جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة ماستر

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية

فرع: الحقوق

تخصص: قانون أسرة

رقم: .....

إعداد الطالبين:

قاسم زيان

قردي أميمة

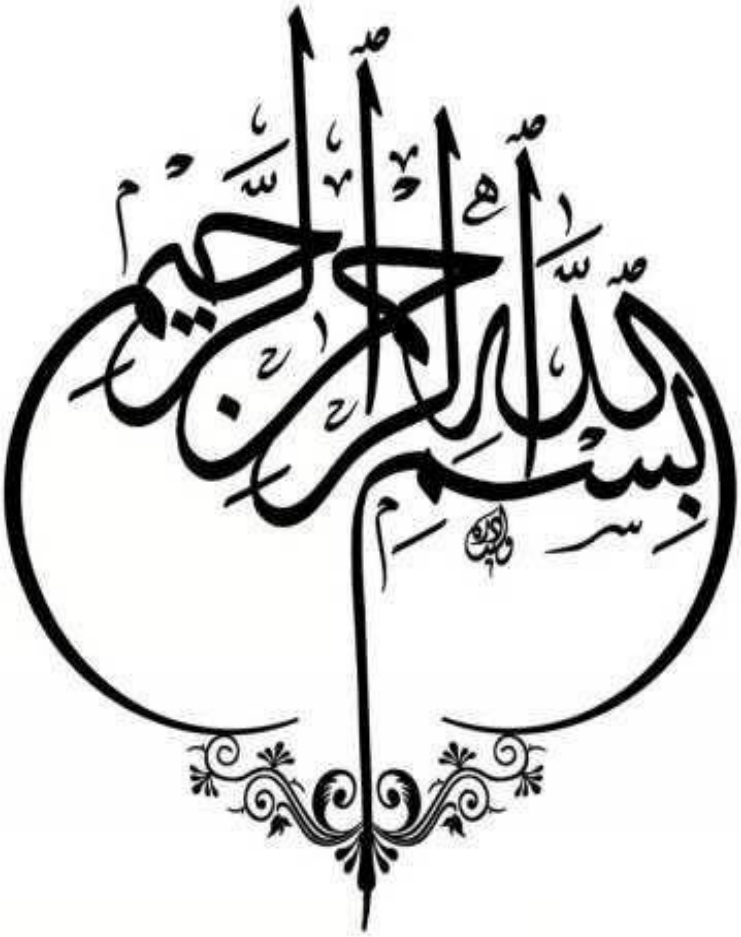
يوم: 2024/06/11

التعسف في إستعمال الحق في الطلاق.

لجنة المناقشة:

سقني صالح	أستاذ محاضرأ	جامعة محمد خيضر بسكرة	رئيسا
عبد الرؤوف دبابش	أستاذ	جامعة محمد خيضر بسكرة	مشرفا
عمارة علي	أستاذ محاضر أ	جامعة محمد خيضر بسكرة	مناقشا

السنة الجامعية: 2023 - 2024


بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

الحمد و الشكر وأخيرا لله عزو جل

إلى التي تشرق شمسا في حياتي نورها

يهديني وحضنها يدفيني..... أمي

إلى سبب وجودي ومصدر الهامي وسماء فخري ووقاري..... أبي

إلى من علمني معنى الحرية وملأني حبا و إلى كثر الحياة إخوتي وأخواتي حفظهم الله

إلى فرح اللقاء و دمعة الوداع و الذكريات الجميلة..... زملائي

إلى كل هذه الأزهار الندية..... أهدي عصارة جهدي بداية بدياتي و ثمرة بحثي

قاسم زيان

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى أميمة نفسي العزيزة الطموحة التي تجاوزت عقبات لا مناهية و انتهت بفضل من الله و دعاء والداي وإصرار مني .

الى الأموات الأحياء في القلب ليتكم اليوم معي إلى "جدتي" التي لا زلت أتذكر زغاريدها في نجاحي بالبكالوريا إلى عمي وأبي الثاني "بابا الطيب" ،كنتم ولازلتم بالقلب و الذاكرة أحياء.

إلى بؤبؤالعين "زهرتي"من تحت أقدامها الجنة لرمش عيونها المنتظرة نجاحي وفرحتي التي سهلت لي كل صعب بدعائها "أُمي الحنونة"أدام الله صحتها ووفقني في رد جميلها.

الى حبيبي الذي أحمل اسمه بكل عز،لمن علمني أن الدنيا كفاح فبذل الغالي و النفيس من أجلي "أبي الغالي" حفظك الله و قدرني على رضاك.

الى من شددت عصدي بها و أزاحت عني كل شاق"أختي وداد"أسعدك الله وأسعد قلبك،إلى إخوتي ودمي "إبراهيم،معتزبالله"واخر العنقود"الطيب عصومي"أتمنى أن تصل لأعلى المراتب .

إلى التي أغرقتني بدعائها وبكت لمرضي وبكائي و فرحت لفرحتي "خالتي نصيرة " رزقك الله حجة لبيته الكريم .

إلى من استندت عليه في ضيقي ولم يخيبني ،إليك أنت الذي راهنت على نجاحي "خالي عبد الرزاق " قدرك عال يا خال.

إلى الوجه البشوش و القلب الجميل "خالي عبد الغني "

إلى شبيهتي وأختي الغالية مكانة وقدرا "أماني رافعي"

إلى صديقة الطفولة و الدرب الذي أكملناه سويا "سرسورتي"

إلى ابنة الخالة و الأخت "ناريمان " لكي مكانة بالقلب خاصة و غالية

إلى أعز توأمين على قلبي" متين و ورسيم"لكم كل حبي ياألطف ملاكين .

إلى أحن خال في الدنيا"خالي كريم "

إلى توأمتي وابنة خالي "مروى"دمتي أختا بالقلب و الدم.

إليك أنت "قيس حمزة"مكانك بالقلب دائم عسى الله أن يجمعنا بك في القريب إن شاء الله

إلى من أعانني بكل محبة و طيبة خاطر "ريان"و"شمس الدين"كنتم لي إخوة لا أبناء خال.

إلى إبنة خالي"سامية"لكي كل حبي أسعدك الله أفرحك بأولادك

إلى زوجة خالي الغالية "سوسو"

إلى "ريماس مريم"حبيبة قلبي وفقك الله لأراك في أعلى المراتب

إلى رفيقات القلب قبل الدرب من عشنا سويا لحظات ومواقف لا تنس كمل باسمه :أسماء،أماني،دنيا،يسرى،نجيبة،مروى،يسرى ،نهاد،شيماء.

إلى "حوحولينا"أبهج الله قلبك اللطيف و أسعده.

إلى رفقاء الدرب الأوفياء:يحياوي أحمدهارون،مُحَمَّدي عرفان،عماد،عبدالمؤمن،أنيس ،أكرم ،بدرالدين .

وإلى الكتاكيت:بيلسان،إسراء،مريم،يعقوب،جوري،هند،مرام،آلاء،شيراز،ريحانة،أحمد.

وإلى كل فرد من عائلتي كبير و صغير ،أعمامي ،عماتي،أخوالي و خالاتي و أبنائهم كل باسمه.

والحمدلله رب العالمين الذي أتم نعمته علي وجعلني من الشاكرين وآخر دعواهم أن الحمدلله رب العالمين .

قردي أميمة

شكر وعرفان

اللهم لك الحمد آناء الليل و أطراف النهار لك الحمد قبل أن ترضى ولك الحمد إذا رضيت ولك الحمد بعد الرضا الذي أغرقنا بنعمته التي لا تعد و لا تحصى وأنعم علينا إذا أرسل فينا عبده و رسوله عليه أزكى الصلاة والسلام فعلمنا و حثنا على طلب العلم أينما وجد.

لله الحمد و الشكر كله إن وفقنا وألهمنا الصبر على المشاق التي واجهتنا لإنجاز هذا العمل المتواضع .

كما ترفع كلمة شكر إلى الأستاذ المشرف و عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية ***الدكتور" دبابش عبد الرؤوف"*** *الذي كان خير الموجه أسلوبا ولباقة وعطاء رغم كثرة التزاماته العملية المجهدة و الذي شدد في توجيهنا بنصائحه القيمة التي كانت عونا لنا في إتمام هذا البحث.*

و أنص بالذكر ايضا الأستاذ" ***دغيش حملاوي"*** *الذي لم يبخل علينا بعمله وخبرته و كان عونا لنا و لم يتوانى في مد يد العون كلما لجئنا إليه فانتشلنا بلياقة تعامله و رحابة صدره.*

قائمة المختصرات:

الاختصار	معناه
ق. أ.ج	قانون الأسرة الجزائري
ج	الجزء
ط	الطبعة
د. س. ن	دون سنة نشر
د. د. ن	دون دار نشر
ع	العدد
ص	الصفحة
ص. ص	من الصفحة إلى الصفحة التي تليها

مقدمة

تمهيد:

إن الحياة الزوجية هي النعمة بين الرجل و المرأة ،و هي الرحمة و السكن و الوقار لقوله تعالى :" وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ الروم ﴿٢١﴾" فالأسرة هي اللبنة الأساسية في صرح المجتمع يستمد قوته من قوتها ،و من نعم الله تعالى أنه هدانا الى الصراط المستقيم وبين لنا الأحكام الشرعية التفصيلية التي تنظم العلاقة بين الزوجين ، فقد قال الله تعالى " هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ " البقرة﴿١٧٨﴾ حينها يعلم الزوج و تعلم الزوجة أن دفئ الحياة الزوجية من أعظم نعم الله تعالى،و لكن قد تختل العلاقة بين الزوجين التي كان أساسها الألفة و السكينة و تنشأ خلافات تؤدي إلى تشتت الزوجية لذلك وضعت الشريعة الإسلامية أحكام ووضعت حلولا لهاته الحالات بالتدريج فأمرتنا بالعظة ثم بالهجر في المضجع ثم الضرب الخفيف غير المبرح وإذا استعملت هذه الحلول و حالت المعيشة بينهم يصبح الطلاق حلا و أمرا مقتضيا لحل هاته النزاعات الزوجية بالرغم من أن أبغض الحلال عند الله الطلاق إلا أنه للضرورة أحكام و أجازه الشرع و القانون في حال تعذر استمرار الحياة الزوجية إذا حلت الجفوة محل المودة و يصبح التنافر هو المتحكم و قد أقر الشرع و القانون أن الطلاق يقع بالإرادة المنفردة للزوج باعتبار صاحب العصمة الزوجية ، و لكن هذه الإرادة لم يجعلها القانون مطلقة و إنما قيدها بضرورة تقديمه للمبرر الشرعي ليرفع عن طلاقه صفة التعسف ،ويخرجه من دائرة الغرم المالي الذي يحكم به القاضي كأثر لهذا الطلاق و تعويضا للزوجة عن الضرر اللاحق بها.

أسباب اختيار الموضوع:

- **الاسباب الذاتية:**

_إثراء معلوماتي فقهية و قانونية على مسائل الطلاق التعسفي .

_الرغبة الملحة في دراسة موضوع الطلاق التعسفي مع التركيز على حكم التعويض عنه.

_إرتباط موضوعنا بمجال دراستنا .

- **الأسباب الموضوعية:**

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

_إنتشار ظاهرة الطلاق في المحاكم الجزائرية.

_قلة الوعي بالأثار الخطيرة للطلاق التعسفي باعتبار أن الطلاق يشمل الأسرة و المجتمع بأكمله .

_مراعاة الاسس التي يقوم عليها التعويضعن الطلاق التعسفي وكذاتقدير القضاء لهذا التعويض.

_إرتفاع نسبة انحلال الرابطة الزوجية على مستوى الهيئات القضائية و الرغبة في معرفة العلة في ذلك .

أهمية الموضوع :

إخترنا الكتابة في الموضوع لماله من أهمية بالغة خاصة في عصرنا و يمس الواقع بشكل مستمر و مباشر و نظرا لزيادة حالات تعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق و إيقاعه له دون حاجة أومبرر أو لحاجات و مبررات ضعيفة لا تستوجب إنهاء الرابطة الزوجية و دون أية اعتبار لأهمية وقدسية هذه الرابطة و ما يترتب على إنهاء الرابطة و ما يترتب على إنهائها من أضرار و لكون الطلاق من المواضيع التي تمس كيان الأسرة و المجتمع بشكل مباشر و تؤثر على استقرار العلاقات الإجتماعية تأثيرا سلبيا كبيرا.

و كذا مدى تحقيق الحماية اللازمة عند إساءة استعمال الزوج للحق المخول له سرعا كون العصمة الزوجية في يده ويكون ظلما لها و بيان الأسس التي يعتمد عليها القاضي عند إصدار الحكم الطلاق و من الناحية الاجتماعية تكمن في التقليل من إيقاع الزوج للطلاق بردعة بالتعويض حماية للزوجة إلا أن مصطلح" الطلاق التعسفي" رأينا أنه لابد من دراسته و الوصول الى حل للتعسف في إيقاع الطلاق مع تجنب المفاسد التي تقع بالتعويض فهو موضوع كل الأسر و تختلف وجهات نظر المجتمع فيه فلابد أن تكون له أهمية بالغة كون الزواج ميثاق غليظ يجب الحفاظ عليه و ذلك هذه الرابطة لا بد أن تكون وفق إجراءات معينة و ضوابط سلمية .

أهداف الموضوع:

_كيفية تنظيم قانون الأسرة الجزائري لمسألة التعويض عن الطلاق التعسفي .

_توضيح حكم الطلاق التعسفي وما يترتب عليه شرعا وقانونا .

_بيان معنى التعسف في استعمال الحق و الأدلة الشرعية على منعه.

_إلحاق الحق بالتعويض للزوجة المتضررة و التعرف على الأسس التي تراعي في تحديدالتعويض عن الطلاق التعسفي.

الدراسات السابقة:

اعتمدنا في دراستنا على:

1. دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي للمؤلف رسمية عبد الفتاح موسى الدوس دار قنديل للنشر و التوزيع عمان2010.
2. بن زيطة عبدالهادي تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي رسالة ماجيستير في الشريعة و القانون جامعة العقيد أحمد دراية أدرار 2005-2006.
3. التدابير الشريعة للحد من الطلاق التعسفي في الفقه و القانون للؤلف جميل فخري محمد جانم دار الحامد الأدن2009 .
4. التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية عبير ربحي القدومي و تظهر أوجه التشابه أنه تناولنا لموضوع واحد هو الطلاق التعسفي و التركيز عليه من الناحية القانونية و الفقهية.

أما أوجه الإختلاف فتتمثل أنهم ركزوا على موضوع الطلاق التعسفي طبقا للمبادئ الشريعة بشكل كبير باعتباره دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون أما موضوعنا فقد ركزنا فيه حول الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري و كما تطرقنا في موضوعنا الى الإجراءات رفع دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي.

صعوبات الدراسة:

فقد واجهنا في دراستنا بعض العراقيل والصعوبات التي تتمثل في نقص المادة العلمية التي تتناول إشكالات الطلاق التعسفي بصفة خاصة .

الإشكالية:

ما هي الأليات القانونية للحد من ظاهرة التعسف في الطلاق ؟

المنهج المتبع :

بإعتبار المنهج ضرورة حتمية في أي دراسة حتى يتسنى للباحث ان يخطوا في دراسة موضوعه خطوة علمية صحيحة فقد انتهجنا في سبيل ذلك المنهج الوصفي و التحليلي و هذا من خلال تحليل أراء و أقوال الفقهاء و النصوص القانونية.

خطة الدراسة:

للإجابة عن هذه الإشكالية قمنا بتقسيم هذا البحث إلى فصلين حيث تناولنا في الفصل الأول ماهية التعسف في استعمال الحق في الطلاق و تضمن هذا الفصل مبحثين المبحث الاول تناولنا فيه مفهوم الطلاق التعسفي في حين تطرقنا في المبحث الثاني لأحكام الطلاق التعسفي أما الفصل الثاني فجاء بعنوان دور القضاء في الطلاق التعسفي و تضمن هو كذلك مبحثين في حين تناولنا في المبحث الأول دور القضاء في إثبات التعسف أما المبحث الثاني فتطرقنا فيه الى دور القضاء في تقدير التعويض ،و الخاتمة حددنا فيها نتائج البحث مع اقتراح بعض الحلول على أمل أن تكون في مستوى البحث العلمي .

الفصل الأول:

ماهية الطلاق التعسفي

تمهيد

التعسف في استعمال الحق يمكن ان يتضمن استخدام الحقوق المخصصة للشخص بطريقة غير عادلة و غير مبررة و قد يشمل ذلك استغلال السلطة أو التحكم بالأخرين دون مراعاة مصلحتهم أو حقوقهم و سنتطرق في هذا الفصل الى مفهوم الطلاق التعسفي و حكمه بالإضافة الى صور ومعايير التي يجب أخذها بعين الإعتبار في هذا السياق.

المبحث الاول: مفهوم الطلاق التعسفي :

يعد الطلاق من القضايا الزوجية الحساسة التي تثير الكثير من الجدل و التساؤلات في المجتمع و استخدام حق الطلاق بشكل تعسفي يعتبر ظاهرة تتسبب في آثار سلبية على الفرد و المجتمع و الأسرة خاصة و قبل الخوض أكثر في هذا الموضوع لابد من تبيان مفهوم الطلاق التعسفي و الحكمة من تشريع الطلاق .

المطلب الاول: تعريف الطلاق و الحكمة من تشريع الطلاق:

لدينا في هذا المطلب تعريف الطلاق التعسفي و قبل البدأ فيهما لابد من توضيح معنى الطلاق التعسفي لغة و اصطلاحا و شرحهما جملة و تفصيلا.

الفرع الاول: تعريف الطلاق التعسفي:

الطلاق التعسفي هو مصطلح مركب من كلمتين و هما الطلاق و التعسف لذلك وجب علينا بيان مفهوم كل كلمة على حدا .

الفرع الأول: تعريف الطلاق:

أ) لغة: طلاق المرأة بنونتها عن زوجها رجل مطلاق و مطليق أي كثير التطليق للنساء طلق البلاد تركها أطلق سرحه التطليق هو التخلية و الإرسال و حل العقد و الطالق من الإبل التي لاقيد عليها. [1]

ب) اصطلاحا: الطلاق هو فك قيد الزواج و الخروج من عصمته رفع قيده وسمى الله الطلاق سراحًا فقال الله تعالى :" (وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلا) "سورة الاحزاب الأية 49.[2]

ت) أما في إصطلاح الفقهاء فهو حل قيد الزواج في الحال أو في المال بلفظ مخصوص بقيد الطلاق سواء كان لفظا او كتابة أو بالإشارة ،وينجم عنه إنفصال الزوجين عن بعضهما و يقع بلفظ من ألفاظه الصريحة كما يقع بألفاظ الكتابة إذا اتجهت نية الزوج لإيقاعه .[3]

---

[1] المعجم الصافي في اللغة العربية ،صالح العلي الصالح،أمنية الشيخ سليمان الأحمد،ب.س.ن،ص389

[2] سورة الاحزاب الأية 49

[3] العربي بختي، **احكام الطلاق وحقوق الاولاد في الفقه الاسلامي**، ،كنوز الحكمة الابيار، الجزائر ط1-2013 ص08-09

أولا : تعريف التعسف :

أ) لغة: مأخوذة من الفعل{عسف} والتعسف في الكلام تكلف وفلانا ظلمه والعسف السير بغير هداية والأخذ على غير الطريق عسف المفازة قطعها وقيل عسف فلان فلانا [1]عسفا: ظلمه ولم ينصفه.[2]

ب)اصطلاحا: اجتهد بعض الباحثين المعاصرين بوضع التعريف كون القدامى لم يتعرضوا له، فالتعسف في الفقه هو التعدي و هو محظور شرعا و هو فعل في ذاته و اصله غير مشروع حتى لو كان ذا منفعة لأنه لا يستند الى حق أصلا، فهو تعد محض لتجاوز حد الحقوق ، فالفقه الاسلامي واقعي في شريعته فالشريعة هي أساس الحق ، و الدليل على وجود التعسف في الفقه كثرة وجوده في كثيرة من القواعد العامة و منها : قاعدة "لا ضرر ولا ضرار"و درء المفاسد أولى من جلب المصالح:3"

ثانيا: تعريف الطلاق التعسفي

اجتهد بعض الباحثين المعاصرين بوضع تعريف الطلاق التعسفي فعرفه الباحث عروة صبري هو ان يستخدم الرجل صاحب الحق في ايقاع الطلاق حقه بطريقة غير صحيحة و ذلك بأن يطلق زوجته بدون مبرر أو سبب مقبول شرعًا " و عرفه د.أيمن الدباغ بأنه : مناقضة قصد الشارع في التصرف بحق الطلاق المأذون فيه شرعا حسب الأصل[4] و إذا تطرقنا لشرح التعريف سيكون كالتالي على جزئين"

(مناقضة قصد الشارع في التصرف بحق الطلاق) أي مخالفة قصد الشارع في إيقاع الطلاق فكل طلاق قصد المكلف فيه غير غير قصد الشارع او يقصد الاضرار بمفهوم غير مشروع لمخالفته قصد الشارع.

---

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

[2] صالح العلي الصالح، أمينة الشيخ سليمان الأحمد ، مرجع سابق ص312

[3]رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، **دعوى التعويض عند الطلاق التعسفي في الفقه الاسلامي** ، ، قنديل للنشر و التوزيع ،الملكة الاردنية الهاشمية،ط1،2010،ص34-35

[4] احمد عادل علي العازمي ، **الطلاق التعسفي و تطبيقاته في المحاكم الشرعية الاردنية** ،دراسة فقهية مقارنة ،المجلد 45،العدد4،ملحق4،2018،ص265

المطلب الثاني: الحكمة من تشريع الطلاق

الزواج رابطة بين الرجل و المرأة شرعه الله لمقاصد سامية و أغراض نبيلة أهمها تكوين الأسرة و الجماعات على وجه يكفل سعادتها و يحقق هناءها ، فجعله الاسلام عقد حياة حتى جعل التأقيت فيه مبطلا له و أحاطه بكل الضمان ليستقر فيؤتي ثمراته الطيبة و هو لا يكون كذلك إلا إذا تحقق التوافق بين الطرفين و سكن كل منهما إلى صاحبه و ارتبط قلبهما برباط المودة و شاعت الثقة بينهما و عرف كل منهما ما للآخر من حقوق[1].

غير أنه قد يطرأ ما يعطل تحقيق هذه المقاصد فتصبح الحياة الزوجية جحيما لا يطاق بعد أن كانت سكنا ،و شرًا بعد أ كانت خيرًا و يطرأ على القلوب ما يغيرها و يبدلها ، فنجد أن الاسلام قد بين الطرق التي ينتجها الطرفين لحل الخصام من صبر و صلح و نصح و إرسال للحكمين فإذا إستحكم الخلاف و تنافرت القلوب فلا يمكن أن تعود المودة بتحكيم أو بغيره صار الطلاق ضرورة لا بد منها ، و طريق يتخلص به الزوجان من قيد تلك الرابطة و يلتمس كل منهما من هو خير له و أحسن معاملة و أكرم عشرة[2]. و يمكن تبيان أهمية الطلاق في النقاط التالية:

الطلاق ضروري لحل المشاكل الاسرة التي عجزت كل الوسائل عن حلها

الطلاق يعطي كلا الزوجين الفرصة لتكوين حياة جديدة تتحقق فيها السعادة مصادقا لقوله تعالى : " وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ ۚ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا ﴿١٣٠﴾ " النساء الاية 130[3] .

[1] تواتي نورة–**تعسف الزوج في الطلاق و اثره في القانون الجزائري و الشريعة الاسلامية** ، مجلة القانون و العلوم السياسية، المجلدة 07،العدد 02، الجزائر 2021 ص 328.

[2] مرجع نفسه . ص328

[3] النساء الآية –130–

المبحث الثاني: أحكام الطلاق التعسفي

يمكن للزوج إنهاء العلاقة الزوجية بالطلاق في حال وجود أسباب مقنعة وهذا يمكن أن يحمي المرأة من الأضرار الناجمة عن إستمرار العلاقة الزوجية المتعثرة ، ومن الحكمة أيضا أن يسمح بالطلاق في حالات تكون فيها العلاقة الزوجية معرضة للضرر ، ولكن يجب أن يكون الطلاق مبنيا على أسس شرعية ويجب أن يتم إستخدام الحق في الطلاق بحذر لتجنب التعسف والاساءة للاطراف المعنية ، ولهذا لابد من معرفة حكم الطلاق (المطلب الاول) مع تبيان صوره ومعاييره في (المطلب الثاني).

المطلب الاول: حكم الطلاق:

الطلاق مشروع بالقرآن والسنة والإجماع :

أولا: القرآن الكريم : قوله عز و جل : (الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ بإحسان)"البقرة 229[1] وقال أيضا:" يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ " الطلاق الأية 01 [2] معنى ذلك طلقوهن لطهورهن من غير جماع و لا تطلقوهن بحيضهن وقال أيضا: " لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ " [3]البقرة الآية 236 أي لا حرج عليكم إن طلقتم نسائكم قبل مجامعتهن.

ثانيا: من السنة النبوية

عن إبن عباس عن عمر أن النبي ﷺ " طلق حفصة ثم راجعها"[4]. وقال عليه الصلاة والسلام "أبغض الحلال عند الله الطلاق ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق[5] "

---

[1] البقرة آية 229

[2] الطلاق آية 01

[3] البقرة آية 236

[4] رواه أبي داوود سليمان بن الاشعث الازدي السجستاني ،الجزء الاول ، الطبعة الاولى ،رقم 2283 ،ص399

[5] رواه الألباني ، في غاية المرام ـ أخرجه أبو داوود في اللفظ الاول ،عن محارب بن دثار عن ابن عمر ، رقم 253 ، ط1 ، ص158.

وقال ﷺ ثلاث جدهن جد و هزلهن :" النكاح ، الطلاق ، و العتاق "[1]

ثالثا : الاجماع

أجمع علماء هذه الأمة من لدن عهد رسول الله ﷺ أنه يجوز للرجل أن يطلق زوجته ، و لم ينكر أحد هذا الصنيع فكان إجماعًا[2].

المطلب الثاني : صور الطلاق التعسفي و معاييره:

إن الطلاق الذي يطلقه الزوج لزوجته أثناء فترة الطهر و لم يمسها فيه فإنه يعتبر طلاقا واحدًا ويختلف في صوره و معاييره حسب التفسير الفقهي و المذاهب القانونية المختلفة.

الفرع الأول : صور الطلاق التعسفي:

يعتبر الطلاق التعسفي أي كل طلاق إستبد به الزوج و تأذت منه الزوجة لذلك يعتبر طلاق المريض مرض الموت (أولا) تعسفيا و كذلك الطلاق بدون سبب مشروع (ثانيا)

أي لا حرج عليكم إن طلقتم نسائكم قبل مجامعتهن.

أولا : طلاق المريض مرض الموت:

لابد ان نتطرق الى تعريفه لغة و اصطلاحا و قانونا:

1. المرض لغة: السقم و هو ضد الصحة و مرض مرضا فهو مارض و مريض من به مرض أو نقص أو انحراف و المرض كل ما خرج بالكائن الحي عن حد الصحة و الإعتدال من علة او نفاق او تقصير في أمر.
2. الموت لغة: الموت ضد الحياة ويطلق في لغة العرب على السكون و مات الحي أي فارقته الحياة والميت من في حكم الميت و لم يمت بعد[3]. وبالتالي تفهم من ذلك أن مرض الموت هو مصطلح يستخدم لوصف حالة مرضية خطيرة أو مميتة يستخدم في العادة بشكل مجازي للدلالة على حالة مرضية خطيرة جدا.

---

[1] نصر سليمان ،سعاد سطحي **أحكام الطلاق في الشريعة الاسلامية** دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، عين مليلة ،2003،ص08

[2] احمد المومني، د.اسماعيل امين نواهظة، **الاحوال الشخصية فقه الطلاق و الفسخ و التفريق و الخلع** ، دار المسيرة للنشر و التوزيع ، ط1، 2009 ص20

[3] جميل فخري محمد جانم، **التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه و القانون** ، دار الحامد، الاردن 2009،ص199

3. مرض الموت اصطلاحا: اختلفت تعريفات الفقهاء لمرض الموت و من هذه التعريفات:

- عرفه الحنفية بأنه: المرض الذي مس الشخص و أعجزه عن القيام بحوائجه فأما من يجئ و يذهب بحوائجه و يحم فلا.
- عرفه المالكية بأنه: المرض الذي يكون الشأن فيه الموت لا نحو رمد او صداع خفيف.[1]
- عرفه الشافعية بأنه: كل ما يستعد بسببه للموت بالإقبال على العمل الصالح.

فمرض الموت بالنسبة للمرأة فهو المرض الذي يعجزها عن القيام بمصالحها داخل البيت.

ويلحق بالمريض مرض الموت كل شخص يغلب على حالة الهلاك و يتصل بها موته فعلا و لو كان الشخص معاقا سليما ليس به أي مرض مثل : من قدم للقصاص أو الرجم و من خرج ليبارز شخصا آخر و من خلال التعريفات الفقهاء السابقة تبين أنه لابد من توفر شرطين لإعتبار الإنسان مريض مرض الموت هما:

_أن يكون في حال يكون فيه الخوف من الموت أو هلاك هو الأكثر.

-أن يكون مرض الموت متصلا بالموت فعلا.[2]

4. تعريف مرض الموت قانونا:

نصت 776 من قانون المدني الجزائري على أنه: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى بعد الموت و تسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطي إلى هذا التصرف و على ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم و هو في مرض الموت و لهم إثبات ذلك بجميع الطرق و لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابت ....".[3]

و طبقا بما جاء في المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري "الهبة في مرض الموت و الأمراض و الحالات المخيفة تعتبر وصية".[4]

---

[1] جميل فخري محمد جانم، مرجع نفسه ص200

[2] جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق ص200

[3] المادة 776 من القانون المدني الجزائري . أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26سبتمبر 1975، يتمضن القانون المدني، ج.ر.ج.ج،عدد 78، الصادر بتاريخ 19 سبتمبر 1975.معدل ومتمم.

[4] المادة 204 من قانون رقم 84-11 مؤرخ في 9 يونيو 1984. يتضمن قانون الاسرة ، ج.ر.ج.ج صادر بتاريخ 9 يونيو 1984 ، معدل و متمم بالأمر 02-05

من خلال المادتين تبين لنا أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تعريف مرض الموت لا في القانون المدني و لا في قانون الأسرة و لكنه اعتبره في الهبة و جميع التصرفات كالتبرع.

وذكر في المادة 132 على أنه " إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الارث "عليه يحيلنا نفس القانون إلى العمل بالمادة 232 ق.ا.ح إلى أحكام الشريعة الاسلامية في مايخص المسائل التى لم ترد في هذا القانون.[1]

رأي الفقهاء في طلاق المريض الموت و مدى ثبوت التوارث:

اتفق الفقهاء على القول بوقوع طلاق المريض مرض الموت و اتفقوا كذلك على أن الطلاق الرجعي لايمنع التوارث لأن المرأة لاتزال في العدة و الزوجية لم تزل تماما و اختلفوا في ثبوت التوارث بينهما إذا كان الطلاق بائنا على الأقوال.

- **القول الاول:** أنها لا ترث منه حتى و لو كانت في العدة و هو قول الشافعية في الجديد و ذلك أن الزوجية قد زالت بالطلاق البائن قبل الموت و هي سبب التوازن و أعمالا للإرادة الظاهرة دون الإلتفات إلى نيته و مقصده إذا لا يعلم ما في القلوب إلا الله و أحكام الشريعة لا تناط بالنيات الحقية و إنما بالأسباب الظاهرة و السبب الظاهر للميراث قد زال بعمل من يملك إزالته فلا عبرة بنيته.
- **القول الثاني:** أنها ترث منه مادامت في العدة و هو قول الجنيفة و الشافعي في القديم و الحنابلة في الأصح وذلك أن المرض يثبت للزوجة و لسائر الورثة حق الميراث و الدليل على ذلك أن المرض يثبت للزوجة و لسائر الورثة حق الميراث و الدليل على ذلك أنها لا يجوز للمريض مرض الموت هبة ماله في المرض إلا بقدر الثلث فما دونه لثبوت حقهم في ماله و إذا كان الأمر كذلك فانه لايحق له بطرق أولى إسقاط حق الزوجة بالطلاق[2] و سبب اشتراطهم أن تكون في عدة حتى ترث هو نظرهم إلى أن الزوجية هي سبب الإرث و هذا السبب يزول بإنتهاء العدة و إنتهاء العدة أمر لم يحدث بفعل الزوج و قالو كذلك أن انقضاء العدة مسقط لحقها من ماله في النفقة و السكن فكذلك يكون الأمر في الميراث لذات السبب و قد اجيب عن ذلك بأن الطلاق كان لأجل منع المرأة من الإرث وخروجها من العدة بعد وجوبه لها لا يسقط

---

[1] خارف محمد، مذكرة لنيل شهادة ماجيستير في **التعويض عن الضرر المعنوي بي الفقه الاسلامي و قانون الاسرة الجزائري** ، قسم العلوم الاسلامية ، جامعة وهران.2013-2014 ص97

[2] احمد عادل علي العازمي **الطلاق التعسفي و تطبيقاته في المحاكم الشرعية الاردنية.دراسة فقهية مقارنة** _ علوم الشريعة والقانون، الجامعة الاردنية . المجلد 45. العدد،04 2018.ص271

إرثها و لأن توريثها إنما ثبت عقوبة له لقصده الفرار من توريث زوجته التي طلقها و بالتالي فالأمر لايتعلق بالعدة.

- **القول الثالث** : أنها ترث و لو انقضت العدة مالم تتزوج و هو ما ذهب اليه الحنابلة لأن سبب توريثها و هي في العدة هو الفرار من الميراث و هو موجود هنا أي في حال إنقضاء العدة و إما سبب قولهم : "مالم يتزوج" فهو أن المرأة في مال و قلنا بثوريتها و لو تزوجت فأنها سترت أكثر من زوج بالإضافة إلى أنه سيتلزم توريث أكثر من أربع نسوة فيما إذا كان متزوجا من أربع و طلقهن كلهن في مرض موته و تزوج بأربع أخريات ويجاب عن ذلك بأن المرأة هنا ترث أكثر من الزوج إذا لزوج الاول قد طلقها فأصبحت مطلقة بالنسبة اليه و ايجاب الإرث لها إنما هو من باب العقوبة لذلك الزوج الذي طلقها في مرض الموت قاصدا الاضرار بها.[1]
- **القول الرابع:** ذهب المالكية الى أنها ترثه مطلقا سواء توفي في العدة أم بعدها تزوجت بآخر أم لم تتزوج وقد استدل أصحاب هذا القول بالسنة النبوية والمأثور و الإجماع و القياس و المعقول.

1. السنة النبوية:

عن سليمان بن موسى قال: قال رسول الله صلى الله و عليه وسلم :"من قطع ميراثا فرضه الله تعالى قطع الله ميراثه من الجنة". يدل الحديث الشريف على حرمة منع الوارث من حقه في الميراث أو التسبب في المنع و المطلق ثلاثا في مرض الموت قاطع لميراث مستحقه فلا يؤثر طلاقه في حقها بالميراث معاملة له بنقيض قصده.

2. المأثور:

روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال:" وإذا طلق امرأته ثلاثا في مرضه ورثته مادامت في العدة" وتدل هذه الآثار على صحة توريث المبتوتة في مرض الموت مادامت في عدتها[2].

[1] احمد عادل علي العازمي **الطلاق التعسفي و تطبيقاته في المحاكم الشرعية الاردنية**.دراسة فقهية مقارنة مرجع سابق ص205

[2] جميل فخري محمد جانم ، مرجع سابق ،205-206.

3. الإجماع:

قالوا بأن عثمان رضي الله عنه ورث ثم أضر بنت الاصبع الكلبية من عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه لما بث طلاقها في مرضه و مات و هي في العدة و كان ذلك بمحضر من الصحابة فلم ينكر عليه أحد فكان إجماعا.

4. القياس:

قياس المطلق ثلاثا في مرض موته بالقاتل للمورثة حيث قصد المطلق حرمانها من الميراث و قصد القاتل استعجال الميراث فيعامل كل منهما بنقيض قصده.

5. المعقول:

لأن العدة اذا كانت قائمة كانت بعض أحكام النكاح قائمة من وجوب النفقة و السكن و الفراش و غير ذلك فامكن ابقاءه في حكم الإرث فالتوريث يكون موافقا للأصول.[1]

الترجيح :

إن المرأة التي طلقت من زوجها بسبب مرض ألم بها ،والذي يعتبر طلاق في هذه الحالة معاملة تعسفية من جانب الزوج ، وبالتالي يمكنها الحق في الارث منه وذلك وفقا للمذهب المالكي ، وهذا يأتي استنادا الى مبدأ عدم الظلم وتقديم حقوق المرأة في هذه الظروف الخاصة.

ثانيا: الطلاق بدون سبب مشروع

المقصود بذلك أنه مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح الحال و المال بتطليق الزوج لزوجته بغير سبب مشروع ودون حاجة داعية إليه ، ويوجد من النصوص الشرعية أن من طلق زوجته من غير حاجة أو مسوغ شرعي اثم عند الله لأنه أساء استعمال الحق الذي جعله الشراع بيده ، ففكرة التعسف تقوم على أساس عدم وجود مبرر شرعي أوسي معقول له[2] وقضت المحكمة العليا بنصوص سكوت الزوج المطلق عن ذكر الاسباب التي تدفعه للطلاق بقرارها صادر في1999 /06/15 والذي جاء فيه :" من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق

[1] جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق ص 206،207

[2] بن احمد رانيا ، **الاطار القانوني للطلاق التعسفي و التعويض عنه في القانون الجزائري** ، مجلة القانون العام الجزائري المقارن جامعة ابي بالقايد. تلمسان ، المجلد الثامن. العدد02 ،2022،ص240 .

بإرادته المنفردة ومن ثم فإن النهي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب ليس في محله ،ومن تبين في قضية الحال أن الزوج يتحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق و ذلك تجنبا للجرح أو تخطيا لقواعد الاثبات خلافا للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم، و عليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بالإرادة الزوج المنفردة دون تبرير طبقوا صحيح القانون. فسكوت المطلق عن ذكر الأسباب اعتبر كأصل متعسفا في طلاقه ويتحمل التعويض لأنه من غير المعقول لإنهاء الحياة الزوجية أم أنه غير معقول[1].

ووفقا لنص المادة 124 من القانون المدني و التي تقضي بأن استعمال الحق يكون بشكل تعسفي إذا وقع بهدف إحداث ضرر بالزوجة أو الحصول على غاية أو فائدة من إحداث الضرر و بالاقتران بنص المادة 52 من قانون الأسرة ، إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

ويتضح من خلال نص المادة أن تحديد مدى التعسف في استعمال حق الطلاق يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي ، ومن خلال فحصه و استقرائه للوقائع وفق لفرائض الطرفين و دفاعهما و استبيان دوافع الطلاق ، ومنه يتمكن القاضي من الموازنة بين الدافع إلى استخدام الزوج لحق الطلاق وبين الآثار المترتبة عن هذا الاستعمال[2].

وأيضا قد اختلف الفقهاء في اعتبار التعسف في الطلاق دون سبب على قولين:

أ. **القول الاول:** بأن من طلق زوجته من غير حاجة، أو مستوغ شرعي، فقد تعسف في استعمال حق الطلاق الذي وضعه الله تعالى بيده. لأنه يكون بذلك قد أضرّ بالزوجة وأهلها وأولادها والمجتمع، والضرر ممنوع، كما أنه قد ناقض مقصد الشارع من مشروعية الطلاق والمناقضة والتعسف. و من أجمل ما قيل في هذا الموضوع قولهم:" يؤخذ من نصوص الشريعة أن من طلق زوجته من غير حاجة، أو مستوّغ شرعي آثم عند الله، لأنه أساء استعمال الحق الذي جعله الشارع بيده ."

---

[1] قرار المحكمة العليا،غرفة الاحوال الشخصية ،بتاريخ 15 /1999/06 ملف رقم 223834 ، المجلة القضائية ، عدد خاص 2001، ص225.

[2] بن احمد رانيا ، **الاطار القانوني للطلاق التعسفي و التعويض عنه في القانون الجزائري** ، مجلة القانون العام الجزائري مرجع سابق ، ص240

ب. **القول الثاني:** بأنه من طلق زوجته من غير حاجة أو سبب مشروع، لا يعتبر متعسفا في استعمال حق الطلاق، مع القول بأنه يكره الطلاق إذا كان من غير حاجة ، أو سبب مشروع بناءًا على أن الأصل في الطلاق الإباحة ، و أنه حق الزوج له حرية الإرادة في التصرف فيه.[1]

الترجيح:

والرأي الراجح في هادي المسألة نقترح أن الطلاق بدون سبب ولا حاجة يعتبر تعسفيا ، نظرا لعدم تحقيق المصلحة المشروعة لاستخدام هذا الحق وللأضرار التي قد تلحق بالزوجة والابناء ، وبالتالي يجب أن يكون الاصل هو حظر الطلاق بدون سبب مشروع .

الفرع الثاني: معايير الطلاق التعسفي

التعسف مناقضة قصد الشارع من تشريع الطلاق تعتبر تعسفا ويظهر ذلك جليا من خلال تطبيق معايير التعسف على الحق في الطلاق:

أولا : المعايير الذاتية أو الشخصية

ويقصد بها النظر في العوامل النفسية التي حركت إرادة ذي الحق في التصرف بحقه من قصد الإضرار أر الدافع إلى تحقيق مقاصد غير مشروعة، وينقسم إلى معيارين:

1- معيار قصد الإضرار

ففي هذه الحالة تتوجه إرادة صاحب الحق نحو غاية الإضرار بالآخرين حتى لا تتوفر نية أخرى، أو يكون في الاضرار الغاية الراجحة قياسا بنية تقع النفس التافهة والتي لا تصلح لأن نقارن بالأولى مما يدل على أن القصد مؤثر في مشروعية التصرف أو عدم مشروعيته، إذا المعتبر في العقود مقاصدها التي تؤول إليها، ويشترط لتحقيق هذا المعيار شرطان أساسيان هما:

- أن يقصد صاحب الحق إلحاق الضرر بالغير عمدًا.

[1] جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق ص 227-228

- أن يتصرف قصده لذلك، بحيث لا يصحبه قصد لشئ أخر القصد لتحقيق منفعة ولو كانت ضئيلة، ولما كانت النية من الأمور الخفية التي يصعب الكشف عنها كان لابد من الاستعانة بالأمور المادية الظاهرة المكشف عن نية صاحب الحق وتوفر قصد الاضرار لديه، ومن هذه القرائن:
- انتفاء المصلحة المشروعة سواء استعمل صاحب الحق حقه و ترتب عليه ضرر بالغير، أو منع الغير من الانتفاع بحقه دون منفعة ظاهرة له.
- تفاهة المصلحة المشروعة سواء استعمل صاحب الحق حقه و ترتب عليه ضرر بالغير، أو منع الغير من الانتفاع بحقه دون منفعة ظاهرة له .
- تفاهة المصلحة و جسامة الضرر.
- اختيار صاحب الحق وسيلة أضر من غيرها إزاء استعمال حقه [1] .

2- معيار المصلحة الغير المشروعة

شرع الله سبحانه و تعالى الطلاق ليكون حلا سليما للخلافات الزوجية التي يتعذر معها استمرار الحياة الزوجية بين الزوجين ولم يشرع الطلاق إلا لهذا المقصد، فإذا كان لغير سبب و دون حاجة ، فإنه يكون تعسفا ، حيث سعي في نقض المصلحة حفظ النسل و العرض ، و ناقص الحكمة من مشروعية الطلاق ، فإذا طلق الزوج زوجته مثلا للزواج من غيرها، فإنّ هذه المصلحة غير مشروعة ، لأنه يستطيع الزواج دون الحاجة إلى طلاق الأولى ، فكيف إذا طلقها دون أية مصلحة لا شك أنه يكون متعسفا من باب أولى.[2]
ومن أمثلة هذه الحالة طلاق الزوج لزوجته طلاقا باتا في مرض موته بغرض حرمانها من الميراث لأنه لم يستعملا الطلاق فيما شرعه الله له وإنما يقصد مصلحة مادية في مرض موته تتمثل في حرمان زوجته من الإرث وهي مصلحة مادية في غير مشروعة اتحد حق الطلاق كوسيلة لتحقيقها تعسفيا .[3]

---

[1] تواتي نورة–**تعسف الزوج في الطلاق و اثره في القانون الجزائري و الشريعة الاسلامية** ، مجلة القانون و العلوم السياسية، المركز الجامعي صالحي احمد النعامة الجزائر المجلد07 . العدد 02 ص 332–333

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

[3] بن احمد رانيا ، **الاطار القانوني للطلاق التعسفي و التعويض عنه في القانون الجزائري** ، مجلة القانون العام الجزائري مرجع سابق ، ص239

ثانيا :المعايير الموضوعية او المادية

تتمثل المعايير الموضوعية للطلاق التعسفي في ثلاث معايير هما:

معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة ومعيار الضرر الفاحش.

1- معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة

قد يقوم الزوج بإيقاع الطلاق بناءًا على أسباب يغيرها مبررات و دوافع للطلاق ، وذلك لدفع الضرر عن نفسه ، و بالموازنة بين ما ينتج عن إيقاع الطلاق من مصالح ، وما ينتج عنه من مفاسد و أضرار تلحق كلا من الزوجة و الأبناء و المجتمع ، نجد المراد تحقيقها و يكون الطلاق قد جلب بذلك ضررًا أكبر من الضرر المراد دفعه ، و بذلك يكون الزوج متعسفا في استعمال حقه[1]

2- معيار الضرر الفاحش

طلاق المرأة يجلب لها جملة من الويلات الاجتماعية و المادية فالمرأة المطلقة تحوم حولها جملة من التساؤلات ، و المجتمع يقسوا على المرأة المطلقة ، فضلا عن العوز و الفقر الذي سوف تتعرض له و قلما نجد لها زوجا يطلبها للزواج ، فتقف حياتها و تبقى في زمرة النساء المعنفات اجتماعيا، و السبب أنهن مطلقات ، وذلك أن الزوج طلق زوجته بعد فترة من حياتهما معا واعتمادها في النفقة عليه ، ثم يحدث الطلاق وقد بلغت من العمر أرذله أو قاربت فإن في الطلاق قذفا لها في الهاوية و إضرارًا بها إضرارًا فاحشا تتعطل فيه حياتها ولا مستقبل لها وقد باتت في هذا السن و الزوج مضر بها ضررًا كبيرا، و قد لا تكون له حاجة أو تكون له بدائله من التعدد فلا يعقل مثلا أن يترك في ذلك بل يؤخذ على يده[2].

و أصل هذا المعيار مبدأ العدل الذي أمر الله تعالى به في كتابه الكريم ، كما في قوله سبحانه :((إنّ الله يأمر بالعدل و الإحسان و إيتاء ذي القربى و ينهى عن الفحشاء و المنكر و البغي يعظكم لعلكم تذكرون))[3].

---

[1] خارف محمد.مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في **التعويض عن الضرر المعنوي بين الفقه** الاسلامي و قانون الاسرة الجزائري مرجع سابق ص93

[2] بن احمد رانيا ، **الاطار القانوني للطلاق التعسفي و التعويض عنه في القانون الجزائري** ، مجلة القانون العام الجزائري مرجع سابق ص239.

[3] سورة النحل الاية 90

و قاعدة رفع الضرر التي جاءت في قول النبي صلى الله عليه و سلم: (لا ضرر و لا ضرار)، و قد فرع الفقهاء على هذه القاعدة النبوية عدة قواعد فقهية منها : "الضرر يزال" و "متى أمكن الدفع بأسهل الوجوه لم يعدل إلى أصعبها "، كما أن قاعدة" : درء المفاسد أولى من جلب المصالح" تؤيد هذا المعيار أيضًا[1].

[1] احمد عادل علي العازمي **الطلاق التعسفي و تطبيقاته في المحاكم الشرعية الاردنية**.دراسة فقهية مقارنة مرجع سابق ص266

خلاصة الفصل الأول :

في نهاية هذا الفصل توصلنا إلى أن التعسف في استعمال الحق هو استعمال في غير ما شرع له، فالذي وقع فيه التعسف مشروع ابتداء و لكن أدى استعماله الى خلاف مقصود الشارع فلذلك منع ويظهر ذلك في التعسف في استعمال الحق في الطلاق ، فرغم اقرار الشرع و القانون لحق الزوج في الطلاق بالإرادة المنفردة الا أنه يعتبر هذا الحق مفيد بعدم جواز التعسف فيه و باعتبار أن العصمة بيد الزوج . فقد يوقع الطلاق بدون سبب جدي متعسفا فيه فإذا عجز الزوج المطلق عن تبرير طلاقه بالطرق الشرعية و لم يثبته قانونيا عد ذلك متعسفا في استعمال حقه وكما أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 52 من قانون الاسرة الجزائري لم ينص على المعايير التي على أساسها يضبط التعسف في الطلاق و بالتالي يفهم أن المشرع ترك مسألة تحديد تعسف الزوج في إيقاع الطلاق للقاضي ، وكما أنه أيضا لم يذكر صور الطلاق التعسفي أي ترك تكييف طلاق الزوج بكونه متعسف فيه أمر لا السلطة التقديرية للقاضي و عليه فإذا طلق الزوج زوجته و تبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقا بالتعويض

.

الفصل الثانـي

دور القضاء في الطلاق التعسفي

تمـهيد:

إن قانون الأسرة كغيره من القوانين الوضعية لا يخلو من الثغرات و الغموض في مختلف نصوصه ،فقد عمل المشرع الجزائري على منح سلطة تقديرية للقاضي تشمل مختلف المجالات التى يعالجها هذا القانون و تغطي كافة موضوعاته و ما تجدر الإشارة اليه أن معظم نصوص قانون الأسرة الجزائري جاءت مرنة تسمح للقاضي بإيجاد الحل المناسب و من هنا يمكن القول بأن السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة هي صلاحية قانونية تخول لقاضي شؤون الأسرة إعمال نشاطه في فهم الواقع المطروح عليه .

فالمشرع الجزائري فتح لقاضي شؤون الأسرة باباً واسعاً لإعمال سلطة تقديرية أثناء ممارسة عمله القضائي و هو الأمر الذي تلمسه باستقرائنا لمختلف نصوص قانون الأسرة حيث نجد حوله سلطة تقديرية فيما يتعلق بالتعويض عن الطلاق التعسفي فقد يتعسف الزوج في فك الرابطة الزوجية و يسبب ضررا للزوجة ففي هذه الحالة يجوز للقاضي التدخل و إعمالا لسلطة التقديرية ان يحكم بالتعويض للزوجة في حالة تضررها من الطلاق التعسفي.

و اعتمادا على ما تقدم اخترنا تقسيم هذا الفصل الى مبحثين نتناول في المبحث الأول: دور القضاء في إثبات التعسفي على ان نوضح دور القضاء في تقدير التعويض في المبحث الثاني .

المبحث الاول :دور القضاء في إثبات التعسف.

وفقا للمادة 49 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على ان التعسف في إستخدام حق الطلاق لا يحرم الزوج من ممارسته لحقه حتى و لو كان وفق لإرادة الزوج فإنه يخضع لرقابة المحكمة اي تحت إشراف القاضي و هذا يعني ان القاضي يقوم بمراجعة الطلب و الظروف المحيطة لاتخاذ القرار المناسب و كذلك سنتطرق في المبحث الثاني أساس التعويض عن الطلاق التعسفي و كذا اجراءات دعوى طلب التعويض عن الطلاق التعسفي.

المطلب الأول: أساس التعويض عن الطلاق التعسفي و إلزام القاضي بإقراره :

سنتناول في هذا المطلب الأساس القانوني الذي يستند اليه القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي ثم تبيان إلزام القاضي بتقرير الطلاق التعسفي.

الفرع الأول: الأساس القانوني الذي يسند اليه القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي

تستحق المطلقة التعويض إلا إذا ثبتت مسؤولية الزوج في الطلاق و قد قامت المحكمة العليا بتاريخ 27/01/1986 بأنه حدد من المقرر شرعا و قضاءا ان المنحة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج لها من الطلاق الغير مبرر و سقط بتحصيلها جزء من المسؤولية فيه و لما كان الثابت في قضية الحال ان القرار المطعون فيه قصر بإسناد الظلم الي الزوجين معا ، فلا سبيل لتعويض أحدهما و منح المنحة للزوجة و كان ذلك استوجب نقص القرار جزئيا فيما يخص المنحة .

فالقضاء بالتعويض وفقا للإجتهاد المحكمة العليا يستلزم اذن تحمل الزوج كافة المسؤولية اي ان دوافع الطلاق كانت كلها جانبه فإذ كان جانب من المسؤولية يقع على عاتق الزوجة [1]

فإن حقها في التعويض فالضرر وفقا لهذا القرار ثابت اذا كان الطلاق غير مبرر و لا داعي لإثبات الزوجة تضررها من هذا الطلاق فالطلاق شرع لرفع الضرر و ليس لإلحاق الضرر للزوجة والتعويض الذي يحكم به القاضي ليس لكل مطلقة بل في حالة تعسف الزوج في

[1] شامي احمد ،رايس محمد،**دور القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي و تقدير بدل الخلع"دراسة مقارنة** "، المجلة الجزائرية للقانون المقارن ، جامعة تلمسان / جامعة ابن خلدون تيارت ، العدد02،د.س.ن.ص8

إستعمال حقه في الطلاق و يصيب الزوجة الضرر من جراء ذلك[1] و طبقا لما جاء في المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري فإن حكم القاضي بالتعويض يتطلب شرطان أساسيان:

1. ان يلحق الزوجة ضرر حقيقي بسبب طلاقها و ان كان الضرر المعنوي ثابت بمجرد الحكم بالطلاق فإن الضرر المادي اذا وجد فيجب على الزوجة اثباته و قد يوجد هذا الضرر في حالة ما اذا كانت الزوجة موظفة او عاملة و تزوجها على ان تترك وظيفتها ثم بعد ذلك طلقها دون ان ترتكب اي خطأ من جانبها فيرتكز هذا الأساس على الموازنة بين ما يحدثه صاحب الحق من إستعماله لحقه و بين ما يصيب الغير من ضرر من جراء هذا الإستعمال فالعصمة بيد الزوج و له الحق في انشاء الطلاق وقفا لارادته و دور القاضي هنا يكمن في تسجيل ارادة الزوج و مراجعة الظروف و لكنه لا يملك السلطة في رفض الطلب بمجرد عدم وجود أسباب مبررة في حال عدم تقديم الزوج أسباب واضحة قد يحكم القاضي بتعويض مناسب للزوجة و طبقا لما جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 15/06/1999 بأنه "من المقرر قانونا ان يحث للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة و من ثم فإن النفي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبيب ليس في محله و من تبين من قضية الحال اي للزوج الحق في تحمله مسؤولية الطلاق دون ان يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق و ذلك تجنبا للحرج او تخطيا لقواعد الإثبات خلافا للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم و عليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج طبقوا صحيح القانون[2].
2. و لهذا فإنه ما يمكن الوقوف عليه من خلال هذا القرار ان القواعد العامة في الاثبات تقتصي ان البنية على من ادعى وان و ان من يعجز على اقامة البنية على صحة دفوعاته يخسر دعواه الا انه في مسائل الطلاق خروج عن القواعد العامة وذلك ان القاضي يقضي بالطلاق بناء على ارادة الزوج .[3]
3. ان يثبت القاضي ان الطلاق لم يكن لسبب جاد كأن يكون لتفادي مشكلة و لا لدفع ضرر واقع من الزوجة ولا لأي حكمة من الحكم التي شرع الطلاق من اجلها وعندئذ يكون الطلاق

---

[1] شامي احمد ،رايس محمد،**دور القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي و تقدير بدل الخلع"دراسة** مقارنة "،مرجع سابق ص9

[2] مسعودة نعيمة الياس،مرجع سابق ص285-286

[3] مسعودة نعيمة الياس،مرجع سابق ص286

تعسفيا و هو ما جاءت به المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 1998/11/17 بانه من المقرر قانونا ان الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج او تعسفه في الطلاق و من ثم فإن للقضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون و متى تبين من قضية الحال ان قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتعويض دون ان يحصل من الطاعن اي تعسف او نشوز فانهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون مما يستوجب نقص القرار المطعون فيه جزئيا [1]

و بالتالي يتضح لنا ان مسؤولية الزوج في استخدام حقه في الطلاق التعسفي هي الاساس الرئيسي لاستحقاق المطلقة للتعويض و حتى في حالة الطلاق او كان الطلاق بوقوع كلي على مسؤولية الزوج قد تفقد المطلقة هذا الحق

و هناك الاسس التي اقام عليها القاضي مقدار التعويض الذي يدفع للمطلقة عند تحقيق شروط استحقاقه و من هذه الاسس :

- ان يتناسب التعويض مع حالة الزوج المالية فيؤخذ بعين الاعتبار عن تقدير مبلغ التعويض عن الطلاق التعسفي حالة الزوج المالية يسرا و عسرا و من خلال ما يتملكه من اموال منقولة[2] و غير منقولة و يقع في الاثبات يسر حالة الزوج على عائق الزوجة بكافة طرق الاثبات بما فيها الشهادة اما حالة الزوجة العادية و مكانتها الاجتماعية فليس لها تأثير ايجابي او سلبي عند تقدير التعويض لها
- تحديد طريقة الدفع جملة او تقسيطا بحسب حال الزوج يسرا او عسرا فان اثبت الزوجة يسار الزوج على دفع التعويض دفعة واحدة الزم بدفعها و اما اذا كان معسرا فيتم الدفع بالتقسيط على ان يتضمن الحكم بيان مقدار كل قسط من الاقساط حتى يكون معلومات محددا عند التنفيذ [3]
- ويقصد بالتعويض المقسط الذي يدفع على اقساط تحدد مددها و يعين عددها بحيث ثم استبقاء التعويض بدفع اخر قسط منها و يحكم القاضي بهذه الصورة من التعويض للوصول الى جبر الضرر بشكل كامل للزوجة[4]

---

[1] قرار المحكمة العليا ،غرفة الاحوال الشخصية قرار بتاريخ 1998/11/17 ملف رقم 210451، المجلة القضائية عدد خاص 2001، ص252.

[2] ساجدة عفيف"محمد رشيد عتيلي" مرجع سابق ص117

[3] ساجدة عفيف"محمد رشيد عتيلي" مرجع سابق ص117

[4] هشام غصبي المعايطة ،**التعويض عن الضرر الادبي في القانون المدني الاردني** ، "دراسة مقارنة مع الفقه الاسلامي " رسالة ماجيستير ، قسم القانون الخاص، جامعة مؤتة،د.ب،ن 2009،ص132

- تقدير التعويض باتفاق الطرفين :

الاصل ان يكون تقدير التعويض بتراضي الطرفين المتداعيين عليه في حال حضورهما اذا امكن فاذا عرض الزوج مبلغا من التعويض ووافقت عليه الزوجة او العكس بان طلبت الزوجة مبلغا معينا ووافق الزوج او ثم الاتفاق بواسطة و كيلهما فان الحكم بمقدار التعويض يصدر بناءا على ذلك [1]

و من خلال ما سبق ذكره يتضح لنا ان الاساس القانوني لاستحقاق المطلقة للتعويض هو التعسف في استعمال الحق في الطلاق و ليس على اساس المسؤولية التقصيرية فالتعويض يقوم على وجود حق و استعمال هذا الحق قد يلحق ضررا بالغير سواءا بقصد او بغير قصد فاذا كان الضرر اللاحق بالمطلقة يفوق المصلحة التي حققها المطلق كان ذلك تعسفا من جانبه[2] و ثبت لها التعويض فاستعمال الطلاق حتى و لو تضررت به الزوجة و قد كرس المشرع الجزائري المسؤولية جنائية اذا سلمنا مبدئيا ان الطلاق لا علاقة له بها فالمسؤولية المدنية تنقسم الى عقدية و تقصيرية

اولا: المسؤولية العقدية كاساس للتعويض عن الطلاق التعسيفي :

و هي الجزاء على الاحتلال بالتزام عقدي فهي مسؤولية مصدرها العقد الذي يجوز الاعفاء منها او تعديل احكامها بمقتض العقد و التعويض فيمها يكون الضرر المتوقع لانه يدخل في حساب المتعاقدين فلذلك تكون تكون المسؤولية العقدية هي نتيجة الاخلال بالتزام تعاقدي[3] و هي تقوم على ثلاثة اركان الخطا و الضرر و العلاقة السببية واذا اردنا ان نطق هذه الاركان على الطلاق التعسفي فلن تستطيع لان لان الطلاق هو حق ارادي للزوج و ليس التزام عقدي فايقاعه بالارادة المنفردة للزوج لا يعد اخلالا يسود العقد الا في حالة واحدة و هي تشترط الزوجة تعويضا في حالة الطلاق فان هذا الشرط يجب الوفاء به فاذا قام الزوج يتطليق زوجته

[1] ساجدة عفيف"محمد رشيد عتيلي" مرجع سابق ص118

[2] د.شامي احمد،رايس محمد مرجع سابق ص11

[3] نور الدين قطيش محمد السكارنة ، **الطبيعة القانونية للضرر المرتد رسالة الماجيستير قيم القانون الخاص**، كلية الحقوق جامعة الشرق الاوسط 2012ص45

و لم يعوضها جازها ان تطلب التعويض على اساس المسؤولية العقدية و لو لم يتعسف الزوج في طلاقها [1]

ثانيا: المسؤولية التقصيرية :

و هي الحكم الذي يترتب على الشخص الذي ارتكب امرا يوجب المتواجدة او هي جزاء الاحتلال بالواجب القانوني العام الذي يفرض على كل شخص عدم الاضرار بغيره و هي تقوم ثلاثة اركان الخطا او الضرر و العلاقة السببية 123 من القانون المدني الا الخطا فيها هو انحراف الشخص المدرك لأفعاله عن السلوك الواجب اليقظة و التبصر حتى لا يضر بالغير[2] في حين يقوم الخطاء في المسؤولية العقدية عند الاخلال ينود العقد و طبقا لما جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2000/02/22 "ان الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن ان يشمله التعويض عن الطلاق". وعليه فلا يمكن تأسيس التعويض عن الطلاق التعسفي على المسؤولية التقصيرية الا اذا قامت اركانها الثلاثة وهي الضرر الذي يصيب المطلقة بسبب عدم التبصر في ايقاع الطلاق .[3]

الفرع الثاني: اساس التعويض عن الطلاق التعسفي في القضاء الجزائري :

يتجلى اساس التعويض عن الطلاق التعسفي في عده احكام و قرارات للمحكمة العليا منها الحكم الصادر من محكمة تلمسان و الذي جاء في احدى حيثياته مايلي 'حيث ان الاسباب التي اعتمدها المدعي سبلا لتوقيع الطلاق لم تكن جدية ولم يدعمها باي دليل الامر الذي يقضي على طلاقه طابع السلوك التعسفي و يحمله مسؤولية الضرر ومن الاسباب التي اعتمد عليها المطلق في هذه القضية انه اتفق مع زوجته على الانتقال الى العيش بفرنسا وانه بسبب سلوكيات المدعي عليهما لم يتم ذلك مما ادى الى طلاقها

[1] لاتي محمد ، **اساس التعويض عن الطلاق التعسفي** ، مجلة القانون و العلوم السياسية ، جامعة تلمسان كلية الحقوق الجزائر العدد4 2016ص264

[2] ابراهيم محمد الرواشده،**التعويض في المسؤولية التقصيرية وخضوعه لقانونالدولة التي حدث الفعل المنشأ للالتزام** ، المجلة الاكاديمية للابحاث و النشر العلمي جامعة الملك خالد ، كلية الاعمال ، السعودية العدد 2021،23ص241

[3] قرار المحكمة العليا ،غرفة الاحوال الشخصية قرار بتاريخ 2000/02/22 ملف رقم 235367، المجلة القضائية العدد2001،01 ص275

ومن قرارات المحكمة العليا الصادر في 1982/11/12و الذي جاء فيه "من المقرر شرعا و قانونا اذا كان طلاق الزوج غير مبرر فان للمطلقة الحق في النفقة و التعويض و سائر توابع العصمة" [1]

ومن قرار المحكمة العليا ايضا الصادر في 04/07/ 1986و الذي جاء فيها "من الاحكام الشرعية ان للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة –عدة اهمال– نفقة متعة وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة و في اي اطار تدخل و القضاء بما يخالف احكام هذا المبدأ يستوجب نقص القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا اجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي [2]

وحيث ان التعويض و النفقة المحكوم بها ناتجة عن مدى تحمل الزوج مسؤولية الطلاق و تقدير نفقة الاهمال وهذه المبالغ لا تدخل في تعويض الاضرار الناتجة عن التعسف الذي يكون بنية الحاق الضرر بالغير كما لا تدخل في التعويض الناتج عن المسؤولية التقصيرية وهي الاضرار المنصوص عليها في المادتين 41و124من القانون المدني ان الطاعنة ان كان قد لحقها ضرر ناتج عن التعسف بمفهوم المادة 124من ق م او لحقها ضرر ناتج عن المسؤولية التقصيرية طبقا لمقتضيات المادة 41 من ق. م فعليها ان تثبت الضرر المذكور في دعوى مستقلة و تطلب التعويض مقابل ذلك .

ومن خلال ذلك نستنتج من المبادئ المستقر عليها في القضاء بمختلف درجاته ان الطلاق الذي لا يقوم على اسباب جدية يعتبر اساسا لتعويض المطلقة غير ان قول المحكمة العليا بان تعويض المطلقة عن الطلاق غير المبرر شرعا و قانونا لا يمكن التسليم به نظرا لاختلاف الفقه و القانون حول ذلك .

ان الزام المطلق بتبرير طلاقه امام القضاء فيه دلالة على ان القضاء الجزائري قد تأثر بالمذهب الذي يرى ان الاصل في الطلاق هو الحضر و لا يجوز ايقاعه الا مبررا و هو مذهب جمهور الفقهاء و بالنسبة للقرار الاخير المؤرخ 2000/02/22فانه يدل دلالة صريحة

[1] لاتي محمد، مرجع سابق ص265

[2] قرار المحكمة العليا غرفة الاحوال الشخصية قرار بتاريخ 1986/04/07 ملف رقم 41560 المجلة القضائية العدد2 الجزائر 1989 ص 69

على ان المحكمة العليا لم تعتمد قواعد المسؤولية المدنية اساسا للتعويض عن الطلاق التعسفي و بالتالي فالطلاق الغير المبرر الذي جعله القضاء الجزائري اساسا لتعويض المطلقة لم ينص عليه المشرع في قانون الاسرة فهو مجرد اجتهاد قضائي .[1]

الفرع الثالث: التزام القاضي بتقرير الطلاق التعسفي :

ان عنوان الفرع الذي هو امامنا يضعنا امام تساؤل مفاده مدى التزام القاضي بتقرير الطلاق التعسفي من عدمه .

فعلى الصعيد القانوني فان السلطة التقديرية للقاضي لها دور هام في تقرير الطلاق التعسفي من عدمه وكذلك لها دور هام في تقرير الضرر و جسامته و مدى كونه سبب مبررا للتعويض فقد قضت المحكمة العليا بان تقدير قساوة المعاملة او الاهانات او الاساءات الخاضعة لسلطة القاضي التقديرية و الذي يجب عليه التأكد من وجودها و خطورتها وجسامتها لكي يحكم للمطلقة بالتعويض في حالة تعسف الزوج .

و لقد جاء في صياغة المادة52 من قانون الاسرة الجزائري واضحة فيما يتعلق بمدى الزام القاضي الحكم بالتعويض اذا قالت بوضوح انه اذا ثبت لدى القاضي من جملة من الوقائع المعروضة امامه وما دار بين الخصوم في جلسة الصلح ان الزوج اوقع الطلاق تعسفا فان القاضي يكون ملزما بالاستجابة لطلب الزوجة في الحق في التعويض عن الضرر فالمادة 52 من قانون الاسرة الجزائري التي تنص ' اذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها" .[2]

اوردت لنا فرضا يتمثل في قيام التعسف و حولت للقاضي اعمال نشاطه الذهني في مقارنة هذا الفرض النموذجي بالوقائع المقدمة و المتمثلة في ادعاءات الخصوم و كذا الادلة المقدمة لتدعيم هذه الادعاءات فاذا ثبت للقاضي ان الزوج خرج عن الحكمة التي من اجلها شرع الطلاق و التي لخصها القضاة في انعدام المبرر الشرعي او السبب المعقول لذلك ويعتمد في تحري ذلك على المعيارين الموضوعي وكذا الشخصي .

فاذا ثبت تعسف الزوج في الطلاق فانه يلزم قانونا بدفع تعويض للزوجة عن الضرر اللاحق بها و هنا فالقاضي لا يقوم ببحث مدى قيام الضرر لان المشرع اعفاه من ذلك فثبوت التعسف

[1] لاتي محمد مرجع سابق ص266

[2] المادة 52 من القانون الاسرة الجزائري من الاسرة رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ص12

هو قرينة قانونية على تضرر الزوجة و هو ما اكدته المادة52 التي جاءت واضحة حيث لم تدع للقاضي سلطة تقديرية في بحث قيام الضرر كما لم تدع له سلطة للاختيار بين الحكم باستحقاق التعويض من عدمه و انما جاءت صياغتها واضحة تقضي بوجوب الحكم بالتعويض اذا ثبت تعسف الزوج مما يقتضي القول بان قاضي شؤون الاسرة ملزم قانونا بالاستجابة لطلب الزوجة المتعلق باستحقاق التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق التعسفي اذا ثبت تعسف الزوج .[1]

وبناءا على المادة التي وردت ووفقا للتفسير يتضح ان القاضي قي قضايا شؤون الاسرة ملزم بالحكم بالتعويض عن الضرر[2] الناتج عن الطلاق الصادر بالإرادة المنفردة للزوج اذا ثبت تعسفه بدون مبرر شرعي و قانوني او سبب معقول يدعو اليه و تضررت الزوجة من هذا التعسف .

المطلب الثاني : اجراءات دعوى طلب التعويض عن الطلاق التعسفي :

ان إجراءات الدعاوي القضائية تختلف من قسم الى اخر باختلاف عناصرها القضايا المراد الفصل فيها و نص عليها المشرع في القوانين الاجرائية المتعلقة في مثل هذا النوع من القضايا و هو قانون الاجراءات المدنية و الادارية الذي اورد فيه المشرع الاجراءات الخاصة برفع دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي .

الفرع الاول :اجراءات لرفع دعوى عن الطلاق التعسفي:

سنتناول الشروط الازمة لقبول الدعوى وفق مايلي :

اولا :شروط قبول الدعوى:

1. الصفة :هي الحق في المطالبة امام القضاء و تقوم على المصلحة المباشرة و الشخصية في التقاضي كما قد يحدث ان يتدخل طرفا اثناء سير الخصومة لم يرد ذكره في عريضة افتتاح

[1] بن زيطة عبد الهادي ـتعويض الضرر المعنوي في قانون الاسرة الجزائري والفقه الاسلامي ،رسالة ماجيستير تخصص علوم اسلامية ـ الشعبة شريعة وقانون ـ كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية ، جامعة العقيد أحمد دراية ـادرار ،2005-2006 ص124

[2] اسمهان عفيف **السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة في التعويض عن الضرر**، رسالة ماجيستير تخصص قانون اسرة قسم الحقوق كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة العربي بن مهيدي ام البواقي 2010.2011ص160

الدعوى سواء بإرادته لأجل تحقيق مصلحة لفائدة المتدخل او بطلب من احد او كلا طرفي الخصومة [1].

فالصفة في فك الرابطة الزوجية بتعيين على احد الزوجين الذي يرفع دعوى ضد الزوج الاخر ان يكون لديه صفة قانونية لتقديم هذه الدعوى يعنى هذا انه يجب ان يكون المدعي هو الزوج او الزوجة او احد ممثليهما القانونيين

2. المصلحة: و هي المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية وقت اللجوء الى القضاء وهذه المنفعة تشكل الدافع وراء رفع الدعوى و الهدف من تحريكها فلا دعوى من دون مصلحة أمام القضاء[2] و قد اوردت المادة13" من قانون الاجراءات المدنية و الادارية على وجوب توفر شرط المصلحة حيث نصت بانه " لا يجوز لاي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة و له مصلحة قائمة او محتملة يقرها القانون " [3]

فاذا رفعت الزوجة دعوى قضائية ضد زوجها تطالب فيه التعويض عن الطلاق يجب ان يكون الهدف من ذلك تحقيق مصلحة مشروعة

فالتعويض عن فك الرابطة الزوجية له اجراءات خاصة به على الرغم من ان الطلاق يعتبر قرارا ارادیا و مع ذلك يشترط فيه ما يشترط في سائر التصرفات تطبيقا للقواعد العامة

ثانيا: الاختصاص القضائي:

1. الاختصاص النوعي :

لقد اوردته المادة 423 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية حيث جاء فيها " ينظر قسم شؤون الاسرة على الخصوص في الدعاوي الاتية الدعاوي المتعلقة بالخطبة و الزواج و الرجوع الى بيت الزوجية و انحلال الرابطة الزوجية و توابعها حسب الحالات و الشروط المذكورة في

[1] عبد الرحمان بربارة ، **شرح القانون الاجرءات المدنية و الادارية** الطبعة 2 دار بغداوي الرويبة الجزائر 2009ص38

[2] عبد الرحمان بربارة المرجع نفسه ص38

[3] المادة 13 من الامر رقم 08_09 الؤرخ في 25-02-2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية العدد 21 2008 ص104

قانون الاسرة دعاوي النفقة و الحضانة و حق الزيارة دعاوي اثبات الزواج و النسب الدعاوي المتعلقة بالولاية و سقوطها و الحجر و الغياب و الفقدان و التقديم .[1]

النص على ماهو عليه يبين صلاحيات محكمة شؤون الأسرة وقد تناولها على سبيل الحصر الملاحظ أيضا أن نص المادة تضمن عبارة(على الخصوص) وهو ما يستنتج منه أن الامر يتعلق باختصاص المحكمة النوعي في هذا الجانب ، مما يسمح للخصوم بإثارة الدفع الرامي الى القضاء بعدم اختصاص المحكمة المطروح أمامها النزاع متى لم تكن مختصة ، بموجب هذا النص ، ومن ثم فأي نزاع شملته هذه المادة، أو ما يكون منشقا منه ، يتعين طرحه أمامه محكمة شؤون الأسرة و ليس غيرها [2]و بالتالي إذا كانت المحكمة التي يتم عرض النزاع أمامها ليست مختصة بموجب هذا النص ، فإن دعاوي التعويض عن الطلاق ستكون تحت اختصاص قاضي شؤون الأسرة ، خاصة إذا كانت هذه الدعاوي تعتبر من توابع انحلال الرابطة الزوجية وفقا لما تم ذكره في المادة 423 من قانون الاجراءات المدنية و الإدارية..

ثالثا: الاختصاص الإقليمي

لقد جاءت المادة 37 من القانون الجديد لتكريس القاعدة الواردة في المادة 8 من قانون الاجراءات المدنية بحيث يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه ، فإن لم يكن للمدعى عليه موطن معروف ، يعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها أخر موطن له ، و في حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص الاقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار مالم ينص القانون على خلاف ذلك . فعندها يكون المدعى عليه شخصا واحدا ، يتم اعمال القاعدة العامة ، ترفع الدعوى أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعي عليه وفقا للمادة 37[3] وطبقا لما في المادة 46 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية لأنه "يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي ، حتى ولو لم يكن مختصا اقليميا يوقع الخصوم على تصريح بطلب التقاضي ، و اذا تعذر التوقيع يشار الى ذلك ، يكون القاضي مختصا طيلة الخصومة ، ويمتد

[1] المادة 423 من الامر رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية المنشور بالاجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية العدد 21 2008 ص104

[2] سائح سنقوقة **شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية** ج1 دار الهدى عين مليلة الدجزائر 2011ص 579،580

[3] عبد الرحمان بربارة مرجع سابق 84-85

الاختصاص في حالة الاستئناف الى المجلس القضائي التابع له[1]" الفقرة الاولى من النص ، تجير للخصوم الحضور أمام أي قاض لطرح تراعهم أمامه ، حتى و إن كان غير مختص إقليميا . و المقصود بحضور الاطراف أمام القاضي : رفع دعوى قضائية و ليس الحضور على سبيل الضيافة أمام الجهة القضائية التي يرونها مناسبة لهم ،كأن يكونوا على عجلة من أمرهم أو أن النزاع لا يحتمل التأجيل بالنظر الى طبعته . أما الفقرة الثانية فتحدد الإجراء الواجب القيام به منقبل الأطراف حتى يتمكنوا من التقاضي أمام تلك الجهة . وهذا الإجراء يتمثل في تحرير تصريح من طرف أولئك يتضمن الاتفاق على التقاضي أمام تلك الجهة.[2].

أما الفقرة الثالثة، فإنها تعقد الاختصاص للجهة القضائية ككل ، متى تم استئناف ذلك الحكم من قبل الأطراف

الفرع الثاني: إجراءات سير دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي:

عندما ترفع الزوجة دعوى ضد للتعويض الأضرار جراء فسخ الرابطة الزوجية، يجب احترام الطريقة المناسبة لطرح النزاع أمام الجهات القضائية. وهذا يتضمن اتباع اجراءات خاصة

أولا: تقديم عريضة افتتاح دعوى الطلاق:

بحسب المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية " ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، و موقعه و مؤرخة ، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعى أو وكيله أو محامية ، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف"

فيما أوردت المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية و الادارية يجب أن يتضمن عريضة افتتاح الدعوى تحت طائلة عدم قبولها شكلا ،البيانات الآتية : الجهات القضائية التي ترفع أمامها الدعوى ، و اسم ولقب المدعى و موطنه ، و اسم و لقب و موطن المدعى عليه ، فإن لم يكن له موطن معلوم فأخر موطن له ، الاشارة الى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي و مقره الاجتماعي وصفه ممثلة القانوني أو الاتفاقي ، عرضا موجزًا للوقائع و الطلبات و الوسائل التي تؤسس عليها الدعوى ، الإشارة عند الاقتضاء ، إلى المستندات و الوثائق المؤيدة للدعوى ، و تقيد العريضة حالا في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها ، مع بيان أسماء و ألقاب الخصوم و

[1] المادة 46 قانون الاجراءات المدنية و الادارية المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الديموقراطية الشعبية العدد21 سنة 2008 ص17

[2] سائح سنقوقة مرجع سابق ص 114

رقم القضية و تاريخ أول جلسة على نسخ العريضة الافتتاحية سلمها للمدعي بغرض تبليغها رسميا للخصوم ، يجب احترام أجل عشرين 20يوم على الأقل بين تاريخ تسليم التكليف بالحضور ، و التاريخ المحدد لأول جلسة ، مالم ينص القانون على خلاف ذلك . ويمدد هذا الأجل أمام الجهات القضائية إلى ثلاثة 3 أشهر ،إذا كان الشخص المكلف بالحضور مقيما بالخارج وهو ما تمت عليه المادة 16 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[1].

ثانيا :اجراء الصلح و التحكيم :

1. إجراء الصلح:

بحسب المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية محاولة الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية وتحت رقابة القاضي فالنص وجوبي للكافة قاضيا كان ام متقاض و هو يتضمن جزئيتين الاولى تتعلق بكون محاولات الصلح إجبارية و لما الأمر كذلك فعلى النظر عما يكون قد يتحقق من نتائج إيجابية كانت ام سلبية اما الثانية فتتعلق بكون هذا الإجراء يتعين ان يتم في قاعة المشورة و بصفة سرية اي بحضور الطرفين المعنيين بالدعوى دون غيرهما طبعا بمعية القاضي و مساعده من امناء الضبط فالطلاق لا يثبت الا بحكم قضائي فيما انه يتعين على القاضي اعداد محضر يبين فيه مساعي و نتائج محاولات الصلح و بعد تحرير المحضر من طرف كاتب الضبط الذي يكون قد حظر جلسات محاولات الصلح يوقعه كل من القاضي و أمين الضبط و الزوجين و هذا المحضر يعتبر سندا تنفيذيا[2]

2. إجراء التحكيم:

في بعض النظم القانونية تقتصي الإجراءات ان جميع دعاوى الطلاق لإثبت فيها المحكمة الا بعد استنفاذ محاولات التوصل الى صلح يقوم به القاضي بالإضافة الى ذلك في التحكيم يتم تفويض الأمر لشخص آخر او للحاكم لفصل المنازعات بين المتخاصمين ويعتبر الحاكم كطرف ثالث لاختيار الطرفين المتخاصمين و يحكم بتراضيهما وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية

[1] عبد الرحمان بربارة مرجع سابق ص48

[2] عبد العزيز سعد قانون **الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد شرح الاحكام للزواج و الطلاق بعد التعديل** طبعة 3 دار هومة الجزائر 2011 ص120

وقد جاء في نص المادة 56 من قانون الأسرة الجزائري اذا اشتد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر وجب حكميين للتوفيق بينهما يعين القاضي الحكمين حكما من أهل الزوج و حكما من أهل الزوجة و على هذين الحكمين ان يقدما تقريرا عن مهمتها من اجل شهرين"[1]

ويجوز للقاضي إنهاء مهام الحكمين تلقائيا إذا تثبيت له صعوبة تنفيذ المهمة وفي هذه الحالة يعيد القضية الى الجلسة وتستمر الخصومة اما إذا ثم الصلح من طرف الحكمين يثبت ذلك في محضر يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لاي طعن و ذلك حسب المواد 448 و 449 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[2]

3. طبيعة الحكم الصادر عن دعوى الطلاق والطعن فيه

أ. احكام التقريرية:

تعتبر الاحكام التقريرية او الكاشفة هي الأحكام التي تؤكد لنا على وجود الحق او تقضي بانعدامه ذلك انها لا تحدث لنا مركزا قانونيا او رابطة قانونية لم تكن موجودة قبل الحكم و انما تكتفي بالكشف عن مركز قانوني موجود اصلا قبل رفع الدعوى و كذلك تقرر و تؤكد على وجود التزامات سابقة او عدم وجودها فهي تزيل الشك و تعطي الحجية القضائية و لا تنشأ لنا و صفا قانونيا جديدا لم يكن متوقعا قبل رفع دعوى و من امثلة ذلك حكم الطلاق الذي يكون الزوج عازما على فك الرابطة الزوجية فيأتي حكم القاضي مؤكدا على وضعية و غير منشأ لها و كذا مثال الحجر على المجنون و قفد يشتهر هذا الاخير بالمرض عند عامة الناس و لكن الحكم القضائي الكاشف هو من يؤكد على وجود العرض به فعلا بما يتمتع به القاضي من سلطة في الفصل

ب. احكام المنشئة:

و هي الاحكام القضائية التي ترمي الى انشاء مركز قانوني جديد او تعديله او انهائه فالحكم القاضي هنا يعتبر الحد الفاصل بين الوصف القانوني السابق و الوصف القانوني اللاحق فلا يكتفي دور القاضي بالتأكيد او الكشف عن المركز الموجود قبل رفع الدعوى [3]و انما يفصل في

[1] المادة 56 من الامر رقم 84 11 المؤرخ في 9 جوان سنة 1984 المتضمن قانون الاسرة الجزائري المعدل و المتمم للأمر 02-05 سنة 1984 ص13

[2] عبد الرحمان بربارة مرجع سابق ص338

[3] عمر زودة ، الاجراءات المدنية و الادارية في ضوء اراد الفقهاء و احكام القضاء، طبعة 2 الجزائر 2015 ص 96-97

الموضوع فيمكن ان يقتضي بعد احقية المدعى في مركزه القانوني المطالب به[1] و مثال ذلك ان يرفع شخص دعوى يدعي فيها بأنه دائن بمبلغ مالي لشخص اخر و يطالب بالوقاء فيدفع المدعى قبل الدعوى هو دائن و قرار القاضي هو نفي ذلك المركز القانوني.

4. الطعن في الاحكام الصادرة من الجهة القضائية:

يتجه الفقه فكرة تتعلق بطبيعة الحكم فيقولون ان الحكم بالطلاق التعسفي يصدر ابتدائيا نهائيا فيما يتعلق بالطلاق و ابتدائيا فقط فيما يتعلق بالجوانب المادية اي التعويضات المادية فيفهم من ذلك ان شق الطلاق في الحكم لا يقبل الطعن بالاستئناف في حين أن التعويضات المالية ومنها التعويض عن الطلاق التعسفي يقبل الطعن بالإستئناف .

وطبقا لما جاء في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية طرق الطعن العادية وهي المعارضة والإستئناف و طرق الطعن الغير العادية وهي الطعن بالنقص واعتراض الغير خارج عن الخصومة .

وبالتالي يمكن القول أن احكام الطلاق غير قابلة للإستئناف لأنها أحكام تصدر ابتدائيا و نهائيا ما عدا في التعويض عن الطلاق التعسفي الذي يصدر ابتدائيا فقط . وفق نص المادة 57من قانون الأسرة الجزائري "تكون الأحكام الصادرة في دعاوي الطلاق و التطليق و الخلع غير قابلة للإستئناف فيما عدا جوانبها المادية ".[2]

عندما يتأكد القاضي من أن الأطراف قد قدمتا حججهما و مناقشتهما لإتخاذ القرار النهائي و النطق بالحكم.

[1] عمر زودة مرجع سابق ص 338

[2] المادة 57 من القانون الاسرة الجزائري من الامر رقم 05.02 المؤرخ في 27-2-2005

المبحث الثاني: دور القضاء في تقدير التعويض:

ان الهدف من بحث السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة من تقدير التعويض هو معرفة النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي والذي يسبق تحديده لمبلغ التعويض الذي يدفع لجبر الضرر ،فالتعويض في ذاته هو عملية آلية كما سبق ذكره، ولكن سلفة القاضي في تقديره هي التي تستلزم التوضيح

وكذا رقابة المحكمة العليا على عناصر تقدير التعويض فهي التي تشمل كل الاحكام القضائية سواء التي كان للقاضي فيها مجال واسع من الحرية في التقدير او تلك التي كان لها فيها حيز ضيق من التقدير وهذا ماسنتناوله في هذا المبحث على شكل ثلاث مطالب بالتالي:

المطلب الاول: ماهية التعويض.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي.

المطلب الثالث: رقابة المحكمة العليا على عناصر تقدير التعويض.

المطلب الاول: ماهية التعويض :

ان لفظ التعويض يشمل عدة مفاهيم لغوية واصطلاحية تتعلق بإعادة تعويض فقدان او خسارة، وهذا ما يقتضي علينا معرفته من اجل الخروج تعريف ملائم سواء من الجانب الفقهي او القانوني.

الفرع الاول: مفهوم التعويض

للفظ التعويض حقيقة لغوية اولا واستعمالات اصطلاحية ثانيا.

اولا:التعويض لغة:

التعويض مأخوذ من العوض وهو البدل اعتاضني فلان أي جاء طالبا للعوض والصلة،

اولا:التعويض لغة:

التعويض مأخوذ من العوض وهو البدل اعتاضني فلان أي جاء طالبا للعوض والصلة، وعائض من عاض يعوض اي اعطى واستعاضه اي سأله العوض[1].

ويقال عاضه بكذا أي اعطاه إياه بدل ما ذهب منه والعوض ظرف لاستغراق المستقبل[2]

ثانيا: التعويض اصطلاحا:

1. تعريف التعويض في الاصطلاح الفقهي:

لم يكن لفظ التعويض في الفقه الاسلامي شائعا ،ولم يتم استخدامه من قبل الفقهاء بل كانو يستعملون لفظ الضمان للدلالة على المال المطلوب اداؤه كتعويض مثل العين المملوكة فإنها تلزم من اتلفها وكان الفقهاء ينظرون الى الضمان على انه اعم من التعويض ،لان الضمان مطلق الالتزام بالتعويض سواء حدث الضرر فعلا أم كان متوقعا، فالتعويض فلا يجب إلا إذا حدث الضرر فعلا.

ومن التعريفات الضمان قريبة المعنى للتعويض.

-الضمان هو غرامة التالف

-الضمان هو اعطاء مثل الشيء اذا كان من الطلبات وقيمته ان كان من القيمات[3].

---

[1] صالح العلي الصالح،امينة الشيخ سليمان احمد،المعجم الصافي في اللغة العربية ب،د،ن الرياض د،س،ن، ص447

[2] شوقي ضيف معجم الوسيط ط4 مكتبة الشروق الدولية مصر 2003 ص637 .

[3] رسمية عبد الفتاح موسى الدوس،**دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الاسلامي** ط1. دار قنديل للنشر و التوزيع ،عمان 2010ص96

وعليه فالتعريفات السابقة للضمان صرحت بمعنى التعويض ،وذكرت تلميحا ، وهو حدوث الضرر والهلاك والتلف، فلا يكون التعويض في الشريعة إلا مقابل الإتلاف و الغصب وبالتالي فالفقهاء القدامى قد فطنوا إلى عدم الدقة اللغوية في لفظة التعويض ،إذا اطلقت بمعنى جبر الضرر.

فالتعويض هو العرض الذي يستحقه المضرور جبرا لضرره، والضمان هو الالتزام بالتعويض لذا فلفظ التعويض ينطبق على الشيء المعوض به، سوآءا أكان مالا او فعلا جابرًا للضرر اما لفظ الضمان فيطلق على فعل التعويض وهو الالتزام بالشيء المعوض به.

وقد عرف العالم المعاصر الشيخ محمود شلتوت التعويض في الفقه الاسلامي بقوله> هو المال الذي يحكم به من اوقع ضررًا على غيره في نفس او مال او شرف، والتقدير في تعويض الشرف، من باب التعزيز الذي وكلت الشريعة الاسلامية امره الى الحاكم يقدره إلى قيمة الضرر[1]

ومن التعريف اتضح لنا ان التعويض احتوى على نقطتين:

ان التعويض مال يعطى للمتضرر عن طريق الحاكم او القاضي.

انواع الضرر الواجب فيها التعويض مع تحديد القيمة.

ويمكن ان نعرف التعويض بأنه:

عقوبة مالية تجب على الطرف الذي اوقع الضرر بالطرف المتضرر لما اصابه من ضرر، نتيجة استعمال الطرف الاول لحقه بوجه غير مشروع[2].

موقف الفقهاء في التعويض عن الطلاق التعسفي:

اختلف العلماء في الاخذ بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي فمنهم من ذهب إلى الاخذ بمبدأ التعويض ومنهم من ذهب الى عدم الاخذ به.

أ. من القائلون بالتعويض عن الطلاق التعسفي:

يقول مصطفى السباعي في التعويض {وهذا حكم جديد لم يكن معمولا به من قبل وهو حكم عادل.

وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

[1] رسمية عبد الفتاح الدوس،مرجع سابق ص 97

[2] جميل فخري محمد جانم ، مرجع سابق ص272

- إن الطلاق التعسفي ضياع لمستقبل الزوجة ،وتفويت لفرص لها قد لاتعود ،والقاضي منوط به انصاف المظلومين ،فعليه معاقبة من يسيء التصرف سواء أكان ذلك في ماله ام في طلاقه ،فمن طلق زوجته واصابها ضرر من جراء ذلك ،او لم يكن هناك من سبب شرعي يدعو إليه فالطلاق التعسفي يجب فيه التعويض.
- إن صيانة الأسرة من الانحلال يقتضي الردع والجزر،فكان التعويض زجرا للمطلق بغير سبب ،وردعًا لمن يفكر فيه ،خاصة وقد كثرت حوادث الطلاق.
- العمل بمبدأ السياسة الشرعية العادلة التي تأبى ان تصبح المرأة معرضة للحرمان ، بسبب ظلم الزوج في ذلك الطلاق ،وتبيح لولي الأمر ان يقيد المباح وان يفرض عقوبة أو جزاء على من أساء.
- قياس التعويض على المخالعة في الإسلام ،حيث أباحت الشريعة الاسلامية للزوج ان يأخذ من زوجته العوض المتفق عليه ، او يسقط جزءًا من مهرها ،واذا رضيت بذلك مقابل طلاقها لذلك فإن الزوجة أن تأخذ من زوجها تعويضا من ارتضاه.
- الطلاق بغير مبرر خروج عن المألوف لملك الشخص العادي او هو إساءة لاستعمال الحق، فيشكل بذلك خطأً تقصيريا.
- إن التعسف إذا وقع وسبب ضررا، يستوجب المسؤولية، ويرتب جزاءا دنيويا يوقع عن طريق القضاء، بإزالة الضرر عينا ان امكن ،او عن طريق الضمان حسب الاحوال ،وقطع سبب الضرر منعا من استمراره في المستقبل.[1]

ب.القائلون بعدم جواز التعويض عن الطلاق التعسفي:

يقول ابو زمرة في منع التعويض: وقد أخطأ من حكم بالتعويض لأجل الطلاق ولو كان ثمة شرط يوجب التعويض اذ يكون شرطا فاسدا فيلغى.

وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

*ان الطلاق حق مباح للزوج في الشريعة الاسلامية ،لايتقيد في استعماله بوجوب الحاجة التي تدعو إليه ،فمن طلق زوجته دون سبب ظاهر ،فهو مستعمل حقه الشرعي ، ولم تكن منه إساءة تستوجب مسؤولية عن الضرر الذي يلحق الزوجة بسبب الطلاق.

[1] جميل فخري محمد جانم . مرجع سابق ص272.275

*إن القول بإلزام الزوج بالتعويض ،يترتب عليه إلزام الزوج بالعيش مع زوجته وهو كاره لها ،وهذا ما يتعارض مع الاهداف العليا من الزوج ويبعده من مقاصده ؛ويجعله إرادة مفروضة منه على علاقة الزوجين.

*إن القول بالتعويض يؤدي إلى منع إيقاع الطلاق ،الذي لا ظلم فيه فقد يكون الدافع الى الطلاق ريبه احاطت بالزوجة ،فطلقها الزوج خشية العار وستر عليها وليس من العدل ان تعوض في هذه الحالة.

- لايوجد في القرآن او السنة دليل يقر مبدأ التعويض.
- مايترتب عن الطلاق من التبعات المالية ،كدفع مؤخر للصداق ،ونفقة العدة والمتعة لمن تحق لها من المطلقات يعد تعويضا للزوجة عن الضرر الذي لحقها بسبب الطلاق.
- إن الطلاق وان كان الاصل فيه الحظر والمنع، ولايباح ايقاعه إلا للحاجة لكن هذه الحاجة قد تكون نفسية لا تجري عليها وسائل الاثبات وقد تكون مما يجب ستره ،بحيث لو عرض عليها القضاء لكان في ذلك تشهير بكرامة الزوجين ما يتضاءل بجانبه أي اعتبار مادي[1].

الترجيح:

أرى من خلال نظرية التعسف في استعمال الحق ، التي لها جذورها الراسخة في الفقه الاسلامي ،قد احدث بمبدأ التعويض وذلك بإقرارها لمتعة الطلاق ،فإن ايجاب المتعة على المطلق تطبيقا عمليا لنظرية التعسف في استعمال الحق ولذلك فهي تعويض مالي يجب للمطلقة على مطلقها ،جبرا لخاطرها المنكسر بالطلاق ، وتسلية لها عن الفراق وتوضح ذلك على النحو التالي:

إن الاصل في الطلاق الحظر ،فإذا طلق الزوج زوجته دون سبب شرعي ،فقد ناقض مقصد الشارع من تشريع الطلاق وبذلك يكون متعسفا في استعمال حقة في الطلاق اما اذا طلق الرجل زوجته لحاجة معينة

او لسبب ما وكان مشروعا فإن الله الذي يعلم الغيب والشهادة ولا يغرب عن علمه مثقال ذرة قد علم بأنه سيصيب الزوجة ضرر بوقوع الطلاق ، ولو كان لمصلحة مشروعة وان هذا الضرر الواقع بالمرأة اكبر من المصلحة التي يحققها الزوج من الطلاق فإذا كان الضرر اعظم من

[1] جميل فخري محمد جانم . مرجع سابق ص 277-278

المتعة كان الزوج متعسفا في استعمال حق الطلاق ومادام قد تعسف الزوج في استعمال حقه ،فإنه عليه الجزاء.[1]

2. تعريف التعويض في الإصلاح القانوني:

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف التعويض الا انه نصت المادة 124 من القانون المدني الجزائري معدلة "كل فعل ايا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض[2] و اما المادة 124 مكرر (جديدة) التي تنص "بشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية

- ✓ إذا وقع بقصد الاضرار بالغير
- ✓ إذا كان يرمي بالحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير
- ✓ إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة"[3]

وكما أشارت المادة 132 ق م ج عن بعض الأحكام المتعلقة بالتعويض فنصت على انه: يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف و يصح ان يكون التعويض مقسطا كما يصح ان يكون ايرادا مرتبا و يجوز في هاتين الحالتين إلزام المدني بأن يقدر تأمينا و على انه يجوز للقاضي تبعا للظروف و بناءا على طلب المتضرر ان يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو ان يحكم و ذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الاعانات تتصل بالفعل الغير المشروع[4]

وعليه يمكن تعريف التعويض على سبيل الطلاق التعسفي بأنه هو حق الزوجة في الحصول على تعويض مالي من الزوج في حال قام بالطلاق بشكل تعسفي دون وجود أسباب قانونية معتبرة و نشير على ان الطلاق من هذا التعويض هو تعويض الزوجة عن الظلم الذي تعرضت له نتيجة الطلاق التعسفي من طرف الزوج و للقاضي له السلطة التنفيذية في ذلك

أ) رأي القانون و القضاء في التعويض هن الطلاق التعسفي:

[1] جميل فخري محمد جانم . مرجع سابق ص 280

[2] المادة 124 من القانون المدني الجزائري من الامر 05-10 المؤرخ في 10 يونيو 2005

[3] المادة 124 من القانون المدني الجزائري عدلت بالقانون 05-10 المؤرخ في 10 يونيو 2005

[4] المادة 132 من القانون المدني الجزائري

أخذت كثير من القوانين بالتعويض عن الطلاق التعسفي استنادا إلى مبدأ التعويض عن الضرر الناتج عن التعسف الا ان بعض هذه القوانين خرج عن مبدأ التعويض عن الضرر الذي يقدر بحسب الضرر الواقع عن المطلقة أو افراد الأسرة بالفعل إلى إلزام المطلق برفع الفقر عن المطلقة و كفالة حق عيشها حياة كريمة في القانون التونسي

و في القانون السوري ألزم الزوج بالتعويض إذا تبين أن الزوجة سيصيبها البؤس و قد اخدت بعض المحاكم في جمهورية مصر بمبدأ التعويض و رفضته بعض المحاكم[1]

من الاجتهادات القضائية ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/11/17 من المقرر قانونا ان الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق و من ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون و متى تبين من قضية الحال ان قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتعويض دون أن يحصل من الطاعن اي تعسف أو نشوز فإنهم بقضائهم كما فعلو خالفوا القانون مما يستوجب نقص القرار المطعون فيه جزئيا

ويتعين على القاضي و هو يبحث عن التعسف في الطلاق الا يجعل من هذا التعسف قيدا على الطلاق الذي شرعه الله إذا قامت مبرراته كما أنه لا يجوز أن يكون الخلو في تقدير التعويض سبقا على رقاب الرجال الذين ضاقت حياتهم بزوجات لا يقدرن الحياة الزوجية و الا الحقوق و الواجبات التي تفرضها[2] لقول الله تعالى :"وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته وكان الله واسعا حكيما" سورة النساء الآية 130

الفرع الثاني: تمييز التعويض عن الحقوق المالية

أخذ الفقهاء القدامى بأن نفقة المنحة ونفقة العدة في حقيقتهما هما تعويض عن الحق المطلقة من ضرر و بالتالي فانهما تغنيان عن التعويض عن الطلاق التعسفي[3] و عليه نتطرق إلى معرفة أوجه الشبه و أوجه الخلاف بين التعويض و المنحة و بين التعويض و نفقة العدة

[1] محمود علي السرطاوي ، **فقه الاحوال الشخصية (الزواج والطلاق)** ط1 دار الفكر عمان ، 2008 ص 135

[2] احمد نصر الجندي ، **شرح قانون الاسرة الجزائري** ، دار الكتب القانونية شتات للنشر والبرمجيات ،مصر 2009 ص111

[3] محفوظ بن الصغير ، **الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي وتطبيقاته في قانون الاسرة الجزائري** ،رسالة دكتورا في العلوم الاجتماعية و العلوم الاسلامية ، جامعة الحاج لخضر باتنة 2008-2009 ص 589

اولا: تمييز بين التعويض و منحة المطلقة :

لمعرفة أوجه الشبه و الاختلاف بين التعويض و المنحة وجب علينا اولا التطرق إلى معرفة معنى المنحة .

تعريف المنحة :

أ) **لغة:**المنحة ما يتمتع به من الصيد و الطعام و منحة المرأة ما وصلت به بعد الطلاق لتنتفع به من نوح مال أو خادم

والمنحة بضم الميم و كسرها هي اسم للتمنيح و جمعها منح و المنحة. المتاع اسمان يقومان مقام المصدر الحقيقي و هو التمنيح [1]

وعن معاني المنحة الانتفاع و المنفعة كما ورد فس قوله تعالى "ولكم في الأرض مستقر و متاع إلى حين "[2]

ب)**اصطلاحا:**

- التعريف الفقهي :لم ينص الفقهاء صراحة عن تعريف المنحة مع انهم افردوا لها بابا خاصا في الفقه

فقد عرفها بعض فقهاء الشافعية عن أمثال

الإمام النووي بأنها "اسم للمال الذي يدفعه الرجل إلى امرأته لمفارقته اياه"

و الإمام قليوبي و عميرة بانها "مال يجب على الزوج لمفارقة الزوجة بشروط"[3]

ومن التعريفات تبين لنا أن المنحة هي ما يدفعه الزوج لمطلقته لطلاقه اياها جراء ما لحقها من ضرر.

التعريف القانوني:

لم ينص قانون الأسرة الجزائري على المنحة و إنما ورد بدلها التعويض عن الطلاق التعسفي و هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا في قرارها الصادر 1985/04/08 حيث جاء بمقتضاه إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها منحة تعطى لها تخفيفا عن ألم

[1] رسمية عبد الفتاح موسى الدوس ، مرجع سابق ص163

[2] سورة الاعراف الاية 24

[3] رسمية عبد الفتاح موسى الدوس ، مرجع سابق ص164

فراق زوجها لها و هي في حد ذاتها تعتبر تعويضا فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية لذلك يستوجب النقص القرار الذي خص للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي لها باسم المنحة و بدفع مبلغ آخر كتعويض[1]
و نلاحظ ان القرار يتجاوب مع حقوق المطلقة و يحقق العدالة من وجهين تقديم المنحة للمطلقة بموجب الحقوق المدنية بالإضافة الي تعويضها عن الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي الذي قد يكون قاسيا و ظالما لها

أوجه الشبه بين التعويض و المتعة :هناك نقاط تتفق فيها المتعة والتعويض و هي ان كلا من المنحة و التعويض لا يؤثران على الحقوق الزوجية للمرأة كالمهر و النفقة و اختلف الفقهاء و كذلك القوانين في بيان الحد الأعلى و الأدنى لكل من المنحة و التعويض و إن كلا من المنحة و التعويض عن الطلاق التعسفي يحيان بعد الطلاق البائن الذي يزيل الخل بين الزوجين لذلك فالمطلقة رجعيا لا تستحق المنحة ولا التعويض الا بعد انقضاء العدة وإن كلاهما يتعلق بمسألة الطلاق حيت تتعلق منحة المطلقة بالحقوق المالية و الاجتماعية التي تحصل عليها المطلقة و يتعلق التعويض بتعويض المطلقة عن الاضرار أو الخسائر التي تكبدتها[2]

أوجه الإختلاف بين التعويض والمنحة:

تمتاز المنحة على التعويض بعدة امور منها:

إن المنحة تثبت بنصوص صريحة واضحة الدلالة من القرآن الكريم و السنة النبوية اما التعويض فهو أمر اجتماعي مختلف فيه استند القائلون به على نظرية التعسف و التي بينت مشروعيتها على أدلة القرآن و السنة.

ان المتعة تجب في جميع حالات الفرقة سواء أكانت طلاقا ام فسخا وسواء أكان الطلاق من الزوج ام من القاضي، أما التعويض فإنه يجب في حالة واحدة وهي ايقاع الزوج الطلاق على زوجته دون مشرع شرعي، وان المتعة لا تجب إذا كانت من قبل الزوجة وألحقت الضرر

[1] المحكمة العليا ،ى غرفة الاحوال الشخصية ، قرار بتاريخ 1985/4/8 رقم 35912 المجلة القضائية العدد 01 سنة 1989 ص89

[2] جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق ص354

بالزوج، فقد اوجب بعض الفقهاء والقوانين زواج مؤقتة وتهدف الى تسهيل الطلاق اما التعويض يرتبط بعلاقة زواج دائمة ويهدف الى تعويض الزوجة عن الظلم الناتج عن الطلاق التعسفي.

ثانيا : التمييز بين التعويض و نفقة العدة :

لما كان الزوج هو الفاعل الحقيقي لان العصمة بيده وبإيقاعه الطلاق يترتب عليه آثار ومن بين هذه الآثار العدة التي يميزها المشرع وفصلها عن التعويض ولذلك وجب علينا معرفة معنى العدة والتمييز بينهما و بين التعويض.

1. تعريف العدة :

أ-لغة: العدة اي بمعنى الاستعداد ،ويقال العدة مقدار ما يعد و مبلغه ،وعدة المطلقة والمتوفي عنها زوجها مدة حددها الشرع تقضيها المرأة دون زواج بعد طلاقها او وفاة زوجها[1].

ويقال عددت الشيء اي اعصيته ويقال غدة المرأة ايام إقرائها.

ب-اصطلاحا:

2. التعريف الفقهي:

في رأي جمهور من العلماء أن العدة هي مدة تربص فيها المرأة بمعرفة براءة رحمها او للتعبد او حزنا على زوجها.

ومنه قوله تعالى"ان عدة الشهور اثنا عشر شهرا في كتاب الله يوم خلق السموات والارض منها اربعة حرم"[2].

والعدة هي تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح بشبهة المتأكد بالدخول او يقوم مقامه من الخلوة والموت[3].

3. **التعريف القانوني:** العدة في قانون الاسرة الجزائري هي تلك المدة التي تنتظرها الزوجة عقب وقوع الفرقة،بحيث لا يجوز لها ان تتزوج قبلها[4]،وهذا ما نصت عليه المادة 30 من

[1] شوقي صنيف مرجع سابق ص 587

[2] سورة التوبة الاية 02

[3] عبد الفتاح تقية ، مباحث في قانون الاسرة الجزائري من خلال مبادئ و احكام الفقه الاسلامي ، دار تالة ، الجزائر 1999_2000 ص 246

[4] عبد القادر بن حرز الله ، مرجع سابق ص327

قانون الاسرة الجزائري بأنه يحرم من النساء مؤقتا المحصنة والمعتدة من طلاق او وفاة والمطلقة ثلاث[1].

تمييز التعويض عن نفقة العدة :

الفقه الاسلامي يربط بين العدة والفترة الزوجية بمعنى أنه بغض النظر عن شكل الطلاق سواء كان بالطلاق الرجعي او التفضيلي فإن الزوجة مستحقة للعدة ولما حق النفقة خلال فترة العدة وبحيث ان المشرع ميزها وفصلها عن التعويض كما انه وجيها في المادة 61 من قانون الاسرة الجزائري لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفي عنها زوجها الا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق.[2]

وجاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 22/10/1984 انه متى يكون المقرر شرعا ان نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة او مظلومة بإن القضاء لما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الاسلامية[3].

وبالتالي اذا قصر الزوج ولم يوفر لزوجته الطعام والمسكن وغير ذلك فإنه يجوز للزوجة في هذه الحالة ان ترفع امرها الى القاضي وهو الذي يتحرى الامر ،وإذا كان الزوج معسرا غير قادر على الإنفاق فإن في هذه الحالة لا يجب دعوى الزوجة اما اذا اثبت القاضي بأن الزوج غني ويتهرب من النفقة فإنه يقوم ببيع جزء من ماله 5،وعليه فكل مطلقة معتدة تستحق النفقة من مال زوجها مدة عدتها اذ يجب على مطلقها ان يتحمل نفقة العدة وعلى الجهة القضائية ان تحكم بها.

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي

لقد رتب المشرع الجزائري التعويض عن عديد من الحالات في قوانين الاحوال الشخصية غير ان الواقع يثبت ان المضرور في المسائل المتعلقة بالزواج و الطلاق تصادف العديد من المشاكل التي تحول دون استيفاء حقه في التعويض الكامل و ترجع هذه المشكلات اما الى

[1] المادة 30 من قانون الاسرة الجزائري من الامر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27

[2] المادة 61 من قانون الاسرة الجزائري من الامر 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984

[3] قرار المحكمة العليا ، **غرفة الاحوال الشخصية** ، ملف رقم 34327 بتاريخ 1984/10/22 الجزائر

طبيعة الضرر الذي لحقه او الى عجزه عن اثبات هذا الضرر لا سيما و انها من المسائل الشخصية بين الزوجين.

يحكم القاضي التعويض لصالح الزوجة متى ما ثبت له بانه الزوج قد تعسف في تطليق الزوجة ولحق بها ضرر و قدمت في طلب التعويض وذلك من خلال قيام القاضي باستعمال سلطته التقديرية عن طريق تحليل مجموعة وقائع الدعوى المعروضة امامه و مستنداتها وأقوال الزوجين و دفوعاتها اما بخصوص كيفية اصدار الحكم بالتعويض فليس للقاضي اي سلطة تقديرية فيه يل هو ملزم بالاستجابة لطلب الزوجة متى ما تحققت شروط التعويض وهي تعسف الزوج و تضرر الزوجة سبب تعسفه و قيامها بتقديم طلب التعويض و بالنسبة لتقدير التعويض فانه وفقا للقواعد العامة قد يتم بموجب اتفاق اطراف العلاقة وهو ما يسمى بالتقدير الاتفاقي للتعويض و اضافة الى ذلك و لكي يكون التعويض عادلا و ان يغطي كل عناصر الضرر الواقع به فانه في حالات كثيرة يترك المشرع كيفية تقدير التعويض و هذه السلطة اما ان تكون مطلقة و غير مقيدة ببعض الضوابط و المعايير يجب عليه اخذها بعين الاعتبار عند تقديره للتعويض و فيما يخص سلطة القاضي في تقدير التعويض عنه الطلاق التعسفي فهي سلطة تقديرية مقيدة بمعايير و ضوابط يجب على القاضي الالتزام بها عند تقديره للتعويض و سنفصلها في الفروع التالية:[1]

الفرع الاول: ان يتناسب التعويض مع حالة الزوج المالية :

ان مبلغ التعويض يجب ان يتناسب مع حالة الزوج المالي والقاضي عند تقديره لمبلغ التعويض يجب عليه ان يؤخذ بعين الاعتبار ظروف الزوج المالية من غنى و فقر و مدخوله اي ما يمتلكه من اموال عقارية و منقولة و ظروف معيشته و مصدر عيشه وما اذا كان مرتب له ام لا واذا كان صاحب عمل ام لا وان يقدر كل ذلك تقديرا مفصلا فمثلا اذا تبين للقاضي من ان الزوج فقير و ليس له مرتب عمل و ليس له دخل او له دخل ضئيل فانه يحكم بمبلغ قليل بحيث يتناسب مع ظروف الزوج المالية هذه و لا يجوز له في هذه الحالة ان يحكم بملغ كبير بحيث لا يكون في مقدور الزوج دفعه و ما يلاحظ هنا هو ان المشرع لم يعطي اي اعتبار

[1] نجاح نايف لطيف شتوان خالد الزيباري ،**السلطة التقديرية للقاضي في التعويض عن الطلاق التعسفي** ، المجلة العربية للعلوم و نشر الابحاث ، مجلة العلوم الاقتصادية و الادارية و القانونية المجلد السادس،العدد السادس،فبراير 2022 ص54

لحالة الزوجة المالي و ظروف معيشتها و موقعها الاجتماعي و ليس له اي تأثير على تقدير مبلغ التعويض من قبل القاضي .[1]

الفرع الثاني :ان يتناسب التعويض مع درجة تعسف الزوج في ايقاع الطلاق :

من العوامل الاخرى التي تتأثر في رفع وخفض مبلغ التعويض هو درجة تعسف الزوج لان التعسف من المسائل النسبية التي تختلف من شخص الى اخر عليه فان مبلغ التعويض يجب ان يتناسب مع درجة تعسف الزوج و نسبة تقصيره و تقدير شخصي يؤخذ فيه القاضي بعين الاعتبار الظروف الذاتية و الشخصية اللصيقة بالزوج و يقدر درجة التعسف من خلال البحث عن ذكائه و حذره اثناء استعمال حق الطلاق و البحث عن نيته الحقيقية و البواعث التي دفعته لإيقاع الطلاق[2] و تطبيق معايير نظرية التعسف في استعمال الحق على واقعه الطلاق و هي الضوابط و القواعد التي يستند اليها القاضي لكي يبين هل هناك تعسف ام لا و ينقسم الى قسمين :

أ) **المعيار الذاتي :** وفقا لهذا المعيار لكي يقدر القاضي مدى وجود التعسف لابد ان يبحث عن نية الشخص و باعثه تأذي دفعه الى القيام بالتصرف و يشمل هذا المعيار حالة قصد الحاق الضرر بالغير اي لا يكون قصد المتصرف من تصرفه سوى الحاق الضرر بالغير او يكون قصده تحقيق مصالح غير مشروعة او تافهة مثلا تكون الحياة الزوجية طبيعية لا خلاف فيها و لكن يطلق الزوج زوجنه فقط لألحاق الضرر بها كان يقصد الانتقام منها او للزواج بغيرها او يطلقها في مرض الموت فقط ليحرمها من الميراث ففي هذه الحالة يعتبر الزوج متعسفا او قد يكون هدفه من استعمال حقه في الطلاق تحقيق مصالح غير مشروعة ان الحقوق عندما منحت للأشخاص فأنها منحت لتحقيق غايات و مصالح الرجل لتحقيق مصلحة مشروعة و هي علاجا للحالات التي يكون فيها استمرار الحياة الزوجية و المعاشرة بين الزوجين مستحيلا و القاضي عند استعماله لسلطته التقديرية سيقدر هل وقع الطلاق لتحقيق هذه المصلحة ام لا و اذا تبين له ان الزوج قد التزم بآداب الطلاق و لم يسرع فيه و كان طلاقه للحكمة التي من

[1] نجاح نايف لطيف ،نشوان **السلطة التقديرية للقاضي في التعويض عن الطلاق التعسفي** ،مرجع سابق ، ص54

[2] نجاح نايف لطيف ، نشوان خالد صالح الزيباري ، **السلطة التقديرية للقاضي في التعويض عن الطلاق التعسفي** ، نفس المرجع السابق ص55

اجلها شرع الطلاق لم يحكم عليه بالتعسف و لكن اذا تبين له انه انحرف عن الغاية المشروعة لإيقاع الطلاق ووقع الطلاق لمصلحة غير مشروعة او تافهة يحكم عليه بالتعسف .[1]

ب)**معيار الموضوعي** :يقوم هذا المعيار على اساس اختلال التوازن بين المصالح و الضرر الفاحش ووفقا لهذا المعيار يقوم القاضي بالتوازن بين المصالح و الاضرار المترتبة على استعمال حق فاذا تبين له ان الاضرار المترتبة اكبر من المصالح يحكم على صاحب الحق بالتعسف فمثلا قد يكون للزوج دافع او سبب لإيقاع الطلاق و يكون طلاقه لدفع ضرر ما عن نفسه ولكن عند الموازنة بين مصلحته في ايقاع الطلاق و الضرر المترتب على ايقاعه و الذي يلحق بمجموعة كبيرة من الاشخاص وهم الزوجة والاولاد والمجتمع ويظهر ان المفاسد والاضرار المترتبة اكبر من مصلحته فالزوج في هذه الحالة يعتبر متعسفا و بالنسبة لحالة الضرر الفاحش فمثلا اذا قدر القاضي ان الطلاق قد حدث بعد ان طالت العشرة بين الزوجين و كانت الزوجة كبيرة في العمر اعتمدت على زوجها في سكنها ونفقتها ومؤونتها...الخ، وتسبب الطلاق بإلحاق الضرر الفاحش بها فإن الزوج يعتبر متعسفا.[2]

الفرع الثالث: تحديد الحد الاقصى والادنى للتعويض.

بالنسبة لتقدير و تحديد قيمة التعويض في حالة الطلاق التعسفي فإن المشرع الجزائري اذا استقر المشرع على مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي، ولكن ام يحدد قيمة هذا التعويض و لم يحدد حتى أدنى أو أقصى قيمة له[3].

أمام هذا النقص المتعلق بجانب تقدير قيمة التعويض ، فقد أجاز المشرع الجزائري سلطة تقديرية لقاضي شؤون ا؛لأسرة لتحديد قيمة التعويض ولم يحدد له لا حد أقصى و لا حد أدنى وهذا ما اقتضت به المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1991/6/18 بأنه من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة و التعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاء الموضوع ، غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها ،من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل :"وفي قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ: 2006/07/12 قضت بأنه ، تحديد

---

[1] نجاح نايف لطيف ، نشوان خالد صالح الزيباري ، **السلطة التقديرية للقاضي في التعويض عن الطلاق التعسفي** ، نفس المرجع السابق ص 52

[2] نسيمة حشود، مرجع سابق ص53

[3] www mail,almary,net 9 ماي 2024 09:42

التعويض عن الطلاق التعسفي يستلزم عليه أن يبين الأسباب التي دفعته لرفع قيمة التعويض ، لاسيما إذا حكم بغير ما هو مألوف . كأن تكون مثلا الحياة الزوجية قد طالت لفترة تجاوزت سنين عديدة أما إذا حكم القاضي بتعويض معين سواء قل مقداره أو زاد فإنه رغم ما لم من سلطة تقديرية فهو مجبر على تسبيب ذلك و إلا كان قراره معيبا للقصور في التسبيب ، فتقديره التعويض المستحق للمطلقة هو من صلاحيات القاضي الذي يفصل في قضية الطلاق ، و هو يخضع لسلطته التقديرية ولا يمكن تقييده أو حصره على القاضي أن يأخذ بعين الإعتبار بعض المعطيات وهي مرتب الزوج وظروف المعيشة ، و حتى عدد سنوات الحياة الزوجية التي قضياها معًا ، كما يجب أن يراعي القاضي في تقدير التعويض و تعسف الزوج في الطلاق جسامة الضرر الذي أصاب المطلقة وعي مسألة متروكة لتقدير قاضي الموضوع ، ولذلك فإن إقرار مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري يعتبر وسيلة ناجحة في الحد من الطلاق و إني أرى أن المشرع الجزائري فعل حسنا عندما لم يقيد التعويض وترك لقاضي الشؤون الأسرة السلطة التقديرية ليحكم بما يراه كفيلا لجبر الضرر الناجم عن تعسف الزوج[1].

المطلب الثالث: رقابة المحكمة العليا على عناصر تقدير التعويض

المحكمة العليا هي محكمة قانون ومحكمة اجتهاد فمحكمة قانون لانها تراقب تطبيق القانون أما أنها محكمة اجتهاد فلأنها تعمل على توحيد الاجتهاد القضائي الذي يتوصل اليه القضاء من خلال ممارستهم لنشاط تقديري بصدد اعمال القانون و تطبيقه على النزاع المطروح و في هذا الصدد سنتناول في هذا المطلب ثلاث فروع كالتالي:

الفرع الاول: رقابة المحكمة على سلطة القاضي في تقدير التعويض:

تناول المشرع الجزائري اختصاصات المحكمة العليا في قانون إ.م وذلك بالنص عليها في المادة 358 حيث أن المحكمة العليا تختص بمراقبة مدى مطابقة الحكم المطعون فيه القانون.

ان للمحكمة العليا الحق في ممارسة الرقابة على ما تقوم به محكمة الموضوع من الاعتداد بعناصر تقدير التعويض وليس لمحكمة الموضوع أن تختار ما تريد اختياره أو اغفاله من بين هذه العناصر ، وهذا هو المبدأ إلا أن هناك بعض القرارات المحكمة تسيير ضد هذا المبدأ

[1] wwwt mail,almary,ne09:43 2024 ماي 9

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 وفقا لما توضح له جسامة أو سير الضرر دون رقابة عليه من المحكمة ولكن كيفية تطبيق القانون على الواقع هو الذي يكون محل رقابة المحكمة ، وتنصب هذه الرقابة على مدى احترام القاضي للعناصر و المعايير التي وضعها المشرع أمام القاضي للوصول إلى تقدير التعويض الذي يتناسب مع الضرر.[1]

طبقا لما جاء في القرار الصادر بتاريخ 14/02 / 2001 عن المحكمة العليا إذا لم يشترط أن يضمن القاضي في حكمه العناصر التي استعملها للوصول إلى تقدير التعويض مما يتناسب و الضرر ، بل اكتفى بوجود معاينة الطابع التعسفي و الضرر المادي و المعنوي الناتج عنه و مع ذلك فإن المحكمة العليا في قرارات اخرى لها تأخذ بالمبدأ المذكور سابقا، و توجب ذكر العناصر التي اعتمدها القاضي في الوصول الى تقرير التعويض مثل ما جاء في القرار الصادر بتاريخ 2002/07/25 و القرار المؤرخ في 01/06 /1993.

حيث أنه بخصوص التعويضات المعنوية فان منحها يدخل ضمن السلطة التقديرية لقضاء الموضوع ، وهي لا تخضع لرقابة المحكمة العليا.

كذلك ما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2000/03/28 حيث أنه إذا كان القضاء غير ملزمين بتحديد عناصر التعويض عن الضرر المعنوي باعتبار هذا الاخير يتعلق بالمشاعر والآلم الوجداني ، فإن التعويض عن الضرر المادي لابد من تحديد عناصر[2]

الفرع الثاني: رقابة المحكمة العليا على عناصر الضرر وشروطه:

باعتبار أن الضرر هو مناط تقدير التعويض فلابد أن يتناسب هذا التعويض مع الضرر ويقدره بقدره و لا يتبين مدى هذا التناسب إلا بعد تحديد العناصر و الشروط الواجب توافرها في الضرر حتى يكون مستحقا للتعويض ولئن كان التثبيت من وقوع الضرر و مداد مسألة واقعية يستقل بها قضاة الموضوع فإن تعيين هذا الضرر في الحكم و ذكر العناصر المكونة له قانونا و التي يجب أن تدخل في حساب التعويض ، يعتبر من المسائل القانوني التي تهيمن عليها

[1] نسيمة حشود، **التقدير القضائي للتعويض عن الضرر المعنوي في التشريع الجزائري**، مجلة الدارسان القانونية المقارنة ، المجلد 07، العدد 02 ، 2011 ،ص1431.

[2] المرجع نفسه ص1432

المحكمة العليا لأن هذا التعيين هو من قبل التكييف القانوني للواقع.[1]

وقد كان للقضاء في بلادنا تطبيقات قضائيا في ذلك إذا اقضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1984/04/02 بأنه :"من المقرر شرعًا أن تقدير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع ، فإن تسبيبه و بيان حالة الزوجين بيانا منفصلا من غنى و فقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من الشريعة الاسلامية إذا كان الثابت أن قضاء الاستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبريرهم لما حكموا به على الاشارة إلى حالتي الطرفين و طبقتها الاجتماعية ، دون اعتبار كذلك لمقدار ما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية لمعرفة إذا ما حكموا به خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غير ما هو مألوف و دون الاستناد إلى أية قاعدة شرعية ، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مبلغ المتعة دون إحالة[2] فالقضاء بالتعويض عن الضرر المترتب عن الطلاق سيستلزم أن يبين القاضي الأسباب التي دفعته لرفع قيمة التعويض لاسيما إذا حكم بغير ما هو مألوف كأن تكون مثلا الحياة الزوجية قد طالت لفترة تجاوزة سنين عديدة.

أما إذا حكم القاضي بتعويض معين سواء قل مقداره وزاد فإنه رغم ماله من سلطة تقديرية مجبر على تسبيب ذلك وإلا كان قراره معيبا للقصور في التسبيب.

وقد جاء في قرار آخر للمحكمة العليا في 1991/06/18 بأنه من المستقر عليه قضاء ، أن تحديد مبالغ المتعة و التعويض و نفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل ولما كان الثابت في قضية الحال أن قضاء المجلس برفعهم لمبالغ المتعة و التعويض و النفقة المحكوم بها في محكمة أول درجة ، دون أن يبينوا أسباب ذلك شابوا قرارهم بالقصور في التسبيب."[3]

إلا أن الملاحظ في الواقع العملي أن القضاة لا يحددون عناصر الضرر و لا شروطه في أحكامهم فلا يبينون نوع الضرر إذا ما كان ماديا أو معنويا مباشرًا أو غير مباشر ، محققا أو احتماليا ، متوقعا أو غير متوقع لهذا قضي بمجلس قضاء سعيدة بموجب القرار الصادر بتاريخ

---

[1] مسعودة نعيمة الياس ، **التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق** ، مرجع نفسه ص342-343

[2] المحكمة العليا غ،ش أ 1984/4/2، ملف رقم 32779، مق 1989، عدد2، ص61

[3] المحكمة العليا ، غ ش أ 1991/6/18 ملف رقم 75029، م ق 1992 عدد 1، ص65

2010/01/14 بعد الاستئناف بخفض مبلغ المتعة المحكوم بها الى 40000 دج و ذلك دون ان يحدد المجلس عناصر الضرر التي جعلته يقضي بهذا المبلغ بل اكتفى بذكر سبب واخد " حيث أن المجلس تبين له أن مبلغ التعويض عن الطلاق التعسفي جاء مبالغ فيه و عليه يتعين رده[1].

ولقد صدرت عن قسم شؤون الأسرة لمحكمة سعيدة أحكاما في فترات متقاربة و منحت نفس مقدار المتعة تقريبا ، فقضت بتاريخ 2008/3/22 بتمكين المطلقة من تعويض قدره 30,000دج [2]، وهو نفس المبلغ الذي قضت به للمطلقة بموجب الحكم الصادر في 2009/06/27 [3]وكلها اعتبرت الطلاق الواقع تعسفيا ، لأن الزوج صمم على الطلاق و الزوجة تمسكت بالرجوع خلال مراحل النزاع دون أن تحدد هذه الاحكام طبيعة الضرر اللاحق بالمطلقة و لا عناصره.

و في هذا السياق نقضت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1986/07/08 حكما صادرا عن محكمة الجنايات صرح بعدم أحقية والد الضحية في التعويض عن وفاة ابنه لان هذا الاخير كان تحت نفقة والده بدعوى عدم تضرره ، دون أن تبين نوع الضرر ، و قد جاء في حيثيات هذا القرار "حيث أنه تبين من مطالعة الحكم المطعون فيه أن القضاء أسسوا قضاء هم لإبطال دعوى والد الضحية على كون هذه الاخيرة كانت تحت نفقتها و أنه لم يلحقه أي ضرر و حيث أن الضرر يكون إما ماديا أو معنويا و حيث أن القضاة لم يراعوا في الدعوى الخالية سوى الجانب المادي فقط و عليه فإنهم لم يحيطوا بالدعوى من جميع جوانبها و جاء بذلك قضائهم ناقصا[4].

و جاء في قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 2000/03/28 و حيث يتبين من القرار المطعون فيه أنه لم يحدد نوعية التعويض المقضي به ، هل هو عن الضرر المادي ام عن الضرر المعنوي ، ومعلوم أنه لا يجوز دمجها معا الامر الذي يشكل قصورا في التسبيب ينجر عنه النقص[5].

---

[1] مجلس قضاء سعيدة غ ش أ، 2010/1/14 ، قضية رقم 09/005 28 ملحق رقم 10

[2] محكمة سعيدة ق ش أ، 2008/3/22 ، قضية رقم07/1541 ، ملحق رقم 11

[3] محكمة سعيدة ، ق ش أ، 2009/6/27، قضية رقم 09/0355 ملحق رقم 12

[4] المحكمة العليا ، غ ج 1986/1/8، ملف رقم 42308 م ق ، 1990، عدد 1،ص254

[5] المحكمة العليا، غ م ، 2000/03/28 ، م ق ، عدد خاص ، 2003 ، ص627

وقياسا على ذلك فان الحكم الصادر عن قاضي شؤون الأسرة بمنح تعويض في إحدى مسائل الزواج أو الطلاق وجب أن يكون مسببا تسبيبا كافيا يحدد فيه القاضي نوع الضرر هل هو مادي أو معنوي، مباشر أو غير مباشر.

الفرع الثالث: وسائل رقابة المحكمة العليا على السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة

السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة تخضع لجملة من القيود التي فرضها القانون ومن ذلك التقيد بالغاية التي رسمها القانون إضافة الى التقيد بالحياد وعدم القضاء بعمله الشخصي وكذا ضرورة تسبيب الأحكام القاضية وهذا القيد الاخير بعد الوسيلة التي تقوم بواسطتها المحكمة العليا بمراقبة مدى صحة تطبيق القانون على الاحكام القضائية الصادرة وذلك من خلال مراقبة الاسباب سواء الواقعية او القانونية وهذا بغية التأكد من أن القانون قد طبق بالفعل بما يتماشى مع الواقع[1]

فقد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 22_12_1998[2] بأنه : من المقرر قانونا أمل منطوق يجب أن يشمل على ذكر المواد القانونية المطبقة و أن يتفق مع الاسباب الواردة فيه ومصادقة جهة الاستئناف على حكم أول درجة تعني تبني الاسباب الواردة فيه ومواده القانونية المطبقة ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين بين قصورا في التسبيب و مخالفة للقانون استنادا للقانون الاجرائي : كما أضافت : أن إهمال الجواب على دفوع الخصوم يساوي انعدام التسبيب.

فرقابة المحكمة العليا لا يفحص واقع الدعوى بهدف الفصل فيه و إنما هذه الرقابة تقوم بالتأكد فقط من وجود هذه الاسباب الواقعية ومن صلاحياتها لإعمال القانون الذي طبقته محكمة الموضوع وهذا راجع الى ان الاسباب الواقعية تسمح بالتحقق من ان القانون قد طبق تطبيقا صحيحا لان الحكم اذا كان لا يحتوي على ادلة و شواهد توضح وتبين ملابسات وظروف وقائع الدعوى فلا يمكن حينئذ استخلاص من الوقائع الاساسية التي ساعدت على اعمال القانون وهذا ما يؤدي حتما الى صعوبة لدى المحكمة لكي تحقق من ان القانون قد طبق تطبيقا صحيحا وبالتالي لا يمكن التحقق من النتيجة التي وصل اليها القاضي.

---

[1] اسمهان عفيف ، **السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة في التعويض عن الضرر**، مذكرة ماجيستير ، تخصص قانون اسرة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة 8 ماي 1945 ، 2010-2011 ،ص240.

[2] المحكمة العليا غ ش أ ملف رقم (54271)، المجلة القضائية العدد الثالث ، 1990 ،ص 296

نستنتج مما سبق ان المحكمة العليا تقوم بمراقبة مدى صحة الاستدلال القضائي الذي يقوم به القاضي لحل النزاع عن طريق رقابة اسباب الحكم او القرار هو عادل وغير تحكمي كفل للمضرور تعويضا يجبر الضرر المادي و المعنوي الذي ألم به[1].

[1] المرجع نفسه، ص 241

خلاصة الفصل الثاني:

في نهاية هذا الفصل يجدر الذكر بأن المشرع الجزائري حول لقاضي شؤون الاسرة ان يختار من اراء االفقهاء المتعددة في وقت تقدير التعويض في حالة الطلاق التعسفي مايراه ملائما للمصلحة أكثر و محققا لمقاصد الشارع و المشرع من جير الضرر الواقع مع عدم ظلم الزوج و تدقيق كل حادثة و ما يحيط بها من ملابسات و قرائن كما يجب على المشرع الجزائري ان يضع بين يدي القاضي المعايير الموضوعية و الضوابط التي يعتمد عليها في تقدير التعويض و ذلك بتحديد اسس تقدير التعويض في حالة التعويض عن الطلاق التعسفي كما هو الحال في القانون المدني و ذلك لضمان حقوق المتخاصمين من جهة و لفتح الباب واسعا لرقابة المحكمة العليا عليه في ذلك من جهة أخرى و ذلك بتقييد سلطة القاضي في مجال تقدير التعويض من خلال تحديد الحد الادنى من التعويض في حالة الطلاق التعسفي لا يتجاوزه القاضي و قد كرس المشرع فكرة السلطة التقديرية للقاضي في مختلف فروع القانون و قد جعل من القواعد الصادرة بموجب هذه السلطة التقديرية قواعد خاصة لا ترقى الي العمومية الا اذا تم اقرارها من طرف المحكمة العليا بجميع غرفها مجتمعة حينما تصبح اجتهادا قضائيا واجب التطبيق و قد أعطى المشرع كذلك للمضرور الحق في إعادة النظر في التعويض المقرر سلفا و ذلك عند تغير و تفاقم الضرر و على القاضي مراعاة ذلك.

الخـــاتـمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات و الشكر سبحانه على على توفيقه بأن يسر لنا إتمام هذا العمل فله المنة و الفضل و صل اللهم وسلم و بارك على سيدنا محمد ﷺ و على اله و صحبه أجمعين اما بعد و من خلال درستنا لموضوع الطلاق التعسفي في القانون الأسرة الجزائري نجد انه موضوع بالغ الأهمية لما يترتب عليه من اثار خطيرة التي تنعكس على الأسرة و على المجتمع ككل و كذا بعد تحليلنا لإشكاليته التي انطلقنا منها فصلين يكملان بعضهما البعض بحيث تناولنا في الفصل الأول ماهية الطلاق التعسفي سواء من حيث مفهوم الطلاق و الحكمة من مشروعيته فمن تعريف الطلاق و ذكره معاييره و صوره توصلنا الى ان الحق في الطلاق مشروط بتقديم مبررات شرعية و قانونية . و في حالة تخلف هذا الشرط عد الزوج هنا متعسفا في حق الزوجة و حكم لها بالتعويض جراء الضرر اللاحق بها حسب المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري و من هذا المنطق تطرقنا في الفصل الثاني الذي يتضمن دور القضاء في الطلاق التعسفي و ذلك بتحديد الأسس التي اعتمد عليها القاضي في تقدير التعويض للمطلقة و فتح الباب لرقابة المحكمة العليا لعناصر تقدير التعويض و اتماما للفائدة تذكر اهم النتائج التي توصلنا اليها و التي تترتب عليها مجموعة من الإقتراحات نوجزها فيما يأتي:

أولا:عرض النتائج المتوصل اليها :

_ان الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج امر شرعه الله عزوجل و أجازه على الرغم من اعتباره ابغض الحلال الا انه لا يجوز للزوج استعمال هذا الحق بما يتجاوز حدوده للاضرار بالزوجة و الا اعتبر ذلك طلاقا تعسفيا

_ فهم و معرفة صور و معايير التعسف في الطلاق ضروررية لمعرفة ان كان الزوج قد تعسف ام لا

_ في المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري لم يوضح المشرع نوع الضرر الموجب للتعويض عن الطلاق التعسفي

_ للمرأة المطلقة تعسفا الحق في المطالبة بالتعويض عن طريق رفع دعوى طلاق التعسفي

_ لا يحق للزوج ان يطلق امرأته في مرض موته طلاقه لها في مرض موته على القصد الإضرار بها يحزماتها من الميراث فيعاقب بنقيص قصده

_ لا بد من توفر شرطان حتى تستحق المطلقة التعويض عن الطلاق التعسفي ان يصيب الزوجة من جراء ذلك ضرر لاحق و ان يتبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق

_ ان الطلاق غير المبرر الذي جعله القضاء الجزائري أساسا لتعويض المطلقة لم ينص عليه المشرع في قانون الاسرة فهو مجرد اجتهاد قضائي

_ جعل المشرع للقاضي و حده السلطة التقديرية في مدى تناسب قيمة التعويض مع الضرر اللاحق بالزوجة و ذلك بالنظر الى عدة عوامل موضوعية يقدرها القاضي

_ الغاية من تشريع السلطة التقديرية للقاضي في تعويض الضرر عن الطلاق التعسفي هو تحقيق مقصد الشارع و المشرع لتحقيق العدل.

_ ان الاجتهاد القضائي له دور بالغ الأهمية يعطي حلولا للقضايا اما قرارات المحكمة العليا فلا تعدوا ان تكون الحكم النهائي الذي يمثل التطبيق الصحيح للنصوص القانونية

ثانيا: الإقتراحات

ان قانون الأسرة الجزائري بحاجة إلى تصويب في بيان المعايير التي تحدد و تكشف حقيقة الطلاق التعسفي حتى لا يترك فقط الي القضاء عن طريق السلطة التقديرية لما في ذلك من احتمال و قوع الظلم و الخطأ الحسيم

على المشرع الجزائري تعديل في المادة 52 ق.ا.ح.و التي جاءت بشكل عام و ذلك ليبين لنا كيفية التعويض عن الطلاق التعسفي.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر و المراجع:

اولا:المصادر:

القرآن الكريم

السنة النبوية

النصوص القانونية :

1الامر رقم 75،58 الؤرخ في 1975/06/26 المتضمن القانون المدني الجزائري و المعدل والمتمم بالقانون 05_10 المؤرخ في 2005/07/20 . الجريدة الرسمية ، العدد78 بتاريخ 1975/09/19

2 الأمر رقم02،05 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل و المتمم للقانون رقم 11،84 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة ، الجريدة الرسمية . العدد 15 بتاريخ 2005/02/27

3 الأمر رقم09،08 المؤرخ في 02،25_2008، المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادراية ،الجريدةالرسمية ، العدد 21 بتاريخ 2008/04/23

قرارات المحكمة العليا:

4 قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ملف رقم 5912 بتاريخ 1985/04/08، المجلة القضائية ، العدد، العدد 01_1989

5 قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ملف 4156 ، قرار بتاريخ 1986/04/07 المجلة القضائية،العدد 10، الجزائر

6 قرار المحكمة العليا ، غرفةالأحوال الشخصية ، ملف رقم32779 بتاريخ 1984/04/02 المجلة القضائية العدد 02 بتاريخ 1989

7 قرار المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 34327 بتاريخ 1984/10/22 الجزائر

8 قرار المحكمة العليا ،غ،ج، ملف رقم 42308 بتاريخ 1986/01/08 ، المجلة القضائية ،العدد 01 ، بتاريخ 1990

9 قرار المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية ، ملف رقم 75029 بتاريخ 1991/06/18

10 قرار المحكمة العليا ، غرفة الاحوال الشخصية ،ملف رقم 75029 بتاريخ 1991/06/18 ، المجلة القضائية ، العدد 01 ،1992

11 قرار صادر عن المحكمة العليا ، غرفة الاحوال الشخصية ، ملف رقم 210451 ، بتاريخ 1998/11/17، المجلة القضائية العدد الخاص 2001

12 قرار المحكمة العليا ، غرفة الاحوال الشخصية ، ملف رقم 235367 ، قرار بتاريخ 2000/02/22، المجلة القضائية العدد، 01،2001

13 قرار المحكمة العليا ، غرفة الاحوال الشخصية ، ملف رقم 223019، قرار بتاريخ 1999/06/15، الاجتهاد، القضائي ، العدد خاص 2001

14 قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية 2000/03/29 المجلة القضائية ، العدد خاص 2003 .

15 المحكة العليا غرفة الاحوال الشخصية قرار بتاريخ 199/06/15 ملف رقم 223834 ،المجلة القضائية عدد خاص،2001.

16 محكمة سعيدة ، ق،ش،أ . قضية رقم 07/1541 ملحق رقم 11.

17 محكمة سعيدة ق، ش،أ قضية رقم 09/0355 بتاريخ 2009/06/27 ، ملحق رقم 12

18 مجلس قضاء سعيدة،فرفة الأحوال الشخصية قضية رقم 28 09/005 بتاريخ 2010/01/14 ملحق رقم 10

المعاجم و القواميس اللغوية :

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

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

ثانيا:المراجع:

الكتب:

أحمد نص الجندي ،شرح قانون الأسرة الجزائري ،دار الكتب القانونية ، شتات للنشر و البرمجيات ،مصر،2009

أحمدالمومني،إسماعيل أمين نواهظة،الأحوال الشخصية فقه الطلاق و الفسخ و التفريق و الخلع، ط1،دار المسيرة للنشر و التوزيع ،ب.ب.ن 2009 .

العربي البختي،أحكام الطلاق و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي،ط1،كنوز الحكمة ،الأبيار ،الجزائر 2013.

جميل فخري محمد جانم،التدابير الشرعية للحدمن الطلاق التعسفي في الفقه و القانون .ط1،دار الحامد للنشر و التوزيع،عمان،الأردن 2009.

رسمية عبد الفتاح موسى الدوس.دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي ط1،دار قنديل للنشر و التوزيع،عمان 2010.

سائح سنقوقة،شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية،ج1،دار الهدى ،عين مليلة،الجزائر 2011

سليمان ولدحنال،المسير في شرح قانون الارى الجزائري ط 2 كليةالحقوق ، شركة الاصالة للنشر و التوزيع ، الجزائر ،2012

عبد الرحمن بربارة شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية،ط2_دار بغداوي،الروبية،الجزائر،2009

عبد العزيز سعد، قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد شرح الاحكامالزواج و الطلاق بعد التعديل ط3،دار هومة ،الجزائر،2011

عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون تاسرة الجزائري من خلال التقدرية ،مبادئ و احكام الفقه الاسلامي ، دار ثالة، الجزائر 2000/1999

عبد القادر بن حرزالله ، احكامالزواج و الطلاق في الفقه الاسلامي و القانون الجزائري ، دار الخلودية، القبة،الجزائر،2007

محمود علي السرطاوي ، فقه الاحوال الشخصية الزواج و الطلاق ط1 ،دار الفكر ، عمان 2008

نصر سليمان ، سعاد سطحي، احكام الطلاق في الشريعة الاسلامية ،دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، عين ملية،2003.

_الرسائل العلمية و الاطروحات الجامعية:

اسمهان عفيف ،السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة في التعويض عن الضرر ، مذكرة ماجستير، تخصص قانون للاسرة ، كلية الحقوقو العلوم السياسية ، جامعة العربي بن مهدس ، ام البواقي 2011/2010

بن زيطةعبد الهادي ، تعويض الضرر المعنوي في قانون الاسرة الجزائري و الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير ، تخصص علوم اسلامية ، الشعبة شريعة و قانون، كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الاسلامية، جامعة العقيد أحمد دراية ، أدرار 2005.2006

خارف محمد ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في التعويض عن الضر المعنوي بين الفقه الاسلامي و قانون الاسرة الجزائري، قسم العلوم الاسلامية ، تخصص شريعة و قانون ، كلية العلوم الانسانية و الحضارة الاسلامية ، جامعة وهران 2014/2013

_ساجدة عفيف،محمد رشيد عتيلي ،الطلاق التعسفي و التعويض عنه بين الشريعة الإسلامية و القانون الاردني،رسالة مجاستير في الفقه و التشريع، جامعة النجاح الوطنية،في نابلس،فلسطين.2011

_محفوظ بن صغير ،الإجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي و تطبيقاتهفي قانون الأسرة الجزائري،رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية،تخصص فقه و اصوله ، كلية العلوم الإجتماعية و العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر ،باتنة،2009.2009م

_مسعود نعيمة إلياس ، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج و الطلاق ، رسالة دكتوراه،قسم القانون الخاص ،كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة ابي بكر بلقايد، ، تلمسان،2010.2009

– نور الدين قطتين محمد السكارنة، الطبعة القانونية لضرر الرقد ، رسالة ماجستير قسم القانون الخاص كلية الحقوق،جامعة الشرق الأوسط 2012

–هشام غصبي المعايطة ، التعويض عن الضرر الأدبي في القانون المدني الاردني،دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي،رسالة ماجستير،قسم القانون الخاص،جامعة مؤنة، د.ب.ث.2009

المقالات و والمجلات:

-إبراهيم أحمد محمد،الرواشدة،التعويض في المسؤولية التقصيرية و خضوعه لقانون الدولة التي حدث الفعل المننة للإلتزام ،المجلة الأكاديمية للأبحاث و النشر العلمي، جامعة الملك خالد، كلية الأعمال،العدد23. السعودية ،2011

-أحمد عادل على العازمي ، الطلاق التعسفي في تطبيقاته في المحاكم الشرعية الأردنية، دراسة فقهية مقارنة،علوم الشريعة و القانون ، الجامعة الأردنية،المجلد 45-العدد 4 .الأردن. د.س.ن

-بن أحمد رانيا،الإطار القانوني للطلاق التعسفي و التعويض عنه في القانون الجزائري ،مجلة قانون العام الجزائري المقارن،جامعة أبيبلقايد،المجلد 08 .العدد 02 .تلمسان. د .س.ت

-ثواني نورة، تعسف الزوج في الطلاق و أثره في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية،مجلة القانون و المجلد 07 العدد 02 الجزائر 2011

- شامي أحمد،رايس محمد ،دور القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي و تقديره بدل الخلع ، دراسة مقارنة ،المجلة الجزائرية للقانون المقارن جامعة تلمسان ،جامعة ابن خلدون ،تيارت .العدد 02 د.س.ن

-نجاح تايف لطيف ،شوان خالد صالح الزيباري ،السلطة التقديرية،للقاضي في التعويض عن الطلاق التعسفي، المجلةالعربية للعلوم و نشر الأبحاث مجلة العلوم الإقتصادية و الإدارية و القانونية ،المجلد السادس. قبراير .د.ب.ت.قبراير.2022

-نسيمة حشود ، التقدير القضائي للتعويض عن الضرر المعنوي في التشريع الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة ،المجلد 07 ،العدد 02 .د.ب.ت.2021

-لاني محمد ،أساس التعويض عن الطلاق التعسفي،مجلة القانون و العلوم السياسية،جامعة تلمسان ،كلية الحقوق ،العدد 04 .الجزائر. 2016

المواقع الإلكترونية:

Http ://www,mail,almary,net

فهرس المحتويات

المحتويات	الصفحة
مقدمة	**أ–د**
الفصل الأول ماهية الطلاق التعسفي	**06**
المبحث الاول: مفهوم الطلاق التعسفي	**07**
المطلب الاول: تعريف الطلاق و الحكمة من تشريع الطلاق	**07**
الفرع الاول: تعريف الطلاق التعسفي	**07**
المطلب الثاني: الحكمة من تشريع الطلاق	**09**
المبحث الثاني: أحكام الطلاق التعسفي	**10**
المطلب الاول: حكم الطلاق	**10**
المطلب الثاني : صور الطلاق التعسفي ومعاييره	**11**
الفرع الاول: صور الطلاق التعسفي	**11**
الفرع الثاني : معايير الطلاق التعسفي	**17**
خلاصة الفصل	**20**
الفصل الثاني : دور القضاء في الطلاق التعسفي	**23**
المبحث الأول : دور القضاء في إثبات التعسف	**24**
المطلب الأول : أساس التعويض عن الطلاف التعسفي وإلزام القاضي بإقراره	**24**
الفرع الاول : الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي	**24**
الفرع الثاني : أساس التعويض عن الطلاق التعسفي في القضاء الجزائري	**28**
الفرع الثالث : إلتزام القاضي بتقرير الطلاق التعسفي	**30**
المطلب الثاني : إجراءات دعوى طلب التعويض عن طريف التعسف	**31**
الفرع الأول : إجراءات لرفع الدعوى عن الطلاق التعسفي	**30**
الفرع الثاني : إجراءات سير دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي	**34**
المبحث الثاني : دور القضاء في تقدير التعويض	**38**
المطلب الاول : ماهية التعويض	**39**
الفرع الاول : مفهوم التعويض	**39**
الفرع الثاني : تمييز التعويض عن الحقوق المالية	**44**
المطلب الثاني : سلطة القاضي قي تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي	**48**
الفرع الأول : أن يتناسب التعويض مع حالة الزوج المالية	**49**

الفرع الثاني : أن يتناسب التعويض مع درجة تعسف الزوج في إيقاع الطلاق	**50**
الفرع الثالث : تحديد الحد الادنى والاقصى للتعويض	**52**
المطلب الثالث : رقابة المحكمة العليا على عناصر تقدير التعويض	**52**
الفرع الاول : رقابة المحكمة على سلطة القاضي على تقدير التعويض	**52**
الفرع الثاني : رقابة المحكمة العليا على عناصر الضرر وشروطة	**53**
الفرع الثالث :وسائل رقابة المحكمة العليا على السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة	**56**
خلاصة القصل الثاني	**56**
الخاتمة	**60**
قائمة المصادر والمراجع	**63**
فهرس المحتويات	**69**
الملخص	**/**

ملخص الدراسة

ملخص:

ان الحياة الزوجية تستند على المودة والرحمة و الطمأنينة بين الزوجين و ان الطلاق بالرغم من كونه حقا شرعيا و قانونيا للزوج يمكن ان يؤدي إلى تعويض اذا استخدم بتعسف مما يضع الزوج في خانة المتعسف اذا كان هدفه إلحاق الضرر بالمطلقة و المشرع الجزائري منح للقاضي صلاحية تقديرية في تحديد مدى التعسف و تحديد التعويض المناسب للطرف المتضرر و بالتالي مسألة التعويض بعد الطلاق تعتمد على تقدير الضرر الذي يتسبب فيه الزوج للمطلقة و غالبا ما يكون مرتبطا بالمدخول و الظروف المالية للطرف المتضرر و كما ان المشرع الجزائري لم يوضح او يفرق بين المدخول بها و التي لم تدخل بعد لكنه كان محقا في عدم تقدير قيمة التعويض و كما ان المشرع الجزائري لم يراعي القدرة المالية للزوج في التعويض.

Abstract:

The Algerian legislator has granted the judge discretion in determining the extent of arbitrariness and determining the appropriate compensation for the injured party, and therefore the issue of compensation after divorce depends on the assessment of the damage caused by the husband to the divorced, and it is often related to the income and financial conditions of the injured party, and as I Algerian legislator has not clarified or but he was right in not estimating the value of the compensation, and as the Algerian legislator did not take into account the financial capacity of the spouse in compensatio