



سلطة القاضي التقديرية في تعويض الضرر عن الطلاق

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير

تخصص: " أحوال شخصية "

تحت إشراف الدكتور:

شبل بدر الدين

إعداد الطالب :

نين عمارة

لجنة المناقشة

- 1- الدكتور بدر الدين شبل مشرفا
- 2- الدكتور فاروق خلف رئيسا
- 3- الدكتور المكي دراجي مناقشا
- 4- الدكتور محمد رشيد بوغزالة مناقشا
- 5- الدكتورة فائزة جروني مناقشا

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الإهداء

أهدي هذا العمل وثمره جهدي المتواضع

إلى من حملتني جنينا وأرضعتني صغيرا وحننت علي كبيرا، إلى نور عيني ومصدر و أصل الحنان، إلى النبع الصافي الذي منه ارتويت، إلى الحضن الدافئ الذي به إستويت، إلى التي تعبت دائما من أجل راحتي أُمي الحبيبة الغالية .

إلى الذي لاعبني صغيرا، وأدبني ورباني صبيبا، إلى من تحمل المشاق والصعاب من أجلي، إلى الذي أعطاني كل شيء، إلى الذي صبرا لنجاحي أبي الذي فاق الآباء حنانا.

إلى إخوتي الأعزاء إيناس و رمزي وأحمد وإلى أختي نور الهدى، الذين ترقبوا نجاحي.

إلى كل الأصدقاء الذين انتظروا هذا اليوم وخاصة صهيب وزميلي الأستاذ محمد الصغير .

إلى كل من ساعدني للوصول إلى هذه المرحلة الأساتذة والإخوة والأصدقاء.

إلى زميلة فاطمة حداد التي لم تبخل علي بالمساعدة.

شاكرا كل هؤلاء دون استثناء، داعيا الله لهم بطول العمر، ودوام الصحة والهناء والعيش السعيد، تحت راية: الإيمان بالله ربا، وبمحمد نبيا، وبالقرآن كتابا، في ظل سعة الصدر، والصبر على مشاق الحياة، والتمسك بالقناعة والعفاف والرضا، وهو القادر على ذلك.

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على معلم البشرية وهادي الإنسانية وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

انطلاقاً من العرفان بالجميل، فإنه ليسرني و ليثلج صدري أن أتقدم بالشكر والامتنان إلى أستاذي، ومشرفي الدكتور شبل بدر الدين الذي مدني من منابع علمه بالكثير، والذي ما توانى يوماً عن مد يد المساعدة لي وفي جميع المجالات.

و أتقدم كذلك بجزيل الشكر إلى خير معين إلى الأستاذ الفاضل بجاق محمد الذي منحني من علمه الكثير من أجل إثراء معلوماتي لإنجاز هذا العمل .

كما أنتقدم بجزيل الشكر إلى أساتذتي أعضاء لجنة النقاش الموقرين على ما تكبدوه من عناء في قراءة مذكرتي المتواضعة وحضرهم من أجل المشاركة في إثرائها.

الشكر موصول لعمال مكتبة جامعة الوادي، وكذلك مكتبة جامعة أم البواقي.

ولم ولن أنسى أن أنتقدم بفائق الشكر والاحترام والتقدير إلى أختي نور الهدى التي سهرت معي لإخراج هذه المذكرة للوجود

وفي النهاية يسرني أن أتقدم بجزيل الشكر إلى كل من مد لي يد العون في مسيرتي العلمية.

مقدمة

استخلف الله الإنسان في الأرض وجعل منه الزوجين الذكر والأنثى، وأودع في كل منهما ما يجعله يميل للآخر ليتم التزاوج بينهما، ويكون من ثمرته التناسل لكي يعمر الإنسان الأرض، وهذه سنة من سنن الله تعالى في خلقه، وقد كرم بني آدم ولم يتركهم إلى ما تمليه عليهم غرائزهم في التزاوج كبقية المخلوقات، بل سنّ لهم طريقة خاصة تكريماً لهم عن سائر المخلوقات وهي: الزواج.

فالزواج رباط مقدس ومن أسمى العلاقات بين البشر، لذلك تولاه الشارع الحكيم بالرعاية ومن أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب من الإختلاط، فأفضى عليه قدسية تجعله فريداً بين سائر العقود الأخرى لما يترتب عليه من آثار سامية لا تقتصر على الرجل والمرأة فحسب، ولا على الأسرة بل تمتد إلى المجتمع بأسره، حيث أن كل الشرائع السماوية دعت إليه وتطرفت لتنظيمه.

ولقد شرّح الزواج على أساس الإستمرارية والدوام، فقد تستمر هذه العلاقة بين الزوجين حتى وفاة أحدهما أو كليهما، أو قد تتعرض في بعض الحالات إلى هزات ومشاكل تصل بها إلى أبواب مغلقة يستحيل معها المضي في هذه العلاقة، غير أن الإسلام هو دين الفطرة والحياة يعالج هذه الخلافات الزوجية من منظور واقعي وإنساني، ولذلك قدر ما قد يعترى الإنسان من تقلبات نفسية ومعنوية، حيث تجعل من هذه العلاقة الزوجية مستحيلة الاستمرار والدوام، فشرع الطلاق في الإسلام كآخر حل لإنهاء العلاقة بين الزوجين التي لا أمل في إحيائها، وهذا ما أخذت به جل القوانين الوضعية.

فالطلاق ظاهرة إجتماعية، وجدت منذ القدم وعرفت البشرية منذ وطأة أقدامها هذه البسيطة، وأقرتها فيما بعد معظم الأديان كل بطريقته وكيفيته، وبالطبع فقد تطرق الدين الإسلامي الحنيف إلى توضيح أحكامه بالإضافة إلى ذلك فقد شرحته السنة النبوية الشريفة، وجعلته الحل الأمثل والبديل الأقوم والعدل لإنهاء العلاقة الزوجية التي أصبحت مستحيلة.

فتشريع الطلاق بين الزوجين فيه رحمة للعباد، حيث ينهي هذه الحياة الزوجية البائسة بين الزوجين المتخاصمين، والهدف من الطلاق هنا دفع الضرر الأكبر الذي هو واقع بين الزوجين أو على أحدهما.

ولقد أقر الإسلام الطلاق في حال وصول الحياة الزوجية إلى طريق مسدودة، وشرع له من الآداب والتعاليم التي تحقق مصلحة الأسرة والأمة بشكل يكون بعيداً عن التعسف والظلم،

ووضع له شروطا ثم حدد له حدودا، بالإضافة هذا فقد فرض على إرادة الزوج قيودا بحيث لن يتمكن من أن يعتبره عملا كيفيا يقدم عليه متى شاء ولأي سبب أراد، وفي نفس الوقت فقد كفلت الشريعة الإسلامية حق الزوجة أيضا في الطلاق في حال أصبحت غير قادرة على المواصلة في هذه الحياة الزوجية، وهذا الحق الممنوح للزوجين يفترض إستعماله عند الضرورة فقط فيما يسمح به الشارع الحكيم ، فالغاية من هذه القيود والضوابط هي عدم التعسف في إستعمال الحق الممنوح لكليهما، وإلا تسبب بالضرر لأحدهما أو كلاهما.

وعليه فإساءة إستعمال هذا الحق أو التعسف في إستعماله يؤدي حتما إلى إلحاق الضرر بالغير، وهو يعني بوجه عام إستعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مشروعة أو للإضرار بالغير مما يفوت مقصود الشارع من تشريع هذا الحق. فالتعسف في إستعمال الطلاق هو الخروج به عن الحكمة التي إقتضت تشريعه، و الأكيد أنه سيلحق ضرراً بالغاً لأحد الزوجين، ويختلف الضرر من حالة إلى أخرى حسب حالة الزوجين ودرجة التعسف في إستعمال هذا الحق.

ومنه فالضرر الناجم عن الطلاق قد يكون ماديا أو معنويا وقد يجتمعان، مما يدفع بالزوج المتضرر إلى المطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق به.

وقد عرفت فكرة التعويض منذ العصور القديمة وقد اختلفت من عصر لآخر، حيث كانت لمبادئ التشريعية الإسلامية الأثر الكبير على فكرة التعويض، فقد تناول الفقه الإسلامي نظرية الجزاء عن الفعل الضار بطريقة تتسم بالموضوعية وبنظرة إجتماعية متقدمة، فتخلى عن الثأر و على فكرة الإنتقام في تقدير الجزاء، كما عني الفقه الإسلامي أيضا بوضع تقسيمات وقواعد كلية لأنواع الجزاء دون التقيد بفكرة تعداد الجرائم التي كانت سائدة في الشرائع القديمة.

وبالنسبة للمشرع الجزائري نجده قنن أحكام التعويض في المواد من 124 إلى 133 ثم من المادة 182 إلى 187 من التقنين المدني مستمدا إياها من التقنين المدني الفرنسي، ونلاحظ أيضا أن المشرع الجزائري إضافة إلى تناول فكرة التعويض في قانون الأسرة الجزائري وذلك في كل من المادة 5 و 52 و 53 مكرر والمادة 55.

حيث تهدف الوظيفة الإصلاحية للتعويض إلى جبر الضرر اللاحق بالمتضرر، فالضرر الذي يقع بين الزوجين نتيجة الطلاق هو الذي يهتما في دراستنا هذه فالزوجة أو الزوج المتضرر يتقدم للقضاء للمطالبة بتعويض الضرر اللاحق به، لأنها هي الجهة المختصة في الفصل في مثل هذه النزاعات، والواجب على القضاة في هذه الحالة التقصي والتحري لتحقيق العدل.

وحتى يتسنى للقضاة تحقيق الحق وإنصاف المظلومين، مكنهم المشرع من تطبيق القانون، بالإضافة إلى ذلك فقد منح للقضاة في بعض المسائل السلطة التقديرية ليتصرف

بموجبها في الأحوال التي لم ينص القانون عليها، أو قد ورد فيها نص ولكنه فتح المجال أمام تدخل سلطة القاضي التقديرية، غير أن هذه السلطة التقديرية الممنوحة للقضاة في تعويض الضرر عن الطلاق نجدها تختلف من قاضي لآخر، بل قد تختلف لدى نفس القاضي، باختلاف الظروف والأزمنة.

وعليه فالضرر الذي يلحق سواء بالزوجة أو الزوج من جراء الطلاق، فهو ضرر يوجب التعويض عنه من طرف القاضي للطرف المتضرر، بإستعماله سلطته التقديرية في التعويض.

أهمية البحث:

تعد دراسة موضوع سلطة القاضي التقديرية في تعويض الضرر عن الطلاق دراسة لها أهمية بالغة كونه موضوع حساس يمس الواقع بشكل مباشر نظرا لتزايد حالات الطلاق وخاصة في مجتمعنا هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإنه يمس الواقع العملي التشريعي الذي أضفى حماية قانونية للمتضرر من واقعة الطلاق، من خلال نصوص المواد 52 و 53 مكرر والمادة 55 من قانون الأسرة، ومن جهة ثالثة يتعلق بالواقع العملي للقضاة من خلال ما يتمتع به قاضي شؤون الأسرة من سلطة تقديرية في مجال تعويض الضرر عن الطلاق.

كما تتضح أهمية الموضوع أيضا في توضيح مدى إهتمام السياسة التشريعية بضمان حقوق المطلقة، عن طريق سن نصوص قانونية تتكفل بتعويض المطلقة، بالإضافة إلى ذلك توضح مدى توسع المشرع في منح حق التطليق للزوجة هذا من جهة، ومن جهة ثانية توضح مدى إتساع حرية الزوجة في طلب الخلع دون تقييدها بأي قيد.

الإشكالية:

يدور موضوع البحث حول تساؤل رئيسي يتمثل في :

ماهو الأساس القانوني لتقدير التعويض عن الطلاق؟ وإلى أي مدى تمتد سلطة القاضي في ذلك؟

وسنحاول الإجابة عن هذه الإشكالية من خلال الإجابة على الأسئلة الفرعية الناجمة عنها والتي تتمثل في:

- ما هي صور الطلاق الموجبة للتعويض؟
- ماهو الضرر الموجب للتعويض؟
- هل كل طلاق يوجب التعويض؟
- ما هي مبادئ التعويض التي يعتمدها القاضي؟

- ماهي الأسس التي يستند عليها القاضي في تعويض الضرر عن الطلاق؟
- ماهي معايير التعسف في الطلاق؟
- هل تقوم المسؤولية العقدية أو التقصيرية في واقعة الطلاق؟
- ما هي أهداف التعويض عن الطلاق في قانون الأسرة؟
- هل هناك علاقة بين التعويض عن الطلاق وامتعة الطلاق؟
- ماهي الضوابط التي تحكم السلطة التقديرية للقاضي في تعويض الضرر عن الطلاق؟

أسباب إختيار الموضوع:

من أهم الدواعي التي جعلتنا نتطرق لهذا الموضوع بالبحث والدراسة هي أسباب ذاتية وأخرى موضوعية.

فأما الأسباب الذاتية فتتمثل في الرغبة والبحث والتقصي للوقوف على حقيقة المسألة خاصة إذا ما كان يكتنفها الغموض وعدم الإستقرار على طبيعة واحدة، فهذا في حد ذاته يعتبر سببا يدفعنا دفعا من أجل تسليط الضوء على التعديلات التي سعى إليها المشرع الجزائري لوضع آليات قانونية لحماية الزوجين من تعسف أحدهما على الآخر في واقعة الطلاق، وميولي للجانب القضائي في تحديد الضرر وطرق التعويض عنه، خاصة أن التعويض في مثل هذه المسائل الشخصية يختلف عن التعويض في سائر المسائل الأخرى، بالإضافة إلى ذلك إتساع ظاهرة المطالبة بالتعويض عن الطلاق أمام المحاكم.

أما عن الأسباب الموضوعية التي دفعتنا لإختيار هذا الموضوع هي: ما أثير من جدل واسع حول مسألة التعويض عن الطلاق، وذلك عندما رفضها بعض الفقهاء المعاصرين وقبلها البعض، بالإضافة إلى تبني بعض التشريعات العربية مسألة التعويض عن الطلاق مثل التشريع الجزائري، وبالرغم من أن المشرع الجزائري تبني فكرة التعويض عن الطلاق غير أنه لم يوضح طرق تقديره، بالإضافة إلى ذلك قلة الدراسات في مجال سلطة قاضي شؤون الأسرة في تقدير التعويض عن ضرر الطلاق.

فهذا السبب ارتأينا إثارة دراسات تخدم أهل القانون ورجال القضاء، كون أن موضوع التعويض عن ضرر الطلاق بحاجة إلى دراسة علمية أكاديمية.

أهداف البحث:

- الإحاطة بمفهوم الطلاق وأحكامه.
- توضيح صور الطلاق الموجبة للتعويض.
- توضيح كيفية جبر الضرر الناجم عن الطلاق.

- بيان مدى موافقة ومخالفة قانون الأسرة الجزائري للشريعة الإسلامية في التعويض عن ضرر الطلاق.
- توضيح الطرق المعتمدة لدى القضاء في تحديدهم للضرر وفي تقديرهم لمبلغ التعويض عن الطلاق.
- توضيح مجال وضوابط سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق.
- إبراز موقف الإجتهاادات القضائية في موضوع التعويض عن ضرر الطلاق.
- وأخيرا السعي لتعميم الفائدة العلمية وخدمة البحث العلمي.

الدراسات السابقة:

لقد عثرت في حدود إطلاعنا المتواضع على بعض الدراسات ذات صلة بالموضوع منها كتاب لمحمد الزحيلي بعنوان « التعويض المالي عن الطلاق » دار المكتبي، سورية، ط1، 1998. وكذلك كتاب لخطاب محمد خطاب بعنوان « التعويض عن الطلاق دراسة فقهية مقارنة »، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2012.

أما فيما يخص رسائل الدكتوراه فقد وجدنا رسالة دكتوراه للباحث شامي أحمد بعنوان « السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية »، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان لسنة 2014، وكذلك رسالة دكتوراه للباحثة مسعودة نعيمة إلياس بعنوان « التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق دراسة مقارنة »، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان لسنة 2010.

صعوبات البحث:

من أهم الصعوبات التي واجهتنا في إعداد البحث هي ندرة الدراسات المتخصصة في هذا الموضوع إضافة إلى هذا ضيق الوقت.

المنهج المتبع:

لا شك أن الإستعانة بالمنهاج المعتمدة علميا هي مسألة لا يمكن للباحث الإستغناء عنها، و كان تصورنا للإجابة على إشكالية البحث يقتضي منا الإعتماد فيها على أكثر من منهج من أجل الإحاطة بالموضوع قدر الإمكان وللوصول إلى نتائج مقبولة، وعليه فقد إستخدمنا المنهج التحليلي وإعتمدنا عليه بكثرة في تحليل النصوص القانونية والقرارات القضائية، مع الإستعانة بالمنهج الجدلي لأن هذه الدراسة تتعلق بمجال إجتهادي في بعض المراحل، بالإضافة إلى المنهج المقارن في بعض الجزئيات من هذه الدراسة لتوضيح البعد والتقارب بين التشريعات في مجال التعويض عن ضرر الطلاق، وبالنسبة للمنهج الإستقرائي وظفناه في بعض مواطن هذا الموضوع فخصصناه لتتبع الجزئيات والأحكام الفقهية لفقهاء الشريعة الإسلامية والقانون.

خطة البحث:

وللإجابة على الإشكالية المطروحة فقد قسمنا بحثنا هذا إلى فصلين، تناولت في الفصل الأول الإطار المفاهيمي للطلاق الموجب للتعويض، حيث تطرقنا في المبحث الأول لدراسة مفهوم الطلاق ومبدأ التعويض عنه، إذ قسمنا هذا المبحث لمطلبين تطرقنا في المطلب الأول لتعريف الطلاق وبيان شروطه وحكمه والحكمة منه، أما المطلب الثاني فخصصناه لتوضيح مفهوم الضرر وأنواعه ومبدأ التعويض عنه.

أما بالنسبة للمبحث الثاني فقد عالجننا فيه صور الطلاق الموجبة للتعويض، ويندرج ضمنه مطلبين، إذ خصصنا المطلب الأول لدراسة الطلاق الواقع بإرادة منفردة حيث نتعرض فيه للطلاق الواقع بالإرادة المنفردة لأحد الزوجين، وفي المطلب الثاني خصصناه لدراسة الطلاق القضائي حيث تعرضنا فيه إلى التطبيق والنشور.

أما الفصل الثاني عنوانه بأحكام تعويض الضرر عن الطلاق، عالجننا في المبحث الأول النظام القانوني لتقدير التعويض عن الضرر الناجم من الطلاق، حيث قسمنا هذا المبحث لمطلبين، تناولنا في المطلب الأول طرق تقدير القاضي للتعويض عن الضرر، أما المطلب الثاني وضحنا فيه موجبات التعويض عن الطلاق وعلاقته بمتعة الطلاق.

وبالنسبة للمبحث الثاني من هذا الفصل فقد خصصناه للبحث في القيود والضوابط الواقعة على سلطة القاضي في تقدير التعويض عن ضرر الطلاق، فقسمنا هذا المبحث لمطلبين حيث عالجننا في المطلب الأول القيود الإجرائية التي يخضع لها القاضي في تقدير التعويض، أما المطلب الثاني تناولنا فيه دراسة الضوابط التي تحكم السلطة التقديرية للقاضي في تعويض الضرر الناجم عن الطلاق.

المنهجية المتبعة في الدراسة

لقد إنتمت في دراستي هذه منهجية وضوابط معينة وهي:

- وثقت جميع النقول، بالرجوع إلى المصادر والمراجع المعتمدة، حيث ذكرت إسم المؤلف، وعنوان كتابه، وتحقيقه إن وجد، وكذلك أشرت إلى دار النشر التي طبعته، وعنوانها، مع الإشارة إلى عدد الطبعة، ثم تاريخها إن وجد، ثم الجزء، ثم الصفحة.

- قمت بتخريج الآيات القرآنية الواردة في المذكرة في صلب الموضوع.

- قمت بتخريج الأحاديث النبوية الشريفة في الهامش، حيث ذكرت إسم المؤلف، وعنوان كتابه، وتحقيقه إن وجد، ثم ذكرت القسم أو الباب أو الكتاب الذي يوجد فيه الحديث، ثم رقم الحديث، ثم دار النشر التي طبعته، وعنوانها، مع الإشارة إلى عدد الطبعة، ثم تاريخها إن وجد، ثم الجزء، ثم الصفحة.

وعليه فهذه خطتي في البحث، فإن جاءت موفقة فذلك من الله وإن وجد فيها خطأ فذلك من نفسي والشيطان، وأسأل المولى جل ذكره أن أكون موفق في عملي هذا.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للطلاق الموجب للتعويض

الزواج في الإسلام الأصل فيه أنه عقد دائم، فتكون العلاقة الزوجية ممتدة بين الزوجين إلى وفاة أحدهما أو كليهما، غير أن الإسلام بإعتباره دين الفطرة والحياة فقد عالج المشاكل الإنسانية من منظور واقعي، ولذلك فقد راعى ما قد يعترى الإنسان من تقلبات نفسية وطبيعية، وقدر ما قد يحدث بين الزوجين من مشاكل، حيث تصبح الحياة الزوجية لا تطاق ويستحيل إستمرارها، فيصبح هذا العقد لا يمتاز بصفة التأييد، غير أن الأصل فيه التأييد و الإستمرار، لكن الواقع الإنساني قد يجعله إلى أمد، لأن الخلاف يستحكم والشقاق قد يتفاقم، ولا يكون لعودة السلام من سبيل إلا الفرقة بين الزوجين.¹

ورغم حرص الشارع الحكيم على إستقرار الحياة الزوجية وتوفير كل السبل الكفيلة لتحقيق أهداف الزواج إلا أنه ومع ذلك ومراعاةً للواقع، ودرءاً للمفاسد التي قد تنتج عن إستمرار هذه الحياة الزوجية، فقد شرعت الأحكام التي تنهي العلاقة الزوجية، وضبطها بضوابط دقيقة حتى يقلل من آثار التفريق وأسبابه ما أمكن.²

ورغم إهتمام الشارع بهذا العقد وتعظيمه بإعتباره ميثاقاً غليظاً بينهما مصداقاً لقوله تعالى: ﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمُ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا ﴾ سورة النساء الآية (21)، غير أنه حين لا يحقق هذا الزواج أهدافه كان من الأجدر وضع حداً لهذا العقد وذلك لعدم التوافق بين الزوج والزوجة مما قد يسبب أيضاً إستمرار هذه الحياة الزوجية إلى مخالفة الشارع الحكيم، ويتمثل هذا الحد في الطلاق بين الزوجين .

ويعتبر الطلاق من الظواهر العامة التي عرفتھا المجتمعات القديمة والحديثة على حدٍ سواء، غير أن هذا التصرف - الطلاق - قد يسبب ضرر بين الزوجين وتختلف نسبة الضرر الواقع بين الأزواج لإختلاف الأسباب والدوافع الرامية للطلاق، إضافة إلى ذلك حيث تختلف نسبة الضرر بإختلاف أحوال الزوجين ودرجة التعسف في الطلاق، مما يدفع بقضاة الموضوع إلى تعويض الزوج المتضرر، سواء كان هذا الضرر ناجم عن طلاق، أو تطليق، أو خلع، أو نشوز.

¹ محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية دراسة فقهية مقارنة، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، د ط، 2010، ص 205.

² نور الدين أبو لحية، حق الزوجين في حل العصمة الزوجية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، د ط، 2007، ص 3.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، وقد جاء في نص المادة 222 من نفس القانون يؤكد فيه ذلك، ويعتبره هو المرجع الأساسي لقانون الأسرة الجزائري.

وعليه سوف نتطرق في هذا الفصل إلى توضيح مفهوم الطلاق وأحكامه ومبدأ التعويض عنه من جهة، ومن جهة ثانية سوف نحاول البحث عن صور الطلاق الموجبة للتعويض وتوضيحها.

وهو ما سنحاول تفصيله في المبحثين التاليين:

المبحث الأول: الطلاق ومبدأ التعويض عنه.

المبحث الثاني: صور الطلاق الموجبة للتعويض.

المبحث الأول

الطلاق ومبدأ التعويض عنه

يعد الزواج سنة من سنن الله في خلقه، فجعل إتصال الرجل بالمرأة إتصالا كريما مبنيا على الإيجاب والقبول وعلى الإشهاد، وفي ذلك حماية للمرأة وصونا للنسل من الضياع والهلاك، وهو النظام الذي إرتضاه الله سبحانه وتعالى لعباده، وذلك لقوله: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ بِحَدِّ اللَّهِ أَتْقَاهُمْ إِنَّ اللَّهَ مُخْلِئٌ حَبِيرٌ﴾. سورة الحجرات الآية (13)، لكن هذا الزواج قد يعرف الفشل، ويعجز عن تحقيق أهدافه ويستحيل دوام العشرة بين الزوجين ولرفع الحرج رخص الله تعالى في كتابه الكريم الطلاق، لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ...﴾ سورة الطلاق الآية (1).

حيث إعترفت غالب الشرائع السماوية كانت أو الأرضية بشرعية الطلاق على خلاف بينهما في إطلاق الإرادة في إيقاعه أو تقيدها، وقد نظر الإسلام إلى الطلاق نظرة واقعية، فكرهه لما فيه من إنهاء العلاقة الزوجية وهدم الكيان المادي للأسرة وهو مايفهم من الحديث الشهير قوله صلى الله عليه وسلم: «أبغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق»¹. ولكن لم يحرمه وهذا لإحتمال كونه دفعا لضرر مستديم غالبا وإنهاء لعلاقة إنهارت فيها كل الأسباب والعوامل المعنوية، وهذا مايفهم من الآية الكريمة لقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ يَتَهَرَّجَا بَعْضُ اللَّهِ كَلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾ سورة النساء الآية (130)، والأكد أن الطلاق يسبب أيضا أضرار لأحد الزوجين أو لكليهما فهنا نجد بروز دور قاضي شؤون الأسرة في تعويض الضرر المتسبب به أحد الأطراف.

وعليه فقد إرتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين كالآتي:

المطلب الأول: مفهوم الطلاق وحكمه و حكمه مشروعيته.

المطلب الثاني: الضرر ومبدأ التعويض عنه.

¹ أبو داود، سنن أبو داود، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، كتاب الطلاق، باب في كراهية الطلاق، رقم الحديث 2178،

المكتبة العصرية، بيروت، د ط، د س ن، ج 2، ص 255

المطلب الأول

مفهوم الطلاق وحكمه وحكمة مشروعيته

الطلاق هو حل العصمة الشريفة العظيمة المنعقدة بين الزوجين، تلك العصمة التي يكفي من عظمتها أن الله تعالى وصفها بأنها ميثاق غليظ في كتابه العظيم، وقد أباح الله الطلاق إلا أنه جعله من أبغض المباحات إليه، ففي الطلاق تمزيق الأسرة وهدم أركانها، وفيه الشتات بعد الجمع وفيه الفراق بعد التلاقي، ولقد جعل الله تعالى القوامة في الحياة الزوجية للرجل مصداقاً لقوله تعالى ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْزَلْنَا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ سورة النساء الآية (34)، فالعصمة الزوجية جعلها الله بيد الزوج ليحافظ عليها أشد المحافظة، ولا يفكها إلا في حالة الضرورة.

حيث يعتبر الطلاق كآخر حل لفض الخصام بين الزوجين ، وهذا بعد أن تستعمل كل الطرق الودية لحل الخصام والتأليف بين الزوجين ، لأن هذه الحياة الزوجية ولقدسيته فهي محمية من طرف الخالق قبل أن تأتي القوانين الوضعية لحمايتها أيضاً ، وعليه فسوف نتناول في هذا المطلب تعريف الطلاق وشروطه مع بيان حكمه والحكمة من تشريعه.

الفرع الأول

تعريف الطلاق وبيان شروطه

أولاً: تعريف الطلاق لغة:

الطلاق مصدر الفعل الثلاثي المجرّد طَلَّقَ، والطلاق: تخلية السبيل والطلاق من الإبل: ناقة ترسل في الحي ترعى حيث شاءت ولا تعقل -أي غير مقيدة-، وأَطْلَقْتُ الناقةَ وَطَلَّقْتُ هي أي حللت عقالها فأرسلتها،¹ وَطَلَّقَ البلاد: أي تركها،² وسمى الله عز وجل الطَّلَاقَ: سراهاً فقال: ﴿...وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ سورة الأحزاب الآية (49).

ومن ألفاظ الطلاق إستفحلي بأمرك أي انقطعت الصلة وإنشقت،³ ويقال أيضاً أَطْلَقْتُ الأسير أي خَلَّيْتَهُ، وطلاق النساء يأتي لمعنيين أحدهما حل عقدة النكاح والآخر بمعنى التخلية والإرسال،⁴ لكن العرف خص الطلاق بحل القيد المعنوي وهو في المرأة، والإطلاق في حل

¹ الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين، تحقيق مهدي المخزومي، دار ومكتبة الهلال، بيروت، د ط ، 1999، ج 5، ص 101.

² ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، كورنيش النيل، القاهرة، د ط ، د س ن، ج 10، ص 226 .

³ الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الجبل، بيروت، د ط ، د س ن، ج 1، ص 234.

⁴ ابن منظور، المرجع السابق، ج 10، ص 226.

القيد الحسي في غير المرأة. ومن خلال هذه الأقوال لأئمة اللغة يتبين أن معنى الطلاق في اللغة هو التخلية والإرسال وحل القيد ورفع.

ثانياً: تعريف الطلاق إصطلاحاً:

فقد عرفه الحنفية بأنه: هو حل قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص.¹

ونعني " بالقيد في النكاح " رفع قيد غيره كرفع المُلْكِ بالعِتَاق وكذلك خرج به القيد الثابت حساً، ذلك أن إعتبار عقد النكاح قيدياً ليس على المعنى المادي المعروف، إنما هو من باب المجاز والتشبيه.² وقوله في " الحال " يعني بذلك الطلاق البائن سواء كانت بينونة صغرى أو كبرى فإنها ترفع قيد النكاح في الحال.³ وقوله في " المآل ": أي بعد إنقضاء العدة في الطلاق الرجعي.⁴ وأما قوله " بلفظ مخصوص " وهو ما اشتمل على الطلاق، سواء كان صريحاً، أو كناية، كما أنه إحترز بقوله " بلفظ مخصوص " عن الفسخ.⁵

وقد عرفه المالكية حل العصمة المنعقدة بين الزوجين،⁶ أو هو إنهاء الحياة الزوجية في الحال أو المآل، بلفظ مشتق من مادة الطلاق أو معناها صراحة أو دلالة،⁷ أي تنتهي العلاقة الزوجية بأحد ثلاثة أمور، باللفظ صريحاً كان أو كناية، أو بالكتابة، أو بالإشارة عند تعذر النطق.⁸

وقد عرّف الشافعية الطلاق بأنه: حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه،⁹ وقد جاء في التعريف " بلفظ الطلاق ونحوه " للإحتراز عن حل عقد النكاح بغير لفظ الطلاق كالفسخ، ويظهر من خلال التعريف أنه لا فرق عندهم بين ألفاظ الطلاق الصريحة أو الكناية.¹⁰

¹ ابن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، القاهرة، د ط، 1968، ج 7، ص 363.

² عبد الرحمن بن محمد شيخي زاده، مجمع الأنهار في شرح ملتقى الأبحر، المحقق خليل العمران المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، د ط، 1998، ج 2، ص 4.

³ عبد الرحمان الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، المحقق عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 2002، ج 1، ص 205 .

⁴ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ضبطه وأخرج أحاديثه زكرياء عميرات، دار المعرفة، بيروت، د ط، د س ن، ج 3، ص 463.

⁵ ابن همام، شرح فتح القدير، المحقق عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 2003، ج 3، ص 463.

⁶ أبو الحسن بن مكرم الصعيدي العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، المحقق يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، د ط، 1994، ج 2، ص 78.

⁷ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط 5، 2007، ج 1، ص 208.

⁸ طارق بن أنور آل سالم، الواضح في أحكام الطلاق، دار الإيمان للطباعة، الإسكندرية، مصر، د ط، 2004، ص 13.

⁹ الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1994، ج 3، ص 279.

¹⁰ الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، المحقق علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 2، 2004، ج 2، ص 438.

أما الحنايلة فعرفه بأنه: "حل قيد النكاح".¹ حيث جاء تعريف مذهب الحنايلة مطلق لم يحدد الكيفية ولا اللفظ.

إذا فالطلاق هو حل الرابطة الزوجية إما أن يكون في الحال وهنا نكون أمام طلاق بائن، وإما أن يكون في المآل أي بعد العدة يكون بالطلاق الرجعي،² الذي يخول للزوج في هذه الحالة بإرجاع زوجته بدون عقد ولا مهر جديدين وبدون إندها ورضاها وإذا إنقضت العدة أصبح طلاق بائن وله نفس حكم الطلاق البائن.³

ثالثا: التعريف القانوني (القانون الجزائري والقانون المقارن).

حيث نجد أن المشرع الجزائري كان متذبذباً بين التطرق للتعريف وغيض النظر عنه، ففي الوقت الذي أُلّف ترك التعاريف القانونية للفقهاء للخوض فيها لم يجسد ذلك في المادة 48 من القانون الأسرة 84-11، إذ نص صراحة على أن: «الطلاق حل عقد الزواج...»⁴، ثم بيّن بعدها الصور التي يكون عليها الطلاق من إرادة منفردة أو بالتراضي أو بطلب من الزوجة في حدود ما أورده المادتان 53 و54 من نفس القانون، غير أن التعديل الصادر في 2005/02/27 بموجب الأمر 02-05 وفي نفس المادة 48 تراجع المشرع الجزائري عما قام به في السابق وعزف عن تعريف الطلاق واكتفى بالقول: «مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق...»⁵ والأمر هنا يختلف لأن المادة 48 المعدلة لم تعطي الكنية الحقيقية للطلاق وإنما أكدت على أن الطلاق إحدى حالات انحلال الرابطة الزوجية وفي ذلك محاولة من المشرع الجزائري للتخلص من أي إلتزام وترك ذلك لفقهاء القانون،⁶ حيث جسدها في أحكام المادة 222 من قانون الأسرة والتي نصت على أن: «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية»⁷.

ونلاحظ أيضا أن المشرع الجزائري قد أوضح صور الطلاق في نص المادة 48 من قانون الأسرة السابق ذكرها حيث تناول فيها الطلاق الواقع بإرادة الزوج المنفردة، وكذلك الطلاق بتراضي الزوجين، وقد أضاف في الأخير صورة الطلاق الذي يتم بطلب من الزوجة،

¹ الزركشي، شرح الزركشي على متن الخرقى، المحقق عبد الله بن دهب، مكتبة الأسيدي، مكة المكرمة، ط 3، 2009، ج 2، ص 458.

² عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، ط 1، 2007، ص 212.

³ العربي بلحاج، المرجع السابق، ج 1، ص 208.

⁴ القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984، المتضمن قانون الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 24، لسنة 1984.

⁵ الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27/02/2005، يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984، المتضمن قانون الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، لسنة 2005.

⁶ باديس ذيابي، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د ط، 2012، ص 11.

⁷ الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27/02/2005، يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984، المتضمن قانون الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، لسنة 2005.

وقد خصص لها المشرع مادتين في قانون الأسرة، وقد عالجت المادة 53 أحكام التطلق، أما المادة 54 فعالجت أحكام الخلع.¹ أما بالنسبة للمشرع المصري والسوري، فلم يتطرقوا إلى تعريف الطلاق أو حتى إلى توضيح طبيعته.

بالرجوع إلى قانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية الصادرة يوم 2004/02/03 حيث جاء في نص المادة 78 منها على أنه: «الطلاق حل ميثاق الزوجية، يمارسه الزوج والزوجة، كل بحسب شروطه تحت مراقبة القضاء وطبقا لأحكام هذه المدونة»² وقد أوضحت أحكام المادة 90 من نفس القانون على أنه لا يقع طلاق السكران الطافح والمكره وكذا الغضبان، أما المادة 91 فقد بينت أن الطلاق لا يقع بالحلف باليمين أو الحرام. وبالرجوع لنص المادة 92 من المدونة المغربية نجدها أنها أوضحت طرق إيقاع الطلاق، حيث يقع باللفظ أو الإشارة أو الكتابة، وأما بخصوص المادة 93 نجدها أنها أقرت بأن الطلاق المعلق على شرط لا يقع، بخلاف المشرع الجزائري الذي لم يبين هذه الأحكام.

وبالرجوع إلى مجلة الأحوال الشخصية التونسية الصادرة في 1956/08/13، نجدها أنها عرفت الطلاق في الفصل 29 على أن: «الطلاق هو حل عقدة الزواج»³، ويتضح من الفصل 31 أنه قد أوضح صور الطلاق المتمثلة في التراضي، أو بناءً على إرادة الزوجة، أو بناءً على إرادة الزوج، ومن خلال ما تقدم يتضح أن تعريف الطلاق جاء متقارب لدرجة كبيرة بين نصوص التشريعات المذكورة.

ومن جانب القضاء فقد قضى المجلس الأعلى بالجزائر في قرار له بتاريخ 1984/05/14 بأنه: «من المقرر شرعا أن الطلاق هو حل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج الذي يملك وحده فك عصمة النكاح، ولا ينوب عنه في ذلك إلا من فوض لهم أمره، كما يتم أيضا بتراضي الزوجين على ذلك، ومتى كان من المقرر قانونا أن كل حكم أو قرار يجب أن يسبب قانونيا لتبرير ما قضى به، فإن الحكم بما يخالف هذه المبادئ يعد مخالفا لقواعد الشريعة الإسلامية في الطلاق أو الفسخ وقواعد تسبب الأحكام»⁴.

حيث يتضح من خلال هذا القرار أن قضاة المجلس الأعلى قد تطرقوا إلى تعريف الطلاق وتوضيح بعض طرق فك الرابطة الزوجية، مستندين في ذلك لأحكام الشريعة الإسلامية، وقد عرفوه بأنه هو حل عقد الزواج وقد أوضحوا في نفس الوقت بأن الزوج

¹ العربي بلحاج، المرجع السابق، ج 1، ص 208.

² القانون رقم 03-70 المؤرخ في 2004/02/03، المتضمن مدونة الأسرة المغربية، المنشور بالجريدة الرسمية للملكة المغربية، رقم 5184، المؤرخ في 2004/02/05.

³ الأمر المؤرخ في 1956/08/13، المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 66، المؤرخ في 1956/08/17.

⁴ م أ، غ أ ش، 1984/05/14، ملف رقم 32786، م ق، عدد 2، ص 66، عن العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02-05 ومعلق عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة (1966-2006)، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط 3، 2007، ص 219.

هو من يملك حق فك الرابطة الزوجية، كما تطرقوا في نفس القرار إلى توضيح صور فك الرابطة الزوجية، على أساس أنه يتم بإرادة الزوج ويجوز له أن يوكل غيره أي يفوض غيره في إيقاع الطلاق، وقد أوضح كذلك بأنه يتم فك الرابطة الزوجية بالتراضي كصورة ثانية من صور الطلاق .

وقد صدر قرار آخر للمجلس الأعلى بتاريخ 1983/12/03 وجاء فيه: « من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة، وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، أما التطليق فهو حق للمرأة المتضررة وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها. ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية¹ .

فمن خلال هذا القرار يتضح لنا أنه أقر بأحقية الزوج في إيقاع الطلاق دون غيره ، وفي نفس الوقت وضح بأن التطليق هو حق للزوجة فقط، ويتم بتقديم طلب للقاضي من أجل تطليقها، حيث ينظر القاضي و يقدر مدى أحقية هذا الطلب طبقا لأحكام نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري الذي أوضح فيه المشرع الجزائري الحالات التي يجوز فيها للزوجة طلب التطليق.

ونجد أيضا قرار للمجلس الأعلى يعتبر فيه بأن الخلع هو حل عقد الزواج وجاء فيه: « من المقرر شرعا أن الخلع هو حل عقد الزواج نظير عوض تلتزم به الزوجة بقبوله ومقداره يحدد بالتراضي بين الطرفين، ولا دخل للقاضي في تحديده وفقا للشريعة الإسلامية...»².

رابعا : شروط الطلاق

للطلاق شروط يجب توافرها جميعا، بعضها يرجع إلى من يقع منه الطلاق وهو الزوج أصالة ومن ينوب عنه، وبعضها يرجع إلى من يقع عليها الطلاق وهي الزوجة، وبعضها يرجع إلى ما يقع به الطلاق وهي صيغته .

ولما نرجع لقانون الأسرة الجزائري فإننا نلاحظ أنه لم يرد أي نص خاص بشروط الطلاق و قد أحالتنا المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص، وهو ما يحتم علينا الرجوع إلى الفقه في معالجة شروط الطلاق .

(1) شروط المطلق :

وهو الزوج المكلف فيثبت حق الطلاق للزوج بمجرد عقد الزواج الصحيح ولا بد لصحة إيقاع الطلاق شرعا أن يكون صادر من البالغ العاقل وأن يكون مختارا في إيقاعه للطلاق وأن

¹ م أ، غ أش، 1983/12/03، ملف رقم 35026، م ق 1989، عدد 4، ص 86 .

² م أ، غ أش، 1980/02/25، ملف رقم 21305، ن ق 1980، ص 79، عن العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02-05 ومعلق عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة (1966-2006)، المرجع السابق، ص 287.

يكون واعيا لما يصدر عنه ، فيجب أن يقع الطلاق من الزوج على الزوجة مباشرة ونظرا لخطورة الطلاق على الأسرة والمجتمع إشتراط الفقهاء شروط لا بد من توافرها في المطلق وهي :

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

فالتوكيل هو أن يوكل شخص بتطبيق زوجته، و التفويض هو أن يملك الزوج زوجته طلاق نفسها منه وعليه يجوز التوكيل بالطلاق طالما انه يملك هذا التصرف أصالة عن نفسه، وهذا وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية.²

ب- أن يكون الزوج بالغا عاقلا : و الزوج هو من بينه و بين المطلقة عقد زواج صحيح و ليس أي زوج بل الزوج البالغ ، وقد ذهب الجمهور إلى عدم وقوع طلاق الصغير مميزا أو غير مميزا، مراهقا أو غير مراهق، أذن له بذلك أم لا، ذلك أن الطلاق لا يخلو من ضرر يلحق بالمطلق فلا يملكه الصغير كونه من التصرفات التي تحتاج إلى الإدراك الكامل، و العقل الوافر وهذا لا يتحقق في الصبي و لو كان عاقلا.³ والعقل آلة يعرف به المرء الحق من الباطل، و من الظلم أن يسأل من لا عقل له، و من الغبن أن تصح تصرفات غير العقلاء، وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن ناقص الأهلية و عديم الأهلية كلاهما لا يعتد بتصرفاته، وبالتالي لا يصح طلاقه، فالأهلية تمتنع بموانع طبيعية في مقدمتها الصغر كما أشرنا وبموانع مرضية على رأسها الجنون و هو اختلال في ملكة التمييز عند الإنسان، تجعله لا يعرف الحسن من القبيح، ولا يقدر العواقب فهو آفة في العقل تجعله غير أهل للتكليف⁴ ، وعليه فطلاق المجنون والمعتوه لا يقع ، فالعقل هو أداة التفكير كما أن المجنون ليس له قصد أصلا والطلاق هو من التصرفات تعتمد على القصد الصحيح⁵ .

ت- أن لا يكون الزوج مكرها على الطلاق: فيشتترط في المطلق أن يكون قاصدا و مختارا في إيقاع الطلاق، و على ذلك فإنه إذا أكره شخص الزوج على إيقاع الطلاق بقتل أو بإتلاف عضو أو مال، ولم يكن قادرا على دفع هذا الأذى عن نفسه بأي وسيلة من الوسائل

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

² المرجع نفسه، ص 226.

³ محمد كمال إمام الدين، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، د ط، 2003، ص 279.

⁴ المرجع نفسه، ص 280. وكذلك أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد الزواج والطلاق، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط 1، 2012، ص 145.

⁵ بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن لأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، بيروت، د ط، د س ن، ج 1، ص 312.

المشروعة فطلق، لا يقع طلاقه في رأي جمهور الفقهاء لأنه مكره على الطلاق، و إن أتى باللفظ المقتضي للطلاق إلا أنه لا يقصد الطلاق، و إنما يقصد دفع الأذى عن نفسه، وهذا من شأنه أن يفسد الإختيار لذلك ينتفي الحكم لإنتفاء الإختيار¹. أما الحنفية فأقروا بأن طلاق المكره واقع و قاسوه على طلاق الهازل، لأن الهازل قد وقع طلاقه مع عدم ورود القصد منه لإيقاعه، فكما كان عدم الرضا من الهازل لا تأثير له في وقوع الطلاق، كذلك بالنسبة للمكره².

(2) شروط المطلقة :

يشترط لصحة الطلاق أن تكون الزوجة محلا للطلاق ، أي ممن يقع الطلاق عليها، و تتحقق المحلية بأن تكون زوجة حقيقة أو حكما للمطلق³، و عليه فيشترط في الزوجة شروطا معينة لكي تكون محلا للطلاق وهي:

أ- قيام الزوجية حقيقة أو حكما: و يقصد بالزوجية حقيقة هو أن هناك حياة زوجية قائمة بمعنى الكلمة من معاشرة ومحبة وألفة، و العلاقة فيها طبيعية بين الزوجين، أما الزوجية القائمة حكما تعني المرأة المعتدة من طلاق رجعي أثناء عدتها، و كذا المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى أثناء عدتها، لأن الطلاق الرجعي لا تزول به الرابطة الزوجية إلا بعد انتهاء العدة. وكذا المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى، لأن الزواج يعتبر بعد الطلاق باقيا حكما طوال مدة العدة، بدليل وجوب النفقة أثناء العدة، و استقرار المرأة في منزل الزوجية، و عدم جواز خروجها منه حتى تنتقض عدتها، إلا لعذر شرعي و عدم حلها لزوج آخر، فيجب أن تكون المرأة زوجة للمطلق حقيقة أو حكما⁴.

ب- تعيين المطلقة بالإشارة أو بالصفة أو بالنية: فالرجل قد يتزوج بواحدة وقد تتعدد زوجاته إلى أربعة و هو أقصى عدد يجمعه الرجل في زواج قائم. فإذا طلق زوجة وهي واحدة فقد تعينت لفظا و معنى هذا أنه لا توجد زوجة غيرها، و الخلاف يحدث عند تعدد الزوجات و طرق التعيين في هذه الحالة ثلاثة: الإشارة و الوصف و النية التي يصح عنها الزوج بعد ذلك. وقد إتفق الفقهاء على أنه إذا عين الرجل زوجته المطلقة بالإشارة و الصفة و النية وقع الطلاق على المعنية و طلقت بالاتفاق، أما إذا أشار إلى واحدة من زوجاته دون أن يصفها و دون أن ينوي غيرها، و قال لها أنت طالق وقع الطلاق أيضا بالاتفاق، وكذلك إذا وصفها دون إشارة و دون قصد غيرها فإنها تطلق⁵.

¹ محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 3، 2010، ص 282.

² سيد سابق، فقه السنة، دار الفكر، بيروت، ط 1، د س ن، ج 2، ص 23 وما بعدها.

³ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج 1، ص 246.

⁴ المرجع نفسه، ص 246 وما بعدها.

⁵ محمد كمال إمام الدين، المرجع السابق، ص 385.

(3) شروط الصيغة :

يعتبر التلفظ بالطلاق هو الصيغة الواضحة والدالة على إنهاء الرابطة الزوجية في الحال أو المآل، غير أنه قد تكون صيغة الطلاق بلفظ صريح وقد تكون بلفظ الكناية، ويختلف التعبير عن الإرادة في الطلاق فقد تكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة¹ وهذا ما سنوضحه :

أ- **الألفاظ الصريحة :** وهو كل لفظ صريح لا يستعمل إلا في الطلاق غالبا ، مثل أن يقول لزوجته أنت طالق² .

ب- **الألفاظ الكنائية :** فهي كل لفظ يحتمل الطلاق يقع بها الطلاق باننا بالنية، أي لفظ وأريد به لازم معناه، ومثاله كأن يقول لزوجته أنت بائن أو أنت حرام وغيرها من الألفاظ التي جرى بها العرف³ .

وتتنوع صيغ الطلاق كالآتي :

- **الطلاق المنجز :** هو ما قصد به إبقاء الطلاق في الحال مثل أن يقول الزوج لزوجته أنت طالق وحكم هذا النوع أنه متى توفرت فيه الشروط السالفة المتعلقة بالمطلق فإنه يقع في الحال بمجرد اللفظ به وتترتب عليه جميع آثاره⁴ .

- **الطلاق المضاف :** وهو ما قصد به وقوع الطلاق في زمن المستقبل مثل : أن يقول لزوجته أنت طالق ابتداء من أول الشهر القادم بحيث يربط إيقاع الطلاق بهذا الزمن المعين، و حكمه عند جمهور الفقهاء: أنه ينعقد سببا للفرقة في الحال، و لا يقع به الطلاق إلا عند حلول أجله، فإذا قال لها أنت طالق آخر الشهر، فلا تطلق حتى ينتهي الشهر، و هي قبل ذلك زوجة لها كل حقوق الزوجة و عليها كل الواجبات، في حين أقر المالكية أنه إذا أضاف طلاقه إلى زمن مستقبل كأن يقول لها أنت طالق بعد سنة طلقت للحال منجزا، كذلك إذا أضافه إلى زمن ماضي قاصدا الإنشاء⁵ .

- **الطلاق المعلق:** وهو ما جعل فيه الزوج حصول الطلاق معلقا على حصول شيء آخر، وقد يكون فعلا للمطلقة أو المطلق أو لم يكن كذلك كان يقول لها أنت طالق إذا طلعت الشمس، فإذا كان فعل المطلق أو المطلقة سمي يمينا لدى الجمهور مجازا، و ذلك لما فيه من معنى القسم، و إذا كان معلقا لا على فعل إختياري فهو التعليق الحقيقي لانتهاء معنى اليمين

¹ عبده غالب أحمد عيسى، فقه الطلاق، دار الجيل، بيروت، ط 1، 1991، ص 29.

² العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج 1، ص 249 .

³ عبده غالب أحمد عيسى، المرجع السابق، ص 29.

⁴ بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 329.

⁵ المرجع نفسه، ص 329.

وقد اتفق الجمهور على صحة تعليق الطلاق و يمين الطلاق، فإذا حصل الشرط المعلق عليه وقع الطلاق¹.

أما فيما يخص عدد الطلقات فقد اختلف الفقهاء في وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد مثل أن يقول الرجل لزوجته، أنت طالق ثلاثاً، أو كأن يتلفظ بها ثلاثاً كقوله: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق. فقد ذهب بعض الصحابة إلى اعتبار أن الطلاق المقترن بعدد لا يعتبر إلا طلقة واحدة، وهذا ما ذهب إليه أهل الظاهرية و فقهاء مذهب الإمامية وكذلك ما أفتى به ابن تيمية وابن القيم. أما فقه الجعفري فقد ذهب هو وبعض الشيعة إلى اعتبار أن الطلاق الواقع بلفظ ثلاث يعتبر لغواً ويعتبر الطلاق باطل ويعتد به .

ويذهب جمهور الفقهاء، ومنهم الأئمة الأربعة، إلى قولهم أن الطلاق الذي يقع بلفظ ثلاثاً أو تكرر اللفظ ثلاث مرات فإنه يقع ثلاث طلقات².

وقد أخذت معظم القوانين العربية برأي ابن تيمية، ومن وافقه، والذي مفاده بأنه يملك الزوج على زوجته ثلاث طلقات، وأن الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحداً، وقد استقر القضاء العربي ومعظم البلدان العربية على اعتبار الطلاق المتعدد لفظاً أو إشارة طلاقاً واحداً، ومثله الطلاق المتتابع أو المكرر في مجلس واحد³.

حيث نجد أن مصر قد أخذت بهذا المبدأ وهذا من خلال نص المادة 3 من القانون 25 لسنة 1925 والمعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 وجاء فيها « الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة »⁴، ونلاحظ أيضاً أن قانون الأحوال الشخصية لسورية قد أخذ بهذا المبدأ من خلال نص المادة 92 في فقرتها الأولى وجاء فيها « الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة في مجلس واحد يقع طلقة واحدة رجعية. الطلاق المتكرر في مجالس متعددة يقع بعده. يقع الطلاق المتتابع في مجلس واحد طلقة واحدة إذا قصد بها التأكيد »⁵، حيث يتضح من إسقرائنا لنص المادة أن المشرع السوري قد أضاف فقرتين بعد الفقرة الأولى التي تأخذ بنفس المبدأ، غير أنه في الفقرة الثانية قد وضح أن الطلاق الذي يقع في عدة مجالس أنه يقع بعده أي بعدد الطلقات، إلا أنه أضاف إستثناء على الفقرة الأولى بموجب الفقرة الثالثة على

¹ بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 331 وما بعدها.

² ابن تيمية، الفتاوى الكبرى لابن تيمية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1987، ج 3، ص 224 . وكذلك الشوكاني، نيل الأوطار، تحقيق عصام الدين الصباطي، دار الحديث، مصر، ط 1، 1993، ج 6، ص 290 . وكذلك ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 27، 1994، ج 5، ص 225 .

³ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، د ط، 1950، ص 355 وما بعدها .

⁴ القانون 100 المؤرخ في 04/07/1985، المعدل للقانون 25 المؤرخ في 25/03/1925، والمتضمن قانون الأحوال الشخصية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية المصرية، العدد 27 (تابع)، لسنة 1985.

⁵ المرسوم التشريعي رقم 59 المؤرخ في 17/09/1953، والمتضمن قانون الأحوال الشخصية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية السورية، العدد 63، لسنة 1953.

أن الطلاق المتعدد في مجلس يعتبر طليقة واحدة إذا كان قصد الزوج هو تأكيد طلاقه، وبمفهوم المخالفة أي أن الطلاق الذي يوقعه الزوج متعدد وفي مجلس واحد ولا يقصد به التأكيد هو طلاق ثلاث.

أما المشرع الجزائري فلم يوضح رأيه من هذا المبدأ، وقد نص في المادة 51 من قانون الأسرة على أنه « لا يمكن أن يراجع الرجل من طلقها ثلاث مرات متتالية إلا بعد أن تنزوج غيره وتطلق منه أو يموت عنها وبعد البناء»¹، يلاحظ من خلال إسقرائنا لنص المادة أنها جاءت مبهممة لأنه لم يوضح هل الطلاق المعتد به هنا الذي ثبت بحكم أو حتى الذي لم يثبت بحكم، وإذا أخذنا بالقول الثاني سوف نخالف أحكام المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري .

الفرع الثاني

حكم الطلاق وحكمة مشروعيته

أولاً: حكم الطلاق:

الطلاق في الشريعة الإسلامية تصرف شرعي يصدر عن الزوج بإرادته المنفردة غالباً، ومن حيث أنه تصرف إنفرادي أو إتفاق بين الزوجين على إنهاء الرابطة الزوجية بينهما، يتعلق بحكم تكليفي،² والفقهاء متفقون على أن الطلاق تعتريه الأحكام التكاليفية الخمسة بحسب الظروف والأحوال وذلك على النحو الآتي:

(1) فيكون واجبا: إذا كان هناك سبب قوي يستدعيه كطلاق المولي بعد التربص إذا أباى الفئنة وكطلاق الحكمين في الشقاق.³

(2) أن يكون مندوبا: وهو عند تفريط المرأة في حقوق الله الواجبة عليها مثل تركها للصلاة ونحوها.⁴

(3) ويكون مكروها: كطلاق إمراة مستقيمة الحال، وهو راغب بها.

(4) ويكون حراما: كطلاق المرأة في الحيض، أو في طهر جامعها منه.

(5) ويكون مباحا: عند الحاجة لسوء خلق المرأة وسوء عشرتها.⁵

¹ الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، لسنة 2005.

² أبي إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق وتعليق محمد الزحيلي، دار القلم، دمشق، ط 1، 1996، ج 3، ص 25، 26.

³ أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 2، 1986، ج 3، ص 183، 184.

⁴ المرجع نفسه، ص 184، 185.

⁵ ابن قدامة، المرجع السابق، ج 7، ص 363 وما بعدها.

أما حكم أصل الطلاق قبل أن تعتريه الأحكام الخمسة، فقد اختلف الفقهاء فيه على اتجاهين:

الاتجاه الأول: الأصل في الطلاق الإباحة، قال الإمام القرطبي في تفسيره: دلّ الكتاب والسنة وإجماع الأمة على أن الطلاق مباح غير محظور، وقال ابن المنذر: ليس في منع الطلاق خبر يثبت، وقال السرخسي: وإيقاع الطلاق مباح وإن كان مبغضاً في الأصل عند عامة العلماء.¹ وقال ابن عابدين: إيقاع الطلاق مباح عند العامة لإطلاق الآيات وهو المذهب،² أي عند الحنفية وغيرهم، ولكن هناك من الحنفية من ذهب إلى أن الأصل في الطلاق الحظر.³ واستدلوا في رأيهم هذا بالكتاب والسنة:

الأدلة من الكتاب: قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَكُمْ بِمَعْشُورَةٍ أَوْ تَعْرِضُوهَا لَهِنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَّامًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾ سورة البقرة الآية (236)، وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ﴾ سورة الطلاق الآية (1)، وذلك يقتضي إباحة إيقاع الطلاق وأن الأصل فيه الإباحة لا الحظر.⁴

الأدلة من السنة: يستدلون بما في السنة العملية لرسول الله صلى الله عليه وسلم إذ أنه طلق زوجته حفصة رضي الله عنها حتى نزل عليه الوحي بأمره أن يراجعها فإنها صوامة قوامة، ولم يكن فيها كبر سن ولا ريبية. وكما طلق غير واحد من الصحابة دون بيان لسبب الطلاق فلم ينكر الرسول صلى الله عليه وسلم عليهم ذلك، فدل ذلك على أنه مباح، وقد طلق عمر ابن الخطاب زوجته أم عصام، وعبد الرحمان ابن عرف طلق زوجته تماضر.⁵

الاتجاه الثاني: ذهب فريق آخر من الفقهاء إلى القول أن الأصل في الطلاق الحظر وهو رأي أغلب الفقهاء وحجتهم في ذلك أن الزواج عقد مسنون، بل هو واجب أحياناً، فكان الطلاق قطعاً للسنة، وتقويتاً للواجب، فيكون الأصل فيه الحظر والكراهة إلا أنه رخص للتأديب أو للتخليص كما قال الكاساني.⁶

¹ السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، د ط، د س ن، ج 6، ص 2.

² ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط 2، 1992، ج 3، ص 227.

³ المرجع نفسه، ج 3، ص 228.

⁴ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن تفسير القرطبي، تحقيق أحمد اليردوني، دار الكتب المصرية، القاهرة، مصر، ط 2،

1964، ج 18، ص 147.

⁵ السرخسي، المرجع السابق، ج 6، ص 3.

⁶ أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج 3، ص 5.

وجاء في روضة الطالبين: وأما المكروه فهو الطلاق عند سلامة الحال،¹ وجاء في مغني المحتاج: ومكروه كمستقيمة الحال،² فيفهم من هذا القول أن الأصل في الطلاق عند الشافعية هو الحظر، وإلا لما كان مكروها بالنسبة للزوجة المستقيمة، وعند سلامة الحال. وجاء في كشف القناع: ويباح الطلاق عند الحاجة إليه، ويكره الطلاق من غير الحاجة إليه.³

وقال ابن عابدين: وأما الطلاق فإن الأصل فيه الحظر، بمعنى أنه محظور إلا لعارض يبيحه، وهو معنى قولهم الأصل فيه الحظر والإباحة للحاجة إلى الخلاص، بل يكون حمقا وسفاهة رأي ومجرد كفران النعمة، وإخلاص الإيذاء بها وبأهلها ولأولادها، ولهذا قالوا إن سببه الحاجة إلى الإخلاص عند تباين الأخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم إقامة حدود الله تعالى، فليست الحاجة مختصة بالكبر والريبة، فحيث تجرد عن الحاجة المبيحة له شرعا يبقى على أصله من الحظر، ولهذا قال تعالى: ﴿ فَإِنْ أَطَعْتُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴾ سورة النساء الآية (34) أي لا تطبقوا الفراق،⁴ ومعنى ذلك أن الزوجة إذا تركت النشوز وأطاعت زوجها فإن طلاقها بعد ذلك يكون إعتداء عليها وظلماً لها وإيذاء لأهلها وأولادها وهذا لا يجوز لعدم وجود سبب.⁵

وقال ابن تيمية: لولا أن الحاجة داعية إلى الطلاق لكان الدليل يقتضي تحريمه، ولكن الله تعالى أباحه رحمة منه بعباده لحاجتهم إليه أحيانا، وإن الله يبغض الطلاق وإنما يأمر به الشياطين والسحرة،⁶ كما قال الله تعالى: ﴿...فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ...﴾ سورة البقرة الآية (102).

وفي الصحيح عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إن إبليس يضع عرشه على الماء، ثم يبعث سراياه فأدناهم منه منزلة أعظمهم فتنة يجيء أحدهم فيقول: فعلت كذا وكذا فيقول: ما صنعت شيئا، قال ثم يجيء أحدهم فيقول: ما تركته حتى فرقت بينه وبين امرأته قال: فيدنيه منه ويقول: نعم أنت».⁷

¹ أبو زكريا النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، ط 3، 1991، ج 6، ص 4.

² الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ج 3، ص 404.

³ إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، دار الفكر، بيروت، د ط، 1982، ج 5، ص 232.

⁴ ابن عابدين، المرجع السابق، ج 3، ص 228.

⁵ أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د ط، 2004، ص 28.

⁶ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المحقق محمد بن قسام، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، د ط، 1995، ج 33، ص 48، 49.

⁷ مسلم، المسند الصحيح، المحقق محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب صفة القيامة والجنة والنار، باب تحريش الشيطان وبعثة سراياه لفتنة الناس وأن مع كل إنسان قرينا، رقم الحديث 2813، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د ط، د س ن، ج 4، ص 2167.

ويوجد حديث آخر لرسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «أيما امرأة سألت زوجها طلاقاً في غير ما بأس، فحرام عليها رائحة الجنة»¹.

ومع العلم أنه يوجد إتجاه ثالث يرى بأن الحظر في الطلاق ديناني لا قضائي، بمعنى أن الزوج الموقع للطلاق بغير مبرر شرعي يكون آثماً، وعلى هذا فإن الموضوع يتعلق بأمر نفساني فالأمر موكول إلى ضمير الزوج، أما قضاءً فالطلاق واقع، ولا يجوز للقاضي التدخل لمعرفة السبب حرصاً على سمعة الأسرة.²

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

وبالرجوع لقانون الأسرة فإننا نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بالرأي الثاني وهذا ما نستنتجه من خلال نص المادة 52 منه حيث نصت على أنه «إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها»³.

ثانياً: أدلة مشروعية الطلاق والحكمة منه.

(1) أدلة مشروعية الطلاق:

ثبتت مشروعية الطلاق بالكتاب والسنة والإجماع:

من الكتاب: لقد وردت آيات كثيرة تدل على جواز الطلاق وحله منها:

قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ...﴾ سورة الطلاق الآية (1)، وقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ...﴾ سورة البقرة الآية (229)، وقوله أيضاً: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَهْرِجُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسَعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَّاعًا بِالمَعْرُوفِ حَتَّىٰ عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ سورة البقرة الآية (236).

¹ أبو داود، سنن أبي داود، المحقق عبد الحميد، كتاب الطلاق، باب في الخلع، رقم الحديث 2226، المكتبة العصرية، بيروت، د ط، د س ن، ج 2، ص 268.

² عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، بيروت، ط 2، 1968، ص 102، 103.

³ الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09، المنضمن قانون الأسرة المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، لسنة 2005.

وجه الدلالة من الكتاب: يفهم من الآيات أن الحال قد يفسد بين الزوجين فيكون في بقائه ضرر عظيم ويترتب على ذلك مفسدة محضة، فشرع الطلاق ليزيل المفسدة الحاصلة.¹

ولقد ورد ذكر لفظ الطلاق في عدة سور، منها سورة البقرة والأحزاب والطلاق .

من السنة: هناك أحاديث كثيرة منها ما رواه مالك في الموطأ ومنها ما رواه البخاري ومسلم والترمذي ومنها ما رواه مالك عن نافع « أن عبد الله ابن عمر طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم....»² وقالوا: إن الحكمة من النهي تطويل العدة على المطلقة في الحيض لا تعد في الحساب وإنما تستقبل الحيضة القادمة.³

عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها،⁴ كما ذكر عن ابن عمر رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « أبغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق»،⁵ مع العلم أنه يعتبر حديث ضعيف، وكذلك نجد أن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه أنه طلق أم عاصم، وعبد الرحمان ابن عوف طلق تماضر زوجته، ولم ينكر على أحد منهم فرد من الصحابة.⁶ وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال: كانت تحتي امرأة أحبها، وكان أبي يكرهها، فأمرني أبي أن أطلقها، فأبيت فذكرت ذلك على النبي صلى الله عليه وسلم فقال: « يا عبد الله ابن عمر طلق امرأتك».⁷

وجه الدلالة من الأحاديث: يدل قول النبي صلى الله عليه وسلم وفعله في الأحاديث السابقة على مشروعية الطلاق.

من الإجماع : فقد أجمع علماء الأمة منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم حتى اليوم على أن للرجل أن يطلق زوجته، ولم ينكر هذا الصنيع أحد،⁸ إلا إذا كانت بدون عذر، ولقد دل دل القياس على الطلاق أيضا لأن العشرة إذا فسدت بين الزوجين ولم يكن في الإستطاعة دوامها يكون بقاء الزواج بامسك الزوجة التي لا تطاق معاشرتها تفويت لمقاصد الزواج،⁹

¹ إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج 5، ص 232.

² أبو الوليد الباجي، المنتقى شرح الموطأ، كتاب الطلاق، ما جاء في الأقراء وعدة الطلاق وطلاق الحائض، مطبعة السعادة، مصر، ط 1، 1332هـ، ج 4، ص 95.

³ ابن رشد القرطبي، المقدمات الممهدة، دار الغرب الإسلامي، لبنان، ط 1، 1988، ج 1، ص 500.

⁴ ابن ماجه، سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب الطلاق، باب حدثنا سويد بن سعيد، رقم الحديث 2016، دار إحياء الكتب العربية، د ط، د س ن، ج 1، ص 650..

⁵ أبو داود، تم إخرجه من قبل، أنظر ص من هذه المذكرة

⁶ بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ج 1، ص 303.

⁷ الترمذي، الجامع الكبير سنن الترمذي، المحقق بشار عواد معروف، أبواب الطلاق واللعان، باب ما جاء في الرجل يسأله أبوه أن يطلق زوجته، رقم الحديث 1189، دار الغرب الإسلامي، بيروت، د ط، 1998، ج 2، ص 486

⁸ ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10، ص 82 . وكذلك معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، دار الوفاء، المنصورة، ط 5، 1990، ج 1، ص 278.

⁹ عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 214.

وللهدف وللغاية المنشودة منه، ومن هنا يشرع الطلاق في الإسلام كنعمة يتخلص بها الزوجان المتنافران والمتباغضان من قيد تلك الرابطة، فيلتمس كلاهما من هو خير له وأحسن معاملة وأكرم عشرة،¹ مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ يَتَمَرَّهَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّنْ سَعْيِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾ سورة النساء الآية (130). ولا شك أن كل عاقل يرى في حال اشتداد الخصام والنفور بين الزوجين، وعدم الوصول لحل يرضي الطرفين ويلم الشمل، أن التفريق هو الحل الأفضل ليجد كل منهما حياته بعد ذلك وهذا من باب درء المفسد أولى من جلب المصالح.

(2) الحكمة من مشروعية الطلاق:

شرع الزواج لتكوين الأسرة ودوام العشرة والمودة بين الزوجين، وللمحافظة على أحد أهم المقاصد وتعاونها على إجتياز مراحل الحياة الشاقة وإحتمال أعبائها، بإختيار كل من الزوجين شريكه الذي يشعر بالميل إليه وبحاجته إلى معونته على أمور الحياة.² وعليه نجد أن أن الشريعة الإسلامية حثت كلا من الزوجين على رعاية الرابطة الزوجية، والمحافظة عليها والإنتفاع بثمراتها بصفة دائمة، فدعت في كثير من الآيات إلى حسن المعاشرة وتحقيق المثل العليا والمقاصد السامية، وعدم التأثر بما يعترض حبل المودة من عقبات ومشاكل نفسية ومادية. ولما كان الإسلام ديناً واقعياً، يعمل حساباً لكل الظروف والإحتمالات التي يتعرض لها الإنسان، حرص على وقاية الفرد والأسرة والمجتمع من كل ما يؤدي إلى الحرج والضيق والضرر، فشرع نظام الطلاق مع شدة تقديسه للزواج.³

إن الحكمة من تشريع الطلاق هي الحاجة إلى الخلاص من تباين الخلاف و طروء البغضاء الموجبة على عدم إقامة حدود الله تعالى، فكان تشريعه رحمةً منه سبحانه وتعالى، أي أن الطلاق علاج حاسم وحل نهائي وأخير لما إستعصى على الزوجين وأهل الخير والحكمين، بسبب تباين الخلاف وتنافر الطباع، وتعدّد مسيرة الحياة الزوجية، أو سبب الإصابة بمرض لا يحتمل، أو عقم لا علاج له، مما يؤدي إلى ذهاب المحبة والمودة و إحتمال كبير إلى توليد الكراهية والبغضاء.⁴ ولهذا جاءت الشريعة الإسلامية بإباحة الطلاق كأخر حل ومخرج من الضيق، وذلك بإرتكاب أخف الضررين بالمحافظة على ما يكون بين الزوجين من الأولاد حتى لا يقع عليهم ضرر بسبب هذا الطلاق.⁵

¹ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج 1، ص 209.

² عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط 1، 2007، ص 174، 175.

³ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج 1، ص 210، 211.

⁴ عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 215. وكذلك مصطفى إبراهيم الزملي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه

الإسلامي المقارن (دراسة مقارنة بالقانون)، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط 1، 2011، ص 110.

⁵ السريتي عبد الودود، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر،

د ط، 1980، ص 2.

ولم يكن الإسلام شغوفاً بالطلاق وإنما شرعه لعلاج الحياة الأسرية ويعتبر الطلاق هو آخر علاج يستعمل، وهو حلا وسطا لتحقيق الرغبات، ذلك أن الإبقاء على هذه الحياة الزوجية رغم ما حصل فيها من شقاق ومن فساد، ولو أبقينا على هذه الرابطة الزوجية أكد سوف ينضر الطرفين، وأكد سوف يلحق هذا الضرر ببعثة الأسرة ولهذا شرع الطلاق ليكون آخر علاج لهذه الخصومات.¹

وقد قال الفيلسوف الإنجليزي "بنام" في كتابه أصول الشرائع: لو أزم القانون الزوجين بالبقاء على ما بينهما من جفاء، لأكلت الضغينة قلوبهما، وكاد كل منهما للآخر، وسعى إلى الخلاص منه بأية وسيلة تمكنه، وقد يهمل أحدهما صاحبه، ويلتمس الحياة عند غيره.²

قال الكاساني: شرع الطلاق في الأصل لمكان المصلحة لأن الزوجين قد تختلف أخلاقهما وعند اختلاف الأخلاق لا يبقى للنكاح مصلحة، لأنه لا يبقى وسيلة إلى المقاصد - أي مقاصد النكاح- فتغلب المصلحة إلى الطلاق ليصل كل واحد منهما إلى زوج يوافقه فيستوفي مصالح النكاح منه.³

وقال ابن قدامة: ربما فسدت الحال بين الزوجين فيصير بقاء النكاح مفسدة محضة وضرراً محضاً، بإلزام الزوج النفقة والسكن وحبس المرأة مع سوء العشرة والخصومة الدائمة من غير فائدة، فإقتضى ذلك شرع ما يزيل النكاح لتزول المفسدة الحاصلة منه.⁴

والضرر إذا وقع يجب إزالته، إذ لا ضرر ولا ضرار في الإسلام، ويكون ذلك بفك العقد بين الزوجين، إذا لم يثمر الزواج ثمرته و كان مكان المصلحة ضرراً ومشقة، فلا بد من دفع الضرر، وكان الطلاق مصلحة إذا وافق ما شرعه الله سبحانه وتعالى.

المطلب الثاني

مفهوم الضرر ومبدأ التعويض عنه

يعتبر الضرر هو الركن الثاني من أركان المسؤولية المدنية في القانون، ويعد عند الفقهاء المسلمين كما ذكرنا سابقاً أنه من موجبات الضمان، والضرر له أشكال متعددة ويختلف الضرر من حالة إلى أخرى، ويعتبر مصطلح الضرر شائع في الفقه الإسلامي، وفي القانون فنجد أن لفظ الضرر في العبادات مثلاً كالتيمم للخوف من الضرر وفي المعاملات كالضرر في البيوع وغيرها.

¹ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج 1، ص 211.

² بننام، أصول الشرائع، ترجمة فتحي زغلول، د ط، د س ن، ج 1، ص 161، 162، عن العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص 211.

³ أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج 3، ص 95.

⁴ ابن قدامة، المرجع السابق، ج 10، ص 223.

وفيما يأتي سوف نتطرق إلى تعريف الضرر مع توضيح أنواعه:

الفرع الأول

مفهوم الضرر وأنواعه

أولاً: تعريف الضرر :

(1) لغة :

جاء في لسان العرب الضَّرُّ والضَّرُّ - بفتح الضاد أو ضمها - ضد النفع، فكل ما كان من سوء حال وفقر أو شدة في بدن فهو ضَرْ، وما كان ضِدًّا للنفع فهو ضَرْ، وقوله: لا يضرُّكم كيدهم، من الضَّرر، وهو ضد النفع، و المضرّة : خلاف المنفعة.¹ و جاء في كتاب العين: الضَّرُّ: النقصان يدخل في الشيء نقول: دخل عليه ضَرَرٌ في ماله.² والضَّرُّ والضَّرُّ لغتان: ضد النفع.³ وقد جاء في المصباح المنير أن الضَّرُّ يعني الفاقَّة والفقر بضم الضاد إسم وبفتحها مصدر ضَرَّهُ يَضُرُّهُ من بَابِ قَتَلَ إذا فعل به مكروها، والضَّرُّ هو ما كان سوء حال وفقر وشدة في بدن، والضَّرَاءُ نقيضُ السَّرَاءِ ولهذا أطلقت على المشقة والمَضَرَّةُ الضَّرُّ والجمع المَضَارُّ.⁴

وجاء في كتاب المخصص أن الضَّرُّ بمعنى سوء الحال والشدة،⁵ وقد جاء لفظ الضَّرُّ بمعنى الهازل وسوء الحال،⁶ وأما الضَّرُّ، بكسر الضاد، فهو أن يتزوج الرَّجُلُ امرأةً على ضَرَّةٍ ويقال امرأةٌ مُضِرٌّ إذا كان لها ضَرَّةٌ، ورجُلٌ مُضِرٌّ: إذا كان له ضرائر وجمع الضَّرَّةُ ضَرَائِرٌ.⁷

وجاء في كتاب تاج العروس أن الضرر: (الضَّرُّ، ويُضَمُّ) لغتان: (ضد النفع) أو الضَّرُّ (بالتفتح: مصدر، وبالضم: إسم). وقيل: هما لغتان كالشَّهْدِ والشَّهْدِ، فإذا جمعت بين الضَّرِّ والنفع فتحت الضاد، وإذا أفردت الضَّرُّ ضمنت إذا لم تستعمله مصدرًا، كقولك: ضررتُ ضَرًّا، هكذا

¹ ابن منظور، المرجع السابق، ج 4، ص 482.

² الخليل بن أحمد الفراهيدي، المرجع السابق، ج 7، ص 7.

³ صاحب الكافي الكفاة، المحيط في اللغة، تحقيق الشيخ محمد حسن آل ياسين، دار النشر عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط 1، 1994، ج 7، ص 429.

⁴ محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، د ط، د س ن، ج 2، ص 360.

⁵ إسماعيل بن سيدة المرسي، المخصص، المحقق خليل إبراهيم جفال، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 1، 1996، ج 3، ص 425.

⁶ الجوهري أبو نصر، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، ط 4، 1987، ج 2، ص 720.

⁷ الأزهرى الهروي، تهذيب اللغة، المحقق محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 1، 2001، ج 11، ص 314.

يستعمله العرب، كذا في لحن العوام للزبيدي. وقال أبو الدقيش: كل ما كان من سوء حال وفقير أو شدة في بدن فهو ضررٌ، وما كان ضد النفع فهو ضررٌ.¹

ومن خلال عرض هذه المجموعة من معاني الضرر يتضح لنا أن مجملها جاءت ضد النفع، فهي تشمل الضيق والنقصان والشدة التي قد تصيب الإنسان في جسمه أو ماله أو كلاهما في وقت واحد، ويلاحظ أن أحوال الضرر منها ما هو محسوس ومنها ما هو غير المحسوس أي معنوي.

وقد وردت كلمة الضرر في عدة مواضع من الكتاب والسنة أذكر منها:

من الكتاب: قال الله تعالى: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَلِيمٌ﴾ سورة النساء الآية (12)، أي عدم إضرار الورثة من الوصية.² وقال أيضا: ﴿قُلْ لَا أَمْلِكُ لِنَفْسِي نَفْعًا وَلَا ضَرًّا إِلَّا مَا شَاءَ اللَّهُ...﴾ سورة الأعراف الآية (188)، و المعنى هنا: قل أيها الرسول للناس إني لا أملك لنفسي ولا لغيري جلب أي نفع، ولا أستطيع دفع أي ضرر عني ولا عن غيري، إلا بمشيئة الله وقدرته، فيلهمني إياه، ويوفقني له.³

و قال تعالى: ﴿وَإِذَا مَسَّ الْإِنْسَانَ الضُّرُّ دَعَانَا لِجَنبِهِ أَوْ قَائِمًا أَوْ قَائِمًا فَلَمَّا كَشَفْنَا عَنْهُ غُصَّةَ مَرِّهِ كَانُ لَهُ يَدْعُنَا إِلَى ضُرِّ مَسَّهُ كَذَلِكَ نُزِّنُ لِلْمُؤْمِنِينَ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ﴾ سورة يونس الآية (12). والضرر هنا يقصد به جميع الأمراض والرزايا في النفس والمال والأحبة،⁴ وكذلك أيضا جاء في كتاب زاد المسير في علم التفسير،⁵ وكذلك في قوله تعالى: ﴿لَا يَسْتَوِي الْقَائِمُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ...﴾ سورة النساء الآية (95)، ويقصد بالضرر هنا هو العاهة من عمى أو عرج أو زمانة ونحوها.⁶

و يستفاد أيضا من قوله تعالى: ﴿لَنْ يَضُرُّكُمْ إِلَّا آذَىٰ وَإِنْ يُمَاتِلْكُمْ يُمَاتِلْكُمْ الْآخْبَارَ ثُمَّ لَا يُنصَرُونَ﴾ سورة آل عمران الآية (111)، ويقصد بالضرر هنا أنه قد يشمل الكذب والتحريف

¹ مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية، دم ن، د ط، د س ن، ج 12، ص 384.

² ابن منذر، كتاب تفسير القرآن، تحقيق سعد بن محمد السعد، دار المآثر، المدينة النبوية، ط 1، 2002، ج 2، ص 596.

³ مصطفى الزحيلي، التفسير الوسيط للزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط 1، 1422 هـ، ج 1، ص 761.

⁴ المرجع نفسه، ج 2، ص 949.

⁵ ابن الجوزي، زاد المسير في علم التفسير، المحقق الرازق المهدي، دار الكتاب العربي، بيروت، ط 1، 1422 هـ، ج 2،

ص 319.

⁶ الفيروز آبادي، تنوير المقابيس من تفسير ابن عباس، المكتبة الشعبية، القاهرة، د ط، 1970، ص 170.

وغيرها من الصور التي لا تصل لمرتبة الضرر الحقيقي.¹ وقوله عز وجل: ﴿وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا إِلَىٰ أُمَمٍ مِّن قَبْلِكَ فَأَخَذْنَاهُم بِالْبَأْسَاءِ وَالضَّرَّاءِ لَعَلَّهُمْ يَتَضَرَّعُونَ﴾ سورة الأنعام الآية (42)، وجاء معنى الضراء هنا بمعنى النقص في الأموال والأنفس، كضرة و الضرارة.²

من السنة: قول الرسول صلى الله عليه وسلم: « قضى أن لا ضرر ولا ضرار»³ فكل واحدة من اللفظتين معنى غير الآخر. فمعنى قوله: (لا ضرر) أي لا يضر الرجل أخاه فينقص شيئاً من حقه أو مسلكه، وهو ضد النفع. وقوله: (لا ضرار) أي لا يضر الرجل جاره مجارة فينقصه ويدخل عليه الضرر في شيء فيجازه بمثله، فالضرار منها معاً، والضرر فعل واحد ومعنى قوله: (ولا ضرار)، أي لا يدخل الضرر، وهو النقصان على الذي ضره.⁴

وقد فسر عبد الرؤوف المناوي (لا ضرر) أي لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئاً من حقه، والضرار فعال من الضر، أي لا يجازيه على إضراره بإدخاله الضرر عليه، والضرر فعل الواحد، والضرار فعل الإثنين، والضرر ابتداء الفعل، والضرار الجزاء عليه، والأول إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً، والثاني إلحاقها به على وجه المقابلة، أي كل منهما يقصد ضرر صاحبه بغير جهة الإعتداء بالمثّل.⁵

وقال أيضاً: « إن الرجل ليعلم والمرأة بطاعة الله ستين سنة ثم يحضرهما الموت فيضاران في الوصية فتجب لهما النار...»⁶. ومعناه هنا المضارة في الوصية أن لا يمضيها أو ينقص منها، أو يوصي بها لغير أهلها ونحو ذلك.⁷

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « لا يتمنين أحدكم الموت لضر نزل به فإن كان لا فعلاً، فليقل: اللهم أحييني ما كانت الحياة خيراً لي وتوفني إن كانت الوفاة خيراً لي».⁸

¹ الشوكاني، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، دار المعرفة، بيروت، ط 2، 1996، ج 1، ص 472، 473

² أبو حيان محمد، البحر المحيط في التفسير، المحقق صدقي محمد جميل، دار الفكر، بيروت، د ط، 1420 هـ، ج 5، ص 118.

³ ابن ماجه، المصدر السابق، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، رقم الحديث 2341، ج 2، ص 784

⁴ الأزهر الهروي، المرجع السابق، ج 11، ص 314.

⁵ عبد الرؤوف المناوي، فيض القدير شرح الجامع الصغير، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، د ط، 1356 هـ، ج 6، ص 431.

⁶ الترمذي، المصدر السابق، أبواب الوصايا، باب ما جاء في الضرار في الوصية، رقم الحديث 2117، دار الغرب الإسلامي، بيروت، د ط، 1998، ج 3، ص 502.

⁷ ابن أثير، جامع الأصول في أحاديث الرسول، تحقيق عبد القادر الأرئووط، مكتبة دار البيان، د م ن، ط 1، 1972، ج 11، ص 626.

⁸ البخاري، صحيح البخاري، المحقق محمد زهير، كتاب المرضى، باب تمنى المريض الموت، رقم الحديث 5671، دار طوق النجاة، د م ن، ط 1، 1422 هـ، ج 7، ص 121.

ويفهم من هذا الحديث الشريف أنه هناك تصريح بكراهية تمنى الإنسان الموت لضر نزل به من مرض أو محنة من عدو أو نحو ذلك من مشاق الدنيا.¹ وعلى وجه العموم، نلاحظ أن الضرر يتضمن عدة معاني منها: الشدة والبلاء، الفقر والقحط والإيذاء، والهزل والنقص، وهذا كله يأتي ضد النفع.

(2) تعريف الضرر فقها:

وهنا سوف نقوم بتعريفه عند الفقهاء القدامى والمعاصرين.

أ- تعريف الضرر عند الفقهاء القدامى: ذكر الفقهاء القدامة عدة تعريفات للضرر منها:

جاء في كتاب معين الحكام: قال بعضهم: الضَّرُّ ما ينفَعُك ويضرُّ صاحبك، والضَّرُّ ما يضرُّ صاحبك ولا ينفَعُك، فيكون الضَّرُّ ما قصد به الإنسان منفعة وكان فيه ضرر على غيره، والضَّرُّ ما قصد به الإضرار بغيره.² وعرفه السيوطي بأنه: إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً،³ وعرفه ابن رجب بأنه: أن يدخل على غيره ضرراً بما ينتفع هو به،⁴ وعرفه النووي النووي بأنه: الأذى.⁵

وقد عرف الضرر في كتاب منتقى شرح الموطأ بأنه: الضرر هو مالك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة، والضرار ما ليس لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة.⁶

ومن مجمل هذه التعريفات نجد أنهم إتفقوا على أن الضرر فيه إيذاء للغير أي إلحاق ضرر بالغير، وأكثر التعريفات نجدها أنها قيدت الضرر بالانتفاع وهذا يعتبر قيد وليس لزوم، لأن الانتفاع بضرر الغير ليس على الإطلاق. و مما يتضح أيضاً من هذه التعريفات أنها لم تحدد نوع الأذى الذي يلحق الإنسان، وفي أي شيء يلحقه. وبالتالي فالتعريفات السابقة غير جامعة أو مانعة.

ب- تعريف الضرر عند الفقهاء المعاصرين: ومن بين التعريفات نذكر منها:

الضرر: هو كل أذى يصيب الإنسان فيسبب له خسارة مالية في أمواله سواء كانت ناتجة عن نقصها أو نقص منافعها أو عن زوال بعض أوصافها.⁷

¹ أبو زكريا النووي، شرح صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 2، 1972، ج 17، ص 7.

² ابن خليل الطرابلسي، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، مصطفى الحلبي، القاهرة، مصر، ط 2، 1973، ص 212.

³ السيوطي، شرح سنن ابن ماجه، قديمي كتب خانة، كراتشي، باكستان، د ط، د س ن، ص 169.

⁴ ابن رجب، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلام، محقة شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 7، 2001، ج 2، ص 212.

⁵ أبو زكريا النووي، تحرير ألفاظ التنبيه، تحقيق عبد الغني الدقر، دار القلم، دمشق، ط 1، 1408هـ، ص 125.

⁶ أبو الوليد الناجي، المرجع السابق، ج 6، ص 40.

⁷ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، د ط، 2013، ص 38.

وقد عرف أيضا بأنه: ما يصيب المعتدي عليه من الأذى فينلف له نفساً، أو عضواً، أو مالا، متقومًا محترمًا.¹

وقد ورد تعريف الضرر أيضا بأنه: إلحاق الأذى بالغير مطلقاً سواء في الأموال أو الحقوق أو الأشخاص.² وجاء كذلك بأنه: كل إيذاء يلحق الشخص سواء كان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته.³ وقد جاء تعريف آخر للضرر بأنه: كل إيذاء يلحق الشخص سواء كان في مال متقوم محترم أو جسمه أو جسم معصوم أو عرض مصون.⁴

باستعراض هذه التعريفات نجد أن التعريف الأول غير جامع لأنه لم يذكر باقي أنواع الضرر كالمعنوي الأدبي، فليس كل ضرر نجده يسبب ضرر مالي، وهذا التعريف غير مانع لدخول الأذى المشروع كضمان وهذا ليس بضرر. أما بقية التعريفات فقد تجنبت القصور الموجود في التعريف الأول الذي قصر الضرر على المال فقط، بينما نجد باقي التعريفات قد ذكرت أنواع الضرر الذي يصيب الإنسان سواء مادياً أو معنوياً، غير أن هذه التعريفات غير مانعة لأنها تدخل فيها الأذى المشروع كضمان والعقوبة فهي لا تسمى ضرراً.

وعليه فالتعريف المختار هو: كل أذى يصيب الإنسان سواء كان مادياً أو معنوياً بغير وجه حق. فهذا التعريف أوضح ماهية الضرر، وأنه الأذى الذي يصيب الإنسان، فيشمل الضرر بنوعيه المادي والمعنوي والأقسام التي تندرج تحتها كالضرر الذي يصيبه في بدنه، أو ماله، أو شرفه، أو العاطفة أو الشعور وقيده التعريف أنه بغير وجه حق ليكون مانعاً من دخول الأذى المشروع الذي يصيب الإنسان في ماله، أو جسمه، أو شرفه، أو عاطفته، أو شعوره، كضمان والعقوبة، فهذه لا تسمى أضرار.

والضرر هو علة وجوب التعويض (الضمان) في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي، فإذا وقع الضرر وجب التعويض، وإذا إنتفى الضرر إنتفى معه التعويض.

(3) تعريف الضرر قانوناً:

يعتبر الضرر هو الركن الثاني من أركان المسؤولية المدنية وتتجلى أهمية هذا الركن في أنه أي مطالبة بالتعويض عند وجود الخطأ دون إنتاجه لضرر سيكون مصير هذا الطلب

¹ أمين سيد، المسؤولية التقصيرية من فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن، مكتبة الإسكندرية، مصر، د ط، 1384هـ، ص93.

² نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والإقتصادية في لغة الفقهاء، دار القلم، دمشق، ط 1، 2008، ص 287.

³ هبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، دار الفكر، دمشق، ط 9، 2012، ص23.

⁴ محمد المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، ط 2، 2013، ص 28.

هو الرفض.¹ وعلى غرار أن موضوع الضرر متعارف عليه في التشريع والفقهاء القانونيين إلا أنه من الصعب إستنتاج تعريف مضبوط للضرر، وهو ما جعل بعض الفقهاء الغربيين يتوسعون في تعريف الضرر، ولعل من أشهر محاولاتهم تلك التي إستقر عليها القضاء في فرنسا ثم مصر وتبناها الفقه إثر ذلك.

ووفقا لما سبق يعرف الضرر بأنه الأذى الذي يصيب الفرد نتيجة المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، أو بمعنى آخر هو إخلال بمصلحة مشروعة للفرد مادية كانت أم أدبية (معنوية)²، ويمكن أيضا أن نسترشد بتعريفات بعض الشراح من رجال القانون للضرر، فقد عرّفه العربي بالحاج بأنه: هو الأذى الذي يصيب الشخص نتيجة المساس بمصلحة مشروعة له أو حق من حقوقه، والضرر قد يكون ماديا أو معنويا ويضيف إليه الفقه والقضاء الضرر المرشد³.

وقد عرّفه علي فيلالي: أن الضرر يتمثل في الخسارة المادية أو المعنوية التي تلحق بحق الضحية نتيجة التعدي الذي وقع عليه.⁴ وعرّفه مقدم السعيد بأنه: الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسده أو ماله أو حريته أو شرفه أو غير ذلك.⁵

ويلاحظ من خلال التعريفات السابقة أن مجرد المساس بالحق يشكل ضررا، وكذلك شمول معنى الضرر الإعتداء على مصلحة الفرد المشروعة التي تعد مكملة لمفهوم الحق في سبيل تعويض الضرر.⁶

وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري،⁷ فإننا لا نجد تعريف للضرر بالرغم من أن فكرته وردت في المواد من المادة 124 إلى المادة 140 مكرر¹، وكذا في المادة 176 وما يليها المخصصة لتنفيذ الإلتزام، وما يستنتج من دراسة هذه المواد هو ضرورة وجود ضرر ولا مسؤولية بدونه.⁸

¹ Marcel Planiol et George Ripert : Traité pratique de Droit Civil Français. TV (les obligations), (Paris : librairie Générale de Droit et De jurisprudence, 2ED, 1952, P745).

² السعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د ط، 1992، ص 35.

³ العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، د ط، 1999، ج 2، ص 143.

⁴ علي فيلالي، الإلتزامات العمل المستحق للتعويض، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، د ط، 2002، ص 244.

⁵ السعيد مقدم، المرجع السابق، ص 35.

⁶ Vialard, Antoine: Droit Civil Algériens, Alger :OPU,1980,P113 .

⁷ القانون رقم 05-07 المؤرخ في 2007/05/13، يعدل ويتم الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 31، لسنة 2007.

⁸ السعيد مقدم، المرجع السابق، ص 35.

ثانياً: أنواع الضرر.

من جملة التعريفات التي ذكرناها سابقاً إتضح لنا جلياً أن الضرر قد يكون حسي ونكون هنا أمام الضرر المادي وقد يكون غير حسي وهنا نكون أمام الضرر المعنوي، ويصنف الضرر حسب طبيعة المصلحة التي أعتدي عليها، ويظهر أن أغلب الفقه الوصفي، وقد أعتمد هذا التقسيم،¹ الذي أنتقد بشدة من قبل بعض الفقهاء الغربيين² والمسلمين،³ وبالنسبة للفقه الإسلامي، فإن التقسيم الثنائي للضرر يتجلى بإستقراء موجبات الضمان فيه، وهو ما يؤكد إرتباط تقسيم الضرر بطبيعة المصلحة المحمية.⁴

أما بالنسبة للفقه الغربي فإنه يميل للتقسيم الثلاثي لضرر مادي ومعنوي، وبدني، ويقصد بهذا النوع -بدني- الضرر الماس بجسم الإنسان من جروح بسيطة وخطيرة وبشكل أخطر من الموت.⁵

إلا أن التقسيم الراجح للضرر هو التقسيم الثنائي لأن الضرر البدني يعتبر ضرراً جامعاً، لأنه يحتوي على شقين: شق مادي يتمثل في الجروح وما شابهها مما يترك آثار في الجسم وشق غير مادي يتمثل فيما يخلفه ذلك المساس بالجسم على الصعيد النفسي وهو ضرر معنوي وعليه فتقسيم الضرر إلى ثلاثة أقسام لا يفصح عن نوع جديد من الضرر، ولا يمكن أن يبرز إلا في حالة التعويض الإجمالي عن الضرر المادي وذلك بالتمييز بين الضررين المالي والجسمي في المبلغ الممنوح.

(1) الضرر المادي:

الضرر المادي هو: الأذى الذي يصيب الإنسان في ماله، فيسبب له خسارة مالية، أو يصيبه في جسمه، فيسبب له تشوهاً، أو عجزاً عن العمل، أو ضعفاً في كسبه ونحو ذلك،⁶ ويعرف أيضاً بأنه: إلحاق الأذى بالغير مطلقاً سواء في الأموال أو الحقوق أو الأشخاص.⁷

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط 3، 1998، ج 1، ص 680. وكذلك العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني، المرجع السابق، ج 2، ص 145. وكذلك علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د ط، 1984، ص 198. وكذلك الصدة عبد المنعم فرج، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، د ط، 1974، ص 516. وكذلك العدوي جلال، مصادر الإلتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، 1997، ص 424.

² السعيد مقدم، المرجع السابق، ص 37.

³ علي الخفيف، المرجع السابق، ص 44.

⁴ عبد الجبار شرارة، مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي، مقال منشور في الموقع الإلكتروني لمجلة الفكر الإسلامي، www.darislam.com/home/alfekr/data/feker7/14htm

⁵ François Terré-philippe Similer et Yves lepuette : Droit Civil, les obligations, Beyrouth, Ed ,Delta 1998,P 559 .

⁶ علي الخفيف، المرجع السابق، ص 38.

⁷ حماد نزيه، المرجع السابق، ص 179.

وقد عرفه السنهوري بأنه: هو الإخلال بمصلحة للمضرور ذات قيمة مالية.¹

أما السعيد مقدم فعرّفه بأنه: هو الذي يصيب الشخص في جسمه أو ماله أو إنتقاص حقوقه المالية، أو بتفويت مصلحة مشروعة له ذات قيمة مالية، بمعنى أن نطاق التعويض يقتصر على الضرر الذي يلحق بالمال أي ذمة مالية.²

وقد جاء تعريف بالحاج العربي للضرر المادي على أنه: ما يصيب الشخص في جسمه أو في ماله، فيتمثل في الخسارة المالية التي تترتب على المساس بحق (أو مصلحة) سواء كان الحق حق مالي أو غير مالي.³ ويعرفه جعفر محمد أنس قاسم بأنه: كل ما يصيب الشخص في حق، أو في مصلحة مالية.⁴

وعليه فأغلب فقهاء القانون يتفقون على أن المقصود بالضرر هو الأذى الذي يلحق بالمضرور في جسمه أو في ذمته المالية منقصةً منها أو مفوتاً لمصالح مشروعة، ويمكن أن يشمل الضرر المادي كل ما يلحق الشخص من خسارة وما يفوته من كسب.

ويترتب الضرر المادي -عادة- عند المساس بالذمة المالية للمضرور، كالإعتداء على حق مالي أي كان نوعه سواء كان حقاً عينياً أو على حق شخصي، وقد يتمثل الضرر المادي في المساس بمجرد مصلحة، ويتمثل الضرر الذي يلحق بالمضرور في جسمه أي بسلامة الجسم هو ضرر مادي يترتب عليه خسارة مالية للمضرور يتمثل في نفقات العلاج أو العجز عن القدرة على العمل.

(2) الضرر المعنوي:

يرد هذا النوع من الضرر على الجانب غير المالي لذمة الإنسان، وهو المتعلق بالأحاسيس والمشاعر، وعلى هذا الأساس يسمى بالضرر المعنوي أو الضرر الأدبي.⁵

وبعد الخلاف الذي ثار في شأن هذا النوع من الضرر ومسألة التعويض عنه، إلا أنه وبعد تقرير هذا المبدأ أصبح بالإمكان القول بأن لا فرق بين أن يكون الضرر مادياً أو معنوياً وبذلك إنقضى الخلاف الذي ثار بالنسبة للضرر المعنوي والذي نراه طافحاً في كتب الفقه

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 1، ص 714.

² السعيد مقدم، المرجع السابق، ص 37.

³ العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني، المرجع السابق، ج 2، ص 145.

⁴ جعفر محمد أنس قاسم، التعويض عن المسؤولية الإدارية (دراسة مقارنة)، مركز البحوث بجامعة الملك سعود، الرياض، المملكة العربية السعودية، د ط، 1989، ص 107.

⁵ عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، ط 1، 2007، ص 28.

العربي.¹ وقد إجتهد بعض الفقهاء المسلمين والغربيين في إيجاد تعريف للضرر المعنوي، ويذكر من ذلك:

فقد تطرق السنهوري إلى تعريفه بأنه: هو الضرر الذي لا يصيب الشخص في ماله، ولكن يصيب مصلحة غير مالية.²

وعرف أيضا بأنه: هو المساس بمصلحة محمية من طرف القانون ذات طابع معنوي.³ و حسب تعريف الفقيهان الفرنسيان Planiol et Ripert حول إمكانية التعويض عن الضرر إذ يقولان: كل نوع من الضرر يمس بمصلحة محمية من طرف القانون يبرر دعوى قضائية بشأنه، وهذا سواء تعلق بالأشخاص أو الأموال، مادياً كان أم معنوياً، قابلاً للتقدير الدقيق بالمال أو لا.⁴

وقد عرفه حسون طه بأنه: الأذى الذي لا يصيب الشخص في ماله بل يصيبه في شرفه أو سمعته، أو عاطفته، أو مركزه الإجتماعي.⁵

ونجد سليمان مرقس قد تعرض لتعريفه أيضا بأنه: كل مساس بحق أو بمصلحة مشروعة يسبب لصاحب الحق أو المصلحة أذى في مركزه الإجتماعي أو في عاطفته أو شعوره ولو لم يسبب له خسارة مالية.⁶

وهناك تعريف آخر فحواه: أن الضرر المعنوي يقوم على كل ألم إنساني غير ناتج عن الخسارة المالية، وهو يغطي ألم المتضرر في جسده أو شرفه أو عاطفته.⁷

كما عرفه أحمد عابدين محمد بأنه: ما يصيب الإنسان في شرفه وسمعته وإعتباره،⁸ كما عرفه اللصاصمة بأنه: الضرر غير الإقتصادي، بحيث يشمل كل ما يسمى الحياة الشعورية والعاطفية للإنسان كما يسمى رفاهية.⁹

¹ زهدي يكن، المسؤولية المدنية أو الأعمال غير المباحة، منشورات المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، ط 1، د س ن، ص 47.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ج 1، ص 723.

³ Planiol et Ripert : OP.Cit ,P 753

⁴ ibid, P 753

⁵ حسون طه غني، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، د ر ش، بغداد، د ط، 1970، ص 463.

⁶ سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، دار النشر الجامعات المصرية، مصر، د ط، 1958، ص 140.

⁷ مورييس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي، د م ن، د ط، د س ن، ج 2، ص 76، 77.

⁸ أحمد عابدين محمد، التعويض عن الضرر المادي والأدبي والمورث، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، 1955، ص 137.

⁹ عبد العزيز اللصاصمة، المسؤولية المدنية التقصيرية (الفعل الضار أساسها وشروطه)، د ر ش، عمان، د ط، 2002، ص 9.

وقد عرف الضرر المعنوي على أنه هو المساس بمصلحة مشروعة غير مالية،¹ أما عبد المجيد الحكيم فقد عرفه بأنه: الضرر الذي لا يصيب الشخص في حق من حقوقه المالية، بل في شعوره وعواطفه أو في شرفه أو عرضه وكرامته أو سمعته أو مركزه الإجتماعي.²

وقد عرفه بالحاج العربي بأنه: هو الضرر الذي يلحق الشخص في حقوقه المالية أو في مصلحة غير مالية، فهو ما يصيب الشخص في كرامته أو في شعوره أو في شرفه أو في معتقداته الدينية أو في عاطفته وهو أيضا ما يصيب العواطف من آلام نتيجة فقدان لشخص عزيز.³

ومن خلال جملة هذه التعريفات فقد تبين لنا أنه هناك من يعرف الضرر المعنوي على أساس أنه مساس بالحقوق الغير مالية ومنهم من بنى تعريفه على إظهار الصور المتعددة للضرر المعنوي.

وعليه مما سبق يمكن إستخلاص تعريف مناسب للضرر المعنوي بأنه: هو الضرر الذي يصيب الشخص في مصلحة غير مالية على أن يصيب مصلحة أو حق مشروع حيث يسبب لصاحب الحق أو المصلحة الأذى في عاطفته أو شعوره أو في مركزه الإجتماعي حتى وإن لم يسبب له خسارة مالية.

ويتضح جليا موقف المشرع الجزائري من فكرة التعويض عن الضرر المعنوي بشكل صريح في نصوصه القانونية من بينها الدستور فقد جاء في نص المادة 34 من دستور 1996 في فقرتها الثانية على أنه: « يحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة»⁴، حيث حيث 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.

وقد جاء أيضا في نص المادة 8 من القانون رقم 78-12 المتعلق بالقانون الأساسي العام للعمال على أنه: « يضمن التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي تلحق العامل»⁵. كذلك نلاحظ أن القانون الأساسي للعامل قد ضمن تعويض العامل عن أي ضرر يلحق به اثناء تأدية عمله فقد يلحق به أضرار مادية أو معنوية أو كلاهما معا .

¹ Antoine Vialard : OP, cit, P 117.

² عبد المجيد الحكيم، عبد المجيد الحكيم، القانون المدني وأحكام الإلتزام، ج 2، ص 531.

³ العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني، المرجع السابق، ج 2، ص 147.

⁴ مرسوم رئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07/12/1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في

إستفتاء 28/11/1996، المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 76، لسنة 1996.

⁵ القانون رقم 78-12 المؤرخ في 05/08/1978، يتضمن القانون الأساسي العام للعامل، المنشور في الجريدة الرسمية

للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 32، لسنة 1978.

وكذلك في نص المادة 6 من القانون 90-11 المتضمن علاقة العمل الفردية والجماعية ضمن فقرتها الثانية على أنه: « إحترام السلامة البدنية والمعنوية للعمال وكرامتهم»¹، نلاحظ أيضا أن قانون العمل قد فرض على أرباب العمل الحفاظ على السلامة البدنية والمعنوية للعمال وبمفهوم المخالفة فإن كل ضرر يلحق بالعامل سواء ضرر مادي أو معنوي فإنه يحق للعامل طلب التعويض عما لحقه من ضرر .

وقد نصت المادة 47 من القانون المدني على أنه: « لكل من وقع عليه إعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الإعتداء والتعويض عما قد لحقه من ضرر»²، وكذلك نص المادة 48 من نفس القانون على أنه: « لكل من نازعه الغير في إستعمال إسمه دون مبرر، ومن إنتحل الغير إسمه أن يطلب وقف هذا الإعتداء والتعويض، عما يكون قد لحقه من ضرر»، يتضح من خلال نص المادتين من هذا القانون أنه جاء لحماية حقوق الأشخاص من أي إعتداء، بالإضافة إلى ذلك فقد منح الحق للطرف المتضرر من المطالبة بالتعويض عن الأضرار المعنوية وقد تكون مادية أيضا غير أنه في كلتا الحالتين في كل من المادة 47 و48 نجد أن الضرر الذي يلحق بالشخص من قبيل الضرر المعنوي والمادي في وقت واحد .

وقد نصت أيضا المادة 182 مكرر من نفس القانون على أنه: « يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة»، فقد جاءت هذه المادة مؤكدة على أن المشرع الجزائري قد أخذ بالمبدأ القائل على جواز التعويض على الضرر المعنوي.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري فنجد في نص المادة 5 في الفقرة الثالثة حيث جاء فيها على أنه: « إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض»³، وقد جاء أيضا قانون الأسرة الجزائري يؤكد على أحقية الطرف المتضرر من المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يلحقه سواء كان هذا الضرر مادي أو معنوي أو كلاهما معا.

و المادة 52 من نفس القانون تنص على أنه: « 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 سواء لحق بها ضرر مادي أو معنوي .

¹ القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21/04/1990، يتعلق بعلاقات العمل، المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 17، لسنة 1990.

² القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13/05/2007، يعدل ويتم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون المدني، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 31، لسنة 2007.

³ الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27/02/2005، يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984، المتضمن قانون الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، لسنة 2005.

و كذلك نص المادة 53 مكرر من قانون الأسرة على أنه:¹ « يجوز للقاضي في حال الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها »، يتضح أيضا من خلال نص المادة أن المشرع الجزائري قد فتح المجال أمام الزوجة للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تلحقها ، ومنح للقاضي الحق في إستعمال سلطته التقديرية في تعويض الضرر اللاحق بالزوجة.

ونجد أيضا نص المادة 55 من نفس القانون تنص على أنه: « عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر»، أما في نص هذه المادة فإننا نجد أن المشرع الجزائري قد ساوى بين الزوجين في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي قد تلحق بأحدهما في حالة النشوز .

فمن خلال إستقراء المواد 5 و 52 و 53 مكرر و 55 من قانون الأسرة، حيث يتضح جلياً أن المشرع يقصد الضرر المعنوي أكثر من الضرر المادي لأنه وحتى وإن توفر الضرر المادي في الخصومات الزوجية إلا أن الضرر المعنوي هو الأكثر وقوعا في الخصومات الزوجية ويصعب إثباته وتقديره من طرف قضاة الموضوع.

وعليه ومن خلال ما تقدم من نصوص قانونية يتضح لنا أن المشرع الجزائري أزال الغموض والتضارب بين الآراء الفقهية في مسألة التعويض عن الضرر المعنوي، لأنه ذكر في بعض المواد صراحة بأنه يحق للطرف المتضرر طلب التعويض حتى على الضرر المعنوي الذي لحقه.

والجدير بالذكر أن القضاء الجزائري يعتبر الضرر المعنوي أكثر جسامة من الضرر المادي، كما أنه لم يتقيد بمعيار جامد للتعويض عن هذا الضرر نظرا لمرونة وإختلاف وقع تأثيره بإختلاف التركيبة الخلقية والنفسية والإجتماعية للإنسان .

الفرع الثاني

مبدأ التعويض

أولا : مفهوم التعويض :

(1) التعويض لغة:

هو العوض بمعنى البديل والجمع أعواض، عاضه بكذا عوضاً: أعطاه إياه بدل ما ذهب منه، أخذ العوض، وإعتاض فلاناً أي سأل العوض.²

¹ الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، لسنة 2005.

² المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، مكتبة الشروق الدولية، ط 4، 2004، ج 2، ص 637 .

وجاء في لسان العرب أن العوض هو البديل، والجمع أَعْوَاضٌ، والعَوَاضُ مصدر قَوْلِكَ عَاضَهُ عَوْضًا وَعِاضًا ومَعْوُضَةً وَعَوَّضَهُ وَأَعَاضَهُ،¹ وإِستعاضه أي سألَه العوض،² وتعوض أخذ العوض.³

وقد جاء أن التعويض هو: ما يقبضه من بعض حقه والباقي ما عداه،⁴ ويقال تعوّضتها منه: أي أخذتها منه بعوض عن طريق الشراء أو الهبة،⁵ والتعويض يكون بالبديل، بالصيانة وبالخدمة وبالمال، والمخصوص هو التعويض المالي.⁶

2) تعريف التعويض في الإصطلاح الشرعي:

لم يكن مصطلح التعويض في الفقه الإسلامي شائعاً، ولم يكن مستخدماً من قبل الفقهاء، بل نجدهم أنهم يستخدمون مصطلح بديل وهو مصطلح الضمان، فنجد أكثر الفقهاء يستعملون لفظ الضمان على المال المطلوب أداءه كتعويض مثل العين المملوكة فإنها تلزم من أتلّفها.⁷

وكان الفقهاء ينظرون إلى الضمان على أنه أعم من التعويض، لأن الضمان هو مطلق الإلتزام بالتعويض سواء حدث الضرر فعلاً أم كان متوقعاً، أما التعويض فلا يجب إلا إذا حدث الضرر فعلاً، وهذه العلاقة بين الضمان وبين التعويض كمصطلحين في الفقه الإسلامي.⁸ وعليه يجب التطرق أولاً إلى تعريف الضمان :

أ- **تعريف الضمان لغة:** هو الكفالة و الإلتزام، فـضمان الشيء هو الكفالة به و ضمان المال إلتزامه.⁹

ب- **تعريف الضمان إصطلاحاً:** يستعمل بعض الفقهاء لفظي "الضمان والكفالة" كمرادفين لما يعم ضمان المال و ضمان النفس.¹⁰

ت- **تعريف الضمان بمعنى التعويض:** نجد أن لفظ الضمان قد ورد بهذا المعنى على لسان الفقهاء، ومع ذلك ما ذكره علي الخفيف أن الضمان بمعناه الأعم في لسان الفقهاء هو: شغل

¹ ابن منظور، المرجع السابق، ج 7، ص 192.

² مرتضى الزبيدي، المرجع السابق، ج 18، ص 449.

³ الفيروز آبادي، القاموس المحيط، المرجع السابق، ج 1، ص 648.

⁴ سليمان البجيرمي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، دار الفكر، بيروت، د ط، 1995، ج 3، ص 117.

⁵ أبي بكر الدميّطي، حاشية إعانة الطالبين، دار الفكر، بيروت، د ط، د س ن، ج 4، ص 267.

⁶ رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، دار قنديل للنشر، عمان، الأردن، ط 1، 2010، ص 95.

⁷ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، المطبعة الفنية الحديثة، مصر، د ط، 1971، ص 5.

⁸ الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ج 5، ص 281. وكذلك أبي إسحاق الشيرازي، المهذب في الفقه الشافعي، المرجع السابق، ج 3، ص 207.

⁹ زين الدين الرازي، مختار الصحاح، المحقق يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، صيدا، بيروت، ط 5، 1999، ص 185.

¹⁰ علي الخفيف، المرجع السابق، ص 8.

الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل، والمراد ثبوته فيها مطلوب أدائه شرعا عند تحقيق شرط أدائه.¹

وعرفه مصطفى الزرقا بأنه: إلتزام بتعويض مالي عن ضرر للغير.² وقال الإمام الغزالي الغزالي الضمان هو: واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة.³ وقد عرفه محمد سراج بقوله: هو شغل الذمة بحق مالي أوجب الشارع أدائه جبرا لضرار لحق بالغير في ماله أو بدنه أو شعوره سواء نشأ هذا الضرر بمخالفة العقد أو شرط من شروطه، أو بإرتكاب فعل أو ترك حرمة الشارع ذاتا أو مالا.⁴ أما وهبة الزحيلي فعرفه بأنه: الإلتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية.⁵

ومن خلال تعريف محمد سراج فإنه يتبين أن الضمان شرع للجبر لا للعقوبة، ولذا لم يفرق الفقهاء في الضمان بين المميز وغيره والجاد والهازل والعامه والمخطئ، لأن الخطأ لا ينافي عصمة المحل، فكل فعل ضار يؤدي إلى إلحاق الضرر بالغير يعد مخالفاً للشرع، وإذا كان الضرر ممنوعاً في الشرع فإنه لا بد من رفعه.

فموجب التعويض في الفقه الإسلامي هو الواقعة المنشئة للحق في التعويض أي الواقعة التي كانت سبباً لنشوء الحق في التعويض،⁶ ويكون ذلك إما بالتعدي الذي يقع من الفاعل، وإما إساءة استعمال الحق بوجه عام.

فالتعريفات السابقة للضمان، صرّحت بمعنى التعويض، وذكرت سببه تلميحاً وهو حدوث الضرر والهلاك والتلف، فلا يكون التعويض في الشريعة إلا بمقابل الإلتلاف والغضب.

والذي نستنتجه من ذلك أن الفقهاء القدامى قد فطنوا إلى عدم الدقة اللغوية في لفظ التعويض، إذا أطلقت بمعنى جبر الضرر لذلك نجدهم يستعيضون عنها بتعبير الضمان، أو التضمنين.

فالتعويض هو: العوض الذي يستحقه المضرور جبراً لضرره، والضمان هو الإلتزام بالتعويض، لذا فلفظ التعويض ينطبق على الشيء المعوض به، سواء أكان مالاً أو فعلاً جبراً

¹ علي الخفيف، المرجع السابق، ص 5.

² مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، سورية، ط 1، 1998، ج 2، ص 1035.

³ الغزالي، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، تحقيق علي معوض، شركة واد الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت، لبنان، ط 1،

1997، ج 2، ص 305.

⁴ محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط 1،

1993، ص 47.

⁵ وهبة الزحيلي، نظرية الضمان (دراسة مقارنة)، دار الفكر، دمشق، د ط، 1982، ص 15.

⁶ محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،

د ط، 2002، ص 43.

للضرر، أما لفظ الضمان فيطلق على فعل التعويض وهو الإلتزام بالشيء المعوض به، لذا رأى الفقهاء إطلاق لفظ الضمان على عملية التعويض، وهو الأقرب إلى الصواب.¹

غير أنه نجد أن هناك بعض العلماء المعاصرين، منهم الشيخ محمود شلتوت، عرف التعويض في الفقه الإسلامي بقوله: هو المال الذي يحكم به من أوقع ضرراً على غيره في نفس أو مال أو شرف، والتقدير في تعويض الشرف من باب التعزيز الذي وكلت الشريعة الإسلامية أمره إلى الحاكم، يقدره بالنظر إلى قيمة الضرر.²

والملاحظ أن معظم التعريفات التي تناولها الفقهاء جاءت تبين طريقة التعويض ولا تعريفه، وذلك ربما يرجع إلى أن التعويض معناه واضح لا يحتاج إلى زيادة إيضاح.

(3) تعريف التعويض في الإصطلاح القانوني:

لم يتطرق القانون المدني الجزائري والذي هو تحت رقم 05-07 المؤرخ في 2007/05/13 إلى تعريف التعويض تاركاً هذا الأمر للفقهاء و الشراح ولأن القوانين ليست المكان المناسب للتعريفات إلا إذا لزم الأمر لذلك، حيث نجد أن القانون المدني الجزائري تعرض مباشرة لبيان طريقة التعويض وكيفية تقديره عند تعرضه للحديث عن جزاء المسؤولية، وذلك ربما يرجع إلى أن التعويض معناه واضح لا يحتاج إلى زيادة إيضاح فهو يعني عندهم: ما يلتزم به المسؤول في مسؤولية مدنية اتجاه من أصابه بضرر فهو جزاء المسؤولية، أي أنه إذا وقع عمل غير مشروع نشأ عنه حق في تعويض الضرر الذي نجم عنه أي مقابلة هذا الضرر بمال عوضاً عنه،³ على نحو ما جاء في المادة 124 من القانون المدني الجزائري: «كل فعل أي كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض»⁴.

ولقد تطرق بعض فقهاء القانون إلى تعريف التعويض منهم:

فقد عرفه سليمان مرقس بأنه: جبر الضرر الذي لحق المصاب،⁵ ولكي يجبر الضرر الذي لحق المصاب فلا بد وأن يقوم المسؤول عن الضرر أو المسؤول عن تصرف من أحدث الضرر بدفع تعويض عادل للمصاب، يجبر ما لحق به من خسارة وما فاتته من كسب، أو ما تكبده من نفقات للعلاج أو غيره، نتيجة لما لحق به من إيذاء.⁶

¹ رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، المرجع السابق، ص 97.

² محمد مدني بوساق، المرجع السابق، ص 35.

³ محمد فتح الله النشار، المرجع السابق، ص 35.

⁴ القانون رقم 05-07 المؤرخ في 2007/05/13، يعدل ويتمم الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن

القانون المدني، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 31، لسنة 2007.

⁵ سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 182.

⁶ رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، المرجع السابق، ص 98.

كما عرفه البعلبكي روعي بأنه: مبلغ من المال يدفع إلى شخص تعويض عن ضرر أصابه، أو عبء تحمله.¹ كما عرف التعويض أيضا بأنه: مبالغ يلتزم بها مسؤول عن ضرر معين، ويقصد بها جبر هذا الضرر.²

وقد عرفه مراد عبد الفتاح أنه: مشتق من كلمة عوض أي يدفع بدل الذي ذهب وهو ما يعطي للمرء مقابل ضرر لحق به.³

كما عرفه البعض بأنه: ما يلزم به المسؤول في المسؤولية المدنية اتجاه من أصابه ضرر، ربط ذلك التعريف التعويض بالمسؤولية المدنية أي العقدية و التقصيرية، والسبب يرجع إلى أن التعويض في القانون، هو جزاء يهدف إلى جبر الضرر الذي يرتبط برباط السببية مع الخطأ المؤدي إلى الإخلال بواجب قانوني، سواء أكان الضرر عن خسارة لحقت المضرور بالفعل أو كسب فائت، بصرف النظر أكان الخطأ مصدره القانون أو المصادر الأخرى لنظرية الإلتزام.⁴

ومن جملة هذه التعريفات لمصطلح التعويض نجد أنها تشترك في أن أساس التعويض يكون مالياً، بخلاف أساس التعويض في الفقه والذي يتضمن مراعاة المثلية التامة بين الضرر وبين العوض، والأصل أن ترد الحقوق بأعيانها عند الإمكان، أو قيمة العين إن لم يكن لها مثل، ونلاحظ أن المشرع لم يوضح نوع الضرر الذي يتم التعويض عنه، فقد عبر عنها بلفظ يدل على الإجمال دون تحديد إن كان الضرر مادياً أو معنوياً، إضافة إلى عدم تحديد ضابط لمقدار التعويض الذي يدفع للمضرور جراء ما لحق به من ضرر.

ثانياً : أدلة مشروعية التعويض والحكمة منه.

(1) أدلة مشروعية التعويض:

تدل مصادر التشريع الإسلامي على مشروعية تعويض الأضرار، وتؤكد ذلك الآيات الكريمة والأحاديث الشريفة الواردة في هذا الشأن، ويعتبر التعويض عن الضرر أمر مقرر شرعاً وعقلاً وقانوناً وعرفاً، جبراً للضرر ورعاية للحقوق وزجراً للمعتدين وتوفيراً للإستقرار، وتحقيقاً للعدل.⁵

فمن القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿الشُّمْرِ الْحَرَامِ وَالشَّرَائِعِ الْحَرَامِ وَقَصَّ فَمِنَ الْمُتَكَبِّرِ

عَلَيْكُمْ فَاغْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ وَإِنَّمَا اللَّهُ عَلَّمَهَا أَنْ اللَّهُ مَعَ الْمُتَّقِينَ﴾ سورة

¹ البعلبكي روعي، القاموس القانوني الثلاثي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 1، 2002، ص 541.

² المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص 74.

³ مراد عبد الفتاح، المعجم القانوني رباعي اللغة، درش، دم ن، د ط، 2000، ص 228.

⁴ رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، المرجع السابق، ص 98.

⁵ محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، دار المكتبي للطباعة والنشر، دمشق، سورية، ط 1، 1998، ص 47.

البقرة الآية (194)، وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُمْ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ﴾ سورة النحل الآية (126)، وقوله أيضا: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا فَمَنْ عَمَا وَأَطَعَ فَاجِرُهُ حَلَى اللَّهُ إِنَّهُ لَا يُجِبُّ الظَّالِمِينَ﴾ سورة الشورى الآية (40).

فيدخل ضمن معاني هذه الآيات كالقصاص ويدخل فيها أيضا التعويض المالي وهذا ما ذكره المفسرون ومن جملة التفسيرات منها:

تفسير القرطبي: أن أمر القصاص وقف على الحكام،¹ وقال الشافعي وأبو حذيفة وأصحابهما وجماعة من العلماء من العلماء عليه في ذلك المثل، ولا يُعَدَّلُ إلى القيمة إلا عند عدم المثل.²

وقول الرازي: وكل من أوجب تقويت هذا القدر على الغاضب قال بأنه يجب أدائه إلى المغضوب منه.³ وقال ابن كثير: أمر بالعدل حتى في المشركين.⁴ ومنها أيضا، عن عبد الرزاق عن الثوري عن خالد بن سيرين قال: وإن عاقبتم فعاقبوا، يقول إن أخذ الرجل منك شيئا فخذ منه مثله،⁵ وقال عبد الرزاق عن سفيان الثوري ويقول: إن أخذ منك دينارًا فلا تأخذ تأخذ منه إلا دينارًا وإن أخذ منك شيئًا فلا تأخذ إلا مثل ذلك.⁶

حيث يستفاد من هذه الآيات على مشروعية التعويض كجزاء على تعدي المرء وكذا من مبدأ المماثلة في الجزاء لتحقيق العدالة والإنصاف.⁷

أما من السنة النبوية فالأدلة كثيرة على تقرير مبدأ التعويض منها:

قول الرسول صلى الله عليه وسلم لهند بنت عتبة امرأة سفيان لما قالت له: إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني إلا ما أخذت من ماله بغير علمه، فهل علي جناح؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «خذي ما يكفيك ويكفي ولدك بالمعروف»، فأباح لها الأخذ وألا تأخذ إلا القدر الذي يجب لها وهذا كله ثابت في الصحيح وروي أيضا عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه كان عند أحد زوجاته،⁸ فبعثت إحدى أمهات المؤمنين مع

¹ القرطبي، المرجع السابق، ج 2، ص 355

² المرجع نفسه، ج 2، ص 375.

³ فخر الدين الرازي، مفاتيح الغيب التفسير الكبير، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 3، 1420هـ، ج 27، ص 155.

⁴ ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، المحقق محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1419هـ، ج 1،

ص 390.

⁵ الصنعاني عبد الرزاق، تفسير القرآن، تحقيق مصطفى مسلم محمد، مكتبة الرشد، الرياض، ط 1، 1410هـ، ج 2، ص 361.

⁶ الصنعاني عبد الرزاق، تفسير عبد الرزاق، تحقيق محمود محمد عبده، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1419هـ، ج 2،

ص 272.

⁷ محمد أحمد سراج، المرجع السابق، ص 100.

⁸ البخاري، صحيح البخاري، المصدر السابق، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها

وولدها بالمعروف، رقم الحديث 5346، ج 7، ص 65.

خادم قصعة فيها طعام فضربت بيدها فكسرت القصعة، فحبس القصعة المكسورة في بيت التي كسرها ودفع الصحيحة وقال: « إناء مثل إناءٍ وطعام مثل طعامٍ ».¹

ومما يظهر من هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قرر مسؤولية أم المؤمنين تلك على الطعام والإناء التالف بمثلتهما، وهذا دليل صريح على مشروعية التعويض عن الضرر.

وهذا ما يرشدنا إلى تلك القاعدة الفقهية والتي أصلها حديث نبوي شريف: « لا ضرر ولا ضرار »،² ففي هذا الحديث وما قبله دلالة قطعية على مشروعية التعويض صيانة لأموال الناس من كل إعتداء، وجبر مافات منها بالتعويض.

وقد إستنبط الفقهاء المسلمين من الحديث قواعد كلية إستعانوا بها على نفي ودفع الضرر ومشروعية التعويض ومن بينها: « الضرر يزال »³ و « الضرر لا يزال بضرر ».⁴ « يتحمل يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام ».⁵

ومما يتضح أن لهذه القواعد أثر كبير وأحكام كثيرة في تطبيق مبدأ المسؤولية عن الضرر وفي دفعها، ومن بين التطبيقات الفقهية العديدة لها: أكل الميتة للمضطر، دفع الصائل وغيرهما.⁶

(2) حكمة مشروعية التعويض:

مما لا شك فيه أنه ما شرع التعويض عبثاً وإنما شرع رحمةً من الله عز وجل وحفظاً لمقاصد الشريعة الإسلامية، حيث نجد أن التعويض شرع لتعويض ما إفتقدوه، ولما كان القصاص في الأموال يشكل خطراً وهذا لمقصد حفظ المال: « فإقتضت حكمة الله أن يزجر كل نوع من هذه الأنواع بزواجر قوية تردع قدر الإمكان أن يفعلوا ذلك مرة أخرى »،⁷ والجواب مشروع لما فات من المصالح من حقوق الله والعباد،⁸ ولهذا لم يشرع القصاص في المال وحل محله الضمان. ولهذا جاءت مقاصد الشريعة الإسلامية للمحافظة على مال المسلم

¹ أبو داود، سنن أبو داود، المصدر السابق، أبواب الإجارة، باب في من أفسد الشيء يغرم مثله، رقم الحديث 3568، ج 3، ص 297.

² ابن ماجه، سنن ابن ماجه، المصدر السابق، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، رقم الحديث 2341، ج 2، ص 784.

³ علاء الدين المرادوي، التحرير شرح التحرير في أصول الفقه، تحقيق أحمد السراج، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، ط 1، 2000، ج 8، ص 3846.

⁴ المرجع نفسه، ج 8، ص 3846.

⁵ ابن نجيم، الأشباه والنظائر، تحقيق عبد الكريم الفيضلي، المكتبة العصرية، بيروت، د ط، 2003، ص 109.

⁶ محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، دار الشروق، القاهرة، ط 1، 1983، ص 396.

⁷ أحمد بن عبد الرحيم، حجة الله البالغة، ضبط محمد سالم هاشم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1995، ج 2، ص 274.

⁸ ابن عبد السلام عز الدين، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ضبط وتصحيح عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1999، ج 1، ص 119.

ونفسه، وقد أوضحت النصوص بأهميتها ومما جاء فيها قول النبي صلى الله عليه وسلم: « إن دماؤكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا»¹. وقوله أيضاً: « لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس»²، حيث أن تقرير التعويض بالمثل أو القيمة من شأنه أن يجبر الضرر الواقع بحقوق المسلم، وينصف المتضرر ويقيم نوع من التوازن والعدالة، ويردع المعتدي عن معاودة فعلته.

مما لا شك فيه أن مقاصد الشريعة تهدف إلى إصلاح دنيا الناس ولهذا شرع التعويض عن الضرر وفي هذا تتضح عظمة هذا التشريع الرباني رحمة بهذه الأمة، حيث جعل هذا المبدأ جامعاً لكل خير، دافعاً لكل شر، فهو يصون الأموال من الضياع والنقص ويحفظ الملكية حتى لا تستباح وتهدر ويعم الفساد، فإن حرمة المال لا تقل شأنًا عن حرمة الأنفس، بل هي من لوازم المحافظة على الأنفس لذلك إقتضت الحكمة أن تكون صيانة الأموال- بتقرير مبدأ التعويض بالمثل أو بالقيمة - جبراً للضرر والنقص الذي يلحق المضرور بإتلاف ماله وفي نفس الوقت يكون ذلك قمعاً للعدوان، وزجرًا للمعتدين، ورعاية للحقوق وهذه أفضل حماية لجبر الضرر.³

كما تنبثق عن حكمة مشروعية التعويض المصلحة الاجتماعية، وتظهر وتتجلى من قضاء سيدنا عمر ابن الخطاب رضي الله عنه بقطع أيدي الغلمان الذين إنتحروا ناقة، وتغريم سيدهم بضعف ثمنها.⁴

وقد علق مالك على ذلك بقوله: « وليس على هذا العمل عندنا، ولكن مضى أمر الناس عندنا على أنه إنما يغرم الرجل قيمة البعير أو الدابة يوم يأخذها»⁵، فقضاء عمر جاء إستناداً إلى الأصل العام الذي يقصده مالك، وهو مضاعفة التعويض لداعي تحقيق المصلحة الاجتماعية وجبر ما فات منها.⁶

¹ البخاري، صحيح البخاري، المصدر السابق، كتاب الحج، باب الخطبة أيام منى، رقم الحديث 1741، ج 2، ص 176.

² الدراقطني، سنن الدراقطني، دققه وضبط نصه وعلق عليه شعيب الأرنؤوط، كتاب البيوع، رقم الحديث 2886، بيروت، لبنان، مؤسسة الرسالة، ط1، 2004، ج3، ص 424.

³ محمد مدني بوساق، المرجع السابق، ص 161.

⁴ البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، كتاب السرقة، باب ما جاء في تضعيف الغرامة، رقم الحديث 17287، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 3، 2003، ج 8، ص 483.

⁵ مالك ابن أنس، الموطأ، المحقق محمد مصطفى الأعظمي، كتاب الأفضية، باب القضاء في الضواري والحريسة، رقم الحديث 2768، مؤسسة زيدان بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبوظبي، الإمارات، ط 1، 2004، ج 4، ص 1083.

⁶ أحمد محمد سراج، المرجع السابق، ص 112.

ولهذا لم يشرع القصاص في الأموال، لأن ذلك يؤدي إلى إتساع دائرة الأضرار وكثرة ضياع الأموال لإنتشار المقابلة بالمثل، وهو ما يؤدي إلى زيادة المفسدة، وهذا يتناقض مع حرمة المال وصيانة حق التملك وحماية ثروة المجتمع.¹

وعليه مما تقدم يتضح جلياً أن الحكمة من مشروعية التعويض هي سدًا لطريق الثأر والضغائن والتقاتل والحقد، وجاء التعويض لجبر الضرر وإصلاح ما يمكن إصلاحه هدفًا منه لتهدئة النفوس، وضمان حق المتضرر.

المبحث الثاني

صور الطلاق الموجبة للتعويض

إن الأصل في الزواج هو الديمومة، غير أن هذا الزواج قد يعرف الفشل، ويعجز عن تحقيق أهدافه ويستحيل دوام العشرة بين الزوجين، فجاء الطلاق لوضع حد لهذه الحياة الزوجية لدفع الضرر الأكبر، ومنح لكل منهما حقوقًا وإلتزامات ورتب عليه آثار بالشكل الذي يبقي المجتمع محصنًا ونقيًا، ومن بين هذه الحقوق هي الحق في التعويض عن الطلاق ولكن ليس كل طلاق ينجر عنه تعويض، فهناك بعض الصور للطلاق ينجر عنها تعويض للطرف المتضرر من جراء التعسف في استعمال حق من الحقوق.

و لتوضيح صور الطلاق الموجب للتعويض سنحاول دراستها في مطلبين التاليين:

المطلب الأول: الطلاق الواقع بإرادة منفردة.

المطلب الثاني: الطلاق القضائي.

المطلب الأول

الطلاق الواقع بإرادة منفردة

لقد كفل الله العصمة الزوجية للزوج وحده كونه الأحرص على بقاء الزوجية، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال أحكام نص المادة 48 من قانون الأسرة، وبالرجوع لنص المادة 54 من نفس القانون المعدلة بموجب الأمر 02-05 حيث يتضح أنها منحت للزوجة حق المخالعة ودون موافقة الزوج وليس للقاضي سلطة في رد طلبها للخلع، غير أن غاية الطلاق تختلف من حالة إلى أخرى، فقد تكون غاية الطلاق هي دفع الضرر وقد تكون الغاية منه أيضا هي الإضرار بالطرف الآخر، وهو ما سنوضحه في هذه الدراسة. وعليه سوف نتناول في الفرع الأول الطلاق الواقع بإرادة الزوج المنفردة، أما الفرع الثاني نتناول فيه الطلاق الواقع بإرادة الزوجة المنفردة.

¹ محمد مدني بوساق، المرجع السابق، ص 162.

الفرع الأول

الطلاق الواقع بإرادة الزوج المنفردة

سوف نوضح في هذا الفرع أبرز صور الطلاق الذي يكون الزوج فيها متعسف في استعمال حقه في إيقاع الطلاق.

أولاً: طلاق المريض مرض الموت.

تصرفات المريض مرض الموت متنوعة ومختلفة من حيث الأثر والنتائج، فبعضها لا يكون لها أثر سلبي ومستحب، وبعضها يترتب عليها آثار جانبية مثل الطلاق، وهذا هو موضوع دراستنا وبالرجوع إلى النصوص التشريعية، في القانون المدني الجزائري، وفي قانون الأسرة الجزائري، لا نجد نص تشريعي واحد يبين ما المقصود بهذا المرض. ومن ثم يتعين علينا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية هذا ما أكده المشرع الجزائري من خلال نص المادة 222 من قانون الأسرة جاء فيها « كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية».¹

(1) مفهوم مرض الموت فقهاً وقضائياً:

مرض الموت مركب إضافي،² يفهم معناه اللغوي من تحليل ألفاظه وتعريفها وهي:

أ- المرض لغة: السقم،³ وقد جاء في التعريفات بأنه: هو ما يعرض للبدن فيخرجه عن الاعتدال الخاص.⁴

ب- الموت لغة: ضد الحياة، ويقال: جاء أجله، إذا حان موته.⁵

ت- تعريف مرض الموت اصطلاحاً: لقد عرفه المالكية بأنه: المرض الذي يحكم أهل الطب بأنه يكثر الموت من مثله، كالكسل والقولنج،¹ والحمى القوية، ولو لم يحصل الموت

¹ الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، لسنة 2005.

² أنور محمد دبور، ماهية مرض الموت وتأثيره في التصرفات بصفة عامة، مجلة الشريعة والقانون، العدد 2، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون 1988، ص 77.

³ زين الدين الرازي، المرجع السابق، ص 293.

⁴ الجرجاني، التعريفات، ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1983، ص 211.

⁵ سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة وإصطلاحاً، دار الفكر، دمشق، سورية، ط 2، 1988، ص 16.

به غالباً إلا أنه في بعض الأحيان يؤدي إلى الموت، بحيث يكون الموت منه شهيراً لا يتعجب منه،² أما الأحناف فعرفوه بأنه: هو المرض الذي أضناه وأعجزه عن القيام بحوائجه، فأما من يجيء ويذهب بحوائجه ويعم فلا،³ أما الشافعي فقال: بأنه كل ما يستعد بسببه للموت بالإقبال على العمل الصالح،⁴ أما الحنابلة فقالوا: بأنه كل ما كان سبباً صالحاً للموت من الأمراض.⁵ وعليه ومما تقدم يتضح أن تعريفات مرض الموت جاءت كلها متقاربة في مفهومها والنتيجة واحدة وهي عدم القدرة بالقيام بمصالحه مثله مثل الإنسان العادي -الصحيح-.⁶ غير أنه من الناحية القضائية وأمام هذا الفراغ التشريعي حول مفهوم مرض الموت، فلم يقف القضاء الجزائري عاجزاً عن ذلك فقد جاء في أحد قرارات المجلس الأعلى بتاريخ 1984/07/09 «على أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيراً ويجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه، ويجب على الطاعن إثبات ذلك وقت التصرف»⁷. كما نجد أيضاً أن مجلة الأحكام العدلية قد تعرضت لتعريف مرض الموت في المادة 1595.⁸

وبالرجوع إلى إجتهدات القضاء المقارن فإننا نجد أن القضاء السوري قد تعرض لأحكام مرض الموت في قرار محكمة النقض وجاء فيه: «إن مرض الموت يجب أن يغلب فيه خوف الموت فلا تكفي ملازمة الدار بالمرض أقل من سنة وإن كان المرض إمتد أكثر من سنة ولكن تغيرت الحال وتفاقت، وطراً الخوف في وقت ما، فتغير السنة من تاريخ الحال».⁹

¹ أنور محمد دبور، المرجع السابق، ص 78.

² الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، د م ن، د ط، د س ن، ج 3، ص 306.

³ ابن مودود الموصلی البلدحي، الإختيار لتعليل المختار، عليها تعليقات محمد أبو دقيقة، مطبعة الحلبي، القاهرة، د ط، 1937، ج 3، ص 144.

⁴ شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، بيروت، دار الفكر، د ط، 1984، ج 6، ص 61.

⁵ إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج 4، ص 323.

⁶ فخر الدين الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، ط 1، 1313 هـ، ج 2، ص 248. وكذلك ابن همام، فتح القدير، دار الفكر، د م ن، د ط، د س ن، ج 4، ص 152.

⁷ م أ، غ أ ش، 1984/07/09، ملف رقم 33719، غير منشور، عن العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج 1، ص 244.

⁸ حيث نصت المادة 1595 على أنه «مرض الموت هو المرض الذي يعجز المريض عن رؤية مصالحه الخارجية عن داره إن كان من الذكور، ويعجز عن رؤية المصالح الداخلية في داره إن كان من الإناث وفي هذا المرض خوف الموت في الأكثر ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة صاحب الفرائش كان أو لم يكن وإن إمتد مرضه دائماً على حال ومضى عليه سنة يكون في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله ولكن لو إشتد مرضه ومات يعد حاله إعتباراً من وقت التغيير إلى الوفاة مرض موت»، عن مجلة الأحكام العدلية أو جامع الأدلة على مواد المجلة، نسقها ورتبها عزلتو نجيب بك هواويني، المادة 1595، المطبعة الشرقية، الحدث، لبنان، 1905.

⁹ محكمة النقض السورية، حلبة 1972/03/06، مجلة المحامون، 1972، عن شمس محمود زكي، مختارات من أحكام الأحوال الشخصية في التشريعات اللبنانية والسورية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، د ط، 1999، المجلد الثالث، ص 1274.

ومن حيث القضاء المصري فقد جاء في محكمة النقض المصرية أنه « إلى أن المرض الذي يطول أمده عن سنة لا يعتبر مرض الموت إلا إذا إشتدت وطأته وهو لا يعتبر كذلك إلا في فترة الشدة الطارئة، إذ أن فيها ما يقطع عن المريض الرجاء ويشعره بدنو أجله، وما يعتبر بهذا الوصف شدة للمرض من أمور الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع»¹. وعليه فالتصرفات التي يجريها المريض مرض الموت لا تتعلق فقط بالمعاملات المالية، بل هناك تصرفات تتعلق بأحواله الشخصية مثل الطلاق، فالطلاق في هذه الحالة تحكمه أحكام مختلفة عن طلاق الإنسان الصحيح وتترتب عليه آثار مختلفة عن الطلاق في الأحوال العادية.

(2) أحكام طلاق المريض مرض الموت:

لكي نعتبر شخص أنه مريض مرض الموت يجب أن تتوفر فيه شروط خاصة حتى تصبح تصرفاته تخضع لأحكام خاصة ونحن بصدد دراسة أحكام طلاق المريض مرض الموت، وعليه ففي بادئ الأمر سوف نقوم بدراسة شروط المريض مرض الموت حتى نقوم بإسقاط عليه حكم الفار من إرث زوجته ومن ثم نوضح الآثار المترتبة على هذا التصرف.

أ- شروط إعتبار المريض مرض الموت فأراً من إرث زوجته بطلاقه لها: ليس كل مريض مرض الموت قام بإستعمال حقه في الطلاق يعتبر فأراً من إرث زوجته وهو الحياد عن غاية إستعمال الحق الذي يعتبر أساس قيام نظرية التعسف في إستعمال الحق، إلا إذا تحقق في طلاقه لها شروط نذكرها كما يلي:

- أن يكون الطلاق البائن بعد الدخول، فلو كان قبله فلا عدة عليها، وكذلك إذا طلقها بعد الخلوة الصحيحة فإنه وإن وجبت به العدة لكن وجوبها للإحتياط محافظة على الأنساب².
- أن تكون الزوجة أهلاً للميراث من زوجها وقت طلاقها وتبقى على ذلك حتى وفاته³.
- أن يكون الزوج طائعا مختاراً لأنه مع الإكراه لا يتحقق رضاه به، فلا يكون فأراً⁴.
- بالإضافة إلى ذلك، يجب أن تكون الزوجة غير راضية بهذا الطلاق البائن⁵.
- أن يطلقها في مرض الموت طلاقاً بائناً، لأنه في حالة الطلاق الرجعي يثبت فيه الميراث دائماً سواء كان برضاها أو بغيره مادامت في العدة¹ غير أنه ما نلاحظه من خلال نص المادة

¹ محكمة النقض المصرية، جلسة 14/05/1978، مجموعة المكتب الفني، العدد 29، ص 835، عن أنور العمروسي، أحوال المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005، مجلد الأول، ص 465.

² نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د ط، 2008، ص 149.

³ عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية، منشورات جامعة دمشق، دمشق، د ط، 1994، ج 2، ص 58.

⁴ محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة للطباعة والنشر، دم ن، د ط، 1989، ص 518. وكذلك

أبو بكر إسماعيل محمد ميقا، أحكام المريض في الفقه الإسلامي والعبادات والأحوال الشخصية، إدارة البحوث العلمية والإفتاء، الرياض، د ط، 1979، ص 167.

⁵ حسن علي السمنى، الوجيز في الأحوال الشخصية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، د ط، 1999، ص 376.

المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري، أن الطلاق يصبح بائن من وقت نطق القاضي بحكم الطلاق ولا يمكن مراجعة الزوجة بعده إلا بموجب عقد جديد، وبمفهوم المخالفة أن أي طلاق يصدره الزوج سواء كان رجعي أو بائن فهو في نظر المشرع طلاق رجعي وهذا من خلال ما جاء في نص المادة 50 من قانون الأسرة الجزائري. وعليه فكل طلاق يصدر في وقت مرض الموت وتحققت فيه الشروط السالفة الذكر فإنه يعتبر طلاق فرار من الميراث. وكما يتحقق الفرار من الميراث من الزوج يتحقق أيضا من المرأة وحينئذ تعامل بنقيض مقصودها ويرثها الزوج إذا ماتت قبل إنتهاء عدتها.²

ب- الآثار المترتبة على طلاق المريض مرض الموت: عند الرجوع لقانون الأسرة الجزائري فإننا نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق لهذا التصرف ولهذه الآثار، غير أنه في حال عدم وجود نص على ذلك فالأولى الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وهذا ما نص عليه المشرع في أحكام نص المادة 222 السابق ذكرها من قانون الأسرة الجزائري.

حيث يعتر طلاق المريض مرض الموت كطلاق الصحيح، ولا يختلف عنه إلا في إستحقاق الإرث عند الموت بعد الطلاق.³ وقد جاء في هذا الشأن قرار للمحكمة العليا في 1998/03/17 وجاء فيه: « من المقرر شرعا وقانونا أن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق ماعدا إذا كان القصد من الطلاق في مرض الموت حرمان الزوجة من الميراث، ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بطلاق الطاعنة، طبقوا صحيح القانون». ⁴ حيث يتضح من خلال هذا القرار أن المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من إيقاع الطلاق وطلاقه يقع كطلاق الصحيح، وعليه فمرض الموت لا يعد عارض من عوارض الأهلية وطلاق المريض مرض الموت صحيح شرعا وقانونا، ويكمن الخلاف فقط في مسألة إستحقاق الإرث، وفي هذا خلاف بين المذاهب الفقهية، وهو ما سنوضحه بإيجاز :

يذهب المالكية إلى أن حق الزوجة المطلقة ثابت في الميراث حتى ولو تزوجت من غيره قبل موته، وذلك لأن الزوج كان آثم في قصده وهو حرمان زوجته من الميراث ولهذا رد قصده عليه وهو ما يعرف بطلاق الفار، وعليه فالمذهب المالكي يقر بأحقية المطلقة في الميراث سواء كان دخل بها أم لا، وسواء إنتهت عدتها أم لا، وسواء تزوجت بعده أم لا.⁵

¹ العربي بلحاج، أبحاث و مذكرت في القانون والفقہ الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د ط، 1996، ج 2، ص 635.

² نبيل صقر، المرجع السابق، ص 149، وكذلك عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، ط 2، 1938، ص 152 وما بعدها.

³ أحمد فراج حسن، المرجع السابق، ص 124.

⁴ م ع، غ أش، 1998/03/17، ملف 179696، م ق 2001، عدد خاص، ص 98، عن جمال سايس، قضايا الطلاق في الإجتهد القضائي الجزائري، إصدار منشورات كليك، الجزائر، ط 1، 2014، ج 2، ص 529.

⁵ مالك بن أنس، المدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون بن سعيد الشنوفي، كتاب الإيمان بالطلاق وطلاق المريض، مطبعة السعادة، مصر، المجلد الثالث، 1323 هـ، ج 6، ص 35، 34. وكذلك أبي بكر الحسن بن حسن الكشناوي الكسادي، أحكام العلاقة الزوجية على مذهب السادة المالكية، طبع بعناية إسماعيل بن غازي مرحبا، مكتبة التراث العربي، المغرب، ط 1،

في حين ذهب الحنفية إلى أن إذا طلق المريض امرأته ثلاثاً، أو واحدة بائنة، ثم مات، وهي في العدة، فلا ميراث لها منه في القياس، وهو أحد أقاويل الشافعي رضي الله عنه وفي الإستحسان ترث منه، لإتفاق الصحابة رضي الله عنهم والقياس يترك بإجماع الصحابة¹. ولقد وقع الإختلاف في كل من المذهب الشافعي والحنبلي في أحكام طلاق المريض مرض الموت فعند الإمام أحمد ترث إن لم تتزوج وقال الشافعية بأن التوارث قائم إن كان الطلاق رجعي مادامت في العدة ولو أبانها بطلبها أو إختلاعها إنقطع الميراث ولم يكن الزوج فاراً².

وقد إختلف المذهبان في توريث المطلقة لو إنتهت عدتها أو كان الطلاق قبل الدخول³، والملاحظ في سبب الخلاف بين المذاهب الفقهية في توريث المطلقة هو إختلافهم في وجوب العمل بسد الذرائع، فمن قال بسد الذرائع أوجب ميراثها ما لم تتزوج، ومن لم يقل بسد الذرائع لم يوجب لها الميراث وذلك لأن الطلاق وقع فيجب أن يقع بجميع أحكامه، ومنهم من قال بأن العلة للتوريث هي التهمة المنسوبة إلى الزوج، وهي لا تزول بإنتهاء العدة، حتى أنها لا تسقط بالزواج ولذلك قال بتوريثها مطلقاً لأن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً وهذا ما إختاره الإمام مالك⁴.

3) معيار التعسف في استعمال المريض مرض الموت لحق الطلاق:

فايقاع الطلاق في هذا الوقت- مرض الموت- يعتبر قرينة على سوء نيته، وقصده الإضرار بالزوجة، فحتى تثبت الزوجة المطلقة تعسف الزوج في استعمال حقه حتى يحرمها من الميراث فما عليها إلا أن تثبت أن الطلاق قد وقع أثناء مرض زوجها المميت، وأنها كانت

2010، ص177، 178. وكذلك ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، د ط، 2005، ج 3، ص 101. وكذلك ابن حزم القرطبي، المحلي بالآثار، تحقيق محمد منير الدمشقي، إدارة الطباعة المنبرية، مصر، ط 1، 1929، ج 9، ص 496، وما بعدها. وكذلك محمد عطشان عليوي، حكم طلاق المريض مرض الموت، مجلة الفتح، العدد 22، جامعة ديالى كلية التربية الأساسية، العراق، 2005، ص 167 وما بعدها.

¹ السرخسي، المرجع السابق، ج 6، ص 168. وكذلك سراج الدين بن نجيم، النهر الفائق شرح كنز الدقائق، المحقق أحمد عزو عناية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 2002، ج 2، ص 412. وكذلك علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 2، 1994، ج 2، ص 186. وكذلك عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، المحقق طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ط، د س ن، ج 2، ص 253، 254.

² أبو المعالي الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، حققه ووضع فهارسه عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، د م ن، ط 1، 2007، ج 14، ص 230. وكذلك ابن سالم العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، المحقق قاسم محمد النوري، دار المنهاج، جدة، ط 1، 2000، ج 9، ص 25، 26، 27. وكذلك الشافعي، الأم، دار المعارف، بيروت، د ط، 1990، ج 5، ص 270، 271. وكذلك أبو إبراهيم المزني، مختصر المزني (مطبوع ملحق الأم الشافعي)، دار المعرفة، بيروت، د ط، 1990، ج 8، ص 299. وكذلك الغزالي، الوسيط في المذهب، المحقق أحمد محمد إبراهيم، دار السلام، القاهرة، ط 1، 1417هـ، ج 5، ص 402، 403.

³ ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ج 3، ص 101. وكذلك سليمان بن الأشعث أبو داود، مسائل الإمام أحمد رواية أبي داود السجستاني، تحقيق أبي معاذ طارق ابن عوض الله بن محمد، مكتبة ابن تيمية، مصر، ط 1، 1999، ج 1، ص 249. وكذلك ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1994، ج 2، ص 314. وكذلك عبد الرحمن بن محمد، الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، د ط، د س ن، ج 7، ص 181.

⁴ عطشان عليوي، المرجع السابق، ص 170.

غير راضية به، فحق الطلاق مقيد بعدم الإضرار بالغير عند استعماله، فلا يجوز لصاحب الحق إستعمال حقه وقت ما شاء أو بدون حجة أو وجه حق وإذا ما استعمل الحق على غير ذلك فهذا يطلق عليه تعبير التعسف في استعمال الحق.¹ وعليه يتبادر في أذهاننا التساؤل الآتي وهو: ما هو هدف المريض مرض الموت من إيقاع طلاقه في هذا الوقت؟ وما هو الشيء الذي إرتكبه الزوجة؟ هذا هو التساؤل الذي يطرحه قضاة الموضوع في القضية المطروحة أمامهم والأجدر والأكيد أن تكون الإجابة هي حرمان الزوجة من حقه في الميراث، أي إلحاق الضرر بها وهذا هو التعسف بعينه، ولهذا أطلق عليه عند الفقهاء بطلاق الفار.

ويرى حميد مسرار: بأن استعمال الحقوق بنية الإضرار هو عين التعسف لذا فقد نهى الشرع عنه وحذر منه، وبما أن مجال الأسرة من أكثر المجالات التي قد يظهر فيها ذلك نتيجة للإحتكاك اليومي ونقص الوازع الديني، فقد نهت كثير من الآيات عن استعمال الحقوق فيها بنية الإضرار.² فنظرية التعسف في إستعمال الحق كما تمنع الأضرار، تصون الحقوق، فطلاق الفار يقصد به صاحبه الإضرار بالزوجة وحرمانها من حقه في الميراث، وهذا يوجب أن يرد على المتعسف قصده ويعامل بنقيضه إذ الطلاق لم يشرع لذلك.³

ثانيا: الطلاق من غير مبرر شرعي:

يعتبر الطلاق الذي يقع من غير مبرر شرعي من أهم صور الطلاق التعسفي وبالرغم من أن إيقاع الطلاق لم يأتي مطلقاً، فالإسلام وإن كان يجعل الطلاق مفوضاً للزوج وحقا من حقوقه، وكذلك كما أقرت القوانين العربية هذا، لكن كل من الشريعة الإسلامية والقانون لم يجعلوه مطلقا بيد الزوج يستعمله كيف ما شاء ويوقعه في أي وقت أراد، وإنما وضع له قيود إذا راعاها الزوج كان إيقاع الطلاق مباحا لا إثم فيه وإذا فقدت أو فقد واحد منها كان إيقاعه محظورا لا يجوز شرعا ولا قانونا، وهذا ما نصت عليه المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري وجاء فيها « إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها»⁴ ويقصد المشرع من إستعمال لفظ التعسف هنا في هذه المادة أي أن الزوج إستعمل حقه في إيقاع الطلاق من غير وجود مبرر أو سبب معقول للطلاق، ولا يعني هذا عدم وجود سبب أصلا للطلاق، بل لا يكاد يوجد طلاق من غير سبب، ولكن هل هذا السبب معقول ومبرر لإنهاء الرابطة الزوجية المقدسة من فوق سبع سماوات؟

¹ أنس محمد عبد الغفار، التعسف في إستعمال الحق (دراسة أصلية تطبيقية في القانون المدني والفقہ الإسلامي)، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الإمارات، د ط، 2014، ص 216.

² حميد مسرار، نظرية الحق وتطبيقاته في أحكام الأسرة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 2013، ص 172.

³ فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 3، 1984، ص 195 وما بعدها.

⁴ الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، لسنة 2005.

وقد اختلفت التفسيرات لحقيقة هذا السبب المعقول وماهية الأسباب الأخرى إن وجدت، وهذا الإختلاف يكمن سببه في إختلاف الأعراف والتقاليد الإجتماعية من مكان لآخر ومن منطقة لأخرى ومن عائلة لعائلة ومن زمن لآخر ومن شخص لآخر ، ولكن بالرجوع للواقع المعاش فإننا نجدها جملة أسباب تتفاعل مع بعضها فتؤدي إلى وقوعه، ومهما يكن لها من أثر فإن هناك بعض الأسباب التي تبرز أكثر من غيرها عند البحث في هذا الموضوع .

1) الأسباب الأكثر بروزا على مستوى المحاكم :

أ- **السكن مع أهل الزوج :** إن عامل السكن مع أهل الزوج كان أكبر العوامل المؤدية للطلاق فالزوجة كثيرا مالا ترغب في البقاء مع أسرة الزوج، وتطلب أن يكون لها سكنا منفردا،¹ وقد إستقر القضاء على إقرار هذا الحق للزوجة إذ قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1985/11/04 بأنه: « متى كان من الأحكام الشرعية أن للزوجة الحق في مطالبة زوجها بإسكانها منفردة ومستقلة عن أهله، ولو لم تكن قد إحتفظت بهذا الحق حين إبرام عقد الزواج، أو سبق أن سكنت مع أقارب زوجها، ثم إشتكت بسبب الضرر الذي لحق بها منهم، فإن القضاء بما يخالف هذه الأحكام يعد خرقا لما أقرته من مبادئ، وعليه يتوجب نقض القرار الذي ألزم الزوجة بإستئناف الحياة الزوجية مع زوجها بمنزل أهله بسبب أزمة السكن السائدة في العاصمة »،² وبهذا فإن حق الإسكان المنفرد للزوجة مكرس ولو لم تشترطه في العقد وفقا للقضاء الجزائري .

ولقد إستقر القضاء في الجزائر على تعويض الزوجة في مثل هذه الحالات حتى ولو لم تثبت الضرر الواقع لها بسبب سكنها مع أهل الزوج ومن بينها القرار الصادر بتاريخ 1986/01/13 وجاء فيه: « من المقرر فقها و قضاء أن إسكان الزوجة بعيدة عن أقارب زوجها حقا من حقوقها وأن تمادي الزوج في رفض طلب توفيره لها لا يخول له الشرع إجباره على العودة إلى السكن الذي يسكنه أقاربه وخاصة مع الضرة ولو لم تثبت الضرر لها بمشاجرة نحوها، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في غير محله ويستوجب الرفض. ولما كان ثابتا -في قضية الحال- أن قضاة الإستئناف قضوا بالطلاق تحت مسؤولية الزوج وبطلب من الزوجة تأسيسا على تمادي الزوج في رفض إسكان زوجته نتيجة الضرر الذي لحق بها فإنهم بقضائهم كما فعلوا إلتزموا بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن»³.

ب- **عقم الزوجة وفقدان عذريتها:** فغاية الزواج لا تتمثل في إشباع الرغبة الجنسية فقط، بل تتعدى هذا المفهوم فقد ينفصل الزوجين عن بعضهما وقد تشوب النزاعات بينهم حين

¹ لحسن بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة، عين مليلة، الجزائر، د ط، 2005، ص 37.

² م أ، غ أ ش، 1985/11/04، ملف رقم 13383، م ق 1989، عدد 1، ص 101.

³ م أ، غ أ ش، 1986/01/13، ملف رقم 39390، ن ق 1990، عدد 2، ص 62.

لا يثمر هذا الزواج بالأولاد، فالزواج في الإسلام وسائر الشرائع عقد مقدس، فإن تعذر تحقيق أحد أهداف الزواج ومن بينها إنجاب الأولاد، فإن أمل كل منهما قد يتلاشى لأنه في نظر بعض الأزواج أن الحياة الزوجية لا تستقيم بدون أبناء¹، وبالرجوع لقانون الأسرة فإننا لا نجد أي نص يوضح موقف المشرع من هذا المرض، وهل يعتبر سبب مبرر لطلب الطلاق؟ أو أن هذا الطلاق يعتبر واقع بدون مبرر شرعي ويوجب التعويض عنه؟

وبرجوعنا للقضاء نجد القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2011/01/13 والذي جاء فيه: « لا يتحمل الزوج المصاب بمرض العقم مسؤولية تعويض الزوجة طالبة التطلاق عن الضرر الحاصل لها بفعل عدم قدرته على الإنجاب، وعليه فإنه يعاب على قضاة الموضوع حين قاموا بتحميل الطاعن مسؤولية تطلاق المطعون ضدها منه وإلزامه بدفعه تعويضا لها إستنادا فقط لأنه مريض بمرض العقم، بالرغم من أن إرادته لا دخل لها في إصابته بذلك المرض مما يتوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص مسؤولية التطلاق والتعويض عنه»².

فمن خلال هذا القرار يتضح أن القضاء الجزائري يعتبر أن عقم الزوج الذي أدى بالزوجة إلى طلب التطلاق أنه مبرر لأنه يعيق تحقيق أهداف الزواج، وقياسا على ذلك فإنه يحق للزوج أن يوقع الطلاق على زوجته بسبب عقمها، وبالتالي يكون قد إستعمل حقه ونفي عنه التعسف في مثل هذه الحالات، غير أن القياس في هذه المسألة لا يؤكد ذلك، وهذا ما يؤكد القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2006/11/15 والذي جاء فيه: « عقم الزوجة من المسائل الخارجة عن إرادتها، ولا يعد سببا من الأسباب الشرعية والقانونية المخولة للزوج حق الطلاق بتظلم الزوجة، والحال أن هذه المسألة لا تعد من الأسباب القانونية التي تخول للزوج الطلاق وتحميل المطلقة المسؤولية وبالتالي يعتبر الزوج قد تعسف من طلاقه وتجاوز في إستعمال حقه مما يوجب عليه التعويض عن هذا الطلاق التعسفي. ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتعويض الزوجة عن الطلاق التعسفي طبقوا صحيح القانون وعليه يتوجب رفض الطعن موضوعا»³.

أما في ما يخص عدم عذرية الزوجة فأكثر حالاته يذهب الزوج لإيقاع الطلاق، غير أن التساؤل الذي يطرح نفسه هو: هل إيقاع الطلاق من طرف الزوج لإكتشاف عدم عذرية زوجته يعد متعسفا في إستعمال حقه هذا؟ فعند رجوعنا للتشريع الجزائري لا نجد نص في ذلك وعليه فقضاة الموضوع ملزمون بالرجوع للإجتهاادات القضائية في هذا الموضوع ومن بينها القرار الصادر بتاريخ 2000/05/23 والذي جاء فيه: « إن عدم إشتراط العذرية في عقد

¹ لحسن بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 81.

² م ع، غ أش، 2011/01/13، ملف رقم 596191، عن الموقع الإلكتروني للمحكمة العليا،

<http://www.coursupreme.dz/index.php?p=valrecherche>

³ م ع، غ أش، 2006/11/15، قرار رقم 373707، عن جمال سايس، المرجع السابق، ج 2، ص 682.

الزواج لا يحمل الزوجة المسؤولية في الطلاق والتعويض لأن البناء بالزوجة ينهي كل دفع بعدم العذرية وعليه فإنه لا يحق لقضاة الموضوع تحميل الطاعنة مسؤولية الطلاق أو حرمانها من التعويض وعليه فالوجه غير مؤسس للأمر الذي يتعين معه نقض القرار جزئيا فيما يخص تحميل الطاعنة مسؤولية الطلاق والتعويض دون إحالة¹، يتضح من خلال هذا القرار أنه حمل مسؤولية الطلاق كلها على الزوج لأنه لم يشترط في عقد الزواج عذرية الزوجة، ومن ثم يصبح طلاقه غير مبرر شرعا .

وقد إستقر القضاء الجزائري على هذا المبدأ وقد جاء قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 2009/02/11، والذي جاء فيه: « يعد مخالفا للقانون حرمان الزوجة من التعويض عن الطلاق التعسفي، مادام عقد الزواج لا يتضمن شرط البكارة... »²، وعليه يعد إيقاع الطلاق بعد الدخول بسبب فقدان الزوجة لعذريتها تعسفي يستوجب التعويض للمطلقة، لأن عذرية الزوجة لا بد أن تكون شرطا في العقد حتى يصبح طلب الزوج مبرر شرعا.

ت-عوامل أخرى: والجدير بالذكر أن هناك عوامل أخرى مؤدية للطلاق ومن بينها الزواج المبكر و كبر سن الزوجة وإهمالها لزوجها مما يؤدي إلى زيادة الكراهية بين الزوجين وهناك أمراض أخرى تقع في أحد الزوجين مما يتعذر عليه إستمتاع أحدهم بالآخر، زيادة على ذلك تعتبر الإهانات وجرح المشاعر والمواقف المنكدة مما يؤدي إلى تآزم الأمور، وفقدان السيطرة على الإنفعالات، وفقدان الإحترام يؤدي إلى فقدان الحب،³ بالإضافة إلى الإختلاف بين الزوجين في المستوى الإجتماعي و الإقتصادي الثقافي، لأن التشابه في المستويات يساعد في خفض التوتر إلى حد كبير.⁴ وهناك الكثير من الباحثين الإجتماعيين الذين يجعلون من عمل المرأة خارج البيت عاملا أساسيا من العوامل المساعدة على الطلاق،⁵ فأكثر الرجال يحبذون مكوث المرأة بالبيت، ومع ذلك هناك عوامل نفسية لها تأثير كبير جدا في العلاقة الزوجية وهي الغيرة القاتلة ومراقبة الزوج بإستمرار مما يؤدي إلى فقدان الثقة بينهما.⁶

(2) معيار التعسف في الطلاق من غير مبرر شرعي:

¹ م ع، غ أ ش، 2000/05/23، قرار رقم 243417، إق 2001، عدد خاص، ص109، عن جمال سايس، الإجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، إصدار منشورات كليك، الجزائر، ط 1، 2013، ج 2، ص1039.

² م ع، غ أ ش، 2009/02/11، ملف رقم 480264، م ح ع 2009، عدد الأول، ص 283، عن الموقع الإلكتروني للمحكمة العليا، <http://www.coursupreme.dz/index.php?p=valrecherche>

³ مريم بن حالة، علاقة الطلاق بالقلق النفسي والإكتئاب عند النساء المطلقات (دراسة حالة على عينة من النساء بالجزائر)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الإرشاد والصحة النفسية، جامعة الجزائر 02 (الجزائر)، كلية العلوم الإنسانية و الإجتماعية، قسم علم النفس وعلوم التربية والأرطوفونيا، 2011/2010، ص63.

⁴ سناء الخولي، الأسرة والحياة العائلية، دار المعرفة، مصر، د ط، 1997، ص275.

⁵ محمد عاطف غيث، تطبيقات في علم الإجتماع، دار الكتب الجامعية، الإسكندرية، د ط، 1970، ص229.

⁶ مريم بن حالة، المرجع السابق، ص 64.

لقد وضعنا سابقا معنى التعسف، وقلنا أن الأصل في الطلاق هو الحظر لا الإباحة عند جمهور الفقهاء، وأنه لم يشرع إلا عند الحاجة والضرورة الماسة التي يستحيل معها الإستمرار في الحياة الزوجية على نحو يحقق مقاصد الزواج، لذلك فإن إيقاع الطلاق من غير حاجة ملحة إليه، وبدون سبب أو مبرر مشروع يقع تحت قائمة الطلاق المحظور، لأن الزوج بذلك يكون قد أضرَّ بزوجته، والضرر ممنوع ومنهى عنه شرعا وقانونا ودفعه مطلوب، ورفع إن وقع من الواجبات وعليه فإن إستعمال الزوج لحقه في إيقاع الطلاق يجب أن يكون مبررا حتى لا يعتبر أنه أساء إستعمال حقه ومن ثم يعتبر طلاقه تعسفي.¹

إن قضاة الموضوع يعتمدون على معايير معينة لبناء حكمهم على أسس صحيحة، فالقضاة ملزمون بمعرفة الأسباب المؤدية إلى الطلاق لأن القانون منح لهم السلطة التقديرية في مثل هذه المسائل لتفحص دوافع الطلاق، وقد منح قاضي شؤون الأسرة صلاحيات على خلاف القضاة الآخرين ومن بين هذه الصلاحيات إجراء جلسات صلح سرية بين الزوجين، بل أنه ملزم بذلك ويعتبر هذا الإجراء جوهرياً بموجب المادة 49 من قانون الأسرة والتي جاء نصها كالآتي: «لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداءً من تاريخ رفع الدعوى...»².

وبالرجوع إلى موقف القضاء فإننا نجد أنه يعتبر جلسة الصلح أمر جوهرى لا بد منه وهذا ما أكده قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1994/01/18 بأنه: «إن الحكم بفك الرابطة الزوجية، لا يصدر إلا بعد اتخاذ إجراءات الصلح بين الزوجين عملاً بأحكام المادة 49 من قانون الأسرة»³، وعليه فإن مخالفة هذا الإجراء الجوهرى يؤدي إلى نقض أحكام قضاة الموضوع، لأنه يتيح للقاضي وماله من سلطة تقديرية في تفحص ومعرفة دوافع كل زوج ورغبة كل زوج بعيدا على ما هو مدون في عرائضهم من دوافع وأسباب، فمن هذا الإجراء يستطيع القاضي من معرفة الأسباب الحقيقية الدافعة لإيقاع الطلاق، ومن هنا يؤسس حكمه على دراية جيدة لتحديد هل هناك تعسف في إستعمال هذا الحق أم لا.

ومن خلال الموازنة بين الدافع والباعث إلى إيقاع الطلاق وبين الآثار المترتبة عن هذا الإستعمال، فقد يستنتج القاضي تعسف الزوج حين يصر على الطلاق دون سبب شرعي وجدي وفي المقابل معارضة الزوجة له في ذلك وإرادتها في إستمرار زواجها.

ثالثا: بعض الصور الأخرى للطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي.

¹ جمال فخري محمد جاتم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 1، 2009، ص 196.

² الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، لسنة 2005.

³ م ع، غ أش، 1994/01/18، ملف رقم 96688، ن ق 1997، عدد 50، ص 80.

هناك صور عديدة للطلاق التي توجب التعويض عنه حيث يكون الزوج قد تعسف في استعمال حقه، ولما نرجع لنص المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري حيث يفهم من نص المادة أن المشرع قد جعل الأصل في الطلاق الحظر إلا إذا دعت الحاجة إليه، وعليه فالزوج ملزم بتبرير إيقاعه للطلاق وإن كانت دوافعه غير جدية وغير مبررة شرعا يكون متعسفا، ومنه يجوز للقاضي أن يحكم للزوجة بالتعويض على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه، إلا أن المشرع لم يبين حدود مجاوزة استعمال هذا الحق في الطلاق بالنسبة للزوج، وكذلك لم يضع حد للتعويض المالي الذي ينشأ في ذمة الزوج المتعسف بل تركه لسلطة القاضي التقديرية.

ومادام المشرع قد أخذ برأي أغلبية فقهاء الشريعة الإسلامية، في أن الأصل في الطلاق الحظر، يعني هذا أنه إذا كان الطلاق جاء موافق لكتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم فهو طلاق مبرر شرعاً، وإذا جاء مخالف لكتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم فهو ما يسمى بطلاق بدعي،¹ وضابط التفريق بين طلاق السنة وطلاق البدعة يتحقق بمبدأ التقيد بالقيود الشرعية في إيقاع الطلاق، قال ابن رشد: أجمع العلماء على أن المطلق للسنة في المدخول بها هو الذي يطلق بإمراته في طهر لم يمسه فيها طلقة واحدة وأن المطلق في الحيض أو الطهر الذي مسها فيه غير مطلق للسنة،² وعليه يكون الطلاق سنياً ومشروعاً إذا لم يخرج الزوج في إيقاعه الطلاق عن القيدين الآتي ذكرهما:

القيد الأول: ويتعلق بالزمن، وهو أن يوقع الزوج الطلاق في حال طهر الزوجة لا في حال حيضها، وأن يوقعه في طهر لم يمسه فيها.

القيد الثاني: ويتعلق بالعدد والوصف، بأن يطلق الزوج زوجته المدخول بها ثلاثاً في ثلاثة أطهار في كل طهر تطليقة يستقبل الطهر إستقبالا فإن طلقها ثلاثاً بلفظ واحد كان بدعياً³. وعليه فصور الطلاق البدعي والذي يعتبر الزوج فيه متعسفا في نظر القانون وأثم في نظر الشريعة الإسلامية هي: الطلاق في الحيض⁴، والطلاق في طهر مسها فيه⁵، والطلاق الثلاث بلفظ واحد⁶، و طلاق مريض مرض الموت¹، وطلاق المرتد²، وطلاق الهازل³.

¹ محفوظ بن صغير، الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقه في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصول، جامعة الحاج لخضر باتنة (الجزائر)، كلية العلوم الإجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، 2009/2008، ص 524.

² ابن رشد، المرجع السابق، ج 2، ص 63.

³ حامد عبد الفقهي، أحكام الرجعة في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د ط، 2003، ص 99. وكذلك وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سورية، ط 4، د س ن، ج 9، ص 6953.

⁴ ابن حزم القرطبي، المرجع السابق، ج 9، ص 410. وكذلك زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات الجامعة الليبية، ليبيا، ط 2، 1971، ص 358، 359. وكذلك علي بن محمد بن حسب الله، عيون على المسائل الشرعية في الأحوال الشخصية، مطبعة كلية العلوم، د ط، 1950، ص 149، 150.

⁵ علي بن محمد بن حسب الله، المرجع نفسه، ص 150.

⁶ محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الإجتهد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، دار الوعي للنشر والتوزيع، رويبة، الجزائر، د ط، 2012، ص 93، 94.

الفرع الثاني

الطلاق بإرادة منفردة للزوجة

شرع الطلاق لإستحالة تحقيق الهدف من الحياة الزوجية، ونظرا لخطورته جُعل بيد الزوج، وفي مقابل ذلك وعند تضرر الزوجة من تصرفات زوجها، مُنح لها طريقتين للخلاص من رابطة زوجية أصبحت لا تطيقها، فقد منح لها الحق في طلب الطلاق عن طريق التظليل أو الخلع، وسنتناول في هذا الفرع دراسة الخلع، فإله سبحانه وتعالى لم يهمل جانب المرأة بل شرع لها الخلاص من الحياة الزوجية، التي أصبحت لا تطاق، غير أن الإشكال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو: هل يمكن للزوجة أن تتعسف في إستعمال حقها في الخلع؟ وهل يمكن للزوج أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي لحقه نتيجة تعسف الزوجة؟ وفي هذا الجانب سوف نتطرق للإجابة على هذه التساؤلات .

أولاً: مفهوم الخلع ودليل مشروعيته والحكمة منه

(1) تعريف الخلع :

أ- الخلع لغة : الخلع بالضم، النزاع والفصل يقال خلع نعله وثوبه إذا نزعها،⁴ وبالفتح القلع والإزالة.⁵ ويقال خلع الرجل ثوبه ونعله.⁶ والخلع بالضم مصدر سماعي يستعمل في الأمرين أيضاً لكن الخلاف في أنه حقيقة في إزالة الزوجية أو مجاز بإعتباره أن المرأة لباس للرجل وبالعكس مصداقاً لقوله تعالى: ﴿...هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ...﴾ سورة البقرة الآية (187). هذا وقد قال الفقهاء: أن العرف خص إستعمال الخلع بالفتح في إزالة غير الزوجية، والخلع بالضم في إزالة الزوجية.⁷

¹ ابن رشد، المرجع السابق، ج 2، ص 82، 83.

² ابن قدامة، الشرح الكبير، تحقيق عبد الفتاح محمد الحلو، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، أشرف على طباعته محمد رشيد رضا صاحب المنار، د م ن، د ط، د س ن، ج 10، ص 74.

³ البيهقي، السنن الصغير للبيهقي، المحقق عبد المعطي أمين قلجي، كتاب الخلع والطلاق، باب ما يقع به الطلاق من الكلام، ولا يقع إلا بنية، رقم الحديث 2669، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي، باكستان، ط 1، 1989، ج 3، ص 118.

⁴ عبد النبي بن عبد الرسول الأحمد نكري، دستور العلماء جامع العلوم في إصطلاحات الفنون، عرّب عباراته الفارسية حسن هاني فحص، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 2000، ج 2، ص 65.

⁵ القريني أبو البقاء، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، المحقق عدنان درويش، مؤسسة الرسالة، بيروت، د س ن، ص 433. وكذلك زين العابدين الحدادي المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، عالم الكتب، القاهرة، ط 1، 1990، ص 159.

⁶ الزمخشري جار الله، أساس البلاغة، تحقيق محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1998، ج 1، ص 262.

⁷ محمد مصطفى شلبي، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب النسبية والمذهب الجعفري والقانوني (أحكام الأسرة في الإسلام)، الدار الجامعية للطباعة والنشر، د م ن، ط 4، 1983، ص 551، 552. وكذلك أحمد بن محمد أحمد كليب، مسائل مقارنة في الأحوال الشخصية الطلاق والخلع والظهار على فقه المذاهب الأربعة والإمام طاووس، دار النفائس، الأردن، ط 1، 2010، ص 424

ب- **تعريف الخلع شرعا:** فقد عرفه فقهاء الحنفية بأنه: إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها - الزوجة- بلفظ الخلع أو ما في معناه.¹ وعرفه المالكية بأنه: هو الطلاق بعوض،² وقد عرفه ابن رشد بقوله: الخلع هو بذل المرأة العوض على طلاقها،³ وعرفه الشافعية: فرقة بين الزوجين ولو بلفظ مفاداة بعوض مقصود راجع لجهة الزوج،⁴ وقد جاء تعريف الحنابلة للخلع بأنه: هو فراق بعوض يأخذه الزوج منها أو من غيرها.⁵

ت- **تعريف الخلع قانونا:** فقد نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة في المادة 54 منه على طلاق الخلع والذي جاء نصها كالاتي: «يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم». ⁶ حيث يتضح من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري أجاز للزوجة أن تطلب إنهاء الرابطة الزوجية مقابل مبلغ مالي تعرضه على الزوج فإن قبل به يتم إتمامه من القاضي، وإن لم يقبل به يتم تحديده من طرف القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم. كما يفهم من خلال صياغة نص المادة أن المشرع الجزائري قد ارتقى بالخلع ليجعل منه حقا أصيلا للزوجة دون موافقة الزوج، كما يتضح أيضا أن المشرع لم يلزم الزوجة بتقديم أسباب طلب الخلع، ومن ثم فلا عبرة لعدم قبول الزوج.

(2) دليل مشروعية الخلع:

لقد ثبت دليل مشروعيته بداية من كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم إضافة إلى ما إستدل عليه جمهور الفقهاء.

أ- من القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُوكَ اللَّهُ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُوكَ اللَّهُ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُوكَ اللَّهُ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُوكَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ سورة البقرة الآية (229).

¹ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، وبالحاشية، منحة الخالق لإبن عابدين، دار الكتاب الإسلامي، د م ن، ط 2، د س ن، ج 4، ص 77.

² أبو عبد الله المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1994، ج 5، ص 268.

³ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ج 3، ص 89.

⁴ الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، المحقق مكتبة البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت، د ط، د س ن، ج 2، ص 434.

⁵ إدريس البهوتي، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، د م ن، ط 1، 1993، ج 3، ص 57.

⁶ الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، لسنة 2005.

وجه الدلالة من الآية أنه لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته مالا تملكه إلا في حالة الخوف من عدم إقامة حدود الله وأداء الحقوق الزوجية فيما بينهما، مثل بغض المرأة لزوجها أو سوء سلوكها في بيتها، ففي هذه الحالة التي يحدث فيها الشقاق والنشوز إذا تعذر الإصلاح والوفاق، أجاز الإسلام للزوج أن يأخذ من زوجته مالا لا تملك عصمتها.¹

ب- من السنة النبوية الشريفة: فقد ذكر أهل الحديث روايات كثيرة في مشروعية الخلع،² ومن بينها ما رواه البخاري والنسائي عن ابن عباس قال: «جاءت امرأة ثابت ابن قيس إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: "يا رسول الله ثابت ابن قيس ما أعتب في خلق ولا دين ولكن أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديثه، فقالت: نعم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إقبل الحديقة وطلقها تطليقة"»،³ والحكمة من ذلك رفع الضرر عن الزوجة وتمكينها من الخلاص من رابطة الزوجية عندما يفوت الغرض المقصود من الزواج لعدم الإنسجام، فكان بدل الخلع من جانب الزوجة لرغبتها في الخلاص من زوجها، لذا عليها أن تبذل لزوجها مالا للتخلص منها طالما كان النفور منها، وبما أن الزوج قد تكلف الأعباء المالية من مهر ونفقة وإعداد منزل، وبدل الخلع من الزوجة يعوضه ذلك فالمرأة إفتدت نفسها منه.⁴

ت- من الإجماع: فقد أجمع المسلمون على مشروعية الخلع ولم يخالفهم أحد إلا بكر ابن عبد الله المزني ولكن الإجماع إنعقد قبل خلافه.⁵

3) الحكمة من تشريع الخلع :

شرع الخلع لحل العصمة الزوجية وخاصة عند كراهية الزوجة في حالتها الطبيعية الإستمرار في العيش مع زوجها، وتخشى أن تنتقص من حقوقه المشروعة بعقد الزواج، وفي هذه الحالة فإما أن يكون الزوج محسناً ويطلقها ويسرحها سراحا جميلا لعدم تحقق معنى

¹ أبو جعفر الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، المحقق أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ط 1، 2000، ج 4، ص 538. وكذلك الواحدي النيسابوري، الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق صفوان عدنان داوودي، دار القلم، الدار الشامية، دمشق، بيروت، ط 1، 1415هـ، ص 170.

² منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه وأثاره (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 1، 2008، ص 48 وما بعدها. وكذلك عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط 1، 1997، ص 55 وما بعدها.

³ البخاري، صحيح البخاري، المصدر السابق، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيف الطلاق فيه، رقم الحديث 5273، ج 7، ص 46. وكذلك النسائي، السنن الكبرى للنسائي حقه وأخرج أحاديثه حسن عبد المنعم شلبي، كتاب الطلاق، باب الخلع، رقم الحديث 5628، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 2001، ج 5، ص 277.

⁴ رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، د ط، 2002، ص 326.

⁵ نورة منصور، التطلق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د ط، 2012، ص 109. وكذلك مريم أحمد الداغستاني، الآثار المترتبة على الطلاق في الشريعة الإسلامية، شركة الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، د م ن، ط 1، 1994، ص 62.

السكن بينهما أو تطلب الطلاق منه مقابل عوض مالي يساوي مقدار صداقهما أو يزيد عنه أو ينقص على حسب المتفق عليه بينهما.¹

أما بالنسبة للحكم الشرعي للخلع فإننا نجده يعتري مجموعة من الأحكام التكاليفية تختلف باختلاف الحالة التي يقع فيها الزوجين، غير أنه سوف نتطرق لها بإختصار:

أ- الخلع المباح: إذا كانت الحالة بين الزوجين مستقيمة وتراضيا على الخلع لأسباب نفسية² أو لمتطلبات شرعية مختلف فيها بين الفقهاء.³

ب- الخلع المكروه: يكون الخلع مكروها إذا كانت الحياة الزوجية مستقيمة خالية من الشقاق والنزاع، وقامت المرأة بطلب الخلع لغير عذر.⁴

ت- الخلع المحرم: وهذا في حالة أن الزوج يؤدي زوجته بمنعها من بعض حقوقها، حتى تضجر وتسأم الحياة معه وتخلع نفسها وفيه أراء فقهية، فمنهم من يقول بأن الخلع باطل والبدل مردود ويرى البعض منهم نفاذ الخلع في هذه الحالة مع حرمة العضل. أما الإمام مالك فيرى أن الخلع ينفذ على أنه طلاق، ويجب على الزوج أن يرد البدل الذي أخذه من زوجته.⁵

ثانيا: شروط الخلع⁶

بالرجوع لنص المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري حيث نلاحظ أن المشرع لم يتطرق إلى ذكر أركان وشروط الخلع و إكتفى بالإشارة إلى جواز الطلاق بالخلع مقابل مال يتفق عليه الزوجان أو يحدده القاضي شرط ألا يتجاوز صداق المثل، غير أنه بالرجوع للقوانين المقارنة نجد أن المشرع السوري قد نص في المادة 95 على أنه: « يشترط لصحة المخالعة أن يكون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق، والمرأة محلا له، والمرأة التي لم تبلغ سن الرشد إذا خولعت لا تلتزم ببديل الخلع، إلا بموافقة ولي المال، فيصبح الخلع ممن يصح طلاقه، ويصح بدل الخلع ممن يصح تبرعه»⁷، ويلاحظ من خلال نص هذه المادة، أن المشرع

¹ عبد القادر بن عزوز، أحكام فقه الأسرة (دراسة مقارنة)، منشورات قرطبة للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 1، 2007، ص 166. وكذلك هشام حسن مهدي، الخلع بين الفقه والقضاء وفقا لقانون رقم 1 لسنة 2000، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د ط، 2003، ص 37 وما بعدها.

² أحمد بخيت الغزالي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط 1، 2009، ص 357.

³ محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الإجتهد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، المرجع السابق، ص 191 وما بعدها.

⁴ أحمد بخيت الغزالي، المرجع السابق، ص 357.

⁵ علي أحمد عبد العال الطهطاوي، تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 2003، ص 43.

⁶ لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع (دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة)، دار هومة، عين مليلة، الجزائر، د ط، 2013، ص 137 وما بعدها.

⁷ المرسوم التشريعي رقم 59 المؤرخ في 17/09/1953، والمتضمن قانون الأحوال الشخصية لسورية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية السورية، العدد 63، لسنة 1953.

السوري قد فعل الصواب وأزاح الغموض عن طلاق الخلع، على عكس المشرع الجزائري الذي نلاحظه أنه ترك عبئاً ثقيل على قضاة الموضوع.

وعليه سوف نتطرق لذكر شروط الخلع، وسوف نعالجها وفق قواعد الفقه العامة، لأن الخلع كباقي العقود يحتاج إلى إيجاب وقبول، ويشترط فيه أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق والمرأة محل له، وله ألفاظ خاصة به، كما تتم المفارقة بينهما ببدل يأخذه الزوج لطلاق الزوجة. وعلى ذلك فشروط الخلع أربعة: الزوج، الزوجة، البدل، الصيغة اللفظية لفصلها كالآتي:

(1) الزوج: ويشترط فيه أن يكون عاقلاً، بالغاً، غير مكره، فالخلع كالطلاق يشترط في الزوج ما يشترط في الطلاق.¹

(2) الزوجة: ويشترط في الزوجة في حالة الخلع أن تكون متمتعة بأهلية التبرع كما جاء في نص المادة 203 من قانون الأسرة: «يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغاً تسع عشرة (19) سنة، وغير محجور عليه»،² لأن المبلغ الذي تدفعه الزوجة لزوجها يعتبر عوض من قبل التبرعات، غير أنه لو كانت الزوجة ناقصة الأهلية أو محجور عليه ففي هذه الحالة لا تملك حق التصرف في أموالها، ولكن ينوبها وليها في مثل هذه الحالات كما أوضحتها نص المادة 44 من القانون المدني والتي جاء فيها: «يخضع فاقدو الأهلية، و ناقصوها، بحسب الأحوال لأحكام الولاية، أو الوصايا أو القوامة، ضمن الشروط ووفقاً للقواعد المقررة في القانون».³

و قد أكدت المادة 40 من نفس القانون على أن سن الرشد تكتمل ببلوغ سن 19 سنة كاملة. وقد أوضحت أحكام المادة 83 من قانون الأسرة التصرفات التي تدور بين النفع والضرر⁴، يتضح أن المشرع الجزائري راعى تصرفات ناقصي الأهلية و حماها بتدخل الولي الولي أو الوصي، في حالة ما إذا كانت ضارة به، ومنح للقضاء حق التدخل في حالة نشوب نزاع في مثل هذه الحالات، ويجب أن تكون الزوجة محلاً للطلاق بأن تكون شرعية حقيقة أو حكماً.

(3) الصيغة اللفظية:⁵ تنقسم صيغة الخلع إلى قسمين:

¹ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج 1، ص 225 وما يليها.
² الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، لسنة 2005.
³ القانون رقم 05-07 المؤرخ في 2007/05/13، يعدل ويتم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 31، لسنة 2007.
⁴ والتي جاء نصها كالآتي: «من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء»
⁵ نور الدين أبو لحية، المرجع السابق، ص 240 وما بعدها.

أ- **لفظ صريح:** وهو اللفظ الدال على معناه صراحةً ولا يحتمل تأويله كلفظ الخلع والفدية والفسخ لأن الأحكام تتعلق بمعاني الألفاظ دون قوالبها، مع إختلاف بسيط بين المذاهب في لفظ الفسخ.¹

ب- **لفظ كناية:** وهو اللفظ الذي يحتاج فيه إلى معرفة نية المتلفظ به كلفظ المبرأة.² والصيغة بمعناه العام هي الإيجاب والقبول، وهو اللفظ الدال على إرادة الطرفين.³

(4) البديل في الخلع:⁴ ويقصد به العوض ويشترط المالكية وغيرهم من المذاهب الفقهية أن تكون منتفعة بها شرعاً وأن تكون من مال متقوم، أي له قابلية التملك شرعاً أو عرفاً كالنقود المعاصرة والذهب والفضة والسلع الحلال.⁵

وأما قانون الأسرة فلم يُشرِ المشرع الجزائري إلى شروط الزوجين في المادة 54 ولا إلى شروط البديل أو الصيغة، فلو نظرنا إلى صياغة المادة 54 في ظل القانون 11-84 من قانون الأسرة وجاء فيها: «يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال...»،⁶ يتضح أنه هناك غموض في نص المادة حيث لا يتضح ما إذا كان الخلع عقداً رضائياً أم تصرفاً إرادياً من طرف الزوجة، غير أنه بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02-05 المؤرخ في 2005/02/27 أصبح نص المادة واضح من خلال الصياغة الجديدة له وهي كالاتي: «يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي»،⁷ يتضح من خلال نص المادة أنه لا عبرة لإرادة الزوج في هذا العقد.

وعموماً فالخلع يعتبر طلاق على مال فإنه يشترط فيه ما يشترط في إنشاء الطلاق بالنسبة لكليهما، وما يشترط في عقود المعاوضة بالنسبة لكليهما أيضاً، فإن كانت الزوجة التي خالعت زوجها على مال لم تبلغ سن الرشد المنصوص عليه في القانون المدني، لم يلزمها بدل الخلع إلا إذا وافق وليها على ذلك.⁸

وبالنسبة لطبيعة بدل الخلع فيمكن القول أنه كل ما جاز أن يكون صداقاً جاز أن يكون بدلاً في الخلع،⁹ غير أن القضاء الجزائري في أحكامه قال كلمته بأن مقابل الخلع لا بد وأن

¹ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، ج 9، ص 25.

² مالك بن أنس، المدونة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1994، ج 2، ص 249.

³ أديب إسطنبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، دار الأنوار للطباعة، دمشق، د ط، 1989، ص 315.

⁴ محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص 283. وكذلك عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 1، 1984، ص 302 وما بعدها.

⁵ ابن أبي زيد، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، المحقق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 1، 1999، ج 3، ص 308.

⁶ القانون رقم 11-84 المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 24، لسنة 1984.

⁷ الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، يعدل ويتم القانون رقم 11-84 المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، لسنة 2005.

⁸ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج 1، ص 265.

⁹ العوئي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط 1، 2008، ص 113.

يكون مالا، ولقد قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر في 1982/02/08 بأنه: « من المقرر شرعا أن الطلاق على مال لا يفرض على الزوجة، إذا الخلع شرع لمعالجة حالات ترى الزوجة فيها أنها غير قادرة على البقاء مع زوجها فتعرض عليه مالا لمفارقتها إن قبل تم الخلع وطلقت منه»¹.

وقد جاء قرار آخر يؤكد على أن بدل الخلع يجب أن يكون مالا وهذا القرار صادر بتاريخ 1999/03/16: « الخلع رخصة للزوجة تستعملها لفدية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه»².

وهناك قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 2005/07/13 يؤكد نفس المبدأ،³ ولعل عندما ذهب المشرع في نص المادة 54 السابق ذكرها على ذكر كلمة مقابل مالي دون إضافة عبارة أو ما يقوم مقامه فهو هنا يؤكد على أن بدل الخلع يكون بمال دون غيره حتى لا يقع مساومات بين الزوجين في مسائل الأولاد، لأنه لا يجوز الخلع على أن تنتازل الزوجة عن حضانة ولدها لأبيه لأن هذا الحق للولد وبقائه عند أمه أنفع له، حتى لا تضيع حقوق الأولاد. وعليه فإنه لا يجوز الخلع بشيء تعلق به حق الأولاد إذا كانت المرأة معسرة.⁴

ثالثا: الطبيعة القانونية للخلع

لقد سائر مشرعنا موقف جمهور العلماء من حكم الخلع وإعتبره طلاقا وليس فسخا، وبالرجوع إلى موضع النصوص المتعلقة بالفسخ نجده أورد أحكامه في الفصل الثالث من الباب الأول من قانون الأسرة في المواد 32 وما بعدها.

بينما أوردت أحكام الطلاق في الفصل الأول من الباب الثاني المعنون "بإحلال الزواج" وقد ورد حكم الخلع في المادة 54 من نفس القانون ضمن أحكام الطلاق. وهذا إن دل فإنه يدل على إعتبار الخلع صورة من صور الطلاق. مع الإشارة بأن الخلع يعتبر طلاقا بائنا وليس رجعيا، لأنه لو نجعله رجعيا فإننا نقضي على الغرض الذي شرع من أجله، فالزوجة التي تبغض زوجها على الطلاق لا ترضى الرجوع إلى زوجها وعلى ذلك يقع الطلاق بائنا.

لكن الإشكال الذي يطرح نفسه في طلاق الخلع هو: هل يشترط توافق الإيجاب والقبول في طلاق الخلع؟ وبمعنى آخر هل يعتبر الخلع عقد رضائي ولا يتم إلا برضى الطرفين؟ وهل يقع الخلع في حال عدم إتفاق الطرفين على مقدار الخلع؟ وللإجابة على هذه الإشكالات سوف

¹ م أ، غ أش، 1982/02/08، ملف رقم 26709، ن ق، عدد خاص، ص 258، عن العربي بلحاج، قانون الأسرة الجزائري مع تعديلات الأمر 02-05 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة (1966-2006)، المرجع السابق، ص 287.

² م ع، غ أش، 1999/03/16، قرار رقم 216239، ن ق، عدد خاص، ص 138، عن جمال سايس، قضايا الطلاق في الإجتهد القضائي الجزائري، المرجع السابق، ج 2، ص 563.

³ م ع، غ أش، 2005/07/13، ملف رقم 336380، ن ق 2006، عدد 61، ج 1، ص 328.

⁴ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج 1، ص 269، 270.

نوضح موقف القضاء منها قبل صدور قانون الأسرة رقم 84-11 وبعد صدوره في 1984/06/09، وبعد تعديله بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27. وقد جاء في أحد قرارات المجلس الأعلى بتاريخ 1969/02/19 على أنه: «من المقرر شرعا وقانونا بأن الخلع هو طلاق بإرادة الزوج المنفردة مقابل مال تدفعه له الزوجة يتم الاتفاق عليه، ومن ثم فإنه لا يجوز للقاضي الحكم به دون رضا الزوج»،¹ حيث يتضح أن المجلس الأعلى يشترط لوقوع الخلع تراضي الزوجين على مبدأ الخلع، بالإضافة إلى التأكيد الموجود في آخر القرار الذي وضح فيه أنه حتى القاضي ليس له السلطة في إيقاع طلاق الخلع أو في إجبار الزوج على قبوله، ولقد أتى قرار آخر بعده بتاريخ 1969/03/12 يؤكد هذا المبدأ،² وقد سبق ذكر أحد قرارات المجلس الأعلى والذي جاء فيه أن الخلع لا يقع إلا إذا قبل الزوج به.³

غير أنه وبعد صدور قانون الأسرة رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 فقد تطرق المشرع إلى ذكر طلاق الخلع في مادة واحدة وهي تحت رقم 54 والتي سبق ذكرها حيث يتضح من خلال أحكام هذه المادة أن المشرع لم يوضح هل طلاق الخلع يتم برضا الزوج أو بدونه وترك هذا العبء على قضاة الموضوع مما نتج عنه تضارب الاجتهادات القضائية وانقسامها إلى اتجاهين:

(1) الإتجاه الذي يشترط رضا الزوج لصحة الخلع:

فقد صدرت عدة قرارات عن المحكمة العليا بعد صدور قانون الأسرة 84-11 تشترط موافقة الزوج بالخلع حتى يكون صحيحا ومن بين هذه القرارات، القرار الذي صدر بتاريخ 1984/06/11 وبالضبط بعد يومين من صدور قانون الأسرة 84-11 جاء فيه: «متى كان من المقرر شرعا أن الخلع يعتبر عقدا رضائيا ولا يجوز حينئذ للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد إنتهاكا لقواعد الشريعة الإسلامية في الخلع»⁴، حيث يتضح أن قضاة الموضوع في هذه المرحلة قد فهموا نص المادة على أنه الإتفاق يكون على مبدأ الخلع وبدله وهذا يرجع إلى قصور المشرع في نص هذه المادة. وقد جاء قرار آخر للمجلس الأعلى بتاريخ 1988/11/21 وجاء فيه: «من المقرر فقها و قضاء أن قبول الزوج للخلع أمر وجوبي، وان ليس للقاضي سلطة مخالفة الزوجين دون رضا الزوج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الفقه، ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن المطعون ضدها طلبت التطلق، وكما لم يكن لها سبب فيه أظهرت إستعدادها لمخالعة زوجها دون أن يجد ذلك قبولا من هذا الأخير، فإن القضاء بتطبيق

¹ م أ، غ ق خ، 1969/02/19، ن س، 1969، ص 266، عن العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 05-02 معلق عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة (1966-2006)، المرجع السابق، ص 286.

² م أ، غ م، 1969/03/12، م ح، ج 1، ص 170، عن العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص 286.

³ أنظر القرار الصادر بتاريخ 1982/02/08، من هذه المذكرة ص

⁴ م أ، غ أ ش، 1984/06/11، رقم الملف 33652، م ق 1989، عدد 3، ص 38.

المطعون ضدها على سبيل الخلع يعد مخالفا للقواعد الفقهية الخاصة بالخلع، ومتى كان كذلك إستوجب نقض الحكم المطعون فيه دون إحالة»¹، ويتضح أيضا من خلال هذا القرار أن قضاة المجلس الأعلى إعتبروا رضا الزوج وجوبي حتى يصح الخلع.

(2) الإتجاه الذي لا يشترط رضا الزوج بالخلع:

هذا الإتجاه لا يشترط رضا الزوج لصحة الخلع، بل يكفي عرض الزوجة مقابل الخلع فهناك عدة قرارات للمحكمة العليا بذلك ومن بينهم القرار الصادر بتاريخ 1992/07/21. والذي جاء فيه: « من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الإتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم ومن خلال نص المادة 54 من القانون نجده أنه لم يلتفت إلى عدم قبول الزوج بالخلع، الذي تطلبه الزوجة لأن ذلك يفتح الباب للإبتراز والتعسف الممنوعين شرعا، وعليه فإن قضاة الموضوع – في قضية الحال- لما قضاوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك رفض الطعن»²، يتضح من خلال هذا الإجتهد لقضاة المحكمة العليا أنهم إعتبروا الخلع حقا للزوجة لسد باب التعسف الذي قد يحصل من الزوج.

وقد جاء قرار آخر يؤيد هذا الإتجاه بتاريخ 1999/03/16 وجاء فيه: « الخلع رخصة للزوجة تستعملها لدفية نفسها من الزوج مقابل مبلغ مالي تعرضه عليه، ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بتطبيق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون»³، حيث يتضح من خلال هذا القرار أن قضاة الموضوع كرّسوا مبدأ حق الزوجة في طلب الخلع بأنه رخصة لها تستعمله لدفاء نفسها من الزوج الذي إستحالت معه الحياة الزوجية.

ويتضح جليا أن هذه الإجتهدات للمحكمة العليا كان لها الأثر البالغ في إتجاه المشرع الجزائري لإعادة صياغة المادة 54 بموجب الأمر 02-05 المؤرخ في 2005/02/27 حيث جاء نص المادة كالآتي: « يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي...»⁴، والملاحظ هنا أن المشرع الجزائري أحسن صنعا عندما تدارك الإبهام الواقع في نص هذه المادة سابقا، وفصل في الأمر نهائيا على أن الخلع هو حق أصيل للزوجة مثله مثل الطلاق بالنسبة للزوج لا يحتاج إلى رضا الطرف الآخر في إيقاعه، وبالنسبة للمقابل المالي للخلع فإذا إتفق الطرفان عليه صحّ وإذا لم يتفق الطرفان فإن القاضي يفصل في الأمر بقيمة صداق المثل وقت صدور الحكم.

¹ م أ، غ أش، 1988/11/21، رقم الملف 51728، م ق 1990، عدد 3، ص 72.

² م ع، غ أش، 1992/07/21، ملف رقم 83603، إ ق، غ أش، عدد خاص، ص 134، عن العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02-05 ومعلق عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة (1966-2006)، المرجع السابق، ص 290.

³ م ع، غ أش، 1999/03/16، قرار رقم 216239، م ق 2001، عدد خاص، ص 138.

⁴ الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، لسنة 2005.

حيث يتضح من خلال التعديل الأخير لقانون الأسرة، أن المشرع الجزائري قد ساوى بين الطرفين في حق الطلاق فالزوجة أصبحت تمارس حقها في الطلاق عن طريق الخلع دون تدخل إرادة الزوج في ذلك، غير أنه قد تتعسف الزوجة في استعمال حقها في الخلع، فيلحق بذلك ضررا للزوج، فيجوز له في هذه الحالة المطالبة بالتعويض غير أنه قد حددت نص المادة 54 السابق ذكرها أنه لا يمكن أن تتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم، فكان من المستحسن أن يساوى بينهما أيضا في الحصول على التعويض ولا يقيد بقيمة صداق المثل بل يترك السلطة التقديرية للقاضي في تعويض الضرر الذي لحق بالزوج مثل ما فعل في المادة 52 من قانون الأسرة السابق ذكرها.

يتضح أيضا لما نرجع لإجتهادات المحكمة بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة أنها توحدت في قراراتها على عكس مرحلة قبل التعديل ومن بين هذه الإجتهادات القرار الصادر بتاريخ 2005/07/13 وجاء فيه: «إن الخلع ليس بعقد رضائي وموافقة الزوج غير ضرورية فيه وللزوجة وحدها الحق في مخالعة نفسها من زوجها مقابل مبلغ مالي، أما عدم مناقشة الزوج لقيمة المبلغ المعروض فإنه لا يشكل مانعا للحكم بالخلع».¹

وقد جاء أيضا قرار للمحكمة العليا بتاريخ 2011/09/15 وجاء فيه: «الخلع حق إرادي للزوجة، يقابل حق العصمة للزوج».² حيث أكد هذا القرار أن الخلع حق للزوجة خالصا مثله مثل حق الطلاق للزوج، وعليه فالتنذبذ الذي كان في إجتهادات المحكمة العليا قبل التعديل الأخير لقانون الأسرة قد زال بعد التعديل وأصبحت موحدة على أن الخلع يقع حتى بدون رضا الزوج ويقابله مبلغ مال، وقد إعتبر إبراهيم الخولي أن الخلع إذا إشتراط فيه رضا الزوج لم يعد خلع بل أصبح طلاق إبراء، فالخلع هو إجراء لفك الرابطة الزوجية يتطابق مع الطلاق لضرر لكن المرأة حين لا تستطيع إثبات الضرر تلتجئ إلى الخلع.³

رابعا: الأساس القانوني لإستحقاق التعويض عن الحكم بالخلع.

يتضح أن المشرع الجزائري وبعد التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر 02-05 قد ساوى بين الطرفين في إيقاع الطلاق، وهذا لما منح للزوجة الحق في طلب الطلاق عن طريق الخلع دون موافقة الزوج، وهذا حسب أحكام المادة 54 من قانون الأسرة الجزائري. ومادام المشرع منح للزوجة الحق في إيقاع الطلاق عن طريق الخلع وعزل إرادة الزوج في ذلك، حتى لا يفتح الباب للإبتزاز والتعسف من طرف الزوج، ولكن قد يكون بهذا التعديل قد أغلق باب التعسف على الزوج وفتح باب التعسف للزوجة، هذا لأن المشرع قد قيد سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع، وهو ما يعتبر تعويض للزوج في الفقرة الثانية من نص

¹ م ع، غ أش، 2005/07/13، قرار رقم 336380، ن ق 2006، عدد 61، ج 1، ص 328.

² م ع، غ أش، 2011/09/15، رقم القرار 656259، م ح ع 2012، عدد 1، ص 318.

³ محمد لمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، د ط، 2004، ص 106.

المادة 54،¹ ولهذا ينبغي إذا معرفة ضوابط استعمال هذا الحق، فلا يتصور أن يمنح الحق وأي حق كان دون ضابط ولا قيد، وتأتي في المقام الأول الضوابط الأخلاقية قبل الضوابط التي كفل لها القانون الحماية الواجبة وعليه يتعين البحث حول كيفية استخدام الزوجة لحقها في طلب الخلع، ومدى إتفاقه وسلوك الزوجة السوية في مثل هذه الحالة.² فماذا لو كان سلوك الزوجة غير سوي فليس من المستبعد أن تستغل هذا الحق الممنوح لها وتتعسف في استعماله؟ هل تترتب مسؤولية على الزوجة في حال ما لحق بالزوج ضرر مادي أو معنوي؟ وهل قيمة هذا البديل يجبر الضرر الذي لحق بالزوج؟

فأوجه الاختلاف بين طلاق الزوج وطلاق الزوجة عن طريق الخلع، هو أنه في الأول إذا لم يبرر طلاقه يعتبر متعسف وفي الثاني لم يقيده ولم يشترط فيه المشرع أي شرط والقاضي في كلتا الحالتين ليس له سلطة رد طلب الطلاق، فمن المتصور أنه لا يوجد شخص معصوم من الخطأ، فماذا لو طلبت الزوجة الخلع وكان زوجها سوي الحال والخلق، وقائم بمستلزمات الحياة الزوجية على أكمل وجه وأصرت عليه لأسباب ودوافع ذاتية لا دخل له فيها، ألا يترتب عليها مسؤولية في مثل هذه الحالة جراء إساءة إستغلال وإستعمال حقها؟

حيث يقول أحمد حسام النجار لعل في ترتيب مسؤولية المختلعة قبل زوجها مالا يتعارض مع الشرع أو المنطق أو العقل، وذلك لتوافر العلة المبتغاة وهي ضبط استعمال هذا الحق تفاعلا مع معطيات الواقع غير متناهية، ببسط هذه القاعدة فيما يتضمنه من رقابة أخلاقية، وإجتماعية، وقانونية، لضبط إيقاع هذا الحق إذا ما أسيء استعماله، ولا شك أن في هذا المسلك ما يقبله العقل ويقره المنطق، ذلك أنه على هذا النحو إنما نعتبره من قبل المصالح المرسلة التي عرضت بصور هذا التشريع.³

وبما أن الزوج يتحمل التعويض عن إساءة استعمال حقه في الطلاق أليس من المنطق أن تتحمل الزوجة كذلك تعويض الزوج عند تعسفها في استعمال حقها في الخلع؟ وهل يعتبر بدل الخلع تعويض للزوج؟ وهل يمكن أن يطالب الزوج بتعويض فوق قيمة صداق المثل؟ يعتبر طلاق الخلع طلاقا مقابل العوض الذي تبذله الزوجة للحصول على حريتها، وهو بمثابة فدية تؤديها للزوج، وعلى ذلك لا حق للزوج في أي تعويض آخر، لأن العوض الذي يتلقاه هو بمثابة تعويض،⁴ وهذا ما قرره المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 2009/06/10 تحت رقم 09/00761 بقولها: « لكن خلافا لمزاعم الطاعن مرة أخرى، وبالإطلاع على القرار المطعون فيه يتضح منه أنه قضى بمبلغ 60.000 دينار مقابل الخلع وهذا يعتبر بمثابة

¹ والتي جاء فيها « إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم».

² أحمد حسام النجار، الخلع ومشكلاته العلمية والمنازعات المتعلقة به وإجراءاته العملية وأحكامه، دار الكتب القانونية، القاهرة، د ط، 2004، ص 58، 59.

³ المرجع نفسه، ص 61، 62.

⁴ لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع (دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة)، المرجع السابق، ص 263.

تعويض عن التطليق...»¹، وعليه فمبلغ مقابل الخلع يعد تعويضاً لفك الرابطة الزوجية بغير رضا الزوج، وهذا مقابل حق الزوج في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة وحق الزوجة في التعويض في حالة التعسف.

إن المشرع الجزائري لا يعتبر بدل الخلع تعويضاً، ذلك لأنه قد جعل من المقابل المالي عن كل خلع يقضي به القاضي سواء كان للزوجة دوافع وأسباب كافية، أو كان طلبها للخلع غير مبرراً شرعاً ولا قانوناً، وهذا ما يتنافى مع القواعد العامة في المسؤولية عن تعويض الضرر، فالتعويض يكون على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق، وهذا ما أكدته أحكام المادة 124 مكرر من القانون المدني 05-07 المؤرخ في 2007/05/13.²

كما نجد أيضاً أن المشرع قد حدد مبلغ بدل الخلع ألا يتجاوز قيمة صداق المثل في حين قد يلحق بالزوج ضرر معنوي قد لا يتناسب مع هذه القيمة، في حين نجد أن بدل الخلع ثابت للزوج شرعاً وقانوناً سواء كانت الزوجة متعسفة أو غير متعسفة في استعمال حقها، وقد يكون هذا البديل المدفوع للزوج مناسب لجبر الضرر وقد لا يتناسب معه مما قد يؤدي إلى إجحاف بحق الزوج في جبر الضرر اللاحق به.³

أما عن المشرع المصري فنجد أنه قد جعل بدل الخلع إذا لم يتفقا عليه يتمثل في تنازل الزوجة عن جميع حقوقها المالية والشرعية، وأن ترد له الصداق الذي أعطي لها هذا حسب أحكام نص المادة 20 من القانون رقم 01 لسنة 2000 والمعدل بالقانون 91 لسنة 2000،⁴ حيث يتضح أن المشرع المصري، قد ألزم المطلقة بأن تتنازل عن جميع حقوقها المالية، وفي هذا تضيق للزوجة حتى لا تقدم على استعمال حقها في الخلع.

¹ م ع، غ أ ش، 2009/06/10، رقم القرار 09/00761، غير منشور، عن لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع نفسه، ص 263.

² نصت المادة 124 مكرر على أنه: «يشكل الإستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية: 1/ إذا وقع بقصد الإضرار بالغير. 2/ إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنظر إلى الضرر الناشئ للغير. 3/ إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة».

³ أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية)، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان (الجزائر)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014/2013، ص 255.

⁴ القانون رقم 1 المؤرخ في 2000/01/29، معدل بالقانون رقم 91 المؤرخ في 2000/05/18، المتعلق بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية المصرية، العدد 4 (مكرر)، لسنة 2000.

المطلب الثاني

الطلاق القضائي

لقد سبق وبيننا الطلاق الذي يقع بإرادة منفردة لكلا الزوجين، وفي هذا المقام سوف نوضح الطلاق الذي يوقعه القاضي بناءً على طلب أحد الزوجين، وقد تناولت المادة 53 من قانون الأسرة الأسباب التي يجوز للزوجة أن تأسس طلب التطليق عليها، أما المادة 55 من نفس القانون فقد تطرقت إلى تعويض الزوج المتضرر من نشوز زوجته. وعليه ففي كلتا الحالتين يقدم طلب للقاضي وللقاضي السلطة المطلقة في قبول طلب الطلاق أو عدم قبوله وفقاً لسلطته التقديرية وأيضاً للحالات التي حددها المشرع، ولهذا سوف نوضح كل حالة على حدى مع توضيح الأساس القانوني لإستحقاق التعويض عن كل حالة.

الفرع الأول

التطليق حسب أحكام نص المادة (53) من قانون الأسرة

لم تعد إرادة الزوج وحدها تحدث أثر الطلاق، فإذا كانت الصورة الأولى الأبرز من الناحية الشرعية إستدلالاتها بما ذكر في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، فإن الإجتهد والفقهاء إبتدع صورة ثانية لا تقل أهمية عن الأولى من حيث طبيعتها والآثار المتوخاة منها، ألا وهي التطليق أو ما يعرف في بعض دول المشرق العربي بالتفريق القضائي، وفي هذه الدراسة سوف نوضح مفهوم التطليق ودليل مشروعيته وماهي الأسباب الممنوحة للزوجة لطلب التطليق، وماهو الأساس القانوني للتعويض عن حكم التطليق.

أولاً: مفهوم التطليق ودليل مشروعيته

(1) مفهوم التطليق:

أ- التطليق لغة: من طلق، التحرير من القيد ونحوه، رفع قيد النكاح،¹ يتضح بأن التطليق بمعنى الطلاق من الناحية اللغوية.²

ب- التطليق فقهاً: يرد مصطلح التطليق عند الفقهاء (بالتفريق القضائي) والتفريق في اللغة: نقيض التجميع،³ وجاء في مختار الصحاح بمعنى الفرقة ومصدره الإفتراق، وفارق الشيء مفارقة وفراقاً، بيانه وتفارق القوم أي فارق بعضهم بعضاً، وفارق فلان إمرأته أي

¹ محمد رواس قلنجي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، دم ن، ط 2، 1988، ج 1، ص 134.

² أنظر تعريف الطلاق في ص.....، من هذه المذكرة

³ نشوان بن سعيد الحميري، شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، المحقق حسين بن عبد الله العمري، دار الفكر

المعاصر، بيروت، لبنان، ط 1، 1999، ج 8، ص 5172.

باينها.¹ أما في إصطلاح الفقهاء فقد ورد تعريف بأنه، هو إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي لسبب من الأسباب كالشقاق والضرر وعدم الإنفاق.²

ت- التعريف القانوني: لم يعرف المشرع الجزائري التطلق وإقتصر على ذكر أسبابه في المادة 53 من قانون الأسرة ، ويمكن تعريفه على أنه منح الزوجة حق طلب التطلق من زوجها بناءً على إرادتها المنفردة و إستنادا إلى القانون،³ وقد عرفه أحمد نصر الجندي: بأنه التفريق بين الزوجين بمعرفة القضاء إذا قامت أسباب تبريره، فإذا ظهر من الزوج ضرر وثبت في حقه وجب على القاضي أن يستجيب لطلب التطلق.⁴

(2) دليل مشروعية التطلق:

أ- من الكتاب: لم ترد آيات في كتاب الله الكريم تدل صراحة على مشروعية التطلق إلا أن هناك من الآيات ما يدل ضمناً على أن للمرأة حق طلب التطلق إذ لحق بها ضرر منها قوله تعالى: ﴿...وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا...﴾ سورة البقرة الآية (231).

ب- من السنة النبوية: قوله صلى الله عليه وسلم: « لا ضرر ولا ضرار»⁵، وقوله أيضاً: « أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة»⁶.

ت- من الإجماع: إنعقد الإجماع منذ عصر الرسول صلى الله عليه وسلم حتى يومنا هذا على جواز الفرقة، وهي محظورة أصلاً ولا تباح إلا لحاجة أو ضرورة، وإباحته مقيدة بقيود تكفل الصالح العام.⁷

ثانياً: ما يجب إثباته كسبب من أسباب التطلق

لقد كان نص المادة 53 في ظل قانون الأسرة القديم تحت رقم 84-11 ينص على سبعة حالات يجوز للزوجة فيها طلب التطلق من القاضي، غير أنه وبعد التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر 02-05 المؤرخ في 2005/02/27 فأصبحت تنص المادة 53 على 10 حالات و التي سندرسها كل حالة على حدة فيما يلي:

¹ زين الدين الرازي، مختار الصحاح، المرجع السابق، ص 30.

² حسن موسى الحاج موسى، القضاء الشرعي السني، منشورات الحلبي الحقوقية، د م ن، د ط، 2008، ص 126.

³ نورة منصور، المرجع السابق، ص 11.

⁴ أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر، د ط، 2006، ص 301.

⁵ سبق تخريجه، أنظر، ص 13..... ، من هذه المذكرة

⁶ الدرامي أبو محمد، مسند الدرامي المعروف بسنن الدرامي، المحقق نبيل هاشم العمري، كتاب الطلاق، باب في الظهار،

رقم الحديث 2450، دار البشائر، بيروت، ط 1، 2013، ص 543. وكذلك أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل،

المحقق شعيب الأرناؤوط، رقم الحديث 22379، مؤسسة الرسالة، ط 1، 2001، ج 37، ص 62. وكذلك ابن هارون

الرويانى، مسند الرويانى، المحقق أيمن علي أبو يمانى، رقم الحديث 631، مؤسسة قرطبة، القاهرة، ط 1، 1416 هـ،

ج 1، ص 411.

⁷ نورة منصور، المرجع السابق، ص 15.

1) التطليق لعدم الإنفاق:

حيث جاء نصها في المادة 53 في الفقرة 01 على أنه « يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: عدم الإنفاق بعد صدور حكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78،79،80 من هذا القانون»¹، حيث يأتي تأصيل هذه المسألة مما ذهب إليه مالك والشافعي وأحمد الذين أجازوا التطليق لعدم النفقة بحكم القاضي إذا طلبته الزوجة، وليس له مال ظاهر، حيث يقصد بالنفقة كل ما يشتمل عليه الغذاء والكساء، والسكن في أدنى صورها.² ولقد أخذ المشرع الجزائري برأي الأئمة الثلاثة في التطليق لعدم الإنفاق، وقد بين على ماذا تشتمل النفقة في المادة 78 من نفس القانون وجاء فيها: « تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة»، مما يلحق بالزوجة ضرار ويبرر رفع أمرها للقاضي لطلب التطليق، بشرط توافر العناصر التالية:

الشرط الأول: إمتناع الزوج عن النفقة الزوجية عمدا وقصدا.³

الشرط الثاني: أن تكون الزوجة قد رفعت دعواها من قبل للمطالبة بالنفقة وصدور حكم من المحكمة يلزمه بذلك، ولكنه إمتنع عن تنفيذ هذا الحكم، وأصر على عدم الإنفاق. وهذا يدل على أن عدم إنفاق الزوج على زوجته لا يصلح وحده كأساس لطلب التطليق بل يجب على الزوجة أن تؤكد عدم الإنفاق عن طريق دعوى قضائية وأنه إمتنع عن تنفيذ هذا الحكم.⁴

الشرط الثالث: ألا تكون الزوجة عالمة بإعسار زوجها وقت الزواج ورضيت بذلك، فإن كانت تعلم سقط حقها في التطليق بسبب رضاها.⁵

الشرط الرابع: ألا يكون إمتناعه عن النفقة بسبب عسره، لأن هذا الأخير بيد الله ولا يعتبر مبرر لطلب التطليق.⁶

وهذا ما ذهب إليه المشرع السوري في نص المادة 110 من قانون الأحوال الشخصية⁷، الشخصية⁷، حيث يتضح أن المشرع السوري قد تطرق للمدة التي أمهلها للزوج لدفع النفقة الواجبة عليه على خلاف المشرع الجزائري، غير أنه بالرجوع لقانون العقوبات الجزائري يتضح أن المشرع قد حدد هذه المدة في نص المادة 331 والتي نصت على أنه: « كل من

¹ الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، لسنة 2005.

² باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د ط، 2007، ص 31.

³ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج 1، ص 276.

⁴ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 250.

⁵ أحمد بخيت الغزالي، المرجع السابق، ص 311، 312.

⁶ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج 1، ص 276.

⁷ حيث نصت على أنه « يجوز للزوجة طلب التفريق إذا إمتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته ولم يكن له مال ظاهر، ولم يثبت عجزه عن النفقة، وإن ثبت عجزه أو كان غائبا أمهله القاضي مدة مناسبة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، فإن لم ينفق فرق القاضي بينهما»

إمتنع عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه...»¹.

حيث يتضح أن المشرع قد حددها بمدة شهرين من وقت صدور الحكم بالنفقة، وقد جاء قرار للمجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1984/11/19 يوضح ويؤكد على هذه المدة وجاء فيه: «من المقرر فقها وقضاءً في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد عن شهرين متتابعين، يكون مبرر لطلب التطلاق من زوجها. فإن قضاة الإستئناف برفضهم طلب الطاعنة المتعلق بالتطلاق خرقتوا أحكام هذا المبدأ الشرعي ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيساً على الوجه المثار من الطاعنة في هذا الشأن»².

بالإضافة إلى ذلك نرى أن المشرع لم يفرق بين حالة إمتناع الزوج عن الإنفاق مع قدرته على ذلك، وحالة إمتناعه عن الإنفاق مع عدم قدرته أو إعساره، إضافة إلى عدم تمييزه بين الزوجة الغنية والفقيرة، لذا لا بد من إعادة النظر في نص المادة 53 من أجل إعطاء فرصة للزوج المعسر حسن النية مع دفع مبلغ النفقة حفاظاً على الروابط الأسرية.³

2) التطلاق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج:

حيث جاء نصها في المادة 53 في الفقرة 2 على أنه: «يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق في حالة العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج»، ولا شك أن العيوب في أحد الزوجين تآرق الحياة الزوجية، وقد تقضي على الألفة بينهما، وهي تؤثر بلا شك في مقاصد الزواج، وبقاء هذا الزواج قد يرجع بالضرر الكبير على الطرفين، وبما أن الزوج هو الذي يملك الطلاق، فالقاضي هنا هو الذي يرفع الغبن عن الزوجة حين تقدم الطلب إليه في مثل هذه الأحوال،⁴ وقد جاءت المادة على إطلاقها حيث لم تحدد العيوب التي تجيز للزوجة طلب التطلاق مما يتضح أن المشرع قد تركها للسلطة التقديرية للقضاة.

حيث يتضح أن القضاء الجزائي يسقط حق الزوجة في طلب التطلاق بسبب العيوب إذا علمت بها قبل العقد ورضيت بها كما أن سكوت الزوج عن عيوبه وإخفائها لها تجعل القاضي يستجيب لطلب الزوجة دون تأجيل.⁵ وبما أن هذه المسألة فقهية ونص المادة لم يحدد لنا هذه العيوب فنص المادة 222 من قانون الأسرة تحيلنا إلى مبادئ الشريعة الإسلامية وإجتهدات الفقهاء. وعلى ذلك فإن شروط إعتبار العيب سبب مبرر للتطلاق هي:

¹ القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20/12/2006، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08/06/1966، المتضمن قانون العقوبات، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 84، لسنة 2006.

² م أ، غ أ ش، 1984/11/19، ملف رقم 34791، م ق 1989، عدد 3، ص 76.

³ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 257.

⁴ محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص 302.

⁵ عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 280.

الشرط الأول: أن يكون العيب بالزوج دون الزوجة، لأن الزوج يملك حق الطلاق.¹
الشرط الثاني: أن لا تكون عالمة بوجود إحدى هذه العيوب فيه قبل عقد الزواج.²
 وإن علمت به بعد العقد يشترط ألا تعلن رضاها صراحة، فالسكوت هنا لا يعبر عن رضاها.³
الشرط الثالث: أن يكون العيب المتصل بالزوج من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج⁴ مثل الأمراض التناسلية كالغنة والجب والخصاء⁵ والأمراض الأخرى كالبرص، والجذام والجنون.⁶

الشرط الرابع: كما يجب أن يكون العيب ناتج عن مرض مستمر دائم لا يتوقع شفاؤه، كالجب والخصاء، أو إن كان من الأمراض التي يمكن شفاؤه منها خلال فترة يراه الأطباء معقولا، فعلى المحكمة أن تمنحه أجلا لمواصلة العلاج⁷، وهذا ما يؤكد القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1984/11/19 حيث جاء فيه: «متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي وعلى ما جرى به القضاء، أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وأن الاجتهاد القضائي إستقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلمها وبعد إنتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية»⁸.

الشرط الخامس: أن ترفع دعوى التطليق لدى القاضي، وهو الأمر القاطع للشك بأنها غير راضية بالحياة المشتركة مع زوج معيب.
الشرط السادس: أن يتأكد القاضي من وجود ما تدعيه بخبرة الخبراء والأطباء المختصين، وبأي وسيلة أخرى كالإقرار.⁹

وبالرجوع لنص المادة 53 في الفقرة الثانية يتضح أن المشرع لم يحدد نوع العيب وما المقصود به، غير أنه وصفه بعيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، وإعتمد بذلك عبارة فضفاضة وعامة، وإكتفى بإعتماد معيار موضوعي لتحديدها، وهو أن تحول هذه العيوب دون

¹ عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص 280.

² مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الوراق، بيروت، ط 9، 2001، ص 234.

³ باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، المرجع السابق، ص 37.

⁴ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج 1، ص 282.

⁵ - الغنة: (بضم العين وتضعيف النون المفتوحة): وهو عجز الرجل عن المباشرة الجنسية ويسمى الموصوف بها عنيبا. - الجب: (يفتح الجيم): هو إستئصال عضو التناسل ويسمى رجل مجبوبا. - الخصاء: (بكسر الخاء): هو شل الخصيتين ونزعهما، ويقال للرجل مخصي.

⁶ - البرص: من الأمراض الجلدية المزمنة وهو بياض يظهر في الجلد. - الجذام: (بضم الجيم): مرض يتقطع منه اللحم ويتساقط.

⁷ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 277.

⁸ م أ، غ أ ش، 1984/11/19، ملف رقم 34784، م ق 1989، عدد 3، ص 73.

⁹ فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د ط، ج 1، 1985، ص 73.

تحقيق الهدف من الزواج، وحسن ما فعل المشرع لأن هذه العيوب كثيرة ومتنوعة ومتجددة ومنها ما يتوصل العلم الحديث إلى علاجها ومنها ما يعجز عنها.¹

حيث يتضح أن المشرع قد فتح المجال الواسع للسلطة التقديرية للقضاة، بالإضافة إلى ذلك فقد منح للزوجة الحق في إثبات العيب بكافة الأدلة والوسائل القانونية الممكنة مثل شهادة الشهود والشهادات الطبية المعتمدة، كما أنه منح السلطة التقديرية للقضاة في مثل هذه الحالات كأن يأمر بعرض الزوج على طبيب خبير من تلقاء نفسه،² وهنا يتضح جليا مدى السلطة الواسعة الممنوحة للقضاة في مثل هذه الحالات، وفي هذا السياق ذهب المشرع السوري من جانبه في المادة 105 من قانون الأحوال الشخصية³، وقد تحدثت المادة 106 من نفس القانون القانون على أنه يسقط حق الزوجة في طلب التفريق إذا علمت بالعلل قبل العقد أو رضيت بها بعده، أما المادة 107 فقد بينت أنه إذا كان يرجى شفاء هذه العلة فتؤجل الدعوى مدة سنة فإذا لم تنزل هذه العلة وتشفى فرق بينهما.

يتضح من خلال ما تقدم أن المشرع السوري قد ضبط السلطة التقديرية للقاضي، حيث حدد هذه العلة التي منحت للزوجة كحق لطلب التفريق، بالإضافة إلى ذلك فقد حدد مهلة العلاج بسنة خلافا للمشرع الجزائري التي تركها مفتوحة لإجتهاادات المحكمة العليا والتي لا تكون في الغالب على سكة واحدة.

(3) الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر:

لقد نصت المادة 53 في الفقرة 3 على أنه «يجوز للزوجة أن تطلب التطليق بسبب الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر»، حيث يجب أن يكون الهجر ليس لسبب شرعي كمرض مثلا.⁴ أما في الحالات العادية، فالواجب على الزوج أن يحصن زوجته بمعاشرتها ومجامعتها وألا يهجرها فوق أربعة أشهر مصداقا لقوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلِّونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءُوا فَإِنَّ اللّهَ مُخَوِّرٌ رَّحِيمٌ﴾ (226) وَإِن عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿ سورة البقرة الآية (226) و(227) .

فإذا إستعد الزوج للهجر وأصر على ذلك حدد له القاضي مدة مناسبة فإن لم يفئ طلق القاضي الزوجة.⁵ وقد شرع الله سبحانه وتعالى هذا التأديب القائم على هجر الزوج فراش

¹ نورة منصور، المرجع السابق، ص 48، 49.

² المرجع نفسه، ص 52، 53.

³ والتي نصت على أنه: « للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها في الحالتين التاليتين: إذا كان فيه إحدى العلة المانعة من الدخول بشرط سلامتها هي منها، إذا جن الزوج بعد العقد »

⁴ نجية زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر (الجزائر)، كلية الحقوق، 2006، ص106.

⁵ الغوثي بن ملحمة، المرجع السابق، ص105.

الزوجية بهدف الإصلاح وتهذيب الزوجة، فإن أساء الزوج إستعمال حق التأديب المتمثل في الهجر في المضجع، فللزوجة أن ترفع أمرها إلى القاضي وتطلب تطليقها من جراء الضرر الذي لحقها من هذا الهجر، حيث تتجلى صور الهجر في عدم المبيت مع زوجته في غرفة نوم الزوجية، وذلك بالإعراض عنها وعدم قربانها في حدود الشرع،¹ مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَاصْبِرْ لِمَا يَأْتِيكَ مِنْهُمَا إِنَّ الْبِرَّ لَهُ بِمَا يَصْنَعُونَ وَالْهَجْرُ هَجْرًا جَمِيلًا﴾ سورة المزل الآية (10). وعليه فيشترط في الهجر في المضجع كمبرر قانوني يخول للزوجة حق طلب التطليق ثلاث شروط نستنتجها من الفقرة الثالثة من المادة 53 ومن الإجتهدات القضائية:

الشرط الأول: هجر الزوج للزوجة مع المبيت معها في فراش الزوجية والإعراض عنها وعدم قربانها، أي لا يعاملها معاملة الزوجة.²

الشرط الثاني: أن يكون هذا عمديا نكاية بالزوجة وليس له ما يبرره شرعاً وقانوناً.³

الشرط الثالث: أن يتجاوز الهجر الأربعة أشهر المتتالية، وألا يقع أي إتصال بينهما في هذه المدة.⁴

غير أنه ما يمكن ملاحظته أيضا في هذه الفقرة أن المشرع الجزائري قد أغفل أمر مهم وهو كيف تثبت الزوجة هذا الهجر، كونه يعد أمر خصوصي ويصعب إثباته،⁵ ونتيجة لذلك لم نجد على صعيد الإجتهد القضائي شيئا يصب صراحة على هذه الفقرة إلا تلميحا له مثلما نلاحظه في إحدى قرارات المحكمة العليا المؤرخ في 16/03/1999 متعلق بالتطليق قبل البناء، جاء فيه: « من المقرر قانونا أنه يجوز تطليق الزوجة لكل ضرر معتبر شرعا ومتى تبين في قضية الحال- أن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة ولم يتم بإتمام الزواج بالبناء بها فإن الزوجة تضررت خلال هذه المدة ماديا ومعنويا مما يثبت ضررها شرعا طبقا لأحكام المادة 53 من ق.أ، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة وإلغاء عقد الزواج وتعويضهم على أساس تعسف الزوج وثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن».⁶

حيث جاء في ديباجة القرار أن المدة الطويلة التي عقد فيها الطاعن على المطعون ضدها لم يتم بإتمام إجراءات الزواج، لاسيما فيما يتعلق بالبناء، وفي ذلك أقر بضرر الزوجة معنويا وماديا، وأن عدم البناء لمدة طويلة يمثل الأساس القائل بهجر الزوج عن زوجته، فبقاء الزوجة

¹ سميرة معاشي، أحكام التطليق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة المنتدى القانونية، العدد 06، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2009، ص 203.

² العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج 1، ص 289.

³ نورة منصوري، المرجع السابق، ص 35.

⁴ المرجع نفسه، ص 35.

⁵ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 265.

⁶ م ع، غ أش، 16/03/1999، ملف القرار 217179، م ق 2001، عدد خاص، ص 122.

على ذمة زوجها شرعا وقانونا لمدة طويلة دون الدخول بها ومعاشرتها أمر فيه ضرر شرعي، غير أن هذا القرار لم يذكر الأساس بوضوح وإكتفى بإعتبار الأساس هو الضرر المعتبر شرعا، تسهيلا على نفسه في تزكية الحكم المنتقد.

4) الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية:

لقد نصت الفقرة الرابعة من المادة 53 على أنه: «يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق في حالة الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية»، يتضح أن المشرع قد فتح المجال أمام الزوجة لطلب التطلاق بعد التعديل الجديد لقانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 لأنه في السابق كانت تشترط في العقوبة أن تكون سالبة للحرية والشرط الثاني أنها تتجاوز مدة سنة، ولكن بعد التعديل لم يقيد بها دون الإلتفات إلى حجم العقوبة المسلطة عليه، غير أنه ومن خلال إستقرائنا لهذه الفقرة المعدلة نستنتج شروط لابد من توافرها حتى تطلب الزوجة التطلاق بناءً على هذه الفقرة وهي:

الشرط الأول: صدور حكم قضائي ضد الزوج حائز لقوة الشيء المقضي به، أي لم يعد يقبل طرق الطعن القانونية العادية وغير العادية.¹

الشرط الثاني: أن تكون هذه العقوبة فيها مساس بشرف الأسرة كأن تتعلق بأعمال شائنة منافية للأخلاق، مثل جرائم السرقة والإعتداء على العرض والإغتصاب، والإحتيال وهي جرائم ينبذها المجتمع، بالإضافة إلى أنه لم يشترط المشرع بعد التعديل أن تكون هذه العقوبة مقيدة للحرية أو عقوبة موقوفة التنفيذ أو أنها عقوبة تتمثل في الغرامة.

الشرط الثالث: أن تكون هذه الجريمة قرينة على إستحالة مواصلة العشرة الزوجية، غير أنه ليس بالضرورة أن تستحيل الحياة الزوجية من جراء ارتكاب هذه الجريمة، وإنما قد يخلق جو من التوتر يصعب معه إستمرار الحياة الزوجية، لذا أعطي للزوجة حق طلب التطلاق وللقاضي السلطة التقديرية الكاملة، مستعين في ذلك بالمعيار الموضوعي لتقدير درجة التوتر والضرر ومدى إمكانية مواصلة العشرة الزوجية من عدمها.²

ويعتبر الحكم على الزوج بالحبس سببا للتفريق في التشريعين المصري والسوري، كذلك مع إختلافهما مع المشرع الجزائري في نوع العقوبة ومدتها وإمكانية المراجعة.

ومن الناحية القضائية فقد فرق القضاء بين الجرائم التي فيها مساس بشرف الأسرة والتي لا تمس بشرف الأسرة، وقد ورد في ذلك قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 1996/01/16 وجاء فيه: «الحكم بتطلاق الزوجة على مسؤولية الزوج وفقا للمادة 53 من

¹ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج 1، ص 294.

² نورة منصور، المرجع السابق، ص 57، 58.

قانون الأسرة - طعن بالنقض- لأن الحكم الجزائي المحتج به كان بسبب ضرب الزوجة ولم تكن العقوبة بسبب تهمة المساس بشرف الأسرة كما تنص المادة 53 فقرتين 4 و 6 من قانون الأسرة -رفض الطعن- إن إدانة الزوج بسبب ضربه لزوجته يعتبر ضررا حسب الفقرة 6 من المادة 53 من قانون الأسرة ومن ثم يجوز تطليق الزوجة لهذا السبب»¹.

5) التطليق بسبب الغيبة:

جاء في المادة 53 في الفقرة 5 بأنه: «يجوز للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها في حالة الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة»، فإذا غاب الزوج عن زوجته غيبة طويلة، كان للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها، سواء كان في غياب معلوم الحال أو مجهول، لأنها تتضرر من الغيبة ضررا قد يدفعها إلى الإنحراف²، ويشترط للتطليق في مثل هذه الحالة ما يلي:

الشرط الأول: أن تمضي سنة فأكثر على الغياب إلى يوم رفع الدعوى عليه.³

الشرط الثاني: أن يكون الغياب لغير عذر مقبول.⁴

الشرط الثالث: أن يكون الزوج قد غاب عن زوجته لمدة سنة كاملة، ولم يترك لها ما تنفق على نفسها ولا على أولادها،⁵ وهذا يعني أنه إذا غاب الزوج دون مبرر ولمدة تتجاوز السنة غير أنه ترك مالا لتنفق الزوجة على نفسها وأولادها فإنه في هذه الحالة لا يجوز لها تقديم طلب التطليق.⁶

وبالرجوع إلى التشريع المصري والسوري فإننا نجدهم قد إتفقوا على أن الغيبة يعد سبب من أسباب طلب الزوجة للتطليق، وقد تناولت أحكام المادة 12 و13 من القانون 25 لسنة 1929 المصري مسألة الغيبة،⁷ حيث يتضح أن المشرع المصري قد إشتراط أن تكون غيبة الزوج مدة سنة فأكثر، بالإضافة إلى ذلك فإن حقها لا يسقط في طلب التطليق، حتى ولو ترك لها ما تنفق على نفسها وأولادها، بخلاف المشرع الجزائري الذي وضعه كشرط أي يجب

¹ م ع، غ أ ش، 1996/01/16، ملف رقم 127948، ن ق، عدد 54، ص 100، عن العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02-05 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة (1966-2006)، المرجع السابق، ص 279.

² مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص 236.

³ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج 1، ص 297.

⁴ عثمان التكروري، المرجع السابق، ص 209.

⁵ باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، المرجع السابق، ص 46.

⁶ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج 1، ص 298.

⁷ حيث نصت المادة 12 أنه: «إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضي تطليقها تطليقا بائنا إذا تضررت من بعده ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه»، وقد جاء نص المادة 13 على أنه: «إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي أجلا وأعذر إليه بأنه يطلقها فإذا إنقضى الأجل ولم يفعل ولم يبدي عذرا مقبولا فرق القاضي بينهما بطلقة بائنة».

ألا يترك لها مالا تنفقه، وقد إشتراط المشرع المصري أيضا أن يكون الغياب دون مبرر شرعي، ويجب أن يلحق ضرر بالزوجة نتيجة غياب الزوج.¹

غير أن المشرع السوري قد تناول أحكام الغيبة في المادة 109 من قانون الأحوال الشخصية،² والملاحظ من خلال إستقراء هذه المادة يتضح أن هذه الشروط جاءت مقاربة للشروط التي وضعها كل من المشرع الجزائري والمصري، إلا أن المشرع الجزائري أضاف شرط عنهم وهي ألا يكون ترك لها مالا. وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أن التطبيق للغيبة يقوم على أساس الضرر الواقع وليس الضرر المتوقع فقط.³

(6) التطبيق بسبب مخالفة أحكام المادة 8 من قانون الأسرة:

حيث جاء في المادة 53 في فقرتها السادسة أنه: «يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق في حالة مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه»، ومن خلال أحكام نص المادة 8 من نفس القانون⁴، نستنتج أنه يجب أن يخل الزوج بأحد هذه الشروط، لكي يخول للزوجة طلب التطلاق التطلاق وهي كالاتي:

الشرط الأول: أن يكون هذا الزواج الثاني في حدود الشريعة الإسلامية، وأن يعدل بينهم في النفقة والمبيت وحسن المعاشرة.

الشرط الثاني: أن يكون هذا الزواج الثاني مبني على مبرر شرعي، وهذا المبرر يرجع تقديره لسلطة القاضي التقديرية.

الشرط الثالث: يجب إخبار كل من الزوجة الأولى على أنه عزم الزواج بزوجة أخرى، وفي نفس الوقت يخبر المرأة أنه له زوجة أخرى تحت عصمته.

الشرط الرابع: يجب أن يقدم طلب الترخيص إلى رئيس المحكمة، حيث يوضح في هذا الطلب المبرر الشرعي لإقدامه بالزواج بإمرأة ثانية مع توضيح قدرته المادية التي تسمح له بالتعدد والعدل بينهم.⁵

غير أنه حتى ولو تقدم الزوج بطلب الترخيص لرئيس المحكمة فإن لهذا الأخير السلطة التقديرية في قبول هذا الطلب أو رفضه، كما يتضح أيضا من خلال أحكام نص المادة 8 مكرر

¹ عمر عيسى الفقي، التطلاق في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين، المكتب الفني للموسوعة القانونية، د م ن، د ط، 1998، ص 109.

² تنص على أنه: «إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه».

³ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج 1، ص 298.

⁴ حيث نصت على أنه «يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل. يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية. يمكن لرئيس المحكمة أن يرفض بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتها وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية»

⁵ سلمان نصر، سعاد سطحي، أحكام المواريث في الفقه الإسلامي، دار الفجر، الجزائر، ط 1، 2007، ص 105.

أنه يمكن للزوجة الثانية أن تطلب التطلاق لعدم إخبارها لأنه يعتبر تدليس، غير أنه يعاب على المشرع أنه لم يحدد مهلة للزوجة في تقديم طلب التطلاق في مثل هذه الحالات، مما يفتح الباب أمام الزوجة للحيلولة والتعسف في استعمال حق طلب التطلاق.¹

غير أن المشرع المصري نجده قد قيد حق الزوجة في طلب التطلاق، بمدة سنة من يوم علمها بالزواج، وكذلك منح نفس الحق للزوجة الجديدة، وهذا من خلال أحكام المادة 11 مكرر². أما المشرع السوري فكان أقل تقييداً في مسألة تعدد الزوجات، حيث إشتراط على الزوج أن يكون له مبرر شرعي وأن يكون قادر لديه القدرة على الإنفاق عنهم، وهذا من خلال أحكام نص المادة 17 من قانون الأحوال الشخصية³.

أما من الناحية القضائية فقد إستقر إجتهد المحكمة العليا على أنه يجوز للزوجة طلب التطلاق في حالة عدم رضاها أو مخالفة أحكام الفقرة السادسة من المادة 53 وقد جاء في ذلك قرار للمحكمة العليا صادر بتاريخ 2005/01/19 جاء فيه: « لا يكفي لفرض دعوى التطلاق من أجل الضرر، علم الزوجة بزواج زوجها من امرأة أخرى، ويجب إثبات رضاها بهذا الزواج⁴، حيث يتضح هنا أن قضاة المحكمة إعتبروا أن علم الزوجة الأولى بزواج زوجها من امرأة أخرى لا يعني رضاها، بل يجب إثبات رضا الزوجة حتى يرفض طلب تطليقها، وهناك قرار آخر يوضح بأن عدم العدل بين الزوجات يمنح الحق للزوجة في طلب التطلاق، حيث جاء في القرار الصادر في 2006/07/12 بأنه: « عدم العدل بين الزوجات يشكل الضرر المعتبر شرعاً، طبقاً للفقرة 6 من المادة 53 من قانون الأسرة، ويبرر بالتالي حق الزوجة المتضررة في طلب التطلاق⁵».

7) التطلاق بسبب فاحشة مبينة:

حيث نصت المادة 53 في الفقرة 7 بأنه: « يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق في حالة إرتكاب فاحشة مبينة»، فالفاحشة المبينة من زنا أو سكر أو كل خروج عن سلوك الرجل السوي، حيث يشكل إخلالاً خطيراً بمسيرة الأسرة، فيكون الأصلح للأولاد الإبتعاد عن هذا الوالد الذي يشكل بسلوكه قدوة سيئة لهم⁶، وللقاضي سلطة تقديرية وموضوعية مطلقة في هذا الشأن⁷.

¹ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 275.

² القانون 100 المؤرخ في 1985/07/04، المعدل للقانون 25 المؤرخ في 1925/03/25، المتضمن قانون الأحوال الشخصية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية المصرية، العدد 27 (تابع)، لسنة 1985.

³ المرسوم التشريعي رقم 59 المؤرخ في 1953/09/17، والمتضمن قانون الأحوال الشخصية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية السورية، العدد 63، لسنة 1953.

⁴ م ع، غ أ ش، 2005/01/19، رقم القرار 334060، م ح ع 2005، العدد 1، ص 325.

⁵ م ع، غ أ ش، 2006/07/12، رقم القرار 356997، م ح ع 2006، العدد 2، ص 441.

⁶ عبد الهادي بن زبيطة، المرجع السابق، ص 144.

⁷ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج 1، ص 306.

غير أن التساؤل الذي يطرح نفسه هنا هو لماذا المشرع أدرج الفاحشة المبينة في فقرة، والجرائم الماسة بشرف الأسرة في فقرة أخرى؟ ولو تمعنا في معنى الفقرة السابعة لوجدناها أنها تدخل ضمن الفقرة الرابعة، ويعاب على المشرع أنه إستعمل عبارة فضفاضة فاحشة مبينة ولم يعطي تعريف واضح لهذه الفاحشة ولم يحصرها في أمثلة، مما قد يجعل الأحكام متذبذبة لأن السلطة التقديرية للقضاة تختلف من قاضي لآخر.¹

8) التطلاق بسبب الشقاق المستمر بين الزوجين:

حيث نصت المادة 53 في الفقرة 8 أنه: « يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق في حالة الشقاق المستمر بين الزوجين». يتضح من خلال هذه الفقرة أن المشرع قد إعتبر الشقاق المستمر بين الزوجين يعد سببا من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطلاق من القاضي، فالشقاق هو إستحكام العداء والخلاف والخصام الذي يعرض الحياة الزوجية للإنتهايار والضياع.² وقد إستمد المشرع الجزائري هذه الفقرة من الإجتهد القضائي للمحكمة العليا من القرار الصادر في 1996/09/24 والذي جاء فيه: « من المستقر عليه أن إستفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعا، ولما كان ثابتا - في قضية الحال- أن المطعون ضدها تضررت من جراء إستفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة، مما نتج عنه إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما. فإن القضاة بقضائهم بتطلاق الزوجة لهذا السبب كاف للتفريق القضائي، طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك إستوجب رفض القرار».³

وعليه فهذا القرار إعتبر أن طول الخصام بين الزوجين وإستفحاله بمعنى الشقاق، يسبب ضرر للزوجة مما جعل طلب الزوجة الرامي للتطلاق مؤسسا.

9) التطلاق بسبب مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج:

حيث جاء في نص المادة 53 من الفقرة 9 أنه: « يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق في حالة مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج»، حيث يتضح من نص المادة 19 من قانون الأسرة⁴ أن المشرع أجاز لكلا الزوجين أن يضعوا شروط سواء في عقد الزواج، أو في عقد رسمي آخر، ويجب أن تكون هذه الشروط غير منافية لأهداف الزواج وإلا كان العقد صحيح والشروط باطل. فالإشتراط جائز في العقود بصفة عامة وذلك تطبيقا لمبدأ العقد شريعة

¹ أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 119.

² باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، المرجع السابق، ص 50.

³ م ع، غ أش، 1996/09/24، ملف رقم 139353، م ق 1997، عدد 2، ص 96.

⁴ حيث نصت المادة 19 على أنه: « للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورة، لا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون».

المتعاقدين، ولكن الأمر يختلف نوعاً ما بالنسبة لعقد الزواج.¹ وعليه فإنه يحق للزوج أن يشترط شروطاً على الزوجة حيث يراها ضرورية وفي نفس الوقت لا تتنافى مع أحكام قانون الأسرة، وللزوجة أيضاً يحق لها وضع شروط حتى تحمي نفسها من تعسفات الزوج،² ويرى صالح باي في تحليله لهذه المادة قبل تعديلها أنه يمكن للمرأة أن تضع شرطاً منع التعدد وتحفظ بحق الطلاق.³

وقد تظهر في الحياة الزوجية مصالح جديدة تجعل كل من الزوجين في حيرة، هل يبقوا على الشروط المذكورة في العقد أو يتخلوا عنها، ففي هذه الحالة يجب على الزوجين السعي نحو تنفيذ هذه المصالح الجديدة بشرط ألا يتنافى ذلك مع مقاصد الشريعة الإسلامية.⁴

10) التطلاق لكل ضرر معتبر شرعاً:

حيث نصت المادة 53 في الفقرة 10 أنه: «يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق لكل ضرر معتبر شرعاً»، فقد أورد المشرع لفظ الضرر بصفة عامة ولم يحدد أنواع الضرر مما يفتح المجال واسعاً أمام الزوجة لطلب التطلاق، ولو نظرنا إلى الفقرات السابقة من هذه المادة فإن كل منها تسبب ضرر للزوجة مما يمنحها الحق في طلب التطلاق، وعليه فالمشرع لم يحدد نوعية الضرر الشرعي، وأورد عبارة عامة وشاملة تاركاً للقاضي سلطة تقديرية وموضوعية مطلقة لم يقيد بها بأي قيد.⁵

وهذا ما ذهب إليه المشرع السوري في المادة 112 حيث أعطى لكلا الزوجين الحق في طلب التفريق إذا لحق بأحد الزوجين إضرار بالآخر مما يؤدي إلى إستحالة إستمرار العشرة الزوجية،⁶ ويتضح أن المشرع السوري قد خالف ما ذهب إليه المشرع الجزائري لأنه منح هذا الحق للزوجين، أما المشرع المصري فقد منح للزوجة الحق في طلب التفريق إذا لحقها ضرر من الزوج من خلال أحكام نص المادة 6 من القانون 25 لسنة 1929.

أما من الناحية القضائية فنجد قراراً للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 1989/11/27، حيث جاء فيه: «من المقرر شرعاً وقانوناً أنه عند الحكم بالتطلاق، يتعين على القاضي تبيان نوع الضرر اللاحق بالزوجة، وذكر وسائل إثبات الضرر، فإذا ثبت الضرر للقاضي بشهادة

¹ رشيد شحاته أبو زيد، الإشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، ط 1، 2001، ص 75.

² محمد لمين لوعيل، المرجع السابق، ص 60، وكذلك أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقاً لأحدث التعديلات (دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط 1، 2010، ص 213.

³ C.F.MOHAMMED SALAH BEY, LE droit de la famille et le dualisme juridique, Revue Algerienne des Siences juridiques economiques et politiques, 1997, 3.n° 240.

⁴ يوسف مسعودي، الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، المركز الجامعي ببيشار (الجزائر) 2006/2007، ص 45.

⁵ لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في فضاء الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 334.

⁶ محمد فهد شقفة، شرح أحكام الأحوال الشخصية، مؤسسة النوري، د م ن، ط 1، 1998، ص 490.

الشهود فلا بد من ذكرهم على الصفة التي يتطلبها القانون، ومن ثم يستوجب نقض القرار الذي إكتفى بذكر المادة 53 فقط، وذلك لعدم مراعاته للقواعد الشرعية في التطبيق»¹ وعليه فالقاضي ملزم بأن يتعرف على الضرر ويتأكد منه وعلى الزوجة أن تثبت الضرر الواقع عليها بكل الوسائل القانونية والشرعية.

ثالثا: التعويض عن التطلاق في ضل قانون الأسرة رقم 84-11:

لما نرجع للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مسألة التعويض عن التطلاق إلا بعد صدور الأمر 02-05 المؤرخ في 27/02/2005 في المادة 53 مكرر والذي جاء نصها كالآتي: «يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطلاق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها»².

ولما نرجع للأحكام القضائية قبل التعديل نجد أنها كانت متضاربة في مسألة التعويض عن التطلاق حيث صدر قرار عن المجلس الأعلى بتاريخ 05/05/1986 وجاء فيه: «إن المبدأ الذي إستقر عليه الإجتهد القضائي أن الزوجة التي تطلب الطلاق لا يمنح لها التعويضات، ومن ثم فإن المحكمة العليا بعد المداولة القانونية قررت نقض القرار المطعون فيه نقضا جزئيا في التعويض دون إحالة»³، حيث يتضح من خلال هذا المبدأ أن المحكمة العليا ترى بأن الزوجة التي تطلب التطلاق لا يمنح لها الحق في التعويض.

غير أنه هناك قرار آخر للمحكمة العليا صادر في 20/06/2000 يقضي بخلاف ذلك وجاء فيه: «من المستقر عليه قضاء أنه يمكن تعويض الزوجة الطالبة للطلاق في حالة ثبوت تضررها فعلا، ومن الثابت -في قضية الحال- أن الطاعة متضررة فعلا بسبب تعرضها للضرب المبرح من طرف زوجها والذي أدى إلى سقوط حملها، وأن القرار المطعون فيه بقضائه بعد إستحقاق الطاعة للتعويض لأنها هي التي طلبت الطلاق دون أن ينظر إلى الضرر اللاحق بها من جراء الضرب المبرح الذي تعرضت له من طرف زوجها مشوب بالقصور في التسبيب، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص التعويض»⁴، حيث يتضح من القرار الحالي أن قضاة المحكمة العليا قد نقضوا القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص التعويض لأن قضاة المجلس قضاوا بعدم تعويض الزوجة وإعتبروا أن الحكم لها بالتطلاق يعتبر تعويض لها ولا تستحق تعويض آخر غير أن قضاة

¹ م ع، غ أ ش، 1989/11/27، ملف رقم 56490، غير منشور، عن العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02-05 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة (1966-2006)، المرجع السابق، ص 276.

² الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27/02/2005، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984، المتضمن قانون الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، لسنة 2005.

³ م أ، غ أ ش، 1986/05/05، ملف رقم 41104، غير منشور، عن العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02-05 ومعلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة (1966-2006)، المرجع السابق، ص 269.

⁴ م ع، غ أ ش، 2000/06/20، ملف رقم 245159، إ ق، غ أ ش، عدد خاص، ص 259، عن العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص 284.

المحكمة العليا إعتبروا أن هذا القرار مشوب بالقصور نظرا لعدم تعويض الزوجة عن الضرر الذي لحقها من جراء ضرب زوجها.

رابعاً: الأساس القانوني لإستحقاق التعويض عند الحكم بالتطليق:

بالرجوع لنص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، نجد أن المشرع الجزائري قد أورد عشرة حالات يجوز فيه للزوجة طلب التطليق، غير أنه بالرجوع للفقرة العاشرة من هذه المادة نجدها أنها جاءت أوسع وأعم في فتح المجال لحماية حقوق المرأة وهذا تبعاً للسياسة التشريعية التي إتبعها المنظومة القانونية في الجزائر.¹

غير أن الزوجة حتى ولو تطلب التطليق من القاضي لتخلص من الضرر الذي لحقها من زوجها وتخلص من هذه الحياة الزوجية التي أصبحت لا تطاق، فإنها يلحقها ضرر من جراء معاملة الزوج لها مما يدفعها إلى طلب تعويض عن الضرر الذي لحقها ومن جراء ألم فراق زوجها. ولما نرجع للنصوص التشريعية نجد أن المشرع الجزائري لم يحدد أي معيار للتفريق والتمييز بين كون هذا الفعل الصادر عن الزوج إتجاه زوجته يشكل ضرراً للزوجة أم لا، وهذا يعني أن تقييم الفعل ومعرفة كونه ضاراً أو غير ضار ينبغي أن يخضع لوجهة نظر إجتماعية وثقافية محضة، لأنه ما يعتبر ضاراً للزوجة ما قد لا يكون ضاراً لغيرها، لهذا فإن معيار الضرر هو معيار شخصي، وأن مهمة القاضي في التفريق بين الفعل الضار وغير الضار مهمة شاقة وصعبة.²

ولما نتفحص حالات التطليق التي سبق ذكرها، نجد الأضرار الناجمة عنها قد تكون مادية أو معنوية، فالتطليق مثلاً لعدم الإنفاق يلحق أذى بالزوجة مما يمنحها الحق في طلب التطليق، غير أن المشرع الجزائري لم يأخذ بعين الإعتبار إذا كانت الزوجة عاملة أو لا، ليسقط حقها في طلب التطليق لعدم الإنفاق، بل وضع شرط واحداً، ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، إذا كان على المشرع أن يضع شروط أخرى يعالج فيها حالات الزوجة العاملة.

وعليه فأساس التعويض عن التطليق هو الضرر اللاحق بالزوجة سواء كان مادياً أو معنوياً، حيث جاء نص المادة 53 يجمع بين الضرر المادي والمعنوي، غير أنه يتضح أن المشرع قد وسع من دائرة الضرر المعنوي أكثر من الضرر المادي الذي تناوله في الفقرة الأولى من المادة 53، أما الفقرة العاشرة فقد جمعت بين الضررين لأنها جاءت شاملة وعامة لكل ضرر معتبر شرعاً، ولقد تبنى المشرع الجزائري من خلال أحكام المادة 53 مكرر من نفس القانون الإجتهدات القضائية التي كانت تمنح حق التطليق للزوجة مع الحق في طلب التعويض عن الضرر اللاحق بها، وبذلك أزال التضارب الذي كان حاصل قبل تعديل قانون الأسرة فيما يخص التعويض عن التطليق.

¹ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج 1، ص 306.

² عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 271.

خامسا: الفرق بين التظليق والخلع من حيث السلطة التقديرية للقاضي:

لما نرجع لنص المادة 53 و53 مكرر و54 من قانون الأسرة ومن خلال إستقرائنا لهذه المواد يتضح لنا جليا أن سلطة القاضي تختلف بحسب ما إذا كان طلب الزوجة منصب على التظليق أو الخلع، حيث تتسع سلطة القاضي في التظليق بصورة كبيرة، وهذا ما يستدعي من القاضي إجراء تحقيق جدي ومطابقة الوقائع على النصوص وتمحيصها، كما يتطلب منه الموازنة الدقيقة بين طلبات الزوجة ودفع الزوج وبين ما تثبته الزوجة من ضرر لحق بها، حتى يتسنى له الحكم لها بالتظليق أو يرفضه، إعتقادا على الأسباب المذكورة في المادة 53 من قانون الأسرة، بينما تضيق سلطته في الثاني.

حيث لا يبقى لسلطة القاضي من وجود إلا فيما يخص تقدير بدل الخلع في حالة عدم إتفاق الطرفين عليه، بما لا يتجاوز صدق المثل وقت صدور الحكم، وليس للقاضي في هذه المجال رفض طلب الزوجة للخلع الذي لا يشترط فيه قبول الزوج بالإضافة إلى مراقبته لمدى شرعية وصحة مقابل الخلع، إذ لا يجوز أن تكون الحضانة مقابلا للخلع، لأن ذلك يعد باطلا.¹

الفرع الثاني

النشوز

لقد أورد المشرع الجزائري في نص المادة 55 من قانون الأسرة سبب آخر يؤدي إلى الطلاق وهو النشوز، وقد جاء نص المادة كالاتي: «عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر»².

وعليه فالطلاق بسبب النشوز يوجب التعويض وهذا الطلاق يوقعه القاضي، لهذا سوف نبحث عن المقصود بطلاق النشوز، وحالات نشوز الزوجين، وكيفية تعويض الطرف المتضرر من النشوز.

أولا: مفهوم النشوز وحالاته

1) تعريف النشوز لغة وفقها

أ- النشوز لغة: جمع نشز، ويطلق على المكان المرتفع.³ ويقال: نشزت المرأة على زوجها فهي ناشزة وناشزة: إذا عصت عليه، وخرجت عن طاعته، ونشز عليها زوجها، إذا

¹ نورة منصور، المرجع السابق، ص159.

² الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، لسنة 2005.

³ ابن منظور، المرجع السابق، ج5، ص418.

جافاها وأضر بها¹، والنشوز يكون من الزوجين وهو كراهة كل واحد منهما صاحبه²، وجاء النشوز من العصيان³.

ب- النشوز فقها: وقد تطرق الفقهاء إلى تعريف النشوز وقد جاءت كلها متقاربة، ومن بين هذه التعريفات جاء بأنه: هو كراهية أحد الزوجين للآخر وإمتناعه عن أداء الحق الذي أوجبه الله عليه للآخر⁴، وعليه فالنشوز يكون من كلا الزوجين سواء كان بالعصيان أو بالكراهية أو بالمخالفة والنفور والجفاء أو بالتعدي من أحدهما أو بالإضرار وغير ذلك، وعلى هذا فإن النشوز وصف يطلق على الزوج والزوجة إلا أنه يكون في الزوجة أكثر من الزوج.

(2) حالات نشوز الزوجين:

كما سبق ذكره أن النشوز قد يقع من الطرفين، حيث يقصر أحد الزوجين بواجباته نحو الآخر، ولذلك سوف نوضح في هذا المقام حالات نشوز الزوجة والزوج:

أ- حالات نشوز الزوجة: حيث جاء ذكر هذه الحالة مع بيان علاجها في قوله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ﴾ سورة النساء الآية (34)، فنشوز الزوجة قد يكون بالقول أو الفعل أو القول والفعل معا وبيانه: النشوز بالقول: كأن تعناد حسن الكلام وسرعة تلبيته إذا دعاها، فتغير ذلك فتكلمه بكلام خشن ويدعوها فلا تجيبه، أو تجيبه وهي متكرهة أو تماطل في إجابته أو غير ذلك⁵. أما النشوز بالفعل: كأن تمتنع إذا طلبها للفراش، أو تعبس في وجهه، أو تمنعه من لمسها وتقبيلها، أو تخرج من منزله بغير إذنه⁶.

فقد أوجب الشرع الإسلامي على الزوجة ألا تخرج من بيت الزوجية دون إذن زوجها، فإذا خرجت دون إذنه كانت ناشزة⁷، وقد صرح بعض الفقهاء أن خروج الزوجة من البيت بدون إذن زوجها لعذر مشروع، فلا تعد ناشزة في هذه الحالة، إذ يعتبر مثل ذلك الخروج من قبيل الضروريات، وكما هو معلوم أن الضروريات تبيح المحضورات إلا أنها تقدر بقدرها⁸.

¹ ابن أثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق طاهر أحمد الزاوي، المكتبة العلمية، بيروت، د ط، 1979، ج 5، ص 56.

² برهان الدين الخوارزمي المطرزي، المغرب في ترتيب المغرب، دار الكتاب العربي، د ط، د س ن، ص 464.

³ عبد النبي بن عبد الرسول الأحمدي نكري، المرجع السابق، ج 3، ص 271.

⁴ نور حسن قاروت، موقف الإسلام من نشوز الزوجين أو أحدهما وما يتبع ذلك من أحكام (دراسة مقارنة)، د ر ش، د م ن، ط 1، 1995، ص 51، 52. وكذلك ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المرجع السابق، ج 4، ص 194. وكذلك أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، حاشيتنا قليوبي و عميرة، دار الفكر، بيروت، د ط، 1995، ج 3، ص 300. وكذلك ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، المرجع السابق، ج 3، ص 92، وكذلك الدسوقي، المرجع السابق، ج 2، ص 343.

⁵ صالح بن غانم السرلان، النشوز، دار بلنسية للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط 4، 1417هـ، ص 24.

⁶ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، ص 318.

⁷ علي محمد علي القاسم، نشوز الزوجة أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، د ط، 2004، ص 17.

⁸ تاج الدين السبكي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، ط 1، 1991، ج 1، ص 45.

غير أن التساؤل الذي يطرح نفسه هل خروج المرأة للعمل يعتبر من الضروريات الملحة؟ وللإجابة على هذا التساؤل فإن أقوال الفقهاء القدامى لم يتوسعوا في فكرة خروج المرأة للعمل، لأن المرأة كانت في ذلك الوقت تهتم إلا بشؤون البيت والأولاد غير أن الزمان اختلف، فإختلفت آراء الفقهاء في هذا العصر الحديث، وفحوى هذا الخلاف يتجلى في مضمون العمل وطبيعته، فإذا كان للمرأة أن تعمل خارج المنزل فعليها أن تقوم بالأعمال التي تتفق مع طبيعتها، ودون الإخلال بواجباتها الزوجية.¹

فقد يكون خروج المرأة للعمل من الضروريات الملحة، فإن ذلك يختلف من حالة إلى أخرى، فقد يكون زوجها عاجز وقد يكون معسر في النفقة على العائلة مما تضطر الزوجة للخروج للعمل، فإن منعت من ذلك لحقها ضرر، والضرر ممنوع، غير أنه يجب أن يكون العمل مشروع، ويجب بالإضافة إلى ذلك الإلتزام بواجباتها الزوجية،² غير أنه يتبادر في أذهاننا الإشكال التالي وهو: هل تعد الزوجة ناشزة إذا خرجت للعمل دون موافقة الزوج بعد ما كان موافق على عمل زوجته؟ وإذا طلقت الزوجة في هذه الحالة هل تستحق التعويض؟

نجد في الحياة الواقعية كثير ما يحدث هذا الأمر بين الأزواج مما ينتج عن هذا الخلاف طلاقا بين الزوجين، لأن هناك بعض الأزواج قد يستعملون حقهم في منع الزوجة من العمل، فنجد أن الزوج قد تعسف في استعمال حقه خاصة عندما يمنع زوجته من العمل دون مبرر معقول فتظهر قرينة على أن الزوج يريد إلحاق الضرر بالزوجة خصوصا لو وافق لها على العمل ابتداءً،³ غير أنه قد نجد أن الزوجة تشتترط في عقد الزواج عملها وفي نفس الوقت نجد أن المشرع قد أولى لهذا الشرط أهمية خاصة حين ذكره على سبيل المثال في المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري، ومتى قبل الزوج فيجب عليه الوفاء به، فإذا منعها من العمل لاحقا ورفضت فلا تعد ناشزا في هذه الحالة،⁴ ويعتبر الطلاق الواقع من الزوج في هذه الحالة طلاقا تعسفيا، فإذا اجتمع هذا العنصر مع الضرر الذي لحق بالزوجة المطلقة كان هذا الضرر ماديا ومعنويا.⁵

ومن صور نشوز الزوجة أيضا حين ترفض الإنتقال مع زوجها لمسكن آخر أو حين ترفض السفر معه، فقد يضطر الزوج إلى السفر من أجل العمل أو قد يضطر لتحويل مكان

¹ محمود شلتوت، المرجع السابق، ص156.

² عبير ربحي شاكرك القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، ط 1، 2007، ص 138.

³ بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 243.

⁴ مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 133.

⁵ مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان (الجزائر)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2010/2009، ص

إقامته أين طاب عيشه وإستقر عمله، إلا أنها ترفض الإنتقال معه مما يجعلها في وضع الناشز¹.

ب- حالات نشوز الزوج: قد يكون النشوز من الزوج أيضا بالقول أو الفعل أو بهما معا، ومن صور ذلك، أن يهجر زوجته بقطعه كلامه عنها، أو يخاطبها بكلام خشن وبألفاظ نابية، أو يعيرها بعيب حسي، أو معنوي، أو يسيء الظن بها، أو لا يطلبها للفراش، ونحو ذلك²، وكذلك لو أمرها بمعصية، أو يأمرها بإرتكاب محظور أو فعل ما حرم عليها، وإن إمتنعت في هذه الحالة فأدبها فالإثم عليه³.

وقد يكون أيضا النشوز بالفعل كأن يترك جماعها بدون عذر شرعي⁴، أو سبب فعلي، أو يتعدى عليها بالضرب والشتم والإهانة، أو يقصد مضرتها أو يمتنع من النفقة عليها في مأكّل أو مشرب وملبس⁵، ونحو ذلك.

ثانيا: الأساس القانوني للتعويض على النشوز

حين نرجع لنص المادة 55 من قانون الأسرة والتي تنص على أنه: «عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر»⁶، يتضح من خلال نص المادة أن المشرع لم يعطي تعريفا لمعنى النشوز ولا شروطا لتحقق حالته بما يجعله أساسا لإستحقاق التعويض لأحد الزوجين، وقد أوضح العربي بلحاج معنى النشوز بأنه هو جحود الزوجين لغير سبب شرعي، أو هو عدم إمتثال أحد الزوجين لأحكام عقد الزواج، ورفض تنفيذ أحكام القضاء الملزمة له بذلك⁷.

وعليه فيجب إثبات النشوز من طرف الزوج المتضرر بكل الطرق القانونية والشرعية، وما نلاحظ من خلال قانون الأسرة أن المشرع لم يبين طرق إثبات النشوز إلا أن المعمول به من الناحية العملية، أن القاضي يحكم بالطلاق لنشوز الزوجة إذا صدر حكم يقضي برجوع الزوجة إلى محل الزوجية، فإذا إمتنعت الزوجة عن الرجوع ولم تمتثل، يحرر المحضر

¹ عيبر ربحي شاكرا القديومي، المرجع السابق، ص 138 وما بعدها.

² أبو زكريا النووي، المجموع شرح المذهب، دار الفكر، دم ن، د ط، د س ن، ج 16، ص 452. وكذلك نصر سلمان، أحكام النشوز الزوجي في ضوء الكتاب والسنة وقانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار، العدد 27، كلية أصول الدين بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة (الجزائر)، 2011، ص 17.

³ ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه، محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه محب الدين الخطيب، عليه تعليقات العلامة عبد العزيز بن عبد الله بن باز، دار المعرفة، بيروت، د ط 1379 هـ، ج 9، ص 304.

⁴ إدريس البهوتي: كشف القناع على متن الإقناع، المرجع السابق، ج 5، ص 209.

⁵ المرجع نفسه، ج 5، ص 213.

⁶ الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، لسنة 2005.

⁷ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج 1، ص 309.

القضائي محضر إمتناع عن الرجوع، ثم يبادر الزوج بطلب الطلاق لنشوز الزوجة بناءً على هذا المحضر الذي يعتبر الدليل على النشوز، وعلى القاضي في هذه الحالة أن يتأكد من صحة المحضر وأنه مستوفي لشروطه القانونية، وأن الزوج قد وفر للزوجة كل مستلزمات الحياة الضرورية وأنه قد سعى لإرجاع زوجته لمحل الزوجية إلا أنها إمتنعت.¹

أما في حالة نشوز الزوج، فإننا لما نرجع للواقع المعمول به في المحاكم نجد أن القضاة بعد إجراء محاولة الصلح وتحريير محضر عدم الصلح كما هو موجود ضمن أحكام نص المادة 49 من قانون الأسرة، وبعد التحقق ومناقشة طلبات ودفع كل من الطرفين يحكم القاضي بالتطبيق لنشوز الزوج، إذا صدر حكم نهائي برجوع الزوجة لمحل الزوجية ولم يسعى الزوج لتنفيذ الحكم أي عندئذ يجوز للزوجة طلب التطبيق للضرر أي لنشوز الزوج.²

وعليه فإن المشرع منح حق طلب الطلاق لكلا الزوجين في حالة نشوز أحدهما، بالإضافة إلى ذلك فقد منح حق التعويض للزوج المتضرر من نشوز زوجته، أما بالنسبة لتقدير مبلغ التعويض فيخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي يشير إليه في نفس الحكم القاضي بالطلاق، باعتبار أن المشرع لم يحدد معيار تقدير التعويض ولا لتاريخ بداية إستحقاق التعويض، وهذا ما قرره المحكمة العليا في أحد إجتهاداتها بتاريخ 1999/03/16 وجاء فيه: « من المقرر قانونا أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من إختصاص وتقدير قضاة الموضوع»³،

غير أنه على القاضي أن يراعي مدى تحمل الزوج مسؤولية الطلاق في حالة نشوزه وهذا ما جاء في حثية لقرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2000/02/22 وجاء فيها: « لكن وحيث أن التعويض والنفقة المحكوم بهما هي ناتجة عن مدى تحمل الزوج مسؤولية الطلاق»⁴، ولقد أكدت المحكمة العليا على أحقية الزوج المتضرر من نشوز زوجته من التعويض وهذا ما سنوضحه

ثالثا: موقف القضاء من مسألة النشوز على ضوء الإجتهادات القضائية.

لقد عالجت المحكمة العليا مسألة النشوز في العديد من قراراتها، ومن بينها القرار الصادر بتاريخ 1993/04/27 حيث جاء فيه: « متى كان من المقرر قانونا أن يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر، عند نشوز أحد الزوجين، فإن القضاء بغير ذلك يعد خرقا للقانون، ومن ثم فإن عدم وجود أي سبب واضح يجعل من الزوجة -في قضية الحال-

¹ فتيحة سويس، النشوز في ظل أحكام الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء (الجزائر)، الدفعة الثانية عشرة، 2004/2003، ص 15.

² فتيحة سويس، المرجع السابق، ص 19.

³ م ع، غ أ ش، 1999/03/16، ملف رقم 216865، م ق 2001، عدد خاص، ص 256.

⁴ م ع، غ أ ش، 2000/02/22، ملف رقم 235367، م ق 2001، عدد 1، ص 275.

تلجأ إلى طلب التطلاق بعد نشوزها، فإن ذلك يعد سببا كافيا لإعتبار الزوج متضررا من هذا الطلاق، وعليه فإن قضاة الموضوع قد أخطأوا حين قرروا أن الضرر والتعويض عنه يكون للزوجة وحدها، مما يستوجب نقض قرارهم جزئيا وبدون إحالة»¹.

يتضح من خلال هذا القرار أن قضاة المجلس أساءوا تطبيق القانون حين قضاوا بتطلاق الزوجة وتحميل مسؤولية الطلاق على الزوج مع تعويض الزوجة، حيث جاء في حيثيات هذا القرار أنه لا يوجد للزوجة المطلقة أي سبب واضح للجوئها إلى طلب التطلاق، وهذا سبب كاف، وعليه فإن الزوج متضرر من هذا الطلاق وغير متسبب فيه، وأن نشوز الزوجة المدعية بات واضحا وهذا بإصرارها على طلب التطلاق، وهناك قرار آخر يوضح أنه قد يكون سبب إمتناع الزوجة عن الرجوع لمحل الزوجية هو تضررها لعدم إنفاق الزوج عليها، إذ أنه ملزم بالإنفاق عليها مادامت في عصمته، وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا: «أن عدم إثبات نشوز الطاعنة واضح من خلال تسبب القرار وأنه عدم رجوع الزوجة إلى بيت الزوجية كان بسبب تضررها لعدم الإنفاق، فإن القضاء لها بالتعويض والنفقة ونفقة الإيجار هو تطبيق صحيح القانون»².

وقد جاء قرار آخر للمحكمة العليا يوضح بأن الزوجة التي تمتنع عن الرجوع لبيت الزوجية بسبب عدم توفير الزوج سكن منفرد لا تعد في حالة نشوز وهذا ما أكده القرار الصادر بتاريخ 1998/04/21 وجاء فيه: «من المقرر قانونا أنه عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر ومتى تبين -في قضية الحال- أن الطاعن ثبت نشوزه بإمتناعه عن توفير السكن المنفرد المحكوم به للزوجة وتعويضها، طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن»³.

ولقد وضح أيضا القرار الصادر بتاريخ 2006/07/12 بأن الزوجة حين تشتترط على الزوج سكن مستقل عن الضرة ولا تقبل الرجوع له إلا إذا وفر المسكن فهنا الزوجة لا تعد ناشزا وهذا هو ما أكده القرار حيث جاء فيه: «أن إشتراط الزوجة الأولى سكن منفرد لها للرجوع، لا يشكل حالة نشوز...»⁴، وهناك قرار آخر يوضح متى تعتبر الزوجة ناشزا حيث جاء فيه: «إن نشوز الزوجة يثبت إذا صدر ضدها حكم بالرجوع، نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه، وبلغ لها بطريقة قانونية، ورفضت الإمتثال له بشكل صريح»⁵، ويتضح من خلال هذا القرار أن الزوجة لا تعتبر ناشزا إلا إذا توفرت جملة شروط وهي:

- أن يصدر حكم ضد الزوجة يأمرها بالرجوع لمسكن الزوجية.

¹ م ع، غ أش، 1993/04/27، ملف رقم 90947، م ق 1994، عدد 2، ص 71.

² م ع، غ أش، 2001/01/23، ملف رقم 253794، (غير منشور)، عن فتحة سويسبي، المرجع السابق، ص 27.

³ م ع، غ أش، 1998/04/21، الملف رقم 189226، م ق 2001، عدد خاص، ص 144.

⁴ م ع، غ أش، 2006/07/12، الملف رقم 364855، م ح ع 2006، عدد 2، ص 469.

⁵ م ع، غ أش، 2005/10/12، الملف رقم 345125، ن ق 2006، عدد 61، ج 1، ص 332.

- أن يكون هذا الحكم نهائي.
 - أن يتم تبليغ الزوجة بهذا الحكم النهائي من طرف المحضر القضائي.
 - أن ترفض الإمتثال لهذا الحكم ويتم هذا عن طريق تحرير محضر إمتناع من طرف المحضر القضائي.
- فإذا توفرت هذه الشروط كلها ثبت نشوز الزوجة، وأصبح للزوج الحق في طلب الطلاق عن الضرر اللاحق به.

الفصل الثاني

ضوابط السلطة التقديرية للقاضي في تقدير التعويض عن الطلاق

كما قلنا سابقا بأن الأصل في عقد الزواج هو الديمومة، فهو عقد ينبغي أن يستمر مدى الحياة، ولكنه في الواقع ليس أبديا أي يمكن أن ينحل أو ينتهي، فعقد الزواج ينتهي بإحدى الطريقتين، الأول حتمي لا سبيل للنجاة منه، وهو وفاة أحد الزوجين، والثاني يكره ولكنه إحدى حقائق الحياة وهو الطلاق.

وقد جعل الإسلام الطلاق بيد الزوج، ولكنه لم يتركه حراً في إيقاعه ويستبد به وحده، فللزوجة أن تتحرر أيضاً من هذا الزواج الفاشل، وذلك كما بينا سابقا عن طريق الخلع أو التطليق، دون إغفال بتعويض الطرف المتضرر من هذا التصرف القانوني والشرعي، ولقد تكفلت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية بضمان حق التعويض للزوج المتضرر في الوقت الذي يسيء فيه استعمال الحق الممنوح له شرعاً وقانوناً، غير أن التعويض في مثل هذه الحالات -الأحوال الشخصية- بين الزوجين يختلف عن التعويض في القضايا المدنية الأخرى ويرجع هذا إلى أن هناك إختلاف في الوقائع والحالات والظروف والخصوصية بين القضايا الشخصية والقضايا المدنية، بالإضافة إلى طبيعة الضرر الذي يلحق بأحد الأزواج وإلى كيفية إثبات هذا الضرر.

غير أن الهدف من التعويض في كلتا الحالتين وبصفة عامة هو جبر الضرر وإصلاحه بقدر الإمكان، ولكي يحقق هذا التعويض أهدافه لا بد أن يكون عادلاً ومساوياً قدر الإمكان لقيمة الضرر الواقع على الطرف المضرور.

غير أنه بالرجوع للواقع العملي، نرى في بعض الحالات بأن الأحكام فيما يخص مبالغ التعويض عن الضرر تختلف من حالة لأخرى، بالرغم من أن هذه الحالات متشابهة من حيث الوقائع والظروف، وهذا يرجع إلى إختلاف السلطة التقديرية للقضاة والضوابط والقيود التي يخضعون لها من جهة، ومن جهة ثانية إلى إختلاف الواقع الاجتماعي والثقافي والإقتصادي بالنسبة لأطراف الدعوى.

والملاحظ أيضاً في الواقع العملي أن السلطة التقديرية للقضاة في تعويض الضرر تختلف من قاضي إلى آخر، بإختلاف إنتمائاتهم الإيديولوجية والاجتماعية.

فالسطة التقديرية هي الحرية المتروكة للقاضي بمقتضى القانون صراحة أو ضمناً من أجل إختيار التعويض الأنسب والأقرب لجبر الضرر وإصلاحه.

وعليه سوف نحاول في هذا الفصل البحث في طرق تقدير القاضي للتعويض عن الضرر والأسس التي يستند عليها هذا من جهة ومن جهة ثانية سوف نحاول البحث عن القيود الإجرائية التي تحكم هذا النوع من الدعاوى والضوابط المقيدة لسلطة القاضي أثناء تقديره للتعويض عن الضرر.

وهو ما سنحاول تفصيله في المبحثين التاليين:

المبحث الأول: النظام القانوني لتقدير التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق.

المبحث الثاني: القيود والضوابط الواقعة على سلطة القاضي في تقدير التعويض عن ضرر الطلاق.

المبحث الأول

النظام القانوني لتقدير التعويض عن الضرر الناجم عن الطلاق

لقد شرع الطلاق بين الزوجين وهذا رحمة من الله عز وجل، وقد سايرت القوانين الوضعية هذا التصرف بغض النظر عن الأضرار التي قد تلحق بأحد الأزواج، لأن هذا التصرف - الطلاق - وإن كان أن الأصل فيه الحظر كما ذهب أغلبية الفقهاء، إلا أنه قد تعثر به بعض الأحكام كما وضحنا ذلك في الفصل الأول.¹

فقد يكون مباحا أو واجبا وذلك لدفع الضرر الأكبر، غير أنه في بعض الحالات نجد أن أحد الأزواج يتعسف في استعمال حقه في إيقاع الطلاق مما يترتب عنه حدوث ضرر للزوج الآخر، فقد رتب الشريعة الإسلامية وكفلت حق المتضرر بالتعويض أو الضمان كما هو معروف عند الفقهاء، وقد جاء مصطلح التعويض مساوي لمصطلح الضمان في أكثر القوانين الوضعية والهدف واحد وهو إصلاح الضرر وجبره.

فعند وقوع الضرر تنشأ المسؤولية المدنية في تعويض الضرر ويميز الفقه بين نوعين من المسؤولية المدنية، فتعرف المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزام عقدي مسؤولية عقدية، والمسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزام قانوني مسؤولية تقصيرية، ففي النوع الأول تقوم المسؤولية على أساس قيام رابطة عقدية بين المسؤول والمصور، أما المسؤولية التقصيرية فإنها تقوم، حيث تنتفي هذه الرابطة بينهما.

وعليه فتقدير التعويض يختلف من حالة إلى أخرى ومن دعوى إلى أخرى، وكذلك فالتعويض في المسؤولية المدنية يختلف عن التعويض في المسؤولية الجزائية.

وما يهم في دراستنا هذه هي طريقة تقدير التعويض عن مسؤولية الطلاق، فطريقة تقدير التعويض في المسؤولية المدنية قد ينص عليها المشرع بنص صريح أحيانا، أو عن طريق تحديد المسؤولية بحد أقصى أحيانا، وقد يتركه لإتفاق الأطراف، وفي كلتا الحالتين يكون القاضي ملزم بهذا التحديد.

غير أنه في بعض الحالات، نجد أن المشرع يترك الحرية المطلقة لقاضي الموضوع في تقديره للتعويض، وهو ما يسمى بالتقدير القضائي للتعويض.²

وعليه يتضح أن قاضي الموضوع سوف يكون أمام إحدى هذه الحالات، إما أمام حالة التقدير القانوني للتعويض، أو أمام حالة التقدير الإتفاقي للتعويض، وإلا أمام حالة التقدير

¹ أنظر الصفحة من نفس المذكرة.

² صالح حمليل، سلطة القاضي في تقدير التعويض عن المسؤولية المدنية في القانون والقضاء الجزائري، مجلة الفقه والقانون، مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية، العدد 21، 2014، ص 60، عن الموقع الإلكتروني

/ <https://sites.google.com/site/marocsitta>

القضائي للتعويض. وعليه فإن الإشكال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو: أي من هذه الحالات يخضع لها قاضي شؤون الأسرة وقت تقديره لتعويض الضرر الناجم عن الطلاق؟

وللإجابة على هذا التساؤل فإنه يجب علينا توضيح كل حالة من حالات تقدير التعويض عن الضرر بصفة عامة ، حتى يتضح لنا الحالة التي يخضع لها قاضي شؤون الأسرة بصفة خاصة، والأکید أنه بالرجوع للواقع العملي، نجد أن قاضي شؤون الأسرة يتمتع ببعض الإمتيازات والصلاحيات عن القضاة الآخرين، فيما يخص السلطة التقديرية في تقدير التعويض عن الضرر، ولتوضيح ذلك فقد إرتأينا دراسة هذا الجانب في مطلبين وهما كالآتي:

المطلب الأول: طرق تقدير القاضي للتعويض عن الضرر.

المطلب الثاني: أساس التعويض عن الطلاق.

المطلب الأول

طرق تقدير القاضي للتعويض عن الضرر

كما وضحنا سابقا بأن القاضي قد يكون أمام إحدى الحالات الآتية وهي: إما أمام حالة التقدير القانوني للتعويض، أو أمام حالة التعويض الإتفاقي للتعويض، أو أمام حالة التعويض القضائي للتعويض، ولتوضيح ذلك أكثر فقد قسمنا هذا المطلب إلى ثلاث فروع وخصصنا كل فرع لدراسة حالة من هذه الحالات الثلاث.

الفرع الأول

التقدير القانوني للتعويض

لما نرجع لحالات التقدير نجد أن أغلبها تتم بمعرفة القاضي، ولما نرجع للواقع العملي المعمول به قضائيا نجد أنه في بعض الحالات قد يكون التقدير محدد بنصوص قانونية، أي بوضع أحكام وقواعد يسمح بتطبيقها بالوصول إلى مبلغ جزافي يكون هو التعويض في مثل هذه القضايا، مثل ما هو موجود في بعض القوانين الخاصة كقانون التعويض عن حوادث السيارات،¹ وقانون حوادث العمل.²

ونلاحظ أيضا أن المشرع يضع في بعض الحالات معايير لتحديد مقدار التعويض في المسؤولية مراعيًا في ذلك مقتضيات العدالة، فيقوم بوضع أسس لتقدير التعويض ولو بصفة غير مباشرة، من خلال تحديد سقف لمقدار التعويض، فلا يجوز للقاضي تجاوزها ولو رأى بأن حجم الضرر لا يتناسب معها.³

فمتى وصل الضرر حدا من الجسامة يناسب الحد الأقصى الذي حدده المشرع للتعويض أو فاقه كنا أمام تقدير قانوني للتعويض، أما قبل ذلك الحد فالتقدير متروك للقاضي يقدره بما يناسب والضرر يمارسه وفقا للقواعد العامة، وعادة ما يرتبط هذا النوع من التحديد للمسؤولية بالجانب الإقتصادي، كتحديد مسؤولية أصحاب الفنادق، وتحديد مسؤولية الناقل البحري من خلال القانون البحري.⁴ وتحديد مسؤولية الناقل الجوي في قانون الطيران

¹ القانون رقم 88-31 المؤرخ في 19/07/1988، يعدل ويتم الأمر رقم 75-15 المؤرخ في 30/01/1974، والمتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض الأضرار، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 29، لسنة 1988.

² الأمر رقم 96-19 المؤرخ في 06/07/1996، يعدل ويتم القانون رقم 83-13 المؤرخ في 02/07/1983، والمتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 42، لسنة 1996.

³ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية (دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير التعويض)، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، د ط، 1995، ص 25.

⁴ القانون رقم 10-04 المؤرخ في 15/08/2010، يعدل ويتم الأمر رقم 76-80 المؤرخ في 23/10/1976، والمتضمن القانون البحري، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 46، لسنة 2010.

المدني¹، ويعود ذلك إلى أنه لو تم إلزام هؤلاء المسؤولين عن تعويض كل الأضرار لأدى ذلك إلى إفلاسهم.

لذا فسنستهل دراستنا في هذا المقام أولاً إلى التحديد القانوني لمقدار التعويض أو ما يسمى بالتعويض الجزافي، ثم نتطرق ثانياً للتحديد القانوني للمسؤولية.

أولاً: التحديد القانوني للتعويض (التعويض الجزافي).

قد يعمد المشرع إلى وضع أحكام تتعلق بتحديد التعويض تحديداً إجمالياً، وعادة ما يربط الفقه هذا التحديد القانوني بالفوائد القانونية ويقصد بالتحديد القانوني للتعويض هو أن المشرع يقوم بوضع نصوص قانونية تحدد كيفية تقدير التعويض وفقاً للحالة المعروضة على القضاء، ومن تطبيقات التقدير القانوني للتعويض أو التعويض الجزافي، ما نصت عليه بعض القوانين الخاصة ومثالها الأمر رقم 74-15 المؤرخ في 30/01/1974 المتعلقة بإلزامية التأمين على السيارات، وبنظام التعويض عن الأضرار المادية والجسمانية الناتجة عن حوادث السيارات والمعدل بالقانون رقم 88-31 المؤرخ في 19/07/1988، والذي وضع أساساً لحساب التعويض، وقانون 83-13 المؤرخ في 02/07/1983 المعدل والمتمم بالأمر 96/19 المؤرخ في 06/07/1996 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية.

فالتعويض عن الضرر هدفه إصلاح وجبر الضرر غير أنه في قانون حوادث المرور هو تعويض جزافي لا يغطي جميع الأضرار، مما يتضح معه أن التعويض طبقاً للأمر رقم 74-15 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار المادية والجسمانية الناتجة عن حوادث السيارات، لا يقوم على أساس المسؤولية المدنية فقط وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 09/07/1990 عن الغرفة الجنائية الثانية² ويلاحظ من خلال النظام التشريعي المنصوص عليه في الأمر 74-15 أن المشرع كان يهدف إلى تحقيق عدالة إجتماعية³.

¹ القانون رقم 98-06 المؤرخ في 27/06/1998، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 48، لسنة 1998.

² ملف رقم 66203 من الغرفة الجنائية الثانية الصادر بتاريخ 09/07/1990 حيث قررت المحكمة العليا بأن التعويض في حوادث المرور يقوم على أساس الخطر، وإعتبرته خارجاً عن إطار المسؤولية. وقد جاء في حيثيات القرار أنه إلى غاية 1980 وهو تاريخ صدور المراسيم التطبيقية للأمر 74-15 كانت تطبق أمام الجهات القضائية في دعاوى حوادث المرور نظرية الخطأ التي تشترط من الضحية إثبات الخطأ المرتكب من قبل السائق، كون هذا الخطأ هو الذي كان سبباً في الضرر الذي لحقها. ثم أخذ المشرع بنظرية الخطر التي تشمل التعويض التلقائي دون مراعاة مسؤولية أي طرف في الحادث حسب القواعد المقررة في الأمر 74-15 وقانون 88-31.

³ لأنه لوحظ أنه نتيجة لتطبيق قواعد المسؤولية المدنية طبقاً للقواعد العامة، وذلك قبل صدور هذا الأمر، حرمان جزء هام من ضحايا حوادث المرور من الاستفادة من التعويض بسبب مسؤوليتهم في الحادث، مما جعلهم يعيشون مشاكل إجتماعية حادة في غياب تشريع يحميهم.

ولذلك فقد جاء الأمر 15-74 بتحديد الأضرار المعوض عنها كما قرر طريقة يمكن معها حساب التعويض عن كل ضرر،¹ وهذا ما يعتبر التقدير القانوني للتعويض.

غير أنه هناك حالات إستثنائية أوردها المشرع أسس فيها المسؤولية على الخطأ وجعله يلعب دوراً في التعويض منها ما هو منصوص عنه في المادة 14 من الأمر 15-74.²

ويعتبر من تطبيقات هذا المبدأ كذلك القانون 13-83 المؤرخ في 1983/07/02 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، حيث يصدق على هذا النظام للتعويض ما توصلنا إليه في الأمر 15-74، إذا أنه يقوم على أساس الضمان وتحمل التبعة بدلا من المسؤولية المدنية المؤسسة على الخطأ، فمن تطبيقات التقدير القانوني أو الجزافي، حق العامل في التعويض عن الأضرار الناتجة عن إصابته في العمل، وعليه فيقوم نظام التعويض في هذه الحالة على فكرة تحمل التعبية أو الضمان دون اشتراط خطأ رب العمل.³

وقد حدد المشرع من خلال هذا القانون كيفية حساب التعويض الجزافي المستحق للعامل المتضرر جراء حادث عمل، وهذا التعويض هو تعويض قدرة القانون ويلتزم به القاضي عند الحكم بالتعويض، مع العلم أن التعويض الجزافي يتضمن في حالة حادث العمل أداءات عينية وأخرى نقدية. بالإضافة إلى ذلك فإن هذا النظام وإن كان لا يقوم على المسؤولية المدنية المؤسسة على الخطأ كمبدأ، إلا أن هناك حالات إستثنائية تترتب فيها المسؤولية المدنية لصاحب العمل، ومع ذلك يستحق العامل التعويض الجزافي، وفي هذه الحالة يعد تقديرا قانونيا للتعويض في المسؤولية المدنية.⁴

ثانيا: التحديد القانوني للمسؤولية.

حيث يتم في هذه الحالة تقدير التعويض في الحدود الموضوعية من طرف المشرع إذ قد يقوم المشرع في حالات معينة بوضع حد أقصى لا يمكن أن يتجاوزه التعويض الذي يستحقه المتضرر ولو كان الضرر الذي أصابه يفوق المبلغ المحدد، وهذا التحديد القانوني للمسؤولية يختلف عن التقدير الجزافي للتعويض في أنه لا يستحق بطريقة تلقائية دون إعتبار للضرر الحقيقي اللاحق بالمتضرر، وإنما هو بمثابة حد أقصى لما يدفعه المسؤول من تعويض.

¹ نورد في هذا الشأن بعض الأمثلة، فقد قرر المشرع التعويض مثلا عن الأضرار التالية: - التعويض عن الضرر المعنوي يساوي 3 مرات قيمة الأجر الشهري الوطني المضمون عند تاريخ الحادث. - التعويض عن مصاريف الجنازة يتم في حدود 5 مرات الأجر الشهري الوطني المضمون عند تاريخ الحادث.

² حيث نصت المادة 14 منه على أنه: «إذا كانت المسؤولية الكاملة أو الجزئية عن الحادث مسببة من القيادة في حالة سكر أو تحت تأثير الكحول أو المخدرات أو المنومات المحظورة فلا يحق للسائق المحكوم عليه لهذا السبب المطالبة بأي تعويض ولا يسري هذا التخصيص على ذوي الحقوق في حالة الوفاة.»

³ نلاحظ تأثر المشرع الجزائري بالتشريع الفرنسي المتعلق بالتعويض عن إصابات العمل الصادر في 1898/04/09، يقضي بمسؤولية رب العمل عن حوادث العمل، حيث صدر القانون رقم 13-83 المؤرخ في 1983/07/02 المعدل بموجب الأمر رقم 19-96 المؤرخ في 1996/07/06 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية.

⁴ محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، دار الفكر العربي، بيروت، ط1، 1998، ص294، 295.

بحيث إذا ثبت أن قيمة الضرر أدنى من هذا الحد، فلا يستحق المضرور إلا التعويض المساوي لهذه القيمة دون أن يكون له الحق في الحصول على الحد الأقصى للتعويض المقرر قانوناً، فيشترط للحصول على هذا الحد أن يكون الضرر مساوياً له أو أكبر، هذا من جهة ومن جهة ثانية فإن أنظمة التعويض التلقائية لا تقوم على المسؤولية المدنية كما بيناه سابقاً، وإنما يثبت بمجرد ما يتبين أنه قد لحقه ضرر يترتب عنه تعويضه.¹

وعليه فإنه لا يعطي للمتضرر في حالة التحديد القانوني للمسؤولية إلا بعد أن تقوم المسؤولية وتتحقق أركانها وهذا بغض النظر عن أساسها إن كانت مسؤولية موضوعية أو مسؤولية تقوم على أساس الخطأ بحسب أنواعه. كما أن المشرع حدد في التعويض الجزافي قواعد يمكن معها الحصول على التعويض بصفة دقيقة، في حين أنه التحديد القانوني للمسؤولية فمادام أن الضرر لم يصل إلى درجة الحد الأقصى لتعويض المحدد فإن القاضي هو الذي يقدر التعويض وفقاً للقواعد العامة.²

الفرع الثاني

التقدير الإتفاقي للتعويض

من المبادئ المتفق عليها أن للأطراف الحرية في التعاقد وتحديد آثار العقد،³ وتطبيقاً لذلك يجوز للمتعاقدين تحديد التعويض الذي يلتزم به الطرف المخل بالتزامه وهذا ما يسمى بالتعويض الإتفاقي أو الشرط الجزائي والذي يمكن إعتبره وسيلة لضمان تنفيذ العقد.

وعليه فما المقصود بالشرط الجزائي؟ وهل يمكن للقاضي وماله من سلطة من تعديل هذا الشرط؟

ولتوضيح ذلك سوف نتناول أولاً مفهوم الشرط الجزائي وثانياً شروط إستحقاق الشرط الجزائي وأخيراً سلطة القاضي في تعديل هذا الشرط.

¹ مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 251، 250.

² ومن الأمثلة في هذا الشأن عديدة، كتحديد مسؤولية أصحاب الفنادق فيما يتعلق بالنقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة عن تعويض يتجاوز 500 دينار جزائري، كما بينته المادة 599 في فقرتها الثانية من القانون المدني رقم 07-05 المؤرخ في 2007/05/13، ويظهر مجال تطبيق هذا التحديد للمسؤولية في مسؤولية الناقل الجوي والبحري كما وضحه كل من القانون البحري من خلال الأمر 76-80 المؤرخ في 23/10/1976، المعدل والمتمم بالقانون رقم 98-05 المؤرخ في 25/06/1998، والمعدل أيضاً بالقانون رقم 10-04 المؤرخ في 15/08/2010، والقانون الجوي تحت رقم 98-06 المؤرخ في 27/06/1998 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني.

³ علي فيلالي، الإلتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر، الجزائر، د ط، 2008، ص 54 وما يليها.

أولاً: مفهوم الشرط الجزائي

يعرف الشرط في اللغة: هو إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه،¹ ويعرف اصطلاحاً: ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته.²

ويعرف الجزاء لغة: هو المكافأة على الشيء كالجارية، جزاه به وعليه جزاء، وجزاه مجازاة وجزاء، وتجازى دينه وبدينه تقاضاه. و اجتزأه: طلب منه الجزاء.³

والتعريف الإصطلاحي للشرط الجزائي من حيث كونه مركباً إضافياً: هناك جملة من التعاريف للشرط الجزائي ومن بينها قولهم نص المتعاقدين في العقد على مبلغ معين يدفعه من أجل الالتزام.⁴ وبالرجوع إلى القانون المدني نجد أن المشرع قد بين أحكام الشرط الجزائي وهذا في نص المادة 183 وما يليها ولذلك فقد يتفق المتعاقدين وقت العقد أو بعده على تحديد مقدار التعويض الذي يستحقه أحدهما إذا لم يقر الآخر بتنفيذ التزامه.⁵

ومن الخصائص التي يتميز بها الشرط الجزائي هي:

- أنه إتفاق بين طرفين.
- أنه إتفاق على تقدير التعويض.
- أنه إتفاق يحدد فيه الطرفان مقدماً مقدار التعويض.
- أنه إتفاق ينطوي على الخروج من أحكام التقدير القضائي.
- أنه إتفاق لا يولد التزاماً أصلياً بالتعويض وإنما ينشئ التزاماً تبعياً بتقدير التعويض.⁶

ثانياً: شروط استحقاق الشرط الجزائي.

تعتبر الشروط التي يتفقان عليها المتعاقدين في حالة إخلال أحدهما بالتزاماته بالتعويض هي نفسها شروط قيام المسؤولية المدنية بصفة عامة، وذلك على أساس أنه لا يستحق إلا في حالة الإخلال بالتزامات وهذا ما يترتب عليه قيام المسؤولية، وتتمثل هذه الشروط في مايلي:

- وجود خطأ من المدين.⁷

¹ الفيروز آبادي، القاموس المحيط، المرجع السابق، ج2، ص398.

² زين العابدين الحدادي المناوي، المرجع السابق، ص 203.

³ الفيروز آبادي: المرجع السابق، ج 1، ص 1270.

⁴ محمد رواس قلنجي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، ط2، 1988، ج1، ص260.

⁵ حيث جاء نص المادة 183 من القانون المدني الجزائري على أنه: «يجوز للمتعاقد أن يحدد مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في إتفاق لاحق، وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181».

⁶ عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص62.

⁷ فإن إشتراط الخطأ كركن في المسؤولية التصويرية مكرس قانوناً بنص المادة 124 من القانون المدني، أما بخصوص المسؤولية العقدية فلم يرد نص متضمن لقاعدة عامة تشترط الخطأ كأساس مسؤولية المدين في المسؤولية التعاقدية، غير أنه يستشف من خلال دة نصوص متفرقة أوردها التقنين المدني إشتراط الخطأ صراحة في بعض العقود، منها عقد المقاوله طبقاً لنص المادة 568 في الفقرتين الثانية والثالثة، وعقد الوكالة في المادة 579 من نفس القانون.

- ضرر يصيب الدائن¹.
- علاقة سببية تربط الخطأ بالضرر².
- إعدار المدين³.

ثالثا: سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

فالتقدير الإتفاقي يكون ملزما للقاضي الذي يتعين عليه الحكم به دون زيادة أو نقصان متى توافرت الشروط السابقة ذكرها، وكان هناك تناسب بين التعويض المتفق عليه والضرر الواقع⁴ غير أنه إستثناءً من هذا الأصل أجاز المشرع للقاضي من خلال السلطة التقديرية في تعديل التعويض الإتفاقي بإلغائه أو تخفيضه أو زيادته، وهذه السلطة الممنوحة للقاضي لا يجوز حرمانه منها وإن كان يظهر على أنه مخالف للقواعد العامة إلا أنه يتمشى مع السلطة المخولة له في مواجهة طلبات الخصوم حيث لا يقبل منها إلا ما يراه مناسبا، وبالإضافة إلى ذلك فإن سلطة قاضي الموضوع في هذا المجال من النظام العام لا يجوز للأطراف الإتفاق على إستبعادها أو تحديد نطاقها⁵.

ومن خلال إستقراءنا للمادة 184 من القانون المدني⁶، يتضح لنا ماهي الحالات التي يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض في الشرط الجزائي ونذكرها كالاتي:

- إذا أثبت المدين أن تقدير الشرط الجزائي كان مفرطا.
- إذا كان الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.
- إذا تسبب الدائن بسوء نيته في إطالة أمد النزاع

¹ حيث نصت المادة 184 من القانون المدني على أنه: «لا يكون التعويض المحدد في الإتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، ويكون باطلا كل إتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه».

² يجب أن يكون هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر بأن يكون الخطأ هو السبب في الضرر، ومتى إنتقت هذه العلاقة بثبوت السبب الأجنبي أو بأن كان الضرر غير مباشر أو كان في المسؤولية العقدية مباشرة ولكنه غير متوقع فعندئذ لا تتحقق المسؤولية ولا يستحق الشرط الجزائي.

³ وهذا ما وضحته أحكام المادة 179 من القانون المدني وجاء فيها: «لا يستحق التعويض إلا بعد إعدار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك». وكذلك حسني محمد جاد الرب، التعويض الإتفاقي عن عدم تنفيذ الإلتزام أو التأخر فيه (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، د.ط، 2006، ص178.

⁴ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للإلتزام (أحكام الإلتزام)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، د.ط، 2005، ج2، ص178.

⁵ محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، تخصص شريعة وقانون، جامعة الحاج لخضر باتنة (الجزائر)، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، 2012/2011، ص333.

⁶ حيث جاء نص المادة 184 من القانون المدني كالاتي: «يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر».

وكذلك عند إستقراءنا للمادة 185 من نفس القانون،¹ يتضح لنا ما هي الحالة الوحيدة التي يجوز فيها للقاضي أن يزيد في الشرط الجزائي وهي كالاتي:

- إذا أثبت أن الضرر الذي وقع له زاد كثيرا عن التعويض المقدر في الشرط الجزائي، مع إثبات أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما. ويمكن تفسير هذا بأن الشرط الجزائي يكفي لجبر الضرر ولا يشترط أن يكون كاملا.

الفرع الثالث

التقدير القضائي للتعويض

بعد أن تطرقنا في الفرعين السابقين إلى الإستثناءات التي قد ترد على سلطة القاضي في تقدير التعويض، سنتطرق في هذا الفرع إلى حرية القاضي في تقدير التعويض أو ما يعرف بالتقدير القضائي للتعويض. فمتى لم يحدد القانون أحكاما لحساب التعويض أو لم تذهب إرادة المتعاقدين إلى تقديره، كان المجال مفتوحا أمام القاضي ليقره. حيث تعطي المسؤولية التصويرية وفقا للمادة 124 من القانون المدني² وكذلك التعسف في إستعمال الحق وفقا للمادة 124 مكرر من نفس القانون سلطة واسعة للقاضي في تقدير التعويض. ولهذا سوف أتطرق في هذا الفرع أولا إلى أنواع الضرر المستحق للتعويض وثانيا إلى الشروط الواجب توافرها في الضرر المستحق للتعويض وفي الأخير نتطرق إلى وقت تقويم الضرر المستحق للتعويض.

أولا: أنواع الضرر المستحق للتعويض.

يكون الضرر إما ماديا أو معنويا، وقد سبق وبيننا مفهوم الضرر وبيننا أنواع الضرر.³ هذا وإن كان الضرر المادي لا يثير إشكالا في وجوب التعويض عنه بموجب النصوص الصريحة التي أوردها المشرع في القانون المدني الجزائري، أما الضرر المعنوي كعنصر مستقل من عناصر التعويض، وباعتبار أنه لا يترتب عليه خسارة مالية فإن البعض عارض التعويض عنه لصعوبة تقويمه مما أثار جدلا حول مبدأ التعويض عنه.⁴ غير أنه بالرجوع لنص المادة 124 من القانون المدني الجزائري نجدها جاءت عامة في صياغتها لا تميز بين الضرر المادي والمعنوي.

¹ حيث نصت المادة 185 من القانون المدني على أنه: «إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الإتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين ق ارتكب غشا، أو خطأ جسيما».

² القانون رقم 05-07 المؤرخ في 13/05/2007، يعدل ويتم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون المدني، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 31، لسنة 2007.

³ أنظر الصفحة (.....) من هذه المذكرة.

⁴ مهند عزمي مسعود أبو مغلي، التعويض عن الضرر الأدبي (دراسة مقارنة)، مجلة الشريعة والقانون، العدد 39، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، 2009، ص 212.

والرأي الغالب عند الفقهاء هو أن عدم وجود نص عن التعويض المعنوي في القانون المدني الجزائري لا يسوغ أن يستنتج منه إنتقاء التعويض عن هذا الضرر، إذ أن الأصل في الأشياء الإباحة، كذلك فإن المبدأ العام للتفسير القانوني يقضي بأن لا نميز بين الضرر المادي والمعنوي طالما أن القانون لم يميز.¹

غير أن المشرع الجزائري فعل الصواب حين نص على التعويض عن الضرر المعنوي في نص المادة 182 مكرر بموجب القانون رقم 10-05 وجاء فيها: « يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة»².

أما من الناحية القضائية فنجد أن القضاء إستقر في حسم الخلاف والجدل بالنسبة للتعويض عن الضرر المعنوي ومن قرارات المحكمة نأخذ منها القرار الصادر في 2001/01/14 والذي أقر بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي طالب به العمال أمام القسم الإجتماعي عن التسريح التعسفي، حيث جاء في إحدى حيثياته أنه: « حيث أنه من قضاء المحكمة العليا المستقر أن تقدير التعويض عن التسريح التعسفي يخضع لسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ولا رقابة للمحكمة العليا عليه في هذا الشأن، ويكفيه أن يعاين كما هو الشأن في دعاوى الحال الطابع التعسفي للتسريح، ويقدر التعويض حسب الضرر الذي لحق العمال، و أن الحكم المطعون فيه يبين أن المبلغ الممنوح للمطعون ضده كان على أساس الضرر المادي والمعنوي الذي لحقه جراء التسريح التعسفي، وهذا كاف لإعطائه الأساس القانوني»³.

ثانيا: الشروط الواجب توافرها في الضرر المستحق للتعويض

يشترط في الضرر القابل للتعويض مجموعة من الشروط حتى يكون مستحقا للتعويض، وتتمثل هذه الشروط في أن يكون شخصا، محققا، مباشرا، وأن يمس بحق ثابت أو مصلحة مالية مشروعة وهو ما سنتعرض له:

1- أن يكون الضرر شخصا

ويقصد بذلك أن طالب التعويض عن الفعل الضار الذي لحقه هو الذي يقوم بالمطالبة بالتعويض لأن من الشروط الإجرائية لقبول الدعوى أن تتوفر في المدعي المصلحة الشخصية حتى تقبل دعواه، كما أنه يتحقق هذا الشرط بالنسبة للأضرار المتردة عن الضرر الأصلي،

¹ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 239، 240.

² القانون رقم 10-05 المؤرخ في 20/06/2005، يعدل ويتم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 والمتضمن القانون المدني، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 44، لسنة 2005.

³ م ع، غ أ ج، 2001/01/14، ملف رقم 214574، م ق 2002، عدد 1، ص 195.

إذ يعتبر الضرر المرتد ضرراً شخصياً لمن إرتد عليه، فيكون للضرر المرتد كيان مستقل عن الضرر الأصلي.¹

2- أن يكون محقق الوقوع

فلكي تقوم المسؤولية المدنية عن الضرر الموجب للتعويض لا بد من أن يكون الضرر محقق الوقوع، بمعنى أن يكون قد وقع فعلاً أو سيقع حتماً في المستقبل، ومثال الضرر الذي وقع فعلاً أن يصاب المضرور بتلف في جسمه أو في ماله أو في مصلحة مالية له.² فالضرر الحال هو الضرر الذي تكونت عناصره ومظاهره التي توفر للقاضي معطيات تقويمه ومثاله لو أصيب شخص في جسمه وقت المطالبة بالتعويض.³

والضرر قد يكون نهائياً عند وقوع الحادث، أو يصبح كذلك وقت الحكم بالتعويض بعد أن إستقر، فيكون تقويم الضرر على أساس ما كان عند الحادث في الحالة الأولى، وعلى أساس ما إستقر عليه في الحالة الثانية.

غير أنه في حالة عدم إستقرار الضرر، وبقي يتراوح بين التحسن والخطورة، فالقاضي الحكم بتعويض يناسب ما قدره من ضرر واقع فعلاً، وأن يحفظ الحق للمضرور لإستكمال التعويض، حسب ما يؤول إليه حالة الضرر، مادام أنه محقق وليس إحتمالي وهذا في مدة معينة،⁴ طبقاً لأحكام نص المادة 131 من القانون المدني.⁵

3- أن يكون الضرر مباشراً

قد تتعدد أسباب الضرر ويكون خطأ المسؤول أحد هذه الأسباب، مما يؤدي إلى إنقطاع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، أو قد يرتكب شخص فعلاً يؤدي إلى تسلسل عدة أضرار لسبب غير مباشر، وفي هذه الحالة تصعب التفرقة بين الضرر المباشر والضرر غير المباشر، حيث يرى بعض الفقهاء أن المسألة مسألة وقائع، يفصل فيها قاضي الموضوع،

¹ عاطف النقيب، المسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي (الخطأ والضرر)، مؤسسة شباب الجامعة، د.ط، 1987، ص340.

² عبد المنعم البدر اوي، النظرية العامة للإلتزامات (أحكام الإلتزام)، دار النهضة العربية، بيروت، د.ط، 1968، ج4، ص 75. وكذلك أحمد حسن الحمادي، الحق في التعويض ومدى إنتقاله إلى الخلف العام في إطار الفقه والقانون والقضاء المقارن، مطبعة دار الثقافة، الدوحة، قطر، د.ط، 1995، ص163. وكذلك صدقي محمد أمين عيسى، التعويض عن الضرر ومدى إنتقاله إلى الورثة (دراسة مقارنة)، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط 1، 2014، ص221.

³ عاطف النقيب، المرجع السابق، ص373.

⁴ حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التصيرية والعقدية، دار الفكر، بيروت، د.ط، 1997، ص334.

⁵ حيث جاء نص المادة 131 من القانون المدني على أنه: «يُقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين 182 و182 مكرر مع مراعاة الظروف والملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يُقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير».

ولا رقابة للمحكمة العليا عليه، ويرى البعض الآخر أن المعيار في التفرقة هو درجة احتمال وقوع الضرر.¹

والقاعدة في المسؤولية المدنية سواء كانت عقدية أو تقصيرية أنه لا تعويض عن الضرر غير المباشر، بل يقتصر على الضرر المباشر فقط، مع الاختلاف ذلك أنه في المسؤولية التقصيرية يعرض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع، أما في المسؤولية العقدية فالأصل أن يقتصر التعويض على الضرر المباشر المتوقع وحده، ولا يمتد إلى الضرر غير المتوقع، إلا إذا كان عدم تنفيذ الإلتزام راجعا إلى غش المدين أو خطأه الجسيم.²

4- أن يمس الضرر بحق ثابت أو مصلحة مالية مشروعة

ويقصد بمساس الضرر لحق ثابت للمضرور أنه لا يمكن مساءلة المعتدي إلا إذا مس إعتدائه بحق ثابت يحميه القانون، سواء كان هذا الحق ماليا أو مدنيا أو سياسيا. فالمصلحة المشروعة شرط منطقي وواضح بالنسبة للمضرور، ومن قبيل الأضرار التي تعطي لصاحبها حقا مشروعا في طلب التعويض الأضرار المعنوية، الناجمة عن الآلام الجسمانية والنفسية للضحية.³

ثالثا: وقت تقويم الضرر المستحق للتعويض

إن تحديد الوقت الذي يتم فيه تقويم الضرر الموجب للتعويض يوجب علينا التطرق لمسألتين وهما: تحديد وقت تقدير الضرر وإلى تحديد وقت نشوء الحق في التعويض عن الضرر.

1- تحديد وقت تقدير الضرر

إن الوقت الذي يقع فيه الحادث ويسبب ضرر فقد يتغير هذا الضرر بالزيادة أو النقصان فمن غير المعقول أن يؤسس الحكم على شيء متغير لا يعلمه قاضي الموضوع في ذلك الوقت، ولهذا فالأصح أن يكون وقت تقدير الضرر الذي يرتبط معه تقدير التعويض بيوم صدور الحكم، سواء تفاقم الضرر أو خف، وسواء إرتفعت قيمة الدينار أو نقصت، لأن الهدف

¹ عبد العزيز اللصاصمة، المرجع السابق، ص80. وكذلك سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، مجلد 2، منشورات مكتبة صادر، بيروت، لبنان، ط 5، ج 2، 1998، ص 564، 565. وكذلك عمرو عيسى الفقي، الموسوعة القانونية في المسؤولية المدنية (دعوى التعويض)، شركة ناس للطباعة، ط 1، 2002، ص68.

² أنور سلطان، المرجع السابق، ص 249. وكذلك محمد فتح الله النشار، المرجع السابق، ص208، 209.

³ حسن حنتوش الحسنواوي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية (دراسة مقارنة)، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، د ط، 1999، ص119.

من التعويض هو جبر الضرر وإصلاحه، ولا يتحقق هذا الهدف إلا إذا روعي تقدير الضرر وقت إصدار الحكم.¹

أما بالنسبة للضرر المتغير فكما وضحنا سابقاً أنه في حال تعويض المضرور وبعد مدة من الزمن تفاقم هذا الضرر فيكون للمضرور في مثل هذه الحالة الحق في طلب تعويض تكميلي يناسب مقدار الزيادة في الضرر.

2- تحديد وقت نشوء الحق في التعويض عن الضرر:

حيث تثير مسألة وجوب تقدير الضرر بتاريخ الحكم كما ذكرنا سابقاً إشكالية تتعلق بوقت نشوء الحق في التعويض عن هذا الضرر بمعنى هل أن الحق في تعويض الضرر ينشأ للمضرور أيضاً من تاريخ الحكم الذي يقضي به أم من وقت وقوع الضرر؟

ولهذه التفرقة أهمية علمية من حيث تحديد بعض المسائل التي يتعلق بعضها بـ:

- تحديد تاريخ بداية حساب التقادم.
- القانون الواجب التطبيق.
- وقت التصرف في الحق.

وقد إنقسم الفقه والقضاء إلى قسمين، جهة ترى أن نشوء الحق في التعويض عن الضرر يتقرر من تاريخ صدور الحكم، وجهة ترى بأن الحق في التعويض ينشأ من وقت وقوع الضرر، غير أن بعض الفقهاء ذهبوا إلى التمييز بين الإلتزام بتعويض الضرر وبين الإلتزام بدفع التعويض، فالأول ينشأ من وقت حدوث الضرر، وهو حق خلف للورثة، ولكن تعويض هذا الضرر يتحول إلى الإلتزام بدفع التعويض وقت الحكم، ولذلك يجب الإعتداد بهذا الوقت في تقدير مبلغ التعويض وهذا هو الرأي الأقرب للصواب.²

وعليه ومن خلال ما تقدم، يتضح أن قاضي شؤون الأسرة لا يخضع لأحوال التقدير القانوني للتعويض كما بينا سابقاً، ولا لحالة التقدير الإتفاقي، غير أن الحالة الثالثة ألا وهي التقدير القضائي هي التي يخضع لها قاضي شؤون الأسرة، على أساس أن المشرع لم يحدد لقاضي شؤون الأسرة ضمن المواد القانونية التي تقضي بالتعويض عن ضرر الطلاق أي أحكام تضبط سلطة القاضي التقديرية في حساب التعويض، لأن نصوص المواد 52 و53 مكرر و55 من قانون الأسرة، جاء مطلقاً في صياغتها مما تفتح المجال واسعاً للسلطة التقدير لقاضي شؤون الأسرة في تعويض الضرر عن الطلاق.

¹ علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 230، 231. وكذلك سعيد أحمد شعله، قضاء النقض المدني في المسؤولية والتعويض، توزيع منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د ط، 2003، ص 101 وما بعدها. وكذلك منير قرمان، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط 1، 2002، ص 82 وما بعدها.

² سعيد مقدم، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)، دار الحداثة، بيروت، لبنان، ط 1، 1985، ص 262.

غير أنه في الواقع العملي نجد أن قاضي شؤون الأسرة وقت تقديره للتعويض عن ضرر الطلاق أنه يخضع لعدة قيود وضوابط وهو ما سنوضحه في المبحث الثاني من هذا الفصل، أما في المطلب الثاني من هذا المبحث سوف نحاول دراسة موجبات التعويض عن الطلاق وعلاقته بمتعة الطلاق.

المطلب الثاني

موجبات التعويض عن الطلاق وعلاقته بمتعة الطلاق

إن حق الطلاق كسائر الحقوق مقيد بعدم الإضرار بالغير عند إستعماله، فلا يجوز لصاحب الحق إستعمال حقه وقت ما شاء أو بدون حاجة أو وجه حق، وإذا استعمل الحق في غير ذلك فإنه يطلق عليه مصلح إساءة إستعمال الحق، أو التعسف في إستعمال الحق.

و بالرغم ما لقاضي شؤون الأسرة من سلطة تقديرية في قضايا الأحوال الشخصية، غير أن سلطته تقف أمام إرادة الزوج في حق إيقاعه الطلاق، حيث ينحصر دور قاضي شؤون الأسرة في مثل هذه الدعاوى هو السعي للمصلح بين الزوجين، وفي حالة لم تجدي جلسات الصلح بثمارها، كما وضحتها أحكام المادة 49 من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر 02-05 المؤرخ في 2005/02/27¹، هو تعويض المطلقة فقط عن الضرر الذي لحقها من واقعة الطلاق، فليس له السلطة في كل الأحوال أن يمنع الزوج من إيقاع الطلاق، لأنه في مثل هذه الحالة يتحمل الزوج المسؤولية جراء تعسفه في إستعمال حقه، وعلى حد سواء فقد تتعسف الزوجة في إستعمال حقها في طلب الطلاق، ويصبح للزوج الحق في طلب التعويض. مع العلم أن مفهوم التعويض عن الطلاق التعسفي لم يرد في كتب الفقهاء القدامى وإنما هو مصطلح جديد أخذت به القوانين الوضعية.

وعليه سوف نحاول في هذا المطلب توضيح مفهوم التعسف في إستعمال حق الطلاق من جهة، ومن جهة ثانية سوف نوضح الأساس القانوني الذي يستند إليه القاضي في تعويض الضرر عن الطلاق، أما في الأخير سنتناول التعويض عن الطلاق وعلاقته بمتعة الطلاق.

الفرع الأول

التعسف في إستعمال حق الطلاق

قبل ما نتطرق إلى توضيح فكرة التعسف في إستعمال حق الطلاق، ومجالات التعسف في الطلاق ومعاييرها، فإنه يجب أولاً تحديد مفهوم كل من الحق والتعسف، من ثم نوضح معايير التعسف في الطلاق.

¹ حيث نصت المادة 49 من قانون الأسرة على أنه: « لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة 3 أشهر من تاريخ رفع الدعوى، يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح يوقعه من كاتب الضبط والطرفين، تسجل أحكام الطلاق وجوباً في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة ».

أولاً: تعريف كل من الحق والتعسف.

1) تعريف الحق:

أ- لغة: الحق إسم من أسماء الله سبحانه وتعالى، وقيل من صفاته، قال ابن الأثير هو: الموجود حقيقة المتحقق وجوده وإلهيته.¹ وقد ورد استعمال كلمة الحق في لغة العرب بمعان متعددة منها: الثابت الموجود،² ومنها العدل ويقابله الظلم.³

ب- اصطلاحاً: فقد عرفه الفقهاء القدامى بأن الحق هو الشيء الموجود من كل وجه ولا ريب في وجوده.⁴ وقد عرفه الفقهاء المعاصرين بأنه: إختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء أو إقتضاء أداء من آخر، تحقيقاً لمصلحة معينة.⁵ ويعتبر هذا التعريف جامع شامل لمعنى الحق.

ت- قانوناً: فقد عرف الحق بأنه وسيلة تتضمن سلطات مخولة لشخص معين لتحقيق مصلحة معينة، هذه المصلحة هي غاية الحق.⁶

2) تعريف التعسف:

أ- لغة: التعسف مأخوذ من عسف يعسف عسفاً، فالعسف: السير بغير هدى، وركوب الأمر من غير تدبير، يقال عسف الطريق: أي سار فيه على غير هدى ولا جادة، وعسف في الأمر: فعله بلا روية ولا تدبير.⁷

ب- اصطلاحاً: لم نجد عند الفقهاء القدامى تعريفاً للتعسف، ولم يتطرقوا لهذا كمنظريه متحقة ذات أركان وأسس، وإن كانوا قد تعرضوا لمسائل منها، وبنوا على أساسها أحكاماً.⁸

أما الفقهاء المعاصرين فقد نظر بعضهم إلى التعسف على أنه صورة من صور المجاوزة والتعدي في استعمال الحق، ونظر بعضهم الآخر إلى التعسف على أنه موضوع مستقل عن المجاوزة، له أركانه وأسس وتطبيقاته الخاصة به.

¹ الفيروز آبادي، القاموس المحيط، المرجع السابق، ج 1، ص 1189.

² ابن منظور، المرجع السابق، ج 1، ص 681.

³ الفيروز آبادي، المرجع السابق، ج 1، ص 1129.

⁴ ابن مالك، شرح المنار، المطبعة العثمانية، القاهرة، مصر، د ط، 1308هـ، ج 1، ص 886.

⁵ فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 62.

⁶ محمد شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق معياره وطبيعته في الفقه والقضاء، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، مصر، د ط، 1979، ص 55.

⁷ الفيروز آبادي، القاموس المحيط، المرجع السابق، ج 1، ص 1082. وكذلك ابن منظور، المرجع السابق، ج 2، ص 776.

⁸ جميل فخري محمد جاني، مقدمات عقد الزواج الخطبة في الفقه والقانون، دار حامد، عمان، الأردن، ط 1، 2009، ص 230، 231.

وقد عرف التعسف على أنه إستعمال الإنسان حقه على وجه يضر به أو بغيره،¹ وقد عرف أيضا بأنه: ممارسة الشخص لفعل مشروع له في الأصل على وجه يلحق الضرر بغيره، أو بأسلوب يخالف الحكمة من مشروعيته،² وهناك تعريف آخر للتعسف بأنه: مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل.³

ت- قانونا: حيث اختلف علماء القانون في تعريفهم للتعسف بناءً على إختلافهم في نظرتهم إلى التعسف، حيث نظر بعضهم إلى التعسف على أنه صورة من صور الخطأ، والخروج عن الحق الذي تترتب عليه المسؤولية التقصيرية، غير أن الإتجاه الآخر نظر إليه على أنه موضوع مستقل عن المجاوزة للحق، حيث إتجهت أنظارهم إلى غاية الحق.⁴ فقد عرفه عرفه أصحاب الرأي الأول بأنه: إستعمال الحق بشكل يؤدي إلى الإضرار بالغير، إما لتجاوز حق الإستعمال المباح عادة، أو لترتب ضرر بالغير أكبر من منفعة صاحب الحق.⁵ وقد عرفه أصحاب الرأي الثاني بأنه: إنحراف صاحب الحق في إستعماله عن غاية الحق.⁶

ثانيا: معايير التعسف في الطلاق.

فقبل التطرق إلى معايير التعسف في الطلاق، فإنه ينبغي أن نعطي نظرة على معايير التعسف في إستعمال الحق في الفقه الإسلامي بإيجاز، مع توضيح معايير التعسف في إستعمال الحق التي أخذ بها المشرع الجزائري في القانون المدني بإيجاز كذلك، من ثم نقوم بإسقاط هذه المعايير على واقعة الطلاق.

1- معايير التعسف في إستعمال الحق في الفقه الإسلامي:

وضعت الشريعة الإسلامية ضوابط وقواعد عامة تضبط إستعمال الحق وتسري على جميع الحقوق، وهذه الضوابط والقواعد العامة هي المعايير التي يضبط بها إستعمال الحق. وقد جمعت معايير التعسف التفصيلية بين المعايير الذاتية أو الشخصية والمعايير الموضوعية أو المادية وما تفرع عنها وكانت من السعة والمرونة بحيث تستجيب لمقتضيات كل تطور

¹ رأفت محمد حماد، النظرية العامة للحق (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د ط، د س ن، ص 177.

² عبد الله الدرعان، المدخل لفقه الإسلامي، مكتبة التوبة، د م ن، ط 1، د س ن، ص 256.

³ فتحي الدريني، نظرية التعسف في إستعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 4، 1977، ص 71.

⁴ جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، دار حامد، عمان، الأردن، ط 1، 2009، ص 29.

⁵ أبو زهرة محمد، التعسف في إستعمال الحق، المجلس الأعلى لرعاية القانون والآداب، القاهرة، د ط، 1963، ص 91.

⁶ منصور منصور مصطفى، مذكرات في المدخل إلى العلوم القانونية، مكتبة عبد الله وهبة، دون مكان نشر، د ط، 1961، ص 301.

إقتصادي، أو إجتماعي، أو سياسي، أو حضاري.¹ ولذلك يمكن تقسيم معايير التعسف إلى قسمين رئيسيين هما:

أ- المعيار الذاتي أو الشخصي:

ويقصد به النظر في العوامل النفسية التي حركت إرادة ذي الحق في التصرف بحقه من قصد الإضرار أو الدافع إلى تحقيق مصالح غير مشروعة،² ويتفرع عن هذا المعيار معيارين فرعيين:

- المعيار الأول: معيار قصد الإضرار:

ومعنى قصد الإضرار هو توجيه الإرادة نحو غاية الإضرار بالآخرين حتى لا تتوفر نية أخرى سوى الإضرار، أو يكون الإضرار غاية راجعة قياساً 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.³

- المعيار الثاني: معيار المصلحة الغير مشروعة:

ويقصد به إستعمال الحق على الوجه غير المشروع بأن يكون الباعث من إستعمال الحق مناقضاً لقصد الشارع من تشريع الحق.⁴

ب- المعيار الموضوعي أو المادي:

ويقصد به مدى التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من نفع وما يلزم عن ذلك من مفسدة ووسيلته في ذلك الموازنة.⁵ ويتفرع هذا المعيار إلى معيارين فرعيين:

- المعيار الأول: معيار إنعدام التناسب بين صاحب الحق والضرر الذي يلحقه بالغير:

ويقصد به مراعاة التوازن والتناسب بين المصالح المختلفة بحيث لا يطغى جانب على جانب آخر، ذلك أن المصالح قد تشوبها مفسدات تلحق بالآخرين والفرد في تصرفه ليس مطلقاً عن القيود، بل تبقى مصلحة الجماعة التي يحيا من خلالها ملاحظة في تصرفه في حقه.⁶

- المعيار الثاني: معيار الضرر الفاحش:

¹ فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، المرجع السابق، ص32.

² فتحي الدريني، نظرية التعسف في إستعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص242،

³ ابن تيمية، الفتاوى الكبرى لابن تيمية، المرجع السابق، ج3، ص141.

⁴ جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه ولقانون، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2009، ص167.

⁵ فتحي الدريني، نظرية التعسف في إستعمال الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص242.

⁶ عبير ربحي شاكرك القومى، المرجع السابق، ص43، 42.

ويقصد بالضرر الفاحش ما يكون سببا لهدم، أو يخرج عن الإنتفاع بالكلية وهو ما يمنع الحوائج الأصلية كسد الضوء بالكلية.¹

2- معايير التعسف في إستعمال الحق في القانون المدني الجزائري:

لقد أخذت الإرادة التشريعية الجزائرية بنظرية التعسف كما أخذت القوانين الوضعية للتشريعات العربية بذلك. حيث إعتبر المشرع الجزائري على أن التعسف في إستعماله يعتبر خطأ وذلك في المادة 124 مكرر بقولها: « يشكل الإستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.²

حيث يتضح أن القانون المدني الجزائري أخذ بالمعايير الثلاثة الآتية وهي:

أ- المعيار الأول: قصد الإضرار بالغير:

وهذا المعيار هو المعيار الذاتي الذي إستقر الفقه والقضاء في فرنسا ومصر على الأخذ به. غير أنه يقاس بالمعيار للخطأ أي المعيار الموضوعي، فلا يكفي قصد صاحب الحق في إستعمال حقه الإضرار بالغير فقط. بل لابد أن يكون إستعماله منحرفا عن السلوك المألوف للرجل العادي.³

ب- المعيار الثاني: الضرر يفوق كثيرا الفائدة من إستعمال الحق:

وبمعنى آخر رجحان الضرر الذي يصيب الغير على الفائدة التي يحصل عليها صاحب الحق من إستعماله لحقه، وهذا المعيار موضوعي ويقوم على التفاوت الصارخ بين الفائدة التي يجنيها صاحب الحق والضرر الذي يصيب الغير من إستعماله لحقه.⁴

¹ ابن عابدين، المصدر السابق، ج5، ص448، وكذلك سعيد أمجد الزهاوي، التعسف في إستعمال حق الملكية في الشريعة والقانون، دار الإتحاد العربي للطباعة، القاهرة، مصر، د.ط، 1975، ص 214، 215

² القانون رقم 05-07 المؤرخ في 13/05/2007، يعدل ويتم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون المدني، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 31، لسنة 2007.

³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، المسؤولية التصديرية، الفعل المستحق للتعويض، دراسة مقارنة في القوانين العربية)، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011، ص58. وكذلك مالك جابر حميدي الخزاعي، إساءة إستعمال الحق خطأ تقصيريا يلتزم من صدر منه بتعويض الضرر الناشئ عنه، مجلة جامعة نابل، المجلد 17، العدد2، العراق، 2009. ص299.

⁴ عبد السلام ذهني بك، الإلتزامات النظرية العامة، مكتبة كلية التجارة، القاهرة، د ط، د س ن، ص 2323.

ت- المعيار الثالث: عدم مشروعية الفائدة:

فيعتبر الشخص متعسفا في استعمال حقه إذا كانت الفائدة التي يتحصل عليها من استعمال حقه غير مشروعة، بمعنى إذا كانت الفائدة مخالفة للنظام العام والآداب العامة، والمعيار هنا موضعي.¹

3- معايير التعسف في الطلاق:

لما كان إيقاع الطلاق من غير مبرر شرعي ينخرط تحت قائمة الطلاق المحظور بإعتبار أن الأصل في الطلاق الحظر، ولا يباح إلا لضرورة، فإن الزوج بإيقاعه الطلاق قد أضر بنفسه وبزوجته وبأبنائه وبالمجتمع ككل، وقد يحدث هذا أيضا من الزوجة. وما دام الضرر ممنوع شرعا وقانونا، ودرؤه مطلوب، ورفع إن وقع من الواجبات. وعليه فمعايير التعسف في استعمال الحق على واقعة الطلاق هي كالآتي:

أ- المعيار الذاتي أو الشخصي: ويندرج تحت هذا المعيار معيارين فرعيين وهما كالآتي:

- المعيار الأول: معيار قصد الإضرار:

فإن الزوج بإيقاعه الطلاق دون مبرر ومسوغ شرعي معقول، قد تعلق في تصرفه قرينة قصد الإضرار حين لا يعطي سبب مشروع لإيقاعه الطلاق مع التمسك في إيقاع الطلاق ورفض الوصول إلى حل يرضي الطرفين²، ومن بين هذه الحالات كأن يطلقها بدافع الإنتقام أو الكراهة أو يطلقها في مرض موته قاصدا حرمانها من الميراث. وعليه فإن كانت المصلحة أو السبب الدافع إلى طلاق تافه، كان الزوج قاصدا لإضرار بالزوجة والعكس كذلك حين تطلب الزوجة الطلاق بدون سبب معقول ويحدث هذا كثيرا في طلاق الخلع.³

- المعيار الثاني: معيار المصلحة المشروعة:

إن الله تعالى لما شرع الطلاق وأوكل أمر إيقاعه إلى الرجل ليكون حلا نهائيا وحاسما لما يقع بين الزوجين من شقاق ونزاع، كان ذلك لتحقيق مصلحة عند إستحالة الحياة الزوجية ولم يشرع إلا لهذا المقصد، لأن في بقائهم مفسدة كبيرة، وضررا عظيما. وعند إيقاع الطلاق

¹ عبد الودود يحي، الموجز في النظرية العامة للإلتزامات، القسم الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د ط، 1994، ص248.

² علي سنوسي، التعسف في استعمال حق الطلاق على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مجلة الفقه والقانون، مجلة إلكترونية شهرية، تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية، العدد 21، 2014، ص 89، عن الموقع الإلكتروني

[/https://sites.google.com/site/marocsitta](https://sites.google.com/site/marocsitta)

³ عبير رجي شاكرا القدومي: المرجع السابق، ص206.

لغير هذا المقصد يكون مناقضا لقصد الشارع من تشريع الطلاق: كما سعى في نقض مصلحة حفظ النسل والعرض.¹

ب- المعيار الموضوعي أو المادي: حيث ينبثق من هذا المعيار معيارين فرعيين وهما كالآتي:

- المعيار الأول: معيار إختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:

توازن الشريعة بين المصلحة التي يتوخاها ذو الحق، والمفسدة التي تلزم عنه فإذا رجعت كفة الضرر منع الفعل، لأنه أصبح غير مشروع.

ذلك أن الرجل حين يوقع الطلاق قد تكون هناك أسباب ودوافع ألجأته لذلك، لكن بالنظر إلى هذه الأسباب وبالموازنة بين الضرر المترتب على الطلاق، وبين الضرر المترتب على إستمرار الحياة الزوجية، فيرجع الضرر الأول ويكون دفعة أولى، ويكون ضرر الطلاق أكبر. كما يذهب زياد صبحي إلى أبعد من ذلك، حيث يرى أنه إذا تساوت المصلحة المراد تحقيقها من الطلاق مع المفسدة الناجمة عنه، فإن الزوج يعتبر متعسفا في إيقاع الطلاق في هذه الحالة.²

- المعيار الثاني: معيار الضرر الفاحش:

وذلك لأن الزوج إذا طلق زوجته بعد فترة من حياتهما معا وإعتمادها في النفقة عليه، ثم يحدث الطلاق وقد بلغت من العمل أرذل أو قاربت، فإن في الطلاق قذفا لها في الهاوية وإضرارها بها ضررا فاحشا، تتعطل فيه حياتها ولا مستقبل لها وقد باتت في هذا السن، حيث يكون الزوج في هذه الحالة مضر بها ضررا كبيرا وقد لا تكون له حاجة أو يكون له القدرة على التعدد مثلا، فلا يترك ذلك بل يصبر على ذلك.³

¹ جميل فخري محمد جادم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، المرجع السابق، ص202.

² زياد صبحي علي ذياب، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، دار الينابيع للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 1992، ص109.

³ عبير ربحي شاكر القدومي، المرجع السابق، ص207.

الفرع الثاني

الأساس القانوني في التعويض عن الطلاق

بالرجوع لقانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع قد نص على التعويض في الطلاق في نص المادة 52 وجاء فيها: « إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها»¹.

وكذلك جاء في نص المادة 53 مكرر أنه: « يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها»، حيث يتضح أنه منح حق التعويض للمطلقة عن ضرر الطلاق، حتى وإن كانت هي التي طلبت التطليق من القاضي، وهذا بموجب الأمر 02-05 المؤرخ في 2005/02/27.

أما المادة 55 فقد نصت على أنه: « عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر»، يتضح من خلال أحكام نص هذه المادة أن المشرع قد منح حق التعويض للطرف المتضرر من نشوز زوجه .

حيث يتضح من خلال نصوص هذه المواد، أن المشرع قد وضع على أي أساس يقوم القاضي بتقدير التعويض، فنجد أن كل المواد جاء فيها لفظ الضرر، وقد تميزت المادة 52 من نفس القانون السالفة الذكر بلفظ التعسف، وعليه سوف نوضح الأسس التي يستند إليها القاضي لتقدير التعويض عن الطلاق، وهذا من خلال القرارات والإجتهادات القضائية للمحكمة العليا، ومن بين هذه القرارات نجد القرار الصادر في 1986/01/27 وجاء فيه: « من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه، ولما كان ثابتا في قضية الحال- أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا، فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة. ومتى كان كذلك إستوجب النقص جزئيا فيما يخص المتعة»².

حيث يتضح أن قضاة الموضوع على مستوى المجلس قد حمل كلا من الزوجين المسؤولية في الطلاق، في حين منحوا المتعة للزوجة من أجل الطلاق التعسفي، وهذا مخالفا لإجتهادات المحكمة العليا فيما يخص القضاء بالتعويض، إذ أنه يستلزم تحمل الزوج كل المسؤولية لوحده لكي يصبح للزوجة الحق في التعويض مطلقا، وعليه يتضح من حيثيات هذا القرار أن كلا الزوجين مسؤولين عن هذا الطلاق، ولهذا نقضت المحكمة العليا القرار فيما

¹ الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، لسنة 2005.

² م، أ، غ، ش، 1986/01/27، ملف رقم 39731، م، ق، 1993، عدد 4، ص 61.

يخص المتعة، إذا فالمتعة حق للمطلقة إذا لم تقع عليها مسؤولية الطلاق، وفي نفس الوقت لا تتحمل جزء من هذه المسؤولية.

وهناك قرار آخر للمحكمة العليا صادر بتاريخ 1991/10/01 يوضح أنه في حال إنتفاء المسؤولية عن الزوج يصبح هذا الأخير غير ملزم بالتعويض وجاء فيه: « إن الطلاق بطلب من الزوجة يعتبر تطليق، يحكم لها به عند الإقتضاء دون تحمل الزوج أية مسؤولية داعية للتعويض»¹.

حيث يتضح من خلال حيثيات القرار أن الزوجة طلبت الطلاق وأن الزوج تمسك بالحياة الزوجية غير أن قضاة المجلس لم يفرقوا بين الطلاق والتطليق حين حكموا بالطلاق وبتعويض المطلقة وتحميل الزوج المسؤولية نظرا لأن الزوجة رفعت ضد زوجها قضية بالضرب وبالرغم من أن الحكم ببراءة الزوج من إتهام زوجته له، بالإضافة إلى ذلك يتضح من خلال جلسات الصلح تمسك الزوج بالحياة الزوجية فلا يعقل تحميل الزوج مسؤولية الطلاق ولهذا قررت المحكمة العليا نقض الحكم وإحالة القضية والطرفين أمام نفس المجلس بتشكيلة جديدة للفصل فيها طبقا للقانون.

وعليه يتضح من خلال هذين القرارين، أنه لا تستحق لا الزوجة ولا الزوج التعويض إلا إذا ثبت تحمل أحدهما كامل المسؤولية عن الطلاق.

وهنا يتضح لنا الأساس الذي يعتمد عليه القاضي لتعويض أحد الزوجين الذي لحقه ضرر من واقعة الطلاق، وهذا بالتأكد من أن الزوج أو الزوجة أوقع الطلاق أو طلب الطلاق دون سبب مشروع، وإنما لسبب تافه أو أنه بقصد الإضرار، دون أن تكون هناك مصلحة مشروعة أو فائدة مرجوة من هذا التصرف، ولهذا سوف نوضح في بعض الإجتهادات والقرارات للمحكمة العليا، متى القضاة يعتمدون في تقدير التعويض على أساس التعسف من جهة، ومن جهة ثانية على أساس الضرر اللاحق من جراء واقعة الطلاق، بالإضافة إلى ذلك سوف ندرس إمكانية التعويض عن ضرر الطلاق على أساس قيام المسؤولية العقدية أو التقصيرية.

أولاً: التعويض عن الطلاق على أساس التعسف في استعمال حق الطلاق

لما نرجع لقضاء المحكمة العليا نجدها أنها تقر بهذا وهذا من خلال القرار الصادر في 2006/11/15 والذي جاء فيه: « يحق للزوجة في حالة الطلاق قبل الدخول بها، الحصول على تعويض من جراء تفويت فرصة الزواج من الغير، عليها»².

¹ م ع، غ أش، 1991/10/01، ملف رقم 73992، ن ق 1995، عدد 47، ص 153.

² م ع، غ أش، 2006/11/15، ملف رقم 372290، م ح ع 2007، عدد 1، ص 487.

حيث جاء في حيثيات هذا القرار أن قضاة المجلس حملوا المسؤولية الكاملة على الزوج وإلزامه بالتعويض نظرا لتفويت فرصة الزواج عليها، وقد قضت المحكمة العليا في هذا القرار بقبول الطعن شكلا وموضوعا، ونقض القرار المطعون فيه جزئيا في مسألة الصداق. لأن قضاة المجلس أغفلوا نص المادة 16 من قانون الأسرة الجزائري.

بالإضافة إلى ذلك يتضح من خلال جلسات الصلح الواقعة بين الزوجين أن الزوج لم يعطي أي مبرر ولا عذر مشروع لإيقاعه الطلاق وفي هذا تعسف صارخ لإستعمال حقه في الطلاق طبقا لأحكام نص المادة 52 من قانون الأسرة السابقة الذكر.

وهناك قرار آخر أيضا يوضح الأساس القانوني الذي إعتمده قضاة المحكمة العليا وهذا في القرار الصادر في 1998/11/17 وجاء فيه: « من المقرر قانونا أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون. ومتى تبين -من قضية الحال- أن قضاة الموضوع للمطعون ضدها بالتعويض دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف أو نشوز، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا»¹.

حيث يتضح من خلال هذا القرار أن قضاة الموضوع حملوا الزوج المسؤولية الكاملة على هذا الطلاق بالرغم من أنه لم يكن هو المطلق ولا المتسبب في هذا الطلاق لكي تستحق التعويض. وعليه فعدم إثبات تعسف الزوج أو نشوزه يعفيه من تعويض المطلقة، فإندام هذا الأساس -التعسف- يكون الزوج غير مسؤول عن هذا الطلاق ولا يتحمل التعويض عليه.

وهناك قرار آخر يوضح أنه في حالة إنعدام التعسف يسقط حق التعويض وهذا في القرار الصادر بتاريخ 1992/12/22 وجاء فيه: « من المقرر قانونا وقضاءً، أنه يجوز للزوجة طلب التطلق إستنادا إلى وجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزواج، كتكوين أسرة، وتربية الأبناء. ولما أسس قضاة الموضوع قرارهم القاضي بالتطلق على عدم إمكانية إنجاب الأولاد، إستنادا لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج، فإنهم قد وفروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية، ماعدا ما يتعلق بإلزام الزوج بالتعويض، مما يتوجب نقضه جزئيا في هذا الجانب لإنعدام حالة التعسف»².

حيث يتضح ويؤكد لنا هذا القرار أن الحكم بالتعويض للمطلقة -غير قانوني- لإنعدام حالة التعسف، لأن حالة العقم التي يعاني منها الزوج لا يد له فيها، لأنه ليس هو الذي لا يريد إنجاب أولاد عن قصد، وإنما هذا مرض لا دخل للزوج فيه حتى يتحمل مسؤولية الطلاق، ولهذا إنتفت حالة التعسف في هذه الدعوى.

¹ م ع، غ أش، 1998/11/17، ملف رقم 210451، م ق 2001، عدد خاص، ص 252.

² م ع، غ أش، 1992/12/22، الملف رقم 87301، م ق، 1995، عدد 2، ص 92.

وعند رجوعنا للقرار الصادر في 1999/03/16 والذي جاء فيه: « من المقرر قانونا أنه يجوز تطليق الزوج لكل ضرر معتبر شرعا، ومتى تبين -في قضية الحال- أن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة ولم يتم بإتمام الزواج بالبناء بها فإن الزوجة تضررت خلال هذه المدة ماديا ومعنويا مما يثبت تضررها شرعا طبقا لأحكام المادة 53 من قانون الأسرة، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة وإلغاء عقد الزواج وتعويضها على أساس تعسف الزوج وثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن»¹.

حيث جاء في إحدى حيثيات هذا القرار أن سبب تطليق الزوجة هو عدم إتمام الزوج لإجراءات الزواج بالبناء بها، حيث عقد عن الزوجة بتاريخ 1995/06/13، ومن ذلك التاريخ لم يتم بإتمام الزواج بالبناء، وعليه ونظرا لعدم إتمام إجراءات الزواج بالدخول، فقد لحق الزوجة ضررا ماديا ومعنويا، وهو الأساس الأول المعتمد عليه من قبل قاضي الموضوع، والأساس الثاني هو تعسف الزوج بعدم إتمام الزواج بالبناء بدون مبرر ولا سبب مشروع.

وعليه فإن القضاة لما قضاوا بتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون معتمدين في ذلك على أساس التعسف وبثبوت الضرر.

ثانيا: التعويض عن الطلاق على أساس الضرر الناتج عنه

كما ذكرنا سابقا بأن التعويض عن ضرر الطلاق قد يكون للزوجة وقد يشمل أيضا الزوج في حال تضرره من الطلاق أو تعسف الزوجة في طلب الطلاق، وعليه فإن لكل من الزوجين الحق في طلب التعويض عن الطلاق بسبب الضرر اللاحق به من جراء هذا التصرف وسوف نوضح الأساس الذي يعتمد عليه القضاة في التعويض عن الطلاق في بعض إجتهادات وقرارات المحكمة العليا.

ومن بين هذه القرارات الصادر بتاريخ 1993/04/27 وجاء فيه: « متى كان من المقرر قانونا أن يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر، عند نشوز أحد الزوجين فإن القضاء بغير ذلك يعد خرقا للقانون، ومن ثم فإن عدم وجود أي سبب واضح يجعل من الزوجة- في قضية الحال- تلجأ إلى طلب التطلاق بعد نشوزها فإن ذلك يعد سببا كافيا لإعتبار الزوج متضررا من هذا الطلاق، وعليه فإن قضاة الموضوع قد أخطأوا حيث قرروا أن الضرر والتعويض عنه، يكون للزوجة وحدها مما يستوجب نقض قرارهم جزئيا وبدون إحالة»².

¹ م ع، غ أش، 1999/03/16، ملف رقم 217179، م ق 2001، عدد خاص، ص 122

² م ع، غ أش، 1993/04/27، ملف رقم 90947، م ق 1994، عدد 2، ص 71.

حيث يتضح من خلال نص المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري والتي نصت على أنه: «عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر».¹

حيث يتضح من خلال نص المادة أنه يحق التعويض عن الطلاق لأي زوج تضرر من نشوز زوجته، ونلاحظ من خلال القرار السابق ذكره، أن الزوجة حاولت التملص من مسؤولية الطلاق حتى لا تتحمل تعويض الزوج، فقامت بعد ثبوت نشوزها بطلب التطليق من القاضي دون أي سبب وهذا يوضح ويؤكد على نشوز الزوجة بإصرارها على طلب التطليق، إذ أن الزوج لم يلحق بها أي ضرر يخولها طلب التطليق وعليه فإن الزوج متضرر من هذا الطلاق وغير متسبب فيه. غير أن قضاة الموضوع أخطأوا في تطبيق وتفسير نص المادة 55 من قانون الأسرة الجزائري .

وهناك قرار آخر للمحكمة العليا صدر بتاريخ 2000/02/22 وجاء فيه: « إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق».²

حيث جاء في إحدى أوجه الطعن من هذا القرار أن المطلقة كانت في خدمة الزوج فترة طويلة وبسببه فقدت رجليها وأحد ذراعيها وبعد ذلك تزوج بإمرأة ثانية وأن مبلغ التعويض عن ضرر الطلاق لا يتناسب مع مقدار الضرر الذي لحقها، مما ينتج عنه مخالعة نص المادة 41 من القانون المدني والملغاة بقانون رقم 05-10 المؤرخ في 2005/06/20 والتي عوضتها نص المادة 124 مكرر³ بالإضافة إلى نص المادة 124 من نفس القانون.⁴

غير أنه ما جاء في إحدى الحثيات ردا على وجه الطعن هذا هو أن التعويض والنفقة المحكوم بهما هي نتاجه عن مدى تحمل الزوج مسؤولية الطلاق أي الضرر اللاحق عن الطلاق، وهذه المبالغ لا تدخل في التعويض الناتج عن المسؤولية التقصيرية والتي بسببها فقدت المطلقة رجليها وأحد ذراعيها وهي الأضرار المنصوص عليها في المادة 124 و124 مكرر من القانون المدني السابقة ذكرها. ويتضح أن المطلقة قد لحقها ضرر ناتج عن التعسف بمفهوم المادة 124 مكرر من القانون المدني أو لحقها ضرر ناتج عن المسؤولية التقصيرية

¹ الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، لسنة 2005.

² م ع، غ أش، 2000/02/22، ملف رقم 235367، م ق 2001، عدد 1، ص 275.

³ حيث نصت المادة 124 مكرر من القانون المدني على أنه: «يشكل الإستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية: إذا وقع بقصد الإضرار بالغير، إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير، إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة».

⁴ حيث نصت المادة 124 من القانون المدني على أنه: «كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض».

طبقا لمقتضيات المادة 124 من القانون المدني، ولهذا عليها أن تثبت الضرر المذكور في دعوى مستقلة وتطلب التعويض مقابل ذلك.

ومن خلال هذا القرار يتضح أنه بمجرد وقوع الطلاق بدون تراضي يثبت الضرر ويكون هو أساس التعويض عنه، لأن الضرر الذي لحق بالمطلقة وهي زوجة لا يمكنها أن تطالب بتعويضه في دعوى الطلاق، ولكن يحق لها أن تطالب بالتعويض في دعوى مستقلة عن دعوى الطلاق طبقا لأحكام المادة 124 و124 مكرر من القانون المدني السابقة ذكرها.

وقد جاء قرار آخر للمحكمة العليا يوضح اعتماد القضاة التعويض عن الطلاق على أساس الضرر وهذا في القرار الصادر بتاريخ 1997/12/23 وجاء فيه: « من المقرر قانونا أنه يحق للزوجة طلب التطليق لكل ضرر معتبرا 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 فإن 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 المادة 55 من قانون الأسرة قد طبقوا القانون ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن»¹.

يتضح من خلال هذا القرار أن قضاة المحكمة العليا أيدوا هذا القرار الصادر من المجلس وذلك لأن قضاة الموضوع أسسوا حكمهم على أساس الضرر اللاحق بالمطلقة والأساس الثاني الذي إعتدوه في تسبب حكمهم هو تعسف الزوج في الضرر الذي أوقعه على زوجته، وعليه فقضاة الموضوع إستجابوا لطلب الزوجة في الطلاق، وفي نفس الوقت منحوا لها تعويضا مقابل الأضرار اللاحقة بها وهذا حسب أحكام نص المادة 55 من قانون الأسرة السابقة ذكرها.

ولو لاحظنا وتمعنا في القرار نلاحظ أنه بنى حكمه على أحكام نص المادة 53 و55 من قانون الأسرة وهذا ما دفع بالمشروع الجزائري إلى إستحداث مادة جديدة تؤكد أنه في حال تعرض الزوجة الطالبة للطلاق إلى ضرر لاحق فيجب تعويضها وهذا ما أكدته أحكام نص المادة 53 مكرر وجاء فيها: « يجوز للقاضي في حال الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها»²، وهذا ما يؤكد لنا أنه في حال تعسف الزوج مثلا في مسك الزوجة رغم ما بينهم من شقاق وكره وبغضاء، إلا أنه يتعسف في الإمساك بها كزوجة، إلا أنها ليست كزوجة في الواقع، فجزاء تعسف الزوج هنا هو قبول طلب الزوجة المتمثل في الطلاق من قبل القضاة، إلا أنه قد يلحق من جراء تعسف الزوج ضرر بالزوجة وهنا نجد

¹ م ع، غ أش، 1997/12/23، ملف رقم 181648، م ق 1997، عدد 1، ص 49.

² الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، لسنة 2005.

أن المشرع الجزائري قد تكفل بهذا، بتعويض الزوجة عن هذا الضرر وهذا من خلال أحكام نص المادة 53 مكرر من قانون الأسرة الجزائري¹.

وعند رجوعنا لقرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1999/06/15 نجده يؤكد لنا على أن الضرر يعتبر أساساً للتعويض عن الطلاق وجاء فيه: « من المستقر عليه قضاءً أنه يجوز تطليق الزوجة لإستفحال الخصام وطول مدته بين الزوجين بإعتباره ضرراً شرعياً، ومتى تبين- من قضية الحال- أن الزوجة تضررت لمدة طول الخصام مع الزوج وأن الزوج هو المسؤول عن الضرر لأنه لم يمثل للقضاء بتوفير سكن منفرد للزوجة مما يجعل الزوجة متضررة ومحقة في طلبها التعويض، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوجة لطول الخصام و بتظلم الزوج وتعويض الزوجة طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن»².

لقد أكد هذا القرار على أن أساس تعويض الزوجة هنا في هذه الحالة هو الضرر الذي لحقها جراء طول الخصام مما دفع بقضاة الموضوع إلى الحكم لصالحها بالتطليق هذا من جهة ومن جهة ثانية بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.

وبالرجوع للقانون المصري والسوري، فنجد أن كليهما إتفق على أن إستحقاق التعويض يكون إلا في الطلاق خلافاً للمشرع الجزائري الذي أجازته حتى في التطليق والنشوز، بالإضافة إلى ذلك فقد وضع كل من المشرع المصري والسوري شروطاً لإستحقاق التعويض عن الطلاق.

فنجد أن المشرع المصري نص في المادة 18 مكرر من القانون 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985 على أنه: « الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل، وبمراعاة حال المطلق يسراً أو عسراً ومدة الزوجية، ويجوز أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط»³.

إن عند إستقراء نص هذه المادة يتضح أن المشرع المصري قد وضع شروطاً لإستحقاق الزوجة المتعة وتتمثل هذه الشروط في أنه يجب أن تكون الزوجة مدخول بها في زواج صحيح، والشرط الثاني هو أن يقع الطلاق دون رضا الزوجة، والشرط الثالث هو أن يقع هذا الطلاق بدون سبب منها، أي أنها لا مسؤولة لها عن هذا الطلاق.

¹ الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، لسنة 2005.

² م ع، غ أ ش، 1999/06/15، ملف رقم 224655، م ق 2001، عدد خاص، ص 129.

³ القانون 100 المؤرخ في 1985/07/04، المعدل للقانون 25 المؤرخ في 1925/03/25، والمتضمن قانون الأحوال الشخصية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية المصرية، العدد 27 (تابع)، لسنة 1985.

ويتضح أن من خلال نص المادة أن المشرع المصري وضح مقدار المتعة التي هي عبارة على تعويض للمطلقة وكيفية تحديدها وهي تقدر بنفقة سنتين على الأقل مع مراعاة حال المطلق من غنى وفقر، ومدة الزوجية وقد أعطى للقاضي الحق في منح المطلق الحق في تسديد هذه المتعة على أقساط، خلافاً للمشرع الجزائري الذي لم يوضح هذه الأمور بل تركها لسلطة القاضي التقديرية، حيث يتضح أن المشرع الجزائري قد أثقل كاهل القضاة في تقديرهم لهذه المسائل.

وبرجوعنا للقضاء المصري نجد أنه ساير نص المادة 18 مكرر السابق ذكرها، وهذا من خلال القرار الصادر في 1987/12/29 وجاء فيه: « من المقرر قضاءً أنه ولا تثريب على محكمة الموضوع أن تأخذ في معرض الإثبات بالقرائن، إلا أن ذلك مشروط بأن تكون القرائن التي عولت عليها تؤدي إلى ما إنتهت إليه، وكان الثابت من الأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بأن طلاقه للمطعون ضدها كان بسبب من قبلها، وقدم للتدليل على ذلك مستندات، وإذا لم تحقق محكمة الإستئناف في دفاع الطاعن ولم تتعرض لمستنداته المقدمة ودلالاتها، وأقامت قضائها بإستحقاق المطعون عليها للمتعة على مجرد وقوع الطلاق غيابياً، وهو مالا يكفي وحده لحمل قضائها، مما يعيب الحكم المطعون فيه بالقصور ويتعين نقضه».¹

يتضح من خلال هذا القرار لمحكمة النقض المصرية أنه نقض الحكم بسبب أن قضاة محكمة الموضوع لم يتحرروا في طلبات الخصوم وقرائنهم وغير أن قضاة الموضوع بنو حكمهم على أساس أن الزوج بادر بإقامة دعوى الطلاق بدون علم الزوجة مما دفعهم بتعويض المطلقة. فجاء هذا القرار موضحاً بأنه يلزم على قضاة الموضوع التحري في طلبات الخصوم وفي قرائنهم لمعرفة هل المطلقة لها سبب في دفع الزوج بإقامة دعوى الطلاق أم لا، وهذا ما يدل على أنه لو كانت للمطلقة يد في دفع الزوج لرفع دعوى الطلاق لا يسقط حقها في المتعة.

أما المشرع السوري فقد نص في المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية على أنه: « إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقه جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يجعل هذا التعويض جملة أو شهرياً حسب مقتضى الحال».²

¹ محكمة النقض المصرية، أحوال شخصية، 1987/12/29، مجموعة المكتب الفني، السنة 38، ص 1197، عن أحمد إبراهيم بك، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون معلقاً عليها بأحكام المحكمة الدستورية العليا وأحكام محكمة النقض، مطابع دار الجمهورية للصحافة، مصر، ط 5، 2003، ص 812.

² المرسوم التشريعي رقم 59 المؤرخ في 1953/09/17، والمتضمن قانون الأحوال الشخصية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية السورية، العدد 63، لسنة 1953.

ومن خلال إسقراء لهذه المادة نستنتج شروط إستحقاق المطلقة للتعويض، وتتمثل هذه الشروط في تعسف الزوج في الطلاق أي أن يوقع الزوج الطلاق دون مبرر أو سبب معقول، ويشترط أيضا أن يقع هذا الطلاق من الزوج، والشرط الثالث إحتمال أن يصيب المطلقة بؤس وفاقه حتى تصبح تستحق التعويض عن الطلاق التعسفي .

نجد أن المشرع السوري قد إنفرد بشرط أن يصيب المرأة بؤس وفاقه عن المشرع المصري والجزائري، ولقد أكد القضاء السوري أيضا هذا الشرط من خلال قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 1982/03/20 وجاء فيه: « من شروط إستحقاق تعويض الطلاق إصابة الزوجة بسببه بالبؤس والفاقه، وثبوت إمتلاك الزوجة لقطعتي أرض ودار قيمتها عشرات آلاف الليرات يستبعد إصابة الزوجة بالبؤس والفاقه، وبالتالي لا يستحق تعويض الطلاق»¹.

حيث يوضح هذا القرار أنه في حال إمتلاك الزوجة لبعض الأملاك الخاصة يسقط عنها حق التعويض، لأنه بمفهوم المخالفة لو أصيبت بالبؤس والفاقه تجد ما يعليها، وهو مثلا أن تتبع هذه الممتلكات، ولقد ذهب القضاء السوري إلى أبعد من ذلك في القرار الصادر بتاريخ 1985/12/07 وجاء فيه: « إذا ثبت للمحكمة من البيئة المستعملة وجود معيل للمطلقة، فإن الطلاق لا يوقعها في البؤس والفاقه ولا تستحق مع وجود المعيل تعويض الطلاق»².

حيث يوضح هذا القرار أن المطلقة لا تستحق التعويض عن الطلاق في حالة وجود من يعيلها من أسرتها، حيث يقع عبئ إثبات وجود المعيل للمطلقة على عاتق الزوج حتى يتفادى تعويض المطلقة، وفي الأخير ما نستنتجه من نص المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية السوري السابق ذكرها ومن قرارات محكمة النقض السورية أنه لا يأخذ بالتعويض عن الضرر المعنوي، الذي يلحق بالمطلقة، وهذا لأن الضرر المعنوي حاصل في كل طلاق، وحتى وإن كانت المطلقة ثرية فلا يعقل أن لا يصيبها ضرر، وخاصة إذا تعسف الزوج في طلاقها.

ثالثا: إمكانية التعويض عن الطلاق على أساس قيام المسؤولية العقدية أو التقصيرية

حيث سنحاول في هذا المقام على بيان إمكانية التعويض عن الطلاق، على أساس قيام المسؤولية التقصيرية أو العقدية، في حال تحقق أركان المسؤولية في مسألة التعويض عن الطلاق .

¹ محكمة النقض السورية، 1982/03/20، قرار رقم 423، مجلة المحامون 1982، ص774، عن الموقع الإلكتروني

WWW.SYRIANBAR.ORG

² محكمة النقض السورية، 1985/12/07، قرار رقم 196، مجلة المحامون 1986، ص425، عن الموقع الإلكتروني:

WWW.SYRIANBAR.ORG

1) المسؤولية العقدية:

حتى لا نطيل التفصيل في أركان المسؤولية العقدية لأن الأصل فيها لا تعتبر أساساً للتعويض عن الطلاق، وذلك لعدم تحقق أهم أحد أركانها وهو الخطأ أو الإخلال بالالتزام عقدي، فهنا لا يوجد إخلال بالعقد لأن الطلاق هو حق للزوج، فإذا استعمل حقه فهذا لا يعني أنه أخل بالالتزام عقدي يوجب تعويضاً¹، لأن عقد النكاح ليس عقداً مالياً، بل هو أقدس من المال ولا يمكن تقويمه بمال، ولا تقدر أهدافه بمقدار.

وبما أن عقد النكاح غير مالي فلا مجال لفرض التعويض المالي على فسخه أو إنهائه، بناءً على المسؤولية العقدية هي من إضفاء الشيء إلى سببه، أي أن المسؤولية المترتبة على الزوج تكون بسبب عقد الزواج، وتعتمد المسؤولية العقدية على الإخلال بما تقتضيه طبيعة العقد أو الإخلال بما يقتضيه الشرط الذي إشتهر به أحد المتعاقدين صراحةً أو دلالة، أي تقوم المسؤولية العقدية لوجود الخطأ العقدي الذي يترتب عليه ضرر مع توفر علاقة السببية بين الخطأ والضرر، سواء كان الخطأ ناشئاً عن عمد أو إهمال أو عن عدم القيام بفعل²، وإذا كان هذا المعيار موضوعياً في عقود المعاوضة والعقود المالية، فإن المعيار في الطلاق هو معيار ذاتي وشخصي ومعيار موضوعي في آن واحد.

فالمسؤولية العقدية ليست أساساً للتعويض عن الطلاق، لأن هذه المسؤولية تقوم على أركان ثلاثة هي: الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، غير أن الخطأ هو أهم هذه الأركان الثلاثة فلا تقوم المسؤولية العقدية بغير الخطأ ولذلك كان الخطأ شرطاً ضرورياً لهذه المسؤولية، بل هو الأساس الذي تقوم عليه، بمعنى إذا إنتف الخطأ إمتنع الحكم بالتعويض³.

ومن ثم نخلص إلى القول أن إيجاب التعويض في المسؤولية العقدية إنما هو الخطأ العقدي، ويتوافر الخطأ العقدي الذي تتوفر على أساسه المسؤولية العقدية، إذا لم يقم الشخص الذي يلتزم بالعقد بتنفيذ إلتزامه الناشئ عن هذا العقد⁴.

غير أننا قد نقف على حالة تقوم فيها المسؤولية العقدية في الطلاق، وهو حين تشترط المرأة على الرجل في عقد الزواج العمل، ووافق الرجل على ذلك الشرط ثم أخل به، ثم وقع الطلاق لهذا السبب، فهنا يحق للمطلقة المطالبة بالتعويض على أساس قيام المسؤولية العقدية، وعليه فكل إخلال بشروط من شروط عقد الزواج من أحد الزوجين، و أدى هذا الإخلال بوقوع

¹ خطاب خالد خطاب، التعويض عن الطلاق (دراسة فقهية مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2012، ص 229.

² عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي، المجتمع العلمي العربي الإسلامي)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ط، 1954، ج 4، ص 138.

³ محمد فتح الله النشار، المرجع السابق، ص 104.

⁴ خطاب خالد خطاب، المرجع السابق، ص 230.

الطلاق بين الزوجين فإن الطرف المخل بالشرط يتحمل التعويض عن الطلاق على أساس المسؤولية العقدية .

(2) المسؤولية التقصيرية:

وقد وضحت أحكام نص المادة 124 من القانون المدني أركان المسؤولية التقصيرية حيث نصت على أنه: « كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض»¹. يتضح من خلال نص المادة أن للمسؤولية التقصيرية ثلاثة أركان وهي: الخطأ، والضرر، والعلاقة السببية ما بين الضرر والخطأ.

حيث يتضح أيضا أن المشرع لم يتطرق لتعريف الخطأ، ولكن بالرجوع إلى الفقه نجد أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو الإخلال بالتزام قانوني، أي بمعنى الإنحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي مع الإدراك بأن هذا التصرف يضر بالغير.²

وعليه فكل شخص يجب أن يلتزم بقدر من الحيطة في سلوكه حتى لا يتسبب في الإضرار بالغير، فإذا لم يبذل هذا القدر من الحيطة فإنه يكون قد إنحرف عن السلوك الواجب ويعتبر هذا خطأ يستوجب المسؤولية، فالواجب القانوني المفروض على الشخص هو عدم الإضرار بالغير، فإذا استعمل الزوج حقه في إيقاع الطلاق دون أن يراعي في ذلك جانب الحيطة والحذر وبذل عناية الزوج المعتاد في هذا، وأنه تجاوز حدود الحق أو يقوم بإيقاع الطلاق عندما لا يكون هناك مبرر شرعي له، فإذا أخل بكل هذا فهنا يكون فعله خطأ يستوجب التعويض.³

ويقوم الخطأ في المسؤولية التقصيرية على ركنين: الركن الأول مادي وهو التعدي أو الإنحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي، والركن الثاني معنوي وهو الإدراك والتمييز، إذا لا خطأ بغير إدراك.⁴

وإذا كان التعدي يشكل إخلالا بذلك الإلتزام القانوني العام الذي يفرض على الكافة عدم الإضرار بالغير، فإنه يثار التساؤل أيضا عن مدى تحديد هذا الواجب القانوني، الذي يعد خرقه تعديا يستوجب تحقق المسؤولية التقصيرية، ذلك أن القانون قد يفرض واجب محدد بنص خاص وحينئذ لا يثار أي صعوبة في تحديد نطاقه، إذ يعتبر الإخلال بهذا الواجب المحدد تعديا يوجب المسؤولية، ومثال ذلك ما جاء في مجلة الأحوال الشخصية التونسية في الفصل 30

¹ القانون رقم 05-07 المؤرخ في 13/05/2007، يعدل ويتم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون المدني، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 31، لسنة 2007.

² خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري مصادر الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، د ط، 1994، ص 242

³ خطاب خالد خطاب، المرجع السابق، ص 232.

⁴ خليل أحمد حسن قدارة، المرجع السابق، ص 27 وما بعدها.

حيث نصت على أنه: « لا يقع الطلاق إلا لدى المحكمة »¹، ويعني هذا أن الطلاق الذي يوقعه الزوج خارج المحكمة وليس أمام القاضي يعتبر فيه أنه أخل بالتزام فرضه القانون ويترتب على فعله خطأ، يوجب التعويض على أساس قيام المسؤولية التقصيرية، وهذا الخطأ هو الخطأ في إيقاع الطلاق المقيد قانوناً لكيفية معينة خالفها الزوج وبالتالي يحق للمطلقة طلب التعويض عن الطلاق على أساس قيام المسؤولية التقصيرية².

أما في الفقه الإسلامي فتقوم المسؤولية التقصيرية على ما إذا قصر الإنسان في القيام بما يجب عليه بالشرع، وترتب على تقصيره تلف في نفس أو مال، فيتحمل المقصر ضمان ما تلف³.

وإذا طبقنا هذا المبدأ على أحكام الزواج، وحقيقة الطلاق وحكمته فلا نراه موجبا للتعويض عن الطلاق، لأنه لا يمكن لإنسان عاقل أن يقول: أن كل فشل أو سوء تفاهم بين الزوجين، يؤدي إلى طلاق، يكون أحد الزوجين هو المسؤول الوحيد عنه، وبالتالي فإنه يتحمل أحدهما التعويض عن الأضرار الناجمة عن الطلاق، بحجة أن أحدهما قصر بما وجب عليه من المودة وحسن المعاشرة وغيرها، أو أنه أخل بما يجب عليه من حقوق زوجية.

إن من المقرر، أو المشاهد، إجتماعياً أنه ما من نجاح أو توفيق أو سعادة أو استقرار في الحياة الزوجية، إلا وكان لكل من الزوجين نصيب فيها، ويستحيل أن ينفرد الزوج أو يدعي أنه حقق بمفرده الحياة الزوجية السعيدة، كما يستحيل أن تنفرد المرأة بتحقيق ذلك لوحدها، إذا لم يتم التعاون المشترك بينهما، مع إختلاف النسب، والعكس بالعكس تماماً فما من فشل أو خلاف أو خصام أو شقاق بين الزوجين، إلا ويكون لكل من الزوجين نصيب فيه ولو نسبياً، ولا يعقل أن نحمل الزوج أو الزوجة كامل المسؤولية عن هذا الطلاق⁴.

الفرع الثالث

التعويض عن الطلاق وعلاقته بمتعة الطلاق

قبل التطرق إلى العلاقة بين التعويض عن الطلاق ومتعة الطلاق فيجب علينا أولاً تحديد مفهوم المتعة وحكمها وبعدها نتناول العلاقة بين التعويض والمتعة في الطلاق وفي الأخير نوضح موقف القضاء من التعويض والمتعة.

¹ الأمر المؤرخ في 13/08/1956، المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 66، المؤرخ في 17/08/1956.

² خطاب خالد خطاب، المرجع السابق، ص 232، 233.

³ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي، المجتمع العلمي العربي الإسلامي)، المرجع السابق، ج 1، ص 52.

⁴ محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، المرجع السابق، ص 27 وما بعدها.

أولاً: مفهوم المتعة ودليل مشروعيتها وحكمها.

1- تعريف المتعة:

أ- لغة: المتعة بضم الميم وكسر ها هي إسم للتمتع، وجمعها متع والمتعة والمتاع إسمان يقومان مقام المصدر الحقيقي وهو التمتع¹ ومن معاني المتعة الأداة أو الوعاء، والإنتفاع والمنفعة².

ب- إصطلاحاً: فقد تطرق الفقهاء إلى تعريف المتعة على النحو التالي :

- فقد عرفها المالكية بأنها: ما يعطيه الزوج لمن طلقها زيادة على الصداق لجبر خاطرها المنكسر بألم الفراق³.

- عند الأحناف: المتعة ما تعطاه المرأة بحيث لا تزداد عن نصف مهر المثل ولا تنقص عن خمس دراهم⁴.

- عرفها الشافعية على أنها : المال الذي يدفعه الرجل عند مفارقة المرأة⁵.

- عرفها الحنابلة بأنها: ما يجب على الزوج للزوجة المطلقة قبل الدخول⁶.

- وأما عند الفقهاء المعاصرين فقد عرفها البعض بأنها: مال يدفعه الزوج للمرأة عند مغادرة بيت الزوجة لطلاق أو تفريق⁷، وقد عرفت أيضاً بأنها هي: التعويض الذي يلزم به الزوج لزوجته بعد طلاقه لها جبراً لوحشة الفراق⁸.

2- دليل مشروعية المتعة: المتعة مشروعة من الكتاب والسنة وآثار الصحابة.

أ- من الكتاب: قوله تعالى: ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَكُمْ مَنَاسِقَةٌ أَوْ تَفَرَّقُوا لَمَنْ فَرِيضَةٌ وَمَتَّعُوهُنَّ مَتَاعَ الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴾ سورة البقرة الآية (236).

¹ مرتضى الزبيدي، المرجع السابق، ج 5، ص 705.

² الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، المحق صفوان عدنان الداودي، الدار الشامية، بيروت، ط 1، 1412هـ، ص 757.

³ الدسوقي، المرجع السابق، ج 2، ص 425.

⁴ ابن عابدين، المرجع السابق، ج 3، ص 111.

⁵ أبو زكريا النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، السابق، ج 7، ص 321.

⁶ ابن الفراء، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين، المحقق عبد الكريم بن محمد اللاحم، مكتبة المعارف، الرياض، ط 1، 1985، ج 2، ص 131.

⁷ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 224.

⁸ بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 212.

وقوله جل شأنه: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ مَتَّاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ سورة البقرة الآية (241).

وجه الدلالة: يتمثل في قوله تعالى "حقاً" يدل على الوجوب، وقوله أيضاً "على المحسنين" و "على المتقين" تأكيد لهذا الوجوب، ثم إن الله عز وجل جعل المتعة لهن، وأضاف الحق إليهن بلام الملك، وما كان للإنسان فهو ملكه وله المطالبة به.¹

ب- من السنة النبوية: ما روي عن عائشة رضي الله عنها: « أن عمرة بنت الجون تعوذت من رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أدخلت عليه، فقال: لقد عذت بمعاذ. فطلقها، وأمر أسامة، أو أنس فمتعها بثلاثة أثواب رازقية»،² فوجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج بالجونية وإختلفا في سبب فراقه فقال: قتادة لما دخل عليها دعاها فقال تعالى، أنها قالت أعوذ بالله منك، فقال: قد عذت بمعاذ وقد أعاذك الله مني فطلقها ثم خرج عليها فقال أبا أسيد أكسها رازقتين، فالحديث فيه دليل على مشروعية المتعة.³

ت- من الآثار المروية عن الصحابة:

عن نافع أن رجلاً أتى عمر رضي الله عنهما، فذكر أنه فارق امرأته فقال: « أعطها كذا وأكسها كذا، فحسبنا ذلك، فإذا هو نحو من ثلاثين درهما». ⁴

عن عطاء قال: « لكل امرأة إفتلنت نفسها من زوجها فلها المتعة». ⁵

وجه الدلالة: تدل هذه الآثار على مشروعية المتعة.

3- حكم المتعة:

إختلف الفقهاء في حكم المتعة على قولين فمنهم من قال بالوجوب ومنهم من قال بالندب وسوف نتناولها بإيجاز:

أ- القائلون بالوجوب: وقد إنقسم القائلون بالوجوب إلى خمسة أقوال وهم:

- ذهب الحنفية⁶ والحنابلة⁷ في المشور إلى وجوب المتعة لكل مطلقة قبل الدخول وقبل الفرض.

¹ الجصاص، أحكام القرآن، المحقق عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1994، ج 1، ص 523.

² ابن ماجه، المصدر السابق، كتاب الطلاق، باب متعة الطلاق، رقم الحديث 2037، ج 1، ص 657.

³ ابن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ج 9، ص 357.

⁴ البيهقي، السنن الكبرى، المصدر السابق، كتاب الصداق، باب التعويض، رقم الحديث 14406، ج 7، ص 398.

⁵ ابن حزم القرطبي، المرجع السابق، ج 10، ص 8.

⁶ أحمد الكاساني، المرجع السابق، ج 2، ص 302.

⁷ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 8، ص 48.

- ذهب الشافعية والحنابلة في رواية بوجود المتعة، لكل مطلقة بإستثناء المطلقة قبل الدخول وبعد تسمية المهر.¹
- ذهب الحنابلة في رواية² وابن حزم الظاهري³ والطبري⁴ بوجود المتعة لكل مطلقة مطلقة سمي لها المهر أو لم يسم، سواء طلقت قبل الدخول أم بعده.
- ذهب الإمام البخاري إلى وجوب المتعة للمطلقة التي لم يسم لها مهرا قبل الدخول أو بعده.
- ذهب الزيدية إلى وجوب المتعة للمطلقة قبل الدخول.⁵

ب- القائلون بالندب: فقد إنقسموا إلى فريقين هما:

- ذهب المالكية إلى أن المنفعة مستحبة لكل مطلقة.⁶
- ذهب الحنفية⁷ والحنابلة⁸ في رواية إلى أن المتعة مستحبة للمطلقة قبل الدخول وبعده وبعده في نكاح فيه تسمية.

ثانيا: العلاقة بين التعويض عن الطلاق ومتعة الطلاق.

يرى الكثير من الباحثين المعاصرين⁹ أن نفقة المتعة في الشريعة الإسلامية توازي التعويض عن الطلاق التعسفي في قوانين الأحوال الشخصية، ذلك أن هذه المتعة إنما أوجبها الله تعالى بغير جبر الضرر اللاحق بالمطلقة، غير أن ما يمكن ملاحظته لدى المشرع الجزائري أنه لم ينص عن المتعة ولا على حالات إستحقاقها في قانون الأسرة، بل نص فقط على التعويض عن الطلاق التعسفي والتعويض عن التطلق في حال لحق بالمطلقة ضرر، ونص أيضا على تعويض الزوج المتضرر من حالة نشوز زوجته. الأمر الذي يستوجب في إجتهادات المحكمة العليا والتي جاءت متضاربة إلى حد كبير، حيث نجد أن هناك إجتهادات للمحكمة العليا تقضي بأن المتعة هي التعويض عن الطلاق وهناك إجتهادات أخرى تقضي

¹ أبو زكريا النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المرجع السابق، ج 7، ص 321.

² جد الدين أبو البركات، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة المعارف، الرياض، ط 2، 1984، ج 2، ص 37.

³ ابن حزم القرطبي، المرجع السابق، ج 10، ص 8.

⁴ أبو جعفر الطبري، المرجع السابق، ج 5، ص 130 وما بعدها.

⁵ الصنعاني عبد الرزاق، سبل السلام يشرح بلوغ المرام، تحقيق عماد السيد، دار الحديث، القاهرة، ط 5، 1997، ج 3، ص 153.

⁶ أبو عبد الله محمد الخرشي، شرح الخرشي على مختصر الخليل، المطبعة الخيرية، مصر، ط 1، 1316 هـ، ج 3، ص 227.

⁷ عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، المرجع السابق، ج 1، ص 206.

⁸ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 8، ص 49.

⁹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج 9، ص 499. وكذلك العربي بالحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج 1، ص 233.

بالمتعة والتعويض في آن واحد وتفرق بينهما، وهذا ما سنوضحه من خلال بعض الاجتهادات للمحكمة العليا فيما يلي:

الاجتهادات والقرارات التي تجعل من المتعة هي التعويض ومنها حيث نجد أن القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1985/04/08 أنه يوضح أن المتعة هي التعويض وجاء فيه: «إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفاً عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضاً، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي لها بإسم المتعة، وبدفع مبلغ آخر كتعويض»¹.

وعليه يتضح من خلال هذا القرار، أن قضاة المحكمة العليا قد نقضوا القرار الصادر من المجلس، وذلك لأن المجلس قد منح تعويض للزوجة بإسم المتعة، ومنح تعويض لها ثاني كتعويض عن الطلاق. وقد بين هذا القرار الصادر عن المحكمة العليا أن المتعة في حد ذاتها تعتبر تعويض وبهذا المعنى لا يعقل أن تعوض المطلقة تعويضين، تعويض تحت إسم المتعة وتعويض تحت إسم التعويض عن ضرر الطلاق.

وهناك إجتهدات وقرارات أخرى للمحكمة العليا تفصل بين المتعة والتعويض وتحكم بها في آن واحد وهذا ما يؤكد القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1986/04/07 وجاء فيه: « من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقاً تعسفاً نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي إطار تدخل، والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغاً إجمالياً من النقود مقابل الطلاق التعسفي»².

حيث يتضح لنا من خلال هذا القرار أنه منح المطلقة متعة وتعويض في وقت واحد، وذلك على أساس أن المطلقة تستحق التعويض عن الطلاق التعسفي، وتستحق نفقة متعة كغيرها من النفقات من عدة وإهمال وفقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية وهنا يثار التساؤل التالي: مادام أن المتعة هي نفسها التعويض عن الطلاق التعسفي وفقاً لقرار المحكمة العليا الأول والسابق للذكر

فالتساؤل الذي يتبادر في أذهاننا هنا هو: لماذا يتم الإشارة إلى كل واحد منهما على حدا في القرار الثاني؟ فإن كان حقيقة يمثلان الأمر نفسه فهذا من قبيل التكرار، وهذا يشكل تناقضاً صارخاً بين القرارين ويعكس عدم وضوح الرؤية من هذا الجانب، إن هذا الطرح يعكس مدى تأثر المشرع الجزائري بالإختلافات الفقهية الجادة في إستحقاق المتعة هذا من جهة ، ومن

¹ م أ، غ أ ش، 1985/04/08، ملف رقم 39731، م ق 1989، عدد 1، ص 89.

² م أ، غ أ ش، 1986/04/07، ملف رقم 41560، م ق 1989، عدد 2، ص 69.

جهة أخرى فإنه يتضح أن المشرع الجزائري قد حاول المزاوجة بين النظرة الشرعية التي توجب وفق بعض الآراء الفقهية المتعة للمطلقة، وبين النظرة القانونية الوضعية التي توجب التعويض عن الطلاق التعسفي، الأمر الذي أدى إلى ظهور هذه الحالة من التضاد.

فلو دققنا في تعريف المتعة لوجدناها أنها تعطى للمطلقة لجبر خاطرها وهذا يعني بمفهوم المخالفة أن الزوجة التي تطلب فراق زوجها لا تستحق المتعة، وهو نفس الأساس القانوني لإستحقاق المطلقة طلاقا تعسفيا للتعويض. وفي هذا المعنى نجد القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1986/12/29 والذي جاء فيه: «من القواعد المقررة شرعا أن المتعة لمن طلقها زوجها وليست لمن طلقت نفسها بحكم، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للنصوص الشرعية في فرض المتعة ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن الزوجة أقامت دعوى التطبيق وإستجابت المحكمة لطلبها ووافق المجلس عليه الذي يعد وحده عقابا للزوج بسبب إهماله، فإن القضاء بالمتعة للمطلقة يعد مخالفا للنصوص الشرعية، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص المتعة».¹

حيث يتضح من خلال هذا القرار أن المتعة حق للمطلقة التي طلقها زوجها وأن من طلقت نفسها لا تستحق المتعة، لأن الأصل في المتعة أنها جاءت لجبر خاطر المطلقة، ومادامت أن الزوجة هي من طلبت الفرقة وحصلت على مرادها فهذا يعتبر عقابا للزوج. وعليه يتضح أن هدف المتعة هنا هو نفسه هدف التعويض وهو جبر الضرر وإصلاحه.

إن المتعة المستحقة للزوجة إنما لجبر خاطرها نتيجة الطلاق، ولا تتضرر الزوجة من الطلاق إلا الذي كان خلاف رغبتها، فإن هي رضيت به فلا حق لها في المتعة، وكذلك الحال لو طلبت هي فراق زوجها. وبذلك فإن المتعة تشترك مع التعويض في مدلول واحد، وذلك أنه في حالة الطلاق التعسفي فإن المتعة تتحول إلى تعويض يجبر الضرر الذي يحصل للزوجة نتيجة هذا الطلاق الجائر.²

وهذا ما يعني إختصاص قاضي الحكم بإجبار الزوج على دفع مبلغ مالي معين نقدا إلى مطلقتها، تعويضا عما أصابها من ضرر كلما كان الطلاق تعسفيا. مع العلم أن مدلول كلمة متعة أضيق مما هي عليه كلمة تعويض في القوانين الوضعية، وذلك أن الأولى مخصصة لجبر خاطر الزوجة المطلقة، ويراعى في تقديرها الحالة الإقتصادية لكل من المطلق والمطلقة، وليس لأدناها ولا أقصاها حد معين و بإعتبار أن الثانية يجوز إستعمالها لجبر أي ضرر عن أي فعل غير مشروع، ويراعى القاضي في تقديرها مقدار الخسارة وفوات الكسب، ولا يجوز أن يحكم بما يتجاوز مقدار الضرر أو بما يقل عنه.³

¹ م أ، غ أ ش، 1986/12/29، ملف رقم 43860، م ق 1993، عدد 2، ص 41.

² مسعودة نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 311.

³ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، د ط، 2005، ص 109، 110.

وما يتضح لنا من خلال القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا بخصوص التعويض أنه يحكم بالتعويض لكل مطلقة طلاقاً تعسفياً، أما الأضرار التي قد تصيب الزوجة قبل طلاقها مثلاً لو كانت مازالت زوجة ولكنها إنشلت أو أصيبت بمرض فهنا في هذه الحالة لا يمكن للمطلقة أن تطلب تعويض عن هذه الإصابات ضمن دعوى الطلاق بل يجب أن تطلب التعويض عن هذه الأضرار في دعوى مستقلة عن دعوى الطلاق وهذا ما أكدته القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2000/02/22 وجاء فيه: « إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق».¹

حيث يتضح من خلال هذا القرار أن مبلغ التعويض عن الطلاق التعسفي والنفقة والعدة هي ناتجة عن مدى تحمل الزوج مسؤولية الطلاق وكل هذه المبالغ لا تدخل في تعويض الأضرار الناتجة عن التعسف الذي يكون بنية إلحاق الضرر بالغير، كما لا تدخل في التعويض الناتج عن المسؤولية التقصيرية وهي الأضرار المنصوص عليها في المادتين 124 و 124 مكرر من القانون المدني السابق ذكرها.²

وعليه فإن إستحقاق التعويض أساسه الضرر اللاحق بالزوجة نتيجة تعسف الزوج في إستعمال حقه في الطلاق، وليس عن أي ضرر آخر ناتج عن أفعال مستقلة عن فعل الطلاق في حد ذاته. وهو نفس الغرض الذي شرعت المتعة لأجله، ومما سبق يتبين لنا أن المتعة هي تعويض للمطلقة عن الضرر الذي لحقها وهذا ما ذهب إليه الزحيلي بقوله: ومما يظهر أن متعة الطلاق هي الصورة الشرعية والعلاج الفقهي لتعويض المرأة عن الطلاق، وللتخفيف عما أصابها من أضرار مادية ومعنوية، وأن هذه المتعة شاملة لكل مطلقة وخاصة إذا أخذنا بأوسع المذاهب في هذا الموضوع.³

المبحث الثاني

القيود والضوابط الواقعة على سلطة القاضي في تقدير التعويض عن ضرر الطلاق

تمنح السلطة التقديرية للقاضي عن طريق التشريع المتضمن للقواعد القانونية، والمعلوم أن هناك نوعان -القاعدة القانونية- منها الجامدة وهي التي لا تقبل التغيير ولا التطور، ومنها المرنة وهي التي يضعها المشرع هادياً للقاضي يسترشد بها فيما يعرض عليه من قضايا ولا يتقيد فيها بحل واحد، بل تتغير الحلول وتتفاوت بتغير الظروف وتفاوت الملابس، فالقاضي وإن كان ليس مشرعاً إلا أن له من سلطان التقدير ما يسير له أن يجعل أحكام القانون

¹ م ع، غ أ ش، 2000/02/22، ملف رقم 235367، م ق 2001، عدد 1، ص 275.

² القانون رقم 05-07 المؤرخ في 2007/05/13، يعدل ويتم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 31، لسنة 2007.

³ محمد الزحيلي، متعة الطلاق، مقال منشور في مجلة منار الإسلام، العدد 5، وزارة العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف، أبوظبي، الإمارات، 1982، ص 87.

متماشية مع مقتضيات الظروف، فتكون أحكام القانون بذلك أداة طيعة في يد القاضي يطور بها القانون تطويراً مستمراً ويواجه بها ما يتغير من ملابسات وأحوال، فهو يفصل في المنازعات بما يتفق وصحيح القانون دون أن تصل هذه الحرية إلى حد وضع نصوص القوانين لأن هذا من صميم إختصاص المشرع وحده، مع الإشارة إلى أن القاعدة القانونية ليست هي موضوع السلطة التقديرية للقاضي، وإنما ينصب التقدير على مفترضات تطبيقها وعلى الأثر القانوني الذي تنظمه، ففي كل الحالات التي يكون فيها للقاضي حرية تقدير التعويض، فإننا نكون بصدده ما يسمى بالسلطة التقديرية للتعويض.

ومن الصعوبة بما كان أن نجد تعريفاً واضحاً دقيقاً لهذه السلطة لأنها لا تقوم على أساس موضوعي فهي لا تختلف من حيث ممارستها من قاضي إلى آخر فحسب، بل أنها قد تختلف لدى نفس القاضي باختلاف الظروف والأزمنة وكل ما يمكن قوله أن السلطة التقديرية ممكنة لمواجهة ظروف تطبيق القانون.

كما أن الدور الذي يلعبه قاضي شؤون الأسرة يختلف نوعاً ما عن الدور الذي يقوم به باقي القضاة كالذين ينظرون في القضايا الجزائية أو الجنائية، فحل المشاكل الأسرية يختلف عن حل باقي المشاكل لأن هذه الأخيرة مرتبطة بأمور شديدة الصلة بالمسائل النفسية والاجتماعية والدينية، وبالتالي فوظيفة القاضي هنا فيها جانب إجتماعي كبير وخصوصاً أنه هنا سوف يقضي لصالح أحد الزوجين على الآخر بالتعويض .

ومن أجل هذا وذاك فقد منح لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة في تعويض أحد الأزواج حيث يستعمل الزوج الآخر حقه في الطلاق، فهنا نلاحظ تدخل لسلطة القاضي التقديرية في تعويض الطرف المتضرر، إلا أن هذه السلطة التقديرية رغم أنها تظهر مطلقة وواسعة إلا أنها تخضع لبعض القيود والضوابط والقواعد، وهذا ما سنوضحه في المطلبين التاليين :

المطلب الأول: القيود الإجرائية التي يخضع لها القاضي في تقدير التعويض عن ضرر الطلاق.

المطلب الثاني : الضوابط التي تحكم السلطة التقديرية للقاضي في تعويض الضرر عن الطلاق.

المطلب الأول

القيود الإجرائية التي يخضع لها القاضي في تقدير التعويض عن ضرر الطلاق

رغم ما لقاضي شؤون الأسرة من سلطة تقديرية واسعة في تعويض الضرر عن الطلاق غير أن هذه السلطة تخضع لبعض القيود الإجرائية، وكما قلنا سابقا بأن سلطة القاضي التقديرية تختلف من قاضي لآخر وكذلك إجراءات الدعوى تختلف من قسم إلى آخر ولهذا سوف نوضح في هذا المطلب الإجراءات الخاصة بدعوى التعويض عن الطلاق مع توضيح القيود التي يخضع لها قاضي شؤون الأسرة فيما يخص الإجراءات.

الفرع الأول

إجراءات سير دعوى التعويض عن الطلاق

إن قواعد الإجراءات تختلف أهميتها باختلاف العناصر والمواضيع المراد معالجتها، والغاية دائما من وراء هذا الإجراء هو تحقيق الهدف المرجو منها، سواء كانت النتيجة إيجابية أو سلبية، فالنتيجة في الإجراء غير ذات أهمية لتعلقها أصلا بالموضوع، فمثلا نجد إجراءات الصلح والتحكيم هي إجراءات واجبة على القاضي العمل والإلتزام بها في دعوى الطلاق.

وعليه فمثل هذه المسائل من الدعوى يجب رفعها أمام الجهة القضائية المختصة نوعيا وإقليميا،¹ للفصل في منازعات الطلاق ولهذا سوف نتناول أولا الإختصاص النوعي والمحلي للنظر والفصل في دعوى التعويض عن الطلاق وبعدها بتناول الإجراءات الشكلية التي تمتاز بها هذه الدعوى وفي الأخير نلقي نظرة موجزة على الجانب الشكلي لدعوى التعويض عن الطلاق في كل من القانون المصري والسوري.

أولا: الإختصاص النوعي والإقليمي للنظر والفصل في دعوى التعويض عن الطلاق.

تعتبر دعوى التعويض عن الطلاق من توابع فك الرابطة الزوجية ولهذا سوف نوضح في البداية الإختصاص النوعي من ثم نتقل إلى الإختصاص الإقليمي فيما يخص هذه الدعوى.

1- الإختصاص النوعي:

حيث نظمه قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذلك بالرجوع إلى المادة 423 والتي نصت على أنه: «ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعوى الآتية: الدعوى

¹ نجد أن المواد من 32 إلى 36 من القانون رقم 09-08 المؤرخ في 2008/04/23، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 21، لسنة 2008، تتعلق هذه المواد بقواعد الإختصاص النوعي للمحاكم، أما القواعد المتعلقة بالإختصاص الإقليمي فقد تناولتها المواد من 37 إلى 47 من نفس القانون.

المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وإنحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة....¹

يتضح من خلال هذا النص على ما هو عليه حيث بين صلاحيات محكمة شؤون الأسرة وقد تناولها على سبيل الحصر، سواء عددا أو وصفا، والملاحظ أيضا على النص أنه تضمن عبارة (على الخصوص) وهو ما يستنتج منه أن الأمر يتعلق بإختصاص المحكمة النوعي في هذا الجانب، مما يسمح للخصوم بإثارة الدفع الرامي إلى القضاء بعدم إختصاص المحكمة المطروح أمامها النزاع متى لم تكن مختصة بموجب هذا النص.²

وقد أوضح أيضا نص المادة 423 السابق ذكرها على أن دعاوى التعويض عن الطلاق يختص بها قاضي شؤون الأسرة لأن مثل هذه الدعاوى تعتبر من توابع إنحلال الرابطة الزوجية، وهذا يعني عدم إختصاص القاضي المدني في مثل هذه الدعاوى التي ترمي إلى تعويض الزوج المتضرر.

قد تكون المطالبة بالتعويض عن ضرر الطلاق في نفس العريضة للطالب وقد تكون في دعوى مستقلة لاحقة أو في مرحلة الإستئناف لأن التعويض عن الطلاق يعتبر من الجوانب المادية، أما حكم القاضي بالطلاق أو التطلق أو الخلع فهو يعتبر حكم نهائي وهذا ما وضحته أحكام المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري والتي نصت على أنه: «تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطلق والخلع غير قابلة للإستئناف فيما عدا جوانبها المادية، تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للإستئناف».³

حيث يعتبر الإختصاص النوعي من النظام العام وهذا ما أكدته أحكام المادة 36 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وجاء فيها: «عدم الإختصاص النوعي من النظام العام تقضي به الجهة القضائية تلقائيا في أي مرحلة كانت عليها الدعوى».⁴ فالنص هنا حدد طبيعة الإختصاص النوعي، فقرر أن ذلك من النظام العام، وبالتالي أعطى الجهات القضائية دون إستثناء صلاحية التصدي له، في أي مرحلة من مراحل الدعوى، وذلك بالقضاء به دون ما حاجة إلى إثارته من الأطراف، حتى وإن كان ذلك من مصلحتهم.⁵ أما ما جاء في الفقرة

¹ القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 21، لسنة 2008.

² سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، طبعة جديدة مزينة ومنقحة، 2011، ج 1، ص 579.

³ الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27/02/2005، يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984، المتضمن قانون الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، لسنة 2005.

⁴ القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 21، لسنة 2008.

⁵ سائح سنقوقة، المرجع السابق، ص 97.

السادسة من المادة 32 من نفس القانون 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 مسبقاً».

فقد أوضحت هذه المادة طريقة الإحالة كإجراء في حال جدولة قضية ما خطأ أمام أي قسم في نفس المحكمة غير مختصة نوعياً، فقررت أن ذلك الملف يتعين إحالته أمام القسم المختص، بموجب أمر شفاهي يصدره القاضي الناظر في الدعوى إلى أمين الضبط الذي يتولى تنفيذ الإجراء، على أن يتم إخبار رئيس المحكمة قبل إتخاذ أي إجراء.¹

وعليه لما تضمنته المادة 32 في فقرتها السادسة حول الإحالة تكون أمام فرضيتين:

- إقرار الإحالة نتيجة لخطأ مادي من أمين الضبط وقت جدولة الملف.

- الإذن باللجوء إلى الإحالة لتجنب القضاء بعدم الإختصاص ولو بسبب سوء توجيه من المدعي تقاديا للتعطيل ومسايرة لما هو عليه الحال أمام القضاء المصري.

والفرضية الأولى هي المرجحة لدى بربارة عبد الرحمان لأن الإحالة هنا جاءت بمفهوم إرسال الملف المجدول خطأ إلى القسم المعني.² وعليه فلقبول دعوى التعويض عن الطلاق يجب أن ترفع أمام قسم شؤون الأسرة كما وضحتها أحكام المادة 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السابق ذكرها.

2- الإختصاص الإقليمي:

وبالرجوع إلى نص المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وفي فقرتها الثالثة نجدها تنص على أنه: « تكون المحكمة مختصة إقليمياً... في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي، وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب إختيارهما...»³، حيث وضحت أحكام هذه المادة الإختصاص المحلي لمحكمة قسم شؤون الأسرة تبعاً لطبيعة النزاع، إما في موطن المدعى عليه أو في موطن المدعي أو بناء على إختيار الطرفين، أما القضايا التي لم يرد ذكرها، فيتم الرجوع فيها للقواعد العامة في الإختصاص، أما فيما يخص دعوى الطلاق فتكون المحكمة المختصة هنا مكان وجود مسكن

¹ سائح سنفوقة، المرجع السابق، ص90.

² عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بغدادي، الروبية، الجزائر، ط 2، 2009، ص77.

³ القانون رقم 09-08 المؤرخ في 2008/02/25، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 21، لسنة 2008.

الزوجية.¹ وحتى الدعوى المستقلة الرامية إلى التعويض عن الطلاق فإن الإختصاص الإقليمي فيه يعود إلى المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مسكن الزوجية.

بالرغم من ما يظهر من سهولة هذا الإجراء إلا أنه قد تنور عدة إشكالات كثيرة، مما يجعل من الأمر أكثر تعقيدا وهذا حين يكون الزوجان غير مستقرين في مكان معين، أي أنهم كثيرون الإنتقال من مكان لآخر هنا يثار الإشكال في أي من الأماكن يؤول الإختصاص في هذه الحالة؟ إن الرأي الغالب والأقرب إلى الصواب في هذه الحالة و المسكن الأخير الذي سكنه الزوجان قبل رفع الدعوى. وهناك صعوبات أخرى لتحديد المحكمة المختصة لما يكون بيت الزوجية متواجدا بالخارج. في هذه الحالة يمكن اللجوء، حسب رأي عبد السلام ذيب إلى مكان تواجد بيت الزوجية قبل مغادرة أرض الوطن، أو مكان تسجيل عقد الزواج إذا وقع في الجزائر.²

وقد وضحت أحكام نص المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه يجوز للمتقاضين في إختيار الجهة القضائية التي يرغبوا في عرض نزاعهما فيها، وقد جاء نص المادة كالآتي: « يجوز للخصوم الحضور بإختيارهم أمام القاضي حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا، يوقع الخصوم على تصريح بطلب التقاضي، وإذا تعذر التوقيع يشار إلى ذلك. يكون القاضي مختصا طيلة الخصومة، ويمتد الإختصاص في حالة الإستئناف إلى المجلس القضائي التابع له».³

فالفقرة الأولى توضح على جواز حضور الخصوم أمام أي قاضي لطرح نزاعهما أمامه، حتى وإن كان غير مختص إقليميا، ويقصد بالحضور هنا هو رفع دعوى قضائية أمام الجهة القضائية التي يرونها مناسبة لهم، أما الفقرة الثانية فقد بينت الإجراء الذي يجب إتباعه حتى تقبل دعواهم، ويتمثل هذا الإجراء في تحديد تصريح من طرف أطراف الدعوى، يتضمن الإتفاق على التقاضي أمام تلك الجهة، وإذا تعذر التوقيع من أحد أطراف الدعوى أو كلهم وجب الإشارة إلى ذلك ضمن ذلك التصريح. أما الفقرة الثالثة فقد بينت أنه في حال تم إستئناف القضية فإن المجلس القضائي التابع لذلك المحكمة هو المختص في هذه الدعوى.⁴

¹ نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د ط، 2008، ص 69، 70. وكذلك سائح سنقوقة، المرجع السابق، ص 584. وكذلك عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد (ترجمة المحكمة العادلة)، موفم للنشر، الجزائر، ط 3، 2012، ص 338.

² عبد السلام ذيب، المرجع نفسه، ص 338.

³ القانون رقم 09-08 المؤرخ في 2008/02/25، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 21، لسنة 2008.

⁴ سائح سنقوقة، المرجع السابق، ص 113، 114.

وقد نصت المادة 47 من نفس القانون على أنه: « يجب إثارة الدفع بعدم الإختصاص الإقليمي، قبل أي دفع في الموضوع أو دفع بعدم القبول».¹

قد وضحت أحكام هذه المادة أنه في حالة ما أراد أحد الأطراف بالدفع بعدم الإختصاص، هو أن يقدم هذا الدفع قبل أي دفع في الموضوع، وعليه فإن المشرع حسنا ما فعل حينما لم يجعل من الإختصاص المحلي من النظام العام، لأنه قد نرى صعوبات في بعض القضايا الشخصية المتعلقة بالطلاق، فتكون المطلقة في حرج ومشقة في مجيئها للمحكمة المختصة إقليميا، فربما تكون في بيت أهلها في ولاية أخرى ليست نفس ولاية مسكن الزوجية، إلا أن هناك والأغلب من الأزواج يتمسكون بمبدأ الإختصاص المحلي ويدفع به، مما يجد القاضي نفسه ملزما بالإستجابة إلى دفوعهم لكونها تستند إلى نصوص القانون.

ثانيا: الإجراءات الشكلية التي تتميز بها دعوى التعويض عن الطلاق.

فإن أهم الإجراءات الشكلية هي شروط قبول الدعوى وقد تناولها الكتاب الأول من الباب الأول في الفصل الأول من المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وجاء فيها: « لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون. يثير القاضي تلقائيا إنعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه، كما يثير تلقائيا إنعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون».²

فالفقرة الأولى من المادة، تمنع التقاضي عن من لا صفة له ولا مصلحة، قائمة كانت أو محتملة، وبالطبع تلك التي يقرها القانون، والمقصود بالصفة هنا هي تلك العلاقة المباشرة التي تربط أطراف الدعوى مدعيا كان أو مدعى عليه، بموضوع النزاع.³

ويقصد بالمصلحة هنا 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 يتوفر في المصلحة الطابع الشخصي والمباشر.⁴

وعليه فيجب في طالب التعويض عن الطلاق سواء كانت الزوجة أو الزوج أن تتوفر فيهما نفس الشروط سواء، فمثلا لو فرضنا أن الزوجة هي المدعية فيجب أن تتوفر فيها الصفة

¹ القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 21، لسنة 2008.

² القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 21، لسنة 2008.

³ سائح سنقوقة، المرجع السابق، ص 45.

⁴ عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص 38.

وهي الزوجية هنا ولا بد أيضا أن يتوفر فيها الشرط الثاني وهي المصلحة، وفي هذه الحالة لا بد أن توضح سبب رفع دعواها وتوضح المصلحة المرجوة من رفع دعوى ضد الزوج.

غير أنه وكما ذكرنا سابقا أن القضاء في الأحوال الشخصية تعتريه أحكام خاصة بخلاف القضاء المدني والعقاري وغيره، ففي دعوى التعويض عن الطلاق فإن هذه الدعوى تخضع لإجراءات خاصة فلا يصدر الحكم، إلا بعد مرور هذه الدعوى بإجراءات خاصة وهي ما وضحتها أحكام المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري والتي نصت على أنه: « لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته (3) أشهر، ابتداء من تاريخ رفع الدعوى، يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي محاولات الصلح، يوقعه مع كتاب الضبط والطرفين...»¹

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، ولعل هذه الجلسات تكون سببا في معرفة أصل الخلاف الواقع بين الزوجين، وقد يكون رأي القاضي في جلسات الصلح رأي يرتاح له كلا الزوجين، مما يؤدي إلى رجوع الحياة الزوجية بينهما بعد ما كانت في الهاوية.

وقد جاء نص المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ومؤكدا هذا الإجراء حيث نصت على أنه: « محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية».² نلاحظ من خلال إستقرائنا لنص المادة أنه جاء في صيغته بلفظ الوجوب، أي سواء كان طلب الطلاق من الزوج أو الزوجة، فإن محاولة الصلح بين الزوجين أمر وجوبي على قاضي شؤون الأسرة إتيان هذا الإجراء بغض النظر عما يكون قد يتحقق من نتائج إيجابية أو سلبية. وقد أوضح المشرع إلى سرية هذا الإجراء نظرا لتعلقه بأمور شخصية بين الزوجين، فلا يعقل أن تكون مثل هذه الجلسات أمام الملأ.³ وقد جاءت المواد التالية بعد المادة المذكورة أعلاه توضح الأمور الإجرائية فيما يخص جلسات الصلح وبما يتعلق بمحضر جلسة الصلح.

وتعتبر محاولات الصلح إجراءً جوهريا ومن النظام العام، ولا يجوز الإتفاق على مخالفته، أو التخلي عن هذا الإجراء، وتظهر أهمية هذا الإجراء في تقصي الحقيقة أولا وهذا يظهر من خلال الأسئلة التي يطرحها القاضي على الزوجين حتى يستنبط من الذي أدى بالآخر إلى طلب الطلاق بالإضافة إلى معرفة هل هناك تعسف في إستعمال حق الطلاق أم لا، وما مبررات هذا الطلاق، فكل هذه الجزئيات لا تتضح في عرائض والمذكرات الجوابية

¹ الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، لسنة 2005.

² القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 21، لسنة 2008.

³ سائح سنقوقة، المرجع السابق، ص 604.

لزوجين ولهذا لا يمكن لقاضي شؤون الأسرة أن يؤسس حكمه على ما هو مكتوب في عرائض الزوجين. ولهذا ونظرا لأهمية هذا الإجراء، فتخلفه يجعل من الحكم قاصرا وعرضة للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا وذلك على أساس الخطأ في تطبيق القانون.

وقد جاء في هذا الشأن عدة قرارات للمحكمة العليا تؤكد على إلزامية هذا الإجراء ومن بينها القرار الصادر بتاريخ 1991/06/18 وجاء فيه: « من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون. ولما كان من الثابت - في قضية الحال- أن قضاة الموضوع الذين قضوا بالطلاق بين الزوجين دون القيام بإجراء محاولة الصلح بين الطرفين، يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون. ومتى كان كذلك، إستوجب نقض القرار المطعون فيه».¹

وقد صدر قرار آخر أيضا للمحكمة العليا يوضح إلزامية محاولة الصلح بين الزوجين ووجوب هذا الإجراء وهذا من خلال القرار الصادر بتاريخ 2006/11/15: « محاولة الصلح في دعوى الطلاق، تتم وجوبا أمام المحكمة فقط».²

وقد جاء قرار آخر بهذا المعنى صدر بتاريخ 2009/01/14 وجاء فيه: « القضاء بالتطبيق خلعا دون إجراء محاولات الصلح بين طرفي النزاع، مخالف أحكام المادة 49 من قانون الأسرة».³

ومن خلال هذه القرارات للمحكمة العليا يتضح لنا مدى إلزامية هذا الإجراء لقاضي أول درجة، لأن الخصومة تنطلق من عنده هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن الإستئناف في دعوى الطلاق تكون إلا في الجوانب المادية، كما وضحنا هذا سابقا، أما بالنسبة لإلزامية إجراء محاولة الصلح فهي سواء مثل ما هي في دعوى الطلاق كذلك هي في دعوى التطلق والخلع والنشوز لا فرق بينهم، بالإضافة إلى هذا قد يعرض الدعوى للرفض في حالة عدم حضور المدعي سواء كانت الزوجة أو الزوج وهذا ما أكده قرار للمحكمة العليا الصادر في 2009/01/14 وجاء فيه: « يجب على الزوج الطالب فك الرابطة الزوجية، حضور جلسة الصلح شخصيا، تحت طائلة رفض دعواه».⁴

يتضح من خلال هذا القرار مدى أهمية هذا الإجراء ومدى إلزاميته للزوجين وللقاضي. وقد وضع المشرع الجزائري أيضا من خلال أحكام المادة 49 من قانون الأسرة السابق ذكرها طول مدة هذا الإجراء بأن لا يتجاوز مدة 3 أشهر من وقت رفع الدعوى، وفي الأخير

¹ م ع، غ أش، 1991/06/18، ملف رقم 75141، م ق 1993، عدد 1، ص 65.

² م ع، غ أش، 2006/11/15، ملف رقم 372130، م ح ع 2007، عدد 2، ص 463.

³ م ع، غ أش، 2009/01/1514، ملف رقم 477546، م ح ع 2009، عدد 2، ص 279.

⁴ م ع، غ أش، 2009/01/14، ملف رقم 47495، م ح ع 2009، عدد 2، ص 271.

ألزم القاضي على تحرير محضر يبين فيه النتائج المتوصل إليها سواء كانت إيجابية أو سلبية، مع توقيعه في هذا المحضر هو وكاتب الضبط والزوجين.

وقد ألزم قاضي شؤون الأسرة أيضا بإجراء آخر يتمثل في تعيين حكيمين في حالة ما إشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وقد جاء نص المادة 56 من قانون الأسرة على أنه: « إذا إشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكيمين للتوفيق بينهما يعين القاضي الحكيمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكيمين أن يقدموا تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين»¹.

وقد وضحت كل من المادة 446 إلى غاية المادة 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مهام الحكيمين ودورهما بالإضافة إلى ذلك إلى إنهاء مهام الحكيمين من قبل قاضي شؤون الأسرة.²

ثالثا: الإجراءات الشكلية في دعاوى التعويض عن الطلاق في القانون المصري والسوري.

لقد وضحنا فيما سبق الإجراءات الشكلية التي فرضها المشرع الجزائري على أطراف الدعوى وقاضي شؤون الأسرة وتخلفها يؤدي إلى نقض الحكم من طرف المحكمة العليا، وفي هذا المقام سوف نلقي نظرة موجزة على الإجراءات الشكلية في كل من القانون المصري والسوري.

1- الإجراءات الشكلية المتبعة في القانون المصري:

لقد صدر القانون رقم 10 لسنة 2004 والذي ينص على إنشاء محاكم الأسرة وهي محكمة متخصصة ذات تشكيل قضائي متميز تتولى الفصل في دعاوى الأحوال الشخصية التي ترفع من أحد أفراد الأسرة ضد آخر بشأن تطبيق أحد قوانين الأحوال الشخصية والفصل فيها كأصل عام بقضاء نهائي على درجتين، وقد بينت أحكام المادة 3 من هذا القانون إختصاص محاكم الأسرة.³ وبالإضافة إلى ذلك فقد أوضحت المواد 5 وما بعدها إجراءات الصلح التي

¹ الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن

قانون الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، لسنة 2005

² تتعلق هذه المواد من 446 إلى المادة 449 بالأحكام المتعلقة بمهام الحكيمين وهذا في القانون رقم 08-09 المؤرخ في

2008/02/25، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية

الديمقراطية الشعبية، العدد 21، لسنة 2008.

³ جاء نص المادة 3 من القانون رقم 10 المؤرخ في 2004/03/18، والمتضمن قانون إنشاء محاكم الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية المصرية، العدد 12 (تابع أ)، لسنة 2004، على أنه: « تختص محاكم الأسرة دون غيرها، بنظر جميع مسائل الأحوال الشخصية التي ينعقد الإختصاص بها للمحاكم الجزئية والإبتدائية طبقا لأحكام قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الصادر بقانون رقم 1 لسنة 2000 ويسري أمام محاكم الأسرة في شأن صحف الدعاوى التي كانت تختص بها المحاكم الجزئية، وفي شأن أعضاء داوى النفقات وما في حكمها، شاملة دعاوى الحبس لإمتناع المحكوم عليه عن تنفيذ الأحكام الصادرة بها، أحكام المادة 3 من القانون ذاته وإستثناء من أحكام الفقرة الأولى يختص رئيس محكمة الأسرة بإصدار شهادات الوفاة والوراثة، ويجوز له أن يحيلها إلى المحكمة عند قيام نزاع جدي في شأنها، كما يختص دون غيره، بإصدار أمر على عريضة في السائل المنصوص عليها في المادة الأولى من مواد إصدار القانون رقم 1 لسنة 2000، وذلك بصفته قاضيا للأمر الوقتية».

تقع بين الزوجين، وهذا بإنشاء بكل دائرة إختصاص كل محكمة جزئية مكتب أو أكثر، لتسوية المنازعات الأسرية ومن مهام هذا المكتب هو النصح والإرشاد ومحاولة تسوية النزاع بالطرق الودية حفاظاً على كيان الأسرة، وقد حددت أحكام المادة 8 من نفس القانون مدة هذه الإجراءات بـ 15 يوماً من تاريخ تقديم الطلب، وقد تزيد هذه المدة بإتفاق الخصوم. وفي الأخير يجب تحرير محضر يدون فيه كل ما دار في مكتب تسوية المنازعات الأسرية ويوقع فيه أطراف النزاع.¹

ولقد جاءت نص المادة 12 من نفس القانون، توضح إختصاص محكمة الأسرة محلياً بالنظر في دعاوى الطلاق وغيرها وجاء فيها أنه: « تكون محكمة الأسرة المختصة محلياً بنظر أول دعوى ترفع إليها من أحد الزوجين، مختصة محلياً، دون غيرها، بالنظر لجميع الدعاوى التي ترفع بعد ذلك من أيهما، أو تكون متعلقة أو مترتبة على الزواج أو الطلاق أو التطلق أو التفريق الجسماني أو الفسخ...».

أما المادة 13 من نفس القانون فبيّنت أنه في حال عدم وجود نص خاص في هذا القانون يبين إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، يطبق فيه أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية وأحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية.²

2- الإجراءات الشكلية المتبعة في القانون السوري:

لقد جعل المشرع السوري إجراءات دعاوى الطلاق وتوابعها-التعويض- من إختصاص المحاكم الشرعية، ولقد جاء نص المادة 85 من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه: «يكون الرجل متمتع بالأهلية الكاملة للطلاق في تمام الثامنة عشر من عمره، يجوز للقاضي أن يأذن بالتطبيق، أو يجيز الطلاق الواقع من البالغ المتزوج قبل الثامنة عشرة إذا وجدت المصلحة في ذلك».³ يوضح هذا النص على أهلية التقاضي للزوج، ويجيز في نفس الوقت أن يأذن بالطلاق والتطبيق في حال توفر مصلحة في ذلك، وقد بينت أحكام المادة 87 من نفس القانون في فقرتها الثانية والثالثة طريقة التوكيل والتفويض في الطلاق، أما المادة 88 من هذا القانون فقد جاءت تبين على أن القاضي لا ينظر في دعوى الطلاق أو الخلع إلا بعد إجراء محاولة الصلح بين الزوجين في أجل أقصاه شهر.

¹ القانون رقم 10 المؤرخ في 18/03/2004، والمتضمن قانون إنشاء محاكم الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية المصرية، العدد 12 (تابع أ)، لسنة 2004.

² حيث نصت المادة 13 على أنه: « يتبع أمام محاكم الأسرة ودوائرها الإستئنافية القواعد والإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المشار إليه ، وتطبق فيما لم يرد به نص خاص فيها أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية وأحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، وأحكام القانون المدني في شأن إدارة وتصفية التركات » .

³ المرسوم التشريعي رقم 59 المؤرخ في 17/09/1953، والمتضمن قانون الأحوال الشخصية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية السورية، العدد 63، لسنة 1953.

ويظهر بأن المشرع السوري لم يخصص إجراءات خاصة فيما يخص دعوى التعويض عن الطلاق، وهذا ما يحيلنا إلى قانون أصول المحاكمات السوري.¹

والملاحظ مما تقدم أن كل من المشرع الجزائري والمصري والسوري يشتركون في اعتبار أن الطلاق لا يقع إلا أمام القاضي ويعتد به إلا بحكم، بالإضافة إلى ذلك يتضح لنا أيضا أنهم قد توحدوا في فرض الإجراء الجوهري وهو محاولة الصلح بين الزوجين قبل الحكم بالطلاق، أما فيما يخص إجراءات رفع الدعوى ومباشرتها فقد تميز كل تشريع عن الآخر ببعض الخصوصيات.

الفرع الثاني

التزام القاضي بما يقدمه الخصوم من طلبات

يتمثل الطلب في ذلك الإجراء الذي يتقدم به أحد أشخاص الدعوى إلى القضاء لعرض إدعائه طالب الحكم له به، حيث يحتوي هذا الطلب على مجموعة من العناصر الموضوعية والشخصية والشكلية.

وعملا بأحكام المادة 25 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يتحدد موضوع النزاع بالإدعاءات التي يقدمها الخصوم في عريضة إفتتاح الدعوى ومذكرات الرد، وتحديد موضوع النزاع مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا. بالإضافة إلى ذلك فقد بينت أحكام هذه المادة في فقرتها 3 على أنه هناك خمسة أنواع من الطلبات وقد نصت على أنه: « ... تتحدد قيمة النزاع بالطلبات الأصلية والإضافية وبالطلبات المقابلة أو المقاصة القضائية... ».²

فالطلبات الأصلية هي الطلبات التي تنشأ بها خصومة لم تكن موجودة من قبل وترفع بورقة تسمى عريضة إفتتاح الدعوى، ويجب أن تطرح على المحكمة المختصة بها من جميع الوجوه، ويقابلها طلبات عارضة وهي الطلبات التي تبدي أثناء سير الدعوى.

كذلك فإن المدعي سواء كان الزوج أو الزوجة حر في إبداء ما شاء من الطلبات الأصلية في عريضة دعواه، فإن المدعى عليه أو عليها ليسوا أحرار في إبداء ما يشاؤون من طلبات العارضة التي تعدل من نطاق الخصومة.

فالطلب الأصلي يترتب عليه نشأة الخصومة وإفتتاحها بين المدعي والمدعى عليه، ومن يوم إفتتاح الدعوى وبدأ سريانها يصبح القاضي ملزم بالتحقيق في الطلبات والفصل فيها، فإن

¹ المرسوم التشريعي رقم 84 المؤرخ في 28/09/1953، والمتضمن قانون أصول المحاكمات، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية السورية، العدد 63، لسنة 1953.

² القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 21، لسنة 2008.

إمتنع القاضي هنا عن الفصل في الطلب كان مرتكبا لإنكار العدالة والمحكمة من تراجع إلى قاعدة إمتناع القصاص الخاص، لأن صاحب الحق المعتدي عليه إذا لم يحصل على الحماية القضائية فإنه سوف يحاول القصاص بنفسه لنفسه. كما أن إمتناع القاضي عن الحكم في الدعوى بلا مبرر يعتبر سببا من أسباب مخاصمة القاضي.

كما أن سلطة المحكمة لم تحدد فيما يتعين عليه الفصل فيه بما يقدم لها من طلبات، فليس للمحكمة أن تفصل فيما لم يطلبه الخصوم، فإن قضت في أمر لم يطلبه الخصوم أو جاوزت فيه ما طلبه الخصوم فإن حكمها يكون خاطئ وجاز الطعن فيه.¹

وعليه يتضح مما تقدم أنه يجب أن يحتوي الطلب الأصلي على نقاط وتتمثل في تحديد نطاق الخصومة، من جهة موضوعها وسببها وأطرافها. وتقدر 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 في تحديد قابلية الطعن فيه.

وبعد تقديم المدعي لطلبه الأصلي الذي يختار وقت رفعه والعناصر التي تضمنها طلبه، ويرفع هذا الطلب على المدعي عليه الأصلي، والمدعي أن يقيم دعوى واحدة لعدة طلبات على المدعي عليه، فتكون الدعوى مشتملة على عدة دعاوى متعددة متمثلة في صورة طلبات وليس هناك نص قانوني يمنح ذلك.²

أما الطلبات العارضة فيراد منها ما يترتب على كل نزاع يضاف إلى الطلب الأصلي بصورة تبعية، كأن يطلب الزوج مثلا وهو في هذه الحالة مدعي بإجراء خبرة طبية على زوجته وهي المدعى عليها التي تدعي أنها فقدت عذريتها يوم زواجها بالمدعي لتحمل مسؤولية الطلاق عليه، حيث يرجى من الخبرة الطبية أن الزوجة كانت فاقدة لعذريتها منذ فترة زمنية بعيدة. فالطلب الأصلي هنا يبرر شرعية طلب الزوج للطلاق، بينما الطلب العارض هنا، هو تأكيد فقد الزوجة لعذريتها منذ زمن بعيد.

أما الطلب الإضافي فهو الطلب الذي يقدمه أحد أطراف النزاع، بهدف تعديل طلباته الأصلية، فالهدف من تقديم الطلب الإضافي هو تعديل الطلب الأصلي بالزيادة أو الإنقاص وليس إستبداله بطلب آخر.

غير أن الطلب المقابل فيقصد به الطلب الذي يقدمه المدعى عليه للحصول على منفعة فضلا عن طلبه رفض مزاعم خصمه، ويتميز هذا عن طلبات الدفوع لأن هذه الأخيرة وسيلة دفاعية محضة من المدعى عليه يقتصر دورها على مجرد رفض طلبات المدعي. بينما الطلب

¹ نبيل صقر، المرجع السابق، ص 104 وما بعدها.

² عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص 71.

المقابل هو وسيلة هجومية لا تقتصر فقط على طلب رفض مزاعم الخصم بل يرمي كذلك إلى الحصول على منفعة بموجب حكم لصالح المدعى عليه.¹

ومن أمثلة ذلك أن يقيم الزوج المدعي دعوى رجوع إلى بيت الزوجية فتقدم الزوجة المدعى عليها طلبا مقابلا، يتمثل في تعويضها على إهمالها وعدم النفقة عليها. وعليه فدعوى الطلاق أو التعويض عن الطلاق فهي تخضع لنفس المبادئ العامة التي تخضع لها الدعوى المدنية، وتعتبر الدعوى كقاعدة عامة هي ملك لأطرافها لهم الحق في إبداء طلباتهم ودفعوهم، بالإضافة إلى ذلك فهم الذين يقدمون وسائل الإثبات على طلباتهم ودفعوهم، وعلى القاضي أن يلتزم بطلبات الخصوم، وعليه فإن القاضي لا يمكنه أن يستخدم معلوماته الشخصية عن موضوع النزاع، سواء تكون له هذا العلم في الجلسة التي ينظر فيها هذا النزاع أو خارجها، وليس له كذلك أن يستحدث دليلا غير صادر من الخصوم في الدعوى.²

ومن المبادئ الأساسية أن القاضي لا يباشر وظيفته إلا بناءً على الطلبات الموضحة في العريضة، فلو علم القاضي بوجود نزاع بين الزوج وزوجته فإنه لا يستطيع أن ينظر في هذا النزاع دون أن يقدم طلب من أحد الزوجين، فالقاضي لا يعمل من تلقاء نفسه، لأنه لو بدأ القاضي الخصومة دون طلب لأصبح مدعيا وحاكما في نفس الوقت، وبالتالي يصبح قاضي الشؤون منحازا ضد المدعي عليه، وخروج القاضي عن حياده يجعل حكمه قابلا للنقص والإبطال، وبالتالي فإن فرضنا أن الزوج قد تنازل عن طلبه والمتمثل مثلا في الطلاق فإن القاضي يصبح ملتزم بالطلب الذي وضعه الزوج ضمن عريضته أو مذكرته الجوابية، لأن القاضي ليس من صلاحيته تجاوز طلبات الخصوم أو أن يحكم بغير ما طلبه الخصوم.³

وعليه يتضح من ذلك أن وظيفة القاضي محدد بالفصل فيما يعرض عليه من طلبات فلا يملك ولاية التدخل في أمور لم تعرض عليه، ولا يملك أيضا الإجابة على أمور لم يسأل فيها خارج نطاق القضايا المعروضة عليه، لذا لو قررت المحكمة بشيء لم يطلبه الخصم فإن ذلك يعد مبررا للطعن به، فما لم يطلبه الخصم بعريضة دعواه لا يعتبر جزء منها، والحكم يعد تجاوزا على معنى الدعوى والخصومة.⁴

فلو افترضنا أن المطلقة لم تطالب بالتعويض عن ضرر الطلاق ضمن طلباتها المقدمة أو مذكرات جوابها بالرغم أن الطلاق وقع من الزوج وكان متعسفا فيه، فهنا في مثل هذه الحالة ليست للقاضي سلطة تقديرية في أن يقضي لها بالتعويض، على أساس أن الضرر ثابت في حق المطلقة، ولو فعل يصبح حكمه معرض للطعن، فالقاضي في مثل هذه الحالة يحفظ

¹ عبد الرحمان بربارة، المرجع السابق، ص73.

² نبيل صقر، المرجع السابق، ص 108، 109.

³ المرجع نفسه، ص109.

⁴ محمد دمانة، المعايير التشريعية والقضائية لعدالة التعويض، مجلة الدراسات القانونية، العدد 13، مركز البصيرة للبحوث والإستشارات والخدمات التعليمية، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، 2011، ص 98.

حق المطلقة في طلب التعويض عن ضرر الطلاق، أي لو رفعت دعوى أخرى مستقلة عن دعوى الطلاق، تطالب فيها بالتعويض عن ضرر الطلاق فإن قاضي شؤون الأسرة ليس له رفض الدعوى على أساس سبق الفصل فيها، فهو في هذه الحالة ملزم بالفصل في الدعوى والنظر في طلبات المطلقة.

ويعرف موضوع الطلب بأنه النتيجة المرجوة من هذه الدعوى، مثل لو كان التطبيق والتعويض عن الضرر اللاحق بها- الزوجة-، فالزوجة هنا غير ملزمة بإعطاء موضوع طلبها الوصف القانوني الصحيح، لأن القاضي هو صاحب الهيمنة على التكييف الصحيح لموضوع الطلب، وذلك لأن التكييف مسألة قانون مما يدخل في صميم مهمة القاضي. وعلى هذا فإن القاضي في حدود ما يستخلصه من الوقائع الصحيحة التي يدلي بها الخصوم عن موضوع طلباتهم وسببها يعالج الدعوى أساس سببها القانوني، ولا جناح على القاضي إن خالف تكييف الخصوم الخاطيء له، فإن مثل هذا التكييف لا يقيد القاضي الذي يلتزم بحكم وظيفته بإعطائها وصف التكييف الصحيح والسليم، وعلى هذا الأساس يصل إلى معرفة السبب القانوني الصحيح فإنه يحكم في موضوع طلبات الخصوم على أساس هذا السبب ولو كان هذا السبب مخالفا للسبب الذي ساقوه خطأ لإسناد دعواهم.¹

وبذلك يتضح لنا أن قاعدة منع القاضي من تغيير موضوع الطلب لا تشكل قيوداً على سلطته في تطبيق القانون، فالمحظور على القاضي هو تغيير مجموع الوقائع التي تمسك بها الطالب والمكونة لموضوع طلبه لا التكييف القانوني لهذه الوقائع.

وتجدر الإشارة في الأخير أن المدعي قد يضع في عريضته الإفتتاحية طلبات أخرى إحتياطية، أي لاحقة بالطلب الأصلي، حيث يهدف المدعي في هذه الحالة إلى الحكم والأخذ بأحدهما، لأن المحكمة تلتزم فقط بالفصل في أحدهما، فإذا قبل الطلب الأصلي يحظر عليها النظر إلى الطلب الإحتياطي، ولا يمكن لها الفصل في الطلب الإحتياطي إلا إذا رفضت الطلب الأصلي، ومثالها لو طلبت الزوجة التطبيق من قاضي شؤون الأسرة وكان هذا هو الطلب الأصلي لها، وتطلب إحتياطياً طلب آخر يتمثل في تعيين طبيب مختص للكشف عن زوجها بأنه أصيب بمرض معدي ولا ينتظر شفاؤه من هذا المرض.

وبالرجوع إلى العمل القضائي يتضح لنا من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا في 2005/05/18 كيفية العمل القضائي في موضوع الطلبات المقدمة من الخصوم وقد جاء في هذا القرار أنه: « من المقرر قانوناً أن الطلب المقدم على مستوى الإستئناف، الرامي إلى الحكم بالنفقة للولد ومصاريق الوضع والنفاس يعد طلباً مشتقاً من الطلب الأصلي ولا يعتبر طلباً جديداً».²

¹ نبيل صقر، المرجع السابق، ص109.

² م ع، غ أ ش، 2005/05/18، رقم القرار 332218، ن ق 2011، العدد 66، ص311.

حيث يتضح من خلال هذا القرار أن الطاعن -الزوج- قد إعترض على قرار المجلس وقد جاء في إحدى أوجه الدفع التي أثارها في عريضة الطعن بالنقض أن المجلس قد حكم بنفقة المزيود الصافي بواقع 1200 دج شهريا وحق النفاس والوضع 10.000 دج وهذا طلب جديد وبالأخص مصاريف الوضع والنفاس وهذا طلب جديد مما ضيع على الطاعن درجة من درجات التقاضي.

فكان رد المحكمة العليا على هذا الوجه أن الطلبات التي تقدمت بها المطعون ضدها على مستوى الإستئناف إنما هي طلبات مشتقة من الطلب الأصلي ولا تعد طلبات جديدة كما يعتقد الطاعن وأن القضاة لما قضوا بها لفائدة المطعون ضدها لم يخالفوا أحكام المادة 107 من قانون الإجراءات المدنية، وعليه فإن هذا الوجه قائم على أساس غير قانوني مما يتعين معه رفض الطعن.

وعليه فإننا نلاحظ مدى تدخل القضاة وطريقة إستنباطهم وتحليلهم لطلبات الخصوم، وهذا يوضح لنا أن القضاة ملزمين بما يقدمه الخصوم من طلبات في حال كانت هذه الطلبات مؤسسة قانونا، وبمفهوم المخالفة فإن قضاة الموضوع لا يأخذون بالطلبات المقدمة والتي لا تستند إلى أي أساس قانوني، بالإضافة إلى أن أحكام القضاة وقراراتهم قد تصبح معرضة للطعن بالنقض وهذا في حالة حكم القاضي بما لم يطلب به الخصوم أو يقضي بأكثر مما طلب أو في حالة سهو القضاة عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية، وهذا ما أكدته أحكام المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها 16 و 17 وجاء فيها: « لا يبني الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه الآتية: الحكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب. السهو عن الفصل في أحد الطلبات الأصلية»¹.

مع الملاحظة أن الإجراءات المتعلقة بالنظام العام يثيرها القاضي من تلقاء نفسه حتى وإن لم يطلب بها أحد الخصوم.

الفرع الثالث

تسبيب الأحكام القضائية

يعتبر تسبيب الحكم إجراء جوهري لا بد للقاضي من إتيانه في الحكم، ويرد التسبيب عادة بعد عبارة «وعليه فإن المحكمة» أو «وعليه فإن المجلس» للدلالة على إنتهاء مرحلة وبداية أخرى، ويقصد بالتسبيب هو ما توصل إليه القاضي إلى حكم في القضية، فإنه يصدر الحكم بناء على أسباب، وبمفهوم آخر فالتسبيب هو تبرير للنتيجة التي توصل إليها القاضي،

¹ القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25/02/2008، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 21، لسنة 2008.

ويجب أن يعتمد هذا التبرير على المنطق السليم وعلى أحكام القانون، ويعني بالرد على طلبات ودفع الأطراف ومذكراتهم المودعة بصفة قانونية، وإعطاء التكييف القانوني السلم للوقائع، وبذلك فهو يعبر على جدية المحكمة وإطلاعها على تفاصيل الخصومة، وتطبيق القانون بشأنها بصفة سليمة.¹

إن الإلتزام بالتسبب يعد أداة إقتناع ووسيلة إطمئنان ولذلك وجب على القضاة الإلتزام به، فالحكم دون بيان أسبابه هو والهوى سواء، فعن طريق الأسباب يتضح الإقتناع الذاتي للقاضي، ويكون مبنيا على أسس موضوعية حقيقية ويقينية، تبرر صدور حكمه في الواقع والقانون، مما يضمن حسن سير الجهاز القضائي ويدعم الثقة في القضاء، فتسبب الحكم ضمانا أقرها الدستور لسنة 1996 في مادته 144 وجاء فيه: « تعال الأحكام القضائية وينطق بها في جلسات علانية».²

فتسبب الحكم ضمانا أقرها الدستور حتى تتسنى المراقبة اللازمة للأحكام، وكذا كفالة حقوق أطراف النزاع، لذا فإن عدم ذكر الأسباب في الحكم أو القرار يعرضهم للنقض وهذا ما أكدته أحكام المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها التاسعة والعاشرة والحادي عشرة وجاء فيها: « لا يبنى الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه التالية:....إنعدام التسبب، قصور التسبب، تناقض التسبب مع المنطوق...»³

إن من مقتضيات العدالة أن تكون هناك وسيلة فعالة يستطيع القاضي - بوصفه بشرا معرضا للخطأ في عدله البشري - أن يبزر الحكم الذي أصدره مما يبين سبل بناء قناعته الذاتية ويسمح بالرقابة على قضائه إزاء أطراف النزاع والمحكمة العليا، وذلك لا يأتي إلا بالإلتزام بالتسبب، الذي لا ينبغي بالنظر إليه كمجرد شكل تستكمل به الورقة الرسمية للحكم، إنما يجب أن تكون مقدمات القاضي فيه سائغة وكافية لحمل منطوق الحكم. فبالنسبة لأطراف الدعوى - الزوج والزوجة- يعتبر التسبب لهم وسيلة إقناع، حيث يكفل التسبب إقناع كل أطراف الدعوى بصحة وعدالة الحكم ويعتبر في نفس الوقت أنه حق من الحقوق الزوجين بصفة خاصة، والأطراف المتخاصمين بصفة عامة، و يخولهم القانون الإطلاع عليه و الإطمئنان إليه⁴، إذ يلتزم القاضي بالرد على الطلبات الهامة والدفع الجوهري التي يثيرها

¹ عيسى بن عبد الله الغيث، تسبب الأحكام القضائية، العدد 15681، جريدة الرياض، السعودية، 2011/05/31، ص 24.

² مرسوم رئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 1996/12/07، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في إستفتاء 1996/11/28، المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 76، لسنة 1996.

³ القانون رقم 09-08 المؤرخ في 2008/02/25، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 21، لسنة 2008.

⁴ إدريس فاضلي، إجراءات التقاضي (أمام المحكمة-المجلس-المحكمة العليا)، مطبعة فسيلا للنشر والتوزيع، د م ن، ط 1، 2012، ج 2، ص 166.

الأطراف، فيوردها في حكمه بل ويبين أسباب الأخذ بها من عدمه بالرد الكافي والسائغ عليها.¹

ولهذا يعتبر تسبب الأحكام من الإجراءات الجوهرية في بناء الحكم وهذا ما أكدته أحكام المادة 277 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وجاء فيها: « لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد تسببه، ويجب أن يسبب الحكم من حيث الوقائع والقانون، وأن يشار إلى النصوص المطبقة، يجب أيضا أن يستعرض بإيجاز وقائع القضية وطلبات وإدعاءات الخصوم ووسائل دفاعهم، ويجب أن يرد على كل الطلبات والأوجه المثارة، يتضمن ما قضى به في شكل منطوق».² حيث يتضح من خلال نص المادة على مدى إلزامية هذا الإجراء بالنسبة للقضاة، حيث بين ما يلزم على القاضي ذكره في تسبب حكمه، بالإضافة إلى ذلك فقد وضحت مدى إلزام القاضي بالرد على كل طلبات الخصوم والأوجه المثارة من قبلهم، وهذا ما يقيد السلطة التقديرية للقضاة.

وتزداد أهمية التسبب حين نجدها مذكورة ضمن المادة 451 في الكتاب الثاني المتعلق بالإجراءات الخاصة بكل جهة قضائية حيث نصت على أنه: « يعاين القاضي ويكيف الوقائع المعتمد عليها في تأسيس الأسباب المدعمة لطلب التطبيق طبقا لأحكام قانون الأسرة... يتعين على القاضي تسبب الإجراءات المأمور به إذا تعلق بخبرة طبية...».³

يتضح من خلال صياغة هذه المادة أنها جاءت على صيغة الوجوب، فقررت أن على القاضي أن يكيف الوقائع وما إذا كانت تسمح للزوجة بالإستناد عليها في طلب التطبيق، وفقا لأحكام قانون الأسرة، وهذا التكييف للوقائع سوف يدرجها القاضي ضمن تسببه للحكم، أما الفقرة الرابعة فألزمت القاضي بضرورة تسبب الأمر الرامي إلى إجراء الخبرة الطبية، بغض النظر عن كونها عقلية أو عضوية حسب الحالة.⁴

وعليه مما تقدم يتضح مدى إلزامية هذا الإجراء على القضاة بصفة عامة وعلى قاضي الشؤون بصفة خاصة.

أما من الناحية القضائية سوف نوضح موقف قضاء المحكمة العليا على مدى إلزامية القاضي بتسبب الأحكام والقرارات، وقد صدر قرار عن المجلس الأعلى بتاريخ 1984/04/02 وجاء فيه: « من المقرر شرعا أن تقرير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسببه وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى

¹ نبيل صقر، المرجع السابق، ص257 ومابعداها.

² القانون رقم 09-08 المؤرخ في 2008/02/25، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد21، لسنة 2008.

³ القانون رقم 09-08 المؤرخ في 2008/02/25، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد21، لسنة 2008.

⁴ سائح سنقوقة، المرجع السابق، ص623.

وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد إنتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، إذا كان الثابت أن قضاة الإستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبرير ما حكموا به على الإشارة إلى حالة الطرفين وطبيعتهما الإجتماعية دون إعتبار لحالة وطبقة كل منهما وغناهما أو فقرهما أو غبن أحدهما أو فقر الآخر، ودون إعتبار 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 يعطى عادة بما يتناسب مع إمكانيات الزوج المادية، فإن هؤلاء القضاة فصلوا بدون تسبب وإعطاء شيء غير مألوف دون الإستناد على أية قاعدة شرعية، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يتعلق برفع مبلغ المتعة دون إحالة»¹.

حيث يتضح من خلال هذا القرار أن قضاة المجلس لما رفعوا مبلغ المتعة لم يبنوا حالة وطبقة كل واحد من الزوجين، فكان من الواجب على قضاة المجلس تسبب وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى وفقر لأن هذا التسبب يوضح لقضاة المجلس الأعلى الأساس الذي إستندوا إليه قضاة المجلس لرفع مبلغ المتعة، لأن هذه التفاصيل تدخل في صميم القانون الذي هو خاضع لرقابة المجلس الأعلى، ومن ثم فإن القرار فصل بدون تسبب وأعطى شيئا غير مألوف دون الإستناد على أي قاعدة شرعية، الأمر الذي أدى إلى نقض قرار المجلس.

وقد جاء في أحد أوجه الطعن المقدمة لدى المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 2000/02/22 أنه: « الوجه الثاني: المأخوذ من إنعدام الأسباب بدعوى أن قضاة الإستئناف لم يردوا على دفعوع الطاعنة وأن ما إستقر عليه الإجتهد القضائي هو أن عدم الرد على الدفعوع وعدم مناقشتها يعتبر إنعداماً للأسباب وهو ما يعرض القرار المطعون فيه إلى النقض والإبطال.

لكن وحيث أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة الإستئناف قد صادقوا على الحكم المستأنف وبذلك يكونوا قد تبنوا حيثيات الحكم المستأنف...»².

حيث يتضح من خلال هذا القرار أن الطاعنة أثارت وجها للطعن فيما يخص إنعدام الأسباب في قرار المجلس، غير أن قضاة المحكمة العليا ردوا هذا الوجه على أساس أن قضاة المجلس صادقوا على الحكم المستأنف وهذا يعتبر أنهم أيدوا الحكم وأقروا به،

وقد جاء قرار آخر يوضح أن الحكم المشوب بقصور في التسبب يكون قابلا للطعن فيه وهذا ما يؤكد القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2000/06/20 وجاء فيه: « من المستقر عليه قضاء أنه يمكن تعويض الزوجة الطالبة للطلاق في حالة ثبوت تضررها فعلا. ومن الثابت – في قضية الحال- أن الطاعنة متضررة فعلا بسبب تعرضها للضرب المبرح من

¹ م ع، غ أش، 1984/04/02، ملف رقم 32779، م ق 1989، عدد 2، ص 61.

² م ع، غ أش، 2000/02/22، ملف رقم 235367، م ق 2001، عدد 1، ص 275.

طرف زوجها والذي أدى إلى سقوط حملها، وأن القرار المطعون فيه بقضائه بعدم إستحقاق الطاعنة للتعويض لأنها هي التي طلبت الطلاق دون أن ينظر إلى الضرر اللاحق بها من جراء الضرب المبرح الذي تعرضت له من طرف زوجها مشوب بالقصور في التسبب، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً فيما يخص التعويض»¹.

حيث يتضح من خلال هذا القرار أن الطاعنة طالبت بالتعويض بسبب الضرب الذي تعرضت له غير أن قضاة الإستئناف قد حرموها من التعويض، على أساس أنها طلبت التطلق، حيث إعتبروا أن تطليقها يعد تعويضا لها، غير أنهم لم يوضحوا هذا التسبب في قرارهم، مما جعله مشوب بالقصور في التسبب، ولهذا أصبح عرضة للطعن بالنقض من طرف المحكمة العليا.

وتتجلى أهمية التسبب أو التحييث في الأحكام والقرارات في أنها تثبت مدى صحة هذا الحكم أو القرار، وهذا يتضح من خلال القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1989/12/25 وجاء فيه: « متى كان من المقرر قانوناً أنه إذا وجد تناقضا بين حيثيات القرار ومنطوقه فإن هذا القرار يكون مشوباً بإنعدام التسبب والتناقض، ولما كان ثابتاً - في قضية الحال- أن القرار المطعون فيه يشير في حيثياته إلى تاريخ سريان النفقة ورفعها بالنسبة للبنتين وللأم وفي منطوقه يصرح بالمصادقة على الحكم المستأنف برفع مبلغ التعويض فقط وعليه فإن هذا القرار يكون مشوباً بالتناقض، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه»².

حيث يتبين لنا الخلط الذي وقع فيه قضاة الموضوع والتناقض الصارخ الذي وقع بين حيثيات القرار ومنطوقه، بينما في حيثيات القرار يشير إلى تحديد سريان نفقة الأم و إبنيتها مع تقرير برفعها، بينما في منطوق القرار نجده أنه يصادق مبدئياً على الحكم المستأنف ويرفع مبلغ التعويض فقط، دون ذكر لنفقة الأم و إبنيتها بالرفع مع أنه تطرق لها في حيثيات، مما جعل القرار متناقضاً فيما بين حيثياته و منطوقه، وعليه ترتب نقض القرار.

لقد وضح لنا هذا القرار أهمية تسبب الأحكام وضرورتها كإجراء جوهري حتى يتسنى لأطراف الدعوى وكذلك للمحكمة العليا من معرفة الأسس والقواعد التي إعتدتها القاضي في بناء حكمه، بالإضافة إلى ذلك فالإلزامية تسبب الأحكام الغرض منها حماية القاضي نفسه، أو حماية هيئة الحكم إن كانت جماعية، فحتى يقع 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

¹ م ع، غ أش، 2000/06/20، ملف رقم 245159، م ق 2001، عدد خاص، ص 259.

² م أ، غ أش، 1989/12/25، ملف رقم 56268، م ق 1991، العدد 3، ص 58.

الأحكام والتنبيه لخلوها من التعسف والجور، ولا شك أن ذلك يبعث الإطمئنان في نفوس المتقاضين.

المطلب الثاني

الضوابط التي تحكم السلطة التقديرية للقاضي في تعويض الضرر

نعني بالسلطة التقديرية بأنها الحرية المتروكة للقاضي بمقتضى القانون صراحة أو ضمنا من أجل إختيار الحل الأنسب والأقرب إلى الصواب من بين الحلول الأخرى، ويكون مجالها واضح في النص القانوني كلما إستعمل لفظ مثل يمكن، يحق، يتعين للقاضي، يجوز...إلخ، وتعد السلطة الممنوحة للقضاة عبارة على تكليف، أو هي في حد ذاتها وطبيعتها تكليف ومسؤولية، من خلالها يلتزم القاضي بتحقيق إرادة المشرع من خلال تطبيق النص القانوني على الوقائع المعروضة عليه، لأن القاضي مطالب في نهاية الأمر بتطبيق وإحترام القانون.

إن هذه العملية -السلطة التقديرية- ليست بالسهلة أو اليسيرة، كما تبدوا لأول وهلة من القاضي الذي يحكم النزاع خصوصا إذا ما واجه القاضي نصوص قانونية مرنة غير جامدة، ففي هذه الحالة يسعى القاضي للوصول إلى حل في النزاع.

ذلك إن هذا الأخير صراع بين الخصوم متحرك بعناصره غير ثابت، فهو كمعركة يتسع ميدانها ليشمل طلبات جديدة ووسائل دفاع وهجوم، وإتساع وإنكماش بما مفاده تعقيد للدعوى، مما يجعل من مهمة القاضي، أكثر صعوبة في الوصول إلى الحكم في النزاع هذه الحركية التي تصاحب تطبيق النص القانوني من قبل القاضي تسمى « السلطة التقديرية ».

ولقد أصبحت السلطة التقديرية للقاضي تمثل ركن ركينا في العمل القضائي بصفة عامة، وبالتالي فقد إكتسى هذا الموضوع أهمية قصوى في نشاط القاضي، خصوصا عندما يستخدم المشرع عبارات مطلقة، ويترك المجال واسعا أمام القاضي بمناسبة تطبيقه للنص القانوني على الواقعة المعروضة أمامه.

فالسلطة التقديرية أوضحت ضرورة حتمية وخصيصة جوهرية، للدعوى وللقاضي، يلجأ إليها هذا الأخير بموجب تصريح من قبل المشرع للإهتداء إلى الحكم القانوني بصدد الدعوى المثارة أمامه، ووفقا لذلك يتعين على القاضي أن يراعي الضوابط والقواعد المنظمة لهذه السلطة، خصوصا عندما يستعمل السلطة التقديرية في تعويض الضرر الناجم عن الطلاق، وهذا ما سوف نوضحه في هذا المقام.

الفرع الأول

تقدير التعويض حسب جسامته ودرجة التعسف

حيث تنص المادة 52 من قانون الأسرة على أنه: « إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها»¹.

يتضح عند إستقراءنا لنص المادة أن المشرع الجزائري ترك المجال مفتوحاً لسلطة القاضي في تقدير التعويض في حالة تعسف الزوج في الطلاق، وبين التعويض في هذه الحالة على أساس وجود التعسف وعلى الضرر اللاحق بالزوجة.

جاء نص المادة 53 مكرر من نفس القانون بأنه: « يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها». حيث يتضح من خلال نص هذه المادة أنه لم يحدد المشرع الجزائري معايير تحديد الضرر، ولا لضوابط تحديد التعويض بل تركها لسلطة القاضي التقديرية في تعويض هذا الضرر اللاحق بالزوجة.

وبرجعنا لنص المادة 55 من نفس القانون على أنه: « عند نشوز أحد الزوجين بحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر».

حيث يتضح أيضاً من خلال نص المادة أن المشرع فتح المجال واسعاً أمام القاضي لإستعمال السلطة التقديرية في تعويض الضرر.

غير أنه وبالرجوع للمشرع المصري والسوري نلاحظ أنهما حددا طريقة ومقدار التعويض عن الطلاق في حالة تعسف الزوج في استعمال حقه، ولما نرجع لنص المادة 18 من القانون 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985 نجد أنها تنص على أنه: « الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسراً أو عسراً ومدة الزوجية ويجوز أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط»².

حيث من خلال إستقراءنا لنص المادة يتضح لنا أن المشرع المصري قيد سلطة القاضي في التعويض بشرط أن تكون الزوجة مدخول بها في زواج صحيح ويطلقها دون رضاها ولا تتحمل أي مسؤولية عن هذا الطلاق أي لا تكون هي السبب في إيقاع الطلاق من طرف الزوج، وعليه فالقاضي في هذه الحالة يحكم بتعويض المطلقة تحت مصطلح المتعة بمبلغ يقدر بنفقة

¹ الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، لسنة 2005.

² القانون 100 المؤرخ في 1985/07/04، المعدل للقانون 25 المؤرخ في 1925/03/25، والمتضمن قانون الأحوال الشخصية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية المصرية، العدد 27 (تابع)، لسنة 1985.

سنتين على الأقل، يتضح من خلال هذا أن أي مطلقة تستحق هذا التعويض عن الطلاق سواء كان الزوج متعسف في الطلاق أو لا، و حتى ولو لم يلحق المطلقة ضرر فهي تستحق هذا التعويض والمتمثلة في المتعة مع أنه- المشرع المصري- راعى ظروف الزوج المطلق كما هو موضح من خلال نص المادة وأيضا مدة الزواج بين الطرفين، وكذلك فقد منح للقاضي بأن يعطي رخصة للزوج في تسديد هذه المتعة على أقساط.

بخلاف المشرع الجزائري الذي أعطى حق التعويض للزوجة إلا في حالة تعسف الزوج في الطلاق أي أنه طلق زوجته دون مبرر شرعي أو أن الزوجة لحقها ضرر في حالة التطلاق كما سبق ذكرها في المادة 53 مكرر من قانون الأسرة،¹ بالإضافة إلى هذا فإنه يقضي بالتعويض للطرف المتضرر عند نشوز أحد الزوجين، وهذا حسب أحكام المادة 55 من نفس قانون الأسرة السابق ذكرها.

وبالرجوع للمشرع السوري نجده أنه نص على تعويض المطلقة في نص المادة 117 وجاء فيها: « إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقة جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حالة ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يجعل هذا التعويض جملة أو شهريا بحسب مقتضى الحال»².

حيث يتضح أن المشرع السوري قد قيد سلطة القاضي في تعويض المطلقة وهذا بدرجة تعسف الزوج في الطلاق هذا من جهة ومن جهة ثانية نلاحظ أن المشرع السوري قد قيد سلطة القاضي في التعويض على أن لا يتجاوز مبلغ التعويض نفقة ثلاث سنوات لأمثالها، بالإضافة إلى هذا فقد راع المشرع السوري حال الزوج في دفع مبلغ التعويض.

غير أنه ما يجدر الإشارة إليه أن المشرع السوري قد وضع شرطين لإستفادة المطلقة من التعويض، والشرط الأول يتمثل في أن يكون الزوج متعسف في الطلاق، والشرط الثاني أن هذا الطلاق سيسبب للمطلقة بؤس وفاقة، وبمفهوم المخالفة أنه إذا كانت المطلقة غنية أو تمتلك عقارات وأموال فإنها في هذه الحالة لا تستحق التعويض عن هذا الطلاق.

بخلاف المشرع الجزائري الذي لم يتطرق لحالة الزوجين في تحديد مبلغ التعويض أو إلى تحديد طريقة تسديد هذا المبلغ من التعويض.

¹ الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، لسنة 2005.

² المرسوم التشريعي رقم 59 المؤرخ في 1953/09/17، والمتضمن قانون الأحوال الشخصية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية السورية، العدد 63، لسنة 1953.

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، فإنه يقدر هذا التعويض حسب جسامة الضرر، ودرجة التعسف في استعمال هذا الحق -الطلاق- فمبدأ التعويض هو جبر الضرر، بأن يكون هذا التعويض المستحق للمضرور مساويا للضرر الذي لحقه دون زيادة أو نقصان.¹

على اعتبار أن الهدف من التعويض هو جبر الضرر، وعلى ذلك فيجب على القاضي أن يقدر التعويض تقديرا صحيحا بأن يكون مساويا لقدر وقيمة جسامة الضرر الذي لحق المضرور، جامعا لكل عناصره الموجبة للتعويض مادية كانت أم معنوية، فجسامة الضرر تختلف باختلاف الأطراف والظروف الملازمة فمثلا جسامة الضرر الواقعة على المطلقة التي كانت متزوجة لمدة 20 سنة وهي أم لأربعة أولاد، ليست نفسها بالنسبة للمطلقة التي لم يدم زواجها أكثر من أربعة سنوات وليس لها أولاد، فالقاضي هنا يحكم سلطته في التعويض عن ضرر الطلاق لكل واحدة، فالقاضي بالرغم من تمتعه بسلطة تقديرية في تعويض الضرر غير أنه ملزم بتقدير التعويض حسب جسامة الضرر، وكذلك حسب درجة التعسف في استعمال الحق.

فالطلاق حق مقرر للزوج والخلع أيضا حق مقرر للزوجة فلو إفترضنا أن الزوج إستعمل حقه في الطلاق غير أنه حين إستعماله لهذا الحق فإن قاضي الموضوع يتحرى في مدى إستعمال هذا الحق على الوجه الشرعي والقانوني فإذا إتضح له تعسف الزوج حكم للمطلقة بالتعويض، وكذلك لو إفترضنا أيضا أن الزوجة تعسفت في إستعمال حقه في الخلع دون وجود مبرر شرعي، فإنه كان من المفترض تعويض الزوج في هذه الحالة غير أن المشرع الجزائري قد نص في المادة 54 من قانون الأسرة على أنه: « يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم».²

نلاحظ أن المشرع سكت عن تعسف الزوجة في حالة الخلع ولم يرتب عليه أي تعويض، كان من المفترض على المشرع الجزائري أن يمنع الزوجة من التعسف في إستعمال حق الخلع.

نجد القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1997/12/23 وجاء فيه: « من المقرر قانونا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطلق لكل ضرر معتبر شرعا، ومن المقرر أيضا أنه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر، ولما كان ثابتا أن الضرر اللاحق

¹ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 47.

² الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، لسنة 2005.

بالزوجة كان مبالغ فيه متعسفا من طرف الزوج فإن 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 من قانون الأسرة قد طبقوا القانون ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن»¹.

حيث يتضح أن قضاة الموضوع قد قضاوا بتعويض المطلقة بالرغم من أن هي التي طلبت الطلاق، وهذا التعويض منح لها نظرة لجسامة الضرر اللاحق بها من طرف الزوج.

وقد جاء قرار آخر للمحكمة العليا صادر بتاريخ 1999/03/16 وجاء فيه: « من المقرر قانونا أن يجوز تطليق الزوجة لكل ضرر معتبر شرعا، ومتى تبين - في قضية الحال- أن الطاعن عقد على المطعون ضدها لمدة طويلة ولم يتم بإتمام الزواج بالبناء بها فإن الزوجة تضررت خلال هذه المدة ماديا ومعنويا مما يثبت تضررها شرعا طبقا لأحكام المادة 53 من قانون الأسرة، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة وإلغاء عقد الزواج وتعويضها على أساس تعسف الزوج وثبوت الضرر طبقوا صحيح القانون»².

من خلال هذا القرار يتضح لنا أن قضاة الموضوع ومالهم من سلطة تقديرية في تعويض الضرر فإنهم منحوا تعويض عن الضرر المادي والمعنوي للمطلقة بقدر 100.000 دينار جزائري، وهذا بعد تحققهم من جسامة الضرر اللاحق بالمطلقة، بالإضافة إلى ملاحظتهم لتعسف الزوج بأنه لم يتم إجراءات الزواج بالدخول بالزوجة وهذا التعسف سبب ضرر للزوجة مما دفعها بالمطالبة بالتطليق وتعويضها عن الضرر اللاحق بها.

الفرع الثاني

تقدير التعويض حسب حال الزوجين

بالرغم من أن نص المواد 52 و 53 مكرر و 55 من قانون الأسرة جاءت مطلقة وفتحت المجال واسعا أمام سلطة القاضي التقديرية في تعويض الضرر عن الطلاق، إلا أن القاضي يبقى مقيد بضوابط عامة حتى يعطي قوة ومصداقية لحكمه، فقاضي الموضوع وأثناء قيامه بتقدير التعويض فإنه يراعي بعض النقاط ويقف عليها حتى يؤسس حكمه على قواعد شرعية وقانونية.

فظروف الزوجين الإجتماعية والمادية تدخل في تقدير التعويض بالرغم من أن نصوص المواد السابق ذكرها لا تلزم القاضي بالإعتداد بظروف الزوجين المادية إلا أنه في الواقع العملي نجد أن قضاة الموضوع يقدرون التعويض حسب حال الزوجين، ويتضح هذا عند النظر في تسبيب الأحكام والأكثر من هذا فهناك قرارات للمجالس ترفع أو تخفض مبلغ

¹ م ع، غ أش، 1997/12/23، ملف رقم 181648، م ق 1997، عدد 1، ص 49.

² م ع، غ أش، 1999/03/16، ملف رقم 217179، م ق 2001، عدد خاص، ص 122.

التعويض على الطلاق إسنادا في ذلك على حال الزوجين، ومن هذه الأحكام الحكم الصادر عن محكمة الوادي بتاريخ 2011/11/29 وجاء فيه: « ... الحكم بفك الرابطة الزوجية بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج مع تحميله مسؤولية الطلاق بين الطرفين... إلزام 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 دج)...¹ ». حيث إستأنف 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 جاء مجحفا في حقه، كما أكد أيضا أن قاضي أول درجة لم يراعي وضعيته المادية طبقا للمادة 79 من قانون الأسرة على أساس أنه أصبح في الآونة الأخيرة بطل.

وقد صدر القرار بتاريخ 2012/05/17 حيث إستجاب لطلبات المستأنف من ناحية خفض مبالغ التعويض وجاء في إحدى حيثيات هذا القرار: « حيث أن المبالغ المحكوم بها للمستأنفة فرعا مقابل نفقة المتعة ونفقة العدة والإهمال يعتبرها المجلس مبالغ فيها وعليه فإن طلب المستأنف الرامي إلى خفضها يعتبره المجلس مؤسس وتتعين الإستجابة له وكنتيجة لذلك يتعين على المجلس تأييد 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 »

حيث يتضح من خلال هذا القرار، أن قضاة المجلس إعتبروا أن المبالغ المحكوم بها على مستوى المحكمة كأول درجة من التقاضي، أنها جاءت مبالغ فيها نظرا لظروفه المادية لأن المستأنف أصبح في الآونة الأخيرة بطل، وعليه فقضاة المجلس راعوا حال الزوج المعسر.

وقد صدر قرار آخر لمجلس قضاء الوادي بتاريخ 2013/04/04 وجاء في إحدى حيثياته أنه: « حيث أن مبلغ التعويض عن الطلاق التعسفي المحكوم به للمستأنف عليها والمقدر بمائة ألف دينار يعتبره المجلس مبالغ فيه بالنظر إلى ظروف الطرفين وإضرار الطلاق، وعليه فإن طلب المستأنف الرامي لتخفيض ذلك المبلغ يعتبر مؤسسا وتتعين الإستجابة له...³ ».

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

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، ص3، ملحق رقم (02).

³ مجلس قضاء الوادي، غرفة الأحوال الشخصية، 2013/04/04، رقم القضية، 12/00481، ص2، ملحق رقم (03).

وقد أكد قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1984/04/02 يؤكد على مراعاة حال الزوجين في تقدير التعويض، وجاء فيه: « من المقرر شرعا أن تقرير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسببه وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد إنتهاكا لقواد شرعية مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية، إذا كان الثابت أن قضاة الإستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبرير ما حكموا به على الإشارة إلى حالة الطرفين وطبقتهما الإجتماعية دون إعتبار 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 تسبب وإعطاء شيء مألوف دون إستناد على أي قاعدة شرعية ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يتعلق برفع مبلغ المتعة دون إحالة»¹.

يوضح ويؤكد هذا القرار أنه بالرغم مما يتمتع به قاضي شؤون الأسرة من سلطة تقديرية في تعويض الضرر الناجم عن الطلاق إلا وأنه يخضع أثناء تقديره للتعويض لعدة ضوابط ومن بينها بيان حال الزوجين بالتفصيل حتى يكون تقديرهم للتعويض سليم، وفي نفس الوقت ويوضحوا القواعد الشرعية والقانونية التي إعتدوا عليها في تقديرهم للتعويض، وهذا كله حتى يوضحوا أن النتيجة التي توصلوا إليها في تقدير التعويض ليست من فراغ أو إلى ميولات شخصية.

وبرجوعنا للقانون المقارن المصري والسوري فنلاحظ أن المشرع المصري قد بين طرق تقدير المتعة من خلال نص المادة 18 من قانون الأحوال الشخصية وجاء فيها: « ... متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسرا أو عسرا...»².

يتضح أن المشرع المصري قد فرض هذا المعيار أو الضابط على القاضي أثناء تقديره للتعويض بل ذهب إلى أبعد من هذا، حيث نص في آخر المادة على أنه يجوز أن يمنح القاضي الحق للمطلق بأن يدفع هذا التعويض على أقساط، على خلاف المشرع الجزائري حين نص على التعويض دون تقييد، فقد فتح المجال واسعا أمام السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة.

أما المشرع السوري فقد ذهب في نص المادة 117 من المرسوم التشريعي رقم 59 المؤرخ في 1953/09/17³ إلى أبعد بكثير من المشرع الجزائري والمصري، لأنه بموجب

¹ م أ، غ أ ش، 1984/04/02، ملف رقم 32779، م ق 1989، عدد 2، ص 61.

² القانون 100 المؤرخ في 1985/07/04، المعدل للقانون 25 المؤرخ في 1925/03/25، والمتضمن قانون الأحوال الشخصية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية المصرية، العدد 27 (تابع)، لسنة 1985.

³ حيث نصت على أنه: «إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ماسبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقة جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حاله ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهريا بحسب مقتضى الحال».

أحكام هذه المادة أنه في حال تبين للقاضي أن الزوجة لن يلحقها بؤس ولا فاقة فإنها لا تستحق التعويض هذا من جهة، ومن جهة ثانية لو فرضنا أنها سوف يلحقها فقر فإنه قيد سلطة القاضي في التعويض في هذه الحالة وألزمه بأن يراعي حالة الزوج ودرجة تعسفه في هذا الطلاق، وقد أجاز للقاضي أن يرخص للزوج بدفع التعويض على مراحل حسب قدرة الزوج المالية.

يتضح أن المشرع السوري قد قيد سلطة القاضي التقديرية في تعويض المطلقة بعدة قيود، وأنه كان أكثر تقيداً من المشرع الجزائري والمصري.

الفرع الثالث

رقابة المحكمة العليا على قاضي شؤون الأسرة

المحكمة العليا هي آخر درجة للتقاضي بين أطراف النزاع بصفة عامة، وبين الزوجين بصفة خاصة. فالمحكمة العليا هي الهيئة القضائية العليا في هرم القضاء العادي وقد كلفها الدستور بتوحيد الإجتهااد القضائي،¹ فهي محكمة قانون تسهر على تطبيقه الصحيح وتراقب مدى مطابقة الأحكام والقرارات المعروضة عليها لقوانين الجمهورية. ومن مميزات المحكمة العليا عن المحاكم العادية والمجالس القضائية أنها لا تنظر في الوقائع إلا أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية إستحدث حالات، حيث تنظر فيها المحكمة العليا في موضوع الدعوى لتفصل فيها نهائياً.

وبالرغم ما للقاضي من سلطة تقديرية واسعة في مجال التعويض عن ضرر الطلاق إلا أنه يلتزم بالعديد من الضوابط القانونية التي يتعين عليه مراعاتها في جميع مراحل نشاطه ليصل إلى المقدار الكفيل لجبر الضرر، ويخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا، الأمر الذي يحول دون تمتع هذا الأخير بسلطة تحكيمية مطلقة في هذا المجال.

فحتى وإن إستقل قاضي الموضوع بتقدير التعويض الناجم عن الطلاق، إلا أنه يجب على هذا الأخير أن يبين في حكمه عناصر وشروط الضرر المعوض عنه.² مع ذكر النصوص القانونية التي قضى على أساسها بالتعويض فإذا كان دور القاضي في الخصومة وضع حد للمنازعة التي تطرح عليه بما خوله القانون من سلطة في تكييف وقائع موضوع النزاع، وتطبيق القاعدة القانونية التي بمقتضاها فصل فيه، فإن هذه المسألة تفرض عليه أن

¹ حيث جاء في نص المادة 152 من الدستور 1996 على أنه: «...تضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الإجتهااد القضائي في جميع أنحاء البلاد...» من مرسوم رئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 1996/12/07، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في إستفتاء 1996/11/28، المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 76، لسنة 1996.

² عبد الحميد الشورابي، تسبب الأحكام المدنية والجنائية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، 1996، ص 112، 113.

يتولى تحديد الوقائع بدقة، والمجال القانوني الذي تصنف فيه وتخضع له، ثم عليه أن يستخلص النتائج المطابقة لروح القانون ويكون ذلك على بناء منطقي، وأسباب قانونية تؤدي بالضرورة إلى النتيجة القانونية التي توصل إليها في حسم النزاع المعروض عليه.

ولهذا تخضع الأحكام التي توصل إليها قضاة الموضوع لرقابة المحكمة العليا، والتي تبسط رقابتها من حيث تكييفهم لوقائع النزاع وتطبيقهم للقانون وهذا إنطلاقاً من تسببهم للحكم الذي توصلوا إليه من حيث الوقائع والقانون،¹ فتسبب الأحكام هو إبراز الحجج التي بنى عليها الحكم ويشترط أن يكون هذا التسبب جدياً، بحيث تواجه المحكمة كافة عناصر النزاع الواقعية والقانونية، فعلى القاضي إحترام هذه القواعد وذلك حتى تتمكن المحكمة العليا من مراقبة صحة تطبيق القواعد المتعلقة بالتعويض من جهة، ورقابة مدى أخذ القاضي لعناصر تقدير التعويض بعين الاعتبار من جهة ثانية، والغاية من وراء ذلك تمكين هذه المحكمة من تحقيق مهمتها المتمثلة في السهر على حسن تطبيق القانون، وتوحيد الاجتهاد القضائي، الأمر الذي يتماشى ومبادئ العدالة، وفي هذا المقام سوف نوضح مجال رقابة المحكمة العليا على نشاط القاضي عبر مراحل تقدير التعويض،² من حصر للضرر إلى جبره من تحديد لعناصر التعويض المستحق.

أولاً: رقابة المحكمة العليا على حصر عناصر الضرر وشروطه.

إنه من الواجب على قاضي الموضوع تحديد الضرر الذي يوجب في حقه التعويض وفي هذا العمل القضائي يتعين على القاضي جملة من القواعد التي هي تحت رقابة المحكمة العليا، التي تمتلك سلطة التأكد من أن القاضي لم يعتد في تقديره بعناصر لا يجوز أن يشملها التعويض أو أنه أغفل عناصر يجب الإعتداد بها.³ وإن كانت القاعدة الشهيرة أن المحكمة العليا لا تراقب السلطة التقديرية للقاضي، غير أنها تراقب السلطة التقديرية لقضاة الموضوع من زاوية مراقبة المصادر التي إستمدوا منها هذا التقدير.⁴

فيظهر تقييد سلطة القاضي في تحديده للضرر الموجب للتعويض في إلزامه بتفصيل عناصر الضرر الذي لحق المضرور- الزوجة والزوج-، حيث يعتبر تعيين العناصر المكونة

¹ حيث جاء في نص المادة 277 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه: «لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد تسببه، ويجب أن يسبب الحكم من حيث الوقائع والقانون وأن يشار إلى النصوص المطبقة» من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 21، لسنة 2008.

² أحمد هندي، أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د ط، 2002، ص 1049.

³ السعيد مقدم، المرجع السابق، ص 205.

⁴ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د ط، 2002، ص 7.

لضرر المعوض قانونا من مسائل القانون التي تخضع لرقابة المحكمة العليا،¹ فيكون الحكم الذي يقضي بالتعويض دون أن يفصل عناصر الضرر المعوض عنه مشوبا بعييب القصور في التسبيب، مما يجعله معرضا للنقض.

أما فيما يخص شروط الضرر الواجب توفرها لإستحقاق التعويض فهي تعتبر مسألة قانونية حيث يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا، وهي الشروط التي سبق لنا شرحها.²

ولما نرجع للواقع العملي الموجود في القضاء حيث نجد بعض القرارات للمحكمة تقر بسلطة القاضي التقديرية وتؤكد أنه لا رقابة عليهم ومن بين هذه القرارات القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1986/05/05 وجاء فيه: « من المقرر قانونا أن رفع المبالغ الممنوحة للزوجة المطلقة يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع الذي يستنتجه من الوثائق المعروضة وليس عليه رقابة فيه».³

حيث يؤكد هذا القرار على أن لقضاة الموضوع السلطة المطلقة في تقدير التعويض هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن رفع مبالغ التعويض أو خفضها تعتبر من صلاحيات قضاة الموضوع أيضا. بالإضافة إلى ذلك أن الإستنتاجات التي يتوصلون لها قضاة الموضوع وبنينا عليها حكمهم ليس للمحكمة العليا رقابة عليهم.

وهناك قرار يؤكد أيضا هذا وهو القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1991/05/21 على أن تحديد مبالغ التعويض من طرف قضاة الموضوع لا تخضع لرقابة المحكمة العليا وجاء في هذا القرار أنه: « إن تحديد نفقات العدة والمتعة والنفقة الغذائية للزوجة المطلقة وأولادها المحضونين، وحق الحاضنة في السكن، تخضع لسلطة قضاة الموضوع التي حولها لهم القانون، ولا رقابة للمحكمة العليا عليهم في ذلك».⁴

يتضح من خلال هذا القرار أن مبالغ التعويض التي يقضي بها القاضي للمتضرر لا تخضع لرقابة المحكمة العليا، إلا أنه مع الملاحظة أن قضاة الموضوع حين لا يوضحون في حكمهم الأسباب التي دفعتهم إلى تعويض المتضرر وإلى القواعد التي إعتدوا عليها في التعويض فهنا في هذه الحالة يصبح حكمهم معيبا قابلا للنقض، هذا ماجاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1991/06/18 وجاء فيه: « من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم

¹ سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، المرجع السابق، ج3، ص538، 539.

² أنظر الصفحة..... من هذه المذكرة.

³ م أ، غ أ ش، 1986/05/05، ملف رقم 40853، غير منشور، عن العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02-05 معلق عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة (1966-2006)، المرجع السابق، ص247.

⁴ م ع، غ أ ش، 1991/05/21، ملف رقم 72602، ن ق 1995، عدد 47، ص149.

ملزمين بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل، ولما كان من الثابت في قضية الحال- أن قضاة المجلس برفعهم لمبالغ المتعة والتعويض والنفقة المحكوم بها في محكمة أول درجة دون أن يبينوا أسباب ذلك شابوا قرارهم بالقصور في التعليل، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه»¹.

ومما نستخلصه من هذا القرار أن قضاة المجلس رفعوا مبالغ التعويض دون أن يوضحوا ويعللوا ذلك، فالقضاء بالتعويض أو برفعه يستلزم على قضاة الموضوع توضيح الضرر وعناصره ومن ثم يوضحوا أسباب رفعهم لقيمة مبلغ التعويض، لأنه مانلاحظه أن محكمة أول درجة قضت بالتعويض وبما أن قضاة المجلس قضوا برفع قيمة مبلغ التعويض فكان من المفروض تسبيب حكمهم وهذا لا يكون إلا إذا وضحوا الضرر الواقع على الزوجة حتى يعطوا لحكمهم هذا حجية الشيء المقضي فيه، غير أنه وما نلاحظه أن قضاة إكتفوا برفع مبلغ التعويض دون توضيح، ولهذا عرضوا قضاة المجلس قرارهم للنقض لأنهم لم يوضحوا الأسباب التي دفعتهم لرفع مبلغ التعويض عن الطلاق.

وقد جاء قرار للمحكمة العليا يوضح ويؤيد القرار الصادر من المجلس على أساس أنه حدد نوعية الضرر وأن مسألة تحديد الضرر هي مسألة موضوعية من إختصاص وتقدير قضاة الموضوع، وقد جاء هذا القرار بتاريخ 1999/03/16 وجاء فيه: « من المقرر قانونا أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من إختصاص وتقدير قضاة الموضوع، ومتى تبين قضية الحال أن الأسباب التي إعتد 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.

من خلال هذا القرار يتضح لنا أن قضاة الموضوع حددوا الضرر الذي أصاب الزوجة بأنه ضرر معنوي وحددوا قيمة التعويض لجبر الضرر، هذا بإعتماد قضاة المجلس على وقائع الدعوى وتكييفهم الصحيح لإستحقاق الزوجة للتعويض بدلا من الزوج، وقد جاء قرار المحكمة العليا مؤيدا للقرار الصادر من المجلس ومؤكدا على أن مسألة تقدير الضرر تعتبر مسألة موضوعية من إختصاص قضاة الموضوع.

إن القاضي عند تقديره للتعويض يجب عليه أن يذكر في حيثيات الحكم الدوافع والأسباب التي جعلته يقضي بالتعويض وإلا كان حكمه معرض للنقض، وهذا ما جاء في أحد قرارات المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1984/04/02 وجاء فيه: « من المقرر شرعا أن تقرير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسببيه

¹ م ع، غ أ ش، 1991/06/18، ملف رقم 75029، م ق 1994، عدد 2، ص 65.

² م ع، غ أ ش، 1999/03/16، ملف رقم 216865، م ق 2001، عدد خاص، ص 256.

وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا عن غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد إنتهاكا لقواعد الشريعة المستمدة عن أحكام الشريعة الإسلامية. إذا كان الثابت أن قضاة الإستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبرير ما حكموا به على الإشارة إلى حالة الطرفين وطبقتهما الإجتماعية دون إعتبار لحالة وطبقة كل منهما وغناهما أو فقرهما أن غبن أحدهما أو فقر الآخر، ودون إعتبار 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 يعطى عادة بما يتناسب مع إمكانيات الزوج المادية، فإن هؤلاء القضاة فصلوا بدون تسبب وإعطاء شيء غير مألوف دون الإستناد على أي قاعدة شرعية، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يتعلق برفع مبلغ المتعة دون إحالة»¹.

إن القضاة بالرغم من تمتعهم بالسلطة التقديرية في التعويض وبالرغم من أن موضوع تقدير التعويض من إختصاصهم ولا رقابة عليهم من المحكمة العليا، إلا أنهم ملزمين عند حكمهم بالتعويض من ذكر الأسباب والقواعد التي إعتدوا عليها في تقدير التعويض، خاصة إذا رفعوا مبلغ التعويض أو أنقصوا فيه.

وهذا ما يؤكد القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1986/02/24 وجاء فيه: « إن تقدير التعويض خاضع لسلطة قضاة الموضوع، وهو لا يخضع لرقابة المحكمة العليا، إلا إذا كان مجحفا بأحد الزوجين إجحافا مألوفا بالنسبة لحالتيهما»².

فالقضاء بمبالغ تعويضية غير مألوفة سواء برفع قيمة مبلغ التعويض أو بإنقاصه دون تحديد القواعد المعتمدة على هذا العمل القضائي يعرض الحكم للنقض، فالقاضي مجبر بتوضيح ذلك وتحديثه، بالإضافة إلى ذلك فهو ملزم بتحديد طبيعة مبالغ تعويضات القاضي بها، مثلما جاء في القرار الصادر بتاريخ 1986/04/07 عن المجلس الأعلى وجاء فيه: « من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفا نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي أي إطار تدخل، والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي»³.

¹ م أ، غ أ ش، 1984/04/02، ملف رقم 32779، م ق 1989، عدد 2، ص 61.

² م أ، غ أ ش، 1986/02/24، ملف رقم 39689، غير منشور، عن العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02-05 معلق عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة (1966-2006)، المرجع السابق، ص 246.

³ م أ، غ أ ش، 1986/04/07، ملف رقم 41560، م ق 1989، عدد 2، ص 69.

حيث يتضح من خلال هذا القرار أن القاضي حين يقدر مبلغ التعويض حسب سلطته التقديرية فإنه يلتزم بتحديد طبيعة المبالغ التعويضية وتفصيلها، ولا يعطيها جملة واحدة، وهذا العمل القضائي للقاضي يخضع لرقابة المحكمة العليا، فإن توضيح الضرر وعناصره وتوضيح مبالغ التعويض عن كل ضرر هذا كله يخضع لرقابة المحكمة العليا، والقضاء بخلاف هذا يعرض الأحكام للنقض.

غير أنه ما نلاحظه في الواقع العملي أن القضاة لا يلتزمون بهذه القواعد والضوابط في تحديد نوع الضرر أو عناصره ولا شروطه في أحكامهم، والأمثلة كثيرة في هذا الصدد منها ما جاء في حيثيات الحكم الصادر بتاريخ 2008/01/14 حيث جاء في إحدى حيثياته أنه: « حيث تبين للمحكمة أن طلب المدعية للتطبيق مؤسس قانونا طبقا للمادة 54 من قانون الأسرة لعدم الإنجاب والشقاق المستمر مما جعلها متضررة من ذلك يتعين القضاء بفك الرابطة الزوجية بينهما... وقد جاء في تحييث آخر أن طلبات المدعية للتعويض عن الطلاق والعدة والإهمال مؤسسة قانونا يتعين الإستجابة لها في حدود مبلغ 50.000 دج كتعويض عن الطلاق ومبلغ 20.000 دج كنفقة عدة ومبلغ 12.000 دج كنفقة إهمال».¹

يتضح من خلال هذا التحييث أن قاضي الموضوع لم يقيم بالتسبيب الكافي لحكمه لأنه لم يوضح نوع الضرر الذي لحق بالزوجة، ولا عناصر الضرر ولا شروطه، وهذا ما يعرض الحكم للإسئاف والطعن إذا أيد قضاء المجلس هذا الحكم بالقصور في التسبيب.

وهناك حكم آخر صادر عن محكمة الوادي بتاريخ 2008/03/25 وجاء في إحدى حيثيات الحكم بأنه: « حيث أنه وفي ما يخص طلب المدعي المتعلق بالتعويض عن الضرر اللاحق به فإنه مؤسس تستجيب له المحكمة إسنادا إلى المادة 55 من قانون الأسرة إلا أن المبلغ المطالب به مبالغ فيه يتعين تخفيضه إلى الحد المعقول».²

ومن خلال هذا التحييث للحكم يتضح أنه قد إستجاب لطلب الزوج في التعويض عن الضرر اللاحق من نشوز زوجته وهذا طبقا لأحكام نص المادة 55 من قانون الأسرة، إلا أن القاضي لم يوضح الضرر اللاحق بالزوج ولم يوضح عناصره ولا شروطه، بالإضافة إلى هذا كله فإن قاضي الموضوع خفض في مبلغ التعويض الذي طلبه الزوج إلى الحد المعقول، ولم يوضح الأسس والمعايير الذي إعتد عليها في تخفيض مبلغ التعويض. فمثل هذه الجزئيات التي أغفلها قاضي الموضوع فهي تخضع لرقابة المحكمة العليا.

¹مجلس قضاء بسكرة، محكمة قمار، فرع شؤون الأسرة، 2008/01/14، رقم الجدول 07/0289، ص2، الملحق رقم (04).

²مجلس قضاء بسكرة، محكمة الوادي، قسم شؤون الأسرة، 2008/03/25، رقم الجدول 08/0015، ص3، الملحق رقم (05).

ولو رجعنا للقانون المقارن فنجد أن السلطة التقديرية الممنوحة لقضاة الموضوع لا تعيقهم من بيان عناصر كل ضرر، فإذا قضت محكمة الموضوع بالتعويض فإنها تلتزم ببيان -عناصر- كل ضرر قضت بالتعويض عنه والأسباب التي حملتها على ذلك وإلا كان حكمها عرضة للنقض وعلى هذا الأساس قضت محكمة النقض بأنه: «لما كان تعيين العناصر المكونة للضرر قانونا والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض من المسائل القانونية التي تهيمن عليها محكمة النقض وكان الحكم المطعون فيه إذا قضى بالتعويض على هذه الصورة المجملة لم يبين عناصر الضرر التي قضت بها من أجله بهذا التعويض ولم تناقش كل عنصر من عناصرها على حدى، وتبين وجه أحقية طلب التعويض فيه أو عدم أحقيته وإذا أغفل الحكم المطعون فيه ذلك فإنه يكون معيبا بالقصور مما يستوجب نقضه»¹.

وقضت في حكم آخر لها بأنه: «من المقرر أن محكمة الموضوع متى بينت في حكمها عناصر الضرر المستوجبة للتعويض فإن تقدير مبلغ التعويض هو مما تستقل به مادام لا يوجد في القانون نص يلزمها بإتباع معايير في خصوصه كما أن المقرر أيضا أنه لا يعيب الحكم أن يقدر التعويض عن الضرر المادي والضرر الأدبي جملة بغير تخصيص لمقدار كل منها إذا ليس هذا التخصيص يلازم قانونا»².

حيث يتضح أن محكمة النقض المصرية لها رقابة على عناصر الضرر المستحق للتعويض مثل الرقابة التي تفرضها المحكمة العليا بالجزائر على قضاة الموضوع حين يستعملون سلطتهم التقديرية في تعويض الضرر، غير أن محكمة النقض المصرية لا تلزم القضاة بتحديد مبالغ التعويض عن كل ضرر بخلاف المحكمة العليا بالجزائر التي تلزم القضاة بتحديد طبيعة مبالغ التعويض عن الضرر.

وعليه فإنه يتعين على قضاة الموضوع من تحديد عناصر الضرر التي تدخل في حساب التعويض لأنها تعتبر من مسائل القانون التي تخضع لرقابة المحكمة العليا.³

ثانيا: رقابة المحكمة العليا على عناصر تقدير التعويض ومدى جبره للضرر.

فمن الناحية النظرية تعتبر مرحلة تقدير التعويض المجال الأوسع لإطلاق سلطة القاضي التقديرية بعكس مرحلة تحديد الضرر الموجب للتعويض.⁴

¹ محكمة النقض المصري 1981/12/28، عن حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني (الضرر)، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ط 1، 2006، ج 1، ص 357، 358.

² محكمة النقض المصري 1984/03/27، عن حسن علي الذنون، المرجع نفسه، ص 357.

³ السيد عبد الوهاب عرفة، الوسيط في التعويض المدني عن المسؤولية المدنية (عقدية تقصيرية)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2005، ص 32.

⁴ VINEYG: Traité de droit civil, les obligations, la responsabilité, Effets, LGDj, Paris, 1988, P89.

ويتضح ذلك من خلال خلو النصوص التشريعية من أي ضابط يلزم القاضي باتباع طريقة معينة لجبر الضرر، أو معيار يلتزم به القاضي في تقديره لقيمة التعويض، لأنه عند رجوعنا لنصوص المواد 52 و53 مكرر والمادة 55 من قانون الأسرة نجدها تطرقت لذكر مصطلح الضرر دون بيان لطريقة تقديره أو تحديد معايير لتقدير الضرر، بل ترك المشرع المجال مفتوحاً لسطة القاضي التقديرية، فيلزم على القاضي أن يتحرى لتقدير التعويض المناسب عن الضرر لأن الهدف الأساسي من التعويض هو جبر الضرر وإصلاحه وعليه يجب على القاضي أن يحكم بسلطته التقديرية لكي يحقق هذا الهدف.

وكقاعدة عامة فإن القاضي يستمتع بسطة تقديرية واسعة بصدد تقديره للتعويض أي تقويمه لقيمة الضرر الذي لحق المضرور يكون محدود في نطاق طلبات الخصوم،¹ بحيث لا يتجاوزها، وعملياً فإن سلطة القاضي التقديرية تتسع وتضيق وفقاً لنوع الضرر نفسه فتكون ضيقة بالنسبة للأضرار التي تصيب الأشياء والتي يسهل تقدير قيمتها، لتكون أكثر إتساعاً في حالات أخرى خصوصاً إذا ما تعلق الأمر بالأضرار المعنوية، التي يخضع تقديرها لسطة قاضي الموضوع.²

وعلى العموم فإن الإتساع الواضح في سلطة القاضي في تحديد لمقدار التعويض لا يعني خروج نشاطه عن نطاق رقابة المحكمة العليا حيث يلتزم بالعديد من الضوابط تمكنها من بسط رقابتها على نشاطه في هذه المرحلة.

فيلتزم قاضي الموضوع بتقدير عناصر التعويض وفقاً لقيمة وقدّر الضرر ووقت وقوع هذا الضرر والظروف الملازمة له، لذلك فلا يستطيع بالرغم من سلطته التقديرية، أن يقدر التعويض جزافاً أو أن يستند لأحكام مماثلة أو يؤسس التعويض على ما جرت عليه العادة، فحقيقة الضرر تختلف من حالة لأخرى ومن وقت لآخر ومن منطقة لأخرى، ولهذا يجب على القاضي حين تقديره للتعويض أن يعطي للطرف المتضرر تعويضاً لا يزيد ولا ينقص عن قيمة الضرر، ولو أن هذا الأمر يعد نسبياً، وتطبيقاً لذلك على القاضي مراعاة جميع عناصر الضرر وللمحكمة العليا ممارسة رقابة على ما تقوم به محكمة الموضوع من الإعتداد بعناصر تقدير التعويض، وليس لمحكمة الموضوع الحرية في الإختيار من بين هذه العناصر، وأمام صعوبة التفرقة بين مسائل القانون والواقع و بمعنى آخر بين تقدير القاضي للتعويض بمبلغ معين وبين عناصر تقدير التعويض، نجد المحكمة العليا كثيراً ما تتدخل في تحليل ظروف الدعوى في إطار رقابتها للمسائل القانونية.³

¹ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص278.

² NAMMOUR(F), SEVRINE CABILLAC(R), LECUYER(H): Droit des obligations, Droit Français-Droit libanais, 1^{er} édition, Delta, 2006, p385.

³ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص284.

فتقدير قيمة التعويض مسألة واقع تخضع لتقدير قاضي الموضوع وفقا لما توضحه له من جسامته أو يسر الضرر، دون رقابة عليه من المحكمة العليا، غير أن رقابة المحكمة العليا تنصب على مدى إحترام القاضي للعناصر والمعايير التي وضعها المشرع تحت سلطة القاضي التقديرية للوصول إلى التقدير المناسب.

ولكي تتمكن المحكمة العليا من رقابة نشاط قاضي الموضوع في هذه المرحلة حسب الوجه الذي سبق إيضاحه، يجب على محكمة الموضوع تمكينها من ذلك، حتى يمكنها النظر في مدى ملائمة التعويض الذي يقرره القاضي مع الضرر اللاحق بأحد الزوجين، فإذا أوضح قاضي الموضوع أساس تقديره للتعويض يجب عليه ألا يغفل تحديد الضرر وقدر التعويض المقابل له، حتى يتسنى للمحكمة العليا مباشرة رقابتها على مدى تكافؤ مقدار التعويض مع الضرر المعوض عنه، فتقدير التعويض يجب أن يكون شخصيا بالنسبة للمضرور وموضوعيا بالنسبة للمتسبب في الضرر، ومن الظروف الشخصية للمتضرر التي يجب على القاضي الإعتداد بها كحالته الشخصية، والعائلية، والمالية، فعلى القاضي أن يبين في حكمه الواقعة التي تقيد إصابة أحد الزوجين سواء من الناحية المعنوية أو المادية، حيث يخضع نشاط قاضي الموضوع في مثل هذه المسائل لرقابة المحكمة العليا.

كما يلتزم قاضي الموضوع بتجنب أي تناقض أو مخالفة للقواعد المنظمة للتعويض والتي تستوجب نقض الحكم الذي توصل إليه، وذلك متى تبين أن التعويض الذي قرره لأحد الزوجين المتضرر يجاوز الضرر الذي لحق بأحدهما، أو أنه تم القضاء برفض تعويض المتضرر منهم بالرغم من الإعتراف بوجود الضرر وتحققه وإستحقاق التعويض عنه، أو إذا نص على تعويض عناصر الضرر أكثر من مرة، حيث تباشر المحكمة العليا رقابة محكمة الموضوع فتقضي بنقض الأحكام التي ترى تناقضا في تسببها أو يشوبها غلط في القانون.¹

وعليه فإن محكمة الموضوع ليست حرة في إغفال أو إختيار هذه العناصر -عناصر الضرر، عناصر تقدير التعويض-، وهذا هو المبدأ غير أنه في الواقع نجد أن قرارات المحكمة العليا متضاربة فيما بينهما فمرة نجدها لا تعطي أي أهمية لتحديد عناصر الضرر وتقدير التعويض، ومرة أخرى نجدها أنها تأخذ بالمبدأ المذكور سابقا.

حيث جاء في إحدى حيثيات لقرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2006/07/12 على أنه: « حيث أن تحديد التعويض على الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يعود الإختصاص فيها لقضاة الموضوع دون غيرهم، إضافة إلى ذلك فإن طلاق امرأة بعد زواج

¹ رضا قربة، سلطة القاضي في تقدير التعويض (دراسة في إطار المسؤولية العقدية)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر 1 (الجزائر)، كلية الحقوق، 2012-2013، ص 135، 134.

دام أربعين سنة دون مبرر لا يعوض بأي مبلغ من المال، الأمر الذي يجعل وجهي الطعن غير مؤسسين مما يستلزم ردهما وتبعاً لذلك رفض الطعن»¹.

حيث يتضح من هذا التحييث الموجود في قرار المحكمة العليا أنها خالفت المبدأ المذكور سابقاً من ناحية عناصر الضرر وعناصر تقدير التعويض، بالرغم من أن قضاة المجلس رفعوا مبلغ التعويض إلى 300.000.00 دج وهذا المبلغ سواء كان مبالغ فيه أو غير مبالغ فيه، فكان يجب على قضاة الموضوع أن يوضحوا في حكمهم عناصر الضرر وعناصر تقدير التعويض، حيث كان تسببهم لرفع مبلغ التعويض على أساس واحد وهو طول مدة الزواج وأنه أصر على الطلاق دون مبرر شرعي، غير أنه كان من الضروري على قضاة الموضوع أن يؤسسوا حكمهم بناءً على المبدأ الذي يلزموا القضاة ببيان عناصر الضرر وعناصر تقدير التعويض حتى يكون حكمهم مؤسس على قاعدة قانونية شرعية.

وجاء أيضاً في إحدى حيثيات القرار عن المحكمة العليا صادر بتاريخ 1997/12/23 وجاء فيه: « لكن حيث وبالرجوع إلى القرار المطعون فيه تبين بأن الضرر بالزوجة كان مبالغ فيه من طرف الزوج، الأمر الذي يجعله مبالغاً في التعسف في إلحاق الضرر بها فالتطبيق وحده لا يكفي لجبر الضرر، وتعويضها مقابل هذا الضرر متروك تقديره لقضاة الموضوع تأسيساً على المادة 55 من قانون الأسرة التي تجعل الأمر بيد القاضي في تقديره التعويض للطرف المتضرر من الزوجين ولما كان الزوج في قضية الحال مبالغ في إلحاق الضرر بها فاستحقت التعويض طبقاً للمادة 55 من قانون الأسرة وبذلك يكون القرار مسبباً تسبباً كافياً، الأمر الذي يجعل الوجهين غير مؤسسين ويتعين معهما رفض الطعن»².

حيث يتضح من هذا التحييث الموجود في القرار أن قضاة الموضوع منحوا للزوجة التطبيق وهذا للضرر اللاحق بها وفق أحكام نص المادة 53 من قانون الأسرة، إلا أنهم في نفس الوقت منحوا لها تعويضاً جبراً للضرر الذي لحقها، غير أنهم لم يوضحوا نوع الضرر ولا عناصره بالإضافة إلى ذلك لم يوضحوا عناصر التقدير للتعويض، وجاء قرار المحكمة العليا مؤيداً لقرار المجلس، دون أن يتطرقوا هل تناول قرار المجلس لعناصر الضرر وعناصر تقدير التعويض، وهذا ما يؤكد لنا أن المحكمة العليا في أكثر الأحيان لا تنتظر لهذه العناصر ولا تفرض رقابة على قضاة الموضوع.

إلا أنه هناك قرارات للمحكمة العليا تلزم قضاة الموضوع على ذكر عناصر تقدير التعويض ومن بين هذه القرارات الصادر بتاريخ 1994/05/24 وجاء فيه: « من المبادئ العامة في القانون أن التعويضات المدنية يجب أن تكون مناسبة للضرر الحاصل وعلى القضاة أن يبينوا في أحكامهم الوسائل المعتمدة لتقدير تلك التعويضات ومن ثمة فإن

¹ م ع، غ أش، 2006/07/12، ملف رقم 368660، م ح ع 2006، عدد 2، ص 483.

² م ع، غ أش، 1997/02/23، ملف رقم 181648، م ق م 1997، عدد 1، ص 49.

القضاء بخلاف ذلك يعد خرقاً للقانون ولما ثبت في قضية الحال- أن قضاة الموضوع منحوا تعويضات هامة دون تحديد العناصر التي إعتدوا عليها في تقديرهم للتعويض يكونوا بذلك قد خرقوا القواعد المقررة قانوناً...»¹.

وعليه يتضح من خلال هذا القرار، أن يتعين على قضاة الموضوع للوصول إلى التقدير الصحيح للتعويض ويلتزم عليهم أولاً بتفصيل عناصر الضرر، وبعدها يقررون ما لكل عنصر من تعويض، ومن ثم يتحقق هدف التعويض من جبر الضرر وإصلاحه، كما أن تفصيل هذه العناصر يزيد من حجية الحكم وقوته، كما يمكن المحكمة العليا من بسط رقابتها على أحكام قضاة الموضوع.

وهناك قرار آخر للمحكمة العليا صادر بتاريخ 1991/06/18 وجاء فيه: « من المستقر عليه قضاءً أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمين بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصوراً في التعليل، ولما كان من الثابت في قضية الحال- أن قضاة المجلس برفعهم لمبالغ التعويض والنفقة المحكوم بها في محكمة أول درجة دون أن يبينوا أسباب ذلك شابوا قرارهم بالقصور في التعليل، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه»².

بالرجوع إلى قرار موضوع الطعن يتضح أنه جاء مشوباً بنقص في التعليل والتسبيب فقد حمل مسؤولية الطلاق للطاعن ومحملاً إياه تعويضات ومتعة دون تبيان أسباب رفعها، فقد قدرت المحكمة متعة للمدعى عليها في الطعن دون تعويض آخر غير أن القرار المنتقد حكم برفع مبالغ المتعة زيادة على ذلك حكمه بالتعويض دون أن يوضح أسباب ذلك كما رفع مبالغ نفقة العدة، دون أن يتعرض كذلك لذكر أسباب ذلك، وعليه فإن إغفال ذكر أسباب رفع مبالغ المتعة زيادة على التعويض ونفقة العدة بالرغم من أن تقدير هذه المبالغ تعتبر من إختصاص وصلاحيات قضاة الموضوع، إلا أنهم ملزمين بذكر عناصر تقدير التعويض والقواعد الشرعية والقانونية التي إستندوا عليها لرفع مبالغ التعويض، غير أن إغفال ذكر هذه العناصر عرضت قرارهم للنقض.

وعليه فإنه يتعين على قضاة الموضوع حين إستعمال سلطتهم التقديرية في تعويض الزوج المتضرر أن يلتزموا بذكر عناصر الضرر وعناصر تقدير التعويض، أي أن يشير القاضي في حكمه إلى العناصر التي إستند عليها للوصول إلى تقدير التعويض بما يتناسب والضرر، ومن ثم يعطي للحكم قوة وعدالة وحجية في الشيء المقضي فيه، وفي نفس الوقت يمكن للمحكمة العليا من بسط رقابتها على أحكام قضاة الموضوع.

¹ م ع، غ أ ش، 1994/05/24، ملف رقم 109568، م ق 1997، عدد 1، ص 123.

² م ع، غ أ ش، 1991/06/18، ملف رقم 75029، م ق 1994، عدد 2، ص 65.

الخاتمة

من خلال ما تم عرضه في هذه الدراسة من تفصيل وتحليل للنصوص القانونية والإجتهادات القضائية والآراء الفقهية في بعض المجالات، مع توضيح ما لقاضي شؤون الأسرة من سلطة تقديرية في مجال التعويض عن ضرر الطلاق، وبالرغم من وجود النصوص القانونية التي تعبر عن إرادة المشرع في تعويض الزوجة أو الزوج المتضرر من الطلاق، إلا أنه للطابع الشخصي والقدرات الذهنية للقاضي نصيب في حل الخصومات بين الزوجين، إضافة إلى ذلك مرونة قانون الأسرة وطريقة صياغته، وخصوصا في نصوصه التي تقضي بتعويض الزوجة أو الزوج المتضرر من واقعة الطلاق التي تمنح حرية واسعة لسلطة القاضي، كما أن المشرع قد منح لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة، وهذا من خلال الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود النص القانوني في التشريع الجزائري.

وعليه سوف نتطرق في هذا المقام إلى ذكر النتائج والتوصيات التي خلصنا إليها في هذه الدراسة، ومن جملة النتائج المتوصل إليها هي:

- أن قانون الأسرة الجزائري له العديد من المميزات التي تميزه عن أغلب القوانين العربية المتعلقة بالأحوال الشخصية، لأنه أخذ بمصطلح التعويض عن الطلاق بدل المتعة هذا من جهة، ومن جهة ثانية لم يقيد سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق مثل ما فعل المشرع المصري والسوري.

- أخذ المشرع الجزائري بالرأي الذي يجعل الأصل في الطلاق الحظر، وهذا لما يتضح من نصوص القانونية لقانون الأسرة التي تضيق من حق الطلاق وهذا ما نستشفه من أحكام المادة 52 من قانون الأسرة.

- يتميز قانون الأسرة بالمرونة في معظم نصوصه، وعدم أخذه بمذهب محدد من المذاهب الفقهية المختلفة، ولم يقيد القاضي أيضا بإتباع مذهب معين بل فتح له المجال واسعا أمام ما يتمتع به من سلطة تقديرية.

- المشرع الجزائري منح حق التعويض عن ضرر الطلاق لكلى الزوجين، وهذا ما نلاحظه من خلال أحكام المادة 55 من قانون الأسرة، بخلاف المشرع المصري والسوري اللذين لم يمنحا حق التعويض للزوج عن ضرر الطلاق.

- قانون الأسرة لم يخالف الشريعة الإسلامية بإسناد السلطة التقديرية للقاضي في تقدير مبلغ التعويض عن الطلاق، لأن الشريعة الإسلامية أقرت بسلطة القاضي التقديرية في تعويض الطلاق، من أجل إعطاء كل ذي حق حقه لأن ضرر الطلاق يختلف من حالة لأخرى، بإختلاف الأشخاص وحالاتهم المادية.

- قانون الأسرة حاد عن الشريعة الإسلامية لما جعل الضرر اللاحق بالمطلقة كأساس لتقدير مبلغ التعويض، لأن نصوص المواد التي تقضي بالتعويض عن الطلاق جاء صياغتها عامة دونة أدنى تقييد، والملاحظ أيضا أن المشرع الجزائري قد خالف كل من المشرع المصري والسوري في تقدير التعويض حسب حل الزوج.

- مصطلح التعسف من المصطلحات الحديثة التي لم يذكرها الفقهاء قديما في مصنفاتهم، ويعتبر التعسف في استعمال الحق، أو مجاوزة حدوده، من الأسس القديمة التي إعتمدتها الشرائع القديمة والحديثة على حد سواء، حيث تبنها وكرسها الفقه القانوني، وهي فكرة أصلية في الفقه الإسلامي.

- إن حق الزوج في إيقاع الطلاق مقيد بمبدأ عدم جواز التعسف في استعماله، لأن إيقاع الطلاق من غير مبرر شرعي منهي عنه شرعا هذا من جهة، ومن جهة ثانية إعتبره المشرع متعسفا في مثل هذه الحالة.

- إذا إستعملت الزوجة حقها في الخلع دون مبرر شرعي، بقصد الإضرار بالزوج كانت متعسفة في استعماله، غير أن المشرع الجزائري لم يلزمها بتبرير استعمالها لهذا الحق مثل ما فعل مع الزوج.

- عدّ قانون الأسرة أن كل طلاق من غير سبب هو طلاق تعسفي، لا تحتاج الزوجة إلى إثبات التعسف فيه، والمطالب بإثبات عدم التعسف هو الزوج.

- إختلاف القوانين الوضعية في الدول العربية في تحديد مقدار التعويض عن ضرر الناتج عن التعسف في الطلاق، حيث حددها المشرع المصري بنفقة سنتين مع مراعات حل الزوج المادية أما المشرع السوري فقد حددها بنفقة ثلاث سنوات مع مراعات حل الزوج.

- تعد معايير التعسف في الطلاق ضرورة ملحة لمعرفة ما إذا كان الطلاق تعسفيا أم لا.

- إن التعويض عن الضرر كان يحكم العلاقات ذات الطابع المالي، غير أنه في وقتنا الحالي أصبح يمس حتى العلاقات داخل الأسرة، وهذا مانستشفه من خلال المواد 25 و 53 مكرر و 55 من قانون الأسرة، التي تقضي بالتعويض عن ضرر الطلاق.

- الغاية من تشريع السلطة التقديرية للقاضي في تعويض الضرر عن الطلاق هو تحقيق مقصد الشارع والمشرع، لتحقيق العدل وإعطاء كل ذي حق حقه، وهذا مأخذ به المشرع الجزائري حيث منح للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير التعويض عن الضرر الناجم من الطلاق .

- تضيق سلطة القاضي التقديرية في قبول و رفض طلب الخلع بعد التعديل الجديد لقانون الأسرة 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، حيث أصبح ليس للقاضي سلطة في رفض طلب الخلع.

- قيد المشرع الجزائري سلطة القاضي التقديرية في تحديد مبلغ الخلع، على أن لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم، بخلاف المشرع المصري الذي جعل بدل الخلع يتمثل في تنازل الزوجة عن جميع حقوقها المالية والشرعية، وأن ترد الصداق الذي قدمها لها، أما المشرع السوري فقد سكت عن قيمة بدل الخلع.

- لم يحدد المشرع الضوابط والمعايير التي يجب أن يستند إليها القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق، بخلاف المشرع المصري والسوري الذي راعى فيها حال الزوج المادية وذهب إلى أبعد من ذلك، فقد منح للقاضي سلطة في تقدير طريقة دفع هذا التعويض من طرف الزوج مراعيًا في ذلك ظروفه المادية.

وبعد عرضنا لهذه النتائج سجلنا من خلال دراسة هذا الموضوع بعض التوصيات، لمعالجة النقص الوارد في قانون الأسرة وهي:

- اعتماد نظرية التعسف في استعمال الحق نظرية عامة تنطبق على جميع نواحي القانون قانون الأسرة، بإفراد نص خاص يعرف بالنظرية ويمهد لها ضمن نصوص الأحكام العامة لقانون الأسرة.

- إستحداث مادة جديدة في قانون الأسرة تنص صراحة على نفقة متعة مستقلة عن نص المادة 52 التي تقضي بالتعويض عن الطلاق التعسفي، و نبقى نص المادة 52 وهذا من أجل الحد من ظاهرة الطلاق، ومن أجل القضاء على الخلط الواقع بين التعويض و المتعة عن الطلاق.

- جعل نفقة المتعة كحق ثابت لكل مطلقة مدخول بها ، إلا التي طلقت قبل الدخول فيجب لها نصف الصداق، مع منحها تعويض إضافي إذا ثبت أن الزوج متعسف في الطلاق ، وهذا من أجل الحد من ظاهرة الطلاق.

- يجدر تغيير صياغة نص المادة 52 على النحو التالي إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض مع مراعاة حال الزوجين من يسر وإعسار ، وحسب جسامة الضرر اللاحق بالزوجة.

- إستحداث نص جديد يوضح الإتجاه القضائي في حالة ما إذا أخل أحد الزوجين بشرط من الشروط المذكورة في عقد الزواج، وأدى هذا الإخلال بالشروط إلى وقوع الطلاق.

- إعادة النظر في صياغة المادة 50 وذلك بتقييد الرجعة دون عقد ومهر جديدين، يبدأ حساب العدة الشرعية وإنتهائها، ولا يقيد حصول الرجعة بفترة الصلح أو بعد صدور حكم الطلاق، لأن عدة المطلقة قد تنتهي قبل أو أثناء محاولة الصلح، حيث تصبح المطلقة بانة ولا يمكن مراجعتها إلا بعقد جديد.

- يجدر إعادة صياغة المادة 53 مكرر بأنه يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها في حالة ما إذا كان الزوج قاصدا إحاق الضرر بها. لأنه لا يعقل أن يلتزم الزوج بتعويض المطلقة وهو لم يقصد الإضرار بها.

- يجدر إعادة صياغة المادة 54 والتي تجيز للزوجة أن تلخع نفسها دون موافقة زوجها بأن يضيف عليها فقرة ثالثة، حيث يضبط فيها حق الزوجة في طلب الخلع بعدم التعسف في استعمال حقها هذا، فإذا أثبت الزوج في هذه الحالة تعسف الزوجة في طلب الخلع حكم له بالتعويض عن الضرر اللاحق به، مع مبلغ بدل الخلع.

- يجدر إعادة صياغة المادة 55 وذلك بتوضيح الإجراءات التي يمكن للزوجين إتخاذها عند نشوز أحدهما، حيث يكون الهدف من هذه الإجراءات هو لم شمل الأسرة من جديد، للحد قد الإمكان من ظاهرة الطلاق المتزايدة باستمرار.

- يجدر على المشرع الجزائري إضافة نص يوضح فيه إمكانية تعويض الزوج عن الضرر اللاحق به في حالة مخالفة الزوجة للشروط المتفق عليها في عقد الزواج، أو في حالة الحكم عليها لإرتكابها جريمة تمس بشرف الأسرة، أو لإرتكابها فاحشة مبينة، أو في حالة إخفائها لعيب فيها يعيق عليه تحقيق أهداف الزواج.

- يجدر على المشرع 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 من الطلاق، كما هو الحال في القانون المدني وذلك لحماية حقوق المتخاصمين من جهة، ومن جهة ثانية لسيط رقابة المحكمة العليا على الأحكام القضائية.

- يجدر على المشرع الجزائري إلزام قاضي شؤون الأسرة ضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بأن يقوم بتسبيب حكمه، حيث يحدد الأضرار التي سيقوم بالتعويض من حيث نوعها وشروطها، بالإضافة إلى ذلك يجب أن يوضح كيفية توصله لتقدير التعويض ويظهر العناصر التي إستعملها في ذلك، كل هذا من أجل الوصل إلى تعويض مناسب للضرر، وفي نفس الوقت يفتح المجال واسعا لتدخل المحكمة العليا بالرقابة

وفي الأخير فإن هذه النتائج والتوصيات التي إرتأيتها جديرة بالذكر تبقى محل تقدير حسب تعدد وجهات النظر و إختلاف الأفهام، وحسب جهدي القاصر لهذه الدراسة، أتمنى أن أكون قد

خطوة بها خطوة في درب البحث العلمي الطويل جدا، مضيئا به ولو قبسا خافتا لكل باحث وطالب علم.

و الحمد لله رب العالمين وأزكى وأطيب الصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين.

تمت بحمد الله وتوفيقه

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم.

أولا- النصوص القانونية:

أ-الجزائرية :

1/ مرسوم رئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07/12/1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في إستفتاء 28/11/1996، المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 76، لسنة 1996.

2/ القانون رقم 78-12 المؤرخ في 05/08/1978، يتضمن القانون الأساسي العام للعامل، المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 32، لسنة 1978.

3/ القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984، المتضمن قانون الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 24، لسنة 1984.

4/ القانون رقم 88-31 المؤرخ في 19/07/1988، يعدل ويتم الأمر رقم 75-15 المؤرخ في 30/01/1974، والمتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض الأضرار، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 29، لسنة 1988.

5/ القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21/04/1990، يتعلق بعلاقات العمل، المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 17، لسنة 1990.

6/ الأمر رقم 96-19 المؤرخ في 06/07/1996، يعدل ويتم القانون رقم 83-13 المؤرخ في 02/07/1983، والمتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 42، لسنة 1996.

7/ القانون رقم 98-06 المؤرخ في 27/06/1998، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 48، لسنة 1998.

8/ الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27/02/2005، يعدل ويتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984، المتضمن قانون الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، لسنة 2005.

9/ القانون رقم 10-05 المؤرخ في 20/06/2005، يعدل ويتم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 والمتضمن القانون المدني، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 44، لسنة 2005.

10/ القانون رقم 23-06 المؤرخ في 20/12/2006، يعدل ويتم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08/06/1966، والمتضمن قانون العقوبات، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 84، لسنة 2006.

11/ القانون رقم 05-07 المؤرخ في 13/05/2007، يعدل ويتم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون المدني، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 31، لسنة 2007.

12/ القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25/02/2008، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 21، لسنة 2008.

13/ القانون رقم 04-10 المؤرخ في 15/08/2010، يعدل ويتم الأمر رقم 76-80 المؤرخ في 23/10/1976، والمتضمن القانون البحري، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 46، لسنة 2010.

ب-الأجنبية:

1/ القانون رقم 25 المؤرخ في 17/05/1920، خاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية، المنشور بالوقائع للجمهورية المصرية، العدد 61، لسنة 1920.

2/ القانون رقم 25 المؤرخ في 25/03/1925، المعدل للقانون 25 المؤرخ في 17/05/1920، خاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية، المنشور بالوقائع المصرية، العدد 27، لسنة 1925.

3/ القانون رقم 100 المؤرخ في 04/07/1985، المعدل للقانون 25 المؤرخ في 25/03/1925، والمتضمن قانون الأحوال الشخصية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية المصرية، العدد 27 (تابع)، لسنة 1985.

4/ القانون رقم 1 المؤرخ في 29/01/2000، معدل بالقانون رقم 91 المؤرخ في 18/05/2000، المتعلق بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية المصرية، العدد 4 (مكرر)، لسنة 2000.

- 15/ القانون رقم 10 المؤرخ في 2004/03/18، والمتضمن قانون إنشاء محاكم الأسرة، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية المصرية، العدد 12 (تابع أ)، لسنة 2004.
- 16/ المرسوم التشريعي رقم 59 المؤرخ في 1953/09/17، والمتضمن قانون الأحوال الشخصية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية السورية، العدد 63، لسنة 1953.
- 17/ المرسوم التشريعي رقم 84 المؤرخ في 1953/09/28، والمتضمن قانون أصول المحاكمات، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية السورية، العدد 63، لسنة 1953.
- 18/ الأمر المؤرخ في 1956/08/13، المتضمن مجلة الأحوال الشخصية التونسية، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 66، المؤرخ في 1956/08/17.
- 19/ القانون رقم 70-03 المؤرخ في 2004/02/03، المتضمن مدونة الأسرة المغربية، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، رقم 5184، صادرة في 2004/02/05.

ثانيا- الكتب و المؤلفات العامة:

أ- كتب الحديث:

- 1/ أبو داود، سنن أبو داود، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت، دون طبعة، دون سنة نشر.
- 2/ أبو الوليد الباجي، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة، مصر، الطبعة الأولى، 1332 هـ.
- 3/ ابن ماجه، سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، دون طبعة، دون سنة نشر.
- 4/ ابن هارون الروياني، مسند الروياني، المحقق أيمن علي أبو يمان، مؤسسة قرطبة، القاهرة، الطبعة الأولى، 1416 هـ.
- 5/ أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، المحقق شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، 2001.
- 6/ البخاري، صحيح البخاري، المحقق محمد زهير، دار طوق النجاة، دون مكان نشر، الطبعة الأولى، 1422 هـ.
- 8/ البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، كتاب السرقة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 2003.

- 9/ البيهقي، السنن الصغير للبيهقي، المحقق عبد المعطي أمين قلعجي، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي، باكستان، الطبعة الأولى، 1989.
- 10/ الترمذي، الجامع الكبير سنن الترمذي، المحقق بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، دون طبعة، 1998.
- 11/ الدرامي أبو محمد، مسند الدرامي المعروف بسنن الدرامي، المحقق نبيل هاشم العمري، دار البشائر، بيروت، الطبعة الأولى، 2013.
- 12/ الدراقطني، سنن الدراقطني، دققه وضبط نصه وعلق عليه شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2004.
- 13/ مسلم، المسند الصحيح، المحقق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون طبعة، دون سنة نشر.
- 14/ مالك ابن أنس، الموطأ، المحقق محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زيدان بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبوظبي، الإمارات، الطبعة الأولى، 2004.
- 15/ النسائي، السنن الكبرى للنسائي حقه وأخرج أحاديثه حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، 2001.

ب- القواميس والمعاجم

- 1/ ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، كورنيش النيل، القاهرة، دون طبعة، دون سنة نشر.
- 2/ أبي بكر الدمياطي، حاشية إعانة الطالبين، دار الفكر، بيروت، دون طبعة، دون سنة نشر.
- 3/ الأزهري الهروي، تهذيب اللغة، المحقق محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 2001.
- 4/ إسماعيل بن سيدة المرسي، المخصص، المحقق خليل إبراهيم جفال، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 1996.
- 5/ البعلبكي روعي، القاموس القانوني الثلاثي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2002.
- 6/ الجرجاني، التعريفات، ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1983.

- 7/ الجوهري أبو نصر، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الرابعة، 1987.
- 8/ الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين، تحقيق مهدي المخزومي، دار ومكتبة الهلال، بيروت، دون طبعة، 1999.
- 9/ الزمخشري جار الله، أساس البلاغة، تحقيق محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1998.
- 10/ زين العابدين الحدادي المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الأولى، 1990.
- 11/ سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي لغة وإصطلاحاً، دار الفكر، دمشق، سورية، الطبعة الثانية، 1988.
- 12/ سليمان البجيرمي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، دار الفكر، بيروت، دون طبعة، 1995.
- 13/ صاحب الكافي الكفاة، المحيط في اللغة، تحقيق الشيخ محمد حسن آل ياسين، دار النشر عالم الكتب، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1994.
- 14/ عبد النبي بن عبد الرسول الأحمد نكري، دستور العلماء جامع العلوم في إصطلاحات الفنون، عرب عباراته الفارسية حسن هاني فحص، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2000.
- 15/ الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الجبل، بيروت، دون طبعة، دون سنة نشر.
- 16/ القريني أبو البقاء، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، المحقق عدنان درويش، مؤسسة الرسالة، بيروت، دون سنة نشر.
- 17/ محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، دون طبعة، دون سنة نشر.
- 18/ محمد رواس قلعجي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، دون مكان نشر، الطبعة الثانية، 1988.
- 19/ مراد عبد الفتاح، المعجم القانوني رباعي اللغة، در ش، دم ن، د ط، 2000.

20/ مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية، دون مكان نشر، دون طبعة، دون سنة نشر.

21/ المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، مكتبة الشروق الدولية، الطبعة الرابعة، 2004.

22/ نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والإقتصادية في لغة الفقهاء، دار القلم، دمشق، طبعة الأولى، 2008.

23/ نشوان بن سعيد الحميري، شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، المحقق حسين بن عبد الله العمري، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1999.

ت-الكتب الشرعية:

1/ ابن أبي زيد، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، المحقق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 1999.

2/ ابن أثير، جامع الأصول في أحاديث الرسول، تحقيق عبد القادر الأرئوط، مكتبة دار البيان، دون مكان نشر، الطبعة الأولى، 1972.

3/ ابن أثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق طاهر أحمد الزاوي، المكتبة العلمية، بيروت، دون طبعة، 1979.

4/ ابن تيمية، الفتاوى الكبرى لابن تيمية، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1987.

5/ ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المحقق محمد بن قسام، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، دون طبعة، 1995.

6/ ابن الجوزي، زاد المسير في علم التفسير، المحقق الرازق المهدي، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 1422 هـ.

7/ ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه محب الدين الخطيب، عليه تعليقات العلامة عبد العزيز بن عبد الله بن باز، دار المعرفة، بيروت، دون طبعة، 1379 هـ.

8/ ابن حزم القرطبي، المحلي بالآثار، تحقيق محمد منير الدمشقي، إدارة الطباعة المنبرية، مصر، الطبعة الأولى، 1929.

- 9/ ابن خليل الطرابلسي، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، مصطفى الحلبي، القاهرة، مصر، الطبعة الثانية، 1973.
- 10/ ابن رجب، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلام، محقة شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة السابعة، 2001.
- 11/ ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، 2005.
- 12/ ابن رشد القرطبي، المقدمات الممهديات، دار الغرب الإسلامي، لبنان، الطبعة الأولى، 1988.
- 13/ ابن سالم العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، المحقق قاسم محمد النوري، دار المنهاج، جدة، الطبعة الأولى، 2000.
- 14/ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، 1992.
- 15/ ابن عوض الله بن محمد، مكتبة ابن تيمية، مصر، الطبعة الأولى، 1999.
- 16/ ابن الفراء، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين، المحقق عبد الكريم بن محمد اللاحم، مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة الأولى، 1985.
- 17/ ابن قدامة، الشرح الكبير، تحقيق عبد الفتاح محمد الحلو، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، أشرف على طباعته محمد رشيد رضا صاحب المنار، دون مكان نشر، دون طبعة، دون سنة نشر.
- 18/ ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1994.
- 19/ ابن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، القاهرة، دون طبعة، 1968.
- 20/ ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة السابع والعشرون، 1994.
- 21/ ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، المحقق محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1419هـ.
- 22/ ابن مالك، شرح المنار، المطبعة العثمانية، القاهرة، مصر، دون طبعة، 1308هـ.

- 23/ ابن منذر، كتاب تفسير القرآن، تحقيق سعد بن محمد السعد، دار المآثر، المدينة النبوية، الطبعة الأولى، 2002.
- 24/ ابن مودود الموصلية البلدي، الإختيار لتعليق المختار، عليها تعليقات محمد أبو دقيفة، مطبعة الحلبي، القاهرة، دون طبعة، 1937.
- 25/ ابن نجيم، الأشابه والنظائر، تحقيق عبد الكريم الفضيلي، المكتبة العصرية، بيروت، دون طبعة، 2003.
- 26/ ابن عبد السلام عز الدين، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ضبط وتصحيح عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1999.
- 27/ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ضبطه وأخرج أحاديثه زكرياء عميرات، دار المعرفة، بيروت، دون طبعة، دون سنة نشر.
- 28/ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، وبالْحاشية، منحة الخالق لإبن عابدين، دار الكتاب الإسلامي، دون مكان نشر، الطبعة الثانية، دون سنة نشر.
- 29/ ابن همام، شرح فتح القدير، المحقق عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 2003.
- 30/ ابن همام، فتح القدير، دار الفكر، دون مكان نشر، دون طبعة، دون سنة نشر.
- 31/ أبو إبراهيم المزني، مختصر المزني (مطبوع ملحق الأم الشافعي)، دار المعرفة، بيروت، دون طبعة، 1990.
- 32/ أبو جعفر الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، المحقق أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 2000 .
- 33/ أبو الحسن بن مكرم الصعيدي العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، المحقق يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، دون طبعة، 1994.
- 34/ أبو حيان محمد، البحر المحيط في التفسير، المحقق صدقي محمد جميل، دار الفكر، بيروت، دون طبعة، 1420 هـ.
- 35/ أبو زكريا النووي، تحرير ألفاظ التنبيه، تحقيق عبد الغني الدقر، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، 1408 هـ.

- 36/ أبو زكريا النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثالثة، 1991.
- 37/ أبو زكريا النووي، شرح صحيح مسلم، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية، 1972.
- 38/ أبو زكريا النووي، المجموع شرح المذهب، دار الفكر، دون مكان نشر، دون طبعة، دون سنة نشر.
- 39/ أبو عبد الله محمد الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، المطبعة الخيرية، مصر، الطبعة الأولى، 1316هـ.
- 40/ أبو عبد الله المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1994.
- 41/ أبو المعالي الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، حققه ووضع فهارسه عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، دون مكان نشر، الطبعة الأولى، 2007.
- 42/ أبي إسحاق الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق وتعليق محمد الزحيلي، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، 1996.
- 43/ أبي بكر الحسن بن حسن الكشناوي الكسادي، أحكام العلاقة الزوجية على مذهب السادة المالكية، طبع بعناية إسماعيل بن غازي مرحبا، مكتبة التراث العربي، الدار البيضاء، المغرب، الطبعة الأولى، 2010.
- 44/ أحمد بن عبد الرحيم، حجة الله البالغة، ضبط محمد سالم هاشم، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1995.
- 45/ أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، حاشيتنا قليوبي و عميرة، دار الفكر، بيروت، دون طبعة، 1995.
- 46/ أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دون طبعة، 2004.
- 47/ أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، 1986.

- 48/ إدريس البهوتي، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، دون مكان نشر، الطبعة الأولى، 1993.
- 49/ إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الفكر، بيروت، دون طبعة، 1982.
- 50/ برهان الدين الخوارزمي المطرزي، المغرب في ترتيب المغرب، دار الكتاب العربي، دون طبعة، دون سنة نشر.
- 51/ تاج الدين السبكي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1991.
- 52/ جد الدين أبو البركات، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة الثانية، 1984.
- 53/ الجصاص، أحكام القرآن، المحقق عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1994.
- 54/ الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، المحقق علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، 2004.
- 55/ الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1994.
- 56/ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، دون مكان نشر، دون طبعة، دون سنة نشر.
- 57/ الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، المحقق صفوان عدنان الداودي، الدار الشامية، بيروت، الطبعة الأولى، 1412هـ.
- 58/ الزركشي، شرح الزركشي على متن الخرقى، المحقق عبد الله بن دهيش، مكتبة الأسد، مكة المكرمة، الطبعة الثالثة، 2009.
- 59/ زين الدين الرازي، مختار الصحاح، المحقق يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، صيدا، بيروت، الطبعة الخامسة، 1999.
- 60/ سراج الدين بن نجيم، النهر الفائق شرح كنز الدقائق، المحقق أحمد عزو عناية، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 2002.
- 61/ السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، دون طبعة، دون سنة نشر.

- 62/ سليمان بن الأشعث أبو داود، مسائل الإمام أحمد رواية أبي داود السجستاني، تحقيق أبي معاذ طارق ابن عوض الله بن محمد، مكتبة ابن تيمية، مصر، الطبعة الأولى، 1999.
- 63/ الخطيب الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، المحقق مكتبة البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت، دون طبعة، دون سنة نشر.
- 64/ سيد سابق، فقه السنة، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، دون سنة نشر.
- 65/ السيوطي، شرح سنن ابن ماجه، قديمي كتب خانة، كراتشي، باكستان، دون طبعة، دون سنة نشر.
- 66/ شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، بيروت، دار الفكر، دون طبعة، 1984.
- 67/ الشافعي، الأم، دار المعارف، بيروت، دون طبعة، 1990.
- 68/ الشوكاني، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية، 1996.
- 69/ الشوكاني، نيل الأوطار، تحقيق عصام الدين الصبابي، دار الحديث، مصر، الطبعة الأولى، 1993.
- 70/ صالح بن غانم السرلان، النشوز، دار بلنسية للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الرابعة، 1417هـ.
- 71/ الصنعاني عبد الرزاق، تفسير عبد الرزاق، تحقيق محمود محمد عبده، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1419 هـ.
- 72/ الصنعاني عبد الرزاق، تفسير القرآن، تحقيق مصطفى مسلم محمد، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، 1410هـ.
- 73/ الصنعاني عبد الرزاق، سبل السلام يشرح بلوغ المرام، تحقيق عماد السيد، دار الحديث، القاهرة، الطبعة الخامسة، 1997.
- 74/ عبد الرؤوف المناوي، فيض القدير شرح الجامع الصغير، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، دون طبعة، 1356هـ.
- 75/ عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، المحقق طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون طبعة، دون سنة نشر.

- 76/ عبد الرحمان بن محمد، الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، دون طبعة، دون سنة نشر.
- 77/ عبد الرحمان بن محمد شيخي زاده، مجمع الأنهار في شرح ملتقى الأبحر، المحقق خليل العمران المنصور، الكتب العلمية، بيروت، دون طبعة، 1998.
- 78/ عبد الرحمان الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، المحقق عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 2002.
- 79/ علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1994.
- 80/ علاء الدين المرادوي، التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، تحقيق أحمد السراح، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، 2000.
- 81/ علي أحمد عبد العال الطهطاوي، تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2003.
- 82/ الغزالي، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، تحقيق علي معوض، شركة واد الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1997.
- 83/ الغزالي، الوسيط في المذهب، المحقق أحمد محمد إبراهيم، دار السلام، القاهرة، الطبعة الأولى، 1417هـ.
- 84/ فخر الدين الرازي، مفاتيح الغيب التفسير الكبير، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثالثة، 1420هـ.
- 85/ فخر الدين الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، الطبعة الأولى، 1313هـ.
- 86/ الفيروز آبادي، تنوير المقابيس من تفسير ابن عباس، المكتبة الشعبية، القاهرة، دون طبعة، 1970.
- 87/ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن تفسير القرطبي، تحقيق أحمد البردوني، دار الكتاب المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1964.
- 88/ مالك بن أنس، المدونة، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1994.

89/ مالك بن أنس، المدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون بن سعيد الشنوفي، كتاب الإيمان بالطلاق، وطلاق المريض، المجلد الثالث مطبعة السعادة، مصر، 1323هـ.

90/ محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الأولى، 1983.

91/ مصطفى الزحيلي، التفسير الوسيط للزحيلي، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، 1422هـ.

92/ الواحدي النيسابوري، الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق صفوان عدنان داوودي، دار القلم، الدار الشامية، دمشق، بيروت، الطبعة الأولى، 1415هـ.

ث- الكتب العامة:

1/ أبو زهرة محمد، التعسف في استعمال الحق، المجلس الأعلى لرعاية القانون والآداب، القاهرة، دون طبعة، 1963.

2/ أحمد بخيت الغزالي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2009.

3/ أحمد بن محمد أحمد كليب، مسائل مقارنة في الأحوال الشخصية الطلاق والخلع والظهار على فقه المذاهب الأربعة والإمام طاووس، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى، 2010.

4/ حامد عبد الفقي، أحكام الرجعة في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دون طبعة، 2003.

5/ حسن موسى الحاج موسى، القضاء الشرعي السني، منشورات الحلبي الحقوقية، دون طبعة، 2008.

6/ الخفيف علي، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، دون طبعة، 2013.

7/ رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، دون طبعة، 2002.

8/ زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات الجامعة الليبية، ليبيا، الطبعة الأولى، 1971.

9/ السريتي عبد الودود، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، دون طبعة، 1980.

- 10/ سلمان نصر، سعاد سطحي، أحكام المواريث في الفقه الإسلامي، دار الفجر، الجزائر، الطبعة الأولى، 2007.
- 11/ سناء الخولي، الأسرة والحياة العائلية، دار المعرفة، مصر، دون طبعة، 1997.
- 12/ سيد أمين، المسؤولية التصويرية من فعل الغير في الفقه الإسلامي المقارن، مكتبة الإسكندرية، مصر، دون طبعة، 1384هـ.
- 13/ عامر سعيد الزبياري، أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1997.
- 14/ عبد الرحمان الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، 1968.
- 15/ عبد الله الدرعان، المدخل للفقه الإسلامي، مكتبة التوبة، دون مكان نشر، الطبعة الأولى، دون سنة نشر.
- 16/ عبده غالب أحمد عيسى، فقه الطلاق، دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى، 1991.
- 17/ عبير ربحي شاكرك القدومي، التعسف في إستعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، الطبعة الأولى، 2007.
- 18/ علي بن محمد بن حسب الله، عيون على المسائل الشرعية في الأحوال الشخصية، مطبعة كلية العلوم، دون طبعة، 1950.
- 19/ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، المطبعة الفنية الحديثة، مصر، دون طبعة، 1971.
- 20/ علي محمد علي القاسم، نشوز الزوجة أسبابه وعلاجه في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، دون طبعة، 2004.
- 21/ عمر عيسى الفقي، التطلاق في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين، المكتب الفني للموسوعة القانونية، دون مكان نشر، دون طبعة، 1998.
- 22/ محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، طبعة الأولى، 1993.
- 23/ محمد مدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار إشبيليا، الرياض، دون طبعة، 1999.

24/ محمد المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الثانية، 2013.

25/ محمد مصطفى ثلبي، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانوني (أحكام الأسرة في الإسلام)، الدار الجامعية للطباعة والنشر، دون مكان نشر، الطبعة الرابعة، 1983.

26/ محمد عاطف غيث، تطبيقات في علم الاجتماع، دار الكتب الجامعية، الإسكندرية، دون طبعة، 1970،

27/ محمد فهد شقفة، شرح أحكام الأحوال الشخصية، مؤسسة النوري، دون مكان نشر ، دون طبعة، 1998.

28/ مريم أحمد الداغستاني، الآثار المترتبة على الطلاق في الشريعة الإسلامية، شركة الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، دون مكان نشر، الطبعة الأولى، 1994.

29/ مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، سورية، الطبعة الأولى، 1998، الجزء الثاني.

30/ معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، دار الوفاء، المنصورة، الطبعة الخامسة، 1990، الجزء الأول.

31/ نور حسن قاروت، موقف الإسلام من نشوز الزوجين أو أحدهما وما يتبع ذلك من أحكام (دراسة مقارنة)، دوندان نشر، دون مكان نشر، الطبعة الأولى، 1995.

32/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سورية، الطبعة الرابعة، دون سنة نشر، الجزء التاسع.

33/ وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، دار الفكر، دمشق، الطبعة التاسعة، 2012.

34/ وهبة الزحيلي، نظرية الضمان (دراسة مقارنة)، دار الفكر، دمشق ، دون طبعة، 1982.

ج-الكتب القانونية:

1/ أبو بكر إسماعيل محمد ميقا، أحكام المريض في الفقه الإسلامي العبادات والأحوال الشخصية، إدارة البحوث العلمية والإفتاء، الرياض، دون طبعة، 1979.

- 2/ أحمد إبراهيم بك، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون معلقا عليها بأحكام المحكمة الدستورية العليا وأحكام محكمة النقض، مطابع دار الجمهورية للصحافة، مصر، الطبعة الخامسة، 2003.
- 3/ أحمد حسام النجار، الخلع ومشكلاته العلمية والمنازعات المتعلقة به و إجراءاته العملية وأحكامه، دار الكتب القانونية، القاهرة، دون طبعة، 2004.
- 4/ أحمد حسن الحمادي، الحق في التعويض ومدى إنتقاله إلى الخلف العام في إطار الفقه والقانون والقضاء المقارن، مطبعة دار الثقافة، الدوحة، قطر، دون طبعة، 1995.
- 5/ أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات (دراسة فقهية ونقدية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دون طبعة، 2010.
- 6/ أحمد عابدين محمد، التعويض عن الضرر المادي والأدبي والمورث، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون طبعة، 1955.
- 7/ أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر، دون طبعة، 2006.
- 8/ أحمد هندي، أصول قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دون طبعة، 2002.
- 9/ أديب إسطنبولي، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، دار الأنوار للطباعة، دمشق، دون طبعة، 1989.
- 10/ أنس محمد عبد الغفار، التعسف في إستعمال الحق (دراسة أصلية تطبيقية في القانون المدني والفقه الإسلامي)، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الإمارات، دون طبعة، 2014.
- 11/ أنور العمروسي، أحوال المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، دار الفكر الجامعي، مجلد الأول، الإسكندرية، مصر، دون طبعة، 2005.
- 12/ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للإلتزام (أحكام الإلتزام)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، دون طبعة، 2005، الجزء الثاني.
- 13/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية (دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير التعويض)، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، دون طبعة، 1995.

- 14/ إدريس فاضلي، إجراءات التقاضي (أمام المحكمة-المجلس-المحكمة العليا)، مطبعة فسييلة للنشر والتوزيع، دون مكان نشر، طبعة الأولى، 2012، الجزء الثاني.
- 15/ باديس ذيابي، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، دون طبعة، 2012.
- 16/ باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، دون طبعة، 2007.
- 17/ بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، بيروت، دون طبعة، دون سنة نشر، الجزء الأول.
- 18/ جعفر محمد أنس قاسم، التعويض عن المسؤولية الإدارية (دراسة مقارنة)، مركز البحوث بجامعة الملك سعود، الرياض، المملكة العربية السعودية، دون طبعة، 1989.
- 19/ جمال سايس، الإجتهد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، إصدار منشورات كليك، الجزائر، الطبعة الأولى، 2013، الجزء الثاني.
- 20/ جمال سايس، قضايا الطلاق في الإجتهد القضائي الجزائري، إصدار منشورات كليك، الجزائر، الطبعة الأولى، 2014، الجزء الثاني .
- 21/ جمال فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2009.
- 22/ جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، دار حامد، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2009.
- 23/ جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي- في الفقه ولقانون-، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2009.
- 24/ جميل فخري محمد جانم، مقدمات عقد الزواج الخطبة في الفقه والقانون، دار حامد، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2009.
- 25/ حسن حنتوش الحسنائي، التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقدية (دراسة مقارنة)، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، دون طبعة، 1999.

- 26/ حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني (الضرر)، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2006، الجزء الأول.
- 27/ حسن علي السمنى، الوجيز في الأحوال الشخصية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، دون طبعة، 1999.
- 28/ حسني محمد جاد الرب، التعويض الإتفاقي عن عدم تنفيذ الإلتزام أو التأخر فيه (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، دون طبعة، 2006.
- 29/ حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، دون طبعة، 1997.
- 30/ حميد مسرار، نظرية الحق وتطبيقاته في أحكام الأسرة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2013.
- 31/ خطاب خالد خطاب، التعويض عن الطلاق (دراسة فقهية مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دون طبعة، 2012.
- 32/ خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري مصادر الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، دون طبعة، 1994.
- 33/ رأفت محمد حماد، النظرية العامة للحق (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دون طبعة، دون سنة نشر.
- 34/ رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، دار قنديل للنشر، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2010.
- 35/ رشيد شحاته أبو زيد، الإشتراط في وثيقة الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 2001.
- 36/ زهدي يكن، المسؤولية المدنية أو الأعمال غير المباحة، منشورات المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، الطبعة الأولى، دون سنة نشر.
- 37/ زياد صبحي علي ذياب، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، دار الينابيع للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 1992.

- 38/ سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، طبعة جديدة مزيده ومنقحة، 2011، الجزء الأول.
- 39/ سعيد أحمد شعله، قضاء النقض المدني في المسؤولية والتعويض، توزيع منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، دون طبعة، 2003.
- 40/ سعيد أمجد الزهاوي، التعسف في إستعمال حق الملكية في الشريعة والقانون، دار الإتحاد العربي للطباعة، القاهرة، مصر، دون طبعة، 1975.
- 41/ السعيد مقدم، التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)، دار الحداثة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1985.
- 42/ السعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، دون طبعة، 1992.
- 43/ سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، دار النشر الجامعات المصرية، مصر، دون طبعة، 1958.
- 44/ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، مجلد 2، منشورات مكتبة صادر، بيروت، لبنان، الطبعة الخامسة، 1998، الجزء الثاني.
- 45/ السيد عبد الوهاب عرفة، الوسيط في التعويض المدني عن المسؤولية المدنية (عقدية تقصيرية)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دون طبعة، 2005.
- 46/ شمس محمود زكي، مختارات من أحكام الأحوال الشخصية في التشريعات اللبنانية والسورية، المجلد الثالث، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، دون طبعة، 1999.
- 47/ الصدة عبد المنعم فرج، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، دون طبعة، 1974.
- 48/ صدفى محمد أمين عيسى، التعويض عن الضرر ومدى إنتقاله إلى الورثة (دراسة مقارنة)، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2014.
- 49/ طارق بن أنور آل سالم، الواضح في أحكام الطلاق، دار الإيمان للطباعة، الإسكندرية، مصر، دون طبعة، 2004.

- 50/ عاطف النقيب، المسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي (الخطأ والضرر)، مؤسسة شباب الجامعة، دون طبعة، 1987.
- 51/ عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2007.
- 52/ عبد الحميد الشورابي، تسبيب الأحكام المدنية والجنائية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون طبعة، 1996.
- 53/ عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بغدادية، الرويبة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2009.
- 54/ عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية، منشورات جامعة دمشق، دمشق، دون طبعة، 1994، الجزء الثاني.
- 55/ عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجتمع العلمي العربي الإسلامي)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون طبعة، 1954، الجزء الرابع.
- 56/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة، 1998، الجزء الأول.
- 57/ عبد السلام ذهني بك، الإلتزامات النظرية العامة، مكتبة كلية التجارة، القاهرة، د ط، د س ن.
- 58/ عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد (ترجمة المحكمة العادلة)، موفم للنشر، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2012.
- 59/ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، دون طبعة، 2005.
- 60/ عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاء، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1984.
- 61/ عبد العزيز اللصاصمة، المسؤولية المدنية التقصيرية (الفعل الضار أساسها وشروطه)، د ر ش، عمان، دون طبعة، 2002.

- 62/ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، الطبعة الأولى، 2007.
- 63/ عبد القادر بن عزوز، أحكام فقه الأسرة (دراسة مقارنة)، منشورات قرطبة للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2007.
- 64/ عبد المجيد الحكيم، القانون المدني وأحكام الإلتزام، دون دار نشر، العراق، دون طبعة، دون سنة نشر، الجزء الثاني
- 65/ عبد المنعم البدر اوي، النظرية العامة للإلتزامات (أحكام الإلتزام)، دار النهضة العربية، بيروت، دون طبعة، 1968، الجزء الرابع.
- 66/ عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، الطبعة الأولى، 2007.
- 67/ عبد الودود يحي، الموجز في النظرية العامة للإلتزامات، القسم الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دون طبعة، 1994.
- 68/ عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1938.
- 69/ العدوي جلال، مصادر الإلتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون طبعة، 1997.
- 70/ العربي بلحاج، أبحاث و مذكرت في القانون والفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون طبعة، 1996، الجزء الثاني.
- 71/ العربي بلحاج، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر 02/05 ومعلق عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة (1966-2006)، ديوان المطبوعات الجامعية، بنعكنون، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2007.
- 72/ العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، دون طبعة، 1999، الجزء الثاني.
- 73/ العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة الخامسة، 2007، الجزء الأول.
- 74/ علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون طبعة، 1984.

- 175/ علي فيلاي، الإلتزامات العمل المستحق للتعويض، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، دون طبعة، 2002.
- 176/ علي فيلاي، الإلتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر، الجزائر، دون طبعة، 2008.
- 177/ عمرو عيسى الفقي، الموسوعة القانونية في المسؤولية المدنية (دعوى التعويض)، شركة ناس للطباعة، الطبعة الأولى، 2002.
- 178/ الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة الأولى، 2008.
- 179/ فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثالثة، 1984.
- 180/ فتحي الدريني، نظرية التعسف في إستعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الرابعة، 1977.
- 181/ فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، دون طبعة، 1985، الجزء الأول.
- 182/ لحسن بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، دار هومة، عين مليلة، الجزائر، دون طبعة، 2005.
- 183/ لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع (دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة)، دار هومة، عين مليلة، الجزائر، دون طبعة، 2013.
- 184/ محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الإجتهد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05، دار الوعي للنشر والتوزيع، رويبة، الجزائر، دون طبعة، 2012.
- 185/ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، دون طبعة، 1950.
- 186/ محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، دار الفكر العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 1998.
- 187/ محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية دراسة فقهية مقارنة، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، دون طبعة، 2010.

- 88/ محمد سمارة، أحكام وأثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الثالثة، 2010.
- 89/ محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، دار المكتبي للطباعة والنشر، دمشق، سورية، الطبعة الأولى، 1998.
- 90/ محمد شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق معياره وطبيعته في الفقه والقضاء، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، مصر، دون طبعة، 1979.
- 91/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، المسؤولية التقصيرية، الفعل المستحق للتعويض دراسة مقارنة في القوانين العربية)، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011
- 92/ محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، دون طبعة، 2002.
- 93/ محمد كمال إمام الدين، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، دون طبعة، 2003.
- 94/ محمد لمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، دون طبعة، 2004.
- 95/ محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة للطباعة والنشر، دون مكان نشر، دون طبعة، 1989.
- 96/ مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الوراق، بيروت، الطبعة التاسعة، 2001.
- 97/ منال محمود المشني، الخلع في قانون الأحوال الشخصية أحكامه وآثاره (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2008.
- 98/ منصور منصور مصطفى، مذكرات في المدخل إلى العلوم القانونية، مكتبة عبد الله وهبة، دون مكان نشر، دون طبعة، 1961.
- 99/ منير قزمان، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2002.

- 100/ موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي، دون طبعة، دون سنة نشر، الجزء الثاني.
- 101/ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دون طبعة، 2002.
- 102/ نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، دون طبعة، 2008.
- 103/ نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، دون طبعة، 2008.
- 104/ نور الدين أبو لحية، حق الزوجين في حل العصمة الزوجية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، دون طبعة، 2007.
- 105/ نورة منصوري، التطبيق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، دون طبعة، 2012.
- 106/ هشام حسن مهدي، الخلع بين الفقه والقضاء وفقا لقانون رقم 1 لسنة 2000، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون طبعة، 2003.

ثالثا- الرسائل الجامعية والقضائية

أ- رسائل الدكتوراه:

- 1/ أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية)، رسالة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان (الجزائر)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014/2013.
- 2/ محفوظ بن صغير، الإجتهد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقه في قانون الأسرة الجزائري، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصول، جامعة الحاج لخضر باتنة (الجزائر)، كلية العلوم الإجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم الشريعة، 2009/2008.
- 3/ محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، تخصص شريعة وقانون، جامعة الحاج لخضر باتنة (الجزائر)، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، 2012/2011.

4/ مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان (الجزائر)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2010/2009.

ب- مذكرات الماجستير:

1/ رضا قربة، سلطة القاضي في تقدير التعويض (دراسة في إطار المسؤولية العقدية)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر 1 (الجزائر)، كلية الحقوق، 2013/2012.

2/ مريم بن حالة، علاقة الطلاق بالقلق النفسي والإكتئاب عند النساء المطلقات (دراسة حالة على عينة من النساء بالجزائر)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الإرشاد والصحة النفسية، جامعة الجزائر 02 (الجزائر)، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية، قسم علم النفس وعلوم التربية والأرطوفونيا، 2011/2010.

3/ نجية زيتوني، دراسة تحليلية للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر (الجزائر)، كلية الحقوق، 2006/2005.

4/ يوسف مسعودي، الإشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، المركز الجامعي ببيشار (الجزائر) 2007/2006.

ت- مذكرات قضائية

1/ فتيحة سويس، النشوز في ظل أحكام الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء (الجزائر)، الدفعة الثانية عشرة، 2004/2003.

رابعاً- المقالات والدوريات المتخصصة:

1/ أنور محمد دبور، ماهية مرض الموت وتأثيره في التصرفات بصفة عامة، مجلة الشريعة والقانون، العدد 2، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، 1988.

2/ محمد عطشان عليوي، مجلة الفتح، حكم طلاق المريض مرض الموت، العدد 22، جامعة ديالى كلية التربية الأساسية، العراق، 2005.

3/ سميرة معاشي، أحكام التطلاق على ضوء التعديلات الجديدة لقانون الأسرة الجزائري، مجلة المنتدى القانونية، العدد 06، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2009.

4/ صالح حمليل، سلطة القاضي في تقدير التعويض عن المسؤولية المدنية في القانون والقضاء الجزائري، مجلة الفقه والقانون، العدد 21، مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية، 2014.

5/ علي سنوسي، التعسف في إستعمال حق الطلاق على ضوء قانون الأسرة الجزائري، مجلة الفقه والقانون، العدد 21، مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية، 2014، ص 89.

6/ مجلة الأحكام العدلية أو جامع الأدلة على مواد المجلة، نسقها ورتبها عزلتو نجيب بك هواويني، المطبعة الشرقية، الحدث، لبنان، 1905.

7/ محمد دمانة، المعايير التشريعية والقضائية لعدالة التعويض، مجلة الدراسات القانونية، العدد 13، مركز البصيرة للبحوث والإستشارات والخدمات التعليمية، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، 2011، ص 98.

8/ عيسى بن عبد الله الغيث، تسبب الأحكام القضائية، جريدة الرايض، السعودية، العدد 15681، 2011/05/31.

9/ محمد الزحيلي، متعة الطلاق، مقال منشور في مجلة منار الإسلام، العدد 5، وزارة العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف، أبوظبي، الإمارات، 1982.

10/ مالك جابر حميدي الخزاعي، إساءة إستعمال الحق خطأ تقصيرياً يلتزم من صدر منه بتعويض الضرر الناشئ عنه، مجلة جامعة نابل، المجلد 17، العدد 2، العراق، 2009.

11/ مهند عزمي مسعود أبو مغلي، التعويض عن الضرر الأدبي (دراسة مقارنة)، مجلة الشريعة والقانون، العدد 39، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، 2009

خامسا- المجالات القضائية:

1/ المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 1.

2/ المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 2.

3/ المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 3.

4/ المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 4.

- 5/ المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 2.
- 6/ المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية لسنة 1990، العدد 3.
- 7/ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد 3.
- 8/ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية لسنة 1993، عدد 1.
- 9/ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية لسنة 1993، عدد 2.
- 10/ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا لسنة 1993، العدد 4.
- 11/ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية لسنة 1994، عدد 2.
- 12/ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية لسنة 1995، العدد 2.
- 13/ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة لسنة 1995، العدد 47.
- 14/ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية لسنة 1997، العدد 1.
- 15/ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية لسنة 1997، العدد 2.
- 16/ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية لسنة 1997، العدد 50.
- 17/ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية لسنة 2001، عدد 1.
- 18/ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية لسنة 2001، عدد خاص.
- 19/ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا لسنة 2002، العدد 1.
- 20/ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا لسنة 2005، العدد 1.
- 21/ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة لسنة 2005، العدد 61.
- 22/ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة لسنة 2006، العدد 2.
- 23/ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا لسنة 2006، العدد 2.
- 24/ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة لسنة 2006، العدد 61.
- 25/ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا لسنة 2007، العدد 1.

- 26/ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا لسنة 2007، العدد 2.
27/ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا لسنة 2009، العدد 2.
28/ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، نشرة القضاة لسنة 2011، العدد 66.
29/ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا لسنة 2012، العدد 1.

سادسا- المواقع الإلكترونية

1/ عبد الجبار شرارة، مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في الفقه الإسلامي، مقال منشور في الموقع الإلكتروني لمجلة الفكر الإسلامي،
www.darislam.com/home/alfekr/data/feker7/14htm

2/ الموقع الإلكتروني للمحكمة العليا،

<http://www.coursupreme.dz/index.php?p=valrecherche>

3/ مجلة المحامون السورية WWW.SYRIANBAR.ORG

سابعا- الملاحق :

- 1/ مجلس قضاء بسكرة، محكمة قمار، فرع شؤون الأسرة، 2008/01/14، رقم الجدول 07/0289، ص2، الملحق رقم (04).
2/ مجلس قضاء بسكرة، محكمة الوادي، قسم شؤون الأسرة، 2008/03/25، رقم الجدول 08/0015، ص3، الملحق رقم (05).
3/ مجلس قضاء الوادي، محكمة الوادي، قسم شؤون الأسرة، 2011/11/29، رقم الجدول 11/00742، ص3، الملحق رقم (01).
4/ مجلس قضاء الوادي، غرفة الأحوال الشخصية، 2012/05/17، رقم القضية، 12/00102، ص3، ملحق رقم (02).
5/ مجلس قضاء الوادي، غرفة الأحوال الشخصية، 2013/04/04، رقم القضية، 12/00481، ص2، ملحق رقم (03).

ثامنا- قائمة المراجع بالغة الفرنسية

1/ C.F.MOHAMMED SALAH BEY, LE droit de la famille et le dualisme juridique, Revue Algerienne des Sciences juridiques économiques et politiques, 1997.

2/ François Terré-Philippe Simler et Yves Lequette : Droit Civil, les obligations, Beyrouth, Ed. Delta 1998.

3/ Marcel Planiol et George Ripert : Traité pratique de Droit Civil Français. TV (les obligations), (Paris : librairie Générale de Droit et De jurisprudence, 2ED, 1952.

4/ NAMMOUR(F), SEVRINE CABILLAC(R), LECUYER(H): Droit des obligations, Droit Français-Droit libanais, 1^{er} édition, Delta, 2006.

5/ Vialard, Antoine: Droit Civil Algériens, Alger :OPU,1980.

6/ VINEYG:Traité de droit civil, les obligations, la responsabilité, Effets, LGDj, Paris, 1988.

الفهــــــــــــــــرس

مقدمة

- 08..... الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للطلاق الموجب للتعويض
- 10..... المبحث الأول: الطلاق ومبدأ التعويض عنه
- 11..... المطلب الأول: مفهوم الطلاق وحكمه وحكمة مشروعيته
- 11..... الفرع الأول: تعريف الطلاق وبيان شروطه
- 20..... الفرع الثاني : حكم الطلاق وحكمة مشروعيته
- 26..... المطلب الثاني: الضرر ومبدأ التعويض عنه
- 27..... الفرع الأول: مفهوم الضرر وأنواعه
- 38..... الفرع الثاني: مبدأ التعويض
- 46..... المبحث الثاني: صور الطلاق الموجب للتعويض
- 46..... المطلب الأول: الطلاق الواقع بإرادة منفردة
- 47..... الفرع الأول : الطلاق الواقع بإرادة الزوج المنفردة
- 58..... الفرع الثاني: الطلاق الواقع بإرادة الزوجة المنفردة
- 70..... المطلب الثاني: الطلاق القضائي
- 70..... الفرع الأول: التطليق حسب أحكام المادة 53 من قانون الأسرة
- 85..... الفرع الثاني: النشوز
- 92..... الفصل الثاني: أحكام تعويض الضرر عن الطلاق
- 94..... المبحث الأول :النظام القانوني لتقدير التعويض عن الضرر الناجم من الطلاق
- 96..... المطلب الأول: طرق تقدير القاضي للتعويض عن الضرر

96.....	الفرع الأول: التقدير القانوني للتعويض
99.....	الفرع الثاني: التقدير الإتفاقي للتعويض
102.....	الفرع الثالث: التقدير القضائي للتعويض
107.....	المطلب الثاني: موجبات التعويض عن الطلاق وعلاقته بمتعة الطلاق
107.....	الفرع الأول: التعسف في إستعمال حق الطلاق
114.....	الفرع الثاني: الأساس القانوني في التعويض عن الطلاق
125.....	الفرع الثالث: التعويض عن الطلاق وعلاقته بمتعة الطلاق
131.....	المبحث الثاني: القيود والضوابط الواقعة على سلطة القاضي في تقدير التعويض
133.....	المطلب الأول: القيود الإجرائية التي يخضع لها القاضي في تقدير التعويض
133.....	الفرع الأول: إجراءات سير دعوى التعويض عن الطلاق
142.....	الفرع الثاني: إلتزام القاضي بما يقدمه الخصوم من طلبات
146.....	الفرع الثالث: تسييب الأحكام القضائية
151.....	المطلب الثاني: الضوابط التي تحكم السلطة التقديرية للقاضي في تعويض الضرر
152.....	الفرع الأول: تقدير التعويض حسب جسامة الضرر ودرجة التعسف
155.....	الفرع الثاني: تقدير التعويض حسب حال الزوجين
158.....	الفرع الثالث: رقابة المحكمة العليا على قاضي شؤون الأسرة
169.....	الخاتمة
174.....	قائمة المصادر والمراجع
203.....	الفهرس

ملخص المذكرة

تناولت هذه المذكرة سلطة القاضي التقديرية في تعويض الضرر عن الطلاق، فمن خلال إستقراءنا لنصوص المواد القانونية بقانون الأسرة الجزائري، التي تقضي بالتعويض عن ضرر الطلاق، فإننا نلاحظ أن المشرع الجزائري قد فتح المجال واسعا لسلطة القاضي التقديرية، بخلاف المشرع المصري والسوري، الذين قيد سلطة القاضي في تقدير التعويض عن ضرر الطلاق، بالإضافة إلى ذلك نلاحظ تميز المشرع الجزائري عن المشرع المصري والسوري، وهذا في أنه لم يقيد سلطة القاضي بإتباع مذهب فقهي معين، بل فتح المجال لإجتهاادات القاضي، وهذا طبقاً لأحكام المادة 222 من قانون الأسرة، التي تقضي بأنه في حالة عدم وجود النص القانوني في المسألة المعروضة على قاضي شؤون الأسرة، فإنه يرجع في هذه الحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

إن مسألة التعويض عن ضرر الطلاق تطرق لها فقهاء الشريعة الإسلامية، وإختلفوا فيها – المتعة – غير أن القوانين الوضعية منها ما أخذ بمذهب معين ومنها من أطلق عليها مصطلح جديد وهو التعويض عن الطلاق التعسفي، بالرغم من أن هدفها واحد وهو إصلاح وجبر الضرر.

والضرر هنا الواقع بسبب تعسف أحد الزوجين في واقعة الطلاق يختلف من حالة لأخرى، فلا يمكن أن نفترض أن كل طلاق يحصل تكون فيه نسبة الضرر مماثلة لطلاق آخر بين زوجين آخرين.

ومن أجل هذا وذاك فقد منح قاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة في تعويض أحد الزوجين، فهنا نلاحظ دور سلطة القاضي التقديرية في تعويض الطرف المتضرر، إلا أن هذه السلطة التقديرية رغم أنها تظهر مطلقة، غير أنها تخضع لبعض القيود والضوابط، فيجب على قاضي شؤون الأسرة مراعاتها أثناء تقديره للتعويض، وإذا خالفها فإن حكمه يصبح مشوب بالقصور وعرضة للطعن.

ومن هنا يتضح الدور الفعال الذي يلعبه قاضي شؤون الأسرة في تعويض الضرر عن الطلاق، وتميزه عن باقي القضاة الآخرين، لأنه يقضي بتعويض الضرر عن واقعة الطلاق، التي يصعب تحديد تعويض مناسب لها.

Résumé

Ce mémoire a abordé le pouvoir juridique discrétionnaire pour l'indemnisation des dommages du divorce, ce si à travers notre lecteur aux textes juridique

Des droits de la famille algérienne. Qui oblige à l'indemnisation des dommages due au divorce. Nous notons que le législateur algérien a ouvert un large espace à l'autorité du juge discrétionnaire contrairement au législateur égyptien et syrien, qui Linuten le pouvoir du juge dans l'évaluation de la compensation du dommage de divorce, en autre nous notons la distinction du législateuralgérien contrairement au législateur égyptien et syrien, ce est par ce qu'il n'a pas limiter le pouvoir du juge au suivie de la doctrine jurisprudentielle précise, mais a laissé libre court à la diligence du juge ceci est en accord avec les dispositions de l'article 222 de droit de la famille qui exige que dans le cas d'absence d'un texte juridique sur la questions soumise ces au juge des droits de famille, se référer ou se conférer aux dispositions de la loi islamique de la "charia". La question de l'indemnisation du divorce a était abordé par les savants de l'islam et où ils différent mais il y a permit les lois de l'homme qui en prit en compte une doctrine précise et y a d'autre qui l'on surnommé d'un nouveau terme de compensation de divorce arbitraire bien qu'ils ont le même objectif c'est la réparation des dommages.

Et les dommages ici sont à cause d'abus l'un de conjoins dans le court du divorce varis d'un ces a un autre, la proportion des dommages d'un divorce n'est pas semblable. Et pour cela a était accordé au juge des affaires familiales un vaste pouvoir discrétionnaire pour l'indemnisation de l'un des en dommages. Malgré qu'elle semble discrétionnaire, mais il semble qu'elle est sous réserve de certaines restriction.

Le juge des droits de famille est obligé de prendre en considération lors de l'estimation des dommages, et si il enfreint sa sentence sera injuste et fragile qui peut être remise en cause. Et de cela en conclus que le rôle important qui jeu le juge des droits de famille dans l'indemnisation des dommages et intérêts du divorce.

Il est avantage par rapport aux autres juges parce que c'est la personne qualifié dans le domaine d'indemnisation de cause de divorce car le cas du divorce est le plus épineux qui trouverais des solutions adéquates et justes.