

جَامِعَةُ عَبْدِ الرَّحْمَانَ مِيرَةَ - بِجَايَةَ -

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم القانون الخاص

المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي قانونا وفقها

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص
تخصص: القانون الخاص الشامل

تحت إشراف الأستاذة:

حـ _ لحضيري بن محاد وريدة.

من إعداد الطالبة:

حـ _ ثابت حنان.

لجنة المناقشة

رئيسا.

مشرف ومقرر.

ممتحنا.

الأستاذ : تريكي فريد

الأستاذة: لحضيري بن محاد وريدة

الأستاذة: إنوجال نسيمة

تاريخ المناقشة:

يوم 20/سبتمبر/2016

شکر و تقویٰ
و تقویٰ

شكرونا بقر

الحمد لله الذي أنعم علي بإتمام هذا البحث، وأتقدم بجزيل الشكر

إلى الأستاذة " لحضيري بن محاد وريدة " المشرفة على هذا البحث التي لم


تدخر جهدا في النصح والتوجيه، كما أتقدم بجزيل الشكر إلى المحامي


المعتمد لدى المجلس والمحكمة العليا الأستاذ " بن وارث محمد " على دعمه


لإنجاز هذا البحث، وإلى كل من ساهم فيه من قريب أو من بعيد.

الإسلام
الدين

إلى أمي

إلى أمي الحبيبة أطال الله في عمرها وأمدّها بالصحة والعافية. 

إلى زوجي الغالي فارس و عمارة. 

إلى أختي وصديقتي شهرزاد. 

إلى كل الزملاء والأصدقاء. 

أهدي هذا العمل.

ثابتة حنان

قائمة المحتويات

ج ر ج ج : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية

ج : الجزء

د س ن : دون سنة النشر

د ب ن : دون بلد النشر

د ط : دون طبعة

د : الدكتور

ص : صفحة

ص ص : من الصفحة إلى الصفحة

ط : الطبعة

ق أ ج : قانون الأسرة الجزائري

ق م ج : القانون المدني الجزائري

مفتی
محمد رفیع
مفتی
محمد رفیع

تعتبر علاقة الزواج من أنبل الروابط لأنها السبيل الشرعي الوحيد لما يرتب عليه من آثار نافعة تعود على الفرد نفسه وعلى الأمة جمعاء، فالزواج هو أحسن وضع طبيعي وأنسب مجال حيوي لإرواء الغريزة وإشباعها فيهدأ البدن من الاضطراب وتسكن النفس من الصراع ويكف النظر عن التطلع إلى الحرام وتطمئن العاطفة إلى ما أحل الله¹.

فالمرأة جزء من الرجل ومكملة له حيث يجد فيها سعادته وهناءه، فالموددة والرحمة بين الزوجين من مقاصد الزواج الرئيسية². وهذا ما أشارت إليه الآية الكريمة: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَيَجْعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾³. فالأصل في الزواج الأبدية والديمومة بالتالي تعتبر الصلة بين الزوجين من أقدس الصلات وأوثقها لقوله تعالى: ﴿وَأَخْذَنْ مِنْكُمْ مِيثَاقًا خَلِيضًا﴾⁴. إلا أن الانحراف في العلاقة الزوجية بين الرجل والمرأة كانت ولا تزال معضلة قلما يستطيع البشر أن يسيروا فيها على سواء الصراط ما لم يعرفوا الحق المنزل عند الله ويلتزموا به لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾⁵.

فالرجل أن يطلق زوجته ولم ينكر أحد هذه الإباحة إلا إذا كانت بدون عذر، فالعشرة إذا فسدت بين الزوجين ولم يكن في الاستطاعة دوامها يكون بقاء الزواج بإمسك الزوجة التي لا تطاق معاشرتها تفويت لمقاصد الزواج وتضييع لمصلحه التي شرع من أجلها، لذلك شرع الطلاق في الإسلام رفعا للضرر اللاحق بأحد الزوجين⁶. لقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾⁷. وكذا لقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفَرِّضُوا لهنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَّاعًا بِالمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾⁸.

إذا استعمل الزوج حقه في غير المصلحة التي شرع من أجلها الطلاق عد متعسفا في استعمال حقه، مما يكون له أكبر أثر على المرأة من النواحي الاجتماعية والنفسية والمادية. فالمرأة في معظم الأحيان تكون هي الضحية ويقع عليها

¹ علي أحمد عبد العال الطهطاوي، شرح كتاب النكاح، دار الكتب العلمية، لبنان، 2005، ص 24.

² محمد عبد القادر عطا، أحكام الزواج، دار الكتب العلمية، لبنان، 1988، ص 05.

³ سورة الروم، الآية 21.

⁴ سورة النساء، الآية 21.

⁵ سورة النساء، الآية 130.

⁶ عبد القادر بن حرز الله، أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 214.

⁷ سورة البقرة، الآية 229.

⁸ سورة البقرة، الآية 236.

أكبر ضرر مع وقوع الضرر على الزوج ولكن ليس بالقدر الذي تتحمله المرأة خصوصاً في ظل الظروف السيئة والأعراف الفاسدة التي نعيشها والتي تتمثل في النظرة السيئة للمطلقة¹. والإسلام بطبيعته دين عدل ومساواة أنصف المرأة في كافة النواحي والمجالات فقد حافظ عليها أمماً وأختاً وبناتاً وزوجاً مطلقاً بالرجوع إلى الأحكام الخاصة بالمرأة المطلقة تشريعه للمتعة والتعويض إذا كان الطلاق تعسفياً.

فالقانون الجزائري بدوره لم يسلب الزوج حق الطلاق وإنما قيده بمبدأ عدم التعسف في استعماله وجعله خاضعاً لرقابة القضاء، فمن أساء استعمال حقه في الطلاق وجب عليه التعويض لمطلقته التي أصابها الضرر من جراء طلاقها لأن كل حق في الإسلام مقيد بعدم الإضرار بالغير طبقاً لقاعدة لا ضرر ولا ضرار.

عندما يعتبر الزوج متعسفاً في إيقاع الطلاق فإنه يتحمل الآثار المترتبة على هذا التعسف، ومن آثاره التعويض المالي للزوجة عن الضرر المادي والأدبي الذي أصابها بسبب ذلك الطلاق. ولقد أدرج المشرع الجزائري نظرية التعسف في استعمال الحق ضمن القانون المدني بموجب المادة 124 مكرر منه: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة"².

ويطلق تعبير المتعة على التعويض في فقه الشريعة الإسلامية الذي تستحقه الزوجة المطلقة تعسفاً وهو لا يتعارض أو ينقص من الحقوق الأخرى التي تستحقها.

تكمن أهمية اختيار الموضوع في مدى اعتبار الأسرة حجر الأساس في بناء مجتمع واعي ومثقف ومتفتح على كل أسرار الحياة ككل، حيث يعتبر الزواج المنعرج الحقيقي لتنظيم الحياة الإنسانية وهذا من خلال منع الفوضى

¹ توفيق عيسى حامد أبو هاشم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الفقه والشريعة، الجامعة الأردنية للدراسات العليا لعلوم الشريعة والقانون والسياسة، الأردن، 1992، ص 6.

² أمر رقم 58-75، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن قانون مدني، ج ر ج ج، عدد 78، صادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 10/05، مؤرخ في 20 جوان 2005، ج ر ج ج، عدد 44، صادر في 26 جوان 2005. معدل ومتمم، بموجب أمر رقم 05-07، مؤرخ في 13 ماي 2007، ج ر ج ج، عدد 31، صادر في 13 ماي 2007.

والاختلاط المشبوه من جهة، وتحقيقا للطهر والعفاف من جهة أخرى، وفك هذه الرابطة السامية لا بد أن تكون لضرورة قصوى أو حاجة ملّحة.

أما عن أسباب اختيارها فتكمن أساسا في انتشار ظاهرة الطلاق التعسفي وتناميها في المجتمع ما جعلها داء العصر في كل أسرة وهو الذي يؤثر سلبا على المجتمع بتفشي الزنا والفحشاء على اختلافها مما يفكك ويشتت الروابط الأسرية من جهة، و من جهة أخرى انتشار ظاهرة الانتحار وتعاطي المخدرات مما ينجر عنها ارتفاع نسب الجرائم.

أما بالنسبة للصعوبات التي واجهتها تكمن أساسا في نقص مصادر البحث خصوصا في مسألة التعويض لكونه موضوع حديث بالمقارنة عن الطلاق التعسفي، بحيث لم يسبق لفقهاء الشريعة التعرض له لاسيما الباحث الجزائري بالإضافة إلى أن أغلب التشريعات العربية لم تجمع بين كلا الموضوعين مما ترك مجال البحث فيها مفتوحا على مصرعيه.

ولمعالجة موضوع مذكري ارتأيت إلى طرح الإشكالية التالية: ما العلاقة التي تربط بين حق المتعة الذي كرسه الشريعة الإسلامية، والتعويض المالي للمطلقة الذي جاءت به القوانين الوضعية؟ بمعنى: هل حق المتعة يغني عن التعويض عن الطلاق التعسفي؟ وإلى أي مدى يعتبر التعويض عن الطلاق التعسفي كافٍ لتعويض الزوجة عن الضرر اللاحق بها؟ وللإجابة عن هذه الإشكالية المطروحة ينبغي عليّ إتباع المنهج التحليلي مع المقارنة بين قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية للخروج بدراسة شاملة للموضوع ومحاولة الإلمام بجميع جوانب الموضوع، ارتأيت إلى تقسيم موضوع البحث تقسيما ثنائيا وفق فصلين:

الفصل الأول: الطلاق التعسفي والتعويض عنه

الفصل الثاني: متعة الطلاق التعسفي وعلاقتها بالتعويض

الفصل الأول

المطلب الأول في النعسفة والنعوبض عنه

الأصل في الزواج أنه رابطة إنسانية مقدسة، غير أنه من الممكن أن تمر سحابة على الأسرة، فتعكر صفوها وتكدر حياة الزوجين، ويشيع بينهما الفتور والنفور، فيستبد الشقاق بينهما وتتحول المودة والرحمة إلى شقاء، وهذه الحال تجعل العقل الإنساني ينفر من العيش والاستمرار في علاقة زوجية تسودها المعاناة والمشاكل اليومية.

وقد راعى الإسلام كل الظروف والاحتمالات التي يتعرض لها الإنسان، لذلك فقد قدم الحلول؛ فشرع بذلك الطلاق كآخر علاج لعقد الزواج الذي فشل وعجز عن تحقيق الهدف المتوخى منه؛ فكان الطلاق بذلك نعمة للزوجين للتخلص من حميم البغض والكراهية مع أنّ الشريعة الإسلامية تنفر منه.

فعن ابن عمر رضي الله عنهما، أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال: " أبغض الحلال إلي الله الطلاق " ¹ وأخبرنا ابو عبد الله الحافظ، عن محارب قال: أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال: " ما أحلّ الله شيئاً أبغض من الطلاق " ².

حيث أن استعمال هذا الحق في غير ما شرع له، قد يلحق الضرر والأذى بالطرف الآخر، فالزوج قد يطلق زوجته بلا مبرر بقصد الإضرار بها فيتسرع في طلاقها تعسفياً لأسباب واهية الأمر الذي يؤدي إلى إيذاء الزوجة والإضرار بها (المبحث الأول)، وقد يدعوا هذا إلى إلزام الزوج بتعويض زوجته المطلقة لأن الطلاق من غير مبرر شرعي فهو خروج عن المألوف لمسلك الشخص العادي وإساءة لاستعمال الحق ما جعل هذا الطلاق طلاقاً تعسفياً تستحق الزوجة تعويضاً عنه (المبحث الثاني).

¹ البهقي أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي (458 هـ/1065م)، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ج7، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1999، (باب ما جاء في كراهية الطلاق)، حديث رقم: 14894، ص527.

² المرجع نفسه، حديث رقم: 13895، ص527.

المبحث الأول: مفهوم الطلاق التعسفي

قد يوقع الزوج الطلاق بدون أسباب مقنعة مما يلحق أضراراً بالزوجة، وهذا يناقض الحكمة التي دعت إليه لأن استعمال الطلاق ولو كان مشروعاً من حيث الأصل إلا أنه لم يشرع ليكون مصدر للضرر، وإنما شرع لتحقيق المصالح.

لتسليط الضوء أكثر على هذه النقطة يستوجب أولاً تحديد التعريف بالطلاق التعسفي (المطلب الأول) ومن ثم إبراز حكم ومعايير الطلاق التعسفي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التعريف بالطلاق التعسفي

إن الطلاق التعسفي بهذا المصطلح أمر لم يذكره الفقهاء قديماً في كتبهم، وإنما تطرقوا لمضمونه بمصطلحات وأسماء أخرى كالطلاق الحرام والطلاق المكروه، أما هذا المصطلح فكانت نشأته مع نشأة نظرية التعسف في استعمال الحق.

فالطلاق التعسفي مصطلح يطلق على كل طلاق استبد به الزوج وتأذت به الزوجة، وقد أشار إليه قانون الأسرة في المادة 52 منه دون أن يبين ما المقصود منه، ولكون الطلاق موصوفاً بكونه تعسفياً وجب تعريف الطلاق التعسفي (الفرع الأول)، ثم التطرق لصور الطلاق التعسفي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الطلاق التعسفي

أولاً: تعريف التعسف

1 / لغة: التعسّف مأخوذاً من الفعل الثلاثي "عَسَفَ"، فالعَسْفُ هو السير على غير هدىً وركوب الأمر من غير تدبر، وركوب مفازة بغير قصد، وعسف فلاناً إذا ظلمه، وعَسَفَ السلطان وأَعْتَسَفَ من ذلك¹ ورجل عسوف، إذا كان ظلوماً ولم يقصد الحق. وأعسف إذا أخذ غلامه بأمرٍ شديدٍ، وأَعَسَفَ إذا سار بالليل خبيط عشواء، والعسيف: الأجير، والعبد المستهان به، وعسف فلانة: غصبها نفسها، ومنه أيضاً: عَسَفُ الولاة واسراعهم إلى الظلم².

¹ ابن منظور، لسان العرب المجلد التاسع، ط4، دار الصادر للنشر، لبنان، 2005، ص245.

² المرجع نفسه، ص245.

يتبين من خلال تلك التعريفات أن التعسف عند اللغويين يعني أمرين إما التخبط وإما الظلم وكلاهما الإساءة والإضرار، وهذا هو لبّ التعسف.

2 / التعسف اصطلاحاً:

التعسف مصطلح حديث لم يعتمد السابقون إلى تعريفه، وقد عرفه فقهاء الشريعة والقانون المعاصرون بتعريفات عديدة من بينها:

تعريف الدكتور فتحي الدريني حيث عرفه بأنه: "مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل"، ومعنى ذلك أن يقصد المكلف في العمل المأذون فيه، هدم قصد الشارع عيناً، بأن يستعمل الحق قصد الإضرار، كأن يتذرع بما ظاهره الجواز إلى تحليل ما حرم الله¹.

ثانياً : تعريف التعسف في الطلاق

أغلب القوانين العربية تكاد تكون تخلوا نصوصها من وضع تعريف للطلاق التعسفي، ومن بين ما تم الاعتماد عليه لوضع تعريف خاص به ما يلي:

فالتعسف في استعمال الطلاق هو الخروج به عن الحكمة التي اقتضت تشريعه، بمعنى مناقضة قصد الشارع في رفع قيد النكاح حالاً أو مالا بلفظ مخصوص²، ويؤخذ من نصوص الشريعة أن من طلق زوجته من غير حاجة أو مسوّغ شرعي آثم عند الله لأنه أساء استعمال الحق الذي جعله الشارع بيده³. أو أنه إساءة استخدام الرجل حقه في إيقاع الطلاق الموكّل له شرعاً، وقد سمي الطلاق تعسفياً لأن الزوج قد استخدم صلاحيته على خلاف مقصد الشارع الذي جعلها آخر الحلول وأبغضها إليه⁴. وعليه يتضح أن المقصود بالطلاق التعسفي: "أن يطلق الرجل زوجته بدون

¹ فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، مطبعة جامعة دمشق سوريا، 1967، صص 312-316.

² بن صغير محفوظ، قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05، دار الوعي، الجزائر، 2012، ص 83.

³ محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر، عمان، 2010، ص 10.

⁴ كباب سميرة ومومن الحاج، الطلاق التعسفي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجليلي بونعامة، خميس مليانة، 2015، ص 8.

سبب أو لغير حاجة فيناقض بذلك مقصد الشارع من تشريع الطلاق وهو دفع الضرر، فيكون كل طلاق لا يحقق هذا المقصد طلاقاً تعسفياً.

ولقد نص المشرع الجزائري على الطلاق التعسفي دون أن يبين ما يقصد من ورائه إلا أنه بين آثاره كالتعويض للزوجة عن الضرر اللاحق بها، وبالتالي يتحمل تبعات الطلاق لأنه كان متعسفاً في إيقاعه¹.

ويتبين من هذا أنه لكي يكون الطلاق تعسفياً يستوجب شرطين هما:

- أن يكون مناقضاً لحكمة مشروعيه أو مؤدياً إلى مآل ممنوع شرعاً.
- أن لا يكون الطلاق بناءً على طلب الزوجة أو برضاها لأن هذا من الأسباب المعقولة².

الفرع الثاني: صور الطلاق التعسفي

أولاً : طلاق المريض مرض الموت

1- تعريف مرض الموت:

اختلف الفقهاء في تعريف مرض الموت فقال الحنفية هو: "المرض الذي أضنى المرء وأعجزه عن القيام بجوائجه، فأما من يجيء ويذهب بجوائجه فلا"³.

وعند المالكية المرض الذي اعتبروا في هذا الوضع هو: "المرض المخوف الذي يتصل بالموت"⁴.

وعند الشافعية هو: "كل ما يستعد بسببه الموت بالإقبال على العمل الصالح وقيل كل ما اتصل به الموت"⁵.

وأما الحنبلية فقالوا: "ما كان سبباً صالحاً للموت فيضاف إليه ويجوز حدوثه عنده"⁶. وعلى الرغم من أن الفقهاء الشرعيين قد عرفوا مرض الموت إلا أنهم اختلفوا في تفسيره؛ فقد فسره بعضهم بأن يكون صاحب فراش، وهو

¹ خطاب حياة ، الطلاق التعسفي وآثاره في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014 ص 29.

² بلحورابي سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية حقوق وعلوم سياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص 33.

³ ابن مودود عبد الله بن محمود الموصلي الحنفي، الإختيار لتعليل المختار، ط8، دار الكتب العلمية، بيروت، د س ن، ص 159.

⁴ النفراوي أحمد بن غنيم بن سالم المالكي، الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج2، دار الفكر، بيروت، د س ن، ص 258.

⁵ الرملي شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الشهير بالشافعي الصغير، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج8 دار الفكر، بيروت، د س ن، ص 61.

⁶ البهوتي منصور بن يونس بن ادريس، كشف القناع عن متن الإقناع، تحقيق: هلال مصطفى، دار الفكر، بيروت، د س ن، ص 323.

الذي لا يقوم بجوائحه في البيت كما يعتاده الأصحاء، وان كان يقدر على القيام بالتكاليف والذي يقضيها فيه و هو يشتكى لا يعتبر مريضا، لأن الإنسان قلما يخلو منه ذلك¹.

وقيل ان كان يخطوا ثلاث خطوات من غير ان يستعين بغيره فهو صحيح، وإلا فهو مريض .

وقيل المريض من لا يقدر على أداء الصلاة قائما، وقيل أيضا من لا يقدر أن يقوم إلا أن يقيمه غيره، وكذا قيل من لا يقدر على المشي إلا أن يتهادى بين اثنين أو من يزداد مرضه².

يتضح من تعريفات الفقهاء أنه لا بد من تحقق أمرين لاعتبار المرض مرض الموت:

- أن يكون المرض من الأمراض التي يعقبها الموت غالبا.

- أن يعقبها الموت فعلا، أما من صحَّ ثم انتكس فلا يعد مرضه الأول مرض الموت³.

أما المشرع الجزائري فإنه لم يتطرق لا في قانون الأسرة ولا في القانون المدني لتعريف مرض الموت ولكنه اعتبر الهبة وجميع التصرفات التي يقصد منها التبرع، والتي تجري أثناء ذلك وصية فنصت عليه المادة 204 من ق أ ج⁴ : " الهبة في مرض الموت ظن والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية ". ونص في المادة 776 من ق م ج : " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطي إلى هذا التصرف وعلى الورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ولا تحتج على الورثة بتاريخ العقد اذا لم يكن التاريخ ثابتا..."⁵.

كما يمكن لمرض الموت أن يحدث عجز للإنسان تمكنه من عدم متابعة أعماله المعتادة، ويغلب فيه الهلاك

ويعت في تلك الحالة قبل مرور سنة، فإن امتد مرضه وهو على حالة واحدة دون ازدياد سنة أو أكثر تكون تصرفاته

كتصرفات الصحيح⁶.

¹ نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، دار الهدى، عين مليلة- الجزائر، 2008، ص 5 .

² المرجع نفسه، ص 5 .

³ ساجدة عفيف عتلي، الطلاق التعسفي والتعويض عنه في الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، مذكرة شهادة ماجستير في الفقه والشريعة جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2011، ص ص 69-70.

⁴ القانون رقم 11/84، مؤرخ في 09 جوان 1984، متضمن قانون الأسرة الجزائري، ج ر ج ج، عدد 24، صادر في 12 جوان 1984. معدل ومتمم، بموجب أمر رقم 02/05، مؤرخ في 27 فيفري 2005، ج ر ج ج، عدد 15، صادر في 27 فيفري 2005. موافق بموجب قانون رقم 09/05، مؤرخ في 04 ماي 2005، ج ر ج ج، عدد 43، صادر في 22 جوان 2005.

⁵ المادة 776 من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

⁶ خلاف عبد الوهاب، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط 2، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1990، ص ص 239-

ورغم الفراغ التشريعي بخصوص تعريف المريض مرض الموت لم يقف القضاء الجزائري عاجزا على ذلك فقد استقر مجلس الأعلى من خلال قراره الصادر في 1984 / 04 / 09 : على أنّ مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير وإن كان خطيرا ويجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه ويجب على القاضي إثبات وقت التصرف¹.

2- حكم طلاق المريض مرض الموت

لم يثبت في الكتاب لا في السنّة الصحيحة حكم طلاق المريض مرض الموت، إلاّ أنّه قد ثبت عن الصحابة - رضي الله عنهم - أنّ عبد الرحمان بن عوف طلق تماضر بنت الأصبع الكلبية في مرضه الذي مات فيه، فورثها منه عثمان بن عفان - رضي الله عنه - ولهذا ورد أنّ ابن عوف نفسه قال: " ما طلقتهما ضرارا ولا فرارا"².
واختلف الفقهاء فيما لو طلق المريض زوجته التي هي أهل للإرث في حال مرض الموت بغير طلبها، ثم مات في ذلك المرض، وللفقهاء في هذه المسألة قولان:

المذهب الأول:

إن الزوجة ترث زوجها إذا طلقها في مرض موته، ومات وهي في عدّتها، إذا كان الطلاق بائنا. وذهب إلى ذلك أبو حنيفة وأحمد والشافعي في القديم³.
قال الزيلعي: " إذا مات بعد انقضاء عدّتها لا ترث، وقوله في مرضه تقييد للبائن"⁴.
وقال الشر بيني: " ترثه، وبه قال الأئمة الثلاثة، لأن في تطليقها بغير اختيارها ما يدل على قصده من الإرث فيعاقب بنقيض قصده"⁵.
وقال ابن قدامة: " وإن كان الطلاق في المرض المخوف، ثم مات من مرضه ذلك في عدّتها ورثته ولم يرثها إن ماتت"⁶.

¹ قرار رقم 33719، مؤرخ في 1984/04/09، غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، عدد غير منشور، ص 214.
² الطهطاوي علي أحمد عبد العال، تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص 117.
³ الزيلعي عثمان بن علي بن محجن البارعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، د س ن، ص 246.
⁴ المرجع نفسه، ص 246.
⁵ الشربيني شمس الدين محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، بيروت، د س ن، ص 388.
⁶ ابن قدامة موفق الدين عبد الله بن أحمد، المغني، دار إحياء التراث العربي، د ب ن، 1985، ص 268.

المذهب الثاني:

لا ترث الزوجة إذا طلقها في مرض موته، ومات في عدتها إذا كان الطلاق بائنا وهو مذهب الشافعي في الجديد¹، وبه قال عبد الله بن الزبير، وربما أضيف إلى عبد الرحمان بن عوف وكثيرا من أهل الآثار. حيث قال عبد الله بن الزبير: "لو كنت أنا لم أر أن ترث مبتوتة" فقيل معناه لم يبلغ اجتهادي أن ترث مبتوتة².

أدلة القول الأول:

أ / الإجماع : عن عثمان بن عفان أنه ورث تماضر بنت الأصبع الكلبية من عبد الرحمان بن عوف من طلاقها في مرضه، ومات وهي في العدة بمحضر من الصحابة - رضي الله عنهم - فلم ينكر أحد عليه، فكان إجماعا وقال: "ما أهتمته ولكن أردت السنة"³.

ب / المعقول: هذا القول فيه دفع للضرر القائم على الزوجة لمنعها من الإرث فيعامل الزوج بنقيض قصده فيثبت لها الزوجية حكما، وتستحق الإرث⁴.

أدلة القول الثاني:

أ / الأثر : سأل عبد الله بن الزبير عن الرجل يطلق المرأة فيبتهها ثم يموت وهي في عدتها. فقال عبد الله بن الزبير: "طلق عبد الرحمان بن عوف ابنة الأصبع الكلبية فبتهها ثم مات وهي في عدتها فورثها عثمان". ثم قال: "وأما أنا فلا أرى أن ترث المبتوتة"⁵.

ب / المعقول : أن الزوجية قد انقطعت أثارها وذلك بانقطاع سببها ولا عدّة له عليها⁶.

القول الراجح:

أميل إلي القول الأول وهو توريث المطلقة ثلاثا في مرض موت زوجها بشرط استمرارها في العدة، أما إذا إنقضت فلا ميراث لها. العدل يقتضي إعطاء كل ذي حق حقه، فالمرأة حين مرض زوجها وقرب على الهلاك، وبدأت

¹ الشريبي، المرجع السابق، ص388.

² الماوردي أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، د ب ن، 1999، ص277.

³ الدراقطني أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن نعمان بن دينار البغدادي، سنن الدراقطني، مؤسسة رسالة بيروت

2003، ص112، الحديث رقم:4049، قال الألباني: اسناده صحيح ورجاله ثقافت وقال هذا سند صحيح على شرط البخاري.

⁴ الزيلعي، المرجع السابق، ص246.

⁵ الصنعاني عبد الرزاق، المصنف، ط2، المكتب الإسلامي، بيروت، د س ن، ص61، الحديث رقم:12192.

⁶ الشريبي، المرجع نفسه، ص388.

حالته تتدهور وأخذت تصدر منه أفعال تضر بالآخرين، كطلاق زوجته مع حاجته إليها وإلى خدمته توفيراً للمال لأولاده وقطعاً لميراثها، فيعامل بعكس ما قصده وترث منه إن مات ما دامت في العدة.

ثانياً : الطلاق من غير مبرر شرعي

1- تعريف في الطلاق بدون سبب:

إن فكرة الطلاق التعسفي كما بينا سابقاً قائمة على أساس عدم وجود مبرر أو سبب معقول للطلاق حيث أن الطلاق جائز ومشروع، وأنه تصرف انفرادي وحق للرجل والإنسان إذا تصرف بحقه فلا ضمان عليه و لا مسؤولية لكن إذا أساء الشخص في استعمال حقه وتعسف فيه وتجاوز الحدود المرسومة له واستغل هذا الحق في إيذاء غيره وإلحاق الضرر به، فإن الشرع والقانون لا يقرون له بذلك، وبالتالي يؤاخذ به بفرض عليه الضمان أو التعويض بناءً على نظرية التعسف في استعمال الحق¹.

2- حكم التعسف في الطلاق بدون سبب :

لم يتطرق الفقهاء القدامى لبيان التعسف في الطلاق ولعل السبب في ذلك عدم وقوعه في عصرهم، وذلك لقوة الوازع الديني عند المسلمين في ذلك الوقت ولترفعهم عن ابقاء الطلاق من غير سبب و عن ظلم المرأة، ولقد قرر عامة الفقهاء أن الأصل في الطلاق الحظر لا الإباحة لظاهر النصوص التي تنحدر من الطلاق وتنهى من وقوعه لغير سبب مشروع²، ولأن فيه كفراناً لنعمة النكاح الذي تعلق به المصالح الدينية لا الدنيوية لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾³.

وإنما أبيح عند الحاجة والخلاص من الضرر مخافة عدم إقامة حدود الله، فإن لم تكن الحاجة المبيحة له شرعاً بقي على أصله من الحظر لما فيه من إضرار على الزوجة والأولاد لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَطَعْتُمْ بَلَغُوا حُلُمًا لَا يَأْتِيَنَّكُمْ سَبِيلًا﴾⁴.

أما الفقهاء المحدثون فقد اختلفوا في اعتبار التعسف في الطلاق دون سبب على مذهبين:

¹ الزحيلي محمد ، التعويض المالي عن الطلاق، دار المكي للطباعة والنشر والتوزيع، سورية، 1998، ص ص 31-32.

² خطاب حياة، المرجع السابق، ص 38.

³ سورة الروم، الآية 21.

⁴ سورة النساء، الآية 34.

المذهب الأول:

ذهب عامة الفقهاء المحدثين إلى القول بأن من طلق زوجته من غير حاجة أو مسوغ شرعي فقد تعسف في استعمال حق الطلاق الذي وضعه الله تعالى لأنه يكون بذلك قد أضرّ بالزوجة وأهلها وأولادها والمجتمع والضرر ممنوع، كما أنه مقصد الشارع من مشروعية الطلاق.

المذهب الثاني:

ذهب الفقهاء المحدثون إلى القول بأن من طلق زوجته من غير حاجة أو سبب مشروع لا يعتبر متعسفا في استعمال حق الطلاق مع القول بأنه يكره الطلاق إذا كان من غير حاجة أو سبب مشروع بناء على أن الأصل في الطلاق الإباحة، وأنه حق للزوج له حرية التصرف فيه¹.

المطلب الثاني: حكم ومعايير الطلاق التعسفي

الفرع الأول: حكم الطلاق التعسفي

اختلف الفقهاء في امكانية تحقق التعسف في طلاق الرجل لزوجته، وذلك بناء على الاختلاف في حكم أصل الطلاق فيما إذا كان الحظر أو الإباحة على مذهبين:

أولاً: القول الأول :

أن الأصل في الطلاق الإباحة، وأنه مشروع في نفسه إلا أن المنع فيه لغيره من الفساد والوقوع في المحرم، وبه قال السرخسي من الحنفية والقرطبي من المالكية وابن قدامة من الحنابلة.

حيث قال السرخسي: " أن حكم الطلاق مباح"، وذهب إليه القرطبي فقال: " دل الكتاب والسنة وإجماع الأمة على أن الطلاق مباح غير محذور". وقال أيضا ابن قدامة: " وأجمع الناس على جواز الطلاق، والعبارة دالة على جوازه فإنه ربما فسدت الحال بين الزوجين، فيصير بقاء النكاح مفسدة محضة، وضررا مجردا بإلزام النفقة والسكنى وحبس المرأة مع سوء العشرة والخصومة الدائمة من غير فائدة، فافتض ذلك شرع ما يزيل النكاح لتزول المفسدة الحاصلة منه"².

¹ خطاب حياة، المرجع السابق، ص 39.

² السرخسي محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، دار المعارف، د ب ن، 1989، ص 2.

ثانيا: القول الثاني:

يرى بعض الفقهاء أن الأصل في الطلاق الحظر، ويباح عند الحاجة إليه. حيث يقول فيه ابن همام الحنفى: "إن الأصل في الطلاق هو الحظر، بما فيه من قطع النكاح الذي تعلق به المصالح الدينية والدينية، والإباحة للحاجة إلى الخلاص"¹، وقال ابن عابدين: "وأما الطلاق فإن الأصل فيه الحظر بمعنى أنه محظور لعارض يبيحه"².
جاء في بدائع الصنائع: "أن حكم الطلاق الأصل فيه الحظر والكرامة إلا أنه رخص فيه التأديب أو للخلاص من معيشة يشق احتمالها"³، وجاء في فتاوي ابن تيمية: "أن الأصل في الطلاق الحظر، وإنما يبيح منه قدر الحاجة"⁴.

ثالثا: أدلة أصحاب القول الأول (الإباحة):

1 - الأدلة من القرآن الكريم:

قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لهنَّ فَرِيضَةً﴾⁵.

وجه الدلالة: قال أبو جعفر: يعني - تعالى ذكره - لا حرج عليكم إن طلقتم النساء.

وقوله تعالى: ﴿طَلَّقْتُمُنَّ لِحَدِيثٍ﴾⁶. فالآيات هنا تفيد إباحة الطلاق ولا جناح على الزوج في ايقاعه.

2 - الأدلة من السنة:

إن الرسول - صلى الله عليه وسلم - طلق حفصة - رضي الله عنها - حتى نزل عليه الوحي يأمره أن يراجعها فإنها صرامة قوامة، والنبي لا يفعل المحذور، كما طلق بعض الصحابة - رضوان الله عليهم - زوجاتهم فلم ينكر الرسول عليهم ذلك، فقد طلق عمر - رضي الله عنه - أم عاصم، وطلق عبد الرحمان بن عوف تماضر، والمغيرة بن شعبة - رضي الله عنه - حيث كان له أربعة نسوة فأقامهن بين يديه صفا وقال: "أنتن حسان الأخلاق ناعمات الأرداف طويلات الأعناق إذهبن فأنتن طلاق"، فدل ذلك على أنه مباح⁷.

¹ ابن همام كمال الدين بن عبد الواحد، فتح القدير، دار الفكر، د ب ن، د س ن، ص 472.

² ابن عابدين محمد أمين بن عمر، رد المحتار على الدر المختار العلمية، دار الكتب، د ب ن، 1992، ص 277.

³ الكساني أبوبكر مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط6، دار الكتب العلمية، 1986، ص 96.

⁴ ابن تيمية تقي الدين، مجموع فتاوي ابن تيمية، مجمع الملك فهد، دار الكتب، د ب ن، 1990، ص 81.

⁵ سورة البقرة، الآية 236.

⁶ سورة الطلاق، الآية 01.

⁷ السرخسي، المرجع السابق، ص 2.

رابعاً: أدلة أصاب القول الثاني (الحظر)

1 - الأدلة من القرآن الكريم:

قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَطَعْتُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ﴾¹.

وجه الدلالة : قال الطبري إذا أطاعتك فلا تتجن عليها العلل.

2- الأدلة من السنة : عن أبي قلابة قال : قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : " أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة " ².

القول الراجح:

الأصل في الطلاق الحظر فلا ينبغي للزوج أن يوقع الطلاق إلاّ لحاجة ملّحة، فإيقاع الطلاق بلا سبب فيه إيذاء للزوجة وإضرار بها، ويكون بذلك متعسفا في طلاقه.

والذي يؤخذ من نصوص الشريعة أن من أوقع الطلاق لغير حاجة إلى الخلاص فطلاقه واقع وهو آثم شرعا وإثمه دليل أنه أساء استعمال الحق الذي جعله له الشارع. ولم يستعمل حقه على وجه المشروع، وإذا كان إثمه دليلاً على إساءته استعمال الحق فكل مطلق آثم شرعا بإيقاع طلاقه فهو مسيء استعمال حقه، فإذا ترتب ضرر للمطلقة يلزم تعويض هذا الضرر، أما إذا طلق لحاجة إلى الخلاص أو لم يترتب للمطلقة ضرر فلا تعويض.

الفرع الثاني : معايير الطلاق التعسفي

التعسف هو اساءة استعمال الحق بحيث يؤدي إلى الإضرار بالغير دون تحقيق فائدة لصاحب الحق أو لأن الفائدة أقل من الضرر اللاحق أو لأن صاحبه قصد عند استعماله لحقه الإضرار بالغير وهذا وفقاً لنص المادة 124 مكرر من

ق م ج: " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،

¹ سورة النساء، الآية 34.

² الترمذي محمد بن عبد الله بن سورة، سنن الترمذي، تحقيق أحمد محمد شاكر وأخرين، دار احياء التراث العربي، بيروت، د س ن، ص 485، حديث رقم: 1187.

- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ بالغير،

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة¹.

وجاء في نص المادة 52 من ق أ ج: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"².

وجاء أيضا في المادة 49 من ق أ ج التي تنص على أنه: "لا يثبت الطلاق إلاّ بحكم بعد عدة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى"³.

من خلال فحص مواقف الطرفين يتمكن القاضي من الموازنة بين الدافع إلى استخدام الزوج لحق الطلاق وبين الآثار المترتبة عن هذا الاستعمال، وقد قضت محكمة سعيمة من خلال حكمها الصادر في 2009/07/01 إلى اعتبار الطلاق الواقع بين الطرفين تعسفا وذلك نظرا لتصميم الزوج على الطلاق في محاولتي الصلح التي سعت من خلالها المحكمة إلى الصلح دون سبب جدّي ومعارضة الزوجة له في ذلك بالمطالبة بالرجوع إلى بيت الزوجية مما يجعل طلبها للتعويض مؤسسا بتعيين الاستجابة له لجبر الضرر اللاحق بها⁴.

وبناء على ما سبق يمكن اجمال معايير التعسف في طلاق دون سبب فيما يلي:

أولا: المعايير الذاتية أو الشخصية:

ويتمثل في النية أو الباعث، وهذا المعيار يشمل حالة قصد المطلق الإضرار بالغير والسعي وراء مصلحة غير مشروعة⁵.

1 / معيار قصد الإضرار : إن الزوج الذي يوقع الطلاق على زوجته دون سبب شرعي ولغير حاجة تدعو اليه ولم يصدر منها ما يدفعه لإيقاع الطلاق فإنما يقصد بتصرفه الإضرار بها وبأهلها للقرينة الدالة على ذلك، وهي عدم وجود مبرر شرعي يحمله على الطلاق فإذا اتمحص قصد الإضرار منه يكون تعسفا في استعمال حقه المشروع⁶.

¹ المادة 124 من قانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

² المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

³ المادة 49، المرجع نفسه.

⁴ خطاب حياة، المرجع السابق، ص ص 39-40.

⁵ كياب سميرة ومومن الحاج، المرجع السابق، ص 11.

⁶ المرجع نفسه، ص 11.

2 / معايير المصلحة غير المشروعة: شرع الطلاق ليكون حلا سليما للخلافات الزوجية التي يتعذر معها استمرار الحياة الزوجية ولم يشرع الطلاق إلا لهذا المقصد فإن كان لغير سبب فإنه يكون متعسفا¹.

ثانيا: المعايير الموضوعية أو المادية:

1 / معيار اختلال التوازن بين المصالح المتعارضة:

إن قيام الزوج بإيقاع الطلاق لسبب غير معقول ولا مقبول، ولو كان يحقق له مصلحة ضئيلة لا تناسب مع الضرر المترتب عن الطلاق، فإنه يكون متعسفا لأن الضرر الناجم عن الطلاق أشد وأعظم من الحياة الزوجية.

2 / معيار الضرر الفاحش:

إن قيام الزوج بتطليق زوجته من غير مسوغ شرعي ودون حاجة فيه ضرر فاحش للزوجة من فقدان المعيل بعد أن كانت نفقتها على زوجها وأصبحت فرصة الزواج مرة أخرى ضئيلة، وبالتالي ستعاني من آلام الوحدة بالإضافة إلى النظرة المححنة في حقها من أفراد المجتمع².

¹ خطاب حياة، المرجع السابق، ص 41.

² المرجع نفسه، ص ص 41-42.

المبحث الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي

إن التعويض عن الضرر أمر مقرر شرعا وعقلا وقانونا وعرفا، وبالتالي جبرا للضرر ورعاية الحقوق وزجرا للمعتدين، وتوفيرا للاستقرار وتحقيقا للعدل.

ولبيان مضمون التعويض عن الطلاق التعسفي استوجب أولا معرفة مفهوم التعويض (المطلب الأول) ومن ثم التطرق إلى التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه (المطلب الثاني)، يليها فيما بعد التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون الجزائري (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مفهوم التعويض

من الأحكام الشرعية أن الزوجة المطلقة طلاقا تعسفيا الحق في نفقة العدة، نفقة الإهمال، نفقة المتعة وكذلك التعويض فقد يحكم لها من جراء الطلاق التعسفي.

ولتسليط الضوء أكثر على لفظ التعويض لما له من استعمالات ومرادفات لغوية واصطلاحية متعددة، وبالتالي يستلزم علينا أولا تعريف التعويض (الفرع الأول)، ومن ثم ذكر طرق التعويض وكيفية تقديره (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف التعويض

أولا: تعريف التعويض لغة: من العوض وهو البديل، ويقال عوضته تعويضا أي أعطيته بدل ما ذهب منه.

ثانيا: تعريف التعويض اصطلاحا: هو دفع ما وجب من بدل مالي بسبب إلحاق ضرر بالغير.

أو هو دفع بدل مصدر قضاء للمرأة التي طلقها زوجها بلا سبب معقول أو غير مصرح به¹.

أو هو ما يعطى للمضروب لجبر الضرر الذي لحق به أو هو المال الذي يحكم به على من أوقع ضررا على الغير².

فالحكم القاضي بالتعويض للزوجة، يكون على أساس الضرر الذي يلحق بها من زوجها وعلى الزوجة أن

تثبت الضرر الذي لحق بها بكافة وسائل الإثبات، حتى يحكم القاضي لها بالتعويض عنه³.

¹ الشلتوني أنور، المتعة والتعويض عن الطلاق، مجلة الدراسات الإسلامية، المجلد العاشر، الأردن، 2014، ص 263.
² نذير سعاد، التطبيق في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل الماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ألكلي محند أولحاج، البويرة، 2012، ص ص 17-18.

³ المرجع نفسه، ص ص 77-78.

وهذا ما ذهب اليه القضاء الجزائري، حيث جاء في قرار المحكمة العليا في 1996/04/23 :

من المقرر قانوناً أنه يجوز للزوجة طلب التطليق مع التعويض استناداً على وجود ضرر معتبر شرعاً. ولما ثبت - في قضية الحال - أن القضية تتعلق بزواج تام الأركان إلا أن الزوج تأخر عن الدخول بزواجه لمدة 5 سنوات فإنه بذلك يعتبر تعسفاً في حقها، ويبرر التعويض الممنوح لها مما يتعين رفض الطعن¹.

لم يتعرض المشرع الجزائري لتعريف التعويض بوضع نصوص محددة تبين تعريفه، وإنما تعرض مباشرة لبيان طريقته وتقديره عند تعرضه للحديث عن جزاء المسؤولية، وذلك ربما يرجع إلى أن التعويض معناه واضح لا يحتاج إلى زيادة إيضاح، فهو يعني عندما يلزم به المسؤول في مسؤولية مدنية تجاه من أصابه بضرر فهو جزاء المسؤولية أي أنه إذا وقع عمل غير مشروع نشأ عنه حق في تعويض الضرر الذي نجم عنه²، أي مقابلة هذا الضرر بمال عوضاً عنه. وهو على نحو ما جاءت به المادة 124 من ق م ج: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه وسبب ضرر للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض"³.

ثالثاً: تعريف التعويض فقهاً:

فقهاء الشريعة الإسلامية لا يستعملون اصطلاح التعويض عند الحديث عن جبر الضرر، وإنما يستعملون اصطلاح الضمان أو التضمين بدلا عن اصطلاح التعويض.

فقد ورد الضمان بمعنى التعويض على لسان الفقهاء ومن ذلك ما ذكره الإمام الغزالي من أن الضمان هو: "واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة".

وذكر الشيخ بعلي الخفيف أن الضمان بمعناه الأعم في لسان الفقهاء هو: "شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل، والمراد ثبوته فيها مطلوباً أداؤه شرعاً عند تحقق شرط أدائه".

وعرفه مصطفي الزرقا بأنه: "الترم بتعويض مالي عن ضرر للغير".

¹ نذير سعاد، المرجع السابق، ص 78 .

² بن الصغير محفوظ، المرجع السابق، ص ص 125-126.

³ المادة 124 من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

فموجب التعويض في الفقه الإسلامي هو الواقعة الناشئة للحق في التعويض، أي الواقعة التي كانت سببا لنشوء الحق في التعويض. ومن جملة ما سبق بيانه يمكن تعريف التعويض بأنه عقوبة مالية تجب على الطرف الذي أوقع الضرر بالطرف المتضرر، لما أصابه من ضرر نتيجة استعمال الطرف الأول لحقه بوجه غير مشروع. أو المال الذي يحكم به على من أوقع ضرراً على غيره في نفس أو مال¹.

الفرع الثاني: طرق التعويض وكيفية تقديره

أولاً: طرق التعويض:

طبقاً لنص المادة 132 من ق م ج: "يعين القاضي التعويض تبعاً للظروف ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً"².
ويقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناءً على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعلانات تتصل بالفعل غير المشروع³.

1/ التعويض العيني:

هو إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل الضار فهو يزيل الضرر الناشئ عنه. كما يمكن تصور التعويض في المسؤولية التقصيرية في مجال الطلاق التعسفي إذا كان الزوج قد استولى على أموال الزوجة بسبب رابطة الزوجية مثل سلبها لأموالها، فإن التعويض العيني يكون بإرجاع هذه الأموال إلى الزوجة وقد يكون الضرر متمثل في إشاعة كذبة عنها اتخذت طريق النشر مما يشوه سمعتها، فيمكن للقاضي بناءً على طلب المضرور أن يلزمه بتكذيب ما قاله ويكون بمثابة تعويض عيني.

والقاضي ليس ملزماً أن يحكم بالتنفيذ العيني ولكن يستعين به إذا كان ممكناً وطالب به الدائن كما لا يتقيد المضرور بتقدير أي نوع من أنواع التعويض قبل الآخر فله أن يبدأ بالمطالبة بأيهما وحسب ما يشاء وعلى ما يراه أنفع

¹ بن الصغير محفوظ، المرجع السابق، ص 128.

² المادة 132 من القانون المدني، المرجع السابق.

³ الزحيلي محمد، المرجع السابق، ص 48.

له، وكذلك يجوز للمسؤول أن يعرض التعويض العيني فيقضي به عليه غير أنه في كثير من الأحوال ولاسيما الضرر الذي يتعذر التعويض العيني فيتعين الالتجاء إلى التعويض النقدي كتعويض بديل¹.

2/ التعويض النقدي:

غالبا يكون التعويض بمقابل نقدي وقد يكون بمقابل غير مالي، وذلك في الأحوال التي يتعذر على القاضي الحكم بالتنفيذ العيني في المسؤولية التقصيرية فلا يكون أمام القاضي إلا الحكم بالتعويض النقدي كما في حالات السب والقذف، حيث يجوز للقاضي أن يأمر على سبيل التعويض بنشر حكم إدانة المدعي عليه في الصحف وهو بمثابة تعويض بمقابل غير نقدي؛ أما التعويض النقدي فهو الصورة الغالبة للتعويض في المسؤولية التقصيرية ويتمثل في المبلغ المالي يمكن تقويمه بالنقد، والأصل أن يكون التعويض نقديا أي مبلغا معينا يعطي للمضرور أو على أقساط وإما أن يكون إيرادا مرتبا له مدى الحياة أو مدة معينة².

ولقد نصت المادة 131 من ق م ج على أنه: "يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير"³.

ثانيا: كيفية تقدير التعويض:

يتحدد التعويض على أساس الضرر الذي لحق المضرور وبحسب المادة 182 من ق م ج فإنه: "إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أ في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد"⁴.

من خلال المادة 182 من ق م ج يتضح أن التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب

يشمل التعويض عن المسؤولية التقصيرية لكل ضرر مباشر سواء كان ماديا أو معنويا متوقعا أم لا، في حين

أن التعويض في المسؤولية العقدية لا يكون إلا عن الضرر المباشر المتوقع.

¹ خطاب حياة، المرجع السابق، ص 55.

² المرجع نفسه، ص 56.

³ المادة 31 من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

⁴ المادة 182، المرجع السابق.

ولكن التعويض إذا كان يشمل كل ضرر مباشر فإنه يقتصر عليه وحده ولا يمتد في أي حال إلى الضرر غير المباشر، بحيث يملك سلطة اختيار التعويض التي يراها أكفل من غيرها بجبر الضرر¹.

ويسترشد في ذلك بطلبات المصاب والظروف والأحوال وهو ما نصت عليه المادة 132 من ق م ج فقرة 2 التي نصت على: "ويقدر التعويض بالنقد على أنه يحوز للقاضي تبعاً للظروف وبناءً على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض بأداء بعض الإعلانات تتصل بالفعل غير المشروع"².

يتضح من المادة أن القاضي يراعي في تقدير التعويض للظروف الملازمة لوقوع الضرر أي الظروف لوقوع الضرر أي الظروف الشخصية التي تتصل بحالة المضرور الأصلية والعائلية، والتي تدخل في تحديد الضرر الذي أصابه ولاسيما ظروفه المالية، فالضرر يقدر ذاتياً أو شخصياً بالنظر إلى المضرور بالذات لا على أساس مجرد غير أنه يجب ألا يتجاوز التعويض مقدار الضرر بمعنى أن يكون هناك تناسب بين الضرر والتعويض.

لقد جاء في قرار المحكمة العليا الصادرة في 1970/10/21 ما يلي: "إن منح قضاة الموضوع تعويضاً للمتضررة من أي إجراء هو مسألة وقائع متروك تقديرها للقضاة وحدهم دون رقابة عليهم"³.

المطلب الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه

لقد أشرنا فيما سبق أن الفقهاء القدامى لم يتطرقوا لموضوع الطلاق التعسفي ولا لموضوع التعويض عنه وذلك بإقرارهم لاستحقاق المطلقة المتعة عموماً كتعويض لها عن الطلاق التعسفي وهو ما جعل الفقهاء المعاصرين يختلفون في حكم التعويض عدا المتعة في حال الطلاق التعسفي.

الفرع الأول: القائلون بالتعويض عن الطلاق التعسفي

ذهب فريق من العلماء المعاصرين إلى أنه إذا أوقع الزوج الطلاق دون سبب معقول ومجرد تعنت من كان متعسفاً في استعمال حقه وجزاء التعسف هنا هو التعويض المالي وقد استدل هؤلاء بما يلي:

¹ خطاب حياة، المرجع السابق، ص 57.
² المادة 132 ف2 من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.
³ نقلاً عن: خطاب حياة، المرجع نفسه، ص 57-58.

- إن الطلاق إنما أبيض حاجة. فمن أوقعه بغير حاجة إلى الخلاص فطلاقه واقع وهو آثم شرعاً وإثمه دليل على أنه أساء استعمال حقه، وبالتالي استوجب التعويض عن ما أوقعه من ضرر بالمطلقة¹.

ويرد على هذا د/ زكي الدين شعبان بقوله: "صحيح أن الأصل في الطلاق هو الحظر والمنع ولا يباح إلا الحاجة، لكن هذه الحاجة تقديرية قد تكون نفسية لا تجرى عليها وسائل الإثبات، فالطلاق من هذه الناحية يشبه ما يسمى في القانون بالحق التقديري، وهو الذي يكون صاحب الحكم الوحيد في تقدير الواجب الملقى على عاتقه حين يستعمل هذا الحق. والحق التقديري لا يوصف من يستعمله بالتعسف ولا يؤدي استعماله إلى مسؤولية صاحبه تطبيقاً التعسف في استعمال الحق وذلك لخروجه لاعتن نطاق هذه النظرية².

- العمل بمبدأ السياسة الشرعية العادلة التي تمنع ظلم المرأة وتعويضها للفاقة والحرمان بسبب تعنت الزوج.

- قياس التعويض على المتعة المعطاة للمطلقة والتي أوجبها بعض الفقهاء واستحبها بعضهم و رغب فيه القرآن وجعلها بالمعروف فيترك تقديرها للقاضي بحسب العرف. وفي الرد على هذا يقول سامي صالح فيه أن المتعة قررتها الشريعة الإسلامية لكل مطلقة سواء أكانت غنية أو فقيرة كما أنها جبراً لوحشتها، ولا نبحت في المتعة عن سبب الطلاق وهي من باب الفضل و الإحسان ودوام العشرة، وأما التعويض فإنه عقوبة وليس من باب الفضل والإحسان بين الزوجين فلا يصح قياسه عليها.

- قياس التعويض في الطلاق التعسفي على توريث المرأة المبتوتة في مرض موت زوجها، حيث أنه كان متعسفاً في طلاقها في مرض موته لقصد حرمانها من الميراث، وكذلك من طلق زوجته دون مبرر مقبول فهو متعسف ويجب عليه التعويض³.

- القول بالتعويض فيه زجر للمطلقة بغير سبب، فلا يقدم عليه إلا بعد الكثير من التأمل والتروي.

يقول د/زيدان إن الردع يتحقق بالتربية والتوجيه وغرس العقيدة في النفوس، أما الردع بإيجاب العقوبة قد يمنع وقوع الطلاق لكن لا يمكن تحقيق الطمأنينة والاستقرار.

¹ خلاف عبد الوهاب، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، ط2، دار القلم، الكويت، 1990، ص 142.

² شعبان زكي الدين، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات جامعة قاريونس، 1993، ص 381.

³ ساجدة عفيف العتيبي، المرجع السابق، ص ص 101-102.

في هذا يقول الدكتور زيدان إن السبيل الوحيد لمنع الزوج من التعسف في استعمال الطلاق هو تقوية معاني الإيمان في قلبه وتفهمه بأحكام الإسلام لاسيما المتعلقة بالعلاقات الزوجية، وبما أوجبه الشرع من حسن معاشرة الزوجة وإشاعة معاني الإسلام العامة ومقاصده في الزواج وتذكير الزوج بأنه إذا تعسف في استعمال حقه في الطلاق بأن يطلقها دون مبرر شرعي ملحقاً بالأذى والضرر بها، فإنه يسأل عن فعله هذا مسؤولية دينية يوم القيامة لأن من أصول الإسلام لا ضرر ولا ضرار¹.

- لأن في الطلاق التعسفي ضياعاً لمستقبل الزوجة وتقويتاً لفرص لها قد لا تعود، والقاضي منوط به إنصاف المظلومين فعليه معاقبة من يسئ التصرف سواء كان ذلك في ماله أم في طلاقه، فمن طلق زوجته و أصابها ضرر من جراء ذلك أو لم يكن هناك سبب شرعي يدعوا إليه، فالطلاق تعسفي يجب فيه التعويض².

- قياس التعويض على الخلع، حيث يجوز للزوج أن يأخذ من زوجته ما يتفقان عليه من مال إذا خالغته ولم رضيا بفراقها مختاراً له، إضافة إلى جوازها للمطالبة بالتعويض إذا طلقها بغير رضاها³.

الفرع الثاني: المانعين للتعويض عن الطلاق التعسفي

ذهب فريق من العلماء إلى عدم الأخذ بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي، حيث استدل أصحابه بجملة من الأدلة فيما يلي أبرزها:

- إن الطلاق حق مباح للزوج في الشريعة الإسلامية، حيث لا يتقيد في استعماله بوجود الحاجة التي تدعوا إليه، فمن طلق زوجته دون سبب ظاهر فهو مستعمل لحقه الشرعي ولم تكن منه إساءة تستوجب مسؤولية عن الضرر الذي يلحق الزوجة بسبب الطلاق.

- إن التعويض عن الأضرار بالمطلقة فهو التزام للرجل بأن يعاشر زوجة لا ينسجم معها فيعيش مع من لا يجب ويكون كارها لها مما يبعد الزوج عن مقاصده.

¹ زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة، بيروت، د س ن، ص 359.
² الصابوني عبد الرحمان، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، ط2، دار الفكر، بيروت، 1968، ص 119.
³ ساجدة عفيف الغتيلي، المرجع السابق، ص 103 .

- إن الزوجة حين تزوجت تعلم أن للزوج الحق في إيقاع الطلاق عليها وتعلم ما يترتب عن الطلاق من نتائج، فلا يجوز لها أن تتظلم وتطالب بالتعويض¹.

- ما يترتب عن الطلاق من التبعات المالية كدفع مؤخر للصدّاق ونفقة العدة والمتعة لمن تجب لها من المطلقات يعد تعويضا للزوجة عن الضرر الذي يكون قد لحقها بسبب الطلاق.

- حرمت الشريعة الإسلامية أخذ مال المسلم بغير حق، واشترطت لإباحته أن يكون بطيب نفس من صاحبه ورضا تام في التنازل عنه لغيره، لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾².

- إن القول بالتعويض سيؤدي إلى تقاذف التهم لإثبات التعسف، وسيعود الضرر الأكبر في ذلك على المرأة فضلا عن أن هذه التهم ستؤدي إلى العداوة بين العائلات³.

الفرع الثالث: مناقشة أدلة مجيزي التعويض عن الطلاق التعسفي وموانعيه

أولا: مناقشة أدلة مجيزي التعويض عن الطلاق التعسفي

إن القول بقياس التعويض عن المتعة هو قياس مع الفارق لأن المتعة جاءت بنص خاص ظاهر الدلالة على وجودها، أما التعويض فهو جزء في نظرية التعسف قررتها الشريعة الإسلامية للمرأة فأخذ المطلقة للتعويض دون إثارة أسباب الطلاق ودوافعه كما في التعويض الذي يسمح له القانون بذلك حتى يدفع عن نفسه التعويض، فإن كانت الأسباب معقولة كلف بإثباتها وإذا فعل يعفى من التعويض⁴.

إن القول بأن الطلاق بلا سبب إساءة استعمال الحق يوجب التعويض فيرد عليه بأن الطلاق مشروع وهو حق للزوج واستعمال الإنسان لحقه لا يوجب التعويض، ولكن إذا أدى إلى إلحاق الضرر بالغير فيجب التعويض⁵.

أما قياس التعويض عن الطلاق دون سبب على طلاق المريض مرض الموت فيرد عليه بأنه قياس مع الفارق أيضا، إذ أن الميراث للزوجة حق ثابت من جهة الشارع ولما أراد الزوج حرمانها منه عوقب بنقيض قصده، فتوريتها ليس

¹ رحاب الحمدي حميد المطيري، الإضرار بالمطلقة والتعويض عنه، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية الرياض 2014، ص 34.

² سورة النساء، الآية 29.

³ رحاب الحميدي حميد المطيري، المرجع نفسه، ص 34.

⁴ خطاب حياة، المرجع السابق، ص 61.

⁵ شذى مظفر حسين، التعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة رسالة الحقوق العلمية، القادسية، الكويت 2009 ص 10.

من باب التعويض ولكنه حق لها فلا يقاس ما ليس بحق التعويض بما هو حق الميراث¹.

إن القول بقياس التعويض على الخلع هو قياس مع الفارق لأن البدل في الخلع كان سببا في تعويض الزوج بما أنفق عليها، أما التعويض للزوجة الذي كان بسبب إساءة الزوج في استعمال حقه في الطلاق دون سبب معقول فلا مقابل له من جهته، والخلع يكون بمثابة ثمن للحرية حصلت عليها المرأة مقابل انفصالها عن رجل لا ترغب به بينما التعويض كان للرجل تقييداً للحرية².

أما القول بأن بقاء الزوجة بعد الطلاق من غير زوج إضرارا بها وتعويضا للبؤس والفاقة فيرد عليه بأن المرأة قد تتزوج بعد انتهاء العدة وتدخل في كفالة رجل جديد وتحت عصمته فلا ضرر عليها، وإذا لم تعد البناء فإن نفقة المرأة وتأمين حاجاتها ومتطلباتها في الحياة فإنها تجب بذاتها للمرأة عامة -كبيرة كانت أم صغيرة عانسة أم مطلقة- على الأقارب مقرر وثابت شرعا في القرآن الكريم والسنة الشريفة، وفي حالة ما إذا كانت مقطوعة ولا أقارب لها ففي هذه الحالة فقد قرر الإسلام وجوب كفايتها وإعالتها وتأمين نفقتها من بيت مال المسلمين، أي ما يعرف اليوم بالتكفل الاجتماعي أو الضمان الاجتماعي³.

يجاب على هذا الرد أن فيه إجحاف في حق المرأة كونه لا يقدم حلوًا عملية ولا يصلح أضرارا واقعة بالفعل وفيه عدم مراعاة لما أصاب المرأة وما سيلحقها من أضرار وخاصة أنها أصبحت ثيباً ومطلقة⁴.

ثانيا : مناقشة أدلة المانعين للتعويض عن الطلاق التعسفي

نوقشت الأدلة القائلة بمنع التعويض عن الأضرار اللاحقة بالمطلقة بما يلي:

القول بأن الطلاق حق مباح للزوج وأنه يحق له أن يطلق زوجته دون سؤال عن السبب، بالإباحة تعني تمليك المكلف مطلق الحق في أن يفعل أو لا يفعل.

رد الصابوني على ذلك بأن الطلاق ليس حق مطلقا للزوج لأن الأصل فيه الحظر فيجب أن يكون مقيدا بمشروعيته، أي بحكمة تشريعية وما لأجله شرع، فإذا ما أساء استعمال حقه وطلق من غير سبب كان على القضاء أن يحكم بالتعويض وإلا لم يكن للحظر معنى⁵.

¹ خطاب حياة، المرجع السابق، ص 62.

² المرجع نفسه، ص 62.

³ الزحيلي محمد، المرجع السابق، ص ص 60-58.

⁴ المرجع نفسه، ص 60.

⁵ الصابوني عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 93.

وأجيب على هذا الاعتراف بما أسس به المانعون بأن الطلاق وإن كان الأصل فيه الحظر ولا يباح إلا للحاجة فلا يحق للرجل الطلاق دون أي مبرر لأن ذلك يلحق الضرر بالمرأة.

أما القول بأن التعويض إلزام للرجل بأن يعاشر زوجة لا ينسجم معها فيعيش مع من لا يحب ويكون كارها لها فيرد عليه الصابوني بقوله إنني معه في هذا لكن من المصلحة أيضا أن لا يترك الزوج زوجته عرضة للبؤس والحرمان فإذا أراد الطلاق وكانت الزوجة بحاجة إلى معونة فيجب عليه أن يعوض لها عن ذلك إن لم يكن الطلاق بسببها.

وأجيب عن هذا الاعتراض بأننا لا نلزم الرجل بأن يعاشر زوجة لا ينسجم معها وهذا حق، لكن إذا أراد الطلاق وكانت زوجته بحاجة إلى معونة ومساعدة فيجب عليه أن يمتنعها جزاء عشرته معه.

أما القول بأن الزوجة تعلم حين زواجها أن زوج يملك طلاقها ويمكنه إقاعه في أي وقت فلا يجوز أن تظلم.

يعترض الصابوني أيضا ويقول: صحيح أن الزوجة تعلم حين زواجها يملك حق طلاقها ولكنها لا تعلم أن زوجها يتركها في حال بؤس وفاقة والتعويض الذي يحكم به ليس لكل مطلقة بل لمن طلقت دون سبب.

أما القول بأن التبعات المالية كنفقة العدة ومؤخر الصداق يعد تعويضا للزوجة فلا تستحق تعويضا آخر¹.

اعترضت الدوس على ذلك وقالت: إن النفقة التي أوجبتها الشريعة على الزوج استحققتها باعتبار العقد وذلك لتفريغها نفسها له فاستحقاقها سواء كانت موسرة أم معسرة، ولكن إذا انحلا العقد تزول النفقة لعدم تحقق العلة وهي الانحباس والتفريغ لها لأن العلة مع المعلول وجوداً أو عدماً².

وأجيب على هذا الاعتراض بأن المتعة هي التعويض جراء الإضرار الذي لحق بالمطلقة وجبرا لحاظها، فالأخذ بهذا الرأي يعتبر تدبرا شرعيا للحد من الأضرار بالمطلقة.

لقد جاء أيضا في قرار المحكمة العليا أنه من المقرر شرعا أن المتعة شرعت للمرأة التي يختار زوجها فراقها وليس للمرأة التي تختار فراق زوجها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية³. وكذلك بقولها في حالة ما إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقر للزوجة التي طلقها زوجها متعة لها تخفيفا عن ألم فراق

¹ الصابوني عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ص 93-94.

² الدوس رسمية عبد الفتاح موسى، دعوى التعويض عند الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، دار قنديل للنشر، الأردن، 2010، ص 145.

³ قرار رقم 51614، مؤرخ في 1988/11/21، غرفة الأحوال الشخصية: قضية (ب.م) ضد (ب.ن)، المجلة القضائية، عدد 04، الجزائر 1990.

زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعبر تعويضا فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية¹.

المطلب الثالث: التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون الجزائري

الطلاق وفقا لنص المادة 49 من ق م ج وإن كان وفقا لإرادة الزوج فإنه يخضع لرقابة المحكمة العليا ويتم تحت إشراف القاضي، فبالرغم من اعتبار الطلاق حقا للزوج لا يحرم من ممارسته من حيث المبدأ ولكن إن تعسف فيه يترتب عليه اتجاه زوجته حقا آخر يقابله وهو مبلغ مالي ينشأ في ذمته، ولذلك سوف نتطرق في هذا المطلب إلى سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي (الفرع الأول) وإلى طبيعته (الفرع الثاني)، ومن ثم إلى تبيان شروطه (الفرع الثالث).

الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي

لقد قضى المشرع الجزائري في المادة 52 من ق م ج بأنه: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"².

وبالتالي فعلى القاضي عند حكمه بالتعويض للمطلقة تعسفا لا بد أن تتوفر في الزوج شرطان:

أولاً: أن يتبين للقاضي تعسف الزوج بطلاقه لزوجته

إن ثبت للقاضي أن الزوج طالب الطلاق لم يرغب فيه لتفادي مشكلة معينة أو لدفع ضرر، وإنما لنزوة شخصية أو لقصد الإضرار بها، ودون أن تكون هناك مصلحة أو فائدة شرعية أو عقلانية أو منطقية كأن يطلقها ليتفرغ للزواج من غيرها مرة أخرى، أو يطلقها لأنها رفضت أن تفرغ الطعام لأصدقائه في منزل الزوجية وهم سكارى وهو ما نفسره بخروج صاحب الحق عن الغاية التي لأجلها وضع الحق³.

¹ قرار رقم 35912، مؤرخ في 1985/04/08، غرفة الأحوال الشخصية: قضية (ر.أ) ضد (أ.م)، المجلة القضائية، عدد 1، الجزائر 1989.

² المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

³ مسعود نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بالقايد، تلمسان 2009-2010، ص 284.

وقد قضت المحكمة العليا في هذا الشأن في 1998/11/17 بأنه "من المقرر قانوناً أن الزوجة تستحق التعويض في حالة نشوز الزوج أو تعسفه في الطلاق، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفاً للقانون، ومتى تبين من قضية الحال أن قضاة الموضوع قضوا للمطعون ضدها بالتعويض دون أن يحصل من الطاعن أي تعسف أو نشوز فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه جزئياً"¹.

فيتضح إذن من خلال ذلك أن مسؤولية الزوج وحده عن الطلاق هي التي ترتب للمطلقة الحق في التعويض ومعنى أدق فإن التعسف في استعمال الحق في الطلاق هو الأساس القانوني الوحيد لاستحقاق المطلقة للتعويض، في حالة الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ومن ثم انعدام التعسف الذي يثبت بمشاركتها في المسؤولية في الطلاق أو بوقوعه كلية على مسؤوليتها يجعلها تفقد هذا الحق ولو لم يتم الطلاق بالتراضي.

ثانياً: أن يتحقق القاضي من إلحاق الضرر بالمطلقة

أن يلحق الزوجة ضرر حقيقي بسبب طلاقها وإن كان الضرر المعنوي ثابت بمجرد الحكم بالطلاق، فإن الضرر المادي إذا وجد فيجب على الزوجة إثباته، وقد يوجد هذا الضرر في حالة ما إذا كانت الزوجة موظفة أو عاملة وتزوجها على أن تترك وظيفتها ثم بعد ذلك طلقها دون أن ترتكب أي خطأ من جانبها، فيرتكز هذا الأساس على الموازنة بين ما تجنيه صاحب الحق من استعماله لحقه وبين ما يصيب الغير من ضرر من جراء هذا الاستعمال.

العصمة بيد الزوج وبموجب ذلك له الحق في إنشاء الطلاق ودور القاضي هنا هو مجرد شاهد لإرادة الزوج وليس له السلطة في رفض هذه الرغبة وهذه الإرادة على اعتبار أنها غير مبررة في حالة ما إذا لم يقدم الزوج أي سبب أو عذر لهذا الطلاق، إما لعلمه بأنه غير قادر على إثبات ما يدعيه أو لأنه فضل السكوت على التلويح والتجريح وليس للقاضي هنا إلا أن يحكم للمطلقة بالتعويض الملائم².

وبالنسبة لقضايا الطلاق والضرر الناتج عنها، فإن المعقول به في الغالب إن عنصر الضرر نفترضه دون حاجة إلى إثباته متى كان الأساس الذي اعتمد عليه الزوج لطلب الطلاق غير جدي أو منعدم تماماً، لأنه إذا انعدم التبرير أو كان غير كاف يفهم منه أن الزوج تعسف في استعمال حقه في الطلاق³.

¹ قرار رقم 210451، مؤرخ في 1998/11/17، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، عدد خاص، الجزائر، 2001.

² مسعود نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 258.

³ المرجع نفسه، ص 286.

وقد صدر في هذا الشأن قرار للمحكمة العليا بتاريخ 15/06/1999 قضت بموجبه أنه " من المقرر قانونا أنه يحق للزوج إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور في التسبب ليس في محله متى تبين من قضية الحال أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح للقاضي عن الأسباب التي دفعته للطلاق؛ وذلك تجنباً للحرص أو تخطياً لقواعد الإثبات خلافاً للأزواج الذين يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا بالطلاق بالإرادة المنفردة للزوج طبقوا صحيح القانون"¹.

ولهذا فإنه ما يمكن الوقوف عليه من خلال هذا القرار أن القواعد العامة في الإثبات تقتضي أن البيئة على من ادعى، وأن من يعجز عن إقامة البيئة على صحة دفعاته يجسر دعواه؛ إلا أنه في مسائل الطلاق خروجاً عن القواعد العامة، فإن القاضي يقضي بالطلاق بناء على إرادة الزوج حتى ولو لم يتم هذا الأخير البيئة أو لم يفصح عن الأسباب التي دفعته إلى إيقاع الطلاق، سواء لعدم قدرته على إثباتها أو لتجنب الحرج لأنها تدخل في صميم الأمور الشخصية بين الزوج والزوجة ولا يمكن في هذه الحال أن يعاب على أن قرار القاضي بالطلاق في التسبب لأنه مجرد شاهد لإرادة الزوج².

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

وقد جاء في هذا الشأن قرار المحكمة العليا في 23/05/2000 أين قضت بموجبه أن القرار الذي لا يكون مسبباً بما فيه الكفاية يكون مشوباً بالقصور في التسبب، ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده لم يشترط العذرية في عقد الزواج فإن البناء بما يذهب كل دفع بعدم العذرية، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتحميل الطاعنة المسؤولية عن الطلاق وحرمانها من التعويض وإقرارهم بالقصور في التسبب³.

ولذلك فإن اقام الزوج دعوى الطلاق على أساس إخلال الزوجة بمسؤوليتها فيقع عليه إثبات ذلك في هذه الحال، ولما كان ثابتاً من خلال هذا القرار للمحكمة العليا أن الزوج أقدم على إيقاع الطلاق على أساس أنه اكتشف أنها غير عذراء بعد الدخول بها مع انه لم يشترط عذريتها عند إبرام عقد الزواج، ففي هذه الحالة عليه عيب إثبات أنها

¹ قرار رقم 223019، مؤرخ في 15/06/1999، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، عدد خاص، الجزائر، 2001.

² مسعود نعيمة إلياس، المرجع السابق، ص 286.

³ قرار رقم 243417، مؤرخ في 23/05/2000، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، عدد خاص، الجزائر، 2001.

غير عذراء إلا أن البناء بها يسقط هذا الدفع وما دامت دفعواته غير مبررة ومعللة يتحمل وحده مسؤولية الطلاق ويثبت لها الحق في التعويض مقابل ذلك.

فمن خلال ما سبق ذكره يتضح لنا أن الأساس القانوني لاستحقاق المطلقة للتعويض هو التعسف في استعمال الحق في الطلاق وليس على أساس المسؤولية التقصيرية، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2000/02/22 بقولها " أن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق"¹.

الفرع الثاني: طبيعة التعويض عن الطلاق التعسفي

إن التعويض المقرر عن الطلاق التعسفي لصالح الزوجة لا يخضع للقواعد العامة في المادة 124 مكرر من ق م ج السالفة الذكر وعليه فالحق المخول للزوج في إيقاع الطلاق تختلف عن نظرية التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري إذ أنه ذو طبيعة خاصة تتمثل في العصمة الزوجية المستمدة في الشريعة الإسلامية.

إن تعويض الزوجة لا ينطلق من المادتين 124 من ق م ج و 124 مكرر السالفتي الذكر، وإنما مصدره مسؤولية الزوج كونه صاحب العصمة الزوجية وهو ما أكدته المحكمة العليا في قراراتها، وبالتالي فإن الحكم بالتعويض عن الضرر طبقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية لا يمكن أن يشمل التعويض عن الطلاق².

الفرع الثالث: شروط التعويض عن الطلاق التعسفي

كي يكون الزوج ملزماً بدفع تعويض عن طلاقه من زوجته طلاقاً تعسفياً لا بد من توافر شروط نقدرها فيما

يلي:

أولاً: أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين :

إن الحديث عن تعويض الزوجة المطلقة عن طلاق تعسفي لا يمكن أن يتم إلا إذا كانت الزوجية قائمة فعلياً بين الزوجين، فلا يمكن أن يكون عقداً بدون دخول بل يجب أن يتم الدخول والمعاشرة الزوجية؛ بمعنى أن تكون

¹ قرار رقم 235456، مؤرخ في 2000/02/22، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، عدد 1، الجزائر، 2000 .
² ديابي باديس، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 86.

الزوجية قائمة لا بد أن تسلم الزوجة نفسها إلى زوجها وأن تمكنه من الاستمتاع بها فإذا لم تسلم الزوجة نفسها لزوجها أو لم تمكنه من الاستمتاع بها ففي هذه الحالة لا يكون الحديث عن موجبات التعويض في حال طلقها تعسفياً¹.

إذا سلمت المرأة نفسها إلى الزوج وهي صغيرة لا يجامع مثلها فعند المالكية والصحيح من مذهب الشافعية أن النفقة لا تجب لأنه لا يوجد التمكين التام من الاستمتاع، وقالوا إن كانت كبيرة والزوج صغير فالصحيح أنها تجب لأن التمكين وجد من جهتها وإنما تعذر الاستيفاء من جهته فوجبت النفقة كما لو سلمت إلى الزوج وهو كبير وهرب منها. أما الأحناف فقالوا أن الزواج إذا استتب الصغيرة في بيته وأسكنها للاستئناس بها وجب لها التعويض وإن لم يسكنها في بيته فلا تعويض لها.

إذا سلمت الزوجة نفسها وهي مريضة مرضاً يمنعها من مباشرة الزوج لها وجب لها التعويض². ومثل المريضة التي سد فرجها والنخيفة والمعيبة بعبع يمنع من مباشرة الزوج لها، وكذلك إذا كان الزوج عنيماً أو مقطوع الذكر أو خصياً ومريضاً مرضاً يمنع من مباشرة النساء أو حبس في الدين أو جريمة ارتكبها لأنه وجد التمكين من الاستمتاع من جهتها وما تعذر فهو من جهته، وهو سبب لا تنسب فيه إلى التفريط وإما هو الذي فوت حقه على نفسه فلا تعويض عن طلاق تعسفي إلاّ بتمام الدخول وإنما يحكم به من تعويض عن الطلاق قبل الدخول، إنما هو تعويض عن ضرر معنوي وليس من طبيعة التعويض عن الطلاق التعسفي³.

ثانياً: أن يكون الزوج صاحب الأمر بالطلاق بإرادته المنفردة

العصمة الزوجية مملوكة شرعاً للزوج فله أن يطلق زوجته لأنه هو من أخذ بالساق كما ذكر ذلك الرسول صلى الله عليه وسلم وفكرة أحقيته بالطلاق بالإرادة المنفردة تنطلق من واجباته الشرعية اتجاهها التي صنفها الفقهاء بأنها واجبات مالية وأخرى غير مالية، فالواجب المالي يتلخص أساساً في المهر والنفقة⁴.

والواجب غير المالي يتلخص أساساً في العدل بين الزوجات إذا كان متزوجاً لأكثر من واحدة ومثلها أيضاً عدم الإضرار بالزوجة، فبالنسبة للمهر جعله حقاً على الرجل للزوجة وليس لأبيها وأقاربها أن يأخذوا شيئاً منه إلا في

¹ ديابي باديس، أثار فك الرابطة الزوجية (تعويض- نفقة- عدة- حضنة- متاع)، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص ص 08-09.

² المرجع نفسه، ص 09.

³ المرجع نفسه، ص ص 09-10.

⁴ ديابي باديس، صور و أثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 89.

حال الرضا والاختيار فقد قال الله عز وجل: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ كَدِّقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِينًا مَرِيئًا﴾¹.

وأتوا النساء مهورهن عطاء مفروضاً لا يقابله عوض فإن أعطين شيئاً من المر بعد ما ملكن من غير إكراه أو حياء ولا خديعة فخذوه سائغاً لا إثم معه، فإذا أعطت شيئاً من مالها حياء أو خوفاً أو خديعة فلا يحل أخذه لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾².

وقد فرضا لله سبحانه وتعالى المهر للمرأة طيباً للنفس فقال تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّاهُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ فَالْعَالِيَاتُ قَانِتَاتٌ خَافِطَاتٌ لِلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللَّهُ وَالْآتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا﴾³.

والنفقة تتمثل في توفير ما تحتاج إليه الزوجة من طعام ومسكن وخدمة ودواء، وإن كانت الزوجة ميسورة الحال والنفقة مفروضة بحكم القرآن والسنة والإجماع ففي القرآن فقال تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِيُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أَوْلِيَاتٍ حَمَلٍ فَانْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَوَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ، وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَرِّعْ لَهُ الْخُرَى﴾⁴. ولقوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾⁵.

أما وجوبه سنة فقد روى مسلم أنّ الرسول صلى الله عليه وسلم قال في حجة الوداع: "فاتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهنّ بكلمة الله، واستحللتم فروجهنّ بكلمة الله وعليكم عليهنّ ألا يوطئن فرشكم أحد تكرهونه، فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضرباً غير مبرح ولهن عليكم رزقهنّ وكسوتهنّ بالمعروف"⁶.

¹ سورة النساء، الآية 04.

² سورة النساء، الآية 20-21.

³ سورة النساء، الآية 34.

⁴ سورة الطلاق، الآية 06.

⁵ سورة الطلاق، الآية 07.

⁶ ديباجي باديس، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 90.

وفي الإجماع فقد قال ابن قدامه: اتفق أهل العلم على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن إذا كانوا بالغين إلا الناشز منهن، ذكره ابن المنذر وغيره. وفيه ضرب من العبرة وهو أن امرأة محبوسة على الزوج تمنعها من التصرف والاكتساب فلا بد أن ينفق عليها¹.

أما الواجب غير المالي يتمثل أساسا في حسن معاشرتها مصداقا لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا يَدْرُكْكُمْ أَنْ تَذَرُوا النِّسَاءَ كَرِهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ، وَمَا أَشْرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَمَعْسَرًا أَنْ تَكَرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا²﴾. وكذا صيانتها وحفظها من كل ما تخدش سمعتها ويمتضي كرامتها وتحسينها، بالتالي أعطي حق الطلاق بإرادته المنفردة لكونه الأحرص على بقاء الزوجية التي انفق في سبيلها الكثير من المال لاسيما بعد الطلاق من تبعات تجعله أصبر ما يكره من المرأة³، وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه ما يلي: "متى كان من المقرر قانونا أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق زوجته ونتج عن ذلك ضررا لمطلقاته، فإن كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها وحكم لها به فالحكم لها بالتعويض غير شرعي ومن ثم فإن القضاة بخلاف هذا المبدأ يعد فهما خاطئا للقانون".

ولما كان من الثابت-في قضية الحال-أن الزوجة هي التي طلبت التطليق فإن قضاة المجلس الذين وافقوا على الحكم الابتدائي وتعديلا له برفع مبلغ التعويض ونفقة العدة ونفقة الإهمال بالرغم من تصريح الحكم الابتدائي بأن الزوجة رفضت الرجوع، فإنهم بقضائهم كما فعلوا فهموا المادة 52 من قانون الأسرة فهما خاطئا. ومتى كان كذلك نقض القرار جزئيا في التعويض والسكن ونفقة الإهمال⁴.

ثالثا: أن يكون الزوج متعسفا في طلب الطلاق:

يعد هذا الشرط من بين أهم الشروط الواجب توفرها حتى نكون أمام تعويض للمطلقة من طلاق غير مبرر والتعسف الذي أورده المشرع الجزائري في المادة 52 من قانون الأسرة لم يعطه المشرع تعريفا محدداً تاركاً له المجال للفقهاء

¹ ديابي باديس، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص 91.

² سورة النساء، الآية 19.

³ ديابي باديس، أثار فك الرابطة الزوجية (تعويض- نفقة- عدة- حضانة- متاع)، المرجع السابق، ص 12.

⁴ قرار رقم 53017، مؤرخ في 1989/03/27، غرفة الأحوال الشخصية: قضية (م.ع) ضد (ب.ع)، المجلة القضائية، عدد 01، الجزائر 1991.

الشرعي والقانوني للخوض في هذا الأمر، فالتعسف كما أورده القانون المدني الجزائري في مادته 41 منه قبل التعديل و124 مكرر بعد التعديل عرّفته بتحديد صورته الذي عددها بثلاث وهي:

- إذا كان الطلاق بقصد الإضرار بالغير وهي الزوجة.

- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير.

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

وتعد الصورة الأولى أجلّ وأوضح بالنسبة لموضوع الطلاق، فإذا لم يستطع الزوج أن يبرر طلبه الرامي للطلاق عدّ ذلك دليلاً على نيته في إلحاق الضرر بالزوجة، وتبرير الطلاق تظل مسألة موضوعية تقديريها لقضاة الموضوع في إثباته من عدمه¹.

والمواقع السائد في محاكم الجزائر هو أن الزوج عادة ما يبرر طلاقه بعدم قيام الزوجة بواجباتها الزوجية أو إخلالها بواجباتها اتجاهه، لاسيما الطاعة وحسن التدبير وعادة ما يتهمها بارتكابها لأفعال يستحيل معها استمرار الحياة الزوجية. وتبعاً للطبيعة الخاصة للحق الأصيل في إيقاع الطلاق كما ذكرنا آنفاً فإن كل ما يدعيه الزوج في محاولة منه لتبرير طلاقه، ينبغي أن يؤسس به دليل والإثبات القاطع وإلا عدّ متعسفاً في طلبه الرامي للطلاق².

عند تحقق الشروط الثلاثة تكون المطلقة محقة في طلبها الرامي للتعويض عن الطلاق التعسفي الناجم أساساً عن عصمة الزوجية المملوكة شرعاً للزوج. وتجدد الإشارة إلى أن المشرع الجزائري مدد حالات التعويض عن الطلاق إلى الصورة الثانية المتمثلة في التطلق وذلك عندما نص في المادة 53 مكرر من ق أ ج على ما يلي: "يجوز للقاضي في حالة الحكم بالتطلق أن يحكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"³.

وقد جاءت هذه المادة بمناسبة التعديل الوارد في الأمر 02/05 ليضع حداً للقضاة الذين كانوا يرفضون تعويض الزوجة عن تطلقها واعتبار الاستجابة لطلبها الرامي للتطلق هو تعويض لها في حد ذاته.

"من المقرر قانوناً أنه يحق للزوجة أن تطلب التطلق لكل ضرر معتبر شرعاً، ومن المقرر أيضاً أنه في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر، ولما كان من الثابت أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغ فيه أي

¹ ديايي باديس، آثار فك الرابطة الزوجية: (تعويض- نفقة- عذّة- حضنة- متاع)، المرجع السابق، ص 14.

² المرجع نفسه، ص ص 14-15.

³ المادة 53 مكرر، من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.

متعسفا من طرف الزوج، فإن تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر وتعويضا مقابل الأضرار اللاحق بها فإن القضاة بقضائهم التعويض للزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبقا لأحكام المادة 53 مكرر من ق أ ج قد طبقوا القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"¹.

¹ نبيل صقر وقمراوي عز الدين، قانون الأسرة نصا وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 95.

الفصل الثاني

منحة الطلاب التحصيلية وعلاقتها بالتحويل

شرع الطلاق مع كونه أبغض الحلال إلى الله، وجعل بيد الرجل ولم يكن الإسلام شغوفاً بالطلاق - كما يتوهم البعض - وإنما شرعه علاجاً للحياة الزوجية المضطربة والمتفككة، حلاً وسطاً عادلاً، ذلك أن الإبقاء على الحياة الزوجية رغم ما أصابها من وهن وضعف وشدة وسد الأبواب دون التخلص منها من أعظم الظلم وأشد أنواع القسوة وعاملاً من عوامل الزيغ والانحراف إلى السلوكيات البغيضة.

ولقد تفتن بعض علماء الغرب وفلاسفته إلى أهمية تشريع الطلاق في القوانين التي تحكم المجتمعات، يقول الفيلسوف الإنجليزي "بنتام" في كتابه أصول الشرائع: " لو أزم القانون الزوجين بالبقاء على ما بينهما من جفاء لأكلت الضغينة قلوبهما، وكاد كل منهما للأخر، وسعى إلى الخلاص منه بأية وسيلة تمكنه، وقد يهمل أحدهما صاحبه ويلتمس الحياة عند غيره ".

فإذا استعمل هذا الحق استعمالاً مسيئاً بالطرف الآخر وهو الزوجة وخلف من ورائه أضرار بليغة، المادة منها، وبالأخص المعنوية التي لها وقع كبير على نفسية المطلقة، ترتب عليه آثار هذا الفعل، منها ما جاءت به الشريعة الإسلامية، وما جاء به القانون الوضعي .

ومن أجل ذلك عملت الشريعة الإسلامية على التقييد من هذا الحق حفاظاً على استمرارية الأسرة، إذ قيدت إيقاع الطلاق بمجموعة من الحقوق المالية، والتي من بينها حق المتعة، ثم سارت على نفس المنوال معظم القوانين العربية في ذلك لجبر الضرر اللاحق بالمطلقة .

فالأصل في تشريع المتعة هو جبر خاطر المطلقة فكانت مواساتها من المروءة التي تطلبها الشريعة لقوله تعالى في سورة البقرة: ﴿ وَمَتَّعُوهُنَّ مَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَمَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ ﴾ . فالمتعسف في استعمال حق الطلاق مسيء وإساءته هذه يترتب عليها حقوق ضرر بالمطلقة، لأنه في الغالب يطلق لغير حاجة أو سبب يدعوا إليه وهذا الضرر الذي يلحق بالمطلقة قد يكون ضرراً نفسياً معنوياً يتمثل في الفرقة - وهذا ضرر تشترك فيه المطلقات جميعهن - وقد يكون هذا الضرر مادياً يتمثل في إطالة أمد العدة مما يضيع عليها فرص سانحة للزواج خاصة في طلاق الحيض فإذا أوقع الزوج الطلاق بزوجه فإنه يقع على رأي الجمهور إذا كان بدعياً ولا ريب أن الزوج يكون بذلك متعسفاً في حق مطلّقتة مما يلحقها من ضرر.

من أجل ذلك رتبت الشريعة الإسلامية على الطلاق أثرا يرمي إلى تخفيف هذا الضرر من المطلقة، وذلك بما تفرضه على الزوج من متعة لمطلّقتة كأثر مكن آثار الطلاق التعسفي (المبحث الأول)، ثم تحديد حكم الأخذ بالمتعة وعلاقتها بالتعويض عن الأضرار بالمطلقة (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم متعة الطلاق التعسفي

من المستقر عليه شرعا أن الطلاق حق للزوج وأن القانون القائم لا يوجب المتعة المالية للمطلقة بعد الدخول لأنها استحققت المهر كله بالدخول ولها نفقة العدة، أما المتعة فهي مستحبة ولا يقضي بها إلا أن في زماننا تراخت وانعدمت لاسيما في الأزواج الذين انقطع حبل المودة بينهما؛ بحيث أصبحت المطلقة في حاجة إلى معونة أكثر من نفقة العدة التي تعينها من الناحية المادية على نتائج الطلاق، وفي المتعة ما يحقق المعونة وفي الوقت نفسه تمنع الكثيرين من التسرع في الطلاق.

المطلب الأول: تعريف متعة المطلقة

يرى الكثير من الباحثين المعاصرين أن التعويض عن الطلاق التعسفي الذي تنص عليه الأحوال الشخصية العربية مصدره المتعة التي شرعت كأثر للطلاق، لذلك لا بد لنا من التعرض أولا إلى تعريف المتعة لغة (الفرع الأول) ومن ثم تعريفها اصطلاحا (الفرع الثاني)، وأخير تعريفها قانونا وقضاء (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف المتعة لغة

جاء في معجم مقاييس اللغة: المتعة اسم مشتق من المتاع، وهو المنفعة والسلعة وجميع ما ينتفع ويستمتع به¹، متع:- الميم والتاء والعين - أصل صحيح يدل على منفعة، وامتداد مدة خير ومنه استعانت بالشيء، والمتعة، والمتاع: المنفعة في قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَدْخُلُوا بُيُوتَنَا غَيْرَ مَسْكُونَةٍ فِيهَا مَتَاعٌ لَكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ مَا تُبْدُونَ وَمَا تَكْتُمُونَ﴾².

ومتعة المطلقة بالشيء لأنها تنتفع به. ويقال "أمتعت بمالي بمعنى تمتعت". وفي لسان العرب: م ت ع: المتاع في اللغة: كل ما ينتفع به كالطعام وأثاث البيت وأصل المتاع: ما يتبلغ به من الزاد واسم من مَتَعْتُهُ إذا اعطيته ذو الجمع امتعته. وقد ذكر صاحب اللسان أيضا أن المتاع والمتعة والاستمتاع والتمتع كلها راجعة إلى اصل واحد وهو المنفعة حتى ولو اختلفت معانيها³.

¹ محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، قاموس المحيط وقاموس الوسيط فيما ذهب من لغة العرب، ط6، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر بيروت، د س ن، ص985. أنظر أيضا: علي شبري، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الفكر، بيروت، د س ن، ص183.

² سورة النور، الآية 29.

³ ابن منظور، المرجع السابق، ص328.

والمتعة جاءت في كتاب الله على هذا المعنى، منه قوله تعالى: ﴿وَمَا أَوْتَيْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَمَتَّاعُ الْحَيَاةِ

الدُّنْيَا وَزِينَتُهَا وَمَا مَحَدَّ اللَّهُ خَيْرٌ وَأَبْقَى أَفَلَا تَعْقِلُونَ﴾¹.

هي الزاد القليل وجمعها متع لقوله تعالى: ﴿يَأْقُومُ إِنَّمَا هَذِهِ الْحَيَاةُ الدُّنْيَا مَتَاعٌ﴾². أي بلغة لا بقاء

له. أي كل ما انتفع به فهو متاع ومتاع ويقال لها تحميم وفي حديث عبد الرحمان بن عوف - رضي الله عنه - أنه طلق امرأته فمتعها بجارية سوداء حممها إياها أي متعها بها بعد الطلاق وكانت عند العرب تسمى المتعة التحميم.

وتطلق المتعة على متعة الحج وهي أداء العمرة في أشهر الحج مع أداء الحج³ لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ تَمَتَّعَ

بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ﴾⁴. وتطلق كذلك المتعة على ما يتمتع به من الصيد والطعام. ومتعة النساء هي أن تتزوج امرأة تتمتع به وقتا ما ولا تريد إدامتها إلى نفسك، ويقال متعت المطلقة بكذا إذا أعطتها إياه لأنها تنتفع به وتتمتع به⁵.

وقيل هي ما يعطيه الزوج لمطلقاته ليحبر بذلك الألم الذي حصل لها بسبب الفراق⁶.

الفرع الثاني: تعريف المتعة اصطلاحا

مال يعطيه الزوج لمطلقاته زيادة على الصداق لتطيب نفسها وتعويضا لها عن الألم الذي لحقها بسبب الفراق بينهما⁷.

أو هي تعويض لما فات على المطلقة من الطمأنينة على نظام حياتها في كنف الزوج⁸.

ولقد عرفت المالكية بقولهم: " ما يؤمر الزوج بإعطائه للمطلقة ليحبر بها ألم فراقها "

وعرفت الشافعية بقولهم: "اسم للمال الذي يدفعه الرجل إلى امرأته لمفارتها إياها ". وقالوا: " مال يجب

على الزوج دفعه لامراته لمفارقة في الحياة بطلاق وما في معناه بشروط "

¹ سورة القصص، الآية 60.

² سورة غافر، الآية 39.

³ أحمد بن عبد العزيز الحداد، حكم مطالبة المرأة المسلمة بما يفرضه لها القانون الوضعي في مال زوجها عند الطلاق، الدورة الثانية والعشرون للجمعية الفقهية الإسلامي، مكة المكرمة، (د س ن)، ص 13.

⁴ سورة البقرة، الآية 196.

⁵ عاطف مصطفى البراوي التتر، حقوق الزوجة المالية في الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة، كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية، غزة، 2006، ص 66.

⁶ مجيد علي العبيد، الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية، عدد 03، بغداد، 2009، ص 28.

⁷ أحمد ناصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 1976.

⁸ أحمد محمد شاكر، نظام الطلاق في الإسلام، منشورات دار السنة، مصر، (د س ن)، ص 85.

أما الحنفية والحنابلة فلم أقف لهم على تعريف لمتعة المطلقة وإن كانت أحكامها واردة في كلا المذهبين¹.

وقد لوحظ على التعريفات السابقة أموراً منها:

1 - أن تعريف المالكية يتضمن ما يعطيه الزوج لمطلّقتة عن طريق الأمر، وهذا لا يتحقق إلا إذا كان التّزام من الحاكم أو من ينوب عنه؛ والأصل أن المتعة تستحق بمجرد الطلاق وليس بمجرد حكم القاضي²، كما تم تعريفها أيضاً على أن المتعة مبلغ من المال يختلف باختلاف حال الزوج يسراً وعسراً يدفعه الزوج لمطلّقتة³.

2 - أن التعريفات السابقة يدخل فيها ما يعطيها الزوج من غير متعة كأبي التّزام آخر يترتب على الطلاق كالمهر المؤجل مثلاً.

3 - أن التعريفات السابقة شملت كل طلاق مع أن الفقهاء نصوا على أن الطلاق الذي كان بسبب الزوجة لا تستحق فيه المتعة.

ولعل التعريف المختار هو " المال الذي يدفعه الرجل لمطلّقتة تعويضاً عما لحقها من ضرر في فرقة لم تكن المتسببة فيها"⁴.

فقولنا المال يخرج كل ما لا قيمة له، فيدخل فيه الكسوة والخادم وكل ما يقوم مقام المال.

وقولنا: " يدفعه الرجل لمطلّقتة ". يخرج النفقة المستديمة بل يكلف به المطلق دفعة واحدة.

وقولنا: " تعويضاً عن ما لحقها من ضرر " أخرج ما سوى المتعة من الحقوق على الزوج كالمهر المؤجل.

وقولنا: " في فرقة لم تكن المتسببة فيها ". أخرج الفرقة التي تكون بسببها كالحلع⁵.

الفرع الثالث: تعريف المتعة قانوناً وقضاء

أولاً: تعريف المتعة قانوناً:

إذا ذهبنا إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري فلا نلاحظ أثراً للمتعة أصلاً، وهذا في حقيقة الأمر يجعلنا

¹ أنظر: نجلاء بنت حمد بن علي المبارك، متعة المطلقة، مجلة العدل، عدد 02، كلية الآداب لجامعة الأميرة بنت عبد الرحمان للبنات الرياض، 2011، ص 160.

² المرجع نفسه، ص 160.

³ عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفاش للنشر والتوزيع، الأردن، 1997، ص 270.

⁴ نجلاء بنت حمد علي المبارك، المرجع نفسه، ص 161.

⁵ المرجع نفسه، ص 161.

نرجع إلى نص المادة 222 مباشرة لتقصي أحكام الشريعة الإسلامية في هذه النقطة؛ ذلك أن هناك إشكالية التعويض لمنصوص عليه في المادة 52 من ق أ ج لنصها: "إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق، حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها"¹.

ثانيا: تعريف المتعة قضاء:

بالرجوع إلى أحكام القضاء قد عرفت المحكمة العليا المتعة في مرات عدّة منها: "إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها"².

فالواضح من هذا التعريف أن المتعة فرضت لجبر خاطر المطلقة وتخفيف هول الصدمة عنها، باعتبار أنها لم تحظ كغيرها من النساء بحقها في رابطة زوجية دائمة كما تعتبر إعانة مالية رمزية للمطلقة تضاف إلى نفقات أخرى.

المطلب الثاني: مشروعية المتعة وأنواع المطلقات من حيث استحقاقهن للمتعة

يرى بعض الفقه أن المتعة اسم للمال الذي يدفعه الزوج إلى امرأته بسبب مفارقتها لها تطيبا لخاطرها وتعويضا عما أصابها من ألم الفراق ولا خلاف بين الفقهاء على مشروعيتها، لذلك فلا بد من التعرض أولا إلى مشروعية المتعة من القرآن الكريم ومن السنة النبوية الشريفة (الفرع الأول)، ثم التطرق إلى أنواع المطلقات من حيث استحقاقهن للمتعة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مشروعية المتعة

الأصل في مشروعية نفقة المتعة من حيث العموم الآتي:

أولا: من القرآن الكريم:

وردت عدة آيات تدل على مشروعية المتعة منها:

قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ

¹ المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق.
² قرار رقم 35912، مؤرخ في 1985/04/08، قضية (رأ) ضد (أم)، المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 01، الجزائر، 1989.

عَلَى الْمَوْسِعِ فَكَرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ فَكَرَهُ مَتَانًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴿١﴾. وقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَانًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾. ²

وقوله تعالى: ﴿يَأْيُهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَّ أُمَتِّعْكُنَّ وَأَسْرُكُنَّ سَرَائًا جَمِيلًا﴾. ³

وقوله تعالى: ﴿يَأْيُهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ حِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَائًا جَمِيلًا﴾. ⁴

ووجه الدلالة من عموم هذه الآيات أنها تضمنت الدلالة على مشروعية المتعة، حيث أن فيها أمرا بالمتعة في قوله تعالى: ﴿فَمَتَّعُوهُنَّ﴾، وقوله: ﴿فَمَتَّعُوهُنَّ﴾. وأقل درجات الأمر الدلالة على المشروعية، فقد حوت هذه الآيات الثلاث الدلالة على وجوب المتعة من وجوه، أحداها:

الأول قوله تعالى: ﴿فَمَتَّعُوهُنَّ﴾، لأنه أمر والأمر يقتضي الوجوب حتى تقوم الدلالة مع الندب ⁵ والثاني قوله تعالى: ﴿مَتَّعْ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾، تأكيد لإيجابه إذ جعلها من شرط الإحسان، وعلى كل أحد ان يكون من المحسنين، وقوله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ قد دل قوله حقا عليه على الوجوب تأكيد لإيجابها، وقوله تعالى: ﴿فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَائًا جَمِيلًا﴾ قد دل على الوجوب من حيث الأمر، وقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَانًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾. يقتضي الوجوب أيضا لأنه جعلها لهم، ما كان للإنسان فهو ملكه، له المطالبة به كقولك: هذه الدار لزيد ⁶.

لقد استدل فريق من الفقهاء بعموم هذه الآيات على وجوب المتعة لكل مطلقة، وذهب فريق آخر إلى أنها تجب للمطلقة إذا طلقت قبل المسيس وإن كان مفروضا لها. وقال الآخرون إن المتعة إنما تجب للمطلقة إذا لم يدخل

¹ سورة البقرة، الآية 236.

² سورة البقرة، الآية 241.

³ سورة الأحزاب، الآية 28.

⁴ سورة الأحزاب، الآية 49.

⁵ لمين لبنى، حق المتعة وعلاقته بالتعويض عن الطلاق التعسفي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2015، ص 12-13.

⁶ المرجع نفسه، ص 13.

بها ولم يفرض لها. فإن كان قد فرض لها وطلّقها قبل الدخول وجب لها عليه شرطه فإن دخل بها استقر الجميع، وكان ذلك عوضاً لها عن المتعة¹.

وقد ذهب بعض الفقه إلى قول جامع بين هذه الآيات والآراء حين قال: "إذا تأملنا في مجموع الآيات السابقة في المتعة فإننا تنتهي إلى أن كل مطلقّة - دخل بها أو لم يدخل - تجب لها المتعة"، أما المدخول بها فقد وجب لها المتعة بالآية الكريمة: ﴿بِأَيْهَا النَّبِيِّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِن كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَّ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾. وأما البعض الآخر فإنه ذهب إلى وجوب المتعة لكل مطلقّة، على أصل مذهبه في استعمال المطلق ولا يؤثر عليه عنده، وهذه المتعة فيها تعويض لما فات المطلقّة في كنف الزوج².

أمر الله تعالى المطلقات اللواتي لم يدخل بهنّ ولم يفرض لهنّ مهراً بقوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ﴾. الأمر يفيد الوجوب وبحرف (على) بقوله تعالى: ﴿الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرَهُ﴾. وعلى من أحرف الالتزام والإثبات التي تفيد الوجوب. وبقوله تعالى: ﴿هَتَايَا﴾. هي مصدر يدل على وجوب أمر بالامتناع ويجعل المتعة حقاً لها لقوله: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾.

قال الشنقيطي: "وقد تقرر في الأصول أن النص الدال على الأمر مقدم على الدال على الإباحة"³. قال ابن كثير: "أباح تبارك وتعالى طلاق المرأة بعد العقد عليها وقبل الدخول بها والغرض لها إن كانت مفوضة؛ وإن كان في هذا انكسار لقلبها"⁴. وبالتالي أمر الله تعالى بإمتاع الزوجة المطلقة تعويضاً عما فاتها بشيء من زوجها بحسب حاله على الموسع قدره، وعلى المقتر قدره جبراً لقلبها من الانكسار⁵.

ثانياً: من السنة النبوية:

عن حمزة بن أبي أسيد عن أبي أسيد رضي الله عنه قال: "خرجنا مع النبي صلى الله عليه وسلم حتى انطلقنا إلى حائط يقال له الشوط حتى انتهينا إلى حائطين، فجلسنا بينهما فقال النبي: "اجلسوا ها هنا ودخل وقد أتى

¹ بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص ص 216-217.

² أحمد محمد شاكر، المرجع السابق، ص 85.

³ الشنقيطي محمد أمين، أضواء البيان، دار الفكر، بيروت، 1995، ص 151.

⁴ ابن كثير اسماعيل، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: محمود حسن، دار الفكر، د ب ن، 1994، ص 641.

⁵ هلا نايف مشاقبة، متعة الطلاق في ضوء الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الخليل للبحوث، عدد 02، الأردن، 2013، ص ص 59-60.

بالجونية؛ فأنزلت في بيت في نخل في بيت أميمة بنت النعمان بن شراحيل ومعها دايتها حاضنة لها، فلما دخل عليها النبي صلى الله عليه وسلم قال : هي نفسك لي قالت : وهل تمب الملكة نفسها للسوقة. قال: فأهوى بيده يضع يده عليها لتسكن فقالت أعوذ بالله منك فقال : قد عدت بمعاذ ثم خرج عليها. فقال يا أبا أسيد اكسها رازقين وألحقها بأهلها"¹.

وعن عباس بن سهل عن أبيه، وأبي أسيد رضي الله عنهما، قال : " تزوج النبي صلى الله عليه وسلم أميمة بنت شراحيل، فلما أدخلت عليه بسط يده إليها، فكأنها كرهت ذلك فأمر أبا أسيد أن يجهزها ويكسوها ثوبين رازقين"².

وعن عائشة رضي الله عنها : " أن عمرة بنت الجون تعوذت من رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أدخلت عليه فقال : لقد عدت بمعاذ، فطلقها، وأمر أسامة أو أنساً، فمتعها بثلاثة أثوابٍ رازقية"³.
وجه الدلالة :

دلت هذه الأحاديث صراحة على مشروعية المتعة للزوجة التي فارقها زوجها، ولو لم تكن المتعة مشروعاً لما فعلها النبي صلى الله عليه وسلم مؤكداً بذلك على مشروعيتها للمطلقات؛ قال الزهري: إن النبي صلى الله عليه وسلم جعلها تطليقية، فقال قتادة لما دخل عليها دعاها فقالت: تعال أنت فطلقها وقبل كان بها وضع كالعامرية، قال : وزعم بعضهم أنها قالت: أعوذ بالله منك، فقال : قد عدت بمعاذ وقد أعاذك الله مني فطلقها.

فقد اتضح من الأقوال السابقة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أجرى لفظ الطلاق على لسانه، قال ابن عبد البر: اجمعوا على أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج الجونية⁴.

ثالثاً: من أفعال الصحابة:

1- عن سويد بن غفلة قال: كانت عائشة الخثعمية عند الحسن بن علي بن أبي طالب فلما أصيب علي وبويع الحسن بالخلافة، قالت: لتهنئك الخلافة يا أمير المؤمنين. فقال: يقتل علي وتظهر بن الشمامة؟ اذهبي فأنت طلاق ثلاثاً. قال: فتلفعت بساجها وقعدت حتى انقضت عدتها فبعث إليها بعشرة آلاف متعة. وبقي ما بقي من صداقها

¹ البخاري أبو الطيب صديق بن الحسن بن علي الحسيني، كتاب الطلاق، حديث رقم: 5256-5257، ص 1039.

² المرجع نفسه، حديث رقم: 5256-5257، ص ص 1039-1040.

³ ابن ماجه، باب متعة الطلاق، حديث رقم: 2037، ص 195.

⁴ هلا نايف مشاقبة، المرجع السابق، ص 60.

فقلت: متاع قليل من حبيب مفارق، فلما بلغه قولها بكى وقال: لولا إني سمعت جدي أو حدثني أبي أنه سمع جدي يقول: أيما رجل طلق امرأته ثلاثا مبهمه أو ثلاثا عند الإقراء لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره لراجعتها¹.

2- عن نافع رضي الله عنه أن رجلا أتى عمر رضي الله عنه، فذكر أنه فارق امرأته فقال: "اعطها كذا، أو اكسها كذا، فحسبنا ذلك، فإذا هو نحو ثلاثين درهماً"².

3- وعن عبد الرحمان بن عوف رضي الله عنه، أنه طلق امرأته، فمتعها بجارية سوداء حممها إياها، قال أبو عبيدة: "يعني متعها بما بعد الطلاق" وكانت العرب تسمي المتعة التحميم³.

4- وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال: "لكل مطلقة متعة"، وروي عن الزهيري مثله - وقال ابن عمر: "فرض لها"⁴.

5- وروي عن القاسم بن محمد بن محمد مثله - وقال محمد بن علي: "المتعة التي لم يفرض لها، والتي فرض لها، ليس لها متعة"⁵.

الفرع الثاني: أنواع المطلقات من حيث استحقاقهن للمتعة

من النساء اللواتي يستحقن نفقة المتعة تعويضا لهن عن الألم الذي لحق بهنّ بسبب استعمال الرجل لحقه دون مبرر شرعي برضا الله والقانون ما جعله متعسفا في طلاقه وهنّ:

- المطلقة قبل الدخول والخلوة لم يسمى لها صداق.

- المطلقة قبل الدخول والخلوة وقد سمى لها صداق.

- المطلقة بعد الدخول سواء سمى لها صداق أو لم يسم.

- المطلقة قبل الدخول وبعد الخلوة.

¹ الدر اقطني، المرجع السابق، ص 55-56.

² البيهقي، المرجع السابق، ص 244.

³ المرجع نفسه، ص 244.

⁴ المرجع نفسه، ص 419.

⁵ قراعة علي، فقه القرآن والسنة في موضوع الطلاق في الإسلام، دار مصر للطباعة، 1956، ص 86.

- المطلقة المفوضة أي التي نكحت بلا ذكر مهر أو على أن لا مهر لها أو كما تسمى عند الحنابلة مفوضة البضع وهو أن يزوج الأب ابنته المحبرة بغير صداق¹.

¹ وفاء معتوق حمزة فراش، آثار الطلاق المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي، رسالة مقدمة لنيل الماجستير في الشريعة والقانون، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1985، ص 260.

المبحث الثاني: حكم الأخذ بالمتعة وعلاقتها بالتعويض عن الإضرار بالمطلقة

إذا كان غرض الرجل من استعمال عصمته هو إلحاق الضرر بزوجته متناسيا بذلك أنه يجيد عن الهدف الذي شرع الله هذا الحق على أساسه، فيكون للمرأة بذلك على الزوج أن يقدم لها تعويض حتى يفكر في عاقبه أمره قبل أن يقدم على تطليق امرأته؛ فالشريعة العادلة أرفق بالمرأة وأرحم وأسبق إلى ما فكرت فيه، فقد أوجبت لها تعويضا بسم المتعة للترفيه وتخفيف الآلام سواء أساء الرجل في استعمال حقه أم أحسن لأن في استقلاله بالطلاق إساءة لها وإحاشا على كل حال. فلاستنباط العلاقة والترابط بين المتعة والتعويض يتوجب عليّ في (المطلب الأول) دراسة حكم الأخذ بالمتعة، أما في (المطلب الثاني) فنخصصه للعلاقة بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي.

المطلب الأول: حكم الأخذ بالمتعة

المتعة كموضوع شامل وجدت فيها اختلافات في الآراء فيما بين الفقهاء والأئمة ما إذا كانت كل مطلقة تستحق المتعة أم أنها واجبة أم مستحبة وهو ما سنلمسه في حكم المتعة (الفرع الأول)، إلا أن ديننا الحنيف يشمل المرأة بالكثير من العطف والرحمة والرعاية الشيء الذي لاحظناه من الحكمة من مشروعية المتعة (الفرع الثاني) فالشريعة الإسلامية لم تتوقف عند نقطة الإقرار بالمتعة للمرأة التي طلقها زوجها دون مبرر شرعي، وإنما وضعت مقدار للمتعة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: حكم المتعة

إن استحقاق المطلقة للمتعة يختلف باختلاف حالها، فيما يلي عرض لكل حالة على حدى:

أولا: حكم متعة المطلقة قبل الدخول:

ولها حالتان لأنها إما أن تطلق قبل أن يفرض لها مهر أو بعد الفرض.

1- المطلقة قبل الدخول و الفرض:

اتفق جمهور الفقهاء على أن من تزوجت بغير مهر -تسمى المفوضة- ولا فرض لها بعد العقد إذا طلقت قبل الدخول تستحق المتعة، إلا أنهم اختلفوا في باستحقاقها لها هل هو على سبيل الوجوب أو الندب، وذلك على مذهبين:

أ/ المذهب الأول وأدلته:

ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى القول بأن المتعة واجبة للمطلقة قبل الدخول والتي لم يفرض لها مهر وعزا ابن قدامة هذا القول إلى ابن عمر، وابن العاص، والحسن، وعطاء، وجابر بن زيد¹.

الدليل الأول: من القرآن

استدلوا بقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرَهُ مَتَانًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾².

الدليل الثاني: من المعقول

قالوا إن المرأة لحقها بالعقد والطلاق قبل الدخول ابتذال وإحاش وقلت الرغبة فيها، فوجب لها المتعة بدلا من الابتذال لأن المتعة هنا بدل الواجب وهو نصف مهر المثل، وبدل الواجب يأخذ حكمه فيكون واجبا لأنه يقوم مقامه كالتيتم مع الوضوء، فإن التيمم لما كان بدلا عن الوضوء والوضوء واجب كان التيمم واجبا³.

ب/ المذهب الثاني وأدلته:

ذهب مالك والليث وابن أبي ليلى إلى أن المتعة مستحبة لها وليست واجبة:

الدليل الأول: من القرآن

استدل المالكية بنفس الآية التي استدل بها أصحاب المذهب الأول ووجه الاستدلال من الآية قوله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾. والذي يعد قرينة صارفة للأمر بالإمتاع من الوجوب إلى الاستحباب إذ لو كانت المتعة واجبة لأطلقها عز وجل على الخلق أجمعين ولما اختص بها المحسنين دون غيرهم لأن الواجب لا يتقيد المحسنين فقط⁴.

¹ قبزيلي مليكة، حقوق المطلقة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2003، ص 106.

² سورة البقرة، الآية 236.

³ وفاة معتوق حمزة فراش، المرجع السابق، ص 265.

⁴ قبزيلي مليكة، المرجع نفسه، ص 109.

الدليل الثاني: من المعقول

قالوا إن المتعة جعلت لجبر ألم الفراق، وغير المدخول بها لم تتأنس بالزوج حتى تتألم بفراقه، ولأن المتعة

لم برد تقديرها بنص شرعي والفرائض ينبغي أن تكون مقدرة معلومة.

ج/ الترجيح:

إن سبب الخلاف بين الفقهاء في حكم المتعة بالنسبة للمطلقة قبل الدخول والفرض يرجع إلى اختلافهم في

القرينة في قوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَهَرِّجُوا لَهُنَّ فَريضةً وَمَتَّعُوهُنَّ

عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرَهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾. فالذين رأوا أن هذه العبارة

قرينة صارفة للأمر عن الوجوب إلى الندب وهم المالكية قالوا المتعة مستحبة واللذين لم يعتبرونها كذلك قالوا المتعة واجبة.

من خلال عرض أدلة الفريقين وما دار حولها من مناقشة يظهر رجحان رأي الجمهور القائل بوجوب المتعة

للمطلقة قبل الدخول والفرض، وذلك لقوة الحجج المستمدة إليها خاصة الآية الكريمة التي تمسك بها الفريقان.

واختار هذا الرأي الإمام القرطبي من المالكية حيث قال والقول الأول أي قول الجمهور أولى؛ لأن عموماً

الأمر بالمتاع في قوله: ﴿مَتَّعُوهُنَّ﴾. وإضافة الامتناع إليهن بلام التملك في قوله: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَّعٌ﴾. أظهر في

الوجوب منه في الندب لقوله: ﴿عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾. تأكيد لإيجابها لأن كل واحد يجب أن يتقي الله في الاشتراك به ومعاصيه.

كما رجح الأستاذ مصطفى سعيد الخن هذا الرأي بقوله: والذي نراه راجحاً هو ما عليه الأكثر من

الوجوب حملاً للأمر على حقيقته، وإن قوله تعالى: ﴿عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾. هو عام في المتطوع والقائم بالواجبات.

2- المطلقة قبل الدخول وبعد الفرض:

لقد اختلف فقهاء المذاهب الأربعة في المطلقة قبل الدخول وبعد تسمية المهر لها ما إذا كانت تستحق المتعة

أم لا تستحقها إلى فريقين وهما:

أ/ الفريق الأول وأدلته:

ذهب المالكية والشافعية إلى أن المطلقة قبل الدخول وبعد التسمية لا متعة لها ولا وجوباً لها ولا ندباً، سواء

سمي لها المهر في العقد أو فرض بعده وهذا القول مروى عن ابن عمر رضي الله عنهما¹.

حيث استدلووا بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَرْصُوهُنَّ

مَا فَرَضْتُمْ² .

ووجه الاستدلال من الآية الكريمة أنّ عزّ وجلّ ذكر المطلقة قبل الدخول ويعدّ الفرض عقب المطلقة قبل

الدخول وبعد الفرض، فأوجب لها نصف المهر المسمى فقط ولم يأمر لها المتعة مما يدلّ على عدم استحقاقها لها، إذ لو كان واجب آخر لبيته.

إن الله عزّ وجلّ علّق على وجوب المتعة على تحقق شرطين، هما أن يكون الطلاق قبل الفرض والمسيب فلا

تجب المتعة فيه، لأن هنا لم يحدث لها كسر كبير بطلاقها فيكفي شرط مهرها ليقوم مقام المتعة في جبر الإيحاء والابتدال الذي لحقها³.

ب/ الفريق الثاني وأدلته:

ذهب الحنابلة إلى أن المطلق قبل وبعد التسمية تستحق المتعة ولكن استحقاقها لها إنما هو على سبيل

الاستحباب لا الوجوب، حيث استدلووا بقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفَرِّصُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً⁴ .

وقوله عزّ وجلّ: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَرْصُوهُنَّ مَا

فَرَضْتُمْ⁵ .

¹ بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 119.

² سورة البقرة، الآية 237.

³ قبزيلي مليكة، المرجع السابق، ص 113.

⁴ سورة البقرة، الآية 236.

⁵ سورة البقرة، الآية 237.

ووجه الاستدلال من الآيتين أن الله عزّ وجلّ قسم المطلقات إلى قسمين؛ فأوجب المتعة لغير المفروض لهنّ ونصف المسمى للمفروض لهنّ مما يدل على اختصاص كل قسم بحكمه.

وهذا يفيد أن قول الله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٍ بِالْمَعْرُوفِ﴾ لا يدل على وجوب المتعة لكلّ مطلقة

ومنه يمكن حمل الأمر بالمتاع جمعا بين دلالة الآيات. وقد وافق الحنفية مذهب الحنابلة فيما إذا كانت تسمية المهر تمت أثناء العقد¹.

ج/ الترجيح:

الراجح هو مذهب المالكية والشافعية القائل بعدم استحقاق المطلقة قبل الدخول وبعد التسمية للمتعة لا وجوبا ولا ندبا وحسبها نصف المهر المسمى، وهذا استنادا إلى قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُهَا مَا فَرَضْتُمْ﴾. وهو نص صريح في المسألة.

أما قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ حِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَنْعُوهُنَّ وَسَرَخُوهُنَّ سِرَاحًا جَمِيلًا﴾. فهي وإن كانت تفيد بظاهرها أن المطلقة قبل الدخول تستحق المتعة إلا أنها لم تفيد هذا الاستحقاق بعدم تسمية المهر لذلك فقد ذهب كثير من العلماء إلى حمل هذه الآية المطلقة على آيتي البقرة المقيدتين، فلم يجعلوا المتعة للمطلقة قبل الدخول وبعد الفرض.

ثانيا: حكم متعة المطلقة المدخول بها

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على استحقاق المطلقة بعد الدخول للمتعة سواء سمي لها المهر أو لم يسم، إلا أنهم اختلفوا هل استحقاقها على سبيل الوجوب أو الندب وذلك على فريقين:

1- الفريق الأول وأدلته:

ذهب الشافعية في الأظهر من مذهبهم والإمام أحمد في رواية إلى أن المتعة واجبة للمطلقة بعد الدخول وبه

قال عمر وعلي والحسن بن علي وابن عمر رضي الله عنهم².

¹ قبزيلي ملكة، المرجع السابق، ص 113.

² أحمد ناصر الجندي، المرجع السابق، ص 1978.

حيث استدلووا عامة بقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتاعٍ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَقِينِ﴾. فقد جعل الله عزّ وجلّ بهذه الآية حقّ المتعة للمطلقات عامة سواء كان مدخول بهنّ أو غير مدخول بهنّ، إلا ما خصّه الدليل في المطلقة قبل الدخول وليس لها مهر مسمى ولم يرد دليل يخصّ المطلقة بعد الدخول فتبقى على ظاهر العموم.

وحملوا قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتاعٍ﴾. على الوجوب لعدّة أوجه وهي:

- الإتيان باللام الدالة على التملك في قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ﴾

- لو لم تكن المتعة واجبة لما قدرها الله عزّ وجلّ بالقدر الذي تعارف عليه الناس في قوله: ﴿بِالْمَعْرُوفِ﴾

- قوله: ﴿حَقًّا﴾. إذا لحقّ هو الواجب اللازم¹.

كما استدلووا بخصوص قوله تعالى: ﴿يَأْيُهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِناتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ حِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَعَّوهُنَّ وَسَرَوهُنَّ سَرًا جَمِيلًا﴾. ووجه الاستدلال "أمتعنك" أي أدفع لكن متعة الطلاق وأسرحكّن به وجده الآية نزلت في نساء النبي صلى الله عليه وسلم وقد كان دخل بهنّ، مما يدل على وجوب المتعة للمدخول بهنّ².

قال عمر سليمان الأشقر في بيان وجه الاستدلال من الآية: فهذا أمر من الله عزّ وجلّ لرسوله الكريم صلى الله عليه وسلم أن يخيّر نساءه بين الصبر معه على العيش أو الطلاق والفراق الذي يلي معه التمتع.

حيث قال أصحاب هذا المذهب أن المهر وجب للمرأة في مقابل استغناء منفعة، فوجبت لها المتعة بدلا من الإيجاش الذي لحقها بالطلاق.

2- الفريق الثاني وأدلته:

يرى أصحابه أن المتعة لا تجب للمطلقة بعد الدخول وإنما هي مستحبة فقط وإلى هذا الرأي ذهب المالكية والحنفية والحنابلة في ظاهر مذهبه.

¹ أحمد ناصر الجندي، المرجع السابق، ص 1978.

² قبزيلي مليكة، المرجع السابق، ص 117.

حيث استدلت المالكية بنفس الآية التي استدلت بها الشافعية إلا أنهم حملوها على الاستحباب إذ قالوا أن الله تعالى جعل المتاع للمطلقات كلهن المدخول بهنّ وغير المدخول بهنّ، لكن تقييد الآية بالتقوى صرف الحق عن الوجوب، لأن الواجب لا يتقيد بالمتقين بل يتحتم عليهم وعلى غيرهم¹.

المتعة تجب بدلا عن نصف المهر أو مهر المثل في المفوضة والمطلقة بعد الدخول تستحق المهر المسمى إن كان هناك تسمية؛ ومهر المثل إن لم تكن هناك تسمية. فلو وجبت المتعة لأدى إلى الجمع بين البدل والأصل، وهذا ممتنع لأن البدل لا يجمع الأصل ولا شيئا منه، لأن المطلقة قبل الدخول في نكاح فيه تسمية لا تجب لها المتعة بالإجماع لأنها تستحق بعض المهر، فالمطلقة بعد الدخول أولى لأنها تستحق كل المهر².

3-الترجيح:

بعد عرض أدلة المذهبين يظهر رجحان مذهب الشافعية القائل بوجوب المتعة للمطلقة بعد الدخول سواء سمي لها مهر أو لم يسم؛ وذلك لقوة الحجج التي استندوا إليها.

فمن خلال ما تقدم يمكن تلخيص آراء العلماء في حكم المتعة كالآتي:

- المتعة مستحبة لكل مطلقة إلا المطلقة قبل الدخول والتي لم يسم لها مهر في العقد، فالمتعة واجبة لها وهو مذهب الحنفية والحنابلة في المشهور عندهم.

- المتعة مستحبة لكل مطلقة إلا المطلقة قبل الدخول وبعد التسمية فلا متعة لها وهو مذهب المالكية.

- المتعة واجبة لكل مطلقة إلا المطلقة قبل الدخول وقد سمي لها مهر فلا متعة لها لا وجوبا ولا ندبا وهو مذهب الشافعية والحنابلة.

- المتعة واجبة لكل مطلقة وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله عليه، وبه قال الظاهرية ورجحه ابن جرير الطبري رحمه الله.

¹ قبزيلي مليكة، المرجع السابق، ص ص 117-118.
² المرجع نفسه، ص 118.

ثالثاً: حكم متعة المفوضة

المفوضة إما أن تطلق قبل الدخول أو بعده، فإن طلقت قبل الدخول إما أن تكون قد سمي لها صداق بعد العقد أم لا؛ وعلى ذلك فإن طلقت قبل الدخول ولم يفرض لها بعد العقد، فحكم متعتها هو حكم متعة المطلقة قبل المس والفرض، وإن طلقت بعد الدخول فقد استحقت بالدخول مهر المثل فيكون حكم متعتها هو حكم المطلقة بعد الدخول¹.

أما إن طلقت قبل الدخول وقد فرض لها بعد العقد، فقد اختلف الفقهاء فيما إذا استحقت المتعة أو نصف المهر وكان خلافهم على الوجه الآتي:

1- ذهب الإمام أبو حنيفة ومحمد وأبو يوسف في قوله الأخير إلى أنها استحقت المتعة، ومتعتها واجبة كالمطلقة قبل الدخول والتسمية وعلى ذلك يسقط المهر فلا تستحق نصفه. أما قول أبي يوسف الأول فهو أنه يجب لها نصف المهر المفروض بعد العقد، كما إذا كان المهر مفروضاً في العقد².

2- أما المالكية فقالوا: إن فرض للمرأة بعد العقد وقبل الطلاق التحق المفروض بالعقد وصار حكمها حكم المطلقة قبل الدخول وبعد الفرض فتستحق نصف المفروض فقط ولا متعة لها.

3- هذا وقد وافق الشافعية المالكية في ذلك وقالوا: "إذا فرض لها في التفويض شيء وطلقت قبل الدخول فلا متعة لها وإنما لها نصف المهر فقط".

4- أما الحنابلة فقد جاء عن الإمام أحمد أن لها المتعة الواجبة ويسقط المهر ولا تستحق منه شيئاً.

إلا أن بعض الفقهاء ذهب إلى القول بأن لها نصف ما فرض ولا متعة لها، وبهذا يظهر أن المفوضة المفروض لها بعد العقد إذا طلقت قبل الدخول للفقهاء فيها قولان:

أ/ القول الأول:

أن لها متعة واجبة كالمطلقة قبل المس والفرض ويسقط المهر المسمى فلا تستحق منه شيئاً، وبهذا قال أبو حنيفة ومحمد وأبو يوسف في قوله الأخير والإمام أحمد³.

¹ قبزيلي مليكة، المرجع السابق، ص 121.

² وفاء معتوق حمزة فراش، المرجع السابق، ص 288.

³ المرجع نفسه، ص 289.

ب/ القول الثاني:

إنها تستحق نصف المفروض بعد العقد ولا متعة لها، وبهذا قال المالكية والشافعية وبعض فقهاء الحنابلة وهو مروى عن أبي عمر وعطاء والشعبي والنخعي وأبي عبيد¹.

الدليل من القرآن:

استدلوا بأن لها المتعة ويسقط المسمى بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ حِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَنْعُوهُنَّ وَسِرَّوهُنَّ سِرًّا جَمِيلًا²﴾.

ووجه الدلالة في قوله تعالى أنه ذكر أن للمطلقة قبل الفرض والدخول المتعة وهو منصرف إلى الفرض في العقد لأن الخطاب ينصرف إلى المتعارف والفرض لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾.

إن الفرض المذكور هنا في الآية والذي ينصف بالطلاق قبل الدخول هو المفروض في العقد لأنه هو المتعارف، أما المفروض بعد العقد فليس في معناه. أما المهر المثل قد وجب بنفس العقد وذلك لخلوه من التسمية فكان الفرض بعد العقد تقديرا لما وجب بالعقد وهو مهر المثل، وهو الذي يسقط بالطلاق قبل الدخول وتجب المتعة³.

أما القائلون بأنها تستحق نصف المهر فقط فقد استدلوا بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾⁴.

فإن تبارك وتعالى قد أوجب الحق نصف المفروض للمطلقة قبل الدخول مطلقا من غير فصل بين ما إذا كان الفرض في العقد أو بعده؛ وأن الفرض بعد العقد كالفرض في العقد فيتناوله النص بذلك يتنصف بالطلاق؛ وأن المفروض بعد العقد يستقر بالدخول فيتنصف بالطلاق قبله كالمسمى في العقد⁵.

ج/ الترجيح:

مما سبق يتضح رجحان مذهب القائلين بأن المطلقة قبل الدخول والمفوض لها بعد العقد تستحق نصف

¹ وفاء معتوق حمزة فراش، المرجع السابق، ص 290.

² سورة الأحزاب، الآية 49.

³ وفاء معتوق حمزة فراش، المرجع نفسه، ص 290.

⁴ سورة البقرة، الآية 237.

⁵ وفاء معتوق حمزة فراش، المرجع نفسه، ص 292.

لمسمى لقوة أدلتهم لأن الآية التي استدلوها بها لم تفصل أو تفرق بين المسمى في العقد والمسمى بعده.

رابعاً: الرأي الراجح في المسألة

بعد أن استعرضنا آراء الفقهاء في هذه المسألة نجد أن الكثير منهم يرجح وجوبها وأنها لكل مطلقة، ومن قال بوجوبها من الصحابة علي بن أبي طالب رضي الله عنه وعبد الله بن عمر رضي الله عنه ومن التابعين الزهري وسعيد بن جبر وأبي قلابة و الحسن البصري وإبراهيم النخعي رحمهم الله أجمعين.

وقد احتج بعضهم بقوله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ و ﴿حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ على الوجوب وليس الندب وهذا الرأي له وجهته إذ أن القرآن ربط الأحكام الشرعية العملية ربطاً وثيقاً بالعقيدة الدينية فجاءت أحكام عملية مقرونة بتذكر الناس أنها من عند الله وأن من آمن بها يجب عليه طاعتها حتى يصل إلى درجة المحسنين والمتقين

أما القرطبي صاحب التفسير فيقوم بتحليل النص مما يؤدي به إلى القول بوجوب المتعة فيقول: قوله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ أي يحق ذلك عليهم حقا يقال حققت عليه القضاء، وأحققت أي: أوجبت وفي هذا دليل على وجوب المتعة مع الأمر بها فقوله حقا تأكيد للوجوب، ومعنى على المحسنين، وعلى المتقين أي على المؤمنين، إذ ليس لأحد أن يقول لست بمحسن ولا متق والناس مأمورين بأن يكونوا جميعا محسنين ومتقين¹.

وكذلك يذهب الجصاص وهو من الأحناف إلى الوجوب وقد احتج بآيات المتعة وذكرها جميعا ثم قال: فقد حوت هذه الآيات الدلالة على وجوب المتعة من وجوه

أحدها: قوله تعالى: ﴿فَمَتَّعُوهُمْ﴾ لأنه أمر و الأمر يقتضي الوجوب حتى تقوم الدلالة على الندب، والثاني قوله تعالى: ﴿مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ وليس في اللفظ الإيجاب أكد من قوله حقا عليه، والثالث قوله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ تأكيد لإيجابه إذ جعلها من شرط الإحسان وعلى كل أحد ان يكون من المحسنين، وقد دل قوله حقا عليه وعلى الوجوب وقوله ﴿حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ تأكيد لإيجابها².

¹ عبد الهادي عبد الكريم، آيات متعة الطلاق، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، المجلد 5، جامعة الموصل، (د ب ن)، 2007، ص 108.

² المرجع نفسه، ص ص 108-109.

كذلك قوله تعالى: ﴿فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَوَّغُوهُنَّ﴾ قد دل على الوجوب من حيث أنه أمر وقوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ يقتضي الوجوب أيضاً لأنه جعلها لهم وما كان للإنسان فهو ملكه له المطالبة به، وقال أيضاً فلما قال تعالى: ﴿عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾ دل على الوجوب إذ ما ليس بواجب غير معتبر بحال الرجل إذ له أن يفعل ما شاء منه في حال اليسار والإعسار فلما قدرها بحال الرجل ولم يطلقها فيخير الرجل فيها، دل على الوجوب بها¹.

الفرع الثاني: الحكمة من مشروعية المتعة للمطلقات

لقد شرع الله عز وجل المتعة لتكون رادعاً وزجراً لكل زوج لا يرتدع بالإيمان والتقوى والخوف من عقاب الله والله تبارك وتعالى لما جعل الطلاق بيد الرجل رتب عليه التزاماً وهو المتعة حتى لا يتعسف في استعمال الحق، فلا يوقعه إلا بعد تروى واستنفاذ وسائل الإصلاح الممكنة .

ولا يقال إن المهر المؤجل والنفقة في العدة يؤديان الغرض، فإنهما وإن كانا كذلك فإن في المتعة المزيد من التأكيد على المعنى نفسه، كما أن النفقة هي في مقابل احتباسها عن العمل لحق الزوج، وأما المهر فإن كان معجلاً فلا يؤدي الغرض المراد بالتروي في الطلاق، كما أن الناس يتساهلون فيه غالباً، وإن كان مؤجلاً فقد يكون قليلاً لا يؤدي الغرض وإن كان كثيراً وانضمت إليه المتعة كان ذلك أدعى إلى التروي².

وبما أن للأسرة أثر كبير في تقوية الصلات بين أفراد المجتمع فيها تنتشر المودة بين القبائل والشعوب، لذا أمر الله عز وجل أن يكون التفريق بإحسان بقوله: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾³.

وحتى يكون كذلك أمر الزوج بإعطاء الزوجة متعة وحثه على ذلك في آيات كثيرة، وبين أنها من علامات التقوى ومن صفات المحسنين ترغيباً لهم على الامتثال بها⁴.

فإن في تمتيع الزوجة المطلقة إزالة للشبهات عنها وسد لأفواه المتطفلين الذين تدور في أنفسهم الكثير من الإبهام

¹ عبد الهادي عبد الكريم، المرجع السابق، ص 108-109.

² محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 180.

³ سورة البقرة، الآية 229.

⁴ محمود علي السرطاوي، المرجع نفسه، ص 180.

لأن الله تعالى أمرنا بأن نحافظ على الأعراض فجعل هذا التمتع كالمرهم لجرح القرب¹.

وفي المتعة مساعدة للمطلقة من الناحية المالية، حيث أن الفترة التي تلي الطلاق تكون جد صعبة على المرأة لسد حوائجها، خاصة عند عدم وجود المعيل بعد الزوج الذي كانت تعتمد في نفقتها عليه قبل الطلاق وبذلك كانت المتعة في مثل هذه المرحلة الصعبة بمثابة الفرج لهذه المطلقة².

وبالتالي نستخلص ثلاثة أمور عن الحكمة من مشروعية المتعة كما يلي:

الأمر الأول: أن المتعة قائمة مقام المسمى من نصف المهر وهذا أمر لاشك فيه.

الأمر الثاني: أن المتعة جبر لخاطر المرأة جراء ما لحقها من طلاق.

الأمر الثالث: أن المتعة تعويض للمرأة عن الطلاق التعسفي من قبل الرجل وهي أشبه بالعقوبة له، وهذا ما توجي إليه بعض القوانين قال العلامة محمد رشيد رضا - رحمة الله عليه - : إن في هذا الطلاق غضاضة وإهماما للناس أن الزوج ما طلقها إلا وقد رابه منها شيء، فإذا هو متعها متاعا حسنا تزول هذه الغضاضة ويكون هذا المتاع الحسن أي بمنزلة الشهادة بنزاهتها والاعتراف بأن الطلاق كان من قبله³.

أي لعذر يختص به، لا من قبلها لا لعله فيها، لأن الله تعالى أمرنا بأن نحافظ على الأعراض بقدر المستطاع فجعل هذا التمتع كالمرهم لجرح القلب لكي يتسامح به الناس.

يقول العلامة أحمد شاکر: " هذه المتعة فيها تعويض لما فات على المطلقة من الطمأنينة على نظام حياتها في كنف الزوجية". ولذلك كانت "على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف" كالشأن في الإنفاق. يقول الشيخ عبد الوهاب خلاف: الحكمة من إيجاب نصف المهر في هذه الحال، أن لها وجهتين من النظر مختلفتين⁴.

فلو نظرنا من وجهة أن الزوج بالفرقة قبل الدخول حقيقة أو حكما لم يستمتع بزوجه أي نوع من الاستمتاع، ولم تقم له بواجب من الواجبات الزوجية، وحالها بعد الفرقة على ما كانت عليه قبل العقد؛ ينتج أن الزوج لا يجب عليه شيء من المهر أصلاً.

¹ محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، ص 181.

² لمين لبنى، المرجع السابق، ص 17.

³ أحمد بن صالح آل عبد السلام، المرجع السابق، ص 09.

⁴ المرجع نفسه، ص 10.

ولو نظرنا من وجهة أن الزوجة بالعقد ملكت زوجها حق المتعة بها، ولم تمنعه أن يستوفي حقه، وهو الذي فوت ملكه مختاراً بهذه الفرقة الآتية من قبله؛ ينتج أن عليه المهر كله.

فالشارع الحكيم وفق بين الوجهتين وراعى الجانبين، وأوجب على الزوج في هذه الحال نصف المهر المسمى كتعويض لها عما لحقها من الضرر بفرقة ليست من قبلها. ويقول الدكتور بدران أبو العينين: "يقدمها الزوج تطبيقاً لنفس الزوجة، وتعويضاً لها عن إيجاشها بالفرقة التي حصلت بينها وبين زوجها¹.

الفرع الثالث: علة المتعة

اختلف الفقهاء في علة المتعة على مذهبين الأول ذهب إلى أن المتعة غير معللة، والثاني اعتبر المتعة معللة مع محاولة الترجيح فيما بينهما.

أولاً: متعة الطلاق غير معللة

ذهب الإمام أبو يوسف من الحنفية إلى أن المتعة غير معللة، بل إنها وجبت ابتداءً، ولم تجب بطريق البدل وقد استدل على ذلك بظواهر النصوص التي تدل على مشروعية المتعة، وبناءً على قوله إذا كان مهر المثل مرهونا بشيء ما، فإذا ملك الرهن فإنه يملك بدون شيء وتبقى المتعة في ذمته، وهذا دليل على أن المتعة لم تجب بدلا من المهر، إنما وجبت ابتداءً².

ثانياً : متعة الطلاق معللة

ذهب عامة الفقهاء إلى أن المتعة الطلاق معللة، إلا أنهم اختلفوا في العلة وان كنا لم نجد نصاً صريحاً على تلك العلة والتي منها:

1- المتعة ان شرعت بطريق البدل:

ذهب الحنفية، والحنابلة إلى أن المتعة شرعت بدلا عن المهر المثل في الحالات التي تستحق بها المطلقة نصف المهر، وبدل الواجب واجب، بمعنى أن المتعة بدل عن نصف المهر، فهي تقوم مقامه عند عدم تسميته كالتيمم بدلا عن الوضوء في حالة عدم وجود ماء، وعلى ذلك فإن الرهن بمهر المثل يكون رهنا بالمتعة، حتى إذا هلك الرهن تملك

¹ أحمد بن صالح آل عبد السلام، المرجع السابق، ص 11.

² لمين لبنى، المرجع السابق، ص 17.

المتعة ومن النصوص الفقهية التي تدل على هذا التعليل ما يلي :

جاء في المبسوط : " إن المتعة تجب خلفاً عن مهر المثل " وقوله : "كل فرقة جاءت من قبل المرأة، فلا شيء لها من المهر، ولا من المتعة، لأن المتعة بمنزلة نصف المسمى، فكما أنّ في النكاح الذي فيه تسمية لا يجب من المسمى شيء إذا جاءت الفرقة من جهتها قبل الدخول"¹.

وفي المغني: " ولنا عموم النص، ولأنها قائمة مقام نصف المهر في حق من سمى، فتجب لكل زوجة على كل زوج، كنصف مهر"².

وقوله في اللباب: " وتستحب المتعة لكل مطلقة، إلا مطلقة واحدة وهي المفوضة، فإن متعتها واجبة، لأنها بدل عن نصف مهر المثل ". وقال في العدة : " وكل فرقة جاءت من المرأة قبل الدخول كارتدادها أو رضائها أو ارتضاءها أو فسخ لعيبه أو إعسارها ولا تجب لها المتعة، لأنها أتلفت المعوض قبل تسليمه"³.

2- الإباحش و الابتدال :

ذهب الشافعية إلى أن علة المتعة هي الإباحش والابتدال، كما ذهب بعض الحنفية، والمالكية، إلى أنّ علة المتعة الإباحش فقط، ومن النصوص الفقهية التي تدل على هذا التعليل ما يلي:

جاء في اللباب: " تستحق المتعة لكل مطلقة دفعا لوحشة الفراق عنها "، وقال في زاد المحتاج ومغني المحتاج : " لأن المفوضة لم يحصل لها شيء، فتجب لها المتعة للإباحش"⁴.

وجاء في حاشية الخرشبي: " والمعنى إذا خالعت زوجها بعوض منها أو من غيرها برضاها فإنه لا متعة لها، إذ لا وحشة ". وقوله: " لكن المتعة تكون للمطلقة طلاقاً بائناً إثر طلاقها، لحصول الوحشة بألم الفراق ".

وقوله في المهذب : " ولأنها لحقها بالنكاح ابتدال، وقلة الرغبة فيها بالطلاق، فوجب لها المتعة " وقوله : " وان كانت من جهة الزوجة كالإسلام، والردة والرضاع و الفسخ بالإعسار و العيب بالزوجين معاً لم تجب لها متعة، لأن المتعة وجبت لها، لما يلحقها من الابتدال بالعقد وقلة الرغبة فيها بالطلاق "⁵.

¹ السرخسي، المرجع السابق ، ص 62 .

² ابن قدامة، المرجع السابق، 587.

³ الغنيمي عبد الغني، اللباب في شرح الكتاب، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية، بيروت، د س ن، ص 17.

⁴ المرجع نفسه، ص 17.

⁵ النووي أبو زكرياء محي الدين يحيى بن الشافعي، كتاب المجموع شرح المهذب للشرازي، تحقيق: محمد نجيب، دار احياء التراث العربي بيروت، 1995، ص 70.

3- تطيب النفس وجبر خاطر من ألم الطلاق:

ذهب المالكية إلى ان المتعة شرعت لتعويض المرأة، وتطيباً لنفسها وجبراً لخاطرها من الألم الحاصل لها بالطلاق، وتسليية لها عند الفراق، ومن النصوص التي تدل على هذا التعليل ما يلي:

جاء في المقدمات والممهدات: "المتعة إنما أمر المطلق بما تطيبا لما يرد عليها من ألم الطلاق وتسليية لها على الفراق" ¹، وفي تبين المسالك قوله: "المتعة ما يعطيه الزوج للمطلقة تخفيفاً للألم الذي حصل لها من طلاقه إليها" ² وفي الذخيرة: "في الجواهر: هي لكل امرأة اختار الزوج طلاقها، ولا خيار لها فيه، لأن المختارة لا تحتاج جبراً، وليست للمطلقة قبل الدخول، وقد فرض لها لجبرها بنصف الصداق، ولا لمن كان الصداق بسببها، كالمختلعة و الملاعنة، وإنما يجبر الزوج ما كان من جهته، ولا للمجبرة إذا اختارت، لأنها غير منكسرة" ³.

ثالثاً : الترجيح

أميل إلى ترجيح الرأي القائل: إن المتعة شرعت لتعويض المرأة، وتطيباً لنفسها، وجبراً لخاطرها المنكسر من ألم الفراق الحاصل لها بالطلاق ذلك أن العلة هذه توضح مقصود الشارع الحكيم من المتعة، وهو جبر الضرر وتخفيف وقعه على المطلقة.

وفي ذلك إيجاب للتعويض على المتسبب بهذا الضرر، وهو الزوج المطلق فكانت المتعة هي التعويض المناسب للمطلقة عما لحقها من ضرر سواء كان مادي أو معنوي.

الفرع الرابع: مقدار متعة المطلقة و مسقطها

أولاً: مقدار متعة المطلقة: مقدار متعة الطلاق في كتاب الله تعالى : الأصل في مقدار المتعة قول الله تعالى : ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ ⁴.

¹ ابن رشد أبي الوليد محمد بن أحمد القرطبي، المقدمات والممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية و التحصيلات المحاكمات لأمهات مسائل المشكلات، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1988، ص 548 .

² الشنقطني، المرجع السابق، ص 160.

³ القرافي شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي، الذخيرة، تحقيق: محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994 ص 449 .

⁴ سورة البقرة، الآية 236 .

وجعل ذلك بناء على حال المطلق يسراً وعسراً وتحديد قدر متعة الطلاق بحسب اليسر والعسر يعتمد على

الزوج أولاً، ثم بحسب العرف، والعرف حجة شرعية؛ لأنه مصدر من مصادر التشريع، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ مِنَ الْجَاهِلِينَ﴾¹.

وحدِيث النبي صلى الله عليه وسلم: " ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ".

تحديدها :

الأصل عند تحكيم العرف في تحديد متعة الطلاق ألا يخالف نصاً شرعياً، فالنص أوجب متعة الطلاق فلا يصح إسقاطها، كما أنّ النص أوجب متعة الطلاق على الموسع قدره وعلى المقتر قدره من غير تحديد مقدار أو نوع فلا يجوز تحديدها في جميع الحالات وباختلاف أحوال المطلقين ووسعهم يسراً وعسراً عرفاً أو قانوناً، كما هو حال بعض من شرع قوانين الأحوال الشخصية بأن جعل للتي لم يسم لها المهر وطلقت قبل الدخول نصف مهر المثل أسقط متعة المطلقة عموماً².

وما ذهب إليه الفقهاء من تحديدها كان مسألة اجتهادية لتيسير أمور الخلق في مسائل الطلاق، في محاولة التسهيل على العباد، وما جاء في بعض قوانين الأحوال الشخصية من تحديدها كان أيضاً من أجل تسهيل تطبيقها لدى قضاة المحاكم الشرعية لأن التقنين يحتاج في نظرهم إلى التعميم، وليتلخص القضاة من اختلاف فيما بينهم في الاجتهاد بتقديرها بحسب أحوال المطلقين عسراً ويسراً³.

وهو اجتهاد على كل حال، له عليه وما ذهبوا إليه فهو موافق لعاداتهم وأعرافهم في زمانهم وتحديد متعة الطلاق كان بتحديد أقلها وأكثرها مع الإشارة إلى أن معظم الفقهاء قالوا: بأن لا تتجاوز نصف مهر المثل، وقد يكون هذا قياساً على أن من طلقت وفرض لها ثم طلقت قبل الدخول تأخذ نصف المفروض، لكن التحديد لمتعة الطلاق بالذات مخالف لنص كتاب الله تعالى، فإنه لاجتهاد فيما ورد النص ولا يجري عليها القياس ولو أراد الشارع فرضها بنصف المهر لصرح بذلك، كما لم يصرح على ذلك بالنفقات وتركها لحال المنفق يسراً وعسراً⁴.

¹ سورة الأعراف، الآية 199 .

² عبد الحميد بني فضل، متعة الطلاق بين الفقه وقوانين الأحوال الشخصية، مجلة الجامعة العربية الأمريكية للبحوث، المجلد 2، جامعة عمان الأهلية، الأردن، (د س ن)، ص 68 .

³ المرجع نفسه ص 68 .

⁴ المرجع نفسه، ص ص 68-69 .

كما أن الفقهاء في تحديدهم لمتعة الطلاق لم يتفقوا على شيء معين، وهذا دليل على تغيرها واختلافها

بحسب العرف وحال المطلق، فكان الأولى ألا يحدوها بنص المهر طالما يختلف العرف بحسب حال المطلق زماناً ومكاناً، ونوعاً للمتعة إذ ان تحديدها ايضاً بالمال بنصف المهر هو تحكم في تحديد نوعها؛ إذ قد تكون المتعة غير المال مما يرضي الزوجة ويقع في وسع المطلق إذا قد تطلب شيئاً آخر غير المال ويرضى المطلق بذلك، ومن الأمثلة على تحديدها بنوعها ما جاء في الهداية: "المتعة ثلاثة أثواب من الكسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة" وورد أن المتعة ثلاثون درهماً¹.

كما ورد أن عبد الرحمن بن عوف متّع أم أبي سلمة جارية سوداء أو وليدة، وهذه الأمثلة تدل على تغير متعة الطلاق بحسب حال الممتّع، ولم يحدد بأن لا تزيد عن نصف مهر المثل كما في تشريعات قوانين الأحوال الشخصية فلو قيل هذا بحسب العرف لُقيل، ولكن لا يصح التعميم فيه، وفي جميع أحوال المطلقين والمطلقات إذ قد لا تكون المطلقة محتاجة إلى أثواب ودرع وخمار وملحفة، إذ قد تحتاج سكيناً أو مالاً أو متاعاً أو غير ذلك ويقع في قدرة المطلق².

و الشرع إنما فرض لها متعة طلاق لحاجتها إليها، وهي تقدر حاجتها، وإذا حصل خلاف فالقاضي يقضي لها بمتعة مقداراً ونوعاً بحسب حاجتها مما يقع في قدرة المطلق إن أي تغيير في موضوع متعة الطلاق لا يجوز أن يمس حكمها، فحكمها ثابت في نص كتاب الله تعالى، ولكن إن طال التغيير كيفيتها ومقدارها بحسب الزمان والمكان، فإن هذا مما تقره الشريعة السمحة وضمن مصادرها التشريعية المتفق عليها عند فقهاء الإسلام.

ومع كل ما سبق بيانه فإنه لا يجوز تحديدها بمقدار معين ثابت، أو نوع معين من أنواع المتعة مالاً أو أثاثاً أو طعاماً سواء أكان التحديد لأقلها أم لأكثرها؛ لأن الشارع جعل ذلك كله بحسب حال المطلق وقد ذكر القرطبي رحمه الله تعالى في معرض رده على من يحدد المتعة بقوله: "إنّ قول الله تعالى: ﴿مَلَى الْمَوْسِعَ قَدْرُهُ وَمَلَى الْمُقْتَدِرَ قَدْرُهُ﴾ دليل على رفض تحديد المتعة³.

¹ عبد الحميد بني فضل، المرجع السابق، ص ص 68-69.

² المرجع نفسه، ص ص 68-69.

³ المرجع نفسه، ص 69.

ثانيا: مسقطات المتعة

تكلم الفقهاء عن الحالات التي تسقط فيها المتعة، ونكاد نجد اتفاقا بينهم في هذه المسألة، فقد قسم الفقهاء

الفرقة التي تكون بين الزوجين إلى ثلاث أقسام:

القسم الأول: ما كانت الفرقة فيه بسبب من الزوج كاللعان والإبلاء والردّة، وغيرها من أسباب فتجب حينئذ المتعة للمرأة.

القسم الثاني: ما كانت الفرقة فيه بسبب من الزوجة كالمخالعة والردّة والفسخ بالإعسار والعيب، فإنها لا تستحق المتعة حينئذ¹.

القسم الثالث: إن كانت الفرقة من طرف ثالث كالمرضعة أو أي شخص آخر، فتستحق المرأة المتعة.

قال الكسائي رحمه الله: "كل فرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه فتوجب المتعة، لأنها توجب نصف المسمى في نكاح فيه تسمية. والمتعة عوض عنه، كردّة الزوج وإبانة الإسلام وكل فرقة جاءت من قبل المرأة فلا متعة لها.

وقال الآبي: "واللعان لا متعة فيه، لأنه فسخ ومن اختلعت من زوجها بعوض دفعته له فلا متعة لها، لأنها المختارة لفراقه ومعارضة عليه فلا ألم لها².

ويقول الشيرازي: "وإن وقعت الفرقة بغير طلاق نظرت، فإن كانت بالموت لم تجب لها المتعة؛ لأن النكاح قد تم بالموت وبلغ منتهاه، فلم تجب لها المتعة وإن كانت بسبب من جهة أجنبي الرضاع. فحكمه حكم الطلاق في الأقسام الثلاثة، لأنها بمنزلة الطلاق في تصنيف المهر فكانت كالطلاق في المتعة، وإن كانت بسبب من جهة الزوج كالإسلام والردّة واللعان فحكمه حكم الطلاق في الأقسام الثلاثة لأنها فرقة حصلت من جهته، فأشبهت الطلاق وإن كانت بسبب من جهة الزوجة، كالإسلام والردّة والرضاع والفسخ بالإعسار والعيب بالزوجين جميعا لم تجب لها المتعة لأن المتعة وجبت لها لما يلحقها من الابتذال بالعقد وقلة الرغبة فيها بالطلاق³.

¹ نجلاء بنت حمد بن علي المبارك، المرجع السابق، ص 201.

² المرجع نفسه، ص 201.

³ المرجع نفسه، ص 201.

وقد حصل ذلك بسبب من جهتها فلم تجب وقال في مغني المحتاج: " وإن كانت الفرقة بسبب الزوج، كردة ولعانة وإسلامه أو من أجنبي كإرضاع، حكمها كالطلاق في إيجاب المتعة وعدمه.

وقال ابن قدامة: "وكل فرقة يتصنف بها المسمى توجب المتعة إذا كانت مفوضة، وما يسقط به المسمى من الفرقة كاختلاف الدين والفسخ بالرضاع ونحوه إذا جاء من قبلها لا تجب به متعة¹.

المطلب الثاني: العلاقة بين حق المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي

إن الطلاق في الشريعة والقانون هو من حيث الأساس حق شرعي من حقوق الزوج يستعمله عند الحاجة إليه، وإن من يستعمل حقه لا يمكن أن يجاز بنقيضه، ولا يجوز أن يعاتب أو يعاقب على استعمال حقه بأي وجه من الوجوه.

إلا إذا تجاوز حدود استعمال هذا الحق أو تعسف في استعماله وألحق ضرراً بالزوجة المطلقة ما يستلزم جبر هذا الأخير على نوعين جبر شرعي وهو المتعة، وقانوني وهو التعويض.

وبعد وضوح المقصود منهما فيما سبق من المذكرة، تبين أن هناك علاقة بين هذين الأمرين، ولهذا استوجب التمييز بينهما من خلال معرفة أوجه الشبه (فرع الأول)، والاختلاف بين المتعة و التعويض (فرع الثاني) وذلك لاستخلاص العلاقة التي تربط بينهما (فرع ثالث).

الفرع الأول: أوجه الشبه بين المتعة والتعويض

هناك جملة من النقاط التي تتفق فيها المتعة مع التعويض المالي عن الطلاق التعسفي، يمكن ذكرها فيما يلي:

- إن كلا المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي يجبان بعد الطلاق البائن الذي يزيل الحل بين الزوجين، لذلك فالمطلقة رجعيّاً لا تستحق المتعة ولا التعويض، إلا بعد انقضاء العدة، وذلك لأنها لاتزال تحت عصمة الزوج، وحق الاحتباس قائم في حقه².

¹ نجلاء بنت حمد بن علي المبارك، المرجع السابق، ص 202.

² لمين لبني، المرجع السابق، ص 104.

- إن كلا من المتعة والتعويض غير مقدرين بقدر محدود بل إن أمرهما متروك للقاضي، فإذا وقع خلاف بقدرهما أخذ القاضي في الحسبان الظروف التي تحيط بالزوجين، وبالأخص حسب مال الزوج وقدرته على الدفع¹.
- إن للمتعة عند جمهور الفقهاء حدّ أعلى، وكذلك التعويض في القانون فيه حدّ أعلى كذلك، مع ملاحظة الخلاف بين أقوال الفقهاء في مقدار المتعة، وخلاف قوانين الأحوال الشخصية في الحد الأعلى للتعويض.
- أن كلا من المتعة والتعويض تجبان على الزوج لزوجته المطلقة جبرا للضرر المادي والمعنوي الواقع عليها منذ إيقاع الطلاق عليها لأن فيه انكسار لقلبها، أو تخفيفاً لها عن آلامها من انكسار لقلبها وإحاش الطلاق².
- إن كلا من المتعة والتعويض، لا يؤثران على الحقوق الزوجية الأخرى من مهر ونفقة، غيرهما من الحقوق³.

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف بين المتعة والتعويض

تختلف المتعة عن التعويض بعدة أمور، وبها تتميز المتعة عن التعويض وهي:

- إن وجوب المتعة الطلاق ثبت بنصوص صريحة من القرآن الكريم، والسنة النبوية، والأثر عند الصحابة و التابعين أما التعويض فيعتبر جزاء للتعسف في استعمال الحق في الطلاق، فهو أمر اجتهادي مختلف فيه استند القائلون به على نظرية التعسف، والتي بينت مشروعيتها على أدلة من القرآن والسنة، حتى أنّ هناك من رجع في أساس مشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي هو المتعة، وذلك فالمتعة أكثر تأكيداً من حيث الوجوب.
- إن نطاق المتعة أوسع من نطاق التعويض، حيث أن التعويض لا يجب إلا إذا وقع الرجل الطلاق بإرادته المنفردة ودون سبب مقبول، بينما المتعة بمجرد الطلاق سواء بسبب أو بغير سبب وسواء حصل ضرر أم لا⁴.
- إن المتعة تجب في جميع حالات الفرقة سواء كان طلاقاً تعسفياً، أو فسخ مع اختلاف بين الفقهاء في حالات الفسخ التي توجب المتعة وسواء أكان الطلاق من الزوج أو من القاضي، أمّا التعويض فيجب في حالة واحدة، وهي عند تعسف الزوج في إيقاع الطلاق؛ وهذا يبين أن نطاق متعة الطلاق أوسع وأشمل من نطاق تعويض المطلقة⁵.

¹ لمين لبنى، المرجع السابق ص 105 .

² المرجع نفسه ، ص 105 .

³ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996، ص 310 .

⁴ بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 138.

⁵ لمين لبنى، المرجع نفسه ، ص 106 .

- إن المتعة لا تجب إذا كانت الفرقة من قبل الزوجة عن طريق الخلع، فإذا جاءت الفرقة من قبل الزوجة و ألحقت الضرر بالزوج، فقد أوجب بعض الفقهاء على الزوجة تعويض زوجها إذا طلقت نفسها طلاقاً تعسفياً أصاب الزوج من جرأته ضرر؛ مع الإشارة إلى أنّ التعسف في الطلاق قد يقع من الزوجة إذا ملكت هذا الحق، مثل ما يقع من الزوج باعتبار العصمة الزوجية مملوكة له، وهو ما يستدعي عدم التفرقة بين تعسف الزوج في طلاقه، وتعسف الزوجة باعتبار أنّ الضرر قد يقع لأحد الطرفين في كل من الحالتين وهو ما أخذت به القانون التونسي ويعتبر الوحيد في البلدان العربية الذي أخذ بفكرة عدم التفرقة في التعويض، الذي يدفعه طالب الطلاق من الزوجين لزوجه الآخر¹.

- إن المتعة تجب للمطلقة بمجرد الطلاق من غير أن يبدي المطلق الأسباب التي دفعته للطلاق، بينما التعويض فإنه يجب إذا لم يكن هناك سبب مشروع للطلاق، ولذلك أبحاث القوانين للمطلق أن يدافع عن نفسه فيذكر الأسباب التي دفعته للطلاق؛ فإن كانت أسباب معتبرة لم يحكم القاضي بالتعويض².

الفرع الثالث: علاقة التعويض بالمتعة بعد الطلاق

لقد مضى حين من الدهر على المن الذي كان قضائنا فيه يحكمون للمطلقة بمبلغ من المال ويلزمون الزوج بدفعه لها بسبب الطلاق التعسفي تحت تسميات مختلفة، فمرة يصفون هذا المبلغ المحكوم به "متعة" ومرة يصفونه بأنه "أرشا" وفي أيامنا هذه وبعد استرجاع زمام الاستقلال الوطني وتخرج عدد كبير من الحقوقيين ورجال القانون من الجامعات العربية و الوطنية تحلي القضاة على استعمال كلمة "ارش" في أحكامهم وأخذوا يتخلون شيئاً فشيئاً عن استعمال كلمة "متعة" واستبدال كل ذلك بكلمة "تعويض"، وإذا كنا نعتبر أن كلمة "ارش" كانت قد استعملت في غير محلها فما الذي يجعلنا نعتقد أن هناك علاقة ارتباط أو أسباب تفريق بين عبارة التعويض التي شاع استعمالها في مجال الطلاق التعسفي وعبارة المتعة التي وردت الإشارة إليها في آيات كثيرة من القرآن الكريم³.

لقد ورد في الآية 241 من سورة البقرة قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ وفي الآية 236 من نفس السورة قوله: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرَهُنَّ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرَهُ مَتَعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ كما ورد قوله عز وجل في الآية 49 من السورة الأحزاب: ﴿فَمَتَّعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾

¹ لمين لبنى، المرجع السابق، ص 106 .

² بن صغير محفوظ، المرجع السابق، ص 138.

³ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص ص 308-309 .

لكن على الرغم من اتفاق الفقهاء المسلمين على المبدأ العام وهو إعطاء المطلق متعة لمطلقته فإنهم قد اختلفوا في تفسير هذه الآيات من حيث كونها توجب المتعة ديانة وليس قضاء باعتبار أنها حق ثابت للمطلقة يحكم بها القاضي بمجرد الطلاق.

حيث أنها حق ثابت للمطلقة على المتقين والمحسنين دون سواهم من المطلقين، ولا يخص القاضي بالحكم بإجبار الزوج المطلق على دفعها، وفي هذا المعنى يقول الدكتور الغندور: "إن الاختلاف في وجوب المتعة وعدمه جاء مرجحا للقائلين بوجودها وهي جبر للاحاش الذي يصيب المطلقة عند الطلاق؛ ولذلك تكون المتعة واجبة لكل مطلقة يتحقق فيها هذا السبب ولا تكون واجبة لمن كانت هي السبب في الطلاق، ثم يضيف قائلاً أن محكمة استئناف الجزائر قد قضت بتاريخ 1924/02/10 بما يتفق وهذا الرأي؛ حيث قررت أن الطلاق لغير سبب مشروع يوجب على المطلق التعويض وأن الضرر الذي افترض الفقهاء جبره بالمتعة هو معنوي محض لأن المقصود به تطيب نفس المطلقة¹.

وعلى كل حال فإنه على الرغم من اعتقادنا بأن العلاقة بين التعويض والمتعة لا تظهر إلا من خلال اشتراكهما في مدلول واحد يعني اختصاص القاضي بالحكم بإجبار الزوج على دفع مبلغ من المال نقداً أو عيناً إلى مطلقته تعويضاً عما أصابها من ضرر كلما كان الطلاق بسبب تعسفي إلا أننا مع ذلك نعتقد أيضاً أن مجال استعمال كلمة المتعة في الشريعة الإسلامية أضيق كثيراً مما هي عليه كلمة التعويض في القوانين الوضعية².

وذلك نظراً إلى أن الأولى مخصصة لجبر خاطر الزوجة المطلقة ويراعي في تقديرها الحالة الاقتصادية لكل من المطلق والمطلقة وليس لأدناها ولا لأقصاها حد معين وباعتبار أن الثانية يجوز استعمالها لجبر أي ضرر عن أي فعل غير مشروع ويراعي القاضي في تقديره مقدار الخسارة وفوات الكسب ولا يجوز له أن يحكم بما يتجاوز مقدار الضرر أو بما يقل عنه.

والقول أن وجوب المتعة للمطلقة بهذه الكيفية يجعلها تعويضاً عما أصابها من ضرر معنوي ناتج عن الطلاق مباشرة، وهو ما قد يتفق مع ما ذهب إليه المالكية والشافعية من أن الغرض من المتعة هو جبر ما أصاب المطلقة من وحشة وألم من واقعة الطلاق وفرقة الزوج وذلك كلما كان سبب الطلاق سبباً غير مشروع، ولهذا يمكن القول بأن

¹ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 309-310.

² المرجع نفسه، ص 310.

كلمة التعويض في طريقها اليوم لأن تترد كلمة المتعة من ساحة الاستعمال ثم تحل محلها في لفظها وفي معناها، وفي الغرض من استعمالها أيضاً، ومع ذلك فإن كلمة متعة أو المتعة تبقى هي الأساس والمصدر الشرعي للتعويض وهي المرجع الأول والأخير له¹.

ولكنني أجد لو أن المشرع الجزائري قد أورد نصاً صريحاً يميز للقاضي أن يحكم للمطلقة بمبلغ من المال يدفع لها شهرياً لمدة سنة أو أكثر كلما طلبت ذلك وكلما تبين له أن الطلاق غير مسبب تسيباً عقلاً أو شرعياً؛ وأن المطلقة ستعرض للبوؤس والتشرد، وذلك استناداً إلى السياسة العادلة في الإسلام باعتبار أن الشريعة لا تقبل أن تتضرر المرأة وتعرض لكل أنواع الحرمان بسبب ظلم الزوج وتعسفه في استعمال حقه الشرعي أو القانوني في طلاق زوجته دون سبب.

¹ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 310.

حزبنا

بعد استعراض لموضوع المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي من خلال تحليل المفاهيم المتعلقة بكل من الطلاق التعسفي والحق في التعويض الذي قنته القوانين الوضعية، من أجل جبر الضّرر بنوعيه المادي والمعنوي، الواقع نتيجة التعسّف في الطلاق وكذا الحق في المتعة، الذي كرسه الشريعة الإسلامية كحق من حقوقها بعد الطلاق واستخلاص أوجه الشبه والاختلاف بينهما والتي توضح من خلالها العلاقة الرابطة بينهما، واستخلاص أسباب التفريق بين مصطلح التعويض الذي شاع استخدامه في مجال الطلاق التعسفي، ومصطلح المتعة، الذي أشارت إليها آيات كثيرة من القرآن الكريم .

ومن خلال هذه الدراسة نستخلص النتائج التالية:

- أنّ الطلاق حقّ أصيل للزوج، والمشرّع قد أقرّ هذا الحق للزوج بإرادته المنفردة، على أساس العصمة الزوجية المكفولة شرعاً له، ومنه يتضح أنّ طبيعة هذا الحق مستمدّة من الشريعة الإسلامية، وليس من القانون المدني.
- التعسّف في استعمال الحق هو ما كان مناقض لقصد الشارع في تصرّف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل، وهذا هو المعيار الأصلي والعام الذي يستند إليه في تحديد التعسّف.
- لم يحدّد قانون الأسرة الجزائري معايير التعسّف في الطلاق، مع أنّها ضرورة ملحة للقاضي لمعرفة وتمييز الطلاق التعسفي عن غيره من أنواع الطلاق.
- إذا تعسّف الزوج في طلاق زوجته، وطلّقها في مرض موته، لحرماتها من الميراث، عُومل بنقيض قصده، وذلك بتوريثها منه، إذ يعتبر صورة من صُور التعسّف في نظر الشرع والقانون.
- سكت المشرّع الجزائري عن موضوع طلاق المريض مرض الموت، وهو ما يُعرّف بطلاق الفار الذي يقصد منه فاعله حرمان زوجته من الميراث، حيث أحال الموضوع إلي مرجعيته في أحكام الشريعة الإسلامية.
- ثبوت التعسّف في الطلاق، يلزم القاضي الحكم بالتعويض، وعبء الإثبات يختلف في قضية الطلاق التعسفي، حيث أنّ الزوجة لا تحتاج لإثبات التعسّف، وإثبات المطالب بإثبات عدم التعسّف في الطلاق هو الزوج، وهذا الأمر يختلف عمّا هو موجود في النظرية العامة للتعسّف المنصوص عنها في القانون المدني.

- لكي تستحقّ المطلقة التعويض عن الطلاق التعسفي، لا بدّ من توفّر شرطان أساسيان هما: أن يتبين للقاضي تعسّف الزوج في الطلاق، وأن يصيب الزوجة من جرّاء ذلك ضرر لاحق، وفقدان أحد الشّروط المحدّدين للحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي، طبقاً لنص المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري، يحول دون الحكم بالتعويض.
- إنّ المتعة شرّعت لحكمة بليغة وجليّة، هي جبر الضّرر والألم، الذي يلحق المرأة من جرّاء الطلاق، لما يحصل لها من الابتدال والإيحاء.
- أنّ علّة المتعة هي جبر لخاطر المرأة المنكسر من واقعة الطلاق وتسليّة لها، لما أصابها من إيحاء وألم بسبب فراق زوجها، وهذا ممّا لا شكّ فيه أنه حاصل لأغلب النساء المطلقات، على اختلاف بين امرأة وامرأة في نسبة الضّرر الحاصل لها، لهذا استُحقتّ المتعة لكلّ مطلّقة.
- اختلاف الفقهاء حول تقدير المتعة، وكيفية تقديرها، يجعل الرّاجح في المسألة أن تقدّر بالمال ويراعى في تقديرها حال الزوجين معاً، وذلك للمستجدات والظروف الحاصلة بزماننا المعاصر.
- الرّأي القائل بوجوب المتعة لكلّ مطلّقة، ماعدا التي طلّقت قبل الدّخول وبعد الفرض، هو الرّأي الرّاجح، لاعتبار أنّ هذا الحكم تديبر احترازي، يقي من كثرة وقوع الطلاق التعسفي.
- تسقط المتعة إذا حدثت فرقة بين الزوجين بسبب من الزوجة، كالمخالعة، والرّدة، والفسخ بالإعسار، والعيب.
- إنّ المرأة التي طلّقت نفسها بموجب التفويض، لا تستحقّ المتعة.
- حرص الفقه الإسلامي على دقة التفصيل بخصوص أحكام المتعة، يؤكّد على الأهمية الكبيرة التي تحويها المتعة للمطلّقة لذا أوّلها جزء من التدقيق، حتى عند الرّجوع لكتب الفقه نجد أنّها خصّصت بأبواب، وهو ما يترجم حرص الفقه عليها.
- يعد جانب المتعة التي طرحته الشريعة الإسلامية، وتناولته آراء الفقهاء مغيبّة تماماً في ق أ ج.
- أنّ متعة الطلاق لا تعتبر تعويضاً عن الطلاق التعسفي فحسب، وذلك لكون المتعة واجبة لكلّ مطلّقة سواء كانت مخطئة أم لا، مقصّرة أو غير مقصّرة، كانت هي السبب في الطلاق، أو ليس لها دخل فيه.

- تَوْضُحُ أَنَّهُ لَا مَجَالَ لِقِيَاسِ التَّعْوِيزِ عَلَى الْمُتَعَةِ، وَالرِّبْطُ بَيْنَهُمَا عَلَى أَتَمِّمَا نَفْسِ الشَّيْءِ، وَذَلِكَ لِاِخْتِلَافِهِمَا فِي الْمَعْنَى حَيْثُ أَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْمُتَعَةِ "جَبْرٌ وَحِشَّةُ الْمُطَلَّقةِ"، فَهِيَ لَيْسَتْ تَعْوِيزًا وَلَا أَجْرٌ وَلَا عَقُوبَةٌ، كَمَا لَا تَأْخُذُ حُكْمَ التَّفَقُّةِ، أَمَّا التَّعْوِيزُ فَيَحْمِلُ مِنْ هَذِهِ الْمَعَانِي الْكَثِيرِ، كَمَا يَخْتَلِفَانِ فِي سَبَبِ الْحُكْمِ وَحَالَاتِهِ، وَمَقْدَارِ كُلِّ مِنْهُمَا.
 - تَبَيَّنَ أَنَّ الْأَمْرَ الرَّابِطَ بَيْنَ الْمُتَعَةِ وَالتَّعْوِيزِ عَنِ الطَّلَاقِ التَّعْسُفِيِّ، هُوَ جَبْرُ الضَّرْرِ الْمَادِيِّ وَالْمَعْنَوِيِّ الْأَحَقُّ بِالْمَرْأَةِ الَّذِي يَصِيبُهَا مِنْ جَرَاءِ طَلَاقِهَا، سِوَاءً عَلَى وَجْهِ التَّعْسُفِ، أَوْ دُونِهِ، فَكُلُّ مِنْهُمَا يَجِبُ لِلْمَرْأَةِ الْمُطَلَّقةِ عَلَى زَوْجِهَا، فَهِيَ يَتَّفَقَانِ وَيَشْتَرِكَانِ فِي عِلَّةٍ وَاحِدَةٍ وَهِيَ رَفْعُ الضَّرْرِ.
 - الْأَخْذُ بِنِظَامِ الْمُتَعَةِ لِكُلِّ مُطَلَّقةٍ يُؤَدِّي إِلَى السُّتْرِ، وَعَدَمُ اللُّجُوءِ إِلَى كَشْفِ الْأَسْبَابِ الَّتِي دَعَتْ إِلَى الطَّلَاقِ، كَمَا فِي التَّعْوِيزِ عَنِ الطَّلَاقِ التَّعْسُفِيِّ.
 - إِنَّ الْأَخْذَ بِمَبْدَأِ مُتَعَةِ الطَّلَاقِ فِيهِ امْتِثَالٌ لِأَمْرِ اللَّهِ بِأَنْ يَكُونَ التَّفْرِيقُ بِإِحْسَانٍ.
 - إِنَّ لِكُلِّ مِنَ الْمُتَعَةِ وَالتَّعْوِيزِ أَثْرٌ كَبِيرٌ، وَدَوْرٌ مَهْمٌ فِي الْحَدِّ مِنْ ظَاهِرَةِ الطَّلَاقِ التَّعْسُفِيِّ الَّتِي بَاتَتْ مُمْتَشِرَةً بِكَثْرَةٍ فِي أَوْسَاطِ مَجْتَمَعَاتِنَا الْمُسْلِمَةِ.
 - إِنَّ حَقَّ الْمُتَعَةِ الْمَعْطَى لِلْمُطَلَّقةِ يُغْنِي عَنِ التَّعْوِيزِ الْمَالِيِّ عَنِ الطَّلَاقِ التَّعْسُفِيِّ، لِأَنَّ هَذَا الْأَخِيرَ يُؤَدِّي إِلَى كَشْفِ الْأَسْرَارِ الزَّوْجِيَّةِ، وَتَبَادُلِ التُّهْمِ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ، بِالإِضَافَةِ إِلَى الْعِدَاوَةِ وَالْبَغْضَاءِ الَّتِي مُمْكِنٌ أَنْ تَنْشَأَ بَيْنَ الْعَائِلَاتِ بِسَبَبِهِ أَمَّا الْمُتَعَةُ فَتَغْنِينَا عَنْ كُلِّ هَذِهِ السَّلْبِيَّاتِ، بِالإِضَافَةِ إِلَى أَنَّ لَهَا أَثْرٌ مَهْمٌ فِي إِزَالَةِ الْكِرَاهِيَّةِ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ، وَتَحَافِظِ عَلَى رَابِطِ الْحُبِّ وَالْمُودَةِ بَيْنَ الْأُسْرَةِ.
 - إِنَّ الشَّرِيعَةَ الْإِسْلَامِيَّةَ قَدْ أَوْجَدَتْ الْحُلُولَ وَالْعِلَاجَ لِهَذِهِ الْمَشْكَلَةِ-التَّعْوِيزِ عَنِ الطَّلَاقِ التَّعْسُفِيِّ- وَهِيَ حُلُولٌ عَادِلَةٌ وَشَامِلَةٌ لِجَمِيعِ الْمَطَلَّقاتِ، وَلَا يَنْجُمُ عَنْهَا أَيُّ ضَرَرٍ آخَرَ، كَمَا فِي التَّعْوِيزِ وَشُرُوطِهِ الَّتِي حَدَّدَهَا الْقَانُونُ، فَالشَّرِيعَةُ الْإِسْلَامِيَّةُ جَاءَتْ بِكُلِّ مَا هُوَ كَفِيلٌ لِحَلِّ هَذِهِ الْإِشْكَالَاتِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالطَّلَاقِ وَحَقُوقِ الْمُطَلَّقةِ مِنْ جَمِيعِ جَوَانِبِهَا.
- هَذِهِ النَتَائِجُ تَقُودُنَا إِلَى تَقْدِيمِ بَعْضِ الْمَقْتَرِحَاتِ وَالتَّوَصِيَّاتِ لِلتَّشْرِيعِ وَالْقَضَاءِ مَعًا، مِنْ أَجْلِ وَضْعِ حَدِّ لِلتَّنَاقُضِ وَالتَّدَاخُلِ الْمَوْجُودِ حَالِيًا، وَلَعَلَّهُ مِنَ الْمُنْطَقِ أَنَّ تَعْدِيلَ الْقَانُونِ يُؤَدِّي إِلَى تَعْدِيلِ التَّنَاقُضِ الْقَضَائِيِّ، وَعَلَيْهِ أَصِي بِي:

- ضرورة العودة إلى التشريع الإسلامي بالنصّ على حقّ المتعة المكرس في الفقه الإسلامي وإضافته إلى الحقوق الأخرى المنصوص عليها للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، والتخلي عن العمل بالتعويض لما له من الآثار الجانبية السلبية التي نحن في غنى عنه
- ضرورة التمييز بين المتعة والتعويض، بحيث يخصص لكل واحد منهما نص قانوني مستقل عن الآخر بهدف إزالة الغموض والتداخل فيما بينهما، لنكون أمام قانون مكتوب ومتوازن بخصوص العلاقة التي تربطهما، وليس أمام اجتهاد قضائي متضارب وغير منسجم .
- ضرورة النص بوضوح على أنواع المطلقات من حيث استحقاقهنّ للمتعة.
- على المشرع الجزائري تعديل نص المادة 52 من ق أ ج، والتي جاءت بشكل عام حتى نتمكن منها كيفية تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي، كما عليه أيضا أن يبين المعايير والأسس المعتمدة في ذلك وهذا حفاظا على حقوق المرأة والرجل على حد السواء من جهة، ولفتح باب واسع لرقابة المحكمة العليا في تقدير التعويض من جهة أخرى.

قائمة المراجع

I . القرآن الكريم

II . الكتب:

1. أحمد ناصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية مصر 2004.
2. أحمد محمد شاكر، نظام الطلاق في الإسلام، منشورات دار السنّة، مصر، (د.س.ن.)
3. ابن تيمية تقي الدين، مجموع فتاوي ابن تيمية، مجمع الملك فهد، دار الكتب، د ب ن، 1990.
4. ابن كثير اسماعيل، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: محمود حسن، دار الفكر، د ب ن، 1994.
5. ابن مودود عبد الله بن محمود الموصلّي الحنفي، الإختيار لتعليل المختار، ط8، دار الكتب العلمية، بيروت، د س ن.
6. ابن منظور، لسان العرب المجلد التاسع، ط4، دار الصادر للنشر، لبنان، 2005.
7. ابن عابدين محمد أمين بن عمر، رد المحتار على الدر المختار العلمية، دار الكتب ، د ب ن، 1992.
8. ابن قدامة موفق الدين عبد الله بن أحمد، المغني، دار إحياء التراث العربي، د ب ن، 1985.
9. ابن همام كمال الدين بن عبد الواحد، فتح القدير، دار الفكر، د ب ن، د س ن.
10. الترمذي محمد بن عبد الله بن سورة، سنن الترميذي، تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرين، دار احياء التراث العربي، بيروت، د س ن.
11. البهوتي منصور بن يونس بن ادريس، كشف القناع عن متن الإقناع، تحقيق: هلال مصطفى، دار الفكر، بيروت، د س ن.
12. البهقي أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي(458 هـ/1065م)، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ج7، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1999، (باب ما جاء في كراهية الطلاق)، حديث رقم:14894.

13. الدراقطني أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن نعمان بن دينار البغدادي، سنن الدراقطني، مؤسسة رسالة بيروت، 2003.
14. الدوس رسمية عبد الفتاح موسى، دعوى التعويض عند الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي، دار قنديل للنشر، الأردن، 2010.
15. الرملي شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الشهير بالشافعي الصغير، نهاية المحتاج إلي شرح المنهاج، ج8 دار الفكر، بيروت، د س ن.
16. الزحيلي محمد، التعويض المالي عن الطلاق، دار المكي للطباعة والنشر والتوزيع سورية 1998.
17. الزيلعي عثمان بن علي بن محجن البارعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، د س ن.
18. السرخسي محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، دار المعارف، د ب ن، 1989.
19. الشربيني شمس الدين محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلي معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، بيروت، د س ن.
20. الشنقيطي محمد أمين، أضواء البيان، دار الفكر، بيروت، 1995.
21. الصابوني عبد الرحمان، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، ط2، دار الفكر، بيروت، 1968.
22. الصنعاني عبد الرزاق، المصنف، ط2، المكتب الإسلامي، بيروت، د س ن.
23. الطهطاوي علي أحمد عبد العال، تنبيه الأبرار بأحكام الخلع والطلاق والظهار، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
24. الغنيمي عبد الغني، اللباب في شرح الكتاب، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية، بيروت، د س ن.
25. القرافي شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي، الذخيرة، تحقيق: محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1994.
26. الكساني أبوبكر مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط6، دار الكتب العلمية، 1986.
27. النفراوي أحمد بن غنيم بن سالم المالكي، الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج2، دار الفكر، بيروت، د س ن.

28. النووي أبو زكرياء محي الدين يحيى بن الشافعي، كتاب المجموع شرح المهذب للشرازي، تحقيق: محمد نجيب، دار احياء التراث العربي بيروت، 1995.
29. الماوردي أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، د ب ن، 1999.
30. بن صغير محفوظ ، قضايا الطلاق في الاجتهاد القضائي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02، دار الوعي، الجزائر، 2012.
31. بن العدي مصطفى، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، مكتبة ابن تيمية للنشر والتوزيع مصر، 1988.
32. خلاف عبد الوهاب، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط 2، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1990.
33. ديابي باديس، أثار فك الرابطة الزوجية (تعويض- نفقة- عدّة- حضانة- متاع) دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
34. ديابي باديس، صور وأثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
35. زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة، بيروت، د س ن.
36. شعبان زكي الدين، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات جامعة قاريونس 1993.
37. عبد القادر بن حرز الله، أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر 2007.
38. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996.
39. علي أحمد عبد العال الطهطاوي، شرح كتاب النكاح، دار الكتب العلمية، لبنان 2005.
40. عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس للنشر والتوزيع الأردن، 1997.
41. فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، 1967.

42. قراة علي، فقه القرآن والسنة في موضوع الطلاق في الإسلام، دار مصر للطباعة 1956.
43. محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، قاموس المحيط وقاموس الوسيط فيما ذهب من لغة العرب، ط6، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر بيروت، د س ن.
44. محمد عبد القادر عطا، أحكام الزواج، دار الكتب العلمية، لبنان، 1988.
45. محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر، عمان، 2010.
46. نبيل صقر، تصرفات المريض مرض الموت، دار الهدى، الجزائر، 2008.
47. نبيل صقر و قمر اوي عز الدين، قانون الأسرة نسا وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

III . الرسائل والمذكرات الجامعية:

أ- رسالة دكتوراه:

مسعود نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بالقائد، تلمسان 2009-2010.

ب- المذكرات الجامعية:

1. بلحورابي سعاد، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الفقه اسلامي والقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية حقوق وعلوم سياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.
2. خطاب حياة ، الطلاق التعسفي وآثاره في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014.
3. رحاب الحمدي حميد المطيري، الإضرار بالمطلقة والتعويض عنه، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2014.
4. ساجدة عفيف عتلي، الطلاق التعسفي والتعويض عنه في الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الفقه والشريعة، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2011.
5. عاطف مصطفى البيراوي التتر، حقوق الزوجة المالية في الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الشريعة، كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية، غزة، 2006.

6. قبزيلي مليكة، حقوق المطلقة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2003.
 7. كباب سميرة ومومن الحاج، الطلاق التعسفي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلالي بونعام، خميس مليانة، 2015.
 8. لمين لبنى، حق المتعة وعلاقته بالتعويض عن الطلاق التعسفي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2015.
 9. نذير سعاد، التطلق في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل الماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2012.
 10. وفاء معتوق حمزة فراش، آثار الطلاق المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي، رسالة مقدمة لنيل الماجستير في الشريعة والقانون، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، 1985.
- IV. المقالات:

1. أحمد بن عبد العزيز الحداد، حكم مطالبة المرأة المسلمة بما يفرضه لها القانون الوضعي في مال زوجها عند الطلاق، بحث مقدم في الدورة الثانية والعشرون للتجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، (د س ن).
2. الشلتوني أنور، المتعة والتعويض عن الطلاق، مجلة الدراسات إسلامية، المجلد العاشر الأردن، 2014، ص ص 261-281.
3. أيمن مصطفى الدباغ، التعسف في الطلاق، مجلة سلسلة العلوم الإنسانية، المجلد 18، جامعة الأقصى، فلسطين، 2014، ص ص 63-101.
4. شذى مظفر حسين، التعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة رسالة الحقوق العلمية، القادسية، الكويت، 2009، ص ص 1-28.
5. عبد الحميد بني فضل، متعة الطلاق بين الفقه وقوانين الأحوال الشخصية، مجلة الجامعة العربية الأمريكية للبحوث، المجلد 2، جامعة عمان الأهلية، الأردن، (د س ن)، ص ص 55-77.
6. عبد الهادي عبد الكريم، آيات متعة الطلاق، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، المجلد 5 جامعة الموصل، (د ب ن)، 2007، ص ص 101-115.
7. مجيد علي العبيد، الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية، عدد 03، بغداد، 2009، 1-67.

8. نجلاء بنت حمد بن علي المبارك، متعة المطلقة، مجلة العدل، عدد 02، كلية الآداب لجامعة الأميرة بنت عبد الرحمان للبنات، الرياض، 2011، ص ص 157-204.
9. هلا نايف مشاقبة، متعة الطلاق في ضوء الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الخليل للبحوث عدد 02، الأردن، 2013، ص ص 57-78.

. النصوص القانونية:

أ/- الأمر:

أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن قانون مدني، ج ر ج ج، عدد 78 صادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 10/05، مؤرخ في 20 جوان 2005، ج ر ج ج، عدد 44، صادر في 26 جوان 2005. معدل ومتمم، بموجب أمر رقم 05-07 مؤرخ في 13 ماي 2007، ج ر ج ج، عدد 31، صادر في 13 ماي 2007 .

ب/- القانون:

القانون رقم 11/84، مؤرخ في 09 جوان 1984، متضمن قانون الأسرة الجزائري، ج ر ج ج، عدد 24، صادر في 12 جوان 1984. معدل ومتمم، بموجب أمر رقم 02/05، مؤرخ في 27 فيفري 2005، ج ر ج ج، عدد 15، صادر في 27 فيفري 2005. موافق بموجب قانون رقم 09/05، مؤرخ في 04 ماي 2005، ج ر ج ج، عدد 43، صادر في 22 جوان 2005.

ج/- القرارات:

1. قرار رقم 35912، مؤرخ في 1985/04/08، غرفة الأحوال الشخصية: قضية (ر.أ) ضد (أ.م)، المجلة القضائية، عدد 1، الجزائر، 1989.
- قرار رقم 35912، مؤرخ في 1985/04/08، قضية (ر.أ) ضد (أ.م)، المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، العدد 01، الجزائر، 1989.
2. قرار رقم 51614، مؤرخ في 1988/11/21، غرفة الأحوال الشخصية: قضية (ب.م) ضد (ب.ن)، المجلة القضائية، عدد 04، الجزائر، 1990.

3. قرار رقم 53017، مؤرخ في 1989/03/27، غرفة الأحوال الشخصية: قضية (م.ع) ضد (ب.ع)، المجلة القضائية، عدد 01، الجزائر، 1991.
4. قرار رقم 235456، مؤرخ في 2000/02/22، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، عدد 1، الجزائر، 2000 .
5. - قرار رقم 210451، مؤرخ في 1998/11/17، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، عدد خاص، الجزائر، 2001 المجلة القضائية، عدد خاص، الجزائر، 2001.
- قرار رقم 223019، مؤرخ في 1999/06/15، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، عدد خاص، الجزائر، 2001.
- قرار رقم 243417، مؤرخ في 2000/05/23، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة قضائية، عدد خاص، الجزائر، 2001.

الفهرس

شكر وتقدير

إهداء

قائمة المختصرات

04	مقدمة:
08	الفصل الأول: الطلاق التعسفي والتعويض عنه
09	المبحث الأول: مفهوم الطلاق التعسفي
09	المطلب الأول: التعريف بالطلاق التعسفي
09	الفرع الأول: تعريف الطلاق التعسفي
11	الفرع الثاني: صور الطلاق التعسفي
11	أولاً: طلاق المريض مرض الموت
15	ثانياً: الطلاق من غير مبرر شرعي
16	المطلب الثاني: حكم ومعايير الطلاق التعسفي
16	الفرع الأول: حكم الطلاق التعسفي
18	الفرع الثاني: معايير الطلاق التعسف
19	أولاً: المعايير الذاتية أو الشخصية
20	ثانياً: المعايير الموضوعية أو المادية
21	المبحث الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي
21	المطلب الأول: مفهوم التعويض
21	الفرع الأول: تعريف التعويض
21	أولاً: تعريف التعويض لغة

- 21 ثانيًا: تعريف التعويض اصطلاحًا
- 22 ثالثًا: تعريف التعويض فقهاً
- 23 الفرع الثاني: طرق التعويض وكيفية تقديره
- 23 أولاً: طرق التعويض
- 24 ثانيًا: كيفية تقدير التعويض
- 25 **المطلب الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي في الفقه**
- 26 الفرع الأول: القائلون بالتعويض عن الطلاق التعسفي
- 27 الفرع الثاني: المانعين للتعويض عن الطلاق التعسفي
- 28 الفرع الثالث: مناقشة أدلة مجيزي التعويض عن الطلاق التعسفي ومآله
- 28 أولاً: مناقشة أدلة مجيزي التعويض عن الطلاق التعسفي
- 29 ثانيًا: مناقشة أدلة المانعين للتعويض عن الطلاق التعسفي
- 31 **المطلب الثالث: التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون الجزائري**
- 31 الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير التعويض عن الطلاق التعسفي
- 31 أولاً: أن يتبين للقاضي تعسف الزوج بطلاقه لزوجته
- 32 ثانيًا: أن يتحقق القاضي من إلحاق الضرر بالمطلق
- 34 الفرع الثاني: طبيعة التعويض عن الطلاق التعسفي
- 34 الفرع الثالث: شروط التعويض عن الطلاق التعسفي
- 34 أولاً: أن تكون الزوجية قائمة بين الزوجين
- 35 ثانيًا: أن يكون الزوج صاحب الأمر بالطلاق بإرادته المنفردة
- 37 ثالثًا: أن يكون الزوج متعسفاً في طلب الطلاق
- 41 **الفصل الثاني: متعة الطلاق التعسفي وعلاقتها بالتعويض**

- 43 المبحث الأول: مفهوم متعة الطلاق التعسفي
- 43 المطلب الأول: تعريف متعة المطلقة
- 43 الفرع الأول: تعريف المتعة لغة
- 44 الفرع الثاني: تعريف المتعة اصطلاحاً
- 45 الفرع الثالث: تعريف المتعة قانوناً وقضاء
- 45..... أولاً: تعريف المتعة قانوناً
- 46 ثانياً: تعريف المتعة قضاء
- 46 المطلب الثاني: مشروعية المتعة وأنواع المطلقات من حيث استحقاقهن للمتعة
- 46 الفرع الأول: مشروعية المتعة
- 46 أولاً: من القرآن الكريم
- 48 ثانياً: من السنة النبوية
- 49 ثالثاً: من أفعال الصحابة
- 50..... الفرع الثاني: أنواع المطلقات من حيث استحقاقهن للمتعة
- 52..... المبحث الثاني: حكم الأخذ بالمتعة وعلاقتها بالتعويض عن الإضرار بالمطلقة
- 52 المطلب الأول: حكم الأخذ بالمتعة
- 52 الفرع الأول: حكم المتعة
- 52 أولاً: حكم متعة المطلقة قبل الدخول
- 56 ثانياً: حكم متعة المطلقة المدخول بها
- 59 ثالثاً: حكم متعة المفوضة

61	رابعاً: الرأي الراجح في المسألة.....
62	الفرع الثاني: الحكمة من مشروعية المتعة للمطلقات
64	الفرع الثالث: علة المتعة.....
64	أولاً: متعة الطلاق غير معلة.....
64	ثانياً: متعة الطلاق معلة.....
66	ثالثاً: الترتيب.....
66	الفرع الرابع: مقدار متعة المطلقة ومسقطاتها.....
66	أولاً: مقدار المتعة.....
69	ثانياً: مسقطات المتعة.....
70	المطلب الثاني: العلاقة بين حق المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي.....
70	الفرع الأول: أوجه الشبه بين المتعة والتعويض.....
71	الفرع الثاني: أوجه الاختلاف بين المتعة والتعويض.....
72	الفرع الثالث: علاقة التعويض بالمتعة بعد الطلاق.....
76	خاتمة.....
81	قائمة المراجع.....
83	الفهرس.....

المَلِكُ
عَلِيٌّ

الزحمة والزحورين في المطلق الزحسني

Le résumé en langue française :

ملخص باللغة العربية:

La moutaa et la réparation après le divorce abusif posent des problèmes théoriques et pratiques vu les variations qui persistent sur le 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 malikite. Ce qui n'a pas laissé le choix au législateur algérien de le citer. Ajoutant a tout cela 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 :

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

يثير موضوعي المتعة والتعويض عقب الطلاق التعسفي إشكالات علمية وعملية، نظرا للاختلاف الذي لا يزال يخيم على هذين النظامين إما 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 إلي النص عليها في قانون الأسرة، يضاف إلي كل ذلك التضارب والتناقض على المستوى القضائي في كل درجاته، غير أنه من خلال هذه الدراسة توصلنا إلي إقرار قواعد ومبادئ تتمثل في الآتي:

- أن المتعة واجبة أو مندوبة شرعا لكل مطلقة وفقا للشروط المتطلبية.
- أن التعويض حق لكل مطلقة ثبت تعسف في حقها، بغض النظر عن استحقاقها للمتعة من عدمه.
- من تستحق تعويضا تستحق متعة، في حين من استحققت متعة لا تستحق تعويض والأولى أن لا تستحق تعويضا من لا تستحق متعة.