠ ٥٤١ ٥٤٢ ٥٤٣ ٥٤٤ ٥٤٥ ٥٤٦ ٥٤٧ ٥٤٨ ٥٤٩ ٥٥٠ ٥٥١ ٥٥٢ ٥٥٣ ٥٥٤ ٥٥٥ ٥٥٦ ٥٥٧ ٥٥٨ ٥٥٩ ٥٦٠ ٥٦١ ٥٦٢ ٥٦٣ ٥٦٤ ٥٦٥ ٥٦٦ ٥٦٧ ٥٦٨ ٥٦٩ ٥٧٠ ٥٧١ ٥٧٢ ٥٧٣ ٥٧٤ ٥٧٥ ٥٧٦ ٥٧٧ ٥٧٨ ٥٧٩ ٥٨٠ ٥٨١ ٥٨٢ ٥٨٣ ٥٨٤ ٥٨٥ ٥٨٦ ٥٨٧ ٥٨٨ ٥٨٩ ٥٩٠ ٥٩١ ٥٩٢ ٥٩٣ ٥٩٤ ٥٩٥ ٥٩٦ ٥٩٧ ٥٩٨ ٥٩٩ ٦٠٠ ٦٠١ ٦٠٢ ٦٠٣ ٦٠٤ ٦٠٥ ٦٠٦ ٦٠٧ ٦٠٨ ٦٠٩ ٦١٠ ٦١١ ٦١٢ ٦١٣ ٦١٤ ٦١٥ ٦١٦ ٦١٧ ٦١٨ ٦١٩ ٦٢٠ ٦٢١ ٦٢٢ ٦٢٣ ٦٢٤ ٦٢٥ ٦٢٦ ٦٢٧ ٦٢٨ ٦٢٩ ٦٣٠ ٦٣١ ٦٣٢ ٦٣٣ ٦٣٤ ٦٣٥ ٦٣٦ ٦٣٧ ٦٣٨ ٦٣٩ ٦٤٠ ٦٤١ ٦٤٢ ٦٤٣ ٦٤٤ ٦٤٥ ٦٤٦ ٦٤٧ ٦٤٨ ٦٤٩ ٦٥٠ ٦٥١ ٦٥٢ ٦٥٣ ٦٥٤ ٦٥٥ ٦٥٦ ٦٥٧ ٦٥٨ ٦٥٩ ٦٦٠ ٦٦١ ٦٦٢ ٦٦٣ ٦٦٤ ٦٦٥ ٦٦٦ ٦٦٧ ٦٦٨ ٦٦٩ ٦٧٠ ٦٧١ ٦٧٢ ٦٧٣ ٦٧٤ ٦٧٥ ٦٧٦ ٦٧٧ ٦٧٨ ٦٧٩ ٦٨٠ ٦٨١ ٦٨٢ ٦٨٣ ٦٨٤ ٦٨٥ ٦٨٦ ٦٨٧ ٦٨٨ ٦٨٩ ٦٩٠ ٦٩١ ٦٩٢ ٦٩٣ ٦٩٤ ٦٩٥ ٦٩٦ ٦٩٧ ٦٩٨ ٦٩٩ ٧٠٠ ٧٠١ ٧٠٢ ٧٠٣ ٧٠٤ ٧٠٥ ٧٠٦ ٧٠٧ ٧٠٨ ٧٠٩ ٧١٠ ٧١١ ٧١٢ ٧١٣ ٧١٤ ٧١٥ ٧١٦ ٧١٧ ٧١٨ ٧١٩ ٧٢٠ ٧٢١ ٧٢٢ ٧٢٣ ٧٢٤ ٧٢٥ ٧٢٦ ٧٢٧ ٧٢٨ ٧٢٩ ٧٣٠ ٧٣١ ٧٣٢ ٧٣٣ ٧٣٤ ٧٣٥ ٧٣٦ ٧٣٧ ٧٣٨ ٧٣٩ ٧٤٠ ٧٤١ ٧٤٢ ٧٤٣ ٧٤٤ ٧٤٥ ٧٤٦ ٧٤٧ ٧٤٨ ٧٤٩ ٧٥٠ ٧٥١ ٧٥٢ ٧٥٣ ٧٥٤ ٧٥٥ ٧٥٦ ٧٥٧ ٧٥٨ ٧٥٩ ٧٦٠ ٧٦١ ٧٦٢ ٧٦٣ ٧٦٤ ٧٦٥ ٧٦٦ ٧٦٧ ٧٦٨ ٧٦٩ ٧٧٠ ٧٧١ ٧٧٢ ٧٧٣ ٧٧٤ ٧٧٥ ٧٧٦ ٧٧٧ ٧٧٨ ٧٧٩ ٧٨٠ ٧٨١ ٧٨٢ ٧٨٣ ٧٨٤ ٧٨٥ ٧٨٦ ٧٨٧ ٧٨٨ ٧٨٩ ٧٩٠ ٧٩١ ٧٩٢ ٧٩٣ ٧٩٤ ٧٩٥ ٧٩٦ ٧٩٧ ٧٩٨ ٧٩٩ ٨٠٠ ٨٠١ ٨٠٢ ٨٠٣ ٨٠٤ ٨٠٥ ٨٠٦ ٨٠٧ ٨٠٨ ٨٠٩ ٨١٠ ٨١١ ٨١٢ ٨١٣ ٨١٤ ٨١٥ ٨١٦ ٨١٧ ٨١٨ ٨١٩ ٨٢٠ ٨٢١ ٨٢٢ ٨٢٣ ٨٢٤ ٨٢٥ ٨٢٦ ٨٢٧ ٨٢٨ ٨٢٩ ٨٣٠ ٨٣١ ٨٣٢ ٨٣٣ ٨٣٤ ٨٣٥ ٨٣٦ ٨٣٧ ٨٣٨ ٨٣٩ ٨٤٠ ٨٤١ ٨٤٢ ٨٤٣ ٨٤٤ ٨٤٥ ٨٤٦ ٨٤٧ ٨٤٨ ٨٤٩ ٨٥٠ ٨٥١ ٨٥٢ ٨٥٣ ٨٥٤ ٨٥٥ ٨٥٦ ٨٥٧ ٨٥٨ ٨٥٩ ٨٦٠ ٨٦١ ٨٦٢ ٨٦٣ ٨٦٤ ٨٦٥ ٨٦٦ ٨٦٧ ٨٦٨ ٨٦٩ ٨٧٠ ٨٧١ ٨٧٢ ٨٧٣ ٨٧٤ ٨٧٥ ٨٧٦ ٨٧٧ ٨٧٨ ٨٧٩ ٨٨٠ ٨٨١ ٨٨٢ ٨٨٣ ٨٨٤ ٨٨٥ ٨٨٦ ٨٨٧ ٨٨٨ ٨٨٩ ٨٩٠ ٨٩١ ٨٩٢ ٨٩٣ ٨٩٤ ٨٩٥ ٨٩٦ ٨٩٧ ٨٩٨ ٨٩٩ ٩٠٠ ٩٠١ ٩٠٢ ٩٠٣ ٩٠٤ ٩٠٥ ٩٠٦ ٩٠٧ ٩٠٨ ٩٠٩ ٩١٠ ٩١١ ٩١٢ ٩١٣ ٩١٤ ٩١٥ ٩١٦ ٩١٧ ٩١٨ ٩١٩ ٩٢٠ ٩٢١ ٩٢٢ ٩٢٣ ٩٢٤ ٩٢٥ ٩٢٦ ٩٢٧ ٩٢٨ ٩٢٩ ٩٣٠ ٩٣١ ٩٣٢ ٩٣٣ ٩٣٤ ٩٣٥ ٩٣٦ ٩٣٧ ٩٣٨ ٩٣٩ ٩٤٠ ٩٤١ ٩٤٢ ٩٤٣ ٩٤٤ ٩٤٥ ٩٤٦ ٩٤٧ ٩٤٨ ٩٤٩ ٩٥٠ ٩٥١ ٩٥٢ ٩٥٣ ٩٥٤ ٩٥٥ ٩٥٦ ٩٥٧ ٩٥٨ ٩٥٩ ٩٦٠ ٩٦١ ٩٦٢ ٩٦٣ ٩٦٤ ٩٦٥ ٩٦٦ ٩٦٧ ٩٦٨ ٩٦٩ ٩٧٠ ٩٧١ ٩٧٢ ٩٧٣ ٩٧٤ ٩٧٥ ٩٧٦ ٩٧٧ ٩٧٨ ٩٧٩ ٩٨٠ ٩٨١ ٩٨٢ ٩٨٣ ٩٨٤ ٩٨٥ ٩٨٦ ٩٨٧ ٩٨٨ ٩٨٩ ٩٩٠ ٩٩١ ٩٩٢ ٩٩٣ ٩٩٤ ٩٩٥ ٩٩٦ ٩٩٧ ٩٩٨ ٩٩٩ ١٠٠٠ ١٠٠١ ١٠٠٢ ١٠٠٣ ١٠٠٤ ١٠٠٥ ١٠٠٦ ١٠٠٧ ١٠٠٨ ١٠٠٩ ١٠١٠ ١٠١١ ١٠١٢ ١٠١٣ ١٠١٤ ١٠١٥ ١٠١٦ ١٠١٧ ١٠١٨ ١٠١٩ ١٠٢٠ ١٠٢١ ١٠٢٢ ١٠٢٣ ١٠٢٤ ١٠٢٥ ١٠٢٦ ١٠٢٧ ١٠٢٨ ١٠٢٩ ١٠٣٠ ١٠٣١ ١٠٣٢ ١٠٣٣ ١٠٣٤ ١٠٣٥ ١٠٣٦ ١٠٣٧ ١٠٣٨ ١٠٣٩ ١٠٤٠ ١٠٤١ ١٠٤٢ ١٠٤٣ ١٠٤٤ ١٠٤٥ ١٠٤٦ ١٠٤٧ ١٠٤٨ ١٠٤٩ ١٠٥٠ ١٠٥١ ١٠٥٢ ١٠٥٣ ١٠٥٤ ١٠٥٥ ١٠٥٦ ١٠٥٧ ١٠٥٨ ١٠٥٩ ١٠٦٠ ١٠٦١ ١٠٦٢ ١٠٦٣ ١٠٦٤ ١٠٦٥ ١٠٦٦ ١٠٦٧ ١٠٦٨ ١٠٦٩ ١٠٧٠ ١٠٧١ ١٠٧٢ ١٠٧٣ ١٠٧٤ ١٠٧٥ ١٠٧٦ ١٠٧٧ ١٠٧٨ ١٠٧٩ ١٠٨٠ ١٠٨١ ١٠٨٢ ١٠٨٣ ١٠٨٤ ١٠٨٥ ١٠٨٦ ١٠٨٧ ١٠٨٨ ١٠٨٩ ١٠٩٠ ١٠٩١ ١٠٩٢ ١٠٩٣ ١٠٩٤ ١٠٩٥ ١٠٩٦ ١٠٩٧ ١٠٩٨ ١٠٩٩ ١١٠٠ ١١٠١ ١١٠٢ ١١٠٣ ١١٠٤ ١١٠٥ ١١٠٦ ١١٠٧ ١١٠٨ ١١٠٩ ١١١٠ ١١١١ ١١١٢ ١١١٣ ١١١٤ ١١١٥ ١١١٦ ١١١٧ ١١١٨ ١١١٩ ١١٢٠ ١١٢١ ١١٢٢ ١١٢٣ ١١٢٤ ١١٢٥ ١١٢٦ ١١٢٧ ١١٢٨ ١١٢٩ ١١٣٠ ١١٣١ ١١٣٢ ١١٣٣ ١١٣٤ ١١٣٥ ١١٣٦ ١١٣٧ ١١٣٨ ١١٣٩ ١١٤٠ ١١٤١ ١١٤٢ ١١٤٣ ١١٤٤ ١١٤٥ ١١٤٦ ١١٤٧ ١١٤٨ ١١٤٩ ١١٥٠ ١١٥١ ١١٥٢ ١١٥٣ ١١٥٤ ١١٥٥ ١١٥٦ ١١٥٧ ١١٥٨ ١١٥٩ ١١٦٠ ١١٦١ ١١٦٢ ١١٦٣ ١١٦٤ ١١٦٥ ١١٦٦ ١١٦٧ ١١٦٨ ١١٦٩ ١١٧٠ ١١٧١ ١١٧٢ ١١٧٣ ١١٧٤ ١١٧٥ ١١٧٦ ١١٧٧ ١١٧٨ ١١٧٩ ١١٨٠ ١١٨١ ١١٨٢ ١١٨٣ ١١٨٤ ١١٨٥ ١١٨٦ ١١٨٧ ١١٨٨ ١١٨٩ ١١٩٠ ١١٩١ ١١٩٢ ١١٩٣ ١١٩٤ ١١٩٥ ١١٩٦ ١١٩٧ ١١٩٨ ١١٩٩ ١٢٠٠ ١٢٠١ ١٢٠٢ ١٢٠٣ ١٢٠٤ ١٢٠٥ ١٢٠٦ ١٢٠٧ ١٢٠٨ ١٢٠٩ ١٢١٠ ١٢١١ ١٢١٢ ١٢١٣ ١٢١٤ ١٢١٥ ١٢١٦ ١٢١٧ ١٢١٨ ١٢١٩ ١٢٢٠ ١٢٢١ ١٢٢٢ ١٢٢٣ ١٢٢٤ ١٢٢٥ ١٢٢٦ ١٢٢٧ ١٢٢٨ ١٢٢٩ ١٢٣٠ ١٢٣١ ١٢٣٢ ١٢٣٣ ١٢٣٤ ١٢٣٥ ١٢٣٦ ١٢٣٧ ١٢٣٨ ١٢٣٩ ١٢٤٠ ١٢٤١ ١٢٤٢ ١٢٤٣ ١٢٤٤ ١٢٤٥ ١٢٤٦ ١٢٤٧ ١٢٤٨ ١٢٤٩ ١٢٥٠ ١٢٥١ ١٢٥٢ ١٢٥٣ ١٢٥٤ ١٢٥٥ ١٢٥٦ ١٢٥٧ ١٢٥٨ ١٢٥٩ ١٢٦٠ ١٢٦١ ١٢٦٢ ١٢٦٣ ١٢٦٤ ١٢٦٥ ١٢٦٦ ١٢٦٧ ١٢٦٨ ١٢٦٩ ١٢٧٠ ١٢٧١ ١٢٧٢ ١٢٧٣ ١٢٧٤ ١٢٧٥ ١٢٧٦ ١٢٧٧ ١٢٧٨ ١٢٧٩ ١٢٨٠ ١٢٨١ ١٢٨٢ ١٢٨٣ ١٢٨٤ ١٢٨٥ ١٢٨٦ ١٢٨٧ ١٢٨٨ ١٢٨٩ ١٢٩٠ ١٢٩١ ١٢٩٢ ١٢٩٣ ١٢٩٤ ١٢٩٥ ١٢٩٦ ١٢٩٧ ١٢٩٨ ١٢٩٩ ١٣٠٠ ١٣٠١ ١٣٠٢ ١٣٠٣ ١٣٠٤ ١٣٠٥ ١٣٠٦ ١٣٠٧ ١٣٠٨ ١٣٠٩ ١٣١٠ ١٣١١ ١٣١٢ ١٣١٣ ١٣١٤ ١٣١٥ ١٣١٦ ١٣١٧ ١٣١٨ ١٣١٩ ١٣٢٠ ١٣٢١ ١٣٢٢ ١٣٢٣ ١٣٢٤ ١٣٢٥ ١٣٢٦ ١٣٢٧ ١٣٢٨ ١٣٢٩ ١٣٣٠ ١٣٣١ ١٣٣٢ ١٣٣٣ ١٣٣٤ ١٣٣٥ ١٣٣٦ ١٣٣٧ ١٣٣٨ ١٣٣٩ ١٣٤٠ ١٣٤١ ١٣٤٢ ١٣٤٣ ١٣٤٤ ١٣٤٥ ١٣٤٦ ١٣٤٧ ١٣٤٨ ١٣٤٩ ١٣٥٠ ١٣٥١ ١٣٥٢ ١٣٥٣ ١٣٥٤ ١٣٥٥ ١٣٥٦ ١٣٥٧ ١٣٥٨ ١٣٥٩ ١٣٦٠ ١٣٦١ ١٣٦٢ ١٣٦٣ ١٣٦٤ ١٣٦٥ ١٣٦٦ ١٣٦٧ ١٣٦٨ ١٣٦٩ ١٣٧٠ ١٣٧١ ١٣٧٢ ١٣٧٣ ١٣٧٤ ١٣٧٥ ١٣٧٦ ١٣٧٧ ١٣٧٨ ١٣٧٩ ١٣٨٠ ١٣٨١ ١٣٨٢ ١٣٨٣ ١٣٨٤ ١٣٨٥ ١٣٨٦ ١٣٨٧ ١٣٨٨ ١٣٨٩ ١٣٩٠ ١٣٩١ ١٣٩٢ ١٣٩٣ ١٣٩٤ ١٣٩٥ ١٣٩٦ ١٣٩٧ ١٣٩٨ ١٣٩٩ ١٤٠٠ ١٤٠١ ١٤٠٢ ١٤٠٣ ١٤٠٤ ١٤٠٥ ١٤٠٦ ١٤٠٧ ١٤٠٨ ١٤٠٩ ١٤١٠ ١٤١١ ١٤١٢ ١٤١٣ ١٤١٤ ١٤١٥ ١٤١٦ ١٤١٧ ١٤١٨ ١٤١٩ ١٤٢٠ ١٤٢١ ١٤٢٢ ١٤٢٣ ١٤٢٤ ١٤٢٥ ١٤٢٦ ١٤٢٧ ١٤٢٨ ١٤٢٩ ١٤٣٠ ١٤٣١ ١٤٣٢ ١٤٣٣ ١٤٣٤ ١٤٣٥ ١٤٣٦ ١٤٣٧ ١٤٣٨ ١٤٣٩ ١٤٤٠ ١٤٤١ ١٤٤٢ ١٤٤٣ ١٤٤٤ ١٤٤٥ ١٤٤٦ ١٤٤٧ ١٤٤٨ ١٤٤٩ ١٤٥٠ ١٤٥١ ١٤٥٢ ١٤٥٣ ١٤٥٤ ١٤٥٥ ١٤٥٦ ١٤٥٧ ١٤٥٨ ١٤٥٩ ١٤٦٠ ١٤٦١ ١٤٦٢ ١٤٦٣ ١٤٦٤ ١٤٦٥ ١٤٦٦ ١٤٦٧ ١٤٦٨ ١٤٦٩ ١٤٧٠ ١٤٧١ ١٤٧٢ ١٤٧٣ ١٤٧٤ ١٤٧٥ ١٤٧٦ ١٤٧٧ ١٤٧٨ ١٤٧٩ ١٤٨٠ ١٤٨١ ١٤٨٢ ١٤٨٣ ١٤٨٤ ١٤٨٥ ١٤٨٦ ١٤٨٧ ١٤٨٨ ١٤٨٩ ١٤٩٠ ١٤٩١ ١٤٩٢ ١٤٩٣ ١٤٩٤ ١٤٩٥ ١٤٩٦ ١٤٩٧ ١٤٩٨ ١٤٩٩ ١٥٠٠ ١٥٠١ ١٥٠٢ ١٥٠٣ ١٥٠٤ ١٥٠٥ ١٥٠٦ ١٥٠٧ ١٥٠٨ ١٥٠٩ ١٥١٠ ١٥١١ ١٥١٢ ١٥١٣ ١٥١٤ ١٥١٥ ١٥١٦ ١٥١٧ ١٥١٨ ١٥١٩ ١٥٢٠ ١٥٢١ ١٥٢٢ ١٥٢٣ ١٥٢٤ ١٥٢٥ ١٥٢٦ ١٥٢٧ ١٥٢٨ ١٥٢٩ ١٥٣٠ ١٥٣١ ١٥٣٢ ١٥٣٣ ١٥٣٤ ١٥٣٥ ١٥٣٦ ١٥٣٧ ١٥٣٨ ١٥٣٩ ١٥٤٠ ١٥٤١ ١٥٤٢ ١٥٤٣ ١٥٤٤ ١٥٤٥ ١٥٤٦ ١٥٤٧ ١٥٤٨ ١٥٤٩ ١٥٥٠ ١٥٥١ ١٥٥٢ ١٥٥٣ ١٥٥٤ ١٥٥٥ ١٥٥٦ ١٥٥٧ ١٥٥٨ ١٥٥٩ ١٥٦٠ ١٥٦١ ١٥٦٢ ١٥٦٣ ١٥٦٤ ١٥٦٥ ١٥٦٦ ١٥٦٧ ١٥٦٨ ١٥٦٩ ١٥٧٠ ١٥٧١ ١٥٧٢ ١٥٧٣ ١٥٧٤ ١٥٧٥ ١٥٧٦ ١٥٧٧ ١٥٧٨ ١٥٧٩ ١٥٨٠ ١٥٨١ ١٥٨٢ ١٥٨٣ ١٥٨٤ ١٥٨٥ ١٥٨٦ ١٥٨٧ ١٥٨٨ ١٥٨٩ ١٥٩٠ ١٥٩١ ١٥٩٢ ١٥٩٣ ١٥٩٤ ١٥٩٥ ١٥٩٦ ١٥٩٧ ١٥٩٨ ١٥٩٩ ١٦٠٠ ١٦٠١ ١٦٠٢ ١٦٠٣ ١٦٠٤ ١٦٠٥ ١٦٠٦ ١٦٠٧ ١٦٠٨ ١٦٠٩ ١٦١٠ ١٦١١ ١٦١٢ ١٦١٣ ١٦١٤ ١٦١٥ ١٦١٦ ١٦١٧ ١٦١٨ ١٦١٩ ١٦٢٠ ١٦٢١ ١٦٢٢ ١٦٢٣ ١٦٢٤ ١٦٢٥ ١٦٢٦ ١٦٢٧ ١٦٢٨ ١٦٢٩ ١٦٣٠ ١٦٣١ ١٦٣٢ ١٦٣٣ ١٦٣٤ ١٦٣٥ ١٦٣٦ ١٦٣٧ ١٦٣٨ ١٦٣٩ ١٦٤٠ ١٦٤١ ١٦٤٢ ١٦٤٣ ١٦٤٤ ١٦٤٥ ١٦٤٦ ١٦٤٧ ١٦٤٨ ١٦٤٩ ١٦٥

ثانيا/القيد القانوني :

نص المشرع الجزائري في المادة 48 من قانون الأسرة المعدل بالأمر الرئاسي 02/05 على صور حل عقد الزواج، ومنها الطلاق الذي يتم بإرادة الزوج المنفردة، حيث يختص الزوج بإيقاع الطلاق ولا يحق للقاضي أن يطلق امرأة وهي في عصمة رجل إلا إذا طلب الزوج ذلك صراحة، إلا أنه ليس للزوج مطلق الحرية في استعمال هذا الحق، بل يخضع هذا لإشراف القضاء وتحت مراقبة القاضي، مما يخول لهذا الأخير سلطة التأكد من توافر الشروط الواجب توافرها في المطلق وصحة القصد في الطلاق بكل وعي و إدراك وإرادة واختيار بعيدا عن التعسف أو سوء استعمال حق الطلاق، وذلك استنادا إلى أسباب شرعية وقانونية¹.

كما تنص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري، على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ رفع الدعوى، يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، ويوقعه مع كاتب الضبط والطرفين"، ومعنى ذلك أن محاولات الصلح إلزامية للقاضي، وهي من النظام العام، لأنه لم يترك الخيار للقاضي في القيام بمحاولات الصلح من عدمها².

بالرغم من أن نصوص قانون الأسرة الجزائري هي نصوص موضوعية و لا تعنى بالشق الإجرائي، إلا أن نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري يحمل طابعا إجرائيا، أي أنه يتعلق بإجراءات الطلاق، حيث أنه يوجب على القاضي إجراء محاولات الصلح قبل النطق بحكم الطلاق، وإلا فسيكون حكما معيبا ومخالفا للقانون ويتحتم نقضه أنظر قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد على الطلاق والصلح، ويستشف من ذلك سياسة المشرع الجزائري نحو تقييد حق الزوج في الطلاق³.

- **ثالثا/القيد القضائي:** نص المشرع الجزائري بأنه لا وجود للطلاق إلا إذا صدر به حكم من القضاء، وذلك واضح في المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ

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

2- مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 134 .

3- سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986، ص 134.

رفع الدعوى، يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، ويوقعه مع كاتب الضبط والطرفين، تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة"، ولذلك فإنه قبل هذا الحكم فلا وجود للطلاق، وبعد تسجيله يسري حكم الطلاق في مواجهة الكافة¹.

ونصت المادة 57 من قانون الأسرة في فقرتها الأولى: "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق و التطلق و الخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية"، وينص المشرع في المادة 50 من نفس القانون على أنه: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد"، وينص كذلك في المادة 51 من نفس القانون: "لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره أو يموت عنها بعد البناء".

فمن خلال هذه النصوص يمكن القول أن المشرع الجزائري فرق بين فرضين، الأول أن الطلاق الرجعي يثبت بدون حاجة إلى صدور حكم قضائي، أما الفرض الثاني فهو أن الطلاق البائن لا يثبت إلا بحكم قضائي، ويقصد به الطلاق البائن بينونة صغرى، بمعنى أنه لا يعتد بالطلاق الذي يقع خارج المحكمة.

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

1- مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 141 .

المطلب الثاني / مشروعية الطلاق :

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

الفرع الأول/ الطلاق في الشريعة الإسلامية

الفرع الثاني/ الطلاق في قانون الاسرة الجزائري

الفرع الأول/ مشروعية الطلاق في الشريعة الإسلامية :

إن مشروعية الطلاق في الشريعة الإسلامية هو ما ورد من احكام بخصوص الطلاق، في القرآن الكريم وما جاء في السنة النبوية الشريفة، ما حصل عليه إجماع الفقهاء وما كان من المعقول و المعمول به، ولمشروعية الطلاق حكمة من ذلك، و الطلاق تباين آراء الفقهاء في الاصل فيه بين الاباحة و الحظر¹، وهذا ما سنتطرق إليه فيما يلي:

أولاً / مشروعية الطلاق :

وردت أدلة عديدة على مشروعية الطلاق في الإسلام، و فيما يلي عرض لبعض الأدلة من الكتاب و السنة و الإجماع و المعقول .

1- من الكتاب:

هناك العديد من الآيات التي تدل دلالة قطعية على مشروعية الطلاق ومنها :

- قوله تعالى : ﴿ اَلطَّلَاقُ مَرَّتَيْنِ فَاِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ اَوْ تَسْرِيحٌ بِاِخْسَافٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ اَنْ تَاْخُذُوْا مِمَّا ءَاتَيْتُمُوْهُمْ شَيْئًا اِلَّا اَنْ يَّخَافَاْ اَلَّا يَفِيْمَا حُدُوْدَ اللّٰهِ فَاِنْ خِفْتُمْ اَلَّا يَفِيْمَا حُدُوْدَ اللّٰهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهٖ تِلْكَ حُدُوْدُ اللّٰهِ فَلَا تَعْتَدُوْهَا وَمَنْ يَّتَعَدَّ حُدُوْدَ اللّٰهِ فَاِنَّهٗ وَلِيْكَ هُمُ الظَّالِمُوْنَ ﴾²

1- تيسير رجب التميمي، المرجع السابق، ص 84.

2- سورة البقرة، الاية 227.

- قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَفْتُمْ النِّسَاءَ فَطَلِّفُوهُنَّ لِعِذَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تَخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِقَحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا¹﴾

- قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَفْتُمْ النِّسَاءَ فَبَلِّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا عَآيِتِ اللَّهِ هُزُوًا وَادْكُرُوا اللَّهَ عَلَيْهِمْ وَعَمَّا أَنْزَلَ عَلَيْكُمْ مِنَ الْكِتَابِ وَالْحِكْمَةِ يَعِظُكُمْ بِهِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ²﴾.

- قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَفْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا³﴾
كما أنه في القرآن الكريم سورة كاملة باسم الطلاق، تبين مشروعيتها وأحكامه وضوابطه .

2- من السنة المطهرة :

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

- الدليل الأول: عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه طلق امرأته و هي حائض في عهد رسول الله فسأل عمر بن الخطاب رضي الله عنه رسول الله عن ذلك فقال له رسول الله: (مره فليراجعها حتى تطهر، ثم تحيض ثم تطهر، ثم إن شاء طلقها قبل أن يجامعها، وإن شاء أمسكها، فإنها العدة التي أمر الله)⁴ .

1- سورة الطلاق، الآية 1.

2- سورة البقرة، الآية 231.

3- سورة الاحزاب، الآية 49.

4- ابن ماجه، المرجع السابق، المجلد الثاني، رقم الحديث 2019 ، ص 500-501 . وانظر أحمد بن علي بن حجر العسقلاني،

فتح الباري بشرح صحيح البخاري، راجعه قصي الدين محب الدين الخطيب ، دار الريان للتراث، القاهرة ، = مصر، الطبعة

الأولى، 1987، المجلد التاسع، رقم الحديث 5251، ص260، قال رسول الله: (مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم

تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء).

وجه الدلالة: الحديث نص صريح في بيان العدة التي أمر الله عز وجل أن يطلقوا بها النساء، وهذه العدة لا تكون إلا بعد الطلاق¹.

- الدليل الثاني : (عن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها)².

وجه الدلالة نص الحديث صراحة على أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق حفصة رضي الله عنها ثم راجعها، وفي ذلك دلالة واضحة على مشروعية الطلاق³.

- الدليل الثالث: عن ابن عمر رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أبغض الحلال إلى الله عز وجل الطلاق)⁴.

وجه الدلالة: يدل الحديث على أن الطلاق مشروع ولا إثم فيه، ومع أنه مباح، إلا أنه من أبغض الحلال عند الله سبحانه وتعالى⁵.

3- من الإجماع :

فقد انعقد الإجماع بين المسلمين من لدن رسول الله إلى يومنا هذا على جواز الطلاق⁶، وطلق عدد من الصحابة رضوان الله عليهم زوجاتهم، ولم ينكر أحد عليهم، ولو كان الأمر عكس ذلك لأنكروا عليهم هذا الصنيع، لما عرف عن الصحابة الأبرار من الجرأة في قول الحق، مثال ذلك:

- * طلق عمر بن الخطاب رضي الله عنه زوجته أم عاصم .
- * طلق الصحابي الجليل عبد الرحمن بن عوف زوجته تماضر .
- * كان الحسن بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه كثير الطلاق .

1- جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2009، ص 126.

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

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

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

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

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

4 - من المعقول :

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

* بقاء الحياة الزوجية مع البغض و النفور و الضغينة .

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

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

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

ثانياً/حكمة مشروعية الطلاق :

لقد أقام الإسلام العلاقة بين الزوجين على أساس المودة و الرحمة ، و شرع الأحكام التي تضمن قوتها و استقرارها و استمرارها، فقد أرشدهما إلى حسن المعاشرة بالرفق و تبادل الصبر و الصبر عن الزلات³، قال تعالى: يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَآءِ اتَّيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِعَلِيَّةٍ مَبِينَةٍ *⁴.

وقال صلى الله عليه و سلم: (لا يفرك مؤمن مؤمنة إن كره منها خلقا رضي منها آخر)⁵.

لذلك حرص الاسلام على أن يكون عقد الزواج على سبيل الدوام والتأبيد (لا التأقيت، وحرمة نكاح المتعة و النكاح المؤقت) و جعله من العقود الرضائية المبنية على الاختيار المطلق بين الزوجين، حتى يؤتي ثماره المرجوة من السكن و الطمأنينة و المودة و التعاون و رعاية الأولاد وتنشئتهم

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

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

3- تيسير رجب التميمي، المرجع السابق، ص 31.

4- سورة النساء الآية 19.

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

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

تنشئة إسلامية مبنية على الأخلاق الفاضلة¹ .

لكن بالرغم من أن الشريعة الإسلامية جاءت للحفاظ على الميثاق الغليظ الذي يحمي العلاقة الزوجية من أي تفكك، إلا أنه قد تتباين أخلاق الزوجين، و تطراً البغضاء الموجبة لعدم إقامة حدود الله تعالى فها هنا تظهر الحكمة من تشريع الطلاق كعلاج حاسم، وحل أخير لما استعصى حله على الزوجين و أهل الخير و الحكمين، بسبب تباين الأخلاق، و تنافر الطباع، و تعقد مسيرة الحياة المشتركة بين الزوجين.²

و لولا الطلاق لعاش الزوجان في حياة ملؤها البغض و الكراهية و لأصبحت الرابطة الزوجية صورة من غير روح ، و قيда من غير رحمة ، لا تثمر ثمراتها و لا تحقق ما أريد منها من إعفاف و شرف و تعاون و مودة³ .

فمن هاهنا نتبين أن تشريع الطلاق نعمة يتخلص بها الزوجان المتباغضان المتنافران من قيد تلك الرابطة، فيلتمس كلاهما من هو خير له، وأحسن معاملة، وأكرم عشرة⁴ ، لقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ يَتَّبِعَا يُغِيْهِ اللهُ كُلًّا مِّنْ سَعَتِهِۦ وَكَانَ اللهُ وَاسِعًا حَكِيْمًا ﴾⁵

ثالثاً/حكم الطلاق :

إختلف الفقهاء في طبيعة الطلاق و هل الأصل فيه الإباحة أم الحظر ، لاختلافهم في تفسير الآيات الكريمة التي نصت على كيفية إيقاع الطلاق و هيئته الشرعية ، فيرى قسم من الفقهاء أن الأصل في الطلاق الإباحة، ويرى البعض الآخر أن الأصل فيه الحظر، ولا يباح إلا لعذر مشروع و وجود مصلحة تستوجب إيقاعه، و هو ما سيتم تبياناه كالاتي:

1- جميل فخري محمد جانم : متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي ،المرجع السابق، ص 24.

2- وهبة الزحيلي،الفقه الاسلامي وأدلتها،الجزء السابع،الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق، سوريا،ص 358

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

4- المرجع نفسه .

5- سورة النساء، الآية 130.

1. الأصل في الطلاق الإباحة :

ذهب بعض الفقهاء من الحنفية¹ والمالكية² والحنابلة³ إلى القول بأن الأصل في الطلاق الإباحة لا الحظر، وأنه مشروع في نفسه إلا أن المنع فيه لغيره، من الفساد و الوقوع في المحرم، وقد استدلوا على ذلك بما يلي⁴ :

- قوله سبحانه و تعالى : ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ فَذَرَهُنَّ وَعَلَى الْمُفْتِرِ فَذَرُهُنَّ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴾⁵ حيث تدل الآية الكريمة على نفي الإثم و الحرج على المطلق ، و هذا ينافي الحظر ، فكان مباحا .

- ولقوله تعالى: ﴿ يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّفُوهُنَّ لِعِذَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تَخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِقَحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴾⁶ ، حيث تدل هاته الآية كذلك على إباحة إيقاع الطلاق من غير حاجة ،أو سبب ،و أن الأصل فيه الإباحة لا الحظر .

- و قد طلق النبي حفصة رضي الله عنها حتى نزل عليه الوحي يأمره بأن يراجعها، فإنها صوامة قوامه، ولم يكن هناك كبر سن و لا ريبة .

- كما طلق بعض الصحابة زوجاتهم ، فقد طلق عمر بن الخطاب أم عاصم ، و طلق عبد الرحمن بن عوف زوجته تماضر و طلق المغيرة بن شعبة رضي الله عنه نساءه الأربع ، فقد أقامهن بين يديه صفا وقال: " أنتن حسان الأخلاق، ناعمات الأرداف، طويلات الأعناق ،أذهبن فأنتن الطلاق"، وروي أيضا أن الحسن بن علي استكثر من النكاح و الطلاق بالكوفة، حتى قال

1- الكاساني، المرجع السابق، الطبعة الثالثة، ص121 .

2- القرطبي، أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، تفسير القرآن(الجامع لأحكام القرآن) ، تحقيق سالم مصطفى البدري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2000، المجلد الثالث، ص 110 وما يليها.

3- ابن قدامة ، المرجع السابق، الجزء الثامن، ص234.

4- جميل فخر الدين جانم، متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي ،المرجع السابق، ص 42 .

5- سورة البقرة، الآية 236.

6- سورة الطلاق، الآية 1.

علي بن أبي طالب على المنبر: "أن ابني هذا مطلق، فلا تزوجه" فقالوا: "إنا نزوجه ثم نزوجه ثم نزوجه"¹، فلو كان الطلاق محظوراً ما أقدم عليه صحابة رسول الله على تطليق زوجاتهم لأن الطلاق إزالة الملك بطريق الإسقاط، فيكون مباحاً في الأصل كالإعتاق²، فلو كان الطلاق محظوراً ما أقدم عليه صحابة رسول الله على تطليق زوجاتهم .

2. الأصل في الطلاق الحظر :

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية³ والمالكية⁴ و الشافعية⁵ والحنابلة⁶ إلى القول بأن الأصل في الطلاق الحظر لا الإباحة، وأنه لا يباح إلا لضرورة و حاجة ملحة و دليلهم في ذلك ما يلي⁷ :

- قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِمْ سَبِيلاً إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً كَبِيراً ﴾⁸ إن الله عز و جل عد الطلاق من غير مبرر بغيا و عدوانا، وفيه ظلم للزوجة .

- وقوله تعالى: ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَبَعْضِي أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئاً وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْراً كَثِيراً ﴾⁹، حيث تحت الآية الكريمة الرجال على الصبر وعدم تطليق

أزواجهن إن كرهن منهن خلقاً أو خلقاً، فإن استقمتم كان أجدر للأزواج بإمساكنهم وعدم تطليقهن .

- وقوله تعالى في الآية 35 من سورة النساء ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَبَاعِثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّيهِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيماً

1- الدار قطني، الإمام الحافظ علي بن عمر الدار قطني، سنن الدار قطني، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2006، الجزء الرابع، ص 10 .

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

3- ابن الهمام ، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص 327 . و انظر الكاساني، المرجع السابق، الجزء الثالث ص 95 .

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

5- الشريبي، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص 307 .

6- ابن تيمية، أبو العباس تقي الدين أحمد عبد الحليم بن تيمية، مجموع فتاوي ابن تيمية، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد وساعده ابنه محمد، طبع بأمر الملك فهد بن العزيز، إشراف الرئاسة العامة لشؤون الحرمين، ص 225.

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

8- سورة النساء، الآية 34.

9- سورة النساء، الآية 19.

خَيْرًا ❁ ، يتبين من الآية أنه لو كان الطلاق مباحا لما أمر الله ببعث الحكمين مع وجود النزاع، وإنما أمر بذلك لتضييق دائرة الطلاق ، فتقتصر على الحالات التي يصعب فيها التثام الأسرة، ويكون ضرر البقاء فيها أكبر من الضرر الناتج عن التفريق¹ .

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

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

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

غير أنه و من خلال الأدلة السابقة لا يباح إلا للضرورة الملحة له و ذلك نظرا للأضرار و المفساد المترتبة عليه لقول الإمام الشاطبي : فإن المباح ضربان ، أحدهما أن يكون خادما لأصل ضروري أو حاجي أو تكميلي، والثاني أن لا يكون كذلك، فالأول قد يراعي من جهة ما هو خادم فيكون مطلوبا محبوبا و محبوبا فعلة ...، والثاني إما أن يكون خادما لما ينقض أصلا من الأصول الثلاثة المعتبرة أو لا يكون خادما لشيء كالطلاق، فإنه ترك للحلال الذي هو خادم لكل إقامة النسل في الوجود، وهو ضروري، وإقامة مطلق الألفة و المعاشرة، واشتباك العشائر بين الخلق و هو ضروري أو حاجي أو مكمل لأحدهما، فإذا كان الطلاق بهذا النظر خرما لذلك المطلوب

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

2- الطبراني، سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم، المعجم الكبير، تحقيق حمدي بن عبد المجيد السلفي، مكتبة الزهراء، الموصل،

العراق، باب قطعة من المفقود، 1404 هـ، حديث رقم 1571، ص 167.

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

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

5- نفس المرجع، رقم الحديث 2177، ص 349. و الحاكم، المستدرک، المرجع السابق، رقم الحديث 2794، ص 1055.

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

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

ونقضا عليه، كان مبغضا، ولم يكن فعله أولى من تركه إلا لمعارض أقوى كالشقاق و عدم إقامة حدود الله¹.

الفرع الثاني/ الطلاق في قانون الأسرة الجزائري

تتحل الرابطة الزوجية في القانون الجزائري بالطلاق أو الوفاة (المادة 47 من قانون الأسرة الجزائري)، والطلاق هو حل عقدة الزواج، ويتم بإرادة الزوج المنفردة (المادة 48 من ق.أ.)، أو بطلب من الزوجة بواسطة القضاء (المادة 48 من ق.أ.)، أو بسبب نشوز أحد الزوجين (المادة 55 من ق.أ.)، أو بالمخالعة وهي الطلاق بالتراضي بين الزوجين على مال تدفعه الزوجة للزوج لقاء ما قدمه لها في الزواج و خسارته بالطلاق (المادة 54 من ق.أ.).

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

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

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

ولقد جعل القانون الجزائري الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية ومن هنا، فإن القانون الجزائري قد أعطى للزوج حق الطلاق و لم يحرم الزوجة منه، وذلك أنها تستطيع أن تطلب التطلق من القاضي، إذا ما أساء الزوج عشرتها أو قصر في واجباته نحوها،

1- الشاطبي، أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات، تحقيق الشيخ عبد الله دراز، طبعة دون تاريخ، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ص128 .

وذلك حق لها في الشرع الاسلامي، كما أنه إذا تم الاتفاق بين الزوجين على الفرقة بينهما، فيجوز ذلك في نظر المشرع الجزائري¹.

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

المبحث الثاني/ التعسف في استعمال الحق في الطلاق

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

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

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

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

المطلب الأول/ مفهوم التعسف في استعمال الحق

المطلب الثاني/ علاقة التعسف بالطلاق

المطلب الثالث/ مفهوم الضرر في الطلاق التعسفي

المطلب الأول : مفهوم التعسف في استعمال الحق

لا يقتصر التعدي على حالات انتهاك الواجبات القانونية، التي يقوم بها الفرد بدون حق، بل يشمل كذلك بعض الأوضاع التي يمارس فيها المرء حقوقه. والحقيقة أن هذه النتيجة تستند إلى التطور الذي عرفته نظرية الحق، تبعا لتطور وتقدم المجتمع. فأفكار المذهب الفردي التي نادى بحقوق طبيعية ومطلقة للإنسان لكونه حرا ومستقلا قد ولت، وحلت محلها أفكارا حديثة، مفادها أن الفرد كائن اجتماعي، تمنح له حقوقا حتى يتمكن من القيام بالدور المنوط به في المجتمع. فالحقوق ليست سلطة مطلقة يستعملها الفرد كيف ما يشاء وحين ما يشاء، بل يمنح القانون للأفراد حقوقا قصد تحقيق غاية اجتماعية معينة، ومن ثم يعتبر استعمال الحق بقصد غرض آخر تعسفا، يرتب المسؤولية المدنية، وفي ظل هذه الاعتبارات الاجتماعية والقانونية الجديدة جعلت جل التشريعات الحديثة من التعسف في استعمال الحق أو إساءة استعمال الحق مصدرا مستقلا عن مصادر الخطأ.

وحتى يمكن اعطاء مفهوم شامل عن التعسف في استعمال الحق، لابد من إيراد تعريفا له، وإيجاد المعايير التي يمكن أن تقاس عليها درجة التعسف في استعمال الحق، وهذا ما سيكون في الفروع التالية:

الفرع الأول/ تعريف التعسف في استعمال الحق

الفرع الثاني/ معايير التعسف في استعمال الحق

الفرع الأول/ تعريف التعسف في استعمال الحق

أولا : تعريف التعسف لغة: العسف بفتح العين و سكون السين في اللغة، السير بغير هداية، ويقال اعتسف الطريق اعتسافا إذا قطعه دون صوب توخاه، و العسف ركوب الأمر بلا تدبر ولا روية، و التعسف الظلم، يقال عسف السلطان¹.

وعسف فلانا: أخذه بالقوة و العنف و ظلمه، وعسف السلطان أي ظلم ،و تعسف فلان فلانا إذا ركبه بالظلم ولم ينصفه، ورجل عسوف إذا كان ظلوما، و العسيف هو الأجير، و الجمع عسفاء على القياس، وعسفة على غير القياس².

1- ابن منظور، المرجع السابق، ص 245.

2- الفيروز آبادي، مجد الدين، القاموس المحيط، المؤسسة العربية للطباعة و النشر، بيروت، لبنان، الجزء الثالث، ص 181 .

ثانيا : تعريف التعسف اصطلاحا : يظهر أن مصطلح التعسف من المصطلحات الحديثة التي لم يذكرها الفقهاء قديما في مصنفاتهم، ولم لم يتطرقوا لها كنظرية محققة ذات أركان وأسس، و إن كانوا قد تعرضوا لمسائل منها ،وبنوا على أساسها أحكاما¹. ومن الأمثلة الكثيرة المعروضة في كتب الفقه، و الدالة على أنهم قد فهموا النظرية و طبقوا أحكامها ما جاء في باب المعاملات كما في منه الاحتكار ،وفي النكاح كما في تزويج الفتاة من الكفاء بغير إذن الولي إن عضلها، وفي السياسة كما في منع عمر الزواج بالكتايبات².

هذا و قد تناول الفقهاء القدامى التعسف في باب الضمانات وتحت مسميات مختلفة منها الاستعمال المذموم ،و المضارة في الحقوق³.

وأما الفقهاء المعاصرون فقد وضعوا تعريفات عديدة لمصطلح التعسف ومن ذلك :
فقد عرفه مصطفى السباعي بأنه : "إساءة استعمال الحق ،بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير"⁴.
وعرفه محمد أبو زهرة بأنه : "استعمال الحق بشكل يؤدي إلى الإضرار بالغير ،إما لتجاوز حق الاستعمال المباح عادة، أو لترتب ضرر بالغير أكبر من منفعة صاحب الحق"⁵
وعرفه الدريني التعسف بأنه: "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل"⁶.
وشرح هذا التعريف كالآتي⁷ :

- مناقضة قصد الشارع: أي مضادة قصده، والمضادة إما أن تكون مقصودة أو غير مقصودة⁸.

1- عبيد شاكرك القدومي، المرجع السابق ، ص 17.

2- المرجع نفسه.

3- جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي ،المرجع السابق، ص 144 .

4- السباعي مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية ، مطبعة جامعة دمشق ، دمشق، سوريا، 1385 هـ ، الطبعة السابعة، ص 272 .

5- أبو زهرة محمد، التعسف في استعمال الحق،المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية، دمشق، سوريا، 1380هـ 1963 م.ص91

6- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي، دار البشير، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، 1998، ص 84 .

7- تيسير رجب التميمي ، المرجع السابق، ص 63 .

8- فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 85 .

- المخالفة المقصودة: أن يقصد المكلف بالعمل المأذون فيه هدم قصد الشارع، و يستعمل الحق لمجرد قصد الإضرار، مع أن الشارع الحكيم قصد في تشريعه للحق تحقيق المصالح و جلبها ، ودفع المضار و درأها .

- المخالفة غير المقصودة: وتكون هذه المضادة بأن تأتي مآلات الأفعال الجزئية مخالفة للأصل الكلي في الحق¹، والنظر في مآلات الأفعال معتبر ومقصود شرعا ويمكن المجتهد من الحكم على الأفعال²، ومثال ذلك بيع طعام المحتكر جبرا عليه عند الحاجة وامتناعه من البيع دفعا للضرر العام.

- في تصرف: والتصرف يشمل التصرف القولي كالعقود وما ينشأ عنها من حقوق و التزامات، ويشمل كذلك التصرف الفعلي كاستعمال حق الملكية في العقارات، كالأراضي و المباني³ .
- مأذون فيه شرعا بحسب الأصل : يخرج بهذا القيد الأفعال غير المشروعة لذاتها ، لأن الإتيان بها يعتبر تعديا لا تعسفا⁴.

نلاحظ من التعريفات السابقة⁵: أن هناك خلافا في معنى التعسف في مسألة تجاوز الحق، فالشيخ أبو زهرة يدخل في التعريف تجاوز حق الاستعمال المباح ، أما الدريني، فيرى أن معنى التعسف محصور في ممارسة الحق المشروع على وجه يلحق الضرر بالغير أو يناقض قصد الشارع في التصرف المأذون فيه، وعليه فإن مجاوزة الحد في التصرف، يعد خروجاً عما هو مأذون فيه، فلا تدخل ضمن معنى التعسف.

وقد ضرب لنا الدريني مثلاً للتفريق بين التعسف والمجاوزة، ما لو أوصى أحد بأكثر من الثلث، فإنه يعد مجاوزاً حدود حقه الذي منحه إياه الشرع، وهو التصرف في حدود الثلث، ففعله غير

1- مجيد محمود سعيد، نظرية التعسف في الحق و نظرية الظروف الطارئة، دار الثقافة عمان، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2002، ص 21 .

2- الشاطبي، المرجع السابق، ص 114 .

3- تيسير رجب التميمي، المرجع السابق، ص 64 .

4- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، الأشباه و النظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1993، ص 87 .

5- ساجدة عفيف عتيلى، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2011 ، ص 39 .

مشروع في الأصل، لأنه لا يستند إلى حق، والتعسف فرع وجود الحق، فهو إذا متعد لا متعسف¹. أما إذا أوصى بالتثالث أو بما دونه، وقصد بذلك مضرة الورثة مثلاً، وقامت الأدلة و القرائن على هذا القصد عد متعسفاً، لأن أصل الفعل مشروع، لكنه استعماله لا يقصد تحقيق المصلحة من تشريعه، وإنما للإضرار بالورثة².

ومن ذلك³ ما قاله العز بن عبد السلام: "كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل"⁴. وقول الشاطبي كذلك: "طلب الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصده في التشريع، والدليل على ذلك ظاهر وضع الشريعة، إذ قد مر أنها موضوعة لمصالح العباد على الإطلاق و العموم، والمطلوب من المكلف أن يجري على ذلك في أفعاله و لا يقصد خلاف ما قصد الشارع"⁵.

الفرع الثاني/ معايير التعسف في استعمال الحق:

من المقرر شرعاً و قانوناً أنه لا ضمان في استعمال الحق، فالأصل أنه إذا استعمل صاحب الحق حقه استعمالاً مشروعاً من غير تعسف فيه و أحدث ضرراً للغير فلا تترتب عليه المسؤولية⁶. ولقد نص المشرع الجزائري على التعسف في استعمال الحق في المادة 41 الملغاة من القانون المدني التي تنص: "يعتبر استعمال حق تعسفاً في الأحوال التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة"

هناك معياران للتحقق من مناقضة قصد الشارع من شرعه للحق:

1. المعيار الذاتي: و يعتمد على النية و الباعث الذي بعث المكلف على التصرف في حقه، وذلك

1- فتحي الدريني، النظريات الفقهية، جامعة سوريا، دمشق، سوريا، 1417 هـ، الطبعة الرابعة، ص 130.

2- المرجع نفسه.

3- ساجدة عفيف عتيلي، المرجع سابق، ص 40.

4- العز بن عبد السلام، عز الدين، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الجزء الثاني، ص 121.

5- الشاطبي، المرجع السابق، ص 331.

6- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988، ص 222.

من خلال أحد الأمرين¹:

- قصد الإضرار بالغير ، كمن يعلي سوره بقصد حجب الشمس و الهواء عن جاره، وليس له مصلحة في إعلاء سوره.

- قصد الاحتيال على أحكام الشريعة، كالواهب ماله عند رأس الحول هبة صورية فرارا من الزكاة.
2. المعيار الموضوعي : ويقوم على النظر في مآل التصرف و الموازنة بين المصالح و المفسد المترتبة على التصرف بالحق، وذلك خلال أحد ثلاثة أمور² :

- الأول تقاها مصلحة صاحب الحق نسبة إلى الضرر اللاحق بغيره .
- الثاني تصرف صاحب الحق في حقه بطريقة تلحق الضرر بغيره، مع إمكانية تصرفه في حقه بطريقة أخرى لا تلحق ضررا بغيره.

- و الثالث تعارض مصلحة صاحب الحق مع المصلحة العامة.
و لقد اهتم القانون المدني الجزائري بنظرية التعسف في استعمال الحق من خلال نص المادة 124 مكرر بموجب التعديل الأخير للقانون المدني .

وسار المشرع الجزائري في تناوله لنظرية التعسف على وفق ما سار عليه المشرع المصري حيث مزج بين الفقه القانوني الحديث في نظرية التعسف و الفقه الإسلامي حيث أنه لم يقف عند نية الإضرار بالغير فحسب، واستمد من الفقه الإسلامي ضوابط ثلاثة تشمل كلا المعيارين الموضوعي والمادي، حيث تنص المادة 124 مكرر على أنه " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية :

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير .
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنظر إلى الضرر الناشئ للغير .
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

ومما يظهر من منطوق نص هذه المادة أخذ المشرع الجزائري بكلا المعيارين الذاتي، وذلك فيما تضمنته الفقرة الأولى، والمعيار الموضوعي وهذا ما تضمنته الفقرتان الثانية والثالثة وقد وردت

1- أيمن مصطفى الدباغ، التعسف في الطلاق (حقيقته، معايير، الجزاء المترتب عليه)، مجلة جامعة الأقصى، فلسطين، المجلد

الثامن عشر، العدد الأول، 2014، ص 70.

2- نفس المرجع، ص 71.

نصوص تشريعية وتطبيقات قضائية لنظرية التعسف في استعمال الحق في القانون الجزائري فمن التطبيقات التشريعية على سبيل المثال، مثال ذلك ما نصت عليه المادة 434 من القانون المدني التي نصت " يجب على القاضي أن يرفض للمالك استعمال حق الاستعادة إذا أثبت المكتري أو شاغل المحل أن المالك يطلب حق الاستعادة لا من أجل تلبية رغبة مشروعة ولكن بنية الإضرار به أو بقصد التهرب و التملص من أحكام هذا القانون.

المطلب الثاني/ التعسف في الطلاق :

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

الفرع الأول/ تعريف الطلاق التعسفي

الفرع الثاني/ معايير الطلاق التعسفي

الفرع الثالث/ صور وحالات الطلاق التعسفي

الفرع الأول/ مفهوم الطلاق التعسفي :

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

وتجدر الإشارة إلى أن النص المذكور أعلاه لم يبين متى يكون الطلاق تعسفياً مما يستوجب الرجوع فيه إلى القواعد العامة المتعلقة بنظرية التعسف في استعمال الحق.

ويعد الزوج متعسفاً في طلاقه في ثلاث حالات:

- إذا أوقع الطلاق بقصد الإضرار بزوجه، وهذا يتطلب توفر نية الإضرار لدى الزوج و تثبت نية الإضرار بكافة وسائل الإثبات²، كأن يتبين مثلاً أن الزوج طلق زوجته في مرض الموت ولم تكن في الطلاق فائدة أو مصلحة تعود عليه بالنفع فهو يطلق زوجته لحرمانها من الميراث، فهنا يكون متعسفاً لقصده الإضرار بزوجه، و بالتالي يجب عليه تعويضها، أما إذا طلقها بسبب مرضه هو

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

2- علي فيلاي وحديد بن شنيبي، نظرية الالتزامات، محاضرات أقيمت على طلبة سنة ثانية ليسانس حقوق، كلية الحقوق و العلوم

الإدارية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 98/99، بن عكنون، الجزائر، ص 50.

مثلا مرضا معديا و هو لا يريد معاناتها بسببه فينتقي قصد الاضرار، فلا يكون متعسفا في طلاقه و لا يدفع بالتالي تعويضا.

- ويكون الزوج متعسفا في طلاقه في حالة ما إذا كان من طلاقه يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ لزوجته، فلو تبين أن مصلحة الأسرة أهم و أولى من مصلحة الزوج في الطلاق، أعتبر الطلاق تعسفيا، فلو طلق الزوج زوجته مثلا لكونها لا تتجب إلا الإناث وهو يريد الزواج ثانيا من امرأة أخرى لعلها تتجب الذكور، ففي هذه الحالة يجب على الزوج تعويض زوجته. أما إذا طلقها لأنها عقيم لا تتجب أبدا و هو يريد الذرية، فإن فائدة الحصول على الذرية كبيرة بالنسبة للضرر الناشئ للمطلقة، فطلاقه غير تعسفي ولا يلتزم بالتعويض والعبرة هنا لا تكون بنية الزوج و إنما بسلوكه الذي يقدر بالرجوع إلى السلوك المألوف للرجل العادي¹.

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

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

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

1- علي فيلاي وحديد بن شنيّتي، المرجع السابق، ص 51 .

2- نفس المرجع، ص 52 .

3- تقيّة عبد الفتاح، الطلاق بين تشريع الاسرة و الاجتهاد القضائي، رسالة دكتوراه كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2007، ص 57.

ولهذا ذهب رأي بعض الفقه، حيث يقول الدكتور محمود محمد علي: (أن الذي ينبغي اختياره والعمل به على ما نرى أن الزوج إذا طلق زوجته بغير سبب يقتضي الطلاق بأن لم تكون هنالك ضرورة تلجئه إلى هذا الطلاق، فإنه يكون مسيئاً في استعماله لحق الطلاق متجنباً على زوجته من حيث أنه قد فوت عليها الطمأنينة على نظام حياتها في كنف زوج يربها و يحافظ عليه. فالقضاء لها بالتعويض حينئذ واجب لجبر الصدع الذي أصابها من الطلاق بلا جريمة ارتكبتها تمشياً مع القول بأن الاصل في الطلاق الحظر¹.

ويبرر الدكتور قوله هذا بأن التعويض وسيلة رادعة لهذه الفئة من الأزواج الذين يتعسفون في الطلاق سعياً وراء تغيير الزوجات، واستبدالهن بزوجة تلو الأخرى بدافع الأنانية ودون مراعاة لمشاعر المرأة.

ويعتبر القضاء طلاقاً تعسفياً كلما وقع بدون سبب، أو كلما توفرت فيه حال من الأحوال الثلاثة المذكورة بموجب نص المادة 124 مكرر من القانون المدني، فإنه يحكم للمطلقة بالتعويض.

الفرع الثاني/ معايير الطلاق التعسفي :

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

أولاً/المعيار الذاتي للتعسف في الطلاق و ذلك :

- 1- بأن يستعمل المطلق الطلاق بقصد الإضرار بغيره².
- 2- و ثانياً بأن يستعمل المطلق الطلاق بقصد ترتيب أثر لم يشرع له الطلاق ، كأن يطلق زوجته حين احتضاره، بقصد منعها من ميراثه بعد موته³.

ثانياً/المعيار الموضوعي للتعسف في الطلاق و ذلك⁴ :

- 1- أولاً بتفاهة المصلحة الحاصلة من الطلاق نسبة إلى الضرر المترتب عليه، ومثاله أن يكون المطلق ممن يهوى تزوج النساء والانتقال بينهن، ولا يتم ذلك إلا بتطليق زوجته والزواج بأخرى.

1- ابن الهمام، المرجع السابق، المجلد الثالث، ص 22.

2- جميل فخري محمد جاني، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، المرجع السابق، ص 203.

3- بلحورابي سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة

الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص 35.

4- المرجع نفسه .

2- و ثانيا بأن يكون للمطلق مصلحة معتبرة و مسوغ لطلاقه، مثل استحالة الحياة الزوجية، و لكنه يختار طريقا لإنهاء الحياة الزوجية أكبر ضررا من غيره، ومثاله: أن يطلقها حتى إذا اعتدت و قاربت عدتها على الانتهاء راجعها ثم طلقها أخرى، ليطول أمد عدتها .

3- وثالثا بتعارض مصلحة المطلق في طلاقه مع المصلحة العامة ، مثل أن يكون الزواج الذي يراد حله قد أثمر عددا من الأولاد، يؤدي الطلاق إلى إفقادهم المحضن الطبيعي و الأساسي للتربية السليمة وهو الأسرة، و يجعلهم أكثر قابلية للانحراف و الجريمة في المستقبل، وهو ما يلحق أشد الضرر بالمجتمع.

و مما سبق يمكن استخلاص معايير خاصة بالطلاق التعسفي على النحو التالي :

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

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

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

و الفرق بين هذا المعيار و سابقه : أن السبب السابق هو غرض محرم في ذاته، أما في هذا المعيار فهو غير محرم في ذاته لكنه تافه.

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

ثالثا/ضابط السبب المشروع

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

يرى الزحيلي أنه لا يمكن وضع ضابط للمسوغ المشروع في الطلاق، لأن أسباب الطلاق إما موضوعية عامة مثل عدم الإنجاب، أو شخصية ذاتية مثل البغض و عدم كفاءة الزوجة و عدم التفاهم أو عدم التوافق في الطباع، و الأسباب الشخصية الذاتية هي الغالبة، و هي أسباب لا يمكن ضبطها و لا إخضاعها إلى مقاييس واضحة يمكن القضاء فيها، و يخلص إلى القول إن التعسف في الطلاق ينحصر في نطاق محدود جدا، لا يستحق التضخيم في البحث وفي القوانين². وتقول ساجدة عفيف عتيلي، لا نوافق على ما خلص إليه الزحيلي³، ونرى أنه و إن كانت كثيرة من أسباب الطلاق شخصية ذاتية، إلا أنه يمكن وضع ضوابط ظاهرة و واضحة للمسوغات المشروعة و المسوغات غير المشروعة، مثل أن يقال : كل طلاق لا يستتفد طرق الإصلاح يعد طلاقا تعسفيا، لأنه حتى و لو كانت أسباب الطلاق شخصية ذاتية، فلا تمنع من استفاد طرق الإصلاح، فإذا تجاهل الرجل هذه الطرق أو تجاوزها، كان ذلك قرينة على تعسفه، و مثل الأخذ بتوصية لجنة الإصلاح من خلال ما عاينته من وقائع، و هل يعد الطلاق تعسفيا أم لا، و قد يظهر سبب غير معقول للطلاق تثبته الوقائع فيعد قرينة على التعسف، مثل أن يعلق الزوج الطلاق على فعل الزوجة لشيء أو امتناعها عنه.

و ليس صحيحا أنه لا يمكن الوقوف على المسوغات و تحديد مدى مشروعيتها و معقوليتها، لأن هذه الأسباب و إن كانت ذاتية لا يمكن الحكم فيها بذاتها، إلا أنه يمكن الحكم على الوقائع الناتجة

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

تاريخ، الجامعة الأردنية، عمان، ص 105.

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

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

عنها و انطباعات لجنة الإصلاح حين تتدخل، إذ قد يظهر بوضوح وجود سبب معقول لحل الرابطة الزوجية أو عدم وجود مثل هذا السبب، وهو ما يشير إليه قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَفِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾¹، حيث ربط جواز حل الرابطة الزوجية من خلال المخالعة بظهور ما يخيف الجماعة أو الحاكم من عدم إقامة حدود الله.

الفرع الثالث/ صور و حالات الطلاق التعسفي :

- إذا أردنا معرفة متى يكون الطلاق تعسفيا في نظر القضاء، كون المشرع الجزائري لم يحدد صوراً له²، فلقد ذكرت الدكتورة حنيفة لويضة خمس حالات للطلاق التعسفي في نظر القضاء وهي³ :
1. عندما لا يكون للزوج المطلق مبرر شرعي :فلو ادعى الزوج مثلاً أن الزوجة رفضت طلبه بالتخلي عن وظيفتها و المكوث بالبيت، فالقاضي لا يعتبر هذا خطأ منها إذا لم يكن الزوج اشترطه عليها في عقد الزواج ،فيحكم القاضي هنا بتعسف الزوج.
 2. عندما لا يكون للزوج المطلق مبرر منطقي:وهذا يعني أن السبب الذي أسس عليه الزوج طلاقه مبالغ فيه و بالتالي غير منطقي.
 3. عندما لا يكون للزوج المطلق مبرر جدي: إذا لم يقدم الزوج أسباباً جدية أو موضوعية تبعد عنه مسؤولية الطلاق ،كأن يعتبر مثلاً أن زوجته لم تعد تحترمه أو أنها تفعل ما يمس كرامته، وهنا يتوقف الأمر على الاقتناع الشخصي للقاضي عند الحكم بقبول أو رفض المبرر.
 4. عندما يكون الطلاق غير مبرر: أي أن الزوج لم يقدم أي سبب على الإطلاق، ونرى هنا أن الزوج يعتبر متعسفا حتى و إن كان له سبب لم يشأ إظهاره للمحكمة.
 5. عندما يقع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج:أي أن الزوجة لا ترغب في الطلاق فيعتبر الطلاق تعسفيا بشرط أن لا تكون الزوجة قد ارتكبت خطأ من جانبها.

1- سورة البقرة، الآية 229.

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

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

فمن خلال هذه الصور المذكورة للطلاق التعسفي، فقد يتخذ صوراً عديدة غير التي ذكرت، إلا أنه يمكن حصر هاته الصور في صورتين أساسيتين طاغيتين في الطلاق التعسفي، وهما الطلاق من غير سبب مشروع و الطلاق المريض مرض الموت كتحايل على مقصد الإسلام من شرعه¹. وسواء أحطنا بجميع صور الطلاق التعسفي أو لم نخط بها، وعدا ما علمنا من حالات فإن الأمر بالدرجة الأولى يرجع إلى قاضي شؤون الأسرة الذي يحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي كلما ثبتت لديه حالة تعسف الزوج في الطلاق، وهاته الصورتين كالاتي هما كالاتي²:

- الطلاق لسبب غير مشروع

- الطلاق في مرض الموت أو طلاق الفار

1- أولا/الطلاق لسبب غير مشروع :

الطلاق إن كان حقا للزوج يستعمله بإرادته المنفردة فإنه ليس مطلقا، وإنما هو حق مقيد ليس له أن يستعمله إلا إذا تحققت الحاجة إليه، فإذا أوقع الزوج الطلاق بغير سبب معقول يكون قد استعمل حقه، و يلزم بتعويض الضرر الناتج عنه، سواء أكان هذا الضرر ماديا كما لو كانت المطلقة تمارس عملا كمدرسة مثلا تكتسب منه قبل زواجها، وتركته بسبب الزوج، أم أدبيا كما لو كانت ظروف الطلاق تشين سمعة المطلقة وتثير الظنون حولها³.

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

وقد تضمن هذا التعديل عام 1985 أمرين : الأول عدم تقييد الزوجة بكونها فقيرة، والثاني جعل التعويض مقدار ثلاث سنوات، بدلا من سنة، ومستند هذا الحكم الجديد، هو العمل بمبدأ السياسة الشرعية العادلة التي تمنع ظلم المرأة وتعريضها للفاقة والحرمان بسبب تعنت الزوج⁴.

والذي أراه أن المبرر المعقول يراد به السبب المقبول شرعا الذي يبرر الطلاق الزوج، وإنما طلاق التعسف يكون لسبب غير مقبول، كمجرد الخلاص من الزوجة أو الانتقام منها أو تعريضها للفاقة

1- مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 146 .

2- بلبولة بختة، أثر فكرة التعسف على استعمال الحق على الزواج و انحلاله، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2004/2005، ص 100 .

3- أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الإسلامية و القانون، دار المعارف، مصر، الطبعة الأولى، 1967، ص 78 .

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

أو البؤس، أي لمجرد قصد الإضرار بالزوجة، و بما أن المشرع الجزائري لم يعدد حالات طلاق التعسف، فيبدوا أنه أراد ترك ذلك لتقدير القاضي.

يقول في هذا الشأن، الأستاذ عبد العزيز سعد : " ولكن ما يهمنا هنا هو ما ورد في المادة 52 من قانون الأسرة من أنه يجوز للقاضي عندما يحكم بالطلاق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عما يكون قد لحقها من ضرر إذا تبين له مما يعتمد عليه الزوج في مبررات الطلاق ، أن هذا الزوج قد تعسف في طلبه الطلاق تعسفا ألحق ضررا بالزوجة"¹. ومعنى هذا الكلام هو أن الحكم على الزوج المطلق بالتعويض لزوجه في إطار تطبيق الفقرة 1 من المادة 52 من قانون الأسرة حيث يتطلب شرطين² :

أولهما : أن يثبت القاضي ان الزوج طالب الطلاق لم يكن يرغب فيه لتفادي مشكلة و لا دفعا لضرر من الزوجة و إنما لنزوة شخصية أو بقصد الإضرار بالزوجة ودون أن تكون هناك مصلحة أو فائدة شرعية أو عقلانية أو منطقية، كأن يطلقها للتفرغ للزواج من غيرها مرة ثانية أو ثالثة، أو يطلقها لأنها رفضت ان تهئ الطعام لأصدقائه في منزل الزوجية و هم سكارى، و ثانيهما : أن يلحق ضرر حقيقي بسبب طلاقها³ .

وقد جاء في قضاء المحكمة العليا ضمن مبادئ الاجتهاد القضائي التي قررتها بما يلي: "من المقرر شرعا و قانونا إذا كان طلاق الزوج غير مبرر، فإنه للمطلقة الحق في النفقة والتعويض سائر توابع العصمة"⁴.

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

1- عبد العزيز سعد، المرجع السابق ، ص 305 .

2- بلبولة بختة، المرجع السابق، ص 101 .

3- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1982/11/12، ملف رقم 28784، م.ق، 1986، عدد2، ص36.

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

هذا، وإن تكيف طلاق الزوج بكونه متعسف فيه أم لا متروك للسلطة التقديرية للقاضي، و هو ما ذهبت إليه المحكمة العليا حيث قضت بأن حكم قضاة الموضوع بالتعويض المادي و المعنوي للزوجة من جراء طلاق زوجها لها بإرادته المنفردة هي من المسائل التي تخضع لسلطتهم التقديرية، وعليه فإنه إذا طلق الزوج زوجته، وتبين للقاضي ان الزوج متعسف في طلاقها دونما سبب معقول و أن الزوجة سيصيبها بذلك ضرر، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة و درجة تعسفه بتعويض عادل، ولم يضع المشرع الجزائري حدا للتعويض المالي الذي ينشأ في ذمة الزوج المتعسف، بل تركه لسلطة القاضي التقديرية وفقا لطبيعة الطلاق التعسفي، ولحالة الزوج المالية، وللقاعدة الشرعية: "لا ضرر ولا ضرار"¹. ونخلص إلى أن القانون الجزائري لم يبين حالات طلاق التعسف، ولكن القضاء تولى تكيفها، وحسب ما ورد في الاجتهاد القضائي الجزائري فإنه اعتبر الطلاق دون مبرر معقول صورة من صور التعسف في الطلاق الذي ألحق ضررا بالزوجة، وبالتالي يجوز للقاضي أن يحكم بتعويض عادل للزوجة عما تتكبده من أضرار حسب وسع الزوج وسلطة القاضي التقديرية، ولا يدخل في تقدير التعويض كون الزوجة غنية أو فقيرة، وإنما يقدر التعويض حسب ما لحق الزوجة من ضرر من جراء الطلاق التعسفي.

وقد جاء في قضاء محكمة النقض السورية قرارات عدة في هذا الشأن، نذكر منها: "يشترط لاعتبار الطلاق تعسفيا أن يقع بلا سبب ويؤدي بالمطلقة إلى الفاقة والاحتياج"، وفي قرار آخر صرحت فيه أنه على الزوج المطلق إثبات عدم التعسف وبيان سبب الطلاق ونصت فيه: "لما كان على الزوج المطلق إثبات عدم التعسف وبيان سبب صحيح للطلاق وكان عدم بيان الزوج سبب الطلاق يكفي لاعتباره تعسفيا ولا تكلف المطلقة بإثبات التعسف لأنه نفي مطلق لا يمكن إقامة البينة عليه"².

كما اعتبرت محكمة النقض السورية عقم الزوجة سببا مبررا للطلاق ينفي عن الزوج قصد التعسف. وقد جاء في إحدى القرارات الاستئنافية لدولة الأردن: "إن طلاق الزوج لزوجته في أصله مكروه شرعا، ويعتبر طلاقا تعسفيا ما لم يكن الطلاق لسبب مشروع، ولا تكلف المطلقة لإثبات التعسف

1- ابن ماجه، المرجع السابق، رقم الحديث 2341، ص 741.

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

في الطلاق، وإنما الذي يكلف للإثبات هو المطلق، إذا ادعى لطلاقه سببا مشروعاً، و أنكرت الزوجة ذلك¹.

والمقصود بهذا الحكم أنه إذا كان سبب الطلاق مشروعاً ومقبولاً، فلا مجال للقول بطلاق التعسف وإذا ثبت أن للطلاق سبب غير مشروع، فعلى الزوج المطلق أن يثبت أن لطلاقه سبب مشروع وإلا ثبت تعسفه وقد جاء قرار لمحكمة النقض السورية مؤكداً نفس المعنى جاء فيه ما يلي² "إن التعسف في الطلاق ينتفي إذا تبين سببه يصلح اعتباره من الأسباب المؤدية إليه شرعاً أو عرفاً".

ثانياً/ الطلاق في مرض الموت أو طلاق الفار:

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

1- تعريف مرض الموت :

فسأطرق أولاً لتعريف الفقهاء لمرض الموت ثم ابحت في تعريفه قانوناً و قضاء

أ- تعريف الفقهاء لمرض الموت

لقد اختلف الفقهاء في تعريف مرض الموت كما يلي :

- فقد قال الحنفية في مرض الموت أنه: "المرض الذي أضنى المرء وأعجزه عن القيام بحوائجه، فأما من يجيء ويذهب بحوائجه فلا"³.

- وعرفه المالكية بأنه: "المرض المخوف الذي يتصل بالموت"⁴.

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

2- أحمد فراج حسين، المرجع سابق، ص 120.

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

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

- وعند الشافعية مرض الموت هو: " كل ما يستعد بسببه للموت بالإقبال على العمل الصالح، وقيل كل ما اتصل به الموت"¹.

- أما عند الحنابلة فهو: "ما كان سببا صالحا للموت فيضاف إليه ويجوز حدوثه عنده"².

فيتبين من خلال هذه التعريفات أنه لابد من تحقق أمرين لاعتبار المرض مرض موت³ :

- أن يكون المرض من الأمراض التي يعقبها الموت غالبا.

- أن يعقبها الموت فعلا، أما من صح بعدما انتكس فلا يعد مرضه الأول مرض موت.

ب تعريف مرض الموت قانونا و قضاء :

لم يتطرق المشرع الجزائري لا في قانون الأسرة ولا في القانون المدني بتعريف لمرض الموت

وذلك خلافا لبعض التشريعات العربية التي تعرضت له⁴.

فقد ورد في قانون المواريث المصري رقم 77- 1943 في المادة 11 منه ما نصه: " تعتبر المطلقة بائنا

في مرض الموت في حكم الزوجة إذا لم ترض بالطلاق ومات في ذلك المرض وهي في عدته ".

وجاء في القانون المدني الأردني في المادة 543 منه فيما يتعلق بمرض الموت من أنه: " المرض

الذي يعجز فيه الانسان عن متابعة أعماله المعتادة ويغلب فيه الهلاك ويموت على تلك الحال قبل

مرور سنة أو أكثر تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ".

و بالرغم من أن المشرع الجزائري لم يعرف مرض الموت، إلا أن القضاء من خلال المجلس

الأعلى اجتهد في الإحاطة بمفهوم مرض الموت من خلال قراره الصادر بتاريخ 1984/04/09،

حيث استقر اجتهاده على أن: "مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان

خطيرا و يجر إلى الموت، و به يفقد المتصرف وعيه و تمييزه، و يجب على القاضي إثبات ذلك

وقت التصرف"⁵.

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

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

3- ساجدة عفيف عتيلي ، المرجع سابق، ص 69 .

4- مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 149 .

5- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1984/04/09 ، ملف رقم 33719، قرار غير منشور، منقول عن بلحاج العربي،

الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع سابق، ص 244 .

كما ذهبت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2005/06/15 إلى إبطال عقد هبة أبرم في مرض الموت واعتبرته وصية، حيث جاء في قرارها "متى ثبت أن عقد الهبة قد حرره المالك في فترة مرضه الخطير و المخيف و الذي يدخل ضمن الحالات المشار إليها في المادة 204 من قانون الأسرة، كان على قضاة الموضوع أن يبطلوا عقد الهبة المذكور ويعتبرونه عقد وصية " ¹.

فعلى الرغم من أن الموت و الحياة بيد الله سبحانه و تعالى إلا أنه في حدود معرفة العقل البشري، فإن الرمد و الرشح و غيرهما من الأمراض العادية لا يغلب فيها الموت، بخلاف أمراض سرطان الدم أو الدماغ، فهذه أمراض ينذر الشفاء منها، إن لم يكن متعذر كلية، و تعتبر هذه المسألة من الأمور الفنية التي يرجع الفصل فيها لأهل الاختصاص من الأطباء، وقد اجمعوا على أن مرض الإيدز لا يبق على وتيرة واحدة، بل هو في تزايد مستمر وحالة المريض تتطور إلى أسوأ فإن مرور السنة على الإصابة به لا ينفي كونه مرض موت ².

ومع ما وصل إليه العلم الحديث فإن رأي الطبيب هو الذي يميز بين الأمراض ، و أيها يقبل الشفاء، و أيها أدى إلى الموت، وتحديد ما إذا كان سببا للوفاة أم لا ³.

ويلحق بالمريض مرض الموت في أحكامه من كان صحيحا وفي حالة يتغلب فيها الهلاك عادة كالمحكوم عليه بالإعدام و لا أمل في براءته، و أودع السجن لتنفيذ العقوبة بالفعل، ومن كان أسيرا في دولة أجنبية عرف عنها قتل الأسرى، أو كان في سفينة اجتاحتها الأمواج وتغلب فيها اليأس على الرجاء، فكل هذه الصور يعامل صاحبها معاملة المريض مرض الموت و يحكم على تصرفاته بحكمه ⁴.

ج. أحكام طلاق المريض مرض الموت :

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

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

2- محمد احمد البديرات، مدى اعتبار مرض الأيدز مرض موت وتأثيره في تصرفات المريض في القانون الأردني و الفقه الاسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، العدد 1، سنة 2006، ص 68 .

3- مسعودة نعيمة إلياس، المرجع سابق، ص 152 .

4- الهادي سعيد عرفة، المرجع السابق، ص 219 .

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

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

وعليه و بناء على مراجعة شرعية لآراء و أفكار الفقهاء المسلمين، يمكن القول بأنهم أجمعوا على صحة الطلاق الواقع في مرض الموت و على التوارث أثناء عدة الطلاق و أنهم قد اختلفوا على مدة و زمان و إمكانية التوارث أثناء عدة الطلاق البائن¹ ففي حين يرى الحنفية²، أن من طلق زوجته في مرض الموت، ومات قبل أن تنتهي عدتها يعتبر فارا من ميراثها و ترثه في هذه الحالة، و ألحقوا به كل من كان صحيحا في حالة يغلب فيها الهلاك عادة، كالمحكوم عليه بالإعدام و لا أمل له في البراءة، أو حجز لتنفيذ الحكم عليه إذا طلق زوجته بائنا و توفي قبل تنفيذ الحكم عليه أو بعده قبل انتهاء عدة زوجته، ومن كان في معركة حربية ووقف في الصف الأول أو في موضع الخطر، أو كان في سفينة اجتاحتها الأمواج من كل جانب، أو كان في بلد ضربه الوباء، أو إذا توفي في هذه الحالة، أما إذا توفيت هي في العدة فلا يرث منها لأنه فوت على نفسه الميراث بهذا الطلاق.

أما قانون الأسرة الجزائري فلم يتعرض لطلاق المريض مرض الموت، وإنما ذكر في المادة 130 من قانون الأسرة على أنه: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق الرجعي استحق الحي منها الإرث" والملاحظ أن هذه المادة لم تذكر حالة طلاق المريض مرض الموت، وعليه يرجع إلى أحكام الفقه الإسلامي في هذا الخصوص .

ويشترط العلماء لاعتبار المريض فارا من إرث زوجته خمسة شروط :

- أن يطلقها في مرض الموت - طلاقا بائنا - أن الطلاق الرجعي يثبت فيه الميراث دائما سواء كان برضاها أو بغيره ما دامت في العدة.

- أن يكون الطلاق البائن بعد الدخول الحقيقي، فلو كان الطلاق البائن قبل الدخول الحقيقي، ولو بعد الخلوة، لا يستحق ميراثا لعدم تحقق الفرار منه.

- أن تستمر اهلية الزوجة للميراث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة.

1- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 1982، ص 277 .

2- محمد سويد، المذاهب الإسلامية الخمسة و المذهب الموحد، دار التقريب بين المذاهب الإسلامية، لبنان 1995، الطبعة الأولى، ص 205.

- أن يموت والمطلقة في العدة، فلو مات بعد انتهاء العدة لا ترثه لانقطاع الزوجية وآثارها.
- أن يكون طائعا مختارا غير مكره.

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

وقد ورد في الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية - العدد الخاص - أن الطلاق في مرض الموت جائز ما عدا حالة الحرمان من الميراث، وقد جاء فيه: " إن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ما عدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث ".

وخلاصة القول ان المريض مرض الموت ومن في حكمه إذا طلق زوجته طلاقا بائنا، ومات قبل أن تنتهي عدتها ورثته، لأنه يقصد حرمانها من حقها في الميراث، وهذا ما يسميه الفقهاء بطلاق الفار من الميراث الذي يجب أن يعامل بنقيض مقصوده، كالقاتل لورثته الذي حرمه الشرع من ميراثه، ولكن بشرط ان تستمر اهليتها من وقت الإبانة من الطلاق إلى موت الفار من الميراث بمعنى انها تكون مستحقة للميراث.

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

ولكننا نجد أن عامة الفقهاء، قرروا بأن الأصل في الطلاق الحظر لا الإباحة²، لظاهر النصوص التي تحذر من الطلاق، وتنتهي عن وقوعه لغير سبب مشروع، و لأن فيه كفران لنعمة النكاح الذي تعلق به المصالح الدينية لا الدنيوية لقوله عز وجل ﴿ وَمِنْ - آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ

1- أبو زهرة محمد، المرجع السابق، ص 319.

2- مجيد علي العبيدي، الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الاسلامية، العراق، العدد الثالث، 2009

المجلد الأول، ص 19.

أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ¹ * وإنما أٌبيح للحاجة إلى الخلاص من الضرر عند تباين الأخلاق، و عروض البغضاء و استفحال الخلافات و عدم إقامة حدود الله، و نحوها من الأسباب، فإن لم تكن الحاجة المبيحة له شرعا بقي على أصله من الحظر، كما فيه من إضرار للمطلق وزوجته و أولاده، وإعدام للمصلحة الزوجية، لقوله عز وجل: * فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِمْ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا ² ، أي لا تطلبوا الفراق، مما يدل على أن من طلق زوجته لغير حاجة ودون سبب مشروع، فقد أضر بزوجته وأهلها والمجتمع، وهذا النوع من الفساد لقوله عز وجل والله لا يحب الفساد، ولقوله صلى الله عليه وسلم : (لا ضرر و لا ضرار) ³ ، كما أنه قد ناقض قصد الشارع من مشروعية الطلاق، وبذلك يكون متعسفا في استعمال حق الطلاق.

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

فقد قيل في هذا الصدد: " يؤخذ من نصوص الشريعة أن من طلق زوجته من غير حاجة، أو مسوغ شرعي، آثم عند الله لأنه أساء استعمال الحق الذي جعله الشارع بيده " .

وما جاء على لسان عبد الفتاح عايش عمرو قوله: " إذا استعمل الزوج هذا الحق المشروع بدون سبب شرعي ولغير حاجة يكون قد ناقض مقصد الشارع من مشروعية حق الطلاق، وبذلك يكون متعسفا في استعمال حقه " .

1- سورة الروم، الآية 21.

2- سورة النساء، الآية 34.

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

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

المطلب الثالث/ مفهوم الضرر في الطلاق التعسفي

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

الفرع الاول/ تعريف الضرر في التعسف في استعمال الحق

الفرع الثاني/ الضرر اللاحق بالزوجة من الطلاق التعسفي

الفرع الاول/ تعريف الضرر في التعسف في استعمال الحق

يجب أن يكون الضرر شخصا للإدعاء به وطلب التعويض عنه، والضرر الشخصي هو الذي ينال من المدعي ذاتيا، أي الذي يمس بحقوقه، أو مصالحه، أو يؤثر في نفسه، فيكون الادعاء واردا باسمه، إذ أن الحق في التعويض عنه يدخل في ذمته.

والضرر الذي يصيب الانسان في كيانه المالي (الضرر المادي)، كما يصيبه بألم وإساءة شخصية (الضرر المعنوي).

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

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

1- عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي (الخطأ والضرر)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،

الطبعة الثالثة، 1983، ص 266.

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

وإذا كان الضرر المعنوي قد طرح للبحث الكثير من المسائل، حول خصائصه وشروط التعويض عنه، وإذا كان هذا البحث قد تشعب وكانت بعض الحلول المعروضة فيه، قد عرفت التنوع والتحول، فإن أمر إصلاحه، أمسى في الاصل أمرا مسلما به. فالقضاء الفرنسي أقر مبدأ التعويض عنه، وكذلك بعض التشريعات العربية صراحة من بينها المشرع اللبناني، غير أن الفقه الاسلامي، لم يقر ضمانه.

ومفهوم الضرر قد تطور وتفرع فتعددت صورته مظهرا ونوعا، وإذا كان المشرع اللبناني، قد استعمل عبارة الضرر الادبي، تعريبا للاصطلاح الفرنسي Dommage moral فإنه قصد بها الضرر المعنوي بمفهومه الشامل، إذ أن هذا الضرر لا ينحصر في إطار يضيق به، فهو يصيب الانسان في مكانته واعتباره وشرفه، أو يصيب النفس مخرقا فيها الألم والحسرة والانفعال.

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

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

الفرع الثاني: الضرر اللاحق بالزوجة من الطلاق التعسفي

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

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

فمن المقرر قانوناً أنه لا مسؤولية بدون ضرر¹، فلا بد من ثبوت ضرر الى جانب خطأ المسؤول حتى يستحق المضرور التعويض. والضرر هو (الخسارة المادية أو المعنوية التي تلحق بحق المضرور نتيجة التعدي الذي يقع عليه)².

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

- أما الضرر المادي فهو الذي يلحق الشخص في جسمه أو ماله أو في مصلحة مادية مشروعة.

- أما الضرر المعنوي فهو الذي يلحق الشخص في مشاعره أو عواطفه أو شرفه أو عقيدته.³

وبالرجوع الى موضوع الطلاق، فإن المطلقة يلحقها دون شك وفي كل الأحوال ضرر معنوي من الطلاق نتيجة فراق زوجها لها، لكن هل يتصور أن يلحقها ضرر مادي من الطلاق؟

يقول عبد العزيز سعد في مثال له أنه (يوجد الضرر المادي في الطلاق إذا كانت الزوجة موظفة أو عاملة وتزوجها على أن تترك وظيفتها أو عملها، ثم بعد أن تركته طلقها دون أن ترتكب أي خطأ من جانبها)⁴. و لكن الرد على هذا القول بأنه و إن كان فعلاً قد لحق المطلقة ضرر مادي يمس بمصلحة مادية لها تتمثل في فقدانها لراتبها إلا أن هذا الضرر لا يمكن إرجاع سببه الى الطلاق في حد ذاته، لأن قبولها ترك وظيفتها للزواج لا يعني اشتراطها على زوجها عدم طلاقها، و لا علاقة لهذا القبول بالطلاق، و إنما علاقته كانت بالزواج في حد ذاته، فعقد الزواج هو عقد ينعقد ككل العقود بإيجاب و قبول، و إذا اقترن إيجاب الرجل بشرط و قبلته المرأة انعقد العقد، و لم يكن لها حق الرجوع عليه به بعد أن رضيته، و من باب أولى لا يكون لها حق الرجوع به على حق من حقوق الزوج و هو الطلاق، و من ثم فلا علاقة للضرر الناجم عن فقدان المرأة لوظيفتها بالطلاق في حد ذاته.

فشرط تخلي المرأة عن وظيفتها هو شرط مقترن بعقد الزواج⁵، وشرط التخلي عن الوظيفة لا يحرم حلالاً لأنه من مقتضيات النكاح كشرطه عليها أن لا تخرج إلا بإذنه، فهذا شرط لازم

1- المادة 124 من القانون المدني الجزائري.

2- مجيد علي العبيدي، المرجع السابق، ص 32.

3- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 162.

4- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 306.

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

يتعلق بحق الزوج، فكيف تعود عليه بالتعويض بعد أن رضيت بشرط لازم¹.

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

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

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

يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن (التعويض المراد به من المادة 52 من قانون الأسرة يكون على الضرر المعنوي والضرر المادي أيضا الذي يلحق المطلقة، بشرط أن تثبت الزوجة الضرر المادي، لأن الضرر المعنوي يعتبر ثابتا بمجرد الحكم بالطلاق)². والتساؤل الذي يطرح على هذا القول بأنه مادام أن التعويض المقصود من المادة 52 يكون على الضرر المادي والمعنوي معا، والمطلقة ستحصل لا محالة على تعويض عن الضرر المعنوي المفترض وقوعه في كل الأحوال، فما الفائدة من اشتراط إثبات الضرر المادي، فهل هذا يعني أنها ستحصل على تعويضين اثنين؟

إن هذا الغموض يطرح إشكالا فيما يخص التعويض المنصوص عليه في المادة 52 من قانون الأسرة هل هو لجبر الضررين معا أم الضرر المعنوي وحده فقط؟ و إن كان لجبر الضرر المعنوي فقط، فهل يحكم القاضي بتعويض آخر عن الضرر المادي و على أي أساس؟

إن تغيير المشرع لمصطلح متعة الى تعويض هو الذي أحدث هذا الإشكال. فقبل صدور قانون الأسرة، كان القضاة يحكمون للمطلقة بمبلغ مالي تحت إسم متعة و لم يكن هذا المبلغ المالي إلا تعويض عن الضرر المعنوي الذي يلحق المطلقة. و بصدور قانون الأسرة غير المشرع مصطلح متعة بمصطلح تعويض مما جعل القضاة يختلفون فيه، فمنهم من يحكم به للمطلقة كتعويض عن

1- محمد علوشيش الورتلاني، نفس المرجع، ص 175.

2- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 306.

الضرر المعنوي مثله مثل المتعة، و منهم من يحكم به كتعويض عن الضررين المعنوي و المادي معا.

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

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

و هكذا يبقى اختلاف القضاة في مسألة الضرر اللاحق بالمطلقة طالما بقي الغموض يطغى على نص المادة 52 من قانون الأسرة مما يستوجب البحث عن مسألة ضرر المطلقة في الشريعة الإسلامية.

والضرر المادي الذي قد يلحق المطلقة في نظر الشريعة الإسلامية عندما يطلقها زوجها طلاقا تعسفيا على النحو الذي سبق بيانه.

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

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

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

* والطلاق في طهر مسها فيه ينجم عنه ضرر مادي يتمثل في تلبيس أمر حساب العدة عليها.
* والطلاق بقصد الحرمان من الميراث ينجم عنه ضرر مادي يتمثل في ضياع نصيبها من الميراث.

فكل هذه اضرار مادية تلحق المطلقة بسبب الطلاق التعسفي، ولكن سبقت الإشارة أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقض للمطلقة بضمن (تعويض) على هذه الأضرار المادية بل عمل على إزالة هذه الأضرار وذلك بمعالجة حالات التعسف في الطلاق بما يناسب كل حالة على حدى - فالمطلق زوجته وهي حائض أو في طهر مسها فيه أمره بمراجعتها مع احتساب الطلقة و الرجعة.

- والمطلق لحرمان زوجته من الميراث يعامل بنقيض مقصوده فترثه زوجته و إن كانت مطلقة.
- و المطلق و هو هازل أو سكران يقع طلاقه عند جمهور الفقهاء و تحسب تطليقة¹.
و ليس هناك تعويض عن الضرر المادي ما دام أنه سيصلح و يزال، كما أن المتعة لم تفرض لجبر الضرر المادي. أما عن الجزاء الذي يناله الزوج بسبب التعسف في استعمال حق طلاقه و إضراره بالمطلقة، فلو بحثنا عن جزاء التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية نجد هذه الأخيرة قد أقرت جزاء بأربعة أنواع وهي: جزاء مالي، وجزاء عيني، وجزاء ديني و تعزيز².
- أما الجزاء المالي فهو عبارة عن تعويض يلزم المسيء في استعمال حقه بدفعه الى من تسببت الإساءة في استعمال الحق الى الإضرار به ماديا، ذلك أن الضرر المادي في الشريعة الإسلامية يعوض وفقا للقاعدة الشرعية: " من يحدث لغيره تلفا في ماله يضمن هذا التلف "، فالشريعة الإسلامية تأخذ بالتعويض عن الضرر المادي الذي يلحق الغير بسبب التعسف في استعمال الحق.

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

1- الهادي السعيد عرفة، المرجع السابق، ص 139 و ما يليها.

2- السعيد مصطفى السعيد، مدى استعمال حقوق الزوجية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1936، ص 256 و ما يليها.

- و أما الجزاء الديني فيقتضي تحميل المتعسف في استعمال حقه وزرا يحاسب عليه آخرا بينه و بين ربه عز و جل¹.

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

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

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

و الواقع أنه لا يمكن تصور أضرارا مادية تلحق بالمطلقة غير تلك الأضرار التي رأتها الشريعة الإسلامية، فإن حدث و أن لحق المطلقة ضرر مادي آخر غيرها، فنلاحظ أنه لن يكون الطلاق هو السبب المباشر لحدوث هذا الضرر. ففقدان المطلقة وظيفتها مثلا هو ضرر مادي لكننا نرى أنه غير ناجم عن الطلاق في حد ذاته، و إنما عن قبولها شرط التنازل عن الوظيفة في عقد الزواج. أما لو أصررنا على احتمال وقوع ضرر مادي للمطلقة بسبب الطلاق، فهو يعوض بتعويض آخر غير المتعة طبقا للقاعدة الشرعية العامة: "من يحدث لغيره تلفا في ماله يضمن هذا التلف"، و في هذه الحالة تحصل المطلقة على تعويضين.

1- شذى مظفر حسين، التعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية و القانون، مجلة رسالة الحقوق العلمية، المجلد الأول، العدد الأول، 2009، ص 4.

الفصل الثاني/ تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي :

إن التعويض عن الطلاق التعسفي، هو مسألة قانونية، أي التزام مصدره القانون وفقا لنظرية إساءة استعمال الحق، وليس التزاما عقديا ناتجا عن اخلال الزوج بعقد الزواج.

فالتعويض الذي تستحقه الزوجة، وفقا لأحكام قانون الاسرة، هو تعويضا ماديا يتناسب وحالة الزوج المادية ودرجة تعسفه في إيقاع الطلاق، وهو لا يتعارض مع الحقوق الشرعية الاخرى للمطلقة، والتعويض جاء مطلقا في قانون الاحوال الشخصية، ليشمل نوعي الضرر، المادي والمعنوي، الذين يلحقا بالزوجة المطلقة، لأن قاعدة المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقيد بنص، وتسري صفة الطلاق بخصوص المطلقة التي تستحق التعويض سواء مطلقة قبل الدخول أم بعده إذا أصيبت الزوجة بضرر من جراء الطلاق التعسفي، وأن حدوث الطلاق قبل الدخول أم بعده، فيمكن أن يؤخذ بعين الاعتبار عند تقدير التعويض.

والمتمتع في الشريعة الاسلامية ترادف التعويض في القوانين الوضعية وهي بمثابة تعويض عما يلحق الزوجة من ضرر، وجبرا لخاظرها لما قام به الزوج من هدم للميثاق الغليظ بغير مبرر شرعي.

وفي حال ما إذا حصل الطلاق و بالشكل التعسفي، وأضحت المطلقة مستحقة للتعويض عن الطلاق التعسفي، ومستحقة لنفقة المتعة، فيجب هنا احترام كيفية تقدير التعويض و المتعة، وهل يمكن الجمع بين التعويض و المتعة، و البحث عن الاساس الذي يقوم عليه تقدير القاضي للتعويض، وعلى هذا الاساس سوف يتم تقسيم هذا الفصل إلى المباحث التالية :

المبحث الاول/ التعويض عن الطلاق التعسفي وعلاقته بالمتعة في القانون الجزائري

المبحث الثاني/ سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي

المبحث الاول/ مفهوم التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي وعلاقته بالمتعة.

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

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

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

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

المطلب الاول/ مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي

المطلب الثاني/علاقة التعويض عن الطلاق التعسفي بالمتعة

المطلب الأول / مشروعية التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي

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

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

الفرع الأول/ تعريف التعويض

الفرع الثاني/ مشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي

الفرع الأول/تعريف التعويض :

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

أولا/التعويض لغة: هو العوض بمعنى البدل والخلف، والجمع أعواض، وعاضه بكذا عوضا: أعطاه إياه بدل ما ذهب منه، فهو عائنض، واعتاض منه: أخذ العوض واعتاض فلانا: سأل العوض¹.

وجاء في تاج العروس: العوض كعب الخلف، وفي اللباب كل ما أعطيته من شيء فكان خلفا و عوضني الله منه تعويضا².

ثانيا/التعويض اصطلاحا: فاصطلاحا لم يتطرق الفقهاء القدامى للفظ التعويض وإنما استعمل عوضا عنه لفظ الضمان، وقد اختلفوا في استعماله، فبعض الفقهاء استعمله في المعنى نفسه الذي

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

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

يقصد من لفظ التعويض، وبعضهم جعله شاملاً للتعويض وغيره كالكفالة، والبعض الآخر عرفه بما لا يدل البتة على التعويض.

وأما العلماء المعاصرون فقد عرفوه تعريفات كثيرة من أهمها تعريف الزحيلي في كتابه نظرية الضمان، حيث قال : (هو تغطية الضرر الواقع بالتعدي أو الخطأ)¹.

وقيل هو : (المال الذي يحكم به على من أوقع ضرراً على غيره، والضرر إلحاق مفسدة بالآخرين، أو هو أذى يلحق بالشخص سواء كان في ماله أم جسمه أم عرضه أم عاطفته وقد يسبب له خسارة مالية، سواء بالنقص أو التلف المادي أو بنقص المنافع أو زوال بعض الأوصاف)².

وقد اعترض بوساق على التعريفات التي تتضمن الإضرار بالعرض أو العاطفة أي الأضرار المعنوية، حيث إنه يرى أنه لا تعويض عن الأضرار المعنوية وبالتالي فهي لا تدخل في التعريف. وبذلك يكون تعريفه للتعويض بأنه : (المال الذي يحكم به على من أوقع ضرراً على غيره في نفس أو مال)³.

ثالثاً/ التعويض في القانون: لم يتطرق فقهاء القانون المدني لتعريف التعويض بوضع نصوص محددة تبين تعريفه، وإنما يتعرضون مباشرة لبيان طريقته و تقديره عند تعرضهم للحديث عن جزاء المسؤولية، وذلك ربما يرجع إلى أن التعويض معناه واضح لا يحتاج إلى زيادة و إيضاح، فهو يعني عندهم : (ما يلتزم به المسؤول في المسؤولية المدنية اتجاه من أصاب بضرر فهو جزاء المسؤولية)⁴.

وقد نصت المادة 163 من القانون المدني المصري على أن : (كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم

من ارتكبه بالتعويض)، كما تضمنت المواد من 163 إلى 178 نفس المعنى في نفس

القانون، وهي المواد التي عالجت موضوع المسؤولية المدنية.

1- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1389 هـ ، ص 87 .

2- محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 48.

3- بوساق محمد بن المدني، التعويض عن الضرر في الفقه الاسلامي، دار إشبيليا للنشر و التوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ص 155.

4- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1964، الجزء الأول، فقرة 640، ص 1090 .

والمادة 163 من القانون المدني المصري تقابلها المادة 124 من القانون المدني الجزائري التي تنص: (كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض)، ويقصد من هذه المادة هو الفعل المستحق للتعويض أو ما يسمى تقليديا بالمسؤولية التقصيرية أي المسؤولية التي يتحملها الشخص بسبب اخلاله بالتزام قانوني نتيجة خطأ أو إهمال أو تقصير منه، غير أنه في الوقت الحالي لم تنق هذه المسؤولية مرتبطة بفكرة الخطأ أي سلوك المسؤول، بل أصبح يعتد كذلك بفكرة تحمل التبعة، حيث أصبحت العبرة بالضرر الذي أصاب الضحية أكثر مما هي بخطأ أو تقصير المسؤول المتسبب بالضرر¹.
بمعنى أنه إذا وقع عمل غير مشروع نشأ عنه حق في تعويض الضرر الذي نجم عنه². بمعنى آخر مقابلة هذا الضرر بمال عوض عنه.

الفرع الثاني/ مشروعية التعويض في الفقه الاسلامي :

إن التعويض عن الضرر أمرا مقررا شرعا و عقلا وقانونا و عرفا جبرا للضرر و رعاية للحقوق و زجرا للمعتدين وتوفيرا للاستقرار و تحقيقا للعدل.
وقد دلت مصادر التشريع على مشروعية التعويض على الاضرار و تؤكد ذلك الآيات الكريمة و الأحاديث الشريفة.

فمن القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴾³
وقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ عَافَيْتُمْ عَافِيُوا بِمِثْلِ مَا غُوفِيتُمْ بِهِءَ وَلَيْسَ صَبْرُتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ ﴾⁴
وقوله تعالى: ﴿ وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَاقَبَ وَأَصْلَحَ فَأَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الظَّالِمِينَ ﴾⁵

وهذه الآيات تدخل فيها معاني عديدة كالقصاص و يدخل فيها أيضا التعويض المالي، حيث ذكر ذلك المفسرون، ومن هذه التفسيرات :

1- علي فيلالى وحفيد بن شنيبي، المرجع السابق، ص 3 .

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

3- سورة البقرة، الآية 179.

4- سورة النحل، الآية 126.

5- سورة الشورى، الآية 40.

قول الرازي : (وكل من أوجب تفويت هذا القدر على الغاضب قال بأنه يجب أدائه إلى المغضوب منه)¹.

ومنها أيضا عن عبد الرزاق عن الثوري عن خالد عن ابن سيرين قال (و إن عاقبتم فعاقبوا) يقول إن أخذ منك الرجل شيئا فخذ منه مثله².

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

وأوضح ما دل في القرآن عن التعويض المالي عن الضرر الحادثة التي حكم فيها أنبياء الله داود و سليمان عليهما السلام و المقصودة في قوله تعالى: ﴿وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَبَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحَكْمِهِمْ شَاهِدِينَ﴾ ^{٧٧} فَبَهَمْنَاهَا

سُلَيْمَانَ وَكُلًّا - أَتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا وَسَخَّرْنَا مَعَ دَاوُدَ الْجِبَالَ يُسَبِّحْنَ وَالطَّيْرَ وَكُنَّا فَاعِلِينَ ³ فقد ورد في التفسير أن صاحب زرع كرم أثمرت عناقيد عنب، اشتكى

صاحب الغنم أفسدت الغنم عناقيده فحكم له داود عليه السلام بالغنم تعويضا له عن تلف محصوله، بينما رأى سليمان عليه السلام أن يدفع الغنم إلى صاحب الكرم يستفيد من حلبها و صوفها و أولادها، و يدفع الكرم إلى صاحب الغنم يصلحه، حتى إذا رجع الكرم سالحا أخذ كل منهما ما له أصلا، فكان الحكم الأخير أصلح و أحكم و أرحم و أثنى الله على سليمان و لم يذم داود⁴.

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

1- فخر الدين الرازي، محمد بن عمر التميمي الشافعي، التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب، جزء 27، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1421هـ، ص 155.

2- الصنعاني عبد الرزاق بن همام، تفسير القرآن، تحقيق د مصطفى مسلم محمد، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية، الجزء الثاني، ص 361 .

3- سورة الأنبياء، الآيتين 77-78.

4- ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، الجزء الثالث، ص 187.

ومن السنة أحاديث كثيرة تثبت مشروعية التعويض، ومنها ما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: (ما رأيت صانعة طعام مثل صفة أهدت إلى النبي صلى الله عليه وسلم إناء فيه الطعام فما ملكت نفسي حتى كسرتة، فسألت النبي صلى الله عليه وسلم عن كفارته فقال إناء كإناء و طعام كطعام)¹.

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

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

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

ويدخل في القواعد أحكام كثيرة، لا حصر لها و لا مجال لذكرها هنا.

وقد قرر الفقهاء ذلك بمؤلفاتهم ومنها ما ذكره الكاساني: (إذا تعذر نفي الضرر من حيث الصورة فيجب نفيه من حيث المعنى بالضمان ليقوم الضمان مقام المتلف، فينتفي الضرر بالقدر الممكن)⁵.

ومما لا شك فيه أن مشروعية التعويض هذه لم تأت عبثاً، بل لحكمة عظيمة، تتجلى في تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية و تجسيد روحها التي تهدف إلى إصلاح دنيا الناس.

فمشروعية التعويض عن الضرر من أسرار عظمة هذا التشريع الرباني و رحمته بهذه الأمة، حيث جعل هذا المبدأ جامعاً لكل خير، دافعاً لكل شر، فهو يصون الأموال من الضياع و النقص،

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

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

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

4- المرجع نفسه.

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

ويحفظ الملكية حتى لا تستباح و تهدر و يعم الفساد. فإن حرمة المال لا تقل شأنًا عن حرمة النفس، بل هي من لوازم المحافظة على الأنفس، لذلك اقتضت الحكمة أن صيانة الأموال . بتقرير مبدأ التعويض بالمثل أو القيمة . جبرا للضرر و النقص الذي يلحق المضرور بإتلاف ماله لأن أخذه نظير ما أُلّف له يجعله كمن لم يفت عليه شيء، فينتفع بما يأخذه. وفي نفس الوقت يكون ذلك قمعا للعدوان، وجزرا للمعتدين، ورعاية للحقوق، وسدا للثغرات، وهذه أصلح طريقة لحماية الأموال و جبر الضرر معا¹ .

فلو شرع القصاص في الأموال لأدى ذلك إلى اتساع دائرة الأضرار و كثر ضياع الأموال لانتشار المقابلة بالمثل، و هو ما يؤدي إلى زيادة المفسدة. و مع ذلك يبقى جانب المجني عليه موتور غير مجبور وهذا يتناقض مع حرمة المال وصيانة حق التملك، وحماية ثروة المجتمع² .

1- بوساق محمد بن المدني، المرجع السابق، ص 161.

2- نفس المرجع، ص 162 .

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

إن العلماء المعاصرين القائلين بالتعويض استندوا الى مشروعية المتعة في الإسلام، فقاسوا عليها، ومن هنا أود بحث الأمر ببيان مفهوم المتعة لغة و شرعا، و آراء الفقهاء في حكمها و مستحقيها و الفرق بين المتعة و التعويض ببيان أوجه التشابه بينهما، وما تتميز به المتعة عن التعويض، ثم هل يغني إيجاب المتعة عن فرض التعويض؟ و هذا ما سيكون في الفرعين التاليين:

الفرع الأول/ مفهوم المتعة و حكمها

الفرع الثاني/ العلاقة بين المتعة و التعويض عن الطلاق التعسفي

الفرع الأول/ مفهوم المتعة :

إتفق الفقهاء في أن المتعة إنما تجب جباً لما وقع على المرأة من إحاش وضرر بما فات عليها من الطمأنينة على نظام حياتها في كنف الزوج، ولذلك رتب الشريعة الإسلامية على الطلاق أثراً يرمي إلى تخفيف هذا الضرر عن المطلقة، وذلك بما تفرضه على الزوج من المتعة على مطلقته كأثر من آثار الطلاق، وبيان المتعة يستدعي التطرق لها من حيث التعريف ومن حيث حكمها ومن حيث مدى استحقاق المرأة المطلقة لها، وهذا ما سيتم بيانه فيما يلي:

أولاً/ تعريف المتعة:

المتعة لغة: من الفعل متع، و المتاع هو السلعة و هو أيضا المنفعة و ما تمتعت به، و قد تمتع به أي انتفع¹ به.

اما المتعة شرعا فهي مال يدفعه الزوج لامرأته المفارقة في الحياة بطلاق وما في معناه بشروط²، وهي الاحسان إليهن حين الطلاق بما يقدر عليه المطلق بحسب حاله في القلة و الكثرة³.

و يعلل بعض الفقهاء تشريع المتعة بأنها تعويض مالي واجب لها في مقابل اختصاص الرجل بإيقاع الطلاق، فهي تعويض عما فات عليها من الطمأنينة على نظام حياتها في كنف الزوج،

1- الرازي ، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، تحقيق محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، لبنان، 1415 هـ، الجزء 1، ص 256.

2- الشربيني، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص 241.

3- ابن جزي، أبو عبد الله محمد ابن أحمد ابن محمد، القوانين الفقهية، الطبعة الثانية، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1409 هـ، ص 217.

حيث يطلقها بإرادته المنفردة¹.

ثانيا/ حكم المتعة و استحقاتها :

اختلف الفقهاء في حكم متعة الطلاق و متى تستحق إلى أربعة أقوال :

1- القول الاول : ذهب فقهاء الحنفية إلى أن المتعة واجبة للتي طلقها زوجها قبل الدخول ولم يسم لها مهرا، ويستحب لمن دخل بها و لا يجبر على ذلك، وهذا مذهب أبي حنيفة و أبي يوسف ومحمد و زفر ووافقهم في ذلك الثوري و الحسن بن صالح و الأوزاعي².

وهو قول عند الحنابلة³ استدل أبو حنيفة ومن معه بما يلي:

أ- أولا : بقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ فَذَرَهُ، وَعَلَى الْمُفْتِرِ فَذَرَهُ، مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَفًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَفْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ⁴ فهذه الآيات إنما تدل على أن المطلقة غير المدخول بها، إما أن تكون ممن سمي لها مهر، وهذه لها نصفه بنص الآية، أو لم يسم لها مهر، و الأخيرة لها المتعة و هذا من باب العدل الرباني. و أما باقي المطلقات فاستحباب المتعة لهن مأخوذ من عموم الأدلة التي قررت المتعة للمطلقة⁵.

ب- ثانيا : إن المتعة بدل الواجب وهو نصف المهر - وهو الواجب قبل الدخول وقد سمي لها مهر -وبدل الواجب واجب لأنه يقوم مقام الواجب ويحكي حكايته.

1- البلتاجي محمد، دراسات في أحكام الأسرة، مكتبة الشباب، القاهرة، مصر، 1973، ص 397.

2- الجصاص أحمد بن علي الرازي أبو بكر، أحكام القرآن، 5 أجزاء، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1405 هـ، الجزء الثاني، ص 137 وانظر زايد، محمد طلبة، ديوان الطلاق، مطبعة الحلبي، مصر، ص 470.

3- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، الجزء السابع، ص 184

4- سورة البقرة، الآية 236- 237.

5- الكاساني، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 303 .

2- القول الثاني : وأما مالك و أصحابه و القاضي شريح فذهبوا إلى أنها مندوبة لكل مطلقة، و إن دخل بها إلا في التي لم يدخل بها و قد فرض لها فحسبها ما فرض لها و لا متعة لها، وأما الامام القرطبي المالكي فقد رجح أن تكون واجبة¹. واحتج مالك و أصحابه لرأيهم بما يلي:

أ- أولا : بقوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُمْ عَلَىٰ الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ، وَعَلَىٰ الْمَفْتِرِ قَدْرَهُ، مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَفًّا عَلَىٰ الْمُحْسِنِينَ﴾²، فلو كانت واجبة لأطلقها على الخلق أجمعين³.

ب- ثانيا: أن المتعة لو كانت فرضا واجبا يقضى به لكانت معلومة كسائر الفرائض من الأموال، فلما لم تكن كذلك خرجت من حد الفرض إلى حد النذب والارشاد والاختيار، وصارت كالصلة و الهدية⁴.

3- القول الثالث : ذهب الشافعية إلى أن المتعة تجب لكل مطلقة ما عدا من طلقت قبل الدخول، وقد سمي لها مهر فلها نصفه⁵. وورد عن الشافعي أن لكل مطلقة متعة دون استثناء، وهذا ما رجحه ابن حجر العسقلاني⁶. و استدل الشافعية بما يلي :

أ- أولا: بقوله تعالى : ومتعوهن فالأمر في الآية الوارد في قوله "و متعوهن" على العموم في كل مطلقة إلا التي لم يسم لها و طلقت قبل الدخول و هذا ما استثنته الآية الكريمة.

ب- ثانيا: قوله تعالى : ﴿وَلِلْمُطَلَّاتِ مَتَعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَفًّا عَلَىٰ الْمُتَّفِيسِ﴾⁷، وهذا نص عام أيضا، فلا يخرج منه إلا ما استثنى بنص آخر وقد خرج بقوله تعالى في الآية السالفة الذكر ، المطلقة قبل الدخول و قد فرض لها مهر. كما أن التعبير بكلمة "حقا " يفيد الوجوب.

1- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، المرجع السابق، ص 133.

2- سورة البقرة، الآية 236.

3- القرطبي، نفس المرجع، ص 236.

4- القرطبي، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار ، علق عليه ووضع حواشيه سالم محمد عطا و محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 2002، المجلد السادس، ص 121 .

5- الشرييني، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص 241.

6- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المرجع السابق ، المجلد التاسع، ص 496.

7- سورة البقرة، الآية 241.

ج- ثالثا : بأن من وجب لها النصف فلا متعة لها، لأنه لم يستوف منفعة بضعها فيكفي نصف المهر للإيحاء، و لأنه تعالى لم يجعل لها سواه بقوله: ﴿ وَإِنْ طَلَّفْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْبُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْبَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾¹ وأما المدخول بها فقد استوفى زوجها متعة بضعها وهي في مقابلة المهر فتجب المتعة للإيحاء².

د- رابعا : و أما قوله تعالى : ﴿ يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَفْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾³ إنما كانت في نساء دخل بهن⁴.

4- القول الرابع: ذهب فقهاء الظاهرية إلى وجوبها لكل مطلقة و طنت أم لم توطأ، فرض لها صداقها أم لم يفرض لها شيئا، ويجبره الحاكم على ذلك أحب أم كره⁵. وهو قول عند الحنابلة أيضا⁶.

وهذا ما روي عن علي بن أبي طالب و سعيد بن جبير، و الزهري، و الحسن، و أبي قلابة⁷، وقتادة و الضحاك ومزاحم⁸. واحتجوا جميعا بنص الآيتين 241 و 236 من سورة البقرة السالفتي

1- سورة البقرة، الآية 237.

2- زكريا الأنصاري، أبو يحيى بن محمد بن أحمد، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1418 هـ، الجزء الثاني، ص 102 .

3- سورة الأحزاب، الآية 49.

4- الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف أبو إسحاق، المذهب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر، بيروت، لبنان، دون تاريخ، الجزء الثاني، ص 63.

5- ابن حزم، المرجع السابق، الجزء العاشر، ص 245.

6- ابن عطية الأندلسي أبو محمد عبد الحق بن غالب، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1413 هـ، الجزء الأول، ص 319.

7- زايد، محمد طلبة، المرجع السابق، ص 470 .

8- ابن عطية الأندلسي، المرجع السابق، ص 319.

الذكر، وما جاء في سورة الأحزاب في الآية 49، فهي آيات عامة تدل على وجوب المتعة لكل مطلقة عملاً بإطلاق الآية الأولى، وإيجابها للمتعة للمدخل بها المسمى لها في الثانية، وتقريرها حق المطلقة قبل الدخول والفرض في الثالثة، وبهذا يشتمل الأمر التمتع لجميع المطلقات.

واستدلوا أيضاً بما روي عن فعل بعض الصحابة كالحسن بن علي لما متع زوجته عند طلاقه لها، وعبد الرحمن بن عوف الذي متع زوجته فاطمة بنت قيس لما طلقها، وكلتاها من الزوجات المدخول بهن، فدل على أن المتعة تثبت للمطلقة بعد الدخول، و أما المطلقة قبل الدخول فقد ثبت بنص القرآن حقها فيه، وهذا يعني أنها حق لكل مطلقة.

الفرع الثاني/ العلاقة بين المتعة و التعويض عن الطلاق التعسفي :

بعد أن بحثنا موضوع التعويض عن الطلاق التعسفي، وبحثنا متعة الطلاق باختصار شديد ببيان معناها و حكمها و لمن تعطى و آراء الفقهاء فيها و ما ذهب إليه (القانون الجزائري في شأنها...فيها نظر)، فإنه يبدو لنا أن هناك علاقة بين هذين الأمرين، وتتضح العلاقة بعد دراسة لأوجه الشبه بينهما، وميزة إحداها على الأخرى، و فيما يلي تفصيل ذلك :

أولاً/أوجه الشبه بين المتعة و التعويض¹:

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

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

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

4- إن كل من المتعة و التعويض يجبان على الزوج لزوجته المطلقة جبراً لخاطرها و تعويضاً لها عما لحقها من ضرر معنوي و مادي.

3- أبو هاشم، المرجع السابق، ص121.

5- إن كلا من المتعة و التعويض يجبان على الزوج و لا يؤثران على الحقوق الزوجية الأخرى كالمهر و النفقة و غيرهما من الحقوق.

ثانيا/مميزات المتعة عن التعويض :

و بالرغم من أن المتعة تشبه التعويض في بعض الأوجه إلا أنها تتميز عنه بوجود منها:

1- إن وجوب المتعة جاء بنص خاص ظاهر الدلالة على وجوبها، أما التعويض فهو جزاء في نظرية التعسف، دل على مشروعيتها جزئيات متعددة، ولهذا فإن المتعة أكد في الوجوب من التعويض عن الطلاق في الفقه الاسلامي¹.

2- إن نطاق المتعة أوسع من نطاق التعويض، حيث إن التعويض لا يجب إلا إذا وقع الرجل الطلاق بإرادته المنفردة ودون سبب مقبول بينما تجب المتعة بمجرد الطلاق سواء كان بسبب أو غير سبب و سواء حصل ضرر أم لا².

كما أن التعويض عن الطلاق قيد بحالات الطلاق التي يوقعها الزوج بإرادته المنفردة، فلا تدل المادة على وجوب التعويض في حالات فسخ النكاح إذا كان هو المتسبب بالفسخ و لا في حالات إيقاع الطلاق من قبل القاضي. أما المتعة فنطاقها عند جمهور الفقهاء في جميع حالات الفرقة سواء كانت طلاقاً أو فسخاً، و سواء كان الطلاق قد وقع من الزوج أو وقع من القاضي، مع اختلاف بين الفقهاء في حالات الفسخ التي توجب المتعة و هذا كله يدل على أن نطاق المتعة أوسع من نطاق التعويض³.

عندما تجب المتعة للمطلقة في الفقه الاسلامي، لا يسمح للمطلق أن يثير الاسباب التي دفعته للطلاق، أما في التعويض عن الطلاق فقد سمح له القانون حتى يدفع عن نفسه التعويض أن يثير الأسباب التي دعت له للطلاق، فإن كانت أسبابا معقولة كلف لإثباتها في حالة الإنكار، فإن أثبتتها فلا يحكم للمطلقة بالتعويض⁴.

1- ذياب زياد صبحي علي، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، دار الينابيع، عمان، الأردن، 1992، ص 113.

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

3- ذياب زياد صبحي علي، نفس المرجع، ص 114.

4- المرجع نفسه.

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

وإما أن يكون كاذباً، فيلحق لمطلقته من التهم ما يجرح كرامتها، ويخدش حيائها، ويطعن في شرفها، ويحط من منزلتها، ويلحق العار بها وبأهلها، وما ينشأ عن ذلك من إثارة العداوة و البغضاء والكراهية في المجتمع و ما يترتب على ذلك من آثار سلبية¹. وغيره مما ذكرناه من الآثار المترتبة على القول بالتعويض.

ثالثاً/العلاقة التي تربط المتعة بالتعويض :

يتبين لنا مما سبق أن العلاقة بين المتعة و التعويض هي أن كلا منهما يجب للمرأة المطلقة على زوجها بعد الطلاق لها عن الضرر الذي أصابها، فهما يشتركان في علة واحدة و هي رفع الضرر، وذلك يكون بدفع المال إليها إما عن طريق المتعة كما قررت الشريعة أو عن طريق التعويض كما قرره القانون.

يقول الدكتور محمد الزحيلي: "متعة الطلاق هي الصورة الشرعية، و العلاج الفقهي لتعويض المرأة عن الطلاق، والتخفيف عما أصابها من أضرار مادية ومعنوية، وأن هذه المتعة شاملة لكل مطلقة، وخاصة إذا أخذنا بأوسع المذاهب في هذا الموضوع، وأنها واجبة قضاء يلزمه القاضي بها"². ويقول محمد بن أحمد الصالح: "إن القول بوجوب متعة الطلاق، رداً على الجمعيات النسائية التي ملأت الدنيا صراخاً وعويلًا، مطالبة ولاية الأمور بسن تشريع يوجب على الزوج تعويض المرأة عن الضرر الذي يصيبها"³.

1- ذياب زياد صبحي علي، المرجع السابق، ص 114.

2- محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص 87.

3- الصالح محمد بن أحمد، متعة الطلاق في الفقه الإسلامي، مقال منشور في مجلة أضواء الشريعة، جامعة محمد بن سعود، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1398 هـ، عدد 9، ص 56.

رابعاً/هل تغني المتعة عن التعويض عن الطلاق التعسفي؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين¹ :

1- القول الأول: ذهب جمع من الفقهاء المعاصرين إلى أن المتعة تغني عن التعويض المفروض لها في القانون، بل إنها الصورة الحقيقية للتعويض عن الضرر الواقع بالطلاق، وهي تحقق المقصود من التعويض بصورة أشد وأقوى، وتحفظ للمرأة كرامتها التي قد تمس قبل الحكم بالتعويض².

ومن هؤلاء الفقهاء نجد محمد الزحيلي الذي قال: " إن الاعراض عن متعة الطلاق و عدم معرفة النساء لها، وعدم الالتزام بها في المجتمع، وعدم تطبيقها في القضاء، كل ذلك وغيره سوغ للناس المطالبة بالتعويض عن الطلاق، مع أن القرآن الكريم قد بين ذلك قبل أربعة عشر قرناً، ثم حذر منه الإمام النووي رحمه الله قبل سبعمائة سنة من هذا الإعراض و الإغفال عن هذا الحق"³، و وافق هذا رأي فقهاء آخرون مثل محمد أحمد الصالح⁴، ومحمود السرطاوي⁵، وسامي صالح⁶ وغيرهم.

2- القول الثاني: نلاحظ أن المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة لسنة 1984 المعدل و المتمم بالأمر الرئاسي 02/05 ومن خلال المادة 52 منه استعمل لفظ التعويض عن الطلاق التعسفي إلا أنه وجدت بعض القرارات القضائية حكمت للمطلقة بنفقة المتعة، وفي قرارات أخرى مصطلح الطلاق التعسفي أو حكم بهما معا في قرار واحد⁷.

لقد جاء في هذا الشأن قرار للمحكمة العليا في 1986/04/07 حيث قضت بمقتضاه بأن: "من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقاً تعسفياً نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ

1- ساجدة عفيف عتيلى و ريحانة بنت الحاج، العلاقة بين التعويض عن الطلاق في قانون الأحوال الشخصية الأردني ومتعة الطلاق في

الشرعية الإسلامية، مجلة بحوث إسلامية واجتماعية متقدمة، ماليزيا، المجلد الثاني، العدد الرابع، 2012، ص 26

2- ذياب زياد صبحي علي، المرجع السابق، ص 180.

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

4- الصالح محمد بن أحمد، المرجع السابق، ص 56.

5- السرطاوي، المرجع السابق، ص 48.

6- صالح سامي، التفريق بين الزوجين للضرر في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، 1986، ص 31.

7- مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 320.

المحكوم بها لصالح المطلقة، وفي أي إطار تدخل، والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا إجماليا من النفود مقابل الطلاق التعسفي¹. نجد أن هذا القرار ذهب إلى إعطاء المطلقة متعة وتعويضا في آن واحد، على أساس وجود الحقين في آن واحد.

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

وذهبت المحكمة ذاتها في قرارها الصادر في 1989/03/27 إلى أنه : " من المقرر قانونا أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفا زوجته و نتج عن ذلك ضرر لمطلقتها، فإن كل زوجة بادرت إلى إقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها و حكم لها به، فالحكم غير شرعي، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد فهما خاطئا للقانون. ولما كان الثابت في قضية الحال أن الزوجة هي التي طلبت التطليق فإن قضاة المجلس الذين وافقوا على الحكم الابتدائي وتعديلا له برفع مبلغ التعويض ونفقة العدة، ونفقة الإهمال بالرغم من تصريح الحكم الابتدائي بأن الزوجة رفضت الرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا فهموا المادة 52 فهما خاطئا، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا في جانب التعويض والسكن ونفقة الإهمال"².

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

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

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

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

التعسفي فإن المتعة تتحول إلى تعويض يجبر الضرر الذي يحصل للزوجة نتيجة هذا الطلاق التعسفي¹.

وهذا ما يعني اختصاص قاضي الحكم بإجبار الزوج على دفع مبلغ مالي معين نقدا إلى مطلقاته، تعويضا عما أصابها من ضرر، كل ما كان الطلاق تعسفيا. مع العلم أن مدلول كلمة متعة أضيق مما هي عليه كلمة تعويض في القوانين الوضعية، وذلك أن الأولى مخصصة لجبر خاطر الزوجة المطلقة ويراعى في تقديرها الحالة الاقتصادية لكل من المطلق والمطلقة، وليس لأدناها ولأقصاها حد معين، وباعتبار أن الثانية يجوز استعمالها لجبر أي ضرر عن أي فعل غير مشروع، ويراعى القاضي في تقديرها مقدار الخسارة وفوات الكسب، ولا يجوز أن يحكم بما يتجاوز مقدار الضرر أو بما يقل عنه².

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

نلاحظ ان موفق المحكمة العليا بشأن هذا الجمع بين التعويض و المتعة قد ساده نوع من التردد، حيث قضت في قرارها الصادر في 86/04/07 بأنه: (من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة كذلك التعويض على الطلاق التعسفي)³.

وخلاف لهذا الموقف جاء في قرار آخر للمجلس الأعلى في 1985/04/08 بأنه: (إذا كانت أحكام الشريعة الاسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيف عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا، فإن القضاء بما يخالف لهذا المبدأ يعتبر خرقا لأحكام الشريعة الاسلامية، لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مالي باسم متعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض)⁴.

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

2- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص309-310.

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

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

وعليه فهذا القرار القضائي يضع الحد بين إمكانية الجمع بين المتعة و التعويض، فالضرر الناجم عن الطلاق التعسفي لا يستحق إلا تعويضا واحدا هو نفسه المتعة، وما يدعم ذلك هو قوله تعالى: (وَمَتَّعُوهُمْ عَلَى الْمَوْسِعِ فَذَرُوهُ وَعَلَى الْمُفْتِرِ فَذَرُوهُ مَتَّعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ)¹ فالله سبحانه و تعالى لم يحدد للمتعة مقدارا معيناً ما يجعلها تنقسم بما يتسم به تقدير التعويض من مبادئ.

في هذا الشأن قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2000/02/22: بأن (الحكم بالتعويض عن الضرر طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق)². فاستحقاق التعويض أساسه الضرر اللاحق بالزوجة، نتيجة تعسف الزوج في استعمال الزوج للطلاق، وليس أي ضرر آخر ناتج عن أفعال مستقلة عن فعل الطلاق في حد ذاته، وهو نفس الغرض الذي شرعت المتعة لأجله.

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

1- سورة البقرة، الآية 236.

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

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

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

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

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

ولحل هذه الاشكالات يتوجب تقسيم هذا المبحث إلى المطالب التالية:

المطلب الاول/ إجراءات دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي

المطلب الثاني/ أساس و كيفية تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي

المطلب الثالث/ رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع في تقديره للتعويض عن الطلاق التعسفي

المطلب الأول/ إجراءات دعوى طلب التعويض عن الطلاق التعسفي:

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

للإجابة عن هذه التساؤلات نتناول في الفروع التالية القواعد الاجرائية الخاصة بدعاوى التعويض في مسائل الطلاق، وكذلك الاجراءات الشكلية المفروضة بهذه الدعاوى دون غيرها في القانون الجزائري، ثم نتعرض لهذه الشروط والاجراءات في القانونين المصري و السوري
الفرع الأول/ الاجراءات الشكلية في دعاوى طلب التعويض في الطلاق التعسفي
الفرع الثاني/ الاجراءات الشكلية في دعاوى طلب التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون المصري والسوري.

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

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

1- قواعد الاختصاص المحلي، تتضمنها المواد من 37 إلى 40 من القانون 09/08 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و

الادارية، أما الاختصاص النوعي فجاء في المواد من 32 إلى 36 من نفس القانون.

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

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

1-الاختصاص النوعي في دعاوى التعويض عن الطلاق التعسفي:

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

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري من خلال المادة 423 من قانون الاجراءات المدنية والادارية سالفة الذكر قد أسند لقاضي شؤون الاسرة اختصاص النظر في دعاوى التعويض الخاصة بفك الرابطة الزوجية¹، لقول المشرع في نفس النص انحلال الرابطة الزوجية وتوابعها. فيعتبر التعويض أحد توابع أو آثار فك الرابطة الزوجية سواء كان ذلك بالطلاق أو التطلق أو الخلع، وهي جميعا من موجبات التعويض.

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

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

1- بريرة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادية، الطبعة الأولى 2009، ص 328.

غير أن المشرع قد نص في المادة 32 من نفس القانون في الفقرة الخامسة على أنه : (في حالة جدولة قضية امام قسم غير القسم المعني بالنظر فيها يحال الملف إلى القسم المعني عن طريق أمانة الضبط بعد إخبار رئيس المحكمة مسبقاً). وذلك أن تقسيم المحكمة إلى أقسام ما هو إلا تنظيم إداري. ورفع دعوى التعويض عن فك الرابطة الزوجية أمام أي قسم آخر من أقسام المحكمة يستوجب من كتابة الضبط اعلام رئيس المحكمة مسبقاً إحالته إلى قسم شؤون الاسرة المختص نوعياً بنظرها وفقاً لنص المادة 423 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

2-الاختصاص الإقليمي في دعاوى التعويض في مسائل الطلاق:

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

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

وأكد على هذا الاختصاص في المادة 423 من نفس القانون التي تنص في فقرتها الثالثة " في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي، و في الطلاق بالتراضي بمكان إقامة

1- بريرة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 84.

أحد الزوجين حسب اختيارهما ". ولا يمكن الخوض في مسألة التعويض في حالة الطلاق بالتراضي لأنها تتم بموافقة كل من الطرفين كمبدأ عام، و لا يمكن تصور تضرر أحدهما لأجل رفع دعوى مستقلة خاصة بالتعويض.

ومن خلال استقراء هذه النصوص، فإن دعاوى التعويض عن فك الرابطة الزوجية التي تكون متصلة بدعاوى الطلاق، أو ترفع كطلبات أصلية مستقلة تختص بنظرها المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها مسكن الزوجية. والحقيقة أن هذا المسكن هو دائما محل إقامة الزوج وذلك أنه طبقا لقواعد الشريعة الإسلامية لا يوجد حق يخول للزوجة محل إقامة يختلف عن محل إقامة زوجها. وفقا لنص المادة 36 من القانون المدني تعرف الإقامة الزوجية أنها وجود سكني يحل محلها مكان الإقامة العادي. فمحل إقامة الزوجة إذن هو نفس محل إقامة الزوج وهو مسكن الزوجية، وعليه تباشر في المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها هذا المحل دعاوى الطلاق والتعويض عنه دون غيرها¹.

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

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

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

إن الرأي الأقرب إلى الصواب في هذه الحالة هو السكن الأخير الذي سكنه الزوجان قبل رفع الدعوى¹.

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

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

يجوز لأطراف النزاع الاتفاق على عرض نزاعهما أمام أي جهة قضائية أخرى غير تلك المختصة محليا. إلا أنه يجب على الطرف الذي يدفع بعدم الاختصاص المحلي أن يقدم هذا الدفع قبل أي دفع أو دفاع في الموضوع. فإذا سبق له تقديم دفع في موضوع الدعوى سقط حقه في الدفع بعدم الاختصاص المحلي، وهذا ما جاء في نص المادة 47 من قانون الاجراءات والادارية بقولها: "يجب اثاره الدفع بعدم الاختصاص الاقليمي قبل أي دفاع في الموضوع أو دفع بعدم القبول".

وعليه فإن المشرع الجزائري حسنا فعل حينما لم يجعل الاختصاص المحلي من النظام العام، لأنه عند الزواج في أغلب الاحيان، نجد أن الزوجة هي التي تغادر أهلها إلى مكان بعيد عنهم، ذلك أنه حينما يحدث الطلاق يصعب عليها أن تقاضيه من أجل ذلك بالمحكمة التابعة لها مسكن الزوجية، ورغم هذا نجد أن المشرع الجزائري سهل الامر في هذه المسألة، إلا أنه هناك من الأزواج من يتمسك بمبدأ الاختصاص المحلي ويدفع به، ومما يجد القاضي نفسه ملزما

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

بالاستجابة إلى دفعهم لكونها تستند إلى نصوص القانون¹.

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

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

ثانيا/الاجراءات الشكلية في نظر الدعاوى القضائية الخاصة بالتعويض في الطلاق:

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

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

إلا أن المشرع الجزائري أوجب شرطا أساسيا حتى يمكن الاعتراف بهذا التصرف أمام القضاء، هو أنه ولا بد أن يخضع استعمال حق الزوج في الطلاق إلى الشكل القانوني وهذا طبقا للمادة 49 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح، من طرف القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر"³.

1- عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق ، ص 154.

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

3- عبد الفتاح تقيّة، نفس المرجع، ص 141.

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

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

ومنه فإنه يشترط لقبول الدعوى أمام المحكمة ضرورة تقديم نسخة من عقد الزواج.

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

وأما المصلحة فهي شرط لقبول الدعوى و سماعها وأنه لا دعوى حيث لا مصلحة¹. فإذا أرادت الزوجة مثلاً أن ترفع دعوى ضد زوجها أن تطلب التعويض عن الطلاق، فإنه يتوجب عليها أنها تهدف من الاتجاه إلى القضاء تحقيق فائدة عملية مشروعة².

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

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

1- انعدام الاهلية للخصوم.

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

1- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 286.

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

وعليه فإذا كان المدعي هو الزوج أو الزوجة أو كان لهما من يمثلهما في مباشرة هذه الدعوى، يجب أن يكون متمتعا بسن الرشد القانوني هو 19 سنة، ومتمتعا أيضا بقواه العقلية و غير محجور عليه¹.

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

لم يكن المشرع الجزائري سابقا يأخذ ذلك بعين الاعتبار في قانون الاسرة، وكنا نقف في فراغ قانوني بين قانون الاسرة الذي سكت عن هذه النقطة القانونية، وبين قانون الاجراءات المدنية الذي يجعلها شرطا جوهريا لقبول الدعوى القضائية².

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

الشخص المأذون له بالزواج رجلا كان أو امرأة، وفقا لما نصت عليه المادة 7 المعدلة في فقرتها الثانية من قانون الأسرة لم يرشد في الزواج فيما عد اكتسابه اهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات، وفيما عدا ذلك فهو الآخر يدخل في حكم الصغير المميز، كونه لم يبلغ سن الرشد المحدد قانونا بـ 19 سنة كاملة، إذ أن المشرع قد وحد بمقتضى الفقرة الأولى المعدلة من المادة 7 من قانون الأسرة بين سن الزواج وسن الرشد³.

كان المشرع الجزائري صريحا بقوله: "يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات"، و بالتالي فإن القاضي يقبل الدعوى من الزوج غير مكتمل الأهلية فيما يتعلق بما يرتبه عقد الزواج من آثار، إذ لا تعتبر دعاوى الطلاق بما فيها دعاوى

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

2- محمد تقيّة، تطور المفهوم القانوني و الاجتهاد القضائي في مجال قانون الاحوال الشخصية، مجلة الفكر القانوني، العدد 11، نوفمبر 1986.

3- تشوار الجيلالي، الولاية على القاصر في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الاسرة والقانون المدني، مجلة علوم تكنولوجيا و تنمية، الوكالة الوطنية لتنمية البحث العلمي، 2007، عدد 1، ص 45.

طلب التعويض إن رفعت بصفة مستقلة، مما يترتب عليه عقد الزواج من آثار، ولذلك فوجوب اكتمال الأهلية شرط لمباشرة الدعاوى، وفي حالة عدم اكتمالها يتدخل الولي.

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

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

ثالثا/ ماهي الاجراءات التي تحكم سير الدعوى في قضايا التعويض عن الطلاق:

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

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

ثم تقيد هذه العريضة حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها، مع بيان أسماء و ألقاب الخصوم و رقم القضية وتاريخ أول جلسة على نسخ العريضة الافتتاحية و يسلمها للمدعي بغرض تبليغها رسميا للخصم الآخر ويجب احترام 20 يوما على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور و التاريخ المحدد لأول الجلسة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك³. ولا تقيد هذه العريضة إلا بعد

1- المادة 14 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية و التي تنص : ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف.

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

3- المادة 16 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

دفع الرسوم القضائية و المحددة في مسائل الاحوال الشخصية ب 300 دج أيا كانت الدعوى المرفوعة أمام قاضي شؤون الاسرة.

ولكن الامر لا يقتصر على رفع النزاع للقضاء من دفع المدعي فقط، ولكن لابد من مناقشة طلباته و حجته من طرف المدعى عليه، ولذلك يقوم هذا الاخير بتقديم الاجابة الكتابية وهو ما يسمى بالذاكرة الجوابية. والمذكرات الجوابية التي تقدم امام الهيئات القضائية ذات الدرجة الاولى و التي تنتظر في النزاعات القائمة بين الافراد سواء كانت هذه النزاعات تتعلق بقضايا شؤون الاسرة، أو غيرها تستوجب وجود نزاع مطروح أمام الهيئات القضائية، ووجود عريضة افتتاحية، و هو ما استلزم الرد على تلك العريضة كتابيا، وأن الاسلوب المعتمد أمام المجالس القضائية لا يختلف عن الاسلوب المتبع أمام محاكم الدرجة الاولى، وذلك لأن أي نزاع لابد و أن ينقل أمام المجالس القضائية كدرجة ثانية للتقاضي يتم بواسطة عريضة، والتي تتضمن أوجه التبرير لعدم قناعة الخصم بالحكم الابتدائي وكذا أوجه الطعن فيه، وكذا لزاما حينئذ أن يتولى هذا المجلس المعوض عليه النزاع تمكين الطرف الآخر من الاضطلاع على تلك العريضة حتى يتمكن من إبداء دفعه¹. وتختلف القضايا المتعلقة بمسائل الطلاق وما ينجر عليها من طلبات التعويض للطرف المتضرر، أنها تستلزم إجراء خاصا وهو ضرورة إجراء القاضي لجلسات صلح بين الطرفين قبل النطق بالطلاق، وهذا ما جاء في نص المادة 49 من قانون الاسرة التي تنص على انه: "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى". ومن ذلك أيضا يظهر أن المشرع الجزائري قيد حرية الزوج في الطلاق بوضع مجموعة من القيود أمامه، كعدم الاعتداد بالطلاق الذي يقع خارج مجلس القضاء، ولا يتم إلا بعد محاولة الصلح ومرور فترة زمنية عليها².

وإن كان قانون الاسرة حتى بعد صدور الامر 02/05 المعدل و المتمم لم يحدد للقاضي الاجراءات الواجب اتباعها في قيامه بإجراء الصلح بين الطرفين، إلا أن قانون الاجراءات المدنية و الادارية الصادر بموجب القانون 09/08 قد تدارك ذلك النقص، وذلك من خلال وضعه لإجراءات خاصة بدعوى الطلاق، حيث اعتبر المشرع أن محاولات الصلح وجوبية، وتتم في جلسات سرية³.

1- عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 144-145

2- عمر زودة، طرق الطعن في الاحكام الصادرة في حل الرابطة الزوجية، مجلة الفكر القانوني، عدد 3، 1986.

3- المادة 439 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

حيث تناوله محاولة الصلح بشيء من التفصيل ليغطي بذلك الفراغ التشريعي الموجود في قانون الأسرة.

وفي هذا السياق فإن المادة 439 من قانون الاجراءات المدنية والادارية السالف الذكر تنص على أن محاولة الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية، أي أنها تتم بعيدا عن الجلسة العلنية التي يتم فيها نظر دعوى الطلاق، وعادة ما يتم ذلك في مكتب القاضي بحضور الزوجين دون محاميتهما، وفي التاريخ المحدد لإجراء محاولة الصلح، يستمع القاضي إلى كل زوج على انفراد ثم معا، ويمكن بناء على طلب الزوجين حضور أحد أفراد العائلة والمشاركة في محاولة الصلح¹. وإذا استحال على أحد الزوجين الحضور في التاريخ المحدد أو حدث له مانع، جاز للقاضي إما تحديد لاحق للجلسة، أو ندب قاضي آخر لسماعهم بموجب إنابة قضائية، غير أنه إذا تخلف أحد الزوجين عن الجلسة المحددة للصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصيا، يحضر القاضي محضرا بذلك².

ويمكن للقاضي منح الزوجين مهلة التفكير لإجراء محاولة صلح جديدة، كما انه يجوز له اتخاذ ما يراه لازما من التدابير المؤقتة بموجب أمر غير قابل لأي طعن، وفي جميع الحالات، يجب ألا تتجاوز محاولة الصلح ثلاثة أشهر من تاريخ رفع دعوى الطلاق³.

فإذا وقع صلح بين الطرفين أثناء الجلسة السرية التي يجريها القاضي بينهما، فإن ذلك يثبت بموجب محضر محرر من طرف أمين الضبط تحت إشراف القاضي، ويوقع على هذا المحضر من طرف القاضي وأمين الضبط والزوجين، ويودع بأمانة الضبط، ويعد محضر الصلح هذا سندا تنفيذيا. وفي حالة عدم الوصول الى الصلح بين الطرفين، رغم المساعي التي قام بها القاضي، أو أحد الطرفين بالرغم من مهلة التفكير الممنوحة لهما، يشرع القاضي في مناقشة الموضوع⁴.

فبعد القيام بإجراءات الصلح في الجلسة السرية، يتأكد القاضي من إرادة الزوج في طلب الطلاق، كما يعاين القاضي ويكيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطلق في حالة تقديمه من طرف الزوجة، ويفصل في مدى تأسيس الطلب أخذا بعين الظروف التي

1- المادة 440 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

2- المادة 441 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

3- المادة 442 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

4- المادة 443 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

قدم فيها. كما يمكن للقاضي أن يتخذ كل التدابير التي يراها ملائمة، لاسيما الأمر بالتحقيق أو بإجراء خبرة، وعليه أن يسبب الإجراء المأمور به في هذه الحالة.

ومما ينبغي ملاحظته في هذا الشأن، من حيث الأدلاء بأسباب الطلاق الشخصية، فإن القانون لا يلزم الزوج بإدلاء الاسباب الشخصية التي تدفعه لطلب الطلاق، فهو ليس مجبرا على ذكر كل الدوافع والامور، فالزوج باعتباره يملك العصمة الزوجية ليس ملزما بتبرير الطلاق، حتى وإن كان ذلك في مصلحته، حتى لا يعد متعسفا في استعمال حقه، بينما الزوجة على خلاف ذلك، فإذا هي طالبت التطلق و جب عليها تبرير طلبها حتى يستجاب لها نظرا لأن حقها مقيد بحدود المواد 53-54 من قانون الاسرة¹.

وتعتبر محاولات الصلح إجراء جوهريا ومن النظام العام، ولا يجوز الاتفاق على مخالفته، وإذا لم يحترم كان الحكم الصادر بالطلاق عرضة للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، وذلك على أساس الخطأ في تطبيق القانون. و هذا ما اكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1991/06/18 حيث قررت بأنه: "من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، ومن ثم فإن القضاء بما يخاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع الذين قضاوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"².

فعلى القاضي الابتدائي أن يراعي المادة 49 من قانون الأسرة، والتي تتطلب اتخاذ اجراءات الصلح بين الزوجين قبل إصدار الحكم بفك الرابطة الزوجية، أي كانت الوسيلة التي انفصل بها الزوجين سواء بالطلاق أو التطلق أو الخلع. فإذا تغيب أحد الزوجين عن جلسة الصلح هذه، نطق القاضي بحكم الطلاق، وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا لصادر في 1997/10/23 حيث قضت بأنه: "إن عدم حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجراءاتها عدة مرات، يجعل القاضي ملزما بالفصل في الدعوى رغم عدم حضور أحدهما، لأن المادة 39 من قانون الاسرة تحدد مهلة إجراء الصلح بثلاثة أشهر"³. وما ينبغي ملاحظته في شأن إجراء الصلح أنه ليس

1- عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 148.

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

3- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1997/10/23، ملف رقم 174132، المجلة القضائية 1997، عدد 55، ص 179.

بالأمر المستحدث في قضايا الطلاق، وهو مبدأ أساسي و جوهري لغرض معالجة النزاع بالطريق الودي، لأنه متأصل في مبادئ وقواعد الشريعة الاسلامية لقوله تعالى: (إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّي إِلَٰهٌ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا)¹.

وبعد أن تأخذ الدعوى كفايتها من تبادل العرائض والمناقشة بين الطرفين، يأمر القاضي بإقفال باب المناقشة ويحيل القضية للمداولة لينطق بالحكم فيها. تكون أحكام الطلاق نهائية ما عدا في جوانبها المادية، فيمكن مراجعة الحكم عن طريق الاستئناف أمام قاضي الدرجة الثانية فيما قضى به الحكم في شأن العدة والمتعة والنفقات والحضانة وتوابعها. أما فك الرابطة الزوجية إما بالطلاق أو التطليق أو الخلع فلا يمكن الطعن فيه إلا بالنقض، أمام المحكمة العليا، والتي لا يعاد طرح الوقائع أمامها وإنما تراقب مدى احترام القاضي للقانون أثناء نظره الدعوى فقط دون التدخل في الوقائع من جديد.

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

1- سورة النساء، الآية 35.

2- المادة 538 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية و التي تنص على أنه: "تمثيل الخصوم أمام المجلس القضائي من طرف محامي وجوبي تحت طائلة عدم قبول الاستئناف، ما لم ينص هذا القانون على خلاف ذلك. لا يكون تمثيل الاطراف بمحامي وجوبيا في مادة شؤون الاسرة و المادة العمالية بالنسبة للعمال، تعفى الدولة و الولاية و البلدية و المؤسسات العمومية ذات الصبغة الادارية من التمثيل الوجوبي بمحامي".

الفرع الثاني/الاجراءات الشكلية في دعاوى طلب التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون المصري و السوري:

على خلاف ما هو عليه الحال بالنسبة للمشرع الجزائري الذي جاءت إجراءات التقاضي فيه متفرقة بين قانون الأسرة و قانون الاجراءات المدنية و الادارية، فإن كلا من المشرع المصري و كذا السوري قد وضع إجراءات خاصة بهذا النوع من الدعاوى تضمنها قانون إجرائي خاص (بالنسبة للمشرع المصري)، أو قانون الأحوال الشخصية (بالنسبة للمشرع السوري).

أولا/في القانون المصري :

بصدور القانون رقم 1 لسنة 2000 الخاص بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية¹. فقد أفرد المشرع المصري بابا خاصا برفع الدعوى و نظرها في المسائل المتعلقة بالزواج والطلاق، إذ تنص المادة 16 من هذا القانون على أنه: (ترفع الدعوى في مسائل الولاية على النفس بالطريق المعتاد لرفع الدعوى المنصوص عليه في قانون المرافعات المدنية و التجارية).

وما يلاحظ على المشرع المصري لاسيما من خلال القانون رقم 1 لسنة 2000 أنه في مسائل الاحوال الشخصية و كذا ما يتعلق بها من جوانب اجرائية، ورغم ما جاء به هذا القانون من اجابيات عديدة، أهمها توحيد إجراءات التقاضي في مسائل الاحوال الشخصية، إلا أن التطبيق العملي كشف عن عدم كفاية هذا القانون لتحقيق العدالة.

ولذلك صدر القانون رقم 10 لسنة 2004 و الذي ينص على إنشاء محاكم الأسرة. وتعد محكمة الأسرة محكمة ابتدائية متخصصة في نظر كافة منازعات الاحوال الشخصية دون غيرها من المحاكم الاخرى، وهو اختصاص أضيف إلى الاختصاص النوعي الوارد في قانون المرافعات، ومن ثم يمتنع على المحاكم الأخرى أن تنظر في منازعات تختص بها محكمة الأسرة، كما يمتنع على هذه الأخيرة أن تنظر في غير ما يعهد به إليها من منازعات وقضايا².

وعلى هذا فإذا رفعت إلى إحدى المحاكم دعوى لا تختص بها وتدخل في اختصاص محكمة الأسرة كان لأصحاب المصلحة الدفع بعدم الاختصاص. كما للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها،

1- القانون 1 لسنة 2000، الصادر في 29 يناير 2000، الجريدة الرسمية المصرية، العدد 4 مكرر.

2- سحر عبد الستار إمام يوسف، محكمة الأسرة، دراسة مقارنة في القانون المصري و الفرنسي، دار النهضة العربية، 2005،

فالاختصاص النوعي متعلق بالنظام العام يمكن لأصحاب المصلحة إثارته في أي حالة كانت عليها الدعوى. كما يمكن للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها و يكون الحكم الصادر في هذه الحالة حكما بالإحالة لعدم الاختصاص، فإذا لم تفعل المحكمة وفصلت في الموضوع كان حكمها مشوبا بعيب عدم الاختصاص و يقبل الطعن بالنقض لهذا السبب¹.

وقد نصت المادة الثالثة من قانون إنشاء محاكم الأسرة على أن هذه المحاكم تختص دون غيرها بنظر جميع مسائل الأحوال الشخصية التي يعقد الاختصاص بها للمحاكم الجزئية الابتدائية طبقا لأحكام قانون تنظيم بعض أوضاع و إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية بالقانون رقم 1 لسنة 2000.

ولم يبين المشرع المصري في قانون إنشاء محاكم الأسرة قواعد الاختصاص المحلي المتبعة فيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية، ومن ثم يتعين الرجوع إلى القانون رقم 1 لسنة 2000 الخاص بتنظيم بعض أوضاع و إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، ويطبق فيما لم يرد بشأنه نص خاص أحكام قانون المرافعات المدنية و التجارية عملا بالمادة 13 من القانون 10 لسنة 2004.

و بالرجوع إلى الفقرة 1 من المادة 15 من القانون 1 لسنة 2000، فإنه يعقد الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن في مصر تختص المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه. إلا الفقرة الثانية من هذه المادة تعطي استثناء على هذا المبدأ، وهو أنه في قضايا المهر و الجهاز و الدوطة وما في حكمها، وكذا في قضايا التطليق و الخلع و الفرقة بين الزوجين بجميع أسبابها الشرعية، يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي أو المدعى عليه.

ووفقا للمادة 12 من القانون 10 لسنة 2004 تتفرد محكمة الأسرة المختصة محليا بنظر أول دعوى ترفع إليها من أحد الزوجين بنظر جميع الدعاوى التي ترفع بعد ذلك من أيهما، حتى ولو كانت تلك الدعوى لا تدخل في اختصاصها المحلي بحسب الأصل، واختصاص تلك المحكمة

1- أحمد مسلم، أصول المرافعات، دار الفكر العربي، طبعة 1989، ص 104.

تبعيا بنظر هذه الدعاوى مرهون بتوافر ضابطين: وجود دعوى مرفوعة من أحد الزوجين واختصاص محكمة الأسرة محليا بنظر هذه الدعوى¹.

ولا يختلف المشرع المصري عن الجزائري في ضرورة عرض الصلح على الاطراف في مسائل الطلاق، إذ ينص في المادة 18 من القانون 1 لسنة 2000 على أنه: (تلتزم المحكمة في دعاوى الولاية على النفس بعرض الصلح على الخصوم، ويعد من تخلف عن حضور جلسة الصلح مع علمه بها، بغير عذر مقبول، رافضا له، وفي دعاوى الطلاق و التطليق لا يحكم بهما إلا بعد أن تبذل المحكمة جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين و تعجز عن ذلك، فإن كان للزوجين ولد، تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل، تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوم، و لا تزيد عن ستين يوما).

كما يشترك المشرع المصري مع نظيره الجزائري في اعتبار النيابة العامة طرفا في القضايا المطروحة أمام قاضي الاحوال الشخصية. إذ يتعين تدخل نيابة شؤون الأسرة في جميع الدعاوى والطعون التي ترفع لمحاكم الأسرة ودوائرها الاستئنافية. ولا يكفي في هذه الدعاوى أن تقدم النيابة مذكرة برأيها، وإنما يتعين حضورها في هذه الدعاوى والطعون.

ثانيا/في القانون السوري:

لم يفرد المشرع السوري قانونا خاصا بإجراءات التقاضي في الدعاوى المتعلقة بالزواج والطلاق، بل جاءت ضمن قانون الأحوال الشخصية السوري، وفي نصوص متفرقة من قانون أصول المحاكمات².

ففي شأن دعاوى الطلاق بما فيها التعويض عنه، فقد جعلها المشرع السوري من اختصاص المحاكم الشرعية، حيث نص في المادة 535 من قانون أصول المحاكمات والتي تنص على أنه: (تختص المحكمة الشرعية بالحكم نهائيا في قضايا الأحوال الشخصية للمسلمين، وتشمل: الزواج وانحلال الزواج، والمهر والجهاز، والحضانة والرضاع، والنفقة بين الزوجين والأولاد، والوقف الخيري من حيث حكمه ولزومه، وصحة شروطه).

وبخصوص ممارسة الدعاوى المتعلقة بالطلاق، فقد ذهبت المادة 85 من قانون الأحوال

1- محمود غنيم وفتحي نجيب، قانون إجراءات التقاضي في مسائل الاحوال الشخصية، دار الشروق، الطبعة الأولى، 2002، ص 171.

2- الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 الصادر في 1956/09/28.

الشخصية السوري إلى أنه يكون الرجل متمتعاً بالأهلية الكاملة للطلاق في تمام الثامنة عشرة من عمره وفي الفقرة الثانية فإنه يجوز للقاضي أن يأذن بالتطليق، أو يحيز الطلاق الواقع من البالغ المتزوج قبل الثامنة عشرة إذا وجدت المصلحة في ذلك.

يتبين من هذا النص أن المشرع السوري قد جعل الأهلية في الطلاق ببلوغ الرجل 18 سنة كاملة وله أن يأذن له بذلك إذا توافرت المصلحة فيما دون هذا السن، وينطبق الأمر على مباشرة جميع الدعاوى المترتبة على الطلاق بما فيها التعويض عنه. وإن كان المشرع السوري لم يذكر أهلية المرأة في هذا النص، إلا أنه إذا كانت المرأة مفوضة بطلاق نفسها فلا بد عند إيقاع الطلاق من أن تكون أهلاً للتصرفات الدائرة بين النفع و الضرر. على أنه إذا كان الطلاق على مال، أي مخالعة، فإن المرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا خولعت لا تلتزم ببذل الخلع إلا بموافقة ولي المال¹. فإذا لم تتوفر في المرأة هذه الأهلية كانت الوكالة قابلة للإبطال لمصلحتها، على أنه يحق للقاضي أن يأذن لها في التطليق إذا تبين له وجه المصلحة في ذلك قياساً على إجازته طلاق الرجل البالغ المتزوج الذي لم يتم الثامنة عشر من العمر إذا تبين له أن له مصلحة حقيقية في الطلاق، ولا يمكن اعتبار الطلاق من حقوق المرأة الزوجية التي يحق لها أن تباشرها مباشرة بعد الزواج ولو كانت غير راشدة، لأن الطلاق هو أصلاً من حقوق الرجل وليس من حقوق المرأة ولو فوضها به². ولم يفرد المشرع السوري إجراءات خاصة تتعلق بمباشرة الدعاوى الخاصة بالزواج و الطلاق، ما يتعين الرجوع إلى قانون المرافعات العامة، ولذلك فهي تخضع في سنها إلى الإجراءات العادية في التقاضي، ما عدا فيما يخص ضرورة إجراء محاولة الصلح، إذ تنص المادة 88 من قانون الأحوال الشخصية على أنه: (إذا قدمت للمحكمة معاملة طلاق، أو معاملة مخالعة، أجلها القاضي شهراً أملاً بالصلح، إذا أصر الزوج بعد انقضاء المهلة على الطلاق، أو أصر الطرفان على المخالعة، دعا القاضي الطرفين واستمع إلى خلافهما، وسعى إلى إزالة ودوام الحياة الزوجية، وإذا لم تقلح هذه المساعي سمح القاضي بتسجيل الطلاق أو المخالعة، واعتبر الطلاق نافذاً من تاريخ إيقاعه.

1- محمد فخر شفقة، شرح أحكام الأحوال الشخصية، مؤسسة النوري، 1998، ص 386.

2- المرجع نفسه.

فلاحظ أنه تقريبا كل من المشرع الجزائري والمصري والسوري يشتركون في اعتبار الطلاق لا يقع إلا بين يدي القاضي، وبعد محاولة الصلح التي يجريها القاضي بين الطرفين، مع بعض الخصوصية في كل تشريع من هذه التشريعات لمباشرة الدعاوى الخاصة بمسائل الطلاق. وإن كان القاضي مقيدا من الناحية الاجرائية في شأن نظر الدعوى، إلا أن سلطته واسعة في تقدير التعويض في مثل هذه القضايا بما له من سلطة تقديرية، فهل تقع عليه رقابة من المحكمة العليا في هذا المجال؟

المطلب الثاني/ أساس و كيفية تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي :

لقد كان الالتزام بالتعويض عن الضرر يقوم على فكرة عقاب المخطأ في ظل الشرائع القديمة، والقانون الروماني. ثم بدا التعويض يقتصر على الوظيفة الاصلاحية التي تهدف إلى جبر الضرر، وهذا في ظل فقه الشريعة الاسلامية من ناحية، وفي ما توصل إليه القانون الفرنسي، والذي سارت على نهجه معظم التشريعات الوضعية الحديثة، لتصبح هذه الوظيفة هي الوظيفة الوحيدة للتعويض، وتتفصل بذلك عن المسؤولية المدنية.

وتقدير التعويض قد يقوم به المشرع بالنص الصريح أحيانا، أو عن طريق تحديد التعويض بحد أقصى أحيانا وهو التقدير القانوني للتعويض. وقد يتركه لاتفاق الاطراف يقومون به وفقا لما يبدو لهم من ظروف المعاملات وملابساتها، وهو التقدير الاتفاقي للتعويض، وفي كلتا الحالتين يكون القاضي ملزما بهذا التحديد.

وقد يمنح المشرع حرية مطلقة للقاضي لتقدير التعويض، وهو ما يسمى بالتقدير القضائي. فما هو الاساس القانوني الذي يعتمد عليه قاضي شؤون الاسرة في تقديره للتعويض عن الطلاق التعسفي، وما هي الوسائل التي تحكمه، عند تقديره لهذا التعويض المطروح عليه بمناسبة الطلاق التعسفي، هذا ما سيتم توضيحه في الفروع التالية:

الفرع الاول/ الاساس القانوني لتقدير التعويض عن الطلاق التعسفي

الفرع الثاني/ كيفية تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي

الفرع الأول/ الاساس القانوني لتقدير التعويض عن الطلاق التعسفي:

لا تستحق المطلقة التعويض إلا إذا ثبتت مسؤولية الزوج عن الطلاق، وقد قضت المحكمة العليا في 1986/01/27 أنه: "من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج لها من طلاق غير مبرر، ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه، ولما كان الثابت في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا، فلا سبيل إلى تعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص المتعة"¹.

فالقضاء بالتعويض وفقا لاجتهاد المحكمة العليا، يستلزم إذا تحمل الزوج كافة المسؤولية، أي

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

أن دوافع الطلاق كانت كاملاً من جانبه، فإذا كان جانباً من المسؤولية يقع على عاتق الزوجة فقدت حقها في التعويض. فالضرر وفقاً لهذا القرار ثابت، إذا كان الطلاق غير مبرر، ولا داعي لإثبات الزوجة تضررها من هذا الطلاق.

وكان لهذا المبدأ تطبيقات لدى بعض المحاكم، فإذا ما تبين للقاضي أن جانباً من الأسباب الدافعة إلى الطلاق يتحملها الزوج، وجانب آخر تتحمله الزوجة، وهذا ما أخذت به محكمة البيضا في حكمها الصادر في 2001/05/05، إذ قضت بفك الرابطة الزوجية بظلم منهما، وبالنتيجة استبعاد طلبات الزوجة المتعلقة بالمتعة. ففي هذه الحالة انعدم التعسف، ويتبع ذلك رفض طلب التعويض¹. واختلف الموقف لدى محاكم أخرى، إذ ذهبت إلى القضاء أنه إذا ثبتت مسؤولية كل منهما عن الطلاق، وجب لإفادة المطلقة بالمتعة بحسب مسؤوليتها عن هذا الطلاق، فقد صدر عن محكمة عين الصفراء حكماً في 2004/02/15 جاء في حيثياته: "حيث إن القاعدة الشرعية تقرر بأن العصمة بيد الزوج ولهذا وجب الاستجابة لطلب المدعي الخاص بالطلاق، لكن وجب تحميل مسؤولية هذا الطلاق للزوجين معاً، فالزوج تسرع في طلب الطلاق، والزوجة لرفضها بجلسة الصلح الرجوع لعصمة زوجها بسبب عدم توفير ظروف الحياة في البيت الزوجي، حيث بالنظر إلى المسؤول عن هذه الفرقة فإنه حسب القول المدعى عليها تفقد حقوقها في المتعة بحسب نصيبها عن هذا الطلاق، وذلك قضت لها المحكمة بـ 20000 دج مقابل المتعة للمطلقة".

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

1- أن يثبت للقاضي أن الزوج، طالب الطلاق، لم يرغب فيه لتفادي مشكلة معينة أو لدفع ضرر، وإنما لنزوة شخصية أو لقصد الإضرار بها، ودون أن تكون هناك مصلحة أو فائدة شرعية أو عقلانية أو منطقية، كأن يطلقها ليتفرغ للزواج من غيرها مرة أخرى، أو يطلقها لأنها رفضت أن

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

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

تهيئ الطعام لأصدقائه في منزل الزوجية وهم سكارى، وهو ما نفسره بخروج صاحب الحق عن الغاية التي لأجلها وضع الحق¹.

وقد قضت المحكمة العليا في هذا الشأن في 17/11/1998 بأنه: "من المقرر قانوناً أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون، ومتى تبين من قضية الحال أن قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتعويض دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف أو نشوز، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً"².

فيتضح إذاً من خلال ذلك أن مسؤولية الزوج وحده عن الطلاق هي التي ترتب للمطلقة الحق في التعويض. وبمعنى أدق فإن التعسف في استعمال الحق في الطلاق هو الأساس القانوني الوحيد لاستحقاق المطلقة للتعويض، في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، ومن ثم بانعدام التعسف الذي يثبت بمشاركتها في المسؤولية في الطلاق، أو بوقوعه كلية على مسؤوليتها بجعلها تفقد هذا الحق ولو لم يتم الطلاق بالتراضي.

2- أن يلحق الزوجة ضرر حقيقي بسبب طلاقها، وإن كان الضرر المعنوي ثابت بمجرد الحكم بالطلاق، فإن الضرر المادي إذا وجد فيجب على الزوجة إثباته، وقد يوجد هذا الضرر في حالة ما إذا كانت الزوجة موظفة أو عاملة، وتزوجها على أن تترك وظيفتها، ثم طلقها بعد ذلك دون أن ترتكب أي خطأ من جانبها³. فيرتكز هذا الأساس على الموازنة بين ما يجنيه صاحب الحق من استعماله لحقه وبين ما يصيب الغير من ضرر من جراء هذا الاستعمال⁴.

فالعصمة بيد الزوج، وبموجب ذلك له الحق في إنشاء الطلاق، ودور القاضي هنا هو مجرد مسجل لإرادة الزوج، وليس له السلطة في رفض هذه الرغبة وهذه الإرادة على اعتبار أنها غير مبررة في حالة ما إذا لم يقدم الزوج أي سبب أو عذر لهذا الطلاق، إما لعلمه بأنه غير قادر على إثبات ما يدعيه، أو لأنه فضل السكوت على التلويح والتجريح، وليس للقاضي هنا إلا أن يحكم لمطلقة بالتعويض الملائم.

1- مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 141

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

3- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 306.

4- فضيل سعد، المرجع السابق ص 366.

وبالنسبة لقضايا الطلاق والضرر الناتج عنها، فإن المعمول به في الغالب أن عنصر الضرر مفترض دون حاجة إلى إثباته متى كان الأساس الذي اعتمد عليه الزوج لطلب الطلاق غير جدي، أو منعدم تماما، لأنه إذا انعدم التبرير أو كان غير كاف يفهم منه أن الزوج تعسف في استعمال حقه في الطلاق¹.

وقد صدر في هذا الشأن قرار المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 15/06/1999، حيث قضت بموجبه بأنه: "من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبب ليس في محله، ومتى تبين في قضية الحال أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق، وذلك تجنباً للحرَج، أو تخطياً لقواعد الإثبات، خلافاً للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم، وعليه فإن قضاة الموضوع، لما قضوا بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج طبقوا صحيح القانون"².

ولهذا فإنه ما يمكن الوقوف عليه من خلال هذا القرار أن القواعد العامة في الإثبات تقتضي أن البينة على من ادعى، وأن من يعجز عن إقامة البينة على صحة دفعاته يخسر دعواه. إلا أنه في مسائل الطلاق خروج عن القواعد العامة، وذلك أن القاضي يقضي بالطلاق بناء على إرادة الزوج حتى ولو لم يقدّم هذا الأخير البينة، أو لم يفصح عن الأسباب التي دفعته إلى إيقاع الطلاق، سواء لعدم القدرة على إثباته أو لتجنب الحرَج لأنها تدخل في صميم الأمور الشخصية بين الزوج والزوجة، ولا يمكن في هذه الحالة أن يعاب على القرار القاضي بالطلاق بالقصور في التسبب لأنه مجرد مسجل لإرادة الزوج.

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

وقد جاء في هذا الشأن قرار للمحكمة العليا في 23/05/2000 حيث قضت بموجبه "إن القرار الذي لا يكون مسبباً بما فيه الكفاية يكون مشوباً بالقصور في التسبب، ومتى تبين في قضية

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

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

الحال أن المطعون ضده لم يشترط العذرية في عقد الزواج، فإن البناء بها يذهب كل دفع بعدم العذرية، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتحميل الطاعنة المسؤولية عن الطلاق، وحرمانها من التعويض عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب¹.

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

فمن خلال ما سبق ذكره يتضح أن الأساس القانوني لاستحقاق المطلقة للتعويض هو التعسف في استعمال الحق في الطلاق و ليس على اساس المسؤولية التقصيرية.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2000/02/22 بقولها: "إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق"². وذلك أن المسؤولية التقصيرية تقوم على أساس الخطأ الذي يلحق الضرر، وهذا ما لا يمكن أن يشمل التعويض المحكوم به في حالة الطلاق.

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

الفرع الثاني/ كيفية تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي:

إذا كان المشرع الجزائري قد نص من خلال المادة 52 من قانون الأسرة على استحقاق المطلقة للتعويض في حالة تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق، إلا أنه لم يبين كيف يقدر هذا التعويض، هل بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني التي تراعي حجم الضرر، أم أنه

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

ص 109.

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

يراعي في تقديره مسائل أخرى، تتعلق باعتبارات شخصية لما لهذا النوع من الدعاوى من خصوصية، وهل يخضع هذا التعويض لحسابات معينة مثلما هو الحال امام المحاكم المدنية، أم أنه يمكن أن يقدر القاضي التعويض بالنظر على حال كل من الزوج و الزوجة ومراعاة ظروف المعاش كما هو الحال في حساب النفقة¹.

على عكس الغموض الذي شاب المشرع الجزائري، فقد ذهب المشرعان السوري والمصري إلى تحديد مقدار المتعة في النصوص الخاصة بالأحوال الشخصية، إلا أنه ما يلاحظ عليهما معا أنهما استعملا صراحة لفظ المتعة، على خلاف المشرع الجزائري الذي استعمل لفظ التعويض، فهل لكل من اللفظان مدلول واحد أم يختلفان، وهل هذا الاختلاف يقع في اللفظ فقط أم هو اختلاف شرعي وقانوني، وهل يجوز للقاضي أن يحكم بهما معا عند الطلاق التعسفي.

أولا/مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي:

لا نجد من خلال قانون الأسرة الجزائري ما يحدد قيمة التعويض في حالة الطلاق التعسفي، إذ استقر المشرع الجزائري على مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي، ولكن لم يحدد قيمة هذا التعويض، ولم يحدد حتى أدنى أو أقصى قيمة له. وذلك على خلاف ما ذهب إليه المشرع السوري الذي ينص في المادة 117 من قانون الاحوال الشخصية على أنه: "... جاز للقاضي أن يحكم على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز نفقة ثلاثة سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهريا بحسب مقتضى الحال". وبذلك فقد ترك المشرع السوري للقاضي حرية تقدير التعويض إلا أنه قيده بحد أعلى لا يتجاوز نفقة ثلاثة سنوات لأمثال المرأة.

وقد استقر قضاء محكمة النقض من خلال قرارها الصادر في 1998/03/24 على أنه: "تقدير تعويض الطلاق التعسفي متروك لقناعة القاضي ضمن الصلاحية المخولة له بمقتضى المادة 117

1- غناي زكية، المرجع السابق، ص 37.

من قانون الاحوال الشخصية السوري¹.

ومع ذلك يوجد بعض القضاة قد يحكمون بالتعويض عن الطلاق التعسفي لا يتجاوز 200 ليرة سورية مع أنها في هذا الوقت لا تكفي لشراء حذاء. بينما يحكم آخر بتعويض يزيد عن 1000 ليرة سورية على زوج تشبه حاله حال الزوج الاول، ولذلك كان الاجدر للمشرع تحديد الادنى لمبلغ التعويض بما لا يقل عن نفقة ستة أشهر لأمثال الزوجة دون التحديد لحده الاقصى، ويرتبط مع ما أصاب الزوجة من ضرر على أن يعلل القاضي قراره، ويخضع لرقابة محكمة النقض².

كما يستفاد من نص المادة 117 سالفه الذكر أن الحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي جاء جواباً للقاضي. فلو ثبت التعسف والفقر و الفاقة معا فإن بإمكان القاضي منحه، وقد أجدر ان يكون وجوباً يلزم القاضي بالحكم به متى توفرت شروطه.

وقد ذهب القضاء في سوريا من خلال محكمة النقض الصادر في 1981/06/04 على أنه "ليس للقاضي أن يعتبر بعض الأسباب لتخفيض التعويض ، فالطلاق إما أن يكون تعسفياً أم لا"³.

فإذا استقر القاضي على أن الطلاق تعسفياً، وأن البؤس والفاقة قد أصاب المطلقة وفقاً لما سبق بيانه، جاز للقاضي أن يحكم لها بالتعويض بحسب حالة ودرجة تعسفه بما لا يتجاوز نفقة ثلاثة سنوات. فالمشرع السوري قد وضع الظروف الشخصية للمطلق معياراً لتقدير التعويض، ذلك أنه يراعي حاله وليس حال المطلقة. كما يراعي أيضاً درجة تعسفه وهو المعيار الشخصي في تقدير التعويض، وفي كل الاحوال وأياً كانت درجة التعسف، وحال المطلق من عسر أو يسر، فإن قيمة هذا التعويض لا تتجاوز مقدار ثلاث سنوات. كما أجاز المشرع صراحة للقاضي أن يجعل هذا التعويض جملة واحدة، أو شهرياً بحسب مقتضى الحال.

ويؤخذ على المشرع السوري أنه قد أجحف بحق المرأة عندما حدد السقف أو الحد الاعلى لمقدار التعويض، بحيث لا يمكن للقاضي أن يزيد عنه بأي حال من الاحوال، مع مراعاة حالة الزوج

1- محكمة النقض السورية، قرار رقم 226، بتاريخ 1998/03/24، مجلة القانون، وزارة العدل السورية، سنة 1998، العدد 2، ص 108.

2- محمد فخر شفقة، المرجع السابق، ص 436.

3- محكمة النقض السورية، 1981/06/04، قرار 407، مقتبس عن عزة ضاحي، المبادئ القانونية التي قررتها الغرف الشرعية لمحكمة النقض السورية في قضايا الاحوال الشخصية، سلسلة الاجتهاد الشرعي، المطبعة الجديدة، دمشق، سوريا، 1987، الجزء السادس، ص 407.

المادية، دون النظر إلى حجم الضرر الذي قد يلحق بالمرأة، نتيجة مزاجية الزوج بطلاقه. وذلك أن مبلغ التعويض الذي درجت المحاكم على الحكم به هو مبلغ زهيد لا يتناسب البتة مع تكاليف الحياة خصوصاً إذا لم يكن هناك معيلاً للمرأة أو كانت عاجزة عن الكسب. فأى تعويض ذلك الذي يقيها الحاجة، وماذا تفعل بعد مضي السنوات الثلاث، لذلك كان حرياً بالمشرع ألا يحدد سقفاً للتعويض وأن يترك ذلك لتقدير القاضي بحسب درجة تعسف الزوج والفاقة والبؤس اللذان سيصيبان المرأة. على أن يخضع ذلك لرقابة محكمة النقض حماية للمرأة وحفاظاً على حقوقها¹.

وإذا كان هناك بعض المنادين بضرورة مراجعة المادة 117 من القانون السوري في مقدار التعويض، دون حصره بنفقة ثلاثة سنوات، إذ لا بد أن يكون التعويض مكافئاً للضرر وليس هناك ما يمنع رفع مقدار التعويض حتى يمكن أن يشمل ما يساوي مقدار المهر المؤجل أو ضعفه. وذلك لفقدان القيمة المالية للنقد أولاً، وكون ربط تقدير التعويض بالنفقة ثانياً لا يمكن الحد من خلاله من إيقاع الطلاق التعسفي، فلا بد أن يكون التعويض مكافئاً لحجم الضرر، كما أن قصر مدة الزواج أو طولها لا علاقة لها بتقدير التعسف وكذلك وجود مؤجل أو معجل المهر في صك الزواج لا يمنع المطلقة للاستفادة كمن حقها في التعويض عن الطلاق التعسفي².

فتعويض الطلاق التعسفي في ظل الطلاق السوري، هو أمر مشابه لتعويض العمل غير المشروع، ولذلك فهو يتقادم بثلاث سنوات عملاً بأحكام المادة 173 من القانون المدني السوري، وتبتدأ المدة من تاريخ علم الزوجة بالطلاق. فإن لم تعلم به فيتقادم طلب التعويض بمرور 15 سنة من تاريخ وقوعه، وتستحق المرأة التعويض بمجرد الطلاق ويسقط بالرجعة، ولا يمكن الادعاء بطلبه إلا بعد البينونة ولذلك فإن الإبراء من الحقوق الزوجية من الطلاق يشمل³.

وكان ذلك أيضاً نفس ما ذهب إليه القانون المصري، حيث تنص المادة 18 مكرر من القانون 25 لسنة 1920 على أنه: " الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا سبب من قبلها، تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل و بمراعاة حال المطلق

1- لؤي اسماعيل، الطلاق التعسفي، مقال على موقع www.amanjordan.org/a

2- رامي المالاتي، تعويض الطلاق التعسفي في قانون الأحوال الشخصية السوري، مقال منشور على موقع furat.elwihda.gov/sy

3- محمد فخر شفقة، المرجع السابق، ص 436.

يسرا و عسرا و ظروف الطلاق ومدة الزوجية، ويجوز أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط".

وبلاحظ أن المشرع المصري قد خالف المشرع السوري الذي حدد أقصى قيمة للتعويض بنفقة ثلاثة سنوات في حين المشرع المصري قد حدد أدنى قيمة له بنفقة سنتين. و إذا كان المشرع المصري قد حدد للتعويض حد أدنى قدره بنفقة سنتين. فإنه قد ترك حدها الأقصى لتقدير القاضي بحسب ما يتراءى له من ظروف الطلاق ومدة الزوجية ومدى أحقية الزوج في استعماله حق الطلاق أو إساءة استعماله له، كما أطلق لسلطان القاضي إيجابه المتعة للمطلقة دفعة واحدة، أو الترخيص للمطلق سدادها على أقساط¹.

كما ذهبت محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر في 2001/04/21 إلى أنه: "لما كان النص في المادة 18 مكرر من القانون رقم 25 لسنة 1929 و المضافة بالقانون رقم 100 لسنة 1985، مفاده أن تقدير المتعة وتقسيت سداد ما هو محكوم به يدخل في سلطة محكمة الموضوع، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك طالما لم ينزل الحكم بها عن الحد الأدنى في تقديرها بنفقة سنتين على الأقل، ولما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه في ما قضى من متعة الطاعنة وتقسيت سدادها قد التزم صحيح النص المشار إليه فإن النعي لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا لا يجوز إثارته أمام هذه المحكمة"².

وذهبت نفس المحكمة في قرار لها بتاريخ: 1993/02/16 إلى أنه: "العبرة في تحديد طلبات الخصم هي بما يطلب الحكم له به، وطلب المطعون ضدها الحكم بفرض متعة لها طبقا للقانون دون تحديدها بمبلغ معين، أو مدة معينة، والقضاء لها بمتعة تقدر بنفقة خمس سنوات صحيح، لا ينال من ذلك إشارتها بصحيفة افتتاح الدعوى إلى مطالبتها وديا للطاعن بمتعة مقدارها نفقة سنتين قبل رفع دعواها"³.

1- أحمد إبراهيم بك، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون معلقا عليها بأحكام المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض المصرية، الطبعة الخامسة، 1424 هـ، ص 807.

2- محكمة النقض المصرية، أحوال شخصية، الطعن رقم 146 لسنة 65، جلسة 2001/04/21، مقتبس عن أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 635.

3- محكمة النقض المصرية، أحوال شخصية، 1993/02/16، الطعن رقم 34 لسنة 64، مجموعة الكتب الفني، السنة 44، ص 617.

يظهر من ذلك أن القضاء في مصر سار على غرار المشرع، إذ جعل للقاضي سلطة واسعة في تقدير التعويض عن الطلاق ولا رقابة عليه من محكمة النفض عليه لأنها مسألة واقع تدخل ضمن سلطته التقديرية، ولكن بشرط ألا تقل عن الحد الأدنى له والمحدد قانونا بنفقة سنتين ويدخل في هذا التقدير الاعتبارات التي نص عليها المشرع المصري في المادة 18 مكرر سالف الذكر، وهي حال المطلق عسرا أو يسرا، وظروف الطلاق، ومدة الزوجية.

وإن كان المشرع المصري قد وضع اعتبارا للحالة الاقتصادية للزوج، فإنه قد جعل من ظروف الطلاق ومدة الحياة الزوجية معيارا لذلك، وهو معيار مشترك بين الزوجين. وحسنا فعل المشرع المصري عندما جعل لمدة الزوجية اعتبارا عند تقدير التعويض، إلا أنه لم يشر إلى أن هذا التعويض يرتفع مع طول مدة الحياة الزوجية أو ينقص، لأننا قد نجد في حالات كثيرة أن الطلاق الذي يأتي بعد حياة زوجية قصيرة قد يكون له وقع وألم نفسي كبير، لدى المرأة المطلقة، يمنعها أن تكرر الزواج بعد ذلك. فهل هذا ما قصده المشرع المصري أم العكس. وأمام هذه الاختلافات التشريعية بشأن تقدير التعويض، كان للمشرع الجزائري موقف مغاير إذ أنه أجاز ذلك لقاضي الموضوع بموجب ما له من سلطة تقديرية ولم يحدد له لا حد أقصى ولا حد أدنى.

وقد كان للقضاء الجزائري تطبيقات قضائية في ذلك، إذ قضى المجلس الأعلى في 1984/04/02 بأنه: "من المقرر شرعا أن تقدير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسببه وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى وفقير 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 و طبقتهما الاجتماعية، دون الاعتبار لحالة وطبقة كل منهما و غناهما أو فقرهما أو غنى أحدهما و 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 أي قاعدة شرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مبلغ المتعة دون إحالة¹.

1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ، 1984/04/02، ملف رقم 32779، المجلة القضائية، 1989، عدد 2، ص 61.

فالقضاء بالتعويض عن الضرر المترتب عن الطلاق يستلزم أن يبين القاضي الاسباب التي دفعته إلى رفع قيمة التعويض، لاسيما إذا حكم بغير ما هو مألوف، كأن تكون مثلاً الحياة الزوجية قد طالّت، لفترة تجاوزت سنين عديدة¹. أما إذا حكم القاضي بتعويض معين، سواء قل مقداره أو زاد، فإنه ورغم ما له من سلطة تقديرية، فهو مجبر على تسبيب ذلك، وإلا كان قراره معيباً بالقصور في التسبيب².

وقد جاء في قرار للمحكمة العليا في 18/06/1991 بأنه: "من المستقر عليه قضاء أن تحديد المتعة و التعويض و نفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ، يعد قصوراً في التعليل"³.

وفي قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 12/07/2007 قضت بان: "تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص بها قضاة الموضوع دون غيرهم"⁴.

وذلك أنه قد صدر عن مجلس قضاء بجاية في 07/07/2004 قرار قضى بالمصادقة مبدئياً عن الحكم المستأنف فيه، وتعديله برفع مبلغ التعويض إلى 300000 دج فأقام الطاعن طعناً على أساس القصور في التسبيب، إذ اكتفى بالقول أن العشرة الزوجية دامت طويلاً تفوق أربعين سنة، وبالتالي وجباً للضرر اللاحق بالمستأنفة (المطعون ضدها) حالياً، يتعين رفع مبلغ التعويض المحكوم به إلى 300000 دج. وأن المبلغ المحكوم به جد مبالغ فيه، بالنظر إلى القدرة المالية للطاعن، الذي لا يتقاضى إلى منحة تقاعد لا تكاد تكفيه. ولكن المحكمة العليا قد فصلت في هذا الطعن بعدم قبولها لهذا الادعاء لأن الطاعن لم يقدم إلى قضاة الاستئناف وثائق ليتم تجاهلها في قرارهم المتقدم، كما أنه لم يذكر الطلبات التي قدمها ولم يجيبوه عليها، وحيث أن تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي، يعد من المسائل التقديرية التي يعود الاختصاص فيها لقضاة الموضوع دون غيرهم، إضافة إلى ذلك فإن طلاق امرأة بعد زواج دام أربعين سنة، دون مبرر لا يعوز بأي مبلغ

1- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 282.

2- المادة 277 فقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية: "لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد تسبيبه، ويجب أن يسبب الحكم من حيث الوقائع و القانون، وأن يشار إلى النصوص المطبقة". والمادة 358 من نفس القانون: "لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية...9- انعدام التسبيب. 10- قصور التسبيب.

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

4- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 12/07/2007، ملف رقم 368660، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، ص 483.

من المال، الأمر الذي يجعل وجهي الطعن غير مؤسسين، مما يستلزم ردهما، وتبعا لذلك رفض الطعن.

فتقدير التعويض المستحق للمطلقة هو من صلاحيات القاضي الذي يفصل في الطلاق، وهو يخضع لسلطته التقديرية ولا يمكن تقييده أو حصره، وعلى القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار بعض المعطيات وهي مدخول الزوج وظروف المعيشة وحتى عدد سنوات العشرة الزوجية، التي قضياها معا¹.

كما يجب أن يراعي القاضي في تقدير التعويض عن تعسف الزوج في الطلاق، جسامه الضرر الذي أصاب المطلقة وكذا ارتفاع الاسعار وتغييرها، وهي مسألة متروكة لتقدير قاضي الموضوع، ولذلك فإن إقرار مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الاسرة الجزائري، يعتبر وسيلة ناجعة في الحد من الطلاق، ومن شأنه أيضا تعزيز المركز القانوني للمرأة في قانون الاسرة².
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 الاحكام القضائية التي تتماشى والواقع المعاش.

أما بشأن طريقة دفع هذا التعويض، هل جمالة واحدة أو يدفع على أقساط، فقد سكت المشرع الجزائري في قانون الاسرة عن ذلك، في حين ذهب كل من المشرعان السوري و المصري إلى إمكانية دفعها على أقساط.

وإذا كان المشرع الجزائري لم ينص على ذلك في قانون الاسرة إلا أننا نجد ذلك في المادة 132 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف ويصح أن يكون التعويض مقسطا، كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا".

وجواز الترخيص للمطلق في سداد التعويض على اقساط هو أمر جائز وليس فيه إسقاط للحق الواجب للمطلقة، إنما فيه مصلحة للمطلقة بالتيسير عليه. وهذا ما يتماشى مع قول الله تعالى:

1- عمار بن أحمد، المرجع السابق، ص 38.

2- مسعودي يوسف، الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، المركز الجامعي بشار، 2007/2006، ص 134.

﴿وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾¹. وهذا حتى لا ينسى المسلمون الفضل بينهم والمودة حتى بعد ظروف الطلاق، كما أنه قد يكون في التقسيط مصلحة للمطلقة أيضا، لأنه قد يضمن لها دخلا متتابعا قد يستمر إلى ما بعد انتهاء نفقتها². وقد يكون أفضل لها من تأخذه دفعة واحدة فتسرف في انفاقه فلا يكفيها مدة طويلة، وأيضا ولعل في الصلة المتتابة بينهما طوال فترة دفع هاته الاقساط ما يحدث الله أمرا بينهما لعودة الحياة الزوجية، ومهما يكن فإن تقسيط التعويض أو دفعه جملة واحدة إنما هو متروك للقاضي بما يراه من سلطة تقديرية.

1- سورة البقرة، الآية 237.

2- المقصود بها نفقة الاهمال، وما جرى العمل في المحاكم الوطنية أن يحكم بها القاضي لمدة سنة ابتداء من رفع الدعوى و إلى غاية النطق بالحكم بالطلاق.

المطلب الثالث/ رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع في تقديره الضرر و التعويض عن الطلاق التعسفي:

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

الفرع الاول/ رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع في تقديره لعناصر الضرر وشروطه.

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

الفرع الاول/ رقابة المحكمة العليا على قاضي شؤون الأسرة في تقديره لعناصر الضرر وشروطه:

باعتبار أن الضرر هو مناط تقدير التعويض، فلا بد أن يتناسب هذا التعويض مع الضرر و يقدر بقدره، ولا يتبين مدى هذا التناسب إلا بعد تحديد العناصر و الشروط الواجب توافرها في الضرر حتى يكون مستحقاً للتعويض.

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

ويعتبر استيفاء الضرر للشروط الواجب توافرها لاستحقاق التعويض مسألة قانونية يخضع فيها الموضوع لرقابة المحكمة العليا، من هذا كون الضرر ماس بحق أو مصلحة مشروعة، وتكييفه بأنه ضرر محقق حال أو مستقبل أو بأنه احتمالي، ووصفه بأنه ضرر مادي أو ضرر معنوي. وقد كان للقضاء تطبيقات قضائية في ذلك، إذ قضى المجلس الاعلى في قراره الصادر في

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

1984/04/02 بأنه : " من المقرر شرعا أن تقدير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسببيه، وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى و فقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من الشريعة الاسلامية، إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبريرهم لما حكموا به على الإشارة إلى حالي الطرفين وطبقتهما الاجتماعية، دون اعتبار لحالة و طبقة كل منهما، وغناهما أو فقرهما، أو غنى أحدهما أو فقر الآخر، ودون اعتبار كذلك لمقدار ما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية، لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غير ما هو مألوف، ودون الاستناد إلى أي قاعدة شرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مبلغ المتعة دون إحالة¹.

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

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

وقد جاء في قرار آخر للمحكمة العليا في 1991/06/18 بأنه: " من المستقر عليه قضاء، أن تحديد مبالغ المتعة و التعويض و نفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها. ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس برفعهم لمبالغ المتعة والتعويض و النفقة المحكوم بها في محكمة أول درجة، دون أن يبينوا أسباب ذلك شابوا قرارهم بالقصور في التسبيب"³.

إلا أن الملاحظ في الواقع العملي أن القضاة لا يحددون عناصر الضرر، ولا شروطه في أحكامهم، فلا يبينون نوع الضرر إذا كان ماديا أو معنويا، مباشرا أو غير مباشر، محققا أو

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

2- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 282.

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

احتماليا، متوقعا أو غير متوقع، إذ قضى مجلس قضاء سعيدة بموجب القرار الصادر بتاريخ 2010/01/14 بعد الاستئناف بخفض مبلغ المتعة المحكوم بها إلى 40000 دج، وذلك دون أن يحدد المجلس عناصر الضرر التي جعلته يقضي بهذا المبلغ، بل اكتفى بذكر سبب واحد " حيث أن المجلس تبين له أن مبلغ التعويض عن الطلاق التعسفي جاء مبالغ فيه وعليه يتعين رده"¹. والأمثلة في هذا الصدد كثيرة، وقد صدرت عن قسم شؤون الأسرة لمحكمة سعيدة أحكاما في فترات متقاربة، ومنحت نفس مقدار المتعة تقريبا. فقضت بتاريخ 2008/03/22 بتمكين المطلقة من تعويض قدره 30.000 دج² وهو نفس المبلغ الذي قضت به للمطلقة بموجب الحكم الصادر في 2009/06/27³. وكلها اعتبرت الطلاق الواقع تعسفيا، لأن الزوج صمم على الطلاق، والزوجة تمسكت بالرجوع خلال مراحل النزاع، دون أن تحدد هذه الأحكام طبيعة الضرر اللاحق بالمطلقة ولا عناصره.

وكان القاضي خلال فترة زمنية يلتزم بتقدير التعويض بنفس المقدار، أو على الأقل بمبالغ متقاربة وهذا وإن كان يسري على اعتبارات تقدير القاضي للنفقة التي يراعي القاضي في تقديرها حال الطرفين وظروف المعاش⁴، فهو لا يصدق على التعويض الذي لا يقضي به القاضي إلا بعد أن يحدد نوع الاضرار اللاحقة بالمطلقة، ومن ثم مقدار التعويض المناسب لجبرها، وإلا كان حكم القاضي عرضة للنقض فتمارس المحكمة العليا رقابتها عليه في هذا الشأن، ليس في مقدار التعويض وإنما في تحديد نوع الضرر المستحق للتعويض وحجمه.

وفي هذا السياق نقضت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1986/07/08 حكما صادرا عن حكم الجنايات بعدم أحقية والد الضحية في التعويض عن وفاة ابنه لأن هذا الأخير كان تحت نفقة والده بدعوى عدم تضرره، دون أن تبين نوع الضرر، وقد جاء في حيثيات هذا القرار: "حيث أنه تبين من مطالعة الحكم المطعون فيه أن القضاة أسسوا قضاءهم لإبطال دعوى والد الضحية على كون هذه الأخيرة كانت تحت نفقته، وأنه لم يلحقه أي ضرر، وحيث أن الضرر يكون إما

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

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

3- مجلس قضاء سعيدة، غرفة الأحوال الشخصية، 2009/06/27 ، قضية رقم 09/0355 ، ملحق رقم 12.

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

ماديا أو معنويا. وحيث أن القضاة لم يراعوا في الدعوى الحالية سوى الجانب المادي فقط. وعليه فإنهم لم يحيطوا بالدعوى من جميع جوانبها، وجاء بذلك قضاءهم ناقصا¹.

وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 2000/03/28 بأنه: "وحيث يتبين من القرار المطعون فيه أنه لم يحدد نوعية التعويض المقضي به، هل هو عن الضرر المادي أم عن الضرر المعنوي ومعلوم أنه لا يجوز دمجها معا، الأمر الذي يشكل قصورا في التسبيب، ينجر عنه النقض"². وقياسا على ذلك فإن الحكم الصادر عن قاضي شؤون الاسرة بمنح تعويضا في الطلاق، وجب أن يكون مسببا تسببا كافيا، يحدد فيه القاضي نوع الضرر، هل هو مادي أو معنوي، مباشر أو غير مباشر.

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

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

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

فإذا كان القاضي بسبب تطبيق معيار الخسارة اللاحقة والكسب الفائت، أو تفويت الفرصة، فعليه أن يبين الواقعة المثبتة في الدعوى التي تصدق على وصف الخسارة أو الكسب.

وفيما يتعلق بمعيار الظروف الملائمة، ومن وجوب اعتداد بالظروف الشخصية للمتضرر في حالته الشخصية والعائلية والمالية. فعلى القاضي أن يبين الواقعة التي تفيد إصابة الشخص بضرر

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

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

في ذمته المالية، دخله، عدد الاشخاص الذين يعيلهم، وهذه كلها تخضع لرقابة المحكمة العليا لأنها من قبيل التكييف القانوني للوقائع.

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

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

وقد اتجه قضاء المحكمة العليا، إلى أن تقدير التعويض، يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ولا رقابة للمحكمة العليا عليه في هذا الشأن، ويكفيه أن يعاين الوقائع ويقدر التعويض حسب الضرر، وأن يبين في حكمه إن كان المبلغ الممنوح كان على أساس الضرر المادي أو المعنوي وهذا كافي لإعطائه الأساس القانوني للحكم².

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

وجاء أيضا في قرار لها صادر بتاريخ 24/05/1994 بأنه: " حيث أنه من المبادئ العامة أن التعويضات المدنية يجب أن تكون مناسبة للضرر الحاصل ولا تكون مصدر إثراء أو تفكير لأحد الاطراف. وحيث تكريسا لهذه القاعدة فإنه مستوجب على القضاة أن يبينوا في أحكامهم الوسائل

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

2- المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، 14/02/2001، ملف رقم 214574، المجلة القضائية، 2002، عدد 1، ص

195. "حيث أنه من قضاء المحكمة العليا المستقر أن تقدير التعويض عن التسريح التعسفي يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابة للمحكمة العليا عليه في هذا الشأن، ويكفيه أن يعاين كما هو الشأن في دعوى الحال الطابع التعسفي للتسريح و يقدر التعويض حسب الضرر الذي لحق العامل، وأن الحكم المطعون فيه يبين بأن المبلغ الممنوح للمطعون ضده كان على أساس الضرر المادي و المعنوي الذي لحقه جراء التسريح التعسفي، وهذا كافي لإعطائه الأساس القانوني".

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

المقدمة أمامهم والمعتمدة من طرفهم لتقدير التعويض"¹. لأنه بالرجوع إلى ملابسات القضية نجد أن القرار المطعون فيه منح تعويضا هامة بغير تحديد العناصر (فواتير ومستندات) التي توصل القاضي إلى تقدير التعويض على أساسها، وحيث أنه تأسيسا على ما تقدم يكون الموجه مؤسسا ويترتب عنه النقض.

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

وفي هذا السياق فقد ذهبت من خلال قرار لها صادر بتاريخ 1993/01/06 إلى أنه: "ينبغي على قاضي الموضوع أن يستجيب لطلبات المطعون ضده للتعويض عن الاضرار اللاحقة به جراء فقدان قريبهم، فإنه ملزم مع ذلك بذكر العناصر الموضوعية التي تمكنه من تحديد التعويض، وهي على وجه الخصوص سن الضحية، ونشاطه المهني، ودخله الدوري أو أجره، في حين أن قضاة المجلس لم يذكروا أي معلومة في هذا الشأن، بحيث أن المحكمة العليا أضحت عاجزة عن ممارسة رقابتها على قضائهم"².

كما ذهبت نفس المحكمة في قرار لها بتاريخ : 1983/06/07، قضت من خلاله بأنه: "بالرجوع إلى القرار المنتقد و الحكم الذي أيده، فيتبين أن قضاة الموضوع لم يبينوا فيهما، عناصر التقدير التي ارتكزوا عليها لتمديد مبلغ التعويض الممنوح للضحية. حيث أنهم أغفلوا فيها الإشارة إلى العجز الحقيقي الذي أصاب الضحية، مكتفين بذكرهم أن الضحية أحضرت عدة شهادات طبية بدون أي إيضاح للإضرار التي أصابت تلك الضحية بالذات، ووصف تلك الاضرار، وحيث أن قضاة الموضوع قد أغفلوا أيضا ذكر سن الضحية، الذي هو عنصر من عناصر التقدير، ومدة انقطاعها عن العمل، ومبلغ أرباحها اليومي أو الشهري، وغير ذلك من عناصر التقدير، ليتأتى للمجلس الأعلى أن يمارس رقابته على القضاء الذي أتى به القرار المنتقد، وبما أن هذا القرار قد

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

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

اغفل ابراز كل هذه العناصر، فإنه لم يبرر قضاءه بتسبب سليم، ولم يركز في تحديد مبلغ التعويض عن أي تبرير قانوني، مما يجعل هذا الوجه في محله أيضا"¹.

وجاء في قرار آخر لها بتاريخ 1999/07/14 قضت من خلاله بأنه: "كان يجب على قضاة الموضوع، في حالة إثبات المسؤولية، أن يذكروا العناصر الموضوعية التي تساعد على تحديد مختلف التعويضات بدقة و تفصيل، مثل سن الضحية، ومهنتها، ودخلها، ونوع الضرر أو الاضرار اللاحقة بالمستحقين، وأن يخصصوا تعويضات معينة لكل واحد من هؤلاء المستحقين"².

هذا فيما يخص الاضرار المادية، أما بخصوص الضرر المعنوي الذي قد يكون مرتبطا بالطلاق، ولما له من طبيعة خاصة، فإن تقدير التعويض عنه لا يرتبط بالمعايير و العناصر التي أوجبها المشرع، و المستعملة في ذلك لارتباط هذا النوع من الضرر بالجانب العاطفي الذي يصعب تحديده بعناصر موضوعية، وإنما هو ضرر شخصي محض.

وقد جاء في هذا الشأن قرار للمجلس الاعلى بتاريخ 1981/12/10 قضى من خلاله بأنه: "حيث أنه إذا كان يتعين على قضاة الموضوع أن يعللوا قرارهم من حيث منح التعويض، وهذا بذكر مختلف العناصر التي اعتمدوا عليها في ذلك، فإن الوضع يختلف إذا كان الامر يتعلق بالتعويض عن الضرر المعنوي. حيث بالفعل أن التعويض عن مثل هذا الضرر يركز على العنصر العاطفي، الذي لا يحتاج بحكم طبيعته إلى تعليل خاص مما يجعل القرار لا يحتاج من هذه الناحية إلى تعليل. علما بأن رقابة المجلس الاعلى في هذا المجال تهدف أساسا إلى التأكد من عدم تشويه الطابع المعنوي للضرر المعوض عنه"³.

وكذلك ما جاء في قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 1992/02/18 حيث قضت بأنه " بخصوص التعويضات المعنوية فإن منحها يدخل ضمن السلطة التقديرية للقضاة وهي لا تخضع لرقابة المحكمة العليا"⁴.

1- المحكمة العليا، غرفة الجنج و المخالفات، 1983/06/07، ملف رقم 25878، المجلة القضائية، 2003، عدد خاص، ص 59.

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

3- المحكمة العليا، غرفة الجنج و المخالفات، 1981/12/10، ملف رقم 24500، المجلة القضائية، عدد 42، ص 87.

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

وجاء أيضا في قرار صادر عن نفس المحكمة بتاريخ 2000/03/28 بأنه: "حيث أنه إذا كان القضاة غير ملزمين بتحديد عناصر التعويض عن الضرر المعنوي باعتبار هذا الأخير يتعلق بالمشاعر والألم الوجداني، فإن التعويض عن الضرر المادي لا بد من تحديد عناصره"¹.

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

الخاتمة

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- إن نظرية التعسف في استعمال الحق، وإن لم تكن بهذا المسمى، نظرية لها جذورها في الفقه الإسلامي، وإن استعراض الأدلة من الكتاب و السنة و الأثر، يثبت لنا سبق الشريعة الإسلامية في تأصيلها و بحثها.

- إن التعسف يختلف عن المجاوزة وإن خلف الكثيرون بينهما، لأن التعسف استناد إلى الحق، و المجاوزة خروج عن حدود الحق.

- إن معايير التعسف ضوابط ضرورية لتحديد ماهية التصرف والحكم عليه بالجزاء العادل المناسب على أساس ثابت محدد وهو يخدم القاضي بالدرجة الأولى.

- إن لمعايير التعسف في جميع حالاته أصلاً عاماً واحداً وهو مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل.

- إن المتفق عليه أن المطلق طلاقاً تعسفياً آثم، وهو مؤاخذ من الله تعالى المطلع على السرائر، لأن نقله إلى الجزاء القضائي يحتاج إلى دليل شرعي و لأن المطلق بإيقاعه الطلاق كانت له دواعيه الخاصة التي تعود إلى أمر نفسي و باطني به، و يصعب فيها الإثبات و الكشف عنها و ضبطها و الوقوف عليها، فيبقى الأمر بينه و بين ربه، فلا يمكن إخراجه من نطاق إلى نطاق آخر، إذ لا يمكن قياسه بالقدر المادي إلا بالدليل، و ربما يجب ستره حيث أن الإعلان عنه يكون فيه مضرّة للمرأة بالذات.

- بتطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق ومعاييرها على واقعة الطلاق، يتبين لنا أن هناك تعسفا في الطلاق، إذا كان من غير مبرر شرعي أو تحايلا على الشرع ابتداء.
- يشترط لاعتبار الطلاق تعسفيا أن يكون مناقضا لحكمة مشروعيته، أو مؤديا إلى مآل ممنوع شرعا، وأن لا يكون بناء على طلب الزوجة أو برضاها.
- من صور التعسف في الطلاق، الطلاق بدون سبب مشروع طلاق المريض مرض الموت.
- إن المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري لم تذكر لا معايير الطلاق التعسفي و لا صورته، و إنما تعرض القانون المدني الجزائري للمعايير العامة للتعسف في استعمال الحق في المادة 24 مكرر.
- نصت المادة 52 من قانون الاسرة الجزائري على التعويض جراء الطلاق التعسفي لكل مطلقة أصابها ضرر لاحق من هذا الطلاق.
- ليس من السهل إثبات الضرر اللاحق بالزوجة الناتج من الطلاق التعسفي إلا أنه يقع عبء كشفه على القضاء استجابة لادعاء المطلقة.
- لم تنص المادة 52 السالفة الذكر على مقدار التعويض، وبذلك ندرك أنها فسحة تركت للقضاء لتقدير التعويض من خلال جميع الظروف المتعلقة بالمتفارقين وكذا جسامته الضرر.
- إن المتعة شرعت لتكون تعويضا عن الألم و الضرر، الذي يلحق بالمرأة من جراء طلاق زوجها لها.
- إن المتعة تجب لكل مطلقة، بينما التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي لا يكون إلا في حالة إثبات تعسف المطلق.
- إن المتعة تغني في أحكامها عن التعويض في الطلاق التعسفي ولا يقضى بهما معا للمطلقة، إلا نجد أن القضاء الجزائري قد حكم بهما معا في آن واحد في عدة أحكام.

ومن التوصيات المتوصل إليها نجد:

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

والصلاة والسلام على رسول الله

المراجع

أولاً : القرآن الكريم برواية ورش عن نافع

ثانياً: المؤلفات العامة

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

9. ابن ماجه، سنن ابن ماجه، بشرح الإمام أبي الحسن الحنفي المعروف بالسندي، حقق أصوله وخرج أحاديثه على الكتب الستة ورقمه حسب المعجم المفهرس و تحفة الأشراف الشيخ خليل مأمون شيا، و بحاشية تعليقات مصباح الزجاجاة في زوائد ابن ماجه للإمام البوصيري، دار المعرفة ، بيروت، لبنان، المجلد الثاني، الطبعة الرابعة، 2006. ابن مود، عبد الله بن محمود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، تحقيق عبد اللطيف محمد عبد الرحمن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1426 هـ.
10. ابن المنذر، محمد بن إبراهيم، الإجماع، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة الثانية، 1998.
11. ابن منظور، الإمام العلامة جمال الدين إبي الفضل محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري الإفريقي المصري، لسان العرب، حققه وعلق عليه ووضع حواشيه عامر أحمد حيدر وراجع عبد المنعم خليل إبراهيم، دار لسان العرب، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2003.
12. ابن النجار، منتهى الإرادات، مع حاشية المنتهى، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة للطباعة و النشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 1999.
13. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، الأشباه و النظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العملية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1993 .
14. ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
15. أبو داود، الإمام الحافظ المصنف المتقن أبو داود سليمان ابن الأشعث السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، حقق أصوله وخرج أحاديثه على الكتب الستة ورقمه حسب المعجم المفهرس و تحفة الأشراف الشيخ خليل مأمون شيا، دار المعرفة للطباعة والنشر و التوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2001.
16. أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى، تحقيق أحمد محمد شاكر، لجنة إحياء التراث العربي، دار الجيل، بيروت، لبنان، دون طبعة وتاريخ طبع.
17. أحمد إبراهيم بك، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون معلقا عليها بأحكام المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض المصرية، الطبعة الخامسة، 1424 هـ .

18. أحمد بن غنيم بن سالم المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، بيروت، 1415 هـ.
19. أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1998. أحمد محمد علي داوود، "القرارات الاستثنائية في الأحوال الشخصية"، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 1999.
20. أحمد مسلم، أصول المرافعات، دار الفكر العربي، طبعة 1989.
21. بدران أبو العينين بدران، الزواج و الطلاق في الإسلام فقه مقارن بين المذاهب السنية و المذهب الجعفري والقانون، مؤسسة شباب الإسكندرية، دون طبعة وتاريخ طبع.
22. بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادي، الطبعة الأولى 2009.
23. البلتاجي محمد، دراسات في أحكام الأسرة، مكتبة الشباب، القاهرة، مصر، 1973.
24. بلحاج العربي، نظرية الدعوى في قانون الإجراءات المدنية، سلسلة من المحاضرات أقيمت على طلبة الماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران، 1989.
25. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج و الطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
26. بوبشير محند أمقران، قانون الاجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001.
27. البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، طبعة عالم الكتب، بيروت، لبنان.
28. البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، تحقيق هلال مصيلحي، دار الفكر، بيروت، 1402 هـ .
29. بوساق محمد بن المدني، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار إشبيلية للنشر و التوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية.
30. الترمذي، أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة، سنن الترمذي، الجامع الصحيح، حقق أصوله وخرج أحاديثه على الكتب الستة و رقمه حسب المعجم المفهرس و تحفة الأشراف الشيخ خليل مأمون شيحا، دار المعرفة للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2002 .

31. تقيّة عبد الفتاح، الطلاق بين تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، رسالة دكتوراه كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2007.
32. تقيّة عبد الفتاح، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية، منشورات تالة، الجزائر، 2007.
33. الجصاص أحمد بن علي الرازي أبو بكر، أحكام القرآن، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1405 هـ.
34. الحاكم، الحافظ أبي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم، المستدرک على الصحيحين، تضمينات (الإمام الذهبي) النيسابوري، تحقيق حمدي الدمرداش محمد، المكتبة العصرية، صيدا ، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2000.
35. الخطاب، أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبطه وخرج أحاديثه زكرياء عميرات ، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1995.
36. الرازي ، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، تحقيق محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، لبنان، 1415 هـ.
37. زايد، محمد طلبة، ديوان الطلاق، مطبعة الحلبي، مصر.
38. زكريا الأنصاري، أبو يحيى بن محمد بن احمد، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1418 هـ .
39. السباعي مصطفى، شرح قانون الأحوال الشخصية ، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، سوريا، الطبعة السابعة، 1385 هـ
40. السرطاوي محمود علي، شرح قانون الأحوال الشخصية، انحلال عقد الزواج ، منشورات الجامعة الأردنية، 1415 هـ .
41. سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج و الطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986.
42. سحر عبد الستار إمام يوسف، محكمة الأسرة، دراسة مقارنة في القانون المصري و الفرنسي، دار النهضة العربية، 2005.
43. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية.

44. الشاطبي، أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات، تحقيق الشيخ عبد الله دراز، طبعة دون تاريخ، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان .
45. الشربيني، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، بعناية محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1997.
46. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، السيل الجرار، دار ابن حزم للطباعة والنشر و التوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2002.
47. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، خرج أحاديثه و علق عليه خليل مأمون شيجا، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2002 .
48. شمس الدين محمد، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر للطباعة، بيروت، 1404 هـ.
49. الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف أبو إسحاق، المذهب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر، بيروت، لبنان، دون تاريخ، الجزء الثاني.
50. الصدة عبد المنعم فرج، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1986.
51. الصنعاني عبد الرزاق بن همام، تفسير القرآن، تحقيق د مصطفى مسلم محمد، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية.
52. الدار قطني، الإمام الحافظ علي بن عمر الدار قطني، سنن الدار قطني، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2006.
53. الدارمي، الإمام أبي محمد عبد الله بن بهرام الدارمي، سنن الدارمي، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، الطبعة الأولى، 2006.
54. الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، دون طبعة و سنة طبع.
55. الطبراني، سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم، المعجم الكبير، تحقيق حمدي بن عبد المجيد السلفي، مكتبة الزهراء، الموصل، العراق، باب قطعة من المفقود، 1404 هـ.
56. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي (الخطأ و الضرر)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 1983.
57. عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، دار الفكر، الطبعة الثالثة، 1968.

عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 1982. عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1984.

58. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، دار القلم للنشر و التوزيع، الكويت، الطبعة الثانية، 1990.

59. عبده غالب أحمد عيسى، فقه الطلاق، دار الجيل، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1991.

60. العز عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

61. عزة ضاحي، المبادئ القانونية التي قررتها الغرفة الشرعية لمحكمة النقض السورية في قضايا الاحوال الشخصية، سلسلة الاجتهاد الشرعي، المطبعة الجديدة، دمشق، سوريا، 1987.

62. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988.

63. علي فيلالي وحامد بن شنياتي، نظرية الالتزامات، محاضرات أقيمت على طلبة سنة ثانية ليسانس حقوق، كلية الحقوق و العلوم الادارية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 99/98، بن عكنون، الجزائر.

64. فتحي الدريني، النظريات الفقهية، جامعة سوريا، دمشق، سوريا، 1417 هـ، الطبعة الرابعة .

65. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي، دار البشير، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، 1998.

66. فخر الدين الرازي، محمد بن عمر التميمي الشافعي، التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1421 هـ.

67. الفيروز أبادي، مجد الدين، القاموس المحيط، المؤسسة العربية للطباعة و النشر، بيروت، لبنان.

68. القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، تفسير القرآن (الجامع لأحكام القرآن)، تحقيق سالم مصطفى البديري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2000.

69. القرطبي، أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار، علق عليه ووضع حواشيه سالم محمد عطا و محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان 2002.

70. الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق وتعليق علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، منشورات محمد علي بيضون لنشر كتب السنة و الجماعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 2003 .
71. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، القاهرة، الطبعة الثانية، 1972.
72. مجيد محمود سعيد، نظرية التعسف في الحق و نظرية الظروف الطارئة، دار الثقافة عمان، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2002.
73. محفوظ بن الصغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012 .
74. محمد أبو زهرة ، التعسف في استعمال الحق، المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية، دمشق، سوريا، 1380 هـ 1963 م.
75. محمد خضر قادر، دور الإرادة في احكام الزواج و الطلاق و الوصية، دراسة فقهية مقارنة، دار اليازوري العلمية للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2010.
76. محمد سويد، المذاهب الإسلامية الخمسة و المذهب الموحد، دار التقريب بين المذاهب الإسلامية، لبنان الطبعة الأولى، 1995.
77. محمد علوشيش الورتلاني، الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي، دار الأمة، الجزائر، الطبعة الأولى، 1979.
78. محمد فخر شفقة، شرح أحكام الأحوال الشخصية، مؤسسة النوري، 1998. المرداوي، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان الحنبلي، التخبير شرح التحرير في أصول الفقه، تحقيق عبد الرحمن الجبرين، عوض القرن، أحمد السراح، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1421 هـ.
79. مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم بن ورد بن كوشاذ القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، دار صادر، بيروت، لبنان، دون تاريخ و رقم طبعة.
80. النسائي، أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن، السنن الكبرى، تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري السيد كسروي حسن، صححه الخطيب البغدادي وابن منده، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
81. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي و أدلته، الجزء السابع، الأحوال الشخصية ، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق، سوريا.

82. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1389 هـ.

83. محمود غنيم وفتحي نجيب، قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، دار الشروق، الطبعة الأولى، 2002.

ثالثا : المؤلفات المتخصصة

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

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

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

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

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

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

7. عبير شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، الأردن، 1428 هـ.

8. محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، دار المكتبي، دمشق، سوريا، 1418 هـ.

9. الهادي سعيد عرفة، إساءة استعمال حق الطلاق، مطبعة الأمانة، القاهرة، مصر، 1989.

رابعا : الرسائل و المذكرات

1. السعيد مصطفى السعيد، مدى استعمال حقوق الزوجية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1936.

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

3. مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009.
4. الإبراهيم بسما حسين لافي، إجراءات الدعوى في الطلاق التعسفي، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة آل البيت، الأردن، 2009.
5. أبو هاشم توفيق عيسى حامد، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، رسالة ماجستير غير منشورة، بدون تاريخ، الجامعة الأردنية، عمان.
6. بلبولة بختة، أثر فكرة التعسف على استعمال الحق على الزواج و انحلاله، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2005/2004.
7. بلحورابي سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية المحقق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.
8. ساجدة عفيف عتيلي، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2011 .
9. صالح سامي، التفريق بين الزوجين للضرر في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، 1986.
10. مسعودي يوسف، الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، المركز الجامعي بشار، 2007/2006.
11. بوشفرة نبيلة، الحقوق المالية للمرأة و الطفل بعد الطلاق، مذكرة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، المغرب، 2006/2005.
12. عمار بن أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وانحلاله، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، 2008/2005.

رابعاً: المقالات

1. أيمن مصطفى الدباغ، التعسف في الطلاق (حقيقته، معايير، الجزاء المترتب عليه)، مجلة جامعة الأقصى، فلسطين، المجلد الثامن عشر، العدد الأول، 2014.
2. تشوار الجيلالي، الولاية على القاصر في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة والقانون المدني، مجلة علوم تكنولوجيا وتنمية، الوكالة الوطنية لتنمية البحث العلمي، العدد الأول، 2007.
3. تقيّة محمد، تطور المفهوم القانوني و الاجتهاد القضائي في مجال قانون الاحوال الشخصية، مجلة الفكر القانوني، العدد 11، نوفمبر 1986.
4. ساجدة عفيف عتيلي و ريحانة بنت الحاج، العلاقة بين التعويض عن الطلاق في قانون الأحوال الشخصية الأردني ومتعة الطلاق في الشريعة الإسلامية، مجلة بحوث إسلامية واجتماعية متقدمة، ماليزيا، المجلد الثاني، العدد الرابع، 2012.
5. شذى مظفر حسين، التعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية و القانون، مجلة رسالة الحقوق العلمية، المجلد الأول، العدد الأول، 2009.
6. الصالح محمد بن أحمد، متعة الطلاق في الفقه الاسلامي، مقال منشور في مجلة أضواء الشريعة، جامعة محمد بن سعود، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1398 هـ.
7. عمر زودة، طرق الطعن في الاحكام الصادرة في حل الرابطة الزوجية، مجلة الفكر القانوني، عدد 3، 1986.
8. مجيد علي العبيدي، الطلاق التعسفي بين الشريعة و القانون، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية، العراق، العدد الثالث، المجلد الأول، 2009 .
9. محمد احمد البديرات، مدى اعتبار مرض الأيدز مرض موت وتأثيره في تصرفات المريض في القانون الأردني و الفقه الاسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، العدد 1، 2006.
10. مختار رحمانى، المسؤولية المدنية عن نقل الاشخاص بالسكك الحديدية على ضوء الفقه والقضاء، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد 2، 2000.

خامسا : النصوص القانونية

1. قانون رقم 08 -09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
2. قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق لـ 09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر 05-02 بتاريخ 27 فبراير 2005.
3. قانون رقم 07-05 مؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق لـ 13 مايو 2007، و المتضمن القانون المدني.
4. القانون 1 لسنة 2000، الصادر في 29 يناير 2000، الجريدة الرسمية المصرية ،العدد 4 مكرر.

سادسا : الإجتهد القضائي

1. المجلة القضائية، 1989، العدد 1.
2. المجلة القضائية، 1989، العدد 2.
3. المجلة القضائية 1986، عدد 2.
4. المجلة القضائية 1991، عدد 1.
5. المجلة القضائية 2000، عدد 1.
6. المجلة القضائية 1992، عدد 1.
7. المجلة القضائية 1993، عدد 1.
8. المجلة القضائية 1997 ، عدد 55.
9. المجلة القضائية، 2001، عدد خاص.
10. المجلة القضائية، 1990، عدد 1.
11. المجلة القضائية ، 2003، عدد خاص
12. المجلة القضائية، 1992، عدد 1 .
13. المجلة القضائية، 2002، عدد 1
14. المجلة القضائية، 1997، عدد 1،
15. المجلة القضائية، عدد 50 .
16. المجلة القضائية، 2003، عدد خاص.

17.مجلة القانون، وزارة العدل السورية، 1998، العدد 2.

رابعاً: المؤلفات الأجنبية

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

خامساً: مواقع الأنترنت

1. لؤي اسماعيل، الطلاق التعسفي، مقال على موقع www.amanjordan.org/a

2. رامي المالاتي، تعويض الطلاق التعسفي في قانون الأحوال الشخصية السوري،مقال منشور على

موقع furat.elwihda.gov/sy

الفهرس

01	مقدمة
06	الفصل الاول / الطلاق التعسفي في القانون الجزائري
07	المبحث الاول/ مفهوم الطلاق ومشروعيته
08	المطلب الاول/ مفهوم الطلاق
08	الفرع الأول/تعريف الطلاق
08	أولا/ الطلاق في اللغة
09	ثانيا/الطلاق في الاصطلاح
09	ثالثا: تعريف الطلاق في قانون الأسرة
10	الفرع الثاني/ شروط الطلاق
10	أولا/ الشروط المتعلقة بالمطلق (الزوج)
12	ثانيا/ الشروط المتعلقة بالمطلقة (الزوجة)
13	الفرع الثالث/أنواع الطلاق
13	أولا/باعتبار الرجعة و عدمها
17	ثانيا/باعتبار الصيغة
18	الفرع الرابع/ قيود الواردة على الطلاق
18	أولا/القيد الديني
20	ثانيا/القيد القانوني
20	ثالثا القيد القضائي
22	المطلب الثاني / مشروعية الطلاق
22	الفرع الأول/ مشروعية الطلاق في الشريعة الإسلامية
22	أولا / مشروعية الطلاق
26	ثانيا/حكمة مشروعية الطلاق
26	ثالثا/حكم الطلاق
30	الفرع الثاني/ الطلاق في قانون الأسرة الجزائري
32	المبحث الثاني/ التعسف في استعمال الحق في الطلاق
33	المطلب الأول : مفهوم التعسف في استعمال الحق
33	الفرع الأول/ تعريف التعسف في استعمال الحق

33	أولا : تعريف التعسف لغة.....
34	ثانيا : تعريف التعسف اصطلاحا.....
36	الفرع الثاني/ معايير التعسف في استعمال الحق.....
39	المطلب الثاني : التعسف في الطلاق.....
39	الفرع الأول/ تعريف الطلاق التعسفي.....
41	الفرع الثاني/ معايير الطلاق التعسفي.....
41	أولا/المعيار الذاتي للتعسف في الطلاق.....
41	ثانيا/المعيار الموضوعي للتعسف في الطلاق.....
43	ثالثا/ضابط السبب المشروع.....
44	الفرع الثالث/ صور و حالات الطلاق التعسفي.....
45	أولا/الطلاق لسبب غير مشروع.....
48	ثانيا الطلاق في مرض الموت أو طلاق الفار.....
55	المطلب الثالث/ مفهوم الضرر في الطلاق التعسفي.....
55	الفرع الاول/ تعريف الضرر في التعسف في استعمال الحق.....
55	أولا/ الضرر المادي.....
56	ثانيا/الضرر المعنوي.....
56	الفرع الثاني : الضرر اللاحق بالزوجة من الطلاق التعسفي.....
62	الفصل الثاني/ تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي.....
63	المبحث الاول/ مفهوم التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي وعلاقته بالمتعة.
64	المطلب الأول / مشروعية التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي.....
64	الفرع الأول/تعريف التعويض.....
64	أولا/التعويض لغة.....
64	ثانيا/التعويض اصطلاحا.....
65	ثالثا/التعويض في القانون.....
66	الفرع الثاني/ مشروعية التعويض في الفقه الاسلامي.....
70	المطلب الثاني/ متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي.....
70	الفرع الأول/ مفهوم المتعة.....

70	أولا/ تعريف المتعة.....
71	ثانيا/ حكم المتعة و استحقاقها.....
74	الفرع الثاني/ العلاقة بين المتعة و التعويض عن الطلاق التعسفي.....
74	أولا/أوجه الشبه بين المتعة و التعويض.....
75	ثانيا/مميزات المتعة عن التعويض.....
76	ثالثا/العلاقة التي تربط المتعة بالتعويض.....
77	رابعا/هل تغني المتعة عن التعويض عن الطلاق التعسفي.....،....
81	المبحث الثاني/سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي.....
82	المطلب الأول/ إجراءات دعوى طلب التعويض عن الطلاق التعسفي.....
82	الفرع الأول/ الاجراءات الشكلية في دعاوى طلب التعويض في الطلاق التعسفي..
83	أولا/الاختصاص الإقليمي و النوعي في دعاوى التعويض..... عن الطلاق التعسفي في القانون الجزائري
83	الاختصاص النوعي في دعاوى التعويض عن الطلاق التعسفي
84	الاختصاص الإقليمي في دعاوى التعويض عن الطلاق التعسفي
87	ثانيا/الاجراءات الشكلية في نظر الدعاوى القضائية الخاصة بالتعويض في الطلاق
95	الفرع الثاني/الاجراءات الشكلية في دعاوى طلب التعويض..... عن الطلاق التعسفي في القانون المصري و السوري
95	أولا/في القانون المصري.....
97	ثانيا/في القانون السوري.....
100	المطلب الثاني/ أساس و كيفية تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي.....
100	الفرع الاول/ الاساس القانوني لتقدير التعويض عن الطلاق التعسفي.....
104	الفرع الثاني/ كيفية تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي.....
105	أولا/مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي.....
113	المطلب الثالث/ رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع في تقديره الضرر و التعويض عن الطلاق التعسفي.....

113	الفرع الاول/ رقابة المحكمة العليا على قاضي شؤون الأسرة في تقديره لعناصر الضرر وشروطه
116	الفرع الثاني/ رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع..... في عناصر تقدير التعويض
121	الخاتمة.....
121	المراجع.....