# آليات التعويض عن الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج في قانون الأسرة

**شوقور فاضل**♦

**ملخص:**

خول المشرع الجزائري للزوج أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة بموجب المادة 48 من قانون الأسرة ورتب عن تعسفه في ذلك تعويضا للزوجة عن الضرر الذي لحق بها بموجب المادة 52 من نفس القانون، وترك للقاضي سلطة تقدير مدى تعسفه والتعويض عنه، كما جعلت الشريعة الإسلامية نفقة المتعة للمطلقة طلاقا لم تكن سببا فيه واجبة وفقا لبعض المذاهب الفقهية ومستحبة وفقا لمذاهب أخرى، وبالمقابل سكت المشرع الجزائري عن تنظيمها في قانون الأسرة بنص واضح غير أنه يتعين على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 من قانون الأسرة للحكم بنفقة المتعة. ويمثل التعويض عن الطلاق التعسفي ونفقة المتعة آليتين قانونيتين للحد من تفشي الظاهرة الطلاق.

**الكلمات المفتاحية:** طلاق، تعسف، تعويض، متعة، ضرر

**Résumé :**

Le législateur algérien a permis au mari de divorcer sa femme par sa propre volonté en vertu de l'article 48 du code de la famille. Cependant, en cas d'abus, il est tenu de réparer le préjudice que l'épouse a subi du fait de cette séparation. Dans ce contexte, l'article 52 du CAF a laissé au magistrat, de par son autorité, le soin d'évaluer tant l'abus de l'époux que le préjudice en question.

♦طالب في سلك الدكتوراه، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان.

Or, en droit musulman, d'aucuns reconnaissent à l'épouse à titre obligatoire le droit à la compensation dite al mut'a à cet égard, alors que d'autres estiment qu'il s'agit purement d'un droit facultatif si le mariage a été dissout sans son consentement et sans sa responsabilité Face à cette polémique doctrinale, le législateur algérien a passé sous silence sur cette mut'a, mais le magistrat pourrait-il lui reconnaitre un tel droit en se basant sur l'article 222 du code de la famille ?

**Mots clés :** Divorce-répudiation, abus, réparation, mut'a, préjudice.

**Abstract :**

The Algerian legislator allowed the husband to divorce his wife by his own will under Article 48 of the Family Code. However, in the event of abuse, he or she is required to make good the harm suffered by the spouse as a result of the separation. In this context, Article 52 of the FCA left it to the magistrate, by virtue of his authority, to assess both the abuse of the spouse and the prejudice in question.

In Muslim law, however, there are those who recognize the spouse as a compulsory right to the so-called al mut'a compensation in this respect, while others believe that it is purely an optional right if marriage was dissolved without his consent and responsibility in the face of this doctrinal controversy, the Algerian legislator has passed over this muta in silence, but could the magistrate recognize such a right on the basis of Article 222 of the Family Code?

**Keywords**: Divorce-repudiation, abuse, redress, mut'a, harm.

**مقدمة:**

يشهد المجتمع الجزائري انتشار ظاهرة الطلاق، التي أصبحت تشكل معضلة تترتب عنها مشاكل اجتماعية تخل بتوازنه وتهدد القيم التي يرتكز عليها، حيث ارتفع عدد حالات

الطلاق في الجزائر من 59909 حالة سنة 2015 ليبلغ 62128 حالة سنة 2016 حسب تقرير الديوان الوطني للإحصائيات المتعلق بالدموغرافيا الجزائرية[1]، ليبلغ العدد 68 ألف حالة طلاق سنة 2017، وهي أرقام تدق ناقوس الخطر للباحثين في علم الاجتماع والقانون، وتستدعي تضافر جهودهم للبحث عن الأسباب التي تؤدي إلى انتشار هذه الظاهرة وإيجاد الحلول التي يمكن لها أن تحد من تفشيها.

وغني عن البيان أن قانون الأسرة الجزائري وضع قيودا للطلاق[2]، ووضع آليات قانونية للحد من انتشار هذه الظاهرة، ومن جملة تلك الآليات التعويض عن الطلاق التعسفي، حيث أجاز للقاضي أن يحكم على الزوج بالتعويض لزوجته عن الأضرار التي تلحقها من طلاقه بإرادته المنفردة متى كان متعسفا، كما تمثل نفقة المتعة التي يحكم بها القاضي للزوجة المطلقة أحد التدابير التي من شأنها أن تساهم بشكل كبير في الحد من تفشي ظاهرة الطلاق في المجتمع.

إن البحث في مدى نجاعة هاتين الآليتين في تحقيق الأهداف المرجوة من وراء تنظيم التعويض عن الطلاق التعسفي تشريعيا ونفقة المتعة شرعا يقود إلى التساؤل عن كيفية تنظيم قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية لمسألتي التعويض عن الطلاق التعسفي ونفقة المتعة؟

إن الإجابة على ذلك تقتضي البحث عن التعويض عن الطلاق التعسفي (أولا) ونفقة المتعة(ثانيا).

[1] http://www.ons.dz/IMG/pdf/Demog16ar.pdf,01/03/2018

[2] " Pour restreindre le champ du divorce-répudiation, les rédacteurs du code de la famille ont cru bon, semble-t-il, de tenir compte d'une part, de l'intervention judiciaire(I) et, d'autre part, de la foi et de morale de l'individu(II) ", Cf. Tchouar Djilali, Réflexions sur les questions épineuses du code algérien de la famille, office des publications universitaires, Alger, 2004, pp.176-186

**أولا: التعويض عن الطلاق التعسفي:**

تحرم الشريعة الإسلامية استعمال الحق خارج الحدود الشرعية له، وتحرم استعماله للإضرار بالغير، وقد تبنى القانون الوضعي نظرية التعسف في استعمال الحق التي وضعها الفقه والقضاء، ولم يتوان بعض المشرعين الأسريين العرب في اعتبار الزوج المطلق بإرادته المنفردة متعسفا إذا لم يكن له سبب معقول، لذلك يقتضي الأمر قبل الحديث عن التعويض عن الطلاق التعسفي إلقاء الضوء على التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

**أ-التعسف في إستعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:**

يمكن استخلاص النظرية العامة للتعسف في إستعمال الحق في الفقه الإسلامي من الحلول المبعثرة[1]، حيث لم يسبق للفقهاء القدامى تعريفه، ولم يبحثوا موضوع التعسف كنظرية مستقلة، بل تحدثوا عنه ضمن حديثهم عن جزئياته أثناء تناولهم للموضوعات المختلفة والتي لها علاقة بالتعسف[2]، ولم يعرف الفقه الإسلامي كلمة إساءة أوتعسف في استعمال الحق[3] والتي استعملها فقهاء القانون في الغرب بمسميات The abuse of rights أو L'abus des droits، فقد استعمل بعض الفقهاء مصطلح الإستعمال المذموم بدلا من التعسف أوالإساءة في استعمال الحق، حيث قال الشاطبي:" إذا تناول مباحا على غير الجهة المشروعة، فقد حصل له في ضمنه جريان مصالحه، على الجملة، وإن كانت مشوبة فبمتبوع هواه، والأصل هو النعمة، لكن هواه أكسبها بعض أوصاف الفساد، ولم يهدم أصل

[1] أنظر، فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق،ط1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1988، ص 295.

[2] أنظر، جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، ص 40؛ محمد سعدي الصبري ، الواضح في شرح القانون المدني- النظرية العامة للإلتزامات-مصادر الإلتزام-المسؤولية التقصيرية: الفعل المستحق للتعويض، دار الهدى للنشر والتوزيع، عين مليلة، 2011، ص 50.

[3] فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 46.

المصلحة، وإلا فلو انهدم أصل المصلحة لانعدم أصل المباح لأن البناء إنما كان عليه، فلم يزل أصل المباح، وإن كان مغمورا تحت أوصاف الاكتساب والاستعمال المذموم"[1]، كما استعمل ابن قيم الجوزية مصطلح المضارة بدلا من التعسف في كتابه الطرق الحكمية الذي جاء فيه:" وفي" السنن" : "أن رجلا كانت له شجرة في أرض غيره، وكان صاحب الأرض يتضرر بدخول صاحب الشجرة، فشكا ذلك إلى النبي فأمره أن يقبل بدلها، أو يتبرع له بها، فلم يفعل، فأذن لصاحب الأرض أن يقلعها، وقال لصاحب الشجرة: إنما أنت مضار"[2]، فالمقصود من التعسف هو أن يمارس الشخص فعلا مشروعا في الأصل على وجه يلحق بغيره الأضرار.

إن استعمال الحق لغير الغاية التي شرع لها وخارج الحدود الشرعية المرسومة له يعتبر تعسفا وفقا للشريعة الإسلامية، متعارضا تعارضا صارخا مع القاعدة الفقهية "لا ضرر ولا ضرار"، ويتنافى مع الأصل العام الذي قامت عليه الشريعة وهو درء المفاسد أولى من جلب المصالح، وذلك لأن الفقه الإسلامي ينظر على أن الحقوق ذات صفة مزدوجة فردية واجتماعية، وهي في نفس الوقت وسائل لتحقيق غاية مزدوجة تتمثل في المصلحة الفردية والعامة، حيث تقدم المصلحة العامة على المصلحة الفردية عند التعارض وعدم إمكان التوفيق بينهما[3]، لذلك وضع فقهاء الشريعة معايير تمكن القضاة من تحديد ما إذا كان استعمال الحق تعسفا أو غير تعسف، ويمكن تقسيم هذه المعايير إلى معايير ذاتية أو شخصية ومعايير موضوعية مادية، فالمعايير الشخصية تتمثل في معيار قصد الإضرار

[1] أنظر، أبوإسحاق ابراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات، ط1، ج3، دار بن عفان، المملكة العربية السعودية، 1997، ص 507.

[2] أنظر، أبوعبد الله محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ط1، دار عالم الفوائد، المملكة العربية السعودية، 2005، ص 682.

[3] فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 37.

ومعيار المصلحة غير المشروعة، أما المعايير الموضوعية فتتمثل في معيار انعدام التناسب بين صاحب الحق والضرر الذي يلحق بالغير ومعيار الضرر الفاحش[1].

مما سبق ذكره، يمكن تعريف التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي بأنه "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل"[2].

وقد عرفت نظرية التعسف في إستعمال الحق[3] في القانون أولى بوادرها في القانون الروماني الذي كان يعترف بمبدأ تحريم التعسف في استعمال الحق، غير أن هذه النظرية كانت في هذا العهد تفتقر إلى الصياغة، وقد عرفت هذه النظرية انتكاسا بعد وضع القانون الفرنسي، الذي جاء في أعقاب الثورة الفرنسية، والذي كان يكرس ويمجد حرية الفرد، ويمنع التقييد من حرية الفرد في استعمال حقه، ويرجع الفضل إلى القضاء الفرنسي في ازدهار هذه النظرية، بعد إدانة محكمة استئناف كولمار في 02 ماي 1855 لمالك أقام فوق سطح منزله مدخنة، وكان غرضه الوحيد منها حجب الضوء عن جاره، وقد توالت بعد ذلك أحكام في القضاء الفرنسي تدين التعسف في استعمال الحق [4].

كما كان للفقه دور كبير في إرساء قواعد هذه النظرية، حيث قادها الفقيهان سالي وجوسران، ولاقت نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الحديث معارضة[5] من قبل بعض الفقهاء مثل بلانيول Planiol و إسماين Esmein، وقد تبنت معظم القوانين الغربية الحديثة نظرية التعسف في استعمال الحق وإن اختلفت في تحديد معاييره[6]، كما أخذت بها

[1] جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 74،82.

[2] فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 54.

[3] لمزيد من التفصيل أنظر، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام–مصادر الإلتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص 834 وما يليها.

[4] محمد سعدي الصبري، المرجع السابق، ص 51،52.

[5] فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 310 ،314.

[6] المرجع نفسه، ص 317.

قوانين الدول العربية ومنها القانون المدني الجزائري الذي وضع بموجب المادة 124 مكرر التي قضت بأن الإستعمال التعسفي للحق صورة من صور الخطأ الموجب للتعويض لا سيما إذا وقع بقصد الإضرار بالغير، أوإذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير، أوإذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

**ب-التعسف في الطلاق:**

رغم أن إيقاع الطلاق من طرف الزوج بإرادته المنفردة حق منحته له الشريعة الإسلامية، ذهب بعض الفقهاء إلى تقييده بضرورة وجود حاجة إليه ولأسباب مبررة له، وفي حالة إيقاعه خارج الأطر الشرعية والتشريعية المرسومة له يكون الزوج متعسفا، الأمر الذي يترتب عليه تعويض الزوجة المطلقة عن ذلك الطلاق التعسفي، وقد إختلف الفقهاء حول الأصل في الطلاق هل الحظر أم الإباحة؟ حيث يرى بعضهم أن الأصل في الطلاق الإباحة، وأنه مشروع في نفسه، إلا أن المنع فيه لغيره، إذ جاء في المبسوط للسرخسي:"وإيقاع الطلاق مباح وإن كان مبغضا في الأصل عند عامة العلماء"[1]، كما يرى الدكتور محمد سمارة:"إن تبرير الطلاق و إبداء أسباب له، لم يأت له نص من كتاب و لا سنة و لم يقل به أحد من فقهاء الإسلام، فلم يبح الإسلام الطلاق لسبب معقول، ويمنعه لغير سبب معقول، وإنما أباح الطلاق فقط وإباحته كانت عامة"[2]، بينما يرى البعض الآخر أن الأصل في الطلاق الحظر، ولا يباح إلا للضرورة القصوى والحاجة الملحة[3]، إذ يرى ابن عابدين أن الراجح هو أن الأصل في الطلاق الحظر، حيث جاء في رد المحتار على الدر

[1] أنظر، محمد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج6، دار المعرفة، بيروت، 1989، ص 2.

[2] أنظر، محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2008، ص 350.

[3] أنظر، رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عند الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، ط1، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان،2015، ص38 ،39؛ جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 184، 186.

المختار: "وأما الطلاق فإن الأصل فيه الحظر، بمعنى أنه محظور إلا لعارض يبيحه"[1]، ويقول السرطاوي في نفس السياق:" ومما سبق يتبين رجحان القول بأن الأصل في الطلاق الحظر لا الإباحة إلا لحاجة تدعو إليه"[2]، وهو ما يذهب إليه الدكتور عبد الرحمن الصابوني الذي يقول:"ولهذا فإننا نرجح الرأي القائل أن الأصل في الطلاق الحظر ولايباح إلا لحاجة تدعو إليه مما تتعذر معها العيشة الزوجية المشتركة"[3].

يترتب على اعتبار أن الأصل في الطلاق الإباحة عدم تعسف الزوج في طلاقه لزوجته ولو أوقعه بدون سبب ما دام أن العصمة بيده، وأن الله قد ملكه حق الطلاق بإرادته المنفردة، وأما القول بأن الأصل في الطلاق الحظر والمنع فهذا يؤدي إلى القول بأن هناك تعسف في الطلاق متى طلق الزوج زوجته بدون حاجة ملحة أو مسوغ شرعي[4]، وهو ما ذهب إليه عامة الفقهاء المعاصرين مثل مصطفى السباعي الذي استحسن تبني القانون للطلاق التعسفي بقوله:" وهذا تشريع جميل بلا ريب من شأنه أن يخفف عن المطلقة ألم الطلاق"[5]، إن الحكم بتعسف الزوج في الطلاق يرتب تعويضا لفائدة الزوجة المطلقة قد يخفف عنها الأضرار الناتجة عن تلك الفرقة، وقد يردع بعض الأزواج عن إيقاع الطلاق دون سبب وحاجة تدعو إليه.

في الواقع إن مسألة التعويض عن الطلاق التعسفي لم ترد على ألسنة الفقهاء الأقدمين، حيث يقول الدكتور عبد الفتاح عمرو: " يتضح مما سبق أنه لم يرد نص شرعي

[1] أنظر، محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج4، طبعة خاصة، دار عالم الكتب للطباعة و النشر و التوزيع، الرياض، 2003، ص 428.

[2] أنظر، محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر، عمان،2010، ص 176.

[3] أنظر، عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، ط2، دار الفكر، 1968، ص 99.

[4] جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 192 ،193.

[5] أنظر، مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، ط7، دار الوراق للنشر والتوزيع، لبنان، 1999، ص 117.

خاص يوجب على المطلق أن يدفع لزوجته المطلقة تعويضا ماليا عن طلاقه لها، إن كان لغير حاجة مشروعة لا من كتاب ولا من سنة"[1]، وهو الأمر الذي يؤكده الدكتور محمد سمارة بقوله:"وهذا يعود إلى أننا لم نجد لهذا الطلاق اسما في كتب الفقه، ولا للتعويض أثرا"[2]، وقد ذهبت أغلب القوانين الأسرية العربية إلى أن الزوجة المطلقة من طلاق تعسفي تستحق التعويض، وقد سار المشرع الجزائري على منوال المشرعين العرب[3]، فأباح للزوج أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة بموجب نص المادة 48 من قانون الأسرة والتي نصت على:" مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، 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"، ولا يترتب على استعماله حق الطلاق بموجب العصمة التي بيده أي تعويض متى توفرت لديه الأسباب الجدية والمبررات الكافية التي دفعته إلى ذلك والتي ترجع إلى القاضي سلطة تقدير جديتها من عدمها، فإذا ما تبين له أن طلاقه كان بدون سبب أو بمبرر غير جدي، اعتبره متعسفا في إستعمال حقه في الطلاق، ويترتب على ذلك تعويض يقدره القاضي وفقا لنص المادة 52 من قانون الأسرة والتي تنص على أنه:" إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"، وانطلاقا من هذين النصين يمكن القول أن المشرع الجزائري وإن أعطى للزوج الحق في أن يطلق زوجته بالإرادة المنفردة فإنه وضع جزاء يتمثل في التعويض في حالة إستعماله لحقه خارج الأطر والحدود

[1] أنظر، عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص 183.

[2] محمد سمارة، المرجع السابق، ص 349.

[3] جاء في المادة 97 فقرة ب من مشروع القانون العربي الموحد:" للمطلقة حق طلب التعويض إذا تعسف المطلق في استعمال حقه في الطلاق، ويقدره القاضي بما لا يزيد على نفقة ثلاث سنين"، محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 178.

التي رسمها له والمتمثلة في ضرورة أن يكون الطلاق لضرورة أوحاجة، ولأسباب ومبررات جدية، متبنيا بذلك الرأي القائل بأن الأصل في الطلاق المنع[1].

**ج- سلطة القاضي في تقدير تعسف الزوج في الطلاق والتعويض عنه:**

من خلال استقراء نص المادة 52 المنوه عنها أعلاه، يتضح جليا أن المشرع الجزائري قد ترك للقاضي إعمال سلطته التقديرية في أمرين هما: تحديد مدى تعسف الزوج المطلق من عدمه، وتقدير التعويض في حالة تحققه من أن الزوج طلق زوجته تعسفيا.

ترك المشرع الجزائري للقاضي تحديد الحالات التي يكون فيها الزوج المطلق متعسفا في استعمال حقه في الطلاق، خلافا لبعض التشريعات العربية التي تبنت فكرة تعويض الزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا، إذ نصت بعض هذه القوانين على أن الطلاق في مرض الموت أو ما يسمى في الفقه الإسلامي بطلاق الفار والطلاق بدون سبب معقول يمثلان أهم صور التعسف في الطلاق الموجبة للتعويض، حيث ورد في المادة 116 من قانون الأحوال الشخصية السوري: " من باشر سببا من أسباب البينونة في مرض موته أوفي حالة يغلب في مثلها الهلاك طائعا بلا رضا زوجته ومات في ذلك المرض أوفي تلك الحالة والمرأة في العدة فإنها ترث منه بشرط أن تستمر أهليتها للإرث من وقت الإبانة إلى الموت"، كما جاء في المادة 117 من ذات القانون:" إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دون ما سبب معقول وأن الزوجة سيصيبها بذلك بؤس وفاقة جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بحسب حاله ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهرياً بحسب مقتضى الحال". يستخلص من هذين النصين أن المشرع الأسري السوري قد تبنى الرأي

[1] " …C'est pourquoi l'on ne saurait prétendre que le divorce-sanction ou remède a remplacé d'une manière définitive dans notre législation le divorce-répudiation, lequel peut être demandé à tout moment et sans juste motif ", Cf. Tchouar Djilali, Op.cit, p.209.

القائل بأن الزوج الذي يطلق زوجته في مرض الموت يقع طلاقه غير أن الزوجة ترث في عدتها من طلاق بائن بعد موته بسبب تعسفه في إيقاع ذلك الطلاق، وأن طلاق الزوج لزوجته دون ما سبب أومبرر معقول والذي يترتب عليه بؤس وفاقة الزوجة المطلقة يمثل صورة من صور التعسف في الطلاق.

وأمام سكوت المشرع الجزائري عن تبيان الحالات والأسباب التي يكون فيها الزوج المطلق بإرادته المنفردة متعسفا[1]، يتعين على القاضي البحث في مدى كفاية الأسباب التي قدمها الزوج المطلق لتبرير حاجته إلى الطلاق، وتقدير ما إذا كانت هذه الأسباب معقولة، فإذا كانت كذلك لم يحكم عليه بالتعويض، أما إذا تبين له عكس ذلك حكم عليه بالتعويض، وقد سمح الإجتهاد القضائي الجزائري بالوقوف على بعض الحالات التي يكون فيها الزوج متعسفا في طلاقه، كإقدام الزوج على إنهاء الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالإرادة المنفردة بسب عدم تمكنه من توفير سكن مستقل لزوجته التي طالبت بتوفيره، حيث يمثل ذلك تعسفا، لأن مغادرة الزوجة لبيت الزوجية في هذه الحالة لا يمثل نشوزا، وذلك لأن حق الإسكان المنفرد مكرس للزوجة حتى ولو لم تشترط ذلك في العقد، أو تضررت من العيش مع أهله وفقا لما جاء في قرار[2] المحكمة العليا بتاريخ 1999/02/16، وكفك الزوج للرابطة الزوجية عن طريق الطلاق بالإرادة المنفردة بسبب عقم الزوجة الذي اعتبرته المحكمة العليا طلاقا تعسفيا في قرارها[3] بتاريخ 2016/11/15 الذي ورد فيه :"عقم الزوجة من المسائل الخارجة عن إرادتها، ولا يعد سببا من الأسباب الشرعية والقانونية المخولة للزوج حق الطلاق بتظليم الزوجة"، وكذلك الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج بداعي عدم عذرية الزوجة، الذي

[1] " En guise de conclusions nous constatons que le code algérien de la famille bien que récent, n'a établi nulle part pour le mari, une liste limitative des causes justifiant la dissolution du mariage ", Cf Tchouar Djilali, Op.cit, p.209.

[2] المحكمة العليا، غ أ ش، 1999/02/16، ملف رقم 218754، إجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، ص 222.

[3] المحكمة العليا، غ أ ش، 2006/11/15، ملف رقم 373707، مجلة المحكمة العليا، 2007، العدد1، ص 499.

يكتشفه الزوج عند الدخول بها، وفقا لقرار المحكمة العليا[1] بتاريخ 2000/05/23 الذي قضى بأن: "عدم اشتراط العذرية في عقد الزواج لا يحمل الزوجة المسؤولية في الطلاق والتعويض لأن البناء بالزوجة ينهي كل دفع بعدم العذرية".

كمالم يحدد المشرع الجزائري في نص المادة 52 من قانون الأسرة كيفية تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي، على خلاف بعض القوانين العربية التي وضعت معايير ترشد القاضي في تقديره للتعويض عن الطلاق التعسفي، إذ نصت المادة 155 من القانون الأردني للأحوال الشخصية على أنه:" إذا طلق الزوج زوجته تعسفاً كأن طلقها لغير سبب معقول وطلبت من القاضي التعويض حكم لها على مطلقها بتعويض لا يقل عن نفقة سنة ولا يزيد على نفقة ثلاث سنوات ويراعى في فرضها حال الزوج عسراً ويسراً ويدفع جملة إذا كان الزوج موسراً وأقساطاً إذا كان معسراً، ولا يؤثر ذلك على حقوقها الأخرى".

يتضح من هذا النص أن المشرع الأردني جعل من الطلاق لغير سبب معقول طلاقا تعسفيا، يلزم القاضي بالحكم للزوجة على مطلقها بالتعويض إذا طلبته منه. كما وضع حدا أدنى لا يقل عن نفقة سنة وحدا أعلى لا يزيد على نفقة ثلاث سنوات، واضعا بذلك معالم للقاضي تسهل عليه عملية تقدير التعويض، بل أكثر من ذلك وضع معايير يجب على القاضي مراعاتها وهو بصدد تحديد مقدار التعويض تتمثل في الحالة المادية للزوج يسرا وعسرا، حيث يجب أن يدفع التعويض الذي يحكم به على الزوج الموسر جملة، على خلاف التعويض الذي يحكم به على الزوج المعسر الذي يدفع أقساطا.

على النقيض من ذلك اكتفى المشرع الجزائري بذكر معيار الضرر اللاحق بالزوجة جراء الطلاق التعسفي سواء كان ضررا ماديا أو معنويا، والذي يكون أساسا لتقدير التعويض من طرف القاضي الذي ترك له المشرع سلطة إعمال سلطته التقديرية في ذلك، وهو الأمر

[1] المحكمة العليا، غ أ ش، 2000/05/23، ملف رقم 243417، اجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، ص 109.

الذي يمكن استخلاصه من قرار المحكمة العليا بتاريخ 1999/03/16 الذي تبنى المبدأ القائل "من المقرر قانونا أن تقدير الضرر مسألة موضوعية من اختصاص وتقدير قضاة الموضوع، ومتى تبين من قضية الحال أن الأسباب التي اعتمد عليها المستأنف في طلب الطلاق قبل الدخول غير ثابتة وأن عدم إتمام الزواج بالدخول يلحق ضررا معنويا بالمستأنفة، وعليه فإن قضاة المجلس بقضائهم بطلاق الزوجة قبل الدخول والحكم بتعويضها طبقوا صحيح القانون"[1]. وقد أكدت المحكمة العليا أن تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يخضع لسلطة قضاة الموضوع التقديرية بقولها في قرارها بتاريخ 2006/07/12:" تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص قضاة الموضوع بها دون غيرهم"[2]، ويمكن للقاضي الاستهداء ببعض المعايير في تقديره للتعويض عن الطلاق التعسفي كالظروف المادية لكل من الطرفين، درجة التعسف و حجم الضرر اللاحق بالزوجة مع الأخذ في الحسبان مدة الزواج و سن الزوجة[3]، رغم أن بعض الطلاق بدون مبرر لا يمكن تعويضه بأي مبلغ مثلما جاء في أحد قرارات المحكمة العليا :"فإن طلاق امرأة بعد زواج دام أربعين سنة دون مبرر لا يعوض بأي مبلغ من المال"[4].

[1] المحكمة العليا، غ أ ش، 1999/03/16، ملف رقم 216865، إجتهاد قضائي، 2001، عدد خاص، ص 256.

[2] المحكمة العليا، غ أ ش،2006/07/12، ملف رقم 368660، مجلة المحكمة العليا، 2006، العدد 2، ص 483.

[3] اسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون شؤون الأسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945 قالمة، 2011، ص 192-194.

[4] المحكمة العليا، غ أ ش،2006/07/12، ملف رقم 368660، مجلة المحكمة العليا، 2006، العدد 2، ص 483.

**ثانيا:نفقة المتعة:**

نفقة المتعة ثابتة في أحكام الشريعة الإسلامية، وقد اختلف الفقهاء في حكمها، كما ثار جدل كبير بين الفقهاء المعاصرين حول العلاقة بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي.

**أ-تعريفها ومشروعيتها:**

المتعة لغة مشتقة من الفعل متع، نقول متع الرجل ومتع: جاد وظرف، وقيل كل ما جاد فقد متع، وهو ماتع، و الماتع من كل شيء البالغ في الجودة، فأما المتاع في الأصل فكل شيء ينتفع به، والمتاع المال والأثاث والجمع أمتعة ، ومتعة المرأة ما وصلت به بعد الطلاق، وقد متعها[1].

أما اصطلاحا فيقول الشافعية أن المتعة بضم الميم وحكي كسرها مشتقة من المتاع، وهو ما يستمتع به، والمراد بها مال يجب على الزوج دفعه لامرأته المفارقة بطلاق وما في معناه [2]، أوهي مال يجب على الزوج دفعه لمفارقة من لم يجب لها نصف مهر فقط إن كانت الفرقة لا بسببها[3]، أما المالكية فيعرفون المتعة على أنها مال أمر المطلق بها تطييبا لنفس المرأة عما يرد عليها من ألم الطلاق وتسلية لها عن الفراق[4].

[1] أنظر، ابن منظور، لسان العرب، ج8، دار صادر، بيروت، ص 329،330 ،333.

[2] أنظر، شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2000، ص 398.

[3] أنظر، أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الخلاصة المسمى خلاصة المختصر ونقاوة المعتصر، ط1، دار المنهاج للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2007، ص 463.

[4] أنظر، أبو الوليد أحمد بن محمد بن رشد، ملحق المدونة الكبرى مقدمات ابن رشد، ج5، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994، ص 309.

ومتعة المطلقة مشروعة في الكتاب والسنة ، فقد وردت عدة آيات تدل على مشروعيتها، منها قوله سبحانه وتعالى:" **لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوَ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ**"[1]، **وقوله تعالى:**" **وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ**"[2]، **وقوله عز وجل:**" **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا**"[3]، **وكذلك في قوله تعالى:**" **يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا**"[4].

أما دليل **مشروعيتها من السنة النبوية ما جاء في صحيح البخاري:** عَنْ أَبِى أُسَيْدٍ رضى الله عنه قَالَ : " خَرَجْنَا مَعَ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم حَتَّى انْطَلَقْنَا إِلَى حَائِطٍ يُقَالُ لَهُ الشَّوْطُ ، حَتَّى انْتَهَيْنَا إِلَى حَائِطَيْنِ ، فَجَلَسْنَا بَيْنَهُمَا ، فَقَالَ النَّبِيُّ صلى الله عليه وسلم : اجْلِسُوا هَا هُنَا .وَدَخَلَ وَقَدْ أُتِىَ بِالْجَوْنِيَّةِ ، فَأُنْزِلَتْ فِي بَيْتٍ فِي نَخْلٍ فِي بَيْتٍ أُمَيْمَةُ بِنْتُ النُّعْمَانِ بْنِ شَرَاحِيلَ ، وَمَعَهَا دَايَتُهَا حَاضِنَةٌ لَهَا، فَلَمَّا دَخَلَ عَلَيْهَا النَّبِيُّ صلى الله عليه وسلم قَالَ :هَبِي نَفْسَكِ لِي . قَالَتْ : وَهَلْ تَهَبُ الْمَلِكَةُ نَفْسَهَا لِلسُّوقَةِ . قَالَ : فَأَهْوَى بِيَدِهِ يَضَعُ يَدَهُ عَلَيْهَا لِتَسْكُنَ . فَقَالَتْ : أَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْكَ . فَقَالَ : قَدْ عُذْتِ بِمَعَاذٍ . ثُمَّ خَرَجَ عَلَيْنَا ، فَقَالَ : يَا أَبَا أُسَيْدٍ اكْسُهَا رَازِقِيَّتَيْنِ وَأَلْحِقْهَا بِأَهْلِهَا "[5].

[1] سورة البقرة، الآية 236.

[2] سورة البقرة، الآية 241.

[3] سورة الأحزاب، الآية 49.

[4] سورة الأحزاب، الآية 28.

[5] أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري،حديث رقم 5255، ص 1339.

**ووجه الدلالة في ذلك أن الرسول صلى الله عليه وسلم أمر أبا أسيد بكسوة الجونية برازقيتين على سبيل المتعة لها بعد تطليقه لها**[1].

**ب-أحكام المتعة في الفقه الإسلامي و القضاء الجزائري:**

يرى الشافعية أنه لا متعة لمن كان الطلاق بسببها سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده[2]، ، بينما يرى المالكية أن المتعة مستحبة لكل مطلقة لم يكن الطلاق بسببها، إذ يقول ابن رشد:" فإن قلنا إن المتعة تسلية للمرأة عن فراق زوجها فلا متعة في كل فراق تختاره المرأة من غير سبب يكون للزوج في ذلك"[3]، ويضيف قائلا:"وأما المختلعة والمطلقة والمبارئة فلا متعة لهن باتفاق لأنهن قدر رغبن في فراق أزواجهن واشترينه بما بذلن عليه، فلا يحتاج إلى تسليتهن"[4]، أما الإمام مالك فيقول في المدونة الكبرى:"قال مالك: لا متعة للمختلعة ولا للمبارئة"[5]، وقد اختلف الفقهاء في حكم المتعة و لمن تجب[6] وفقا للتفصيل التالي:

**حكم المطلقة قبل الدخول ولم يسم لها صداق:**

اختلف الفقهاء في حكم متعتها حيث يرى الحنفية أن متعتها واجبة لقول ابن عابدين في الحاشية: "فالمطلقة قبله إن لم يسم لها، فمتعتها واجبة"[7]، أما المالكية فيرون أن متعتها مستحبة، حيث جاء في فتح القدير:" وقال مالك، وأبوعبيد، والقاضي شريح، وغيرهم: إن

[1] أنظر، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري، ج9، المكتبة السلفية، ب س ط، ص 359.

[2] شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني ، المرجع السابق، ص 399.

[3] أبو الوليد أحمد بن محمد بن رشد، المرجع السابق، ص 312.

[4] المرجع نفسه، ص 312.

[5] أنظر، مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى رواية سحنون بن سعيد التنوخي، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994، ص 240.

[6] محمد سمارة، المرجع السابق، ص194.

[7] محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ص 246.

المتعة للمطلقة المذكورة مندوبة لا واجبة لقوله تعالى:" حقا على المحسنين" ولو كانت واجبة لأطلقها على الخلق أجمعين"[1]، ويرى الحنابلة أن متعتها واجبة، جاء في كشاف القناع:"فإن فارقها أي فارق المفوضة زوجها قبل الدخول بطلاق أو غيره مما ينصف الصداق لم يكن لها إلا المتعة"[2]، ولقول ابن قدامة في المغني: " نص عليه أحمد، فقال:"أنا أوجبها على من لم يسم لها صداق"[3]، وفي المقنع:" فإن طلقها قبل الدخول بها لم يكن عليه إلا المتعة على الموسع قدره وعلى المقتر قدره"[4]، كما يرى الشافعية أن متعتها واجبة[5]، حيث جاء في المهذب:"فإن كان قبل الدخول نظرت:فإن لم يفرض لها مهر وجب لها المتعة"[6].

**- حكم المطلقة قبل الدخول وقد سمي لها صداق:**

يقول الحنفية بأنها تستحق نصف الصداق واختلفوا في حكم متعتها، حيث يرى بعضهم أن متعتها مستحبة، إذ جاء في كنز الدقائق:"وتستحب المتعة لكل مطلقة إلا للمفوضة قبل الوطء"[7]، بينما يرى فقهاء آخرون من الحنفية أنه لا متعة لها، لقول ابن عابدين في حاشيته" فالمطلقة قبله إن لم يسم لها، فمتعتها واجبة، وإن سمي فغير واجبة ولا مستحبة أيضا على ما

[1] أنظر، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير، ط4، دار المعرفة، بيروت، 2007، ص 162.

[2] أنظر، منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج5، عالم الكتب، بيروت، 1983، ص 157.

[3] أنظر، أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج10، ط3، دار عالم الكتب، الرياض، 1997، ص 141.

[4] أنظر، أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المقنع، ط1، مكتبة السوادي، جدة، 2000، ص 323.

[5] أبومحمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ص 139؛ وفاء معتوق حمزة فراش، الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي، ط1، دار القاهرة، مصر،2000، ص 278.

[6] أنظر أبو إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج4، ط1، دار القلم، دمشق، 1996، ص 220.

[7] أنظر،أبو البركات عبد الله بن أحمد النسفي، كنز الدقائق في الفقه الحنفي، ط1، دار السراج، المدينة المنورة، 2011، ص 258.

هنا"[1]، أما المالكية فيذهبون إلى القول بأنها تستحق نصف الصداق ولا متعة لها، حيث جاء في المدونة الكبرى:" قلت: أرأيت المتعة في قول مالك أهي لكل مطلقة؟ قال : نعم، إلا التي سمى لها صداقا فطلقها قبل أن يدخل بها فلا متعة لها . وكذلك قال لي مالك وهذه التي استثنيت في القرآن كما ذكرت لك"[2]، ويرى الفقهاء الحنابلة في رواية أنه لكل مطلقة متعة حيث جاء في المغني لأبي قدامة: " وروي عن أحمد: لكل مطلقة متاع"[3]، و في رواية أخرى يرون أنها مستحبة إذ جاء في كشاف القناع:" وتستحب المتعة لكل مطلقة غيرها أي غير المفوضة التي لم يفرض لها"[4]، و في المغني:"فإن كان سمى صداقا، فلا أوجبها علي، و أستحب أن يمتع و إن سمى لها صداقا"[5]

. أما الشافعية فيقولون بأنها تستحق نصف الصداق ويرون بأنه لا متعة لها لما جاء في بداية المجتهد ونهاية المقتصد:" وقال الشافعي: هي واجبة لكل مطلقة إذا كان الفراق من قبله إلا التي سمي لها وطلقت قبل الدخول"[6]، ولما جاء في المهذب:"وإن فرض لها المهر لم تجب المتعة"[7].

[1] محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ص 246.

[2] مالك بن أنس الأصبحي، المرجع السابق، ص 239.

[3] أنظر، أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ص 140.

[4] منصور بن يونس بن ادريس البهوتي ، المرجع السابق، ص 158.

[5] أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، المرجع السابق، ص 141.

[6] أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بيت الأفكار الدولية، الأردن، 2009، ص 624.

[7] أبو إسحاق الشيرازي ، المرجع السابق، ص 220.

**- حكم المطلقة بعد الدخول سمي لها أم لم يسم لها مهر:**

ذهب الحنفية إلى القول أن متعة المطلقة بعد الدخول سمي لها أو لم يسم لها مهر مستحبة، إذ جاء في حاشية ابن عابدين:" والمطلقة بعده متعتها مستحبة، سمي لها أولا"[1]، بينما يرى المالكية أن متعتها مندوبة ومستحبة، لقول مالك في المدونة الكبرى:" قلت : أرأيت المطلقة إذا كان زوجها قد دخل بها وكان قد سمى لها مهرا في أصل النكاح، أيكون لها عليه المتعة في قول مالك ؟ قال: نعم. عليه المتعة. قلت فهل يجبر على المتعة أم لا؟ قال لا يجبر على المتعة في قول مالك "[2]، وللحنابلة في حكم متعتها رواية تقول بأن متعتها مستحبة[3]، حيث جاء في كشاف القناع:"وتستحب المتعة لكل مطلقة غيرها أي غير المفوضة التي لم يفرض لها"[4]، ويرى الشافعية في القديم أنه ليس لها متعة، وفي الجديد متعتها واجبة[5].

أما المشرع الجزائري فلم ينص في قانون الأسرة على نفقة المتعة، وأمام انتفاء النص الذي ينظمها ينبغي على القاضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لتقديرها بموجب المادة 222 من ذات القانون، وقد تبنى القضاء الجزائري موقفين متباينين في مسألة نفقة المتعة، فذهب الرأي الأول إلى اعتبار أن المتعة هي نفسها التعويض عن الطلاق التعسفي، وذلك ما يمكن الوقوف عليه في قرار المجلس الأعلى الذي جاء فيه:" إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها،

[1] محمد أمين الشهير بابن عابدين، المرجع السابق، ص 246.

[2] مالك بن أنس الأصبحي، المرجع السابق، ص 238.

[3] وفاء معتوق حمزة فراش، المرجع السابق، ص 293.

[4] منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، المرجع السابق، ص 158.

[5] أبو إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ص 220.

وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية "[1].

بينما ذهب الرأي الثاني إلى القول بأن كل من المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي مستقلين عن بعضهما، وهذا ما جسده أحد قرارات المحكمة العليا حيث جاء فيه:" من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة عدة، نفقة إهمال، نفقة متعة وكذلك التعويض قد يحكم به لها من جراء الطلاق التعسفي، وينبغي عند الحكم تحديد طبيعة المبالغ المحكوم بها لصالح المطلقة وفي إطار تدخل. والقضاء بما يخالف هذا المبدأ يستوجب نقض القرار الذي منح للزوجة المطلقة مبلغا إجماليا من النقود مقابل الطلاق التعسفي"[2]، وهو الرأي الذي تبناه نص المادة 52 من مشروع تعديل قانون الأسرة قبل أن يسقط تعديل 2005 الجزء المتعلق بالمتعة، حيث كان المشروع التمهيدي لقانون الأسرة ينص في المادة 52 المعدلة:"إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بتعويض عن الضرر اللاحق بها زيادة على حقها في المتعة"[3].

إختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد معايير لتقدير نفقة المتعة حيث يرى البعض أن تقديرها يكون بالنظر إلى حالة الزوجة يسرا أو عسرا، و يرى البعض الآخر أنه

[1] المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 04/08/ 1985، ملف رقم 35912 ، المجلة القضائية ، 1989،العدد1، ص 89.

[2] المجلس الأعلى، غ.أ.ش، 1986/04/07، ملف رقم 41560، المجلة القضائية، 1989، العدد 02، ص 69.

[3] أنظر، بوخاتم آسية، الحقوق المالية للمرأة في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد تلمسان، 2016، ص 266.

يكون باعتبار حالة الزوجين معا يسرا أو عسرا، بينما يرى فريق ثالث أن تقدير نفقة المتعة يتوقف على حالة الزوج وحده[1].

أمام سكوت المشرع الجزائري عن وضع نصوص تنظم نفقة المتعة في قانون الأسرة الجزائري، يقوم القاضي، بموجب المادة 222 من نفس القانون والتي تحيله إلى أحكام الشريعة الإسلامية، بالحكم بنفقة المتعة وتقديرها آخذا بعين الإعتبار عدة عوامل تتمثل في حال الزوج والزوجة من غنى وفقر[2] وتناسب مبلغ نفقة المتعة مع الإمكانيات المادية للزوج وفقا لما جاء في قرار المجلس الأعلى:" من المقرر شرعا أن تقرير 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 أحكام هذا المبدأ يعد انتهاكا لقواعد شرعية مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية.

إذا كان ثابت أن قضاء 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 أوغبن أحدهما أوفقر الآخر، ودون اعتبار كذلك لمقدار ما يتقاضاه الزوج كأجرة شهرية لمعرفة ما إذا كان ما حكموا به خاصة منه المتعة التي رفعت إلى غير ما هومألوف أن يعطي عادة بما يتناسب مع إمكانيات الزوج المادية، فإن هؤلاء القضاة فصلوا بدون تسبيب وإعطاء شيء غير مألوف دون الاستناد على أية قاعدة

[1] أنظر، محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية، بيروت، 2007، ص 159.

[2] شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة–دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، أطروحة دكتوراة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد،تلمسان، 2014، ص 312.

شرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه جزئيا فيما يتعلق برفع مبلغ المتعة دون إحالة"[1].

كما أنه يجب على القاضي مراعاة الأسباب التي أدت إلى الطلاق في حكمه، فإذا ما تبين له أن لكل زوج جزء من المسؤولية فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة، وهذا ما كرسه قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1986/01/27 الذي جاء فيه:" من المقرر شرعا وقضاءا أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج بها من طلاق غير مبرر ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه. ولما كان ثابتا في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا، فلا سبيل لتعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة. ومتى كان ذلك استوجب النقض جزئيا فيما يخص المتعة"[2].

**ج-العلاقة بين نفقة المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي:**

اختلف الفقهاء المعاصرون في مسألة التعويض عن الطلاق التعسفي فمنهم من يرى بأن نفقة المتعة تغني عن التعويض عن الطلاق التعسفي، حيث يرى السرطاوي بأن وجوب المتعة لكل مطلقة ما عدا التي طلقت قبل الدخول و سمي لها المهر في العقد كفيل بدفع الضرر عن المرأة المطلقة تعسفيا، إذ يقول:"إن في الأخذ بهذا الرأي تخفيفا عن فرض عقوبة على الزوج جزاء تعسفه في الطلاق ووضع حد للأزواج الذين يتعسفون في الطلاق، وجبر لخاطر المرأة، ودفع للضرر عنها، وفيه امتثال لأمر الله بأن يكون التفريق بإحسان"[3]، ويرى أن ذلك من شأنه الحفاظ على أسرار البيوت وتوفير الوقت للقضاء:" وإذا أخذنا بوجوبها على كل مطلق حافظنا على أسرارا البيوت وأعراض المسلمين من أن تنالها الألسن وأن يتحدث

[1] المجلس الأعلى، غ أ ش، 1984/04/02، ملف رقم 32779، المجلة القضائية ، 1989، العدد 2، ص 61.

[2] المجلس الأعلى، غ أ ش، 1986/01/27، ملف رقم 39731، المجلة القضائية، 1993، العدد 4، ص 61.

[3] محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 182.

بها في ساحات المحاكم ووفرنا الوقت على القضاء ولم يستفحل الشر بين الأسر لأننا إذا أخذنا بمبدأ التعويض عن التعسف في استعمال حق الطلاق الذي أخذت به قوانين الأحوال الشخصية حاول كل من الزوجين إلصاق التهم بأخيه ليبرأ ساحته، أوليحصل على مكسب مادي، فيقع كل منهما في الحرام لا سيما مع قلة الوازع الديني في هذه الأيام. ولا يفوتنا أن نذكر بأن المسلم إذا علم أن ما طبق عليه من نظام المتعة هوما أمر الله تبارك وتعالى أذعن له وأطاع وسلم بأمر الله، على العكس من تطبيق نظام بشري وقد رأينا كيف اختلفت فيه تشريعات قوانين الأحوال الشخصية حتى أوجبت على الزوج ما هو واجب على الأمة بكفالة العيش الكريم للمرأة وكل فرد من أفراد المجتمع السليم"[1]، وهو ما أكده محمد أبو زهرة بقوله :"وقد أخطأ من حكم بالتعويض لأجل الطلاق. ولوكان ثمة شرط يوجب التعويض، إذ يكون شرطا فاسدا فيلغى، والحاجة التي تلزم ليست حاجة تجرى عليها وسائل الإثبات كما قلنا. والمسؤولية التعاقدية على قدر ما تفهم تكون ناشئة من طبيعة عقد الزواج، أي من مقتضاه في الشريعة، وطبيعة عقد الزواج على ما هومقرر ثابت، لا توجب تعويض الزوجة إذا طلقت. إلا أن يكون لها مؤخر صداق، أوتجب المتعة، ولا تعويض يجب للمطلقة، والأمر في الزواج على الأخلاق والدين، ولا يغني عنهما شيء"[2].

وفي نفس السياق، يقول الدكتور جميل فخري محمد جانم:" الذي تطمئن إليه النفس ترجيح مذهب الجمهور القائل: بأن المتعة تغني عن التعويض عن الطلاق التعسفي، وذلك لأن الله عز وجل علام الغيوب الذي يعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور، يعلم بأن كل طلاق يوقعه الزوج بإرادته المنفردة، ولوكان بسبب مشروع، يترتب عنه ضرر يلحق بالمطلقة ويسيء لها، لذلك فقد أوجب المتعة، والتي هي تعويض مالي جبرا لهذا الضرر الواقع على المطلقة "[3]، وهو نفس الرأي للصابوني الذي نادى إلى التعويض عن الطلاق

[1] المرجع نفسه، ص 182.

[2] محمد أبوزهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، ب س ط، ص 285.

[3] جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 360.

التعسفي بأن:"يكون هذا التعويض المتعة التي شرعها الله"[1]، وقد تبنت بعض قوانين الأحوال الشخصية العربية هذا الرأي، حيث يقول خطاب خالد خطاب:" كما اعتبرت بعض التشريعات متعة المطلقة هي التعويض الوحيد لها مثال ذلك القانون المصري والقانون الكويتي والقانون الفلسطيني"[2].

لكن على خلاف ما سبق ذكره، تبنى بعض الفقهاء المعاصرين رأيا آخر يقول بأن نفقة المتعة لا تغني عن التعويض عن الطلاق التعسفي، ومن بين هؤلاء الفقهاء الدكتور عبد الفتاح عمرو الذي يرى بأن:" ما ورد بخصوص المتعة لا يمكن اعتباره تعويضا عن الطلاق التعسفي" ليخلص إلى القول:"الذي أراه في هذه المسألة من باب السياسة الشرعية أن التعويض عن الطلاق التعسفي يرتبط بنظرية التعسف في استعمال الحق، وهو تعويض مالي فيه معنى العقوبة على أمر محظور شرعا بحسب الأصل"[3].

وقد تبنت عدة دول عربية هذا الرأي في قوانينها الأسرية، من بينها قانون الأحوال الشخصية الأردني[4] وقانون الأحوال الشخصية السوري[5]، وخلافا لذاك اكتفى المشرع الجزائري بتبنى مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي بموجب المادة 52 من قانون الأسرة، ولم ينص لاعلى نفقة المتعة، بل ترك للقاضي الإختيار بين الحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي أونفقة المتعة، أو الجمع بينهما، مستندا في حالة حكمه بنفقة المتعة إلى نص المادة 222 التي تحيله إلى أحكام الشريعة الإسلامية أمام عدم تنظيمه لها بنصوص قانونية، وهذا

[1] عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 119.

[2] خطاب خالد خطاب، التعويض عن الطلاق دراسة فقهية مقارنة، دار المطبوعات الجامعية جورج عوض، الإسكندرية، 2010، ص 245.

[3] عبد الفتاح عمرو، المرجع السابق، ص 183، 184.

[4] نظم المشرع الأردني نفقة المتعة بموجب المادة 55 والتعويض عن الطلاق التعسفي بموجب المادة 134 من قانون الأحوال الشخصية الأردني، جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 359.

[5]نظم المشرع السوري نفقة المتعة بموجب المادة 61 فقرة 2 والتعويض عن الطلاق التعسفي بموجب المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية السوري، جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 359.

يشكل قصورا تشريعيا لأنه قد يكتفي قاض بالحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي، في حين يحكم قاض آخر بنفقة المتعة على أنها تعويض عن الطلاق التعسفي، بل قد يحكم قاض آخر بهما في نفس الوقت، إضافة إلى أنه في حالة الحكم بنفقة المتعة، يثار إشكال الإختلاف الفقهي حول حكم نفقة المتعة كما سبق الإشارة إليه، فالقاضي حينما يعود لأحكام الشريعة الإسلامية يجد نفسه أمام عدة آراء، ويتعين عليه أن يختار رأي أحد المذاهب لأن المشرع الجزائري يأخذ بالمنهجية المقارنة أواللا مذهبية، ويختلف تقدير ذلك من قاض إلى آخر، الأمر الذي يؤدي في نهاية المطاف إلى تضارب الأحكام القضائية من محكمة إلى أخرى، بل من فرع إلى فرع في نفس المحكمة.

**خاتمة:**

مما سبق ذكره، يتضح جليا أن المتعة شرعها الله تعالى للمطلقة تطييبا لنفس المرأة عما يرد عليها من ألم الطلاق وتسلية لها عن الفراق، وحفاظا على المرأة من الإبتذال، ودفعا للإيحاش[1]، أما التعويض عن الطلاق التعسفي فقد وضعه المشرع الأسري الجزائري جبرا للضرر اللاحق بالمطلقة تعسفا، ويمثل التعويض عن الطلاق التعسفي والمتعة آليتين قانونيتين وتدبيرين وقائيين للحد من تفشي ظاهرة الطلاق لأن الزوج إذا علم أنه يترتب على طلاقه لزوجته أضرار مادية، خاصة إذا كانت مرتفعة، سيتريث ويفكر مليا قبل إقدامه على الطلاق، فالمتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي يمثلان عقوبة مالية، والعقوبات في الفقه تمثل زواجر وجوابر، لذلك يتمثل دورهما في زجر المطلق، فإذا ما أوقع الطلاق ترتب عليه الجزاء فكانت المتعة أو التعويض تدبيرا وقائيا للحد من الطلاق التعسفي[2]، و يستحسن أن يقوم المشرع الأسري الجزائري بوضع نص ينظم نفقة المتعة وكيفية تقديرها، وحبذا لو يمنحها لكل مطلقة لم يكن الطلاق بسببها، قبل الدخول أو بعده، و سواء كان الزوج متعسفا في طلاقه أو لم يكن متعسفا، مع وضع نص آخر يمكن القاضي من الجمع بين نفقة المتعة

[1] جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 303.

[2] رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، المرجع السابق، ص 190،191.

والتعويض عن الطلاق التعسفي في حكمه، بقصد رفع التبعات المالية للطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة، الأمر الذي من شأنه المساهمة في الحد من تفشي ظاهرة الطلاق في المجتمع الجزائري.

**قائمة المراجع**

**أ-الكتب باللغة العربية:**


1) ابن منظور، لسان العرب، ج8،دار صادر، بيروت .

2) أبو إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج4، ط1، دار القلم، دمشق، 1996.

3) أبو البركات عبد الله بن أحمد النسفي، كنز الدقائق في الفقه الحنفي، ط1، دار السراج، المدينة المنورة، 2011.

4) أبوإسحاق ابراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات، ط1، ج3، دار بن عفان، المملكة العربية السعودية، 1997.

5) أبوالوليد أحمد بن محمد بن رشد، ملحق المدونة الكبرى مقدمات ابن رشد، ج5، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994.

6) أبوالوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بيت الأفكار الدولية، الأردن، 2009.

7) أبوحامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، الخلاصة المسمى خلاصة المختصر ونقاوة المعتصر، ط1، دار المنهاج للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2007.

8) أبوعبد الله محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ط1، دار عالم الفوائد، المملكة العربية السعودية، 2005.

9) أبوعبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري.

10) أبومحمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج10، ط3، دار عالم الكتب، الرياض، 1997.

11) أبومحمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المقنع، ط1، مكتبة السوادي، جدة، 2000.

12) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري، ج9، المكتبة السلفية، ب س ط.

13) جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن.

14) خطاب خالد خطاب، التعويض عن الطلاق دراسة فقهية مقارنة، دار المطبوعات الجامعية جورج عوض، الإسكندرية، 2010.

15) رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عند الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، ط1، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان،2015.

16) شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000.

17) عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، ط2، دار الفكر، 1968.

18) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام–مصادر الإلتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

19) عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1998.

20) فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق،ط1، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1988.

21) مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى رواية سحنون بن سعيد التنوخي، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.

22) محمد أبوزهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، ب س ط.

23) محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج4، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2003.

24) محمد بن أحمد بن أبي سهل أبو بكر شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج6، دار المعرفة، بيروت، 1989.

25) محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير، ط4، دار المعرفة، بيروت، 2007.

26) محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2008.

27) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني– النظرية العامة للإلتزامات–مصادر الإلتزام–المسؤولية التقصيرية: الفعل المستحق للتعويض، دار الهدى للنشر والتوزيع، عين مليلة، 2011.

28) محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية، بيروت، 2007.

29) محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر، عمان،2010.

30) مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، ط7، دار الوراق للنشر والتوزيع، لبنان، 1999.

31) منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج5، عالم الكتب، بيروت، 1983.

32) وفاء معتوق حمزة فراش، الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي، ط1، دار القاهرة، مصر،2000.

**ب–الكتب باللغة الفرنسية:**

1) Tchouar Djilali, Réflexions sur les questions épineuses du code algérien de la famille, office des publications universitaires, Alger, 2004.

**د-أطروحات الدكتوراه:**

1) بوخاتم آسية، الحقوق المالية للمرأة في القوانين المغاربية للأسرة دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد تلمسان، 2016.

2) شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة–دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد،تلمسان، 2014.

**ج- مذكرات الماجستير**

1) اسمهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في التعويض عن الضرر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون شؤون الأسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945 قالمة، 2011.

**د-المواقع الإلكترونية:**

1)http://www.ons.dz/IMG/pdf/Demog16ar.pdf,consulté le 01/03/2018