المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي

الدكتور حمليل صالح
أستاذ محاضر قسم أ بجامعة أدرار

ملخص باللغة العربية:

يثير موضوعي المتعة والتعويض عقب الطلاق التعسفي إشكالات علمية وعملية، نظرا للاختلاف الذي لا يزال يخيم على هذين النظامين إن على المستوى الفقهي، القانوني وحتى القضائي، ولعل الأسباب في ذلك كثيرة نذكر منها، عدم وجود ما يسمى بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية لعدم اعترافها بهذا النوع من الطلاق، فضلا عن كون نفقة المتعة مستحبة في الفقه المالكي، الأمر الذي لم يدع المشرع الجزائري إلى النص عليها في قانون الأسرة، يضاف إلى كل ذلك التضارب والتناقض على المستوى القضائي في كل درجاته، غير أننا انتهينا من خلال البحث والدراسة إلى إقرار قواعد ومبادئ تتمثل في الآتي:

1- أن المتعة واجبة أو مندوبة شرعا لكل مطلقة وفقا للشروط المتطلبة.

2- أن التعويض حق لكل مطلقة ثبت تعسف في حقها، بغض النظر عن استحقاقها للمتعة من عدمه.

3- من تستحق تعويضا تستحق متعة، في حين من استحقت متعة لا تستحق تعويض، والأولى أن لا تستحق تعويضاً من لا تستحق متعة.

Le résumé en langue française :

La moutaa et la réparation après le divorce abusif posent des problèmes théoriques et pratiques, vu les variations qui persistent sur ces deux systèmes que ce soit sur le niveau doctrinal, juridique ou juridictionnel. et les causes sont plusieurs, on peut citer l'absence de la réparation du divorce abusif dans les dispositions de la charia, par absence de ce type de divorce, a noter que la moutaa est facultative dans le rite mâlikite. Ce qui n'a pas laissé le choix au législateur algérien de le citer. Ajoutant a tout ça les contraintes et les contradictions au niveau de la juridiction a tous ces ressorts.

Après l'étude et la recherche, on est arrivé à instaurer des règles et des principes qui sont les suivants :

1. **La moutaa est obligatoire ou facultative légalement a toute femmes divorcées selon les conditions demandées**
2. **La réparation est un droit pour chaque femme divorcée abusivement, sois qu'elle mérite ou pas la moutaa.**
3. **Toute divorcée qui mérite la réparation mérite la moutaa, alors que toute divorcée qui mérite la moutaa ne mérite pas la réparation.**

المنارة للاستشارات

مقـدمــة

إن الخوض في مسائل قانون الأسرة يثير في كثير من الأحيان حساسية جميع المهتمين بهذا الحقل، ولأن مواضيعه كثيرة ومتشعبة آثرنا أن نثير أحد موضوعاته التي تستحق البحث فيها ودراستها، ويتعلق الأمر هنا ببحث نفقتي المتعة والتعويض الذي لازال يكتنفه الغموض، إذ وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجده يقتصر على نفقة التعويض دون المتعة، الأمر الذي أخلط الأوراق على دارسي القانون والقضاة المطبقين لنصوصه، إذ كثيرا ما كانت أحكامهم متناقضة وغير متوافقة بسبب هذا اللبس.

ولعل صعوبة البحث في هذا الموضوع تكمن في حداثة مسألة التعويض عن الطلاق التعسفي، بل وفي الطلاق التعسفي ذاته، الذي لم يسبق لفقهاء الشريعة التعرض له، وبالتالي انعدام كلي لمصادر البحث خصوصا في مسألة التعويض.

أضف إلى ذلك أن أغلب التشريعات العربية لم تجمع بين كلا الموضوعين، مما يترك مجال البحث فيها مفتوحا على مصراعيه.

وإتباعي للطرق التحليلية، النقدية، والمقارنة يساعد على دراسة البحث من جوانبه المتعددة للوصول إلى أفضل النتائج وأدقها. واخترنا لذلك خطة ميسرة مشكلة من مبحثين: الأول يتعلق بالمتعة والآخر بالتعويض دون الخوض في كثير من المسائل التي تستحق بحوثا أخرى مستقلة.

المبحث الأول: المتعــة

حيث سنتعرض لتعريف المتعة وتحديد مفهومها (في مطلب أول)، ثم نتبين أساسها وحكمها (في مطلب ثان)

المطلب الأول: تحديد مفهوم المتعة

الفرع الأول: تعريف المتعة لغة

المنارة للاستشارات

المتعة والمتعة مصدر فعل متع، وهي السقا والدلو[1]، وهي الشيء الذي يتبلغ به ويستعان به على ترويح الحال في الدنيا[2]، كما أنها اسم ينتفع به[3]، كقوله تعالى (وفاكهة وأبّا متاعا لكم ولأنعامكم)[4].ومتعة المرأة ما وصلت به بعد الطلاق، وقد متعها.

الفرع الثاني: تعريف المتعة اصطلاحا

لقد تعددت التعريفات في تحديد مفهوم المتعة اصطلاحا إلا أنها كانت متقاربة في المعنى، إذ عموما هي ما يعطيه الزوج لزوجته عند الطلاق جبرا لخاطرها، وتعويضا لها عما يمكن أن يلحقها من ضرر، وسببه هو الإيحاش الذي يسببه الزوج لزوجته بمفارقته لها، وسُميت متعة لأن المطلقة تتمتع بها، أي تنتفع بها قليلا أو كثيرا[5]. وذلك العطاء من مال أو عوض يكون عادة من الثياب التي تلبسها المرأة للخروج، وهو ما قال به كثير من الفقهاء؛ حينما قالوا بأن المتعة هي الثياب التي تكسى بها المرأة عند الخروج حسب العرف[6]، وإن كان الواقع العملي يقدر المتعة بمبلغ مالي عموما.

الفرع الثالث: تعريف المتعة قانونا وقضاء

وإذا أتينا إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري،[7] فلا نلاحظ أثرا للمتعة أصلا، وهذا في حقيقة الأمر يجعلنا نرجع إلى نص المادة 222 مباشرة لتقصي أحكام الشريعة الإسلامية في هذه النقطة، ذلك أن هناك إشكالية– هي في حقيقة الأمر إشكالية بحثنا

---

[1] لويس معروف: المنجد في اللغة والآداب والإعلام، ط19، المطبعة الكاثوليكية، بيروت 1970، ص 754

[2] المهذب للشيرازي: ج2، ص 63، نقلا عن د، أحمد فتحي بهنسي، نفقة المتعة بين الشريعة والقانون، ط1، الشروق، القاهرة، 1988

[3] ابن منظور، لسان العرب، ص 229

[4] ابن منظور، لسان العرب، ص 330

[5] د. حسن علي السمنى: الوجيز في الأحوال الشخصية، ج1، 1988، ص544

[6] د. الهادي السعيد عرفه: أساس استعمال حق الطلاق، ط1، مطبعة الأمانة، القاهرة، 1989، ص 344

[7] الصادر بالقانون رقم 84–11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة (ج.ر.ج.ج،1984، س21، ع24، ص910 وما بعدها) المعدل والمتمم بالأمر رقم 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

المنارة للاستشارات

هذا – التعويض المنصوص عليه في المادة 52 والتي زادها تعقيدا الأحكام القضائية المتناقضة.

في حين نرى أن بعض التشريعات قد تعرضت لموضوع المتعة مستقلة عن التعويض كالتشريع المغربي، المصري، الأردني....

أما بالرجوع إلى أحكام القضاء، فنرى أن المحكمة العليا عرفت المتعة في مرات عديدة، ومنها:"إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفاً عن ألم فراق زوجها لها..."[1]

فالواضح من هذه التعاريف أن المتعة فُرضت لجبر خاطر المطلقة وتخفيف هول الصدمة عنها باعتبار أنها لم تحظ كغيرها من النساء بحقها في رابطة زوجية دائم. كما تعتبر إعانة مالية رمزية للمطلقة تضاف إلى نفقات أخرى.

المطلب الثاني: أساس المتعة وأحكامها

الواضح أن أساس المتعة الشريعة الإسلامية، وذلك انطلاقا من آيات قرآنية، كقوله تعالى (لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة، ومتعوهن على الموسع قدره، وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين)[2]، وقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهنّ من قبل أن تمسوهنّ فمالكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا)[3]، وقوله تعالى (وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين)[4].

أما بخصوص حكم المتعة فكان محل خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية على الرغم من الآيات الصريحة الواردة فيها، فاختلفوا في وجوبها وعدم وجوبها أو

[1] المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 08-04-1985، ملف رقم 35912، المجلة القضائية لسنة 1989، عدد1، ص 89

[2] سورة البقرة، الآية 236

[3] سورة الأحزاب، الآية 49

[4] سورة البقرة، الآية 241

المنارة للاستشارات

جوازها، وانتقل هذا الخلاف كذلك إلى القوانين الوضعية والأحكام القضائية أين نلحظ ذلك التباين في الطرح.

الفرع الأول: حكم المتعة في الشريعة الإسلامية

والملاحظ في هذا الشأن أن الفقهاء انقسموا في حكم المتعة إلى فئتين، فئة تقول بالوجوب وهو قول الجمهور، وفئة تقول بالاستحباب وهو قول المالكية.

البند الأول: القائلون بالوجوب

ونميز هنا بين:

1) رأي الأحناف: الذين يرون أنها واجبة في حالة واحدة فقط وهي عندما يطلق الزوج زوجته قبل الدخول وقبل أن يسمي لها صداقا، لأن هذه المطلَّقة لا تستحق أي صداق، ولذلك تجب لها المتعة لتقوم مقامه بخلاف غيرها[1].
2) رأي الظاهرية: الذين ذهبوا إلى أن المتعة تجب على الزوج نحو زوجته عند الطلاق في جميع الحالات، أي سواء طلقها قبل الدخول أو بعده، وسواء كان قد فرض لها صداقا أو لم يفرض لها،ذلك لأن القرآن يأمر بها، والأمر يدل على الوجوب[2].
3) رأي الشافعية: الذين قالوا أنَّ المتعة واجبة لكل مطلقة إذا كان الفراق من قبل الزوج، إلا التي سُمِّي لها وطُلقت قبل الدخول، وهو رأي جمهور العلماء.

ولم يستثن الشافعية المطلقة من المتعة إلا في حالات[3]:

أ) التي فرض لها الصداق قبل الدخول
ب) أو إذا كانت الفرقة بسببها أو بملكه لها

[1] أ.عبد الكريم شهبون: شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية، ج1، ط2، دار النشر للمعرفة، الرباط، 1987، ص 252

[2] أ.عبد الكريم شهبون: المرجع السابق، ص 252

[3] د. وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، الأحوال الشخصية، ط1، دار الفكر، الجزائر، 1991، ص 318

المنارة للاستشارات

ت) أو بفرقة اللعان
ث) أو لعيب فيها

وعليه فإن المرأة تستحق المتعة في الأحوال التالية:

أ) المرأة التي طلقها الزوج باختياره بعد الدخول، سواء كان الطلاق بائنا بينونة صغرى أو كبرى، أو كان رجعيا، إلا أن المطلقة طلاقا رجعيا لا تستحق المتعة إلا بعد أن تنتهي عدتها من غير أن يراجعها زوجها.
ب) المرأة التي طلقها زوجها باختياره قبل الدخول وقبل أن يحدد لها الصداق.
ت) المرأة التي حكم القاضي بطلاقها لعيب في الزوج، أو لغيبته أو لإضراره بها أو من أجل النفقة أو الإيلاء أو الظهار.

أما المرأة التي لا تستحق المتعة فهي:

أ) المرأة التي طلقت قبل الدخول في صداق التسمية.
ب) المرأة التي خالعت زوجها.
ت) المرأة التي حكم القاضي بفسخ نكاحها بعد اللعان.
ث) المرأة التي طلقها الزوج بسبب عيب فيها.
ج) المرأة التي تختار الطلاق في التخيير أو التمليك[1]

الفرع الثاني: المتعة في القانون والقضاء

البند الأول: حكم المتعة في القوانين الوضعية

لقد سبق لنا أن أشرنا أن المتعة لم ترِدْ في قانون الأسرة الجزائري، ولكن على الرغم من ذلك فإن المشرع الجزائري في قانون الأسرة تعرَّض للتعويض عن الطلاق التعسفي في المادة 52 سواء قبل التعديل أو بعده، ذلك أن الفقرة الأولى سابقا أصبحت عبارة عن مادة مستقلة، حيث تنص: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق، حَكَمَ

[1] أ.عبد الكريم شهبون: المرجع السابق، ص 253

المنارة للاستشارات

للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها" والذي أوقع القضاة في خلط كبير بينه وبين المتعة.

أما إذا رجعنا إلى القوانين المقارنة فنجد أن أغلبها تعرَّضت للمتعة وحكمها، فنجد مثلا المشرع المغربي ينص في المادة 84 من مدونة الأسرة على أن: "تشمل مستحقات الزوجة" الصداق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة، والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج، والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدة تعسف الزوج في توقيعه[1].

وهو كذلك ما نص عليه المشرع المصري في المادة 18 مكرر من قانون الأحوال الشخصية بحيث أعطت الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها بدون رضاها ولا سبب من قِبَلِها متعة تستحقها فوق نفقة عدتها تقدر بنفقة سنتين على الأقل، وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا، وظروف الطلاق ومدة الزوجية، ويجوز أن يرخَّص للمطلِّق في سداد هذه المتعة على أقساط[2]

فالواضح إذا أن المشرع المصري أخذ بالمتعة تأثرا بالمذهب بالشافعي، حيث أوجبها للمطلقة بعد الدخول إن لم تكن الفرقة منها أو بسببها، وهو قولٌ لأحمد اختاره ابن تيمية، كما أخذ بها مذهب أهل الظاهر وهو قولٌ لمالك أيضا[3].

وهو نفس ما ذهب إليه المشرع السوري الذي نص في المادة 61 فقرة 2 من قانون الأحوال الشخصية على أنه إذا وقع الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة فعندئذ تجب المتعة وهو قول الحنابلة.

---

[1] ظهير شريف رقم 22-04-1 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 الموافق 3 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة (الجريدة الرسمية رقم 5184 الصادرة يوم الخميس 5 فبراير 2004).

[2] الملاحظ أن هذه المادة قُرّرت بموجب القانون رقم 44 لسنة 1979 الذي حُكم بعدم دستوريته، إلا أنه جاء القانون رقم 100 لسنة 1985 واحتفظ بنفس المادة 18 مكرر، وبحق المرأة المطلقة في المتعة كما ورد في قانون 1979، انظر: د. أحمد فتحي بهنسي: نفقة المتعة بين الشريعة والقانون ط1، دار الشروق، القاهرة، 1988، ص 71-73.

[3] المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 100 لسنة 1985، م 18 مكرر

المنارة للاستشارات

إلا أن ما يهمنا هنا هو أن هذه التشريعات تكلمت عن المتعة دون أن تضيف إليها ما يسمى بالتعويض، في حين نجد بعض التشريعات الأخرى أوردتها تحت مُسمَّى التعويض دون أن تتطرق للمتعة، كالتشريعين الأردني والكويتي، إذ جاء في المادة 134 من قانون الأحوال الشخصية الأردني[1] أنه:"إذا طلق الزوج زوجته تعسفا كأن طلقها لغير سبب معقول، وطلبت من القاضي التعويض، حكم لها على مطلقها بالتعويض الذي يراه مناسبا.... ولا يؤثر ذلك على باقي الحقوق الزوجية الأخرى للمطلقة بما فيها نفقة العدة. وعلى هذا سار المشرع الكويتي[2].

إذ الملاحظ هنا ومن خلال هذه الجولة المختصرة لبعض التشريعات أن هذه الأخيرة لم تكن تجمع بين المتعة والتعويض وإنما بعضها يسميها متعة وهو الأصح في نظرنا، والبعض الآخر يسميها تعويضا مع إقرانها بعنصر التعسف، وهو اتجاه غامض لا يؤكد لنا أن الفرق في التسمية فقط، وإنما في الجوهر كذلك.

البند الثاني: المتعة في القضاء

أ) في القضاء الجزائري:

بالرجوع إلى أحكام القضاء بخصوص المتعة نجده متناقضا سواء كان ذلك على مستوى المحاكم أو على مستوى المحكمة العليا.

ولعل من استقرائنا لبعض أحكام المحكمة العليا يتضح لنا موقف المحاكم

ففي قرار لها تقول المحكمة العليا: " إذا كانت الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تُعطى لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعتبر خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية، لذلك يتوجب نقض القرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي لها باسم متعة

[1] وهو القانون الصادر في 1976 (منشور في الجريدة الرسمية رقم 2668 لسنة 1976)

[2] في المادة 16 من القانون رقم 51 لسنة 1984

المنارة للاستشارات

وبدفع مبلغ آخر كتعويض"[1]، في حين نراها تتراجع عن هذا الموقف في قرار لاحق والذي نصه:"من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا نفقة إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جرَّاء الطلاق التعسفي..."[2]

ولا يزال هذا التداخل والتناقض قائما إلى يومنا هذا بسبب أن المشرع لم يكن واضحا في هذه المسالة، التي سنزيد في تفصيلها لاحقا.

ب) أما بخصوص القضاء المقارن، فنجد أن محكمة النقض المصرية سارت على هدى القانون بقولها في إحدى القرارات بأن "المتعة للمطلقة وفقا لنص المادة18 مكرر من القانون رقم25 لسنة 1929 ليس جزاء لإساءة الزوج استعمال حقه في التطليق بل إن الأساس في تقريرها على ما ورد في المذكرة الإيضاحية لهذا النص أن المطلقة في حاجة إلى معونة أكثر من نفقة العدة، وفي المتعة ما يحقق هذه المعونة، ولأن الأصل في تشريعها جبر خاطر المطلقة ومواساتها"[3].

بل وأكثر من هذا فإن القضاء المصري يرى أن التطليق ما هو إلا طلاق بإرادة الزوج على أساس أن طلاق القاضي ما هو إلا نيابة شرعية من الزوج، ومن ثَمَّ فإن لجوء الزوجة إلى القاضي لتطليقها من زوجها بسبب مضاراته لها وثبوت هذه المضارة، فيه إكراه لها على طلب التطليق لتدفع عنها مالا يتوفر به الرضا بالطلاق[4].
عموما نرى أن القضاء المقارن ساير القانون فيما ذهب إليه.

المبحث الثاني: التعويض

---

[1] م.ع.غ.أ.ش 08-04-1985، ملف رقم 359112، م. ق، 1989، ع1، ص89

[2] م.ع.غ.أ.ش 07-04-1986، ملف رقم 41650، م، ق، 1989، ع2، ص69

[3] الطعن رقم 06 لسنة 633 قضائية أحوال شخصية جلسة 1997/05/26 منشور في المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية للمستشار حسن منصور، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر والتوزيع، 1998، مصر، ص 562- 566

[4] الطعن رقم 226 لسنة 63 قضائية، أحوال شخصية جلسة 26-05-1997، منشور في المحيط، للمستشار حسن منصور، المرجع السابق، ص 566-570

المنارة للاستشارات

سنحاول من خلال هذا الشطر الثاني من البحث التعرض للتعويض الذي نص عليه مشرعنا الجزائري ومعه بعض التشريعات، وتوضيح العلاقة بينه وبين المتعة وذلك من خلال تبيان أساس التعويض وبعض صوره.

المطلب الأول: أساس التعويض

إذا كان أساس المتعة –كما رأينا–هو الشريعة الإسلامية، وأنها جبر لخاطر المطلقة ومواساة لها، فان أساس التعويض هو التعسف، كما هو واضح من النصوص القانونية التي نتعرض لها، وهو ما يجعلنا نفرق بين المتعة والتعويض. فما هي حقيقة التعسف؟ ومتى يتحقق لترتيب التعويض؟

الفرع الأول: التعسف في حق استعمال الطلاق

البند الأول: في الشريعة الإسلامية

الجدير بالتنبيه أن الشريعة الإسلامية لم تعرف ما يسمى بالتعسف في استعمال حق الطلاق،على الرغم من الاعتراف لها بالأسبقية في وضع ضوابط قاعدة"عدم التعسف في استعمال الحق". فما هو مضمون هذه القاعدة ؟

اختلفت الآراء في التأصيل لهذه النظرية،فيرى الأستاذ فتحي الدريني أن أساسها مبدأ سدّ الذرائع باعتبارها أقرب من قاعدة المسؤولية التقصيرية[1]، في حين نرى أن الإمام الشاطبي يرد أساس النظرية إلى التعدي بطريق التسبب،وقد فرض حالتين للتعدي:

1–فرض استعمال الحق في قصد الإضرار بالغير، أي لمجرد هذا القصد يكون الحكم فيه هو المنع.

2– يقصد فيها العامل نفع نفسه وإلى إضرار غيره معا.

وعليه فإن عناصر التعدي لدى الشاطبي هي:

[1] د. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، 1981، مصر، 80-79

المنارة للاستشارات

1- تمخض قصد الإضرار بالفعل، وهو يعتبر تعديا من الدرجة الأولى
2- مظنة قصد الإضرار التي تستفاد من القرائن
3- الإهمال للمعنى الاجتماعي الذي أمر به الإسلام[1]

والتعسف في الشريعة مرتبط بطبيعة الحق،أي أن الشريعة هي التي أنشأت الحق،وهو مقيد بما هو مقيد به، وعلى هذا ليس للفرد من سلطة في التصرف إلا ما منحه إياه الشرع، وفي الحدود المرسومة. فالشريعة مبنية على مصالح العباد، وتهدف إلى غايتين هما:مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة، مع تقديم هذه المصلحة عند التعارض لأهميتها في تنظيم شؤون الحياة في المجتمع.

وهذا الأساس الأخير هو الأجدر بالاتباع لارتباطه بالتعسف، وبفكرة الحق وطبيعته لأن الطلاق هو حق مشروع للزوج،إلا أنه ليس حقا مطلقا، وبالتالي فهو مقيد بما قيدته الشريعة،ووضعت له حدودا.

البند الثاني: في الفقه والقانون الوضعي

ففي الفقه القانوني القديم، ومنه الروماني على وجه الخصوص، كان قائما في أساسه على نظرية الحق المطلق، أي على السلطة المطلقة. إلا أن هناك بعض الحالات يُقيد هذا الحق منعا للإضرار بالغير،وبالرغم من ورود بعض تلك الحالات فلا تعدو أن تكون قائمة على مبدأ الإنصاف وقواعد العدالة أكثر من كونها تطبيق لنظرية التعسف[2]

وفي القانون الفرنسي القديم فإنه لم يعرف التعسف في استعمال الحق كنظرية عامة إلا فيما يتعلق بتنظيم العلاقات الجوارية التي نقلها عن القانون الروماني، بحيث لم يعد من الممنوع استعمال حق الملكية بقصد الإضرار فحسب،بل أصبح ممنوعا في حالة

[1] الإمام الشاطبي، الموافقات، الجزء الثاني، ص348
[2] عدنان القوتلي، الوجيز في الحقوق المدنية، مطبعة جامعة دمشق، ط2، 1960، ص311

المنارة للاستشارات

عدم وجود مصلحة تعود على صاحبه[1]. إلا أن هذه الأفكار مافتئت الثورة الفرنسية أن طمستها.

أما في العصر الحديث فلم يعود التسليم بالحقوق الفردية باعتباره حق مطلق لا يسأل صاحبه عما يفعل، بل اتجه الفقه القانوني إلى نقض هذه الفكرة ليقيم التشريع على أساس مصلحة الجماعة، واعتبر الحق من الجماعة ولها،وعمل على التقريب بين مصلحة الفرد والجماعة، وإقامة التوازن بينهما فكانت نظرية التعسف متصلة بالحق وغايته.

وفي الفقه العربي، يرى الدكتور السنهوري أن أساس التعسف هو المسؤولية التقصيرية حتى ولو كان التعسف متصلا بالتعاقد. وبالرجوع للقوانين الحديثة ومنها القانون الجزائري الذي نص عليها في المادة 124 مكرر من القانون المدني"يشكل الاستعمال التعسفي للحق لاسيما في الحالات الآتية:

– إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،

–إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،

– إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة."[2]

ولقد وردت تطبيقات عدة لهذه النظرية في القانون المدني، وقوانين أخرى من بينها قانون الأسرة الذي أوجب التعويض في حالة العدول عن الخطبة (م5ف2/)، والطلاق التعسفي(م52ف1/).

[1] حسن عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، ط1، القاهرة، 1960، ص 48–50

[2] الصادر بالأمر رقم 75–58 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم(آخر تعديل تم بالقانون رقم 07–05 ممضي في 13 مايو 2007الجريدة الرسمية عدد 31 المؤرخة في 13 مايو 2007، الصفحة 3).

المنارة للاستشارات

وعليه فإن أساس التعسف في الطلاق يمكن إسناده إلى تلك القواعد والأصول التي وضعتها الشريعة الإسلامية وتبناها القانون المدني الجزائري، فأي تصرف يكون الغرض منه إحدى الحالات المذكورة في المادة 41 نكون أمام تعسف في استعمال حق الطلاق، وبالمعنى الجديد أُدرجت النظرية تحت عنوان الخطأ، على اعتبار التعسف خطأ، يترتب عليه التعويض طبقا للمادة 124 من ذات القانون.

الفرع الثاني: معيار التعسف في الطلاق

طبقاً لما أوردناه سلفا، فإن التعسف يتحدد معياره وفقا لتلك الحالات المنصوص عليها في المادة 41المتمثل في:

البند الأول: قصد الإضرار بالمطلَّقة

والمعيار هنا مبنيٌّ على القصد والنية والباعث إلى الطلاق،بحيث يكون المطلِّق في هذه الحالة قاصدا الإضرار بالمطلقة في استعمال حق الطلاق، والأمر هنا ليس بالأمر الهيِّن للوصول إلى تلك النية نظرا لصعوبة الوصول إليها والتدليل عليها، مما يقتضي ضرورة الاستعانة بمعايير مادية لإثبات نية الإضرار.

البند الثاني: ترجيح الضرر على المصلحة

فيكون المطلِّق متعسفا إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

البند الثالث: عدم مشروعية المصالح التي يرمي المطلِّق إلى تحقيقها

وتكون المصلحة غير مشروعة إذا خالفت حكما من أحكام القانون، أو تتعارض مع النظام العام أو الآداب العامة، وبالتالي فإن القانون لا يحمي المصالح غير مشروعة.

المطلب الثاني: ثبوت التعويض

بالرجوع لنص المادة 52من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق، حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها..." نستنتج منها جملة من الشروط الواجب توافرها لاستحقاق إلى القاضي وفقا لما أقرته المحكمة العليا في الكثير من قراراتها أهمها حكم قضاة الموضوع بالتعويض المادي

المنارة للاستشارات

والمعنوي للزوجة من جراء طلاق زوجها لها بإرادته المنفردة هي من المسائل التي تخضع لسلطتهم التقديرية [1]

فلثبوت التعويض وفقا للمادة 52وجب توافر شرطين مهمين، إضافة إلى شرط ثالث لم تنص عليه المادة الأخيرة، وهو شرط عدم رضا المطلقة، والذي نصت عليه بعض التشريعات التي تأخذ بنظام التعويض، أما الشرطين الأولين فهما:1-ثبوت التعسف 2- أن يترتب عن التعسف ضرر بالزوجة

الفرع الأول: ثبوت التعسف

ويثبت التعسف وفقا للمعايير والأحوال السابق ذكرها،غير أن هذه الأمور ليست بهذه السهولة،إذ كثيرا ما يصعب إثبات التعسف في جانب الزوج، على الرغم من وجود ضرر على المطلقة،والقضاء الجزائري لم يعالج المشكلة، على الرغم من وجود نزاعات عديدة في هذا المجال، أعني لم يعط معايير واضحة للتعسف، كما تفعل سائر الاجتهادات القضائية المقارنة، إلا أن هناك بعض المواقف التي قضت فيها المحكمة العليا بوجود تعسف، كحالة عدم سعي الزوج إلى إرجاع زوجته إذ قضت المحكمة في هذا الشأن: "يخلو من الأساس الشرعي الحكم الذي يفصح بالطلاق باشتراك الطرفين في الظلم على أساس عدم إثبات المطاعن التي قدمها، والحال أن الزوجة كانت تأخذ على زوجها عدم سعيه إلى تنفيذ حكم صادر بناء على طلبه برجوع الزوجة."[2]

كما يمكن إعطاء بعض الصور التي قد يعتبر الزوج فيها متعسفا في طلاقه،كالطلاق أثناء الحيض، وطلاق الثلاث بلفظ واحد، طلاق الهازل والغضبان، والطلاق في مرض الموت، وهي كلها صور لحالات تعسفية، تنطلق من قصد ونية سيئة مرادها الإضرار بالزوجة.

الفرع الثاني: إلحاق الضرر بالزوجة

[1] م.ع.غ.ق.خ، 29-05-1969، ص306
[2] م.ع.غ.م06-11-1968.م.أج.1،ص63

والضرر هنا معياره شخصي، إذ يصعب الاستدلال عليه،وهو في نظرنا يختلف عن الضرر كسبب من أسباب التطليق، ذلك أن الضرر هنا أوسع مفهوما وأشمل،ولعل أهمه الضرر المعنوي الذي قد تصاب به الزوجة من جراء فراق زوجها لها وتتفاوت درجة الضرر بحسب المدة التي قضاها الزوجان في ظل عش الزوجية، كما يختلف الضرر من امرأة لأخرى.

وبحسب المستوى الاجتماعي، الثقافي، المكانة داخل المجتمع، فعلى القاضي أن يراعي كافة هذه الجوانب للوصول لحقيقة ثبوت الضرر من عدمه، فما يعتبر ضررا على امرأة قد لا يعتبر عند امرأة أخرى وهكذا...

الفرع الثالث: أن يكون الطلاق برضا الزوجة أو بطلبها

وهذا الشرط وإن كان يمكن إصلاحه أو استنتاجه من نص المادة 52 إلا أن ذلك غير كاف للقول بوجوده، وهو شرط ذو أهمية لا تقل عن الشرطين السابقين، حيث كان من المفروض على المشرع أن ينص عليه لتدعيم موقفها وتأكيد تعسف الزوج في الطلاق.

إلا أن هذا الشرط لا يكون ذا أهمية، كحالة طلب الزوجة من زوجها أن يطلقها بسبب إضراره بها فيستجيب الزوج للطلب، فلا يعقل أن نحرم هذه الزوجة في هذه الحالة من التعويض على الرغم من كون الطلاق وقع بطلب من الزوجة.يقاس على هذه الحالة: التطليق (الطلاق القضائي) الذي يكون سببه الزوج أين قضت فيه محكمة النقض المصرية كما سبق الإشارة إليه بالنسبة للزوج، وحكمت بنفقة المتعة للزوجة، في حين نجد أن المحكمة العليا قد سارت على حرمان المطلقة من التعويض في كل أحوال التطليق كالقرار الذي نصت فيه: "من المقرر قانونا أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفا زوجته ونتج عن ذلك ضرر لمطلقته،فإن كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها، وحكم لها به بالتعويض غير شرعي، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعدّ فهما خاطئا للقانون..."[1]

[1] م.ع.غ.ا.ش، 27-13-1989، ملف رقم 53017.م.ق1991، ع1، ص56

المنارة للاستشارات

وبالتالي نرى أن اتجاه محكمة النقض المصرية هو الأرجح ولو كان الحديث عن المتعة فالحجة هنا ليس بالنتيجة وإنما بالمبدأ الذي يقضي بأن الطلاق القضائي (التطليق) ما هو إلا نيابة تنمي أعطيت للقاضي من طرف الزوج لتطليق الزوجة.

الخاتمة

بعد انتهائنا من عرض مفهومي المتعة والتعويض بشكل جد مختصر وبإيجاز نستنتج ما يلي:

- أن المتعة واجبة أو مندوبة شرعا لكل مطلقة وفقا للشروط المتطلبة.
- أن التعويض حق لكل مطلقة ثبت تعسف في حقها، بغض النظر عن استحقاقها للمتعة من عدمه.

كما يمكن أن نخرج بقاعدة مفادها أن: من تستحق تعويضا تستحق متعة، في حين من استحقت متعة لا تستحق تعويض، والأولى أن لا تستحق تعويضا من لا تستحق متعة.

هذا النتائج تقودنا إلى تقديم بعض المقترحات والتوصيات للتشريع والقضاء معا، من أجل وضع حد للتناقض والتداخل الموجود حاليا، ولعله من المنطق أن تعديل القانون يؤدي إلى تعديل التناقض القضائي. وعليه نوصي بـ:

أولاً– ضرورة التمييز بين المتعة والتعويض، بحيث يخصص لكل مفهوم مادة مستقلة، لإزالة كل غموض أو تداخل بينهما.

ثانياً– وجوب النص بوضوح على مستحقات المتعة ممن لا يستحقها طالما أن ذلك منصوص عليه في المادة 52 المقتضبة.

قائمة المراجع

القرآن الكريم

المنارة للاستشارات

أ) **المؤلفات:**

1) د. أحمد فتحي بهنسي، **نفقة المتعة بين الشريعة والقانون**، ط1، الشروق، القاهرة، 1988.
2) د. حسن علي السمنى، **الوجيز في الأحوال الشخصية**، ج1، 1988.
3) د. الهادي السعيد عرفه،**أساس استعمال حق الطلاق**، ط1، مطبعة الأمانة، القاهرة، 1989.
4) عبد الكريم شهبون، **شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية**، ج1، ط2، دار النشر للمعرفة، الرباط، 1987.
5) د. وهبة الزحيلي،**الفقه الإسلامي وأدلته**، ج7، **الأحوال الشخصية**، ط1، دار الفكر، الجزائر، 1991.
6) د. فتحي الدريني، **نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي**، مؤسسة الرسالة، 1981.
7) حسن عامر، **التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود**، ط1، القاهرة، 1960.
8) المستشار حسن منصور، **المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية**، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 1998.
9) عدنان القوتلي، **الوجيز في الحقوق المدنية**، ط2، مطبعة جامعة دمشق،1960.
10) إبراهيم بن علي الشيرازي أبو إسحاق، **المهذب**، ج1، دار الفكر، بيروت.
11) الإمام الشاطبي، **الموافقات**، الجزء الثاني.

ب) **النصوص القانونية:**

1) **القانون رقم 84-11** المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة (ج.ر.ج.ج،1984، س21، ع24، ص910 وما بعدها) المعدل والمتمم **بالأمر رقم 05-02** المؤرخ في 27 فبراير 2005.
2) **الأمر رقم 75-58** المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق 26 سبتمبر1975 المعدل والمتمم (آخر تعديل تم **بالقانون رقم 07-05** ممضي في 13 مايو 2007الجريدة الرسمية عدد 31 المؤرخة في 13 مايو 2007، الصفحة 3).

المنارة للاستشارات

3) **ظهير شريف رقم 22-04-1** صادر في 12 من ذي الحجة 1424 الموافق 3 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة المغربية (الجريدة الرسمية رقم 5184 الصادرة يوم الخميس 5 فبراير 2004).
4) **القانون رقم 100** لسنة 1985
5) **المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 100** لسنة 1985

ج) دوريـــات

1) المجلة القضائية لسنة 1989، عدد1
2) المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 2
3) المجلة القضائية لسنة 1991، عدد1

د) معاجم اللغة:

1) لويس معروف: **المنجد في اللغة والآداب والإعلام**، ط19، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، 1970.
2) محمد بن مكرم بن منظور المصري، **لسان العرب المحيط**، ج11، ط1، دار صادر، بيروت، (دون سنة).

المنارة للاستشارات