دور الاجتهاد القضائي
في الحد من الطلاق التعسفي في قانون الأسرة

جوابي فلة
أستاذة بكلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة البليدة -2-

ملخص

يعتبر الطلاق مشكلة اجتماعية، وهو ظاهرة عامة في جميع المجتمعات ويبدو أنه يزداد انتشاراً في مجتمعاتنا في الأزمنة الحديثة، ونظرا لما يترتب عليه من آثار سلبية في تفكك الأسرة وعلى الأطفال ومن ثم الآثار الاجتماعية العديدة.جاءت في كل الشرائع والقوانين فصولاً واسعة لتنظيم هذه العلاقة وضمان وجودها واستمرارها. وهذه الدراسة تبين دور القضاء في الحفظ على هذه الرابطة لما في ذلك استمرار المجتمع وتطوره.

résumé

On considère la famille comme première cellule pour construire une société, une société ferme et solide dépend d'une famille solide, pour cela le divorce consiste un fléau social qui empêche la solidarité familiale, et même si l'époux a la premier et dernier parole dans le divorce cela n'empêche pas le juge d'essayer de réunir le couple , et si l'époux utilise sont droit abusivement , le juge doit accorder a l'épouse des réparations pour le préjudice qu'elle a subi.

مقدمة

نظرا لأهمية الأسرة في المجتمع باعتبارها اللبنة الأولى في بناء الدولة، فان المشرع قد تدخل بعدة نصوص لحمايتها والتأكيد على ذلك من خلال عدة نصوص قانونية منها المادة 58 من الدستور " تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع "، إلا ان هناك عدة ظواهر تطال توحد هذه اللبنة وتراصها منها ظاهرة التعسف، حيث نجد صورا عديدة للتعسف في شؤون الأسرة إذ يمكننا الحديث عن العدول التعسفي عن الخطبة، أو تعسف الولي في تزويج ابنه القاصر، والتعسف في الوصية وفي التركة (عبير ربحي شاكر القدومي، عمان الاردن **2007**، ص**16**)،

وصورة الطلاق التعسفي بإرادة الزوج المنفردة الذي يكون دون مبرر مقبول، وطلاق الرجل زوجته وهو في مرض الموت، وبما أن هذه الظاهرة تهدد الصرح الأسري والبناء العائلي.

فلما كان ايقاع الطلاق من غير مبرر شرعي معقول ينخرط تحت قائمة الطلاق المحظور باعتبار ان الاصل في الطلاق الحظر، ولا يباح إلا لضرورة، فان الزوج بايقاعه الطلاق قد اضر بزوجه وابنائه وبالمجتمع ككل، والضرر ممنوع ودرؤه مطلوب ورفعه إذا وقع من الواجبات .

سنتطرق في هذا البحث إلى الطلاق التعسفي ماهي صوره والآثار المترتبة عليه وهل للقاضي دور في الحد من هذه الظاهرة التي تهدد امن واستقرار الأسرة الجزائرية؟ وماهي الآليات التي يلجا إليها القاضي للحد من هذه الظاهرة.

1. مفهوم الطلاق التعسفي

الطلاق هو رفع قيد النكاح في الحال والمال بلفظ مخصوص، فحل رابطة الزواج في الحال يكون بالطلاق البائن، وفي المال يكون بعد العدة بالطلاق الرجعي، واللفظ المخصوص هو صريح العبارة كلفظ البائن والحرام والإطلاق ونحوها(عبد القادر بن حرز الله، الجزائر **2007**، ص **212**).

لقد ورد في نص المادة 52 من قانون الأسرة أنه يجوز للقاضي عندما يحكم بالطلاق ان يحكم بالتعويض عما قد يكون لحق الزوجة من ضرر، إذا تبين له مما يعتمده الزوج من مبررات أنه قد تعسف في استعمال حقه في الطلاق إضرارا بالزوجة. وليس لوضع حد لنزاع قائم أو مشكل مهم.

لقد جعل المشرع العصمة بيد الزوج، طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية، وهو ما يظهر من نص المادة 48 من ق.الأسرة "...يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في **حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون**."

فالتعسف هو إساءة استعمال الحق بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير، لذا نتطرق في هذا المبحث إلى الطلاق بالإرادة المنفردة في حالتين اولا حين يكون بدون مبرر مشروع، والطلاق في مرض الموت قصد الاضرار بالزوجة وهو ما يعرف بطلاق الفار.

1.1 الطلاق بدون مبرر مشروع

ان الطلاق في الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة، حق شرعي من حقوق الزوج يستعمله إذا أصر عليه رغم محاولات الصلح (عبد العزيز سعد، قسنطينة الجزائر، **1986**، ص **305**)، فليس للقاضي إلا الاستجابة لقرار الطلاق.

ويرى بعض الفقهاء أن المقصود بالتعسف " ان يمارس الشخص فعلا مشروعا في الأصل، بمقتضى حق شرعي ثبت له، أو بمقتضى إباحة مأذون فيه شرعا، على وجه يلحق الضرر بغيره"، ولا يجوز معاقبة من استعمل حقه إلا إذا تجاوز حدود استعمال هذا الحق أو تعسف فيه (عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص **305**) .

والتعسف في استعمال حق الطلاق هو الخروج به عن الحكمة التي اقتضت إباحته (بلبولة بختة،كلية الحقوق، الجزائر ص **100**) . ولم يذكر المشرع في المادة 52 ق.أ حالات الطلاق التعسفي، وترك تقدير ذلك للقاضي، إلا ان اشهرها صورتين الطلاق دون مبرر مشروع، وطلاق مريض الموت أو ما يعرف بطلاق الفار.

وبالرجوع لنص المادة 52 من ق.أ التي تنص " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها."

وقد ثبت عن المحكمة العليا أنه من المقرر شرعا وقانونا ان كان طلاق الزوج **غير مبرر**، فللمطلقة الحق في النفقة والتعويض وسائر توابع العصمة، وان الطلاق غير المبرر صورة من صور الطلاق التعسفي.

ويكون الطلاق تعسفي بتوفر شرطين، فقد ورد قرار للمحكمة العليا مؤرخ في 2000/01/18، (ملف **233707**) ان الطلاق تعسفي «حيث بمقتضى نص المادة 52 ق.أ قد حدد توفر شرطين متلازمين لإمكانية القضاء بالتعويض المذكور : الأول **ايقاع الزوج الطلاق دون مبرر معقول**. وثانيهما **تعرض الزوجة للضرر اللاحق بها بسببه**. وحيث أنه لما توافر هذان السببان معا فإن المطعون ضدها تستحق التعويض. »

فيكون الطلاق تعسفيا ان كان بدون مبرر أو بغير سبب جدي كما ورد في قرارات المحكمة العليا كالقرار المؤرخ في مؤرخ في 1999/03/16 (ملف 219736)، تقول **بعدم جدية الاسباب** التي دفع بها الزوج لتبرير الطلاق، «حيث ان القرار المطعون فيه قد نوه في اسبابه من كون أن الزوج تمسك بالطلاق ولو بإرادته المنفردة علاوة على ان قضاة الموضوع قد اجابوا الطاعن بأن الاسباب التي استند عليها في طلبه للطلاق لم تكن جدية أو في مستوى الادلة الأمر الذي جعلهم يعتبرون الطلاق تعسفي ومسؤوليته تكون على عاتق المطلق.» فهل القول "بمبرر معقول " و"سبب جدي " معيار واضح لتحديد الطلاق التعسفي من غيره؟

لا يمكن ان نفصل التعسف في استعمال الحق عن الوظيفة الاجتماعية للحق، بحيث ان خرق هذه الوظيفة من طرف صاحب الحق يؤدي به إلى المسألة، ويتجلى التعدي عن الهدف

الإجتماعي، إذا استعمل الشخص حقه بصفة تناقض روح المجتمع وهدفه، فالحقوق في إطار المجتمع المنظم تعتبر بمثابة وظيفة يجب على صاحبها ان يستعملها لتلبية الاغراض التي وضعت من اجلها، ولا كان متعسفا في استعمال حقه.

فالزوج لا يمكن ان يعيش إلا في وسط العائلة، وبالتالي فهو صاحب حق، وهو ملزم كذلك بالحفاظ عليها وليس له استعمال حقه إلا للضرورة.

و المسألة ترجع إلى القاضي الذي سيحدد ما إذا كان سبب الطلاق الذي ادلى به الزوج شرعيا كما جاء في القانون أم تعسفيا، وذلك بالنظر إلى تصرف الزوج ان كان مبررا، بغض النظر عن نيته، وبعبارة أخرى يرجع الأمر إلى الاسباب الورد في قانون الاسرة التي تسمح للزوج بنفي الطابع التعسفي للطلاق كالنشوز.

فجاء عن المحكمة العليا قرار مؤرخ في 1992/04/14 (ملف 90291) « ان قاضي الموضوع **قضى بالطلاق بناءا على إرادة الزوج وقد حمله لمسؤولية وقوعه وليس على القاضي البحث عن ظروف التعسف إذ يكفي عجز الزوج عن تبرير طلب الطلاق** .» فهل يعتبر نشوز الزوجة سببا يعفي الزوج من المسؤولية عن الطلاق التعسفي؟

إذا أثبت الزوج حالة النشوز المنصوص عليها في المادة 55 ق.أ فلا ينسب له أي تعسف، أما إن عجز عن إثبات ذلك فتقع عليه المسؤولية، وللقاضي تقدير سلوك الزوجة ان انحرفت عن واجباتها الشرعية أم لا، فإن تحقق القاضي من ذلك اعفي الزوج من المسؤولية، والنشوز يثبت بموجب حكم وبناء على محضر عدم رجوع الزوجة لبيت الزوجية.

ففي قرار مؤرخ في 1999/06/15 (ملف 223984) «**ان قضاة الموضوع اسندوا الخطأ والتعسف إلى الزوج الطاعن (المطلق)** بعد ان تبين لهم ان المطعون ضدها –غير ناشزة- لأن **النشوز يثبت بصدور حكم على الزوجة.**»

وكذا جاء في قرار اخر مؤرخ في 2001/02/21، (ملف 253823) «حيث ان القرار المنتقد مسبب تسبيبا كافيا ومؤسسا تأسيسا سليما وذلك لأن الطاعن قد طالب امام محكمة الدرجة الأولى بالحكم بينه وبين المطعون ضدها بالطلاق دون ان يقدم سببا جديا يمكن معه اسناد الخطأ والظلم إلى مطلقته لأن هذه الأخيرة ***لم ترتكب أي خطأ كما انها لم يثبت وانها ناشز مما يجعل الطاعن متعسفا في طلبه الطلاق*** من المطعون ضدها وفق المادة 52 من قانون الاسرة.»

وعليه حالة النشوز لا تقوم على مجرد ادعاءات وتصريحات الزوج، وانما تثبت بحكم يلزم الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية، ثم رفضت صراحة الامتثال للحكم يثبت بمحضر، في هذه الحالة يعتبر دليلا على نشوز الزوجة .

ما يلاحظ في قانون الأسرة ان المشرع لم يحدد بصورة شاملة الأسباب التي يمكن من خلالها نفي المسؤولية على الزوج ما عدا النشوز (م 55 ق.م)، وعليه على القاضي أن يتحقق من احترام القواعد القانونية، إن وجد خطأ من الزوجة يمكن على اثره اعفاء الزوج من المسؤولية. و ما تجدر الاشارة إليه ان حالة النشوز لا يتحقق إذا كان الزوج هو المتسبب فيها، كان يرفض توفير مسكن للزوجة، أو تعدى عليها بالضرب، إلى غيرها من الأسباب .

أما في حال ارتكاب الزوجة لخطأ وثبت في حقها فإن حقها بالتعويض يسقط ولا مسؤولية للزوج على الطلاق، وليس للزوجة ان تدعي ان الطلاق تعسفي، ففي قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2000/03/21، (ملف 235049) « ان قضاة الموضوع قد فصلوا بالنسبة لطلب الطاعنة تعويضا عن الطلاق واعتبروا انها لا تستحق ذلك كونها **ارتكبت خطأ جسيما وهي نفسها لا تنكر ذلك الخطأ** وهو معاشرتها لشخص أجنبي بصفة غير شرعية.»

و الجدير بالذكر ان المشرع لم يشترط في المادة 52 ق.أ ان تكون الزوجة مدخول بها وهو ما اقرته المحكمة العليا فير قرار لها مؤرخ في 1999/05/18،(ملف 223054) «حيث ان الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة المستنبط من احكامها لم ينصا على حرمان المطلقة من حقها في تعويض المتعة سواء كانت الزوجة مدخول بها أو غير مدخول بها، كذلك ان المادة 52 ق.أ تنص على الحكم بالتعويض للمطلقة إذا تعسف الزوج في استعمال الطلاق ولم تشترط كون الزوجة مدخول بها أو غير مدخول بها».

و من تطبيق معايير التعسف في استعمال الحق على واقعة الطلاق يمكن القول في :

- معيار قصد الاضرار بالغير : أن الزوج بإيقاعه الطلاق دون مسوغ شرعي أو مبرر معقول قد تعلق في تصرفه قرينة قصد الاضرار، إذ ما هي الاسباب التي دعته إلى الطلاق وما هي الاخطاء التي ارتكبتها الزوجة والتي تترك له حق ايقاع الطلاق، فإن كانت تافهة بحيث لا تعتبر سببا للطلاق كان الطلاق تعسفيا.

- معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة : فإن الزوج بإيقاعه الطلاق قد تكون له احيانا اسبابه أو مبررات يراها داعية للطلاق، وان فعله كان دفعا لضرر عن نفسه، قمنا

بالموازنة بين الضرر المترتب عن الطلاق إذ يمس فئة كبيرة من الأشخاص كالزوجة وابنائهما، والمجتمع عموما، وما قد يمس الزوج من ضرر، فيكون الضرر المراد دفعه عن نفسه بالطلاق اقل مما قد ينشأ عنه.

- معيار المصلحة غير المشروعة : ان الله لما شرع الطلاق واوكل امر ايقاعه على الرجل كان ذلك لتحقيق مصلحة عند استحالة متابعة الزوجين لحياتهما، وعليه ان وقع من غير سبب فقد سعى إلى نقض مصلحة حفظ النسل والعرض.

وعليه يكون تصرف الزوج عاديا أو تعسفيا حسبما يحمله من هدف غير مشروع، كاستعمال حقه بنية الإضرار بالزوجة. يتحمل الزوج المسؤولية عن الطلاق التعسفي إذا تحقق القاضي أنه لا وجود لأي تقصير من طرف الزوجة بالتزامات الزوجية.

2.1 الطلاق في مرض الموت

يعتبر الطلاق في مرض الموت احد صور الطلاق التعسفي، ولم يتعرض المشرع الجزائري إلى مسألة الطلاق في مرض الموت، لا من حيث حكمه، ولا من حيث أثاره لذا وجب عليتا الرجوع إلى الشريعة الإسلامية في ذلك.

كما لم يأت المشرع الجزائري لا في قانون الأسرة ولا في القانون المدني بتعريف لمرض الموت وذلك خلافا لبعض التشريعات العربية التي تعرضت له. فجاء في مجلة الأحكام العدلية أن مرض الموت هو المرض الذي يخاف فيه الموت في الأثر الذي يعجز المريض عن رؤية مصالحه الخارجية عن داره إن كان من الذكور، ويعجز عن رؤية مصالحه الداخلية في داره إن كان من الإناث ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة (مسعودة نعيمة الياس، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان،**2010**، ص **147**).

لقد أجمع فقهاء المسلمين على صحة الطلاق الواقع في مرض الموت وعلى التوارث أثناء عدة الطلاق الرجعي، وإختلفوا في مدة وزمان إمكانية التوارث أثناء عدة الطلاق البائن، ففي حين يرى الحنفية امكانية ان ترث المطلقة مطلقها المتوفى في مرض الموت حتى ولو كان الطلاق بائنا عندما تكون أهلا لإرثه، يرى المالكية إمكانية أن ترثه ولو بعد انقضاء العدة (عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص **277**).

أما قانون الأسرة فقد اكتفى بالنص في المادة 132 على أنه " إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق، استحق الحي منهما الإرث." دون أن يفرق بين عدة الطلاق الرجعي وعدة الطلاق البائن.

ورغم هذا الفراغ التشريعي حول مرض الموت، لم يقف القضاء الجزائري عاجزا عن ذلك، فقد استقر من خلال قراره المؤرخ في 1984/04/09 (ملف 33719)، على ان "مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الاخير إذا كان خطيرا ويجر إلى الموت، وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه، ويجب على القاضي اثبات ذلك وقت التصرف»

و عليه في حال ما إذا طلق الزوج زوجته وهو مريض مرضا مدفنا انتهى به إلى الموت، أو كان في حالة يغلب فيها الهلاك، كأن يكون في سفينة يتوشك على الغرق فيطلق زوجته باختياره من غير رضا الزوجة ثم يموت في ذلك المرض أو تلك الحالة، فإن كانت المرأة لا تزال في عدتها من طلاقه ترث منه ولو كان الطلاق بائنا لأنه اراد ابطال حقها في الميراث فيرد عليه قصده مادامت العدة قائمة لبقاء اثار الزوجية.

و إذا قام الدليل على أنه لم يرد من طلاقه حرمانها من الارث لم يكن فارا فترث منه مادامت في العدة من طلاق رجعي، ولا رث في العدة من الطلاق البائن، ومن امارات عدم الفرار في طلاقه ان يكون الطلاق برضاها أو ان تخالعه على الطلاق أو ان تكون غير مستحقة للارث منه كأن تكون كتابية، فإن اختلاف الدين مانع من الارث كما هو معلوم.

و يشترط لميراث المرأة من طلاق الفار ان تكون مستحقة للإرث منذ الطلاق حتى وفاة الزوج، فلو كانت غير مستحقة وقت الطلاق لا ترث، ولو كانت مستحقة وقت الطلاق ولكنها غير مستحقة وقت الوفاة لا ترث أيضا، مثال الحالة الأولى ان تكون عند الطلاق كتابية ثم تسلم بعده ويموت الزوج وهي مسلمة، ومثال الحالة الثانية ان تكون مسلمة عند الطلاق ثم ترتد بعد وفاته.

هذا القول بتوريث الزوجة من طلاق الفار هو قول الامام ابي حنيفة والامام مالك واحمد، أما الامام الشافعي فيقول انها لا ترث ولو اراد الفرار من توريثها، لأن الطلاق البائن يقطع الزوجية ولا عبرة بقصده ونيته.

و هو ما تأكد عن المحكمة العليا في حيثيات قرار مؤرخ في 1998/03/17 (ملف 179696) «حيث ان المرض مهما كانت خطورته لا يمنع الزوج من ايقاع الطلاق **وعليه فالطلاق المحكوم به صحيح شرعا وقانونا بخلاف الميراث، فإن حق الطاعنة فيه ثابت شرعا إذا طلقت في مرض الموت،** لأنه لا يوجد أي تلازم بين العدة والحق في الميراث حتى ولو وقعت الوفاة بعد مدة طويلة من انقضاء عدتها لاحتمال ان طلاقه لها كان بنية حرمانها من الميراث، عملا بقاعدة المعاملة بنقيض المقصود. »

و خلاصة القول أن الحكم بالطلاق في مرض الموت يعتبر طلاقا صحيحا شرعا وقانونا ولا يجوز الطعن فيه ولا الادعاء ببطلانه، وأن حق التوارث يبقى قائما لصالح الزوجين إن مات احدهما اثناء عدة الطلاق الرجعي، ويبقى قائما لصالح الزوجة المطلقة وحدها ان مات مطلقها أثناء عدة الطلاق البائن أو بعدها، كلما ثبت ان الزوج قد طلقها في مرض الموت بقصد حرمانها من حقها في التركة، وهو ما يسمى بطلاق الفرار الذي يستوجب معاملة المطلق بنقيض مقصوده.

2.أثار الطلاق التعسفي

يترتب على الطلاق التعسفي جملة من الاثار منها النفقة والحضانة وتعويض، ويختص الطلاق التعسفي باستحقاق المطلقة للتعويض، اضافة إلى نفقة العدة، وعليه اتطرق في هذا المبحث اولا إلى عدة المطلقة في الطلاق التعسفي، واتجاه القضاء في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي ثانيا.

1.2 عدة المطلقة عن طلاق تعسفي

العدة لغة هي الإحصاء والعدد مقدار ما يعد، يقال عددت الشيء أي احصيته، اما اصطلاحا، فهي الأجل الذي اوجبه الشارع على الزوجة التي فارقها زوجها لانقضاء ما بقي من اثار الزواج بعد الفرقة.

و أوجبت الشريعة الإسلامية العدة على الزوجة عند الفراق بينها وبين زوجها بشرط أن يكون قد تم الدخول بها لقوله تعالى في الاية 49 من سورة الاحزاب «يأيها الذين امنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهنّ من قبل أن تمسوهنّ فمالكم عليهنّ من عِدّة تعتدونها فمتعوهنّ وسرحوهنّ سراحاً جميلا»

والحكمة من مشروعية العدة فهي معرفة براءة الرحم حتى لا تختلط الأسباب وإعطاء الزوج المطلق فرصة لم ا رجعة زوجته ما دامت معتدة من طلاق رجعي، فالعدة فرصة يجرب فيها كل من الزوجين نفسه بالبعد عن صاحبه وبالإضافة إلى هذا فان زواج المطلقة على اثر طلاقها دون انتظار فترة معينة يثير كثير من الأقاويل والشبهات (حياة خطاب، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص 77).

و تختلف عدة كل مطلقة حسب حالتها مثلما ورد ذكره في سورة الطلاق، كما درج المشرع الجزائري على تفصيلها في المواد 58 إلى 61 من قانون الاسرة.

و ما يهمنا في هذا البحث هو المطلقة تعسفيا، فاذا كانت غير حامل نصت المادة 58 ق.أ على" تعتد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاثة قروء، واليائس من المحيض بثلاثة اشهر، من تاريخ التصريح بالطلاق".اما إذا كانت حاملا فيطبق عليها نص المادة 60 "عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة اشهر من تاريخ الطلاق".

اتفق الفقهاء على وجوب النفقة للمرأة في عدة طلاقها لأنها أمر مقرر بالنص والقاضي هو الذي يحدد مقدار النفقة بحسب حال الزوجين أو بحسب حال أحدهما وبما يسد حاجاتها ومواجهتها لظروف المستقبل الجديد وقد ذكر الفقهاء أن العلة في هذه النفقة غالبا هي نفس علة النفقة الزوجية لأن العدة إستمرار للحياة الزوجية أحيانا، كالعدة في الطلاق الرجعي أو هي من اجل الزواج السابق قطعا كوجود الحمل أو الحزن على فراق الزوج أو الإحتياط لمنع اختلاط الأنساب (حياة خطاب، المرجع السابق، ص**81**).

فعلى الزوج المُطلِّق إنفاق على مطلقته الرجعية، سواء أكانت حاملا أم حائلا، كما اتفق العلماء على أن نفقتها لا تسقط إلا بما تسقط به نفقة الزوجة من نشوز ونحوه، وأن هذه النفقة تستمر إلى انقضاء العدة بوضع الحمل إن كانت حاملا، وإلى انقضاء العِدة المفروضة عليها إن كانت حائلا وعللوا ذلك أن المعتدة من طلاق رجعي تعَدُّ زوجة حكمًا خلال العدة وللزوج مراجعتها متى شاء ما دامت في العدة سواء قبلت هي أو لا، ولها من الحقوق ما للزوجة حقيقة (ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلي، جامعة النجاح نابلس، **2011**، ص **165**) .

و هذا ما اعتمده المشرع الجزائري في المادة 61 ق.أ " لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق"، وجاء في نفس السياق عن المحكمة العليا (مؤرخ في **1984/10/22**، ملف رقم **34327**) " متى كان من المقرر شرعا أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة، فان القضاء بما يخالف احكام هذا المبدأ يعد خرقا لاحكام الشريعة الإسلامية. إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف ايدوا الحكم المستأنف فيما قضى به ومن ذلك تقرير نفقة عدة للزوجة، فان وجه الطعن المؤسس على خرق قواعد الشريعة باعتبار أن الزوجة اعترفت بارتكاب فاحشة وانه من المقرر شرعا اسقاط جميع حقوق الزانية، يكون غير مقبول فيما ذهب اليه حول حرمان المطلقة من تقرير نفقة العدة، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن."

2.2 التعويض عن الطلاق التعسفي

تستحق الزوجة تعويضا عن الطلاق التعسفي بمجرد توفر شروط الطلاق التعسفي ويسقط هذا التعويض بالرجعة ولا يمكن الادعاء به إلا بعد بينونة الزوجة، والمطلقة تعسفياً تستحق التعويض سواءً أكان الطلاق قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة أم بعده فالمشرع الجزائري لم يضع شرط الدخول بالزوجة لتستحق التعويض. حيث نصت المادة 52 من قانون الاسرة " إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها". و ذلك بعدما يجري القاضي جلسات للصلح والتي يجب الا تتعدى 3 اشهر من تاريخ رفع الدعوى حسب ما جاء في المادة 49 ق.أ.

والتعويض مأخوذ من العوض أي البدل هذا من الناحية اللغوية أما اصطلاحا فيعرف على انه "عقوبة مالية، تجب على الطرف الذي اوقع الضرر بالطرف المتضرر، لما أصابه من ضرر، نتيجة استعمال الطرف الأول لحقه بوجه غير مشروع (جميل فخري محمد جانم، الاردن 2009، ص 272)، حيث جاء في قرار عن المحكمة العليا (مؤرخ في 1992/01/21، ملف 80078) «بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتضح أنه جاء مؤسسا قانونا ومعللا بما فيه كفاية وذلك بقضائه بفك الرابطة الزوجية بين الطرفين بناء على رغبة الزوج الذي يملك العصمة وعلى مسؤوليته المنفردة نظرا لعدم إثباته المزاعم التي أدلى بها أمام المجلس القضائي في مرحلة الاستئناف كأسباب لتبرير الطلاق والخاصة بإساءة زوجته المدعى عليها في الطعن بالنقض للعلاقة الزوجية دون إثبات هذه الإساءة ونتيجة لذلك حمله القرار المنتقد مسؤولية الطلاق وخصوصا وأن مطلقته طالبت بالرجوع وتمسكت به في جميع مراحل النزاع لذا اعتبره القرار المنتقد ناشزا طبقا لأحكام المادة 55 من ق.أ ونظرا لكون **الحكم بالطلاق يلحق ضررا بالمطلقة ماديا وأدبيا وأن المدعى عليها تضررت من فك الرابطة الزوجية طبقا للمادة المذكورة أعلاه التي فوضت القاضي الحكم للمتضرر من الطلاق بجبر الضرر الحاصل له ومنحه تعويضا عن الطلاق الذي لا يرغبه وقد جاء منطوق القرار المنتقد متفقا وأحكام المادتين 52 و55 من قانون الأسرة** خصوصا وأن الحكم بالتعويض جاء بناءا على طلب المتضررة من الطلاق المحكوم به ...مع العلم أن مبالغ التعويض المحكوم بها يعود أمر تقديرها إلى لقضاة الموضوع لأنها من الأمور الواقعية التي لا رقابة عليهم بشأنها وتخضع لقناعتهم الوجدانية مادامت لم تخالف الوصف القانوني الذي استحقت»

وقد جاء في قرار للمحكمة العليا أن الزوج يبقى مسؤولا عن تعويض الزوجة حتى وإن أبت الرجوع اذ جاء فيه «من المقرر قضاء أن القاضي غير ملزم بالاستماع إلى تصريحات الشهود طالما كانت اقولهم على فرض موافقتها مع ادعاءات المشهود له لا ترفع عنه مسؤولية الطلاق» (مؤرخ في **1984/12/03** ملف رقم **34397**).

اما بالنسبة لتقدير قيمة التعويض فقد جاء عن المحكمة العليا (مؤرخ في 1994/02/02، ملف 103916) «حيث ان التعويضات والنفقات تعد من الامور الواقعية يعود تقديرها لقضاة الموضوع ولا رقابة عليهم بشانها مبدئيا خصوصا والقرار المنتقد قد برر قضاءه بشانها بما فيه كفاية مطبقا أحكام المواد 52، 75، 78، 79، من قانون الاسرة . »

كما جاء عن المحكمة العليا عدة قرارات، فيما يخص تقدير التعويض منها قرار مؤرخ في 1992/05/12 (ملف 82226)، «حيث أن قضاة الموضوع قد أجابوا بما فيه كفاية عن دعوى الطاعن من كونه موظفا بسيطا لا يستطيع دفع المبالغ المحكوم بها، **اضافة إلى ان تقدير مبلغ التعويض والنفقة هي مسالة موضوعية من اختصاص قضاة *الموضوع*** ماداموا قد برروا قضائهم بما فيه كفاية.»

و تأكد قرارات المحكمة العليا، أن لقاضي الموضوع السلطة التقديرية في تقدير التعويض حيث جاء في قرار مؤرخ في 1998/06/23 (ملف 93860) «حيث أنه ثبت من ملف الدعوى ان الزوج قد طلب الطلاق بإرادته المنفردة ***ولم يثبت وجود مبرر شرعي*** له وبذلك يكون متعسفا في استعمال حقه في طلب الطلاق ويترتب عنه استحقاق المطلقة للنفقات المحكوم بها. و**حيث أنه فيما يخص تقدير هذه النفقات فإنها تدخل ضمن السلطة التقديرية لقضاة الموضوع**. »

و كذا القرار المؤرخ في 2000/05/23 (ملف 244882) « ان التعويض الممنوح للزوجة المطلقة بعد مدة 36 عام في خدمة الزوج ... يعتبر زهيدا لا يعوض الضرر الذي اصاب الطاعنة من جراء الطلاق التعسفي، ورغم ذلك فإن قضاة الموضوع اعتبروا هذا التعويض مناسبا في الوقت الذي تقرر فيه الشريعة الاسلامية **تعويض عن الطلاق التعسفي يكون بمبلغ يناسب الضرر**، وخاصة ان الزوج لم يقدم لقضاة المجلس سبب طلاق الطاعنة.»

و تفرق قرارات المحكمة العليا بين المتعة والتعويض حيث أن المتعة حق لكل مطلقة اما التعويض فيكون عن الطلاق التعسفي اذ جاء في قرار لها «إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفا عن الم فراق زوجها لها،

وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا فان القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعتبر خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية . **لذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي لها باسم متعة، ومبلغ أخر كتعويض**»(، مؤرخ في **1985/04/08**، ملف رقم **35912**) ففي هذا القرار اعتبرت المحكمة العليا أن مبلغ المتعة هو في حد ذاته تعويض، نجد انها قضت في قرار أخر حق الزوجة في المتعة وفي التعويض «من الأحكام الشرعية أن للزوجة **المطلقة طلاقا تعسفيا** نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وهي في إطار تدخل. والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي.» (مؤرخ في **1986/04/07**، ملف **41560**) ما تجدر الإشارة إليه بهذا الخصوص أن الزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا فقط تأخذ تعويض عن الطلاق إضافة إلى نفقة متعة حسب ما جاء في هذا القرار.

اما عن تقدير المتعة فجاء عن المحكمة العليا« من المقرر شرعا أن تقرير ما يفرض للزوجة من حقوق على زوجها يخضع لتقدير قضاة الموضوع، فان تسبيبه وبيان حالة الزوجين بيانا مفصلا من غنى وفقر يدخل في صميم القانون الذي هو خاضع للرقابة، فان القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية.

إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف رفعوا المبالغ التي حكم بها للزوجة مقتصرين في تبرير ما حكموا به على الإشارة إلى حالة الطرفين وطبقتهما الاجتماعية دون اعتبار لحالة وطبقة كل منهما وغناهما أو فقرهما أو غبن احدهما أو فقر الأخر، ودون اعتبار كذلك لمقدار ما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصة منه المتعة التي رفعت إلى ***غير ما هو مألوف*** أن يعطي عادة بما يتناسب مع إمكانيات الزوج المادية، فان هؤلاء القضاة فصلوا بدون تسبيب وإعطاء شيء غبر مألوف دون الاستناد على اية قاعدة شرعية، ومتى ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه فيما يتعلق برفع مبلغ المتعة » (مؤرخ في **1984/04/02**، ملف رقم **3277**)

فيكون تقدير التعويض طبقا لمبدأ "تناسب التعويض والضرر "دون الاخذ بعين الاعتبار مستوى معيشة الزوج أو حالته المادية، وهو ما يميز التعويض عن حق المتعة في الشريعة الإسلامية الذي يكون نتيجة الطلاق في حد ذاته ويتعلق بتعويض الضرر المعنوي فقط، ومن المادة 52 ق.اسرة نستنج انها ترمي للتعويض بشكل عام معنوي كان أو مادي .

اما المحكمة العليا فنجدها ذهبت إلى غير ذلك حيث قضت في قرار لها مؤرخ في 2000/01/18 (ملف 231801) «ان قضاة الموضوع أعطوا للزوجة تعويضا واحدا عن الطلاق التعسفي وعبروا عنه "بالمتعة" مقابل هذا الطلاق الذي حاول أن يبرره الزوج بمرض الزوجة عقليا دون ان يثبت ذلك، **وان هذا التعويض سواء سمي بالتعويض عن الطلاق التعسفي أو سمي "بالمتعة " فهو نفس الشيء** ولا تهم التسمية وان تقدير هذا التعويض يخضع لقضاة الموضوع. »

من اوجه التشابه بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي، ان كلا منهما يجبان بعد الطلاق البائن (بلبولة بختة، مرجع سابق، ص **112**)، أن كل من المتعة والتعويض يتفق على مقدارها القاضي، وان كلاهما وجب جبرا لخاطر المرأة، وتخفيفا عن آلامها وتعويضا لها عما أصابها من ضرر بإيقاع الطلاق عليها.

اما عن اوجه الاختلاف فالمتعة ثابتة بنصوص صريحة واضحة الدلالة من القران والسنة النبوية، اما التعويض فهو أمر اجتهادي استند القائلون به على نظرية التعسف والتي بنيت مشروعيتها على أدلة من القران والسنة. تجب المتعة بمجرد الطلاق، ولكل مطلقة، أما التعويض لا يكون إلا إذا كان الطلاق تعسفيا، وكذلك المتعة تجب للمطلقة بمجرد الطلاق دون حاجة لإبداء المطلق للأسباب، أما التعويض فيجب أن يكون هناك سبب مشروع للطلاق والذي ياخذ به في تقدير التعويض (جميل فخري، مرجع سابق، ص354)، وفي هذا الصدد لم تحكم المحكمة العليا بتعويض المطلقة، لما كان طلب الطلاق صادرا عنها حيث جاء في حيثيات القرار (مؤرخ في 1992/04/14، ملف 80981) : «حيث ان القرار المطعون فيه أيد مبدئيا الحكم المستأنف ***القاضي بالتعويض للمطعون ضدها من التطليق*** الذي اعتمد فيه هذا الحكم على المادة 53 من ق.أ للضرر اللاحق بها جراء إهمال الزوج لها بدون نفقة وزواجه بغيرها بعد أن تعرضت المطعون ضدها لمرض انتهى بها إلى الشلل.

لكن حيث أن التطليق قرره ق.أ في المادة 88 منه للزوجة متى توافرت لها حالة من حالات هذه المادة وذلك يعني ان حقها في التطليق لا شأن فيه لإرادة الزوج ...مما لا يسمح بالحكم عليه بالتعويض طبقا للمادة 52 ق.أ التي حددت حق المطلقة في التعويض إذا استعمل الزوج حقه في الطلاق بإرادته المنفردة وكان متعسفا في استعمال هذا الحق ...»

خاتمة

إن الأصل في الطلاق الحظر، فان طلق الرجل زوجته بدون سبب فقد استعمل حق الطلاق ممنوح له استعمالا مناقضا لما شرع له هذا الحق، وبذلك يكون قد تعسف في استعمال حقه، اما إذا استعمل حقه لسبب معين، فيكون للزوجة الحق في التعويض، ذلك أن الضرر الذي يلحق بالزوجة بوقوع الطلاق اكبر من المصلحة التي يجنيها الزوج منه.

و من هنا يظهر دور القضاء في الحد من الطلاق التعسفي من حيث ايقاع الطلاق والاثار المترتبة عليه . حيث وأن كان للزوج أن يوقع الطلاق باردته المنفردة نظرا لان العصمة بيده، لكن هذا لا يكون اعتباطا، فالقاضي يتدخل عدة مرات لاجراء الصلح بين الزوجين، وأن اصر على عدم الرجوع فللقاضي هنا تقدير التعويض المناسب للمطلقة تعسفا، اضافة إلى تحميل الزوج النفقة اثناء العدة ومبلغ المتعة .

و تبقى للقاضي وحده السلطة التقديرية في مدى تناسب قيمة التعويض مع الضرر اللاحق بالزوجة، وذلك بالنظر إلى عدة عوامل موضوعية يقدرها القاضي.

مراجع

1. بلبولة بختة، اثر فكرة التعسف في استعمال الحق على الزواج وانحلاله، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، الجزائر 2007.

2. جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، دار الحامد، الاردن، 2009.

3. حياة خطاب، الطلاق التعسفي واثاره في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة الجزائر، 2015.

4. ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلي، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الاردني، كلية الدراسات، جامعة النجاح نابلس، 2011.

5. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البحث، قسنطينة، الجزائر 1986.

6. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الطبعة 01، الجزائر 2007.

7. عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الاحوال الشخصية، دار الفكر، الطبعة الأولى، عمان الاردن 2007.

8. مسعودة نعيمة الياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق،رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بلقايد تلمسان، 2010 .

قرارات المحكمة العليا :

المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية والمواريث، مؤرخ في2000/01/18، ملف 233707، (خ ح) ضد (ز م)، غير منشور.

المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية والمواريث، مؤرخ في1999/03/16، ملف 219736 (ف م) ضد (ش ع)، غير منشور.

المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، مؤرخ في 1992/04/14، ملف 90291، (ي ذ) ضد (م ح)، غير منشور.

المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية والمواريث،مؤرخ في 1999/06/15، ملف 223984، (ش ع) ضد (ب ف)، غير منشور.

المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية والمواريث، القسم الثاني، مؤرخ في 2001/02/21، ملف 253823، بين (م ح) ضد (ق ع)، غير منشور.

المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، مؤرخ في 2000/03/21، ملف 235049، (ف ر) (د ع)، غير منشور.

المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية والمواريث، القسم الثاني، مؤرخ في1999/05/18، ملف 223054، (ك ش) ضد (ش ف)، غير منشور.

المجلس الاعلى، غرفة الاحوال الشخصية، مؤرخ في 1984/04/09، ملف 33719،غير منشور.

المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية والمواريث، مؤرخ في 1998/03/17، ملف 179696، قضية (ح م) (س ب) مجلة المحكمة العليا، عدد خاص 2001.

المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مؤرخ في 1984/10/22، ملف رقم 34327، (ي. م) ضد (ب ه س)، غير منشور.

المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية والمواريث، قرار مؤرخ في 1992/01/21، ملف 80078، (س.ع) ضد (ب.ح)، غير منشور.

المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية والمواريث، قرار مؤرخ في 1984/12/03، ملف رقم 34397، (ب.ع) ضد (د.م) غير منشور.

المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية والمواريث، قرار مؤرخ في 1994/02/02، ملف 103916، قضية (ب.ف) ضد (ا.ع)، غير منشور.

المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية، مؤرخ في 1992/05/12، ملف 82226، (ب م) (ب س)، غير منشور.

المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، مؤرخ في 1998/06/23، ملف 93860، (ب م) (ب ف)، غير منشور.

المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، مؤرخ في 2000/05/23، ملف 244882، (ح م) ضد (ح ص)، غير منشور.

المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية والمواريث، مؤرخ في 1985/04/08، ملف رقم 35912، (ر.أ) ضد (أ.م)، غير منشور.

المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية والمواريث، مؤرخ في 1986/04/07،ملف 41560، (س.ف) ضد(س.ل)، غير منشور.

المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية والمواريث، مؤرخ في 1984/04/02،ملف رقم 3277، (م .أ) ضد (م.ف)، غير منشور.

المحكمة العليا، غرفة الاحوال الشخصية،مؤرخ في 2000/01/18، ملف 231801، (ف ط) (و ح)، غير منشور.

المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، مؤرخ في 1992/04/14، ملف 80981، (ب.س) ضد(ق.ب)، غير منشور.