مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية

Journal of legal and social studies

Issn: 2507-7333

Eissn: 2676-1742

متعة الطلاق والتعويض عن الطلاق التعسفي – دراسة مقارنة بين الفقه والقانون

Conciliatory settlement & Compensation of Arbitrary Divorce - A Comparative study between Law and Islamic Jurisprudence

د. صالح بن سعيد المعمري [1]*، د. صالح بن علي الشعيبي [2]

[1]saleh.almamari@asu.edu.om جامعة الشرقية– كلية الحقوق، (سلطنة عُمان)،

[2] المجلس الأعلى للقضاء– دائرة الكاتب بالعدل، (البريمي–سلطنة عُمان)،

saleh.alshaibi@gmail.com

تاريخ ارسال المقال: 2022/12/04	تاريخ القبول: 2023/02/01	تاريخ النشر: 2023/03/01

*المؤلف المرسل

الملخص:

شرع الله الطلاق بيد الرجل على أن يستعمله في أضيق الحدود إن دعت الحاجة واستحالت الحياة الزوجية بينه وبين زوجه، وقد يحدث الطلاق بين الزوجين بسبب وجيه أو بغير سبب حيث تتضرر فيه المرأة أكثر من غيرها، وهو ما يُعرف بالتعسّف في استعمال الطلاق، ولا يزال الحديث عن قضية التعويض عن الأضرار المعنوية الناتجة عن هذا النوع من الطلاق في جانب الأحوال الشخصية يشوبه شيء من التقصير، سواء كان ذلك في الدراسات الفقهية أم القضائية والقانونية، ولعل ذلك لصعوبة تمييز الضرر الحاصل بين الزوجين للخلطة بينهما ولصعوبة تقييم هذا الضرر ولعدم تطرق الشرع لها، وفي هذا البحث تم عرض موضوع الطلاق التعسفي باستقصاء آراء فقهاء الشريعة والقانون، وتحليل هذه الآراء ومقارنتها وترجيح ما نتج بعد الاطلاع والبحث، فأجاب البحث عن سؤال ما إذا كان الطلاق تعسفيا من غير وجه حق فهل تحصل المرأة على تعويض لقاء هذا الضرر المعنوي؟ وهل لها أن تطالب بهذا الحق قضائيا؟ وقد شملت هذه الدراسة الجانب الفقهي الشرعي والقانوني وشملت القوانين العربية ومع الاستشهاد ببعض نماذج الاجتهادات القضائية منها، وتميزت بكثرة المراجع والاجتهادات القضائية المقدمة. فتحدث البحث في ثلاث مباحث عن قضية التعسف ومعاييره، والتعسف في الطلاق وصوره وآثاره والتعويض عن الطلاق التعسفي وقارن بين ما هو مشروع في الفقه باسم متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض.

الكلمات المفتاحية: الطلاق التعسفي، متعة الطلاق، التعويض، الأذى المعنوي

Abstract:

God enabled the man with the right to divorce, to be applied when it's an absolute necessity, hence, an irretrievable breakdown of the marriage. Divorce may occur for a righteous reason or no reason at all, but in every case, the woman becomes the most harmed, which leads to the concept of abusing the right to divorce. Yet the conversation on the compensation of moral damages resulting from such a divorce in civil status law is falling short in all Jurisprudence, judicial, and legal studies. This might be because it is difficult to pinpoint the damage occurring for spouses due to the complexity of their engagement, the difficulty of assessing the damage, and the shortcoming of mentioning the topic in the Sharia Law. In this research, the topic of Arbitrary Divorce is presented by investigating the opinions of scholars of Sharia and Law, through analysis and measurement and weighing results after review and research. This research answers the question: if the wife is divorced arbitrarily, does she get compensation for her moral damage? Can she claim this right judicially?. We present a comprehensive study investigating the Sharia doctrine, legal jurisdictions of the Arabic laws, and some examples of its jurisprudence juries. The research body consists of three main topics; the criteria of arbitrary acts, examples of arbitrary divorce and its effects, and the

compensation for arbitrary divorce. It also compared what is legitimate in Islamic jurisprudence in the name of Conciliatory settlement and its relation to compensation rights.

Keywords: arbitrary divorce, Conciliatory settlement, compensation, moral damage

مقدمة: اعتبر الإسلام الزواج ميثاقا غليظا فأحاطه بكافة الاحتياطات اللازمة لطهره وعفافه واستمراريته، وضمن توزيع الحقوق والواجبات بين طرفيه، إلا أنه مع هذا كله قد يحدث طلاق وافتراق بين الزوجين تتضرر فيه المرأة أكثر من غيرها، خاصة إن طلقها الزوج وقد أشبع نهمته منها، فما الذي يقدمه القانون لحل هذه المشكلات، وما الذي يقدمه الباحثون المعاصرون في الشريعة الإسلامية لها. وربما كان العكس، الزوج يكافح لأجل صفاء بيت الزوجية وسروره فيعترض ذلك ما ينغص حاله ويعكر صفو حياته من شقاق زوجه وخصامها.

للفرقة بين الزوجين صور عديدة منها ما يكون بانفراد الزوج بالطلاق، أو بمنح الزوجة حق الطلب مع إلزام القضاء بإجابتها وفق ضوابط معينة، أو كان بمنح كلا الطرفين حق التطليق وفق شروط وأحكام مخصوصة وإجراءات قضائية معينة، مع إعطاء من طلب حرية ومساحة من الاختيار له، وفي ذات الوقت تلزم المحكمة بالفصل في آجال معينة أو ظروف مخصوصة تجعل من الفراق بين الزوجين أمرا محتوما لا مناص منه، وكأن الذي طلب أوقع الفرقة ولكن بواسطة يد القضاء والقانون.

فالتعسف في هذين الحقين(الطلاق وطلب التطليق) يولد آثارا، وأضرارا معنوية كمثل التي يولدها الطلاق الانفرادي إن لم تكن أشد، نظرا لأنها تكون في جو مشحون بالنزاع، والتدافع بالاتهام في أروقة القضاء، ومع انتشار خبر الإشكال الحاصل بين الزوجين تثور الحمية بين أسرتي الطرفين كل في صف صاحبه، ويحصل الإغراء بين الزوجين وإيغار صدورهما، واشتعال المكايد و طلب السقطات، وفضح المستور من العلاقة وسيء الصفات، ويتمنى كل واحد منهما أن لو انتهى من ذلك بيسر وسهولة كما يكون الطلاق بانفراد الزوج، ولكن أنى ذلك وقد تدخل القضاء، وجاء من المآرب والمكاسب ما يظن أنه حاصل عليه بطريق القضاء وفصله له، فيزداد الضغط النفسي ويتضاعف الألم.

في هذا البحث يحاول الباحثان البحث عن الضرر المعنوي، والتصدي لمعرفة أحكامه، وهل يعد هذا الألم الواقع على المشاعر والأحاسيس ضررا، بمعنى هل الضرر هو ما يقع من نقص وتلف على المحسوسات أم أنه يشمل غير المحسوسات، وهل وظيفة التعويض التي تقع على الماديات المحسوسة فيدرك بها المحكوم له شيئا من ما تلف بمثله أو قيمته يمكن إعمالها على غير المحسوسات لتقوم بنفس الأثر، وهل ما ينتج عن التعويض في غير المحسوسات يمكن أن يقارن التعويض عن التلف في المحسوسات، أم أن التعويض متعلق بجبر الأضرار المحسوسة لنصل بها إلى مثل ما تلف أو قيمته، بينما غير المحسوسات المادية كالمشاعر والأحاسيس ليست مما يمكن قياسها بالمال لأسباب عديدة منها: أنها ليس مالا أصلا، وليست مما يمكن معرفة الخلل والتلف الواقع فيها، ولا يمكن عند التعويض عنها أن يقوم التعويض بوظيفته المعهودة منه في الماديات.

فكان اختيار هذا الموضوع لأسباب منها: أن قضية التعويض عن الأضرار المعنوية في جانب الأحوال الشخصية يشوبه شيء من التوجس، لأن العلاقة التي تربط بين الزوجين بعضهما لبعض ليست مادية وإنما علاقة عاطفية مبنية على المودة والرحمة، ولصعوبة تمييز الضرر الحاصل بين الزوجين للخلطة بينهما ولأن طبيعة البشر في هذه العلاقة تحتم وقوع مثل هذه الأضرار ولصعوبة تقييم هذا الضرر ولعدم تطرق الشرع لها، ولأن البحث في هذه القضية يتنبأ لها الباحثون بالقبول في الأوساط التشريعية والقانونية، خاصة وأنها لا تصادم نصوصا قطعية في دلالتها، وإنما مجال البحث والاجتهاد فيها واسع.

الدراسات السابقة:

قدمت العديد من الدراسات في الطلاق التعسفي التي شملت قوانين محلية، واجتهادات تخص بلد الدراسة، مع تطريزها بشيء من قوانين الدول الأخرى على نطاق ضيق، ومن أمثلة هذه الدراسات:

1. الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، للباحثة ساجدة عفيف محمد عتيلي رشيد، رسالة ماجستير بجامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، نوقشت سنة 2011.

2. الطلاق التعسفي وآثاره في التشريع الجزائري، للباحثة: حياة خطاب، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة – الجزائر، السنة الجامعية 2015/2014.

3. التعويض عن الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون العراقي، للباحث: نعيم إسماعيل معالله الدليمي، مقال منشور بالانترنت.

ولما كانت هذه الدراسة قد توسعت في الجانب الفقهي الشرعي والقانوني وشملت القوانين العربية والاجتهادات القضائية، وتميزت بكثرة المراجع والاجتهادات القضائية المقدمة فإنها ستحاول الإجابة عن عدة تساؤلات من أهمها: هل الضرر النفسي الناتج عن الطلاق التعسفي معتبر؟ وهل يتم التعويض عنه؟ وما علاقة التعويض هذا عن ما يتم دفعه للمطلقة باسم متعة الطلاق؟ وما هي القوانين التي اعتبرت ذلك وحكمت به؟

ومن أجل دراسة هذا الموضوع سيتبع البحث المنهج التحليلي؛ بتحليل النصوص الشرعية والقانونية، مع الاستعانة بالأحكام القضائية المتعلقة بالموضوع ومقارنتها قدر الإمكان.

ولكشف النقاب عن الخلاف في ذلك، وعن أساس التعويض والقوانين التي توجهت لاعتبار الآلام النفسية وما يشاكلها نوعا من الأضرار المعنوية فقد قُسّم البحث إلى ثلاثة مباحث؛ الأول منها يتحدث عن تأصيل المسألة بتعريف المصطلحات ذات العلاقة وهي الطلاق ومتعة الطلاق والطلاق التعسفي، بينما يتحدث الثاني عن معايير الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، والمبحث الثالث سيتحدث عن تحقيق مبدأ التعويض في الطلاق التعسفي شرعا وقانونا لينتهي بالراجح فيما يراه الباحثون كرد عن إشكاليات البحث المذكورة سابقا.

المبحث الأول: تمهيد في تأصيل المسألة:

يناقش ابحث مسألة التعويض عن الطلاق التعسفي وعلاقته بالمفهوم الشرعي "متعة الطلاق"، ولأجل بيان هذه المسألة وتوضيحها سيمهد هذا المبحث بالتعريف عن المصطلحات الآتية حسب المطالب أدناه والمصطلحات هي: الطلاق، التعسف، الطلاق التعسفي، متعة الطلاق.

المطلب الأول: مفهوم متعة الطلاق

الطَّلَاق مَأْخُوذ من قَوْلك أطلقت النَّاقة فَطلقت إِذا أرسلتها من عقال أَو قيد، فَكَأَن ذَات الزَّوْج موثقة عِنْد زَوجهَا فَإِذا فَارقهَا أطلقها من وثاق[1].

وأما في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية فقد عرفه البابرتي بأنه: "عِبَارَةٌ عَنْ حُكْمٍ شَرْعِيٍّ بِرَفْعِ الْقَيْدِ النِّكَاحِيِّ بِأَلْفَاظٍ مَخْصُوصَةٍ. وَسَبَبُهُ الْحَاجَةُ الْمُحْوِجَةُ إِلَيْهِ"[2]، وعرفه ابن عرفة بقوله: "صِفَةٌ حُكْمِيَّةٌ تَرْفَعُ حِلِّيَّةَ مُتْعَةِ الزَّوْجِ بِزَوْجَتِهِ مُوجِبًا تَكَرُّرَهَا مَرَّتَيْنِ لِلْحُرِّ وَمَرَّةً لِذِي رِقٍّ حَرَّمَتْهَا عَلَيْهِ قَبْلَ زَوْجٍ"[3].

أما تعريف الطلاق في القوانين العربية فلم تخرج عن التعريفات الشرعية له فقد عرفه قانون الأحوال الشخصية العماني في (م 81 فقرة 1): "الطلاق حل عقد الزواج بالصيغة الموضوعة له شرعًا."

والمتعة لغة: من المتاع: ما يَستمتع به الإنسانُ في حوائجه من أمتعة البيت ونحوه من كلّ شيء... ومُتعةُ المرأةِ المطلّقةِ إذا طلّقها زوجُها. متّعها مُتعةً يعطيها شيئاً، وليس ذلك بواجب، ولكنّه سُنّة"[4].

وأما المقصود بالمتعة لغة من حيث ماهيتها وما تكون منه، (الْمَتَاع): كل مَا حصل التَّمَتُّع وَالِانْتِفَاع بِهِ على وَجه مَا فَهُو مَتَاع وأصل الْمَتَاع والمتعة مَا ينْتَفع بِهِ انتفاعا قَلِيلا غير بَاقٍ بل يَنْقَضِي عَن قريب (فَهُو فِي الْعرف يَقع على مَا يلْبسهُ النَّاس ويبسطه، وَالثيَاب والقميص والبسط والستور والفراش والمرافق جمع مرفقة كل ذَلِك يدْخل تَحت الْمَتَاع، وَفِي الْأَوَانِي اخْتِلَاف الْمَشَايِخ) ومتعة الطَّلَاق وَالْحج وَالنِّكَاح كلهَا من ذَلِك[5].

وأما تعريف متعة الطلاق في اصطلاح الفقهاء فقد عرفها الفقهاء عدة تعريفات نذكر منها تعريف الدردير من المالكية بقوله: "وَهِيَ مَا يُعْطِيهِ الزَّوْجُ لِمَنْ طَلَّقَهَا زِيَادَةً عَلَى الصَّدَاقِ لِجَبْرِ خَاطِرِهَا الْمُنْكَسِرِ بِأَلَمِ الْفِرَاقِ، (بِقَدْرِ حَالِهِ): أَيْ الزَّوْجِ مِنْ فَقْرٍ وَغِنًى بِالْمَعْرُوفِ عَلَى الْمُوسِرِ قَدْرُهُ، وَعَلَى الْمُقَتِّرِ قَدْرُهُ"[6].

وعرفها بعض الباحثين المعاصرين بأنها: "المال الذي يدفعه الرجل لمطلقته تعويضًا عمّا لحقها من ضرر في فرقة لم تكن هي المتسببة فيها"[7].

المطلب الثاني: مفهوم التعسف:

العَسْفُ: الظُّلْم، والعَسْفُ: السَّيْرُ على غير هداية[8]، والعَسْفُ: الأخذُ على غير الطريق، وكذلك التَعَسُّفُ والاعتِسافُ، والعَسوفُ: الظلومُ[9].

لها، يتطرقوا في مصنفاتهم، ولم قديمًا الفقهاء يذكرها لم التي الحديثة المصطلحات من التعسف مصطلح أن ويظهر أحكاما. أساسها على منها، وبنوا لمسائل تعرضوا قد كانوا وأسس، وإنْ أركان ذات متحققة كنظرية باب في جاء ما أحكامها النظرية وطبقوا فهموا قد أنهم على الفقه، والدالة كتب في المعروضة الكثيرة الأمثلة من عضلها، وفي إن الولي إذن بغير الكفؤ من الفتاة في تزويج كما الاحتكار، وفي النكاح منع في كما المعاملات الكتابيات. من التزوّج عمر منع في كما السياسات

متعددة: تعريفات له المصطلح، ووضعوا لهذا عرضوا فقد المعاصرون الفقهاء وأما

- فقد عَرَّفه الشيخ محمد أبو زهرة بأنه: "استعمال الحق بشكل يؤدي إلى الإضرار بالغير، إما لتجاوز حق الاستعمال المباح عادة، أو لترتب ضرر بالغير أكبر من منفعة صاحب الحق"[10].
- وعَرَّفه مصطفى السباعي بأنه: "إساءة استعمال الحق، بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير"[11].
- وعَرَّفه عبد الواحد كرم بأنه: "استعمال شخص لحق له ينشأ عنه ضرر بالغير"[12].
- وعَرَّفه الدريني بأنه: "مناقضة قصْدِ الشارع في تصرفٍ مأذون فيه شرعًا بحسب الأَصل"[13].

أو عوض بغير أو بعوض ثبت له شرعي حقٍ بمقتضى الأَصْل في مشروعًا فعلا الشخصُ يُمَارسَ هذا: أنْ ومعنى المشروعية[14]. حكمة يخالف الإضرار، أو يُلْحق بغيره وجْه شرعا على فيها مأذون إباحةٍ بمقتضى من الفعل، وقصد الفاعل إباحة من التشريع قصد بين المناقضة أساسه التعسف أن سبق مما يتبين بالحكم علاقته ومدى من الفعل المقصد على تركز المتقدمين، والتي الفقهاء عن النقولات بعض هذا فعله، ويُؤيد السلام: "كُلُّ تَصَرُّفٍ تَقَاعَدَ عَنْ تَحْصِيلِ مَقْصُودِهِ فَهُوَ بَاطِلٌ"[15]، وما قاله عبد بن العز قاله ذلك: ما عليه، من الشاطبي: "قَصْدُ الشَّارِعِ مِنَ الْمُكَلَّفِ أَنْ يَكُونَ قَصْدُهُ فِي الْعَمَلِ مُوَافِقًا لِقَصْدِهِ فِي التَّشْرِيعِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ ظَاهِرٌ مِنْ وَضْعِ الشريعة؛ إذ قد مر أنها موضوعة لِمَصَالِحِ الْعِبَادِ عَلَى الْإِطْلَاقِ وَالْعُمُومِ، وَالْمَطْلُوبُ مِنَ الْمُكَلَّفِ أَنْ يَجْرِيَ عَلَى ذَلِكَ فِي أَفْعَالِهِ، وَأَنْ لَا يَقْصِدَ خِلَافَ مَا قَصَدَ الشَّارِعُ"[16].

التعسفي: الطلاق المطلب الثالث: مفهوم

بمصطلحات لمضمونه تطرقوا كتبهم، وإنما في قديما الفقهاء يذكره لم مستجد أمر المصطلح بهذا التعسفي الطلاق التعسف[17]. نظرية نشأة مع نشأته فكانت المصطلح هذا المكروه، أما والطلاق الحرام كالطلاق أخرى وأسماء ولقد تعرض كثير من الباحثين لتعريف الطلاق التعسفي، ومن هذه التعريفات:

1- كل واقعة طلاق أقدم الزوج فيها على طلاق زوجته دون سبب أو مسوغ شرعي.[18]
2- الطلاق الذي يقع من الزوج بالمفهوم العام للطلاق ولكن إيقاعه بدون سبب معقول أو مبرر، وبدون سوء تصرف من الزوجة وبدون طلبها أو رضاها، وإنما يقع لمجرد قصد الإضرار بالزوجة.[19]
3- الطلاق الذي يقع من الزوج بالمفهوم العام للطلاق ولكن إيقاعه دون سبب معقول يبرر، وبدون سوء تصرف من الزوجة وبدون طلبها أو رضاها وإنما يقع لمجرد قصد الإضرار بالزوجة [20].
4- مناقضة الشارع في رفع قيد النكاح حالا أو مآلا بلفظ مخصوص [21].
5- مناقضة قصد الشارع في التصرف بحق الطلاق المأذون فيه شرعًا حسب الأصل[22].

في التعسف لحقيقة الطلاق، وليس تعريفًا في التعسف حالات لبعض في التعريفات الأول والثاني والثالث ذكر وماهيته، وهو الأمر الذي تجنبه التعريفان الرابع والخامس. الطلاق

وجاء في التعريف الرابع: "بلفظ مخصوص"، وهذه لفظة فيها إشكال هل المقصود أن الطلاق التعسفي يقع بلفظ مخصوص؟ أم أنه قد أدرج في تعريفه تعريف فقهاء الشريعة الإسلامية للطلاق؟، والظاهر أنه الثاني، وكذلك

فالتعسف لا يقع في لفظ الطلاق وإنما في الظروف التي يقع فيها الطلاق وهو الذي أشار إليه التعريف الخامس بقوله: "في التصرف بحق الطلاق".

حالات بعض الأصل" الوارد في التعريف الخامس فيقصد به: أن شرعًا حسب فيه المأذون وأما عن قيد "الطلاق الشرعية القيود بعض مجاوزة إلى الطلاق، وإنما التعسف في إلى مشروعيتها عدم سبب يعود لا المشروع غير الطلاق واقع طلاق هو شرعي، إذ لقيد مخالف طلاق البدعي، لأنه ذلك الطلاق الطلاق، ومن في الإسلام اشترطها التي خارج عن الطلاق من نوع أصلا، فهو فيه مأذونًا تصرفًا ليس فهو فيه، وبالتالي الطلاق إيقاع عن زمن منهي في مورس الشرعية، لكنه القيود وضمن فيه مأذون تصرف وجود يفترض الطلاق، والتعسف في التعسف موضوع لأجلها[23]. شرع التي المصالح تحقق لا حالة في مورس غير مشروع، أو بباعث

المبحث الثاني: معايير الطلاق التعسفي في الفقه والقانون:

عرف الدكتور أنور الشلتوني التعويض عن الطلاق التعسفي بقوله:

به"[24]. مصرح غير أو معقول بلا سبب زوجها طلقها التي للمرأة قضاء مقدر بدل دفع "هو

البحث عنده، وأن محل وهو القانون استعمله الذي لأنه القيد معقول): وصرح أن سبب اختياره لقيد (بلا سبب عنه، الإفصاح يريد لا المطلق موجودا، ولكن يكون قد الطلاق سبب لأن به): حّ مصر سبب اختياره لقيد (غير .لا ببواطنها الأفعال بظواهر يحكم إنما متعسّف، لأنه أنه القانون على يعامله وعندها

سنتطرق في هذا المبحث على معايير التعسف عند الباحثين المعاصرين في الشريعة الإسلامية، والمعايير المعمول بها في القوانين المدنية، وإمكانية تطبيق هذه المعايير على الطلاق.

المطلب الأول: معايير التعسف في الفقه الإسلامي:

المناسب، الجزاء في ترتيب ماهيته، ويساعد وتحديد الفعل هذا ضبط في يساعد التعسفي للفعل معايير وضع إن مشروعٌ، ومنها هو ما قد تنتابه غيرُ غاية، منها تصرفه في الحق صاحب أن التضمين، ذلك أو الإجبار أو من المنع الحال، وظروف والملابسات القرائن أن ونيته، إلا قصده الكشف عن العسير من يكون ذلك. وقد غير هو ما النزاع[25]. مسائل في الحكم عند الأمر ولي أو القاضي يخدم الفعل، كل ذلك تضبط معايير وتحديد

هما: قسمين إلى تنقسم عام بوجه المعايير وهذه

بحقه، من التصرف إلى الحق ذي إرادة حركت التي النفسية العوامل في بالنظر الشخصي: وذلك أو الذاتي المعيار مشروعة ومن أقسام هذا المعيار: تمخض قصد الإضرار والباعث غير المشروع غير مصالح تحقيق الإضرار، أو ويعني استعمال الحق في غير المصلحة التي شرع من أجلها[26].

مفسدة، من نفع، أو الحق صاحب يجنيه ما بين التناسب ضابط يعتمد الموضوعي: والذي أو المادي المعيار الموازنة [27]، ولهذا المعيار ضوابط منها: ذلك في ووسيلته

الجوارية، العلاقات سيما الفردية المتعارضة، لا المصالح الإسلامي، لتنسيق الفقه قرّره المعيار الفاحش: هذا الضرر للصالح العام[28]. رعاية وتنسيقها تنظيمها في أن شك ولا

سواء كانت مصلحتين شخصيتين أو مصلحة خاصة وأخرى عامة. المتعارضة المصالح بين التوازن اختلال

المطلب الثاني: معايير التعسف في القانون:

اتجهت القوانين المدنية العربية إلى خمس اتجاهات في نظرها لمعايير التعسف والإساءة في استعمال الحق:

الأردني، فقد اهتم بهذه النظرية وأعطاها حيزا مهما في القانون، حيث نص الاتجاه الأول: ما جرى عليه (ق. د.) يلي: ما على

مشروع: غير الحق استعمال ويكون مشروع غير استعمالا حقه استعمل من على الضمان يجب

.للتعدي قصد توفر أ–إ ذا

.مشروعة غير الفعل من المرجوة المصلحة كانت ب–إذا

.ضرر من الغير يصيب ما مع تتناسب لا منه المنفعة كانت إذا –ت

.والعادة العرف عليه جرى ما تجاوز إذا – ث

وتبعه في ذلك القوانين المدنية: الإماراتي (م 106) والسوداني (م29 فقرة 1) والعماني (م 95).

الاتجاه الثاني: اتجه (ق. د.) الكويتي (م 30) و(ق. د.) القطري (م 63) و(ق. د.) البحريني (م 28) إلى العرف عليه جرى ما استبدال المعيار الرابع بـ: "إذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضررًا فاحشًا غير مألوف تجاوز والعادة".

والجزائري (م 124 مكرر) والليبي (م والعراقي (م 6 و7) الاتجاه الثالث: المصري (م 4و5) والسوري (م 5 و6) العرف بتجاوز التعسف تقيد الأولى، ولم الثلاثة البنود على مع القانون الأردني اتفقت فقد 5) واليمني (م 17) .والعادة

الغير من يضر بالتعويض أنه: "يلزم على في (م 124) منه الموجبات والعقود اللبناني الاتجاه الرابع: نص قانون الحق". هذا منح أجله من الذي الغرض أو النية حسن حقه، حدود استعمال أثناء بتجاوزه، في

المذكورة العربية عليه القوانين اتفقت ما المصالح، وهو بين التناسب عدم فكرة تجاوز اللبناني القانون يكون وبهذا .سابقا

الاتجاه الخامس: خلافا لمعظم القوانين المدنية الحديثة التي خصصت حيزا مهما لنظرية التعسف في استعمال الحق، فإن المقنن المغربي والتونسي اكتفيا فقط بعرض بعض الحالات التي يتحقق فيها ذلك، وهو ما يتبين من خلال قراءة الفصل 91 – 92 – 94 من (ق. ل. ع.) المغربي والمواد 99و100و103 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، ومن هنا نلاحظ ما يلي:

– لم يكن موقف المقنن المغربي والتونسي واضحا إزاء هذه النظرية، إذ تناولاها بصورة عرضية وهما بصدد الكلام عن الخطأ كعنصر في المسؤولية التقصيرية.

– تأثر المقنن المغربي والتونسي بالنزعة الشخصية الفردية عند محاولة وضع معيار التمييز في استعمال الحق، هذه النزعة التي تهدف إلى تقديس الحقوق الفردية وعدم تقييد هذه المسؤولية إلا في أضيق الحدود.

– لقد كانت هذه النظرة لموقف المقنن المغربي والتونسي من نظرية التعسف في استعمال الحق انعكاسا واضحا للموقف الذي سلكه المقنن الفرنسي في هذا الخصوص.

المطلب الثالث: مدى إمكانية تطبيق معايير التعسف على الطلاق:

هناك توجهان لتطبيق معايير التعسف التي جاءت في القوانين المدنية على الطلاق، حيث أخذ بها جانب من الفقه بينما لم يأخذ بها فريق آخر وذلك لخصوصية العلاقة الزوجية وللبون الشاسع بين مقاصدها والمقاصد من المعاملات المدنية الأخرى.

أولا: القائلون بتطبيق معايير التعسف المطبقة في القانون المدني على الطلاق:

يرى الفريق الأول إعمال تلك المعايير على الطلاق[29] على النحو الآتي:

وهذا المعيار يتصور في الطلاق: الطلاق: في للتعسف الذاتي أ- المعيار

بغيره. الإضرار بقصد الطلاق المطلق يستعمل 1- بأن

احتضاره، زوجته حين يطلق الطلاق، كأن له يشرع لم أثر ترتيب بقصد الطلاق المطلق يستعمل بأن 2- وثانيا .موته بعد ميراثه من منعها بقصد

الطلاق: وهذا المعيار يتصور في الطلاق عند وجود: في للتعسف الموضوعي ب-المعيار

من فترة بعد زوجته طلق إن الزوج لأن وذلك الفاحش: مثلث الباحثة عبير القدومي له بقولها: "... الضرر 1- الطلاق في قاربت، فإن أو أرذله العمر من بلغت وقد الطلاق يحدث عليه، ثم في النفقة معا، واعتمادها حياتهما السن، والزوج في هذا باتت لها، وقد مستقبل حياتها، ولا فيه تتعطل فاحشا ضررا بها الهاوية، وإضرارا لها في قذفا في يترك أن يعقل مثلا، فلا التعدد من بدائله له تكون أو حاجة له تكون لا وقد كبيرًا ضررًا بها مضر ذلك في يده"[30]. على يؤخذ بل ذلك

التي مبرراته أو أسبابه أحيانًا له تكون قد للطلاق بإيقاعه الزوج المتعارضة: فإن المصالح بين التوازن 2-اختلال بين الضرر بالموازنة قمنا يريد، وإذا لا من معاشرة في نفسه عن الضرر لدفع كان فعله دواعي للطلاق، وإن يراها يمس عموما، وقد والأبناء، والمجتمع الزوجة الأشخاص، من من كبيرة فئة يمس الذي وهو الطلاق على المترتب حياتهما، تجدد جديدة وسائل عن في حياته، والبحث الزوج استمرار على المترتب الضرر منه، وبين شيءٌ الزوج دفعه ويكون الأول الضرر معها، فيرجح جلب الذي والخير خير الزوجة استذكار والملل، من الرتابة عنها وتبعد ممنوع[31]. وهذا دفعه المراد الضرر من أكبر جلبا لضرر الطلاق أولى، ويكون

فإن بالمرأة يلحق الضرر الذي مع الطلاق من المرجوة المصلحة تساوت إذا أنه إلى ذياب صبحي زياد وذهب المنافع"[32]. جلب من أولى المفاسد الشرعية "درء بالقاعدة عملا أيضا متعسفا يكون الرجل

ثانيا: القائلون بالمنع من تطبيق معايير التعسف على الطلاق:

يرى أصحاب هذا الرأي أن المعيار خاص، يتعلق بالحكم الشرعي للطلاق من حيث إباحة الطلاق وعدمه، فكل طلاق غير مباح تعسف وإساءة لاستعمال الحق[33]، يقول محمد الزحيلي: "ومن مجموع ما تقدم نستطيع أن نضع معايير للطلاق المباح شرعا، وأن ما عداه يعتبر تعسفا في استعمال الحق، وإساءة له وموجبا للمؤاخذة والعقاب، ومعيار الطلاق المباح ذو شقين:

أولا: معيار موضوعي: بأن يتم الطلاق لأحد الأسباب العامة التي يشترك فيها معظم الناس كعدم الإنجاب.

ثانيا: معيار شخصي وذاتي، ينبع من نظرة شخصية يبينها الشخص للقاضي أو الناس، ويكون سببا في الطلاق من وجهة نظره فقط، كالبغض والكراهة وأن الزواج لم يحقق له الأهداف والغايات... وغير ذلك من الأسباب التي تكون موجبا للطلاق في نظر إنسان دون آخر..."[34].

ثالثا: الراجح: القول الثاني في نظرنا أصوب وأوجه، لأن للطلاق حكما شرعيا يرتب أثرا أخرويا ودنيويا، والأغلب من الآثار الدنيوية إنما هي حقوق مالية لا تتعلق بالحكم الأخروي، بينما التعسف يتعلق بالحكم الديانى الأخروي، لذلك من الأوجه والأصوب عدم إعمال المعايير المدنية، ويمكن الرد على القائلين بإعمالها بالآتي:

أ- حول معيار الضرر الفاحش، وذلك لأن في الطلاق ضررا فاحشا بالمرأة لأنه يعرضها للبؤس والفاقة لانقطاع المعيل عنها.

أنه على تقدير التسليم بوقوع الضرر عليها، ما الحل لو أنها طلقت لسبب معقول ومسوغ مشروع، وأصابها ما أصابها، كيف نلزم المطلق بالتعويض؟

بلا كما أن هناك فرقا بين التعويض والنفقة، فالمطلقة البائنة لا نفقة لها على مطلقها، وليس معنى ذلك أن تترك وليها، يقول محمد خيري المفتي: "... وقد استدعى هذا التقسيم ألا تكلف المرأة الإنفاق على معيل، فنفقتها على نفسها بل جعل نفقتها على أبيها، فإذا فقدت عائلها أو طلقت رجع حق الإنفاق على أوليائها، فهي في جميع أحوالها مكفية المؤونة؛ رحمة بأنوثتها وضعف بنيتها، وتقديرا لشرف وظيفتها في الجماعة الإنسانية"[35].

المتعارضة: وذلك لأن الضرر الناتج من الطلاق أعظم خطبا وأثرا المصالح بين التوازن ب – حول معيار اختلال من ضرر بقاء العلاقة الزوجية المعتلة والمختلة، وأن درء المفاسد أولى من جلب المصالح.

والرد عليه يكون بالآتي:

أن الموازنة بين المصالح لا تكون بهذه الإنشائية والمجازفة في التمثيل، وإنما تكون بترتيب المصالح أولا بأول، وهذه المصالح مبنية على المقاصد الشرعية الضرورية: وهي التي لابد منها في قيام مصالح الدارين، وهي الكليات الخمس: حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال، والتي ثبتت بالاستقراء والتنصيص في كل أمة وملة، وفي كل زمان ومكان، فمصلحة الزوج في الطلاق قد تتعلق بحفظ الدين، كما لو خشي على نفسه الفتنة؛ لأن المرأة لا تشبع رغبته أو خشي عدم القيام بحقوقها الواجبة لعدم الميل لها، بينما يتمثل ضرر المرأة بالضرر المادي الذي يدخل في حفظ المال، والضرر الذي يقع على الأولاد يتعلق بحفظ النسل، وعند تعارض هذه المصالح يقدم الأول فالأول، جاء في كتاب التجديد الأصولي: "وقسموا الضروريات إلى خمس كليات جامعة هي: الدين والنفس والعقل والمال. ونصوا على أنها ليست على وزان واحد، وأن بعضها مُقَدَّم على بعض. فاتفقوا على أن النسل الثانية، وأن المال في المرتبة الخامسة. واختلفوا في النسل والعقل، الدين في المرتبة الأولى، وأن النفس في المرتبة يقدم هذا وبعضهم يقدم هذا"[36]. فبعضهم

ولهذا لما بين الله تعالى أحكام الطلاق والخلع، ربطهما بحدوده، قال تعالى: (الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ

الظَّالِمُونَ (229) فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ (230) [البقرة:229 و 230]

قال الجصاص: "وَهَذَا الْخَوْفُ مِنْ تَرْكِ إقَامَةِ حُدُودِ اللَّهِ عَلَى وَجْهَيْنِ إمَّا أن يكون أحدهما سيء الْخُلُقِ أَوْ جَمِيعًا فَيُفْضِي بِهِمَا ذَلِكَ إلَى تَرْكِ إقَامَةِ حُدُودِ اللَّهِ فِيمَا أَلْزَمَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ حُقُوقِ النِّكَاحِ فِي قَوْله تعالى وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا مُبْغِضًا لِلْآخَرِ فَيَصْعُبُ عليه حسن العشرة والمجاملة فيؤد به ذَلِكَ إلَى مُخَالَفَةِ أَمْرِ اللَّهِ فِي تَقْصِيرِهِ فِي الْحُقُوقِ الَّتِي تَلْزَمُهُ وَفِيمَا أَلْزَمَ الزَّوْجَ مِنْ إظْهَارِ الْمَيْلِ إلَى غَيْرِهَا فِي قَوْله تَعَالَى فَلا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوها كَالْمُعَلَّقَةِ فَإِذَا وَقَعَ أَحَدُ هَذَيْنِ وَأَشْفَقَا مِنْ تَرْكِ إقَامَةِ حُدُودِ اللَّهِ الَّتِي حَدَّهَا لَهُمَا حَلَّ الْخُلْعُ"[37].

وهذا الفقه العميق بالمقاصد هو الذي نادت به امرأة ثابت بن قيس عندما اشتكت لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فَقَالَتْ: "يَا رَسُولَ اللَّهِ ثَابِتُ بْنُ قَيْسٍ مَا أَعْتِبُ عَلَيْهِ فِي خُلُقٍ وَلَا دِينٍ وَلَكِنِّي أَكْرَهُ الْكُفْرَ فِي الْإِسْلَامِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: أَتَرُدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ؟ قَالَتْ: نَعَمْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: اقْبَلِ الْحَدِيقَةَ وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً"[38]، والرسول صلى الله عليه وسلم أقرها على طلبها الخلع، مع أن لها ابنا من ثابت اسمه محمد[39]، قال الملا علي القاري في شرحه للحديث: "(وَلَكِنِّي أَكْرَهُ الْكُفْرَ فِي الْإِسْلَامِ): عَرَّضَتْ عَمَّا فِي نَفْسِهَا مِنْ كَرَاهَةِ الصُّحْبَةِ وَطَلَبِ الْخَلَاصِ بِقَوْلِهَا وَلَكِنِّي أَكْرَهُ الْكُفْرَ أَيْ كُفْرَانَ النِّعْمَةِ أَوْ بِمَعْنَى الْعِصْيَانِ، تَعْنِي لَيْسَ بَيْنِي وَبَيْنَهُ مَحَبَّةٌ وَأَكْرَهُهُ طَبْعًا، فَأَخَافُ عَلَى نَفْسِي فِي الْإِسْلَامِ مَا يُنَافِي حُكْمَهُ مِنْ بُغْضٍ وَنُشُوزٍ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا يُتَوَقَّعُ مِنَ الشَّابَّةِ الْمُبْغِضَةِ لِزَوْجِهَا، فَسَمَّتْ مَا يُنَافِي مُقْتَضَى الْإِسْلَامِ بِاسْمِ مَا يُنَافِيهِ نَفْسَهُ"[40].

وقد فهم هذا الأمر علماء الشريعة عند حديثهم عن حكم الطلاق لعدم الميل القلبي، مع علمهم ومعرفتهم بالضرر الواقع على المرأة وعلى الأولاد، قال الشيخ عليش: "وَزَادَ ابْنُ بَشِيرٍ قَدْ يَكُونُ الطَّلَاقُ حَرَامًا، وَهُوَ إذَا خِيفَ مِنْ وُقُوعِهِ ارْتِكَابُ كَبِيرَةٍ مِثْلُ أَنْ يَكُونَ لِأَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ عَلَاقَةٌ إنْ فَارَقَهَا خَافَ ارْتِكَابَ الزِّنَا قَالَ: وَقَدْ يَكُونُ مَنْدُوبًا إلَيْهِ إنْ وَقَعَ مِنْ الْكَرَاهَةِ مَا لَا تَحْسُنُ بِهِ الصُّحْبَةُ، وَلَمْ يُؤَدِّ لِتَضْيِيعِ الْحُدُودِ، وَيَكُونُ مُبَاحًا إنْ خَافَ فَسَادَ الزَّوْجَةِ، وَلَمْ يُمْكِنْهُ الْفِرَاقُ، وَلَمْ تَتَشَوَّفْ نَفْسُهُ إلَيْهَا"[41]، وقال البكري: "وقوله ولو لعدم الميل: أي ولو كان العجز حصل لعدم الميل إليها: أي بالكلية ولا ينافي هذا تصوير الامام المباح بما إذا لم يشتهها لأن المراد من قوله لم يشتهها أي شهوة كاملة وهو صادق بوجود شهوة عنده غير كاملة، والحاصل في المندوب لم يوجد منه ميل أصلا، وفي المباح يوجد منه ميل لكنه غير كامل فلا تنافي بينهما وعبارة الروض وشرحه: ويستحب الطلاق لخوف تقصيره في حقها لبغض أو غيره"[42].

وثانيا: لو افترضنا صحة هذه الموازنة فلن يقوم أي سبب للطلاق أمامها، سواء من قبل الزوج أو من قبل الزوجة، ولمنعنا التطليق للشقاق والتطليق للضرر والتطليق للغيبة، إلا أن هذه الموازنة غير صائبة، فالضرر الذي يصيب الزوجة والأولاد يصيب الزوج أيضا، والقرار الذي اتخذه الزوج بالطلاق لا بد له من سبب وإلا كان الزوج فاقدا لعقله أو سفيها، والطلاق يعقبه الكثير من الالتزامات المادية والمجتمعية، كالنفقة في العدة والمتعة والنفقة على

الأولاد الذين بحضانة أمهم وأجرتها وأجرة الرضاعة لمن كان رضيعا، وتبقى مسؤولية الولاية على نفس ومال القاصر قائمة عليه، فلا تضييع للأولاد، وهذا فيه ارهاق كبير على كاهل المطلق ماديا ونفسيا.

المبحث الثالث: مبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي:

من خلال النقاشات السابقة وقبل أن نعرض لمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي وإظهار حكمه علينا أن نعلم أن هناك بعض النقاط التي اتفق عليها الجميع في الطلاق وهي أن الأصل في الطلاق الحظر، وأن هناك ضررا يصيب المطلقة، واتفقوا كذلك أن هناك حقوقا مالية للمطلقة بعد الطلاق (وإن اختلف بعد ذلك في المصطلح والكيفية). وفي المقابل هناك بعض النقاط المختلف فيها في الطلاق كالتعويض المالي عن الطلاق بمعنى التعويض الذي يدرس أسباب الطلاق ومدى تجاوز المطلق في إيقاعه، واختلفوا في مدى إمكانية عدّ متعة الطلاق بالمفهوم الشرعي هي التعويض، دون أن يجمع معها تعويض آخر بالمفهوم القانوني.

وبناء على ما سبق فإن الطلاق ليس وليد اليوم، بل هو حالة اجتماعية رافقت العلاقة الزوجية، ومارسه الرجل منذ عصر التشريع الإسلامي –عصر النبوة–، والضرر الذي يصيب المرأة حاليا، نفسه الذي كان يصيبها سابقا، فما الجديد، أهو أمر غفل عنه السابقون وأدركه اللاحقون، أم أن الشريعة قصرت في ذلك –حاشاها– ؟! أم أن المقصود ليس الضرر المعنوي جراء الطلاق، وإنما رمي المرأة بعد الطلاق عرضة للبؤس والفاقة، وكأن الإسلام لم يراع أنوثتها وعجزها –حاشا الإسلام عن ذلك– بل قرر لها النفقة على أوليائها الذين يرثونها، فكما أن لهم حق ميراثها بعد الممات، فعليهم نفقتها أثناء الحياة عملا بقاعدة (المغنم بالمغرم)، فلماذا يلزم المطلق ويرهق؟!، فكما أن الضرر أصاب المرأة، فالضرر بهذا التعويض يصيب الرجل، وليس من الحق العمل بقاعدة (لا ضرر) حتى يعمل بباقيها (ولا ضرار).

أم إن المقصود عقاب الزوج المتعسف في التطليق، فإن كان كذلك، فالعقوبة لا بد فيها من المساواة، والعقوبة لا تكون مالا يدفع لشخص آخر، وإلا كانت تعويضا، كما أن هناك طرقا أفضل للعقاب، وذلك بالنص عليها في قانون الجزاء والعقوبات وتوصيفها التوصيف الكامل ووضع عقوبة محددة لها، للزجر، والتشديد خاصة في بعض صور الطلاق التعسفي، مع أن إثبات بعض الصور أمر صعب.

المطلب الأول: حكم متعة الطلاق عند الفقهاء:

اختلف الفقهاء في حكم المتعة من حيث الإجمال أهي واجبة أم مستحبة؟ على قولين:

القول الأول: أنها مندوبة وليست واجبة، وهو قول الإمام مالك[43] والليث بن سعد[44] ونسب إلى فقهاء المدينة السبعة وضعف ابن حزم هذه النسبة لهم[45]، وعلى هذا القول المالكية، وخالف منهم محمد بن مسلمة فقال بالوجوب وعزي الوجوب كذلك إلى ابن حبيب[46]، وذهب إلى الوجوب من متأخري المالكية الطاهر بن عاشور[47]، ونسب القول بالندب كذلك إلى الحنفية في جميع المطلقات غير التي طلقت قبل الدخول وسمي لها مهر فليس لها سوى نصف المهر، ورد علماؤهم هذه النسبة[48].

القول الثاني: وجوب المتعة للمطلقة، وهو قول الجمهور: الحنفية[49] والشافعية[50] والحنابلة[51] والإباضية[52] على اختلاف بينهم في محل الوجوب كما سنرى.

استدل القائلون بأن المتعة مستحبة وليست واجبة بعدة أدلة[53]منها: أن الله تبارك وتعالى قد نص في كتابه على إمتاعها فقال: (لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً) [البقرة:236] معناه ولم تفرضوا لهن فريضة (وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ) [البقرة:236]، فقوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ (البقرة: 236) أمر بالمتاع، والأمر على الوجوب ما لم تقترن به قرينة تصرفه عن الوجوب إلى الندب، وقد اقترن بهذا الأمر قرائن تدل على أن المراد به الندب، منها:

1. تخصيصه بها المحسنين من غير المحسنين بقوله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ (البقرة: 236)، ولا يعلم المحسنين من غير المحسنين غير الله تعالى؛ لأن الإحسان فيما بين العبد وخالقه، فلما علق تعالى المتعة بصفة لا يعلمها غيره دل على أن الله لم يوجب الحكم بها على الحكام؛ إذ لم يجعل لهم طريقا إلى تمييز المأمور بها من غيره، وقيل للمطلق: متع إن كنت من المحسنين فكان حقا عليه أن يمتع ولا يخرج نفسه من جملة المحسنين.
2. وأيضا فإنها غير مقدرة ولا معلومة، والفرائض لا بد أن تكون مقدرة معلومة.

أما القائلون بوجوب المتعة فقد استدلوا بقوله تعالى: (... وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ) [البقرة:236]، وقوله تعالى: (...ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا) [الأحزاب:49]، وقوله تعالى: (وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ) [البقرة:241]، وقد استدل بالآيات على وجوب المتعة من الوجوه الآتية:

- الوجه الأول: قوله تعالى: ﴿ فَمَتِّعُوهُنَّ ﴾(الأحزاب: 49) ﴾ لأنه أمر، والأمر يقتضي الوجوب حتى تقوم الدلالة على الندب[54].
- الوجه الثاني: قَوْله تَعَالَى ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (البقرة: 241) أَي: الْمُتْعَة لَهُنَّ ملكا، جعلهَا لَهُنَّ بلام التَّمْلِيك[55].
- الوجه الثالث: قوله تعالى: ﴿ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ (البقرة: 236) ولفظة (حق على) من ألفاظ الوجوب[56].
- الوجه الرابع: قوله تعالى: ﴿ حقا على المحسنين ﴾ تأكيد لإيجابه؛ إذ جعلها من شرط الإحسان، وعلى كل أحد أن يكون من المحسنين، وكذلك قوله تعالى: ﴿ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾ قال القرطبي: "وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتاعٌ" أَظْهَرُ فِي الْوُجُوبِ مِنْهُ فِي النَّدْبِ. وَقَوْلُهُ: "عَلَى الْمُتَّقِينَ" تَأْكِيدٌ لِإِيجَابِهَا، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَتَّقِيَ اللَّهَ فِي الْإِشْرَاكِ بِهِ وَمَعَاصِيهِ، وَقَدْ قَالَ تَعَالَى فِي الْقُرْآنِ: ﴿ هُدىً لِلْمُتَّقِينَ ﴾[57].
- الوجه الخامس: في قوله تعالى: ﴿حقا على المحسنين﴾ وقوله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ ورد الأمر بصيغة الخبر وورود الأمر عندهم بصيغة الخبر أبلغ لاقتضائه ثبوت الشيء المأمور به ووقوعه في الوجود حتى صار مخبرا عنه بذلك[58].

- الوجه السادس: قوله تعالى: ﴿ فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ (الأحزاب: 49) قد دل على الوجوب من حيث هو أمر[59].

بعد عرض الأدلة فإني أرى تقوية الرأي القائل بالوجوب ويمكن الرد على القائلين بأن المتعة مستحبة؛ بالآتي:

1. استدلال القائلين بالندب أن تخصيص المتقين والمحسنين بالذكر فيه دليل على أنها غير واجبة وأنها ندب؛ لأن الواجبات لا يختلف فيها المتقون والمحسنون وغيرهم، ويمكن الرد عليه من الوجوه التالية:

- الوجه الأول: أنه إنما ذكر المتقين والمحسنين تأكيدا لوجوبها، وليس تخصيصهم بالذكر نفيا لإيجابها على غيرهم كما قال تعالى ﴿هُدًى لِلْمُتَّقِينَ﴾ (البقرة: 2) وهو هدى للناس كافة، وقوله تعالى: ﴿شَهْرُ رَمَضَانَ الَّذِي أُنزِلَ فِيهِ الْقُرْآنُ هُدًى لِلنَّاسِ﴾ (البقرة: 185) فلم يكن قوله تعالى: ﴿هُدًى لِلْمُتَّقِينَ﴾ (البقرة: 2) موجبا لأن لا يكون هدى لغيرهم، كذلك قوله تعالى: ﴿حقا على المتقين﴾ و﴿حقا على المحسنين﴾ غير ناف أن يكون حقا على غيرهم[60].
- الوجه الثاني: أنا نوجبها على المتقين والمحسنين بالآية ونوجبها على غيرهم بقوله تعالى: ﴿فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ (الأحزاب: 49) وذلك عام في الجميع بالاتفاق؛ لأن كل من أوجبها من فقهاء الأمصار على المحسنين والمتقين أوجبها على غيرهم[61].
- الوجه الثالث: أنه يلزم على قول المخالفين أن لا يجعلها ندبا أيضا؛ لأن ما كان ندبا لا يختلف فيه المتقون وغيرهم، فإذا جاز تخصيص المتقين والمحسنين بالذكر في المندوب إليه من المتعة وهم وغيرهم فيه سواء، فكذلك جائز تخصيص المحسنين والمتقين بالذكر في الإيجاب ويكونون هم وغيرهم فيه سواء[62].
- الوجه الرابع: قال ابن حزم :" وَلَوْ لَمْ يَقَعْ اسْمُ " مُحْسِنٍ، وَمُتَّقٍ " إلَّا عَلَى مَنْ يُحْسِنُ وَيَتَّقِي فِي كُلِّ أَفْعَالِهِ: لَمْ يَكُنْ فِي الْأَرْضِ مُحْسِنٌ، وَلَا مُتَّقٍ بَعْدَ رَسُولِ اللَّهِ – صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ – إذْ لَا بُدَّ لِكُلِّ مَنْ دُونَهُ مِنْ تَقْصِيرٍ، وَإِسَاءَةٍ لَمْ يَكُنْ فِيهَا مِنْ الْمُحْسِنِينَ، وَلَا مِنْ الْمُتَّقِينَ، فَكَانَ عَلَى هَذَا يَكُونُ كَلَامُ اللَّهِ تَعَالَى: ﴿حقا على المحسنين﴾ [البقرة: 236] و ﴿حقا على المتقين﴾ [البقرة: 241] فَارِغًا وَلَغْوًا وَبَاطِلًا، وَهَذَا لَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ يَعْتَقِدَهُ[63].

2. أن ما ذكره المخالفون من أن هذه الآية، وهي قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ (البقرة: 237) نسخت التي بعدها ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ (البقرة: 241)، فإنه لا يصح، قال ابن حزم: (لا يصدق أحد على إبطال حكم آية منزلة إلا بخبر ثابت عن رسول الله –صلى الله عليه وسلم– فكيف وليس في الآية التي ذكر شيء يخالف التي زعم أنها نسختها؟ فكلتاهما حق[64].

3. أن الاستدلال بعدم تخصيص المتقين والمحسنين في سائر الديون من الصداق وسائر عقود المداينات عند إيجابها عليهم وخصهم بذلك عند ذكر المتعة، وأن ذلك يدل على أنها ليست واجبة غير صحيح من وجهين:

- الوجه الأول: أنه إذا كان لفظ الإيجاب موجودا في الجميع، فالواجب علينا الحكم بمقتضى اللفظ، ثم تخصيصه بعض من أوجب عليه الحق بذكر التقوى، والإحسان إنما هو على وجه التأكيد، ووجوه التأكيد مختلفة، فمنها ما يكون ذكر بتقييد التقوى والإحسان، ومنها ما يكون بتخصيص لفظ الأداء نحو قوله تعالى: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾ (النساء: 4) وقوله تعالى: (...ذ ذ ث ث...ج) [البقرة:283]، ومنها ما يكون بالأمر بالإشهاد عليه، والرهن به، فكيف يستدل بلفظ التأكيد على نفي الإيجاب؟[65]
- الوجه الثاني: أن عقد النكاح لا يخلو من إيجاب البدل إن كان مسمى، فالمسمى وإن لم يكن فيه تسمية فمهر المثل، ثم كانت حاله إذا كان فيه تسمية أن البضع لا يخلو من استحقاق البدل له مع ورود الطلاق قبل الدخول، وفارق النكاح بهذا المعنى سائر العقود؛ لأن عود المبيع إلى ملك البائع يوجب سقوط الثمن كله، وسقوط حق الزوج عن بضعها بالطلاق قبل الدخول لا يخرجه من استحقاق بدل ما وهو نصف المسمى، فوجب أن يكون ذلك حكمه إذا لم تكن فيه تسمية، والمعنى الجامع بينهما ورود الطلاق قبل الدخول[66].

المطلب الثاني: مناقشة مبدأ التعويض في الطلاق التعسفي

إن المتتبع لكتاب الله تعالى ليجد صورا كثيرة من صور الأذى النفسي الذي يصيب المرأة من فعل زوجها، بل ويشتد الأمر بها ولا تجد مناصا إلا البوح والشكوى به لرسول الله صلى الله علي وسلم، قال تعالى: (قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ (1) الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ) [المجادلة:1و 2]، فالله بوجوده وعظمته سمع شكوى هذه المرأة مكسورة الخاطر حائرة البال – وهو السميع العليم الذي لا يعزب عنه مثقال ذرة- ولكنه تربية للناس وإعلام لهم بأن علاقاتهم بغيرهم مكشوفة معلومة له تعالى، وشكوى الشاكي يسمعها تعالى، فليطب خاطره وليرتح باله، وليسعد بقرب الفرج، فالمتصرف بهذا الملكوت الواسع العظيم، قد سمع لشكوى امرأة فقيرة تجنى زوجها عليها، وجرح مشاعرها، وآلم قلبها، قال ابن جزي الكلبي في سبب نزولها:" قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا نزلت الآية في خولة بنت حكيم، وقيل خولة بنت ثعلبة، وقيل خولة بنت خويلد، وقيل: اسمها جميلة وكانت امرأة أوس بن الصامت الأنصاري أخي عبادة بن الصامت. فظاهر منها، وكان الظهار في الجاهلية يوجب تحريما مؤبدا، فلما فعل أوس ذلك جاءت امرأته إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله إن أوسا أكل شبابي ونثرت له بطني، فلما كبرت ومات أهلي ظاهر مني. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ما رأيتك إلا قد حرمت عليه، فقالت يا رسول الله لا تفعل إني وحيدة، ليس لي أهل سواه، فراجعها رسول الله صلى الله تعالى عليه وآله وسلم بمثل مقالته فراجعته، فهذا هو جدالها وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ كانت تقول اللهم: إني أشكو إليك حالي وانفرادي وفقري، وروي أنها كانت تقول: اللهم إن لي منه صبية صغارا إن ضممتهم إليّ جاعوا، وإن ضممتهم إليه ضاعوا وَاللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا المحاورة هي المراجعة في الكلام قالت عائشة رضي الله عنها: سبحان من وسع سمعه الأصوات، لقد كنت حاضرة وكان بعض كلام خولة

يخفى علي وسمع الله كلامها، ونزل القرآن في ذلك فبعث رسول الله صلى الله تعالى عليه وآله وسلم إلى زوجها وقال له: أتعتق رقبة؟، فقال: والله ما أملكها. فقال: أتصوم شهرين متتابعين؟، فقال والله، ما أقدر، فقال له: أتطعم ستين مسكينا؟ فقال لا أجد إلا أن يعينني رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بمعونة وصلاة –يريد الدعاء–، فأعانه رسول الله صلى الله عليه وسلم بخمسة عشر صاعا. وقيل: بثلاثين صاعا ودعا له، فكفّر بالإطعام وأمسك زوجته"[67].

فانظر إلى الضرر والبلوى التي أصيبت بها، حيث تركها عرضة للضياع، فلا مال ولا أهل، فما كان العلاج الإلهي لها، العلاج هو في قوله تعالى: (وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ (3) فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ذَلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ) [المجادلة:3 و 4]، لم يكن علاجا ماليا، يجرد هذه العلاقة التي أثمرت وأينعت ذرية طيبة وسنوات من العواطف والمشاعر المتبادلة، وأيام هي أحلى أيام العمر، وتشاركا في كل جزئيات الذكريات؛ هذا العلاج جاء تربية للزوج الذي تنكب الطريق وأخطأ السبيل، وأغلظ على الشريك، علاجا يؤلم ضميره ويعطف قلبه على شريك عمره، علاجا ينبهه أنه أخطأ في حق الله تعالى قبل خطئه في حقها، ليمنح الخطأ والعلاج بعدا أخرويا، وليربط الزواج والطلاق بمقاصد هي أسمى من المال، وإذا كان لا بد منه من قوام هذه الحياة فمن باب كونه وسيلة لا غاية، ورمزا لقوامة الرجل، وتكليفا له لتوفير العيش الكريم لزوجته وعياله بقدر يسره وعسره، لذا فعندما تنصرم حبال المودة ويصبح الطلاق دواء مرا لا بد منه، كان لزاما –كما سنبينه في مبحث المتعة– على الرجل الاعتراف بجميل المرأة و ما كان بينهما من جميل الذكرى في صورة مال تتمتع به المرأة بقدر يسر حاله.

ولو كان هناك تعويض لهذا الألم النفسي والضرر المعنوي الذي ذكره الله تعالى وسماه منكرا من القول وزورا، وبينته السنة الشريفة على صاحبها أفضل الصلاة والسلام؛ لبينه الله تعالى ولقدرته السنة المشرفة، لأن البيان، ولكن ليست المشاعر مما تقوم بالمال أو توزن به، فهي أسمى وأرفع من ذلك، واعتبار الظهار معصية لله تعالى موجبة للكفارة المغلظة لانتهاكه قدسية العلاقة بين الزوجين، كما أن منتهك حرمة شهر رمضان والقاتل الخطأ موجبان لذات الكفارة.

إن سكوت كتاب الله تعالى وسنة نبيه صلى الله عليه وآله وسلم عن بيان شيء زائد فوق الكفارة لا يعني إمكان الزيادة عليه، فالمقتضي للتعويض وهو الضرر المعنوي الذي أصاب المرأة من الطلاق موجود زمن تشريع الكفارة والتوبة من هذا الضرر، وليس أمرا حادثا، ولذا بينه الله تعالى في كتابه، ولا يمكن القول بأنه لم يحدث انفصال وطلاق لترتيب حكم التعويض عنه، فالرسول صلى الله عليه وسلم لم يحكم لها بشيء أولا سوى الانفصال عنه، ولو كان ترتيب التعويض على الانفصال جائزا لبينه الله تعالى في حوادث الطلاق، والمتتبع لآيات الطلاق و لحالات الطلاق الواقعة في عهده صلى الله عليه وسلم لا يجد الحكم بالتعويض، ولذا عدل المستدلون عن ذلك إلى القواعد العامة التي لا تخدمهم، فالمقتضى للتعويض الذي يتحدث عنه المجيزون له موجود زمن التشريع ولم يحكم به، قال الإمام الشاطبي: "ثم إطلاقه القول بأن الترك لا يوجب حكما في المتروك إلا جواز الترك غير جار على أصول

الشرع الثابتة، فلنقرر هنا أصلا لهذه المسألة لعل الله ينفع به من أنصف من نفسه، وذلك أن سكوت الشارع عن الحكم في مسألة ما أو تركه لأمر ما على ضربين:

أحدهما: أن يسكت عنه أو يتركه لأنه لا داعية له تقتضيه، ولا موجب يقرر لأجله، ولا وقع سبب تقريره، كالنوازل الحادثة بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم، فإنها لم تكن موجودة ثم سكت عنها مع وجودها، وإنما حدثت بعد ذلك فاحتاج أهل الشريعة إلى النظر فيها وإجرائها على ما تبين في الكليات التي كمل بها الدين، وإلى هذا الضرب يرجع جميع ما نظر فيه السلف الصالح مما لم يسنه رسول الله صلى الله عليه وسلم على الخصوص مما هو معقول المعنى، كتضمين الصناع ومسألة الحرام والجد مع الإخوة وعول الفرائض، ومنه جمع المصحف ثم تدوين الشرائع وما أشبه ذلك، مما لم يحتج في زمانه عليه السلام إلى تقريره ...

. والضرب الثاني: أن يسكت الشارع عن الحكم الخاص أو يترك أمرا ما من الأمور، وموجبه المقتضي له قائم، وسببه في زمان الوحي وفيما بعده موجود ثابت، إلا إنه لم يحدَّد فيه أمر زائد على ما كان في ذلك الوقت، فالسكوت في هذا الضرب كالنص على أن القصد الشرعي فيه أن لا يزاد فيه على ما كان من الحكم العام في أمثاله ولا ينقص منه؛ لأنه لما كان المعنى الموجب لشرعية الحكم العقلي الخاص موجودا، ثم لم يشرع ولا نبه على استنباطه، كان صريحا في أن الزائد على ما ثبت هنالك بدعة زائدة ومخالفة لقصد الشارع؛ إذ فهم من قصده الوقوف عندما حد هنالك، لا الزيادة عليه ولا النقصان منه"[68] اهـ.

علاوة على ذلك فإن التعويض بمفهومه القانوني كان معروفا في شرائع أخرى غير الإسلام، مثل شريعة الأقباط الأرثوذكس، وهو يتفق مع البناء الفني لنظام الطلاق في شريعتهم، هذا النظام الذي يستلزم لوقوع الطلاق أن يصدر حكم به من القضاء بعد ثبوت توافر سبب من الأسباب التي تجيز الحكم بالطلاق، وبعض هذه الأسباب يبرر الطلاق باعتباره جزاء لخطأ أحد الزوجين في حق الآخر، ويصدر حكم الطلاق استنادا إليه ضد المسؤول عن سببه لمصلحة الزوج الآخر، وبذا يقترن انحلال الزواج بالطلاق بتحديد من يكون مسؤولا عنه بخطئه من الزوجين، مما يجعل الحكم بالتعويض عن الأضرار الناجمة من هذا الخطأ على المسؤول لمصلحة البريء تكملة طبيعية للحكم بالطلاق، أما في الشريعة الإسلامية؛ حيث يجعل الطلاق بيد الرجل سواء أكانت أسبابه تعزى إلى المرأة أو إلى الرجل، أولم تظهر له أسباب بالمرة، فمن المتعذر ربط الحكم بالتعويض بحصول الطلاق باعتباره أثرا مترتبا عليه، إذن يجب لو أردنا الحكم بالتعويض للمرأة التي تضار من الطلاق بسبب خطأ الرجل أن نبحث لذلك عن أساس لا نجده في البناء الفني لنظام الطلاق[69].

المطلب الثاني: التعويض عن الطلاق التعسفي في الاجتهاد القضائي

تطرق الاجتهاد المصري في وقت مبكر من القرن العشرين إلى التعويض عن الطلاق، واختلف الاجتهاد القضائي حول الموقف من التعويض، منها ما رأى التعويض ومنها ما منع، وسنتطرق إلى كلا الرأيين موضحين موقف الاجتهاد المغربي في ذلك:

أولا: الأحكام التي يستفاد منها المنع من التعويض

وهؤلاء اختلفوا في مشروعية التعويض، ومن رآه منهم مشروعا أدخله في المتعة، فلا يعوض عنه استقلالا، ومن الأحكام التي لم تر مشروعية التعويض ما قضت به محكمة الاستئناف في مصر بتاريخ 1927/12/18، حيث جاء فيها: "أن الطلاق هو حق للزوج بحكم الشريعة ولأن الزوجة حين زواجها كانت على بينة من حق زوجها هذا، وإذن فهي تعلم وقت التعاقد النتائج التي قد ترتبت على عقدها فلا يجوز لها أن تتظلم منها ولأن الشريعة وهي القانون الخاص الذي يخضع له عقد الزواج قصرت حق الزوجة من الطلاق على مؤخر الصداق ونفقة العدة دون التعويض ولأن المناقشة في التعويض يستلزم الخوض في أسباب الطلاق وفي ذلك فضح أسرار العائلات ولأن المصلحة العامة تقتضي بأن لا يلزم الزوج بمعاشرة زوجة لا يطيقها لعيب نفسي أو خلقي وفي الحكم عليه بالتعويض إكراه على قبول هذه الحالة"[70].

المحكمة ومن أمثلة الأحكام التي رأت المتعة كافية وتشمل التعويض عن الأضرار المعنوية والمادية، حكم عن التعويض الزوجة رفض طلب إلى المحكمة ذهبت ٢٠٠٦ حيث يناير ٢ بتاريخ بتطوان بالمملكة المغربية الابتدائية ذلك كل راعت قد المحكمة مادامت لها مسوغ لا أنه رأت المحكمة والتي تدعيها، التي والمعنوية المادية الأضرار عن المتعة"[71]، وأيضا حكم المحكمة العليا بالجزائر –قبل صدور التعديل الأخير الذي قرر التعويض عن تحديد عند الطلاق التعسفي–، حيث كان من ضمن اجتهادات المحكمة العليا: "إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها، وهي في حد ذاتها تعتبر تعويضا، فإن القضاء يخالف أحكام هذا المبدأ، يعتبر خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية، لذلك يستوجب النقض للقرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي لها باسم متعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض"[72].

إلا أنه إن كانت الزوجة هي المتعسفة في حقها في الطلاق أو طلب التطليق، فهل للزوج المطالبة بالتعويض، مقتضيات المادة 97 من مدونة الأسرة الجواب يأتي من محكمة النقض المغربية حيث قررت ما نصه: "حيث إن المغربية خولت للمحكمة حق مراعاة مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقديرها ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر، والمحكمة لما ثبت لها من أوراق الملف ومن البحث الذي أجرته في القضية في المرحلة الابتدائية أن الطاعنة هي المسؤولة عن الفراق وأن حقها في طلب التطليق للشقاق اتصف بالتعسف في استعمال هذا الحق، وأنها لم تثبت بأن المطلوب قد ساهم بدوره في هذا الفراق وقضت تبعا لذلك بأدائها له تعويضا حسب منطوق القرار في إطار سلطتها التقديرية تكون قد طبقت مقتضيات المادة المذكورة أعلاه التطبيق السليم ويبقى ما أثير بدون أساس"[73]، وما جاء في أيضا في قرار آخر لها: "... لكن حيث إن المحكمة عللت قرارها بأن فشل الصلح بين الطرفين كان بسبب إصرار الطالبة على البقاء في الخارج، وهوما تستحيل معه المعاشرة الزوجية بينهما، ويجعل الطالبة مسؤولة عن إنهاء العلاقة الزوجية، والمحكمة لما حكمت عليها، تبعا لذلك بالتعويض المذكور لفائدة مفارقها المطلوب، طبقا للمادة 97 من مدونة الأسرة المغربية المحتج بها، وفق سلطتها التقديرية في تحديد المبلغ المناسب، فإنها تكون بذلك قد بنت قضاءها على أساس، وعللت قرارها تعليلا كافيا"[74].

ثانيا: الأحكام التي يستفاد منها جواز التعويض

ما عابه الطاعن في الوسيلة، ذلك أنه إذا كان لمحكمة ما جاء في قرار محكمة النقض المغربية: "حيث صح الموضوع السلطة التامة في تقدير مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق، وما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر، فإنه يتعين عليها أن تبرز في قرارها ما اعتمدته من وقائع ودلائل، وكيفية استخلاصها ما انتهت إليه حتى تتمكن محكمة النقض من بسط رقابتها على تعليل محكمة الموضوع للتأكد من سلامته وعدم مخالفته للواقع، وحيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما قضت برفض الطلب التعويض الذي تقدم به الطاعن بعلة عدم إثباته الضرر رغم أن التطليق في ذاته ضرر ودون أن تبرز مدى مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق وترتب عن ذلك ما يمكن أن يحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر تكون قد عللت قرارها تعليلا ناقصا وهو بمثابة انعدامه مما يعرضه للنقض"[75].

وجاء أيضا هذا القرار منها: "بمقتضى المادة 97 من مدونة الأسرة المغربية، فإن التعويض يحكم به في الفراق الذي يطلبه أحد الزوجين بسبب مسؤولية الزوج الآخر فيه، والمحكمة لما قضت بالتعويض استنادا إلى مسؤولية الزوج في إنهاء العلاقة الزوجية بسبب ما أقدم عليه من ارتكاب الخيانة الزوجية في حق زوجته حسبما تلمسته في إطار سلطتها من الوقائع المادية المثبتة بالحكم الزجري وهي كافية لاستخلاص مسؤوليته في الفراق دون توقف على صدور حكم نهائي بالإدانة، فإنها تكون قد استعملت سلطتها في تقدير الدليل من جهة وطبقت المادة المشار إليها أعلاه من جهة أخرى"[76].

المطلب الثالث: العلاقة التي تربط المتعة بالتعويض:

من قول بعض العلماء المعاصرين مثل أحمد شاكر[77]، والدكتور عبد الرحمن الصابوني[78] والدكتور محمد يتضح الذي الضرر عن متعة الطلاق هي تعويض أن على يتفقون الزحيلي[79] والدكتور محمد بن أحمد الصالح[80] أنهم أو معنويا. وبالنظر في أقوال هؤلاء العلماء فإنهم قد بنوا أو ماديا الضرر كان سواء جراء طلاقها، المطلقة يصيب اعتبروا متعة الطلاق تعويضا عن الضرر لوجود أوجه شبه بينهما:

1. حيث أن كلاهما شرع لجبر الضرر وتعويض النقص والألم الحاصل بالفرقة[81].
2. أن كلا منها يجب بعد الطلاق البائن الذي يزيل الزوجية، فالمطلقة رجعيا لا تستحق المتعة ولا التعويض إلا بعد انقضاء العدة.[82]
3. أن كلا منهما بإمكان الزوجين أن يتفقا عليه، فإن اختلفا قدرها القاضي.[83]
4. اختلف فقهاء الشريعة وكذا القوانين في بيان الحد الأعلى والحد الأدنى لكليهما.[84]
5. أن كلا منهما وجب جبرا لخاطر المرأة وتخفيفا عن آلامها، وتعويضا عما أصابها من ضرر بإيقاع الطلاق عليها.[85]
6. أن كلا منهما لا يؤثر على الحقوق الأخرى من نفقة ومهر.[86]

إلا أنه وبإمعان النظر كذلك فهناك أوجه اختلاف بينهما، حيث أنهما يختلفان في:

1. أن المقاصد الشرعية من المتعة أعم وأشمل من مقاصد التعويض.[87]
2. المتعة ثابتة بالكتاب والسنة والآثار عن الصحابة والتابعين، بينما التعويض أمر اجتهادي مختلف فيه[88].

3. إن وجوب المتعة جاء بنص خاص ظاهر الدلالة على وجوبها، أما التعويض فهوجزاء في نظرية التعسف، دل على مشروعيتها جزئيات متعددة، ولهذا فإن المتعة آكد في الوجوب من التعويض في الفقه الإسلامي[89].
4. إن أخذنا برأي القائلين أن المتعة لكل المطلقات؛ فالمتعة أوسع وأشمل من التعويض الذي لا يجب إلا إذا كان الطلاق تعسفيا[90].
5. أن مقصد العقوبة والتأديب المتوخى في التعويض عن الطلاق التعسفي، غير مشار إليه في حكم المتعة الفقهية، إذ إن الفقهاء يعتبرون المتعة تكريما وليست عقوبة، وهي من الإحسان والتقوى اللذين أمر الله بهما العباد جميعا[91].
6. تجب المتعة للمطلقة في الفقه الإسلامي عند تحقق سبب الوجوب – على الخلاف بين الفقهاء في السبب الموجب للمتعة، ولا يسمح للمطلق أن يثير الأسباب التي دفعته للطلاق، أما في التعويض عن الطلاق فقد سمح القانون للمطلق حتى يدفع عن نفسه التعويض أن يثير الأسباب التي دعته للطلاق، فإن كانت أسبابا معقولة كلف لإثباتها في حالة الإنكار، فإن أثبتها فلا يحكم للمطلقة بالتعويض[92].
7. عند تقدير المتعة فإنه يراعى يسر المطلق غيره من العناصر، بينما في التعويض فإنه لا يراعى في التقدير سوى جسامة الضرر دون النظر إلى حال الجاني من يسر وعسر، وبهذا قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتأريخ 2003/06/26، حيث جاء فيه:" إن القضاء بالتعويض عن الطلاق سببه وجود ضرر منه، وتقديره يكون بحسب جسامة الضرر وضآلته، ولا يتوقف القضاء به وتقديره على حالة المتسبب فيه يسرا وعسرا"[93].

ولأجل ذلك اختلف الفقهاء في الجمع بين المتعة والتعويض عن الطلاق التعسفي على قولين:

القول الأول: ذهب جمع من الفقهاء المعاصرين إلى أن المتعة تغني عن التعويض المفروض لها في القانون، بل إنها الصورة الحقيقية للتعويض عن الضرر، الواقع بالطلاق، وهي تحقق المقصود من التعويض بصورة أشد وأقوى، وتحفظ للمرأة كرامتها التي قد تمس قبل الحكم بالتعويض[94].

القول الثاني: ذهب بعض الباحثين في الفقه الإسلامي إلى أن المتعة لا تغني عن التعويض عن الطلاق التعسفي[95]، ومستندهم: أن التعويض يتعلق بالمسؤولية المدنية، بينما المتعة حق آخر له معاييره الخاصة التي تستند إلى اجتهادات فقهية في إطار الكتاب والسنة.

أما موقف القوانين العربية من الجمع بين المتعة والتعويض فيمكن القول بأن لها ثلاث اتجاهات:

الأول: القوانين العربية التي نصت على التعويض عن الضرر الحاصل من الطلاق التعسفي دون المتعة، ومن هذه التعسفي، في الطلاق عن التعويض الثالث بعنوان القوانين : قانون الأحوال الشخصية الأردني حيث جاء الفصل) والجزائري (م 52معدل) والعراقي (م 39 فقرة 3) والفلسطيني المطبق في 31(م 155) والتونسي (الفصل الضفة الغربية في (م 134).

الثاني: القوانين العربية التي نصت على المتعة فقط دون التعويض: الإماراتي (م 52 فقرة 3 وم140) والبحريني (م 92) والسوداني (م 29 فقرة 3) والعماني في (م 4 فقرة ب وم 91) والقطري (م115) والكويتي (م 64 و م165فقرة أ) والمصري (م 18 مكرر) الموريتاني (م 84) واليمني(م37).

الثالث: القوانين العربية التي جمعت بين التعويض والمتعة: مدونة الأسرة المغربية في التعويض عن الطلاق التعسفي (م97) حيث يفهم منها مشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي والمتعة (م84)، وقانون الأحوال الشخصية السوري في التعويض عن الطلاق التعسفي (م 117) وفي المتعة لغير المدخول بها (م 61 فقرة 2)، و(ق. ح. ش.) الليبي عن المتعة في المادتين (م19 فقرة و) و (م51) وعن التعويض عن الطلاق (م39 فقرة أ).

ومن الملاحظ على القضاء المغربي تأثره بقرار المجلس الأعلى للقضاء رقم 433 في كون المتعة كافية عن التعويض وتشمله ولذا فإنه عند التطرق للضرر لا يحكم بالتعويض عنه استقلالا96، بل يدخل في تقدير المتعة، قد قضت عن التعويض الزوجة رفض طلب إلى المحكمة حيث ذهبت م ٢٠٠٦ يناير ٢ بتاريخ بتطوان الابتدائية المحكمة عند ذلك كل راعت قد المحكمة مادامت لها مسوغ لا أنه رأت المحكمة والتي تدعيها، التي والمعنوية المادية الأضرار عن التعويض عن تخصيص المتعة– طريق عن –الضرر عن التعويض بمراعاة المحكمة استغنت المتعة، فقد تحديد خاص[97]. بتقدير الضرر

وكذلك ما جاء في حكم محكمة الاستئناف بفاس ما نصه: "وحيث إنه وبخصوص السبب المؤسس على وجوب رفع المستحقات عن الطلاق ولاسيما المتعة ...فإنه بعد الوقوف على أوراق الملف وعلى تصريحات الأطراف خلال جلسة الصلح، تبين أن هناك شيء من تعسف الزوج على الزوجة الذي دفعها إلى طلب التطليق للشقاق... مما يكون معه المتعة المقدرة في 1000 درهم هي غير كافية لجبر الضرر الذي أصابها من الطلاق ووجب رفع المتعة إلى 1500 درهم ..."[98]، فرفع من مقدار المتعة والسبب أنها غير كافية لجبر الضرر الذي أصاب الزوجة من الطلاق، وقد أحسنت المحكمة الابتدائية بالحسيمة في إيراد المانع القانوني من الجمع بين المتعة والتعويض حيث نصت: "وحيث إن المتعة هي جبر لخاطر المرأة وتعويض لها عما لحقها من ضرر بسبب الطلاق، وحيث إن حصول الزوجة على متعتها بموجب الإذن الذي أصدرته المحكمة بوضع المستحقات المترتبة عن الطلاق بتاريخ2005/08/18، يعد مانعا يحول دون حصولها على تعويض إضافي ذلك أن المتعة هي في جوهرها جبر يكون غير مؤسس قانونا، للضرر الناجم عن الطلاق وأن طلب الزوجة لتعويض إضافي بعد حصولها على متعتها لتعارض مع القاعدة العامة التي مفادها أن الضرر لا يجبر مرتين، وحيث يكون طلب المدعية تبعا لذلك، غير مؤسس قانونا ويتعين رفضه"[99].

إلا أنه وجد من المحاكم من خالف هذا الرأي بعد صدوره وقرر الجمع بين التعويض والمتعة[100]، وهذا الرأي الأخير من إمكانية الجمع بين التعويض والمتعة هو الذي قررته المحكمة العليا بليبيا في حكمها الصادر بتأريخ 2005/02/03 م، حيث جاء فيه: "لما كان يتضح من الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه أنه قضى للمطعون ضدها بالتعويض عن الضرر الذي لحقها بسبب ترك الطاعن لها بمنزل ذويها لمدة سنة دون أن يبحث صحة هذه الواقعة ودون أن يبين ماهية الضرر وعناصره، ثم قضى للمطعون ضدها بمتعة الطلاق ودمج كلا من

مبلغ التعويض ومبلغ متعة الطلاق في مبلغ واحد دون أن يفصل مقدار كل واحد منهما، فإن البطلان الذي اعترى القضاء بالتعويض ينصرف إلى التقدير بكامله..." [101].

الخاتمة:

حاولت القوانين المعاصرة مسايرة تطور المجتمع في نظره للقضايا المستحدثة، إلا أنها مع تمسكها بالأصل الفقهي والتأريخي التي نشأت عليه جعلت لقضية التعويض للمتضرر عن الطلاق التعسفي –وهي عادة ما تكون المرأة –استحقاقا منصوصا عليه في تشريعاتها بمسمى "متعة المطلقة"، والمتعة جاء بها نص كتاب الله العزيز، وبغض النظر عن الخلاف فيمن يستحقها ومدى إلزاميتها، فمحل البحث هل يمكن الجمع بينها وبين التعويض، أي أننا بين موضوعين مصدرهما مختلف: المتعة (مصدرها الشرع الإسلامي) وبين التعويض (مصدره القواعد المدنية)، وأساسهما وسببهما مختلف: المتعة (الطلاق) والتعويض (التعسف في الطلاق)، ووقت وجوبهما مختلف: المتعة (بينونة المطلقة من زوجها) والتعويض (حدوث الضرر بسبب التطليق).

إلا أنه في الواقع التطبيقي: فإن كلاهما لا يحكم به بالنسبة للمرأة إلا بعد طلاق بانت بسببه المرأة، وأن كلا منهما متوجه لجبر ما يصيب المرأة من هذا الطلاق.

فمن جعل نصب عينيه أساس وسبب كل منهما قال بإمكانية الجمع، ومن نظر للواقع العملي والعلة منهما رأى أنهما يتجهان لموضوع واحد ويعالجان إشكالا واحدا ألا وهو جبر آلام الفراق.

وينتهي البحث بأن المتعة حق خالص لكل مطلقة طلقها زوجها بإرادته المنفردة أو بسبب منه ولو طلبت هي الطلاق، سواء وقع برضاهما كالخلع، أو بحكم القضاء وسواء كان هناك تعسف أم لا، المتعة تستحقها المرأة المطلقة التي طلقت بغير سبب منها، فإن كانت هي المتسببة فلا تستحق ولو طلقها الزوج بإرادته المنفردة.

وبما أنها حق لها فعلى الرجل أن يؤديه لها بكل أريحية طلبا لرضى الله، فإن رضيت المرأة فذاك، وإن لم ترض بها، وطلبتها عن طريق القضاء، قدرها القاضي بناء على ما ورد في الفقه والقانون، وبذلك فإن الحكمة المتوخاة من التعويض دخلت في حكم المتعة فلا حاجة للحكم به منفصلا لأن مؤداهما واحد وإن اختلف سببهما ومصدرهما، فالأسباب ومصادر الحق لا تراد لذاتها وإنما لإيصال الحقوق، وقد وصل حقها في جبر الآلام بغض النظر عن مصدر وسبب هذا الجبر، ومن المقرر أنه لا يجوز الجمع بين تعويضين في ذات الوقت[102].

وهذا هو ما حكمت به المحكمة الابتدائية بتطوان بتاريخ ٢ يناير ٢٠٠٦ م حيث ذهبت المحكمة إلى رفض طلب الزوجة التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي تدعيها، والتي رأت المحكمة أنه لا مسوغ لها مادامت المحكمة قد راعت كل ذلك عند تحديد المتعة، فقد استغنت المحكمة بمراعاة التعويض عن الضرر –عن طريق المتعة– عن تخصيص التعويض عن الضرر بتقدير خاص[103].

وإذا ما اشتركا في سبب الطلاق فلا متعة، وهوما قررته المحكمة العليا الجزائرية في قرارها الصادر بتأريخ 1986/01/27،حيث تقول: "من المقرر شرعا وقضاء أن المتعة تمنح للزوجة مقابل الضرر الناتج لها من طلاق غير مبرر، ويسقط بتحميلها جزء من المسؤولية فيه، ولما كان الثابت في قضية الحال أن القرار المطعون فيه قضى بإسناد الظلم إلى الزوجين معا، فلا سبيل إلى تعويض أحدهما ومنح المتعة للزوجة، ومتى كان كذلك استوجب

نقض القرار جزئيا فيما يخص المتعة[104]"، وكان لهذا المبدأ تطبيقات لدى بعض المحاكم، فإذا ما تبين للقاضي أن جانبا من الأسباب الدافعة إلى الطلاق يتحملها الزوج، وجانب آخر تتحمله الزوجة، وهذا ما أخذت به محكمة البيض الابتدائية بالجزائر في حكمها الصادر في 2001/05/05، إذ قضت بفك الرابطة الزوجية بظلم منهما، وبالنتيجة استبعاد طلبات الزوجة المتعلقة بالمتعة، ففي هذه الحالة انعدم التعسف، ويتبع ذلك رفض طلب التعويض"[105].

الهوامش:

[1] أبو محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري (المتوفى 276هـ)، غريب الحديث، مطبعة العاني، بغداد، ط1، 1397هـ،ج.1، ص.212-213.

[2] أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي (المتوفى 786هـ)، العناية شرح الهداية، دار الفكر، دون ط، ج.3، ص.463-464؛ وعرفه الحدادي اليمني بقوله: "وَهُوَ فِي الشَّرْعِ عِبَارَةٌ فِي الْمَعْنَى الْمَوْضُوعِ لِحِلِّ عُقْدَةِ النِّكَاحِ وَيُقَالُ عِبَارَةٌ عَنْ إسْقَاطِ الْحَقِّ عَنْ الْبُضْعِ" ؛ أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزَّبِيدِيّ اليمني الحنفي (المتوفى 800هـ)، الجوهرة النيرة، المطبعة الخيرية، القاهرة، ط.1، 1322هـ، ج.2، ص.30. ينظر لمزيد من تعريفات الأحناف: أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفى بدر الدين العينى (المتوفى 855هـ)، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط.1، 1420 هـ - 2000 م، ج.5، ص.280؛ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام (المتوفى 861هـ)، فتح القدير، دار الفكر، دون ط، ج.3، ص.463.

[3] محمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، الرصاع التونسي المالكي (المتوفى 894هـ)، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، (شرح حدود ابن عرفة للرصاع)، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، ط.1، 1350هـ،، ص.184.

[4] الخليل بن أحمد الفراهيدي، العين، دار وكتبة الهلال، لبنان، ج. 2، ص. 84

[5] أبو البقاء أيوب بن موسى الكفوي، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط. 2، 1998، ص. 804.

[6] أبو البركات أحمد بن محمد الدردير، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، دون ط، ج. 2، ص. 616.

[7] نايف بن جمعان الجريدان، بحث حول المتعة في موقع الملتقى الفقهي على الإنترنت، رابط الموضوع:
http//fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=5986

[8] علي بن الحسن الهُنائي الأزدي، أبو الحسن الملقب بـ"كراع النمل" (المتوفى بعد 309هـ)، المُنَجَّد في اللغة (أقدم معجم شامل للمشترك اللفظي)، عالم الكتب، القاهرة، ط.2، 1988 م،، ص.266.

[9] إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، دار العلم للملايين، بيروت، ط 4، ج.4،، ص.1403.

[10] محمد أبو زهرة، التعسف في استعمال الحق، م 61 طبعة المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب القاهرة سنة. 1963 مطبوع ضمن بحوث مقدمة في أسبوع ابن تيمية بدمشق.

[11] مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، ط 7، 1385هـ، ج.1، ص.272.

[12] عبد الواحد كرم، معجم مصطلحات الشريعة والقانون. مكتبة النهضة وعالم الكتب بيروت لبنان سنة 1407 هـ،، ص.142.

[13] فتحي الدريني، النظريات الفقهية، مطبعة جامعة دمشق، ط.4، 1417هـ، ، ص.131.

[14] فتحي الدريني، النظريات الفقهية، مرجع سابق،، ص.129.

[15] العز بن عبد السلام السلمي الدمشقي، الملقب بسلطان العلماء (المتوفى 660هـ)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1414هـ، ج.2،، ص.143.

[16] إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (المتوفى 790هـ)، الموافقات، دار ابن عفان، القاهرة، ط.1،، 1417هـ/ 1997م، ج.3،، ص.23-24.

[17] ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلي، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الإسلامية والقانون الأردني، رسالة ماجستير بجامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، نوقشت 2011 ، ص.38.

[18] عبد الرحمن الصابوني، أحكام الطلاق في الفقه الإسلامي وما عليه العمل في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار القلم، دبي،، ص.69.

[19] مجيد علي العبيدي، الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية، العدد الثالث، المجلد الأول، سنة 2009،، ص.37.

[20] شذى مظفر حسين، التعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة رسالة الحقوق العلمية، جامعة القادسية بالعراق سنة 2009م، مجلد 1، عدد 1،، ص.7.

[21] جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الفقه والقانون، دار الحامد، عمّان الأردن، ط.1، سنة 2009م،، ص.123. وكذلك: حياة خطاب، الطلاق التعسفي وآثاره في التشريع الجزائري، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة – الجزائر، السنة الجامعية 2015/2014، ص.24.

[22] أيمن مصطفى الدباغ، التعسف في الطلاق، مجلة جامعة الأقصى (سلسلة العلوم الإنسانية)، مجلد 18، عدد 1، يناير 2014،، ص.68.

[23] أيمن مصطفى الدباغ، مرجع سابق،، ص.68 -69. ببعض تصرف.

[24] أنور الشلتوني ، المتعة والتعويض في الطلاق (دراسة مقارنة بين الفقه والقانون – قانون الأحوال الشخصية الأردني نموذجا –)، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد العاشر العدد 1، سنة 1435هـ / 2014م،، ص.261.

[25] ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلي، مرجع سابق،، ص.32.

[26] فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، بتصرف واختصار، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط. 4، 1408/ 1988،، ص.242-262.

[27] فتحي الدريني، النظريات الفقهية، مرجع سابق،، ص.132.

[28] فتحي الدريني، النظريات الفقهية، مرجع سابق،، ص.137.

[29] من هؤلاء عبير القدومي (في مؤلفها التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، دار الفكر، بيروت، ط1، 2007 ، ص.207) وجميل فخري محمد جانم (في مؤلفه التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، مرجع سابق،، ص.196) وساجدة عفيف عتيلي (في رسالتها، الطلاق التعسفي، مرجع سابق،، ص.43) وزياد صبحي (في كتابه متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، دار الينابيع، ط1، 1992، ص.109).

[30] عبير القدومي، مرجع سابق،، ص.207

[31] عبير القدومي، مرجع سابق،، ص.207.

[32] زياد صبحي ذياب، مرجع سابق،، ص.109.

[33] محمد الزحيلي، التعويض المالي عن الطلاق، دار المكتبي، دمشق، ط.1، 1998،، ص.41.

[34] محمد الزحيلي، مرجع سابق،، ص.41 -42.

[35] محمد خيري المفتي، علم الفرائض والمواريث، أشرف على طبعه وتنقيحه ابنه منذر محمد خيري، دمشق 1983،، ص.12.

[36] إعداد جماعي بإشراف الدكتور أحمد بن عبد السلام الريسوني، التجديد الأصولي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، هرندن – فرجينيا – الولايات المتحدة الأمريكية، ط.1، 1435هـ/ 2014م،، ص.416.

[37] أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (المتوفى 370هـ)، أحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون ط، 1405 هـ، ج.2،، ص.83.

[38] رواه البخاري، برقم 5273.

[39] الذهبي، سير أعلام النبلاء، دار الحديث، القاهرة، 2006، ج.3،، ص.190.

[40] الملا علي، علي بن (سلطان) محمد، أبو الحسن نور الدين الملا الهروي القاري (المتوفى 1014هـ)، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، دار الفكر، بيروت – لبنان، ط.1، 1422هـ - 2002م، ج.5،، ص.2133.

[41] عليش، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، دار المعرفة، دون طبعة، ج2،، ص.3.

[42] أبو بكر عثمان بن محمد شطا الدمياطي الشافعي (المتوفى 1310هـ)، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين (هو حاشية على فتح المعين بشرح قرة العين بمهمات الدين)، دار الفكر، للطباعة والنشر والتوزيع، ط.1، 1418 هـ - 1997 م، ج.4 ،، ص.6.

[43] الإمام مالك بن أنس المدني، المدونة، دار الكتب العلمية، ط. 1، 1994، ج. 2، ص. 238.

[44] جمال الدين محمد بن عبد الله الريمي، المعاني البديعة في معرفة اختلاف أهل الشريعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط. 1، 1999، ج.2، ص.233.

[45] ابن حزم، المحلى، دار الآفاق الجديدة، بيروت، بدون ط، ج. 10، ص. 3.

[46] ابن عرفة، المختصر الفقهي، مؤسسة خلف أحمد الحبتور للأعمال الخيرية، الإمارات العربية المتحدة، ط1، 2014، ج. 4، ص. 48.

[47] الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، تونس، دون ط، ج. 2، ص. 461.

[48] رد الكمال بن الهمام هذه النسبة وبين إشكالاتها والخطأ فيها ليؤكد أن قول الحنفية بندب المتعة لكل المطلقات عدا التي طلقت قبل الدخول وقبل التسمية فإنها تجب لها المتعة. انظر: الكمال بن الهمام، فتح القدير، دار الفكر، بيروت، دون ط، ج. 3، ص. 335.

[49] السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، دون ط، 1993، ج. 6، ص. 61.

[50] الغزالي، أبوحامد، الوسيط في المذهب، دار السلام، القاهرة، ط. 1، 1987، ج. 5، ص. 267.

[51] ابن قدامة، المغني، دار عالم الكتاب، السعودية، ط 4، 1999، ج. 7، ص. 241.

[52] محمد بن يوسف اطفيش، شرح كتاب النيل، مكتبة الإرشاد، جدة، ط 3، 1985، ج. 7، ص. 384.

[53] أبو الوليد محمد بن أحمد، ابن رشد الجد، المقدمات الممهدات، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط. 1، 1988، ج. 1، ص. 549.

[54] محمد بن علي الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، دار ابن حزم، السعودية، ط. 1، 2004، ص. 370.

[55] أبوالمظفر منصور السمعاني، تفسير القرآن، دار الوطن، الرياض، ط. 1، 1997، ج. 1، ص. 245.

[56] محمد بن أبي بكر ابن القيم، بدائع الفوائد، دار الكتاب العربي، بيروت، ج. 4، ص. 3.

[57] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار إحياء التراث العربي، ط1، 1996، ج. 3، ص. 200.

[58] محمد بن محمد بن عرفة، تفسير ابن عرفة، دار الكتب العلمية، بيروت، ط. 1، 2008، ج. 1، ص. 240.

[59] السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج. 6، ص. 61.

[60] أحمد بن علي الجصاص، أحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط. 1، 1994، ج. 1، ص. 520.

[61] الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج. 1، ص. 520.

[62] المرجع السابق، ج. 1، ص. 520.

[63] ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج. 10، ص. 4.

[64] المرجع السابق، ج. 10، ص. 6.

[65] الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج. 1، ص. 520.

[66] المرجع السابق، ج. 1، ص520 – 521.

[67] ابن جزي، التسهيل لعلوم التنزيل، مرجع سابق، ج. 2 ص. 351.

[68] إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي (المتوفى: 790هـ)، الاعْتِصَام، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط.1،1429 هـ - 2008 م، ج.2 ص.281-282.

[69] جميل الشرقاوي، الأحوال الشخصية لغير المسلمين، مرجع سابق، ص. 447.

[70] عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، مرجع سابق، ص. 101، نقله عن حكم محكمة استئناف مصر بتأريخ 1927/12/18 نقلا من مجلة المحاماة الشرعية السنة 8، ص. 496.

[71] محمد جميل مبارك، حكم مطالبة المرأة المسلمة بما يفرضه لها القانون الوضعي في مال زوجها عند طلاقها، بحث مقدم في الدورة 22 لمجمع الفقه الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة، ص. 12.

[72] حكم المحكمة العليا الجزائرية، قرار مؤرخ في 1985/04/08 ملف رقم 35912 م.ق عدد01,1989، نقلا من عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، رسالة في دكتوراة الدولة في القانون، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون للسنة الجامعية 2007/2006، ص. 75.

[73] قرار محكمة النقض المغربية عدد. 49، الصادر بتاريخ 17 فبراير 2012 في الملف الشرعي عدد. 2010/1/2/502، مرجع سابق.

[74] قرار المجلس الأعلى عدد. 222، المؤرخ في 2007/04/18، منشور في: إدريس الفاخوري، تعويض المضرور في العلاقات الأسرية بين نصوص قانون الالتزامات ومدونة الأسرة، مرجع سابق.

[75] قرار محكمة النقض المغربية عدد. 315، الصادر بتاريخ 24 أبريل 2012 في الملف الشرعي عدد. 2010/1/2/472. منشور بموقع" القانونية" أول جريدة الكترونية احترافية بالمغرب، على الرابط: http//www.alkanounia.com وتم التأكد من بياناته عبر موقع محكمة النقض على الرابط: http://www.greffe.courdecassation.ma/resultat_Etat_Dos.asp

[76] قرار محكمة النقض المغربية عدد. 2 الصادر بتاريخ: 06يناير2015 في الملف الشرعي عدد. 2013/1/2/469، منشور بموقع "القانونية" أول جريدة الكترونية احترافية بالمغرب، على الرابط: http//www.alkanounia.com وتم التأكد من بياناته عبر موقع محكمة النقض على الرابط: http://www.greffe.courdecassation.ma/resultat_Etat_Dos.asp

[77] يقول الشيخ أحمد شاكر: هذه المتعة فيها تعويض لما فات على المطلقة من الطمأنينة على نظام حياتها في كنف الزوج؛ ولذلك كانت: "على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف" كالشأن في الإنفاق؛ ينظر: أحمد بن محمد شاكر ت ١٣٧٧ هـ، نظام الطلاق في الإسلام، مكتبة السنة، القاهرة، ط. 2، 1992 م، ص.86.

[78] يقول: "ونرى أن يكون هذا التعويض، المتعة التي شرعها الله"؛ ينظر: الصابوني، عبد الرحمن، مدى حرية الزوجين في الطلاق، مرجع سابق، ج.1، ص.110.

[79] يقول الدكتور محمد الزحيلي: "متعة الطلاق هي الصورة الشرعية، والعلاج الفقهي لتعويض المرأة عن الطلاق، والتخفيف عما أصابها من أضرا ر مادي ة ومعنوي ة، وأن هذه المتعة شاملة لكل مطلقة، وخاصة إذا أخذنا بأوسع المذاهب في هذا الموضوع، وأنها واجبة قضاء يلزمه القاضي بها"؛ ينظر: الزحيلي، محمد، التعويض المالي للطلاق، مرجع سابق، ص.87.

[80] يقول الدكتور محمد بن أحمد الصالح" : إن القول بوجوب متعة الطلاق، ردا على الجمعيات النسائية التي ملأت الدنيا صراخا وعويلا، مطالبة ولاة الأمور بسن تشريع يوجب على الزوج تعويض المرأة عن الضرر الذي يصيبها بسبب الطلاق"؛ ينظر: عتيلي، ساجدة عفيف، العلاقة بين التعويض ومتعة الطلاق، مرجع سابق، ص.412.

[81] أنور الشلتوني، المتعة والتعويض عن الطلاق، مرجع سابق، ص.273.

[82] جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص.234.

[83] المرجع السابق.

[84] المرجع السابق.

[85] المرجع السابق.

[86] المرجع السابق.

[87] أنور الشلتوني، المتعة والتعويض عن الطلاق، مرجع سابق، ص.273.

[88] جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص.234.

[89] زياد صبحي علي ذياب، متعة الطلاق، مرجع سابق، ص.113.

[90] جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص.235.

[91] أنور الشلتوني، المتعة والتعويض عن الطلاق، مرجع سابق، ص.273.

[92] زياد صبحي علي ذياب، متعة الطلاق، مرجع سابق، ص.113.

[93] قرار المحكمة العليا بدولة ليبيا، شرعي، الصادر في الطعن رقم 50/15 ق، بتأريخ 2003/06/26 م، (غ.م.) انظر الملحق.، حصلت عليه بمراسلة المحكمة العليا الليبية عبر البريد الالكتروني بالموقع الرسمي للمحكمة: https://supremecourt.gov.ly.

[94] زياد صبحي علي ذياب، متعة الطلاق، مرجع سابق، ص.49. ومن هؤلاء الفقهاء محمد الصابوني، في مؤلفه مدى حرية الزوجين في الطلاق، مرجع سابق، ج.1، ص.110) وأحمد الخمليشي، في مؤلفه التعليق على قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج.1، ص.389، ومحمد الزحيلي، في مؤلفه التعويض المالي للطلاق، مرجع سابق، ص.87-88) والسرطاوي، في مؤلفه شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، مرجع سابق، ص.180. وعمر سليمان الأشقر، في مؤلفه الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص.314.

[95] وممن ذهب إليه، مصطفى السباعي وتوفيق أبوهاشم وعبد الفتاح عايش. انظر: جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي، مرجع سابق، ص.239. وممن ذهب إليه أيضا عبير القدومي في مؤلفها التعسف في استعمال الحق، مرجع سابق، ص.172.

[96] ومن هذه الأحكام المصرحة بذلك: حكم المحكمة الابتدائية بآسفي رقم: 1191 الصادر بتاريخ: 2006/06/26 في الملف عدد: 05/1268، منشور بموقع وزارة العدل المغربية على الانترنت، وحكم المحكمة الابتدائية بالعرائش قسم قضاء الأسرة بتاريخ:2007/11/22 في الملف رقم:164-24/07، منشور بموقع وزارة العدل المغربية بالانترنت.

[97] محمد جميل مبارك، حكم مطالبة المرأة المسلمة بما يفرضه لها القانون الوضعي في مال زوجها عند طلاقها، بحث مقدم في دورة المجمع الفقهي الإسلامي 2 والعشرين والمنعقدة بمكة المكرمة، ص.12.

[98] حكم محكمة الاستئناف بفاس غرفة قضاء الأسرة، قرار عدد 08/850 ملف رقم 7/08/46، الصادر بتأريخ 20 رجب 1429 الموافق له 2008/07/24م، (غ.م.) انظر الملحق..

[99] حكم المحكمة الابتدائية بالحسيمة، حكم رقم 29 الصادر بتاريخ 2006/4/24، في الملف عدد.171/05، منشور بموقع وزارة العدل المغربية بالإنترنت.

[100] من هذه المحاكم: المحكمة الابتدائية بسطات، قسم قضاء الأسرة في حكمها رقم01 الصادر بتاريخ 2011/01/06 في الملف عدد 40/10/529، منشور بموقع وزارة العدل المغربية على الانترنت.

[101] قرار المحكمة العليا بدولة ليبيا، شرعي، الصادر في الطعن رقم 51/6 ق، بتأريخ 2005/02/03 م، المجلة القضائية سنة 40 عدد2 ص.21، حصلت عليه بمراسلة المحكمة العليا الليبية عبر البريد الالكتروني بالموقع الرسمي للمحكمة:
https://supremecourt.gov.ly

[102] سميرة حسين محيسن، جزاء المسؤولية المدنية الناشئة عن الخطأ الطبي في التشريع العراقي والمصري والفرنسي، بحث مقدم في كلية الحقوق بجامعة حلوان بجمهورية مصر العربية، منشور بموقع جامعة القادسية بتأريخ 2016/11/23 على الرابط
. http//qu.edu.iq/repository/?p=3865

[103] محمد جميل مبارك، حكم مطالبة المرأة المسلمة بما يفرضه لها القانون الوضعي في مال زوجها عند طلاقها، بحث مقدم في دورة المجمع الفقهي الإسلامي 2 والعشرين والمنعقدة بمكة المكرمة، ص.12.

[104] المحكمة العليا الجزائرية، غرفة الأحوال الشخصية 1986/01/27، ملف رقم59751 ، المجلة القضائية،1995 ، عدد1 ، ص.1.

[105] محكمة البيض قسم الأحوال الشخصية بتأريخ 2001/05/05 في الملف 01/99، نقلا من يومبعي عبد اللطيف، التعويض عن الطلاق التعسفي، مذكرة لنيل درجة الماجستير من كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي بالجمهورية الجزائرية، ص.101.