

جامعة عمار ثليجي بالأغواط
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



التعويض في الطلاق التعسفي

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص : عقود ومسؤولية

إشراف الدكتور:

عمران عائشة

إعداد الطلبة:

قريشي عبد الاله

شاحي سعيد

لجنة المناقشة :

رئيسا

مشرفا ومقررا

مناقشا

الدكتور : غريبي عطاء الله

الدكتور : عمران عائشة

الدكتور : قوق ام الخير

السنة الجامعية : 2020-2021

كلمة شكر

الحمد لله والشكر الى من تخشع بذكره الكائنات وتزلزل باسمه
السموات والارض الاول والظاهر ، الباطن
احمده حمد الشاكرين ولنعمه الذاكرين.

كما يسعدنا أن تتقدم بأسمى عبارات التقدير وجزيل الشكر
إلى من الدكتوراة عمران عائشة التي لم تبخل علينا بنصائحها
القيمة

والتي مهدت لنا الطريق لإتمام هذا البحث
نتوجه بالشكر الجزيل إلى كل من ساعدنا على إنجاز هذا
البحث

سواء من قريب أو من بعيد ،

قريشي عبد الإله

شاحي سعيد

الإهداء

إلى رمز الحنان وعنوان الأمومة

إلى هبة الرب وكمال الود وصفاء القلب

إلى الحائرة دوما عني والمشتاقة دائما والحنونة أبدا علي

أمي الغالية .

إلى الذي ينقذ عرما . ويتقد قوة . ويتدفق حلما ، ويفيض كرما سماحة ،

ويتلفظ حكما .

أبي العزيز

إلى كل من كانوا ولا زالوا سند لي في الحياة : إخوتي وأخواتي

إلى جميع الاصدقاء والرفقاء في كل مكان

أهدي هذا الجهد المتواضع.

قريشي عبد الإله

الإهداء

الحمد لله الذي انار لي طريقتي وكان لي عوناً
الى اغلى ما املك في الوجود امي
الى من اكن له الاحترام والتقدير والعرفان مثلي ونور طريقتي
ابي العزيز رحمه الله
الى نبع امودة الفياض اخوتي واخواني
الى كل من كان له الاثر الطيب في حياتي
الى كل من مد لي يد المساعدة
الى كل الذين كانوا لي اليد الطيبة اهدي هذا العمل الطنواضع
شاحي سعيد

مقدمة

مقدمة

تقوم الرابطة الزوجية على التماسك والتسامح واحترام الزوجين لبعضهما البعض، كذا لاستقرار هاته الحياة الزوجية و بذلك يعتبر الزواج رابطة إنسانية مقدسة و كانت عناية الشريعة الإسلامية بالزواج أكثر م الشرائع الأخرى.

إلا أن الزواج قد يتعرض للفشل و يعجز عن تحقيق الهدف المتوخى منه بأي سبب من الأسباب وبذلك تختل العلاقة الزوجية بين الزوجين و تحل الفجوة محل المودة و يصبح التنافر هو المحتكم فيكون الطلاق هو الأولى، فالطلاق إذن ضرورة أجاز اللجوء إليها كل من الشرع و القانون في حال تعذر الحياة الزوجية .

وقد نظم المشرع الجزائري طبقا لنص المادة 48 من قانون الاسرة أحكامه و بين الحقوق و الواجبات المترتبة عليه و إعتبره أحد أهم واعتبر الطلاق احد أسباب فك الرابطة الزوجية وذلك بالإرادة المنفردة للزوج إلا أن القانون بإعطاء هذا الحق للزوج وحده قيده من ناحية أخرى بعدم التعسف في إطلاقه لأن استعمال هذا الحق في غير ما شرع له يلحق ضررا والضرر ممنوع في الشرع و القانون وعليه إذا كان الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج حق ثابت فانه يمكن ان يتعسف في استعمال هذا الحق ومنه يكون طلاق تعسفي .

و نحن هنا بصدد دراسة الطلاق الواقع بارادة منفردة وهو الاصل بحيث هو حق شرعي وقانوني مقرر للزوج الا ان انعدام السبب الجدي في توقيع هذا النوع من الطرق فإذا طالب الزوج بالطلاق وأصر عليه رغم محاولات الصلح، وعدم تقيده بسبب شرعي، أو مبرر الذي أدى إلى الطلاق والتصرف دون الحادة له، سينبثق عليه واقعة قانونية جديدة يترتب عنها الأثر القانوني، فمن خلال تصرفه هذا يعتبر خارجا عن الحدود الشرعية لاستعمال الحق، فأصبح من خلاله واقعا تحت طائلة التعسف في استعمال الحق والذي سينبثق عليه ما يسمى بالطلاق التعسفي .

وقد جعل المشرع حق الطلاق واستعماله خاضعا لرقابة القضاء، فمن أساء استعمال حقه في الطلاق وجب عليه التعويض لمطلقته التي أصابها الضرر من جراء طلاقها لان كل حق في الإسلام مقيد بعدم الإضرار بالغير طبقا لقاعدة لا ضرر ولا ضرار.

وعليه فإساءة استعمال هذا الحق أو التعسف في استعماله يؤدي حتما إلى إلحاق الضرر بالغير، وهو يعني بوجه عام استعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مشروعة، أو الإضرار بالغير، مما يخالف قصد الشارع من تشريع هذا الحق، فالتعسف في استعمال

مقدمة

الطلاق هو الخروج به عن الحكمة التي اقتضت تشريعه، والأكد انه سيلحق ضررا بالغا لأحد الزوجين، ويختلف الضرر من حالة إلى أخرى حسب حالة الزوجين ودرجة التعسف في استعمال هذا الحق .

حيث تهدف الوظيفة الإصلاحية للتعويض إلى جبر الضرر اللاحق بالمتضرر، فالضرر الذي يقع بين الزوجين نتيجة الطلاق، وحتى يتسنى للقضاة الفصل في مسائل التعويض عن الطلاق التعسفي فقد منح المشرع السلطة التقديرية للقاضي في ضبط وتحديد مقدار التعويض، راجعا في ذلك لأحكام الشريعة الإسلامية وعليه فالضرر اللاحق بالزوجة المطلقة سواء كان اضرار مادي أو معنوي يوجب التعويض .

قد واجهت في دراستي بعض الصعوبات المتمثلة في قلة المراجع التي تتناول إشكالات الطلاق التعسفي، وتدابير الحجر الصحي المتخذة نظرا لتفشي فيروس كورونا والتي كانت من أصعب العراقيل التي واجهتنا .

تعود أسبابي الذاتية اختيارنا لموضوع الطلاق التعسفي والتعويض عنه إلى رغبتني في الاطلاع أكثر على الموضوع، واثراء معلوماتي القانونية فيما يخص مسألة الطلاق التعسفي، أما أسبابي الموضوعية التي دفعتني لاختيار الموضوع الجدل الواقع حول مسألة التعويض عن الطلاق ورفض بعض الفقهاء لها، وما يثيره الطلاق التعسفي من تحديد مدى تعسف الزوج في طلاقه، ومدى تقدير الضرر اللاحق بالزوجة وكيفية التعويض عنه.

تتجلى أهمية الموضوع على الصعيد الاجتماعي المتمثلة في تفاقم مؤشر نسبة الطلاق في الآونة الأخيرة، والتي تكون غالبيتها دون أسباب شرعية واقعية مما يثير الفضول لدراسته والذي يستدعي تفعيلا للنصوص المتعلقة بالطلاق التعسفي وان يقوم المشرع بدوره بالحد من الظاهرة عن طريق إرساء قوانين ردعية لمحاصرة هذه الآفة.

تهدف دراستي إلى إبراز ماهية الطلاق التعسفي وتبين معايير وصوره، واهم الإشكالات التي يطرحها من تعويض وغيره، ومحاولة بسيطة مني ومحتشمة في تقديم الاقتراحات التي تشكل حولا لهذه الإشكالات، وكذا محاولة التوفيق بين أحكام الشريعة الإسلامية والنصوص القانونية.

مقدمة

من خلال ما تقدمه عرضه نطرح الإشكالية التالية : كيف عالج المشرع الجزائري واقعة الطلاق التعسفي وما هو الأساس المعتمد في تحديد الضرر وتقدير التعويض الناتج عنه وفقا لقانون الأسرة الجزائري ؟

للإجابة عن الإشكالية المتبعة اتبعنا المنهج التحليلي والمقارن، حيث قمت بتحليل موضوع الطلاق التعسفي من خلال ذكر ماهيته وتحليل بعض النصوص القانونية والاجتهادات القضائية ومن ثم استخراج الإشكالات التي تطرحها أثناء التطبيق.. من اجل دراسة ممنهجة قمنا بتقسيم هذا البحث إلى فصلين أساسيين، حيث تناولت في الفصل الأول ماهية الطلاق التعسفي والتعسف في استعمال الحق الطلاق، ويتضمن مبحثين جاء الأول بعنوان ماهية الطلاق التعسفي و المبحث الثاني بعنوان ماهية التعسف في استعمال حق الطلاق، لكون هذه المجالات واسعة و متعددة لا يمكن حصرها في بحث كهذا .

أما الفصل الثاني بعنوان احكام التعويض عن الطلاق التعسفي وتتضمن مبحثين جاء الأول بعنوان مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي والمبحث الثاني بعنوان كيفية التعويض عن الطلاق التعسفي و خاتمة حددنا فيها نتائج البحث.

الفصل الأول

ماهية الطلاق

التعسفي والتعسف

في استعمال الحق

الطلاق

الفصل الأول: ماهية الطلاق التعسفي والتعسف في استعمال الحق الطلاق

جعل الإسلام حق الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج المخول له شرعا وقانونا والذي يوقعه متى دعت الضرورة إليه دون الحاجة إلى موافقة الزوجة لكونه مالكا للعصمة الزوجية ليس مطلقا بل هو مقيد، فإذا أساء الزوج استعمال حقه في الطلاق بأن كان لغير سبب ودون الحاجة إليه، فلا شك أن فيه اضرارا للزوجة، والرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك في قوله " لا ضرر ولا ضرار ". فحق إيقاع الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج وإن كان جائزا فلا يمكن استعماله إلا لسبب يقتضيه، وإذا كان الأمر خلافا لذلك بأن كان متعسفا في حق الزوجة وألحق بها ضررا استوجب ذلك مطالبتها بالتعويض عن الضرر المترتب عن الطلاق التعسفي.

سوف نتطرق في هذا الفصل الى ماهية الطلاق التعسفي في المبحث الأول وفي المبحث الثاني ماهية التعسف في استعمال حق الطلاق.

الفصل الأول: ماهية الطلاق التعسفي والتعسف في استعمال الحق الطلاق

المبحث الأول: ماهية الطلاق التعسفي

أقرت الشريعة الإسلامية نظام الطلاق حيث سمحت به عند الحاجة إليه ولكنها مع ذلك أبغضته و أخضعته إلى إجراءات من شأنها أن تقلل من حالات الطلاق، كما تتيح للزوج و الزوجة مراجعة أنفسهما و ثانية و أكثر قبل الوصول إلى نقطة اللارجوع¹ و هذا ما سنتناوله في هذا المبحث لكن لا يتسنى لنا ذلك إلا بعد التحديد الدقيق لمفهوم الطلاق في الشريعة الإسلامية و موقف المشرع الجزائري عنه طريق تعريف الطلاق و كذلك التفريق بينه و بين الطرق الأخرى لإنهاء الرابطة الزوجية .

المطلب الأول: مشروعية الطلاق بوجه عام

الطلاق هو انقضاء الرابطة الزوجية، لعدم تحقيق الغاية من المعاشرة بالمعروف والقيام بحقوق الزوجية حيث أقرت بوجوده جميع الشرائع و لهذا يتعين البحث في موضوع الطلاق أن نتناول بادئ ذي بدء تعريف الطلاق في الفقه الإسلامي، كجوابة لتناوله من جميع جوانبه يبدو واجبا و أمرا محتما كما أننا سوف نتعرض لتعريفه في قانون الأسرة الجزائري .

الفرع الأول: تعريف الطلاق

أولا: التعريف اللغوي

الطلاق لغة : حل القيد و الإطلاق و منه ناقة طالق : أي مرسله بلا قيد، و أسير مطلق، أي حل قيده و خلي عنه² .

كذلك الطلاق : مأخوذ من الإطلاق و هو الإرسال و الترك ؛ إذ نقول : أطلقت الأسير إذا حللت قيده و أرسلته³ .

الطلاق اسم مصدر لطلق بالتشديد، كالسلام والسراح بمعنى السليم و التبريح⁴ .

و لقد بحث العلامة اللغوي الإمام ابن فارس في معاني هذه الكلمة في كتاب مجمع قياس اللغة فأورد :

¹ سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث قسنطينة، الطبعة الثانية 1980، ص 242.

² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الجزء السابع، دار الفكر بيروت، سنة الطبع 1992 ص 356 .

³ السيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي بيروت سنة الطبع 1987، ص 215 .

⁴ لحسن بالشيخ آث ملويا ،بحوث في القانون ،دار هومه، سنة الطبع 2000، ص 17 .

الفصل الأول: ماهية الطلاق التعسفي والتعسف في استعمال الحق الطلاق

طَلَّقَ أي : التخلية و الإرسال و يقال : انطلق الرجل و ينطلق انطلاقاً . و يقال رجل طليق اللسان و طليقه إلى غير ذلك من المعاني التي يستعمل فيها لفظ طَلَّقَ و ما اشتق منه .

كما نقول رجل مطلق أي كثير التطليق للنساء لقوله صلى الله عليه و سلم : " لعن الله كل ذواق مطلق " .

ثانياً: التعريف الفقهي

لقد اختلف التعاريف التي أوردها الفقهاء من حيث الصياغة و الدقة، لكنها اتفقت في كون الطلاق حل الرابطة الزوجية بين الزوجين و من هذه التعاريف الذي سنتناولها بالذكر تعريف المذاهب الفقهية الأربعة الممثلة في المذهب المالكي، الشافعي، الحنبلي إضافة إلى المذهب الحنفي .

1. **المذهب المالكي** : عرفه فقهاء هذا المذهب بأنه صفة حكومية ترفع حلية متعة الزوج لزوجته، موجبا تكرارها مرتين، زيادة على الأولى للتحريم .

2. **المذهب الحنفي** : عرّف الطلاق في هذا المذهب بأنه رفع قيد النكاح في الحال و في المآل بلفظ مخصوص، فحل الرابطة الزوجية في الحال يكون في الطلاق البائن و في المآل يكون بعد العدة، أي بالطلاق الرجعي و اللفظ المخصوص، هو الصريح كلفظ الطلاق و الكناية، كلفظ البائن و الحرام و الإطلاق و نحوها و يقوم مقام اللفظ، الكتابة و الإشارة المفهومة.

3. **المذهب الشافعي** : عرف الشافعية الطلاق بأنه : " حل عقد النكاح بلفظ الطلاق"¹

4. **المذهب الحنبلي** : عرفه صاحبه بأنه " حل قيد النكاح أو بعضه" و عرفه ابن قدامي: "الطلاق حل قيد النكاح".

كما عرفه بعض الفقهاء المعاصرين -من أمثال مصطفى شلبي- بأنه حل الرابطة الزوجية الصحيحة من جانب الزوج بلفظ مخصوص أو ما يقوم مقامه في الحال و المآل² . و كذلك بأنه حل الرابطة الزوجية في الحال و المآل بصيغة تفيد ذلك صراحة أو دلالة.

¹ محيقتي عبد القادر، الطلاق و آثاره، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس في الحقوق، معهد العلوم القانونية والإدارية،

المركز الجامعي خميس مليانة، السنة 1998، ص 23

² نفس المرجع ص 12.

الفصل الأول: ماهية الطلاق التعسفي والتعسف في استعمال الحق الطلاق

ثالثا: التعريف القانوني للطلاق .

لقد اهتم المشرع الجزائري بالطلاق و أقر بأن الزواج ينحل إما بالطلاق و إما بالوفاة كما عالج مسألة الطلاق في الفصل الأول من الباب الثاني و عرف الطلاق وفقا للمادة 48 من قانون الأسرة فقال : "الطلاق هو حل عقد الزواج و يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون". و لقد استعمل المشرع كلمة "حل" و هي تدل على تساوي الزوجين في استعمال حق الطلاق¹ و بما أن العقد ينشئ التزامات متبادلة بين الطرفين²، فإن كلمة حل تعني بالنسبة للمشرع الجزائري زوال العقد بأثر رجعي، حيث توحى هنا بأن الطلاق قد يكون بالإرادة المنفردة أو بالتراضي أو بحكم القانون، أي القضاء و الطلاق لا تكون له أية قيمة قانونية إلا إذا وقع بين يدي القاضي و تبعا لدعوى يرفعها الزوج أمام القضاء مرفوقة عادة ببيان الأسباب .

و من خلال ما سبق ذكره نرى بأن المشرع الجزائري أخذ بتعاريف الحنفية و المالكية و هو بذلك قد ألم بمعنى الطلاق بمفهومه الواسع على عكس الفقهاء المعاصرين و هو بذلك جعل الطلاق يتم كأصل عام بإرادة الزوج أو الزوجة أو بالاتفاق بينهما أو بحكم القاضي³ .

الفرع الثاني: مشروعية الطلاق و الحكمة شروطه

تظهر مشروعية الطلاق الدينية في الكتب و السنة و الإجماع أما المشروعية في القانون الوضعي فتتجلى من خلال نص المشرع الجزائري عليه و وضع إجراءات خاصة به

أولاً: مشروعية الطلاق

1. مشروعية الطلاق من الكتاب والسنة : استمد الفقهاء الدليل على مشروعية الطلاق من الكتاب و السنة و الإجماع .

فمن الكتاب قوله تعالى : "الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"⁴ و كذلك قوله "يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن"¹ .

¹ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر. طبعة 1999 ص 208 .

² حسب ما نصت عليه المادة 36 من قانون الأسرة

³ سعد عبد العزيز، مرجع سابق ص : 243 .

⁴ سورة البقرة الآية: 229 .

الفصل الأول: ماهية الطلاق التعسفي والتعسف في استعمال الحق الطلاق

و قوله أيضا: "فلا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن"².

كما يستمد الطلاق مشروعيته الدينية من السنة النبوية الشريفة عن طريق الأحاديث النبوية الشريفة الواردة في مسألة الطلاق كقوله صلى الله عليه و سلم: "إنما الطلاق لمن أخذ بالساق"³ و قوله أيضا: "أبغض الحلال إلى الله الطلاق"⁴.

و لقد اجتمع علماء الأمة الإسلامية، من أيام الرسول صلى الله عليه و سلم حتى اليوم؛ على أن للرجل أن يطلق زوجته و لم ينكر أحد هذه الإباحة إلا إذا كانت بدون عذر و لقد دل القياس على الطلاق أيضا . لأن العشرة إذا فسدت بين الزوجين و لم يكن بالاستطاعة دوامها، يكون بقاء الزواج بإمسك الزوجة التي لا تطاق معاشرتها ؛ تفويت الهدف و الغاية المنشودة من الزواج و تضييع لمصالحه التي شرع لأجلها و من هنا شرع الطلاق في الإسلام كنغمة يتخلص بها الزوجان المتنافران و المتباغضان م قيد تلك الرابطة فيلتمس كلاهما من هو خير له و أحسن معاملة و أكرم عشرة لقوله سبحانه: "و أن يتفرقا يغن الله كلا من سعته ، و كان الله واسعا حكيما"⁵. بالإضافة إلى التخلص من الضرر و الخصومة الدائمة من غير فائدة و زوال المفسدة الحاصلة⁶.

2. مشروعية الطلاق في القانون : الطلاق هو طريقة من طرق انحلال الرابطة الزوجية و هي طريقة تظهر في رغبة الزوج في طلاق زوجته لسبب من الأسباب الشخصية أو الشرعية أو الاجتماعية⁷.

حيث نجد أن المشرع الجزائري عرفه في المادة 48 من قانون الأسرة كما أنه عمل على وضع نصوص خاصة لتنظيم الطلاق. و من هنا يتضح لنا أن للطلاق مشروعية قانونية. إذ نجد أن هناك أسبا عامة و قانونية للطلاق⁸. فمن أسباب الطلاق العامة نذكر انحلال عقد الزواج بوفاة أحد الزوجين أو بالطلاق أو بالتطليق أو بالخلع.

¹ سورة الطلاق الآية: 01

² سورة البقرة الآية: 236.

³ رواه ابن ماجة و الدار قطني عن ابن عباس .

⁴ رواه أبو داوود و ابن ماجة بإسناد صحيح عن ابن عمر .

⁵ سورة النساء : الآية 130.

⁶ وهبة الزحيلي : مرجع سابق ص357.

⁷ العربي بلحاج : مرجع سابق ص207.

⁸ عبد العزيز سعد، مرجع سابق ص 243.

الفصل الأول: ماهية الطلاق التعسفي والتعسف في استعمال الحق الطلاق

أما الأسباب القانونية فإنه يمكن حصرها في الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج (المادة 48 من قانون الأسرة) و الطلاق بالتراضي و الطلاق بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من قانون الأسرة .و كذلك المخالعة و الطلاق بالتراضي بين الزوجين على مال تدفعه الزوجة لقاء خسارته بالطلاق (المادة 54).

ثانياً: الحكمة من مشروعية الطلاق

إن الزواج في الشريعة الإسلامية كما هو الحال في كل الشرائع المنزلة عقد أبدي و لذلك لا ينعقد على وجه التأكيد .فهو عقد شرعي للبقاء و الاستمرار¹ . و لكن لا يكفي في بقاء عقد الزواج مؤبداً، أن تشرعه الشريعة مؤبداً ليبقى صالحاً، بل لا بد لذلك أن تكون المودة بين الزوجين قائمة . إذ أن العلاقة الشخصية بينهما هي التي تبقي الحياة الزوجية صالحة فيبقى بها و لذلك حرص الشارع على بقاء هذه المودة و حث على حسن العشرة و دعا إلى الرفق و التآلف و شرع شرعة الحكيم عندما ينجح بينهما الخلاف، فقال تعالى: "و إِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا، فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَ حَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا، إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنْ اللَّهُ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا".

لكن قد تتنافر القلوب، ثم تستحكم النفرة بحيث لا يمكن أن تعود المودة بتحكيم أو بغير تحكيم و عليه يجب في هذه الحالة أن نسلك طريق الطلاق حينئذ ضرورة لا بد منها . فالطلاق إذا، ضرورة لحل مشكلات الأسرة و مشروع للحاجة و يكره عند عدم الحاجة لما قد يترتب عليه من أضرار خاصة للأولاد، يحتمل في سبيل دفع ضرر أشد و أكبر عملاً بالقاعدة "يختار أهون الشرين" .

لكن رغب الشرع الأزواج في الصبر و تحمل خلق الزوجة فقال تعالى "و عاشروهن بالمعروف ،فإن كرهتموهن، فعسى أن تكرهوا شيئاً و يجعل الله فيه خيراً كثيراً" و قوله صلى الله عليه و سلم: "لا يفرك مؤمن مؤمنة إن كره منها خلقاً رضي منها أخذ"² .

ولقد أوجد الشارع طرقاً ودية لحل ما يثور من نزاع بين الزوجين من وعظ و إرشاد ولا هجر في المضجع و إعراض و ضرب و إرسال حكيم من قبل القاضي إذا عجز الزوجان عن الإصلاح و إزالة الشقاق الذي بينهما و هي كلها مأخوذة من آيات ثلاث

¹ الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثالثة 1957، ص280.

² الإمام مسلم النيسابوري، الجامع الصحيح، الجزء السابع منشورات دار الآفاق الجديدة، بيروت 1334 هـ، ص178.

الفصل الأول: ماهية الطلاق التعسفي والتعسف في استعمال الحق الطلاق

هي: "و إن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا و الصلح خير"، كذلك قوله تعالى : "و اللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن و اهجرهن في المضاجع و اضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا، إن الله كان عليا كبيرا" . فلا يلجأ إلى الطلاق لأول وهلة و لأهون الأسباب، كما يفعل بعض الجهلة الذين يقدمون عليه لطيش بين، أو حماقة، أو غضب موقوت، أو شهوة جارفة، أو هوى مستبد، فهو كله خروج عن تعاليم الإسلام و آدابه و موجب للإثم و المعصية و التأديب و التعزير، و إنما الطلاق تشريع استثنائي للضرورة بعد أن يسلك الزوج المراحل الآتية : و هي المعاشرة بالمعروف و الصبر و تحمل الأذى ثم الوعظ و الهجر و الضرب اليسير ثم إرسال الحكمين .

ثالثا: القيود الشرعية على إيقاع الطلاق.

الفرع الثالث: شروط الطلاق:

للطلاق شروط يجب توافرها بعضها يرجع إلى الزوج أصالة و من ينوب عنه، وبعضها يرجع إلى الزوجة، وبعضها يرجع إلى ما يقع به اي صيغة الطلاق.

أولا : الشروط المتعلقة بالمطلق.

وهو الزوج المكلف فثبت حق الطلاق للزوج بمجرد عقد زواج صحيح ولا بد من صحة إيقاع الطلاق شرعا أن:

1. أن يكون زوجا أو رسولا منه أو وكيلاً عنه : فلو لم يكن المطلق واحدا من هؤلاء فإنه لا يملك إيقاع الطلاق، وعلى هذا لا يملك الولي إيقاع الطلاق على زوجة من له الولاية عليه، ذلك أن الطلاق حق شخصي للزوج فلا يملكه غيره إلا بتوكيل منه أو إنابة صريحة منه ، فلزوج أن يوكل غيره بالتطبيق وان يفوض المرأة بتطبيق نفسها¹

فالتوكيل هو أن يوكل شخص بتطبيق زوجته، والتفويض هو أن يملك الزوج زوجته طلاق نفسها منه وعليه يجوز التوكيل بالطلاق طالما انه يملك هذا التصرف أصالة عن نفسه، وهذا وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية²

2. أن يكون الزوج بالغا عاقلا : والزوج هو من بينه وبين المطلقة عقد زواج صحيح وليس

¹ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 226

² نفس المرجع، ص 226

الفصل الأول: ماهية الطلاق التعسفي والتعسف في استعمال الحق الطلاق

أي زوج بل الزوج البالغ، وقد ذهب الجمهور إلى عدم وقوع طلاق الصغير مميزاً أو غير مميزاً، مراهقاً أو غير مراهق، أن له بذلك أم لا، ذلك إن الطلاق لا يخلو من ضرر يلحق بالمطلق فلا يملكه الصغير كونه من التصرفات التي تحتاج الإدراك الكامل، والعقل الوافر وهذا لا يتحقق في الصبي ولو كان عاقلاً والعقل آلة يعرف به المرء الحق من الباطل، ومن الظلم أن يسأل من لا عقل له، ومن الغبن أن تصح تصرفات غير العقلاء، وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن ناقص الأهلية وديم الأهلية كلاهما لا يعتد بتصرفاته، وبالتالي لا يصح طلاقه، فالأهلية تمتع بموانع طبيعية في مقدمتها الصغر كما اشرنا بموانع مرضية على راسها الجنون وهو اختلال في ملكة التمييز عند الإنسان، تجعله لا يعرف الحسن من القبيح، ولا يقدر العواقب فهو آفة في العقل تجعله غير أهل للتكليف وعليه فطلاق المجنون والمعتهو لا يقع، فالعقل هو أداة التفكير كما أن المجنون ليس له قصد أصلاً والطلاق هو من التصرفات تعتمد على القصد الصحيح .

3. أن لا يكون الزوج مكرهاً على الطلاق : فيشترط في المطلق أن يكون قاصداً ومختاراً في إيقاع الطلاق، وعلى ذلك فإنه إذا أكره شخص الزوج على إيقاع الطلاق بقتل أو إتلاف عضو أو مال، ولم يكن قادراً على دفع هذا الأذى عن نفسه بأي وسيلة من الوسائل المشروعة فطلق، لا يقع طلاقه في رأي جمهور الفقهاء لأنه مكره على الطلاق، وإن أتى باللفظ المقتضي للطلاق إلا أنه لا يقصد الطلاق، وإنما يقصد دفع الأذى عن نفسه، وهذا من شأنه أن يفسد الاختيار لذلك ينتفي الحكم لانقضاء الاختيار، أما الحنفية فاقروا بأن طلاق المكره واقع وقاسوه على طلاق الهازل، لأن الهازل قد وقع طلاقه مع عدم ورود القصد منه لإيقاعه، فكما كان عدم الرضا من الهازل لا تأثير له في وقوع الطلاق، كذلك بالنسبة للمكره¹.

¹ بن عمارة صورية رانيا، الطلاق التعسفي والتعويض عنه في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة

الماستر، تخصص : قانون خاص، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2019-2020، ص 14

الفصل الأول: ماهية الطلاق التعسفي والتعسف في استعمال الحق الطلاق

ثانيا :الشروط المتعلقة بالمطلقة :

يشترط لصحة الطلاق أن تكون الزوجة محلا للطلاق , أي ممن يقع الطلاق عليها , وتحقق المحلية بان تكون زوجة حقيقية أو حكما للمطلق¹,وعليه يشترط في الزوجة شروطا معينة لكي تكون محلا للطلاق وهي :

1.قيام الزوجية حقيقة أو حكما : ويقصد بالزوجية حقيقة هو أن هناك حياة زوجية قائمة

بمعنى الكلمة من معاشرة ومحبة وألفة، والعلاقة فيها طبيعية بين الزوجين، أما الزوجية القائمة حكما تعني المرأة المعتدة من طلاق رجعي أثناء عدتها، وكذا المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى أثناء عدتها، لان الطلاق الرجعي لا تزول به الرابطة الزوجية إلا بعد انتهاء العدة، وكذا المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى، لان الزواج يعتبر بعد الطلاق باقيا حكما طوال مدة العدة، بدليل وجوب النفقة أثناء العدة، واستقرار المرأة في منزل الزوجية، وعدم جواز خروجها منه حتى تنتقضي عدتها، إلا لعذر شرعي وعدم حلها لزوج آخر، فيجب أن تكون المرأة زوجة للمطلق حقيقة أو حكما²

2.تعيين المطلقة بالإشارة أو بالصفة أو بالنية : فالرجل قد يتزوج بواحدة وقد تتعدد زوجاته إلى أربعة وهو أقصى عدد يجمعه الرجل في زواج قائم، فإذا طلق زوجة وهي واحدة فقد تعينت لفظا ومعنى هذا انه لا توجد زوجة غيرها، والخلاف يحدث عند تعدد الزوجات وطرق التعيين في هذه الحالة ثلاثة : الإشارة والوصف والنية التي يصح عنها الزوج بعد ذلك .

وقد اتفق الفقهاء على انه إذا عين الرجل زوجته المطلقة بالإشارة والصفة والنية وقع الطلاق على المعنية وطلقت بالاتفاق، أما إذا أشار إلى واحدة من زوجاته دون أن يصفها ودون أن ينوي غيرها، وقال لها أنت طالق وقع الطلاق أيضا بالاتفاق، وكذلك إذا وصفها دون إشارة ودون قصد غيرها فإنها تطلق³

¹ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 246

² نفس المرجع، ص 246

³ بن عمارة صورية رانيا، المرجع السابق، ص 15

الفصل الأول: ماهية الطلاق التعسفي والتعسف في استعمال الحق الطلاق

ثالثا : الشروط المتعلقة بالصيغة :

يعتبر التلفظ بالطلاق هو الصيغة الواضحة والدالة على إنهاء الرابطة الزوجية في الحال أو المال، غير انه قد تكون صيغة الطلاق بلفظ صريح وقد تكون بلفظ الكناية، ويختلف التعبير عن الإرادة في الطلاق فقد تكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة .

1. الألفاظ الصريحة : وهو كل لفظ صريح لا يستعمل إلا في الطلاق غالبا، مثل أن يقول لزوجته أنت طالق¹

2. الألفاظ الكنائية : فهي كل لفظ يحتمل الطلاق يقع بها الطلاق بائنا بالنية، أي لفظ وأريد به لازم معناه، ومثاله كان يقول لزوجته أنت بائن وأنت حرام وغيرها من الألفاظ التي جرى بها العرف .

وتتنوع صيغ الطلاق كالآتي :

أ- الطلاق المنجز : هو ما قصد به إيقاع الطلاق في الحال مثل أن يقول الزوج لزوجته أنت طالق، وحكم هذا النوع انه متى توفرت فيه الشروط السالفة المتعلقة بالمطلق فانه يقع في الحال بمجرد اللفظ به وتترتب عليه جميع آثاره².

ب -الطلاق المضاف : وهو ما قصد به وقوع الطلاق في زمن المستقبل مثل أن يقول لزوجته أنت طالق ابتداء من أول الشهر القادم، بحيث يربط إيقاع الطلاق بهذا الزمن المعين، وحكمه عند جمهور الفقهاء انه ينعقد سببا للفرقة في الحال، ولا يقع به الطلاق إلا عند حلول اجله، فإذا قال لها أنت طالق آخر الشهر، فلا تطلق حتى ينتهي الشهر، وهي قبل ذلك زوجة لها كل حقوق الزوجة وعليها كل الواجبات، في حين اقر المالكية انه إذا أضاف طلاقه إلى زمن المستقبل كان يقول لها أنت طالق بعد سنة طلقت للحال المنجز، كذلك إذا أضافه إلى زمن ماضي قاصدا الإنشاء .

ج - الطلاق المعلق : وهو ما جعل فيه الزوج حصول الطلاق معلقا على حصول شئ آخر، وقد يكون فعلا للمطلقة أو المطلق أو لم يكن كذلك كان يقول لها أنت طالق إذا طلعت الشمس، فإذا كان فعل المطلق أو المطلقة سمي يمينا لدى الجمهور مجازا، وذلك لما فيه من معنى القسم، وإذا كان معلقا لا على فعل اختياري فهو التعليق الحقيقي لانتفاء معنى

¹ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 249

² بن عمارة صورية رانيا، المرجع السابق، ص 16

الفصل الأول: ماهية الطلاق التعسفي والتعسف في استعمال الحق الطلاق

اليمين وقد اتفق الجمهور على صحة تعليق الطلاق ويمين الطلاق، فإذا حصل الشرط المعلق عليه وقع¹.

أما فيما يخص عدد الطلقات فقد اختلف الفقهاء في وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد مثل أن يقول الرجل لزوجته، أنت طالق ثلاثا، أو كان يلتفظ بها ثلاثا كقوله : أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، فقد ذهب بعض الصحابة إلى اعتبار أن الطلاق المقترن بعدد لا يعتبر إلا طلقة واحدة، وهذا ما ذهب إليه أهل الظاهرية وفقهاء مذهب الامامية وكذلك ما أفتى به ابن تيمية وابن القيم .

ويذهب جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة إلى قولهم أن الطلاق الذي يقع بلفظ ثلاثا أو تكرر اللفظ ثلاث مرات فإنه يقع ثلاث طلقات.

وقد أخذت معظم القوانين العربية براى ابن تيمية، ومن وافقه، والذي مفاده بأنه يملك الزوج على زوجته ثلاث طلقات، وان الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة لا يقع إلا واحدا، وقد استقر القضاء العربي ومعظم البلدان العربية على اعتبار الطلاق المتعدد لفظا أو إشارة طلاقا واحدا، ومثله الطلاق المتتابع أو المكرر في مجلس واحد²

أما المشرع الجزائري فلم يوضح رايه من هذا المبدأ، وقد نص في المادة 51 من قانون الأسرة على انه " لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تتزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها وبعد البناء"، يلاحظ من خلال استقراءنا لنص المادة أنها جاءت مبهمة لأنه لم يوضح هل الطلاق المعتد به هنا الذي ثبت بحكم أو حتى الذي لم يثبت بحكم وإذا أخذنا بالقول الثاني سوف نخالف أحكام المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري³.

المطلب الثاني: تعريف الطلاق التعسفي

الفرع الأول : تعريف الطلاق التعسفي فقها وقانونا

إن فكرة الطلاق التعسفي تقوم على عدم وجود سبب معقول أو مسوغ شرعي فالزوج إذا تمادى في استعمال حقه في الطلاق بطريقة لا يراعي فيها الأولاد ولا ذمة بزوجه يعتبر

¹ بن عمارة صورية رانيا، المرجع السابق، ص 17

² نفس المرجع، ص 16

³ نفس المرجع، ص 18

الفصل الأول: ماهية الطلاق التعسفي والتعسف في استعمال الحق الطلاق

متعسفا في استعمال حقه، وتعريف الطلاق التعسفي لم يرد في كتب الفقهاء القدامى والمعاصرين وعلماء القانون وقوانين الأحوال الشخصية، ولكنه مصطلح جديد وفد إلى بلاد المسلمين مع القوانين الأجنبية، وقد نشأ هذا المصطلح مع نشوء نظرية التعسف إلا أنه عرف بأسماء ومصطلحات أخرى، وقد كان للفقهاء الإسلاميين آراءه واحترازاته في مجال التعسف في استعمال الحق، ليس بالشكل المفصل حديثا إنما بما تناوله الفقهاء في الجزئيات، ويعود هذا إلى أن الفقهاء الإسلاميين لم يبنوا على النظريات بل هو وليد استقراء المسائل الجزئية التي يمكن تجميع نظائرها لبناء النظرية العامة منها¹.

لم يرد تعريفاً للطلاق التعسفي في كتب الفقهاء القدامى والمعاصرين، وعلماء القانون وقوانين الأحوال الشخصية، وذلك لأنها اقتضت على بيان بعض صور التعسف في الطلاق واجتهادهم في ذكر بعض التدابير للحد من التعسف، ويمكن تعريف الطلاق التعسفي بأنه: "مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح حالاً أو مآلاً بلفظ مخصوص". فمعنى مناقضة قصد الشارع: أي مخالفة قصد الشارع في إيقاع الطلاق، فكل طلاق قصد المكلف فيه مخالفة قصد الشارع أو قصد به مجرد الإضرار فهو غير مشروع. أما رفع قيد: فيشمل القيد الحسي والمعنوي .

والمقصود بقيد النكاح: قيد خرج به القيد الحسي والمعنوي بغير النكاح.

أما عن كلمتي حالاً: أي قيد يقصد به الطلاق البائن لأنه يرفع قيد النكاح في الحال، ومآلاً أي قيد يقصد به الطلاق الرجعي لأنه يرفع قيد النكاح في المآل بعد انتهاء العدة. وعرفته الباحثة رسمية عبد الفتاح موسى الدوس بأنه: "إساءة استخدام الرجل حقه في إيقاع الطلاق الموكل إليه شرعاً"²

الفرع الثاني: حكم الطلاق التعسفي

قبل التطرق إلى حكم الطلاق التعسفي لابد أن نخرج بصفة موجزة إلى بيان الأصل في حكم الطلاق بين الحظر والإباحة فقد اختلف فيه الفقهاء إلى مذهبين:

¹ بن عمارة صورية رانيا، المرجع السابق، ص 30

² نفس المرجع، ص 18

الفصل الأول: ماهية الطلاق التعسفي والتعسف في استعمال الحق الطلاق

أولاً: المذهب الأول: الأصل في الطلاق الحظر

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى القول بأن الأصل في الطلاق الحظر لا الإباحة وأنه لا يباح إلا لضرورة وحاجة ملحة، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1. قوله سبحانه وتعالى: " فَإِنْ أَطَعْتُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِمْ سَبِيلاً " سورة النساء، الآية 34

تدل الآية أن الله سبحانه وتعالى عد الطلاق من غير مبرر بغياً وعدواناً، وفيه ظلم للزوجة فكان محظوراً.

2. ما روي عن الرسول _ صلى الله عليه وسلم_ أنه قال: " ما أحل الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق"، فيدل الحديث أن المراد بالحلال ما قابل الحرام، وهو الجائز الفعل أي المباح والمندوب والمكروه ولا يتناول الحديث إلا المكروه بقريئة إضافة البغض إليه، والمندوب لا يوصفان بأن الله يبغضهما، فإن البغض يتنافى مع الطلب على سبيل الاستحسان، أو الطلب على سبيل التخيير بين الفعل والتترك على وجه المساواة بينهما، وعليه فيكون المعنى أبغض المكروهات إلى الله الطلاق.

ثانياً: المذهب الثاني: الأصل في الطلاق الإباحة

يرى جانب من الفقه الأصل في الطلاق الإباحة وأنه مشروع في نفسه، إلا أن المنع فيه لغيره، هذا ما ذهب إليه السرخسي، والكاساني، والزيلعي، والموصلي، من فقهاء الحنفية والقرطبي من المالكية والقاضي من الحنابلة، واستدلوا بما يلي:

أ. قوله تعالى: " لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً " ¹

ووجه الدلالة أن نفي الجناح يعني نفي الإثم والحرَج وهذا ينافي الحظر فكان مباحاً ب. وما روي أن النبي _ صلى الله عليه وسلم_ طلق حفصة ثم راجعها، والظاهر أن النبي طلقها من غير ريبة فقد أمره الله سبحانه وتعالى أن يراجعها لأنها صوامة قوامة.

وقد نوقشت أدلة القائلين بالإباحة بأن الآية الأولى إنما تدل على نفي الجناح في تطبيق حدث قبل الدخول لا في كل طلاق.

وأما ما ورد من طلاق النبي لحفصة فالحديث ضعيف، وعلى فرض صحته ينبغي أن يحمل على حاجة أو سبب، لا سيما أنه لم يرو في الخبر أن النبي (صلى الله عليه وسلم) طلقها

¹ سورة البقرة الآية 236

الفصل الأول: ماهية الطلاق التعسفي والتعسف في استعمال الحق الطلاق

من غير حاجة أو سبب فوجب حمله على الحاجة تنزيها لفعل النبي صلى الله عليه وسلم عن العبث¹

من خلال ما سبق يتبين رجحان القول بأن الأصل في الطلاق الحظر، ولا يباح إلا حاجة معتبرة شرعا وذلك لقوة الأدلة على كراهية الطلاق ودعوتها إلى التنفير منه والتحذير من إيقاعه ظلما وعدوانا هذا بالنسبة لبيان حكم أصل الطلاق بين الحظر والإباحة.

أما بالنسبة لحكم الطلاق التعسفي فإنه لم يرد في كتب الفقهاء القدامى لفظ الطلاق التعسفي ولكنه مصطلح جديد، حيث تطرق الفقهاء المحدثون للحديث عن الطلاق التعسفي في كتب الأحوال الشخصية، ولكنهم اختلفوا فيما بينهم على مذهبين، هل هناك تعسف في الطلاق أم لا؟ بناء على الاختلاف في حكم أصل الطلاق هل هو الحظر أم الإباحة؟

1. المذهب الأول : ذهب بعض الفقهاء المحدثين الى أنه ليس هناك تعسف في الطلاق وذلك بناء على أن الأصل في الطلاق الإباحة وأن الله تعالى م لك الزوج حق الطلاق بالإرادة المنفردة فهو حر التصرف فيه ومن قال بذلك نور الدين عتر.

2. المذهب الثاني: ذهب عامة الفقهاء المحدثين إلى أن هناك تعسفا في الطلاق إذا طلق الزوج زوجته بغير مسوغ شرعي، مستدلين على ذلك بأن الأصل في الطلاق الحظر، . سواء من قال منهم بأن الحظر ديانى أم قضائي وممن قال بذلك الصابوني وقد أخذ المشرع الجزائري برأي هذا المذهب من خلال المادة 52 من قانون الاسرة " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها "

فإذا طلق الزوج زوجته بدون سبب معقول اعتبر متعسفا وحكم القاضي لها بالتعويض عن الضرر الذي لحق بها بناء على سلطته التقديرية.²

تناول المشرع الجزائري موضوع الطلاق التعسفي من خلال نص المادة 52 من القانون 05-02³ التي جاء فيها: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها "

¹ وسيلة رقيق، كريمة جعيجع، المرجع السابق، ص 12

² نفس المرجع، ص 13

³ القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم، بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في

27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، العدد 15

الفصل الأول: ماهية الطلاق التعسفي والتعسف في استعمال الحق الطلاق

وعليه فإنه إذا طلق الزوج زوجته، وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دونما سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بذلك ضرر، جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض عادل، ولم يضع المشرع الجزائري حداً للتعويض المالي الذي ينشأ في ذمة الزوج المتعسف بل تركه لسلطة القاضي التقديرية، وفقاً لطبيعة الطلاق التعسفي ولحالة الزوج المالية وللقاعدة الشرعية " لا ضرر ولا ضرار"¹ وبذلك يتبين لنا من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يعط تعريفاً للطلاق التعسفي مما يستوجب معه الرجوع إلى القواعد العامة المتعلقة بنظرية التعسف في استعمال الحق كما ذكرنا سابقاً.

¹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (مقدمة، الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية الزواج والطلاق)، ج01، بن عكنون، 2004، ص 2365

الفصل الأول: ماهية الطلاق التعسفي والتعسف في استعمال الحق الطلاق

المبحث الثاني: ماهية التعسف في استعمال حق الطلاق

التعسف في استعمال الحق نظرية استعملها الفقهاء في تأصيلاتهم الفقهية، وعولوا عليها في اجتهاداتهم، وإن وردت عنهم بأسماء مغايرة، وبما أن الطلاق جعل بيد الرجل يوقعه عند الضرورة، فإذا أمضاه من غير سبب شرعي، فقد أساء استعمال هذا الحق. والطلاق التعسفي له صور عديدة يجمعها مناقضة مقصود الشارع والتوسع في الطلاق منهي عنه سواء على القول بأن الأصل فيه الجواز، أو على القول بحظره ومنعه. وذهبت بعض الاجتهادات إلى ضرورة تعويض الزوجة المطلقة جراء هذا الطلاق المتعسف دفعا للضرر الواقع عليها وسندهم في ذلك المتعة التي أوجبتها بعض الاجتهادات الفقهية على كل مطلقة¹.

المطلب الأول: مفهوم التعسف في استعمال حق الطلاق

سوف نتطرق من خلال الفروع التالية إلى المفهوم التعسف في استعمال الحق ثم ما هي قواعد ومعايير الفعل حتى يعتبر تعسفا.

الفرع الأول: تعريف التعسف في استعمال الحق.

التعسف في اللغة هو السير على غير هدى، وركوب الأمر من غير تدبير، وركوب مفازة بغير قصد.

العسيف هو المملوك المستهان به الذي اعتسف ليخدم أي قهر.²

عسف عن الطريق: أي مال وعدل، وعسف السلطان: أي ظلم، وعسفه تعسيفا: أي أتعبه وتعسفه: أي ظلمه، والعسوف: أي الظلوم
أما في الاصطلاح فلم يتعرض العلماء المسلمين الأوائل لموضوع التعسف باعتباره نظرية ذات أركان وأسس وتطبيقات، كما أنهم لم ي عرفوه لحدائته بل تعرضوا له تحت مسميات مختلفة من باب الضمانات، كما في منع الاحتكار، وفي المناكحات كما في تزويج الفتاة للكفء من غير إذن الولي إن عضلها.

أما الفقهاء المعاصرين فقد عرفوا مصطلح التعسف بتعريفات متعددة:

¹ رشيد عمري، التعسف في استعمال حق الطلاق، مجلة الحضارة الإسلامية، المجلد 19 : العدد : الأول أبريل 2018،

ص 227

² وسيلة رقيق، كريمة جعيجع، المرجع السابق، ص 08

الفصل الأول: ماهية الطلاق التعسفي والتعسف في استعمال الحق الطلاق

فقد نظر بعضهم الى التعسف على أنه صورة من صور المجاوزة في استعمال الحق فعرفه محمد أبو زهرة بأنه: استعمال الحق بشكل يؤدي الى الإضرار بالغير، إما لتجاوز حق الاستعمال المباح عادة، أو لترتيب ضرر بالغير أكبر من منفعة صاحب الحق، ونظر بعضهم الآخر إلى التعسف على أنه موضوع مستقل عن المجاوزة، فعرفه فتحي الدريني بأنه: مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل.

فيقصد بقوله: مناقضة قصد الشارع أي مضادة قصد الشارع، وهذه المضادة لا تخلو إما أن تكون مقصودة، بأن يقصد المكلف في العمل المأذون فيه هدم قصد الشارع عينا، بأن يستعمل الحق لمجرد قصد الإضرار، أو أن يتذرع بمظاهره الجواز إلى تحليل ما حرم الله أو اسقاط ما أوجبه عليه.¹

ولم يعرف المشرع الجزائري التعسف وإنما اكتفى بذكر حالات التعسف في استعمال الحق من خلال المادة 124 مكرر من القانون رقم 05-10²: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:

بعد تعديل المشرع للقانون المدني بموجب القانون رقم 05-10 قام بإلغاء المادة 41 وعودتها بالمادة الجديدة تحت رقم 124 مكرر التي جاء نصها كالاتي يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية:

إذا وقع بقصد الإضرار بالغير .
إذا كان يرمي على الخصوص على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير .
إذا كان الغرض منه هو الحصول على فائدة غير مشروعة

ويمكن تقييم موقف المشرع بعد التعديل من جانبيين شكلي³ وموضوعي يتضح من خلال ما نص عليه المشرع في مطلع المادة 124 مكرر التي جاء نصها كالاتي: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ" إن تكييف التعسف حسب النص صار واضحا لا يدع لأي شك فالتعسف هو خطأ تقصيري بوجه عام، وعلى الأخص إذا اتخذ احدي الصور الثلاث التي عدتها المادة وهي مجرد أمثلة يستدل بها القاضي بحيث تمنح له حرية وسلطة تقديرية

¹ وسيلة رقيق، كريمة جعيجع، المرجع السابق، ص 08

² القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للامر 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن

القانون المدني، المنشور بالجريدة الرسمية الصادرة في: 26 يونيو 2005، العدد 44

³ علي فيلاني، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011، ص 63

الفصل الأول: ماهية الطلاق التعسفي والتعسف في استعمال الحق الطلاق

في استنباط حالات أخرى للتعسف غير تلك التي نص عليها المشرع وذلك عن طريق القياس أو الاجتهاد¹.

كما أن المشرع بنقله النظرية إلى المادة 124 مكرر لم يتجاوز الإنتقادات الشكلية والموضوعية كما سبق أن رأينا، وإنما حسم اختلافاً فقهيًا كبيراً بين إتجاهين كثيراً ما تجادبا، إتجاه يرى بأنها نظرية قانونية تابعة للمسؤولية التقصيرية و إتجاه رأى فيها نظرية مستقلة وقائمة بذاتها.

بالرغم من التقدم الذي حققه المشرع بنقله لنص المادة 41 إلى المادة 124 مكرر وتمكنه من معالجة بعض الأخطاء الشكلية المتعلقة بنظرية التعسف في استعمال الحق، إلا أنه وقع في أخطاء من حيث الصياغة حيث أنه تكلم عن طبيعة التعسف ولم يعالج التعسف في حد ذاته.

كما أنه ذكر الحالات التي يشكل فيها التعسف في استعمال الحق خطأً، ويفهم من ذلك أن هناك حالات أخرى للتعسف لا تشكل خطأً وهذا لا يعبر عن نية المشرع وإنما كان خطأً في الصياغة².

الفرع الثاني: معايير التعسف في استعمال الحق

حددت المادة 124 مكرر من القانون المدني وهذه المعايير منها ما هو شخصي ومنها ما هو موضوعي.

أولاً: المعيار الشخصي

ويتمثل هذا المعيار في قصد الإضرار بالغير، وبعد أقدم معايير التعسف، وأكثرها شيوعاً في الشرائع المختلفة، لكثرة تسخير الأفراد حقوقهم منذ القدم لمجرد تحقيق مآرب شخصية في النكاية والإضرار بالغير، وهذا المعيار ذاتي قوامه توافر نية الإضرار بالغير لدى صاحب الحق وتمحضها لهذا الغرض، بمعنى أن يكون الإضرار بالغير هو القصد الوحيد من إستعمال الحق من منفعة عارضة لصاحبه لم يقصدها أصلاً، ولو كان قصد الإضرار مصحوباً بنية جلب المنفعة كعامل ثانوي.

¹ رشيد شمشيم، "الحق في الصورة"، مجلة العلوم الإنسانية والإجتماعية، جامعة بحى فارس بالمدينة، العدد الثالث، سنة 2008، ص 59

² بلحورابي سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014، ص 65

الفصل الأول: ماهية الطلاق التعسفي والتعسف في استعمال الحق الطلاق

مثال ذلك المالك الذي يبني جدارا مرتفعا أو يزرع أشجارا كثيفة متعسفا في استعمال حقه، حتى ولوزادت منفعة الأرض، بل ولو كان صاحب الأرض قد توقع هذه المنفعة، مادام أن غرضه الأساسي كان الإضرار بالجار¹، ويلاحظ انه إذا كان إثبات تمحض قصد الإضرار بالغير أمرا عسيراً، فإن القضاء كثيراً ما يستخلصه من انعدام مصلحة الحق في استعمال حقه، من ذلك أن المالك الذي يقيم حائطا مرتفعا على حدود ملكه بحيث يحجب الضوء عن جاره يعتبر متعسفا إذا لم تكن له مصلحة حقيقية في ذلك.

ومن صور هذا النوع من التعسف كذلك الإجراءات القضائية الكيدية، كالدعاوى والدفع الكيدية فهي تتضمن تعسفا في استعمال الحق، ودعاوى الإفلاس الكيدية والتنفيذ الكيدي وهي تتضمن تعسفا من جانب الدائن في استعمال السلطات التي خولها له القانون لاستيفاء دينه .

ثانيا: المعيار الموضوعي

1. عدم تناسب مصلحة صاحب الحق وبين الضرر الذي يلحق الغير: يعتبر الشخص متعسفا في استعمال حقه إذا كانت المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها من استعمال حقه لا تتناسب إطلاقا مع ما يعود على الغير من ضرر، كأن تكون المصلحة التي يسعى إليها صاحب الحق تافهة قليلة الأهمية إذا ما قُورنت بما يصيب الغير من ضرر.

والمعيار هنا معيار موضوعي يقوم على المقارنة بين ما يعود على صاحب الحق من منفعة والضرر اللاحق بالغير نتيجة لإستعماله لحقه، وفي هذه الحالة يكون قد انحرف عن السلوك المألوف للشخص العادي فتتحقق المسؤولية فيعتبر المالك متعسفا إذا أقام مدخنة في مسكنه في مكان يتجه دخانها إلى مسكن الجار، ليفتصد نفقات إقامتها في مكان آخر، أو صانع حلوى لا يزود المحركات الكهربائية لديه بما يمنع الإضطرابات الهوائية التي تعوق جاره تاجر المذياع عن تجربة أجهزة عمله، أو تعوق جيرانه عن سماع الإذاعة أو المؤجر الذي يحجز على بضائع المتاجر ويشل تجارته تبعا لهذا، نظير أجره زهيدة².

¹ محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2004، ص444

² محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الإلتزام، الواقعة القانونية، ط02، دار الهدى، الجزائر،

2004، ص57

الفصل الأول: ماهية الطلاق التعسفي والتعسف في استعمال الحق الطلاق

ومن التطبيقات التشريعية لهذا المعيار ما تقضي به المادة 02/708 من القانون المدني الجزائري حيث تنص : " ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختارا دون عذر قوي، إذا كان هذا يضر بالجار الذي يستر ملكه بالحائط" كذلك ما نصت عليه المادة 881 من القانون المدني والتي تنص على : " يجوز للمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الإرتفاق كله أو بعضه إذا فقد الإرتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو إذا لم تبق له سوى فائدة محدودة لا تتناسب « مع الأعباء الواقعة على العقار المترفق به¹ .

2. عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق إلى تحقيقها: لا يكفي ان تكون المصلحة التي يرمي إليها صاحب الحق إلى تحقيقها من وراء استعمال حقه ظاهرة وذات قيمة أو نفع ولو كبير له، بل يجب أن تكون هذه المصلحة كذلك مشروعة ذلك أن الحقوق ليست لها قيمة في نظر القانون إلا بقدر ما تحققه من مصالح مشروعة. فالإنحراف عن ذلك وتسخير الحقوق في بيل تحقيق مصالح غير مشروعة يجردها من قيمتها ويخلع عنها حماية القانون.

وبناء على ذلك يعتبر الشخص متعسفا في استعمال حقه إذا كانت المصلحة التي يهدف إليها من وراء هذا الإستعمال مصلحة غير مشروعة، ويكون ذلك إذا كان يقصد من وراء ذلك الوصول إلى غاية لا يقرها القانون، أو إلى نتائج يحرمها القانون أو مخالفة لنظام العام والآداب العامة .

ويتبين أن هذا المعيار موضوعي مرن يجعل للقاضي سلطة واسعة في رقابة استعمال الحقوق عندما يستعملها أصحابها في تحقيق مصالح غير مشروعة .

وبإضافة إلى المعايير العامة للتعسف نص المشرع الجزائري على معيار آخر وهو معيار الضرر الفاحش وخصّ به القيود التي تلحق حق الملكية في المادة 691 يجب على : " التي جاء نصها كالتالي المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار، وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار او المألوفة غير أنه يجوز له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف وعلى القاضي أن يراعي في ذلك العرف، وطبيعة العقارات وموقع كل منهما بالنسبة إلى الآخرين والغرض الذي خصصت له".

كما نجد ان هذا المعيار يأخذ مصدره كباقي المعايير الأخرى لتعسف في استعمال الحق من

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 128

الفصل الأول: ماهية الطلاق التعسفي والتعسف في استعمال الحق الطلاق

الشريعة الإسلامية بحيث تبنى فيه المسؤولية على أساس موضوعي بعيد عن فكرة الخطأ التي تؤسس عليها عموما المسؤولية التقصيرية.

وبالرجوع إلى نص المادة 691 السالفة الذكر نجد أنها تشترط لقيام مسؤولية المالك شرطين: الأول يجب ان يكون هناك ضرر بليغ أو فاحش والثاني أن يتعسف المالك في استعمال حقه والمراد بضرر الفاحش في هذه الحالة هو الضرر الغير المألوف في علاقات الجوار بينها الضرر المألوف فلا يعتبر فاحشا، ولهذا نجد أن المشرع يشترط درجة معينة من الضرر حتى يعتبر الفعل تعسفيا وهذه الدرجة هي الضرر الفاحش.

ومن تطبيقات معيار الضرر الفاحش ما نصت عليه المادة 705 من القانون المدني للمالك إذا كانت له مصلحة جدية في تلبية الحائط المشترك ان يعليه بشرط ألا يلحق بشريكه ضرر بليغا فهذه المادة تشترط ان يحدث ضرر بليغ أي ضرر فاحش بالجوار، ولهذا فهي تعد إحدى تطبيقات المادة 691 التي وردت في صيغة العموم.¹

المطلب الثاني: تعريف التعسف في استعمال حق الطلاق

لقد جعل المشرع الجزائري الطلاق يخضع لإشراف القضاء وتحت مراقبة القاضي مما يخول لهذا الأخير سلطة التأكد من توافر الشروط الواجب توفرها في المطلق وصحة القصد في الطلاق بكل وعي و إدراك واردة واختيار، بعيدا عن التعسف أو سوء استغلال حق الطلاق، ولإحاطة بالمفهوم العام للطلاق التعسفي لابد من ادراج تعريفا له، وكذا توضيح معايير لقياس درجة التعسف في الطلاق مع تقديم صور و حالات للطلاق التعسفي²، وهذا ما سوف يكون في الفروع التالية:

الفرع الأول: مفهوم الطلاق التعسفي :

من المقرر شرعا وقانونا أنه لا ضمان في استعمال الحق، في الاصل أنه إذا استعمل صاحب الحق حقه استعمالا مشروعاً من غير تعسف فيه و أحدث ضرراً للغير فلا تترتب عليه المسؤولية، فإذا استعمل الزوج حقه فيه فلا يكون ضامنا مبدئياً، أي لا يلتزم بتعويض زوجته إلا إذا تجاوز حدود حقه، فعندئذ يكون ضامنا و يلتزم بتعويض زوجته، لأنه

¹ راشيد شمشيم، المرجع السابق، ص 146

² يومبعي عبد اللطيف، التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص أحوال شخصية جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، 2014-2015، ص 39

الفصل الأول: ماهية الطلاق التعسفي والتعسف في استعمال الحق الطلاق

يكون بذلك قد تعسف في استعمال حقه، والى هذا ذهب المشرع الجزائري في نص المادة 52 من قانون الاسرة.

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

إذا أوقع الطلاق بقصد الاضرار بزوجته، وهذا يتطلب توفر نية الاضرار لدى الزوج و تثبت نية الاضرار بكافة وسائل الاثبات¹، كأن يتبين مثلا أن الزوج طلق زوجته في مرض الموت ولم تكن في الطلاق فائدة أو مصلحة تعود عليه بالنفع فهو يطلق زوجته لحرمانها من الميراث، فهنا يكون متعسفا لقصد الاضرار بزوجته، و بالتالي يجب عليه تعويضها، أما إذا طلقها بسبب مرضه هو مثلا مرضا معديا و هو لا يريد معاناتها بسببه فينتفي قصد الاضرار، فلا يكون متعسفا في طلاقه ولا يدفع بالتالي تعويضا.

ويكون الزوج متعسفا في طلاقه في حالة ما إذا كان من طلاقه يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ لزوجته، فلو تبين أن مصلحة الأُسرة أهم و أولى من مصلحة الزوج في الطلاق، أعتبر الطلاق تعسفيا، فلو طلق الزوج زوجته مثلا لكونها لا تتجب إلا الإناث وهو يريد الزواج ثانيا من امرأة أخرى لعلها تتجب الذكور، ففي هذه الحالة يجب على الزوج تعويض زوجته.²

أما إذا طلقها لأنها عقيم لا تتجب أبدا و هو يريد الذرية، فإن فائدة الحصول على الذرية كبيرة بالنسبة للضرر الناشئ للمطلقة، فطلاقه غير تعسفي ولا يلتزم بالتعويض والعبرة هنا لا تكون بنية الزوج و إنما بسلوكه الذي يقدر بالرجوع إلى السلوك المألوف للرجل العادي.³

ويعد الزوج متعسفا في طلاقه في حالة ما إذا كان الغرض من طلاقه الحصول على فائدة غير مشروعة، كأن يطلقها لغير عذر إلا لكي ينتقم من أخيها إذا فاز عليه في مقابلة ملاكمة مثلا، فهنا يجب عليه التعويض لزوجته، أما إذا طلقها لواجب الجهاد وهو

¹ علي فيلالي وحמיד بن شنيبي، نظرية الالتزامات، محاضرات أقيمت على طلبة سنة ثانية ليسانس حقوق، كلية الحقوق و

العلوم الادارية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 1998-1999، بن عكنون، الجزائر، ص 59

² يومبوعي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 40

³ علي فيلالي وحמיד بن شنيبي، المرجع السابق، ص 52

الفصل الأول: ماهية الطلاق التعسفي والتعسف في استعمال الحق الطلاق

يعلم أنه سيبطئ ولا يريد أن يذرها كالمعلقة، فلا تعسف في طلاقه، و بالتالي لا تستحق الزوجة تعويضا و يعتمد هنا أيضا على معيار سلوك الرجل العادي)الذي لا يسعى على الحصول على فائدة غير مشروعة تحت ستار استعمال حق من حقوقه¹

أما بالرجوع للتطبيقات القضائية، فالمتعارف عليه قضاء أن الطلاق يكون تعسفيا متى طلق الزوج زوجته دون رضاها ودون سبب أو ذنب منها، او كما يقول الدكتور تقية عبد الفتاح إذا كان الطلاق لغير سبب مشروع إليه².

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

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

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

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

¹ علي فيلالي وحميد بن شنيبي، المرجع السابق، ص 52

² تقية عبد الفتاح، الطلاق بين تشريع الاسرة و الاجتهاد القضائي، رسالة دكتوراه كلية الحقوق بن عكنون، جامعة

الجزائر، 2007، ص 57

الفصل الأول: ماهية الطلاق التعسفي والتعسف في استعمال الحق الطلاق

الفرع الثاني: معايير الطلاق التعسفي :

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

أولاً: المعيار الذاتي للتعسف في الطلاق و ذلك :

بأن يستعمل المطلق الطلاق بقصد الإضرار بغيره ، و ثانياً بأن يستعمل المطلق الطلاق بقصد ترتيب أثر لم يشرع له الطلاق، كأن يطلق زوجته حين احتضاره، بقصد منعها من ميراثه بعد موته¹ .

ثانياً/المعيار الموضوعي للتعسف في الطلاق و ذلك :

1. بتفاهة المصلحة الحاصلة من الطلاق نسبة إلى الضرر المترتب عليه، ومثاله أن يكون المطلق ممن يهوى تزوج النساء والانتقال بينهن، ولا يتم ذلك إلا بتطويق زوجته والزواج بأخرى.²

2. بأن يكون للمطلق مصلحة معتبرة و مسوغ لطلاقه، مثل استحالة الحياة الزوجية، ولكنه يختار طريقاً لإنهاء الحياة الزوجية أكبر ضرراً من غيره، ومثاله: أن يطلقها حتى إذا اعتدت و قاربت عدتها على الانتهاء راجعها ثم طلقها أخرى، ليطيل أمد عدتها .

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

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

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

ويشمل أيضاً الطلاق الذي تتعارض فيه المصلحة الخاصة مع المصلحة العامة، لأنه يمكن القول بشكل عام: إن الطلاق يتعارض مع المصلحة العامة، لأنه يهدم لبنة من

¹ بلحورابي سعاد، المرجع السابق، ص 35

² المرجع نفسه

الفصل الأول: ماهية الطلاق التعسفي والتعسف في استعمال الحق الطلاق

لبناته إلا إذا كان هناك سبب مشروع له، كأن استحالَت الحياة الزوجية و تعين الطلاق حلا بعد فشل كل طرق الإصلاح، إذ الأفضل في مثل هذه الحالة أن يتفرقا، ويبني كل منهما حياة جديدة، و يأمن المجتمع الفساد الكبير الذي كان سيلحق به نتيجة نشوء الأولاد في مثل تلك الأسرة لو بقيت، و بالتالي فمتى كان الطلاق دون مسوغ مشروع تعارض مع المصلحة العامة و لأبد .

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

و الفرق بين هذا المعيار و سابقه : أن السبب السابق هو غرض محرم في ذاته، أما في هذا المعيار فهو غير محرم في ذاته لكنه تافه.¹

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

الفرع الثالث: الضرر في التعسف عن استعمال حق

قد لا يلتزم الزوج بشروط الطلاق فيوقع الطلاق على زوجته تعسفا و دون سبب معقول مسببا لها ضرر كبيرا و عليه سنحاول في هذا المطلب تسليط الضوء على الضرر الناتج عن هذه الممارسة المجحفة في حق الزوجة باعتبارها طرفا ضعيفا .

أولا: تعريف الضرر

يرتبط الضرر في القانون بمفهوم المسؤولية المدنية لأنه هو الركن الثاني من أركانها وتتجلى أهميته في أن أي مطالبة بالتعويض عن وجود خطأ دون إنتاجه لضرر سيكون مصيره الرفض، وبالرغم من شيوع فكرة الضرر في التشريع و الفقه القانوني إلا أنه من الصعب تعريف محدد له، ولقد أورد المشرع الجزائري في القانون المدني في المادة 124 منه وما يليها بعض الأحكام المتعلقة بالضرر، وكذا المادة 176 وما يليها و التي خصصها

¹ يومبعي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 40

الفصل الأول: ماهية الطلاق التعسفي والتعسف في استعمال الحق الطلاق

لبيان كيفية تنفيذ الالتزام بطريق التعويض أي التعويض عن الضرر الناجم عن عدم الالتزام حيث أن مقدار التعويض يكون بمقدار الضرر.

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

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

1.الضرر المادي : هو ما يصيب الشخص في جسمه أو في ماله، فيتمثل في الخسارة المالية التي تترتب على المساس بحق (أو مصلحة) سواء كان الحق مالياً (كالحقوق العينية أو الشخصية أو الملكية الفكرية أو الصناعية) ويكون ضرراً مادياً إذا نجم عن هذا المساس إنتقاص للمزايا المالية التي يخولها واحد منت تلك الحقوق او غير مالي كالمساس بحق من الحقوق المتصلة بشخص الانسان كالحرية الشخصية وحرية العمل وحرية الرأي كحبس شخص دون حق أو منعه من السفر للعمل يترتب عليه ضرر مادي أيضاً.¹

2.الضرر المعنوي أو الأدبي : هو الضرر الي يلحق الشخص في حقوقه المالية أو في مصلحة غير مالية، فهو ما يصيب الشخص في كرامته أو في شعوره أو في شرفه أو في معتقداته الدينية أو في عاطفته وهو أيضاً ما يصيب العواطف من آلام نتيجة فقدان شخص عزيز، وقد توسع القضاء في مفهوم المصلحة الأدبية فأعتبر ضرراً أدبياً ما يصيب الشخص من جراء السب أو القذف منت إيذاء للسمعة أو عن آلام النفس إلى نطاق منت المحافظة على إسم الشخص وحرمة عائلته وشرفها .

وفيما يخص التعويض على الأدبي فلم يأتي الحق في القانون المدني الجزائري بنص صريح يقضي بمبدأ التعويض منت الضرر الأدبي، غير أن صياغة نص المادة 124 ف.م جاءت مطلقة لا تميز بين الضرر المادي والضرر الأدبي كما أن نص المادة 131 ق.م جاءت المتعلقة لمدى التعويض التي لم تتعرض للتعويض الأدبي، وهو هذا نقص في التشريع الجزائري في حين أن الفقه الجزائري متفق على تعويض مختلف أنواع الضرر الأدبي كما أن القضاء الجزائري حكم في تطبيقاته حكم بدفع التعويض الأدبي وقد نص

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 147.

الفصل الأول: ماهية الطلاق التعسفي والتعسف في استعمال الحق الطلاق

المشعر الجزائري في (مادة 3 فقرة 4 من إ ج) من انه تقبل ديون المسؤولية عن كافة اوجه الضرر سواء كانت مادية أو جسمانية أو أدبية .¹

ثانيا :الضرر في الطلاق التعسفي

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

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

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

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

-أما الضرر المعنوي فهو الذي يلحق الشخص في مشاعره أو عواطفه أو شرفه أو عقيدته. وبالرجوع الى موضوع الطلاق، فإن المطلقة يلحقها دون شك وفي كل الأحوال ضرر معنوي من الطلاق نتيجة فراق زوجها لها، لكن هل يتصور أن يلحقها ضرر مادي من الطلاق؟ يقول عبد العزيز سعد في مثال له أنه (يوجد الضرر المادي في الطلاق إذا كانت الزوجة موظفة أو عاملة وتزوجها على أن تترك وظيفتها أو عملها، ثم بعد أن تركته طلقها دون أن ترتكب أي خطأ من جانبها²

و لكن الرد على هذا القول بأنه و إن كان فعلا قد لحق المطلقة ضرر مادي يمس بمصلحة مادية لها تتمثل في فقدانها لراتبها إلا أن هذا الضرر لا يمكن إرجاع سببه الى الطلاق في حد ذاته، لأن قبولها ترك وظيفتها للزواج لا يعني اشتراطها على زوجها عدم طلاقها، و لا علاقة لهذا القبول بالطلاق، و إنما علاقته كانت بالزواج في حد ذاته، فعقد الزواج هو عقد ينعقد ككل العقود بإيجاب و قبول، و إذا اقترن إيجاب الرجل بشرط و قبلته المرأة انعقد العقد، و لم يكن لها حق الرجوع عليه به بعد أن رضيته، و من باب أولى لا

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص153.

² يومبعي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 57

الفصل الأول: ماهية الطلاق التعسفي والتعسف في استعمال الحق الطلاق

يكون لها حق الرجوع به على حق من حقوق الزوج و هو الطلاق، و من ثم فلا علاقة للضرر الناجم عن فقدان المرأة لوظيفتها بالطلاق في حد ذاته.

فشرط تخلي المرأة عن وظيفتها هو شرط مقترن بعقد الزواج ، وشرط التخلي عن الوظيفة لا يحرم حلالا لأنه من مقتضيات النكاح كشرطه عليها أن لا تخرج إلا بإذنه، فهذا شرط لازم¹ يتعلق بحق الزوج، فكيف تعود عليه بالتعويض بعد أن رضيت بشرط لازم .

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

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

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

يرى البعض أن التعويض المراد به من المادة 52 من قانون الأسرة يكون على الضرر المعنوي والضرر المادي أيضا الذي يلحق المطلقة، بشرط أن تثبت الزوجة الضرر المادي، لأن الضرر المعنوي يعتبر ثابتا بمجرد الحكم بالطلاق.

والتساؤل الذي يطرح على هذا القول بأنه مادام أن التعويض المقصود من المادة 52 يكون على الضرر المادي والمعنوي معا، والمطلقة ستحصل لا محالة على تعويض عن الضرر المعنوي المفترض وقوعه في كل الأحوال، فما الفائدة من اشتراط إثبات الضرر المادي، فهل هذا يعني أنها ستحصل على تعويضين اثنين؟

إن هذا الغموض يطرح إشكالا فيما يخص التعويض المنصوص عليه في المادة 52 من قانون الأسرة هل هو لجبر الضررين معا أم الضرر المعنوي وحده فقط؟ و إن كان لجبر

¹ يومبعي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 57

الفصل الأول: ماهية الطلاق التعسفي والتعسف في استعمال الحق الطلاق

الضرر المعنوي فقط، فهل يحكم القاضي بتعويض آخر عن الضرر المادي و على أي أساس؟

إن تغيير المشرع لمصطلح متعة الى تعويض هو الذي أحدث هذا الإشكال. فقبل صدور قانون الأسرة، كان القضاة يحكمون للمطلة بمبلغ مالي تحت إسم متعة و لم يكن هذا المبلغ المالي إلا تعويض عن الضرر المعنوي الذي يلحق المطلقة.

و بصدر قانون الأسرة غير المشرع مصطلح متعة بمصطلح تعويض مما جعل القضاة يختلفون فيه، فمنهم من يحكم به للمطلة كتعويض عن الضرر المعنوي مثله مثل المتعة، و منهم من يحكم به كتعويض عن الضررين المعنوي و المادي معا.

و كمثال عن الفريق الأول ما جاء في قرار للمحكمة العليا: " حيث أن الشريعة الإسلامية قررت لكل زوجة طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفا عما حصل لها من ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعويض، وكان على القاضي أن يحكم للمطلة في القضية بمبلغ يفي بالمراد تحت التعبير الشرعي و هو المتعة أو يعبر عنه بالتعويض وحده ليفسر بالمتعة، لا أن يمنحها مبلغا رمزيا زهيدا باسم المتعة و يجعل لها مبلغ آخر غير شرعي تحت اسم التعويض مما حرمها من هذا الأخير لأنه غير واجب و أجحف في حقها بالنسبة للمتعة، و المجلس إذ وافق على ذلك وهو كما ذكره فإنه حاد عن الشرع و عرض قراره للنقض الجزئي"¹.

ففي هذا القرار اعتبرت المحكمة العليا التعويض المنصوص عليه في المادة 52 متعة و منعت منح تعويضين للمطلة مما يعني أنها لا تقتضي بتعويض عن الضرر المادي بموجب المادة 52، وكمثال عن الفريق الثاني ما جاء في قرار المحكمة العليا: " من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفا نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، و كذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي .."، و من هذا الكلام يتضح جليا أن القضاة اعتبروا أن المتعة تعويض لجبر الضرر المعنوي، و اعتبروا التعويض عن الطلاق التعسفي هو لجبر الضرر المادي الناجم عن التعسف، وهذا يقتضي حصول المطلقة على تعويضين مستقلين بموجب نص المادة 52.

¹ يومبي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 58

الفصل الأول: ماهية الطلاق التعسفي والتعسف في استعمال الحق الطلاق

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

فالطلاق في الحيض مثلاً يضر المطلقة ضرراً مادياً يتمثل في إطالة العدة عليها. والطلاق في طهر مسها فيه ينجم عنه ضرر مادي يتمثل في تلبيس أمر حساب العدة عليها.¹

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

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

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

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

- والمطلق و هو هازل أو سكران يقع طلاقه عند جمهور الفقهاء و تحسب تطليقة. و ليس هناك تعويض عن الضرر المادي ما دام أنه سيصلح و يزال، كما أن المتعة لم تفرض لجبر الضرر المادي. أما عن الجزاء الذي يناله الزوج بسبب التعسف في استعمال حق طلاقه وإضراره بالمطلقة، فلو بحثنا عن جزاء التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية نجد هذه الأخيرة قد أقرت جزاءاً بأربعة أنواع وهي: جزاء مالي، وجزاء عيني، وجزاء ديني و تعزير .

أما الجزاء المالي فهو عبارة عن تعويض يلزم المسيء في استعمال حقه بدفعه الى من تسببت الإساءة في استعمال الحق الى الإضرار به مادياً، ذلك أن الضرر المادي في الشريعة الإسلامية يعوض وفقاً للقاعدة الشرعية: " من يحدث لغيره تلفاً في ماله يضمن هذا

¹ يومبعي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 58

الفصل الأول: ماهية الطلاق التعسفي والتعسف في استعمال الحق الطلاق

التلف"، فالشريعة الإسلامية تأخذ بالتعويض عن الضرر المادي الذي يلحق الغير بسبب التعسف في استعمال الحق.

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

و أما الجزاء الديني فيقتضي تحميل المتعسف في استعمال حقه وزرا يحاسب عليه آخراً بينه وبين ربه عز و جل .¹

و القانون لا يأخذ إلا بالجزاء المالي و الجزاء العيني و التعزير، و بالرجوع الى مسألة التعسف في استعمال حق الطلاق، فإن حدث ضرر مادي للمطلقة، فإن كان هذا الضرر المادي من الأضرار التي بينها الشريعة، فكما تبين يكون جزاء المطلق عينياً و ذلك بإزالة طلاقه بدعياً أو بتوريث الزوجة إذ أوقع الطلاق في مرض الموت لقصد الإضرار بها. أما إن كان هذا الضرر من غير الأضرار التي ذكرتها الشريعة الإسلامية، فهذا يكون جزاءه جزاءً مالياً، بحيث يدفع المطلق تعويضاً للمطلقة عن الضرر المادي اللاحق بها، غير أن هذا التعويض لا يمكن أن يكون المتعة لكون هذه الأخيرة لم تفرض لجبر الأضرار المادية و إنما فرضت في الشريعة الإسلامية لجبر الضرر المعنوي اللاحق بالمطلقة بسبب الطلاق فحسب، و الواقع أنه لا يمكن تصور أضراراً مادية تلحق بالمطلقة غير تلك الأضرار التي راتها الشريعة الإسلامية، فإن حدث و أن لحق المطلقة ضرر مادي آخر غيرها، فنلاحظ أنه لن يكون الطلاق هو السبب المباشر لحدوث هذا الضرر.

ففقدان المطلقة وظيفتها مثلاً هو ضرر مادي لكننا نرى أنه غير ناجم عن الطلاق في حد ذاته، و إنما عن قبولها شرط التنازل عن الوظيفة في عقد الزواج.²

¹ يومبعي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 58

² نفس المرجع، ص 58

الفصل الثاني

أحكام التعويض

عن الطلاق

التعسفي

الفصل الثاني: أحكام التعويض عن الطلاق التعسفي

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

وبناء على ما تقدم سوف يتم تقسيم هذا الفصل إلى المباحث التالية:

المبحث الاول: مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي

المبحث الثاني: كيفية التعويض عن الطلاق التعسفي

الفصل الثاني: أحكام التعويض عن الطلاق التعسفي

المبحث الأول: مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي

وفقا لأحكام قانون الأسرة وما استقر عليه القضاء فإن التعويض الذي تستحقه الزوجة ، يحتسب على أساس المبلغ النقدي ، هو تعويضا ماديا يتناسب وحالة الزوج المادية ودرجة تعسفه في إيقاع الطلاق، وهو لا يتعارض مع الحقوق الشرعية الأخرى للمطلقة، والتعويض جاء مطلقا في قانون الأحوال الشخصية ليشمل نوعي الضرر، المادي والمعنوي، الذين يلحقا الزوجة المطلقة، لان قاعدة المطلق يجري على طلاقه ما لم يقيد بنص، وتسري صفة الطلاق بخصوص المطلقة التي تستحق التعويض سواء قبل الدخول أم بعده إذا أصيبت الزوجة بضرر من جراء الطلاق التعسفي، وان حدوث الطلاق كان قبل الدخول أم بعده فيمكن أن يؤخذ بعين الاعتبار عند تقدير التعويض.¹

والمتعة في الشريعة الإسلامية ترادف التعويض في القوانين الوضعية وهي بمثابة تعويض عما يلحق الزوجة من ضرر وجبرا لخاظرها لما قام به الزوج من هدم للميثاق الغليظ بغير مبرر شرعي . وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المبحث حيث سنتناول في المطلب الاول: تعريف التعويض عن الطلاق التعسفي وتمييزها عن الحقوق المالية ثم شروط التعويض عن الطلاق التعسفي في المطلب الثاني.

المطلب الاول: تعريف التعويض عن الطلاق التعسفي وتمييزها عن الحقوق المالية

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

الفرع الاول: تعريف التعويض

لم تعرض الفقهاء لتعريف التعويض، وانما اوردوا مباشرة طريقته عند تعرضهم للحديث عن جزاء المسؤولية، وذلك ربما يرجع الى ان التعويض معناه واضح لا يحتاج الى

¹ يومبعي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 64

الفصل الثاني: أحكام التعويض عن الطلاق التعسفي

زيادة ايضاح، ومع ذلك حاول بعض فقهاء القانون المدني تعريف التعويض ومن هذه التعريفات:

ان التعويض هو ما يلتزم به المسؤول في المسؤولية المدنية تجاه من اصابه ضرر فهو جزاء المسؤولية.¹

أي انه اذا وقع عمل غير مشروع، نشأ عنه حق في تعويض الضرر الذي نجم عنه.²

وعلى هذا ينبغي مقابلة هذا الضرر بمال عوض عنه.³

وعرفه صاحب معجم المصطلحات القانونية بأنه ما يعطى للمرء مقابل ضرر لحق به، ويقدر في المسؤولية غير التعاقدية طبقاً لحجم الضرر مبدأ الموازنة بين الضرر والتعويض.⁴

وعرف ايضاً بأنه: جبر الضرر الذي لحق المصاب .

كما يعرف بما يلي: " كل فعل سبب ضرر للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض وان كان غير مميز".

أما التعويض في الطلاق التعسفي فهو: "هو البديل بسبب الضرر اللاحق بالمرأة، ويقصد بالضرر حرمانها من الحياة الزوجية المستقرة، وفقدانها العائل، ومعاناتها من الوحدة وألم الفراق وما شابه ذلك".

ومن أكثر التعريفات شمولاً: "هو مبلغ من المال يدفعه الزوج لمطلقاته لمدة زمنية، نظير ضرر لحقه بها مادياً، وذلك بتوفير حياة كريمة لها معنوياً، بسبب سلبها دفة الحياة الزوجية والاستقرار، والأمن، وما شابه"⁵

¹ عبد الرازق احمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، دار إحياء التراث العربي 1952، ص 1090.

² عبد المنعم فرج الصده مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ص 518.

³ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 2، د م ج، ط 1999. ص 35.

⁴ احمد زكى بدرى، معجم المصطلحات القانونية مع التعريفات عربي - فرنسي - انجليزي: القانون المدني، قانون الأحوال الشخصية، دار الكتاب المصري، 1989، ص 29.

⁵ بن عمارة صورية رانيا، الطلاق التعسفي والتعويض عنه في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة

الماستر في الحقوق، تخصص: القانون الخاص جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2019-2020، ص 74

الفصل الثاني: أحكام التعويض عن الطلاق التعسفي

لم ينص المشرع الجزائري على المتعة المقررة شرعا لمن طلقها زوجها كما هو مذهب الجمهور، وحكم القانون بالتعويض عن الطلاق في المادة 152 من قانون الأسرة الجزائري إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها والتعويض، هنا لم يقصد به المتعة لأنه ذكر التعويض أيضا في المادة 53 قاصدا له المتعة، وبالتالي المشرع قد حكم بالتعويض إضافة إلى المتعة أخذا بما ذهب إليه القائلين بالتعويض عن الطلاق التعسفي، على أن هذا التشريع ليس مقصودا لذاته بل هو عبارة عن تدبير احتياطي لردع الزوج عن الإقدام على الطلاق إذا هناك دوافع حقيقية وراء تشريعه التعويض.¹

فالحكم على المطلق بالتعويض عن الضرر الذي يلحق بالمطلقة متى تبين له تعسف الزوج في الطلاق من شأنه أن يحد من إقدام كثير من الأزواج على الطلاق ويزجرهم عنه، تقاديا لدفع ما لا يستطيعون دفعه من مال للزوجة المطلقة، وهذا الأمر ايجابي من جهة الحفاظ على الحياة الزوجية حيث لا يكون للرجل فعلا مبرر شرعي يدفعه للطلاق، ولكن ينعكس الأمر سلبا حين يكون للزوج مبرر شرعي يدفعه للطلاق، ولكن ينعكس سلبا حين يكون الزوج مبرر شرعي لفراق زوجته وقد لا يستطيع إثباته كحالة انحراف الزوجة وارتكابها الفاحشة ولا يستطيع إثباته أو لا يريد البوح به لما فيه من مساس بكرامته، ومن ثم يكون الرجل مكرها على إمساك هذه المرأة مادام غير قادر على دفع التعويض الذي يستلزم هبه القضاء.²

وعليه فقد حكم القضاء الجزائري، بان حق الطلاق مخول في الشريعة الإسلامية للزوج، ولا يترتب على استعماله من الأحكام سوى استحقاق الزوجة المطلقة لمؤخر صداقها ونفقة عدتها التي يراعي في تقديرها حالة المطلق ماليا غير انه إذا كان الطلاق لغير سبب مشروع يدعو إليه، وجب على المطالقة المتعسف التعويض لما لحق الزوجة المطلقة من أضرار بسبب هذا الطلاق، وعليه فمن حكم القضاء بالطلاق مع التعسف، حكم للزوجة بمبلغ من المال تعويضا لها عن ذلك طبقا للقاعدة الشرعية "لا ضرر ولا ضرار"³

¹ بن عمارة صورية رانيا، المرجع السابق، ص 76

² عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، 2009، ص 254

³ بن عمارة صورية رانيا، المرجع السابق، ص 77

الفصل الثاني: أحكام التعويض عن الطلاق التعسفي

الفرع الثاني: تمييز التعويض في الطلاق التعسفي عن الحقوق المالية

لقد أخذ الفقهاء الاوائل بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي من خلال إقرارهم لمتعة الطلاق، أما المعاصرون فاختلّفوا في حكم التعويض بناء على خلافهم في أن الأصل في الطلاق الإباحة والحظر.

و ذهب المشرع الجزائري الى الحكم بالتعويض على الطلاق التعسفي طبقا لنص المادة 52 من قانون الاسرة الجزائري، حيث نجد انه من خلال هذا النص أن تعسف الزوج في الطلاق سبب للحكم بالتعويض.¹

وقد فسرت الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا التعويض بمعنى المتعة المقررة شرعا، كما أن المحكمة العليا في قراراتها المختلفة أكدت بأنه من الأحكام الشرعية أن للمطلقة تعسفا نفقة العدة ونفقة الإهمال ونفقة المتعة التي تعتبر بحد ذاتها تعويضا يحكم به القاضي جراء الطلاق التعسفي.²

اولا: تمييز التعويض عن حق المتعة

قد يتشابه الحق المادي للمطلقة بين المتعة والتعويض وهو ما يلاحظ من خلال ما جاءت به بعض الاجتهادات القضائية الصادرة عم المحكمة العليا وعليه لابد من بيان أوجه الشبه والاختلاف بين المتعة والتعويض.

1. أوجه الشبه بين حق المتعة والتعويض: هناك نقاط تتفق فيها حق المتعة مع التعويض كالتالي:³

- أ- كل من المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي يأتيان بعد الطلاق البائن فالمطلقة رجعيًا لا تستحق المتعة ولا التعويض إلا بعد انقضاء العدة.
- ب- إن كلا من المتعة والتعويض على مقداره الزوجان فإن اختلفا قدرها القاضي.
- ج- هناك اختلاف بين الفقهاء ورجال القانون في بيان الحد الأدنى والأعلى لكل من المتعة والتعويض.

¹ العطري محمد، التعسف في الطلاق في التشريع الجزائري، مذكرة الماستر حقوق تخصص: أحوال شخصية، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2015-2016، ص 36

² محفوظ بن الصغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 136

³ العطري محمد، المرجع السابق، ص 36

الفصل الثاني: أحكام التعويض عن الطلاق التعسفي

د- كل من المتعة والتعويض وجبا لجبر خاطر المرأة وتخفيفا عنها.

هـ- إن كل من المتعة والتعويض لا يؤثران على الحقوق الزوجية للمرأة كالمهر والنفقة.

2. أوجه الاختلاف بينهما: تختلف المتعة عن التعويض في:

- إن وجوب متعة الطلاق ثبت بنصوص صريحة من القرآن الكريم والسنة النبوية والأثر عند الصحابة والتابعين أما التعويض فيعتبر جزاء للتعسف في استعمال في الطلاق، فهو أمر اجتهادي مختلف فيه استند القائلون به على نظرية التعسف، والتي بنيت مشروعيتها على أدلة من القرآن والسنة، حتى أن هناك من رجع في أساس مشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي هو المتعة، ولذلك فالمتعة أكثر تأكيدا من حيث الوجوب.

- إن نطاق المتعة أوسع من نطاق التعويض، حيث أن التعويض لا يجب إلا إذا وقع الرجل الطلاق بإرادته المنفردة ودون سبب مقبول، بينما المتعة بمجرد الطلاق سواء بسبب أو بغير سبب وسواء حصل ضرر أم لا¹

- إن المتعة تجب في جميع حالات الفرقة سواء كان طلاقا تعسفيا أو فسخ مع اختلاف بين الفقهاء في حالات الفسخ التي توجب المتعة وسواء أكان الطلاق من الزوج أو من القاضي، أما التعويض فيجب في حالة واحدة وهي عند تعسف الزوج في إيقاع الطلاق، وهذا بين أن نطاق متعة الطلاق أوسع من نطاق تعويض المطلقة.²

- إن المتعة لا تجب إذا كانت الفرقة من قبل الزوجة عن طريق الخلع، فإذا جاءت الفرقة من قبل الزوجة وألحقت الضرر بالزوج، فقد اوجب بعض الفقهاء على الزوجة تعويض زوجها إذا طلقت نفسها طلاقا تعسفيا أصاب الزوج من جرائه ضررا مع الإشارة إلى أن التعسف في الطلاق قد يقع من الزوجة إذا ملكت هذا الحق، مثل ما يقع من الزوج باعتبار العصمة الزوجية مملوكة له، وهو ما يستدعي عدم التفرة بين تعسف الزوج في طلاقه وتعسف الزوجة باعتبار أن الضرر قد يقع لأحد الطرفين في كل من الحالتين وهو ما اخذ به القانون التونسي ويعتبر الوحيد في البلدان العربية الذي اخذ بفكرة عدم التفرة في التعويض، والذي يدفعه طالب الطلاق من الزوجين لزوج الأخر.³

¹ بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 138

² لمين ليلي، حق المتعة وعلاقته بالتعويض عن الطلاق التعسفي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية

الحقوق، جامعة الجزائر، 2015، ص 106

³ المرجع نفسه، ص 308

الفصل الثاني: أحكام التعويض عن الطلاق التعسفي

-إن المتعة تجب للمطلقة بمجرد الطلاق من غير أن يبدي المطلق الأسباب التي دفعته للطلاق، بينما التعويض فانه يجب إذا لم يكن هناك سبب مشروع للطلاق، ولذلك أباحت القوانين للمطلق أن يدافع عن نفسه فيذكر الأسباب التي دفعته للطلاق، فان كانت أسباب معتبرة لم يحكم القاضي بالتعويض¹.

وعليه فإن أساس التعويض عن الطلاق التعسفي هو الضرر المادي والمعنوي اللاحق بالزوجة ومن ثم تعيين تميزه عن حق المتعة والذي يعد حق معترف به لكل مطلقة بغض النظر إذا كان لحق بها الضرر أم لا ومنه هناك علاقة بين المتعة والتعويض، وبالرجوع الى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع الجزائري لم ينص عن متعة الطلاق وأخذ بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي، كما جاء في المادة 52 من قانون الأسرة " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".
وعليه عدم نص المشرع الجزائري على متعة الطلاق لا يعني عدم استحقاقها بل بالعكس².

وهو الأساس الذي يوجب المتعة للمطلقة في الشريعة الإسلامية والتي عرفت بتعريفات منها: "حق التعويض المالي للمرأة لما لحق بها من ضرر بسبب الفرقة من زواج وهذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في اجتهادها القضائي في قرارها الذي جاء فيه:"
المقرر في الشريعة الإسلامية أن المتعة شرعت للمرأة التي يختار زوجها فراقها وليس التي تختار فراق زوجها"³

وللمتعة دور كبير في جبر خاطر المطلقة لما للفراق من ألم، فكانت المتعة تخفيفا لها.

وقد جاء في اجتهاد المحكمة العليا ما يؤيد هذا الكلام في قرار جاء فيه: "إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ

¹ بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 138

² و ذلك بناء على ما جاء في المادة 222 قانون الأسرة التي نصت: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"

³ العطري محمد، المرجع السابق، ص 39

الفصل الثاني: أحكام التعويض عن الطلاق التعسفي

يعتبر خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، لذلك تستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي لها باسم المتعة وبدفع مبلغ كتعويض.¹ و منه ومن خلال هذا الحكم يرجع أن المشرع الجزائري لم يأخذ بمبدأ تمتيع المطلقة لكنه لم ينص على ذلك صراحة في قانون الأسرة وإنما يفهم هذا الحكم من خلال المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.¹

ثانياً : تمييز التعويض عن نفقة العدة

لما كان الزوج هو الفاعل الحقيقي للطلاق لكون العصمة والحق خالص له .و بإقاعه الطلاق يترتب عليه آثار من بين هذه الآثار العدة حيث أن المشرع ميزها وفصلها على التعويض فنفقة العدة مرتبطة بفك الرابطة الزوجية مهما كان شكل فك الرابطة الزوجية بمعنى انه إذا كان الطلاق بالإدارة المنفردة للزوج أو بالتراضي أو التطليق أو الخلع، فكل هذه الصور للطلاق من أثارها العدة التي أوجبتها الشريعة الإسلامية والمشرع نفقة لها، فقد أوجب المشرع نفقة العدة في المادة 61 من قانون الأسرة² وفي الفقه الإسلامي بموجب القاعدة الشرعية من حبس من أجل غيره وجبت نفقته عليه.³

ويعد القضاء الجزائري واضحاً من نفقة العدة فقد جاء في قرار للمحكمة العليا المؤرخ 1984/10/22، انه متى يكون المقرر شرعاً أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة فإن القضاء لما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وقرار للمحكمة العليا المؤرخ في :1996/06/18 جاء فيه انه:"من المستقر عليه قضاء في تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاء الموضوع غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصوراً في التعليل.

وعليه فكل مطلقة معتدة تستحق النفقة من مال زوجها مدة عدتها إذ يجب على مطلقها أن يتحمل نفقة العدة وعلى الجهة القضائية أن تحكم بها وتحديدها إجمالاً أو شهرياً.

¹ العطري محمد، المرجع السابق، ص 39

² المادة 61 من قانون الأسرة: " لا تخرج الزوجة و لا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة و لها الحق في النفقة في عدة الطلاق.

³ العطري محمد، المرجع السابق، ص 40

الفصل الثاني: أحكام التعويض عن الطلاق التعسفي

و يدفع نفقة العدة الزوج لزوجته بناء على ما ذكره القاضي في الحكم ووفقا لقواعد إجراءات التنفيذ وعليه من خلال ما جاء في قرارات المحكمة العليا يتبين لنا أن موقف القضاء متفق مع الفقه والتشريع على أن نفقة العدة واجبة لكل معتدة من طلاق سواء أكان الطلاق رجعيا أو بائنا ولا علاقة لنفقة العدة بالتعويض عن الطلاق التعسفي، وغالب الأحكام القضائية نلاحظ فيها ما تعلق في الفصل في نفقة العدة، أن المبلغ المحكوم به هو نفسه تقريبا لكل المطلقات ولا يوضحون عليه فترة العدة، فالمعتدة بثلاثة قروء تختلف عن المعتد بوضع الحمل.¹

المطلب الثاني: شروط التعويض عن الطلاق التعسفي

للقاضي في القانون الجزائري الحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي على الزوج الذي أساء استعمال حق الطلاق لفائدة الزوجة التي لحقها ضرر من جراء هذا الطلاق، ولكي يكون الزوج ملزما بدفع تعويض عن طلاقه من زوجته طلاقا تعسفيا لا بد من توافر شروط نقدرها في الفروع الموالية .

الفرع الاول : أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين :

لا يتم تعويض الزوجة المطلقة عن الطلاق التعسفي إلا إذا كانت الزوجية قائمة فعليا بين الزوجين، فلا يمكن أن يكون عقدا بدون دخول، بل يجب أن يتم الدخول والمعاشرة الزوجية، ومعنى أن تكون الزوجية قائمة لابد أن تسلم الزوجة نفسها إلى زوجها وان تمكنه من الاستمتاع بها، فإذا تسلم الزوجة نفسها لزوجها أو لم تمكنه من الاستمتاع بها ففي هذه الحالة لا يكون الحديث عن موجبات التعويض حال طلاقها تعسفيا، فلا تعويض عن طلاق تعسفي إلا بتمام الدخول، وان ما يحكم به من تعويض عن طلاق قبل الدخول إنما هو تعويض عن ضرر معنوي وليس من طبيعة التعويض عن تعويض عن طلاق من الدخول وانما هو تعويض عن ضرر معنوي وليست من طبيعة التعويض عن الطلاق التعسفي.²

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها التي جاء فيها ما يلي:

"من المقرر قانونا أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع، ومن تبين من قضية الحال أن الأسباب التي عليها المستأنف في طلب الطلاق

¹ العطري محمد، المرجع السابق، ص 40

² باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، ط 1، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص 87

الفصل الثاني: أحكام التعويض عن الطلاق التعسفي

قبل الدخول غير ثابتة وان عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضررا معنويا بالمستأنفة، وعليه فان قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول والحكم بتعويضها طبقوا صحيح القانون مما يستوجب رفض الطعن " ¹

الفرع الثاني: أن يكون الطلاق بإرادة الزوج المنفردة:

تتعلق فكرة أحقيته بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج من واجباته الشرعية اتجاه الزوجة مالية وأخرى غير مالية، فالواجب المالي يتلخص أساسا في المهر والنفقة أما الغير مالي فيتلخص أساسا في العدل بين الزوجات إذا كان متزوج بأكثر من واحدة، وعدم الإضرار بالزوجة، والأدلة الشرعية عديدة بهذا الخصوص، سواء من القران الكريم، أو من السنة أو بإجماع الفقهاء، وعليه فمقابل ما ألزم الزوج من تحقيقه تجاه زوجته من هذه الواجبات، أعطي حق الطلاق بإرادته المنفردة لكونه الاحرص على بقاء الزوجية التي انفق في سبيلها المال الكثير خاصة بعد الطلاق من تبعات تجعله اصبر ما يكره من المرأة. ²

وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه ما يلي:

"متى كان مقررا قانونا أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفا زوجته ونتج عن ذلك ضررا لمطلقته، فان كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها وحكم لها به، فالحكم لها بالتعويض غير شرعي، ومن ثم القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد فهما خاطئا للقانون.

ولما كان من ثابت - في قضية الحال - أن الزوجة هي التي طلبت التطليق فان قضاة المجلس الذين وافقوا على الحكم الابتدائي وتعديلا له برفع مبلغ التعويض ونفقة العدة ونفقة الإهمال بالرغم من تصريح الحكم الابتدائي بان الزوجة رفضت الرجوع فإنهم بقضائهم كما فعلوا فهموا المادة 52 من قانون الأسرة فهما خاطئا، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا في التعويض والسكن ونفقة الإهمال " ³.

¹ بن عمارة صورية رانيا، المرجع السابق، ص 77

² باديس ديابي، المرجع السابق، ص 89

³ بن عمارة صورية رانيا، المرجع السابق، ص 78

الفصل الثاني: أحكام التعويض عن الطلاق التعسفي

الفرع الثالث: أن يكون الزوج متعسفا في إيقاع الطلاق:

يعد هذا الشرط من بين الشروط الواجب توافرها حتى نكون أمام تعويض المطلقة من طلاق غير مبرر، وتقديره يخضع لسلطة المحكمة التقديرية، بناء على معايير التعسف، والتي تبين في وقائع الدعوى ما إذا كان لدى الزوج سبب شرعي لإيقاعه الطلاق أم لا، بحيث يبقى على المحكمة إجراء تحقيقاتها وتسمع البيانات والتفاصيل عن جدية الأسباب التي أدت إلى إيقاع الطلاق.

وبناء على ذلك ليست للمحكمة أن تصدر حكما دون الخوض في أسباب الطلاق وتعتبره تعسفا وتلزم الزوج بالتعويض عنه، وغلا كانت هي الأخرى متعسفه.¹

وهذا ما قضت به المحكمة العليا: " من المقرر قانونا الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق ومن ثم فغن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتعويض، دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف، أو نشوز فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا".²

والشائع لدى المحاكم الجزائرية هو أن الزوج عادة ما يبرر طلاقه بعدم قيام الزوجة بواجباتها الزوجية أو إخلالها بواجباتها اتجاهه، لا سيما الطاعة وحسن التدبير، أو ارتكابها لفعل يستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية غير أن الزوج مطالب بتبرير طلاقه وينبغي عليه أن يؤسس بدليل قاطع والا عد متعسفا في إيقاعه الطلاق.³

الفرع الرابع: أن يترتب على الطلاق ضرر:

يعد الضرر الحاصل للمرأة جراء واقعة الطلاق، شرطا ضروريا يجب توافره لاستحقاقها للتعويض وهذا الشرط -وقوع الضرر- تناولته معظم قوانين الأحوال الشخصية بالنص، أما بخصوص المشرع الجزائري فقد تناول عنصر الضرر اللاحق بالمرأة من جراء الطلاق وذلك من خلال ما جاء في نص المادة 52 من قانون الاسرة التي تنص على أنه إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق، حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها

¹ بن عمارة صورية رانيا، المرجع السابق، ص 79

² باديس ديابي، المرجع السابق، ص 92

³ نفس المرجع، ص 187

الفصل الثاني: أحكام التعويض عن الطلاق التعسفي

ومن خلال هذا النص نجده قد أعطى للقاضي السلطة التقديرية في الحكم على الزوج بالتعويض المالي، إذ تبين له بان الزوج قد تعسف في الطلاق، بان لم يقدم المبررات التي دعت له لطلب، تبين له بأنه طلقها بقصد الإضرار بها وأو لحقها ضرر جراء هذا التعسف، فلا بد من حفظ حقوق المرأة بالكامل من صداق ومَتَاع، بالإضافة إلى التعويض عن الطلاق التعسفي¹، وبهذا يجب توفر شرطين أساسيين هما : التعسف، والضرر الناتج عنه.

والمعمول في الغالب أن عنصر الضرر مفترض في جميع قضايا الطلاق، من دون حاجة إلى إثباته متى كان الأساس الذي اعتمد عليه الزوج غير جدي، أو منعدم تماما لان انعدام التبرير أو كونه غير كافي يفهم منه أن الزوج تعسف في استعمال حق الطلاق، وبالتالي ينتج عنه ضرر واقع ومحقق، وتقدير هذا الضرر مسؤولية قضاة الموضوع. وهو ما جاء في قرار للمحكمة العليا انه : " من المقرر قانونا أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من الاختصاص، وتقدير قضاة الموضوع ". أن يكون الطلاق بائنا .

يستحق التعويض بناء على طلب المطلقة أو من ينوب عنها قانونا، وفق إجراءات الدعوى²، فان تحققت هاته الضوابط والشروط جاز للزوجة المطلقة الحكم لها بالتعويض جبرا للضرر اللاحق بها من قبل الزوج .

¹ بن شيخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2008، ص 187

² بن عمارة صورية رانيا، المرجع السابق، ص 80

الفصل الثاني: أحكام التعويض عن الطلاق التعسفي

المبحث الثاني: كيفية التعويض عن الطلاق التعسفي

في حالة ما إذا حصل الطلاق وبالشكل التعسفي، وأضحت المطلقة مستحقة للتعويض عن الطلاق التعسفي، فيجب احترام كيفية تقدير التعويض والبحث على الأساس الذي يقوم عليه تقدير القاضي للتعويض.

المطلب الأول: التعويض القضائي عن الطلاق التعسفي

من خلال نص المادة 52 من قانون الاسرة الجزائري يظهر أن المشرع الجزائري قد ترك للقاضي أعمال سلطته التقديرية في أمرين هما: تحديد مدى تعسف الزوج المطلق من عدمه، وتقدير التعويض في حالة تحققه من أن الزوج طلق زوجته تعسفا¹.

الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير التعويض القضائي عن الطلاق التعسفي

مما لا شك فيه أن إساءة استعمال الزوج لحقه في إيقاع الطلاق فيه إضراراً لزوجته، لذلك أوجب المشرع الجزائري إلزامه بتعويض الضرر الذي لحقها جراء التعسف في الطلاق، والحكم بالتعويض لصالح الزوجة متروك لسلطة القاضي في تقديره.

فما هو الأساس القانوني الذي يعتمد عليه قاضي شؤون الأسرة في تقدير التعويض عن الضرر في حالة الطلاق التعسفي وكيفية تقديره؟ هذا ما سيتم معالجته في العنصرين التاليين:

أولاً: الأساس القانوني لتقدير التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي.

رتب المشرع الجزائري في ذمة الزوج المتعسف في استعمال حق الطلاق -من خلال نص المادة 52 من الأمر 0502 المعدل والمتمم للمر 84-11 المتضمن قانون الاسرة -تعويض زوجته جبراً للضرر الذي ألم بها من واقعة الطلاق، فلقاضي شؤون الأسرة السلطة المطلقة في تقدير التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي.

وقد وضع الطلاق شرعاً لرفع الضرر وليس لإلحاقه بالزوجة، والتعويض الذي يحكم به القضاء ليس لكل مطلقة بل لمن تعسف زوجها في طلاقها فأصابها من جراء ذلك الضرر الذي نهى الرسول - صلى الله عليه وسلم - عنه في قوله: "لا ضرر ولا ضرار"،

¹ شوقر فاضل، اليات التعويض عن الطلاق بالارادة المنفردة للزوج في قانون الاسرة، المجلة المتوسطة للقانون والإقتصاد، المجلد 03، العدد العدد 02، جامعة ابو بكر بلقايد، 2018، ص 343

الفصل الثاني: أحكام التعويض عن الطلاق التعسفي

وفي إطار تطبيق نص المادة 52 من قانون الأسرة إليها أعلاه فإن الحكم بالتعويض يتطلب شرطان أساسيان هما:

1. أن يثبت للقاضي أن الزوج طالب للطلاق لم يرغب فيه لتقادي مشكلة معينة أو لدفع ضرر، وإنما لنزوة شخصية أو لقصود الإضرار بها ودون أن تكون هناك مصلحة أو فائدة شرعية أو عقلانية أو منطقية كأن يطلقها ليتفرغ للزواج من غيرها مرة أخرى وهو ما يفسر بخروج صاحب الحق عن الغاية التي لأجلها وضع الحق¹

وقد قضت المحكمة العليا بهذا الخصوص في قرارها الصادر بتاريخ 1998/11/17 الذي جاء فيه " من المقرر قانوناً أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق ومن ثمة فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون ... "

ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتعويض دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف أو نشوز فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً²، فيتضح من خلال ذلك أن مسؤولية الزوج وحده عن الطلاق هي التي ترتب للمطالعة الحق في التعويض، وبمعنى أدق فإن التعسف في استعمال الحق في الطلاق هو الأساس القانوني الوحيد لاستحقاق المطلقة للتعويض في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج³

2. أن يلحق الزوجة ضرر حقيقي بسبب طلاقها، وإن كان الضرر المعنوي ثابت لمجرد الحكم بالطلاق، فإن الضرر المادي إذا وجد فيجب على الزوجة إثباته، فالعصمة بيد الزوج وبموجب ذلك له الحق في إنشاء الطلاق، ودور القاضي هو مجرد مسجل لإرادة الزوج وليس له السلطة في رفض هذه الرغبة وهذه الإرادة على اعتبار أنها غير مبررة في حالة ما إذا لم يقدم الزوج أي سبب أو عذر لهذا الطلاق، أما لعلمه بأنه غير قادر على إثبات ما يدعيه، أو لأنه فضل السكوت على التلويح والتجريح، وليس للقاضي إلا أن يحكم للمطلقة بالتعويض الملائم، وبالنسبة لقضايا الطلاق والضرر الناتج عنها فإن المعمول به في الغالب

¹ مسعودة نعيمة الياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2009-2010، ص 284

² يعقوبي عبد الرزاق، قضاء المحكمة العليا في مادة شؤون الأسرة مرفق بشرح مختصر لبعض المواد، دار هومة، الجزائر، جوان، 2018، ص 93

³ مسعودة نعيمة الياس، المرجع السابق، ص 285

الفصل الثاني: أحكام التعويض عن الطلاق التعسفي

أن عنصر الضرر مفترض دون حاجة الى إثباته متى كان الأساس الذي اعتمد عليه الزوج لطلب الطلاق غير جدي أو منعدم تماما، لأنه إذا انعدم التبرير أو كان غير كاف يفهم منه أن الزوج تعسف في استعمال حقه في الطلاق¹

فالتعويض موجب للزوجة على زوجها الذي طلقها تعسفا وسبب لها ضررا وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1989/03/27 الذي جاء فيه: " من المقرر قانونا أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفا زوجته ونتج عن ذلك ضرر لمطلقاته"²، إن القواعد العامة في الإثبات تقتضي أن البيئة على من ادعى، وإن من يعجز عن إقامة البيئة على صحة دفوعاته يخسر دعواه، إلا أنه في مسائل الطلاق خروج عن القواعد العامة ذلك أن القاضي يقضي بالطلاق بناء على إرادة الزوج حتى ولو لم يقم البيئة أو لم يفصح عن الأسباب التي دفعته إلى إيقاع الطلاق، سواء لعدم القدرة على إثباته أو لتجنب الحرج لأنها تدخل في صحيح الأمور الشخصية للزوجين، أما إذا اعتمد الزوج في إيقاع الطلاق على اخلال أو تقصير من طرف الزوجة فعليه إثبات ما يدعيه، وللقاضي السلطة التقديرية في اتخاذ ما يراه مناسب، بشأن المسؤولية التي يحملها لهذا الزوج بالنظر إلى مواقف الأطراف ودفوعاتهم³.

ومن خلال ما سبق فإن الأساس القانوني لاستحقاق المطلقة للتعويض هو التعسفي في استعمال الحق في الطلاق، وليس على أساس المسؤولية التقصيرية، وهو ما تضمنه قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2000/02/22: " إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض في الطلاق "، وذلك أن المسؤولية التقصيرية تقوم على أساس الخطأ الذي يلحق الضرر، وهذا ما لا يمكن أن يشمل التعويض المحكوم به في حالة الطلاق، فالتعويض يقوم على وجود حق، أودى استعمال هذا الحق الى الحاق الضرر بالغير سواء بقصد أو عن غير قصد فإذا كان الضرر اللاحق بالمطلقة يفوق المصلحة التي حققها المطلق كان ذلك تعسفا من جانبه وثبت لها التعويض، فاستعمال

¹ يومبي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 103

² بلجاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966-2010، بن عكنون- الجزائر، 2012، ص 235

³ كريمة جعيجع، وسيلة رقيق، أحكام الطلاق التعسفي في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي، تخصص: قانون أسرة، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2019-2020، ص 40

الفصل الثاني: أحكام التعويض عن الطلاق التعسفي

الطلاق حتى ولو أدى إلى الاضرار بالزوجة لا يمكن أن يكون خطأ يترتب المسؤولية التقصيرية، لأنه حق مخول شرعا وقانونا للزوج .¹

وعليه فإن الأساس القانوني الذي يعتمد عليه قاضي شؤون الأسرة في تقدير التعويض عن الضرر للمطلقة هو تعسف الزوج في استعمال حقه الأصيل في الطلاق.

ثانيا :كيفية تقدير التعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي

بالرجوع الى نص المادة 52 من الامر 02-05 المتضمن قانون الاسرة نستنتج أن المشرع الجزائري أقر حق المطلقة في الحكم لها بالتعويض إذا تعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق، غير أنه لم يشر إلى الأحكام التي تضبط التعويض فلم يبين كيفية تقديره، كما أنه لم يحدد الحد الأدنى ولا الحد الأقصى لقيمته تاركا المجال مفتوحا لقاضي الموضوع وذلك بإعمال سلطته في تقدير التعويض للمطلقة عن الضرر المترتب بسبب الطلاق التعسفي.²

1. المعطيات المعتمدة في تقدير التعويض وتحديد معياره

رتب المشرع الجزائري تعويضا ماليا للزوجة على زوجها الذي طلقها تعسفيا جبرا للضرر اللاحق بها إلا أنه لم يحدد المعايير التي يستند اليها القاضي في تقدير التعويض، وتحديد المبلغ المالي الواجب دفعه للمطلقة تعسفا إذ جعل الأمر متروكا لقاضي الموضوع بموجب سلطته التقديرية، وقد أقرت المحكمة العليا ذلك في قرارها³ الذي تضمن " إن تقدير التعويض خاضع لسلطة قضاة الموضوع وهو لا يخضع لرقابة المحكمة العليا، إلا إذا كان مجحفا بأحد الزوجين"⁴، وكما قضت المحكمة العليا في قرارها⁵ على أنه " من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل .. "⁶

¹ يومبيعي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 103

² كريمة جعيجع، وسيلة رقيق، ص 41

³ الصادر بتاريخ 1986/02/24

⁴ بلحاج العربي، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص:232

⁵ الصادر بتاريخ 1991/06/18

⁶ نفس المرجع، ص 232

الفصل الثاني: أحكام التعويض عن الطلاق التعسفي

فعلى القاضي عند تقديره للتعويض عن الطلاق التعسفي بناء على سلطته التقديرية المخولة له قانونا تسبب حكمه لأنه ملزم بذكر أسباب تحديد مبلغ التعويض عن الطلاق التعسف وألا كان حكمه معيبا بقصور في التسبب.

ويعتمد القاضي في حكمه بالتعويض المالي لصالح الزوجة عن الضرر اللاحق بها في حالة الطلاق التعسفي لجملة من المعطيات والأسباب التي تؤخذ بعين الاعتبار، ويستشف ذلك من خلال ما استقرت عليه التطبيقات القضائية نذكر منها ما يلي:

أ. **درجة التعسف في الطلاق:** إن التعسف في الطلاق مسألة موضوعية يقدرها قاضي شؤون الأسرة من خلال قيامه بإجراء محاولات الصلح بعقد جلسات للتوفيق بين طرفي الدعوى والتي يمكن أن تعقد لأكثر من مرة، ومن خلال تفحصه لملف القضية للوقوف على وجود التعسف من عدمه فاستحقاق الزوجة للتعويض عن الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي يرجع لدرجة تعسف الزوج في الطلاق .

ب. **طول أو قصر الحياة الزوجية:** بالنسبة لطول الحياة الزوجية، فربما تكون الزوجة قد عاشت مع زوجها سنوات طويلة وكرست حياتها في خدمته وخدمة أولاده، فعلى القاضي أن يراعي مدة الزواج، وسن الزوجة لأنها تكون قد تقدمت في السن وبالتالي تفويت فرصة الزواج عليها مرة أخرى وبقائها بدون معيل بعد طلاقها من زوجها، فعدد سنوات العشرة الزوجية الطويلة كفييلة لأن تكون سببا في استحقاق الزوجة للتعويض عن الضرر الذي أصابها جراء تعسف زوجها في الطلاق،¹.

أما بالنسبة لقصر الحياة الزوجية فقاضي الموضوع عند تقديره للتعويض عن الطلاق التعسفي عليه مراعاة مدة الزواج التي قد تدوم لفترة قصيرة فقد تك ون لشهر أو شهرين أو سنة أو سنتين، فالطلاق المبكر من شأنه أن يؤثر سلبا على الحياة المستقبلية للزوجة ويسبب لها أضرارا خاصة على سمعتها نظرا للفترة القصيرة التي عاشتها مع زوجها، فقد

¹ وهو تضمنه الحكم الصادر عن محكمة بوسعادة بتاريخ 2019/05/29 " : حيث أنه ثبت للمحكمة تعسف الزوج في طلب الطلاق خاصة أن العلاقة الزوجية بين الطرفين قائمة منذ سنة 1978 وبالتالي فإن قراره بفك الميثاق الغليظ بينه وبين المدعى عليها من شأنه أن يلحق أضرارا معنوية معتبرة، ولذلك يتعين جبر هذا الضرر بتعويض يتناسب وجسامته، وتبعاً لذلك فإن طلب المدعى عليها به مؤسس قانونا طبقاً للمادة 52 من قانون الأسرة الجزائري يتعين الاستجابة له، مع خفض المبلغ المطالب به إلى حد معقول، حيث ألزم الزوج بتعويض زوجته عن الطلاق التعسفي وحدد مبلغه 180.000 دج، كريمة جعيجع، وسيلة رقيق، ص 43

الفصل الثاني: أحكام التعويض عن الطلاق التعسفي

يمنعها ذلك من تأسيس حياة زوجية مرة ثانية، وهو ما جسده الحكم الصادر عن قسم شؤون الأسرة بمحكمة المسيلة بتاريخ 2019/12/08 حيث قضى بذلك الرابطة الزوجية بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج بين المدعي والمدعى عليها مع إلزامه بتمكين هذه الأخيرة من مبلغ قدره 250.00 دج تعويضا عن الطلاق لثبوت تعسف الزوج بتوقيع الطلاق الذي سوف يلحق أضرارا معتبرة بالمدعى عليها خاصة أمام قصر علاقتهما الزوجية وتمسك المدعى عليها بمواصلة الحياة الزوجية .¹

ج. الظروف المادية والاجتماعية للزوجين: عند تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي وتحديد مقداره يراعي القاضي حال الزوجين من عسر أو يسر، وينظر الى مدخول الزوج وظروفه المعيشية، والى حالة المطلقة إذا كانت حاضنة للأولاد، وقد أكد قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1984/04/02 على مراعاة حالة الزوجين في تقدير التعويض والذي جاء فيه: " من المقرر شرعا أن تقرير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسببه وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا، من غنى وفقرا يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فإن القضاء لما يخالف أحكام هذا المبدأ، يعد انتهاكا للقواعد الشرعية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبرير ما حكموا به على الإشارة إلى حالة الطرفين وطبقتهما الاجتماعية، دون اعتبار لحالة وطبقة كل منهما أو غناها أو فقرهما أو غبن أحدهما أو فقر الآخر، ودون اعتبار كذلك لمقدار ما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غير ما هو مألوف أن يعطي عادة بما يتناسب مع إمكانيات الزوج المادية، فإن هؤلاء القضاة فصلوا بدون تسبيب، وإعطاء شيء غير مألوف دون الاستناد إلى أية قاعدة شرعية ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا، فيما يتعلق برفع مبلغ المتعة دون إحالة"²

د. حجم الضرر ومدى جسامته: يدخل عنصر الضرر اللاحق بالزوجة جراء واقعة الطلاق ومدى جسامته في تقدير التعويض وتحديد قيمته، فينظر القاضي إلى حجم الضرر الذي أصاب الزوجة نتيجة تعسف الزوج في طلاقه، فمبدأ التعويض هو جبر الضرر، والتعويض

¹ كريمة جعجع، وسيلة رقيق، ص 43

² بلحاج العربي، قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 231

الفصل الثاني: أحكام التعويض عن الطلاق التعسفي

المستحق للمطالبة يجب أن يتناسب مع حجم الضرر، وجسامة الضرر تختلف من قضية إلى أخرى .

وعليه فإن مسألة تقدير التعويض وتحديد قيمته هي من صلاحيات قاضي الموضوع المختص بالفصل في دعوى الطلاق تبعا لسلطته التقديرية فهو ملزم عند إصداره لحكمه المتضمن التعويض المالي عن الطلاق التعسفي بالإستناد إلى بعض المعطيات والأسباب وأخذها بعين الاعتبار كالتقيد بالعرف القضائي الذي يفرض حدا أقصى وأدنى لقيمة التعويض فالتعويض المالي عن الضرر المترتب عن الطلاق التعسفي لا يكون ثابتا بالنسبة لجميع قضايا الطلاق، فهو يختلف من قاض إلى آخر ومن دعوى إلى أخرى لأنه متروك لتقدير القاضي حسب درجة التعسف في الطلاق وجسامة الضرر اللاحق بالزوجة¹.

الفرع الثاني: الحالات الموجبة استحقاق المطلقة للتعويض عن الطلاق التعسفي

الزم المشرع الجزائري الزوج المتعسف في استعمال حقه الإرادي في الطلاق تعويض زوجته ماليا عن الضرر اللاحق بها، لكنه لم ينص على حالات استحقاق المطلقة تعسفا للتعويض جبرا للضرر الذي ألم بها، وإنما تستنتج انطلاقا من التطبيقات القضائية لأحكام المحاكم وكذا من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا، ويمكن أن نورد بعض هذه الحالات، وهي على سبيل المثال:

أولا. حالة أن يطلق الزوج زوجته دون مبرر شرعي وقانوني: كأن يستعمل الزوج حقه في الطلاق دون أن يقدم دليلا شرعيا أو قانونيا مثبتا لطلب فك الرابطة الزوجية، ومحتملا الزوجة مسؤولية الطلاق²

¹ كريمة جعيجع، وسيلة رقيق، ص 44

² وهو ما قضت به محكمة المسيلة قسم شؤون الأسرة بتاريخ 2019/12/18 "حيث أسس المدعي إقدامه على طلب الطلاق بسبب تصرفات زوجته اللا مسؤولة رغم أنه بذل كل جهده لتوفير حياة كريمة لعائلته فهي لا تحترمه، الأمر الذي نفته المدعى عليها وصرحت أنه يطردها من بيت الزوجية في فترة النفاس للتخلص من نفقتها والتزاماته اتجاهها وعلى هذا الأساس يكون المدعي قدم للمحكمة مجرد تصريحات في مواجهة تنفيذ المدعى عليها لها ما يجعلها لا ترقى لمرتبة الدليل الذي يعتمده القاضي لتحميل الزوجة مسؤولية الطلاق، وعليه فإن إقدامه على فك الرابطة الزوجية دون تقديم ما يبرره شرعا وقانونا استعماله لحقه يعد تعسفا في استعمال حق العصمة يستوجب التعويض للزوجة التي يلحقها ضرر لا محالة جراء تصرفه لتتركها بمواجهة صعاب الحياة مع خفض قيمة التعويض للحد الذي يتناسب فيه الضرر"، حيث حكم للزوجة بمبلغ 300.000 دج كتعويض عن الضرر، نفس المرجع، ص 45

الفصل الثاني: أحكام التعويض عن الطلاق التعسفي

ثانيا. حالة أن يطلق الزوج زوجته دون سبب جدي: فقد يقدم الزوج على طلب فك الرابطة الزوجية دون أن يثبت ذلك بمبرر أو سبب جدي¹.

ثالثا. حالة تمسك الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية وإصرار الزوج على طلب الطلاق: يعد الزوج في هذه الحالة متعسفا لرغبته في طلب الطلاق وإصراره على ذلك، خاصة عند تمسك الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية ومواصلة الحياة معه، مما يستوجب إلزامه بتعويض زوجته عن ذلك.

رابعا. حالة تنازل الزوجة عن الاستمرار في الدراسة: وذلك بأن يطلب الزوج من الزوجة التوقف عن الدراسة، وتستجيب لطلبه، فهنا يكون طلاقه متعسفا موجبا للتعويض .

خامسا. حالة الطلاق قبل الدخول: في هذه الحالة تستحق الزوجة التي طلقها زوجها قبل الدخول تعويضا عن الضرر المعنوي اللاحق بها جراء امتناع الزوج عن إتمام الزواج، وتفويت فرص الزواج بغيره، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2006/11/15²

ومما سبق نستنتج أن المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة لم يحدد الحالات التي على أساسها تستحق المطلقة تعسفا التعويض عن الضرر اللاحق بها لأن الأمر متروك لقاضي الموضوع وفقا لسلطته التقديرية بصفته مخولا قانونا بذلك والذي يستنتج ذلك من وقائع القضية المطروحة أمامه ادعاءات الأطراف، فإذا ثبت القاضي تعسف الزوج حكم للمطلقة على زوجها بتعويض مالي عن الضرر المترتب عن واقعة الطلاق، وعليه يمكن أن تستشف الحالات والأسباب الموجبة لتعويض المطلقة تعسفا من الأحكام والقرارات الصادرة عن الجهات القضائية محاكم ومجالس قضائية وكذا اجتهادات المحكمة العليا.

¹ وهو ما جسده الحكم الصادر عن محكمة المسيلة بتاريخ 2020/01/05 الذي قضى بفك الرابطة الزوجية بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج بين الطرفين وإلزامه بتمكين المدعى عليها (الزوجة) من مبلغ قدره 200.000 دج تعويضا عن الطلاق التعسفي، حيث أن المدعي (الزوج) برر طلب الطلاق بسبب مرض زوجته بمرض الصرع وهو الأمر الذي لا يعد سببا جديا كافيا لطلب الطلاق لا سيما أن المرض خارج عن إرادتها وأنه من واجبه السعي لعلاجها، وهذا ما يجعل طلب فك الرابطة الزوجية غير مبرر ويجعله متعسفا في توقيعه ويتعين معه تحميله المسؤولية، كريمة جعيجع، وسيلة رقيق، ص 46

² والذي جاء فيه "يحق للزوجة في حالة الطلاق قبل الدخول بها الحصول على تعويض من جراء تفويت فرصة الزواج من الغير عليها" قرار صادر عن م.ع، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 372290، بتاريخ 2006/11/15، نفس المرجع، ص 46

الفصل الثاني: أحكام التعويض عن الطلاق التعسفي

المطلب الثاني: رقابة المحكمة العليا .

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

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

باعتبار أن الضرر هو مناط تقدير التعويض، فلا بد أن يتناسب هذا التعويض مع الضرر ويقدر بقدره، ولا يتبين مدى هذا التناسب إلا بعد تحديد العناصر والشروط الواجب توافرها في الضرر حتى يكون مستحقاً للتعويض.

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

ويعتبر استيفاء الضرر للشروط الواجب توافرها لاستحقاق التعويض مسألة قانونية يخضع فيها الموضوع لرقابة المحكمة العليا، من هذا كون الضرر ماس بحق أو مصلحة مشروعة، وتكليفه بأنه ضرر محقق حال أو مستقبل أو بأنه احتمالي، ووصفه بأنه ضرر مادي أو ضرر معنوي.

وقد كان للقضاء تطبيقات قضائية في ذلك، إذ قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1984/04/02 بأنه: "من المقرر شرعاً أن تقدير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسببه، وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلاً من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فإن القضاء بما يخالف هذا

¹، يومعي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 116

الفصل الثاني: أحكام التعويض عن الطلاق التعسفي

المبدأ يعد انتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من الشريعة الاسلامية، إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبريرهم لما حكموا به على الإشارة إلى حالي الطرفين وطبقتهما الاجتماعية، دون اعتبار لحالة وطبقة كل منهما، وغناهما أو فقرهما، أو غنى أحدهما أو فقر الآخر، ودون اعتبار كذلك لمقدار ما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية، لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غير ما هو مألوف، ودون الاستناد إلى أي قاعدة شرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً فيما يخص مبلغ المتعة دون إحالة¹.

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

أما إذا حكم القاضي بتعويض معين سواء قل مقداره أو زاد فإنه رغم ما له من سلطة تقديرية فهو مجبر على تسبيب ذلك، وإلا كان قراره معيباً للقصور في التسبيب.

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

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

إلا أن الملاحظ في الواقع العملي أن القضاة لا يحددون عناصر الضرر، ولا شروطه في أحكامهم، فلا يبينون نوع الضرر إذا كان مادياً أو معنوياً، مباشراً أو غير مباشر، محققاً أو احتمالياً، متوقفاً أو غير متوقع³

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

اللطيف، المرجع السابق، ص 114

² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 75029 المجلة القضائية 1992، عدد 01، ص 65

³ يومبجي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 116

الفصل الثاني: أحكام التعويض عن الطلاق التعسفي

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

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

إلا أنه هناك بعض قرارات المحكمة العليا تسيير ضد هذا المبدأ، لأنها تخلط بين تقدير القاضي للتعويض بمبلغ ثابت، أو نصاب معين، أو قيمة ثابتة، وبين عناصر تقدير التعويض.

فالأولى هي مسألة واقع تخضع لتقدير قاضي الموضوع وفق لما توضح له من جسامة أو يسر الضرر، دون رقابة عليه من المحكمة العليا، ولكن كيفية تحديد هذه الجسامة أو اليسر، بمعنى كيفية تطبيق القانون على الواقع هو الذي يكون محل رقابة المحكمة العليا. وتتصب هذه الرقابة على مدى احترام القاضي للعناصر والمعايير التي وضعها المشرع أمام القاضي للوصول إلى تقدير للتعويض بما يتناسب مع حجم الضرر. فإذا كان القاضي بسبب تطبيق معيار الخسارة اللاحقة والكسب الفائت، أو تقويت الفرصة، فعليه أن يبين الواقعة المثبتة في الدعوى التي تصدق على وصف الخسارة أو الكسب. وفيما يتعلق بمعيار الظروف الملازمة، ومن وجوب اعتداد بالظروف الشخصية للمتضرر في حالته الشخصية والعائلية والمالية. فعلى القاضي أن يبين الواقعة التي تقيد إصابة الشخص بضرر في ذمته المالية، دخله، عدد الأشخاص الذين يعيلهم، وهذه كلها تخضع لرقابة المحكمة العليا لأنها من قبيل التكييف القانوني للوقائع.

أما إذا حكم القاضي بتعويض معين سواء قل مقداره أو زاد فإنه رغم ما له من سلطة تقديرية فهو مجبر على تسبيب ذلك، والا كان قراره معيباً بالقصور في التسبيب¹.

¹ يومعي عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 117

خاتمة

الخاتمة

اقرت الشريعة الاسلامية الطلاق وتبعها في ذلك القانون الجزائري لغايات وحكم جليلة، فإذا أوقعه الزوج من غير سبب ولا موجب شرعي، فقد ناقض الشارع في ما قصد، وهذا هو التعسف في استعمال الحق، ونظرية التعسف لها امتدادات فقهية أصيلة، وتطبيقاتها واسعة، منها التعسف في إيقاع حق الطلاق، وهو الذي اختلف في حكم أصله، وقد مال الكثير من المحققين إلى منعه لما فيه من مفسد عظيمة، وأهمها العود على جميع مصالح الزواج بالهدم، وينبني على القول بحظر الطلاق، مسألة إلزام الزوج بالتعويض عنه جراء التعدي ومخالفة الشرع.

والتعسف في الطلاق أمر شخصي، يصعب إثباته، ومن هنا أقيمت قواعد ومعايير كأمارات على وجود التعسف، كتفاهة المصلحة المرجوة منه، في مقابل المفسد المنتبى عليه. والتعويض عن ضرر التعسف في الطلاق فرع عن المسؤولية الشرعية وربما يساهم في تخفيف ألم المطلقة وجبر خاطرها المنكر، ويدفع الزوج إلى تروي في أمر الطلاق وعد التسرع في إيقاعه.

و منه جملة ما توصلت اليه ما تم عرضه في هذا الموضوع أهم النتائج التالية:
المشعر الجزائري كان متذبذبا و لم يعطي تعريفا صريح للطلاق و ترك ذلك للشرع ووضعت الشريعة الإسلامية قيودا و ضوابطا عند إيقاعه للطلاق من شأنها الحد منه.
مصطلح التعسف من المصطلحات الحديثة نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي تختلف عن القانون الوضعي، فمن ناحية المصدر فإن نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي مصدرها تشريع إلهي غير قابل للنقاش و هو القرآن الكريم، فقد وجد هذا التشريع ليتناسب مع جميع البشر على اختلافاتهم. في حين أن القوانين الوضعية هي من عمل البشر و تتأثر بالضغوطات و هي عرضة للنقض و تتأثر بالعوامل الاجتماعية و الاقتصادية و السياسية.

فهم و معرفة صور و معايير التعسف ضرورة ملحة و هذا لمعرفة إذا ما كان الطلاق تعسفا أم لا.

المشعر الجزائري لم يبين نوع الضرر الموجب للتعويض عن الطلاق التعسفي في المادة 52 ج أ ق.

الخاتمة

انطلاقاً من قول الرسول صلى الله عليه و سلم " لا ضرر و ضرار " أخذت الشريعة الإسلامية بالتعويض عن الطلاق التعسفي .

التعويض عن الطلاق التعسفي لا يلغي للمطلقة حقها في المتعة المقرر لها ولا حق العدة.

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

لم يبين المشرع الجزائري نوع الضرر الموجب للتعويض عن الطلاق التعسفي . هناك شروط في تعويض الزوجة لا بد من توافرها و فلا يعرض الزوج زوجته إلا إذا إنطبقت هذه الشروط على الزوجة و تحققت وذلك طبقاً لنص المادة الجزائرية.

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

ترك المشرع الجزائري لقضاة الموضوع سلطة تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي و لم يحدده .

-الاقتراحات

على المشرع الجزائري تعديل نص المادة 52 من قانون الأسرة و التي جاءت بشكل عام حتى يتبين منها كيفية تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي، كما عليه أيضاً أن يبين المعايير و الأسس المعتمدة في ذلك وهذا حفاظاً على حقوق المتخاصمين من جهة ولفتح باب واسع لرقابة المحكمة العليا في تقدير التعويض من جهة أخرى.

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

حق المتعة التي يفصلها عن التعويض عن التعسف في استعمال حق ملاطلا و هذا لتمييزها عن التعويض.

يوضح الفرق في تقدير التعويض عن المدخول بها و التي لم تدخل بعد فالمشرع الجزائري لم يفصل في المادة 52 من قانون الاسرة بين المدخول بها و التي لم تدخل بعد و يتكلم عن الضرر المادي و المعنوي.

المراجع

1. أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة و القانون - بحث مقارن - الطبعة الأولى 1967 . دار المعارف بمصر
2. احمد زكى بدرى معجم المصطلحات القانونية مع التعريفات عربي - فرنسي - انجليزي: القانون المدني , قانون الأحوال الشخصية ، دار الكتاب المصري ، 1989.
3. باديس ديابي ، صور و آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، ط 1، عين مليلة، الجزائر، 2012
4. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 2، د م ج، ط 1999
5. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (مقدمة، الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية الزواج والطلاق)، ج01، بن عكنون، 2004.
6. بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات، ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال أربع وأربعين سنة 1966-2010، بن عكنون - الجزائر ، 2012
7. بن شيخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دار الخلدونية ، الجزائر ، الطبعة الأولى، 2008
8. سعد عبد العزيز ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث قسنطينة، الطبعة الثانية 1980
9. السيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي بيروت سنة الطبع 1987
10. عبد الرازق احمد السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ، ج1 ، دار إحياء التراث العربي 1952، ص 1090.
11. عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ، دار البصائر ، الجزائر ، 2009، ص254،
12. عبد المنعم فرج الصده مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية
13. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري . الجزء الأول ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر. طبعة 1999
14. لحسن بالشيخ آث ملويا ،بحوث في القانون ،دار هومه، سنة الطبع 2000
15. محفوظ بن الصغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012
16. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثالثة 1957
17. محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2004 .
18. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الإلتزام، الواقعة القانونية، ط02، دار الهدى، الجزائر، 2004.

الفهرس

19. مسلم النيسابوري، الجامع الصحيح، الجزء السابع منشورات دار الآفاق الجديدة، بيروت 1334 هـ
20. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الجزء السابع، دار الفكر بيروت، سنة الطبع 1992
21. يعقوبي عبد الرزاق، قضاء المحكمة العليا في مادة شؤون الأسرة مرفق بشرح مختصر لبعض المواد، دار هومة، الجزائر، جوان ، 2018

المحاضرات

1. علي فيلاي وحמיד بن شنيطي، نظرية الالتزامات ،محاضرات أقيمت على طلبة سنة ثانية ليسانس حقوق، كلية الحقوق و العلوم الادارية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية1998-1999، بن عكنون، الجزائر،

المقالات

1. رشيد شمشيم، "الحق في الصورة"، مجلة العلوم الإنسانية والإجتماعية، جامعة يحي فارس بالمدينة، العدد الثالث، سنة 2008
2. رشيد عمري، التعسف في استعمال حق الطلاق، مجلة الحضارة الإسلامية، المجلد19 : العدد :الأول أبريل 2018
3. شوقر فاضل، اليات التعويض عن الطلاق بالارادة المنفردة للزوج في قانون الاسرة، المجلة المتوسطية للقانون والإقتصاد، المجلد 03، العدد العدد 02، جامعة ابو بكر بلقايد ، 2018.

المذكرات

1. بلحورابي سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير، جامعة تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية،2014
2. بن عمارة صورية رانيا ، الطلاق التعسفي والتعويض عنه في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص : القانون الخاص جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2019-2020.
3. بن عمارة صورية رانيا، الطلاق التعسفي والتعويض عنه في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر، تخصص : قانون خاص، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2019-2020
4. تقية عبد الفتاح، الطلاق بين تشريع الاسرة و الاجتهاد القضائي، رسالة دكتوراه كلية الحقوق بن عكنون،جامعة الجزائر،، 2007
5. العطري محمد، التعسف في الطلاق في التشريع الجزائري، مذكرة الماستر حقوق تخصص :أحوال شخصية، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2015-2016.
6. كريمة جعيجع ، وسيلة رقيق ، أحكام الطلاق التعسفي في القانون الجزائري ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي ، تخصص :قانون أسرة ، جامعة محمد بوضياف المسيلة ، 2019-2020،

الفهرس

7. لمين ليلي، حق المتعة وعلاقته بالتعويض عن الطلاق التعسفي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2015
8. محيقي عبد القادر، الطلاق و آثاره، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس في الحقوق، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي خميس مليانة، السنة 1998
9. مسعودة نعيمة الياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2009-2010
10. يومبعي عبد اللطيف، التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص أحوال شخصية جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، 2014-2015

القوانين

1. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم، بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، العدد 15
2. القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للامر 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، المنشور بالجريدة الرسمية الصادرة في: 26 يونيو 2005، العدد 44

الفهرس

كلمة شكر

الاهداء

01

مقدمة

الفصل الأول: ماهية الطلاق التعسفي والتعسف في استعمال الحق الطلاق

- 05 المبحث الأول: ماهية الطلاق التعسفي
- 05 المطلب الأول: مشروعية الطلاق بوجه عام
- 05 الفرع الاول: تعريف الطلاق
- 07 الفرع الثاني: مشروعية الطلاق و الحكمة شروطه
- 10 الفرع الثالث : شروط الطلاق:
- 14 المطلب الثاني: تعريف الطلاق التعسفي
- 14 الفرع الاول : تعريف الطلاق التعسفي فقها وقانونا
- 15 الفرع الثاني: حكم الطلاق التعسفي
- 19 المبحث الثاني: ماهية التعسف في استعمال حق الطلاق
- 19 المطلب الأول: مفهوم التعسف في استعمال حق الطلاق
- 19 الفرع الأول : تعريف التعسف في استعمال الحق.
- 21 الفرع الثاني: معايير التعسف في استعمال الحق
- 24 المطلب الثاني: تعريف التعسف في استعمال حق الطلاق
- 24 الفرع الأول: مفهوم الطلاق التعسفي :
- 27 الفرع الثاني: معايير الطلاق التعسفي :
- 28 الفرع الثالث: الضرر في التعسف عن استعمال حق

الفصل الثاني: أحكام التعويض عن الطلاق التعسفي

- 37 المبحث الأول: مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي
- 37 المطلب الاول: تعريف التعويض عن الطلاق التعسفي وتمييزها عن الحقوق المالية
- 37 الفرع الاول: تعريف التعويض
- 40 الفرع الثاني: تمييز التعويض في الطلاق التعسفي عن الحقوق المالية

الفهرس

44	المطلب الثاني: شروط التعويض عن الطلاق التعسفي
44	الفرع الاول : أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين .
45	الفرع الثاني: أن يكون الطلاق بإرادة الزوج المنفردة
46	الفرع الثالث: أن يكون الزوج متعسفا في إيقاع الطلاق:
46	الفرع الرابع: أن يترتب على الطلاق ضرر:
48	المبحث الثاني: كيفية التعويض عن الطلاق التعسفي
48	المطلب الاول : التعويض القضائي عن الطلاق التعسفي
48	الفرع الاول: سلطة القاضي في تقدير التعويض القضائي عن الطلاق التعسفي
54	الفرع الثاني: الحالات الموجبة استحقاق المطلقة للتعويض عن الطلاق التعسفي
56	المطلب الثاني: رقابة المحكمة العليا .
56	الفرع الاول: رقابة المحكمة العليا على قاضي شؤون الاسرة في تقديره لعناصر الضرر وشروطه:
58	الفرع الثاني: رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع في عناصر تقدير التعويض.
60	الخاتمة
	المراجع