وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية.

قسم الحقوق.

إشكالية تقدير التعويض عن الطلاق في قانون الأسر ة الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر

تخصص: قانون أسرة

إعداد الطلبة:

رملة عبد القادر

دوار هاجرة

بإشراف الدكتورة:

شكرين ديلمي

لجنة المناقشة:

1) الدكتور: جيرون عيسى .....:رئيسا

2) الدكتور: شكرين ديلمي .....:مشرفا

3) الدكتور: بودومي عبد الرحمن .....:ممتحنا

تاريخ المناقشة: .....

السنة الجامعية : 2019/ 2020.

بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

بعد السجود لله شكرا على توفيقه لنا في إتمام هذا العمل وتهدي عصارة جهدنا إلى رمز المحبة والعطاء إلى قمة التضحية والوفاء، إلى الشمعة الباكية حبا وحنانا إلى ماسحة الدمع والأحزان، إلى مرسى البر والأمان

إلى منبع الرق والحنان، إلى ربيع الحياة وقارب النجاة، إلى من يخجلنا عطاؤهم إلى من الجنة تحت أقدامهم....إلى أمهاتنا الغاليات إلى نور قلوبنا الذين يرافقوننا في كل مكان وفي كل زمان ،إلى الذين ربون على الفضيلة والأخلاق ،إلى الذين أحاطونا بالعطف والحنان،إلى الذين حملوا عبئ الحياة من أجلنا

إلى أصحاب النفوس الزكية ،إلى أصحاب القلوب الواسعة .....إلى آبائنا الأعزاء.

"فيا ربي أجمعنا بهم في جنتك وارحمها كما رباني صغيرا وإلى سندنا في الحياة الإخوة الأعزاء وإلى كل الأهل و الأقارب".

إلى كل من وسعتهم ذاكرتنا وقلوبنا من قريب أو من بعيد .

عبدالقادر رملة

إهداء

بعد السجود لله شكرا على توفيقه لنا في إتمام هذا العمل وتهدي عصارة جهدنا إلى رمز المحبة والعطاء إلى قمة التضحية والوفاء، إلى الشمعة الباكية حبا وحنانا إلى ماسحة الدمع والأحزان، إلى مرسى البر والأمان

إلى منبع الرق والحنان، إلى ربيع الحياة وقارب النجاة، إلى من يخجلنا عطاؤهم إلى من الجنة تحت أقدامهم....إلى أمهاتنا الغاليات إلى نور قلوبنا الذين يرافقوننا في كل مكان وفي كل زمان ،إلى الذين ربون على الفضيلة والأخلاق ،إلى الذين أحاطونا بالعطف والحنان،إلى الذين حملوا عبئ الحياة من أجلنا

إلى أصحاب النفوس الزكية ،إلى أصحاب القلوب الواسعة .....إلى آبائنا الأعزاء.

"فيا ربي أجمعنا بهم في جنتك وارحمها كما ربياني صغيرا وإلى سندنا في الحياة الإخوة الأعزاء وإلى كل الأهل و الأقارب".

إلى كل من وسعتهم ذاكرتنا وقلوبنا من قريب أو من بعيد .

هاجر دوار

كلمة شكر

الحمد لله أولا وقبل كل شيء، الذي وفقنا لإتمام هذه المذكرة، وهذا من عظيم منه وفضله، فلا تحصى له ثناءهم، كما أثنى على نفسه فله الحمد وله الشكر.

ولا يسعنا إلا أن نتوجه بالشكر العميق للأستاذ المشرف شكرين ديلمي الذي لم يبخل علينا بنصائحه وإرشاداته، لإخراج هذه المذكرة إلى حيز الوجود ،فجزاه الله كل جزاء ، ووفقه إلى صالح أعماله إن شاء الله.

كما لا يفوتنا أن نتقدم بجزيل الشكر إلى كل من تحملنا طيلة المراحل الدراسية، والى كل من قدم لنا يد العون من قريب أو من بعيد

خميس مليانة
Khemis Miliana

مقدمة

مقدمة :

تعتبر الأسرة الخلية والنواة الأساسية التي يقوم عليها المجتمع ، لذلك حظيت بحماية إلاهية وقانونية كبيرة ، فخصتها المجتمعات الإسلامية بعناية متكاملة نظرا لقدسية روابطها ، لذلك إعتبر الروابطها ، لذلك إعتبر الاسلام عقد الزواج عقدا أبديا وجعل منه ميثاقا غليظا وإعتبره السبيل الوحيد لتكوين هذه الأسرة وحفظ النوع الإنساني ، وهو نعمة من عند الله على عباده لقوله سبحانه وتعالى : قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾ **سورة الروم الآية 21. وقوله ايضا** : قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ﴾ **سورة البقرة الآية 187.**

ولكن من سنن الحياة ألا يكون التماسك مصير كل زواج لأن من طبيعة البشر أن يحدث تصادم بين طبائع الزوجين أثناء العلاقة الزوجية ، وإذا حدث هذا النزاع لا تتحقق معه المقاصد المرجوة من هذا العقد ، وتصبح العلاقة مستحيلة الإستمرار والدوام لذلك شرع الطلاق في الإسلام تأخر حل لإنهاء هذه الخلافات بين الزوجين بعد استنفاذ كل الطرق والحلول لعلاج هذه النزاعات .

والطلاق في الشريعة الإسلامية لايعني نبذ المراة وقطع كل مالها من حقوق لذلك أنزل تشريعا في الطلاق يحفظ حقوق كل من الزوجين ويحفظ الأحكام الخاصة بهما .

فتشريع الطلاق بين الزوجين فيه رحمة للعباد لأنها الهدف منه هو الضرر الأكبر الذي هو واقع بين الزوجين أو على أحدهما وهذا الحق الممنوح للزوجين يفترض إستعماله عند الضرورة فقط فيما يسمح به الشارع الحكيم وعليه فإساءة إستعمال هذا الحق أو التعسف في إستعماله يؤدي حتما إلى إلحاق الضرر بالغير وبالتالي قد يخرج عن مقصود الشارع الحكيم

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

ونظرا لأثار الطلاق الظاهرة على الأسرة والمجتمع اهتم به المشرع الجزائري وذلك طبقا لنص المادة 48 ق ، الأسرة ، أما بشأن التعويض عنه فقد أشار كذلك في النصوص الواردة ف ق . الأسرة ، إلى حق أحد الزوجين في التعويض بعد الحكم بالطلاق ، وأنه في هذه الحالة يجوز للقاضي بطلب من المطلقة أن يحكم بالتعويض في حالة ما إذا تبين له تعسف الزوج في إستعمال حقه بالطلاق بدون مبرر شرعي (م52ق. أسرة) ، كما يجوز للزوجة طلب التعويض عن الضرر اللاحق بها في حالة ما إذا طلبت التطليق (م 53 مكرر ق . أسرة) كذلك يجوز للزوج طلب التعويض في حالة ما إذا طلب الطلاق بسبب نشوز الزوجة (م55 ق. أسرة)

وتجدر الإشارة إلى أن هذه النصوص جاءت مرنة تمنح للقضاة السلطة التقديرية للتصرف في الأحوال التي لم يرد فيها نص ، إلا أن هذه السلطة تخضع لبعض القيود الإجرامية والضوابط في تقدير تعويض الضرر الناجم عن الطلاق ، لذلك جاء موضوع دراستنا يسلط الضوء على إشكالية تقدير التعويض عن الطلاق في قانون الأسرة الجزائري .

أهمية إختيار الموضوع : ترجع أهمية إختيار الموضوع إلى أن دراسة موضوع إشكالية تقدير التعويض عن الطلاق دراسة لها أهمسة بالغة كونه موضوع يمس الواقع بشكل مباشر وخاصة المرأة ، نظرا لتزايد حالات الطلاق في المحاكم بشكل رهيب ، فكان من الأجدر دراسة أثار هذه الظاهرة التي تمس مجتمعنا من جهة ومن جهة أخرى تمس الواقع العملي للتشريع الذي أضفى حماية قانونية للمتضرر من واقعة الطلاق من خلال المواد :

(52 و53 مكرر و55 ق. الأسرة)

ومن جهة ثالثة : يتعلق بالواقع العملي للقضاة وما يتمتعون به من سلطة تقديرية في مجال تعويض الضرر الناجم عن الطلاق .

– إن عقد الزواج من أهم العقود وأعضمها ، وإن أنحلال هذا العقد لابد أن يكون وفق إجراءات معينة .

– إن الجهل بالقواعد الشرعية وإهمال تطبيقها هي من أهم الأسباب التي تجعل من الطلاق أزمة نفسية إجتماعية تعصف بالأسرة والمجتمع مخلفة عددا من الأثار النفسية والإجتماعية ومن هنا يستمد للبحث أهمية .

إشكالية البحث :

أما إشكالية البحث فيمكن سردها كما يلي : أقر المشرع الجزائري بموجب قانون الأسرة مبدأ للتعويض عن الضرر بشقيه المادي والمعنوي ومنح للقاضي السلطة التقديرية في تقدير هذا التعويض غير انه لم يبين شروط إستحقاق التعويض وكيفية تقديره ولم يبين المعايير التي يستند إليها القاضي في تقدير هذا التعويض وكيفية تقديره ولم يبين المعايير التي يستند إليها القاضي في تقديره هذا التعويض الأمر الذي يدفعنا إلى طرح الإشكال الآتي : فيما تبرز السلطة التقديرية للقاضي في تقدير التعويض الناتج عن فك الرابطة الزوجية ؟ وماهي الإشكالات المطروحة في هذا الشأن؟

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

– ماهي صور الطلاق الموجبة للتعويض ن وماهي الحالات التي يجوز فيها طلب التعويض ؟

– ماهو الضرر الموجه للتعويض ؟

– ملهي الأسس التي يستند إليها القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق ؟

– هل كل طلاق موجه للتعويض ؟

– ماهي الضوابط التي تحكم السلطة التقديرية للقاضي في تعويض الضرر عن الطلاق ، وما مدى رقابة المحكمة العليا للسلطة قاضي شؤون الأسرة ؟

أسباب إختيار الموضوع :

1–أ سباب شخصية أو ذاتية : الميول الشخصي إلى كل الموضوعات التي تمس المرأة بصفة خاصة والأسرة ككل .

– الرغبة والبحث والتقصي للوقوف على الحقيقة المسألة من أجل تسليط الضوء على النصوص القانونية التي أوردها المشرع والتعديلات التي سعى إليها لوضع أليات قانونية لحماية حق التعويض .

2– أسباب موضوعية : قمن بدراسة هذا الموضوع نظرا للكم الهائل من قضايا التعويض التي تطرح أما القضاة ، وإتساع مبدأ التعويض في الفعل الضار وتطبيقاته ، وقد لايبالي الأزواج إطلاقا بتصرفاتهم التي ألحقت الضرر بالطرف الآخر وذلك تحت شعار الحق المشروع (الكلاق)

- ولعل أهم سبب دفعنا لدراسة هذا الموضوع هو تبني المشرع الجزائري لفكرة التعويض عن الطلاق غير أنه لم يوضح طرق تقديره .

- التعرف على الأسس التي تراعي في تحديد التعويض عن الطلاق بالإضافة إلى قلة الدراسات في مجال التعويض عن الطلاق ، وهذا الموضوع بحاجة إلى دراسة علمية أكادمية .

- محاولة معرفة إذا كانت السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في مجال التعويض عن الضرر تخضع لقيود أو ضوابط .

الصعوبات :

على الرغم من الأهمية التي يكتسبها موضوع التعويض عن الطلاق إلا أننا وجدنا صعوبة في معالجته وذلك لندرة المراجع والمصادر ولم نجد فيما إطلعنا عليه مراجع جزائرية متخصصة تتناول هذا الموضوع بجميع جوانبه ، فيما عدى كتاب للتعويض عن الضرر المعنوي في .ق . الأسرة الجزائري للكاتب بن زيطة محمد الهادي ، وكذا مذكرة للتعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق ، لمسعودة نعيمة الياس ، وكذا السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر لإسمهان عفيف .

وللإجابة عن التساولات والوصول إلى نتائج مقبولة اتبعنا المنهج التحليلي مع مقارنة بين قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية .

للخروج بدراسة شاملة للموضوع ، وعليه للإجابة على الإشكالية المطروحة ومحاولة الإلمام بجميع جوانب الموضوع إرتأينا تقسيم موضوع بحثنا إلى فصلين في الشكل الأتي:

الفصل الاول

الأحكام العامة للتعويض عن أضرار الطلاق

تمهيد:

حرصت الشريعة الإسلامية على ابراز مكانة الأسرة التي تقوم على الزواج وأرست معالم وأهداف هذا الزواج وأحاطته بسلسلة من الضمانات للحفاظ على العلاقات الأسرية ومن أهدافه الحفاظ على النوع البشري من خلال التناسل لقوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقۡنَٰكُم مِّن ذَكَرٖ وَأُنثَىٰ وَجَعَلۡنَٰكُمۡ شُعُوبٗا وَقَبَآئِلَ لِتَعَارَفُوٓاْۚ إِنَّ أَكۡرَمَكُمۡ عِندَ ٱللَّهِ أَتۡقَىٰكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٞ ١٣ ﴾[1].

بالإضافة إلى تحقيق الراحة والطمأنينة والمحبة والتراحم بين أفراد الأسرة لقوله تعالى: قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ وَجَعَلَ بَيۡنَكُم مَّوَدَّةٗ وَرَحۡمَةًۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَأٓيَٰتٖ لِّقَوۡمٖ يَتَفَكَّرُونَ ﴾[2].

غير انه حين لا يحقق هذا الزواج اهدافه كان من الاجدر وضع حدا لهذا العقد و ذلك لعدم التوافق بين الزوجين مما قد يسبب ايضا استمرار هذه الحياة الزوجية الى مخالفة الشارع الحكيم، و يتمثل هذا الحد في الطلاق بين الزوجين.

ويعتبر الطلاق من الظواهر العامة التي عرفتها المجتمعات القديمة و الحديثة على حد سواء، غير ان هذا التصرف –الطلاق– قد يسبب ضرر بين الزوجين و تختلف نسبة الضرر الواقع بين الأزواج لاختلاف الاسباب و الدوافع الرامية الى الطلاق، إضافة الى ذلك حيث تختلف نسبة الضرر باختلاف احوال الزوجين و درجة التعسف في الطلاق، مما يدفع بقضاة الموضوع الى تعويض الزوج المتضرر، وعلى هذا الاساس سوف نقسم هذا الفصل الى المبحثين التاليين:المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للطلاق/المبحث الثاني: التعويض عن الضرر في الطلاق

[1]– سورة الحجرات،الآية 13

[2] – سورة الروم،الآية 12

المبحث الأول: الإطار ألمفاهيمي للطلاق

ان العلاقة الزوجية تقوم على أساس المودة والتالف بين الزوجين ،لكن قد تقوم خلافات بينهما ،بحيث يصبح البقاء تحت سقف واحد يسبب الشقاء لهما ، لذا أباح الله تعالى لهما الانفصال عن بعضهما بالطلاق الذي يعد أبغض الحلال الى الله،

كما ان قانون الأسرة الجزائري ساير الأحكام الشرعية و أباح الطلاق مع النظر إليه على أنه ضرورة لابد منها في بعض الحالات، لكنه لم يغفل عما يترتب عليه من الأضرار التي تصيب الأسرة، خصوصا الأولاد، لكن الضرر يكون أكبر إذا أبقي على الحياة الزوجية المضطربة على كره من الزوجين.

وقد تطرق المشرع الجزائري إلى تعريف للطلاق في نص المادة 84 منه مع الإشارة أن الطلاق لا يثبت إلا بصدور حكم من القاضي وبعد عدة محاولات صلح يجريها.

والطلاق قبل أن ينظمه المشرع الجزائري في قانون الأسرة، فقد نظمته الشريعة الإسلامية في أهم مصادرها، الكتاب والسنة، لكن اختلف علماء الشريعة في حكم الطلاق بين الحظر و الإباحة.

ومن أجل الإحاطة بالطلاق من حيث المفهوم ومن حيث المشروعية توجب علينا تقسيم هذا

المبحث إلى المطالب التاليين:

المطلب الأول:تعريف الطلاق

المطلب الثاني: أنواع الطلاق

المطلب الثالث :اثار الطلاق و مشروعيته

المطلب الأول: تعريف الطلاق

إن للفظ الطلاق معان عديدة وذلك حسب المقصود منها ،وبذلك نجد له تعاريف كثيرة في اللغة والفقه من طرف فقهاء الشريعة والقانون

1- تعريف الطلاق :

أ-الطلاق لغة :

الحل ورفع القيد مطلقا سواء كان حسيا أو معنويا ، والطلاق اسم مصدرها التطليق ، ويستعمل استعمال المصدر و أصله طلقت المرأة فهي طالق طالقة ، إذا أبانت من زوجها ، ويقال للذي يكثر تطليقه رجل مطلق مطليق ، وفيه حديث الحسن : انك رجل طليق أي كثير طلاق النساء والأجود أن يقال مطلاق ومطليق ،لاومنه حديث علي : أن الحسن مطلاق ، فلا تزوجه[1]

هو حل القيد سواء كان حسيا كقيد الفرس وقيد الأسير ، أو معنويا كقيد النكاح بين الزوجين، ويقال: طلق الناقة طلاقا إذا حل قيدها وسرحها مثل أطلقها طلاقا، ويقال : طلقت المرأة إذا بانت فالطلاق مصدر طلق ، ويستعمل اسم مصدر طلق بالتشديد ، فيقال : طلق الرجل امرأته طلاقا، فالطلاق اسم مصدر وهو التطليق ويستعل لفظ الطلق قديما في الجاهلية، وحديثا في الإسلام في حل عقدة النكاح بين الزوجين[2].

وبذلك يتبين أن معنى الطلاق في اللغة هو التخلية والإرسال وحل القيد ورفعه .

---

[1]- أبي الفضل جمال الدين بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري ،**لسان العرب**، دار صادر ،بيروت ، مج 04 الجزء29 ،باب الطاء، ص 2692.

[2]- يوسف محمد خليفة أبو قرين ،**الشرح المبسط لأحكام الأسرة في الإسلام** ،دار الكتب الوطنية ،بنغازي ، الطبعة الأولى 2007،ص145.

ب- الطلاق اصطلاحا:

أ-الطلاق في الفقه الإسلامي :لقد عرف الفقهاء الطلاق بتعاريف متقاربة تتفق فيما بينها على المعنى المقصود شرعا ، وتختلف إلى حد ما في دقة الصياغة ،ويعرف الطلاق في اصطلاحهم بأنه : حل الرابطة الزوجية الصحيحة من طرف الزوج في الحال أو المال بلفظ منصوص أو ما يقوم مقامه . وبذلك أدرج معنى الطلاق في اصطلاح الفقهاء ، بالتعاريف التالية نذكرها على سبيل المثال :

عرفه الحنفية :هو رفع قيد النكاح في الحال أو في المال بلفظ مخصوص[1].

وعرفه الشافعية :هو حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه[2].

ومما يلاحظ على التعريفين أنه لا يوجد خلاف بين تعريفي الحنفية والشافعية للطلاق ،فعندهما

هو رفع النكاح وحل له بلفظ يدل عليه كالطلاق ونحوه ، ومعنى في الحال أي الطلاق البائن لأنه يرفع قيد النكاح في الحال أي بمجرد صدوره فلا تحل المطلقة لمطلقها إلا بعقد ومهر جديدين سواء انتهت العدة أم لم تنته ، وفي المال المراد به الطلاق الرجعي لأنه يرفع قيد النكاح في المال أي بعد انتهاء العدة ،والألفاظ المخصوصة هي المشتملة على الطلاق أي أن إضافة قيد إلى التعريف (في الحال أو المال). هو من قبيل الإشارة إلى الوقت الذي يكون فيه الطلاق نافذا ،وهو إما أن يكون حالا أو مؤجلا ،فما هو متفق عليه هو أن الطلاق هو رفع للنكاح و أما متى يتحقق أثره فلا شأن للتعريف به ، والإبقاء على تعريف الطلاق على انه رفع لقيد النكاح بلفظ مخصوص أولى من غير

كما عرفه ابن عرفه من المالكية : بأنه صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته موجبا تكررها مرتين زيادة على الأولى للتحريم[3].

---

[1]- ابن عابدين ،حاشية رد المحتار على الدار المختار ،دار الفكر ،بيروت ،لبنان ،1992،ص277

[2]- الشربيي ،مغني المحتاج الى معرفة ألفاظ المنهاج ،بيروت ،الطبعة الأولى ،1997،ص 368/3.

[3]- محمد بن عبد الرحمان الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر الخليل ،الجزء الأول ، ضبطه: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية ،1999،ص268.

فقد جعل الطلاق صفة حكمية التي ترفع عليه المتعة الزوجية باعتبار المتعة من أهم أثار عقد الزواج .

وكما عرفه الحنابلة :بأنه حل قيد النكاح كله أو بعضه بوقوع ما يملكه من عدد الطلقات أو بعضها، أو تحريم بعد تحليل[1].

3- الطلاق في القانون :

لقد عرف المشرع الجزائري الطلاق ضمن قانون الأسرة رقم 84-11 لقانون المعدل والمتمم 09/05 إذ خصص له الباب 2 تحت عنوان انحلال الزواج ، ونظمه في ثلاثة عشر مادة وعرف الطلاق في المادة 48(مع مراعاة المادة 49 يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53-54 من هذا القانون)[2].

ومن خلال هذه المادة المشرع جعل الطلاق مشتركا بين الزوج والزوجة في حالة الاتفاق أو الاختلاف ،وكذلك لم ينص على صفة من يوقع الطلاق لأن الأزواج أصناف : مجنون ،عاقل ،هازل ،جاد ،مخطئ ، جاهل ، هادئ ،غضبان ،سكران ،مكره ،كما أنه لم يذكر ما يقع به الطلاق ومن الألفاظ والكتابات والإشارات ،فهو لم ينص على أركان الطلاق كما نص على أركان الزواج ،من صفة المطلق ، وبما يقع ،فالمشرع يريد تقييده وجعله بيد القاضي ،مع أن الطلاق يقع بمجرد نطق الزوج به سواء وافق القاضي أم لا .فهو لم يعط تعريفا دقيقا للطلاق ولا لبيان أركانه وشروطه وبما يقع بل ترك ذلك للفقه الإسلامي ،ولم يورد في القانون يتم الرجوع إليه في أحكام الشريعة الإسلامية وهذا بموجب المادة 222 من قانون الأسرة التي تنص على أن (كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية)[3].

---

[1] – البهوتي ،كشاف القناع عن متن الإقناع ،دار الفكر ،بيروت ،لبنان ،1982،ص232/5.

[2]– الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1462 الموافق ل 27فبراير 2005، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11،المؤرخ في 9يونيو1984 ،والمتضمن قانون الأسرة ،الجريدة الرسمية ،العدد 15،الصادرة بتاريخ :18محرم 1462هـ الموافق ل 27 فبراير 2005.

[3]– المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري .

وعرف المشرع الغربي الطلاق في المادة 78:(الطلاق حل ميثاق الزوجية يمارسه الزوج والزوجة كل بحسب شروطه تحت مراقبة القضاء)[1]

طبقا لأحكام هذه المدونة فقد جعله بين الزوجين وربطه بالقضاء ،وغرفه المشرع الموريتاني في المادة 83: (الطلاق هو حل العصمة بواسطة الإرادة المنفردة للزوج)[2].فقد أبقاه بيد الزوج .

المطلب الثاني: أنواع الطلاق

للطلاق عدة أنواع و تقسيمات و الكثير من يخلط بين الأنواع و التقسيمات و لتفادي هذا الخلط ؛ علينا ايجاد المعيار الذي بموجبه التمييز بين أنواع الطلاق ؛ و من بين هذه المعايير يمكن ان نعتمد معيار اعتبار الرجعة و عدمها و معيار البينونة و معيار اعتبار الصيغة .

الفرع الأول :باعتبار معيار الرجعة و عدمها : ينقسم الطلاق باعتبار الرجعة و عدمها إلى قسمين ؛ طلاق رجعي و طلاق بائن و بيان ذلك كالأتي :

ا-**الطلاق الرجعي** : هو الطلاق الذي يملك فيه الزوج مراجعة امرأته إلى الحياة الزوجية ؛ ما دامت في العدة من غير عقد و لا مهر جديدين ؛ رضيت الزوجة ام ابت .

و الطلاق الرجعي هو الأصل لقولة تعالى: قَالَ تَعَالَى:﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ۚ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِىٓ أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ ۚ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِى ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓا۟ إِصْلَٰحًا ۚ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ

[1]- ظهير شريف رقم 22-04-10 الصادر في 12 ذي الحجة 1424هالموافق ل 3فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 03-70بمثابة مدونة الأسرة ،الجريدة الرسمية م 78،العدد ،5184الصادرة بتاريخ 2004/2/5،ص428.

[2]- مدونة الأحوال الشخصية قانون رقم 052-2001الباب الثاني :انقضاء الزوجية ،الفصل الأول الطلاق ،ص12.

وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ۗ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿٢٢٨﴾ ﴾[1] وعليه يكون كل طلاق رجعيا؛ إلا الطلاق قبل الدخول ؛ أو الطلاق على مال؛ او كان للثلاث و هذا عند جل جمهور الفقهاء .

و ذهب الأحناف و معهم بعض المالكية الى ان الطلاق يكون رجعيا في حالتين :اذا كان الطلاق بعد الدخول بصريح الطلاق اذا كان واحدا او اثنين .

ألفاظ الكناية التي لا تفيد معنى الشدة و هي ثلاثة الفاظ (اعتدي و استبرئي رحمك و أنت واحدة)[2].

ب-آثار الطلاق الرجعي : ينعقد الطلاق الرجعي سببا لزوال الملك في الحال و يتم عليه عند انقضاء العدة .

فما دامت العدة لم تنقض ؛ فالزوجية قائما حكما ؛ فيكون للزوج حق المراجعة إذا شاء .

وتبقي الحقوق الزوجية ثابتة لكل واحد منهما على صاحبه و لا يمنع التوارث بينهما إذا مات احدهما في العدة .

لكنه ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته و بانتهاء العدة تبين منه ؛ فتسقط الحقوق ، و له أن يتزوجها بعقد و مهر جديدين و برضاها .

الفرع الثاني: الطلاق البائن

و ينقسم الطلاق البائن بدوره إلى قسمين ؛ طلاق بائن بينونة صغرى و طلاق بائن بينونة كبرى[3].

[1]– سورة البقرة، الاية 228

[2]–عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية وفق مذهب ابي حنيفة و ما عليه العمل بالمحاكم ، دار القلم للنشر و التوزيع ، الكويت ، الطبعة الثانية ، 1990 ، ص 141

[3]–تيسير رجب التميمي ، الطلاق بين تعسف المطلق و تفريق القاضي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، الطبعة الأولى ،2009،ص 84.

الفرع الثالث: الطلاق البائن بينونة صغرى[1] : هو الطلاق الذي لا يملك فيه الزوج مراجعة زوجته إلا بعقد و مهر جديدين ؛ و برضاها

و يكون الطلاق بائنا في الحالات التالية:

– الطلاق قبل الدخول : لقوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ۖ فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴿٤٩﴾ ﴾[2]

فقد نفى سبحانه و تعالى العدة عن المطلقة قبل الدخول و بانتفائها تنتفي الرجعة .

اذا كان الطلاق على مال ، لأنها لا تدفع له المال إلا و هي تريد ان تفتدي نفسها بما تقدمه من مال ، و لا يتحقق الغرض من الافتداء مع ثبوت حق المراجعة .

ما يوقعه القاضي عند تحقق الضرر .

إذا انقضت العدة و لم يراجعها .

هذا عند الجمهور أما عند الأحناف فيكون الطلاق بائنا عندهم في الحالات التالية :

إذا كان الطلاق موصوفا بوصف حقيقي أو سببي أو بفعل التفضيل التي يدل كل منها على الشدة ؛ مثل إن يقول أنت طالقة طلقة شديدة ، أو أنت طالق شديدا حكمها ؛ أو أنت طالق اشد الطلاق أو اكبر الطلاق .

يقول ابن حزم : و لا يكون إذا كان الطلاق مشبها بما يدل على البيبونة مثل أنت طالق تطليقة كالجبل ؛ أو أنت طالق بائن او البتة .

اذا كان الطلاق قبل الدخول ، او قبل الخلوة الصحيحة .

اذا كان الطلاق مقرونا بعوض ، كما اذا قال طلقتك على مؤخر الصداق .

[1]– عبده غالب احمد عيسى ، فقه الطلاق ، دار الجيل ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 1991 ،ص 42 .

[2]– سورة الأحزاب،الاية49

اذا كان الطلاق مقرونا بعدد نصا أو إشارة .

اذا انتهت العدة من الطلاق الرجعي .

اذا كان الطلاق بلفظ من ألفاظ الكنايات ما عدا الفاظ الثلاثة التي يقع بها رجعيا و هي (اعتدي ، اسستبرئي رحمك ، انت واحدة) فان قال انت خلية أو برية أو حبلك على غاربك او الحقي باهلك تقع طلقة بائنة ان نوى الطلاق او كانت هناك قرينة او دلالة حالة تدل على ذلك اما عند ابن حزم فكل الطلاق طلاقا بائنا ابدا الا في موضعين لا ثالث لهما[1].

احدهما طلاق غير الموطوءة لقوله تعالى: قَالَ تَعَالَى:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ۖ فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴿٤٩﴾ ﴾ [2].

والثاني:طلاق الثلاث مجموعة او مفرقة لقوله تعالى: ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ ۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يَتَرَاجَعَآ إِن ظَنَّآ أَن يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۗ وَتِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ ﴿٢٣٠﴾ ﴾[3]

أ* آثار الطلاق البائن بينونة صغرى :

بمجرد وقوعه تقع كل الحقوق الزوجية الا ما كان من نفقة المعتدة و سكناها .

لا يمكن للزوج ان يراجع زوجته ؛ الا بمهر و عقد جديدين و يشترط رضاها .

يحتسب من الطلقات التي يملكها الزوج .

ب/ الطلاق البائن بينونة كبرى : هو الطلاق الذي لا يملك فيه الزوج ارجاع مطلقته؛ لا في عدتها و لا بعد انتهائها ؛ الا بعد ان تنكح زوجا أخر نكاحا صحيحا ؛ و يدخل بها

[1]– ابي محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الأندلسي ؛ المحلى ؛ تحقيق احمد محمد شاكر ؛ لجنة إحياء التراث الغربي ؛ دار الجيل ؛ بيروت ؛ لبنان ؛ دون طبعة و تاريخ طبع ؛ الجزء العاشر ؛ ص 216 .

[2]– سورة الأحزاب،الآية 49

[3]– سو ابي محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الأندلسي ؛ المرجع السابق ؛ ص 177 . سورة البقرة،الاية230.

دون إرادة تحليل ثم يفارقها بموته او طلاقه ؛ ثم انتهت عدتها منه ؛ فيعقد عليها الأول بعقد جديد و إرادة جديدة[1].

و الحالات التي يقع فيها الطلاق بائنا بينونة كبرى :

الطلاق المكمل للثلاث : يقع الطلاق بائنا بينونة كبرى اذا كان مكملا للطلقات الثلاث ؛ بان يكون الزوج قد طلق زوجته طلقتين سابقتين ثم اتبعها بالطلقة الثالثة بدليل نص الآية السالفة الذكر .

طلاق الثلاث بلفظ واحد : كان يقول الرجل لامرأته : أنت طالق ثلاثا ؛ أو أنت طالق ؛ أنت طالق ؛ أنت طالق ؛ أو أنت طالق طالق طالق .

و قد اختلف الفقهاء في وقع الطلاق بالثلاث من عدمه ؛ فمنهم من قال انه طلاق مباح لازم و هو قول الإمام الشافعي و رواية عن الإمام احمد و راي ابن حزم الظاهري ؛ ام قولهم طلاق محرم لازم فهو قول الإمام مالك و ابي حنيفة و رواية عن احمد ؛ و يكون الطلاق بالثلاث طلاقا محرما و لا يلزم منه الا طلقة واحدة نقلا عن الزبير بن العوام و عبد الرحمان بن عوف و يروى عن علي و ابن مسعود و ابن عباس و روي عن بعض التابعين منهم ؛ كما ان صيغة الطلاق بالثلاث لا يقع بها شيئا مطلقا و هو قول لبعض المعتزلة و الشيعة[2]

[1]– ابي محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الأندلسي ؛ المرجع السابق ؛ ص 177 .

[2]– محمد بن علي بن محمد الشوكاني ؛ نيل الوطار ؛ خرج احاديثه و علق عليه خليل مامون شيحا ؛ دار المعرفة للطباعة و النشر و التوزيع ؛ بيروت ؛ لبنان ؛ الطبعة الاولى ؛ 2002 ؛ المجلد الخامس ؛ ص 244 و انظر محمد بن علي بن محمد الشوكاني ؛ السيل الجرار ؛ دار ابن حزم للطباعة ة النشر و التوزيع ؛ بيروت ؛ لبنان ؛ الطبعة الاولى ؛ 2002 ؛ ص 405

الفرع الرابع : باعتبار الصيغة

ينقسم الطلاق باعتبار الصيغة الى طلاق منجز ؛ معلق ؛ مضاف و الحلف بالطلاق:

أ-**الطلاق المنجز** : الاصل في صيغة الطلاق ؛ ان تكون بصيغة التنجيز ؛ لان الطلاق شرع للحاجة ؛ و هي تقضي بالتنجيز ؛ و بناء على هذا الاصل قال بعض الفقهاء : لا يقع الطلاق الا منجزا .

و الصيغة المنجزة هي كل عبارة اراد بها الزوج ايقاع الطلاق فور صدورها منه ؛ دون توقف على تحقق شرط ؛ او مجيء زمن ؛ مثل ان يقتل لزوجته انت طالق ؛ و هو يقع فورا بمجرد التلفظ بعبارته ؛ و تترتب عليه جميع آثاره المقررة شرعا[1].

ب-الطلاق المضاف : هو ما اضيف وقوعه الى زمن مستقبل معين ؛ مع ارادة المطلق ايقاع الطلاق ؛ و ذلك عند حلول الزمن الذي اضيف اليه الطلاق مثل قول الزوج لزوجته انت طالق غدا او انت طالق الشهر القادم ؛ و هو يقع عند حلول الاجل الذي اضيف اليه و هذا عند جمهور الفقهاء ؛ اما المالكية فقالوا بوقوعه عند حالا و لا ينتظر له حلول الوقت المضاف اليه لايقاعه ؛ اما الظاهرية و الجعفرية فيقولون بعدم وقوع الطلاق بصيغة الاضافة لا في الحال و لا المستقبل[2].

ج-**الطلاق المعلق** : هو الذي ربط وقوعه بحصول امر في المستقبل بواسطة اداة من ادوات الشرط مثل (ان ؛ اذا ؛ متى ؛ لو) كان يقول الرجل لزوجته ؛ ان دخلت بيت فلان فانت طالق ؛ او اذا دخلت السوق فانت طالق .

[1]- بدران ابو العينين بدران ؛ الزواج و الطلاق في الاسلام فقه مقارن بين المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون ؛ مؤسسة شباب الاسكندرية ؛ دون طبعة و تاريخ طبع ؛ ص 576 .

[2]- لشوكاني ؛ السيل الجرار ؛ المرجع السابق ؛ ص 408-409 و كذلك البهوتي ؛ المرجع السابق؛ المجلد الخامس ؛ 296 .

وقد ذهب جمهور الفقهاء بوقوع الطلاق المعلق يقع متى وجد المعلق عليه أي متى تحقق الشرط في المستقبل ؛ اما الظاهرية و الجعفرية فيقولون بعدم وقوع الطلاق المعلق اصلا[1].

د-الحلف بالطلاق : و هو ما يقصد به الحث على فعل شيء او تركه دون ان يكون للزوج رغبة في الطلاق او الوطر كان يقول بالطلاق لافعلن كذا او يقول يلزمني الطلاق ان لم افعل كذا ؛ او غير ذلك من التعابير الأخرى المتداولة بين الناس[2]

فقد ذهب جمهور الفقهاء الى انه يقع الطلاق اذا حنث في يمينه ؛ و ذهب على بن ابي طالب و شريح و طاووس و عكرمة ؛ و الشيعة الامامية و الظاهرية ؛ و ابن تيمية و تلميذه ابن القيم الجوزية ؛ الى ان الطلاق بصيغة الحلف (او الحلف بالطلاق) لا يقع لان اليمين بغير الله تعالى لا تجوز[3]

المطلب الثالث: أثار الطلاق و مشروعيته

الطلاق في الأصل شرع لمكان المصلحة لان الزوجين قد تختلف اخلاقهما ؛ و عند اختلاف الأخلاق لا يبقى للنكاح مصلحة؛ لانه لا يبقى وسيلة الى المقاصد اي مقاصد النكاح ؛ فتغلب المصلحة الى الطلاق ؛ ليصل كل واحد منهما الى زوج يوافقه ؛ فيستوفي مصالح النكاح منه و هذا المبدا اقرته الشريعة الاسلامية في الكتاب و السنة و كذلك ما سار عليه المشرع الجزائري ؛ في احكام قانون الاسرة ؛ و هذا ما سيتم شرحه في الفروع التالية الفرع الاول: اثار الطلاق و الفرع الثاني: الطلاق في الشريعة الإسلامية.

[1]- ابن النجار ؛ منتهى الارادات ؛ مع حاشية المنتهى ؛ تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي ؛ مؤسسة الرسالة للطباعة و النشر و التوزيع ؛ بيروت لبنان ؛ الطبعة الاولى 1999 ؛ المجلد الرابع ؛ ص 298.

[2]- مصطفى ابراهيم الزلمي ؛ مدى سلطان الارادة فيالطلاق في شريعة السماء و قانون الارض ؛ مطبعة العاني ؛ بغداد ، العراق ؛ الطبعة الاولى ؛ 1984 ؛ ص 291 .

[3]- ابي محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الاندلسي ؛ المرجع السابق ؛ المجلد التاسع ؛ ص 476

الفرع الأول: اثار الطلاق

أ:الاثار الشخصية

العدة: هي الفترة الزمنية التي تمنع فيها المطلقة والمتوفى عنها زوجها الزواج ثانية[1]

أي هي الأجل الذي أوجبه الشارع على الزوجة التي طلقت بواسطة زوجها أو بواسطة القاضي او حدثت الوفاة،اذ عليها مراعاة العدة الشرعية لقوله تعالى:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُواْ ٱلْعِدَّةَۖ ﴾[2]

تعتد المرأة المطلقة بعد الدخول ثلاث أشهر إذا كانت يائسة من المحيض أو ثلاث أقراء

بالنسبة للمرأة الحائض،و ذلك شريطة ألا تكون حاملاً،بحيث إذا كانت المرأة حامل فتنتهي عدتها بوضع حملها بعد الطلاق،و لو بفترة وجيزة (يوم أو أكثر).

المرأة التي طلقها زوجها قبل أن يدخل بها فلا تعتد،أما إذا طلقها و دخلت في عدتها و توفي الزوج أثناء العدة فتعتد من جديد أربع أشهر و عشرمن يوم الوفاة[3]

والجدير بالملاحظة أن عدة الحامل محددة بعشر أشهر من يوم النطق بالطلاق بحيث إذا وضعت حملها بعد هذه المدة فيكون الحمل غير شرعي.

و في حالة ما إذا تزوجت المرأة و أن إجراءات التقاضي الخاصة بالطلاق لازالت متواصلة ففي هذه الحالة تعتبر زانية و من ثم يعتبر الزواج غير شرعي،فما دام القاضي لم ينطق بالطلاق فهي تعتبر لازالت متزوجة.

---

[1]–غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل، دراسة مقارنة بين الشرع والقانون، ط1 ن الجزائري، 2011 ، ص142

[2]– سورة الطلاق، الاية1.

[3]– تشوار جيلالي،محاضرات مقياس قانون الأسرة،السنة الثالثة قانون خاص،كلية الحقوق و العلوم السياسية،تلمسان،2015/2014،ص129.

كذلك من بين الآثار التي يرتبها الطلاق هو:

حرمة خروج الزوجة المعتدة من البيت

تنص المادة 61 قانون الأسرة على أنه " لا تخرج الزوجة المطلقة من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها...إلا في حالة الفاحشة المبيّنة."...

-المطلقة يمكن لزوجها أن يرجعها بعقد جديد،أما بالنسبة للأجنبي فيجب عليه احترام عدتها.

ب: الآثار المادية

إلى جانب الآثار الشخصية السالفة الذكر فهذا الأخير يرتب كذلك عدد من الآثار المالية:

1-**النفقة** : تستحق الزوجة المطلقة النفقة على طليقها، إثر النظر في دعوى الطلاق والانفصال، وبالتالي يجب اتخاذ بعض التدابير الضرورية أو المستعجلة.

يختلف القانون الواجب التطبيق على النفقة باختلاف أنواعها، فهناك النفقة الوقتية التي

تقوم الزوجة بالمطالبة بها أثناء النظر في الدعوى، ونفقة المتعدة من طلاق.

2-النفقة الوقتية: تعتبر النفقة الوقتية تلك التي تقوم الزوجة بالمطالبة بها أثناء النظر في دعوى التطليق،ويقصد بهذا الطلب إصدار حكم وقتي، وهو يهدف إلى مواجهة حاجة الزوجة العاجلة حتى لا يترتب على بطء القضاء أضرار تلحق بها، وهذا الحكم ليس من شأنه التأثير في جوهر النزاع.

3- تكييف النفقة: تنوعت الآراء حول تكييف النفقة الوقتية، حيث ذهب راي أول إلى اعتبار هذه النفقة من مسائل التطليق، وأخضعها لقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، تعرض هذا الأخير للنقد على أساس أنّ نفقة التطليق لا تستحق إلا بصدور حكم بالتطليق، وعندئذ نكون بصدد نفقة المرأة المطلقة.

أما قبل ذلك فلا يجوز القول بأنّ النفقة الوقتية تدخل في فكرة التطليق وهو لم يتحقق بعد، ذهب فريق آخر إلى تكييف النفقة على أنها من الإجراءات الوقتية، التي يطلب من القاضي اتخاذها لاعتبارات تتعلق بعوز الخصم من جهة، ومصلحة الدولة في تدبير حلّ سريع لحالة من حالات الضرورة من جهة أخرى[1]، إذن فالأمر لديهم يتعلق بالإجراءات التي تخضع للمادة22 من ق.م.م[2] التي تقضي بإخضاعها لقانون القاضي.

– **القانون الواجب التطبيق عليها:** تعتبر النفقة الوقتية كتدبير مؤقت مستعجل، يحكم بها القاضي لصالح الزوجة المطلقة، ريثما يفصل في الدعوى الأصلية المتعلقة بالطلاق، من أجل المحافظة على الحد الأدنى لمعيشتها، والقانون الذي يحكمها هو قانون القاضي.

المشرع الجزائري لم يحدد القانون الواجب على الإجراءات الوقتية، وبما أنّ النفقة تدخل ضمن الإجراءات الوقتية إلى حين صدور التعديل الذي أخضعها لقانون القاضي[3]، وهذا ما نصت عليه المادة 21 مكرر من ق.م.ج التي جاء نصها على النحو التالي:"**يسري على قواعد** الاختصاص الإجراءات، قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات[4]"

4–نفقة المعتدة من طلاق: العدة هي المدة أو الحيّز الزماني التي تكون الزوجة المطلقة ملزمة لاحترامها امتثالا لأوامر الشرع والقانون، قبل إقدامها على الزواج من جديد،

[1]– هشام خالد، القانون الدولي الخاص، النظرية العامة، النظرية العامة للجنسية، الجنسية المصرية، مركز الأجانب، تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، ط1 ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2014، ص802 ،806

[2]– المادة 22 من ق.م.م" :يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات."

[3]– نسرين شريقي وسعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين– الجنسية، ط1 ، دار بلقيس للنشر، الجزائري، 2013 ، ص65.

[4]– قانون رقم 05–10.

ويبدأ سريان هذه المدة من تاريخ النطق بالحكم بالطلاق، وللعدة عدة أنواع منها :عدة المتوفى، عدة المطلقة، ونحن سنخص بدراسة عدة المطلقة.

فللمطلقة الحق في النفقة، وهذا يعني الطلاق بإرادة الزوج أو الزوجة المنفردة أو إرادتهما

المشتركة، فإن الزوج ملزم بدفع النفقة لمطلقته المعتدة خلال كلّ فترة عدّتها، وهذا طبقا للمادة61 من ق.أ.ج التي تنص" :لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أووفاة زوجها إلاّ في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق"والقاضي هو الذي يقوم بتحديد نفقة العدة، ويشير إليها في الحكم الذي يقضي فيه بالطلاق، غير أنّ المطلقة التي تكون في حالة نشوز فإنها تفقد حقها في نفقة العدة الذي يسقط شرعا.

المشرع الجزائري لم يضع أي قاعدة إسناد تخص نفقة العدة للمطلقة في القانون المدني بل اكتفى بالنص على النفقة بين الأقارب، وأدرجها ضمن الأحوال الشخصية(أي قانون الأسرة)،

ووضع لها ضابط إسناد خاص بها حيث أخضعها لقانون المدين بها، أي قانون جنسية الشخص المطالب بهذا الالتزام، المتمثل في النفقة على أقاربه هو الواجب التطبيق، وليس قانون جنسية الشخص الذي وجدت النفقة من أجله، وهذا ما نصت عليها المادة 14 من **ق.م.ج" : يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها."**

أ/ **<u>الحضانة</u>:** عرف المشرع الحضانة بنصه في المادة 62 من قانون الأسرة أن "الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه،و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا و يشترط في الحاضن أن يكون أهلاً للقيام بذلك."

-يستخلص من هذا النص عدة شروط،فالمشرع نص صراحة على أن الحضانة تتم على أساس الرعاية الخلقية و الصحية للطفل،و أنه في هذه الحالة تتم تربية الطفل على دين أبيه، وغالباً ما تكون الديانة الإسلامية [1]

و عليه يشترط في الحاضن الشروط التالية:

ب- أن يكون أهلاً لممارسة الحضانة :و هذه الأهلية متعلقة بعدة شروط أولها أن يكون الشخص بالغاً عاقلا ،أي بالغ 19 سنة،و متمتع بقواه العقلية،و غير محجور عليه، ولكن هل يشترط على كل حاضن سواءا كان الأمر يتعلق بالأم أو غيرها؟

فبالنسبة لسن الرشد و هو 19 سنة،فإنه يمكن أن يتم الزواج بناءاً على إذن قضائي،و تكون سن الأم حينها 17 سنة،و طلقت و هي بالغة مثلاً 18 سنة،و قد نجم الطفل عن هذا الزواج.

فطبقاً لما ذهب إليه الفقه الإسلامي (المادة 222 قانون الأسرة) فإن الأم أولى بحضانة أولادها، و من ثم لا يشترط فيها بلوغ سن الرشد،و ذلك خلافاً لما هو عليه بالنسبة لأصحاب الحق في الحضانة الآخرين.

2-أن يكون قادراً على تربية الطفل و حمايته : والمقصود بهذه القدرة هنا القدرة الجسدية أي المادية، وذلك من أجل صيانة حقوق الطفل، أما إذا كانت المرأة الراغبة في إسناد الحضانة لها عاجزة و خاصةً إذا كان العجز كلياً فإنه لا يمكن أن تسند لها الحضانة، و من أمثلة ذلك فالمرأة أو الشخص المصاب بالشلل أو الشخص الفاقد البصر لا تسند له الحضانة.

ج- أن يكون امنا : أي يكون آمنا في تصرفاته نحو المحضون،و من ثم فالمرأة فاسدة الأخلاق لا تسندلها الحضانة كالمرأة التي تشتغل في الرقص أو المرأة التي تستقبل أشخاص

[1]- تشوار جيلالي، محاضرات مقياس قانون الأسرة،السنة الثالثة قانون خاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان ،2015/2014،ص137.

بأخلاق فاسدة، لا تسند لهاالحضانة،كذلك المرأة المطلقة على أساس الزنا فهذه لا تسند لها الحضانة (المرأة الزانية لا تسند لهاالحضانة)[1]

كما نص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على أحكام الحضانة في المواد 62 إلى72 حيث جاء في المادة 64 على" :الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم الأقربون درجة مع مراعات مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة ."

بما أن الحضانة تعتبر من آثار انحلال الزواج، ولا توجد قاعدة اسناد صريحة توضح القانون الواجب التطبيق عليها، فإنه يسري عليها قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، طبقا لنص المادة 2/12 والتي جاء نصها كالآتي" :**ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني، القانون الوطني الذي ينتمي اليه الزوج وقت رفع الدعوى.**"

لأمر لا يقف إلى هذا الحد، بل القاضي يلقى صعوبات في موضوع الحضانة، بالخصوص عندما يريد أحد الزوجين الإقامة في بلد أجنبي، أو بخصوص الأولاد الناجمين عن الزواج المختلط، فالإقامة في بلد أجنبي، والاستطانة فيه يعتبر من مسقطات الحضانة، وهذا تطبيقا لنص المادة 69 من ق.أ.ج التي تنص" :إذا اراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعات مصلحة المحضون"، فرغم أن المشرع منح أولوية الحضانة للأم إلاّ أن إقامتها في بلد أجنبي يؤدي إلى سقوط الحضانة عنها .وعلى هذا الأساس أصدرت المحكمة العليا قرارات بشأن اسقاط الحضانة للأم وإسنادها للأب[2]

وعيه نجد ان المجلس الاعلى قد اصدر احكام قضائية فيما يخص الاولاد الناجمين عن الزواج المختلط :

[1]– تشوار جيلالي، محاضرات مقياس قانون الاسرة،مرجع سابق ،ص138

[2]– الطيب زروتي، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، ط2 ، دار هومة، الجزائر، 2016 ،ص132–133.

عندما لا يقيم الأبوان في بلد واحد، فإن المجلس الأعلى أخذ مبدأ في الحضانة مفاده : "**أن** تسند لأحد الأبوين الذي يسكن بالجزائر سواء كان أما أو أبا"، حيث جاء في هذا القرار : "ليس من المعقول حينما يكون الوالدان يعيشان ببلد أجنبي أن تكون حضانة أولادهما بالجزائر فالمجلس الأعلى أخذ مبدأ في الحضانة وقرر أن تسند لأحد الأبوي الذي يسكن بالجزائر سواء كان أمّا أو أبا، والحال أنهما يقيمان معا بفرنسا فتطبق في القضية القواعد الشرعية المعروفة في الحضانة، وتكون حيث يقيمان في فرنسا، وغيرها من الدول الأجنبية[1].

الفرع الثاني: مشروعيته

اولا/مشروعية الطلاق في الشريعة الإسلامية: وردت أدلةٌ عديدة على مشروعية الطلاق في الإسلام، و فيما يلي عرض لبعض الأدلة من الكتاب و السنة و الإجماع و المعقول.

أ- **من الكتاب:** هناك العديد من الآيات التي تدل دلالة قطعية على مشروعية الطلاق ومنه قولة تعالى: ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـٔٗا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعۡتَدُوهَاۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ٢٢٩ ﴾[2].

- قوله تعالى : قَالَ تَعَالَى:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحۡصُواْ ٱلۡعِدَّةَۖ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ رَبَّكُمۡۖ لَا تُخۡرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخۡرُجۡنَ إِلَّآ أَن يَأۡتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖۚ وَتِلۡكَ

[1]- المجلس الأعلى، ملف رقم 56597 ، صادر - بتاريخ 1989/12/25م.ق، ع 1 ،1991 ،ص61-64

[2]- سورة البقرة، الآية 227.

حُدُودُ ٱللَّهِ ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَقَدۡ ظَلَمَ نَفۡسَهُۥۚ لَا تَدۡرِي لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحۡدِثُ بَعۡدَ ذَٰلِكَ أَمۡرٗا ﴿١﴾ ﴾[1].

-قوله تعالى : ﴿ وَإِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٖۚ وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارٗا لِّتَعۡتَدُواْۚ وَمَن يَفۡعَلۡ ذَٰلِكَ فَقَدۡ ظَلَمَ نَفۡسَهُۥۚ وَلَا تَتَّخِذُوٓاْ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوٗاۚ وَٱذۡكُرُواْ نِعۡمَتَ ٱللَّهِ عَلَيۡكُمۡ وَمَآ أَنزَلَ عَلَيۡكُم مِّنَ ٱلۡكِتَٰبِ وَٱلۡحِكۡمَةِ يَعِظُكُم بِهِۦۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ بِكُلِّ شَيۡءٍ عَلِيمٞ ﴿٢٣١﴾ ﴾[2].

-قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحۡتُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمۡ عَلَيۡهِنَّ مِنۡ عِدَّةٖ تَعۡتَدُّونَهَاۖ فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحٗا جَمِيلٗا ﴾[3].

كما أنه في القرآن الكريم سورة كاملة باسم الطلاق ؛ تبين مشروعيته و احكامه و ضوابطه

ب- **من السنة المطهرة:** تعددت الأحاديث الواردة في مشروعية الطلاق و الادلة كثيرة في ذلك ؛ فمنها ما وقع منه عليه الصلاة و السلام ، و منها ما قضى فيه بين الناس و من ذلك:

الدليل الاول: عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما انه طلق امرأته وهي حائض في عهد رسول الله فسال عمر ابن الخطاب رضي الله عنه رسول الله عن ذلك فقال له رسول

[1]- سورة الطلاق، الآية 1.

[2]- سورة البقرة،الآية 231.

[3]- سورة الأحزاب ، الآية 49.

الله : (مره فليراجعها حتى تطهر،ثم تحيض ثم تطهر؛ ثم إن شاء الله طلقها قبل أن يجامعها ؛ و إن شاء امسكها ، فإنها العدة التي أمر الله عزوجل)[1]

- **وجه الدلالة:** الحديث نص صريح في بيان العدة التي امر الله عز و جل ان يطلقوا بها النساء ؛ و هذه العدة لا تكون الا بعد الطلاق[2].

_ **الدليل الثاني:** (عن عمر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها)[3]

وجه الدلالة نص الحديث صراحة على ان رسول الله صلى الله عليه و سلم طلق حفصة رضي الله عنها ثم راجعها ؛ و في ذلك دلالة واضحة على مشروعية الطلاق[4]

- **الدليل الثالث:** عن ابن عمر رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه و سلم:

"ابغض الحلال عند الله عز و جل الطلاق"[5].

---

[1]- ابن ماجه، سنن ابن ماجه، بشرح الإمام أبي الحسن الحنفي المعروف بالسندي، حقق أصوله وخرج أحاديثه على الكتب الستة ورقمه حسب المعجم المفهرس و تحفة الإشراف الشيخ خليل مأمون شيحا، و بحاشية تعليقات مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه للإمام البوصيري، دار المعرفة ، بيروت، لبنان، المجلد الثاني، الطبعة الرابعة،2006،رقم الحديث2019،ص 500-501.

[2]-جميل فخري ح محمد جائم ؛ التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه و القانون ؛ دار الحامد للنشر و التوزيع ؛ الطبعة الاولى ؛ 2009 ؛ص 126 .

[3]-الحاكم، الحافظ أبي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم، المستدرك على الصحيحين، تضمينات(الإمام الذهبي) النيسابوري،

تحقيق حمدي الدمرداش محمد، المكتبة العصرية، صيدا ، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2000،الجزء الثالث،رقم الحديث2797،ص1056.

[4]- جميل فخري محمد جائم ؛ متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي ؛ المرجع السابق ؛ ص 22 .

[5]- ابو داود ؛ سنن ابي داود ؛ الإمام الحافظ المصنف المتقن ابي داود سليمان ابن الاشعث السجستاني الازدي حقق اصوله و خرج احاديثه على الكتب الستة و رقمه حسب المعجم المفهرس و تحفة الاشراف الشيخ خليل مامون شيحا ؛

- **وجه الدلالة:** يدل الحديث على ان الطلاق مشروع و لا اثم فيه ؛ و مع انه مباح ؛ الا انه ابغض الحلال عند الله سبحانه و تعالى"[1].
- **من الإجماع:** فقد انعقد الإجماع بين المسلمين من لدن رسول الله الى يومنا هذا جواز الطلاق[2].

و طلق عدد من الصحابة رضوان الله عليهم زوجاتهم ؛ و لم ينكر احد عليهم ؛ و لو كان الامر عكس ذلك لانكروا عليهم هذا الصنيع ؛ لما عرف عن الصحابة الابرار من الجرأة في قول الحق ؛ مثال ذلك :

طلق عمر بن الخطاب رضي الله عنه زوجته ام عاصم .
طلق الصحابي الجليل عبد الرحمين بن عوف زوجته تماضر .
كان الحسن بن علي بن ابي طالب رضي الله عنه كثير الطلاق .

- **من المعقول:** قد تفسد الحياة الزوجية و تسوء العشرة بين الزوجين و يتعذر الاصلاح بينهما ؛ و في هذه الحالة لا بد من اختيار احد الامور التالية[3]:

بقاء الحياة الزوجية مع البغض و النفور و الضغينة .
بقاء الحياة الزوجين مع التفريق بين الزوجين جسديا فتصبح المرأة كالمعلقة .

التفريق بين الزوجين بالطلاق ؛ فيغنيهم الله عز و جل من فضله بالزواج من زواج آخر يجد عنده ما افتقده عند صاحبه الاول .

دار المعرفة للطباعة و النشر و التوزيع ؛ بيروت؛ لبنان ؛ الجزء الاول ؛ الطبعة الاولى ؛ 2001 ؛ رقم الحديث 2178؛ ص 349 .

[1]–جميل فخري محمد جائم ؛ متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي ؛ المرجع السابق ؛ ص 23 .

[2]– ابن المنذر ؛ محمد بن ابراهيم ؛ الاجماع دار الكتب العلمية بيروت ؛ لبنان ؛ الطبعة الثانية ؛ 1998 ؛ ص 43 ؛ و انظر الشربيتي ؛ المرجع السابق ؛ الجزء الثالث ؛ ص 368 .

[3]–جميل فخري محمد جائم ؛ متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي ؛ المرجع السابق ؛ ص 23 . [3]–

و لا ريب ان الفرقة بالطلاق بينهما هي الاصح و الانسب ؛ فانه ربما فسدت الحال بين الزوجين ؛ فيصير بقاء النكاح مفسدة محضة و ضررا مجردا بالزام الزوج النفقة و السكنى ؛ وحبس المرأة مع سء العشرة و الخصومة الدائمة من غير فائدة ؛ فاقتضى ذلك شرع ما يزيل النكاح لتزول المفسدة الحاصلة منه[1].

الفرع الثالث: حكمة مشروعية الطلاق

لقد اقام الاسلام العلاقة بين الزوجين على اساس المودة و الرحمة ؛ و شرع الاحكام التي تضمن قوتها و استقرارها و استمرارها ؛ فقد ارشدهما الى حسن المعاشرة بالرفق و تبادل الصبر و الصفح عن الزلات[2]،قال تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَرِثُواْ ٱلنِّسَآءَ كَرۡهٗاۖ وَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ لِتَذۡهَبُواْ بِبَعۡضِ مَآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ إِلَّآ أَن يَأۡتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖۚ ﴾[3]

و قال صلى الله عليه و سلم : (لا يفرك مؤمن مؤمنة ان كره منها خلقا رضي منها آخر)[4].

لذلك حرص الاسلام على ان يكون عقد الزواج على سبيل الدوام و التأبيد (لا التاقيت ؛ و حرم نكاح المتعة و النكاح المؤقت) و جعله من العقود الرضائية المبنية على الاختيار المطلق بين الزوجين ؛ حتى يؤتي ثماره المرجوة من السكن و الطمانينة و المودة و التعاون و رعاية الاولاد و تنشئتهم تنشئة اسلامية مبنية على الاخلاق الفاضلة[5].

ابن قدامة، أبو عبد الله بن أحمد، المغني على مختصر الخرقي، ضبط عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية، [1]–بيروت، لبنان، الطبعة الأولى،1997 ،الجزء السابع ص 234.

[2]– تيسير رجب التميمي ؛ المرجع السابق ؛ ص31.

[3]– سورة النساء، الاية19.

[4]–مسلم ؛ ابو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم بن ورد بن كوشاذ القشيري النيسابوري ؛ صحيح مسلم ؛ دار صادر ؛ بيروت ؛ لبنان ؛دون تاريخ و رقم طبعة ؛ رقم الحديث 3655 ؛ ص 538. –

[5]– جميل فخري محمد جائم ؛ متعة الطلاق و علاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي ؛ المرجع السابق ؛ ص 24.

لكن بالرغم من ان الشريعة الاسلامية جاءت للحفاظ على الميثاق الغليظ الذي يحمي العلاقة الزوجية من أي تفكك ؛ الا انه قد تتباين اخلاق الزوجين ؛ و تطرا البغضاء الموجبة لعدم اقامة حدود الله فهاهنا تظهر الحكمة من تشريع الطلاق كعلاج حاسم ؛ و حل اخير لما استعصى حله على الزوجين و اهل الخير و الحكمين بسبب تباين الاخلاق و تنافر الطباع و تعقد مسيرة الحياة المشتركة بين الزوجين[1].

و لولا الطلاق لعاش الزوجان في حياة ملؤها البغض و الكراهية و لاصبحت الرابطة الزوجية صورة من غير روح ؛ و قيدا من غير رحمة ؛ لا تثمر ثمراتها و لا تحقق ما اريد منها من اعفاف و شرف و تعاون و مودة[2].

فمن هنا نتبين ان تشريع الطلاق نعمة يتلخص بها الزوجان المتباغضان المتنافران من قيد تلك الرابطة ؛ فيلتمس كلاهما من هو خير له ؛ و احسن معاملة ؛ واكرم عشرة ؛

لقوله تعالى :" وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلا مِن سَعَتِهِ وَكَان اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا"[3].

الفرع الرابع: الطلاق في قانون الاسرة الجزائري: تنحل الرابطة الزوجية في القانون الجزائري بالطلاق أو الوفاة(المادة 47 من قانون الأسرة الجزائري) ،والطلاق هو حل عقدة الزواج، ويتم بارادة الزوج المنفردة(المادة 48 من ق.أ)، أوبطلب من الزوجة بواسطة القضاء (المادة 84 من ق.أ)، أو بسبب نشوز أحد الزوجين(المادة 55 من ق.أ)، أو بالمخالعة وهي الطلاق بالتراضي بين الزوجين على مال تدفعه الزوجة للزوج لقاء ماقدمه لها في الزواج و خسارته بالطلاق(المادة 54 من ق.أ.)

على أنه إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر، وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما،

---

[1]– وهبة الزحيلي ؛ الفقه الاسلامي و ادلته ؛ الجزء السابع ؛ الاحوال الشخصية ؛ الطبعة الثانية ؛ دار الفكر ؛ دمشق ؛ سوريا ؛ ص 358 .

[2]– احمد فراج حسين ؛ احكام الاسرة في الاسلام ؛ الدار الجامعية ؛ بيروت ؛ لبنان ؛ 1998 ؛ ص 251

[3]– سورة النساء ؛ الاية 130

ويعين القاضي الحكمين حكما من أهل الزوج و حكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن

يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين(المادة 56 من ق.أ.)ولا يثبت الطلاق إلا بحكم قضائي بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، دون أن تتجاوز مدة محاولة الصلح ثلاثة أشهر(المادة 49 من ق.أ.)

هذا و يمكن مراجعة الزوجة أثناء محاولة الصلح بدون عقد جديد، غير أنه إذا ارجعها الزوج بعد صدور الحكم بالطلاق، وجب عليهما ابرام عقد جديد(المادة 50 من ق.أ)، كما أنه لا يمكن أن يراجع من طلقها ثلاث مرات متتالية، إلا بعد أن تتزوج غيره و تطلق منه أو يموت عنها بعد البناء (المادة 30 و51 من ق.أ.)

غير أن المشرع الجزائري لم يهمل جانب المراة و حقها في حالة تعسف الزوج في الطلاق، فقرر للمطلقة التعويض على الضرر اللاحق بها.

ولقد جعل القانون الجزائري الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية ومن هنا، فإن القانون الجزائري قد أعطى للزوج حق الطلاق و لم يحرم الزوجة منه، وذلك أنها تستطيع أن تطلب التطليق من القاضي، إذا ما أساء الزوج عشرتها أو قصر في واجباته نحوها، وذلك حق لها في الشرع الإسلامي، كما أنه إذا تم الاتفاق بين الزوجين على الفرقة بينهما، فيجوز ذلك في نظر المشرع الجزائري[1].

[1]– بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،الجزء الأول، الزواج و الطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1999،ص216–218.

المبحث الثاني: التعويض عن الضرر في الطلاق

يستهدف التعويض إصلاح الضرر النازل بالمتضرر و إعادة التوازن الذي اختل يفعله . فالأصل أن يكون التعويض بشكل مبلغ من النقود يعادل قيمة المتضرر ؛ و هذا النوع من التعويض هو الأكثر شيوعا في التعامل القضائي .

و علينا في هذه الحالة إعطاء تعريفا للتعويض و من أين يستمد هذا التعويض مشروعيته ؛ سواءا من جهة أحكام الشريعة الاسلامية أو من جهة أحكام قانون الأسرة الجزائري .

و هذا ما سيتم بيانه في المطالب التالية :

المطلب الاول : تعريف الضرر وانواعه

المطلب الثاني : تعريف التعويض وشروطه

المطلب الثالث : مشروعية التعويض عن الضرر في الطلاق

المطلب الأول :مفهوم الضرر و أنواعه

الضرر مصطلح شائع يظهر في مختلف التقسيمات مما يوحي أن لفظ الضرر ثري بدلالاته

بحيث نجد الفقهاء يعرفونه بتعريفات مختلفة، وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تعريف الضرر، واكتفى بذكر التعويض خاصة في المادة 124 من ق م ج، التي تحمل التعويض للمتسبب في الضرر، ويصنف هذا الأخير حسب طبيعة المصلحة التي اعتدى عليها، التي تكون مادية أو معنوية وكلاهما يوجب التعويض عنه، وبذلك سنحاول تحديد المقصود بالضرر(الفرع الأول) وأنواع الضرر(الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الضرر

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

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

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

1- بن زيطة عبد الهادي،تعويض الضرر المعنوي في قانون الاسرة الجزائري،دراسة مقارنة ،بالفقه الإسلامي،ط1 ،دار الخلدونية،الجزائر ،2007،ص16-17

2- ابن العربي، أبو بكر أحكام القرآن، تحقيق علي محمد البحاوي، القاهرة، دار الفكر،ط3، 1972، م1،ص54.

جاء في أن" الضرر هو ما لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضرة"، واستعمله الفقهاء بمعنى إلحاق المفسدة والأذى بالغير من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة، ويعرف الضرر في الفقه الإسلامي بأنه إلحاق المفسدة بالآخرين، وكل إيذاء للشخص سواء في ماله أو جسمه أو عرضه يسبب له خسارة[1].

هناك من عرف الضرر بمعنى الإتلاف والمقصود بالإتلاف أن يفقد الشيء منفعته كلا أو بعضا، وعلى العموم فإن الضرر يتمثل في الخسارة المادية أو المعنوية التي تلحق في حق الضحية نتيجة التعدي الذي وقع عليه[2].

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

في القانون المدني الجزائري لا يوجد كذلك تعريف للضرر بالرغم من أن فكرته وجدت في المواد124 وما يليها، بعض الأحكام المتعلقة بالضرر، وكذلك المادة 176 وما يليها المخصصة لتنفيذ الالتزام بطريق التعويض، أي التعويض عن الضرر الناجم عن عدم الالتزام، حيث أن مقدار التعويض يكون بمقدار الضرر.

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

---

[1]– رحاب الحميدي حميد المطيري، الإضرار بالمطلقة والتعويض عنه، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، كلية العدالة الجنائية قسم الشريعة الإسلامية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية،الرياض،2014،ص22.

[2]– بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 19

الفرع الثاني: انواع الضرر

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

أ :الضرر المادي:

الضرر المادي هو :الأذى الذي يصيب الإنسان في ماله، فيسبب له خسارة مالية، أو يصيبه في جسمه، فيسبب له تشوها، أو عجزًا عن العمل، أو ضعفًا في كسبه ونحو ذلك[1]، ويعرف أيضا بانه :إلحاق الأذى بالغير مطلقًا سواء في الأموال أو الحقوق أو الأشخاص[2].

وقد عرفه السنهوري بانه :هو الإخلال بمصلحة للمضرور ذات قيمة مالى[3].

أما السعيد مقدم فعرفه بانه: 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[4].

وقد جاء تعريف بالحاج العربي للضرر المادي على انه :" ما يصيب الإنسان في جسمه أو في ذمته المالية منقصا منها فيتمثل في الخسارة المالية التي تترتب على المساس بالحق أو بمصلحة سواء كان الحق ماليا أو غير مالي"[5]

[1]– علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، د ط، 2013 ،ص38.

[2]– نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والإقتصادية في لغة الفقهاء، دار القلم، دمشق، ط1 ،2008،ص179.

[3]– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط3 ،1998 ، ج1،714.

[4]– السعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د ط، 1992،ص37.

[5]– العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني، المرجع السابق، ج2 ، ص 145

وعموما يتفق الفقه على أن المقصود بالضرر المادي هو الخسارة المادية التي تلحق المضرور نتيج المساس بحق من حقوقه أو مصلحته المشروع[1]

فالضرر المادي هو الذي يمكن تقويمه بالنقود، وهو الأذى الذي يصيب المضرور في حق من حقوقه التي يحميها القانون، سواء في جسمه أو في ماله، أو يصيبه في مصلحة مادية مشروعة، كمايتجلى الضرر المادي بوجهين :أولهما :الضرر الجسمي وهو الذي يصيب الإنسان في جسمه وحيات وثانيهما الضرر المالي وهو الذي يمس بحقوق ومصالح مالية للشخص، أما بالنسبة للضرر المادي للمطلقة تعسفا فيتمثل في ترك الزوجة لوظيفتها من أجل الاهتمام بزوجها وأولادها ثم يطلقها زوجها بدون سبب مما يسبب لها ضرا ر ماديا[2].

قد يترتب الضرر المادي نتيجة المساس بحق غير مالي كالمساس بسلامة الجسم إذا ترتب عليه خسارة مالية، كالعجز عن الكسب أو نفقات العلاج، سواء كان ذلك المساس جروحا أو كسوا ر أو وفاة، ويعتبر المساس بجمال الشخص ضرا ر ماديا بما يكلفه نفقات العلاج وما ينجم عنه من اضطرابات نفسية[3].

ب: الضرر المعنوي:

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

[1]– علي فيلالي، االالتزامات، الفعل المستحق للتعويض،ط1 ، دار موفم للنشر، الجزائر، 2002 ، ص 247

[2]– بن زيطة عبد الهادي، المرجع السابق، ص 26-27.

[3]– العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني، المرجع السابق،ص146.

[4]– العربي بلحاج، المرجع السابق،ص72.

الضرر الأدبي هو الذي يسبب ألما للمضرور وتتنوع مظاهره بسبب تنوع مصادر الضرر ودرجة شدته، فالألم الذي يسببه الضرر المعنوي يمكن أن ينتج عن اعتداء على حق غير مالي مثل الحقوق اللصيقة بالشخصية كالاعتداء على الشرف والاعتبار بالذم والشتم والسب،

تحدث ضرا ر أدبيا يجيز للمضرور المطالبة بالتعويض عنه، إلا أن البعض عارض التعويض عن هذا النوع من الاضرار مستندين في ذلك إلى فكرة صعوبة تقويمه بالمال خلافا للضرر المادي الذي يمكن للقاضي تقدير تعويضه مما أثار الجدل الكبير حول مبدأ التعويض عنه، لكن هذا الجدل لم يعد قائما الآن، حيث انعقد الإجماع فقها وقضاءا على أن الضرر المعنوي يستوجب التعويض عنه كالضرر المادي[1].

يتضح جليا موقف المشرع الجزائري من فكرة التعويض عن الضرر المعنوي بشكل صريح في

النصوص القانونية التي من بينها الدستور فقد جاء في نص المادة 40 من دستور 2016على أنه"يحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة المعاملة القاسية واللاإنسانية أو المهينة يقمعها القانون[2]"

يتضح من خلال نص المادة أن الدستور قد كفل حماية الأشخاص من أي عنف سواء سبب

ذلك ضرر مادي أو معنوي بالإضافة إلى حماية كرامة الأشخاص من أي مساس.

[1]– بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996،ص75.

[2]– قانون رقم 16–01 مؤرخ في 26 جمادي الاولى عام 1437 الموافق 06مارس سنة 2016،يتضمن التعديل الدستوري.

كما نصت المادة 47 من ق م ج على أنه" **:لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما لحقه من ضرر**"، تكرس هذه المادة حماية حقوق الأشخاص من أي اعتداء، بالإضافة إلى ذلك قد منح الحق للطرف المتضرر في المطالبة بالتعويض عن الاضرار المعنوية وقد تكون مادية أيضا، وعليه نجد أن الضرر الذي يلحق بالشخص من قبيل الضرر المعنوي والمادي في وقت واحد[1].

كما نص المشرع الجزائري على هذا التعويض في المادة 3 من ق إ ج في فقرتها الرابعة "تقبل دعوى المسؤولية المدنية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو معنوية أو جسمانية ما دامت ناجمة عن الوقائع موضوع الدعوى الجزائية"[2].

حكم القضاء الجزائري في تطبيقاته بدفع التعويض المعنوي عن الجروح غير المتعمدة والأضرار الجمالية والمساس بالشرف من هتك العرض، وعن الشعور بالألم من جراء موت ابن في حادث مرور وعن الضرر الجسمي والمعنوي الذي لحق الزوجة بسبب طردها بعد ثلاثة أيام من زواجها[3].

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

وعليه ومن خلال ما تقدم من نصوص قانونية يتضح لنا أن المشرع الجزائري أزال

[1]– علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط8 ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008 ، ص 240

[2]– أمر رقم 66–155 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 هـ الموافق 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية معدل و متمم.

[3]– بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص74 .

الغموض والتضارب بين الآراء الفقهية في مسألة التعويض عن الضرر المعنوي، لانه ذكر

في بعض المواد صراحة بانه 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 انه لم يتقيد بمعيار جامد للتعويض عن هذا الضرر نظرا لمرونة وإختلاف وقع

تأثيره باختلاف التركيبة الخلقية والنفسية والاجتماعية للإنسان.

المطلب الثاني: تعريف التعويض وشروطه.

الفرع الاول: مفهوم التعويض

إن لفظ التعويض له استعمالات و مرادفات لغوية و إصلاحية متعددة و هذا ما يقتضي من معرفتها من أجل الخروج بتعريف ملائم وذلك من الجانبين اللغوي و الإصلاحي على حد سواء .

أ- **تعريف التعويض لغة** : العوض و هو البدل ؛ إعتاضني فلان أي جاء طالبا للعوض و الصلة عائض من عاض يعوض أعطى عوض[1]

عاضه بكذا و مذعته و منه عوضا اي اعطاه ايه بدل ما ذهب منه غفو عائض عاضه إعاضة و يقال فلان عاوض فلان تعويض في البيع و الأخذ و الإعطاء . اعتاض منه اخذ منه العوض و فلان ساله العوض[2].

[1]- صالح العلي صالح ؛ امينة الشيخ سليمان أحمد ؛ المعجم الصافي في اللغة العربية ؛ الرياض ؛ ص 447 .

[2]- شوقي ضيق ؛ معجم الوسيط ؛ الطبعة الرابعة ؛ مكتبة الشروق الدولية ؛ مصر ؛ 2003 ؛ ص 667 .

ب- تعريف العوض اصطلاحا : لم يكن مصطلح التعويض في الفقه الاسلامي شائعا و لم يكن مستخدما من قبل الفقهاء ؛ بل كانوا يستخدمون لفظ الضمان للدلالة على المال المطلوب آداؤه كتعويض .

مثل : البدل الذي تدفعه المرأة لزوجها نظير طلاقه إياها و بدل الشيء الواجب و كان الفقهاء ينظرون إلى الضمان على انه أعم من التعويض لان الضمان مطلق الإلزام بالتعويض سواء حدث الضرر فعلا او كان متقعا اما التعويض فلا يجب إلا عند حدث الضرر فعلا و من تعريفات الضمان ما يلي :

-الضمان هو رد مثل الهالك او قيمته .

-الضمان هو اعطاء مثل الشيء اذا كان من المثليات او قيمته اذا كان من القيميات .

من التعريفات السابقة للضمان نجد انها تضمنت معنى التعويض و ذكرت سببه تلميحا و هو حدوث الضرر و الهلاك و التلف ؛ فلا يكون التعويض في الشريعة الا بمقابل الاتلاف و الغصب و عليه فالتعويض ؛ هو العوض الذي يستحقه المضرور جبرا لضرر و الضمان هو الالتزام بالتعويض ؛ فلفظ التعويض ينطبق على الشيء المعوض سواء كان ملا او فعلا جابرا للضرر ؛ اما لفظ التعويض فينطبق على فعل التعويض و هو الالتزام بالشيء المعوض به ؛ و لقد عرف بعض العلماء المعاصرين التعويض منهم الشيخ محمد شلتوت حيث قال :" التعويض هو المال الذي يحكم به من اوقع الضرر على غير في نفس او مال او التقدير في الشرف من باب التعزيز الذي وكلت الشريعة الإسلامية أمره الى الحاكم يقدره بالنظر الى قيمة الضرر "[1].

يتضح من التعريف ان مفهوم التعويض يرتكز على نقطتين :

-أن التعويض مال يعطي للمتضرر عن طريق القاضي .

[1]- رسمية عبد الفتاح موسى الدوس،دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الاسلامي،دار قنديل،عمان2010؛ ص 97 .

– ذكر أنواع الضرر الواجب فيها التعويض و ان تقدير التعويض يستند الى تحديد قيمة الضرر .

و قد عرفه وهبة الزحيلي بانه :" المال الذي يحكم به على من اوقع ضررا على غيره فالاصل في التعويض انه جبر للضرر و النقصان و التلف الذي اصاب صاحب الحق او ازالة الضرر الواقع عليه"[1].

الفرع الثاني: تعريف التعويض في القانون :

لم يعط المشرع الجزائري تعريفا للتعويض الا انه نص في المادة 124 من القانون المدني الجزائري و اعتبره جزءا من الفعل الضار نذكر ان كل فعل ايا كان ما ارتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض[2].

يتضح من المادة ان التعويض في القانون هو ما يدفعه المتسبب في الضرر للطرف المتضرر بسبب خطئه جبرا للضرر .

كما أوردت المادة 132 بعض الأحكام المتعلقة بالتعويض فنصت على انه : يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف و يصح أن يكون التعويض مقسطا كما يصح أن يكون إيرادا مرتبا و يجوز في هاتين الحالتين الزام المدين بان يقدر تامينا م بناء على طلب المضرور ان يامر باعادة الحالة الى ما كانت عليها او ان يحكم و لك على سبيل التعويض بآداء بعض الاعانات تتصل بالفعل الغير مشروع[3].

من كل ما سبق يمكن تعريف التعويض عن الطلاق التعسفي بانه :"البدل بسبب الضرر اي حرمانها من الحياة الزوجية المستقرة و فقدانها العائل و معاناتها من الوحدة و الم الفراق و ما شابه ذلك "

[1]– وهبة الزحيلي ؛ الفقه الاسلامي و ادلته ؛ الشامل للادلة الشرعية و الآراء المذهبية و اهم النظريات الفقهية و تحقيق الاحاديث النبوية و تخريجها ؛ الطبعة الثانية ؛ الجزء السابع ؛دار الفكر ، دمشق ، ص 48 .

[2]– المادة 124 قانون مدني جزائري .

[3]– المادة 132 قانون مدني جزائري .

او انه مبلغ من المال يدفعه الزوج لمطلقته نظير ضرر الحقه بها لتبدأ حياتها من جديد لتوفير حياة كريمة لها سبب سلف دفء الحياة الزوجية و الاستقرار و الامن [1].

يتضح من التعريفات السابقة ان التعويض عن الطلاق التعسفي هو :" ما يقدمه الزوج لزوجته تعويضا عن طلاقها بدون سبب ، بحيث يكون للقاضي السلطة التقديرية في تقديره لان الزوج بطلاقه لزوجته قد اضر بها ماديا و معنويا

الفرع الثالث: أهداف التعويض.

يهدف التعويض الى زجر الجاني و ردعه و اشفاء غليل المجني عليه ؛ هذا من ناحية، ومن ناحية اخرى جبر الضرر الحاصل و ترضية المضرور؛ و جبر خاطره و إدخار السرور عليه ، و هذا ينطبق تماما على التعويض عن الطلاق التعسفي . فهو يعمل على ردع الزوج لتعسفه في استعمال حقه ، و يقوم التعويض كذلك بإدخال السرور للمطلقة لسد حاجاتها بنفسها دون اللجوء الى غيرها ، فكان ذلك جبرا لخاطرها ، و ترضية لها لما حصل لها من ضرر.

و التعويض يختلف عن العقوبة اختلافا واضحا ، فالغاية من العقوبة هي الزجر ، اما التعويض فالغاية منه هي محو الخطأ و إصلاحه ، و لان الغاية من العقوبة هي الزجر ؛ فهي تسقط بوفاة المعاقب ، و لا تنفذ على الورثة ، و على القاضي التحري لحالة المذنب عند تطبيق العقوبة ، و لان الغاية من التعويض الإصلاح ، فان القاضي لا يتاثر وقت تقديره للتعويض الا بالضرر المطلوب اصلاحه ، ليكون ما يقوم به من التعويض مكافئا لما ثبت لديه من الضرر المطلوب اصلاحه لا يزيد عليه و لا ينقص عنه ، و لا يسقط التعويض بموت المحكوم عليه قبل ادائه و انما يبقى قائما و يجوز اخراجه من التركة[2]

و ينبني على ان التعويض ليس عقوبة بل ازالة للضرر ما يلي :

[1]– رسمية عبد الفتاح موسى الدوس ؛ مرجع سابق ؛ ص 99 .

[2]– رسمية عبد الفتاح موسى ، الدوس ، مرجع سابق ، ص 101 .

تقدير التعويض لا يتأثر بدرجة الخطأ و انما يتاثر بمبلغ الضرر الذي ولده الخطا .

تقدير التعويض لا يتأثر بغنى المسؤول او فقره ، لان التعويض ليس عقوبة بل هو إصلاح .

اذا كان الضرر مستمرا ، فيجب ان يوقف الضرر اولا ؛ لان محو سبب الضرر هو إصلاح فاشبه التعويض .

و قد ادى اعتبار أهمية التعويض الإصلاح لا غير ، ان الدعوى تفرعت الى شقين :

الشق المدني و يتعلق بالتعويض و هو جبر الضرر أو الإصلاح .

الشق الجنائي للدعوى و يتعلق بالجانب العقابي .

وهذا التقسيم يشبه تماما تقسيم الحقوق في الشريعة الإسلامية ، و هما حق الله تعالى و حق العباد . فحق الله تعالى يتم بمعاقبة الجاني ، و حق العباد يتم بإعادة المظالم إلى أهلها . و بذلك يكون التعويض من حقوق العباد ، فبتعلق بالجانب المدني للدعوى ، و لا يتعلق بالجانب الجنائي ، و ببذلك تكون العقوبة قد خرجت من اعتبارها وظيفة للتعويض[1].

المطلب الثالث: مشروعية التعويض و الحكمة منه

الفرع الاول: مشروعية التعويض:

ان التعويض عن الضرر امرأ مقررا شرعا وعقلا وقانونا وعرفا جبرا للضرر ورعاية للحقوق زجرا للمعتدين وتوفيرا للاستقرار وتحقيقا للعدل .

وقد ولت مصادر التشريع على مشروعية التعويض على الإضرار وتؤكد ذلك الآيات الكريمة والأحاديث الشريفة .

فمن القران الكريم ،قوله تعالى : ﴿ وَلَكُمۡ فِي ٱلۡقِصَاصِ حَيَوٰةٞ يَٰٓأُوْلِي ٱلۡأَلۡبَٰبِ لَعَلَّكُمۡ تَتَّقُونَ ١٧٩﴾[2].

[1]– نفس المرجع،101.

[2]– سورة البقرة ،الآية 179.

وقوله تعالى ﴿ وَإِنۡ عَاقَبۡتُمۡ فَعَاقِبُواْ بِمِثۡلِ مَا عُوقِبۡتُم بِهِۦۖ وَلَئِن صَبَرۡتُمۡ لَهُوَ خَيۡرٞ لِّلصَّٰبِرِينَ ١٢٦ ﴾[1].

وقوله تعالى: ﴿ وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَاۖ فَمَنۡ عَفَا وَأَصۡلَحَ فَأَجۡرُهُۥ عَلَى ٱللَّهِۚ إِنَّهُۥ لَا يُحِبُّ ٱلظَّٰلِمِينَ ٤٠ ﴾[2].

هذه الآيات تدخل فيها معاني عديدة كالقصاص ويدخل فيها أيضا التعويض المالي ،حيث ذكر ذلك المفسرون ، ومن هذه التفسيرات :

قول الرازي :(وكل من اوجب تفويت هذا القدر على الغاضب قال بأنه يجب أداءه إلى المغضوب منه)[3].

ومنها أيضا عن عبد الرزاق عن الثوري عن خالد عن ابن سيرين قال :(وان عاقبتم فعاقبوا)يقول : ان اخذ منك الرجل شيئا فخذ منه مثله[4].

وأوضح ما دل في القران عن التعويض المالي عن الضرر الحادثة التي حكم فيها أنبياء الله داوود وسليمان عليهما السلام والمقصوصة في قوله : ﴿ وَدَاوُۥدَ وَسُلَيۡمَٰنَ إِذۡ يَحۡكُمَانِ فِي ٱلۡحَرۡثِ إِذۡ نَفَشَتۡ فِيهِ غَنَمُ ٱلۡقَوۡمِ وَكُنَّا لِحُكۡمِهِمۡ شَٰهِدِينَ ٧٨ فَفَهَّمۡنَٰهَا سُلَيۡمَٰنَۚ وَكُلًّا ءَاتَيۡنَا حُكۡمٗا وَعِلۡمٗاۚ وَسَخَّرۡنَا مَعَ دَاوُۥدَ ٱلۡجِبَالَ يُسَبِّحۡنَ وَٱلطَّيۡرَۚ وَكُنَّا فَٰعِلِينَ ٧٩ ﴾[5].

قد ورد في التفاسير ان صاحب زرع كرم أثمرت عناقيد عنب ،اشتكى صاحب الغنم عناقيده فحكم له داوود عليه السلام بالغنم تعويضا له عن تلف محصوله ،بينما رأى سليمان

---

[1]– سورة النحل ،الآية 126.

[2]– سورة الشورى ،الآية 40.

[3]– فخر الدين الرازي ،محمد بن عمر التميمي الشافعي ،التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب ،جزء27،دار الكتب العلمية ،بيروت ،لبنان ،1421هـ،ص155.

[4]– الصنعاني عبد الرزاق بن همام ،تفسير القرءان ،تحقيق د مصطفى مسلم محمد ،مكتب الرشد ،الرياض ،المملكة العربية السعودية ،الجزء الثاني ،ص 361

[5]– سورة الأنبياء ،الآيتين 78–79 .

عليه السلام ان يدفع الغنم إلى صاحب الكرم ليستفيد من حلبيها وصوفها وأولادها ،ويدفع الكرم إلى صاحب الغنم ليصلحه ،حتى إذا رجع الكرم صالحا اخذ كل منهما مال ماله أصلا ،فكان الحكم الأخير أصلح واحكم وارحم وأثنى الله على سليمان ولم يذم داوود[1] .

وهذه القصة صريحة على جواز التعويض بالمال ولا يعتد بالقول من قال بالخلاف في شرع من قبلنا في هذه المسألة ،حيث ان هذا كما ذكرنا امرأ مقررا فقها وشرعا لا يختلف فيه عاقلان .

ومن السنة أحاديث كثيرة تثبت مشروعية التعويض ، ومنها ما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت :(ما رأيت صانعة طعام قط مثل صفية أهدت إلى النبي صلى الله عليه وسلم إناء فيه الطعام فما ملكت نفسي حتى كسرته ،فسألت النبي صلى الله عليه وسلم عن كفارته فقال إناء كإناء وطعام كطعام)[2].

وهذا الحديث صريح في مشروعية التعويض عن الضرر ويتضح ان المعتدي يلزم برد الشيء ذاته ان أمكن . فان لم يمكن فقيمته أو مثله كما في الطعام والإناء .

ومما يرشد إلى ذلك القاعدة الفقهية والتي أصلها حديث نبوي شريف :(لا ضرر ولا ضرار)[3]. ففي هذا الحديث وما قبله دلالة قطعية على مشروعية التعويض صيانة لأموال الناس من كل اعتداء وجبر ما فات منها إلا بالتعويض

وقد عمل العلماء على استخراج قواعد أخرى من هذا المبدأ العظيم (الضرر يزال)[4] و(الضرر لايزال بالضرر)[5]. ويدخل في القواعد أحكام كثيرة ،لاحصر لها ولا مجال لذكرها

[1]– ابن كثير ،تفسير القرءان العظيم ،دار الندى للطباعة والنشر ،بيروت لبنان ،الطبعة الأولى 2006،ص187.

[2]– النسائي ،أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن ،السنن الكبرى ،تحقيق د عبد الغفار سليمان البنداري السيد كسروي حسن ،صححه الخطيب البغدادي وابن منده ،دار الكتب العلمية ،بيروت ،لبنان ،كتاب عشرة النساء ،باب الغيرة ،قم الحديث 8905،الجزء الخامس ،ص286.

[3]– ابن ماجه ،المرجع السابق ،رقم حديث 2341،المجلد الثاني ،ص 741.

[4]– المرداوي ،علاء الدين ابي الحسن علي بن سليمان الحنبلي ،التحبير شرح التحرير في اصول الفقه ،تحقيق عبد الرحمن الجبرين ،عوض القرن ،احمد السراح ،مكتبة الرشد ،الرياض ،المملكة العربية السعودية .1421هـ،الجزء الثامن ، ص3849

[5]– المرجع نفسه .

هنا وقد قرر الفقهاء ذلك بمؤلفاتهم ومنها ماذكره الكاساني :(إذا تعذر نفي الضرر من حيث الصورة فيجب نفيه من حيث المعنى بالضمان ليقوم الضمان مقام المتلف ، فينتفي الضرر بالقدرالممكن)[1].

ومما لاشك فيه إن مشروعية التعويض هذه لم تأت عبثا ،بل لحكمة عظيمة ،تتجلى في تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية وتجسيد روحها التي تهدف إلى إصلاح دنيا الناس .

فمشروعية التعويض عن الضرر من أسرار عظمة هذا التشريع الرباني ورحمته بهذه الأمة ،حيث جعل هذا المبدأ جامعا لكل خير ،دافعا لكل شر ،فهو يصون الأموال من الضياع والنقص ،ويحفظ الملكية حتى لا تستباح وتهدر ويعم الفساد .فان حرمة المال لا تقل شأنا عن حرمة النفس بل هي من لوازم المحافظة على الأنفس ،لذلك اقتضت الحكمة أن صيانة الأموال بتقرير مبدأ التعويض بالمثل أو القيمة .جبرا للضرر والنقص الذي يلحق المضرور بإتلاف ماله لان أخذه نظير ما تلف له يجعله كمن لم يفت عليه شيء ،فينتفع بما يأخذه .وفي نفس الوقت

يكون ذلك قمعا للعدوان ، وجزرا للمعتدين ،ورعاية للحقوق ،وسد للثغرات ،وهذه أصلح طريقة لحماية الأموال وجبر الضرر مع[2].

فلو شرع القصاص في الأموال لأدى ذلك إلى اتساع دائرة الأضرار وكثرة ضياع الأموال لانتشار المقابلة بالمثل ،وهو ما يؤدي إلى زيادة المفسدة .ومع ذلك يبقى جانب المجني عليه موتور غير مجبور وهذا يتناقض مع حرمة المال وصيانة حق التملك ،وحماية ثروة المجتمع[3].

الفرع الثاني: الحكمة من التعويض:

[1]– الكاساني ،المرجع السابق ،الجزء السابع ،ص165.

[2]– بوساق محمد بن المدني ، المرجع السابق الذكر ،ص161.

[3]– نفس المرجع، ص 161.

مما لا شك فيه انه ما شرع التعويض عبثا وإنما شرع رحمةً من الله عز وجل وحفظًا

لمقاصد الشريعة الإسلامية، حيث نجد أن التعويض شرع لتعويض ما إفتقدوه، ولما كان القصاص في الأموال يشكل خطرًا وهذا لمقصد حفظ المال: « فإقتضت حكمة الله أن يزجر كل نوع من هذه الأنواع بزواجر قوية تردع قدر الإمكان أن يفلعوا ذلك مرة أخرى"[1]، والجوابر مشروع لما فات من المصالح من حقوق الله والعباد[2]، ولهذا لم يشرع القصاص في المال وحل محله الضمان .ولهذا جاءت مقاصد الشريعة الإسلامية للمحافظة على مال المسلم ونفسه، وقد أوضحت النصوص باهميتها ومما جاء فيها قول النبي صلى الله عليه وسلم: "إن دماؤكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا"[3]

وقوله أيضا:"لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس"[4]

حيث أن تقرير التعويض بالمثل أو القيمة من شانه أن يجبر الضرر الواقع بحقوق المسلم، وينصف المتضرر ويقيم نوع من التوازن والعدالة، ويردع المعتدي عن معاودة فعلته.

لهذا 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[5].

---

[1]– احمد بن عبد الرحمان،حجة الله البالغة، ضبط محمد سالم هاشم،دار الكتب العلمية،بيروت،ط1، 1995،ج2، ص274.

[2]– ابن عبد السلام عز الدين، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ضبط وتصحيح عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، دار الكتب ، العلمية، بيروت،ط1 ،1999،ص119.

[3]– البخاري، صحيح البخاري، المحقق محمد زهير، كتاب الحج، باب الخطبة أيام منى ، رقم الحديث 1741، دار طوق النجاة،د م ن،،ط1422،1 هـ،ج2،ص176

[4]– الدراقطني، سنن الدراقطني، دققه وضبط نصه وعلق عليه شعيب الأرنؤوط، كتاب البيوع، رقم الحدى 2886 ، بيروت، لبنان، مؤسسة الرسالة، ط20041،1،ج3، ص424.

[5]– محمد المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، ط2،2013 ، ص162.

وعليه مما تقدم يتضح جليًا 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.

الفصل الثاني

الطلاق كمسألة موجبة للتعويض وسلطة القاضي في تقدير التعويض في قضايا الطلاق

تمهيد:

تكفلت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية بضمان حق التعويض للزوج المتضرر في الوقت الذي يسيء فيه إستعمال الحق الممنوح له شرعًا وقانونًا، لان نتيجة استعمال احد الزوجين لحقه في المسائل المرتبطة بالطلاق، تلحق اضرار كثيرة باحدهما، وما ينجم عن هذه التصرفات من اثار مادية ونفسية،ويعتبر هذا النوع من القضايا الاكثر طرحا امام قاضي شؤون الاسرة ،ويرجع هذا إلى طبيعة الضرر الذي يلحق بأحد الأزواج وإلى كيفية إثبات هذا الضرر.

غير أن الهدف من التعويض وبصفة عامة هو جبر الضرر وإصلاحه بقدر الإمكان، ولكي يحقق هذا التعويض أهدافه لابد أن يكون عادلا ومساويا قدر الإمكان لقيمة الضرر الواقع على الطرف المضرور.

غير انه 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 الإجتماعي والثقافي والإقتصادي بالنسبة لأطراف الدعوى.

فالسلطة التقديرية هي الحرية المتروكة للقاضي بمقتضى القانون صراحة أو ضمنا من أجل إختيار التعويض الأنسب والأقرب لجبر الضرر وإصلاحه.

وسنحاول في هذا الفصل ان نتطرق الى العناصر التي يعتمد عليها القاضي في تقديره للتعويض في مسائل الطلاق و القيود التي تحكم هذا النوع من الدعاوى ولذلك نقسم هذا الفصل الى مبحثين :نتطرق في المبحث الاول الى:تقدير القاضي للتعويض عن الطلاق/ والمبحث الثاني:القيود الاجرائية الواردة على سلطة القاضي في تقدير التعويض في مسائل الطلاق.

المبحث الأول: تقدير القاضي لتعويض عن الطلاق

لقد جعل الله سبحانه وتعالى العصمة بيد الرجل وبالتالي عند تصميمه على ارتفاع الطلاق لا يمكن التحكم في إرادته ولو تبين للقاضي أنه تعسف في استعمال هذا الحق المشروع وظلم زوجته و أولاده باستعمال هذا الطلاق وكذلك الحال بالنسبة للزوجة عند استعمالها لحقها في الخلع ، حتى ولو كان التعسف واضحا وجليا ، ولا يملك القاضي سلطة مراقبة طلب فك الرّابطة الزوجية إلاّ في حالة التطليق .

زوجية، وتبرر سلطة القاضي هنا في الحكم بالتعويض للطرف المتضرر ويعتبر التعويض هو الأثر الثابت أو بالأحرى الجزاء المترتب في حالة وقوع الضرر من جزاء الطلاق سواء كان الطلاق من الزوجةّ أو من الزوج .

المطلب الأول: تعويض المطلقة عن الطلاق التعسفي

الفرع الأول: الأساس القانوني لتقدير التعويض عن الطلاق التعسفي

إن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج حسب نص المادة 49.ق.أسرة يخضع لرقابة المحكمة ، ويتم تحت إشراف القاضي ،فالتعسف في استعمال الحق لا يحرم الزوج من ممارسته لهذا الحق ، وإنّما يرتب عليه لزوجته حقا آخر يقابله وهو مبلغ مالي ينشأ في ذمته ، فما هي الأساس الذي يقوم عليه تقدير القاضي لهذا التعويض ؟

لا تستحق المطلقة التعويض إلاّ إذا ثبتت مسؤولية الزوج عن الطلاق ، فعلى الزوجة أن تثبت التعسف للحصول على تعويضها كما أن التعويض المقرر على الزوج بمناسبة استعماله لحقه لا يخضع للقواعد العامة المنوه عنها في المادة124 ق المدني الجزائري وإنّما مصدره مسؤولية الزوج في الطلاق كونه صاحب العصمة الشرعية ، فالحق المخوّل للزوج في ارتفاع الطلاق يختلف عن نظرية الحق في القانون المدني ، إذ أنه من طبيعة خاصة متمثلة في العصمة الزوجية.[1]

وقد قضت المحكمة العليا في 1986/1/27 أنه : "من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج لها من طلاق غير مبرر ، ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه ، ولملا كان الثابت في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد

[1]– باديس ذيابي ، صور فك الرّابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر،دار الهدى للنشر و التوزيع الجزائر، بدون طبعة 2007، ص21،22.

الظلم إلى الزوجين معا فلا سبيل لتعويض أحدهما منح المتعة للزوجة ، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا فيما يخص المتعة.[1]

فالقضاء بالتعويض وفقا لاجتهاد المحكمة العليا يستلزم إذن تحمل الزوج كافة المسؤولية أي أن دوافع الطلاق كانت كلها من جانبه ، فإذا كان جانب من المسؤولية أي أن دوافع الطلاق كانت كلها من جانبه ، فإذا كان جانب من المسؤولية يقع على عاتق الزوجة ، فسوف تفقد حقها في التعويض.

واختلف الموقف لدى محاكم أخرى ، فإذا ثبتت مسؤولية كل منها عن الطلاق وجب إفادة المطلقة بحسب مسؤوليتها عن هذا الطلاق ،وكان لهذا المبدأ تطبيقات لدى بعض المحاكم فإذا ما تبين للقاضي أن الأسباب الدافعة للطلاق كانت من كلا الطرفين الزوج والزوجة ، وهذا ما أخذت به محكمة البيض في حكمتها الصادرة في 2001/05/05إذ قضت بفك الرابطة الزوجية بظلم منها وبالنتيجة استبعاد طلبات الزوجة المتعلقة بالمتعة ففي هذه الحالة انعدم للتعسف ، وبالتالي رفض طلب التعويض.[2]

فالطلاق قد وضع شرعا لرفع الضرر وليس لإلحاقه بالزوجة والتعويض الذي يحكم به الفضاء ليس لكل مطلقة ذ، بل لمن تعسف زوجها في استعمال حقه في الطلاق ، فأصابها من جزاء ذلك الضرر الذي نهى عنه ديننا الحنيف إطار تطبيق الفقرة الثانية من المادة 52.ق الأسرة ، فإن الحكم بالتعويض يتطلب شرطان أساسيان هما :

[1]– المحكمة العليا .غ أش 1986/01/27، ملف رقم 39731.م ق 1993 عدد 1 ،ص61، نقلا عن مسعودة نعيمة إلياس ، التعويض عن الضرر بعض مسائل الزواج و الطلاق ،رسالة لنيل شهادة الدكتورة في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، سنة 2014/200 ، ص294

[2] – محكمة البيض ، غ أ ش 2001/05/05، قضية رقم 01/199، ملحق رقم 7 ، نقل عن مسعودة نعيمة إلياس ، المرجع نفسه ،ص294.

الشرط 1: أن تثبت القاضي أن الطلاق ، كان بدون مسّوغ شرعي ، كأن يكون لتفادي مشكلة ولا لدفع ضرر واقع من الزوجة ، ولا لأي حكمة من الحكم التي شرع الطلاق من أجلها.[1]

الشرط2: أن يلحق الزوجة ضرر حقيقي من جراء الطلاق ، وقد يكون هذا الضرر معنوي أو مادي .والضرر المادي يحتاج إلى إثبات ، كأن أوقفها عن وظيفتها أو دراستها وتزوجها ثم طلقها من غير سبب وفوت عليها فرصة الرجوع إلى الوظيفة أو الدراسة ، فيرتكز هذا الأساس على ما يجنيه صاحب الحق من استعماله لحقه وبين ما يصيب الغير من ضرر جراء هذا الاستعمال .[2]

إن عنصر الضرر مفترض في قضايا الطلاق دون الحاجة إلى إثباته متى كان الأساس الذي اعتمد عليه الزوج لطلب الطلاق غير جدي فإذا انعدم التبرير يفهم من أن الزوج قد تعسف في استعمال حقه فالطلاق .

وقد صدر في هذا الشأن قرار المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 1999/6/15حيث قضيت بموجبه بأنه :"من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبب ليس في محله ومتى تبين من قضية الحال أن للزوج الحق قي تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق وذلك تجنبا للحرج، أو تخطيا لقواعد الإثبات خلاقا للأزواج

[1]– براهامي العيد ، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين ، من قانون الأسرة الجزائري والقانون المدني الفرنسي ، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتورة في الشريعة والقانون سنة 2018/2017، ص138.

[2]– براهامي العيد ، المرجع السابق ،ص138.

الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم ، وعليه فإن قضاة الموضوع لمّا قضوا بالطلاق بالإرادة المنفرد للزوج طبقوا صحيح القانون .[1]

ولهذا يستشف من هذا القرار أن القواعد العامة في الإثبات تقتضي أن البينة على من ادّعى ، وأن من يعجز عن إقامة البينة على صحة دفوعاته يخسر دعواه إلاّ أنه في مسائل الطلاق خروج عن القواعد العامة وذلك أن القاضي يقضي بالطلاق بناء على إرادة الزوج حتى ولو لم يقم هذا الأخير البنية أو لم يفصح عن الأسباب التي دفعته للطلاق.

ولا يمكن في هذا الحال أن يعاب على قرار القاضي بالطلاق بالقصور في التسبيب ولا لأنه مجرد مسجل لإدارة الزوج .

أما إذا اعتمد الزوج في إيقاع الطلاق على إخلال أو تقصير من طرف الزوجة ، فعليه إثبات ما يدعيه ، وللقاضي السلطة التقديرية في اتخاذ ما يراه مناسبا بشأن المسؤولية التي يحملها لهذا الزوج بالنظر إلى مواقف الأطراف.

من خلال ما سبق ذكره يتضح أن الأساس القانوني لإستحقاق المطلقة للتعويض هو العشق في استعمال الحق في الطلاق وليس على أساس المسؤولية التقصيرية.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2000/02/22 يقولها "إن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمله التعويض عن الطلاق".[2]

[1]– المحكمة العليا ، غ أ ش 1999/6/15، ملف رقم 223019، م ق 2001، عدد خاص ،ص104نقلا عن مسعودة نعيمة إلياس ، المرجع السابق ، ص297.

[2]– المحكمة العليا ،غ أ ش ، 2000/02/22، ملف رقم 235456، م ق،2000، عدد1 ، ص282، نقلا عن براهامي العيد ، المرجع السابق ، ص139.

الفرع الثاني : مقدار وطريقة التعويض عن الطلاق التعسفي :

لا نجد من خلال نصوص قانون الأسرة الجزائري ما يحدّد قيمة التعويض في حالة الطلاق التعسفي ، إذا استقر المشرع الجزائري على مبدأ التعويض عن الطلاق دون أن يحدّد حتى أدنى أو أقصى قيمة له ، كما أنه لم يبين الاعتبارات و المقاييس التي قد يراها القاضي ضرورية أو أنسب تمكنه من تحديد قيمة هذا التعويض كاعتبار حال الزوجين وظروفها المادية كما هو المعتاد في تقدير النفقة.

كذلك لم يبين المشرع كيفية دفع هذا التعويض هل يجب دفعه جملة واحدة أم يجوز دفعه على أقساط ، مثلما سارت عليه بعض التشريعات العربية فالمشرع الجزائري أعطى للقاضي السلطة التقديرية في الحكم على الزواج بالتعويض المالي إذا تبين له بأن الزواج قد تعسف في الطلاق تاركا له تحديد مقدار التعويض.[1]

وللقضاء تطبيقات عديدة نذكر منها مايلي :

ما جاء في قرار المحكمة العليا :"من المقرر شرعا أن تقرير ما يقرض الزوجة 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 انتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من أحكام الشريعة إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبرير ما حكموا به على الإشارة إلى حالة الطرفين وطبقتهما الاجتماعية دون اعتبار لحالة وطبقة كل منهما

[1]– المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار مؤرخ في 1984/04/02، ملف رقم 32779، المجلة القضائية ، العدد ، 02، سنة 1989، ذكره نبيل صقر قانون الأسرة ، نصا وفقها وتطبيقا ،دار الهدى ،الجزائر ،الطبعة الأولى 2006،ص 162،163.

وغناهما أو فقرهما أو غنى إحداهما أو فقر الأخر دون اعتبار لحالة كذلك لمقدار ما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية لمعرفة ماذا كان ما حكموا به خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غير ما هو مألوف وإعطاء شيء غير مألوف دون الاستناد إلى أية قاعدة شرعية ، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يتعلق برفع مبلغ المتعة دون إحالة.

فالقضاء بالتعويض عن الضرر المترتب عن الطلاق يستلزم أن يبين القاضي الأسباب التي دفعته إلى رفع قيمة التعويض ، لاسيما إذا حكم بغير ما هو مألوف ، كأن تكون فترة الحياة الزوجية تجاوزت سنين عديدة .[1] أما إذا حكم القاضي بتعويض معين وفقا لسلطته التقديرية فهو مجبر على تسبيب ذلك ، وإلا كان قراره معيبا بالقصور في التسبيب.

المطلب الثاني : تقدير قاضي شؤون الأسرة للتعويض في حالة التطليق والنشوز :

فرع 1: أسس تقدير التعويض عن الضرر في حالة التطليق والنشوز :

تأمر الشريعة الاسلامية وق . الأسرة الجزائري بحسن المعاشرة بين الزوجين و الزوجة التي يسيء الزوج عشرتها بالقول أو بالفعل و يضربها يجوز لها أن تطلب من القاضي تطليقها وفقا للأسباب المحددة في المادة 53 من قانون الأسرة .[2]

وللمطلقة الحق في طلب التعويض عن الضرر الناجم عن التطليق وفقا الأحكام المادة 53 مكرر من ق. الأسرة والتي تنص على أنه ، " يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطليق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها.[1]

[1]– عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري دار هومة الجزائر ، 1982، ص282.

2– تعريف التطليق لغة من طلق ، التحرير من القيد ونحوه ، رفع قيد النكاح انظر محمد رواس قلعجي ،معجم اللغة الفقهاء ، دار النفسائس للطباعة والنشر والتوزيع ،دم ن ، ط2،1988، ج 1 ، ص 134. واصطلاحا : هو انهاء ، العلاقة الزوجين بحكم القاضي ليبب من الأسباب كالضرر ، انظر حسن موسى ، الفضاء الرعي السني منشورات الحلبي الحقوقية ، د م ن ن دط، 2008.

وبالرجوع إلى التطبيقات القضائية فيما يتعلق بالأسس التي يستند إليها القاضي في تقدير الضرر نجد أنها ترتكز على أساس واحد يتمثل في مدى جسامة الضرر الذي أصاب الزوجة والذي يقدره القاضي بالاعتماد على المعيار الشخصي ويقدر مبلغ التعويض بالاستناد إلى حجم الضرر الواقع وهذا من شأنه أن يكفل تعويضا عادلا للزوجة ، دون أن يكون فيه اثراء لها على حساب زوجها ، كما لا يمكن الأخذ بظروف الزوج في حالة التطليق.[2]

وجاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/7/21 الذي ينص : "من المقرر قانونا أنه يجوز تطليق الزوجة عند تضررها و من المقرر أيضا أنه اذا تعسف الزوج في الطلاق حكم المطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها ، و متى تبين في قضية الحال أن الزوجة طلبت التطليق لتضررها من ضرب الزوج و طردها و إهمالها مع أولادها وعدم الانفاق عليهم الأمر الذي يجعلها محقة في طلب التطليق و التعويض معا لثبوت تضررها وعليه فغن قضاة الموضوع لما قضوا بتطليق الزوج و تعويضها طبقوا صحيح القانون ، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن .[3]

ثانيا : في حالة النشوز : ان اعظم ما يهدم الأسرة هو الشقاق بين الزوجين و اذا كان هذا الشقاق بسبب الزوجة فإن الشريعة الاسلامية قد نصت على عدة سبل لوعظها وإرشادها وفي حال فشل ذلك قام الزوج بتطليقها أما في القانون الجزائري فقد جعل من طلاق الزوج لها في هذه الحالة مبررا و أضاف لها الحق في الحصول على التعويض دون أن يبين

---

[1]– منقلتي كهينة ، أثار فك الرابطة الزوجية في القانون الجزائري ،مذكرة ماستر في القانون الخاص الداخلي نظام ل م ، جامعة مولود معمري و تيزي وزو ، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2008/2005، ص98.

[2]– اسمهان عفيف ، المرجع السابق ، ص207.

[3]– المحكمة العليا ، غ آ ش ، 1998/07/21 ملف رقم 192665 م .ق. عدد خاص ، ص116. نقلا عن الأستاذ يوسف دلاندة ، قانون الأسرة ، منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر رقم 02/05/مدعم بأحدث مبادئ و اجتهادات المحكمة العليا في مبادئ شؤون الأسرة والمواريث ، الطبعة الثالثة 2009، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع الجزائر ص 53.

القاضي الأسس التي يعتمدها في تقدير التعويض عن النشوز ....*وكذلك يحق للزوج المتضرر من النشوز طلب التعويض و ذلك وفقاا لأحكام المادة المادة 55 من قانون الأسرة التي تنص على أنه : " عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر " .[1]

فالقاضي يحكم بالطلاق لنشوز الزوجة إذا صدر حكم يقضي برجوع الزوجة إلى محل الزوجية فإذا امتنعت عن الرجوع ولم تمتثل يقرر المحضر القضائي محضر امتناع عن الرجوع ويعتبر دليل على النشوز ، وعلى القاضي التأكد من صحة المحضر و أنه مستوفي لشروطه القانونية.[2]

وأكدت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1998/02/17، الذي جاء فيه " من الثابت شرعا و فقها أنه في حالة الخ[3]صام بين الزوجين فإن حضور الزوج لبيت أهل الزوجة وطلب رجوعها إلى بيت الزوجية مرغوب لرد كرامتها لبناء حياة زوجية صحيحة ، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضوا بجعل مسؤولية الطلاق على عاتق الزوجة على عاتق الزوجة باعتبارها ناشز فإنهم أخطأ و في تفسير القانون و الشرع لأن الزوجة لا تعتبر ناشرا بل اشترطت لرجوعها حضور الزوج إلى بين أهلها كرد لكرامتها وهو

[1]– تعريف النشوز هو الكراهية احد الزوجين للاخر وامتناعه عن اداء الحق الذي اوجبه الله عليه للاخر انظر نور حسن قاروت ، موقف الإسلام من نشوز الزوجين أو احدهما وما يتبع ذلك من أحكام (دراسة مقارنة) ، درش ، دم ن، ط1995،1، ص51،52..

[2]– نين عمارة ، سلطة القاضي التقديرية في تعويض الضرر عن الطلاق ، مذكرة ماجيستر ن تخصص أحوال شخصية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ن جامعة الوادي ، سنة 2014، 2015 ص93.

[3]– المحكمة العليا ، غ آ ش 1998/02/17، ملف رقم 184055، المجلة القضائية ، العدد 2، 1998،ص 85، نقلا عن : جمال سايس ن الاجتهاد الجزائري مادة الأحوال الشخصية ، الجزء2 ، منشورات كليك ، 2013، ص 910.

الشرط الذي تنتفي معه حالة النشوز بأغلبية أاء الفقهاء ، فإنهم أخطأ وفي تفسير القانون ، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".

المطلب الثالث: التعويض عن الخلع

الفرع الاول: الطبيعة القانونية للخلع

عرف المشرع الجزائري تحولا في شأن طبيعة الخلع[1] القانونية بعد صدور الأمر

05-02المعدل و المتمم لقانون الأسرة ، حيث كان ينص المشرع الجزائري قبل التعديل في المادة 54 من قانون الأسرة على أنه " : يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الإتفاق عليه ، فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم". فكان المشرع بذلك ينظر الى الخلع على أنه نوع من الطلاق الرضائي مقابل مال تدفعه الزوجة لزوجها لقاء طلاقها ، و لا يصبح الخلع لازما إلا إذا تم فيه الإيجاب و القبول و قبل تمامه يجوز لكل من الطرفين الرجوع عن الإيجاب في المخالعة قبل أن يقبل الآخر[2].

و في الحقيقة إن إعطاء صفة العقد للخلع فيه تعزيز لموقف الرجل الذي يعتد بارادته في هذا الطلاق و الذي يقع بدونه ، فيتم بارادته و تلتزم الزوجة في المقابل بالبدل ولا سلطة

[1] – الخلع لغة : هو خلع وهونزع ، فيقال خلع ثوبه أو نعله أي نزعه وجوده

اصطلاحا : يرى المالكيه الخلع انه خلاف يعوض بكل ما يشمل الطلاق من ألفاظ صريحة أو كتابة ظاهرة أو أي لفظ أخر إذ كان بنية الطلاق – انظر أبو فضل جمال الدين محمد ابن منظور ، لسان العرب ، الجزء الثامن ، دار صادر بيروت لبنان ، 1955 ، ص 76–ومنصوري نورة ، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2012 ، ص14.

[2]– مالكي بلال ،السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة في مسائل فك الرابطة الزوجية،مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر ،تخصص قانون الاسرة،جامعة العلوم القانونية و الادارية،البويرة،2015،ص26.

للقاضي إلا في تحديد الجانب المادي فقط، و هذا ما يعطي للخلع طبيعة خاصة تقترب من الطلاق و من الطلاق بالتراضي ، فالزوجة هي التي تسعى الى فك الرابطة الزوجية فيما لا يكون الزوج طالبا للطلاق ، و في هذه الحالة فإن الطلاق بالخلع يختلف عن الفسخ لأنه بائن ، و لأنه يقوم على مبدأ التعويض و المقابل و قبول الزوجة الذي على أساسه يتم دفع بدل الخلع ، وهو بذلك يختلف عن الطلاق بالتراضي لأن هذا الأخير لا يشترط التزامات مالية على عاتق الزوجة تلتزم بها تجاه الزوج[1].

الفرع الثاني :الاساس القانوني لاستحقاق التعويض عن الحكم بالخلع

يتضح أن المشرع الجزائري وبعد التعديل الأخير لقانون الأسرة بموجب الأمر05 -02 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 المادة54[2] ، 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

[1]- نفس المرجع،ص 26.

[2]- المادة 54- "إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم"

في طلب الخلع، ومدى اتفاقه وسلوك الزوجة السَّوية في مثل هذه الحالة[1] . فماذا لو كان سلوك الزوجة غير سوي فليس من المستعبد أن تستغل هذا الحق الممنوح لها وتتعسف في استعماله؟ هل تترتب مسؤولية على الزوجة في حال ما لحق بالزوج ضرر مادي أو معنوي؟ و هل قيمة هذا البدل يجبر الضرر الذي لحق بالزوج؟

فأوجه الاختلاف بين طلاق الزوج وطلاق الزوجة عن طريق الخلع، هو انه 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 انه لا يوجد شخص معصوم من الخطأ، فماذا لو طلبت الزوجة الخلع وكان زوجها سويٌّ 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 استغلال واستعمال 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 و هي ضبط استعمال هذا الحق تفاعلا مع معطيات الواقع غير متناهية، ببسط هذه القاعدة فيما يتضمنه من رقابة أخلاقية، واجتماعية، وقانونية، لضبط إيقاع هذا الحق إذا ما أسيء استعماله، ولا شك أن فيهذا المسلك ما يقبله العقل ويقره المنطق، ذلك انه على هذا النحو إنما نعتبره من قبل المصالح المرسلة التي عرضت بصدور هذا التشريع[2]

[1] – أحمد حسام النجار، الخلع ومشكلاته العلمية والمنازعات المتعلقة به و إجراءاته العملية وأحكامه، دار الكتب القانونية،القاهرة، د ط، 2004 ، ص58 ،59.

[2] – احمد حسام النجار، مرجع سابق،ص61،62.

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[1] وهذا ما قررته 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 انه قضى بمبلغ 60.000 دينار مقابل الخلع وهذا يعتبر بمثابة تعويض عن الطلاق ...."[2] عليه فمبلغ مقابل الخلع يعد تعويضا لفك الرابطة الزوجية بغير رضا الزوج، وهذا مقابل حق الزوج في إيقاع الطلاق بارادته المنفردة وحق الزوجة في التعويض في حالة التعسف.

إن المشرع الجزائري لا يعتبر بدل الخلع تعويضا، ذلك لانه قد جعل من المقابل المالي عن كل خلع يقضي به القاضي سواء كان للزوجة دوافع وأسباب كافية، أو كان طلبها للخلع غير مبررا شرعا ولا قانونا، وهذا ما يتنافى مع القواعد العامة في المسؤولية عن تعويض

[1] – لحسين بن شيخ آث ملويا، رسالة في طلاق الخلع (دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة)، دار هومة، عين مليلة، الجزائر،د ط، 2013 ، ص 263.

[2] – **م ع،غ ا ش** ،2009/06/10 ،رقم القرار 09/00761، غير منشور، عن لحسين بن شيخ اث ملويا ،المرجع نفسه،ص263.

الضرر، فالتعويض يكون على أساس نظرية التعسف في إستعمال الحق، وهذا ما اكدته أحكام المادة 124 مكرر من القانون المدني 07-05 المؤرخ في 2007/05/13[1].

كما نجد أيضا 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 شرعا وقانونا سواء كانت الزوجة متعسفة أو غير متعسفة في إستعمال حقها، وقد يكون هذا البدل المدفوع للزوج مناسب لجبر الضرر وقد لا يتناسب معه مما قد يؤدي إلى إجحاف بحق الزوج في جبر الضرر اللاحق به[2].

[1] – نصت المادة124 مكرر على انه:"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".

[2] 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 .، ص255 .

الفرع الثالث : سلطة القاضي التقديرية في مسألة الخلع

إن الخلع شُرِع لمصلحة الزوجة ، بناءا على عرض الزوجة و قبول رغبة الزوجة في إنهاء الرابطة الزوجية مقابل مال تدفعه للزوج و يتفقا على المقدار في جلسة الحكم ، و في حالة عدم الإتفاق يحدد القاضي ذلك حسب سلطته التقديرية المخولة له بحيث لا يتجاوز صداق المثل ، و تجدر الإشارة الى أن مقابل الخلع لا يسقط النفقة الزوجية في حال العدة ، و لا يبرا الزوج من هذه النفقة إلا إذا نُص صراحة في العدة على اسقاطها [1] وعلى المستوى التطبيقي نجد قرار للمحكمة العليا صادر بتاريخ1999/03/16 الذي أكدت فيه على أن قضاة الموضوع لم قضوا بتطليق الزوجة خلعا دون موافقة الزوج طبقوا صحيح القانون، وقد يكون صداق المثل أي مالا مقبولا او مايكون مباح شرعا[2].

[1] – عبد العزيزسعد،الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري،الطبعة الثالثة،دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع ،الجزائر،1996،ص249.

[2] – عبد العزيز سعد ، نفس المرجع،ص249.

المبحث الثاني: القيود الإجرائية الواردة على سلطة القاضي في تقدير ا لتعويض في مسائل الطلاق

ان لقاضي شؤون الأسرة سلطة تقديرية واسعة في تعويض الضرر عن الطلاق غير أن هذه السلطة تخضع لبعض القيود الإجرائية، وهذه السلطة تختلف من قاضي لآخر وكذلك إجراءات الدعوى تختلف من قسم إلى آخر لهذا سوف نوضح في هذا المطلب الإجراءات الخاصة بدعاوى التعويض عن الطلاق مع توضيح القيود التي يخضع لها قاضي شؤون الأسرة فيما يخص الإجراءات.

ولذلك سنحاول في هذا المبحث أن نسلط الضوء على الجانب الإجرائي في دعوى التعويض عن الطلاق، ماهي المحكمة المختصة محليا ونوعيا في نظر هذه الدعاوى؟ وهل يقع على هذه المحاكم قيود إجرائية تختلف عن الدعاوى العادية لما لها من خصوصية تتعلق بالحياة الشخصية للمتقاضين؟ وهل السلطة التقديرية في منح التعويض هي

سلطة مطلقة؟ أم تقع على القاضي رقابة من المحكمة العليا؟

للإجابة عن ذلك سأتعرض في المطلب الأول :إجراءات سير دعوى التعويض عن الطلاق

ونتناول في المطلب الثاني :الضوابط التي تحكم السلطة التقديرية للقاضي في تعويض الضرر.

المطلب الأول : إجراءات سير دعوى التعويض عن الطلاق

التعويض في حقيقته دين يطالب به المدعي في ذمة المدين الذي هو المدعى عليه، و الدين في أصله مطلوب وليس محمول، و بالرجوع إلى القواعد العامة فإنه على المدعي في هذه الحالة إقامة دعواه في موطن المدعى عليه .

وعليه فمثل هذه المسائل من الدعاوى يجب رفعها أمام الجهة القضائية المختصة نوعيا وإقليميا[1] للفصل في منازعات الطلاق ولهذا سوف نتناول أولا الاختصاص النوعي والمحلي

للنظر والفصل في دعاوى التعويض عن الطلاق وبعدها نتناول الإجراءات الشكلية التي تمتازبها هذه الدعاوى

الفرع الاول: الاختصاص النوعي و الإقليمي للنظر و الفصل في دعاوى التعويض عن الطلاق

تعتبر دعاوى التعويض عن الطلاق من توابع فك الرابطة الزوجية لهذا سوف نوضح في البداية الاختصاص النوعي من ثم ننتقل إلى الاختصاص الإقليمي فيما يخص هذه الدعاوى.

[1]– نجد ان المواد من32الى 36 من القانون رقم 08–09 المؤرخ في 2008/04/23 ،و المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية ،العدد 21،لسنة 2008،تتعلق هذه المواد بقواعد الاختصاص النوعي للمحاكم ، اما القواعد المتعلقة بالاختصاص الاقليمي فقد تناولتها المواد من 37الى 47 من نفس القانون.

أ:الاختصاص النوعي:

حيث نظمه قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذلك بالرجوع إلى المادة 423 والتي نصت على أن:" ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية :الدعاوى 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 ماهو عليه حيث بين صلاحيات محكمة شؤون الأسرة وقد تناولها على سبيل الحصر، سواء عددا أو وصفا، والملاحظ أيضا على النص انه 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 امامه 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.

[1] – القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 والمتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية،المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية،العدد، لسنة 2008.

[2] – سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، طبعة جديدة مزيدة ومنقحة، 2011 .ج1 ، ص 579.

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 التطليق أو الخلع فهو يعتبر حكم نهائي وهذا ما وضحته أحكام المادة 57 من قانون الأسرة الجزائري والتي نصت على انه:" تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للإستئناف فيما عدا جوانبها المادية، تكون الأحكام المتعلقة بالحضانة قابلة للإستئناف"[1]

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[2] فالنص هنا حدد طبيعة الاختصاص النوعي، فقرر أن ذلك من النظام العام، وبالتبعية 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[3]، أما ما جاء في الفقرة السادسةمن المادة 32 من نفس القانون انه:" في حال جدولة قضية أمام قسم غير القسم المعني بالنظر فيها، يحال الملف إلى القسم المعني عن طريق أمانة الضبط بعد إخبار رئيس المحكمة مسبقا".

[1] – ا لامر رقم 05–02المؤرخ في 2005/02/27 يعدل و يتمم القانون رقم 84–11 المؤرخ في1984/06/09 ،المتضمن قانون الاسرة ، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية،العدد21،لسنة2008.

[2] – القانون رقم 08–09 المؤرخ في 2008/02/25 ، والمتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية،العدد21،لسنة2008.

[3] – سائح سنقوقة،المرجع السابق،ص97

فقد أوضحت هذه المادة طريقة الإحالة كإجراء في حال جدولة قضية ما خطأ أمام أي قسم في نفس المحكمة غير مختصة نوعيا، فقررت أن ذلك الملف يتعين احالته 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 فقرته 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 تفاديا 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(1). 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.

ب/الاختصاص الاقليمي:

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

[1] – عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بغدادي، الرويبة، الجزائر، ط2 ، 2009،ص77.

نص عليه المشرع الجزائري في المادتين 40 الفقرة الأولى و 426 ق إ م إ وبالرجوع إليهما نجدهما تحددان الاختصاص الإقليمي تبعا لطبيعة كل نزاع، إما موطن المدعى عليه وموطن المدعي، الموطن المشترك، أو بناءا على اختيار الطرفين، أما القضايا التي لم يرد ذكرها فيتم الرجوع فيها إلى القواعد العامة للاختصاص[1].طبقا لنص المادة 37 ق إ م إ[2]، التي تقضي بأن ترفع الدعوى بصفة عامة أمام محكمة موطن المدعى عليه.

أما في شأن دعاوى التعويض عن الأضرار الناجمة عن فك الرابطة الزوجية سواء كان طلب فك الرابطة الزوجية بطلب من الزوج او من الزوجة، وسواء كان طلب التعويض طلبا مستقلا لذاته أو مرتبطا بالدعوى الأصلية الخاصة بالطلاق، فإن الإختصاص تنص المادة 37ق إ م إ" يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه...." الإقليمي فيه يعود الى المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مسكن الزوجية، وذلك وفقا لنص المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وأكد على هذا الإختصاص في المادة 423 من نفس القانون التي تنص في فقرتها الثالثة" في موضوع الطلاق أوالرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي، وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما". ولا يمكن الخوض في مسألة التعويض في حالة الطلاق

[1] – فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010،ص38.

[2] – بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2 ، دار بغدادي، الجزائر، 2009 ، ص329 .

بالتراضي لانها تتم بموافقة كل من الطرفين كمبدأ عام، ولا يمكن تصور تضرر أحدهما لأجل رفع دعوى مستقلة خاصة بالتعويض[1]

ومن خلال استقراء هذه النصوص، فإن دعاوى التعويض عن فك الرابطة الزوجية التي تكون متصلة بدعاوى الطلاق، أو ترفع كطلبات أصلية مستقلة تختص بنظرها المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها مسكن الزوجية .والحقيقة أن هذا المسكن هو دائما محل إقامة الزوج وذلك أنه طبقا لقواعد الشريعة الإسلامية لا يوجد حق يخول للزوجة محل إقامة يختلف عن محل إقامة زوجها .ووفقا لنص المادة 36 من القانون المدني تعرف الإقامة الزوجية أنها وجود سكني يحل محلها مكان الإقامة العادي .فمحل إقامة الزوجة إذن هو نفس محل إقامة الزوج وهو مسكن الزوجية، وعليه تباشر في المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها هذا المحل دعاوى الطلاق والتعويض عنه دون غيرها[2].

وما يمكن ملاحظته في هذا الشأن، أن المشرع الجزائري حدد الإختصاص المحلي في هذا النوع من القضايا لإعتبار منه أن الأسرة لها كيان قانوني خاص بها يفترض أن يكون لها موطن خاص، لاهو موطن الزوج ولا هو موطن الزوجة، وكأن المشرع بذلك قد إعترف للأسرة بالشخصية المعنوية إذ إعتبرها كيانا قانونيا عنوانه مسكن الزوجية.

وتبعا لذلك فإن مبادىء الإجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا في هذا الصدد إعتبرت أن المحكمة المختصة في دعوى الطلاق هي محكمة مقر الزوجية، اذ جاء في

[1] – مسعودة نعيمة الياس،التعويض عن الضرر في مسائل الزواج والطلاق،رسالة دكتواه في القانون الخاص،جامعة تلمسان،2010،ص318.

[2] – أنظر، عبد الفتاح تقية ، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية ، منشورات ثالة ، الجزائر 2007،ص152

قرارها الصادر في 1989/11/27 بانه" من المقرر قانونا أن دعوى الطلاق من إختصاص محكمة مقر الزوجية، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون"[1]

الفرع الثاني: 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 عمن 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

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

[1] – أنظر، م ع ، غ أ ش،1989/11/27 ،رقم 56249،عدد 1،ص50.

القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/05 و المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية،المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية،العدد 21،لسنة2008.

[2] – سائح سنقوقة ،المرجع السابق،ص45.

المصلحة أن تكون قائمة أو محتملة، كما يجب أن يتوفر في المصلحة الطابع الشخصي والمباشر[1].

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 وهي الزوجية هنا ولا بد أيضا أن يتوفر فيها الشرط الثاني وهي المصلحة، وفي هذه الحالة لابد أن توضح سبب رفع دعواها وتوضح المصلحة المرجوة من رفع دعوى ضد الزوج.

غير 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 انه :"للا يبثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يبجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته(3) ثلاثة اشهر، إبتداء من تاريخ رفع الدعوى، يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي محاولات الصلح، يوقعه مع كتاب الضبط والطرفين ...."[2].

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

[1] – عبد الرحمان بربارة،المرجع السابق،ص38.

[2] – الامر رقم 05-02المؤرخ في 2005/02/27 يعدل و يتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في1984/06/09 ،المتضمن قانون الاسرة ، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية،العدد15،لسنة2005.

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 انه:" محاولات الصلح وجوبية وتتم في جلسة سرية "[1]. نلاحظ من خلال إستقرائنا لنص المادة انه 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[2]. 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 اهمية هذا الإجراء في تقصي الحقيقة أولا و هذا 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 لزوجين ولهذا لا يمكن لقاضي شؤون الأسرة أن يؤسس حكمه على ما هو مكتوب في

[1] – القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/05 و المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية،المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية،العدد 21،لسنة2008.

[2] – سائح سنقوقة ،المرجع السابق،ص604.

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 انه 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 بالتطليق 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

[1] – م ع،غ ا ش،1991/06/18،ملف رقم 75141،م ق 1993،عدد 1 ،ص65.

[2] – م ع،غ ا ش،2006/11/15،ملف رقم 372130،م ح ع 2007،عدد 2 ،ص463.

[3] – م ع،غ ا ش،2009/01/14،ملف رقم 477546،م ح ع 2009،عدد 2 ،ص 279.

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 التطليق والخلع والنشوز لا فرق بينهم، بالإضافة إلى هذا قد يعرض الدعوى للرفض في حالة عدم حضور المدعي سواء كانت الزوجة أو الزوج و هذا 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 "[1]..

يتضح من خلال هذا القرار مدى أهمية هذا الإجراء ومدى الزاميته للزوجين وللقاضي. وقد وضح 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 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 حكمين في حالة ما إشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وقد جاء نص المادة 56 من قانون الأسرة على انه :" إذا إشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما يعين القاضي الحكمين، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين"[2].

[1] – م ع،غ ا ش،2009/01/14،ملف رقم 47495،م ح ع 2009،عدد 2 ،ص271.

[2]– الامر رقم 05–02 المؤرخ 2005/02/27 ،يعدل و يتمم القانون رقم رقم 84–11 المؤرخ في 1984/06/09 ،المتضمن قانون الاسرة،المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية،العدد15،لسنة 2005.

وقد وضحت كل من المادة 446 إلى غاية المادة 449 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مهام الحكمين ودورهما بالإضافة إلى ذلك إلى إنهاء مهام الحكمين من قبل قاضي شؤون الأسرة[1]

المطلب الثاني : رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع في تقديره الضرر و التعويض عن الطلاق

المحكمة العليا هي اخر درجة للتقاضي بين اطراف النزاع،وهي الهيئة القضائية العليا في هرم القضاء العادي،ولها سلطة ممارسة الرقابة على ما تقوم به محكمة الموضوع، من الاعتداد بعناصر الضرر وشروطه، وكذا بعناصر تقدير التعويض وليس لمحكمة الموضوع، من حيث المبدأ لأن تختار ما تريد اختياره أو إغفاله من بين هذه العناصر، لكن السؤال المطروح في ماذا تتمثل عناصر الضرر الواقع في الطلاق، وما هي الشروط الواجب توافرها في هذا الضرر حتى يمكن الاعتداد به، وكذلك ما هي العناصر التي من خلالها يمكن لقاضي شؤون الاسرة تقدير التعويض الذي يجب أن يكون متناسبا مع حجم الضرر وجابرا له، وهذا ما سوف يتم بيانه في الفروع التالية:

الفرع الاول /رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع في تقديره لعناصر الضرر وشروطه.

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

[1] – تتعلق هذه المواد 446 بالاحكام المتعلقة بمهام الحكمين و هذا في القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 ،والمتضمن قانون الاسرة،المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية،العدد2008،21.

الفرع الاول: رقابة المحكمة العليا على قاضي شؤون الاسرة في تقديره لعناصر الضرر وشروطه

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

ولان كان التثبت من وقوع الضرر ومداه مسألة واقعية يستقل بها قضاة الموضوع، فإن تعيين هذا الضرر في الحكم وذكر العناصر المكونة له قانونا، والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض، يعتبر من المسائل القانونية التي تهيمن عليها المحكمة العليا. لأن هذا التعيين هو من قبيل التكييف القانوني للواقع[1].

ويعتبر استيفاء الضرر للشروط الواجب توفرها لإستحقاق التعويض مسألة قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة المحكمة العليا، من هذا كون الضرر ماسا بحق أو مصلحة مشروعة، وتكييفه بأنه ضرر محقق حال أو مستقبل أو بأنه احتمالي، ووصفه بأنه ضرر مادي أو ضرر معنوي.

وقد كان للقضاء في بلادنا تطبيقات قضائية في ذلك، إذ قضى المجلس الاعلى في قراره الصادر في 1984/4/2 بانه" من المقرر شرعا أن تقدير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فإن تسبيبه، وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد إنتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من الشريعة الإسلامية، إذا كان الثابت أن قضاة

[1]- سليمان مرقص،المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية،ص184.

الإستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبريرهم لما حكموا به على الإشارة إلى حالتي الطرفين وطبقتهما الإجتماعية، دون إعتبار لحالة وطبقة كل منهما، وغناهما أو فقرهما، أو غنى أحدهما أو فقر الآخر، ودون إعتبار كذلك لمقدار مايتقاضاه الزوج كأجرة شهرية، لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به، خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غير ما هو مألوف، ودون الإستناد الى أية قاعدة شرعية، ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يخص مبلغ المتعة دون إحالة"[1].

فالقضاء بالتعويض عن الضرر المترتب عن الطلاق يستلزم أن يبين القاضي الأسباب التي دفعته لرفع قيمة التعويض .لاسيما إذا حكم بغير ما هو مألوف، كأن تكون مثلا الحياة الزوجية قد طالت لفترة تجاوزت سنين عديدة[2].

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

وقد جاء في قرار آخر للمحكمة العليا في 1991/6/18 بانه"من المستقر عليه قضاء ،أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، غيرانهم 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 التسبيب"[3].

[1] –المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،،1984/4/2 ،ملف رقم 32779، المجلة القضائية 1989،عدد 2،ص61.

[2] –عبد العزيز سعد، ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 1982،ص282.

[3] –المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،1991/6/18،ملف رقم 75029،المجلة القضائية 1992،عدد1،ص65.

إلا أن الملاحظ في الواقع العملي أن القضاة لا يحددون عناصر الضرر، ولا شروطه في أحكامهم، فلا يبينون نوع الضرر إذا ما كان ماديا أو معنويا، مباشرا أو غير مباشر، محققا أو إحتماليا، متوقعا أو غير متوقع، إذ قضى مجلس قضاء سعيدة بموجب القرار الصادر بتاريخ 2010/1/14 بعد الاستئناف بخفض مبلغ المتعة المحكوم بها إلى 40000 دج، وذلك دون أن يحدد المجلس عناصر الضرر التي جعلته يقضي بهذا المبلغ، بل اكتفى بذكر سبب واحد" حيث أن المجلس تبين له أن مبلغ التعويض عن الطلاق التعسفي جاء مبالغ فيه وعليه يتعين رده"[1]. والأمثلة في هذا صدد كثيرة.

وقد صدرت عن قسم شؤون الأسرة لمحكمة سعيدة أحكاما في فترات متقاربة، ومنحت نفس مقدار المتعة تقريبا. فقضت بتاريخ 2008/3/22 بتمكين المطلقة من تعويض قدره 30.000 دج [2]وهو نفس المبلغ الذي قضت به للمطلقة بموجب الحكم الصادر في 2009/6/27[3]. كلها اعتبرت الطلاق الواقع تعسفيا، لأن الزوج صمم على الطلاق،والزوجة تمسكت بالرجوع خلال مراحل النزاع، دون أن تحدد هذه الأحكام طبيعة الضرر اللاحق بالمطلقة ولا عناصره.

وكأن القاضي خلال فترة زمنية يلتزم بتقدير التعويض بنفس المقدار، أو على الأقل بمبالغ متقاربة، وهذا إن كان يسري على اعتبارات تقدير القاضي للنفقة التي يراعي القاضي

[1] – مجلس قضاء سعيدة، غرفة الأحوال الشخصية،2010/1/14،قضية رقم 09/00528،ملحق رقم 10.

[2] – محكمة سعيدة، قسم شؤون الاسرة،2008/3/22،قضية رقم 07/1541،ملحق رقم 11.

[3] محكمة سعيدة، قسم شؤون الاسرة،2009/6/27،قضية رقم 09/0355،ملحق رقم 12.

في تقديرها حال الطرفين وظروف المعاش[1] ، فهو لا يصدق على التعويض الذي لا يقضي به القاضي إلا بعد أن يحدد نوع الأضرار اللاحقة بالمطلقة، ومن ثم مقدار التعويض المناسب لجبرها، وإلا كان حكم القاضي عرضة للنقض فتمارس المحكمة العليا رقابتها عليه في هذا الشأن، ليس في مقدار التعويض وإنما في تحديد نوع الضرر المستحق للتعويض وحجمه.

وفي هذا السياق نقضت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1986/7/08 حكما صادرا عن محكمة الجنايات صرح بعدم أحقية والد الضحية في التعويض عن وفاة إبنه لأن هذا الأخير كان تحت نفقة والده بدعوى عدم تضرره، دون أن تبين نوع الضرر.

وقد جاء في حيثيات هذا القرار"حيث أنه تبين من مطالعة الحكم المطعون فيه أن القضاة أسسوا قضاءهم لإبطال دعوى والد الضحية على كون هذه الأخيرة كانت تحت نفقتها وأنه لم يلحقه أي ضرر، وحيث أن الضرر يكون إما ماديا أو معنويا.وحيث أن القضاة لم يراعوا في الدعوى الحالية سوى الجانب المادي فقط.وعليه فانهم لم يحيطوا بالدعوى من جميع جوانبها، وجاء بذلك قضائهم ناقصا[2].

وجاء في قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 2000/3/28 "وحيث يتبين من القرار المطعون فيه أنه لم يحدد نوعية التعويض المقضي به، هل هو عن الضرر المادي أم عن

[1] – المادة 79 من قانون الاسرة تنص على أنه ": يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش و لا يراجع تقديرهاقبل مضي سنة من الحكم."

[2] –المحكمة العليا،الغرفة الجزائية،1986/01/08،ملف رقم 42308،المجلة القضائية،1990،عدد 1،ص254.

الضرر المعنوي، ومعلوم أنه لا يجوز دمجهما معا، الأمر الذي يشكل قصورا في التسبيب، ينجر عنه النقض"[1].

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

الفرع الثاني: 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[2]. ويتضح ذلك من خلال خلو النصوص التشريعية من أي ضابط يلزم القاضي بإتباع,طريقة معينة لجبر الضرر، أو معيار يلتزم به القاضي في تقديره لقيمة التعويض، لانه عند رجوعنا لنصوص المواد 52 و 53مكرر والمادة 55 من قانون الأسرة نجدها تطرقت لذكر مصطلح الضرر دون بيان لطريقة تقديره أو تحديد معايير لتقدير الضرر، بل ترك المشرع المجال مفتوحا لسلطة 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.

[1] –المحكمة العليا ،الغرفة المدنية،2000/03/28،المجلة القضائية،عدد خاص، 2003،ص627.

[2] – VINEYG:Traité de droit civil, les obligations, la responsabilité, Effets, LGDj, Paris,1988، p89.

وكقاعدة عامة فإن القاضي يستمتع بسلطة تقديرية واسعة بصدد تقديره للتعويض أي تقويمه لقيمة الضرر الذي لحق المضرور يكون محدود في نطاق طلبات الخصوم[1]، بحيث لا يتجاوزها، وعمليا فإن سلطة القاضي التقديرية تتسع وتضيق وفقا لنوع الضرر نفسه فتكون ضيقة بالنسبة للأضرار التي تصيب الأشياء والتي يسهل تقدير قيمتها، لتكون أكثر إتساعا في حالات أخرى خصوصا إذا ما تعلق الأمر بالأضرار المعنوية، التي يخضع تقديرها لسلطة قاضي الموضوع[2].

وعلى العموم فإن الإتساع الواضح في سلطة القاضي في تحديد لمقدار التعويض لا يعني خروج نشاطها عن نطاق رقابة المحكمة العليا حيث يلتزم بالعديد من الضوابط تمكنها من بسط رقابتها على نشاطها في هذه المرحلة.

فيلتزم قاضي الموضوع بتقدير عناصر التعويض وفقا لقيمة وقدر الضرر ووقت وقوع هذا الضرر والظروف الملابسة له، لذلك فلا يستطيع بالرغم من سلطته التقديرية، أن يقدر التعويض جزافا 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 وجب على القاضي حين تقديره للتعويض أن يعطي للطرف المتضرر تعويضا لا يزيد ولا ينقص عن قيمة الضرر، ولو أن هذا الأمر يعد نسبيا، وتطبيقا لذلك على القاضي مراعاة جميع عناصر الضرر وللمحكمة العليا ممارسة رقابة على ما تقوم به محكمة الموضوع من

[1] –ابراهيم الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، دون مكان نشر، دون طبعة، دون سنة نشر،ص278.

[2] –NAMMOUR(F), SEVRINE CABILLAC(R), LECUYER(H): Droit des obligations, Droit Français–Droit libanais, 1er édition, Delta, 2006, p3853

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 كثيرا ما تتدخل في تحليل ظروف الدعوى في إطار رقابتها للمسائل القانونية[1].

فتقدير قيمة التعويض مسألة واقع تخضع لتقدير قاضي الموضوع وفقا لما توضحه له من جسامة 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 ايضاحه، 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 رقابتهاعلى 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

[1] – ابراهيم الدسوقي،المرجع السابق،ص284.

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[1].

كما يلتزم قاضي الموضوع بتجنب أي تناقض أو مخالفة للقواعد المنظمة للتعويض والتي تستوجب نقض الحكم الذي توصل اليه، وذلك متى تبين أن التعويض الذي قرره لأحد الزوجين المتضرر يجاوز الضرر الذي لحق بأحدهما، أو انه تم القضاء برفض تعويض المتضرر منهم بالرغم من الإعتراف بوجود الضرر وتحققه و إستحقاق 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 تسبيبها أو يشوبها غلط في القانون[2]

وعليه فإن محكمة الموضوع ليست حرة في إغفال أو إختيار هذه العناصر– عناصر الضرر، عناصر تقدير التعويض –، وهذا هو المبدأ غير انه في الواقع نجد أن قرارات المحكمة العليا متضاربة فيما بينها فمرة نجدها لا تعطي أي أهمية لتحديد عناصر الضرر وتقدير التعويض، ومرة أخرى نجد انها تأخذ بالمبدأ المذكور سابقا.

حيث جاء في إحدى حيثيات لقرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2006/07/12 على انه :"حيث أن تحديد التعويض على الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يعود الإختصاص فيها لقضاة الموضوع دون غيرهم، إضافة إلى ذلك فإن طلاق إمرأة بعد زواج

[1] –نين عمارة،سلطة القاضي التقديرية في تعويض الضررعن الطلاق،مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير تخصص احوال شخصية،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة الوادي،2014–2015،ص166.

[2] – رضا قربة، سلطة القاضي في تقدير التعويض (دراسة في إطار المسؤولية العقدية)، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر 1(الجزائر)، كلية الحقوق،2012–2013،ص135–134.

دام أربعين سنة دون مبرر لا يعوض بأي مبلغ من المال، الأمر الذي يجعل وجهي الطعن غير مؤسسين مما يستلزم ردهما وتبعا لذلك رفض الطعن[1].

حيث يتضح من هذا التحييث الموجود في قرار المحكمة العليا انها خالفت المبدأ المذكور سابقا 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 تسبيبهم لرفع مبلغ التعويض على أساس واحد وهو طول مدة الزواج وانه أصر على الطلاق دون مبرر شرعي، غير انه 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 أيضا في إحدى حيثيات القرار عن المحكمة العليا صادر بتاريخ 12/23/ 1997 وجاء فيه:" لكن حيث وبالرجوع إلى القرار المطعون فيه تبين بأن الضرر بالزوجة كان مبالغ فيه من طرف الزوج، الأمر الذي يجعله مبالغا في التعسف في إلحاق الضرر بها فالتطليق وحده لا يكفي لجبر الضرر، وتعويضها مقابل هذا الضرر متروك تقديره لقضاة الموضوع تأسيسا 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 طبقا للمادة 55 من قانون الأسرة وبذلك يكون القرار مسببا تسبيبا كافيا، الأمر الذي يجعل الوجهين غير مؤسسين ويتعين معهما رفض الطعن[2].

[1] –م ع،غ ا ش،2006/07/12،ملف رقم 368660،م ح ع2006،عدد 2،ص483.

[2] –م ع،غ أ ش، 1997/02/23،ملف رقم 181648،م ق 1997،عدد 1،ص49.

حيث يتضح من هذا التحييث الموجود في القرار أن قضاة الموضوع منحوا للزوجة التطليق وهذا للضرر اللاحق بها وفق أحكام نص المادة 53 من قانون الأسرة، إلا انهم في نفس الوقت منحو لها تعويضا جبرا للضرر الذي لحقها، غير انهم لم يوضحوا نوع الضرر ولا عناصره بالإضافة إلى ذلك لم يوضحوا عناصر التقدير للتعويض، وجاء قرار المحكمة العليا مؤيدا 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 تنظر لهذه العناصر ولا تفرض رقابة على قضاة الموضوع.

إلا انه هناك قرارات للمحكمة العليا تلزم قضاة الموضوع على ذكر عناصر تقدير التعويض ومن بين هذه القرارات القرار 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 احكامهم الوسائل المعتمدة لتقدير تلك التعويضات ومن ثمة فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا للقانون ولما ثبت – في قضية الحال –أن قضاة الموضوع منحوا تعويضات هامة دون تحديد العناصر التي إعتمدوا عليها في تقديرهم للتعويض يكونوا بذلك قد خرقوا القواعد المقررة قانونا..."[1].

وعليه يتضح من خلال هذا القرار، أن يتعين على قضاة الموضوع للوصول إلى التقدير الصحيح للتعويض ويلتزم عليهم أولا بتفصيل عناصر الضرر، وبعدها يقررون ما لكل عنصر من تعويض، ومن ثم يتحقق هدف التعويض من جبر الضرر وإصلاحها، كما أن تفصيل هذه العناصر يزيد من حجية الحكم وقوته كما 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،ص123 .

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 انهم 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 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 "[1]

بالرجوع إلى قرار موضوع الطعن يتضح انه جاء مشوبا بنقص في التعليل والتسبيب

فقد حمل مسؤولية الطلاق للطاعن ومحملا 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 حكمهم 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 انهم ملزمين بذكر عناصر تقدير التعويض والقواعد الشرعية والقانونية التي إستندوا عليها لرفع مبالغ التعويض، غير أن إغفال ذكر هذه العناصر عرضت قرارهم للنقض. عليه فانه يتعين على قضاة الموضوع حين استعمال سلطتهم التقديرية في تعويض الزوج المتضرر أن يلتزموا بذكر عناصر الضرر

[1] –م ع،غ أ ش1991/06/18،ملف رقم 75029،م ق 1994،عدد 2،ص65.

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].

[1] – نين عمارة،سلطة القاضي التقديرية في تعويض الضررعن الطلاق،مرجع سابق،ص168.

الخاتمة

خميس مليانة
Khemis Miliana

الخاتمة :

لقد أولى المشرع الجزائري مكانة هامة واهتماما واسعا بقضايا شؤون الأسرة ويتجسد ذلك من خلال مختلف التعديلات التي طرأت على قانون الأسرة الجزائري وبرامج الحكومات المتعاقبة كصندوق النفقة .

ومن خلال النظر إلى حجم الملفات المعروضة لدى المحاكم والجهات القضائية في اقسام شؤون الأسرة نلاحظ ارتفاع في عدد قضايا الرامية لفك الرابطة الزوجية مما يبعث الدهشة والقلق مما يستدعي التفكير السريع لإيجاد حل لهذه المشكلة التي تهدد لبنة الأولى للمجتمع ألا وهي الأسرة .

وملاحظ عدم تناسب مبلغ التعويض عن الطلاق التعسفي الذي تحكم به المحكمة مع الواقع المعيشي وتكاليف الحياة (وعدم تطابق مبلغ بدل الإيجار مع الايجار الحقيقي في سوق) وهذا ماجعل المؤشرات من حالات الاستئناف ، والطعون بالنقص في مسائل التعويض ترتفع ، مما يجعله قيد التفكير في غيجاد منظومة قانونية من شانها أن تخلق نوعا من التوازن بين التعويض والضرر في هذه مسألة مثلا تحديد سقف أدنى أو سقف أقصى للتعويض مع فسح السلطة التقديرية للقاضي في عناصر الضرر والتعويض.

ولهذا لابد للمشرع الجزائري من إعادة النظر فيما يخص توابع الطلاق المادية وبالخصوص التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي ، وهذا متعلق بأمرين

– الأمر الأول : وهو الحد ولو بشكل نسبي من ظاهرة الطلاق والطلاق التعسفي بشكل خاص .

– الأمر الثاني : هو مراعاة الجانب المادي للنساء المطلقات طلاق تعسفيا وشعور هن بالعدالة وذلك لمراعاة صعوبة الحياة التي تواجهها بعد الطلاق.

النتائج :

– تنفذ الرابطة الزوجية أو عقد الزواج بالطلاق ويتم بإرادة منفردة للزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة ماجاء في المادة 48 من قانون الأسرة .

– طبق للنص المادة 49 قانون الأسرة وتماشيا معها الطلاق لايكون إلا بحكن قضائي.

– يشترط لإعتبار الطلاق تعسفيا أن يكون مناقضا لحكمة مشروعيته ، او مؤيد مشروعيته ، او مؤيد إلى مثال ممنوع شرى، أن يكون بناء على طلب الزوجة أو برضاها .

– ومن صور التعسف في في الطلاق ، الطلاق بدون سبب مشروع طلاق مريض مرض موت.

– طبقا لنص المادة 52 قانون الأسرة الجزائري لم تذكره معايير الطلاق التعسفي فلا صور فقد تطرق لها القانون المدني الجزائري بمعايير عامة للتعسف في استعمال الحق طبقا لنص المادة 24 قانون مدني .

– نص المادة 52 قانون الأسرة أقر التعويض لكل مطلقة لأصابها ضرر لاحق من الطلاق.

– لم تحدد المادة 52 ق أضرار التعويض و بهذا نستنتج أن المشرع ترك المجال للقاضي في تقدير الضرر على أساسه الحكم بالتعويض المناسب.

–ان المنحة تجب لكل مطلقة بينما التعويض عن الضرر في الطلاق التعسفي لا يكون إلى في حالة الثبات تعسف المطلق.

التوصيات :

-لا بد من تكافل جهود كل القطاعات التشريعية التربوية الإعلامية الاجتماعية والنفسية للحد من هذا الوضع و اتخاذ خطة على المستوى الوطني لكبح هذه الظاهرة (الطلاق).

- تعديل بعض المواد في قانون الأسرة و تجديد الدقيق او الواضح ما المقصود بالطلاق التعسفي و تبيان حالته و شروطه .

- تقدير على الأقل للحد الأدنى أو الأعلى للتعويض عن الطلاق التعسفي.

- مراعاة المستوى المعيشي للمطالبة عند تقدير مبلغ التعويض.

- رفع مبلغ التعويض عن الطلاق التعسفي بمثابة إجراء رادع للأزواج المستهزئين بميثاق الرابطة الزوجية و تستجد بشكل كبير من ظاهرة الطلاق المتفشية في مجتمعنا و التي تزداد يوما بعد يوم بشكل يبعث على القلق.

- تعديل منظومة الأسرية بشكل يتمشى مع أحكام الشريعة الإسلامية .

- تكوين القضاة تكوينا قانونيا متوازيا مع التكوين في الشريعة الإسلامية لاستنباط قانون الأسرة من أحكام شرعة الإسلامية .

- و في الأخير نأمل أن تكون قد أعطينا للموضوع حقه أملين من المولى عز و جل التوفيق و السداد للأعمال أخرى.

والصلاة و السلام على رسول الله.

فهارس عامة

الآيـــــة	رقمها	الصفحة
البقرة		
﴿ وَلَكُمۡ فِي ٱلۡقِصَاصِ حَيَوٰةٞ ..ٱلۡأَلۡبَٰبِ لَعَلَّكُمۡ تَتَّقُونَ ﴾	179	
﴿ هُنَّ لِبَاسٞ لَّكُمۡ وَأَنتُمۡ لِبَاسٞ لَّهُنَّۗ ﴾	187	
﴿ وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ..... وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٞ ﴾	228	
﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ...وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾	229	
﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ ..حُدُودُ ٱللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوۡمٖ يَعۡلَمُونَ﴾	230	
﴿ وَإِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ.... بِكُلِّ شَيۡءٍ عَلِيمُۢ﴾	231	
النساء		
﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ .... يَأۡتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖۚ ﴾	19	
النحل		
﴿ وَإِنۡ عَاقَبۡتُمۡ فَعَاقِبُواْ .....لَهُوَ خَيۡرٞ لِّلصَّٰبِرِينَ ﴾	126	
الأنبياء		
﴿ وَدَاوُۥدَ وَسُلَيۡمَٰنَ إِذۡ يَحۡكُمَانِ....وَكُنَّا فَٰعِلِينَ ﴾	78-79	
الروم		
﴿ وَمِنۡ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنۡ ...وَجَعَلَ بَيۡنَكُم مَّوَدَّةٗ وَرَحۡمَةًۚ ﴾	21	
الأحزاب		
﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحۡتُمُ .....سَرَاحٗا جَمِيلٗا﴾	49	
الشورى		
﴿ وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَا ....إِنَّهُۥ لَا يُحِبُّ ٱلظَّٰلِمِينَ﴾	40	
الحجرات		

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنَّا خَلَقۡنَٰكُم مِّن ...إِنَّ ٱللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٞ ١٣ ﴾	13	
الطلاق		
﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ ... يُحۡدِثُ بَعۡدَ ذَٰلِكَ أَمۡرٗا﴾	01	

كتب ومذكرات :

1. 2016 .

2.ابراهيم الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، دون مكان نشر، دون طبعة، دون سنة نشر.

3.ابن العربي، أبو بكر أحكام القرآن، تحقيق علي محمد البحاوي، القاهرة، دار الفكر،ط3، 1972، م1

4.ابن النجار ؛ منتهى الارادات ؛ مع حاشية المنتهى ؛ تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي ؛ مؤسسة الرسالة للطباعة و النشر و التوزيع ؛ بيروت لبنان ؛ الطبعة الاولى 1999 ؛ المجلد الرابع.

5.ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدار المختار ،دار الفكر ،بيروت ،لبنان ،1992.

6.ابن عبد السلام عز الدين، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ضبط وتصحيح عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، دار الكتب ، العلمية، بيروت،ط1 ،1999.

7.ابن قدامة، أبو عبد الله بن أحمد، المغني على مختصر الخرقي، ضبط عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت،[1] لبنان، الطبعة الأولى،1997 ،الجزء السابع

8.ابن كثير ،تفسير القرءان العظيم ،دار الندى للطباعة والنشر ،بيروت لبنان ،الطبعة الأولى 2006.

9.ابن ماجه، سنن ابن ماجه، بشرح الإمام أبي الحسن الحنفي المعروف بالسندي، حقق أصوله وخرج أحاديثه على الكتب الستة ورقمه حسب المعجم المفهرس و تحفة الإشراف الشيخ خليل مأمون شيحا، و بحاشية تعليقات مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه للإمام البوصيري، دار المعرفة ، بيروت، لبنان، المجلد الثاني، الطبعة الرابعة،2006،رقم الحديث2019.

10. ابو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم بن ورد بن كوشاذ القشيري النيسابوري ؛ صحيح مسلم ؛ دار صادر ؛ بيروت ؛ لبنان ؛دون تاريخ و رقم طبعة ؛ رقم الحديث 3655

11. ابو داود ؛ سنن ابي داود ؛ الإمام الحافظ المصنف المتقن ابي داود سليمان ابن الاشعث السجستاني الازدي حقق اصوله و خرج احاديثه على الكتب الستة و رقمه حسب المعجم المفهرس و تحفة الاشراف الشيخ خليل مامون شيحا ؛ دار المعرفة للطباعة و النشر و التوزيع ؛ بيروت؛ لبنان ؛ الجزء الاول ؛ الطبعة الاولى ؛ 2001 ؛ رقم الحديث 2178؛ ص 349 .

12. أبو فضل جمال الدين محمد ابن منظور ، لسان العرب ، الجزء الثامن ، دار صادر بيروت لبنان ، 1955 .

13. أبي الفضل جمال الدين بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري ،**لسان العرب**، دار صادر ،بيروت ، مج 04 الجزء29، باب الطاء.

14. ابي محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الأندلسي ؛ المحلى ؛ تحقيق احمد محمد شاكر ؛ لجنة إحياء التراث الغربي ؛ دار الجيل ؛ بيروت ؛ لبنان ؛ دون طبعة و تاريخ طبع ؛ الجزء العاشر .

15. أحمد حسام النجار، الخلع ومشكلاته العلمية والمنازعات المتعلقة به و إجراءاته العملية وأحكامه، دار الكتب القانونية،القاهرة، د ط، 2004

16. احمد فراج حسين ؛ احكام الاسرة في الاسلام ؛ الدار الجامعية ؛ بيروت ؛ لبنان ؛ 1998

17. انظر محمد رواس قلعجي ،معجم اللغة الفقهاء ، دار النفسائس للطباعة والنشر والتوزيع ،دم ن ، ط2،1988، ج 1 .

18. باديس ذيابي ، صور فك الرّابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر،دار الهدى للنشر و التوزيع الجزائر، بدون طبعة 2007.

19. البخاري، صحيح البخاري، المحقق محمد زهير، كتاب الحج، باب الخطبة أيام منى ، رقم الحديث 1741، دار طوق النجاة،د م ن،،ط1422،1 هـ،ج2.

20. بدران ابو العينين بدران ؛ الزواج و الطلاق في الاسلام فقه مقارن بين المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون ؛ مؤسسة شباب الاسكندرية ؛ دون طبعة و تاريخ طبع .

21. بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط2 ، دار بغدادي، الجزائر،2009 .

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

23. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،الجزء الأول، الزواج و الطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1999

24. بن زيطة عبد الهادي،تعويض الضرر المعنوي في قانون الاسرة الجزائري،دراسة مقارنة ،بالفقه الإسلامي،ط1 ،دار الخلدونية،الجزائر،2007،

25. البهوتي ،**كشاف القناع عن متن الإقناع** ،دار الفكر ،بيروت ،لبنان ،1982.

26. بوساق محمد بن المدني ، نفس المرجع، ص 161- احمد بن عبد الرحمان،حجة الله البالغة، ضبط محمد سالم هاشم،دار الكتب العلمية،بيروت،ط1، 1995،ج2.

27. تحقيق حمدي الدمرداش محمد، المكتبة العصرية، صيدا ، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2000،الجزء الثالث،رقم الحديث2797.

28. تشوار جيلالي،محاضرات مقياس قانون الأسرة،السنة الثالثة قانون خاص،كلية الحقوق و العلوم السياسية،تلمسان،2015/2014.

29. تنازع القوانين، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، تنفيذ الأحكام الأجنبية، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2014،

30. تيسير رجب التميمي ، الطلاق بين تعسف المطلق و تفريق القاضي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، الطبعة الأولى ،2009

31. جميل فخري ح محمد جائم ؛ التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه و القانون ؛ دار الحامد للنشر و التوزيع ؛ الطبعة الاولى ؛ 2009.

32. الحاكم، الحافظ أبي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم، المستدرك على الصحيحين، تضمينات(الإمام الذهبي) النيسابوري،

33. حسن موسى ، الفضاء الرعي السني منشورات الحلبي الحقوقية ، د م ن ن دط، 2008.

34. الدراقطني، سنن الدراقطني، دققه وضبط نصه وعلق عليه شعيب الأرنؤوط، كتاب البيوع، رقم الحديث 2886 ، بيروت، لبنان، مؤسسة الرسالة، ط20041،1،ج3.

35. رسمية عبد الفتاح موسى الدوس،دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه الاسلامي،دار قنديل،عمان2010 .

36. سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، طبعة جديدة مزيدة ومنقحة، 2011.ج1 .

37. سليمان مرقص،المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية،ص184.

38. الشربيي ،مغني المحتاج الى معرفة ألفاظ المنهاج ،بيروت ،الطبعة الأولى ،1997.

39. شوقي ضيق ؛ معجم الوسيط ؛ الطبعة الرابعة ؛ مكتبة الشروق الدولية ؛ مصر ؛ 2003.

40. صالح العلي صالح ؛ امينة الشيخ سليمان أحمد ؛ المعجم الصافي في اللغة العربية ؛ الرياض .

41. الصنعاني عبد الرزاق بن همام ،تفسير القرءان ،تحقيق د مصطفى مسلم محمد ،مكتب الرشد ،الرياض ،المملكة العربية السعودية ،الجزء الثاني .

42. الطيب زروتي، اجتهاد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقا عليه، ط2 ، دار هومة، الجزائر،

43. عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بغدادي، الرويبة، الجزائر، ط2 ، 2009.

44. عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري دار هومة الجزائر ، 1982، ص282.

45. عبد العزيز سعد، ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 1982

46. عبد العزيزسعد،الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري،الطبعة الثالثة،دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع ،الجزائر،1996.

47. عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية وفق مذهب ابي حنيفة و ما عليه العمل بالمحاكم ، دار القلم للنشر و التوزيع ، الكويت ، الطبعة الثانية

48. عبده غالب احمد عيسى ، فقه الطلاق ، دار الجيل ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 1991.

49. غنية قري، شرح قانون الأسرة المعدل، دراسة مقارنة بين الشرع والقانون، ط 1 الجزائري، 2011 ،

50. فخر الدين الرازي ،محمد بن عمر التميمي الشافعي ،التفسير الكبير أو مفاتيح الغيب ،جزء27،دار الكتب العلمية ،بيروت ،لبنان ،1421.

51. فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2010 .

52. محمد المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض ، ط2 .

53. محمد بن عبد الرحمان الحطاب ،مواهب الجليل شرح مختصر الخليل ،الجزء الأول ، ضبطه:زكريا عميرات ،دار الكتب العلمية ،1999.

54. محمد بن علي بن محمد الشوكاني ؛ السيل الجرار ؛ دار ابن حزم للطباعة ة النشر و التوزيع ؛ بيروت ؛ لبنان ؛ الطبعة الاولى ؛ 2002 .

55. محمد بن علي بن محمد الشوكاني ؛ نيل الوطار ؛ خرج احاديثه و علق عليه خليل مامون شيحا ؛ دار المعرفة للطباعة و النشر و التوزيع ؛ بيروت ؛ لبنان ؛ الطبعة الاولى ؛ 2002 ؛ المجلد الخامس .

56. المرداوي ،علاء الدين ابي الحسن علي بن سليمان الحنبلي ،التحبير شرح التحرير في اصول الفقه ،تحقيق عبد الرحمن الجبرين ،عوض القرن ،احمد السراح ،مكتبة الرشد ،الرياض ،المملكة العربية السعودية .1421هـ،الجزء الثامن .

57. مصطفى ابراهيم الزلمي ؛ مدى سلطان الارادة في الطلاق في شريعة السماء و قانون الارض ؛ مطبعة العاني ؛ بغداد ' العراق ؛ الطبعة الاولى ؛ 1984.

58. منصوري نورة ، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2012 .

59. النسائي ،أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن ،السنن الكبرى ،تحقيق د عبد الغفار سليمان البنداري السيد كسروي حسن ،صححه الخطيب البغدادي وابن منده ،دار الكتب العلمية ،بيروت ،لبنان ،كتاب عشرة النساء ،باب الغيرة ،قسم الحديث 8905،الجزء الخامس.

60. نسرين شريقي وسعيد بوعلي، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين –الجنسية، ط1 ، دار بلقيس للنشر، الجزائري، 2013 .

61. هبة الزحيلي ؛ الفقه الاسلامي و ادلته ؛ الشامل للادلة الشرعية و الآراء المذهبية و اهم النظريات الفقهية و تحقيق الاحاديث النبوية و تخريجها ؛ الطبعة الثانية ؛ الجزء السابع ؛دار الفكر ، دمشق .

62. هشام خالد، القانون الدولي الخاص، النظرية العامة، النظرية العامة للجنسية، الجنسية المصرية، مركز الأجانب،

63. يوسف محمد خليفة أبو قرين ،**الشرح المبسط لأحكام الأسرة في الإسلام** ،دار الكتب الوطنية ،بنغازي ، الطبعة الأولى 2007.

الأوامر والقوانين والمواد :

-الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 18 محرم 1462 الموافق ل 27فبراير 2005، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11،المؤرخ في 9يونيو 1984 ،والمتضمن قانون الأسرة ،الجريدة الرسمية ،العدد 15،الصادرة بتاريخ :18محرم 1462هـ الموافق ل 27 فبراير 2005.

- المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري .

- ظهير شريف رقم 22-04-10 الصادر في 12 ذي الحجة 1424هالموافق ل 3فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 03-70بمثابة مدونة الأسرة ،الجريدة الرسمية م 78،العدد 5184،الصادرة بتاريخ 2004/2/5.

- المادة 22 من ق.م.م" :يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذي تقام فيه

الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات."

- قانون رقم 05-10.

- المجلس الأعلى، ملف رقم 56597 ، صادر - بتاريخ 1989/12/25،م.ق، ع 1 ،1991 .

- قانون رقم 16-01 مؤرخ في 26 جمادي الاولى عام 1437 الموافق 06مارس سنة 2016،يتضمن التعديل الدستوري

- المادة 124 قانون مدني جزائري .
- المادة 132 قانون مدني جزائري .
-المحكمة العليا .غ أش 1986/01/27، ملف رقم 39731.م ق 1993 عدد 1 نقلامسعودة نعيمة إلياس ، التعويض عن الضرر بعض مسائل الزواج و الطلاق ،رسالة لنيل شهادة الدكتورة في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، سنة 2014/200.
- المحكمة العليا ، غ أ ش 1999/6/15، ملف رقم 223019، م ق 2001 نقلا مسعودة نعيمة إلياس ، التعويض عن الضرر بعض مسائل الزواج و الطلاق ،رسالة لنيل شهادة الدكتورة في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، سنة 2014/200.

-المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، قرار مؤرخ في 1984/04/02، ملف رقم 32779، المجلة القضائية ، العدد ، 02، سنة 1989، ذكره نبيل صقر قانون الأسرة ، نصا وفقها وتطبيقا ،دار الهدى ،الجزائر ،الطبعة الأولى 2006.
-المحكمة العليا ، غ آ ش ، 1998/07/21 ملف رقم 192665 م .ق. عدد خاص ، ص116. نقلا عن الأستاذ يوسف دلاندة ، قانون الأسرة ، منقح بالتعديلات التي أدخلت عليه بموجب الأمر رقم 02/05/مدعم بأحدث مبادئ و اجتهادات المحكمة العليا في مبادئ شؤون الأسرة والمواريث ، الطبعة الثالثة 2009، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع الجزائر .
-المحكمة العليا ، غ آ ش 1998/02/17، ملف رقم 184055، المجلة القضائية ، العدد 2، 1998،ص 85، نقلا عن : جمال سايس ن الاجتهاد الجزائري مادة الأحوال الشخصية ، الجزء2 ، منشورات كليك ، 2013.

-المادة 54- "إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت

صدور الحكم"

-المادة124 مكرر

– المواد من32الى 36 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/04/23 ،و المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية ،العدد 21،لسنة 2008،تتعلق هذه المواد بقواعد الاختصاص النوعي للمحاكم ، اما القواعد المتعلقة بالاختصاص الاقليمي فقد تناولتها المواد من 37الى 47 من نفس القانون.

– القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 والمتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية،المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية،العدد، لسنة 2008

– ا لامر رقم 05-02المؤرخ في 2005/02/27 يعدل و يتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في1984/06/09 ،المتضمن قانون الأسرة ، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية،العدد21،لسنة2008.

– القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 ، والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية،العدد21،لسنة2008

-الامر رقم 05-02المؤرخ في 2005/02/27 يعدل و يتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في1984/06/09 ،المتضمن قانون الاسرة ، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية،العدد15،لسنة2005.

– القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/05 و المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية،المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية،العدد 21،لسنة2008.

- م ع،غ ا ش،1991/06/18،ملف رقم 75141،م ق 1993،عدد 1 .
- م ع،غ ا ش،2006/11/15،ملف رقم 372130،م ح ع 2007،عدد 2 .
- م ع،غ ا ش،2009/01/14،ملف رقم 477546،م ح ع 2009،عدد 2 ،ص 279.
- م ع،غ ا ش،2009/01/14،ملف رقم 47495،م ح ع 2009،عدد 2 ،ص271.
- الامر رقم 05-02 المؤرخ 2005/02/27 ،يعدل و يتمم القانون رقم رقم 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 ،المتضمن قانون الاسرة،المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية،العدد15،لسنة 2005.
- تتعلق هذه المواد 446 بالاحكام المتعلقة بمهام الحكمين و هذا في القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 ،والمتضمن قانون الاسرة،المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية،العدد2008،21

م ع ، غ أ ش،1989/11/27 ،رقم 56249،عدد 1.
-القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/05 و المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الإدارية،المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية،العدد 21،لسنة2008.

-المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،،1984/4/2 ،ملف رقم 32779، المجلة القضائية 1989،عدد 2.

-المحكمة العليا،غرفة الأحوال الشخصية،1991/6/18،ملف رقم 75029،المجلة القضائية 1992،عدد1.
- مجلس قضاء سعيدة، غرفة الأحوال الشخصية،2010/1/14،قضية رقم 09/00528،ملحق رقم 10.
- محكمة سعيدة، قسم شؤون الاسرة،2008/3/22،قضية رقم 07/1541،ملحق رقم 11.
- محكمة سعيدة، قسم شؤون الاسرة،2009/6/27،قضية رقم 09/0355،ملحق رقم 12.

– المادة 79 من قانون الاسرة تنص على أنه ": يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش و لا يراجع تقديرهاقبل مضي سنة من الحكم."

–المحكمةالعليا،الغرفةالجزائية،1986/01/08،ملف رقم 42308،المجلة القضائية،1990،عدد 1.

–المحكمة العليا ،الغرفة المدنية،2000/03/28،المجلة القضائية،عدد خاص، 2003.

–م ع،غ ا ش،2006/07/12،ملف رقم 368660،م ح ع2006،عدد 2.

– م ع،غ أ ش، 1997/02/23،ملف رقم 181648،م ق 1997،عدد 1.

– م ع،غ أ ش 1994/05/24،ملف رقم 109568،م ق 1997،عدد 1، .

–م ع،غ أ ش1991/06/18،ملف رقم 75029،م ق 1994،عدد 2،.

مدونات :

–مدونة الأحوال الشخصية قانون رقم 052–2001الباب الثاني :انقضاء الزوجية ،الفصل الأول الطلاق .

رسائل ومذكرات ومحضرات :

– رحاب الحميدي حميد المطيري، الإضرار بالمطلقة والتعويض عنه، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، كلية العدالة الجنائية قسم الشريعة الإسلامية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية،الرياض،2014،ص22.

– براهامي العيد ، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين ، من قانون الأسرة الجزائري والقانون المدني الفرنسي ، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتورة في الشريعة والقانون سنة 2018/2017، ص138.

– منقلتي كهينة ، أثار فك الرابطة الزوجية في القانون الجزائري ،مذكرة ماستر في القانون الخاص الداخلي نظام ل م ، جامعة مولود معمري و تيزي وزو ، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2008/2005.

–نين عمارة ، سلطة القاضي التقديرية في تعويض الضرر عن الطلاق ، مذكرة ماجيستر ن تخصص أحوال شخصية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ن جامعة الوادي ، سنة 2014، 2015 .

– مالكي بلال ،السلطة التقديرية لقاضي شؤون الاسرة في مسائل فك الرابطة الزوجية،مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر ،تخصص قانون الأسرة،جامعة العلوم القانونية و الإدارية،البويرة،2015.

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

–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.

– مسعودة نعيمة الياس،التعويض عن الضرر في مسائل الزواج والطلاق،رسالة دكتواه في القانون الخاص،جامعة تلمسان،2010.

– رضا قربة، سلطة القاضي في تقدير التعويض (دراسة في إطار المسؤولية العقدية)، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر 1(الجزائر)، كلية الحقوق،2012–2013.

–عبد الفتاح تقية ، محاضرات في مادة الأحوال الشخصية ، منشورات ثالثة ، الجزائر 2007.

مراجع بالفرنسية:

- VINEYG :Traité de droit civil, les obligations, la responsabilité, Effets, LGDj, Paris,1988.

-NAMMOUR(F), SEVRINE CABILLAC(R), LECUYER(H): Droit des obligations, Droit Français Droit libanais, 1er édition, Delta, 2006,

الموضوع	الصفحة
الإهداء	
كلمة شكر	
مقدمة.....	أ ب ت ث ج
الفصل الأول: الأحكام العامة للتعويض عن أضرار الطلاق.....	42-1
تمهيد:.....	1
المبحث الأول: الإطار ألمفاهيمي للطلاق.....	25-2
المطلب الأول: تعريف الطلاق.....	6-3
المطلب الثاني: أنواع الطلاق.....	12-6
الفرع الأول :باعتبار معيار الرجعة و عدمها.....	7-6
الفرع الثاني: الطلاق البائن.....	7
الفرع الثالث: الطلاق البائن بينونة صغرى.....	10-8
الفرع الرابع : باعتبار الصيغة.....	12-11
المطلب الثالث: أثار الطلاق و مشروعيته.....	25-12
الفرع الأول: اثار الطلاق.....	19-13
الفرع الثاني: مشروعيته.....	23-19
الفرع الثالث: حكمة مشروعية الطلاق.....	24-23
الفرع الرابع: الطلاق في قانون الاسرة الجزائري.....	25-24
المبحث الثاني: التعويض عن الضرر في الطلاق.....	42-26
المطلب الأول: مفهوم الضرر و أنواعه.....	33-27
الفرع الأول: تعريف الضرر.....	28-27
الفرع الثاني: انواع الضرر.....	33-29
المطلب الثاني: تعريف التعويض وشروطه.....	37-33

الفرع الاول: مفهوم التعويض.....	33-35
الفرع الثاني: تعريف التعويض في القانون.....	35-36
الفرع الثالث: أهداف التعويض.....	36-37
المطلب الثالث: مشروعية التعويض و الحكمة منه.....	37-42
الفرع الاول: مشروعية التعويض.....	37-40
الفرع الثاني: الحكمة من التعويض.....	41-42
الفصل الثاني: الطلاق كمسألة موجبة للتعويض وسلطة القاضي في تقدير التعويض في قضايا الطلاق.....	44-84
تمهيد:.....	44
المبحث الأول : تقدير القاضي لتعويض عن الطلاق.....	45-59
المطلب الأول: تعويض المطلقة عن الطلاق التعسفي.....	46-51
الفرع الأول: الأساس القانوني لتقدير التعويض عن الطلاق التعسفي.....	44-49
الفرع الثاني : مقدار وطريقة التعويض عن الطلاق التعسفي.....	50-51
المطلب الثاني : تقدير قاضي شؤون الأسرة للتعويض في حالة التطليق والنشوز.....	51-54
المطلب الثالث: التعويض عن الخلع.....	54-59
الفرع الاول: الطبيعة القانونية للخلع.....	54-55
الفرع الثاني :الاساس القانوني لاستحقاق التعويض عن الحكم بالخلع.....	55-58
الفرع الثالث : سلطة القاضي التقديرية في مسألة الخلع.....	59
المبحث الثاني: القيود الإجرائية الواردة على سلطة القاضي في تقدير التعويض في مسائل الطلاق.....	60-84
المطلب الأول : إجراءات سير دعوى التعويض عن الطلاق.....	61-72
الفرع الاول: الاختصاص النوعي والإقليمي للنظر و الفصل في دعاوى التعويض عن الطلاق.....	61-67

الفرع الثاني: الإجراءات الشكلية التي تتميز بها دعوى التعويض عن الطلاق.	72-67
المطلب الثاني : رقابة المحكمة العليا على قاضي الموضوع في تقديره الضررو التعويض عن الطلاق.....	84-72
الفرع الاول: رقابة المحكمة العليا على قاضي شؤون الاسرة في تقديره لعناصر الضرر وشروطه.....	77-73
الفرع الثاني: رقابة المحكمة العليا على عناصر تقدير التعويض ومدى جبره للضرر.....	84-77
الخاتمة	88-86
فهارس عامة.....	107-90
فهرس الآيات القرآنية.....	91-90
فهرس المصادر والمراجع.....	104-92
فهرس الموضوعات.....	107-105

ملخص المذكرة:

تناولت هذه المذكرة سلطة القاضي التقديرية في تعويض الضرر عن الطلاق، فمن خلال استقرائنا لنصوص المواد القانونية بقانون الأسرة الجزائري، التي تقضي بالتعويض عن ضرر الطلاق، فإننا نلاحظ أن المشرع الجزائري قد فتح المجال واسعا لسلطة القاضي التقديرية، حيث انه لم يقيد سلطة القاضي بإتباع مذهب فقهي معين، بل فتح المجال لاجتهادات القاضي، وهذا طبقا لأحكام المادة 222 من قانون الأسرة، التي تقضي بانه في حالة عدم وجود النص القانوني في المسألة المعروضة على قاضي شؤون الأسرة، فانه يرجع في هذه الحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

وبهذا 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 انها تظهر مطلقة، غير انها 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، لانه يقضي بتعويض الضرر عن واقعة الطلاق، التي يصعب تحديد تعويض مناسب لها.

الكلمات المفتاحية: إشكالية – الطلاق – قانون الأسرة – الخلع – التطليق.

Note summary:

This memorandum deals with the judge's discretionary authority to compensate the damage caused by the divorce. Through our extrapolation of the provisions of the legal articles in the Algerian family law, which provides for compensation for the harm of divorce, we note that the Algerian legislator has opened the space wide for the judge’s discretionary authority, as it did not restrict the judge’s authority to follow a doctrine. This is in accordance with the provisions of Article 222 of the Family Law, which states that in the absence of the legal text in the matter brought before the family affairs judge, then it is referred in this case to the provisions of Islamic .Sharia

Thus, the family affairs judge granted wide discretionary power in compensating one of the spouses. Here we note the role of the judge’s discretionary authority in compensating the injured party. However, this discretionary power, although it appears absolute, is subject to some restrictions and controls. To compensate, and if he violates it, .his judgment becomes defective and subject to appeal

Hence, the effective role played by the family affairs judge in compensation for damages becomes clear

Divorce, and distinguishing it from the rest of the other judges, because it provides for damages for the event of divorce, for which it .is difficult to determine appropriate compensation

.**Key words**: problematic - divorce - family law - divorce - divorce