جامعـــة أكلـــي محنـــد أولحـــاج – البـــويـــرة –
كليـــة الحقـــوق والعلـــوم السياسيـــة
قســـم القانـــون الخاص

# الطلاق التعسفي وسلطة القاضي في تقديره

مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون الخاص
تخصص: قانون أسرة

إعداد الطالبتان
**بانوح كريمة**
**بوشنتوف ظريفة**

إشراف الأستاذة
**أ/ عينوش عائشة**

**لجنة المناقشة**

الأستاذ (ة):**بشور فتيحة**..... .....رئيسًا
الأستاذة **عينوش عائشة** ..... .....مُشْرِفًا ومقرّرًا
الأستاذ(ة): ربيع زاهية.....عُضْوًا

تاريخ المناقشة:2016/05/26

بسم الله الرحمن الرحيم
١٤٢٠

# شكـر وتقديــر

نشكر الله تعالى الذي وفقنا لإنجاز هذا العمل.

بصدق الوفاء والإخلاص نتقدم بجزيل شكرنا وعظيم امتنانا

إلى مشرفتنا الأستاذة "عينوش عائشة"

على نصائحها القيمة التي مكنتنا من إعداد هذه المذكرة.

كما لا يفوتنا أن نتقدم بشكرنا إلى السادة أعضاء اللجنة

على قبولهم مناقشة هذه المذكرة.

كما لا ننسى أن نتقدم بخالص شكرنا

إلى كل من ساعدنا من قريب أو بعيد،

جزاهم الله خيرا.

# إهـداء

**أهدي هذا العمل المتواضع**

**إلى أصل الحنان ونور عيني والتي تعبت من أجل راحتي أمي الحبيبة والغالية.**

**إلى الذي تحمل المشاق والصعاب من أجلي وصبر على نجاحي أبي الغالي.**

**إلى إخوتي العزيزين حكيم . فؤاد.**

**إلى أخواتي الغاليات فضيلة . حدة . خضرة . حكيمة . صونية . فطيمة.**

**إلى أعز صديقاتي و زملاء المشوار الدراسي بدون استثناء.**

**كريمة**

# إهداء

**إلى الذين قال المولى سبحانه وتعالى فيهما "وبالوالدين إحسانا"**

**والدي الكريمين حفظهما الله ورعاهما.**

**إلى من هو أقرب إلي من روحي زوجي العزيز.**

**إلى كل إخوتي وأخواتي وجميع أفراد عائلتي.**

**إلى عائلة زوجي الكريمة.**

**إلى رفيقات الدرب والمشوار الصعب صديقاتي.**

**ظريفة**

# قائمة المختصرات

ج ر: جريدة رسمية.

ج: جزء.

د ب ن: دون بلد النشر.

د س ن: دون سنة النشر.

د ط: دون طبعة.

ص ص: من صفحة إلى صفحة.

ص: صفحة.

ط: طبعة.

ق أ ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق إ م إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ق إ م ج: قانون الإجراءات الجزائية.

ق م ج: قانون مدني جزائري.

م: مجلد.

# مقدمـــة

اهتم الإسلام بالأسرة أن جعل عقد الزواج عقدا أبديا، ومن أنبل الروابط باعتبارها السبيل الشرعي الوحيد لتكوين الأسرة والحفاظ على التناسل، وحفظ النوع الإنساني، وأن يجد كل واحد من الزوجين في صاحبه الأنس الروحي وسط متاعب الحياة وشدائدها، وهو نعمة من الله على عباده من دلائل قدسيته قول الله سبحانه وتعالى: ﴿وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾[1]، وقوله سبحانه وتعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ﴾[2]. ومن هنا فالحياة الزوجية قائمة على التفاهم والتماسك لأن في ذلك أثر فعال في تربية الأولاد[3].

حرصت الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي على ضمان استمرارية العلاقة الزوجية، إلا أن هذه العلاقة قد تعتريها عيوب تحول دون تحقيق استمرارية الزواج مما يخل بالعلاقة الزوجية وتحل الكراهية، فيصبح الطلاق هو الحل الوحيد للتخلص من الحياة الزوجية، وهو أمر تحكمه الضرورة وأجازه كلا من الشرع والقانون، لقوله تعالى: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ وَكَانَ ٱللَّهُ وَٰسِعًا حَكِيمًا﴾[4]، كما يعتبر الطلاق في قانون الأسرة الجزائري المحور الأساسي الذي تتحل به الرابطة الزوجية[5]. طبقا لنص المادة 48 منه[6]، لذلك شرعه الله علاجا للخلافات الزوجية حيث لا ينفع معها علاجا، ولأن الطلاق ليس بالأمر السهل ولهذا وضعت له الشريعة الإسلامية شروط، ووضعت له القوانين الوضعية قيود لتقليص ظاهرة الطلاق من جهة، وضمان عدم التعسف في استعمال الحق.

يؤدي استعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مشروعة ضرر بالغير مما يفوت مقصود الشارع من تشريع هذا الحق، ويختلف الضرر من حالة إلى أخرى حسب حال الزوجين ودرجة التعسف في

(1) سورة الروم، الآية 21.

(2) سورة البقرة، الآية 187.

(3) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (أحكام الزواج)، ج1، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 61.

(4) سورة النساء، الآية 130.

(5) جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، ط1، دار الحامد، عمان، 2009، ص 196.

(6) قانون رقم 84-11 مؤرخ في 1984/06/09، يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم بأمر رقم 05-02 مؤرخ في 2005/02/27، ج ر العدد 21، الصادر في 27 فبراير 2005 ، المعدل والمتمم.

استعمال هذا الحق، والضرر الناتج عن الطلاق يكون إما ماديا أو معنويا وقد يجتمعان معا، ويترتب عن ذلك تعويض المتضرر من الضرر اللاحق به.

تناول المشرع الجزائري أحكام التعويض في بعض مواد القانون المدني[1] المواد 124 إلى 133 والمواد 982 إلى 187، والمواد 53 و52 مكرر والمادة 55 من ق أ ج، وتجدر الإشارة إلى أن قانون الأسرة جاءت معظم نصوصه مرنة تمنح للقضاة في بعض المسائل السلطة التقديرية للتصرف في الأحوال التي لم ينص القانون عليها، أو ورد فيها نص لإيجاد الحل المناسب باختلاف الظروف والملابسات، رغم ما للقاضي من سلطة واسعة في تقدير تعويض الضرر عن الطلاق، إلا أن هذه السلطة تخضع لبعض القيود الإجرائية لالتزامه بطلبات الخصوم والتزامه بتسبيب الأحكام.

وترجع أهمية اختيارنا لهذا الموضوع إلى أبعاد بعد دراسة موضوع الطلاق التعسفي في أنه موضوع حساس يمس الواقع بشكل مباشر نظرا لتزايد حالاته في مجتمعنا وبشكل مخيف.

كما تتضح أهمية الموضوع في مدى اهتمام الشرع والقانون بضمان حقوق المطلقة وذلك بتعويض الضرر اللاحق بها وذلك لتطبيب خاطرها ورعاية حقوقها وحفظها من كل مهانة لذلك.

بينما من الأسباب التي أدت إلى اختيار هذا الموضوع أن الدراسات في موضوع الطلاق كثيرة مقارنة بموضوع الطلاق التعسفي.

اهتم الدين الإسلامي بمختلف الجوانب الإنسانية والاجتماعية بما فيها مشكلة الطلاق التعسفي الذي يلحق ضررا كبيرا بالزوجة بالإضافة إلى تضرر الأبناء الذي يؤدي إلى تهدم الأسرة مما ترجع بآثار وخيمة على المجتمع .

وترجع أهداف دراسة هذا الموضوع إلى محاولة علاج ظاهرة الطلاق التعسف وذلك بوضع قواعد صارمة تثقل كاهل الزوج ليعيد النظر في قراره.

(1) أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26سبتمبر1975، يتضمن القانون المدني، ج ر العدد 78، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

– إعطاء مكانة للمرأة باعتبارها المضرور الأول من الطلاق التعسفي واثبات دور القضاء الجزائري في وضع إجراءات تعاقب من يسئ استعمال حق الطلاق وذلك بتعويض الزوجة عن الضرر اللاحق بها من وراء الطلاق التعسفي الواقع بغير مسوغ شرعي.

– التعرف على الأسس التي تراعى في تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي.

ومن أهم الصعوبات التي واجهتنا أنه رغم من أهمية موضوع الطلاق التعسفي إلا أننا لم نجد مراجع جزائرية تتناول هذا الموضوع إلا في مرجع واحد، لذلك يمكن أن نصل إلى طرح الإشكالية التالية:

**– ما هو الأساس القانوني للطلاق التعسفي وما هي المعايير المعتمدة لسلطة القاضي التقديرية للتعويض عنه؟**

تقتضي الإجابة على الإشكالية المطروحة إتباع المنهج الوصفي أحيانا، والمنهج التحليلي أحيانا أخرى وإتباع المنهج المقارن كلما اقتضت الضرورة ذلك، وفق خطة مقسمة إلى فصلين.

# الفصل الأوّل

## الإطار المفاهيمي للطلاق التعسفي

لقد اهتم الإسلام بالأسرة اهتماما كبيرا وأقامها على أساس المودة والرحمة والمحبة واعتبرها أساس المجتمع والنواة التي تتكون منها الشعوب والأمم ولكن إذا اشتد الخلاف بين الزوجين ولم يجدا الحل لمشاكلهما مما يؤدي إلى استحالة واستمرار العيش تحت سقف واحد فأباح الله تعالى الانفصال عن بعضهما البعض الذي هو ابغض الحلال عند الله وإن كان حقا مطلقا بيد الزوج بمقتضى الشرع والقانون وله حرية إيقاعه بإرادته المنفردة متى دعت إليه الضرورة، وبعد استنفاذ طرق الإصلاح المشروعة دون الحاجة إلى إرادة الزوجة لذلك كون العصمة في يده، إلا أن الزوج قد يسيء ممارسة هذا الحق فيكون متعسفا في طلاقه، لذلك فإنه ملزم بتقديم التبرير الذي يجعله يلجأ إلى هذه الإرادة، ويجب أن يكون التبرير مشروعا كي يتجنب التعويض، ذلك أن الزوج حتى وإن كان له حق الطلاق بالإرادة المنفردة فإن استعماله لهذا الحق يجب أن يرفق بتحميله تبعة إرادته ومسؤوليته.

لذلك نتناول المقصود بالطلاق التعسفي ومتى يكون كذلك (المبحث الأول)، مع العلم أن كان الطلاق تعسفيا نتج عنه الضرر يمس الزوجة المطلقة (المبحث الثاني).

# المبحث الأول

# مفهوم الطلاق التعسفي

لم يرد في كتب الفقهاء القدامى لفظ الطلاق التعسفي ولكنه مصطلح جديد وفد إلى بلاد المسلمين مع القوانين الأجنبية وفقهاء القانون المحدثين في الغرب وقد نشأ هذا المصطلح مع نشوء نظرية التعسف[1]. وعلى هذا الأساس قسمنا مبحثنا إلى تعريف التعسف ومعاييره في استعمال الحق (المطلب الأول)، ثم تعريف الطلاق التعسفي وحكمه (المطلب الثاني) وصور الطلاق التعسفي (المطلب الثالث).

## المطلب الأول

## تعريف التعسف ومعاييره في استعمال الحق

لم يبحث الفقه موضوع التعسف كنظرية مستقلة ووحدة متكاملة، وإنما تعرض الفقه للتعسف ضمن حديثهم عن جزئياته أثناء تناوله للموضوعات المختلفة ذات الصلة بالتعسف[2]، لذلك سنحاول تحديد المقصود بالتعسف (الفرع الأول) والمعايير المعتمدة للتعسف في استعمال الحق (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

### المقصود بالتعسف

سنتناول في هذا الفرع المقصود اللغوي أولا، ثم المقصود الاصطلاحي ثانيا.

**أولا: لغة:** عسف على فلان ولفلان عسفا أي عمل له عسف على غير الطريق وسلكها على غير قصد[3]، وعسف السير بغير هدى، ويقال عسف عنه أي عدل وحاد وتعسف فلان فلانا إذا ركبه بالظلم ولم ينصفه ورجل عسوف إذا كان ظلوما، ولذا سمي الآجال المستهان به عسيفا[4].

**ثانيا: اصطلاحا:** يقصد بالتعسف اصطلاحا مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا، بحسب الأصل وفي استعمال الحق يراد بالتعسف ذلك الاستعمال على الوجه الغير المشروع بمعنى مجاوزة الحق حين مزاولة الإنسان له[5].

---

(1) جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 197.

(2) المرجع نفسه، ص 197.

(3)- القاموس المحيط، دار الحديث، مصر، د س ن.

(4) محمود علي السرطاوي، فقه الأحوال الشخصية (الزواج والطلاق)، ط1، دار الفكر، عمان، 2008، ص 134.

(5) بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 122.

يتضح من التعريف أنه يقصد المكلف بالعمل المأذون فيه شرعا هدم قصد الشارع بأن يستعمل حقه قصد الإضرار لهذه الحقوق، وإن شرعت فقد شرعت لغايات وتحقيق مصالح واستعمال هذه الحقوق مقيدة بمصالح، فإن استعملت في غير ما شرعت له كان ذلك الاستعمال تعسفيا ومناقضة لقصد الشارع فيما شرعه من حقوق.

التصرف يكون إما بالقول كالعقود وما نشأ عنها من حقوق والتزامات كالبيع والوصية، وإما بالفعل كاستعمال المالك لعقاره على وجه يضر غيره وهذا تصرف إيجابي، أما التصرف السلبي كامتناع مالك الحائط المائل الآيل للسقوط على طريق عامة هدمه .

وعبارة مأذون فيه شرعا بحسب الأصل يخرج من الأفعال غير المشروعة بذاتها لأن إتيانها يعتبر اعتداء لا تعسفا فالتعسف منحصر في التصرفات داخل حدود الحق.

يعرّف محمد أبو زهرة التعسف بأنه "المضارة في استعمال الحق"[1]. يتضح من هذا التعريف أن استعمال الحق على وجه ينشأ عنه ضرر يكون الدافع لاستعماله المضارة بالآخرين بأن يكون مآل الاستعمال المضارة والنتيجة واحدة وهي ترتيب المضار على استعمال الحق من هذا أو ذاك ووضع الشاطبي قاعدة عامة في العمل بالأحكام وهي الأساس العام لنظرية التعسف، "كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل".

كما تناول التعسف تحت مسمى الاستعمال المذموم، وهو تناول المباح على غير الجهة المشروعة، واستعمال النعمة على غير الوجه المقصود منها فالنعمة أو الحق ليس هو المذموم بل استعماله على غير ما قصده الشارع هو الممنوع لأنه مخالف لأصل الحق والغاية منه[2].

(1) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة،1984، ص 34.

(2) عبير رابحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ط1، دار الفكر، عمان، 2007، ص 19.

## الفرع الثاني
## معايير التعسف في استعمال الحق

نجد مجموعة من معايير التعسف في استعمال الحق مطبقة في الفقه الإسلامي (أولا) ومجموعة أخرى مطبقة في القانون الجزائري (ثانيا).

### أولا: معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي

تعود هذه المعايير عموما إلى معايير ذات طابع شخصي (1) أو معايير ذات طابع موضوعي (2).

**1- المعيار الذاتي أو الشخصي:**

يقصد بالمعيار الشخصي النظر في العوامل النفسية التي حركت إرادة ذي صاحب الحق في التصرف بحقه من قصد الإضرار أو الدافع إلى تحقيق مصالح غير المشروعة، وينقسم هذا المعيار بدوره إلى:

معيار قصد الإضرار (أ)، ومعيار المصلحة غير المشروعة (ب)[1]

أ- **معيار قصد الإضرار:** يقصد الإضرار هو توجيه الإرادة نحو غاية الإضرار بالآخرين حتى لا تتوفر نية أخرى سوى الإضرار، أو يكون الإضرار غاية راجحة قياسا بنية نفع النفس التافهة، والتي لا تصلح لأن تقارن بالأولى مما يدل على أن القصد مؤثر في مشروعية التصرف أو عدم مشروعيته، إذ المعتبر في العقود مقاصدها التي تؤول إليها، لذلك يمنع التصرف الذي أتخذ وسيلة للإضرار بالغير، فاستعمال الحق بقصد الضرر أمر حرمه الشرع وقبح فعله[2].

ب- **معيار المصلحة غير المشروعة:** يقصد به استعمال الحق على الوجه غير المشروع بأن يكون الباعث من استعمال الحق مناقضا لقصد الشارع من تشريع الحق، ويتحقق ذلك باستعمال الحق في غير مصلحة التي شرع من أجلها فإن الشارع جعل للحقوق مصالح تترتب عليها وجعل الحقوق وسائل تؤدي إلى غاياتها، إلا أن هذه الوسائل مقيدة في استعمالها بعدم الإضرار

(1) جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 163.

(2) المرجع نفسه، ص 163.

بالغير، فإذا ما استعمل الحق في غير الغرض الذي رتبه الشارع عليه فهو مخالف لمراده من أصل مشروعيته[1].

**2- المعيار الموضوعي أو المادي:**

يقصد بالمعيار الموضوعي مدى التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من نفع، وما يلزم عن ذلك من مفسدة، ووسيلته في ذلك الموازنة، وينقسم هذا المعيار بدوره إلى معيار انعدام التناسب بين صاحب الحق والضرر الذي يلحق بالغير (أ) ومعيار الضرر الفاحش (ب).

أ-**معيار انعدام التناسب بين صاحب الحق والضرر الذي يلحق بالغير:** يقصد به مراعاة التوازن والتناسب بين المصالح المختلفة بحيث لا يطغى جانب على آخر، ذلك أن المصالح قد تشوبها مفاسد تلحق بالآخرين، والفرد في تصرفه ليس مطلقا عن القيود بل تبقى مصلحة الجماعة التي يحيى من خلالها في ملاحظة التصرف في حقه.

تعتبر طبيعة الفقه الإسلامي طبيعة مزدوجة قائمة على أساس التوفيق ما بين مصلحة الفرد والجماعة وتقديم المصلحة العامة على الخاصة عن استحالة التوفيق بين المصلحتين[2].

**ب-معيار الضرر الفاحش:** يقصد به ما يكون سببا للهدم، أو يخرج عن الانتفاع بالكلية وهو ما يمنع الحوائج الأصلية[3].

**ثانيا: معايير التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري**

لقد أخذ المشرع الجزائري بنظرية التعسف في استعمال الحق واعتبرها خطأ وذلك في المادة 124 مكرر من ق م ج والتي نصت على "**يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:**

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

(1) جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 167.

(2) المرجع نفسه، ص ص 169-170.

(3) المرجع نفسه، ص ص 177-178.

يتضح أن القانون المدني الجزائري أخذ بالمعايير الثلاثة: معيار قصد الإضرار بالغير (1) ومعيار الضرر يفوق كثيرا الفائدة من استعمال الحق (2) ومعيار عدم مشروعية الفائدة (3).

**1- معيار قصد الإضرار بالغير:** هو المعيار الذاتي الذي استقر الفقه والقضاء في فرنسا ومصر والأخذ به، غير أنه يقاس بالمعيار الخطأ أي المعيار الموضوعي فلا يكفي قصد صاحب الحق في استعمال حقه بالإضرار بالغير فقط بل لابد أن يكون استعماله منحرفا عن السلوك المألوف للرجل العادي[1].

**2- معيار الضرر يفوق كثيرا الفائدة من استعمال الحق:** هو رجحان الضرر الذي يصيب الغير على الفائدة التي يحصل عليها صاحب الحق من استعماله لحقه،وهذا المعيار موضوعي يقوم على التفاوت الصارخ بين الفائدة التي يجنيها صاحب الحق والضرر الذي يصيب من استعماله لحقه[2].

**3- عدم مشروعية الفائدة:** فالشخص يعتبر متعسفا في استعماله لحقه إذا كانت الفائدة التي تحصل عليها من استعمال حقه غير مشروعة، بمعنى إذا كانت الفائدة مخالفة للنظام العام والآداب العامة، والمعيار هنا موضوعي[3].

## المطلب الثاني

## تعريف الطلاق التعسفي وحكمه

يقصد بالطلاق حل عقدة النكاح، فإن كان الطلاق حقا مطلقا في يد الزوج بمقتضى الشرع والقانون وله حرية إيقاعه بإرادته المنفردة، إلا أنه مقيد بأسبابه ودواعيه بما لا يضر ويؤذي الزوجة أو يسيء لسمعتها ذلك أن الزوج إذا ما عبر عن إرادته في فك الرابطة الزوجية فإنه ملزم بتقديم التبرير الذي يجعله يلجأ إلى هذه الإرادة ويجب أن يكون هذا التبرير مشروعا، كي يتجنب الضرر والتعويض، ذلك أن الزوج حتى وإن كانت له الأحقية في إيقاع الطلاق، فإن استعماله لهذا الحق يجب أن يرفق بتحميله تبعة إرادته ومسؤوليتها، فالأصل أن يكون الزوج متعسفا وعليه أن يثبت ذلك، وإن مسألة إثبات عدم التعسف ملقاة على عاتق الزوج وليس على

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني(النظرية العامة للالتزام)، مصادر الالتزام، المسؤولية التقصيرية، الفعل المستحق للتعويض، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص 58.

(2) المرجع نفسه، ص 59.

(3) المرجع نفسه، ص 59.

الزوجة أن تثبت تعسف زوجها في إيقاع الطلاق[1]. وعليه سنتناول في هذا المطلب فرعين، المقصود بالطلاق التعسفي (الفرع الأول)، وحكمه(الفرع الثاني).

## الفرع الأول
## المقصود بالطلاق التعسفي

يعرف الطلاق التعسفي بأنه مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص[2]، كما يعرف بأنه كل طلاق يناقض قصد الشارع في تشريع الطلاق، إذ أنه شرع في الأصل لدفع الضرر، فكل طلاق لا يحقق هذا المقصد يعد تعسفيا[3]. فإذا كان القصد هو التخلص من الحياة الزوجية التي يعترضها بعض العوارض التي تستقيم معها مصالح الأسرة وتستحيل فيها الحياة بين الزوجين وتنقلب إلى جحيم لا يطاق، فكان الطلاق تحتمه الضرورة مع ما يترتب عليه من أضرار وذلك دفعا لضرر أكبر.

الطلاق التعسفي مصطلح حديث في التسمية قديم في المعنى، يطلق على كل طلاق استبد به الزوج وتتأذى المرأة من ورائه والمشرع الجزائري لم يعرف الطلاق التعسفي، إلا أنه أشار إليه في نص المادة 52 ق أ ج التي تنص على أنه "**إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها**".

من خلال نص هذه المادة أوجب المشرع الجزائري أن يكون الطلاق مبررا لأنه يهدم الحياة الزوجية،وإلا كان متعسفا في استعمال هذا الحق ويلحق ضررا بالزوجة من جراء ذلك، لابد من جبره وهذا بإلزام من تسبب فيه بالتعويض، ويكون الضرر ماديا أو معنويا أو يشمل العنصرين معا.

(1) باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 07.

(2) جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 196.

(3) بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 123.

## الفرع الثاني
## حكم الطلاق التعسفي

اختلف الفقه الإسلامي في إمكانية تحقق التعسف في طلاق الرجل لزوجته، وذلك بناءا على الاختلاف في حكم أصل الطلاق، هل هو المنع أم الإباحة على مذهبين:

رأي يقول بأن الأصل في الطلاق الإباحة (أولا) ورأي آخر يقول بأن الأصل في الطلاق الحظر، ويباح عند الحاجة إليه (ثانيا)، لنصل بعد ذلك إلى معرفة الرأي الراجح (ثالثا).

**أولا: المذهب الأول**

**يرى أن** الأصل في الطلاق الإباحة: أي الطلاق مشروع في نفسه إلا أن المنع فيه لغيره من الفساد والوقوع في المحرم، وبه قال كل من السرخسي من الحنفية والقرطبي من الملكية وابن قدامى من الحنابلة.

قال السرخسي: "إن حكم الطلاق مباح"، وذهب إليه القرطبي "دل الكتاب والسنة إجماع الأمة على أن الطلاق مباح غير محظور"[1].

قال ابن قدامى: "وأجمع الناس على جواز الطلاق والعبرة دالة على جوازه، فإنه ربما فسدت الحال بين الزوجين فيصبح بقاء النكاح مفسدة محض وضررا مجردا بإلزام الزوج النفقة والسكنة، وحبس المرأة مع سوء العشرة ، والخصومة الدائمة من غير فائدة اقتضى ذلك شرع ما يزيل النكاح لنزول المفسدة الحاصلة منه[2].

**ثانيا: المذهب الثاني**

**القول الثاني:** يرى بعض الفقهاء أن الأصل في الطلاق الحضر، ويباح عند الحاجة إليه.

(1) السرخسي محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، دار المعارف، د.ط، 1409هـ، 1989م/6.2.

(2) جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 197.

يقول ابن الهمام الحنفي: إن الأصل في الطلاق الحضر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية والإباحة للحاجة إلى الخلاص وقال ابن عابدين: "وأما الطلاق فإن الأصل فيه الحضر، بمعنى أنه محظور لعارض يبيحه[1].

جاء في بدائع الصنائع: أن حكم الطلاق فيه الحضر والكراهة، إلا أنه رخص فيه التأديب أو الخلاص من معيشة يصعب احتمالها.

جاء في فتاوى ابن تيمية: "أن الأصل في الطلاق الحضر، وإنما أبيح منه قدر الحاجة[2].

استدل أصحاب هذا الرأي بأدلة من القرآن (1) ومن السنة (2).

**1- أدلة أصحاب قول الإباحة:**

**أدلة من القرآن الكريم:** لقوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمۡ تَمَسُّوهُنَّ أَوۡ تَفۡرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةٗ ﴾[3] وقوله عز وجل: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾[4]. فالآيات هنا تفيد إباحة الطلاق ولا جناح على الزوج في إيقاعه.

**الأدلة من السنة:**

إنّ الرسول صلى الله عليه وسلم طلق حفصة رضي الله عنها حتى نزل عليه الوحي يأمره أن يراجعها فإنها صوامة قوامة، والنبي لا يفعل المحظور[5].

كما طلق بعض الصحابة –رضوان الله عليهم– زوجاتهم فلم ينكر الرسول عليهم ذلك، فقد طلق عمر رضي الله عنه أمّ عاصم، وطلق عبد الرحمان بن عوف تماضر، والمغيرة بن شعبة كان له أربع نسوة فأقامهن بين يديه صفاء، وقال أنتن حسان الأخلاق ناعمات الأرداف طويلات الأعناق، اذهبن فأنتن طلاق، فدل ذلك على أنه مباح[6].

(1) ابن الهمام، كمال الدين بن عبد الواحد، فتح القدير، دار الفكر، د.ط، 425/3.

(2) جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 197.

(3) سورة البقرة، الآية 236.

(4) سورة الطلاق، الآية 01.

(5) السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، 6،2.

(6) رحاب الحميدي حميد المطيري، الإضرار بالمطلقة والتعويض عنه، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، كلية العدالة الجنائية قسم الشريعة الإسلامية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية،الرياض، 2014، ص 27.

**2- أدلة أصحاب قول الحضر:**

**1- أدلة من القرآن الكريم:**

قوله تعالى: ﴿فَإِنۡ أَطَعۡنَكُمۡ فَلَا تَبۡغُواْ عَلَيۡهِنَّ سَبِيلًاۗ﴾[1].

وجه الدلالة : قال الطبري : إذا أطاعتك فلا تتجنى عليها العلل[2].

قوله تعالى : ﴿فَإِن كَرِهۡتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكۡرَهُواْ شَيۡـٔٗا وَيَجۡعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيۡرٗا كَثِيرٗا﴾[3].

**2- الأدلة من السنة:** عن ثوبان رضي الله عنه قال: قال الرسول صلى الله عليه وسلم: "أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من دون حاجة فحرام عليها رائحة الجنة"[4]، وجه الدلالة في الحديث الحديث أنه يدل بمنطوقه على أن من يوقع طلاق دون حاجة فإنه آثم ولن يدخل الجنة، سواء كان الطلاق بطلب المرأة أم كان من الرجل، فالطلاق بدون سبب مشروع ومن غير حاجة تدعو له فيه إيذاء للغير، وإلحاق الضرر بالآخرين محظور شرعا، وقوله صلى الله عليه وسلم: "إن أبغض الحلال إلى الله الطلاق".

**ثالثا: القول الراجح:** وعلى هذا فالراجح في هذه المسألة هو ما ذهب إليه الرأي الثاني القائل أن الأصل في الطلاق الحظر ويباح عندما تدعوا إليه وذلك للأدلة المذكورة من قبل التي ترغب في استقرار الحياة الزوجية واستمرارها بشكل يتلاءم ومقصد الديمومة في الزواج وعليه فالأصل الحظر في الطلاق وإباحته من حيث الاستثناء.

قال عبد الوهاب خلاف: "والذي يأخذ من نصوص الشريعة أن من أوقع الطلاق بغير حاجة إلى الخلاص فطلاقه واقع وهو آثم شرعا، إثمه دليل أنه أساء استعمال الحق الذي جعله له الشارع، ولم يستعمله على وجه المشروع، فإذا ترتب ضررا بالمطلقة يلزم تعويض هذا الضرر، أما إذا طلق بحاجة إلى الخلاص، أما إذا لم يترتب للمطلقة ضرر فلا تعويض".

---

(1) سورة النساء، الآية 34.

(2) الطبري محمد بن حرير، تفسير الطبري، دار المعارف 714/6.

(3) سورة النساء، الآية 19.

(4) روي أبو داود والترمذي وابن ماجة وصححه ابن خزيمة وابن حبان وحسنه الترمذي عن ثوبان رضي الله عنه، رقم 40543.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري فإننا نجد أن المشرع الجزائري أخذ بالرأي الثاني الأصل في الطلاق الحظر[1].

## المطلب الثالث

## صور الطلاق التعسفي

إن للطلاق التعسفي تطبيقات وصور عديدة من خلالها يظهر تعنت الزوج، وإساءة استعمال حقه فيه، ومن أهمها الطلاق بدون سبب مشروع (الفرع الأول) والطلاق المريض مرض الموت (الفرع الثاني) وطلاق الهازل والسكران (الفرع الثالث).

### الفرع الأول

### الطلاق بدون سبب مشروع

الطلاق التعسفي قائم أساسا على عدم وجود مبرر أو سبب معقول لإنهاء الرابطة الزوجية فالتعسف في الطلاق هو مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بتطليق الزوج زوجته بغير سبب أو حاجة داعية إليه[2]. وهذا الطلاق لا يعني أصلا عدم وجود أي سبب، بل لا يكاد يوجد طلاق بغير سبب ولكن هل هذا السبب مبرر ومعقول لإنهاء الرابطة الزوجية أم أنه سبب لا يعقل أن يكون دافعا لإنهاء العلاقة الزوجية.

وقد اختلفت التغيرات بحقيقة هذا السبب المعقول وماهية الأسباب الأخرى إن وجدت،وهذا الاختلاف يكمن سببه في اختلاف الأعراف والتقاليد الاجتماعية من مكان لآخر وحتى البلد الواحد ومن زمان لآخر ومن شخص لآخر حيث يختلف مفهوم التعسف في إيقاع الطلاق بالنسبة لشخصين وإن كان يقيمان في البلد نفسه والفترة الزمنية ذاتها بسبب اختلاف النشأة الاجتماعية لكل منهما.

تعتبر من بين الأسباب المعقولة للطلاق نشوز الزوجة، وكذلك الإساءة للزوج بالسب والشتم والضرب، وإفساد العلاقة بينه وبين أهله، وارتكاب الفواحش، وتركها البيت للعمل غير مشروع من الأسباب المعقولة للطلاق، لا يدفع الزوج تعويضا عن الطلاق لمثل هذه الأسباب، ولا يعد مثلا العقم وضعف الكلام والسمع سببا شرعيا للطلاق في هذه الحالة يجب على الزوج أن يتصرف مع زوجته

(1) رحاب الحميدي حميد المطيري، المرجع السابق، ص 28.

(2) جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 196.

بالرحمة كما أمر الله تعالى حيث لا دخل لها في حالها[1]. كما يعد متعسفا من طلق زوجته بضغط من الغير، وكذلك لمن طلق زوجته لعدم تكافؤ بينهما، بالإضافة إلى طلاق المريض بقصد حرمانها من الميراث[2].

## الفرع الثاني

## طلاق المريض مرض الموت

لم يبين المشرع الجزائري تعريف مرض الموت وماهيته بل اكتفى بإيراد أحكام التصرفات الصادرة خلاله في مواد القانون المدني وقانون الأسرة لهذا المرجع في تعريفه تكون أحكام الشريعة الإسلامية استنادا لنص المادة الأولى من القانون المدني، التي تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا يوجد فيه نص.

ما يقضي تعريف المريض مرض الموت لغة (أولا) واصطلاحا (ثانيا) وقضاءا (ثالثا).

**أولا: تعريف المريض مرض الموت لغة:** يكون ذلك بتعريف المرض(أ) وتعريف الموت(ب)

**1- تعريف المرض:** هو ضد الصحة وهم السقم يصيب جسم الإنسان كله أو بعضه ويعطله عن القيام بوظيفته[3] لقوله تعالى:﴿لَّيْسَ عَلَى ٱلْأَعْمَىٰ حَرَجٌ وَلَا عَلَى ٱلْأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى ٱلْمَرِيضِ حَرَجٌ﴾[4].

**2- تعريف الموت:** هو ضد الحياة ويطلق على السكون ومات الحي أي فارق الحياة ومات و يمات فهو ميت بمعنى فقدان الحياة ومغادرة الروح للجسد الإنساني لقوله تعالى: ﴿أَيْنَمَا تَكُونُواْ يُدْرِككُّمُ

(1) ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلي، الطلاق والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2011، ص ص 68-69.

(2) طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص 128.

(3) دالي فتيحة، تصرفات المريض مرض الموت في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013، ص ص 13-14.

(4) سورة النور، الآية 61.

ٱلۡمَوۡتُ وَلَوۡ كُنتُمۡ فِي بُرُوجٖ مُّشَيَّدَةٖۗ ﴾[1]. ومرض الموت هو الحالة التي يصاب بها المرء من فقدان الصحة تدريجيا ويعقبها الموت وهو الفناء.

**ثانيا : تعريف المريض مرض الموت اصطلاحا**

اختلف الفقهاء في تعريفاتهم لمرض الموت، حيث عرفه الحنفية بأنه المرض المخوف الذي يؤدي هلاك صاحبه في الغالب وينتهي به إلى الموت ولو لسبب غير هذا المرض، وقيل أيضا أنه الشخص الهالك لا محالة سواء كان سبب هلاكه مرض اتصل به أو أي سبب خارج عن المرض، بأن أضناه مرض فعجز عن إقامة مصالحه، فلا يقدر أن يذهب لقضاء حوائجه بنفسه خارج المنزل إن كان من الذكور، أو داخل المنزل كصعود السطح ونحوه إن كان من الإناث، أو كان في وضع يغلب فيه هلاكه كوجوده في ساحة المعركة[2].

عرّفه الشافعية بأنه كل مرض يستعد بسببه للموت من الأمراض، وقد اشترط الشافعية أن يكونا مخوفا أي يخاف منه الموت لكثرة من يموت به.

قال الإمام الشافعي: "كل مرض الأغلب منه الموت مخوفا"، عرفته المالكية بأن مرض الموت هو كل مرض يؤكد الأطباء بأنه يكثر الموت من مثله كالسل، ويراد بكثرة الموت أن الموت يكون شائعا لا يتعجب منه[3]، عرفه الحنابلة هو الموت الذي يكثر حصول الموت منه أو يتساوى في الظن جانب البقاء والموت بسببه.

يتضح من التعاريف السابقة لمرض الموت أنه لابد من توفر شرطين باعتبار الإنسان مريض مرض الموت وهما : وقوع الموت فعلا وأن يكون مخوفا[4].

(1) سورة النساء، الآية 78.

(2) دالي فتيحة، المرجع السابق، ص ص 13-14.

(3) المرجع نفسه، ص ص 13-14.

(4) المرجع نفسه، ص ص 14-15.

**ثالثا : تعريف المريض مرض الموت في القانون الجزائري**

**1 التعريف القانوني**

لم يتطرق المشرع الجزائري لا في قانون الأسرة ولا في القانون المدني لتعريف مرض الموت عكس المشرع الأردني مثلا الذي عرف مرض الموت بأنه المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة ويغلب فيه الهلاك ويموت على تلك الحال بعد مرور سنة وأن امتد مرضه وهو على حاله بازدياد سنة أو أكثر تكون تصرفاته صحيحة[1]، يلاحظ على القانون الجزائري أنه لم يربط مرض الموت بمدة معينة كما فعل فقهاء الشريعة.

**2 التعريف القضائي**

أما ما يتعلق بموقف القضاء الجزائري من مفهوم مرض الموت، نجده ينص في أحد قراراته على ما يلي "من المقرر شرعا أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا، ويجر إلى الموت، وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه، ومن ثم فإن خالف القضاء هذا المبدأ فيعد خرقا للقواعد الفقهية المستمدة من الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي السائد[2].

من خلال هذا الاجتهاد القضائي نستنتج بأنه لكي يكون المرض مرض الموت لا بد من توافر الشروط التالية:

- أن يكون هو المرض الأخير.
- أن يكون خطيرا.
- أن يجر إلى الموت.

كما يلاحظ على الاجتهاد القضائي الجزائري أنه لم يشير إلى اشتراط عنصر فترة حدة المرض الذي أشارت إليه المادة 108 من ق م ج[3].

(1) مسعودة إلياس نعيمة، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2009، ص 145.

(2) قرار المحكمة العليا،الملف رقم 33719، صادر عن غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1993/11/23، المجلة القضائية، عدد خاص 2001، ص 302.

(3) دالي فتيحة، المرجع السابق، ص 19.

## الفرع الثالث

## طلاق الهازل والسكران

يتجلى التعسف في هذا النوع من الطلاق باستخفاف الزوج بقداسة عقد الزواج بل لا يعرف قصد الهازل في إيقاع الطلاق وقد ذكر عبد القادر بن حرز الله بأنه يلزم الطلاق ولو وقع من شخص هازل[1]، ولهذا فالنكاح والرجعة فإنها يلزم بالهزل والمزاح وإن لم يقصد إيقاعها، فالهازل هو الذي يريد التلفظ بغير الطلاق، فجرى بلسانه كلمة الطلاق، فإن طلاق الهازل واقع عند المالكية والشافعية والحنفية بخلاف الحنابلة ودليلهم في ذلك قوله **صلى الله عليه وسلم:** "ثلاث جدهن جد وهزلهن جد، النكاح والطلاق والرجعة"[(2)].

أما طلاق السكران فلا يعني ما يقول وما يفعل أثناء سكره، ولا يتذكر بعد صحوته من السكر ما صدر منه فطلاقه واقع إذا كان سكره بشرب محرم كالخمر والمخدر في حال ما إذا تناول بمحض إرادته دون حاجة ماسة لذلك يقع طلاقه عقوبة له على معصية الله لتناول الخمر[(3)] لقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَـٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَـٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾[(4)].

أما السكران الذي شرب الخمر للضرورة مثل المرض أو الإكراه ووصل لدرجة الهذيان وخلط الكلام فيعذر لعدم الإدراك فهو كالنائم[(5)]. لقوله **صلى الله عليه وسلم:** "إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ".

---

([1]) عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ط1 ، دار النشر، الجزائر، 2007. ص ص 219-220.

(2) سنن أبي داود، كتاب الطلاق، باب الطلاق على الهزل، حديث رقم 2194.

(3) بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 124.

(4) سورة المائدة، الآية 90.

(5) عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق،ص ص 219–220.

# المبحث الثاني

# الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي

يعتبر الضرر ركن ثاني من أركان المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، باعتباره محل تقدير التعويض، ويعد عند الفقهاء المسلمين من موجبات الضمان،فقد لا يلتزم الزوج بشروط الطلاق فيوقع الطلاق على زوجته بغير حق مسببا له ضرر كبير، وعليه فالضرر الناشئ عن الطلاق التعسفي باعتباره أهم أثر يوجب للمطلقة استحقاق التعويض إذا ما ثبت تعسف الزوج، وعليه سنحاول في هذا المبحث تسليط الضوء على الضرر الناتج عن هذه الممارسة المعيبة، فنتناول المقصود بالضرر وأنواعه (المطلب الأول) والشروط الواجب توافرها في الضرر المستحق للتعويض (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

## المقصود بالضرر وأنواعه

الضرر مصطلح شائع يظهر في مختلف التقسيمات مما يوحي أن لفظ الضرر ثري بدلالاته بحيث نجد الفقهاء يعرفونه بتعريفات مختلفة، وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تعريف الضرر، واكتفى بذكر التعويض خاصة في المادة 124 من ق م ج، التي تحمل التعويض للمتسبب في الضرر، ويصنف هذا الأخير حسب طبيعة المصلحة التي اعتدى عليها، التي تكون مادية أو معنوية وكلاهما يوجب التعويض عنه، ولا فرق بينهما من حيث الشروط التي يجب توافرها ليستحق المتضرر التعويض، لذلك نحاول تحديد المقصود بالضرر( الفرع الأول) وأنواع الضرر (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

### المقصود بالضرر

سنتناول في هذا الفرع المقصود اللغوي أولا ثم المقصود الاصطلاحي ثانيا.

**أولا: لغة:** الضُّر أو الضرر لغتان، فالضُّر هو الهزال وسوء الحال، والضرر ضد النفع، وجاء في المصباح المنير أن الضُّر بمعنى الفاقة والفقر، والضرر يطلق على نقص يدخل الأعيان، كالأموال والأنفس، كما ورد بمعنى الضيق والشدة والزمانة، والضرار هو الجزاء الذي يترتب عن الفعل، والضرر ما تضر به صاحبك وتنفع به نفسك.

من خلال عرض هذه المعاني، يتبين أن الضرر إجمالا يشمل الشدة التي تصيب الإنسان فيجسمه وماله من مرض وفاقة وغيرها، ويلاحظ أن أحوال الشدة من المادي المحسوس والمعنوي غير المحسوس[1].

**ثانيا: اصطلاحا:** عرف الفقهاء الضرر تعريفات عديدة، فعرفه ابن العربي "الضرر هو الألم الذي لا نفع يوازيه أو يربى عليه، والضرر نقيض النفع"[2].

جاء في أن "الضرر هو ما لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة"، واستعمله الفقهاء بمعنى إلحاق المفسدة والأذى بالغير من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة، ويعرف الضرر في الفقه الإسلامي بأنه إلحاق المفسدة بالآخرين، وكل إيذاء للشخص سواء في ماله أو جسمه أو عرضه يسبب له خسارة[3].

هناك من عرف الضرر بمعنى الإتلاف والمقصود بالإتلاف أن يفقد الشيء منفعته كلا أو بعضا، وعلى العموم فإن الضرر يتمثل في الخسارة المادية أو المعنوية التي تلحق في حق الضحية نتيجة التعدي الذي وقع عليه[4].

يرتبط الضرر بمفهوم المسؤولية المدنية لأنه الركن الثاني من أركانها، وتتجلى أهميته في أن أي مطالبة بالتعويض عند وجود الخطأ دون إنتاجه للضرر سيكون مصيرها الرفض، وبالرغم من شيوع فكرة الضرر في التشريع القانوني إلا أنه يبدو من الصعب استنتاج التعريف منضبط للضرر.

في القانون المدني الجزائري لا يوجد كذلك تعريف للضرر بالرغم من أن فكرته وجدت في المواد 124 وما يليها، بعض الأحكام المتعلقة بالضرر، وكذلك المادة 176 وما يليها المخصصة لتنفيذ الالتزام بطريق التعويض، أي التعويض عن الضرر الناجم عن عدم الالتزام، حيث أن مقدار التعويض يكون بمقدار الضرر.

(1) بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص ص 16-17.

(2) ابن العربي، أبو بكر أحكام القرآن، تحقيق علي محمد البحاوي، القاهرة، دار الفكر، ط3، 1972، م1، ص 54.

(3) رحاب الحميدي حميد المطيري، المرجع السابق، ص 22.

(4) بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 19.

وفقا لما سبق الضرر يعرف بأنه الأذى الذي يصيب الفرد نتيجة المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة له، أو بمعنى آخر هو إخلال بمصلحة مشروعة للفرد مادية كانت أو أدبية من هنا تظهر بأن للضرر أنواع.

## الفرع الثاني
## أنواع الضرر

يصنف الضرر حسب طبيعة المصلحة التي اعتدى عليها، التي لا تعدوا أن تكون مادية أو معنوية، وكلاهما يوجب التعويض عنه،ولا فرق بينهما من حيث الشروط التي يجب توافرها ليستحق المتضرر التعويض، لذلك تظهر أنواع الضرر في أنه قد يكون ماديا (أولا) أو معنويا (ثانيا).

**أولا: الضرر المادي**

يعرف الضرر على أنه هو "ما يصيب الإنسان في جسمه أو في ذمته المالية منقصا منها فيتمثل في الخسارة المالية التي تترتب على المساس بالحق أو بمصلحة سواء كان الحق ماليا أو غير مالي"[1]، وعموما يتفق الفقه على أن المقصود بالضرر المادي هو الخسارة المادية التي تلحق المضرور نتيجة المساس بحق من حقوقه أو مصلحته المشروعة[2].

فالضرر المادي هو الذي يمكن تقويمه بالنقود، وهو الأذى الذي يصيب المضرور في حق من حقوقه التي يحميها القانون، سواء في جسمه أو في ماله، أو يصيبه في مصلحة مادية مشروعة، كما يتجلى الضرر المادي بوجهين: أولهما: الضرر الجسمي وهو الذي يصيب الإنسان في جسمه وحياته وثانيهما الضرر المالي وهو الذي يمس بحقوق ومصالح مالية للشخص، أما بالنسبة للضرر المادي للمطلقة تعسفا فيتمثل في ترك الزوجة لوظيفتها من أجل الاهتمام بزوجها وأولادها ثم يطلقها زوجها بدون سبب مما يسبب لها ضررا ماديا[3].

قد يترتب الضرر المادي نتيجة المساس بحق غير مالي كالمساس بسلامة الجسم إذا ترتب عليه خسارة مالية، كالعجز عن الكسب أو نفقات العلاج، سواء كان ذلك المساس جروحا أو كسورا أو وفاة،

(1) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج2، الواقعة القانونية، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 145.

(2) علي فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض،ط1، دار موفم للنشر، الجزائر، 2002، ص 247.

(3) بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص ص 26-27.

ويعتبر المساس بجمال الشخص ضررا ماديا بما يكلفه نفقات العلاج وما ينجم عنه من اضطرابات نفسية[1].

كما أن كل مساس بحق من الحقوق المتصلة بالإنسان، كالحرية الشخصية وحرية العمل، إذا كان يترتب عنه خسارة مالية، كحبس الشخص دون حق أو منعه من السفر للعمل يترتب عليه ضررا ماديا، كما يشترط أن تكون المصلحة مشروعة وهي التي لا تتعارض مع النظام العام أو الآداب العامة حسب نص المادة 97 من ق م ج[2]. وأن شرط مشروعية المصلحة في استعمال دعوى المسؤولية معناه لا دعوى بغير مصلحة، وقد كرست المادة 13 ق إ م إ[3]. ذلك لاستحقاق التعويض في الضرر، لابد أن يكون الضرر حالا أو محقق لوقوع ولو كان مستقبلا، أما إذا كان احتماليا فلا يستحق عنه التعويض إلا بحدوثه فعلا.

**ثانيا: الضرر المعنوي**

يتمثل هذا النوع من الضرر في الجانب غير المالي لذمة الإنسان، وهو المتعلق بالمشاعر، وعلى هذا الأساس يسمى بالضرر المعنوي أو الأدبي، يعرفه البعض بأنه "الضرر الذي يلحق الشخص في غير حقوقه المالية أو في مصلحة غير مالية، فهو ما يصيب الشخص في كرامته، شعوره، شرفه أو في عاطفة"[4].

الضرر الأدبي هو الذي يسبب ألما للمضرور وتتنوع مظاهره بسبب تنوع مصادر الضرر ودرجة شدته، فالألم الذي يسببه الضرر المعنوي يمكن أن ينتج عن اعتداء على حق غير مالي مثل الحقوق اللصيقة بالشخصية كالاعتداء على الشرف والاعتبار بالذم والشتم والسب، تحدث ضررا أدبيا يجيز للمضرور المطالبة بالتعويض عنه، إلا أن البعض عارض التعويض عن هذا النوع من الأضرار مستندين في ذلك إلى فكرة صعوبة تقويمه بالمال خلافا للضرر المادي الذي يمكن للقاضي تقدير

(1) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني، المرجع السابق، ص 146.

(2) تنص المادة 97 ق م ج: " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو لآداب عامة كان العقد باطلا".

(3) قانون رقم 08. 09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن ق إ م إ، ج ر، العدد 21،الصادر في 21 أفريل 2008 ، المعدل والمتمم.

(4) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 72.

تعويضه مما أثار الجدل الكبير حول مبدأ التعويض عنه، لكن هذا الجدل لم يعد قائما الآن، حيث انعقد الإجماع فقها وقضاءا على أن الضرر المعنوي يستوجب التعويض عنه كالضرر المادي[1].

يتضح جليا موقف المشرع الجزائري من فكرة التعويض عن الضرر المعنوي بشكل صريح في النصوص القانونية التي من بينها الدستور فقد جاء في نص المادة 40 من دستور 2016 على أنه "**يحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة المعاملة القاسية واللاإنسانية أو المهينة يقمعها القانون**"[2].

يتضح من خلال نص المادة أن الدستور قد كفل حماية الأشخاص من أي عنف سواء سبب ذلك ضرر مادي أو معنوي بالإضافة إلى حماية كرامة الأشخاص من أي مساس.

كما نصت المادة 47 من ق م ج على أنه: "**لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما لحقه من ضرر**"، تكرس هذه المادة حماية حقوق الأشخاص من أي اعتداء، بالإضافة إلى ذلك قد منح الحق للطرف المتضرر في المطالبة بالتعويض عن الأضرار المعنوية وقد تكون مادية أيضا، وعليه نجد أن الضرر الذي يلحق بالشخص من قبيل الضرر المعنوي والمادي في وقت واحد[3].

كما نص المشرع الجزائري على هذا التعويض في المادة 3 من ق إ ج في فقرتها الرابعة "**تقبل دعوى المسؤولية المدنية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو معنوية أو جسمانية ما دامت ناجمة عن الوقائع موضوع الدعوى الجزائية**"[4].

حكم القضاء الجزائري في تطبيقاته بدفع التعويض المعنوي عن الجروح غير المتعمدة والأضرار الجمالية والمساس بالشرف من هتك العرض، وعن الشعور بالألم من جراء موت ابن في حادث مرور وعن الضرر الجسمي والمعنوي الذي لحق الزوجة بسبب طردها بعد ثلاثة أيام من زواجها[5]. حيث

(1) بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص 75.

(2) قانون رقم 16-01 مرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437 الموافق 06 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري .

(3) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط8، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 240.

(4) أمر رقم 66-155 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية معدل ومتمم.

(5) بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 74.

تنص المادة 182 مكرر من ق م ج: "**يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة**". إلا انه يعاب على المشرع الجزائري أنه حصر التعويض عن الضرر المعنوي في ثلاث حالات وهي المساس بالحرية، الشرف والسمعة.

## المطلب الثالث

## الشروط الواجب توافرها في الضرر المستحق للتعويض

يشترط في الضرر المراد تعويضه أن تتوفر فيه شروط معينة، وقد أطلق عليها جانب الفقه صفات الضرر، وعلى الرغم من اختلاف الفقه المدني على تعدادها إلا انه يمكن القول أن أهم تلك الشروط نستخلصها أن يكون الضرر محقق الوقوع (الفرع الأول)، وأن يكون الضرر شخصيا (الفرع الثاني)، وأن يكون الضرر واقعا من أحد الزوجين على الزوج الآخر (الفرع الثالث)، وأن يكون الضرر مما لا يستطاع معه دوام العشرة الزوجية (الفرع الرابع).

### الفرع الأول

### أن يكون الضرر محقق الوقوع

يشترط في الضرر حتى يكون موجبا للتعويض أن يكون محققا، بمعنى أن يكون الضرر قد وقع فعلا أو سيقع حتما في المستقبل[1].

فالأول هو الضرر الذي وقع فعلا وتكونت عناصره ومظاهره التي توفر للقاضي إمكانية تقديره وتحديد مقداره كموت المضرور أو إصابته في جسمه أو في مصلحة مالية له، أما الضرر المستقبل مثلا يصاب شخص فيعجز عن العمل فيعوض ليس فحسب عن الضرر الذي وقع فعلا من جراء عجزه عن العمل في الحال، بل عن الضرر الذي سيقع حتما من جراء عجزه عن العمل في المستقبل،فإذا كان هذا الضرر يمكن تقديره فورا، فقدره القاضي وحكم به كاملا، أما إذا كان لا يمكن تقديره فقد يرجع ذلك إلى أن الضرر يتوقف تقديره على أمر لا يزال مجهولا[2]، وهذا ما ينطبق أيضا على طلب التفريق للضرر،بحيث شرط تحقق الضرر لا يكون فقط بعد الدخول والبناء، بل يكون كذلك قبل الدخول وعلى ذلك أن فلا يقبل رفع دعوى التفريق لضرر بعدم قبولها السماع لعدم الدخول والبناء،

(1) نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام،ج2، أحكام الالتزام، دار المعرفة الجامعية، مصر، 1999، ص 61.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص 975.

وهذا تأسيسا للمذهب المالكي الذي لا يفرق بين المدخول بها وغير المدخول بها في طلب التفريق للضرر فتقبل الدعوى في الحالتين[1].

## الفرع الثاني

## أن يكون الضرر شخصيا

من المنطقي أنه ليس لمن لم يلحقه ضرر شخصي أن يطالب بالتعويض، فالضرر هو الأذى الذي يلحق الشخص نتيجة المساس بحقوقه أو مصلحته الشخصية، مما يفيد الطابع الشخصي الخسارة المعنوية أو المالية التي لحقت بالمضرور، كما تقضي القاعدة لا دعوى بدون مصلحة[2]. فيستبعد بالتالي الادعاء المبني على ضرر حل بشخص آخر،ما لم يكن ذلك الشخص عديم الأهلية، فيتولى حينها وليه أو المسؤول عنه الادعاء باسمه، كما يحق للوكيل أن يطالب بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بموكله، والضرر الشخصي يكون إما ماديا أي ماسا بمصالح مالية، وإما جسديا أو معنويا، وهذا ما ينطبق على الضرر الموجب للتفريق أن يكون شخصيا، ومقتضى هذا الشرط أن يلحق الضرر بأحد الزوجين شخصيا سواء كان ماديا أو معنويا،ولا ينصرف إلحاق الضرر إلى أسرة أحد الزوجين، كأن يلحق الزوج ضررا بأسرة زوجته أو العكس، فهذا لا يعد ضررا موجبا للتفريق بين الزوجين[3].

## الفرع الثالث

## أن يكون الضرر واقعا من أحد الزوجين على الآخر

إذ يشترط في الضرر أن يكون شخصيا بحيث لا يتعدى إلى أسرة الزوج الآخر وكذلك يجب أن يسند الضرر على فعل أحد الزوجين، فلا يعتبر الضرر الواقع على أحد الزوجين من أسرة الزوج الآخر ضررا موجبا للتفريق، ولتحقق هذا الشرط يجب تحقق الاستقلال عن الأسرة، فالزوجة التي تسكن مع زوجها في بيت أهله لحقها ضرر من أسرة الزوج،ولم يستطع رفعه عنها بتوفير مسكن مستقل أو بأي

(1) فريحاوي كمال، التفريق للضرر في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2001، ص 23.

(2) علي فيلالي، المرجع السابق، ص 257.

(3) فريحاوي كمال، المرجع السابق، ص 23.

إجراء آخر فتطلق عليه للضرر غير أن الضرر هنا يؤسس على عدم توفير المسكن الشرعي المستقل[1].

## الفرع الرابع

## أن يكون الضرر مما لا يستطاع معه دوام العشرة الزوجية

لقد نصت أغلب التشريعات على شرط عدم استطاعة دوام العشرة الزوجية بين أمثال الزوجية. إن المشرع الجزائري أشار إلى أن الضرر يجب أن يكون معتبرا شرعا المادة 53 فقرة ستة من ق أ ج[2]. كما عبر المشرع الجزائري كذلك عن الضرر لشدة الخصام في المادة 56 من ق أ ج[3]. غير أن المحكمة العليا اشترطت في الضرر الخطورة والاستمرارية، فالمذهب المالكي الذي هو مصدر تشريعي لم يشترط جسامة الضرر أو خطورته،فقد نقل عن الإمام مالك قوله: "وليس عندنا في كمية الضرر وكثرته شيئا معروف". المقصود بالشقاق بين الزوجين هو النزاع الشديد والشقاق الذي لم تعد الحياة الزوجية معه تستحقه أن تحرص الزوجة عليها لما ينشأ عن ذلك من مفاسد شتى، والقانون أجاز للزوجة أن تطلب التطليق على زوجها للشقاق إذا استمر بينهما وبين زوجها، وذلك حماية لها ولأولادها من النشوء في جو عائلي يسوده شقاق مستمر[4].

فقد توسع الفقه الإسلامي كثيرا في الضرر بحيث جعل امتناع الزوج عن كلام زوجته ضررا يؤذيها، ويوجب التفريق، إلا أنه فقها وقضاءا اعتبر أن الضرر يجب أن يكون مما لا يستطاع معه دوام العشرة الزوجية أي تستمر معه حالة الشقاق فتهدم أهداف الزواج[5].

---

(1) فريحاوي كمال، المرجع السابق، ص 24.

(2) تنص المادة 53 فقرة 06 ق أ ج: "**كل ضرر معتبر شرعا ولا سيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 8 و37 أعلاه**".

(3) تنص المادة 56 ق أ ج: "**إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما. يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين**".

(4) عبد العزيز سمية، طرق انحلال الرابطة الزوجية وآثارها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، فرع العقود، البويرة، 2015، ص 154.

(5) فريحاوي كمال، المرجع السابق، ص ص 24-25.

# الفصل الثاني

## التعويض عن الطلاق التعسف

يملك الزوج الحق في إيقاع الطلاق على زوجته، وهذا الحق كفله الشرع والقانون، غير أن قانون الأسرة الجزائري، أحاط هذا الحق ببعض الضمانات حفاظا على قدسية الحياة الزوجية، فإذا أقدم الزوج على طلاق زوجته بدون سبب مسوغ عُد هذا الطلاق تعسفا، وتستحق حينئذ المطلقة تعسفيا تعويضا عن هذا الطلاق، حتى لا يغالى في استخدام هذا الحق، ويمكن القول أن الطلاق التعسفي هو الطلاق الواقع من الزوج على الزوجة دونما سبب معقول أو مسوغ شرعي وأشارت المادة 52 ق أ ج "**إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها**".

يتضح من خلال نص المادة أن المشرع الجزائري قد فتح المجال أمام تدخل سلطة القاضي في تقدير التعويض الذي لحق بالزوجة وعندما يقع الطلاق تترتب عليه جملة من الآثار منها النفقة والحضانة ويختص الطلاق التعسفي باستحقاق المطلقة للتعويض المالي لما سبب لها من أضرار إضافة إلى حقوقها الثابتة بالطلاق.

لذلك سنحاول في هذا الفصل التطرق إلى أهم آثار الطلاق التعسفي، وذلك خلال دراستنا للتعويض الذي تستحقه لجبر الضرر اللاحق بالمطلقة، لذلك نتطرق لمفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي (المبحث الأول) وحدود سلطة القاضي في تقديره لهذا التعويض (المبحث الثاني).

# المبحث الأول

# مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي

يعد الطلاق تصرف إرادي والزوج فيه هو صاحب الحق له أن يستعمله في غرضه، فإذا استعمله لغير ذلك أصبح تعسفا، وخاصة لما يتعلق الأمر بالمساس بشرف الزوجة، والاعتداء المباشر على عواطفها أو إلحاق أي ضرر بها، والذي يعتبر عملا غير مشروعا في هذه الحالة مما يستوجب فيه عملا يستحق التعويض، ولقد سبق الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد أقر للزوجة بحقها في التعويض في هذه الحالة وهذا طبقا لنص المادة 52 ق أ ج، ومن الثابت أن الشخص لا يستطيع أن يقضي حقه بنفسه بل باللجوء إلى القضاء، وهنا يلزم الفرد أن يقنع القاضي بوجود حقه الذي ينازعه الغير فيه، فإذا لم يتمكن صاحب الحق من إقامة الدليل على ادعائه انعدمت قيمة هذا الحق، ما يستوجب دراسة التعريف بالتعويض عن الطلاق التعسفي (المطلب الأول) ونفقة المتعة ونفقة العدة للمطلقة تعسفا (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

## التعريف بالتعويض عن الطلاق التعسفي

مصطلح التعويض له استعمالات ومرادفات لغوية واصطلاحية متعددة، وهذا ما يقتضي لمعرفتها استخلاص تعريف متوافق معه، وذلك من الجانب اللغوي والاصطلاحي على حد سواء (الفرع الأول) وبيان طبيعته القانونية (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

### تعريف التعويض عن الطلاق التعسفي وطبيعته القانونية

سنتناول في هذا الفرع التعريف بالطلاق التعسفي (أولا) ثم الطبيعة القانونية (ثانيا).

**أولا: التعريف اللغوي والاصطلاحي للتعويض عن الطلاق التعسفي**

نتطرق إلى التعريف اللغوي (أ) ثم التعريف الاصطلاحي (ب).

**أ- لغة**

مصطلح التعويض مأخوذ من العوض أي البدل، واسم العوض مفرد والجمع أعواض والمستعمل التعويض وعوضت فلانا إذا أعطته بدل ما ذهب منه[1]. واعتاضه جاءه طالبا العوض والصلة، واستعاضه وتعوضه ،سأله العوض، فعاوضه، اعطاه إياه[2]. وقيل بين العوض والبدل فرقا والعوض كلمتان صحيحتان أحدهما تدل على بدل للشيء والأخرى على زمان وبهذا يظهر أن العوض في اللغة يستعمل بمعنى البدل والخلق، أما التعويض فهو استقبالهما أو ما يعطى لطالبه منهما.

**ب- اصطلاحا**

استعمل فقهاء المسلمون التعويض في مواضع عدة، على سبيل المثال البدل الذي تدفعه المرأة لزوجها نظير طلاقه إياها، وبدل الشيء الواجب والعوض في العبادة وغيرها من الصور التي لم يخرج فيها لفظ التعويض عن معناه اللغوي ،وكان الفقهاء ينظرون إلى الضمان على أنه أعم من التعويض وقد استعملوه بمعاني متعددة، لأن التعويض لا يجب إلا إذا حدث الضرر، أما الضمان فهو الالتزام بالتعويض سواء حدث الضرر أم لا، وللضمان تعريفات منها:

تعريف المالكية: بأنه شغل ذمة أخرى بالحق، وهذا التعريف ينصرف إلى معنى الكفالة التي يراد بها ضمان النفس، والمقصود به ترتيب التزام في ذمة شخص آخر[3].

أما الشافعية: عقد يحصل به إلزام ثابت في ذمة الغير.

والضمان هو رد مثل الهالك أو قيمته، ومن التعريفات السابقة للضمان نجد أنها تضمنت معنى التعويض وذكرت سببه تلميحا وهو حدوث الضرر والهلاك والتلف، فلا يكون التعويض في الشريعة إلا بمقابل الإتلاف والغضب، والتعويض هو العوض الذي يستحقه المضرور جبرا لضرر وهو الالتزام بالتعويض[4].

(1) جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 208.

(2) حياة خطاب، الطلاق التعسفي وآثاره في التشريع الجزائري، مذكرة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأحوال الشخصية كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015، ص 52.

(3) حياة خطاب، المرجع السابق، ص 52.

(4) المرجع نفسه، ص 52.

ولقد عرّفه جميل فخري محمد جانم أنه "عقوبة مالية، تجب على الطرف الذي أوقع الضرر بالطرف المتضرر، لما أصابه من ضرر، نتيجة استعمال الطرف الأول لحقه بوجه غير مشروع"[1].

**ثانيا: الطبيعة القانونية للتعويض عن الطلاق التعسفي**

التعويض المقرر لصالح الزوجة بمناسبة إيقاع الطلاق، لا يخضع للقواعد العامة المنوه عنها في المادة 124 من ق م ج. فإن الحق المخول في إيقاع الطلاق يختلف عن نظرية الحق في القانون المدني، إذ من طبيعة خاصة ومصدر آخر متمثل في العصمة الزوجية المستمدة من الشريعة الإسلامية، وتعويض الزوجة في حالة الطلاق لا ينطلق من المادتين 41 و124 ق م ج، وإنما مصدره مسؤولية الزوج في الطلاق، لأنه صاحب العصمة[2]. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه ما يلي " **إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمله التعويض عن الطلاق**"[3]، وجاء في تأكيده أن التعويض والنفقة هي ناتجة عن مدى تحمل الزوج مسؤولية الطلاق وتقدير نفقة الإهمال، وهذه المبالغ لا تدخل في تعويض الأضرار الناتجة عن التعسف الذي يكون بنية إلحاق الضرر بالغير.

الأضرار المنصوص عليها في المادتين 41 و124 من ق م ج، لا تدخل في التعويض الناتج عن المسؤولية التقصيرية، فلما كان مبلغ التعويض والنفقة لا يدخل تحت الأضرار المنصوصة في المادتين ،فإن قضاة الاستئناف لم يخالفوا القانون وإن قرارهم سليم، غير أنه تجدر الإشارة إلى أن الطاعنة إن كان قد لحقها ضرر ناتج عن المسؤولية التقصيرية طبقا للمادة 124 م ج، فعليها أن تثبت الضرر المذكور في دعوى مستقلة وتطلب التعويض مقابل ذلك، وعليه فإن الأوجه المذكورة تكون غير مؤسسة، الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن[4].

لم يعرف المشرع الجزائري التعويض تعريفا دقيقا، لكنه ذكره في نص المادة 132 من ق م ج: "**يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف...، ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي،**

(1) جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 208.

(2) باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 86.

(3) أنظر قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2000/02/22، رقم الملف 235367، المجلة القضائية، ص 275.

(4) باديس ديابي، المرجع السابق، ص ص 86-87.

**تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع**"، وكما رتبت المادة 124 ق م ج الالتزام بالتعويض في ذمة كل من يسبب ضررا للغير بأفعاله.

مما سبق يمكن استخلاص تعريف التعويض في مفهوم القانون المدني الجزائري :"الالتزام الناشئ في ذمة المتسبب في الضرر بإصلاحه بأداءات مالية أو عينية[1].

من التعريفات السابقة أن التعويض عن الطلاق التعسفي هو ما يقدمه الزوج لزوجته تعويضا عن طلاقها بدون سبب بحيث يكون للقاضي السلطة التقديرية في تقديره، لأن الزوج بطلاقه لزوجته قد أضر بها ماديا أو معنويا[2].

## الفرع الثاني
## رأي الفقه في التعويض عن الطلاق التعسفي

لقد أخذ جمهور الفقهاء بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي من خلال إقرارهم بالطلاق، أما الفقهاء المعاصرون فقد اختلفوا في حكم التعويض على مذهبين، وهذا ما سنتناوله القائلون بالتعويض عن الطلاق التعسفي (أولا) والقائلون بعدم جواز التعويض عن الطلاق التعسفي (ثانيا).

### أولا : القائلون بالتعويض عن الطلاق التعسفي

ذهب فريق من العلماء المعاصرين ومنهم عبد الرحمن الصابوني ووهبة الزحيلي وعبد الفتاح عايش وغيرهم إلى الأخذ بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي[3] ،حيث استدلوا على ذلك بما يلي:

– قياس التعويض على المتعة المعطاة للمطلقة، والتي أوجبها بعض الفقهاء، واستحبها البعض الآخر ورغّب فيها القرآن لقوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾[4]، حيث يقترح بعض المفكرين أن تكون للمرأة على الزوج تعويض إذا أساء استعمال حقه في الطلاق ليفكر في عاقبة أمره،قبل أن يقدم على تطليق زوجته، والشريعة العادلة أرفق للمرأة وأرحم وأسبق إلى ما فكر فيه،

(1) بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص ص 34-35.

(2) المرجع نفسه، ص ص 34-35.

(3) المرجع نفسه،ص 35.

(4) سورة البقرة، الآية 241.

فقد أجيبت لها هذا التعويض باسم المتعة، سواء أساء الرجل استعمال حقه أم أحسن، لأن باستقلاله بالطلاق إساءة لها وضياع لمستقبلها وتفويت لفرص لها قد لا تعود، والقاضي منوط له لإنصاف المظلومين، فعليه معاقبة من يسئ التصرف سواء كان ذلك في ماله أو في طلاقه[1].

قياس التعويض على المخالفة في الإسلام، حيث أباحت الشريعة الإسلامية للزوج أن يأخذ من زوجته العوض المتفق عليه، أو يسقط جزء من مهرها، إذا رضيت بذلك مقابل طلاقها[2].

أباحت الشريعة للزوج أن ينزل عن شيء من حقوقه ، كما أجاز الإمام أحمد بن حنبل أن تشترط على زوجها ما تراه أكفل براحتها.

قد أوجب كل من عبد الرحمان الصابوني وعبد الفتاح عايش التعويض على الزوجة إذا طلقت نفسها طلاقا تعسفيا ، بناءا على تفويض الزوج لها، إذا لحقها بسببه ضرر، كما أوجب على الزوج التعويض لزوجته إذا طلقها بغير سبب وأضر بها، وبذلك لم يفرق في التعويض عن الطلاق التعسفي بين الزوجين ،فقد أوجباه على من أوقعه الزوجين للآخر إذا لحقه بسببه ضرر لقول **الرسول صلى الله عليه وسلم:** "لا ضرر ولا ضرار"[3]، إذ العبرة بحصول الضرر على المتضرر، ولا عبرة لمن أوقع الضرر[4].

اعتبر بعض الفقهاء أن المتعة تجب للمطلقة قبل الدخول التي يسم لها مهر، والتعويض يجب لكل مطلقة ما دام تبين أنه لا بد مباشرة لها في إيقاع الطلاق[5] لقول الله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمۡ تَمَسُّوهُنَّ أَوۡ تَفۡرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةٗۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلۡمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلۡمُقۡتِرِ قَدَرُهُۥ﴾[6].

(1) جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 238.

(2) المرجع نفسه، ص 209.

(3) عن أبي سعيد سعد بن مالك بن سنان الخدري رضي الله عنه، حديث حسن رواه ابن ماجة، والدار قطني وغيرهما مسندا ورواه مالك في الموطأ مرسلا عمر بن يحيى عن أبيه.

(4) جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 209.

(5) نور الدين حيدب، التعسف في استعمال قبل وبعد قيام الرابطة الزوجية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون أسرة، جامعة أكلي محند أولحاج ،البويرة، 2015، ص 51.

(6) سورة البقرة، الآية 236.

**ثانيا: القائلون بعدم جواز التعويض عن الطلاق التعسفي**

ذهب فريق من العلماء المعاصرين إلى عدم الأخذ بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي، وذلك بناء على أن الطلاق حق مباح للزوج في الشريعة الإسلامية لا يتقيد استعماله بوجوب الحاجة التي تدعوا إليه، فإذا طلق الزوج زوجته دون سبب ظاهر فهو مستعمل لحقه الشرعي ولم تكن منه، أي إساءة تستوجب مسؤوليته عن الضرر الذي يلحق الزوجة بسبب الطلاق ومنه عدم تعويض الزوجة[1].

**ثالثا: الرأي الراجح**

من خلال نظرية التعسف في استعمال الحق التي لها جذور في الفقه الإسلامي، والتي عمل بها الفقهاء القدامى، وإن لم تكن معروفة بهذا الاسم إلا أنهم قد عرفوها وطبقوها في أحكامهم ومن خلال تطبيقها على حق الطلاق بأن الشريعة الإسلامية قد أخذت بمبدأ التعويض، وذلك بإقرارهم لمتعة الطلاق، فإن في إيجاب المتعة على المطلق تطبيقا عمليا لنظرية التعسف في استعمال الحق، ولذلك فهي تعويض مالي للمطلقة على مطلقها ،جبرا لخاطرها وتسلية لها عن الفراق، وتوضيح ذلك أن الأصل في الطلاق الحظر، فإن طلق الزوج زوجته دون مبرر شرعي، فقد ناقض مقصد الشارع من تشريع الطلاق، بلك يكون متعسفا في طلاقه، أما إذا طلق الزوج زوجته لحاجة مشروعة فإن الله تعالى يعلم الغيب، فجمهور الفقهاء قد أخذوا بوجوب متعة الطلاق.

فقد قال أحد الفقهاء أنه لا توجد في كتب الفقهاء القدامى والمذاهب الاجتهادية من أوجب التعويض على المطلق مع متعة الطلاق، بل ذهب جميعهم إلى الأخذ بمتعة الطلاق فقط، مع الخلاف بينهم بأن المتعة واجبة أو مندوبة، ولم يتطرق أحدهم لذكر التعويض كعقوبة إضافية على المتعة، وقال بأن المتعة تغني عن التعويض، ويقول محمد الزحيلي أن متعة الطلاق هي الصورة الشرعية والعلاج الفقهي لتعويض المرأة عن الطلاق، وأما إذا فوض الزوج الطلاق إلى زوجته، ثم طلقت نفسها بناءا على التعويض دون سبب مشروع، فلا يجب التعويض للزوجة[2].

---

([1]) جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 224-225.

(2) المرجع نفسه، ص ص 224-226.

## الفرع الثالث

## شروط التعويض عن الطلاق التعسفي

يكون الزوج ملزما بدفع التعويض عن طلاقه من زوجته طلاقا تعسفيا، وذلك بتوفر مجموعة من الشروط كأن تكون الزوجية قائمة (أولا) وأن يكون الزوج صاحب الأمر بالطلاق (ثانيا) وأن يكون متعسفا في الطلاق (ثالثا).

### أولا: أن تكون علاقة الزوجية قائمة بين الزوجين

لا يتم تعويض الزوجة المطلقة عن طلاق تعسفي إلا إذا كانت علاقة الزوجية قائمة فعلا بين الزوجين، فلا يمكن أن يكون عقدا بدون دخول، بل يجب أن يتم الدخول والمعاشرة الزوجية، لذلك لا بد أن تسلم الزوجة نفسها إلى زوجها، وأن تمكنه من الاستمتاع بها، وإذا لم يحدث ذلك ففي هذه الحالة لا يكون الحديث عن موجبات التعويض حال طلاقها تعسفيا. فلا تعويض عن طلاق تعسفي إلا بتمام الدخول، وأن يحكم به من تعويض عن طلاق قبل الدخول إنما هو تعويض عن ضرر معنوي وليس من طبيعة التعويض عن الطلاق التعسفي[1].

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها التي جاء فيها: "من المقرر قانونا أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع، وتبين من قضية الحال أن الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابتة، وأن عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضررا معنويا بالمستأنفة، وعليه فإن قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول والحكم بتعويضها طبقوا صحيح القانون مما يستوجب رفض الطعن[2].

### ثانيا: أن يكون الزوج صاحب الأمر بالطلاق بإرادته المنفردة

مفاد هذا الشرط أن يكون الزوج هو الذي طلب الطلاق بإرادته المنفردة وليس بتراضي الطرفين، أو بطلب من الزوجة (أي التطليق)، وهذا ما يستنتج من المادة 52ق أ ج، حيث أن المشرع حدد فقط تعسف الزوج في الطلاق، ولم يذكر حالة الطلاق بالتراضي وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه ما يلي: "**متى كان مقررا قانونا أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفا زوجته ونتج عن**

(1) باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص ص 09-10.

(2) قرار المحكمة العليا رقم 216865 بتاريخ 1999/03/16، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا، العدد 1999، ص 256.

**ذلك ضررا لمطلقته، فإن كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها وحكم لها به، فالحكم لها بالتعويض غير شرعي، ومن ثم القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد فهما خاطئا للقانون**". في قضية الحال أن الزوجة هي التي طلبت التطليق فإن قضاة المجلس الذين وافقوا على الحكم الابتدائي وتعديلاته برفع مبلغ التعويض ونفقة العدة ونفقة الإهمال، بالرغم من تصريح الحكم الابتدائي بأن الزوجة رفضت الرجوع، فإنهم بقضائهم كما فعلوا فهموا المادة 52 ق أ ج فهما خاطئا، استوجب نقض القرار جزئيا في التعويض والسكن ونفقة الإهمال[1].

**ثالثا: أن يكون الزوج متعسفا في إيقاع الطلاق**

يعد من أهم الشروط الواجب توافرها حتى نكون أمام تعويض للمطلقة من طلاق غير مبرر، وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة لم يورد تعريفا خاصا للتعسف وهذا ما يحيلنا بالرجوع إلى القواعد العامة وذلك بالرجوع لنص المادة 124 مكرر من التقنين المدني، نستنتج بعد استقراء نص هذه المادة أن المشرع الجزائري مدد حالات التعويض عن الطلاق إلى الصورة الثانية المتمثلة في التطليق وهذا ما أكده نص المادة 53 من ق أ ج[2].

## المطلب الثاني

## نفقة المتعة ونفقة العدة للمطلقة تعسفا

يرى كثير من الباحثين المعاصرين ومنهم محمد بلتاجي وأحمد فراج حسين وغيرهم[3] ،أن التعويض على الطلاق التعسفي الذي تنص عليه الأحوال الشخصية العربية، مصدره المتعة التي شرعت كأثر للطلاق، كما نص المشرع الجزائري على نفقة العدة في المادة 61 ق أ ج، واعتبرها كأثر من آثار الطلاق في المواد 58 60 ق أ ج، وعليه نفقة المتعة للمطلقة تعسفا (الفرع الأول)، ونفقة العدة للمطلقة تعسفا (الفرع الثاني).

(1) قرار المحكمة العليا تحت رقم 853017، مؤرخ في 1989/03/27، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد 01، ص 56.

(2) تنص المادة 53 من ق أ ج: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

(3) بن زيطة عبد الهادي ، المرجع السابق، ص 152.

## الفرع الأول
## نفقة المتعة للمطلقة تعسفا

يقتضي الأمر تعريف المتعة (أولا) وحكمها (ثانيا) وتقديرها (ثالثا) وموقف القانون والقضاء منها(رابعا) والتمييز بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي (خامسا).

**أولا: تعريف المتعة:** يقتضي الأمر تعريف المتعة في اللغة (أ) والاصطلاح الشرعي (ب).

**أ- المتعة لغة:** من متع يمتع متاعا، وهو من التمتع بالشيء، الانتفاع به، وكل ما ينتفع به من عروض الدنيا فليلها وكثيرها، ويقال: تمتعت به أتمتع تمتعا، ومتعة المرأة: ما وصلت به بعد الطلاق من نحو القميص والأزرار والملحفة وهي متعة الطلاق[1].

**ب- المتعة اصطلاحا:** عرفها الفقهاء بتعريفات مختلفة هي كالآتي:

عرفها المالكية: بأنها ما يعطيه الزوج لمن طلقها زيادة على الصداق لجبر خاطرها المنكسر بألم الفراق.

عرفها الشافعية: بأنها المال الذي يجب على الزوج لامرأته لمفارقتها إياها.

أما الحنفية والحنابلة فلم يقوموا بتعريفها بالرغم من ورود أحكامها في كلا المذهبين.

والمراد بالمتعة شرعا ما تمتع به الزوجة وتعويضا لها، عن الفرقة بينها وبين زوجها، من الثياب التي تلبسها المرأة للخروج عادة أو ما يعادلها من مال أو أي عوض[2].

**ثانيا: حكم المتعة**

اختلف الفقهاء في حكم متعة الطلاق للمطلقات طلاقا تعسفيا على رأيين منهم من قال بأن حكمها الوجوب ومنهم من قالب الاستحباب، والمطلقات بحسب وجوب المتعة أو استحبابها لهن ثلاثة أنواع:

1- مطلقة قبل الدخول ولم يفرض لها صداق، 2- مطلقة قبل الدخول وفرض لها صداق، 3-مطلقة بعد الدخول فرض لها أم لم يفرض.

(1) المصري مبروك، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 225.

(2) بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 153.

**1- المطلقة قبل الدخول ولم يفرض لها صداق:** يظهر في ذلك في قوله تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمۡ تَمَسُّوهُنَّ أَوۡ تَفۡرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةٗ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلۡمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلۡمُقۡتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَٰعَۢا بِٱلۡمَعۡرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلۡمُحۡسِنِينَ﴾[1].

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن المتعة واجبة للمطلقة قبل الدخول والتي لم يفرض لها، إذا لم يُسم لها مهر أو كانت التسمية فاسدة[2]. وذهب مالك والليث وابن ليلى إلى أن المتعة مستحبة غير واجبة في جميع الأحوال، لأن الله تعالى خصهم بها على سبيل الإحسان والتفضيل، والإحسان ليس بواجب.

**2- المطلقة قبل الدخول وفرض لها صداق:** اتفق الفقهاء على أن المطلقة قبل الدخول والتي قد فرض لها صداق، فإن لها نصف المهر المسمى لقوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدۡ فَرَضۡتُمۡ لَهُنَّ فَرِيضَةٗ فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ إِلَّآ أَن يَعۡفُونَ أَوۡ يَعۡفُوَاْ ٱلَّذِي بِيَدِهِۦ عُقۡدَةُ ٱلنِّكَاحِۚ وَأَن تَعۡفُوٓاْ أَقۡرَبُ لِلتَّقۡوَىٰۚ وَلَا تَنسَوُاْ ٱلۡفَضۡلَ بَيۡنَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعۡمَلُونَ بَصِيرٞ﴾ [3]. ثم اختلفوا في حق المتعة فذهب الجمهور أن لا متعة لها، جمعا بين هذه الآية وآيات المتعة، قوله تعالى: ﴿وَلِلۡمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعُۢ بِٱلۡمَعۡرُوفِۖ حَقًّا عَلَى ٱلۡمُتَّقِينَ﴾[4]. وذهب ابن حزم إلى أن لها المتعة ونصف المهر المسمى، وهو مروى عن الزهري أن لكل مطلقة متعة[5].

3- **المطلقة بعد الدخول فرض لها أم لم يفرض لها:** اختلف الفقه في المطلقة بعد الدخول فرض لها أم لم يفرض لها شيء، لأن المهر يثبت بالدخول بلا منازع، لكن هل المتعة لها من باب الوجوب؟ أم من باب الاستحباب؟

(1) سورة البقرة، الآية 236.

(2) محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر،عمان،2007، ص 181.

(3) سورة البقرة، الآية 237.

(4) سورة البقرة، الآية 241.

(5) المصري مبروك، المرجع السابق، ص 227.

**أ- الرأي القائل بالوجوب:**

ذهب الشافعي في رواية لأحمد بن حنبل أن المتعة واجبة للمطلقة بعد الدخول إن لم تكن الفرقة منها أو بسببها[1]. وأن الأمر للوجوب في قوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُن﴾ وهو مروى عن عمر وعلي والحسن بن علي وابن عمر ولا مخالف لهم في الصحابة، كما استدلوا أيضا: بقوله تعالى: ﴿فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلاً ﴾[2]، وجه الاستدلال أن الله عز وجل قد أوجب بهذه الآية المتعة على الرسول صلى الله عليه وسلم لو طلق نساءه، ومعلوم أن الرسول دخل بنسائه.

**ب- الرأي القائل بالاستحباب:**

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول أن المتعة لا تجب للمطلقات بعد الدخول، وهي مستحبة لكل المطلقات ولا تجب إلا لمطلقة واحدة وهي التي طلقت قبل الدخول ولم يسمى لها مهرا أو كانت فاسدة، وهو قول الشافعي والأوزاعي وسفيان الثوري واستدلوا بقوله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾ وقوله أيضا ﴿حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾، وجه الاستدلال لو كانت واجبة لأطلقها على الخلق أجمعين وإنما قصرها على المتقين والمحسنين، فهي على سبيل الإحسان والتفضل وليس بواجب.

**الرأي الراجح:** أن المتعة واجبة لكل مطلقة إلا التي طلقت قبل الدخول وقد فرض لها، فلها نصف المهر[3].

**ثالثا: تقدير المتعة**

ذهب الشافعية في الراجح والحنابلة في وجه إلى أنه يرجع في تقديرها إلى الحاكم، لأنه أمر لم يرد الشرع بتقديره فيرجع فيه إلى الحاكم كسائر الأمور الاجتهادية، وذهب بعض الشافعية بأنها تصح بما

(1) محمد كمال الدين إمام، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 477.

(2) سورة الأحزاب، الآية 49.

(3) المصري مبروك، المرجع السابق، ص 182.

يصدق عليه اسم المال، لأن الله تعالى جعلها على الموسر بقدر طاقته، فلا يقبل منه ما يصدق عليه اسم المال[1].

قال تعالى: ﴿مَتَٰعَۢا بِٱلۡمَعۡرُوفِۖ﴾[2]. وليس من المعروف أن يعطي الغني امرأته ما يصدق عليه اسم المال، وذهب بعض الحنابلة إلى أن أعلاها خادم على الموسر وأدناه كسوة، وذهب الحنفية إلى مثل هذا الرأي فقد روها بالمعروف على حسب زمانهم، فقالوا في المتعة الواجبة هي درع وخمار وملحفة، وحدها الأعلى ألا تزيد عن نصف مهر المثل، وحدها الأدنى ألا تقل عن خمسة دراهم، لأنها قائمة مقام نصف مهر ومهر من لم يسم لها مهر هو مهر المثل، فلا تزيد عن نصفه، وأقل المهر عندهم عشرة دراهم، فلا تقل عندهم عن نصفه وللمطلق أن يزيد عن نفسه ما شاء، وهذا في المتعة الواجبة لا المستحبة[3].

ولعلّ الرأي الراجح أن تقدير المتعة يرجع إلى الحاكم، لأنه أمر يحتاج إلى اجتهاد كسائر الاجتهادات الأخرى، وهذا ما روي عن أحمد وهو أصح قولي الشافعي .مما يؤكد هذا ما روي عن الحسن أنه سأل عن المتعة وقال: كان منهم من متع بالخادم والنفقة، ومن كان دون ذلك متع بالمتعة والكسوة، ومن كان دون ذلك متع بملحفة ودرع وجلباب، ومن كان دون متع بثوب واحد، إذن فكل واحد متع على حسب قدره من الخادم إلى الثوب الواحد، أما إذا تراضى الرجل ومطلقته على قدر معين، ينفذ ما تراضيا عليه قل أم كثر، فإن اختلفا ولجأت المطلقة إلى القضاء، فينبغي أن يحكم لها من المال يراعى فيه حال الزوج يسرا وعسرا، ونسبة الضرر اللاحق بالزوجة، وحال كون الرجل متعسفا في استعماله لهذا الحق الاستثنائي أو وضعه في موضعه الذي شرع له، فلا ضرر ولا ضرار[4].

(1) محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 183.

(2) سورة البقرة، الآية 236.

(3) محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 183.

(4) المصري مبروك، المرجع السابق، ص 233.

**رابعا: موقف القانون والقضاء من نفقة المتعة**

**1 قانونا**

بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة، نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى نفقة المتعة ولم يجعلها لا من آثار الطلاق قبل الدخول، ولا بعده، وهذا خلافا للمشرع المصري الذي نص على المتعة في قانون الأحوال الشخصية، وأوجبها للمطلقة بعد الدخول وقبله، ما لم يفرض لها مهر، كان لها نصفه دون نفقة المتعة[1].

**2 قضاءا**

أما القضاء الجزائري فقد اختلطت عليه الأمور ولم يتبن موقفا واحدا، حيث أشار في العديد من قراراته إلى نفقة المتعة، عكس المشرع الذي نص فقط على التعويض عن الطلاق التعسفي، إلا أن هذه القرارات جاءت متناقضة، حيث نجد قضاة المحكمة العليا اعتبروا المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي شيئا واحدا، ومن هذه القرارات نذكر القرار الذي جاء فيه: "**من المقرر شرعا وقضاءا أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق من غير مبرر... فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة**"[2].

فمن خلال هذا القرار يتضح أن القضاة اعتبروا المتعة تعويضا عن طلاق غير مبرر، وهو التعريف القانوني للتعويض عن الطلاق التعسفي الذي تستحقه المطلقة إذا كان الطلاق بتظليم الزوج المطلق[3].

بينما هناك قرار آخر من القضاء الجزائري، سلك مسلك آخر وذلك بالفصل بين نفقة المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي، وهو ما جسده قرار المحكمة العليا الذي جاء فيها: "**من الأحكام الشرعية، أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا، نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي يحكم به لها، من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح**

(1) وهو ما نصت عليه المادة 18 مكرر، من قانون الأحوال الشخصية المصري.

(2) قرار المحكمة العليا الصادر في 27 جانفي 1986، المجلة القضائية لسنة 1993، العدد 04، ص 61.

(3) باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 101.

**المطلقة، والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي**"[1].

وعليه فالقرار هذا جاء مبينا الاتجاه الأول، فهو يجعل نفقة المتعة من آثار الطلاق وليست ذات صلة بالتعويض عن الطلاق التعسفي[2].

وعليه من خلال المادة 222 ق أ ج[3]. التي تحيل إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في حال غياب نص قانوني، وهو ما اعتمده القضاة في قرارهم السابق، الذي يمنح بالزوجة نفقة متعة إضافية إلى التعويض عن الطلاق التعسفي، هذه النفقة تمنح للزوجة إضافة للتعويضات الأخرى كنفقة العدة ونفقة الإهمال وغيرهما، وتقدير ذلك ضمن صلاحيات القاضي، الذي يفصل في قضية الطلاق إذ يخضع لسلطته التقديرية، وهو الأمر الذي أكدته المحكمة العليا في قرارها: "**من المستقر عليه قضاءا، أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها...**"[4].

**خامسا: التمييز بين المتعة و التعويض عن الطلاق التعسفي:**

من خلال ما سبق يتضح أن هناك نقاط تتفق فيها المتعة مع التعويض والتي يمكننا أن نلخصها فيما يلي:

- كلاهما يوجبان بعد الطلاق.
- كلاهما يعتبر تعويضا لجبر الضرر اللاحق بالمطلقة.
- كلاهما يحدده القاضي.
- كلاهما اختلفا فيه الفقهاء والقوانين في بيان الحد الأعلى و الأدنى.

كما أن هناك أمور عدة تختلف فيه المتعة عن التعويض وهي كالآتي:

- وجوب متعة الطلاق منصوص عليه بنصوص القرآن وأما التعويض فهو أمر اجتهادي فيعتبر جزاء للتعسف في استعمال الحق في الطلاق.

(1) قرار المحكمة العليا الصادر في 7 أفريل 1986، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 02، ص 69.

(2) باديس ديابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية، المرجع السابق، ص 103.

(3) تنص المادة 222 ق أ ج "**كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون، يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية**".

(4) قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 20 أفريل 1986، نشرة القضاء لسنة 1989، العدد 02، ص61.

- المتعة تجب في جميع حالات الفرقة سواء كانت طلاقا أم فسخا، أما التعويض فإنه يجب في حالة واحدة هي إيقاع الزوج الطلاق على زوجته دون سبب مشروع.
- نفقة المتعة تجب لكل مطلقة في الفقه الإسلامي، متى كان الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج، سواء كان متعسفا أو غير متعسف، أما التعويض فيكون فقط في حال ثبوت التعسف[1].

من خلال هذه المقارنة نصل إلى أنه كان على المشرع الجزائري الإشارة إلى نفقة المتعة في نصوصه، لأنها ليست نفسها التعويض عن الطلاق التعسفي، فينص صراحة على أحقية المرأة المطلقة في الحصول على المتعة في كل الحالات التي يكون الطلاق بإرادة الزوج المنفردة[2].

## الفرع الثاني

## نفقة العدة للمطلقة تعسفا

نص المشرع الجزائري على نفقة العدة في المادة 61 ق أ ج، ولكن قبل ذلك نص على العدة كأثر من آثار الطلاق في المواد 58 ـ60 ق أ ج، وقبل التطرق إلى نفقة العدة وجوبها شرعا وقانونا، وموقف القضاء منها، لابد من تحديد تعريف العدة وأنواعها، وأخيرا التطرق إلى تاريخ بداية حساب العدة ويقتضي الأمر تعريف العدة (أولا)، وتحديد أنواعها وكيفية حسابها (ثانيا)، ثم نصل إلى تحديد موقف القانون والقضاء منها (ثالثا).

**أولا: تعريف العدة**

يقتضي تعريف العدة تعريفها لغة (1) واصطلاحا (2):

**1- لغة:** هي الإحصاء والعد إحصاء الشيء عده يعده عدا وتعدادا[3]. والعدد في قوله تعالى: ﴿فَسِيحُواْ فِي ٱلۡأَرۡضِ أَرۡبَعَةَ أَشۡهُرٖ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّكُمۡ غَيۡرُ مُعۡجِزِي ٱللَّهِ ۙ وَأَنَّ ٱللَّهَ مُخۡزِي ٱلۡكَٰفِرِينَ﴾[4].

ويقال انقضت عدة الرجال إذا انقضى أجله، كما يقال اعتدت المرأة وفاة زوجها أو طلاقه إياها[5].

---

(1) جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص ص 234-235.

(2) زوقاغ نادية، دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة في ظل تقنين الإجراءات المدنية والإدارية وتقنين الأسرة، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون، عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013، ص ص 78-79.

(3) عبد الحميد جياش، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وآثارهما، ط1، مكتبة الزهراء، بيروت، 2009، ص 261.

(4) سورة التوبة، الآية 02.

(5) عبد الحميد جياش، المرجع السابق، ص 261.

**2- اصطلاحا:** عرفها الفقهاء تعريفات مختلفة يمكن بيانها على النحو التالي:

عرفها الحنفية: اسم لأجل ضرب لإنقاض ما بقي من آثار النكاح[1] وكما عرفها المالكية: المدة التي جعلت دليلا على براءة الرحم بفسخ النكاح، أو موت الزوج أو طلاقه[2].

عرفها الحنابلة: التربص المحدد شرعا وعرفها الشافعية: اسم لمدة تتربص فيها المرأة براءة رحمها أو للتعبد أو لتفجعها على زوجها[3].

نلاحظ من تعريفات الفقهاء أنها متقاربة والاختلاف بينهما لفظي لا يؤدي إلى الاختلاف في المعنى المقصود من العدة، ومع ذلك فتعريف الحنفية يبقى أهم التعريفات وأشملها، وذلك لتناوله لجميع أنواع العدة، والعدة في قانون الأسرة الجزائري تلك المدة التي تنتظرها الزوجة عقب وقوع الفرقة، بحيث لا يجوز لها أن تتزوج قبلها[4]. وقد نص قانون الأسرة الجزائري في المادة 30 بأنه "**يحرم مؤقتا من طلاق أو وفاة**".

والحكمة من مشروعية العدة معرفة براءة الرحم حتى لا تختلط الأنساب، وإعطاء الزوج فرضه ليتمكن من الرجوع لمطلقته ومشاركة أهل الزوج المتوفي في مصابهم[5]. ورعاية لحق الزوج وإظهار التأثر لفقده بالمنع من التزيين والتجمل، ولهذا جعل الله عز وجل العدة المتوفى عنها زوجها أطول من غيرها والتنويه بعظم شأن الزواج، لا ينحل إلا بانتظار طويل يعلم به انحلاله، ولتحقيق هذه الغاية جعل الله الطلاق رجعيا في أكثر حالاته وأمر المعتدة بالبقاء في البيت الزوجية فإذا خرجت سقط حقها في النفقة[6].

(1) محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 337.

(2) المرجع نفسه، ص 337.

(3) عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 327.

(4) المرجع نفسه، ص 327.

(5) العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2013، ص127.

(6) عبد الحميد جياش، المرجع السابق، ص ص 262-263.

**ثانيا: أنواع العدة وكيفية حسابها**

تختلف عدة المرأة بحسب الوضع الذي هي فيه وبطبيعة الفرقة بينهما[1]. والعدة تتنوع إلى أنواع العدة بالقروء (1) وبالأشهر (2).

**1. العدة بالقروء:** قالت عائشة رضي الله عنها "تدرون ما الأقراء؟ إنما الأقراء الأطهار"، ولم يختلف العلماء ولا الفقهاء أن القرء لغة يقع على الطهر والحيضة[2]. إنما اختلفوا في المراد لقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ۚ﴾[3].

فقال جمهور أهل المدينة الأطهار، وقال العراقيون الحيض.

**2- العدة بالأشهر:** تجب على صنفين من النساء لمن لا تحيض (أ) والمتوفى عنها زوجها (ب) وبوضع الحمل (3).

**أ- من ليست من ذوات الحيض:** إذا كانت المرأة صغيرة لم تحض بعد، أو كانت كبيرة يئست من المحيض، فكلاهما تعتد إذا طلقت بثلاثة أشهر[4]. لقول الله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ ۚ﴾[5].

**ب- المتوفى عنها زوجها:** سبب وجود هذه العدة هي الوفاة بعد زواج صحيح، سواء كانت الوفاة قبل الدخول أو بعده، وسواء كانت ممن تحيض أم لا، تدوم أربعة أشهر وعشرة [6]. لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ۖ﴾[7].

(1) بن الشويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 224.
(2) عبد الحميد جياش، المرجع السابق، ص 263.
(3) سورة البقرة، الآية 228.
(4) العربي بختي، المرجع السابق، ص 128.
(5) سورة الطلاق، الآية 04.
(6) العربي بختي، المرجع السابق، ص 129.
(7) سورة البقرة، الآية 234.

**3- العدة بوضع الحمل:** إذا كانت المطلقة حاملا وقت طلاقها، فإن عدتها تنقضي بوضع حملها، ولو كان الوضع بعد الطلاق[1]. وهذا في قوله تعالى:﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ﴾[2].

وتبدأ المرأة في حساب عدتها من انقطاع الزوجية بالطلاق، ويلغى اليوم الذي حصل فيه الطلاق من الحساب، ولا يتوقف ابتدائها على علم المرأة أو معرفتها بالفرقة، لأن سببها الفرقة فتوجد بوجودها[3].

**ثالثا: موقف القانون والقضاء من نفقة العدة وتاريخ سريانها**

نص المشرع في قانون الأسرة صراحة على العدة، بموجب المادة 61 ق أ ج: "... **ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق**"، كما نص أيضا على أنواع العدة في المواد 6058، حيث نصت المادة 58 ق أ ج: "**تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر، من تاريخ التصريح بالطلاق**".

من خلال هذه المادة يظهر أن المشرع الجزائري اعتمد تقسيم الفقهاء للعدة، حيث نص على عدة المطلقة المدخول بها، التي تكون بالقروء وعدة اليائس من المحيض بالأشهر، لكنه لم ينص على عدة الصغيرة التي لم تحض بعد، وذلك لعدم قبوله بزواج الصغيرة، هذا وحدد عدة المتوفى عنها زوجها، وكذلك عدة الحامل بوضع الحمل من خلال المادتين 59 ... 60 ق أ ج[4].

أما القضاء الجزائري فإن معظم الأحكام والقرارات القضائية الصادرة عن مختلف الجهات القضائية، نجدها لا تحدد الفترة التي تعتد فيها المرأة المطلقة، كما أن المبلغ المحكوم به أي نفقة العدة هو نفسه تقريبا بالنسبة كل المطلقات، وهو أمر غير منصف فالتي تعتد ثلاثة قروء ليست كالتي تعتد عدة وضع الحمل، خصوصا إذا طلقت في بداية حملها[5].

(1) عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 330.

(2) سورة الطلاق، الآية 04.

(3) عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 330.

(4) زوقاغ نادية، المرجع السابق، ص 81.

(5) المرجع نفسه، ص 81.

نجد قرار المحكمة العليا التي كرست حق المرأة في نفقة العدة ما يلي: "**متى كان المقرر شرعا، أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها، سواء كانت ظالمة أو مظلومة، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية**"[1].

أما تاريخ سريان العدة نجد المادة 58 ق أ ج: "**تعتد المطلقة المدخول بها.... من تاريخ التصريح بالطلاق**"، من خلال هذه المادة نجد من يفسرها على أن بداية سريان العدة هو من تاريخ النطق بالحكم القاضي بالطلاق، ومنهم الأستاذ فضيل سعد وعبد العزيز سعد، وهذا الرأي أنتقد، ذلك أن اعتبار تاريخ سريان عدة الطلاق يبدأ من تاريخ تصريح القاضي بالطلاق، يعد في حقيقة الأمر خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

يعود هذا الاختلاف إلى غموض نص المادة 58 ق أ ج، وعدم وضوحها ذلك أن المشرع لم يوضح المقصود بتاريخ التصريح بالطلاق[2].

والأصح أن تاريخ بداية حساب العدة بتلفظ الزوج بالطلاق، وذلك في حالة ما إذا كان الطلاق خارج ساحة القضاء، أي الحاصل في المنزل تأخذ به الشريعة الإسلامية ولكن لا يأخذ به القانون أما أمام القاضي فيكون تاريخ رفع الدعوى، هو تاريخ وقوع الطلاق وتاريخ بداية حساب عدة الطلاق لأن الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي ذلك طبقا لنص المادة 57 ق أ ج.

في الأخير رغم الاختلاف حول تاريخ سريان عدة الطلاق بالإرادة المنفردة، يجب على الجهة القضائية التي رفعت أمامها دعوى الطلاق، أن تحكم بنفقة العدة وتحددها إما بمبلغ إجمالي أو بمبلغ شهري، ويجب على القاضي أن يشير إليها في نفس الحكم ويراعى عند تقديرها ظروف كل من الزوج والزوجة[3].

(1) قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 22 أكتوبر 1984، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 03، ص 69.

(2) زوقاغ نادية، المرجع السابق، ص 82.

(3) المرجع نفسه، ص 83.

# المبحث الثاني

# حدود سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي

يختلف الدور الذي يلعبه قاضي شؤون الأسرة نوعا ما عن الدور الذي يقوم به باقي القضاة كالذين ينظرون في القضايا الجزائية أو الجنائية، فحل المشاكل الأسرية تختلف عن حل باقي المشاكل ووظيفة القاضي فيها جانب اجتماعي كبير وخصوصا أنه سوف يقضي لصالح أحد الزوجين على الآخر بالتعويض، لذلك فقد منح لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة في تعويض أحد الأزواج حين يستعمل الزوج الآخر حقه في الطلاق، فهنا تدخل سلطة القاضي في التعويض للطرف المتضرر، إلا أن هذه السلطة التقديرية رغم أنها تظهر مطلقة إلا أن لها حدود وهذا ما يظهر من خلال الإجراءات التي يخضع لها القاضي في تقديره للتعويض عن الطلاق التعسفي (المطلب الأول) وسلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

## الإجراءات التي يخضع لها القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي

رغم ما لقاضي شؤون الأسرة من سلطة تقديرية واسعة في تعويض الضرر عن الطلاق التعسفي، غير أن هذه السلطة تخضع لبعض القيود الإجرائية، فسلطة القاضي تختلف من قاضي لآخر وكذلك إجراءات الدعوى تختلف من قسم لآخر ولهذا سوف نوضح في هذا المطلب إجراءات سير دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي (الفرع الأول) والتزام القاضي بطلبات الخصوم (الفرع الثاني) وضرورة تسبيب الأحكام القضائية (الفرع الثالث).

### الفرع الأول

### إجراءات سير دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي

تناول المشرع الجزائري من خلال القسم الخاص بإجراءات التقاضي في شؤون الأسرة الدعاوى التي يجب رفعها أمام الجهة القضائية المختصة نوعيا وإقليميا[1]. للفصل في منازعات الطلاق ولهذا سوف نتناول الاختصاص النوعي والمحلي للنظر في الفصل في دعاوى التعويض عن الطلاق التعسفي (أولا) والإجراءات الشكلية التي تمتاز بها هذه الدعاوى (ثانيا).

(1) المواد من 32-47من قانون رقم 09.08 المتضمن ق إ م إ .

**أولا: الاختصاص النوعي والإقليمي للنظر في دعاوى التعويض عن الطلاق التعسفي**

تعتبر دعاوى التعويض عن الطلاق من توابع فك الرابطة الزوجية، ولهذا سوف نوضح في البداية الاختصاص النوعي (1) ثم الاختصاص الإقليمي فيما يخص هذه الدعاوى (2).

**1- الاختصاص النوعي**

تنص المادة 423 ق إ م إ في فقرتها الأولى: "**يختص قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية: الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج، والرجوع إلى البيت الزوجية وانحلال الرابطة الزوجية وتوابعها، حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة...**".

من خلال هذا النص يتضح لنا صلاحيات قسم شؤون الأسرة وقد تناولها المشرع على سبيل الحصر، سواء عددا أو وصفا، والملاحظ أيضا على النص أنه تضمن عبارة (بالأخص) وهو ما يستنتج منه أن الأمر يتعلق باختصاص المحكمة النوعي في هذا الجانب، مما يسمح للخصوم بإثارة الدفع الرامي إلى القضاء بعدم اختصاص المحكمة المطروح أمامها النزاع متى لم تكن مختصة بموجب هذا النص[1]. وأوضح أيضا نص المادة أن دعاوى التعويض عن الطلاق التعسفي يؤول إلى قسم شؤون الأسرة، فمثل هذه الدعاوى تعتبر من توابع فك الرابطة الزوجية، وهذا يعني عدم اختصاص القاضي المدني في مثل هذه الدعاوى التي ترمي إلى تعويض الزوج المتضرر.

بما أن التقاضي كأصل عام يكون على درجتين طبقا للمادة 6 ق إ م إ فهذا يعني أنه بالنظر إلى الاختصاص النوعي تفصل المحكمة إما بأحكام ابتدائية كأصل عام، أو نهائية كاستثناء، وتكون المطالبة بالتعويض عن ضرر الطلاق في نفس العريضة للطالب وقد تكون في دعوى مستقلة لاحقة أو في مرحلة الاستئناف، لأن التعويض عن الطلاق يعتبر من الجوانب المادية، أما حكم القاضي بالطلاق أو التطليق أو الخلع فهو يعتبر حكم نهائي، وهذا ما وضحته أحكام المادة 57 من ق أ ج[2].

(1) فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 170.

(2) المادة 57 ق أ ج: "**تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية، تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للاستئناف**".

يعتبر الاختصاص النوعي من النظام العام وهذا ما نصت عليه المادة 36 ق إ م إ: "**عدم الاختصاص النوعي من النظام العام تقضي به الجهة القضائية تلقائيا في أي مرحلة كانت عليها الدعوى**". فالنص حدد طبيعة الاختصاص النوعي، فقرر أنه من النظام العام. أما ما جاء في الفقرة 6 من المادة 32 ق إ م إ أنه: "**في حال جدولة قضية أمام قسم غير القسم المعني بالنظر فيها، يحال الملف إلى القسم المعني عن طريق أمانة الضبط بعد إخبار رئيس المحكمة مسبقا**"، من خلال هذا النص يمكن القول أن الاختصاص النوعي لقسم شؤون الأسرة يخضع لنظام الإحالة وفقا لما نص عليه قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

## 2- الاختصاص الإقليمي:

يقصد بالاختصاص الإقليمي نصيب كل محكمة من حيث موقعها من إقليم الدولة، فهي القواعد التي تهتم بتوزيع القضايا على أساس جغرافي أو إقليمي بين مختلف المحاكم من نفس النوع[1].

نص عليه المشرع الجزائري في المادتين 40 الفقرة الأولى و426 ق إ م إ وبالرجوع إليهما نجدهما تحددان الاختصاص الإقليمي تبعا لطبيعة كل نزاع، إما موطن المدعى عليه وموطن المدعي، الموطن المشترك، أو بناءا على اختيار الطرفين، أما القضايا التي لم يرد ذكرها فيتم الرجوع فيها إلى القواعد العامة للاختصاص[2].

طبقا لنص المادة 37 ق إ م إ[3]. التي تقضي بأن ترفع الدعوى بصفة عامة أمام محكمة موطن المدعى عليه.

أما فيما يخص دعوى الطلاق فتكون المحكمة المختصة هنا الواقع في دائرة مكان مسكن الزوجية[4]، وحتى الدعوى المستقلة الرامية إلى التعويض عن الطلاق فإن الاختصاص الإقليمي فيه يعود إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مسكن الزوجية، وطبقا لنص المادة 36ق م ج. في حالة عدم وجود مسكن زوجي يحل محلها الإقامة العادي للزوج، الذي هو نفسه محل إقامة الزوجة، وبالتالي

(1) فريجة حسين، المرجع السابق، ص 38.

(2) بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2، دار بغدادي، الجزائر، 2009، ص 329.

(3) تنص المادة 37 ق إ م إ: "**يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه...**".

(4) نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص ص 69-70.

محل الزوجية الذي ترفع في دائرة اختصاصه دعوى الطلاق، بالرغم من ما يظهر من سهولة هذا الإجراء إلا أنه قد يثير عدة إشكالات، مما يجعل من الأمر أكثر تعقيدا وهذا حين يكون الزوجان غير مستقرين في مكان معين، أي أنهم كثيرو الانتقال من مكان لآخر هنا يثار الإشكال في أي من الأماكن يؤول الاختصاص في هذه الحالة؟ [1].

يبقى أن طبيعة الاختصاص الإقليمي في أنه ليس من النظام العام حسب نص المادة 47 ق إ م إ: "**يجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي قبل أي دفع في الموضوع أو دفع بعدم القبول**".

من كل ما سبق نرى أن المشرع الجزائري حدد الاختصاص الإقليمي في هذا النوع من القضايا، لاعتبار أن الأسرة لها كيان قانوني خاص بها، يفترض أن يكون له موطن خاص لا هو موطن الزوج ولا موطن الزوجة، بل هو مسكن الزوجية[2].

**ثانيا: إجراءات عريضة قبول الدعوى التي تتميز بها دعوى التعويض عن الطلاق:**

أهم شروط قبول الدعوى التي تناولتها المادة 13 ق إ م إ وجاء فيها: "**لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون، يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه، كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون**".

الصفة هي تلك العلاقة المباشرة التي تربط أطراف الدعوى مدعيا كان أو مدعى عليه بموضوع النزاع، بينما المصلحة هي المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية وقت اللجوء إلى القضاء، هذه المنفعة تشكل الدافع وراء رفع الدعوى والهدف من تحريكها، ويشترط في المصلحة أن تكون قائمة أو محتملة، كما يجب أن تتوفر في المصلحة الطابع الشخصي والمباشر، وعليه على طالب التعويض عن الطلاق سواء كانت الزوجة أو الزوج أن تتوفر فيهما نفس الشروط، لو فرضنا أن الزوجة هي المدعية

(1) "الرأي الغالب والأقرب إلى الصواب هو المسكن الأخير الذي سكنه الزوجان قبل رفع الدعوى"، "وهناك صعوبات لتحديد المحكمة المختصة لما يكون بيت الزوجية متواجد في الخارج، فهناك يمكن اللجوء إلى مكان تواجد بيت الزوجية قبل مغادرة أرض الوطن، أومكان تسجيل عقد الزواج إذا وقع في الجزائر"، عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة دكتوراه الدولة في القانون، الجزائر، 2007، ص 454؛ ينظر: عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد (ترجمة للمحاكمة العادلة)، موفم للنشر، الجزائر، 2009، ص 338. ينظر: المادة 46 ق إ م إ.

(2) عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص 455.

يجب أن تتوفر فيها الصفة وهي الزوجية ولابد أن تتوفر فيها المصلحة، وهنا لابد أن توضح سبب رفع دعواها وتوضح المصلحة المرجوة من رفع دعوى ضد الزوج[1].

وكما ذكرنا أن القضاء في الأحوال الشخصية تعتريه أحكام خاصة، ففي دعوى التعويض عن الطلاق فإن هذه الدعوى تخضع لإجراءات خاصة وهي ما وضحتها المادة 49 ق أج التي نصت على: "**لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته 3 أشهر، ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، إذ يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي محاولات الصلح يوقعه مع كتاب الضبط والطرفين** ...".

يتضح من خلال نص المادة أن المشرع قد ألزم قاضي شؤون الأسرة قبل الفصل في الموضوع وفي بادئ الأمر أن يقوم بإجراء جلسات صلح بين الزوجين، ولعلها تكون سببا في معرفة أصل الخلاف الواقع بين الزوجين، وقد يكون رأي القاضي في هذه الجلسات رأي يرتاح له كلا الزوجين، مما يؤدي إلى رجوع الحياة الزوجية، وجاء نص المادة 439 ق إ م إ مؤكدا هذا الإجراء نصت أنه: "**محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية**". جاءت المادة بلفظ الوجوب أي سواء كان طلب الطلاق من الزوج أو الزوجة، فإن محاولة الصلح أمر وجوبي على قاضي شؤون الأسرة إتيان هذا الإجراء بغض النظر عما يتحقق من نتائج إيجابية أو سلبية.

تعتبر محاولات الصلح إجراء من النظام العام، لا يجوز الاتفاق على مخالفته، وتظهر أهميته في تقصي الحقيقة أولا ويظهر من خلال الأسئلة التي يطرحها القاضي على الزوجين حتى يستنبط من الذي أدى بالآخر إلى طلب الطلاق، ومعرفة هل هناك تعسف في استعمال حق الطلاق أم لا وما مبرراته، فكل هذه الجزئيات لا تتضح في العرائض والمذكرات الجوابية للزوجين ولهذا يمكن لقاضي شؤون الأسرة أن يؤسس حكمه على ما هو مكتوب في عرائض الزوجين، وتخلف هذا الإجراء يجعل من الحكم قاصرا وعرضة للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا وذلك على أساس الخطأ في تطبيق القانون[2].

جاء في هذا الشأن قرارات عديدة للمحكمة العليا تؤكد على إلزامية هذا الإجراء من بينها القرار الصادر بتاريخ 1991/06/18 جاء فيه: "**من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ بعد خطأ في تطبيق القانون،**

(1) عبد الرحمن بربارة، المرجع السابق، ص 38.

(2) فريجة حسين، المرجع السابق، ص 173.

**وإما كان من الثابت ـ في قضية الحال ـ أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين، استوجب نقض القرار المطعون فيه**"[1]. وقد صدر قرار آخر للمحكمة العليا يوضح إلزامية محاولة الصلح بين الزوجين ووجوب هذا الإجراء من خلال القرار الصادر في 2006/11/15: "**محاولة الصلح في دعوى الطلاق، تتم وجوبا أمام المحكمة فقط**"[2].

كما جاء قرار آخر بهذا المعنى صدر بتاريخ 2009/01/14 جاء فيه: "**القضاء بالتطليق خلعا دون إجراء محاولات الصلح بين طرفي النزاع، مخالف أحكام المادة 49 من ق أ ج**"[3].

وضح المشرع الجزائري أيضا في المادة 49 ق أج طول مدة هذا الإجراء بأن لا يتجاوز مدة ثلاثة أشهر من وقت رفع الدعوى، ووضحت أحكام المادة 443 ق إ م إ على وجوب تثبيت ما جرى في محاولات الصلح في محضر أمين الضبط وتحت إشراف القاضي، ويبين فيه النتائج المتحصل عليها إيجابية أو سلبية، مع توقيعه من القاضي وأمين الضبط والزوجين في المحضر، ويوضع المحضر بأمانة الضبط.

يلزم قاضي شؤون الأسرة بإجراء آخر يتمثل في تعيين حكمين في حالة اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجاء نص المادة 56 ق أعلى أنه: "**إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين**"، وضحت كل من المادة 446، 449 من ق إ م إ مهام الحكمين ودورهما وإلى إنهاء مهامهما من قبل قاضي شؤون الأسرة.

(1) قرار المحكمة العليا، المجلس الأعلى لغرفة الأحوال الشخصية، 1991/06/18، ملف رقم 75141، المجلة القضائية 1993، عدد 01، ص 65.

(2) قرار المحكمة العليا، المجلس الأعلى لغرفة الأحوال الشخصية، 2006/11/15، ملف رقم 372130، مجلة المحكمة العليا 2007، عدد 02، ص 463.

(3) قرار المحكمة العليا،المجلس الأعلى لغرفة الأحوال الشخصية، 2009/01/14، ملف رقم 477546، مجلة المحكمة العليا 2009، عدد 02، ص 279.

## الفرع الثاني
## التزام القاضي بطلبات الخصوم

يتمثل الطلب في الإجراء الذي يقوم به أحد أطراف الدعوى إلى القضاء لغرض ادعائه طالبا الحكم به، حيث يحتوي على مجموعة من العناصر الموضوعية والشخصية والشكلية.

وعملا بأحكام المادة 25 ق إ م إ يتحدد موضوع النزاع بالادعاءات التي يقدمها الخصوم في عريضة افتتاح الدعوى ومذكرات الرد، وتحديد موضوع النزاع مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا، وقد بينت أحكام هذه المادة في فقرتها الثالثة على أن هناك خمسة أنواع من الطلبات: "... **تتحدد قيمة النزاع بالطلبات الأصلية والإضافية أو بالطلبات المقابلة أو المقاصة القضائية** ...".

الطلبات الأصلية هي التي تنشأ بها الخصومة ما لم تكن موجودة من قبل، وترفع بورقة تسمى عريضة افتتاح الدعوى، ويجب أن تطرح على المحكمة المختصة بها بجميع الوجوه، ويقابلها طلبات عارضة[1].

ترتب عن الطلب الأصلي نشأة الخصومة بين المدعي والمدعى عليه، ومن يوم افتتاح الدعوى وبدأ سريانها يصبح القاضي ملزم بالتحقيق في الطلبات والفصل فيها، فإن امتنع القاضي عن الفصل في الطلب يكون قد ارتكب خطأ وذلك بإنكاره العدالة، لأن صاحب الحق المعتدى عليه إن لم يحصل على الحماية القضائية فإنه سيحاول القصاص بنفسه لنفسه، كما أنه ليس للمحكمة أن تفصل فيما لم يطلبه الخصوم، فإن قضت بما لم يطلبه الخصوم أو جاوزت فيه، فإن حكمها يكون خاطئ وجاز الطعن فيه[2].

يتضح مما تقدم أنه يجب أن يحتوي الطلب الأصلي على نقاط والتي تتمثل في تحديد نطاق الخصومة، من جهة موضوعها وسببها وأطرافها، وتقدم قيمة الدعوى بقيمة الطلب الأصلي ويعرف نوعها من نوع الطلب الأصلي، لأنه أول طلب يقدم إلى القضاء، وكل ذلك يفيد تحديد القسم المختص بالنظر في النزاع، كما يفيد قابلية الطعن فيه[3].

---

(1) فريجة حسين، المرجع السابق، ص 27.

(2) المرجع نفسه، ص 27.

(3) المرجع نفسه، ص 27.

أما الطلبات العارضة فهي التي تبدأ أثناء النظر في الخصومة، وتقدم الطلبات العارضة من طرف المدعي وتسمى طلبات إضافية وقد توجه من طرف المدعى عليه بهدف تعديل الطلبات الأصلية.

غير أن الطلب المقابل يقصد به الطلب الذي يقدمه المدعى عليه للحصول على منفعة فضلا عن طلبه رفض مزاعم خصمه[1]. من أمثلة ذلك أن يقيم الزوج المدعي دعوى رجوع إلى البيت الزوجية فتقدم الزوجة المدعى عليها طلبا مقابلا يتمثل في تعويضها على إهمال وعدم النفقة عليها، وعليه فدعوى الطلاق أو التعويض عن الطلاق تخضع لنفس المبادئ العامة التي تخضع لها الدعوى المدنية، حيث تعتبر الدعوى كقاعدة عامة هي ملك لأطرافها ولهم الحق في إبداء طلباتهم ودفوعهم، كما لهم تقديم وسائل الإثبات على طلباتهم ودفوعهم، وعلى القاضي أن يلتزم بطلبات الخصوم ولا يمكن أن يستخدم معلوماته الشخصية عن موضوع النزاع، وليس له أن يستحدث دليلا غير صادر من الخصوم في الدعوى.

ومن المبادئ الأساسية أن القاضي لا يباشر وظيفته إلا بناءا على الطلبات الموضحة في العريضة، فلو علم القاضي بوجود نزاع بين الزوجين فإنه لا يستطيع أن ينظر في هذا النزاع، دون أن يقدم الطلب من أحد الزوجين، فالقاضي لا يعمل من تلقاء نفسه لأنه لو بدأ القاضي الخصومة دون طلب لأصبح مدعيا وحاكما في نفس الوقت، بالتالي يصبح قاضي شؤون الأسرة منحازا ضد المدعى عليه، وخروج القاضي عن حياده يجعل حطمه قابلا للنقض والإبطال، كما تجدر الإشارة أن المدعي قد يضع في عريضته الافتتاحية طلبات أخرى احتياطية أي لاحقة بالطلب الأصلي حيث يهدف المدعي في هذه الحالة إلى الحكم، والأخذ بأحدهما، لأن المحكمة تلتزم فقط بالفصل في أحدهما فإذا قبل الطّلب الأصلي يحضر عليها النّظر إلى الطّلب الاحتياطي ولا تفصل فيه إلا إذا رفضت الطّلب الأصلي.

وعليه نلاحظ مدى تدخّل القضاة وتحليلهم لطلبات الخصوم وهذا ما يوضح لنا أنه ملزمين بما يقدّمه الخصوم من طلبات في حال كانت مؤسّسة قانونا، لأن القضاة لا يأخذون بالطّلبات التي لا تستند إلى أي أساس قانوني[2].

إن أحكام القضاة وقراراتهم قد تصبح معرضة للطعن بالنقض في حالة حكم القاضي بما لم يطلبه الخصوم، أو أكثر مما طلب[3]، وهذا ما أكدته المادة 358 ق إ م إ في فقرتها السّادسة عشر والسابعة

(1) فريجة حسين، المرجع السابق، ص 27.

(2) نبيل صقر، المرجع السابق، ص ص 108-109.

(3) فريجة حسين، المرجع السابق، ص ص 108-109.

عشر وجاء فيها: "**لا يبنى الطّعن بالنّقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الأخرى، الحكم بما لم يطلب أو بأكثر ممّا طلب، السهو عن الفصل في أحد الطّلبات الأصلية**".

## الفرع الثالث

## التزام القاضي تسبيب الأحكام القضائية

يقصد بالتّسبيب تبرير النّتيجة الّتي توصّل إليها القاضي، ويجب أن يعتمد هذا التبرير على المنطق السّليم وعلى أحكام القانون، ويعني بالرّد على طلبات ودفوع الأطراف ومذكّراتهم المودّعة بصفة قانونية، وإعطاء التّكييف القانوني السليم للوقائع، فهو يعبّر على جدّية المحكمة واطلاعها على تفاصيل الخصومة، وتطبيق القانون بشأنها بصفة سليمة[1].

.يعد الالتزام بالتّسبيب وسيلة اطمئنان وأداة اقتناع وجب على القاضي به، فلا يمكنه الحكم دون بيان أسبابه فعن طريق الأسباب يتضح الاقتناع الذاتي للقاضي، ويكون مبنيا على أسس موضوعية حقيقية ويقينية، تبرّر صدور حكمه في الوقائع والقانون، فتسبيب الحكم ضمانة أقرها الدّستور الصّادر سنة 1996 في مادته 144 وجاء فيه: "**تعلّل الأحكام القضائية وينطق بها في جلسات علانية**"[2]. وأكّده دستور 2009. فتسبيب الحكم ضمانة أقرّها الدّستور حتّى تتسنّى المراقبة اللازمة للأحكام، وكذا كفالة حقوق أطراف النّزاع، لذا فإن عدم ذكر الأسباب في الحكم أو القرار يعرّضهم للنّقض[3]. وهذا ما أكّدته أحكام المادة 358 ق إ م إ في فقرتها التّاسعة، العاشرة والحادية عشر وجاء فيها "**لا يبنى الطّعن بالنّقض إلاّ على وجه واحد أو أكثر من الأوجه التّالية...انعدام التّسبيب، قصور التّسبيب، تناقض التسبيب مع المنطوق...**". لأن تسبيب الأحكام يعتبر إجراء مهم في بناء الحكم وهذا ما أكّدته أحكام المادة 277 ق إ م إ.

تتجلى أهمّية التسبيب في الأحكام والقرارات في أنّها تثبت مدى صحّة هذا الحكم أو القرار وهذا يتضح من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 25|12|1989 وجاء فيه: "**متى كان المقرّر قانونا أنه إذا وجد تناقضا بين حيثيات القرار ومنطوقه فإن هذا القرار يكون مشوبا بانعدام التّسبيب والتناقض، ولما كان ثابتا في قضية الحال أو القرار المطعون فيه ويشير في حيثياته إلى تاريخ سريان النفقة ورفعها بالنسبة للبنتين والأم في منطوقه يصرح بالمصادقة على الحكم المستأنف برفع مبلغ**

(1) فريجة حسين، المرجع السابق، ص ص 108-109.

(2) مرسوم رئاسي رقم 96. 438، المرجع السابق.

(3) فريجة حسين، المرجع السابق، ص 09.

**التعويض فقط وعليه فان هدا القرار يكون مشوبا بالتناقض، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه**"[1].

يتبين لنا الخلط الذي وقع فيه قضاة الموضوع والتناقض الصارخ الذي وقع بين حيثيات القرار ومنطوقه، بينما في حيثيات القرار يشير إلى تحديد سريان نفقه الأم وابنتيها مع تقرير بدفعها، بينما منطوق القرار نجده يصادق مبدئيا على الحكم المستأنف وبرفع التعويض فقط دون ذلك نفقة الأم وابنتيها مع التقرير برفعها، بينما منطوق القرار نجده يصادق مبدئيا على الحكم المستأنف ويرفع مبلغ التعويض فقط دون ذكر نفقة الأم وابنتيها بالرفع مع انه تتطرق لها في الحيثيات مما جعل القرار متناقضا فيما بين حيثياته ومنطوقه، وعليه ترتب نقض القرار[2].

لقد وضح لنا هذا القرار أهمية تسبيب الأحكام وضروریاتها كإجراء جوهري حتى يتسنى لأطراف الدعوى وكذلك للمحكمة العليا من معرفة الأسس والقواعد التي اعتمدها القاضي في بناء حكمه، بالإضافة إلى ذلك فإلزامية تسبيب الأحكام الغرض منها حماية القاضي نفسه، أو حماية هيئة الحكم إن كانت جماعية، حتى يقنع القاضي الغير بالمنطوق الذي توصل إليه وجب أن يسرد جملة من الأسباب ومجموعة علل وبراهين تؤكد صحة وعدالة وموضوعية ما وصل إليه، حتى يثبت جهده في القضية ويدفع أي شبهة ترد على الأحكام والتنبيه لحلولها من التعسف والجور، ولاشك أن ذلك يبعث الاطمئنان في نفوس المتقاضي[3].

## المطلب الثاني

## سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي

السلطة التقديرية هي الحرية المتروكة للقاضي بمقتضى القانون صراحة أو ضمنا من أجل اختيار الحل، ويكون مجالها واضح في النص القانوني كلما استعمل لفظ: يحق، يتعين للقاضي، يجوز... وتعد السلطة الممنوحة للقاضي عبارة عن تكليف ومسؤولية، من خلالها يلتزم القاضي بتحقيق إرادة الشرع من تطبيق النص القانوني على الوقائع المعروضة عليه.

(1) قرار المحكمة العليا،المجلس الأعلى لغرفة الأحوال الشخصية، 1989/12/25، ملف رقم 56268، المجلة القضائية 1991، العدد 03، ص 58.

(2) فريجة حسين، المرجع السابق، ص 09.

(3) المرجع نفسه، ص ص 108-109.

فأصبحت السلطة التقديرية للقاضي تمثل ركنا مهما في العمل القضائي بصفة عامة، فهي ضرورة حتمية للدعوى وللقاضي، يلجأ إليها بموجب تصريح من قبل المشرع للاهتداء إلى الحكم القانوني بصدد الدعوى المثارة أمامه، ووفقا لذلك يتعين على القاضي أن يراعي القواعد المنظمة لهذه السلطة خصوصا عندما يستعمل السلطة التقديرية الناجمة عن الطلاق، وهذا ما سوف نوضحه من خلال ضرورة تقدير التعويض حسب جسامة الضرر ودرجة التعسف (الفرع الأول) وضرورة تقدير التعويض حسب حال الزوجين (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

## تقدير التعويض حسب جسامة الضرر ودرجة التعسف

يتضح من نص المادة 52 ق أ ج أن المشرع الجزائري ترك المجال مفتوحا لسلطة القاضي في تقدير التعويض في هذه الحالة على أساس وجود التعسف وعلى أساس الضرر اللاحق بالزوجة، وقد نصت المادة 53 مكرر من نفس القانون على أنه: "**يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها**"، يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع لم يحدد معايير تحديد الضرر، ولا لضوابط تحديد التعويض، بل تركها لسلطة القاضي التقديرية في تعويض الضرر.

أما المادة 55 ق أ ج على أنه: "**عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر**"، يتضح من هذه المادة أن المشرع فتح المجال أمام القاضي لاستعمال سلطته التقديرية في تعويضا الضرر.

إن المشرع أعطى حق التعويض للزوجة في حالة تعسف الزوج في الطلاق أي أنه طلق زوجته دون مبرر شرعي أو أن الزوجة لحقها ضرر في حالة التطليق كما سبق ذكرها في المادة 53 مكرر قانون أسرة، بالإضافة إلى أنه يقضي بالتعويض للطرف المتضرر عند نشوز أحد الزوجين، وهذا حسب أحكام المادة 55 ق أ ج، لم يتطرق لحالة الزوجين في تحديد مبلغ التعويض أو إلى تحديد طريقة تسديد هذا المبلغ من التعويض، غير أن قاضي الموضوع حينما تعرض أمامه مثل هذه الدعاوى، دعوى التعويض عن الطلاق فإنه بالرغم من تمتعه بسلطة تقديرية واسعة في تعويض الضرر اللاحق بأحد الأزواج، فيقدر هذا التعويض حسب جسامة الضرر ودرجة التعسف في استعمال هذا الحق (الطلاق) فيكون التعويض المستحق للمضرور مساويا للضرر الذي لحقه دون زيادة أو نقصان.

يكمن الهدف من التعويض في جبر الضرر، فيجب على القاضي أن يقدر التعويض تقديرا صحيحا ومساويا لقيمة جسامة الضرر الموجب للتعويض ماديا أو معنويا، فجسامة الضرر تختلف باختلاف الأطراف والظروف الملابسة، مثلا جسامة الضرر الواقعة للمطلقة التي كانت متزوجة لمدة 20 سنة وهي أم لأربعة أولاد، ليست نفسها بالنسبة للمطلقة التي لم يدم زواجها 4 سنوات وليس لها أولاد، فالقاضي بالرغم من تمتعه بسلطة تقديرية في تعويض الضرر غير أنه ملزم بتقدير التعويض حسب جسامة الضرر، وكذلك حسب درجة التعسف في استعمال الحق.

نجد القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1997/12/23 جاء فيه: "**من المقرر قانونا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، ومن المقرر أيضا أنه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر، ولما كان ثابتا أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغ فيه متعسفا من طرف الزوج فأن تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر وتعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها، فإن القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبقا لأحكام نص المادة 55 ق أ قد طبقوا القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن**"[1]. يتضح أن قضاة الموضوع قد قضوا بتعويض المطلقة بالرغم من أنها هي التي طلبت الطلاق، وهذا التعويض منح لها نظرا لجسامة الضرر اللاحق بها من طرف الزوج.

## الفرع الثاني

## تقدير التعويض حسب حال الزوجين

بالرغم من أن المواد 52 و53 مكرر و55 من ق أ ج جاءت مطلقة وفتحت مجالا واسعا أمام سلطة القاضي التقديرية في تعويض الضرر عن الطلاق، إلا أن القاضي يبقى مقيد بضوابط عامة حتى يعطى قوة ومصداقية لحكمه، وقاضي الموضوع أثناء قيامه بتقدير التعويض فإنه يراعى الأمور ويقف عليها حتى يؤسس حكمه على قواعد قانونية، ظروف الزوجين الاجتماعية والمادية تدخل في تقدير التعويض بالرغم أن نصوص المواد السابق ذكرها لا يلزم القاضي باعتداد بظروف الزوجين المادية إلا أنه في الواقع العملي، نجد أن قضاة الموضوع يقدرون التعويض على حسب حال الزوجين، ويتضح هذا

(1) قرار المحكمة العليا،المجلس الأعلى لغرفة الأحوال الشخصية، 1997/12/23، ملف رقم 181648، المجلة القضائية 1997، عدد01، ص 49.

عند النظر في تسبيب الأحكام والأكثر من هذا فهناك قرارات للمجالس ترفع أو تخصص مبلغ التعويض على الطلاق، استنادا في ذلك على حال الزوجين.

ومن هذه الأحكام الحكم الصادر عن محكمة الوادي بتاريخ 2011/11/29 جاء فيه: "...**الحكم بفك الرابطة الزوجية بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج مع تحميله مسؤولية الطلاق بين الطرفين ... التزام المدعي بأن يدفع للمدعى عليها نفقة العدة حسب مبلغ ثلاثون ألف دينار(30 ألف دج) ونفقة متعة حسب مبلغ مئة وعشرون ألف دينار(120,000)**..."، حيث استأنف الزوج هذا الحكم على أساس أن الحكم صدر بدون تسبيب، ومشوبا بالقصور في التعليل، وقد أكد مسؤوليته في الطلاق إلا أن مبلغ التعويض المحكوم به للزوجة يراعي وضعيته المادية طبقا للمادة 79 قانون أسرة على أساس أنه أصبح في الآونة الأخيرة بطال[1].

صدر قرار بتاريخ 2012/05/17 حيث استجاب لطلبات المستأنف من ناحية حفظ مبالغ التعويض وجاء في إحدى حيثيات هذا القرار: "**حيث أن المبالغ المحكوم بها للمستأنفة فرعيا مقابل نفقة المتعة، ونفقة العدة ونفقة الإهمال يعتبرها المجلس مبالغ فيها عليه، فإن طلب المستأنف الرامي إلى حفظها يعتبره المجلس مؤسس وتتعين الاستجابة له ونتيجة لذلك يتعين على المجلس تأبيد الحكم المستأنف مبدئيا في هذا الجانب وتعديله بخفض تلك المبالغ المحكوم بها من طرف قاضي أول درجة إلى الحد المعقول والمتمثل في 80000 دج نفقة متعة...**"[2]، يتضح من هذا القرار أن قضاة المجلس اعتبروا أن المبالغ المحكوم بها على مستوى المحكمة كأول درجة من التقاضي، أنها جاءت مبالغ فيها نظرا لظروفه المادية لأن المستأنف أصبح في الآونة الأخيرة بطال، وعليه فقضاة المجلس راعوا حال الزوج المعسر.

صدر قرار آخر لمجلس قضاء الوادي بتاريخ 2013/04/04 جاء في إحدى حيثياته أنه: "**حيث أن مبلغ التعويض عن الطلاق التعسفي المحكوم به للمستأنف عليها والمقدر بمائة ألف دينار يعتبره**

(1) مجلس قضاء الوادي، محكمة الوادي، قسم شؤون الأسرة، 2011/11/29، رقم الجدول 11/00742، ص3، الملحق رقم(01).

(2) مجلس قضاء الوادي، غرفة الأحوال الشخصية، 2012/05/17، رقم القضية 12/00102، ص 3، ملحق رقم (02).

**المجلس مبالغ فيه بالنظر إلى ظروف الطرفين وأضرار الطلاق، وعليه فإن طلب المستأنف الرامي لتخفيض ذلك المبلغ يعتبر مؤسسا ويتعين الاستجابة له**"[1].

يتضح من خلال هذا القرار أن قضاة المجلس راعوا ضوابط تقدير التعويض عن ضرر الطلاق بالرغم مما يتمتعوا به من سلطة إلا أنه يتضح أنه قد قدروا مبلغ التعويض على أساس حال الزوجين وعلى أساس جسامة الضرر الناتج عن الطلاق.

أكد قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1984/04/02 على مراعاة حال الزوجين في تقدير التعويض وجاء فيه: "**من المقرر شرعا أن تقدير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسبيبه وبيان حال الزوجين بيانا مفصلا من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبرير ما حكموا به على الإشارة إلى حال الطرفين وطبقتهما الاجتماعية دون اعتبار كذلك لمقدار ما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غير ما هو مألوف أن يعطي عادة بما يتناسب مع ، إمكانيات الزوج المادية، فإن هؤلاء القضاة فصلوا بدون تسبيب وإعطاء شيء غير مألوف دون استناد على أي قاعدة شرعية ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يتعلق برفع مبلغ المتعة دون إحالة**"[2].

يؤكد القرار أنه بالرغم مما يتمتع به قاضي شؤون الأسرة، من سلطة تقديرية في تعويض الضرر الناجم عن الطلاق، إلا أنه يخضع أثناء تقديره للتعويض لعدة ضوابط من بينها بيان حال الزوجين حتى يكون تقديرهم سليم ومبرر.

(1) مجلس قضاء الوادي، غرفة الأحوال الشخصية، 2013/04/04، رقم القضية 12/00481، ص 2، ملحق رقم (03).
(2) قرار المحكمة العليا،المجلس الأعلى لغرفة الأحوال الشخصية 1984/04/02، ملف رقم 97723، المجلة القضائية 1989، عدد 02، ص 61.

# خاتمـــة

يعتبر الطلاق حق للزوج، فالعصمة الزوجية بيده وهذا ما أقرته نصوص قانون الأسرة والشريعة الإسلامية، فعلى الزوج عدم التعسف في استعمال هذا الحق وإيقاع الطلاق من غير مبرر شرعي يعتبر طلاقا تعسفيا، وهذا ما أقرته نصوص قانون الأسرة الجزائري، ولا تحتاج الزوجة إلى إثبات التعسف فيه، ويقع العبء في الإثبات على الزوج، لأن الضرر ثابت في كل طلاق وعلى الزوج تبرير طلاقه حتى لا يتحمل التعويض عن الضرر اللاحق بها وله الحق باستعمال كل وسائل الإثبات القانونية والشرعية في ذلك.

أما فيما يخص السلطة التقديرية للقاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي، فقد منح له المشرع سلطة واسعة في تقدير التعويض رغم القيود التي فرضها عليه والمتمثلة في ضرورة تسبيب الحكم والالتزام بما قدمه الخصوم في الدعوى، ومن هنا نتوصل إلى عدة نتائج أهمها:

– مصطلح التعسف حديث لم يذكره الفقهاء قديما في مصنفاتهم، ويعتبر التعسف في استعمال الحق من الأسس القديمة التي اعتمدتها الشرائع القديمة والحديثة على حد سواء، حيث تبناها وكرسها الفقه القانوني وهي فكرة أصلية في الفقه الإسلامي، وكما لم يرد تعريف محدد للطلاق التعسفي سواء في الشريعة الإسلامية أو القانون.

– تعد معرفة معايير التعسف في الطلاق ضرورة ملحة لمعرفة ما إذا كان الطلاق فيه إضرار أم لا.

– اعتبر المشرع الطلاق بغير مبرر شرعي طلاق تعسفي، ولم يبين نوع الضرر الموجب للتعويض عن الطلاق التعسفي، وحذا المشرع حذو الشريعة الإسلامية حينما جعل الضرر اللاحق بالمطلقة كأساس لتقدير مبلغ التعويض، ويظهر ذلك في النصوص التي تقضي بالتعويض عن الطلاق فجاءت عامة دون قيد.

– استوجب المشرع لتعويض الزوجة المطلقة توافر شروط معينة طبقا لنص المادة 52 قانون الأسرة الجزائري، كما رتب التعويض لكلا الزوجين طبقا لنص المادة 55 قانون الأسرة.

– إن الفقه الإسلامي هو الآخر أخذ بالتعويض عن الطلاق التعسفي وهذا عملا بقوله صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار"، فالتعويض في هذه الحالة من باب رفع الحرج والمشقة على الزوجة، كما أقرت الشريعة بحق المطلقة في الحصول على المتعة المقررة وهذا لاختلافهما رغم التشابه الكبير بينهما وكذا توابع العصمة الزوجية، أما المشرع الجزائري فقد أخذ بمصطلح التعويض عن الطلاق بدل المتعة.

– خصص المشرع نفقات العدة للمطلقة وهو حق ثابت سواء كان الطلاق تعسفيا أم لا.

مما تقدم يمكن الوصول إلى مجموعة من الاقتراحات والتوصيات التالية:

– يجدر بالمشرع الجزائري أن يضع بين يدي قاضي شؤون الأسرة المعايير الموضوعية والضوابط التي يعتمد عليها في تحديد التعويض وذلك بتحديد أسس تقدير التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق.

– يجدر تعديل نص المادة 52 من ق أ ج على النحو التالي: "**إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض مع مراعاة حال الزوجين من يسر أو إعسار وحسب جسامة الضرر اللاحق بالزوجة**".

– استحداث مادة جديدة في قانون الأسرة تنص صراحة على نفقة المتعة مستقلة عن نص المادة 52 التي تقضي بالتعويض عن الطلاق التعسفي ونبقي على نص المادة 52 من أجل الحد من ظاهرة الطلاق التعسفي ومن أجل القضاء على الغلط الواقع بين المتعة والتعويض عن الطلاق.

– جعل نفقة المتعة حق ثابت لكل مطلقة مدخول بها إلا التي طلقت قبل الدخول فيجبلها نصف المهر مع منحها تعويض إضافي إذا ثبت أن الزوج متعسف في طلاقه وهذا من أجل الحد من ظاهرة الطلاق.

يجدر على المشرع تعديل نص المادة 52 من ق أ ج والتي جاءت بشكل عام حتى يتبين منها كيفية تقدير التعويض عن الطلاق.

# قائمة المصادر والمراجع

**أولا: المصادر**

– القرآن الكريم رواية حفص عن عاصم، ط1، إجازة وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية، الأردن، 1430هـ، 2009م.

**– كتب الحديث:**

1- ابن العربي أبو بكر، أحكام القرآن، تحقيق علي محمد البحاوي، دار الفكر، ط3، م1، القاهرة، 1972.
2- ابن الهمام، كمال الدين بن عبد الواحد، فتح القدير، دار الفكر، د.ب.ن، د.س.ن، 425/3.
3- ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن زيد القزويني، سنن ابن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي، مصر، 1952.
4- أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجتاني، سنن أبي داود، تحقيق محمد محي الدين، دار الكتب العلمية، صيدا، لبنان، 675 هـ.
5- السرخسي محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، دار المعارف، د ط، م2، د ب ن،1409 هـ، 1989 م.
6- الطبري محمد بن حرير، تفسير الطبري، دار المعارف 714/6.
7- محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، سنن الترمذي، مكتبة معارف للنشر والتوزيع، ط1، المملكة العربية السعودية، د س ن.

**ثانيا: المراجع**

**1- الكتب:**

1- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، الجزائر، 2008.
2- ـــــــــــ، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2012.
3- بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثانية، دار بغدادي، الجزائر، 2009.

4- بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.

5- ـــــــــ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

6- ـــــــــ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (أحكام الزواج)، الجزء الأول، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.

7- بن الشويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

8- بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر،2007.

9- جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، الطبعة الأولى، دار الحامد، عمان،2009.

10- حسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة (نصا و شرعا)، دراسة تفسيرية، دار الهدى، الجزائر، 2005.

11- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.

12- عبد الحميد جياش، الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وآثارهما، الطبعة الأولى، مكتبة الزهراء، بيروت، 2009.

13- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.

14- عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.

15- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.

16- عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الفكر، عمان، 2007.

17- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.

18- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

19- علي فيلالي، الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، موفم للنشر، الجزائر، 2008.

20- فريجة حسين، المبادئ العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.

21- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزام)، مصادر الالتزام، دار الهدى، الجزائر، 2011.

22- محمد كمال الدين إمام، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.

23- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر، عمان، 2007.

24- ــــــــــــــــ، فقه الأحوال الشخصية (الزواج والطلاق)، الطبعة الأولى، دار الفكر، عمان، 2008.

25- المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2012.

26- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، دار المعرفة الجامعية، القاهرة، 1999.

27- نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.

**2- الرسائل والمذكرات الجامعية:**

**أ- رسائل الدكتوراه:**

1- عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة دكتوراه الدولة في القانون، الجزائر، 2007.

2- مسعودة إلياس نعيمة، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، رسالة الدكتوراه في القانون الخاص، فلسطين، 2009.

**ب- مذكرات الماجستير:**

1- رحاب الحميدي حميد المطيري، الإضرار بالمطلقة والتعويض عنه، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، كلية العدالة الجنائية، قسم الشريعة والقانون، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2014.

2- ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلي، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة والقانون الأردني، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2011.

3- عبد العزيز سمية، طرق انحلال الرابطة الزوجية وآثارها بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة الماجستير في القانون الخاص، فرع العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2015.

4- فريحاوي كمال، التفريق للضرر في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، الجزائر، 2001.

**ج- مذكرات الماستر:**

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

2- حيدب نور الدين، التعسف في استعمال الحق قبل وبعد قيام الرابطة الزوجية، مذكرة الماستر في القانون، تخصص أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2015.

3- دالي فتيحة، تصرفات المريض مرض الموت في القانون الجزائري، مذكرة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013.

4- زوقاغ نادية، دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة في ظل تقنين الإجراءات المدنية والإدارية وتقنين الأسرة، مذكرة الماستر في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013.

**3- المجلات القضائية والملاحق:**

**أ- المجلات القضائية:**

1- المجلة القضائية، العدد2، تصدر عن المحكمة العليا، الجزائر لسنة 1989.
2- نشرة القضاء، العدد2، تصدر عن المحكمة العليا، الجزائر لسنة 1989.
3- المجلة القضائية، العدد3، تصدر عن المحكمة العليا، الجزائر لسنة 1989.
4- المجلة القضائية، العدد1، تصدر عن المحكمة العليا، الجزائر لسنة 1991.
5- المجلة القضائية، العدد3، تصدر عن المحكمة العليا، الجزائر لسنة 1991.
6- المجلة القضائية، العدد1، تصدر عن المحكمة العليا، الجزائر لسنة 1993.
7- المجلة القضائية، العدد2، تصدر عن المحكمة العليا، الجزائر لسنة 1994.
8- المجلة القضائية، العدد1، تصدر عن المحكمة العليا، الجزائر لسنة 1997.
9- المجلة القضائية، العدد2، تصدر عن المحكمة العليا، الجزائر لسنة 2007.

**ب- الملاحق:**

1- مجلس قضاء الوادي، محكمة الوادي، قسم شؤون الأسرة 2011/11/29، رقم الجدول 11/00742، ص 3، الملحق رقم (01).
2- مجلس قضاء الوادي، محكمة الوادي، غرفة الأحوال الشخصية، 2012/05/17، رقم الجدول 12/00102، ص 3، ملحق رقم(02).
3- مجلس قضاء الوادي، غرفة الأحوال الشخصية، 2013/04/04، رقم القضية 12/00481، ص2، ملحق رقم (03).

**4- النصوص القانونية:**

**أ- الدساتير:**

1- دستور الجزائر 1996، الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 1996/12/07، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 76، لسنة 1996.

2- دستور 2016 الصادر بموجب قانون رقم 16-01 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437هـ الموافق 6 مارس 2016.

**ب- القوانين والأوامر:**

1- أمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1986 هـ الموافق 8 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.
2- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، عدد78، صادر بتاريخ 1975/09/30، معدل ومتمم.
3- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 1984/06/09 معدل ومتمم بأمر رقم 05-02 مؤرخ في 2005/02/27 يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 21، الصادر في 27 فبراير 2005.
4- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد21، الصادر في 21 أفريل 2008.

# فهرس المحتويات

كلمة شكر ..... /
إهداء ..... /
قائمة المختصرات ..... /
مقدمة ..... 02

**الفصل الأول**

**الإطار المفاهيمي للطلاق التعسفي**

المبحث الأول: مفهوم الطلاق التعسفي ..... 07
المطلب الأول: تعريف التعسف ومعاييره في استعمال الحق ..... 07
الفرع الأول: المقصود بالتعسف ..... 07
أولا: لغة ..... 07
ثانيا: اصطلاحا ..... 07
الفرع الثاني: معايير التعسف في استعمال الحق ..... 09
أولا: معايير التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ..... 09
ثانيا: معايير التعسف في القانون المدني الجزائري ..... 10
المطلب الثاني: تعريف الطلاق التعسفي وحكمه ..... 11
الفرع الأول: المقصود بالطلاق التعسفي ..... 12
الفرع الثاني: حكم الطلاق التعسفي ..... 13
أولا: الأصل في الطلاق الإباحة ..... 13
ثانيا: الأصل في الطلاق الحضر ..... 13
ثالثا: القول الراجح ..... 15
المطلب الثالث: صور الطلاق التعسفي ..... 16
الفرع الأول: الطلاق بدون سبب مشروع ..... 16
الفرع الثاني: طلاق المريض مرض الموت ..... 17
أولا: تعريف المريض مرض الموت لغة ..... 17

ثانيا: تعريف المريض مرض الموت اصطلاحا .....18
ثالثا: تعريف مرض الموت في القانون .....19
الفرع الثالث: طلاق الهازل والسكران .....20
المبحث الثاني: الضرر الناتج عن الطلاق التعسفي .....21
المطلب الأول: المقصود بالضرر وأنواعه.....21
الفرع الأول: المقصود بالضرر .....21
أولا: لغة .....21
ثانيا: اصطلاحا .....22
الفرع الثاني: أنواع الضرر .....23
أولا: الضرر المادي .....23
ثانيا: الضرر المعنوي .....24
المطلب الثالث: الشروط الواجب توافرها في الضرر المستحق للتعويض.....26
الفرع الأول: أن يكون الضرر محقق الوقوع .....26
الفرع الثاني: أن يكون الضرر شخصيا.....27
الفرع الثالث: أن يكون الضرر واقعا من أحد الزوجين على الآخر.....27
الفرع الرابع: أن يكون الضرر مما لا يستطاع معه دوام العشرة الزوجية.....28

## الفصل الثاني

## التعويض عن الطلاق التعسفي

المبحث الأول: مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي .....31
المطلب الأول: التعريف بالتعويض عن الطلاق التعسفي .....31
الفرع الأول: تعريف التعويض عن الطلاق التعسفي وطبيعته القانونية .....31
أولا: التعريف اللغوي والاصطلاحي للتعويض عن الطلاق التعسفي.....31
ثانيا: الطبيعة القانونية للتعويض عن الطلاق التعسفي .....33
الفرع الثاني: رأي الفقهاء في التعويض عن الطلاق التعسفي .....34

أولا: القائلون بالتعويض عن الطلاق التعسفي .....34
ثانيا: القائلون بعدم جواز التعويض عن الطلاق التعسفي.....36
ثالثا: الرأي الراجح .....36
الفرع الثالث: شروط التعويض عن الطلاق التعسفي .....37
أولا: أن تكون علاقة الزوجية قائمة بين الزوجين.....37
ثانيا: أن يكون الزوج صاحب الأمر بالطلاق بإرادته المنفردة.....37
ثالثا: أن يكون متعسفا في طلب الطلاق .....38
المطلب الثاني: نفقة المتعة ونفقة العدة للمطلقة تعسفا .....38
الفرع الأول: نفقة المتعة للمطلقة تعسفا .....39
أولا: تعريف المتعة .....39
ثانيا: حكم المتعة .....39
ثالثا: تقدير المتعة .....41
رابعا: موقف القانون والقضاء من نفقة المتعة .....43
خامسا: التمييز بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي .....44
الفرع الثاني: نفقة العدة للمطلقة تعسفا .....45
أولا: تعريف العدة.....45
ثانيا: أنواع العدة وكيفية حسابها .....47
ثالثا: موقف القانون والقضاء من نفقة العدة وتاريخ سريانها .....48
المبحث الثاني: حدود سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي.....50
المطلب الأول: الإجراءات التي يخضع لها القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي ....50
الفرع الأول: إجراءات سير دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي.....50
أولا: الاختصاص النوعي والإقليمي للنظر والفصل في دعاوى التعويض عن الطلاق التعسفي....51
ثانيا: الإجراءات الشكلية التي تتميز بها دعوى التعويض عن الطلاق .....53
الفرع الثاني: التزام القاضي بطلبات الخصوم .....56
الفرع الثالث: تسبيب الأحكام القضائية .....58

المطلب الثاني: سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي.....59
الفرع الأول: تقدير التعويض حسب جسامة الضرر ودرجة التعسف.....60
الفرع الثاني: تقدير التعويض حسب حال الزوجين .....61
الخاتمة.....65
قائمة المصادر والمراجع .....68
الفهرس .....75