الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة 8 ماي 1945 قالمة
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة تخرج لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون اسرة

تحت عنوان :

التعويض عن الطلاق التعسفي

من إعداد الطالبتين :

- أوصيف سناء
- معـاوي ريـان

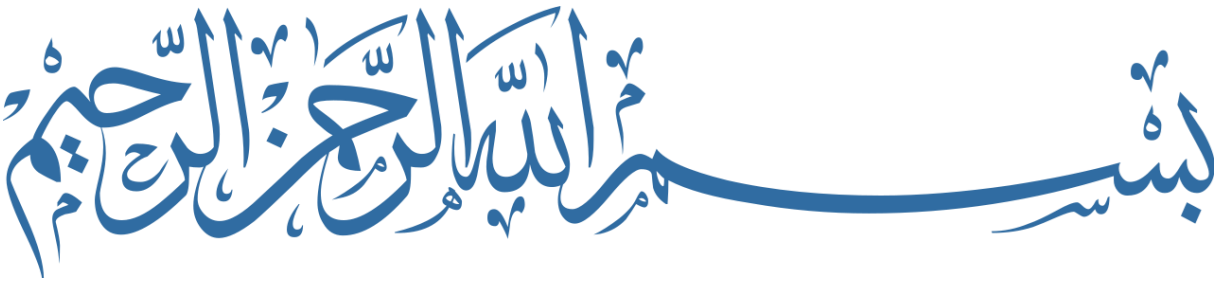
تحت إشراف:

✓ الاستاذ : حديدان سفيان

تشكيل لجنة المناقشة

الرقم	الأستاذ	الجامعة	الرتبة العلمية	الصفة
01	عـــلال ياسيـن	8 ماي 1945 قالمة	أ. محاضر –أ–	رئيسا
02	حديدان سفيـــان	8 ماي 1945 قالمة	أ. محاضر –أ–	مشرفا
03	الطيب عبد الجبار	8 ماي 1945 قالمة	أستاذ مساعد –أ–	عضوا مناقشا

السنة الجامعية : 2023-2024


بسم الله الرحمن الرحيم

{يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ}

اللهم لك الحمد والشكر كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك وعلو مكانك

نسألك اللهم أن تجعل عملنا هذا صالحا وأن تنفعنا به وتبارك لنا فيه ولكل من يقرأه

نتقدم بجزيل الشكر للأستاذ المشرف السيد: "حديدان سفيان"

الذي أعطانا من وقته، وتفضل بالإشراف على هذا العمل

الى أساتذة العلم الذين زودونا بما نحتاج من رصيد وغرسوا فينا روح المثابرة والاجتهاد وهذا منذ أول مرحلة دراسية لنا الى غاية يومنا هذا

كما لا يفوتنا أن نشكر أعضاء لجنة المناقشة المحترمين وكل الأسرة الجامعية وكل من قدم لنا يد العون والمساعدة ماديا أو معنويا من قريب أو من بعيد

ريان و سناء

الإهداء

بعد مسيرة دراسية دامت سنوات حملت في طياتها الكثير من الصعوبات والمشقة و التعب ، ها أنا اليوم أقف على عتبة تخرجي أقطف ثمار تعبي، و أرفع قبعتي بكل فخر ، فاللهم لك الحمد قبل أن ترضى و لك الحمد إذا رضيت و لك الحمد بعد الرضا ، لأنك وفقتني على إتمام هذا العمل و تحقيق حلمي ...

أهدي هذا النجاح

إلى الذي دعمني بلا حدود و أعطاني بلا مقابل ، إلى من غرس في روحي مكارم الأخلاق إلى فخري" **أبي العزيز**"

إلى من جعل الجنة تحت أقدامها و سهلت لي الشدائد بدعائها ، إلى الإنسانة التي لطالما تمنت أن تقر عينها برؤيتي في يوم هكذا" **أمي الحبيبة**"

إلى إخوتي نور المحبة و خيرة أيامي و صفوتها "**هديل، ايمان**"

إلى حبيبتي الغالية "**جدتي** "أطال الله عمرها

إلى "**خالاتي و عماتي**" ركيزاتي في الشدائد

إلى شريكتي في هذا العمل إلى صديقة العمر" **ريان**"

و الى أجمل صدفة من ألف إختيار إلى صديقة الروح المواقف" **يسرى**"

و ختاما إلى من كان عونا و سندا في هذا الطريق ، أهديكم هذا الانجاز راجية من الله أن ينفعني بما علمني و أن يعلمني ما أجهل و يجعله حجة لي لا علي

أوصيف سناء

الإهداء

"وَآخِرُ دَعْوَاهُمْ أَنِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ"

بسم الله الرحمان الرحيم و الحمد لله الذي وفقني على إتمام هذا العمل منذ البداية الى غاية الختام، وماكنت لأفعل هذا لولا فضل الله﴿ ***وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ***﴾

أهدي هذا النجاح لنفسي أولا على الصبر والعزيمة والإصرار، ثم الى كل من سعى معي لإتمام هذه المسيرة

الى الذي زين اسمي بأجمل الألقاب، الى من علمني أن الدنيا مشقة وكفاح وسلاحها الايمان والعلم والأخلاق، الى سندي وقدوتي وضلعي الثابت الذي لا يميل بعد الله

"أبي الغالي فخري واعتزازي"

الى من جعل الله الجنة تحت أقدامها، وأبصرت النور بين يديها، الى من أفنت عمرها في سبيل أن أحقق طموحي وأحلامي، الى القلب الحنون وشمعتي المضيئة في الليالي المظلمة، نقطة ضعفي وسر قوتي

"أمي الحبيبة جنتي"

"والدي والدتي"

ياخير عون لي كان لي حتى الكبر حفظكم الله ورعاكم وأدام دعواتكم لنا

الى من شد الله بهم عضدي فكانوا خير معين ***" عائلتي واخوتي ورفقاء دربي" وأخص بالذكر" كاتيا ولينا"*** دمتم لي يا أغلى الناس

الى ***"جدتي العزيزة"*** أرجو لها دوام العافية وطول العمر

آخيرا الى صديقتي وزميلتي في هذا العمل ***"سناء"*** أرجو من الله أن يوفقنا في مسيرتنا التي لازالت طويلة وهذا التخرج ما هو الا بداية جديدة للرحلة الحقيقية في الحياة.

وفي الختام أسئل الله أن يسدد خطا ي ويجعلني ممن يتعلمون العلم ويعلمون به ويجعله شفيعا لي عندما أسئل عن شبابي فيما أفنيته.

معاوي ريان

المقدمة

مقدمة:

تعد الأسرة الخلية الأساسية والنواة الأولى للفرد والمجتمع حيث إذا صلحت الأسرة صلح المجتمع كله، وأن الإهتمام بها حثت عليه كافة الشرائع السماوية والوضعية، ولقيام أي أسرة يشترط الزواج الذي يحظى في المجتمع المسلم بقدسية كبيرة كرستها المفاهيم الشرعية وتابعتها التشريعات الأسرية العربية في الحكم .

حيث يعتبر الزواج من أسمى المقاصد التي تحقق الترابط الاجتماعي، وكذلك تحقيق التناسل وبناء أسرة أساسها المودة والرحمة بين الزوجين وبين أفراد العائلة مصداقا لقوله تعالى :" **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ.**"[1] **سوره الروم الآية 21 .**

فهذه المودة والرحمة تتحقق بالاحترام والاهتمام والحوار المتبادل بين الزوجين والعشرة الطيبة بينهما، إلا أنه في بعض الأحيان قد تنشأ خلافات ومشاكل تكون أسبابها متعددة، وإذا إستمرت هذه الخلافات وتعذر حلها بشتى الطرق قد يلجأ أحد الزوجين أو كلاهما الى الطلاق الذي شرعه الله تعالى رحمة للمؤمنين إذا إستحالت مواصلة العشرة بينهما حيث يقول الله عز وجل في كتابه المبين:" **الطَّلاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**" [2]سورة البقرة الآية 229.

كما توجد عدة آيات أجاز الله فيها الطلاق إلى جانب ورود عدة أحاديث وكذلك إجماع الصحابة والفقهاء على جواز الطلاق إلى جانب تشريعات العالم التي شرعته، بإعتباره أنسب حل للتخلص من وضع أصبح مستعصيا على مواصلة العشرة بينهما، والذي وضع بيد وعصمة الزوج .

غير أن حق الزوج في الطلاق بإرادته المنفردة ليس مطلقا وإنما يدخل ضمن قواعد وحدود التي بينها الشرع والقانون وفي حالة إخلاله أو تجاوزه لها يعد متعسفا، فالزوجة لها الحق في التعويض في حالة ما تسبب لها هذا الطلاق ضررا سواء كان مادي أو معنوي وفقا لقاعدة:" لا ضرر ولا ضرار". حيث نجد أن أغلب القوانين العربية ومن بينها قانون الأسرة الجزائري

[1] سورة الروم ، الاية 21
[2] سورة البقرة ، الاية 229

أخذ بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي والذي نص عليه بموجب المادتين 52 و53 مكرر المعدلتين بموجب الأمر 05-02.

أهمية الموضوع:

تبرز أهمية الموضوع على الصعيد الاجتماعي في تفشي ظاهرة الطلاق في الآونة الاخيرة، إلى جانب المبالغ الباهظة التي يقضي بها القاضي التي تقع على عاتق الزوج مما يثير فضولنا لدراسته، والذي يستدعي تفعيلا للنصوص القانونية المتعلقة بمسألة التعويض عن الطلاق التعسفي .

أسباب اختيار الموضوع :

تكمن أسباب اختيارهذا الموضوع الى أسباب ذاتية وموضوعية

- فالأسباب الذاتية:

تكمن في رغبتنا لدراسة هذا الموضوع الذي له علاقة وطيدة بتخصصنا، إلى جانب إثراء وتنمية معلوماتنا القانونية فيما يخص مسألة التعويض عن الطلاق التعسفي .

-أما الأسباب الموضوعية :

التي دفعتنا إلى إختيار هذا الموضوع هو الجدل الواقع حول مسألة التعويض عن الطلاق التعسفي ومدى تعسف الزوج فيه وكيفية تقدير القاضي للتعويض الذي يكون من حق الزوجة المتضررة من هذا التعسف .

أهداف الدراسة :

تبرز أهداف الدراسة في :

1 .تحديد معايير التعسف التي يستند القاضي عليها لإعتبار الزوج متعسفا بطلاقه .

2 .معرفة مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي وكيفية تقدير القاضي له وبيان حدود سلطته.

الدراسات السابقة:

على الرغم من الأهمية التي يكتسيها موضوع التعويض عن الطلاق التعسفي إلا أنه لم يأخذ حقه من الدراسات الضيقة التي تتناوله ومن بين هذه الدراسات التي تناولت موضوع بحثنا :

1-كتاب آثار فك الرابطة الزوجية(تعويض -نفقة -عدة -حضانة -متاع) لباديس ذيابي .

2-كتاب تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري- دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي لبن زيطة عبد الهادي.

3-مذكرة الطالبة حياة خطاب تحت عنوان :"الطلاق التعسفي وآثاره في التشريع الجزائري".

صعوبات الدراسة:

من بين الصعوبات التي واجهتنا هي ضيق الوقت والعوامل النفسية من قلق وخوف من عدم إتمام المذكرة في الوقت المحدد، كذلك تنوع المراجع مما أدى الى تصادم للأفكار .

الإشكالية:

ومن خلال ما تقدم نطرح الإشكالية والتي تكون كالتالي :

ما هي المعايير التي تحدد تعسف الزوج في طلب الطلاق؟ وفيما تكمن حدود سلطة القاضي في تقدير التعويض المناسب؟

المنهج المتبع :

اعتمدنا على المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية وخاصة قانون الأسرة الجزائري والقانون المدني و قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبعض قرارات المحكمة العليا وهذا من أجل تحديد مدى تعسف الزوج في طلاقه، وكيفية تقدير القاضي للتعويض الذي يكون من حق الزوجة المتضررة جراء طلاقها .

كما إستعنا بالمنهج المقارن من خلال مقارنة قوانين الاحوال الشخصية العربية والمغاربية بقانون الأسرة الجزائري وكذا الشريعة الإسلامية للخروج بدراسة شاملة للموضوع .

كما اتبعنا المنهج الوصفي بإعتباره المنهج المناسب لطبيعة دراستنا ،وذلك من خلال جمع مختلف المعلومات والبيانات المتعلقة بمسألة التعويض عن الطلاق التعسفي ووصفها من أجل الوصول إلى النتائج المطلوبة .

تقسيم الموضوع:

وللإجابة عن الإشكالية المطروحة اتبعنا خطة دراسة مقسمة لفصلين تشدهما مقدمة وخاتمة

حيث تطرقنا في:

الفصل الأول إلى الإطار المفاهيمي للتعسف في إستعمال الحق في طلب الطلاق

والذي بدوره ينقسم الى مبحثين :

المبحث الأول: النظرية العامة للتعسف في إستعمال الحق في طلب الطلاق

المبحث الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الاسلامي والقوانين المقارنة .

أما**الفصل الثاني** فهو تحت عنوان مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي والذي ينقسم الى مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تقدير التعويض المناسب وإجراءات التقاضي في دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي.

الفصل الأول:

الإطار المفاهيمي للتعسف في إستعمال الحق في طلب الطلاق

الفصل الاول: الإطار المفاهيمي للتعسف في إستعمال الحق في طلب الطلاق

يعتبر عقد الزواج من أهم وأخطر العقود التي يجريها الإنسان في حياته، إذ يعد الحجر الأساسي في بناء الأسرة وإستمرارها. لكن قد تسيء العشرة بين الزوجين وقد تفشل محاولات السعي للصلح بينهما، لذلك شرعت مختلف القوانين والشريعة الإسلامية كذلك أجازت إنهاء العلاقة الزوجية بينهما بالطلاق وذلك لتفادي أكبر ضرر قد يلحق بينهما، إلا أنه أحيانا قد يسيء الزوج ممارسة حق الطلاق بإعتباره حقا له فيتعسف فيه.

وبهذا نتناول النظرية العامة للتعسف في إستعمال الحق في طلب الطلاق **(المبحث الأول)** والتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة **(المبحث الثاني).**

المبحث الأول: النظرية العامة للتعسف في إستعمال الحق في طلب الطلاق

يعد الطلاق آخر حل يلجأ اليه الزوجين في حالة تعذر الصلح بينهما، وإستنادا لقوله صلى الله عليه وسلم: "إن أبغض الحلال عند الله الطلاق "، فنجد أن الشريعة الإسلامية أباحته والقانون كذلك شرعه، ومن خلال رجوعنا الى آراء الفقهاء نجد عدة تعريفات للطلاق أهمها أنه فك للرابطة الزوجية والذي يكون إما بإرادة الزوج المنفردة، أو بتراضي الزوجين أو بناءا على رغبة الزوجة المنفردة عن طريق التطليق والخلع.

و على الرغم من أن الحق في الطلاق حق أصلي للزوج ، إلا أنه قد يتعسف فيه إذا إستعمله لغير سبب منطقي و لم يكن له عذر شرعي يبيح له هذا الحق ،فينتج عنه ما يعرف بالطلاق التعسفي ،و الذي سيكون محل دراستنا في هذا المبحث حيث قمنا بتقسيمه الى مطلبين حيث تناولنا في المطلب الأول ماهية الطلاق و في المطلب الثاني مفهوم التعسف.

المطلب الأول: ماهية الطلاق

حيث تطرقنا في هذا المطلب الى مفهوم الطلاق وهذا في الفرع الأول وأركان وصور الطلاق في الفرع الثاني وحكم ومشروعية الطلاق في الفرع الثالث.

الفرع الأول: مفهوم الطلاق

أولا: تعريف الطلاق

1-التعريف اللغوي للطلاق: عرفه الأستاذ بلحاج العربي أنه الترك أو المفارقة، يقال طلق البلاد أي تركها وفارقها ،وطلقت القوم أي فارقهم[1].ـ قال في الفتح :"الطلاق في اللغة حل الوثاق ، مشتقة من الاطلاق ،وهو الإرسال والترك"

تقول أطلقت الأسيرأي: حللت قيده وأرسلته وتركته.

وقد عرف كذلك الطلاق لغة: بانه رفع القيد مطلقا وكما جاء في هامش ذرة الغواص: الطلاق لغة مأخوذ من قولهم أطلقت الناقة فطلقت إذا ارسلتها من عقالها وقيدها. فذات الزوج موثقة

[1] -بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري – مقدمة الخطبة-الزواج-الطلاق-الميراث-الوصية، الجزء الأول: الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية، الطبعة الرابعة، بن عكنون -الجزائر، 2005، ص 207.

عند زوجها فاذا فارقها أطلقها من وثاق، ثم فرق بينهما بالحركات، فيقال طلقت، وأطلقت الناقة.[1]

وجاء في مختار الصحاح، وطلق امراته تطليقا وطلقت هي تطلق بالضم، طلاقا فهي طالق، وطالقه ايضا، قال الاخفش: لا يقال طلقت بالضم.[2]

ـ أي أن الطلاق هو التحلل من القيد الزواج والخروج من عصمته ورفع القيد مطلقا.[3]

2-التعريف الاصطلاحي للطلاق:

-عرفه المالكية: الطلاق صيغة حكمية تلاقع حل منفعة الزوج بزوجته، وقيل وهو حل العصمة المنعقدة بين الزوجين وقيل هو إزالة القيد وإرسال العصمة لأن الزوجة تزول عن الزوج.[4]

-تعريف الشافعية: حل عقدة النكاح بلفظ الطلاق نحوه.[5]

-تعريف الحنفية: رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص.[6]

-تعريف الحنابلة: الطلاق شرعا حل قيد النكاح، وقالوا الطلاق حل قيد النكاح كله او بعضه، اذا طلقها رجعية، لان للحق المراجعة فيها.[7]

---

[1] -طارق بن أنور ال سالم، الواضح في احكام الطلاق، دار الايمان للطبع والنشر والتوزيع الإسكندرية ،2004، ص9.

[2] -المصري مبروك، الطلاق واثاره من قانون الاسرة الجزائري، دراسة فقهية مقارنة، دار هومه، ص111.

[3] -قاسم بن عبد الله القفوي: انيس الفقهاء في تعريف الالفاظ المتداولة بين الفقهاء،الطبعة1, دار الوفاء، جدة، ص155.

[4] -أحمد نصر الجنيدي: الطلاق والتطليق واثارهما، دار الكتب القانونية مصر، المجلة الكبرى -سبع بنات-24،شارع عدلي ،2004، ص18.

[5] -الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني المنهاج،ج1،ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص279.

[6] -احمد محمد كليب، الأحوال الشخصية، (الطلاق والخلع والظهار) على فقه المذاهب الأربعة والامام طاووس، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، العبدلي، مقال، مركز جوهرة، القدس 1430ه، 2010م، ص31.

[7] -احمد نصر الجنيدي، مرجع سابق، ص18.

ثم ان التعاريف في عمومها لأي مفهوم من المفاهيم ينبغي أن تكون جامعة مانعة، وان كان لا مشاحة في الاضطلاع فان التزام الدقة مطلوب في كل شيء فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" إنَّ اللهَ كتَبَ الإحسانَ على كلِّ شيءٍ ".[1]

3-التعريف القانوني للطلاق:

عرف المشرع الجزائري الطلاق في المادة 48 المعدلة من قانون الأسرة على أنه:" يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون".[2]

ومن الملاحظ أن المشرع الجزائري بذكره لهذه المادة لم يعرف الطلاق تعريفا واضحا ودقيقا ولم يبين أركانه وشروطه، فقد استعمل كلمة " حل" التي تشمل طرق انحلال الزواج سواء بالإرادة المنفردة أو بتراضي الزوجين أو بواسطة حكم قضائي تاركا المجال لأحكام فقهاء الشريعة الإسلامية، وذلك بموجب المادة 222 من قانون الأسرة:" كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".[3]

ثانيا: أنواع الطلاق

1- في الطلاق الصريح والكنائي:

أن الطلاق الصريح: هو اللفظ الموضوع شرعا وعرفا لمعنى الطلاق وتتبادل إلى الذهن عند اللفظ به ما يقصد منه ولا يحتاج الى نية.

وأن الطلاق الكناية: هو اللفظ الغير موضوع شرعا وعرفا لمعنى الطلاق ولا يتبادل الى ذهن المقصود فيه ويحتاج لإيقاعه إلى نية.[4]

[1] -المصري مبروك، مرجع سابق، ص111.

[2]- الأمر رقم 84_ 11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05_02 المؤرخ في 27 فبراير2005.

[3]-المادة 222 قانون الأسرة الجزائري.

[4]-السيد عبد الصمد محمد، أحكام الطلاق بين التقييد والاطلاق -من منظور الفقه الإسلامي-، الطبعة 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية،2019 ،صفحة 141.

وقد اتفق الفقهاء على أن: الطلاق الصريح يقع باللفظ وحده ولا يحتاج الى نية وكذلك يقع صريح بالنية المناقضة قضاءاً.[1]

2- في الطلاق الرجعي والبائن:

– **الطلاق الرجعي:** هو الطلاق الذي يملك معه المطلق حق مراجعة مطلقته ما دامت العدة قائمة لم تنتهي بعد، وكان غرضه الإصلاح ويحق له ذلك بلا عقد ولا مهر، كما أنه لا يشترط رضا الزوجة ولا تحتاج في ذلك إلى ولي فهذا حق أثبته الشارع. قال الله تعالى:" وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا" [البقرة: 228]. أي أن أزواجهن أحق بردهن إلى عصمتهن في وقت التربص وانتظار انقضاء العدة لغرض الإصلاح.[2]

ويذهب الفقهاء إلى أنه يبطل حق الزوج في الرجعة بانقضاء عدة الزوجة بالحيض ثلاث مرات، إن كانت من ذوات الحيض، وبوضع الحمل كاملا أو سقطا، وبثلاثة أشهر من تاريخ طلاقها إن كانت يائسة من المحيض لكبر أو صغر.[3]

وقد أشارت الى هذه الاحكام المادة 58 قانون الأسرة بقولها" تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاث قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق". كما أن المادة 60 قانون الأسرة تقضي بأن عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة للحمل 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة. ولهذا قرر مجلس سيدي بلعباس في قراره الصادر في 1986/4/26 رقم 476 /86 بأنه طالما أن الزوجة عارضت الرجوع إلى محل الزوجية فإنه يجب فك الرابطة الزوجية بظلم من الزوجة والحكم عليها ب 60,000 دج كتعويض للإضرار التي لحقت الزوج من هذا الطلاق وهو ما ذهبت إليه محكمة وهران في المؤرخ في 26 جوان 1989 رقم 1043/ 89.

- الطلاق البائن: هو الذي لا يملك فيه المطلق حق مراجعة مطلقته إلا بعقد جديد، وكأنه يتزوجها لأول مرة وهو نوعان: طلاق بائن بينونة صغرى، وطلاق بائن بينونة كبرى.[4] فالطلاق بالبينونة الصغرى هي التي تحل فيها الزوجة برجعة بعقد ومهر جديد جديدين، ذلك

---

[1]- نفس المرجع ،صفحة 142.

[2] -طارق بن أنور آل سالم، مرجع سابق ،صفحة 78.

[3] عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، صفحة 443.

[4] الحاج العربي، مرجع سابق، صفحة 327.

إذا كانت قبل الدخول جاز العقد عليها بعقد جديد ومهر جديد فيجوز مراجعة الزوجة إلا إذا كانت بعد الدخول وقبل انقضاء العدة واذا انقضت العدة جاز مراجعتها بعقد ومهر جديدين.[1]

أما الطلاق الذي يقع بالبينونة الكبرى هو الذي لا يحل بموجبه الزوجة لزوجها الذي طلقها ثلاث إلا بقضاء عدتها ثم أن تتزوج زوجا غيره ثم يدخل بها ويطلقها بائنا أو يموت عنها، وتنقضي عدتها ثم إن أرادها الاول عقد عليها بعقد جديد ومهر جديد يملك فيه الزوج ثلاث تطليقات[2]. قال الله تعالى:" فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ". [البقرة: 230][3].

3- في الطلاق المنجز والمضاف والمعلق :

- **الطلاق المنجز:** هو الطلاق الخالي في صيغته عن التعليق والإضافة لقوله "أنت طالق"، ويقع في الحال لأنه طلاق صدر من أهله صادف محله ،وعليه تبدأ عدة المرأة من تاريخ صدوره.
- **الطلاق المضاف:** وهو الطلاق الذي يقترن وقوعه بثمن معين كأن يقصد الزوج وقوع الطلاق متى جاء زمنه المضاف إليه كأن يقول الزوج لزوجته "أنت طالق غدا" ويقع في الغد إذا كانت المرأة في ملكه عند حلول الوقت الذي أضيف الطلاق إليه.
- **الطلاق المعلق:** هو ربط مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى سواء أكان ذلك المضمون من قبل المطلق أو المطلقة أو غيرها أو لم يكن من فعل أحدهما مثل التعليق: "إن ذهبت إلى مكان كذا فأنت طالق."[4]

[1] ا لسيد عبد الصمد محمد، مرجع سابق، صفحة 180.

[2] السيد عبد الصمد محمد ،نفس المرجع، صفحة182.

[3] سوره البقرة الآية 230.

[4] السيد عبد الصمد محمد، مرجع سابق ،صفحة 187-188.

- **-الطلاق السني والبدعي:**

الطلاق السني: هو الطلاق الواقع على الوجه الذي ندب إليه الشرع، وهو أن يكون طلقة واحدة وفي طهر و لم يسمها فيه فهو طلاق شرعي.[1]وهو الطلاق الذي رسمته سنة الرسول صلى الله عليه وسلم و شروطه[2]هي:

- ✓ أن يكون طلقه واحدة لا أكثر، اي فما زاد عن واحدة بدعة والدليل قوله تعالى:" الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ".[3]
- ✓ أن يكون طلقة كاملة لا بعض طلقة كنصف طلقة.
- ✓ ان يكون واقعا في طهر لا في حيض أو نفاس.
- ✓ ألا يطأ المطلق مطلقته في الطهر الذي تلقى فيه .
- ✓ ألا يكون واقعا في عدتها من طلاق رجعي قبل هذا الطلاق.
- ✓ أن يوقع المطلق الطلاق على جملة المرأة لا على بعضها. فإن انتفت هذه الشروط أو بعضها فهو طلاق بدعي.[4]

أما الطلاق البدعي: وهو الطلاق المخالف للشرع أي ما انتفى منه شرط أو أكثر من الشروط المقدمة ،وحكم الطلاق البدعي إما مكروه أو حرام فالبدعي المكروه هو الواقع في طهر مسها فيه ،والواقع في عدة من طلاق رجعي سبقه والواقع في بعض الطلقة ، وعلة الكراهة التلبيس على المرأة في عدتها فلا تدري هل تعتد بالقروء أو يوضع الحمل لاحتمال أن تكون قد حملت من ذلك الوطء.[5]

---

[1] أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية، الزواج الطلاق، التفريق بين الزوجين، ج1، دار الكتاب القانوني مصر، 2006 صفحة 126.

[2] أحمد نصر الجندي، عدة النساء عقب الفراق أو الطلاق، تعريف العدة، مشروعيتها ...، دار الكتب القانونية، مصر ،2005 ،صفحة 97.

[3] سوره البقرة الآية 229.

[4] إبتسام محاتمي، مذكرة لنيل شهادة الماستر أكاديمي ،تحت عنوان :"الطلاق وإشكالاته في قانون الأسرة الجزائري". دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، جامعة محمد بوضياف ،المسيلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،قسم الحقوق تخصص أحوال شخصية، السنة الجامعية 2016- 2017 ،صفحة 12 -13.

[5] -المرجع نفسه.

والبدعي الحرام هو الواقع في الحيض أو النفاس والواقع ثلاثة والواقع على جزء المرأة وعلة تحريم الطلاق في الحيض والنفاس هو تطويل العدة على المطلقة لأن المطلق إذا طلق زوجته في الحيض يكون قد زادها في العدة أيام الحيض التي طلقها فيها.[1]

والملاحظ أن قانون الأسرة الجزائري لم ينص على الطلاق السني والبدعي ويرجع في ذلك إلى أحكام شريعة الاسلامية وفق نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري الامر 02/05.

الفرع الثاني : أركان وصور الطلاق

سنتناول في هذا الفرع أركان وصور الطلاق:

أولا: أركان الطلاق

وتتمثل في ثلاثة أركان وهي ركن المطلق، ركن المطلقة، ركن الصيغة الخاصة بالطلاق.

1- ركن المطلق: هو الزوج و يشترط لكي يقع طلاقه شروط وهي:[2]

1) أن يكون زوجا: يثبت حق الطلاق للزوج بمجرد عقد الزواج صحيح قال الله تعالى:" يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ "سورة الطلاق الآية1 [3]

وقوله أيضا:" فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ"[4]

2) أن يكون بالغا: عاقلا ذهب جمهور الفقهاء إلى ضرورة أن يكون زوج المطلق بالغا عاقلا،[5] فالصبي إن كان مميزا فلا يقع طلاقه إلا إذا صدر منه أو من وكيله ،ولو أجازه الولي لأن الطلاق من التصرفات الضارة بحسب الأصل فلا يملك الولي إجازته.[6]

---

[1]- المرجع نفسه.

[2]-السيد عبد الصمد محمد ،مرجع سابق صفحة 51 .

[3]-سورة الطلاق الآية 1.

[4]-سوره البقرة الآية 230 .

[5]-السيد عبد الصمد محمد، مرجع سابق صفحة 55، 58 .

[6] سعادي لعلى، الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة الجزائر 11 ،كلية الحقوق، السنة الجامعية 2014 – 2015 ،صفحة 225.

3) أن يكون قاصدا للطلاق ومختارا غير مكره: وقد ذهب فقهاء المذهب المالكي إلى عدم وقوع طلاق المكره، واستدلوا وفي ذلك على قوله صلى الله عليه وسلم:" لَا طَلَاقَ وَلَا عَتَاقَ فِي إِغْلَاقٍ" اي في الإكراه.[1]

2- ركن من يقع عليها الطلاق: لا يقع الطلاق على أي امرأة، بل محله الزوجة في زوجيه صحيحة ، سواء كان قبل الدخول أو بعده، فالطلاق أثر من آثار العقد الصحيح وشروط هذا الركن تكمن في:

1) أن تكون زوجته حقيقة أو حكما: والزوجية تعني حياة زوجية العشرة فيها مستمرة ، والزوجية القائمة حكما تعني المرأة المعتمدة من طلاق رجعي، أما الطلاق المعلق على شرط فإذا كان عند تعليق الزوجة صح الطلاق.
2) أن تكون زوجته بعقد صحيح: وهي المرأة التي يقع عليها الطلاق إذا كانت في حال زواج صحيح قائم فعلا ولو قبل دخول أو في اثناء العدة من طلاق رجعي ، فإن كانت المرأة المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى فلا يلحقها طلاق آخر في أثناء العدة لاستنفاذ حق الزوج في التطبيق، فإن كان الزواج فاسدا وانتهت عده المرأة مطلقا فلا يقع عليها طلاق آخر، وإذا طلقت المرأة قبل الدخول والخلوة فلا عدة عليها. [2]
3) الطهر والتعيين: ألا تكون حائضا ولا طهرا مسها فيه الزوج، وذلك ليكون طلاق عن حاجة حقيقية ورغبة ملحة في الطلاق وخشية أن يكون الطلاق دليل على شدة النفرة، وتعبير عن حالة خاصة مؤقتة سرعان ما تزول، أما تعيين المطلقة بإشارة أو صفة أو بالنية، الرجل الذي يتزوج بواحدة، وقد تتعدد زوجاته إلى أربعة وهو عدد يجمعه الرجل في زواج قائم، فإذا طلق زوجته وهي واحده فقد تعينت لفظا ومعنى حيث لا توجد زوجة غيرها.[3]

3- ركن الصيغة: نبحث عن شروط هذا الركن في ثلاث نقاط هامة وهي :

---

[1] بريبر محمد ،مركز الفقه المالكي في قانون الأسرة الجزائري ،أحكام الزواج والطلاق ،نموذجا أطروحة الدكتوراه علوم تخصص القانون الخاص ،جامعة الجزائر1، بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، نوقشت بتاريخ 17 ديسمبر 2020، صفحة 172 .

[2] محمد كمال الدين، إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه وقانون والقضاء، منشورات الجلي الحقوقية، صفحة 34.

[3] نفس المرجع ،صفحة 35.

1) ألفاظ الطلاق: اتفق الفقهاء على ان الزواج ينتهي بالطلاق بالعربية أو بغيرها سواء لفظا أو كتابة أو إشارة وسواء كان اللفظ صريح أو كناية. أما المشرع الجزائري فبالرجوع إليه نجد أن الطلاق يقع بالأسلوب الذي ينعقد به الزواج أي بالألفاظ الصريحة.[1]

2) عدد الطلقات: يملك الرجل على زوجته طلقة وطلقتان و ثلاث ويجوز مراجعتها بعد الأولى والثانية لقوله تعالى:" الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ"[البقرة: 299] إن نوى بكلامه عددا معينا او صرح بعدد قرنه بالطلاق وقع ما نواه أو صرح به .

لم يرد المشرع الجزائري أي نص في هذا الشأن غير انه اعتبر في المادة 51 من قانون الأسرة الطلاق البات الذي يحرم الزوجة على زوجها بتاتا هو ما كان بعد ثلاث طلقات متتالية متفرقات. [2]

3) أنواع صيغه الطلاق: وهي ثلاث أنواع: صيغه منجزة ومعلقة ومضافة

- الصيغة المنجزة: وهي التي تكون في الحال وترتب آثارها بمجرد صدورها كقوله: "أنت طالق" وهذا هو الأصل في الطلاق.[3]
- الصيغة المضافة: وهو ما أضيف حصوله لوقت المستقبل كشهر القادم.
- الصيغة المعلقة: وهو ما ترتب وقوعه على حصول أمر في المستقبل بأداة من أدوات الشرط كأن دخلت إذا دار فلان فأنت طالق، ويشترط لصحة التعليق ما يلي: أن يكون حال قيام العلاقة الزوجية، أن يكون شرط المعلق عليه معدوم في الحال الذي يحصل في يحصل في المستقبل أولا.[4]

ثانيا: صور الطلاق

1) **بالإرادة المنفردة للزوج:** هو الطلاق المقرر شرعا، حيث أباح للزوج بعد استنفاذ جميع الوسائل التي تسبق الطلاق عادة وهي الموعظة الحسنة ومحاولة الصلح وغيرها، فإذا تعذر

[1] ابتسام محاتفي، مرجع سابق، صفحة 23.

[2] نفس المرجع، صفحة 24.

[3] المصري المبروك، مرجع سابق، صفحة 161.

[4] بلحاج العربي، مرجع سابق، صفحة 254

عليه ولم يفلح الزوج فيها أمكن له استعمال حقه في الطلاق، وعليه فالزوج الحق في إيقاع الطلاق ما دام مراعيا لما قرره الشرع وإلا اعتبر متعسفا في استعمال حقه.[1]

2) **الطلاق بالتراضي بين الزوجين:** يقصد بصورة الطلاق بالتراضي أن كل من الزوجين يريد فك الرابطة الزوجية بقناعة كاملة، على أن استمرارها أصبح ضربا من المحال لأي سبب من الأسباب أو ظرف من الظروف التي لا تجعل أحدهما أو كليهما غير قادر على الاستمرار على هذه العلاقة، فتكون بذلك إرادة الطرفين متحددة من أجل إحداث الأثر القانوني المتمثل في الطلاق. فالطلاق بالتراضي أباحته الشريعة الإسلامية لقوله تعالى:" وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ ۚ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا "النساء 130[2]

3) **حق الزوجة في التطليق:** إذا كانت حكمت الشريعة، قد قضت أن يكون الطلاق بيد الزوج ، فقد اقتضت عدالتها أن تمنح الزوجة حق المطالبة بالتفريق بينها وبين زوجها ،أو بما اصطلح على تسميته (التطليق) وبناء على هذه الصورة يمكن للزوجة أن تفك زوجتيها، وقد أخذ المشرع الجزائري بالتطليق وذلك من خلال نص المادة 53 من قانون الأسرة المعدل والمتمم لسنة 2005 بموجب الامر05_02 والذي جاء نصها كالتالي:" يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

1. عدم الانفاق بعد صدور الحكم بموجبه، ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78- 79- 80 من هذا القانون .
2. العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
3. الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.
4. الحكم بعقوبة شائعة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل مواصلة العشرة والحياة الزوجية.
5. الغيبة بعد مرور سنه بدون عذر ولا نفقة.
6. ارتكاب فاحشة مبينة.
7. مخالفة لأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه.

---

[1] شهرزاد بوسطلة، الطلاق بحكم القاضي وإشكالاته، قراءة في نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02 مجلة العلوم القانونية والسياسية، مجلد,13 العدد 01، جامعة بسكرة الجزائر، مخبر الحقوق والحريات بالأنظمة المقارنة أفريل 2022، صفحة 30 .

[2] ذبيح هشام ،أحكام الطلاق والتطليق وأثر قانون الأسرة فيها على حماية الأبناء، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة ، 2017 ،صفحة 227.

8. الشقاق المستمر بين الزوجين.
9. مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.
10. كل ضرر معتبر شرعا.[1]

4)حق الزوجة في الخلع: الخلع هو افتداء المرأة من زوجها الكارهة له بمال تدفعه إليه ليتخلى عنها، وعرفه المالكي: بأنه طلاق المرأة بعوض تبذ له هي او غيرها برضاها، فيلزم."[2]

اعتبر المشرع الجزائري الخلع على أنه طلاق على أساس أنه أورده تحت باب انحلال الزواج في الفصل الخاص بالطلاق. كما أنه لا يشترط لصحة الخلع رضا الزوج ،وإنما يكفي عرض الزوجة لمقابل الخلع، وفي هذا الصدد صدرت عدة قرارات عن المحكمة العليا تقتضي بذلك منها القرار المؤرخ في 2000/11/21 الذي جاء فيه: "أن قبول الزوج لمبدأ الخلع أو المبلغ الذي يطلبه غير مشروط قانونا وذلك منعا للابتزاز والاستغلال بين الزوجين". [3]

الفرع الثالث: حكم ومشروعية الطلاق

أولا : حكم الطلاق

لا يعني القول بمشروعية الطلاق أن العمل به واجب أو مباح على الدوام، كما لا ينصرف النهي عن طلاق إلى تحريم المطلق، وانما يعتري الطلاق على الاحكام الشرعية التكليفية الخمسة المتداولة بين الفقهاء والأصوليين، من وجوب وتحريم وكراهة وندب وإباحة.[4]

---

[1] قانون الأسرة المادة 53.

[2] بن عيسى أحمد، بن فردية محمد، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية من خلال قانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات والبحوث القانونية المجلد 08 / العدد 1،مخبر السياحة، الإقليم والمؤسسات، جامعة غرداية،2023،صفحة 386.

[3] نفس المرجع ،صفحة371،370.

[4] الريحاني، مصطفى (ت 1243 ه) :مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى ، 6 أجزاء دمشق، المكتب الاسلامي 1961 م ،320/5 .وانظر: البهوتي ،منصور بن يونس بن ادريس (ت1051ه) :الروض المربع شرح زاد المستنقع، ثلاث أجزاء،ط3،لرياض :مكتبة الرياض الحديثة، 1990 ه ،انظر السريتي :أحكام الطلاق وحقوق الاولاد في شريعة الإسلامية، 11 وانظر عطر نور الدين :أبغض الحلال ، بيروت مؤسسة الرسالة 1948 م 43.

1) أن يكون واجبا:

(أ) المولى الذي حلف ألا يطأ زوجته مده ثلاث أشهر وأبى الفيئة، ووجب عليه أن يطلق زوجته.[1]

(ب) إذا كان بقاء الزوجة في عصمة الرجل يوقعه في محرم كجلب مال الحرام للإنفاق عليها.[2]

(ج)طلاق الحكمين في الشقاق إذا رأيا في ذلك مصلحة لهما، وذلك بانهما بذلا كافة وسائل الصلح وطرقه لكنهما فشل في إيقاع الصلح بين الزوجين، وهنا وجب إيقاع الطلاق[3]. عملا بالقاعدة الشرعية "الضرر يزال"[4].

2) ان يكون مندوبا:

(أ) إذا كانت الزوجة سيئة الخلق تؤذي زوجها أو غيره بالقول أو الفعل[5].

(ب) كما يندب إذا كانت لا تؤدي حقوق الله من الصلاة والصوم، ونحو ذلك أو تقف مواقف التهم، لا تتعظ لوعظه لها[6].

3) **أن يكون الطلاق مكروها:** إذا كان من غير حاجة داعية إليه حيث لا يكره منها خلقا ولا خلقا، ولا حاجة عنده لفراقها، بإزالة النكاح المشتمل على المصالح المندوب إليها.[7]

---

[1] السيد عبد الصمد محمد، ‘مرجع سابق، صفحة 30.

[2] الدسوقي، محمد عرفة (ت 1230 ه): حاشيه الدسوقي على الشرح الكبير، 4 أجزاء تحقيق: محمد عليش ، دار الفكر،بيروت، دون تاريخ361/02.

[3] السيد عبد الصمد محمد، مرجع سابق، صفحة 31.

[4] الزرقاء أحمد بن الشيخ محمد (ت 1357 ه) شرح القواعد الفقهية الصحيحة وعلق عليه مصطفى أحمد الزرقاء 52 ، دار القلم،دمشق 1490ه 179.

[5] السرطاوي، محمود علي: شرح قانون الأحوال الشخصية الأردنية. منشورات الجامعة الأردنية ،عمان،1415ه، صفحة 36.

[6] الريحباني، مطالب أولى النهى، 233/5.

[7] ابن ذوبان، ابراهيم بن محمد بن سالم، (ت1353ه) منار السبيل في شرح الدليل، جزءان تحقيق عصام القلعجي، ط 2، دار المعارف ،الرياض.140ه 32/2.

4) **أن يكون الطلاق حراما:** إذا كان بدعيا وذلك أن يطلقها ثلاثا بلفظ واحد، أو مفرقات في طهر واحد أو يطلقها في حيض أو نفاس، وفيما عدا هذه الاحوال الثلاث، يكون طلاق سنيا فلا يحرم.[1]

5) **أن يكون طلاق مباحا:** وهذا عند الحاجة إليه، كانعدام الألفة والتفاهم بينهما، واعتبر البعض الطلاق لسوء خلق الزوجة، وسوء عشرتها، والتضرر منها، من الطلاق المباح،[2] يشترط أن يكون في ظهر لم يمسها فيه، طلقة واحدة ثم لا يتبعها طلاق اخر حتى تنقضي العدة.[3]

ثانيا: مشروعية الطلاق

1- أدلة مشروعية الطلاق: وردت أدلة عديدة على مشروعية الطلاق في الإسلام، وفيما يلي عرض لأهم تلك الأدلة من الكتاب والسنة والإجماع.

أ- من الكتاب: هناك العديد من الآيات التي تدل دلالة قطعية على مشروعية الطلاق منها: قوله تعالى:" وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ "البقرة 227.[4]

وقوله أيضا:" الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ" البقرة 229.[5]

وقوله سبحانه:" وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ" البقرة 241.[6]

فنجد من خلال هذه الآيات والعديد من الآيات الأخرى كذلك التي تدل على مشروعية الطلاق للمسلمين ولا ننسى أنه يوجد في القران الكريم سورة كاملة باسم "الطلاق" والتي تبين مشروعيته وأحكامه وضوابطه.

ب- من السنة المطهرة: تتعدد الأحاديث الواردة على مشروعية الطلاق فمنها ما مواقع منه عليه الصلاة والسلام ومنها ما قضى فيه بين الناس وأهمها:

---

[1] الشرنباصي، أحكام الشريعة الإسلامية ،صفحة 230.

[2] فيض الله: الطلاق ومذاهبه في الشريعة والقانون، صفحة 2.

[3] فراش: الطلاق وآثاره المعنوية والمالية، صفحة 44.

[4] البقرة 227.

[5] البقرة 229.

[6] البقرة 241.

قوله صلى الله عليه وسلم:" ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق"[1]. وهذا عام في مشروعية الطلاق.

ما روته السيدة عائشة رضي الله عنها: أن ابنت الجون لما أدخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم ودنا منها قالت اعوذ بالله منك، فقال لها: لقد عدت بعظيم الحقي باهلك.[2]

ما روى عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم رجعها.[3]

فهذه الأحاديث وغيرها تدل دلاله صريحة على مشروعية الطلاق.

ج- الإجماع: انعقد إجماع فقهاء الأمة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم على وقوع الطلاق.[4]

2-الحكمة من مشروعية الطلاق:

الزواج رابطة بين الرجل والمرأة شرعه الله لمقاصد سامية وأغراض نبيلة أهمها تكوين الأسر والجماعات على وجه يكفل سعادتها ويحقق هنائها، فجعله الإسلام عقد حياة حتى يجعل التأقيت فيه مبطلا له وأحاط بكل الضمانات ليستقر فيأتي ثمراته الطيبة، وهولا يكون كذلك إلا

---

[1] الحاكم ،محمد بن عبد الله أبو عبد الله النيسابوري: المستدرك على الصحيحين ،4 أ.جزاء تحقيق :مصطفى عبد القادر عطا، دار العلمية،بيروت، 1411هجري ،كتاب الطلاق، 214/2 ، قال الحاكم عقبة حديث صحيح، الأستاذ ولم يخرجاه ومن حكم هذا الحديث أن يبدأ به في كتاب طلاق.

[2] ابن كثير، اسماعيل بن عمر بن كثير دمشقي أبو الفداء (ت1774ه) تفسير القرآن العظيم ،4 أجزاء. دار الفكر ،بيروت،1401ه 241/1. وانظر الطبري، محمد بن جري بن زيد بن خالد أبو جعفر (ت310 ه): جامع البيبان عن تأويل أي قرآن 30 جزء، دار الفكر،بيروت، 1405 ه 528/2.

[3] الحاكم: المستدرك. كتاب الطلاق. 215 قال الحاكم عقبه حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

[4] ساجدة عفيف "محمد رشيد عتيلي" الطلاق التعسفي وتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني ،وقدمت هذه الأطروحة اسكتمالا لمتطلبات درجة الماجستير في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس ،فلسطين، 2011، صفحة 12.

كذا تحقق التوافق بين الطرفين وسكن كل منهما إلى صاحبه وارتبط قلبهما برباط المواد وشاعت الثقة بينهما وعرف كل منهما ما للآخر من حقوق.[1]

لكن هذه الرابطة قد تعتد بها حالات لا تتوفر معها المحبة بين الزوجين ولا يستقيم فيها معنى التعاون على شؤون الحياة والقيام بما أمره الله، فتنقلب بسببها الحياة الزوجية رأسا على عقب، فقد يصل الشقاق والخلاف بين الزوجين إلى حد لا يستحيل عنده صلح معه الحياة الزوجية جحيما لا يطاق بعد أن كانت سكنا وراحة.[2]

فتشريع الطلاق في الإسلام جاء لضرورة حل ما يقوم بين الزوجين من تنافر ومشقة لا يمكن الاستمرار مع هذا الضيق الشديد فكان تشريع الطلاق حتى إذا تعذرت الحياة في هدوء وسير أمكن للزوج أن يستعمل الطلاق الذي جعله الله فرجا ومخرجا من الضيق فالله لم يجعل الزواج

قيدا في عنقه وضرا على ظهره بل جعل الله له مخرجا، حيث قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" ما زال جبريل يوصيني بالنساء حتى ظننت أنه سيحرم طلاقهن.".[3]

ولذلك شرع الله سبحانه وتعالى الطلاق علاجا اخيرا للقضاء على أسباب النزاع القائمة بين الزوجين، حيث لم يبقى شك في جدول الطلاق لحسم وإطفاء نار العداوة بين الزوجين، لذا كان الطلاق في هذه الحالة امر تحتمه الضرورة مع ما يترتب عليه من الأضرار التي تلحق بالأولاد وعملا بقاعدة:" يختار أهون الشريف". [4]

[1] تواتي نورة ،تعسف الزوج في الطلاق وأثره في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 7 ،العدد: 02، المركز الجامعي صالح أحمد النعامة (الجزائر) 2021، صفحة 328.

[2] أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام والطلاق وحقوق الأولاد ونفقة الأقارب، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1998 صفحة 18.

[3] أحمد نصر الجنيدي ،الطلاق والتطليق وأثارهما، دار الكتب القانونية ،المجلة الكبرى سبع بنات 24 شارع عدلي ،مصر، 2004، صفحة 21 22.

[4] جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، الطبعة الأولى سنة 2009،صفحة 13.

المطلب الثاني: مفهوم التعسف في الطلاق

تناولنا في هذا المطلب تعريف التعسف وهذا في الفرع الأول و التعسف في استعمال الحق في واقعة الطلاق وموقف المشرع الجزائري منه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف التعسف

أولا: لغة

التعسف مأخوذ من عسف فيعسف عسفا.[1] أي عدل عنه، وخاطبه على غيره هدى ،وكذلك تعسف تعسفا عن الطريق: أي عدله عنه بغير هدى او دراية وتكلف فيه.[2] وعسف المفازة، وقطعها كذلك ومنه قبل، رجل عسوف إذ لم يقصد قصد الحو.[3]

ثانيا: تعريفه اصطلاحا

عرف في الفقه ألفاظ استخدمها الفقهاء لها معنى التعسف مثل: التعدي

الذي يستعمل في معنيين أولهما: المجاوز الفعلية إلى حق الغير وملكه المعصوم، والثاني: العمل المحظور في ذاته شرعا بقطع النظر عن كونه متجاوزا على حدود الغير ام لا.[4]

إن نظرية التعسف مرتبطة أساسا بنظرية الحق وطبقته ومدى استعماله وفضل استعمال الحق براء بالتعسف عن ذلك الاستعمال على وجه غير مشروع بمعنى مجاوزه الحق حين مزاوله الانسان له.[5]

---

[1] جمال فخري جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، الطبعة 1، دار الحامد الأردن، 2009، صفحة 39.

[2] رسميه عبد الفاتح موسى الدوس، دعوى التعويض عند الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى ،دار قنديل، عمان، 2015، ،صفحة 33.

[3] أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكره ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد ،9 دار صادر، بيروت، صفحة 245.

[4] رسمية عبد الفاتح موسى الدوس، مرجع سابق، صفحة 34.

[5] بن زطية عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي. الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، 05 شارع محمد مسعودي، قبة القديمة الجزائرية، 1428 هجري، 2007 ميلادي، صفحة 46.

أما الفقهاء المعاصر فقد نظر بعضهم إلى التعسف، على أنه صورة من صور المجاوزة والتعدي في استعمال الحق، ونظر بعضهم الآخر إلى التعسف على أنه موضوع مستقل عن المجاوزة، له أركان وأسسه وتطبيقاته الخاصة به، ومن هنا فقد أطلق بعضهم على التعسف لفظ المضارة وأطلق آخرون لفظ إساءة وأطلق غيرهم لفظ المجاوزة أو التعدي.[1]

ثالثا: تعريف التعسف قانونا

اختلف علماء القانون في تعريفهم للتعسف بناء على اختلافهم في نظرتهم الى التعسف، حيث نظر بعضهم إلى التعسف على أنه صورة من صور الخطأ، والخروج عن الحق الذي ترتب عليه المسؤولية التقصيرية، بينما نظر البعض الآخر إلى التعسف على أنه موضوع مستقل عن المجاوزة للحق حيث اتجهت أنظارهم إلى غاية الحق.[2]

الفرع الثاني: التعسف في استعمال الحق في واقعة الطلاق وموقف المشرع الجزائري منه

أولا: تعريف الطلاق التعسفي

هو "مناقضة قصد الشرع في رفع قيد النكاح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص".[3] وطلاق التعسفي هو مصطلح حديث التسمية قيد المعنى يطلق على كل طالق استبد به الزوج وتتأذى المرأة من وراءه. ولما كان الطلاق عقل الزوج يملك إيقاعه بإرادته المفردة، فإنه يعد متعسفا في ذلك إذا جاوز حدود الحق بأن يوقعه مناقضة لقصد الشارع في رفعه قيد النكاح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص.[4]

ويمكن تعريفه كذلك بأنه: "إساءة استخدام الرجل حقه في إيقاع الطلاق الموكل إليه بالشرع".[5]

ثانيا: شروط التعسف في الطلاق

وتتمثل في شرطين هما:

---

[1] جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق صفحة 41 -42.

[2] نفس المرجع صفحة 45.

[3] نفس المرجع صفحة 123.

[4] ثبوت فاطمة الزهراء، المولودة رابحي، التعسف في استعمال الحق وتطبيقاته القانونية والقضائية، ديوان المطبوعات الجامعية 1،الساحة المركزية، بن عكنون (الجزائر) ،صفحة 95.

[5] رسمي عبد الفاتح موسى الدوس، مرجع سابق، صفحة 106.

1- أن يكون الطلاق مناقضا لحكمه مشروعيته: إن الزواج مبني أساسا على المودة والرحمة والالتزام لكن إذا اختل هذا الشرط يكون الطلاق هو الحل حسب ما شرعه الله سبحانه وتعالى، ولكن إذا كان الطلاق مناقضا لحكمة مشروعيته أو مؤذيا إلى مآل ممنوع فهذا يدخل في نطاق تعسف.[1] كأنه يطلقها لغير حاجة واعتدى عليها ومن دون مبرر شرعي وبالتالي قد يسيء استعمال حقه في الطلاق.[2]

2- ألا يكون الطلاق بناء على طلب الزوجة أو برضاها: العصمة الزوجية مملوكا لشرع الزوج له أن يطلق زوجته لأنه هو من أخذ بالساق، وفكره أحقيته بالطلاق بالإرادة المفردة تنطلق من واجباته شرعية اتجاهها، فهو الذي يملك أمر ايقاع الطلاق لكنه قد يستعمل حقه خارج النطاق المشروع به والأسباب المعقولة فرغم امتلاكه للحق إلا أنه قد يتعسف في استعمال حقه فالطلاق يعد تعسيفا إذا كان الزوج صاحب الأمر بالطلاق بإرادته المنفردة، وإذا كان أمر إيقاعه من الزوجة أو برضاها فلا يعتبر طلاقه تعسفي وتمحى المسؤولية عنه.

ثالثا: معاير التعسف في الطلاق وصوره

1) معايير التعسف في الطلاق:

هناك معايير ذاتية أو شخصية وهناك معايير موضوعية أو مادية:

أ_ المعايير الذاتية أو الشخصية:

- معايير قصد الإضرار: يمنع استعمال الحق إذا لم يكن لصاحبي قصد سوى الإضرار بالغير.[3] وذلك بأن يوقع الرجل الطلاق على زوجته قاصد الإضرار بها، كأن يطلقها بدافع الانتقام والكراهية أو يطلقها في مرض موته قاصدا حرمانها من الميراث، وقد يطلقها بدون سبب مشروع حيث لا توجد أية مصلحة أو منفعة يحققها من إيقاع الطلاق، كل ذلك يعتبر قرنية على قصد الإضرار بالزوجة، والضرر ممنوع لقوله صلى الله عليه وسلم:" لا ضرر ولا ضرار".[4]

---

[1] جميل فخري محمد جانم، متعه الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي ،دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان الطبعة الأولى، 2009 صفحة 200.

[2] أحمد محمد المومني، واسماعيل نواهضة، الأحوال الشخصية فقهه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع،الطبعة الأولى، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 2009 صفحة 19.

[3] رسمية عبد الفاتح موسى الدوس ،مرجع سابق، صفحة 55.

[4] جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، صفحة 196.

-معيار المصلحة المشروعة: إن الله شرع الطلاق وجعله بيد الرجل ليكون حلا نهائيا وحاسما لما يقع بين زوجين من شقاق والنزاع، وعدم إقامة حدود الله، مما يجعل استمرار الحياة الزوجية مستحيلة بينهما ويجعل من بقائها مفسدة كبرى، وضررا عظيما.[1]

وعليه فإنه لما شرع الطلاق، ووكل أمره إلى الرجل كان ذلك عند استحالة الحياة، وأما أن يستعمله دون سبب فقد يؤدي الى اختلال في نقص المصلحة للمؤمن بالحفاظ عليه، فأدى ذلك إلى انهدام أسرة بكاملها، مثال على ذلك أن يقوم الرجل بتطليق زوجته بعد فتره وجيزة من زواجهما دون سبب مما يؤدي إلى إثارة الشكوك حولها وبالتالي تصبح فرصة زواجها مرة أخرى ضئيلة.[2]

ب) المعايير الموضوعية أو المادية :

- معايير الموازنة بين النفع والضرر: توازن الشريعة بين المصلحة التي يتوخاها ذو الحق، والمفسدة التي تلتزم عنه فإذا رجحت كفة الضرر منع الفعل، لأنه أصبح غير مشروع ذلك أن الرجل حين يوقع طلاق قد تكون هناك أسباب ودوافع ألجأته لذلك، لكن بالنظر إلى هذه الأسباب والموازنة بين الضرر المترتب على الطلاق وبين الضرر المترتب على استمرار الحياة الزوجية، فيرجح الضرر الأول ويكون دفعه أولى، ويكون ضرر الطلاق أكبر.[3]

- معيار الضرر الفاحش: أن قيام الزوج بتطليق زوجته قد يضر بها ضررا فاحشا، خاصة إذا مضت فترة طويلة من عيشهما معا واعتمدت الزوجة عليه في النفقة وقد تقدم بها العمر وحدث الطلاق وهي في هذه الحالة التي تكون فيها بأمس الحاجة إلى من ينفق عليها ومن يخفف عنها ألام الوحدة والفراق ومشاق الحياة فإن الزوج بذلك يكون قد أضر بها ضررا فاحشا.[4]

ومثال على ذلك المعيار وهو ضرر فاحش أن يقوم الرجل بتطليق زوجته التي كان قد أقنعها بترك عملها، لأنه سيوفر لها العيش الكريم، فلم يمضي على زواجهما سنة إلا وطلقها، ويكون الطلاق أكثر فحشا خاصة إذا لم يكن لها معيل يعيلها بعد طلاقها، بعد أن فقدت وظيفتها وإن كان التعسف من قبل الرجل بدفع القوامة فليس للزوج أن يسيء فهم هذا المعنى، فيمنع زوجته من الخروج، إذا كان لها عذر مقبول كصلة الرحمة أو قضاء بعض الحاجات الضرورية.[5]

---

[1] نفس المرجع صفحة 197 .

[2] رسمية عبد الفاتح موسى الدوس، مرجع سابق ،صفحة 56- 57.

[3] رسميه عبد الفاتح موسى الدوس، مرجع سابق،صفحة 56.

[4] جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق, صفحة، 198.

[5] رسمية عبد الفاتح موسى الدوس، مرجع سابق ،صفحة 57- 58.

2)صور التعسف في الطلاق:

أ) الطلاق دون مبرر شرعي: لم يضع الفقهاء تعريفا اصطلاحيا للطلاق دون مبرر شرعي أو الطلاق دون سبب إلا أنه يمكن تعريفه بأنه:" مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح في الحال أول المآل، بتطليق الزوج زوجته لغير سبب مشروع، دون حاجة داعية إليه".[1]

ومن صور الطلاق بغير سبب مشروع: تطليق المرأة انتقاما منها لمطالبتها بحق لها، أو لعدم تعاونها معه على الإثم والعدوان، أو لعدم تسترها على انحرافاته السلوكية، أو بقصد ابتزازها وابتزاز أهلها لتحقيق أغراض شخصية أو مضارة لأهلها بسبب أو آخر وما أشبه ذلك.[2]

وقضت المحكمة العليا بخصوص سكوت الزوج المطلق عن ذكر الأسباب التي دفعت للطلاق بقرار لها صادر في 15 جوان 1999 والذي جاء فيه:" من المقرر قانونا أن يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ومن ثم فإن النهي على القرار المطعون فيه بالقصور في السبب ليس في محله، وهي تبين في قضية الحال أن الزوج يتحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعت إلى الطلاق، وذلك تجنبا للحرج أو تخطيا لقواعد الاثبات، خلافا للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم، وعليها فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بإرادة الزوج المفردة دون تبرير يطبقوا صحيح القانون".[3]

فسكوت المطلق عن ذكر الأسباب اعتبر كأصل متعسف في طلاقه، ويتحمل تعويض لأنه من غير المعقول وجود طلاق دون سبب معقول مع النظر والتدقيق والتحقيق فيه من جانب القضاء، هل هو سبب مبرر ومعقول لإنهاء الحياة الزوجية أم أنه لا يعقل ومع ذلك ذهب الزوج المطلق إلى إنهاء العلاقة الزوجية وعليه فكل طلاق واقع لسبب ما، وكان هذا سبب غير معقول لإنهاء الرابطة الزوجية قد كان طلاقا تعسفيا.[4]

---

[1] محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05 ،الطبعة الأولى، دار الوعي، الجزائر، 2012، صفحة 103.

[2] جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، صفحة 230.

[3] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 223019 ،بتاريخ: 15 جوان 1999 ،اجتهاد قضائي 1999 ،عدد خاص ،صفحة 103.

[4] مسعودة بودية، الطلاق التعسفي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر تخصص: أحوال شخصية جامعة محمد بوضياف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق المسيلة 2015- 2016 ،صفحة 51، 52.

ب) طلاق المريض مرض الموت: لقد عرفت المادة 1595 من مجلة الأحكام العدلية مرض الموت بقولها:" المرض الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه" وعليه فإن الرجل إذا ما طلق زوجته في مرض الموت اعتبر هذا فرارا من ميراث زوجته، وبالتالي فهو طلاق تعسفي، مما يستدعي أن يرد عليه قصده: وذلك بتوريثها وهذا استنادا إلى المادة 408 من القانون المدني الجزائري واستنادا أيضا إلى آراء كثير من الفقهاء منهم مالك وأبو حنيفة وأحمد والجعفرية واستنادا أيضا الى الاجتهاد القضاء الجزائري.

ويبدو بالنظر إلى اجتهاد القضائي الجزائري أن هذا النوع من الطلاق يقع ويرتب كل آثاره ماعدا الميراث، فإنه يبقى حقا للزوجة، وكأنه بمثابة تعويض، لأن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على التعويض في مثل هذه الصورة وهذا ما جاء في ملف القضية رقم 179696 بتاريخ 17 مارس 1998م :"إن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ما عدا إذا كان القصد بين الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث."[1]

ووجه اعتبار هذه الصورة من الطلاق التعسفي إذا كان الزوج يقصد إلى إلحاق الأذى بالزوجة، أما إذا "قام الدليل على أنه لم يرد من طلاقه حرمانها من الارث لم يكن فرا ومن أمارات عدم الفرار في طلاقه أن يكون الطلاق برضاها أو أن تخالعه على الطلاق".[2]

رابعا: موقف المشرع الجزائري من التعسف في الطلاق

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على صور أو حالات التعسف عند الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، غير أنه جسد مظاهره في المواد 124 و124 مكرر من القانون المدني الجزائري.[3]

حيث نجد أن المادة 124 من القانون المدني تنص على: "أن كل فعل أيا كان مرتكبه لشخص في خطأه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض". ومن المادة 124 مكرر القانون المدني نصت على صور التعسف بشكل عام فقط ،وبالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري يمكن أن نستنتج ضمنيا عن الحالات التي تعد من صور الطلاق التعسفي ،ومنها ما يعرف بنشوز أحد الزوجين ما دام أن المشرع الجزائري قد رتب عن هذا النشوز تعويضا للطرف المتضرر، فمعنى أن هذا النشوز يكيف ضمن حالات الطلاق التعسفي

[1] ولد سليمان سلطات القاضي في الطلاق التعسفي ،أستاذ محاضر بكلية الحقوق ،جامعة المدية، صفحة 66.

[2] نفس المرجع، صفحة 67.

[3] المواد 124 و 124 مكرر من القانون المدني.

وهذا ما نصت عليه المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري، وعليه يمكن استنتاج أن معيار الضرر جراء الطلاق التعسفي لا يمكن تحديده ،وهذا ما يبرر موقف المشرع الجزائري في المادة 52 المعدلة من قانون الأسرة التي ترى أنه في:" حالة تبين للقاضي التعسف الزوج في طلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".[1] فالمشرع الجزائري من خلال هذه المادة ترك المجال لقاضي في تكييفه للطلاق ما إذا كان تعسفا أو لا.

[1] المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري.

المبحث الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة

حيث قمنا بتقسيمه الى مطلبين فبالنسبة الى المطلب الأول تطرقنا الى موقف الفقه الإسلامي من التعويض عن الطلاق التعسفي أما بالنسبة الى المطلب الثاني تناولنا فيه موقف القوانين المقارنة من التعويض عن الطلاق التعسفي.

المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي من التعويض عن الطلاق التعسفي

حتى يتناسى لنا إعطاء مفهوم فيما يخص التعويض عن الطلاق التعسفي لابد أن نتطرق أولا الى الإحاطة بمفهوم الضرر الناشئ عن التعسف وهذا ما سنوضحه في هذا الفرع

الفرع الأول: مفهوم الضرر والمتعة

أولا: مفهوم الضرر

لغة: الضر بالضم اسم من الضر، وهو كل نقص يدخل الأعيان والضر بالفتح ضد النفع.[1]

وقال الأزهري: كلما كان سوء حال وفقر وشده وحزن في بدن فهو ضر بالضم، وما كان ضد النفع فهو يفتحها ومن اسماء الله الحسنى الضار النافع، وهو الذي ينفع من يشاء في خلقه ويضره حيث هو الخالق الاشياء كلها خيرها وشرها نفعها وضرها، الضر والضر لغتان: ضد النفع، والضر المصدر، والضر الاسم وقبل الضر: الهزال وسوء الحال والضرر ضد النفع.[2]

اصطلاحا: لم يعرف الفقهاء الضرر في الاصطلاح الشرعي وقد عرفه الدكتور محمد بوساق :"الضرر هو كل أذى يلحق الشخص سواء كان في مال مقوم محترم أو جسم معصوم أو عرض مصون".[3]

وعرفه عبد الكريم زيدان: هو كل ما يلحق الاذى او الالم ببدن الزوجة أو نفسها أو يعرضها للهلاك.[4]

---

[1] محمد بن يعقوب الفيروز الابادي مجد الدين، القاموس المحيط،الجزء الثاني، ياي الراء، فصل الضاد، صفحة 73.

[2] جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق صفحة 74.

[3] محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، الطبعة الرابعة ،دار الفكر، بيروت ،صفحة 91.

[4] عبد الكريم زيدان ،المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الجزء الثامن ،الطبعة الأولى ، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1413 هجري 1993 ميلادي، صفحة 437.

الضرر المقابل للنفع هو ما ذهب إليه ابن العربي وهو الألم الذي لا ينفع يوازيه أو يجرى عليه وهو نقيض النفع.

ثانيا: مفهوم المتعة

1)تعريف المتعة :

يرى الكثير من الباحثين المعاصرين أن التعويض عن الطلاق التعسفي مصدره المتعة التي شرعت كأثر الطلاق لذلك سنتطرق إلى تعريف المتعة لغة واصطلاحا.

أ)لغة: المتعة اسم مشتق من المتاع، وهو المنفعة والسلعة وجميع ما ينتفع ويستمتع به[1]، ومتعة المطلقة بالشيء لأنها تندفع به ويقال:" أمتعت بمالي بمعنى تمتعت وفي لسان العرب المتاع في ا)في اللغة: كل ما ينتفع به من طعام وأثاث البيت وأصل المتاع ما يبتلع به من الزاد واسم من المتعة إذا أعطيته ذو الجمع أمتعته، وقد ذكر صاحب اللسان أيضا أن المتاع والمتعة والاستمتاع والتمتع كلها راجعة إلى أصل واحد وهو المنفعة حق ولو اختلف معانيها.[2]

ويقال متع الرجل مطلقته وأمتعها أي: أعطاها المتعة بعد الطلاق وقبل هي ما يعطيه الزوج لمطلقته ليجبر بذلك الألم الذي حصل لها بسبب الفراق.[3]

ب)اصطلاحا: هو مال يعطيه الزوج لمطلقته زيادة على الصداق لتطيب نفسها وتعويضا لها عن الألم الذي لحقها بسبب الفراق بينهما، أو هي تعويض لما فات على المطلقة من الطمأنينة على نظام حياتها في كتف الزوج.[4]

ولقد عرفت المالكية بقولهم بأن المتعة: "ما يعطيه الزوج للمطلقة تخفيفا للألم الذي حصل لها من طلاقه إياها، ويعطيه المطلق على قدر حاله حسب يسره وعسره".[5]

---

[1] محمد بن يعقوب الفيروز الابادي، قاموس المحيط وقاموس الوسيط فيما ذهب من لغة العرب، ط6، هو مؤسسته الرسالة للطباعة والنشر، بيروت د س ن، صفحة 985.

[2] ابن منظور جمال الدين، لسان العرب، م 4، دار بيروت ،د ت ن ،صفحة 482- 483.

[3] مجيد علي العبيد، الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية، عدد 3، بغداد، 2009 صفحة 28.

[4] نفس المرجع.

[5] جميل فخري محمد جانم ،التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، الطبعة الأولى دار الحامد للنشر والتوزيع، 2009 ،صفحة 297.

وعرفها الشافعية المتعة بأنها: "مال يجب على زوج دفعه لامرأته المفارقة في الحياة بطلاق وما في معناه بشروط".[1]

أما الحنيفة والحنابلة فلم أقف لهم على تعريف لمتعة المطلقة مع أنهم أفردوا لها بابا خاصا في الفقه.

2)حكم المتعة ومشروعيتها:

ا) حكم المتعة في الفقه الإسلامي:

إن الله عز وجل اشترط في عقد الزواج أن يكون على نية التأبيد لا التأقيت، وداعا كلا من زوجين للمحافظة على هذا الميثاق الغليظ وحرص على بقاء الحياة الزوجية بينهما مدام على قيد الحياة، لذلك شرع الله المتعة، لتكون ردعا وزاجرا لمن لا يرتدع بالإيمان والتقوى والخوف من عقاب الله لذلك فإن المتعة تعتبر تدبيرا شرعيا للحد من الطلاق، خاصة إذا أضيفت إلى التبعات المالية الأخرى من مهر ونفقه فإنها تكون أدعى إلى تفكير وبالتالي عدم إيقاع الطلاق.[2]

- إن المتعة تعويض للمرأة عما لحقها من ضرر مادي كترك الوظيفة أو معنوي كفقدانها للطمأنينة على نظام حياتها وفي ذلك يقول أحمد الغندور:" لما كان طلاق الزوج زوجته مضرا بها...ترى الشريعة الإسلامية رتبت على الطلاق أثرا يرمي إلى تخفيف هذا الضرر عن المطلقة، وذلك تعويض الذي تفرضه على الزوج لمطلقته، ويسمى بالمتعة ".[3]

- وذهب الشافعي إلى أن المتعة واجب لكل مطلقه إلا التي طلقت قبل الدخول وقد سمي لها المهر[4] ودليلهم قوله تعالى:" وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ: سورة البقرة [5]

- أما المطلقة قبل الدخول وقد سمي لها المهر فلا متعة لها لقوله تعالى:" إِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ"[6]

---

[1] مرجع سابق صفحة 297 .

[2] جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، صفحة 305.

[3] جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، صفحة 306

[4] نجلاء بنت حمد بن علي مبارك، متعة المطلقة، مجله العدل، عدد02، كلية الآداب لجامعة الامير بنت عبد الرحمن للبنات، الرياض 2011، صفحة 160.

[5] سوره البقرة الآية 241.

[6] سورة البقرة الآية 237.

والقول الثاني إن المتعة واجبة لكل مطلقة سواء في ذلك الدخول بها أو غير الدخول بها سمي لها المهر أم لا وبه قال الزهري وابن حازم على أصل مذهبه في استعمال المطلق في إطلاقه والمقيد في موضوعه فالمقيد داخل في المطلق عنده ولا يؤثر عليه.[1]

القول الثالث وهو ما ذهب إليه المالكية في أن المتعة مستحبة غير واجبة في جميع الأحوال لأن الله خص المحسنين على سبيل الإحسان والتفضيل والإحسان ليس واجب، ولو كانت واجبة لم تختص بالمحسنين دون غيرهم وقال ابن جزي المالكي:" متعة المطلقات وهي الإحسان إليهم حين الطلاق بما يقدر عليه المطلق بحسب ماله من القلة والكثرة وهي مستحبة."[2]

ب) أدلة مشروعية المتعة

1-من القران الكريم:

قوله تعالى:" لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ".[3]

ووجه الدلالة من الآية أنها نظمت الأمر في قوله " وَمَتِّعُوهُنَّ " وان الامر عند الاصوليين يحمل على الوجوب ما لم تقم دلاله تصرفه في الندب.[4].

2-من السنة النبوية:

عن عائشة رضي الله عنها أن عمرة بنت الجود تعوذت من رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أدخلت عليه فقال:" لقد عدت بمعاذ" فطلقها، وأمر أسامة وأنشأ بثلاثة أبواب رازقيه.[5]

الفرع الثاني: حكم التعويض عن الطلاق التعسفي لدى فقهاء الشريعة الإسلامية

1) مشروعية التعويض في الفقه الإسلامي:

التعويض عن الضرر أمر مقدر شرعا وعقلا وقانونا وعرضا وجبرا للضرر ورعاية الحقوق، وتوفير الاستقرار وتحقيق العدل. ولقد اختلف الفقهاء في حكم التعويض عن طلاق التعسفي على مذهبين وهذا بناء على الخلاف السابق بينهم وهو أن الأصل في الطلاق الإباحة،

[1] نجلاء بنت محمد بن علي مبارك، مرجع سابق، صفحة 163.

[2] محمد السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية،الطبعة3 ،دار الفكر، عمان، 2010 ،صفحة 181.

3 سوره البقرة الآية 236.

[4] جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، صفحة 198.

5 سنن ابن ماجة: ابن ماجة حديث 2037-657/1.

ومن ثم لا يعد الزواج متعسفا، أم أن الأصل في الطلاق المنع، فإن المطلق لغير سببا متعسفا وبذلك انقسم الفقهاء إلى رأيين.[1]

ا) الرأي الأول: القائلون بعدم جواز التعويض عن طلاق التعسفي:

ذهب أصحاب هذا القول إلى عدم استحقاق المطلقة التعويض عن الطلاق التعسفي، وهو قول مجموعة من العلماء المعاصرين: أحمد الخمليشي بدران أبو العينين، محمد أبو زهراة ، زكي الدين شعبان، سامي صالح، محمود السرطاوي، نور الدين عتر،[2] واستدلوا في رأيهم على ما يلي:

لا يوجد في القرآن أو في السنة دليل يقضي بتعويض الطلاق، بخلاف حقوق المطلقة الأخرى وأن الأصل في الطلاق الحظر ولا يباح إلا لحاجته ولكن هذه الحاجة قد تكون نفسية كعدم ميل الزوج لزوجته، وقد يكون مما يجب ستره بحيث لو عرض على القضاء لكان في ذلك تشهير بكرامة الزوجين مما يتضاءل بجانبه أي اعتبار مادي.[3]

يقول ابن زهرة في منع التعويض:" وقد أخطأ من حكم التعويض لأجل الطلاق، ولو كان ثمة شرط يوجب التعويض، إذ يكون شرطا فاسدا فيلغى".

وأن الطلاق حق مباح للزوج في الشريعة الإسلامية، لا يتقيد في استعماله بوجوب الحاجة التي تدعو إليه، فمن طلق زوجته دون سبب ظاهر ، فهو مستعمل حقه الشرعي، ولم تكن منه إساءة تستوجب مسؤولية عن الضرر الذي يلحق الزوجة بسبب الطلاق.[4] وأن الزوجة حين زواجها كانت تعلم النتائج التي قد تترتب على عقد الزواج وأن لزوجها الحق في إيقاع الطلاق متى يشاء فلا يجوز لها أن تتطلق وتطالب بالتعويض، وإن ما يترتب على الطلاق من التبعات المالية كدفع مؤخر الصداق، ونفقه العدة، والمتعة لمن تجب لها من المطلقات، يعدلها تعويضا للزوجة عن الذي لحقها بسبب الطلاق.[5]

ب)الرأي الثاني: القائلون بجواز التعويض عن الطلاق التعسفي

---

1 جميل فخري جانم، المرجع سابق، صفحة 277.

2 جميل فخري، مرجع سابق، صفحة 278.

3 نفس المرجع صفحة 279.

4 محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بأمر 02-05،الطبعة الأولى، دار الوعي، الجزائر، 2012، صفحة 126.

5 جميل فخري جانم، مرجع سابق، صفحة 273.

ذهب أصحاب هذا القول إلى أن الزوج وإن طلق زوجته من غير مبرر شرعي معقول، وكان تصرفه تعسفا في استعمال حق مقيد منحه إياه الشارع الحكيم كانت المطلقة أحق بتعويض مالي محدد يقرره القاضي لها مقابل إيقاع الطلاق لأن في الطلاق ضيع لمستقبل الزوجة وتضررا لها.[1]

ومن الفقهاء الذين اقتدوا بهذا المبدأ: أحمد الغندور، اسماعيل الخطيب، توفيق أبو هشام، عبير القدومي محمد الزحيلي، واستدلوا في رأيهم على ما يلي:[2]

إن الطلاق وإن كان حقا للرجل إلا أن هذا الحق مقيد بأن تدعو الحاجة إليه وبأن لا يترتب على استعماله الإساءة إلى الغير أو الإضرار بهم، فإذا أساء الزوج هذا الحق، وجب عليه التعويض لمن تضرر من ذلك.[3] وأن صيانة الاسرة من الانحلال يقتضي الردع والزجر، فكان التعويض زجرا للمطلق بغير سبب، وأن التعسف إذا وقع وسبب ضررا يستوجب المسؤولية ،ويرتب جزءا دنيويا يوقع عن طريق القضاء بإزالة الضرر عينا إن أمكن أو عن طريق الضمان حسب الأحوال وقطع سبب الضرر منعا من استمراره في المستقبل.[4] ولقد شرع الطلاق للضرورة إلا أنه ليس له أن يتزوج بامرأة ثم يطلقها بغير سبب فإذا ترتب على هذا الطلاق ضرر مادي أو أدبي للزوجة، كان للزوجة في مطالبة مطلقها بتعويض كل ما أصابها من ضرر مادي أو أدبي.[5]

المطلب الثاني :موقف القوانين المقارنة من التعويض عن الطلاق التعسفي

الفرع الأول : حكم التعويض الطلاق التعسفي في قوانين الاحوال الشخصية العربية

أولا : قانون الأحوال الشخصية الأردني

ذكر قانون الأحوال الشخصية الأردني التعسف في الطلاق في أمرين:

الطلاق في مرض الموت،[6]والطلاق من غير سبب، فذكر فقد ذكر قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة 134 أنه:" إذا طلق الزوج زوجته تعسفا، كأن طلقها لغير سبب معقول، وطلبت من القاضي التعويض حكما لها على مطلقها بتعويض لا يقل عن نفقة سنة، ولا يزيد

[1] رسمية عبد الفاتح الدوس، مرجع سابق، صفحة 147،.

[2] نفس المرجع، صفحة 147.

[3] جميل فخري جانم، صفحة 273.

[4] محفوظ بن صغير، مرجع سابق، صفحة 127.

[5] محفوظ بن صغير، مرجع سابق، صفحة 128.

[6] رسمية عبد الفاتح موسى الدوس، مرجع سابق، صفحة 107.

عن نفقة ثلاث سنوات ويراعي في فرضها حال الزوج عسرا ويسرا، ويدفع جملة إذا كان الزوج موسرا أو أقساطا إذا كان الزوج معسرا، ولا يؤثر على ذلك على حقوقها الزوجية الأخرى."[1]

ثانيا :القانون السوري

نص القانون السوري في المادة 127 معدل على مايلي:" إذا طلق الزوج زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب، وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وشقاء، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حاله، ودرجة تعسفه، بتعويض لا يتجاوز مبلغا نفقة ثلاث سنوات، لأمثالها فوق نفقه العدة وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهريا بحسب مقتضى الحال.[2]

ثالثا : القانون المصري

اختلفت آراء العلماء في القضاء المصري في تعويض المطلقة، أي التي طلقها زوجها ودون سبب معقول وتبعته أحكام المحاكم، فذهب الرأي إلى تعويض المطلقة إذا أساء استعمال حقه في الطلاق، بأن طلق زوجته بغير مسوغ، بينما ذهب رأي آخر إلى عدم مسؤولية الزوج عند استعمال حقه في الطلاق.[3]

رابعا : مشروع القانون العربي الموحد

لقد أخذ مشروع القانون العربي الموحد بالتعويض عن الطلاق التعسفي، حيث جاء في المادة97 فقرة بما يلي: " للمطلقة حق طلب التعويض إذا تعسف المطلق في استعمال حقه في طلاق، ويقدر القاضي بما لا يزيد عن نفقه ثلاث سنين".

الفرع الثاني: في قوانين الأحوال الشخصية المغاربية

أولا :القانون التونسي

نص المشروع التونسي في الفقرتين 2و3 من الفصل 31 من مجلة الأحوال الشخصية على أنه يحكم بالطلاق:

2) بناء على طلب أحد الزوجين بسبب ما حصل من ضرر.

[1] نفس المرجع ،صفحة 110.

[2] رسمية عبد الفاتح موسى الدوس، نفس المرجع ،صفحة 125.

[3] نفس المرجع ،صفحة 218.

3) بناء على رغبة الزوج في إنشاء الطلاق أو مطالبة الزوجة به.[1] بمقتضى هذا النص يتحقق التعسف في صورتين:

الأولى: الحالة التي يحكم فيها بالطلاق بناء على طلب الزوجة، وفي حال نجاحها وتمكنها من إثبات الضرر التي تدعيه الواقع عليها من زوجها.

الثانية: الحالة التي يحكم فيها القضاء بطلاق بناء على إرادة الزوج، ويعامل الزوج باعتباره متعسفا تلقائيا، إذا لو لم يكن الأمر كذلك لرفع دعوى الطلاق للضرر.

ثانيا :القانون المغربي

تستند المشرع المغربي في تقرير مبدا التعويض عن انطلاقه التعسفي على المتعة المقررة شرعا للمطلقة حيث جاء في المادة 84 من مدونه الأسرة المغربية النص على ان المتعة من المستحقات الثابتة للمطلقة حيث نصت على انه تشمل مستحقات الزوجة الصداق المؤخر ان وجد ونفقه العدة او المتعة كما نص على ان التقدير المبلغ التعويض تعتمد فيه المحكمة على عناصر الواردة في المادة 84 من مدونة الاسرة وهي فتره الزواج والوضعية المالية للزوج وكذا اسباب الطلاق ومدى تعزف الزوج في توقيع الطلاق .

وان كل عنصر من هذه العناصر كان لم يتحقق ولم دليل او قرينه على وجوده يستبعد من الدائرة الاعتبار في تقدير المبلغ التعويض عن الطلاق التعسفي.[2]

[1] مجلة الأحوال الشخصية الصادرة بموجب الأمر المؤرخ في 13 أوت 1956 ،يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية منشور بالرائد الرسمي التونسي عدد 66 الصادر في 17 أوت 1956 ،هكذا أصبح الفصل 31 بعد تنقيحه الأخير الواقع بمقتضى القانون عدد 7 لسنة 1981 المؤرخ في 18 فيفري 1981.

[2] كشمور محمد ،شرح مدونه الاسرة جيم اثنين طاء واحد ،مطبعة النجاح الجديدة ،الدار البيضاء المغرب ، 1427 هجري 2006 ،صفحة 62.

ملخص الفصل الاول :

في نهاية هذا الفصل يجذر التذكير بأن الطلاق حق أصلي للزوج الذي يكون بإرادته المنفردة ، لأن العصمة بيده كما هو مقرر شرعا وقانونا حسب ما تنص عليه أحكام المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري، كما قد يكون الطلاق بإتفاق الطرفين أي بالتراضي أو بطلب من الزوجة عن طريق التطليق للأسباب المذكورة ضمن أحكام المادة 53 من نفس القانون أو عن طريق الخلع. إلا أنه في بعض الأحيان يسيء الزوج إستعمال هذا الحق من خلال طلاقه الذي يكون دون سبب أو عذر شرعي مما يلحق بالزوجة ضررا وهذا ما يسمى بالطلاق التعسفي الذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 52من قانون الأسرة وكذلك تبنته بعض التشريعات العربية من بينها المشرع المصري والاردني والسوري .

ويقصد بالتعسف هو التعدي و إستعمال الحق على وجه غير مشروع ،ونجد نظرية التعسف في إستعمال الحق ضمن أحكام القانون المدني حسب ما تناولته المادة 124 مكرر منه ، والتي أخذ بها القضاء الجزائري وإذا ثبت للقاضي تعسف الزوج من خلال طلاقه حكم للزوجة بالتعويض جبرا للضرر اللاحق بها وفقا للقاعدة الفقهية" لا ضرر ولا ضرار" .وهذا ما تناولناه في الفصل الثاني .

الفصل الثاني:

مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي

الفصل الثاني: مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي

يعد مبدأ التعويض بصفة عامة من المبادئ المعروفة منذ القدم، ومع مجيء الإسلام هذبت شريعته النظام التعويضي الذي كان سائدا في النظم الوضعية القديمة، والتعويض يعد بمثابة جبر لأي ضرر سواء كان ماديا أو معنويا للطرف المتضرر.

والنظام التعويضي له مجالات واسعة لا يمكن حصرها حيث يختلف مفهومه حسب طبيعة الموضوع المراد الدراسة فيه، ومحل دراستنا هو التعويض عن الطلاق التعسفي الذي يكون في حال ما اذا كان المطلق متعسفا في طلاقه فقد يكون استعمل هذا الحق دون حاجة له ودون سبب ،سينتج عنه واقعة قانونية جديدة يترتب عليها الأثر القانوني ، إذ يعتبر بتصرفه هذا قد خرج عن الحدود الشرعية لإستعمال الحق ، لذلك نجد أن المشرع في قانون الأسرة قرر بموجب المادة 52 الى إعطاء القاضي حق الإستجابة للزوج المصر على طلب الطلاق وتحديد مدى التعسف في استعمال حقه فيه، إعمالا بمبدأ القاعدة الفقهية: "لا ضرر ولا ضرار".

وعليه قمنا بتقسيم هذا الفصل الى مبحثين حيث تناولنا في **المبحث الأول (مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي)** أما **المبحث الثاني** بعنوان **(سلطة القاضي في تقدير التعويض المناسب وإجراءات التقاضي في دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي).**

المبحث الأول: مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي

سنتطرق في هذا المبحث الى تعريف التعويض عن الطلاق التعسفي **كمطلب أول** وطبيعة وشروط التعويض عن الطلاق التعسفي **كمطلب ثان.**

المطلب الأول: تعريف التعويض عن الطلاق التعسفي

حيث تناولنا في الفرع الأول التعريف اللغوي والاصطلاحي وفي الفرع الثاني مشروعية التعويض والحكمة منه أما فيما يتعلق بالفرع الثالث فكان بعنوان علاقة التعويض بالمتعة.

الفرع الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي

أولا: لغة

التعويض من العوض، وهو البدل والمقابل، وجمعها أعواض.[1] وعوضت فلانا إذا أعطيته بدل ما ذهب منه، وبهذا يظهر أن العوض في اللغة يستعمل بمعنى البدل والخلف، واما التعويض فهو استقبالهما او ما يعطى لطالبه منهما.[2]

ثانيا: اصطلاحا

ان فقهاء الشريعة الإسلامية والفقهاء المتقدمين لم يستعملوا اصطلاح التعويض عند الحديث عن جبر الضرر، وإنما استعملوا اصطلاح الضمان أو التضمين، فالضمان عندهم يحمل في طياته ما يقصد به من اصطلاح التعويض عند فقهاء القانون المدني.[3]

وكان الفقهاء ينظرون إلى الضمان على أنه أعم من التعويض، لأن الضمان مطلق الالتزام بالتعويض سواءا حدث الضرر فعلا أم كان متوقعا. أما التعويض فلا يجب الا اذا حدث الضرر فعلا.[4]

ولكن ما يهمنا الآن مسألة التعويض المالي عن الضرر اللاحق بالمطلقة جراء طلاقها التعسفي من قبل المطلق.

---

[1] -رسميه عبد الفتاح موسى الدوس، مرجع سابق، ص95.

[2]- بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، الطبعة 1428هـ - 2007م ، الجزائرص32.

[3]- محفوظ بن صغير ،قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05، الطبعة الأولى ،دار الوعي ، الجزائر ،2012، ص126.

[4]- رسمية عبد الفتاح موسى الدوس ،مرجع سابق ،ص96.

وبذلك يعرف التعويض بأنه :"عقوبة مالية ،تجب على الطرف الذي أوقع الضرر بالطرف المتضرر لما أصابه من ضرر نتيجة استعمال الطرف الأول...بوجه غير مشروع.[1]

أو هو المال الذي يحكم به على من أوقع ضررا على غيره في نفس او مال.[2]

ثالثا: قانونا

لم يهتم فقهاء القانون كثيرا بوضع تعريف دقيق للتعويض وهذا نتيجة لوضوح فكرته وعناصره في التشريعات الوضعية والمدنية ، كما يظهر من القانون المدني الجزائري الذي جاء في المادة (132) منه:" يعين القاضي طريقة التعويض ، تبعا للظروف

وبناء الى طلب المضرور، ان يأمر بإعادة الحالة الى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات[3] تتصل بالفعل غير المشروع. كما نص في المادة 124[4] واعتبره جزء من الفعل الضار فذكر:" أن كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض". يتضح من المادة أن التعويض في القانون هو ما يدفعه المتسبب في الضرر للطرف المتضرر سبب خطئه جبرا للضرر. [5]

الفرع الثاني: مشروعية التعويض والحكمة منه

أولا: مشروعية التعويض

1/ من القرآن الكريم:

قوله تعالى:" فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم". سورة البقرة الآية(149)[6]

و قول تعالى: "يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وانتُم حُرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم .المائدة الآية (95) .[7]

---

[1] -جميل فخري محمد جانم ، المرجع السابق ، 208.

[2] -محفوظ بن الصغير ، المرجع السابق ،ص128.

[3] -المادة 132 من القانون المدني الجزائري.

[4] -المادة 124 من القانون المدني الجزائري.

[5]-حياة خطاب، الطلاق التعسفي وآثاره في التشريع الجزائري(مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأحوال الشخصية) كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر ،بسكرة ،2014- 2015 ص35 .

[6]-سورة البقرة الآية 149.

[7] -سورة المائدة الآية 95.

كذلك قوله تعالى: وداوود وسليمان إذ يحكمان في الحرب إذ نفشت فيم غنم القوم وكنا لحكمِهِمْ شاهدين ففهمناها سليمان وكلا اتينا حكما وعلما سورة الانبياء الآيات(78-78)[1]

فمصادر التشريع الإسلامي كلها تدل على مشروعية تعويض الأضرار، وتؤكد هذه الآيات الكريمة على هذا الشأن.

2/ من السنة النبوية:

عن أنس رضي الله عنه قال :"اهدت بعض ازواج النبي صل الله عليه وسلم اليه طعاما في قصعة، فضربت عائشة رضي الله عنها القصعة بيدها فألقت ما فيها فقال النبي صل الله عليه وسلم طعام بطعام وإناء بإناء".

وكما يظهر من هذا النص أن النبي صلى الله عليه وسلم قرر مسؤولية أم المؤمنين تلك على الطعام والاناء التالف بمثليهما ،وهذا دليل صريح على مشروعية التعويض عن الضرر.[2]

ويستدل على مشروعية التعويض من قاعدة :"لا ضرر ولا ضرار". كذلك استنبط الفقهاء المسلمين من الحديث قواعد كلية استعانوا بها على نفي الضرر ومشروعية التعويض ومن بينها "الضرر يزال" ،"الضرر لا يزال بمثله"[3]

ثانيا: الحكمة من مشروعية التعويض

إن من رحمة الله بعباده أن شرع لهم التعويض في مقابل ما افتقدوه، ولما كان القصاص في الأموال يشكل خطرا وهذا لمقصد حفظ المال حل محله الضمان . فاقتضت حكمة الله أن يزجر كل نوع من هذه الأنواع بزواجر قوية تردع الناس أن يفعلوا ذلك مرة أخرى.[4]

الفرع الثالث: علاقة التعويض بالمتعة

أولا: أوجه التشابه والاختلاف بين المتعة التعويض

1-ان كل من المتعة والتعويض يجب بعد الطلاق.

2-المتعة والتعويض جبر للضرر الواقع على المرآة لانكسار قلبها.

---

[1] -سورة الأنبياء الآية 78-79.

[2] -أخرجه البخاري في نفس المعنى في كتاب المظالم، باب إذا كسر قصعة أو شيئا لغيره، ج2 ،ص73، والترمذي في السنن، كتاب الأحكام، باب ما جاء فيمن يكسر له الشيء، ما يحكم له من مال الكاسر، وسمى الضاربة عائشة واللفظ له، ج 2 ،ص 406.

[3] - بن زيطة عبد الهادي، مرجع سابق ،ص 38-39.

[4] - نفس المرجع، ص 39.

3-المتعة والتعويض يقدرها القاضي اذا وقع الخلاف.

4-ان للمتعة عند جمهور الفقهاء حد أعلى وكذلك التعويض في القانون فيه حد أعلى كذلك.

5-جاءت المتعة بنص خاص ظاهر الدلالة مع وجوبها ،أما التعويض فهو جزاء التعسف في الطلاق .

6-المتعة لا يسمح فيها بان يثير المطلق أسباب الطلاق ودوافعه ،اما في التعويض فقد سمح له القانون ذلك حتى يدفع عن نفسه التعويض فان كانت أسباب معقولة كلف لإثباتها وان اثبتها فلا يحكم عليه بالتعويض.[1]

7 -عند تقدير المتعة فانه يراعى يسر المطلق غيره من العناصر، بينما في التعويض فانه لا يراعي في التقدير سوى جسامة الضرر دون النظر الى حال الجاني من يسر وعسر، وبهذا قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2003/06/26، حيث جاء فيه:" ان القضاء بالتعويض عن الطلاق سببه وجود ضرر منه، وتقديره يكون بحسب جسامة الضرر و ضآلته، و لا يتوقف القضاء به و تقديره على حالة المتسبب فيه يسرا أو عسرا.[2]

ثانيا :موقف الفقهاء في الجمع بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي

القول الأول: ذهب جمع من الفقهاء المعاصرين الى ان المتعة تغني عن التعويض المفروض لها في القانون ،بل انها الصورة الحقيقية للتعويض عن الضرر الواقع بالطلاق ،و هي تحقق المقصود من التعويض بصورة أشد وأقوى، وتحفظ للمرأة كرامتها التي قد تمس قبل الحكم بالتعويض.

القول الثاني : ذهب بعض الباحثين في الفقه الإسلامي الى ان المتعة لا تغني عن التعويض عن الطلاق التعسفي ، ومستندهم :ان التعويض يتعلق بالمسؤولية المدنية ،بينما المتعة حق أخر له معاييره الخاصة التي قد تستند اليها اجتهادات فقهية في اطار الكتاب والسنة.[3]

---

[1] -رسمية عبد الفتاح موسى الدوس ،مرجع سابق ،ص188.

[2] -صالح بن سعيد المعمري ،صالح بن علي الشعيبي ،متعة الطلاق والتعويض عن الطلاق التعسفي ،دراسة مقارنة بين الفقه والقانون ،مجلة العلوم القانونية والاجتماعية ،المجلد الثامن ،العدد الأول ،جامعة زيان عاشور ،الجلفة ،2023 ،ص20.

[3]- المرجع نفسه ،ص20.

ثالثا :الرابطة بين نفقة المتعة و التعويض عن الطلاق التعسفي

1-المتعة كأثر للطلاق قبل الدخول:

فالفقهاء قالوا انه اذا طلق الرجل زوجته قبل الدخول، ولم يفرض لها صداقا وجب عليه المتعة تعويضا لها عما فاتها وهو نوع من التسريح الجميل والتسريح بالإحسان مصداقا لقوله تعالى :"فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ".[1]

واجمع الفقهاء على ان التي لم يفرض لها يدخل بها لا شيء لها غير المتعة. فالمتعة توجب في حال الطلاق قبل الدخول او قبل فرض المهر، و بمفهوم المخالفة فان الدخول بالزوجة او تسمية المهر يحولان دون تسديد المتعة .[2]

و هذا ما أكدته المحكمة العليا في اخر قراراتها الصادر بتاريخ 2019/12/04 حيث انه من المقرر :"شرعا و قانونا ان المطلقة تستحق نصف الصداق قبل الدخول و لا يعتبر تعويض لاختلاف طبيعتهما ،فالتعويض يستحق لجبر الضرر."

حيث نجد ان قضاة المجلس بقضائهما اعتبروا ان نصف مبلغ الصداق هو تعويض أي انهم لم يميزوا بين مبلغ التعويض الذي يكون حق للمطلقة جبرا للضرر الذي قد يلحقها جراء تعسف زوجها و بين نصف الصداق الذي يعتبر حق لها عند الطلاق ،أي لا يمكن اعتباره تعويض و هو ما يخالف لأحكام المادة 17 من قانون الاسرة مما يستوجب نقص القرار جزئيا فيما يخص التعويض عند الطلاق قبل الدخول.

و عليه قبول الطعن بالنقض و ابطال جزئي للقرار المطعون فيه فيما يخص التعويض عن الطلاق قبل الدخول. [3]

2-المتعة كاثر للطلاق بعد الدخول:

اما على مستوى التشريع، فان قانون الاسرة في الجزائر لم يتطرق الى نفقة المتعة و لم يجعلها لا من اثار الطلاق قبل الدخول و لا من اثار الطلاق بعد الدخول.

و ذلك خلافا لبعض التشريعات ،و لعل أهمها مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية و الذي نص في مادته 96 ما يلي:

ا-تستحق المطلقة المدخل بها المتعة حسب سير المطلق و حال المطلقة.

---

[1]- سورة البقرة، الآية 229.

[2] -باديس ذيابي ،مرجع سابق ،22-23.

[3] -المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 1333125، قرار بتاريخ 04/12/2019، مجلة المحكمة العليا ، العدد 02، 2019، ص94.

ب-للمطلقة طلب التعويض اذا تعسف المطلق في استعمال حقه في الطلاق.

رابعا :موقف القضاء الجزائري من المسألة

لم يحسم القضاء في الجزائر هذه المسالة و اختلطت عليه الأمور و لم يتبنى موقفا واحدا ،و لعل اجتهاده تطبيقا للمادة 222 من قانون الاسرة الجزائري جعلت المسالة دون نسق واحد و اجتهاد موحد .[1]

ذلك ان القضاة في الواقع العملي التطبيقي نجدهم و في اغلب الأحيان يحكمون للمطلقة بمبلغ من المال و يلزمون الزوج بدفعه لها بسبب الطلاق التعسفي تحت تسميات مختلفة فمرة يصفون هذا المبلغ المحكوم به بالمتعة و مرة يصفونه بالتعويض ،و ذلك لما له من علاقة ارتباط او تفريق في نظرهم بين عبارتي المتعة و التعويض هذه الأخيرة التي شاع استعمالها في مجال التعويض عن الطلاق التعسفي.[2]

فنجد ان راي من القضاة اعتبروا ان متعة الطلاق و التعويض التعسفي عملة واحدة و معنى واحد مثال ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1986/01/27 و الذي جاء فيه [3]:"من المقرر شرعا و قضاءا ان المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج لها من طلاق غير مبرر و يسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه.

و لما كان من الثابت في قضية الحال ان القرار المطعون فيه قضى بأسناد الظلم للزوجين معا فلا سبيل لتعويض احدهما و منح المتعة للزوجة و متى كان كذلك استوجب النقض جزئيا فيما يخص المتعة."

و يتضح من هذا القرار ان القضاة اعتبروا المتعة تعويضا عن طلاق غير مبرر.

فبالرجوع الى قرار للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 2006/11/15 حيث انه :" من المقرر شرعا و قانونا انه يحق للزوجة في حالة الطلاق قبل الدخول بها ، الحصول على تعويض من جراء تفويت فرصة الزواج من الغير عليها و عليه فان قضاة الموضوع قد اساءوا تطبيق القانون و خاصة المادة 16 من قانون الاسرة باعتبارهم لم يفصلوا في تعسف الصداق الذي كان ينبغي الحكم بإرجاعه للطاعن باعتبار ان الطلاق وقع بينه و بين المطعون ضدها قبل

---

[1] -باديس ذيابي ،مرجع سابق ،ص23-24.

[2] -عبد الفتاح تقية ،الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي ،رسالة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، بن عكنون ،2007 ،ص77.

[3] -المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ،27/01/1986 ، ملف رقم 39731 ،م. ق ،1993 ،ع4 ،ص61.

الدخول ،مما يتعين نقض القرار جزئيا في هذا الشأن و لهذه الأسباب قررت المحكمة العليا بقبول الطعن شكلا و موضوعا ،و نقض وابطال القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص الصداق ".[1]

كذلك اذا تبين للقاضي ان جانبا من الأسباب الدافعة للطلاق يتحملها الزوج ،و جانب اخر تتحمله الزوجة فانه وفقا لها اخذت به محكمة البيض الابتدائية بالجزائر في حكمها الصادر في 2001/05/05، اذ قضت بفك الرابطة الزوجية بظلم منهما و بالنتيجة استبعاد طلبات الزوجة المتعلقة بالمتعة ،ففي هذه الحالة انعدم التعسف و يتبع ذلك رفض طلب التعويض.[2]

المطلب الثاني :طبيعة و شروط التعويض عن الطلاق التعسفي

يتضمن هذا المطلب طبيعة التعويض عن الطلاق التعسفي في الفرع الأول وفي الفرع الثاني شروط التعويض عن الطلاق التعسفي.

الفرع الأول: طبيعة التعويض عن الطلاق التعسفي

ان التعويض المقرر لصالح الزوجة بمناسبة إيقاع الطلاق لا يخضع للقواعد العامة المنوه عنها في المادة 124 من القانون المدني.

من هنا نقول ان الحق المخول للزوج في إيقاع الطلاق يختلف عن نظرية الحق في القانون المدني ،اذ انه من طبيعة خاصة و من مصدر اخر متمثل في العصمة الزوجية المستمدة أساسا من الشريعة الإسلامية وان تعويض الزوجة في حال الطلاق لا ينطلق من المادتين 41 و 124 من القانون المدني و انما مصدره مسؤولية الزوج في الطلاق كونه صاحب العصمة الزوجية .[3]

و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ2000/02/22 جاء فيه ما يلي (ان الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن ان يشمله التعويض عن الطلاق).

و جاء في تأكيده ان التعويض و النفقة المحكوم بهما هي ناتجة عن مدى تحمل الزوج مسؤولية الطلاق و تقدير نفقة الإهمال ،و هذه المبالغ لا تدخل في تعويض الاضرار الناتجة عن التعسف الذي يكون بنية الحاق الضرر بالغير، كما لا تدخل في التعويض الناتج عن

---

[1]-غرفة الأحوال الشخصية ،بتاريخ 2006/11/15 ،ملف رقم 372290 ،المجلة القضائية-مجلة المحكمة العليا ،العدد الأول 2007 ،ص487.

[2] -محكمة البيض ،قسم الأحوال الشخصية ، بتاريخ 2001/05/05 ،قضية رقم 01/99.

[3] -باديس ذيابي ، مرجع سابق ، ص7-8.

المسؤولية التقصيرية و هي الاضرار المنصوص عليها في المادتين 41-124 من القانون المدني ،و بالتالي فلما كان مبلغ التعويض و النفقة المحكوم بهما لا يدخل تحت الاضرار المنصوص عليها في هاتين المادتين فان قضاة الاستئناف لم يخالفوا القانون و ان قرارهم يكون سليما ،غير انه تجدر الإشارة الى ان الطاعنة ان كان قد لحقها ضرر ناتج عن المسؤولية التقصيرية.

طبقا لمقتضيات المادة 124 من القانون المدني ،فعليها ان تثبت الضرر المذكور في دعوى مستقلة و تطلب التعويض مقابل ذلك، و عليه فان الأوجه المذكورة تكون غير مؤسسة ،الامر الذي يتعين معه رفض الطعن.[1]

الفرع الثاني: شروط التعويض عن الطلاق التعسفي

أولا : أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين

للحديث عن تعويض الزوجة المطلقة من طلاق تعسفي لا يمكن ان يتم الا اذا كانت الزوجية قائمة فعليا بين الزوجين ،فلا يمكن ان يكون عقدا بدون دخول ،بل يجب ان يتم الدخول و المعاشرة الزوجية معنى ان تكون الزوجية قائمة لا بد ان تسلم الزوجة نفسها فعلا الى زوجها فاذا لم تسلم الزوجة نفسها لزوجها او لم تمكنه من الاستمتاع بها في هذه الحالة لا يكون الحديث عن موجبات التعويض حال طلاقها تعسفيا فلا تعويض عن طلاقها تعسفيا ،فلا تعويض عن طلاق تعسفي الا بتمام الدخول، وان ما يحكم به من تعويض عن ضرر معنوي و ليس من طبيعة التعويض عن طلاق تعسفي .[2]

و هذا ما أكدته المحكمة العليا في احدى قراراتها بتاريخ 1999/03/16 التي جاء فيها ما يلي (من المقرر قانونا ان تقدير الضرر مسالة موضوعية من اختصاص و تقدير قضاة الموضوع متى تبين في قضية الحال ان الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف في طلب الطلاق قبل دخول غير ثابتة، و ان عدم اثبات الزواج بالدخول يلحق ضررا معنويا بالمستأنفة و عليه فان قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول و الحكم بتعويضها طبقوا صحيح القانون مما يستوجب رفض الطعن.)[3]

---

[1] - قرار محكمة العليا ،بتاريخ 2000/02/22، رقم الملف 235367، المجلة القضائية، ص275.

[2]- باديس ذيابي ، مرجع سابق ، ص8-9-10.

[3]- قرار المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية ،ملف رقم 216865 ، تاريخ 1999/03/16 ، اجتهاد قضائي، ص256.

ثانيا : أن يكون الزوج صاحب الامر في الطلاق بإرادته المنفردة

العصمة الزوجية مملوكة شرعا للزوج ، فله ان يطلق زوجته لأنه هو من اخذ بالساق كما ذكر الرسول صلى الله عليه و سلم ، و فكرة احقيته في الطلاق بالإرادة المنفردة تنطلق من واجباته الشرعية اتجاهها و التي صنفها الفقهاء بانها واجبات مالية و أخرى غير مالية.[1] و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2005/10/12 حيث انه(من المقرر قضاءا انه للمطلقة في حالة وجود حكمين ناطقين بالطلاق بين الطرفين في زمنين مختلفين الحق في التعويض عن كل طلاق واقع بإرادة الزوج المنفردة.)[2]

ثالثا: أن يكون الزوج متعسفا في طلب الطلاق

التعسف الذي أورده المشرع في المادة 52 من قانون الاسرة لم يعطه تعريفا محددا تاركا المجال للفقه و القانون للغوص في هذا الامر ، فالتعسف كما أورده في القانون المدني المادة 41 منه عرفته بتحديد صوره التي عددها ثلاثة :

1-اذا كان الطلاق بقصد الاضرار بالغير و هي الزوجة.

2-اذا كان يرمي الى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير

3-اذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

و تعد الصورة الأولى أوضح بالنسبة لموضوع الطلاق، فاذا لم يستطع الزوج ان يبرر طلبه الرامي للطلاق عد ذلك دليلا على نيته في الحاق الضرر للزوجة ، و تبرير الطلاق تظل مسالة موضوعية تقديرها لقضاة الموضوع لإثباته من عدمه . [3]

و بالرجوع الى قرار احد قرارات المحكمة العليا نجد انها جسدت هذا الشرط حيث نجد انها قضت في قرارها الصادر بتاريخ 2009/02/11 (فمن المقرر شرعا و قانونا ان الهجر في المضجع في حال تعدد الزوجات دليلا عن انعدام نية العدل ، يبرر طلب الزوجة المتضررة التطليق.)

---

[1] -باديس ذيابي ، مرجع سابق ، ص10.

[2]-محكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 345709 ، بتاريخ 2005/10/12 مجلة المحكمة العليا ، العدد الثاني ، 2005 ، ص419.

[3]-باديس ذيابي ، مرجع سابق ، ص14.

و من الثابت في قضية الحال ان الطاعن تزوج ثانية بدون علم المدعية التي تضررت من زواجها الثاني اذ يتبين من وقائع الدعوى ان الطاعن لم يعدل بين الزوجتين لكونه هجر المطعون ضدها في المضجع لمدة تفوق سنة

وهو من جملة الاضرار المعتبرة شرعا طبقا للمادة 53 فقرة 10 من قانون الاسرة الامر الذي يتعين معه تعويض المدعية فضلا ان الضرر الواقع لوقائع الدعوى من الأمور التي يرجع تقديرها لقضاة الموضوع لا تخضع لرقابة المحكمة العليا، و حيث انه في ما يخص القانون الواجب التطبيق فان القانون القديم يوجب في مادته 8 من قانون الاسرة وجوب موافقة الزوجة الأولى حتى يتسنى للزوج الاقتران بامرأة ثانية و من ثم يكون ما ينعيه الطاعن بهذه الأوجه غير قائم على أساس يتعين رفضها و تبعا لذلك رفض الطعن).[1]

[1] - المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ،ملف رقم480240 ،بتاريخ 2009/02/11 ،مجلة المحكمة العليا ، العدد الاول ،2009، ص279.

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تقدير التعويض المناسب وإجراءات التقاضي في دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي

ان المشرع الجزائري بنصه للمادة 52 من قانون الاسرة خص الزوجين بحماية قانونية وهذا من خلال إعطاء القاضي سلطة تقديرية لتحديد مدى تعسف طالب الطلاق من عدمه، ورتبت كذلك اثار قانونية على ثبوت الطلاق التعسفي، ولتحديد مدى سلطة القاضي في تقديره للتعويض المناسب لا بد أولا معرفة إجراءات دعوى الطلاق التعسفي.

المطلب الأول: حدود سلطة القاضي في تقدير التعويض المناسب

تطرقنا في هذا المطلب الى تسليط الضوء على سلطة القاضي من خلال تقديره للتعويض ، حيث تناولنا في الفرع الأول الأسس المعتمدة في التعويض عن الطلاق التعسفي، و في الفرع الثاني طرق التعويض عن الطلاق التعسفي وفي الختام تناولنا كيفية و مقدار التعويض وهذا كفرع ثالث.

الفرع الأول: الأسس المعتمدة في التعويض عن الطلاق التعسفي

المشرع الجزائري لم يوضح في المادة 52 من قانون الاسرة المعيار الذي على أساسه يتم التعويض عن الطلاق التعسفي كما انه لم يحدد الأسباب المعقولة التي تبيح الطلاق دون تعويض، و ترك تقدير ذلك للقاضي و عليه فان القاضي عند تقديره لهذا التعويض عليه ان يراعي عنصر بين أساسيين هما:

أولا: مراعاة ظروف الملابسة

أي الظروف الشخصية للمضرور و التي على أساسها التعويض يقاس على الضرر الذي أصاب المضرور بالذات ، فالتقدير يكون على أساس ذاتي شخصي و ليس موضوعي ، فالقاضي يأخذ بعين الاعتبار حالة الزوجة المضرورة جراء الطلاق من حيث انها تعول أطفال ، فيكون ضررها اشد من الزوجة التي لا تعول الا نفسها مع مراعاة أيضا حال الزوج المالية .فقد جاء في قرار للمحكمة العليا حيث ان قضاة الموضوع قد اجابوا بما فيه الكفاية عن دعوى الطاعن من كونه موظفا بسيطا لا يستطيع دفع المبالغ المحكوم بها ،إضافة الى ان تقدير مبلغ التعويض و النفقة هي مسالة موضوعية من اختصاص قضاة الموضوع ما داموا قد برروا قضائهم بما فيه الكفاية.[1]

[1] -صلوح المكي ، الاجتهاد القضائي في الطلاق التعسفي بين الفقه الإسلامي و القانون الدولي المقارن ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه ل م د في العلوم الإسلامية ،تخصص : شريعة و قانون، جامعة وهران 1 ،احمد بن بلة ، كلية العلوم الإنسانية و العلوم الإسلامية ، قسم العلوم الإسلامية ، 2021، ص289،288.

ثانيا :مراعاة سوء نية الزوج

و هي مسالة موضوعية يستخلصها القاضي طبقا للسلطة التقديرية من خلال مشتملات القضية المطروحة امامه، و بما جاء في عريضة دعوى الطلاق و ذلك من خلال استناده لمبررات و أسباب غير مشروعة و غير مؤسسة ، مما يظهر قصده الاضرار بزوجته ، كما يأخذ القاضي بعين الاعتبار ظروف الطلاق و مدة الزوجية أي عدد سنوات العشرة .[1]

و هو ما قضت به المحكمة العليا في احدى قراراتها الصادرة بتاريخ 2006/07/12 و الذي جاء فيه (حيث ان تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يعود الاختصاص فيها لقضاة الموضوع دون غيرهم. [2]

الفرع الثاني : طرق التعويض عن الطلاق التعسفي

طبقا لنص المادة 132 من القانون المدني الجزائري :" يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف و يصح ان يكون التعويض مقسطا ،كما يصح أن يكون ايرادا مرتبا ، و يجوز في هاتين الحالتين الزام المدين بان يقدر تامينا .

و يقدر التعويض بالنقد ، على انه يجوز للقاضي تبعا للظروف و بناءا على طلب المضرور ، ان يأمر بإعادة الحالة الى ما كانت عليه ، او ان يحكم و ذلك على سبيل التعويض ، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل الغير مشروع ."[3]

و عليه اما يكون التعويض عينيا او نقديا.

أولا : التعويض العيني

و هو إعادة الحال الى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل الضار فهو يزيل الضرر الناشئ عنه ، كما يمكن تصور التعويض في المسؤولية التقصيرية في مجال الطلاق التعسفي اذا كان الزوج قد استولى على أموال الزوجة بسبب رابط الزوجية مثل سلبه لأموالها ، فان التعويض العيني يكون بإرجاع هذه الأموال الى الزوجة و قد يكون الضرر متمثل في إشاعة كذبة عنها اتخذت

---

[1] - صلوح المكي، نفس المرجع، ص 289.

[2] - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 368660، قرار بتاريخ 2006/07/12، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني 2006، ص483.

[3] - مادة 132 من القانون المدني الجزائري.

طريق النشر مما يشوه سمعتها ، فيمكن للقاضي بناءا على طلب المضرور ان يلزمه بتكذيب ما قاله و يكون بمثابة تعويض عيني.[1]

و القاضي ليس ملزما ان يحكم بالتنفيذ العيني و لكن يستعين به اذا كان ممكنا و طالب به الدائن كما لا يتقيد المضرور بتقدير أي نوع من أنواع التعويض قبل الاخر فله ان يبدا بالمطالبة بأييهما و حسب ما شاء و على ما يراه انفع له، و كذلك يجوز للمسؤول ان يعرض التعويض العيني فيقضي به عليه ، غير انه في كثير من الأحوال و لا سيما الضرر الذي يتعذر التعويض العيني فيتعين الالتجاء الى التعويض النقدي كتعويض بديل.[2]

ثانيا :التعويض النقدي

غالبا ما يكون التعويض بمقابل نقدي و قد يكون بمقابل غير مالي، و ذلك في الأحوال التي يتعذر على القاضي الحكم بالتنفيذ العيني في المسؤولية التقصيرية ، فلا يكون امام القاضي الا الحكم بالتعويض النقدي في حالات السب و القذف ، حيث يجوز للقاضي ان يأمر على سبيل التعويض بنشر حكم ادانة المدعي عليه في الصحف و هو بمثابة تعويض بمقابل غير نقدي .

التعويض النقدي هو الصورة الغالبة للتعويض في المسؤولية التقصيرية و يمثل في المبلغ المالي الذي يقدره القاضي لجبر الضرر الذي لحق بالمضرور فكل ضرر يمكن تقويمه بالنقد ، و الأصل ان يكون التعويض النقدي مبلغا مجمدا يدفع للمضرور دفعة واحدة او أقساط.

و يتولى القاضي تحديد التعويض على قدر الضرر الذي لحق المدعي نتيجة الخطأ الذي اتاه المدعي عليه، لان قوام المسؤولية المدنية هو إعادة التوازن الذي اختلى نتيجة للضرر ، غير ان التعويض يجب ان لا يتجاوز قدر الضرر و الأقل عنه و ذلك بأقصى ما يمكن من دقة.[3]

الفرع الثالث : كيفية و مقدار التعويض

بالرجوع الى احكام قانون الاسرة لم يرد أي نص على كيفية تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي و انما اعطى للقاضي السلطة في تحديده و تقدير مقداره ، فلم يبين المشرع الجزائري الحد الأدنى و لا الحد الأقصى للتعويض كما لم يبين كيفية دفعه ،و انما ترك ذلك على عاتق القاضي و الذي قد يختلف من قاضي لأخر و من منطقة لأخرى فالعرف هو الفيصل في هذا الامر.

---

[1] -خطاب حياة ، الطلاق التعسفي و أثاره في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق ، جامعة محمد خيضر، بسكرة ، 2014 ، ص55.

[2]- بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص266.

[3] - نفس المرجع ، ص 266-277.

و على الرغم من ان القاضي له السلطة التقديرية في الحكم بتعويض معين سواء قل مقداره او زاد ، الا انه مجبر على التسبيب ، و الا كان قراره معيبا بالقصور في التسبب.[1]

و قد جاء في قرار للمحكمة العليا في 1991/06/18 بانه :(من المستقر عليه قضاءا ان تحديد المتعة و التعويض و نفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع غير ان هم ملزمين بذكر أسباب تحديدها و من ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ ، يعد قصورا في التعليل).[2]

كلما صدر عن مجلس قضاء بجاية في 2004/07/07 قرار قضى بالمصادقة مبدئيا عن الحكم المستأنف فيه ،و تعديله برفع مبلغ التعويض الى 300000 دج فأقام الطاعن طعنا على أساس القصور في التسبب ، كذا اكتفى بالقول ان العشرة الزوجية دامت طويلا تفوق أربعين سنة ، و بالتالي و جبرا للضرر اللاحق بالمستأنفة حاليا ، يتعين رفع مبلغ التعويض المحكوم به الى 300000 دج و ان المبلغ المحكوم به جد مبالغ فيه بالنظر الى القدرة المالية للطاعن ، الذي لا يتقاضى الا منحة التقاعد لا تكاد تكفيه ، و لكن المحكمة العليا قد فصلت في هذا الطعن بعدم قبولها لهذا الادعاء لان الطاعن لم يقدم الى قضاة الاستئناف وثائق ليتم تجاهلها في قرارهم المنتقد ، كما انه لم يذكر الطلبات التي قدمها و لم يجيبوه عليها ، و حيث ان تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يعود الاختصاص فيها لقضاة الموضوع دون غيرهم ، إضافة الى ذلك فان طلاق امرأة بعد زواج دام أربعين سنة دون مبرر لا يعوض باي مبلغ من المال ، الامر الذي يجعل وجهي الطعن غير مؤسسين ، مما يستلزم ردهما و تبعا لذلك رفض الطعن.

فتقدير التعويض المستحق للمطلقة هو من صلاحيات القاضي الذي يفصل في الطلاق ،وهو يخضع لسلطته التقديرية و لا يمكن تقديره او حصره ، و على القاضي ان يأخذ بعين الاعتبار بعض المعطيات و هي مدخول الزوج و ظروف المعيشة و حتى عدد سنوات العشرة الزوجية التي قضياها معا.[3]

---

[1]- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 ، يتضمن قانون. الإجراءات المدنية و الإدارية ، المواد 277 ف1،و 358.

[2]-المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية 1991/06/18 ،ملف رقم 75029 ، المجلة القضائية 1992 ، عدد 1 ، ص65.

[3] -عمار بن احمد ، السلطة التقديرية للقاضي شؤون الاسرة في الزواج و انحلاله ، مذكرة لنيل التخرج إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة السادسة عشر ، 2005-2008 ، ص38.

كما يجب ان يراعي القاضي في تقدير التعويض عن تعسف الزوج في الطلاق ،جسامة الضرر الذي أصاب المطلقة و كذا ارتفاع الأسعار و تغييرها ، و هي مسالة متروكة لتقدير قاضي الموضوع ، و لذلك فان إقرار مبدا التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الاسرة الجزائري يعتبر وسيلة ناجحة في الحد من الطلاق ،و من شانه أيضا تعزيز المركز القانوني للمرأة في قانون الاسرة .[1]

لكن تجذر الإشارة بان مقدار التعويض يختلف ما اذا كان قبل البناء او بعده ،فبالرجوع الى ما جاء في أحد قرارات المحكمة العليا في أحد اجتهاداتها الصادرة عن مجلس قضاء سطيف الذي منح للزوجة التي طلقها زوجها قبل الدخول تعسفيا نصف الصداق إضافة الى تعويضها مبلغ 50000دج كتعويض لها عن الضرر المعنوي الذي أصابها جراء امتناع الزوج عن إتمام إجراءات الزواج دون أسباب جدية تدعو الى ذلك ،هذا وقد تم نقض هذا الحكم على أساس عدم ذكره للنص القانوني المعتمد عليه في تقرير ذلك ،لكن رت المحكمة العليا على هدا الوجه أن القضاة غير ملزمين بذكر النصوص القانونية بقدر ما هم ملزمون بعدم مخالفتها.[2]

في حين جاء حكم صادر عن محكمة الخروب بتاريخ 2006/01/17 حيث قضى:"...باستحقاق الزوجة لنصف الصداق الذي يعد تعويض لها وجبرا للضرر في حالة الطلاق قبل البناء طبقا للشرع والقانون ...".[3]

ويكون مقدار التعويض عن الطلاق التعسفي بعد البناء في هذه الحالة منح المشرع الجزائري لقاضي شؤون الاسرة سلطة تقديرية مطلقة في تحديد مبلغ التعويض وهو ما ذهب للإمام مالك. و مع ان القانون خول للقاضي سلطة مطلقة في تقدير مبلغ التعويض الا اننا نلاحظ ان جل الاحكام القضائية تقضي بمبالغ طائلة و مبالغ فيها مقارنة بحجم الضرر الذي تصاب به الزوجة نتيجة تعسف الزوج في الطلاق دون ان تبين الأسس التي استند اليها في تقدير مبلغ التعويض.

فنجد ان محكمة الخروب قد قضت بتاريخ 2011/05/10 بالحكم على المدعي (خ. خ) ان يدفع لمطلقته (م. ص) مبلغ 100000دج تعويضا لها عن الطلاق التعسفي . و قد اكتفى الحكم

---

[1] -مسعودي يوسف، الاشتراط في عقد الزواج في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، المركز الجامعي، بشار، 2006-2007، ص134.

[2] -اجتهاد قضائي، عدد خاص، ملف رقم (216865)، ص 257.

[3] -محكمة الخروب، قسم الأحوال الشخصية، قضية رقم (384/05)، فهرس رقم (51/06)، بتاريخ 2006/01/17.

في حيثياته بالقول انه يتعين تظليم الزوج و تقدير التعويض للمطلقة عن الضرر اللاحق بها استنادا الى نص المادة 52 من قانون الاسرة الجزائري و استجابة لطلبها منحها التعويض في حين احتفظ القاضي لنفسه بالأسس التي اعتمدها في تقدير هذا التعويض .[1]

المطلب الثاني : إجراءات التقاضي للحصول على التعويض عن الطلاق التعسفي

ان إجراءات الدعاوى القضائية تختلف من قسم الى اخر و باختلاف عناصرها و القضايا المراد الفصل فيها ،و محل دراستنا هو دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي حيث أورد المشرع إجراءات خاصة بهذه الدعوى و مثل هذه الدعاوى يتوجب رفعه امام جهة قضائية مختصة نوعيا و إقليميا للفصل في النزاع باعتبار الاختصاص شرطا لممارسة دعوى قضائية ، و هذا ما سنتناوله في الفرع الأول حيث سنتطرق فيه الى الإجراءات الشكلية لرفع دعوى الطلاق ، اما الفرع الثاني سنتناول فيه إجراءات سير دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي .

الفرع الأول: الإجراءات الشكلية لرفع دعوى الطلاق

أولا : شروط قبول الدعوى

لرفع أي دعوى قضائية يجب ان تتوفر شروط نصت عليها المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي شرطي الصفة والمصلحة.[2]

1-الصفة :

يقصد بها علاقة الشخص بالحق موضوع المطالبة القضائية ، و يشترطها القانون في المدعي و المدعى عليه في دعوى فك الرابطة الزوجية بالطلاق فان صفة اطراف الدعوى (المدعي و المدعى عليه) لا تثبت الا عن طريق عقد الزواج الذي يرفق بعريضة افتتاح الدعوى لإثبات العلاقة الزوجية.[3]

[1] - مجلس قضاء قسنطينة، محكمة الخروب، قسم شؤون الاسرة، رقم الجدول (00509/11)، رقم الفهرس (01398/11) .

[2]- المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[3] -حديدان سفيان ، منازعات شؤون الأسرة ، محاضرات ألقيت على طلبة ماستر 2 تخصص قانون أسرة ، جامعة 08 ماي 1945، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق ، السنة الجامعية 2023-2024.

فالصفة في دعوى التعويض عن الطلاق هي أولا : اثبات ان المتضرر المطالب للتعويض هو الزوج و الزوجة و بموجب عقود رسمية.[1]

2-المصلحة :

و هي المنفعة المادية و القانونية التي يبتغيها رافع الدعوى و تتحدد من قبل طلب القضاء المذكور بموجب عريضة افتتاح الدعوى ، و المصلحة يشترط فيها ان تكون مشروعة ، مباشرة ،شخصية، قائمة او محتملة. و المصلحة في دعوى الطلاق هي الحصول على حكم بالتعويض [2]،فلا دعوى دون مصلحة فاذا ارادت الزوجة مثلا ان ترفع دعوى ضد زوجها لتطلب التعويض عن الطلاق ، فانه يتوجب عليها ان تهدف من الالتجاء الى القضاء تحقيق فائدة عملية مشروعة.[3]

3-الاهلية :

يقصد بالأهلية قدرة الشخص على اكتساب حقوق و تحمل التزامات ، اما الاهلية الإجرائية فهي قدرة الشخص على اللجوء للقضاء و يشترط فيها القانون سن 19 سنة تحت طائلة بطلان الإجراءات .[4]

و عليه فاذا كان المدعي هو الزوج او الزوجة او كان لهما من يمثلهما في مباشرة هذه الدعوى ،يجب ان يكون متمتعا الى جانب السن المذكور سلفا بقواه العقلية و غير محجور عليه .[5] و يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بأثار عقد الزواج من حقوق و التزامات ، الشخص المأذون له بالزوج رجلا كان او امرأة

وفقا لما نصت عليه المادة 7 المعدلة في فقرتها الثانية من قانون الاسرة ، لم يرشد في الزواج فيما عند اكتسابه أهلية التقاضي فيما يتعلق بأثار عقد الزواج من حقوق و التزامات .

---

[3]-بن عمارة صورية رانيا ، الطلاق التعسفي و التعويض عنه في قانون الاسرة الجزائري ، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر ، جامعة عبد الحميد بن باديس ، مستغانم ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،قسم القانون الخاص ،سنة جامعية 2019-2020 ، ص104.

[2]- حديدان سفيان ، مرجع سابق.

[3]- بلحاج العربي ، نظرية الدعوى في قانون الإجراءات المدنية ، سلسلة من محاضرات القيت على طلبة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة وهران، 1989.

[4] - حديدان سفيان ، مرجع سابق.

[5] - مواد 40-42-44 من القانون المدني.

و فيما عدا ذلك فهو الاخر يدخل في حكم الصغير المميز ، كونه لم يبلغ سن الرشد المحدد قانونا ب 19 سنة كاملة ،اذ ان المشرع قد وحد بمقتضى الفقرة الأولى المعدلة من المادة 07 من قانون الاسرة بين سن الزواج و بين الرشد .[1]

ثانيا : الاختصاص القضائي

هما نوعان الاختصاص النوعي و الاختصاص الإقليمي :

ا-الاختصاص النوعي :

تهدف القواعد المحددة للاختصاص الى بيان حدود و نصيب كل محكمة من القضايا التي تدخل في ولاية الجهة التي تتبعها.[2]

فالمادة 32 فقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تنص :"تفصل المحكمة في جميع القضايا لا سيما المدنية و التجارية و البحرية و الاجتماعية و العقارية و قضايا شؤون الاسرة و التي تختص بها إقليميا ."[3]

و بالرجوع الى المادة 423 من نفس القانون نجدها قد نصت على انه : "ينظر قسم شؤون الاسرة على الخصوص في الدعاوى الاتية : دعاوى المتعلقة بالخطبة و الزواج و الرجوع الى بيت الزوجية و انحلال الرابطة الزوجية و توابعها حسب الحالات و الشروط المذكورة في قانون الاسرة..."[4]

يستنتج من نص هذه المادة ان الامر يتعلق باختصاص المحكمة النوعي في هذا الجانب ، مما يسمح للخصوم بإثارة الدفع الرامي الى القضاء بعدم اختصاص المحكمة المطروح امامها النزاع متى لم تكن مختصة بموجب هذا النص .[5]

---

[1] - تشوار الجيلالي ، ولاية على القاصر في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الاسرة و القانون المدني ، مجلة علوم التكنولوجيا و التنمية ،عدد1، الوكالة الوطنية لتنمية البحث العلمي ، 2007 ،1 ص45.

[2] -فريحة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010 ، ص35.

[3] - المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[4] - المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

[5] - سائح سنقوفة ، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، جزء1،طبعة جديدة مزيدة و منقحة، دار الهدى ، عين مليلة ،الجزائر ،2011 ، ص579.

و قد وضحت أيضا هذه المادة على ان دعاوى التعويض عن الطلاق يختص بها قاضي شؤون الاسرة لان مثل هذه الدعوى تعتبر من توابع انحلال الرابطة الزوجية ، و هذا يعني عدم اختصاص القاضي المدني في مثل هذه الدعاوى التي ترمي الى تعويض الزوج المتضرر.

و قد تكون المطالبة بالتعويض عن ضرر الطلاق في نفس العريضة للطالب و قد تكون في دعوى مستقلة لاحقة او في مرحلة الاستئناف لان التعويض عن الطلاق يعتبر من الجوانب المادية ، اما حكم القاضي بالطلاق او التطليق او الخلع فهو يعتبر حكم نهائي و هذا ما وضحته احكام المادة 67 من قانون الاسرة الجزائري و التي نصت على انه تكون الاحكام الصادرة في دعاوى الطلاق و التطليق و الخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية...."[1].

حيث يعتبر الاختصاص النوعي من النظام العام و هذا ما أكدته المادة 36 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و جاء فيها : "عدم الاختصاص النوعي من النظام العام تقضي به الجهة القضائية تلقائيا في أي مرحلة كانت عليها الدعوى "[2].

فالنص هنا حدد طبيعة الاختصاص النوعي ، فقرر ان ذلك من النظام العام ، و بالتبعية اعطى الجهات القضائية دون استثناء صلاحية التصدي له في أي

مرحلة من مراحل الدعوى ، و ذلك بالقضاء به دون ما حاجة الى اثارته من الأطراف ، حتى و ان كان ذلك من مصلحتهم . اما ما جاء في الفقرة السادسة من المادة 32 من نفس القانون انه :" في حالة جدولة قضية امام قسم غير القسم المعني بالنظر فيها ،فيحال الملف الى القسم المعني عن طريق امانة الضبط بعد اخبار رئيس المحكمة مسبقا"[3].

و عليه لما تتضمنه المادة 32 في فقرتها السادسة حول الإحالة نكون امام فرضيتين :

-إقرار الإحالة نتيجة لخطا مادي من امين الضبط وقت جدولة الملف.

الاذن باللجوء الى الاحالة لتجنب القضاء بعدم الاختصاص و لو بسبب توجي من المدعي تفاديا للتعطيل و مسايرة لما هو عليه الحال امام القضاء المصري.

---

[1] - بن عمارة صورية رانيا ، مرجع سابق ، ص107.

[2] - مادة 36 من قانون إجراءات مدنية و إدارية .

[3] - سائح سنقوفة ، المرجع السابق، ص 97.

و الفرضية الأولى هي المرجحة لدى بربارة عبد الرحمان لان الإحالة هنا جاءت بمفهوم ارسال الملف المجدول خطا الى القسم المعني . [1]و لقبول دعوى التعويض وجب رفعها امام قسم شؤون الاسرة.

ب-الاختصاص الإقليمي :

يعرف الاختصاص الإقليمي او المحلي على انه نصيب كل محكمة من حيث موقعها من إقليم الدولة فهي القواعد التي تهتم بتوزيع القضايا على أساس جغرافي او إقليمي ، بين مختلف المحاكم من نفس النوع.[2]

و بالرجوع الى نص المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و في فقرتها الثالثة نجد انها تنص على انه : "تكون المحكمة مختصة إقليميا في موضوع الطلاق او الرجوع بمكان وجود السكن الزوجي ، و في الطلاق بالتراضي بمكان إقامة احد الزوجين حسب اختيارهما ...."[3] حيث وضحت احكام المادة الاختصاص المحلي لمحكمة قسم شؤون الاسرة تبعا لطبيعة النزاع ، اما موطن المدعى عليه او في موطن المدعي او بناءا على اختيار الطرفين ، اما القضايا التي لم يرد ذكرها فيتم الرجوع فيها للقواعد العامة في الاختصاص ، اما فيما يخص دعوى الطلاق فتكون المحكمة المختصة هنا محكمة مكان وجود سكن الزوجية.[4]

و في حالة عدم وجود مسكن زوجي طبقا لنص المادة 36 من القانون المدني الجزائري [5]فانه يحل محله مكان الإقامة العادي للزوج ، الذي هو نفسه محل إقامة الزوجة

و بالتالي محل الإقامة الزوجية الذي ترفع في دائرة اختصاصه دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة.

---

[1] - بربارة عبد الرحمان ، مشرع قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، دار بغدادي ، الرويبة ، الجزائر ، 2009 ،ص77.

[2] - فريحة حسين ، مرجع سابق، ص 38.

[3] - المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

[4]- نبيل سقر ، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2008.

[5]- المادة 36من القانون المدني الجزائري.

اما في حالة لما يكون بيت الزوجة متواجد بالخارج ، في هذه الحالة تكون المحكمة المختصة مكان تواجد بيت الزوجية قبل مغادرة ارض الوطن او مكان تسجيل عقد الزواج اذا وقع في الجزائر .[1]

كما قد أوضحت المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على انه يجوز للمتقاضين اختيار الجهة القضائية التي يرغبوا في عرض نزاعهما فيها : "يجوز للخصوم الحضور باختيارهم امام القاضي حتى و لو لم يكن مختصا إقليميا ، يوقع الخصوم على تصريح بطلب القاضي ، و كذا تعذر التوقيع يشار الى ذلك، يكون القاضي مختصا طيلة الخصومة ،و يمتد الاختصاص في حالة الاستئناف الى المجلس القضائي التابع له." [2]

وقت نصت المادة 47 من نفس القانون على انه يجب اثارة الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي قبل أي دفع في الموضوع او بدفع بعدم القبول.[3]

الفرع الثاني: إجراءات سير دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي

لرفع أي دعوى قضائية لا بد من احترام واتباع إجراءات معينة لسيرها، ومن بين هذه الدعاوى دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي والتي خصها المشرع الجزائري بإجراءات خاصة تقوم عليها، ومن بين هذه الإجراءات تقديم عريضة افتتاح دعوى الطلاق و تليها إجراءات الصلح و التحكيم.

أولا :تقديم عريضة افتتاح الدعوى

تعتبر العريضة اصطلاحا قانونيا، يقصد به الطلب المكتوب الموجه للقاضي، و الذي يعرض خلاله العارض ادعاءاته و طلباته و دفوعه من اجل طلب الحصول على حكم في الدعوى، سواءا بتقرير حق او حماية مركز قانوني او جبر ضررها عن طريق التعويض، و يعتبر إيداع العريضة اول خطوة قانونية تفتح بها الدعوى ، كما تختلف العرائض بحسب موضوع الدعوى و طبيعة الطلب ،فنجد مثلا عريضة استئناف الطعن ....

و لكن مع اختلاف العرائض فان البيانات الأساسية لا تختلف .[4]

و ترفع الدعوى امام المحكمة بعريضة مكتوبة موقعة

---

[4]- عبد السلام ذيب ، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد (ترجمة المحكمة العادلة)، الطبعة الثالثة ، الجزائر ، 2012.

[2]- المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[3] -المادة 47 من نفس القانون.

[4] - فضيل العيش ، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ،منشورات شرح هين ، ص 52،53.

و مؤرخة تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله او محاميه بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف، حسب ما نصت عليه المادة 14 من قانون الإجراءات والادارية، وذكرت المادة 15 من نفس القانون وجوب توفر مجموعة بيانات في عريضة افتتاح الدعوى تحت طائلة عدم قبولها شكلا وهي – ذكر الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى ، اسم ولقب المدعي وموطنه ثم اسم ولقب المدعى عليه و عرض موجز للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى ، أخيرا يمكن الاشارة عند الاقتضاء على المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى وتقيد العريضة حالاً في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها بعد دفع الرسوم المحددة قانونا ويسجل آمين الضبط رقم القضية وتاريخ الجلسة . [1]ويسلمها للمدعي بغرض تبليغهما سويا للخصم الآخر ويجب احترام 20 يوما على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور والتاريخ المحدد لأول جلسة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك .[2]

ولكن الأمر لا يقتصر على رفع النزاع للقضاء من دفع المدعى فقط، ولكن لا بد من مناقشة طلباته ونحته من طرف المدعى عليه ، ولذلك يقوم هذا . الأخير بتقديم الإجابة الكتابية وهو ما يسمى بالمذكرة الجوابية ، والمذكرات الجوابية التي تقدم أمام الهيئات القضائية ذات الدرجة الأولى و التي تنظر في النزاعات القائمة بين الافراد ،سواء كانت هذه النزاعات تتعلق بقضايا شؤون الأسرة أو بغيرها تستوجب وجود نزاع مطروح أمام الهيئات القضائية ، ووجود عريضة افتتاحية و هو ما استلزم الرد على تلك العريضة كتابيا ، و أن الأسلوب المعتمد أمام المجالس القضائية لا يختلف عن الأسلوب المتبع امام محاكم الدرجة الأولى ، وذلك لأن أي نزاع لابد وان ينقل أمام المجالس القضائية كدرجة ثانية للقاضي يتم بواسطة عريضة والتي تتضمن أوجه التبرير لعدم قناعة الخصم بالحكم الابتدائي وكذا أوجه الطعن فيه، وكذا الزاما حينئذ أن يتولى هذا المجلس المعوض عليه النزاع تمكين الطرف الآخر من الاضطلاع على تلك العريضة.حتى يتمكن من ابداء دفوعه.[3]

ثانيا : إجراءات الصلح و التحكيم

يعتبر هذا الإجراء من الإجراءات الملزمة للقاضي التقيد بها وهذا قبل الشروع في إصدار أي حكم بشأن النزاعات التي تنشأ بين الزوجين

1 -إجراء الصلح:

[1] - عبد الرحمان بربارة ، المرجع السابق، ص 87،48 .

[2] - المادة 16 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية.

[3]- عبد الفتاح تقيه ، المرجع السابق ، ص 144،145.

بين المشرع الجزائري إجراءات الصلح في المواد من 439 إلى 445 من قانون الإجراءات المدنية والادارية ، أي حوالي 07 مواد ، وذلك لما للصلح من أهمية في القضاء على المشاكل التي قد تعترض الحياة الزوجية.

وقد أشار القانون على أن الصلح بين الزوجين يتم في جلسات سرية ، يحضرها الزوجان ومن طلبا حضوره من الأقارب ممن تكون مكانة لدى الزوجين. من شأنها أن تكون سببا في تجاوز الأزمة بينهما. ويجب على أمين الضبط أن يخطر الزوجين في الحال بالتاريخ المحدد للحضور أمام القاضي ويسلم لهما استدعاء لهذا الغرض .

وتكون جلسات الصلح بحضور القاضي، ويستمع إلى الزوجين فرادى من أجل أن يبين كل منهما مأخذه على الآخر، ويستمع إليهم مجتمعين من أجل مقابلة أقوالهما ، ومحاولة تقريب مواقفها.

و في حال غياب أحد الزوجين عن جلسة الصلح لعذر بسبب وجود مانع يعتذر أو يستحيل معه الحضور يمكن للقاضي ندب قاض آخر لسماع الزوج المتغيب في إطار الإنابة القضائية ، أو تأجيل جلسة الصلح إلى موعد اخر، غير أن تغيب الزوج دون تقديم عذر مقبول يعتبر رفضا للصلح ويحرر القاضي محضرا بذلك..

ويجب أن لا تتعدى مدة محاولات الصلح ثلاثة أشهر، وللقاضي خلال تلك المدة أن يمنح مهلة للزوجين للتفكير بعد محاولة الصلح الأولى ، كما يمكنه اتخاذ ما يراه لازما من التدابير المؤقتة بموجب أمر غير قابل للطعن

إذا انتهت الجلسات بالصلح بين الزوجين يحرر أمين الضبط محضرا يوقعه مع القاضي والزوجين، ويودعه لدى أمانة الضبط

أما إذا فشلت محاولات الصلح ، ولم يجدها القاضي مجدية ، أو أمتنع أحد الزوجين عن الحضور بعد انتهاء مهلة التفكير ، يشرع في مناقشة موضوع الدعوى.[1]

2-التحكيم:

وفقا لما تنص عليه المادة 446 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، وإعمالا للمادة 56 من قانون الأسرة أنه إذا لم يثبت أي ضرر أثناء الخصومة يجوز للقاضي أن يعين حكمين إثنين لمحاولة الصلح بينهما حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة حسب مقتضيات قانون الأسرة.

[1] - بحماوي عبد الله ، إجراءات إيقاع الطلاق بين الزوجين "دراسة نقدية"، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، ص90.

يضطلع الحكمان القاضي بما يعترض تنفيذ مهمتها من إشكالات وبعد انتهاء التحكيم بالصلح بين الزوجين يحرر الحكمان محضرا بذلك، ويصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل للطعن.

وإذا ظهر القاضي أن مهمة التحكيم أصبحت غير مجدية ، فإنه ينهي المهمة ثم يعيد القضية إلى الجلسة لتستمر الخصومة .[1]

3- طبيعة الحكم الصادر عن دعوى الطلاق و الطعن فيه:

ا-الاحكام التقريرية او الكاشفة:

وهي الأحكام القضائية التي تقضي فقط بوجود الحق او عدم وجود الحق أو المركز القانوني ، والحكم الكاشف او المقرر هو الذي يصدر مقررا ومؤكدا لحالة أو مركز قانوني موجود من قبل ودون أن يتضمن الزام أحد الخصمين بأداء معين ، لذلك فان الحكم المقرر لا يرمي

الا الى تأكيد رابطة قانونية معينة وبصورة تحقق الحماية القانونية الكاملة، فهو يزيل الشك او التجهيل الذي يدور حول هذا الحق أو المركز القانوني.[2]

ب-الأحكام المنشئة :

وهي الاحكام القضائية التي تقرر إنشاء مركز قانوني قائم، وبصدور الحكم يتم انشاء الرابطة الجديدة فتحقق بصدوره كامل الحماية القانونية. [3]

ج- أحكام الالزام:

وهي الأحكام التي يرد فيها التأكيد على حق بالالتزام ، أي على حق يقابله التزام الطرف الآخر بأداء معين كتسليم منقول أو دفع مبلغ من المال ، ولا يحقق هذا الحكم بذاته الحماية القانونية المطلوبة بل يحتاج إلى تنفيذه .[4]

4-الطعن في الأحكام الصادرة عن الجهة القضائية:

ان طرق الطعن هي عبارة عن الوسائل القانونية التي اتاح المشرع من خلالها ضمن آجال زمنية محددة و من النظام العام للمحكوم عليه من طلب إعادة النظر في الحكم الصادر ضده، سواء تقديم الطلب أمام المحكمة الي أصدرت الحكم أو أمام جهة قضائية من درجة أعلى،

---

[1] - نفس المرجع، ص91.

[2] - فضيل العيش ، مرجع سابق، ص 154 .

[3]- عبد الفتاح نقية ،المرجع السابق ،ص176.

[4] - فضيل العيش ، مرجع سابق، ص 154 .

والعلة في تقرير الطعن في الاحكام هي حماية حقوق المحكوم عليه، فقد يخطئ القاضي أو هيئة المحكمة في حكمها مما يؤدي الى الحاق ضرر بالمحكوم عليه دون وجه حق.[1]

وقد عالج قانون الاجراءات المدنية والادارية طرق الطعن في الأحكام القضائية من المادة 313 الى 397 وحدد طرق الطعن العادية في المادة 313 وهي المعارضة والاستئناف وطرق الطعن الغير عادية وهي الطعن بالنقض واعتراض الغير الخارج عن الخصومة، يمكن القول إن أحكام الطلاق غير قابلة للاستئناف لأنها أحكام تصدر ابتدائيا و نهائيا ما عدا في جوانبها المادية التي تصدر ابتدائيا فقط، و بالتالي يمكن الطعن فيها بجميع طرق الطعن وفقا لنص المادة 57 من القانون 05-02.

وبعد أن تأخذ الدعوى كفايتها من تبادل للعرائض والمناقشة بين الطرفين يأمر القاضي بإقفال باب المناقشة ويحيل القضية للمداولة للنطق بالحكم فيها. تكون أحكام الطلاق نهائية ماعدا في جوانبها المادية فيمكن مراجعة الحكم عن طريق الاستئناف أمام قاضي الدرجة الثانية فيما قضى فيه الحكم في شأن العدة والمتعة والنفقات والحضانة وتوابعها. وإذا كان يمكن استئناف جوانب الطلاق المادية من بينها التعويض فإنه في مرحلة الاستئناف خص المشرع قضايا الأحوال الشخصية بعناية خاصة إذ استثناها من ضرورة التمثيل الوجوبي بواسطة محامي.[2]

[1] - فضيل العيش، مرجع سابق، ص159.

[2] - بن عمارة صورية رانيا، نفس المرجع، ص 114-115.

ملخص الفصل الثاني :

بناء على ما سبق ذكره استخلصنا ان مسألة التعويض عن الطلاق التعسفي مستمدة أحكامها من مادتين 52و 53 مكرر المعدلتين بموجب الامر 02/05، فبعد توفر شروط رفع دعوى الطلاق وقبولها شكلا تسجل الدعوى ويعقد القاضي عدة جلسات للصلح ،وفي حالة اصرار الزوج على الطلاق يصدر حكم بالطلاق التعسفي ويقضي القاضي بالتعويض للزوجة جراء تعسف الزوج فان للقاضي السلطة في تقدير التعويض للمطلقة. فنجد أن المشرع الجزائري قد فتح المجال ووسع من سلطات القاضي في تقديره للتعويض فله ان يحكم به وفقا للعرف السائد في المنطقة ومراعاه لحجم الضرر .

غير ان هذه السلطة رغم كونها مطلقة الا انها تخضع لبعض القيود والضوابط يجب على قاضي شؤون الأسرة مراعاتها اثناء تقديره لهذا التعويض وفي حالة مخالفته لها فان حكمه يصبح مشوب بالقصور وعرضة للطعن.

الخاتمة

خاتمة :

يعتبر مصطلح التعسف من بين المصطلحات المعروفة منذ القدم، وقد طوره الفقهاء المعاصرين وهذا من أجل تقرير حماية الأشخاص في حالة إستعمالهم لحق من الحقوق ،وأن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى الإضرار بالغير، وأن التعسف والتعويض المترتب عنه أصبح يمس حتى العلاقات داخل الأسرة ،وعلى الرغم من أن الزواج هو رابطة مقدسة بين الزوج والزوجة والأصل فيه الاستمرارية إلا أنه قد يحصل خلل في هذه الرابطة مما يؤدي إلى تفكيكها اما بالطلاق أو التطليق أو الخلع.

وبسبب الظروف التي يشهدها المجتمع في هذا العصر أصبحت الزوجة تعتبر أن كل تصرف صادر من قبل الزوج يحد من حريتها و يسبب لها ضرر مما يستوجب تدخل القاضي لمنعه من هذا التصرف و إلزامه بالتعويض والذي يكون بناء على سلطته التقديرية .

وفي الاخير نذكركم بأهم النتائج والتوصيات التي توصلنا اليها والتي أوجزناها فيما يلي :

اولا : النتائج

- الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج هو حق مقرر شرعا وقانونا باعتباره صاحب العصمة.
- الطلاق فك للرابطة الزوجية وهو حل للعصمة التي كانت بينهما ويترتب عليه سقوط حق القوامة التي كانت بيد الزوج .
- لم يتم ذكر مصطلح التعسف لدى الفقهاء قديما بل يعد مصطلحا حديث تبناه فقهاء القانون وهي في الاصل مستنبطة من الفقه الإسلامي.
- ان التعويض في القانون هو ما يدفعه المتسبب في الضرر للمضرور جبرا للضرر الذي الحقه له .
- لم يبين المشرع الجزائري نوع الضرر الموجب للتعويض عن الطلاق التعسفي .
- كذلك لم يحدد المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري معايير الطلاق التعسفي على الرغم من أهمية هذه المعايير التي تعد معرفتها ضرورة ملحة للقاضي في تكييفه للطلاق ما اذا كان تعسفا ام لا .
- أن مسألة التعويض عن الطلاق التعسفي نجدها محل خلاف لدى فقهاء الشريعة الإسلامية بين مؤيد لها ومعارض .

- أن حق المطلقة في التعويض عن طلاقها التعسفي لا ينفي حقها في حصولها على المتعة المقررة لها شرعا رغم التشابه الكبير بين المتعة والتعويض وكذا مختلف توابع العصمة الزوجية .
- أن الاصل في الطلاق الحظر وهذا للمحافظة على شمل الأسرة من التشتت الا أنه يعتبر حق ثابت شرعا وهذا في حالة قيام الاسباب المشروعة فيه.
- التعسف يحدد بناءا على السلطة التقديرية للقاضي وفقا لما تنص عليه المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري .
- يعد النشوز سبب من بين الاسباب التي توجب التعويض لكلى الزوجين وفقا لما ورد في المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري .
- يعد طلاق المريض مرض الموت صورة من صور التعسف في الطلاق .
- القضاء الجزائري أخذ بنظرية التعسف في استعمال الحق وتوسيع تطبيقاتها التي نجد أحكامها في القانون المدني الجزائري .
- من القوانين التي أخذت بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي هو القانون الجزائري والاردني والسوري والمصري .
- عبء الإثبات يختلف في قضية الطلاق التعسفي حيث ان الزوجة لا تحتاج لإثبات التعسف وانما المطالب بإثبات عدم التعسف هو الزوج، وفي حالة ثبوت التعسف يلزم القاضي الحكم بالتعويض .
- لم يخالف المشرع الجزائري الشريعة الإسلامية في مسألة تقدير القاضي للتعويض جراء الطلاق التعسفي وهذا ما نجده في الشريعة الإسلامية ولأن ضرر الطلاق يختلف من حالة إلى اخرى وحسب عرف كل منطقة وهذا من أجل تحقيق أهم أساس يقوم عليه المجتمع وهو العدل.

- كون الاحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف اي أن الحكم يكون نهائي عند محكمة الدرجة الاولى ما عدا في الجوانب المادية، ومن بينها التعويض المتعلق بالطلاق التعسفي الذي يكون قابل للاستئناف والتمثيل يكون وجوبي بمحامي أمام محكمة ثاني درجة .

ثانيا: التوصيات والاقتراحات

-على المشرع الجزائري تحديد المعايير التي يقوم عليها الطلاق التعسفي وهذا من اجل التيسير من مهام القاضي في تكييف الطلاق ما اذا كان تعسفا ام لا .

-بالرجوع الى احكام المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري نجدها جاءت عامة فعلى المشرع الجزائري اعادة النظر فيما يخص أحكام الطلاق التعسفي والتعويض عنه ، حتى يتبين لنا كيفية تقدير التعويض وكذا المعايير والاسس التي اعتمدها وهذا من أجل حماية حقوق المتقاضيين من جهة ولفتح باب واسع لرقابة المحكمة العليا في تقدير التعويض من جهة اخرى .

-على القضاة عند تقديرهم للحكم بمبلغ التعويض مراعاة الحالة المادية والظروف المعيشية للمطلق، خاصة وانه بالرجوع الى الأحكام والقرارات القضائية المتعلقة بالتعويض عن الطلاق التعسفي نجدهم يقضون بمبالغ مرتفعة جدا تعيق كاهل المطلق وهذا زيادة الى مصاريف الطلاق و تبعاته.

-وفي الاخير نقترح على المشرع الجزائري استحداث نصوص قانونية جديدة تتعلق بمسائل الطلاق التعسفي والتعويض الناتج عنه، خاصة أننا نجد انفسنا أمام غموض ونقص للمواد القانونية الخاصة بهذه المسألة وهذا كنتيجة لما تشهده المحاكم لمثل هذه القضايا في الاونة الأخيرة.

قائمة المصادر والمراجع

أولا : قائمة المصادر

1- القرآن الكريم.

2- السنة النبوية.

3-النصوص القانونية:

*قانون رقم 11/84 المؤرخ في:09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في: 27 فبراير 2005.

*الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395ه الموافق ل 28 سبتمبر 1975، الذي يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، الصادر بتاريخ 30سبتمبر 1975.

* قانون رقم 22-13 مؤرخ في 12يوليو2022 ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-09 المؤرخ في 25-02-2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية، العدد 21 لسنة 2008.

*المرسوم التشريعي رقم 59 المؤرخ في 17-09-1953 المتضمن قانون الأحوال الشخصية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية السورية، العدد 63.

*القانون رقم 100 المؤرخ في:04-07-1985، المعدل لقانون 25 المؤرخ في 25-03-1925، المتضمن قانون الأحوال الشخصية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية المصرية، العدد 27"تابع" لسنة 1985.

*أمر بمقتضى علي من باي تونس، الصادر في 13أغسطس 1956، والذي دخل حيز التنفيذ في 01 يناير 1957 المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسي، العدد66.

4- الاجتهادات القضائية:

- المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - ملف رقم : 39731 - تاريخ 27/01/1986 مجلة قضائية - عدد 04 – تاريخ 1993.

المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية على رقم 15029 - تاريخ 18/06/1991 . المجلة القضائية - عدد 01 – 1992.

- المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - ملف رقم 216865- تاريخ 16/03/1999 -إجتهاد قضائي لسنة 2001 -عدد خاص.

-المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - قرار رقم 223019 تاريخ 15/06/1999 إجتهاد قضائي- عدد خاص – 1999

قرار المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - ملف رقم 235367 تاريخ 22/02/2000-اطلمجلة القضائية.

-المحكمة العليا -غرفة الأحوال الشخصية - ملف رقم 345709 تاريخ 12 / 10 / 2005 مجلة المحكمة العليا- العدد 02 – 2005

-المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية- ملف رقم 368660- قرار تاريخ 12/07/2006 - مجلة المحكمة العليا – العدد02 - 2006

-المحكمة العليا – غرفة الأحوال الشخصية - ملف رقم 372290 تاريخ 15/11/2006 - المجلة القضائية - العدد 01 - 2007

-المحكمة العليا – غرفة الأحوال الشخصية - على رقم 480240 تاريخ 11/02/2009-مجلة المحكمة العليا- العدد 01 - 2009

-المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية . ملف رقم 1333125 قرار تاريخ 04/12/2019 - مجلة المحكمة العليا – العدد 02- 2019.

محكمة البيض - قسم الأحوال الشخصية - قضية رقم 99/01 تاريخ 05/05 | 2001

- محكمة الخروب - قسم الأحوال الشخصية - قضية رقم (05/384) تاريخ 17/01/2006 فهرس رقم (06/51).

- مجلس قضاء قسنطينة محكمة الخروب - قسم شؤون الأسرة - رقم الجدول (11/00509) - رقم الفهرس (11/01398). - إجتهاد قضائي - ملف رقم (216865) - عدد خاص .

ثانيا : المراجع

1-الكتب :

1- أحمد فراج حسين ، أحكام الأسرة في الإسلام و الطلاق و حقوق الأولاد و نفقة الأقارب ، دون ذكر الجزء ،دون ذكر الطبعة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ،1998 .

2- أحمد نصر الجنيدي، الطلاق و التطليق و آثارهما، دون ذكر الجزء، دون ذكر الطبعة ، دار الكتب الثانوية ، مصر ، المجلة الكبرى -سبع بنات ، 2004.

3- أحمد نصر الجنيدي ، عدة النساء عقب الفراق أو الطلاق – تعريف العدة ، مشروعيتها ...، دون ذكر الجزء ، دون ذكر الطبعة ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2005 .

4- أحمد نصر الجنيدي ، موسعة الأحوال الشخصية ، الزواج – الطلاق – التفريق بين الزوجين ، ج1 ، دون ذكر الطبعة ، دار الكتاب القانونية ، مصر ، 2006.

5- أحمد محمد المومني ، و إسماعيل نواهضة ، الأحوال الشخصية: فقه الطلاق و الفسخ و التفريق و الخلع ،دون ذكر الجزء، الطبعة الأولى ، دار الميسرة للنشر و التوزيع و الطباعة ، عمان ، 2009 .

6- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري -مقدمة الخطبة – الزواج – الطلاق – الميراث – الوصية ، الجزء الأول : الزواج و الطلاق ، الطبعة الرابعة ، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية ، بن عكنون ، الجزائر ،, 2005.

7- أحمد محمد كليب ، الأحوال الشخصية ، (الطلاق ، الخلع و الظهار) على فيه المذاهب الأربعة و الإمام طاووس، دون ذكر الجزء ، الطبعة الأولى ، دار النفائس للنشر و التوزيع ، الأردن ، العبدلي ، 2010 .

8- إبراهيم بن محمد بن سالم، إبن ذوبان ، منار السبيل في شرح الدليل ، جزء 2 ، الطبعة 2 ، الرياض ، دار المعارف ، 1405ه.

9- الشرنباصي ، أحكام الشريعة الإسلامية ،دون ذكر الجزء، دون ذكر الطبعة، دون ذكر سنة النشر .

10- الحاكم المستدرك ، كتاب الطلاق ، 215 قال عقبه حديث صحيح على شرط الشيخين و لم يخرجاه ، دون ذكر سنة النشر.

11- تشوار الجيلالي ، الزواج و الطلاق اتجاه الإكتشافات الحديثة للعلوم الطبية البيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ،دون ذكر الجزء، دون ذكر الطبعة، 2010.

12- باديس ذيابي ، الرابطة الزوجية على ضوء القانون و الفضاء ، دار الهدى للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2008.

13- جمال فخري محمد جانم ، متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه و القانون ، الطبعة الأولى ، سنة 2009.

14- جمال فخري محمد جانم ، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه و القانون ، الطبعة 1 ، دار الحاصد ، الأردن ، 2009.

15- حسين أحمد فراج ، أحكام الأسرة في الإسلام و الطلاق و حقوق الأولاد و نفقة الأقارب ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، دون ذكر الطبعة ، 1998.

16- رسمية عبد الفتاح موسى الدوس ، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى ، دار قنديل، عمان، 2015.

17- سائح سنفوقة ، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجزء 1،طبعة جديدة ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2011.

18- طارق بن أنور آل سالم ، الواضح في أحكام الطلاق ، دار الإمام الطبعة و النشر و التوزيع ، الاسكندرية ، دون ذكر الطبعة ، 2004.

19- عبد الصمد محمد السيد ، أحكام الطلاق بين التقييد و الاطلاق – من منظور الفقه الإسلامي- الطبعة الأولى ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، 2019 .

20- عبد الرحمان الجزائري ، الفقه على المشاهب الأربعة ، الجزء 4 ، دون ذكر الطبعة ، دون ذكر سنة النشر.

21- عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم في الشريعة الإسلامية ، الجزء الثامن، الطبعة الاولى ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 1993.

22- عبد الهادي بن زيطة ، تعويض الضرر المعنوي ، في قانون الأسرة الجزائري ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، 2007.

23- عبد الرحمان بربارة ، مشروع قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،دون ذكر الطبعة ، دار بغدادي ، الجزائر ، 2009.

24- عبد السلام ذيب ، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، ترجمة المحكمة العادلة ، الطبعة الثالثة ، الجزائر ، 2012.

25- فراش ، الطلاق و آثاره المعنوية و المالية ، دون ذكر الطبعة ، دون ذكر سنة النشر.

26- فيض الله ، الطلاق و مذاهبه في الشريعة و القانون ، دون ذكر الطبعة ، دون ذكر سنة النشر.

27- محفوظ بن صغير ، قضايا الطلاق في الإجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02 ، الطبعة الأولى ، دار الوعي ، الجزائر ، 2012 .

28- محمد السرطاوي ، شرح قانون الأحوال الشخصية، دون ذكر الجزء، الطبعة 3 ، دار الفكر . عمان ، 2010.

29- محمد سعيد رمضان البوطي ، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ، الجزء الثامن ، الطبعة الأولى ، 1993.

30- محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير , 4 أجزاء ، دون ذكر الطبعة، دار الفكر ، بيروت، دون ذكر سنة النشر.

31- محمد بن عبد الله أبو عبد الله النيسابوري، الحاكم المستدرك على الصحيحين كتاب الطلاق ، 4 أجزاء ، دار العلمية ، بيروت ، 1411ه.

32- مبروك المصري ، الطلاق و آثاره من قانون الأسرة الجزائري ، دراسة فقهية مقارنة ، دار هومه ، دون ذكر سنة النشر.

33- محمد كمال الدين ، إمام و جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد في الفقه و القانون و القضاء ، منشورات الجلي الحقوقية ، دون ذكر السنة.

34- محمود علي السرطاوي ، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردنية ، منشورات الجامعة الأردنية ، عمان ، 1415.

35- فاطمة الزهراء ثبوت ، المولودة رابحي ، التعسف في إستعمال الحق و تطبيقاته القانونية و القضائية ، ديوان المطبوعات الجامعية 1 ، الساحة المركزية ، بن عكنون (الجزائر) ، دون ذكر السنة.

36- فريحة حسين ، مبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، طبعة جديدة و منقحة ، جزء 1 ، عين مليلة ، الجزائر ، 2011

37- فصيل العيش ، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، دون ذكر الطبعة ، منشورات شرح هين ، دون ذكر سنة .

38- نبيل صقر ، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، دار الهدى ، الجزائر ، 2008.

39- عبد الله بحماوي ، إجراءات إيقاع الطلاق بين الزوجين "دراسة نقدية" ، جامعة أحمد دراية ، أدرار ، الجزائر، دون ذكر السنة .

2-القواميس و المعاجم:

-أحمد بن الشيخ محمد الزرقاء ، شرح القواعد الفقهية الصحيحة و علق عليه مصطفى أحمد الزرقاء ، دار القلم ، دمشق ، 1495ه.

-الخطيب الشربيني ، مغنى المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج ، الجزء03 ، الطبعة 01 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1994.

-الريحاني مصطفي ، مطالب أولى النهي في شرح غاية المنتهى. 6 أجزاء المكتب الاسلامي ، دمشو، 1961 م ، وانظر البهوتي ، منصور بن يونس بن إدريس الروض المريح شرح زاد المستنقع 3 أجراء ، الرياض مكتبة الرياض الحديثة ،1990.

-الدسوقي ، محمد عرفة ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - 4 أجزاء تحقيق : محمد عليش، بيروت ، دارالفكر ، 1230ه.

-الرزقاء أحمد بن الشيخ محمد , شرح القواعد الفقهية الصحيحة وعلق عليه مصطفى أحمد الزرقاء 52، دار القلم، دمشق، 1490ه.

-ابن ذوبان ، إبراهيم بن محمد بن سالم ، منار السبيل في شرح الدليل، جزءان تحقيق عصام القلعجي، طبعة 02 ، دار المعارف، الرياض، 1405هـ.

-إبن كثير إسماعيل بن عمر بن كثير دمشقي أبو الفداء، تفسير القرآن العظيم 4 أجراء ، دار الفكر،بيروت، 1401ه . وأنظر الطبري ، محمد بن جرى بن زيد بن خالد أبو جعفر: جامع البيان عن تأويل أي قرآن، 30 جزء ، دار الفكر، بيروت ، 1405هـ .

-محمد بن يعقوب الفيرور الأبادي، قاموس المحيط وقاموس الوسيط فيما ذهب من لغة العرب . طبعة 06 ، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، بيروت د.س.ن.

-ابن منظور جمال الدين ، لسان العرب ، م 4 ،دار بيروت.

-مصطفى الريحاني ، مطالب أولى النهي في شرح غابة المنتهى ، 6 أجزاء , المكتب الإسلامي ، دمشق . 1961.

3-المقالات والمجلات:

-أحمد بن عيسى، بن فردية محمد، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية من خلال قانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات و البحوث القانونية، المجلد 08، العدد 1.

-أحمد نصر الجنيدي، الطلاق و التطليق و آثارهما، المجلة الكبرى، دار الكتب القانونية، 2004.

-أحمد بن عيسى، بن فردية محمد، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية من خلال قانون الأسرة الجزائري ، مجلة الدراسات و البحوث القانونية ، المجلد 08 ، العدد 01 ، مخبر السياحة الإقليم و المؤسسات ، جامعة غرداية ، 2023.

-الجيلالي تشوار ، الولاية على القاصر في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة و القانون المدني، مجلة التكنولوجيا و التنمية ، الوكالة الوطنية لتنمية البحث العلمية.

-جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكره ابن منظور الإفريقي المصري ، لسان العرب ، المجلد 09, دار صادر، بيروت .

-صالح بن سعيد المعمري ، صالح بن علي الشعيبي ، متعة الطلاق والتعويض عن الطلاق التعسفي ، دراسة مقارنة بين الفقه والقانون ، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية ، المجلد الثامن ، العدد الأول ،جامعة زيان عاشور ، الجلفة ، 2023.

-الدكتور سليمان ولد خسال ، سلطات القاضي في الطلاق التعسفي ، أستاذ محاضر بكلية الحقوق ،جامعة المدية ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، 2016

-شهرزاد بوسطلة, الطلاق بحكم القاضي وإشكالاته ، قراءة في نص المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02 ، مجلة العلوم القانونية

والسياسية ، مجلد 13 ،العدد 01 ، جامعة بسكرة ، مخبر الحقوق والحريات بالأنظمة المقارنة ، 2022.

-مجيد علي العبيد ، الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون ، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية ، عدد 03 ، بغداد، 2009.

-نجلاء بنت حمد بن علي مبارك ، متعة المطلقة, مجلة العدل ، كلية الآداب لجامعة الأمير بنت عبد الرحمن للبنات ، الرياض ، العدد 02 ، 2011.

-نورة تواتي ، تعسف الزوج في الطلاق وأثره في القانون الجرائري والشريعة الاسلامية ،مجلة القانون والعلوم السياسية ، المجلد 07 ، العدد02 ، المركز الجامعي صالح أحمد نعامة ، الجزائر، 2021.

- هشام ذبيح ،أحكام الطلاق والتطليق و أثر قانون الأسرة فيها على حمايةالأبناء ،مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، جامعة محمد خيضر ،بسكرة، 2017.

4-المحاضرات:

-أ-د العربي بلحاج ، نظرية الدعوى في قانون الإجراءات المدنية ، سلسلة من محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة وهران ،1989.

-أ- سفيان حديدان ، منازعات شؤون الأسرة ، محاضرات ألقيت على طلبة الماستر 2 ، تخصص قانون الأسرة ، جامعة 8 ماي 1945 ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق ، قالمة ، السنة الجامعية 2023-2024.

5-الأطروحات والمذكرات الجامعية:

أ- أطروحات الدكتوراه:

-سعادي لعلى ، الزواج وإنحلاله في قانون الأسرة الجزائري ، دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الجرائر، 2014 – 2015.

-صلوح المكي ، الاجتهاد القضائي في الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي والقانون الدولي المقارن ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه (ل.م.د) في العلوم الإسلامية ،تخصص شريعة وقانون ، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية ،جامعة وهران 1 أحمد بن بلة – 2021.

-عبد الفتاح تقية ، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون ، كلية الحقوق ,جامعة الجزائر ،بن عكنون ، 2007.

-محمد بربير ، مركز الفقه المالكي في كانون الأسرة الجزائري ، أحكام الزواج والطلاق ، أطروحة دكتوراه القانون الخاص ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1 بن يوسف بن خدة، نوقشت بتاريخ 17 ديسمبر 2020

ب- رسائل الماجستير:

-ساجدة عفيف ، محمد رشيد عتيلي ، الطلاق التعسفي وتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني ، أطروحة إستكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في الفقه والتشريع بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس ، فلسطين، 2011.

-يوسف مسعودي ، الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، المركز القانوني ، بشار ، 2006-2007.

ج-مذكرات الماستر

-ابتسام محاتمي ، مذكرة لنيل شهادة الماستر أكاديمي ، الطلاق وإشكالاته في قانون الأسرة الجزائري ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، تخصص أحوال شخصية ، جامعة محمد بوضياف ،المسيلة ،2017 -2016 .

-حياة خطاب، الطلاق التعسفي وآثاره في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015/2014.

-صورية رانيا بن عمارة ، الطلاق التعسفي والتعويض عنه في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم القانون ، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم ، 2020/2019.

-مسعودة بودية ، الطلاق التعسفي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص أحوال شخصية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، جامعة محمد بوضياف ،المسيلة ،2015/2016.

6-الرسائل القضائية:

-عمار بن أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في الزواج وإنحلاله ،مذكرة لنيل التخرج إجازة المدرسة العليا ، الدفعة السادسة عشر، وإنحاله ، 2005-2008.

الملاحق

ملف رقم 368660 قرار بتاريخ 2006/07/12

قضيـــة (ج-ب) ضـــد (ج-أ)

الموضـــوع : تعويض – طلاق تعسفـــي.

قانون الأسرة : المـــادة : 79.

المبـــدأ : تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص قضاة الموضوع بها دون غيرهم.

إن المحكمـــة العليـــا

في جلستها العلنيـــة المنعقدة بمقرها الكائن بشارع 11 ديسمبـــر 1960 الأبيار الجزائر العاصمـــة.

بعـــد المداولـــة القانونية أصدرت القرار الأتي نصـــه : وبناء على المواد : 231،233،234،235،239،240،241،242،243،244 ومـــا يليها 257 وما بعدها، 264 إلى 271 من قـــانون الإجراءات المدنية.

بعد الإطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بتاريخ 2004/08/22.

بعد الاستماع إلى السيد لعوامري علاوة رئيس غرفة الأحوال الشخصية والمواريث والقاضي المقرر في تلاوة تقريره المكتوب وإلى السيدة خيرات مليكة المحامية العامة في تقديم طلباتها المكتوبة.

حيث طالب (ج-ب) نقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء بجاية في السابع من شهر جويلية سنة ألفين وأربعة قضى بالمصادقة مبدئيا على الحكم المستانف وتعديله برفع مبلغ التعويض إلى ثلاث مائة ألف دينار جزائري (300.000.00 دينار جزائري).

حيث أن المطعون ضده أرسلت له نسخة من عريضة الطعن بواسطة البريد المضمون الوصول وقد أجاب عليها محاميه الأستاذ خرف الله احمد الذي طالب برفض الطعن.

وحيث طلبت النيابة العامة رفض الطعن.

حيث ان الطعن قد استوفى شروطه القانونية الشكلية فهو مقبول شكلا.

وحيث استند الطاعن في طعنه على وجهين :

الوجه الأول: مأخوذ من مخالفة قواعد جوهرية عملا بالمادة 233، بدعوى ان القرار محل الطاعن أغفل ذكر تاريخ المداولة خرقا لأحكام المادة : 144 من قانون الإجراءات المدنية إذ اكتفى بذكر تاريخ التقرير الذي يختلف عن تاريخ المداولة كما أغفل ذكر المستندات والوثائق المقدمة لملف القضية، كما أغفل الرد على طلبات الطاعن.

الوجه الثاني : مأخوذ من قصور التسبيب 233 : بدعوى أن القرار المطعون فيه ناقص التسبيب إذ اكتفى بالقول ان العشرة الزوجية دامت مدة طويلة تفوق(40) سنة وبالتالي وجبرا للضرر اللاحق بالمستانفة (المطعون ضدها حاليا) يتعين رفع مبلغ التعويض المحكوم به إلى الحد المعقول ليقضي برفع مبلغ التعويض إلى ثلاثين مليون سنتيم وان المبلغ المحكوم به جد مبالغا فيه بالنظر إلى القدرة المالية للطاعن الذي لا يتقاضى إلا منحة التقاعد التي لا تكاد تكفيه.

عن الوجهين المثارين :

حيث ان القرار المنتقد لم يخالف أية قاعدة جوهرية في الإجراءات، وغير مشوب بالقصور، وذلك لان السهو عن الإشارة لتاريخ المداولة، بالقرار المنتقد لا يعيبه ولا يعرضه للنقض والإبطال لأن المهم هو وقوع المداولة وهو ما وقع فعلا في قضية الحال. وحيث ان الإدعاء

بأن القرار محل الطعن لم يشر إلى الوثائق المقدمة من طرف الطاعـــن و لم يجبه على طلبات قدمها الطاعن.

لكـــن حيث ان هذا الإدعاء لا يمكن قبوله لان الطاعن لم يذكر الوثائق التي قدمها لقضاة الإستئناف وتجاهلها هؤلاء و لم يشيروا إليها في قرارهم المنتقد كما انه لم يذكر الطلبات التي قدمها و لم يجيبوه عليها.

وحيث ان تحديد التعويضً عن الطلاق التعسفي يعد من المسائـــل التقديرية التي يعود الإختصاص فيها لقضاة الموضوع دون غيرهم، إضافة إلى ذلك فإن طلاق امرأة بعد زواج دام أربعين سنة دون مبرر لا يعـــوض بأي مبلغ من المال، الامر الذي يجعل وجهي الطعن غير مؤسسين مما يستلزم ردهما وتبعا لذلك رفض الطعن،

وحيث من خسر طعنه يحمل بالمصاريف القضائية عملا بأحكام المادة : (270) من قانون الإجراءات المدنيـــة.

فلهـــذه الأسبـــــاب

– تقـــرر المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث :

قبـــول الطعن شكلا ورفضه موضوعا، وتحميل الطاعن بالمصاريف القضائيـــة.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الثاني عشر من شهر جويلية سنة ألفين وستة ميلادية من قبل المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية المتكونة من السادة :

لعوامري علاوة	الرئيس والقاضي المقرر
أمقران المهدي	المستشار
ملاك الهاشمي	المستشار
نعمان السعيد	المستشار
بوزيد لخضر	المستشار

وبحضور السيدة/ خيرات مليكة المحامية العامة.

وبمساعدة السيد/ محروق إسماعيل أمين الضبط.

ملف رقم 1307506 قرار بتاريخ 2019/09/04

قضية (م.ز) ضد (ب.م) بحضور النيابة العامة

الموضوع: طلاق

الكلمات الأساسية: طلاق تعسفي - جلسة الصلح - تنفيذ الحكم - محضر امتناع عن الرجوع - نشوز - تعويض.

المرجع القانوني: المادتان 52 و55 من قانون الأسرة.

المبدأ: لا يعتد بامتناع الزوجة عن الرجوع لمسكن الزوجية أثناء جلسة الصلح إلا إذا صدر حكم يقضي بذلك وتم تنفيذه وحرر محضر امتناع عن الرجوع، لتأخذ حكم الناشز وتحرم من التعويض.

إن المحكمة العليا

بناء على المواد 349 إلى 360 و377 و378 و557 إلى 581 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى، وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بأمانة ضبط مجلس قضاء مستغانم بتاريخ 2018/01/24.

بعد الاستماع إلى السيد رزقاني معمر المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب، وإلى السيدة عودي زهية المحامية العامة في تقديم طلباتها المكتوبة الرامية إلى نقض القرار.

وعليه فإن المحكمة العليا

حيث إن الطاعنة (م.ز) طعنت بطريق النقض بتاريخ 2018/01/24 بموجب العريضة المقدمة بواسطة الأستاذة بن عدة فوزية المحامية المعتمدة لدى المحكمة العليا ضد القرار الصادر عن غرفة شؤون الأسرة لمجلس قضاء مستغانم بتاريخ 2017/11/14 فهرس رقم

17/01583 القاضي بتأييد الحكم مبدئيا وتعديلا له رفع نفقة العدة إلى ثلاثين ألف دينار والباقي بدون تغيير.

حيث يستخلص من ملف القضية أنه بتاريخ 2017/04/09 أقام المطعون ضده دعوى ضد الطاعنة طالبا فك الرابطة الزوجية بالطلاق، أجابت الطاعنة طالبة الرجوع مع إلزامه بدفع 8000 دج كنفقة إهمال تسري من تاريخ رفع الدعوى واحتياطيا وفي حالة إصراره على الطلاق طالبت بحقوقها المطلوبة وهي الدعوى التي صدر بشأنها الحكم المؤرخ في 2017/06/20 القاضي بفك الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج بين الطرفين مع أمر ضابط الحالة المدنية لبلدية مزغران بتسجيله والتأشير به على هامش عقد زواجهما وشهادتي ميلادهما حسب الاختصاص، وإلزام المطعون ضده بأن يدفع لمطلقته المبالغ التالية 20.000 دج نفقة عدة و4000 دج نفقة إهمال تسري من تاريخ رفع الدعوى الموافق لـ2017/04/09 إلى غاية صدور الحكم ورفض ما زاد عن ذلك من طلبات المؤيد والمعدل بالقرار المطعون فيه.

حيث إن الطاعنة أثارت **وجها وحيدا** للطعن لتأسيس طعنها.

حيث إن المطعون ضده المبلغ لم يرد على عريضة الطعن.

وعليه

من حيث الشكل:

حيث إن الطعن بالنقض استوفى أوضاعه الشكلية المقررة قانونا خاصة ما تعلق منه باحترام الإجراءات والآجال فهو مقبول شكلا.

من حيث الموضوع:

عن الوجه الوحيد: والمأخوذ من مخالفة القانون الداخلي،

بدعوى أن قضاة الموضوع قد أخطأوا في تطبيق القانون ما دام لم يثبت نشوزها ومادام أن الطلاق وقع بالإرادة المنفردة للزوج ولأنه لا ينكر واقعة الزواج من امرأة ثانية أجنبية فكان على قضاة الموضوع تمكينها من التعويض عن الطلاق التعسفي غير أنهم رفضوا طلبها مخالفين بذلك أحكام المادة 52 من قانون الأسرة.

حيث إن المادة 52 من قانون الأسرة تنص على أنه إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

حيث إن قضاة الموضوع رفضوا طلب التعويض عن الطلاق التعسفي على أساس أن الطاعنة رفضت الرجوع إلى مسكن الزوجية أثناء جلسة الصلح مع أن رفض الرجوع إلى مسكن الزوجية لا يعتد به إلا إذا صدر حكم يقضي بذلك وتم تنفيذه طبقا للقانون وما جرى عليه اجتهاد المحكمة العليا ورفضت الرجوع وحرر المحضر القضائي محضر امتناع عن الرجوع وتأخذ بذلك حكم الناشز وتتحمل مسؤولية الطلاق وتحرم من التعويض عن فك الرابطة الزوجية مما يجعل الوجه سديد ويتعين نقض القرار جزئيا فيما يخص مسؤولية الطلاق والتعويض عنه.

حيث إن المصاريف القضائية يتحملها من خسر الدعوى وفقا لأحكام المادة 378 من الإجراءات المدنية والإدارية.

فلهـــذه الأســـبـاب

قررت المحكمة العليا - غرفة شؤون الأسرة والمواريث:

قبول الطعن بالنقض شكلا وموضوعا ونقض وإبطال جزئيا القرار المطعون فيه الصادر عن غرفة شؤون الأسرة لمجلس قضاء مستغانم بتاريخ 2017/11/14 فهرس 17/01583 فيما يخص مسؤولية الطلاق والتعويض عنه وإحالة القضية والأطراف أمام نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها طبقا للقانون.

والمصاريف القضائية على المطعون ضده.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الرابع من شهر سبتمبر سنة ألفين وتسعة عشر من قبل المحكمة العليـــا - غرفة شؤون الأسرة والمواريث، والمتركبة من الســـادة:

الضاوي عبد القادر	رئيس الغرفة رئيسا
رزقـــاني معمـــر	مستشارا مقـــررا

ملاك الهاشمي مستشارا

بالأبيض أحمد مستشارا

بحضور السيدة: عودي زهية - المحامي العام،

وبمساعدة السيد: طريفي سمير - أمين الضبط.

ملف رقم 448305 قرار بتاريخ 2008/10/15

قضيــة (ع.ف) ضــد (ز.ع)

الموضــوع : نشــوز-سكــن -تعــويض.

قانــون الأســرة : المــادة : 55.

المبــدأ : لا تتوفر حالة نشوز الزوجة، عند إقامتها ببيت أهلها و عدم توفير الزوج السكن.

إن المحكمــة العلــيا

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها شارع 11 ديسمبر 1960، الأبيار، بن عكنون،الجزائر.

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه :

بنــاء على المــواد : 231، 233، 239، 244، 257 وما يليها من قانــون الإجراءات المدنية.

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى، و على عريضة الطعن بالنقض المودعة لدى رئاسة أمانة الضبط بالمحكمة العليا بتاريخ 2006/06/17 من قبل محامي الطاعنة، وعلى مذكرة الرد المقدمة من قبل محامي المطعون ضدها.

بعد الاستماع إلى السيد فضيل عيسى المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب، وإلى السيدة خيرات مليكة المحامية العامة في تقديم طلباتها المكتوبة، الرامية إلى رفض الطعن بالنقض.

وعلــيه فــإن المحكمــة العلــيا

حيث أن المسمــاة (ع.ف) قد طعنت بالنقض، بموجب عريضة قدمتهــا بواسطة محاميها الأستاذ بلهواري محمد المعتمد لدى المحكمة العليا، ضد القرار

الصادر عن مجلس قضاء وهران بتاريخ 2006/04/19 القاضي حضوريا نهائيا بالمصادقة على الحكم المستأنف الصادر عن محكمة وهران بتاريخ 2005/10/29 القاضي بالطلاق بين الطرفين، وإلزام المطلق بدفعه لمطلقته مبلغ 20000 دج مقابل نفقة العدة، وإلزام المطلقة بدفعها لمطلقها مبلغ 2000 دج تعويضا عن الطلاق، إسناد حضانة البنت لأمها على نفقة والدها حسب مبلغ 2000 دج ابتداء من تاريخ رفع الدعوى إلى حين سقوطها شرعا ومنح الأب حق الزيارة، إلزامها بإرجاعها له أثاثه المنوه عنه في الحكم.

وقد استندت في طعنها إلى **وجهين**.

الوجه الأول : المأخوذ من انعدام الأساس القانوني للقرار،

بدعوى ان القرار المطعون فيه مجحف بحق الطاعنة، وذلك لانه لا يوجد حكم بالنشوز، وان حالة النشوز غير متوفرة في الدعوى الحالية ذلك ان البيت الزوجي كان متواجدا ببيت أهل الزوجة والدليل على ذلك هو تصريح المطعون ضده في الحكم الابتدائي في الصفحة الأولى في مذكرته الجوابية "أنه فيما يخص المصوغ فقد ترك بعض الأغراض عند مغادرته للسكن، الأمر الذي يدل على انه كان يقيم ببيت الزوجة وقد غادره وأن الطاعنة كانت مستعدة للرجوع إلى زوجها على أن يوفر لها السكن الشيء الذي لم يقم به إطلاقا ، وعلاوة على ذلك فإن الطاعنة هي التي قامت برفع الدعوى من أجل المطالبة بالنفقة الغذائية، أي أنها هي التي سعت إلى الرجوع إلى بيتها فكيف يحكم عليها بالنشوز.

الوجه الثاني: المأخوذ من انعدام أو قصور أو تناقض الأسباب،

بدعوى ان القرار المطعون فيه قد اكتفى بسرد الوقائع دون تثبيتها، وقد صدر متناقضا في حيثياته مثل الحيثية الرابعة في الصفحة الثالثة إذ ورد ما يلي:

حيث أنهـــا اتضح للمجلس من خلال حيثيات الحكـــم المعاد بان المستأنفـــة امتنعت عن تنفيذ الحكم الصادر بتاريخ 2004/06/20 القاضي باستئناف الحياة الزوجية بينهما مما يوضح جليا نشوز المستأنفة والذي يؤدي إلى حرمانها

من التعويض عن الطلاق ونفقة الإهمال، ومن ثم فإن القاضي قد قضى بالحكم عليها بدفع التعويض لزوجها على أساس النشوز دون وجود الحكم الذي يثبته وانه لم يتسن لها الرجوع إلى البيت الزوجي لأن الزوج هو الذي غادر البيت الزوجي المتواجد ببيت أهل الزوجة لأنها كانت توفر له السكن المذكور، وكذلك العمل بالمحل التجاري الذي هو ملك لأهلها.

حيث أن المطعون ضده قد أودع مذكرة للرد بواسطة محاميه الأستاذ بن نقموش قادة مختار، طلب بموجبها القضاء برفض الطعن.

من حيث الشكل : حيث أن الطعن بالنقض، قد وقع في أجله القانوني، و استوفى أوضاعه الشكلية، طبقا لأحكام المواد : 235، 240، 241 من قانون الإجراءات المدنية، ومن ثم فهو صحيح ومقبول شكلا.

من حيث الموضوع :

عن الوجه الأول والثاني معا لتشابههما :

حيث ان نشوز الزوجة يقتضي امتناعها عن الرجوع إلى البيت الزوجي الموفر لها مسبقا من قبل الزوج، والمحكوم عليها بالرجوع إليه.

وحيث أنه قد ثبت من القرار المطعون فيه أن الزوج المطعون ضده لم يكن قد وفر للطاعنة البيت الزوجي، وإنما كان يقيم عندها في بيت أهلها، ومن ثم فإنه لا يعقل ولا يتصور نشوز الزوجة الطاعنة، وهي تقيم بمسكن أهلها، ومن ثم فإن قضاة المجلس بمصادقتهم على الحكم المستأنف القاضي بحرمانها من التعويض عن الطلاق وإلزامها بدفع ذلك التعويض للمطعون ضده استنادا إلى نشوزها، الغير ثابت، يكونون قد أخطأوا في تطبيق القانون وفشلوا في إعطاء تسبيب مقنع لقرارهم، وعليه فإن الوجهين المثارين من قبل الطاعنة، يعتبران مؤسسين، ويتعين استنادا إليهما القضاء بنقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يتعلق بمسؤولية الطلاق الخاصة "بالنشوز"، وبإحالة القضية و الطرفين إلى نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون.

وحيث أنه يتعين القضاء بتحميل المطعون ضده بالمصاريف القضائية، وذلك طبقا لأحكام المادة 270 من قانون الإجراءات المدنية.

فلهـــذه الأســـباب

قضت المحكمـــة العليـــا :

غرفة الأحوال الشخصية والمواريث :

بقبول الطعن بالنقض شكلا و موضوعا.

و بنقض و إبطال القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء وهران بتاريخ 2006/04/19 جزئيا، فيما يخص النشوز، و بإحالة القضية و الطرفين إلى نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون.

و بتحميل المطعون ضده بالمصاريف القضائية.

بذا صـدر القـرار و وقـع التصريح بـه في الجلسـة العلنيـة المنعقـدة بتـاريـخ الخامس عشر من شهـر أكتوبر سنـة ألفيـن و ثمانيـة من قبل المحكمة العليـا – غرفة الأحوال الشخصية و المتركبة من السـادة :

علاوة لعوامـــري	رئيس الغرفة رئيسا
فضيـــل عيســـى	مستشـارا مقـــررا
امقـــران مهـــدي	مستشـــــــارا
مـــلاك الهاشمـــي	مستشـــــــارا
بوزيـــد لخضـــر	مستشـــــــارا
الضاوي عبد القادر	مستشـــــــارا

بحضـور السيـدة : خيرات مليكة–المحامي العـام،

و بمساعـدة السـيد: زاوي ناصر–أميـن الضبـط.

الفهرس

فهرس	صفحة
شكر وإهداء	
مقدمة	**أ-د**
الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتعسف في استعمال الحق في طلب الطلاق	**1**
المبحث الأول: النظرية العامة للتعسف في إستعمال الحق في طلب الطلاق	**2**
المطلب الأول : ماهية الطلاق	**2**
الفرع الأول : مفهوم الطلاق	**2**
أولا : تعريف الطلاق	**2**
ثانيا : أنواع الطلاق	**4**
الفرع الثاني : أركان وصور الطلاق	**8**
أولا: أركان الطلاق	**8**
ثانيا : صور الطلاق	**10**
الفرع الثالث : حكم ومشروعية الطلاق	**12**
أولا : حكم الطلاق	**12**
ثانيا : مشروعية الطلاق	**14**
المطلب الثاني : مفهوم التعسف في الطلاق	**17**
الفرع الأول : تعريف التعسف	**17**
أولا: لغة	**17**
ثانيا : اصطلاحا	**17**
ثالثا : قانونا	**18**
الفرع الثاني : التعسف في استعمال الحق في واقعة الطلاق وموقف المشرع الجزائري منه	**18**
أولا: تعريف الطلاق التعسفي	**18**
ثانيا: شروط التعسف في الطلاق	**18**
ثالثا : معايير التعسف في الطلاق وصوره	**19**
رابعا: موقف المشرع الجزائري من التعسف في الطلاق	**22**
المبحث الثاني : التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي والقوانين المقارنة	**24**
المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي من التعويض عن الطلاق التعسفي	**24**
الفرع الأول : مفهوم الضرر والمتعة	**24**
أولا : مفهوم الضرر	**24**
ثانيا : مفهوم المتعة	**25**
الفرع الثاني : حكم التعويض عن الطلاق التعسفي	**27**
المطلب الثاني : موقف القوانين المقارنة من التعويض عن الطلاق التعسفي	**29**
الفرع الأول : حكم التعويض عن الطلاق التعسفي في قوانين الأحوال الشخصية العربية	**29**
أولا : القانون الأردني	**29**
ثانيا : القانون السوري .	**30**
ثالثا : القانون المصري	**30**
رابعا : مشروع القانون العربي الموحد	**30**
الفرع الثاني : في قوانين الأحوال الشخصية المغاربية	**30**

أولا: القانون التونسي	30
ثانيا : القانون المغربي	31
ملخص الفصل الأول	32
الفصل الثاني : مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي	33
المبحث الأول : مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي	34
المطلب الأول: تعريف التعويض عن الطلاق التعسفي	34
الفرع الأول: التعريف اللغوي و الاصطلاحي	34
أولا : لغة	34
ثانيا : اصطلاحا.	34
ثالثا: قانونا	35
الفرع الثاني : مشروعية التعويض والحكمة منه	35
أولا : مشروعية التعويض	35
ثانيا : الحكمة من مشروعية التعريض	36
الفرع الثالث : علاقة التعويض بالمتعة	36
أولا : أوجه التشابه والاختلاف بين المتعة والتعويض	36
ثانيا : موقف الفقهاء في الجمع بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي	37
ثالثا : الرابطة بين نفقة المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي	38
رابعا: موقف القضاء الجزائري من المسألة	39
المطلب الثاني : طبيعة وشروط التعويض عن الطلاق التعسفي	40
الفرع الأول: طبيعة التعويض عن الطلاق التعسفي	40
الفرع الثاني : شروط التعويض عن الطلاق التعسفي	41
أولا : أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين	41
ثانيا : أن يكون الزوج صاحب الأمر في الطلاق بإرادته المنفردة	42
ثالثا : أن يكون الزوج متعسفا في طلب الطلاق	42
المبحث الثاني : سلطة القاضي في تقدير التعويض المناسب وإجراءات التقاضي في دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي	44
المطلب الأول: حدود سلطة القاضي في تقدير التعويض المناسب	44
الفرع الأول : الأسس المعتمدة في التعويض عن الطلاق التعسفي	44
أولا : مراعاة ظروف الملابسة	44
ثانيا : مراعاة سوء نية الزوج	44
الفرع الثاني : طرق التعويض عن الطلاق التعسفي	45
أولا : التعويض العيني	45
ثانيا . التعويض النقدي	46
الفرع الثالث : كيفية ومقدار التعويض	46
المطلب الثاني : إجراءات التقاضي للحصول على التعويض عن الطلاق التعسفي	49
الفرع الأول : الإجراءات الشكلية لرفع دعوى الطلاق	49
اولا : شروط قبول الدعوى	49
ثانيا : الاختصاص القضائي	51

الفرع الثاني : إجراءات سير دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي	**55**
أولا : تقديم عريضة افتتاح الدعوى	**55**
ثانيا : إجراءات الصلح والتحكيم	**55**
ملخص الفصل الثاني :	**59**
الخاتمة	**60**
قائمة المصادر والمراجع .	**63**
فهرس المحتويات	**74**

ملخص المذكرة:

يعد الطلاق آخر حل يلجأ إليه الزوجين بعد فشل مساعي الصلح بينهما، حيث أولت الشريعة الإسلامية وكذا القوانين الوضعية ومن بينها القانون الجزائري عناية بالغة له وأقرت الطلاق كحق مقرر للزوج من خلال منحه العصمة الزوجية التي تكون بيده لأنه الأجدر في ضبط مشاعره أكثر من المرأة والأكثر قدرة على التحكم بعيدا على العواطف.

إلا أنه وفي بعض الاحيان قد يسيء صاحب الحق في استعماله أي الزوج ،وهنا نكون أمام نظرية التعسف في استعمال الحق التي نجد احكامها في القانون المدني الجزائري، وهو ما سيكون محور دراستنا المعنونة ب"التعويض عن الطلاق التعسفي"، ولكي لا يكون هناك ظلم وإجحاف بحق الزوجة جراء طلاقها دون مبرر شرعي مما يسبب لها ضرر يستوجب التعويض، حيث نجد أن الشريعة الإسلامية وكذا القوانين الوضعية اهتموا بهذا الجانب من خلال منحها الحق في اللجوء إلى القضاء لرفع الضرر الواقع عليها بسبب الطلاق التعسفي، والذي أعطى للقاضي سلطة تحديد مدى تعسف الزوج في طلاقه وتحديد مقدار التعويض الناتج عنه وفقا لما نصت عليه المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري ،إلا أن هذه المادة جاءت عامة و موسعة لسلطات القاضي في هذا الشأن مما يجعله يجتهد أكثر في إصداره للأحكام و القرارات.

الكلمات المفتاحية:

1/الطلاق التعسفي 2/ التعويض عن الطلاق التعسفي 3/سلطة القاضي في تقدير التعويض 4/إجراءات دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي.

General Summary :

Divorce is considered the last resort for couples after the failure of reconciliation efforts between them. Islamic law and secular laws, including Algerian law, have given great importance to divorce and have recognized it as a prescribed right for the husband through granting him marital immunity, as he is deemed more capable of controlling his emotions than the woman and better able to regulate them away from emotions.

However, sometimes the husband may misuse this right, and this leads us to the theory of abuse of rights, which is evident in Algerian civil law. This will be the focus of our study titled "Compensation for Arbitrary Divorce" in order to prevent injustice and harm to the wife without legitimate justification that causes her harm, which necessitates compensation. We find that Islamic law and secular laws have addressed this aspect by granting the wife the right to resort to the judiciary to redress the harm caused to her as a result of arbitrary divorce. This has given the judge the authority to determine the extent of the husband's arbitrariness in his divorce and to determine the amount of compensation resulting from it, in accordance with Article 52 of the Algerian Family Law. However, this article is general and expansive in the judge's powers in this matter, which requires the judge to exert more effort in issuing judgments and decisions.

Key words:

1/ arbitrary divorce 2/ Compensation for arbitrary divorce

3/ The judge's authority to assess compensation 4/Procedures for claiming compensation for arbitrary divorce.

Résumé du mémoire :

Le divorce est la dernière solution à laquelle recourent les époux après l'échec des efforts de réconciliation, car la loi islamique ainsi que les lois statutaires, dont le droit algérien, y ont prêté une grande attention et ont reconnu le divorce comme un droit reconnu au mari en lui accordant la protection conjugale qui est entre ses mains car il est mieux à même de contrôler ses sentiments que la femme et est plus capable de contrôler ses émotions.

Cependant, il arrive parfois que le titulaire du droit, c'est-à-dire le mari, en fasse un usage abusif, et l'on se retrouve ici face à la théorie de l'abus de droit, dont on retrouve les dispositions dans le Code civil algérien, et qui fera l'objet de notre étude intitulée « Indemnisation en cas de divorce arbitraire », afin qu'il n'y ait pas d'injustice et d'injustice. Le droit de l'épouse à la suite de son divorce sans justification légale, qui lui cause un préjudice qui nécessite une indemnisation. Nous constatons que la loi islamique, ainsi que les lois créées par l'homme, ont prêté attention à cet aspect en lui accordant le droit de recourir au système judiciaire pour réparer les dommages qui lui ont été causés par un divorce arbitraire, ce qui a donné au juge le pouvoir de déterminer le mesure de l'arbitraire du mari dans son divorce et déterminer le montant de l'indemnisation qui en résulte conformément à ce qui est stipulé à l'article 52 de la Loi sur la famille algérienne, mais cet article est général et élargit les pouvoirs du juge en cette matière, ce qui rend. il travaille avec plus de diligence pour rendre des décisions et des jugements.

les mots clés:

1/ Divorce arbitraire 2/ Indemnisation en cas de divorce arbitraire 3/ Pouvoir du juge d’estimer l’indemnisation 4/ Procédures pour demander une indemnisation en cas de divorce arbitraire.