نفقتا المتعة والتعويض
بين الفقه والقانون والقضاء

إعداد: الأستاذ حمليل صالح
أستاذ مساعد مكلف بالدروس
جامعة أدرار

المقدمة:

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

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

ضف إلى ذلك أن أغلب التشريعات العربية لم تجمع بين كلا الموضوعين مما يترك مجال البحث فيها مفتوحاً على مصراعيه.

واتباعي للطرق التحليلية، النقدية والمقارنة يساعد على دراسة البحث من جوانبه المتعددة للوصول إلى أفضل النتائج وأدقها.

واخترنا لذلك خطة ميسرة مشكلة من مبحثين: الأول يتعلق بالمتعة و الآخر بالتعويض دون الخوض في كثير من المسائل التي تستحق بحوثاً أخرى مستقلة.

المبحث الأول :المتعة

حيث سنتعرض لتعريف المتعة وتحديد مفهومها (في مطلب أول) ثم نتبين

أساسها وحكمها (في مطلب ثان)

المطلب الأول : تحديد مفهوم المتعة

الفرع الأول : تعريف المتعة لغة .

المُتعة والمِتعة مصدر فعل متع، وهي السقاء والدلو(1)، وهي الشيء الذي يتبلغ به ويستعان به على ترويح الحال في الدنيا(2)، كما أنها اسم لما ينتفع به(3) كقوله تعالى "وفاكهة وأبًا مَتَاعًا لكم ولأنعامكم" (4)، ومتعة المرأة ما وصلت به بعد الطلاق، وقد متعها.

الفرع الثاني :تعريف المتعة اصطلاحا

لقد تعددت التعريفات في تحديد مفهوم المتعة اصطلاحا إلا أنها كانت متقاربة في المعنى، إذ عموما هي "ما يعطيه الزوج لزوجته عند الطلاق جبراً لخاطرها، وتعويضًا لها عما يمكن أن يلحقها من الضرر، وسببه هو الإيحاش الذي يسببه الزوج لزوجته بمفارقته لها، وسميت متعة لأن المطلقة تتمتع بها، أي تنتفع بها قليلاً أو كثيراً(5) وذلك العطاء من مال أو عوض يكون عادة من الثياب التي تلبسها المرأة للخروج، وهو ما قال بها كثير من الفقهاء حينما قالوا بأن المتعة هي الثياب التي تكسى بها المرأة عند الخروج حسب العرف (6)، وإن كان الواقع العملي يقدر المتعة بمبلغ مالي عموماً.

الفرع الثالث: تعريف المتعة قانونا وقضاء.

وإذا أتينا إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري(7) فلا نلاحظ أثرا للمتعة أصلاً، وهذا في حقيقة الأمر يجعلنا نرجع إلى نص المادة 222 مباشرة لتقصي أحكام الشريعة الإسلامية في هذه النقطة، ذلك أن هناك إشكالية –هي في حقيقة الأمر إشكالية بحثنا هذا– التعويض المنصوص عليها في المادة 52 والتي زادها تعقيدا الأحكام القضائية المتناقضة .

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

أما بالرجوع إلى أحكام القضاء، فنرى أن المحكمة العليا عرّفت المتعة في مرات عديدة ومنها: " إذا كانت أحكام الشريعة الإسلامية تقرر للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفا عن ألم فراق زوجها لها ....."(8)

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

المطلب الثاني :أساس المتعة وحكمها.

الواضح أن أساس المتعة الشريعة الإسلامية، وذلك انطلاقا من آيات قرآنية، كقوله تعالى :" لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره، وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقا على المحسنين "(9)، وقوله تعالى " ياأيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فمالكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلاً "(10) وقوله تعالى "وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين " (11)

أما بخصوص حكم المتعة فكان محل خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية على الرغم من الآيات الصريحة الواردة فيها، فاختلفوا في وجوبها وعدم وجوبها أو جوازها، وانتقل هذا الخلاف كذلك إلى القوانين الوضعية والأحكام القضائية أين نلحظ ذلك التباين في الطرح.

الفرع الأول: حكم المتعة في الشريعة الإسلامية

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

البند الأول: القائلين بالوجوب

ونميز هنا بين :

1) رأي الأحناف: الذين يرون أنها واجبة في حالة واحدة فقط وهى عندما يطلق الزوج زوجته قبل الدخول وقبل أن يسمي لها صداقا، ذلك لأن هذه المطلقة لا تستحق أي صداق، ولذلك تجب لها المتعة لتقوم مقامه بخلاف غيرها(12).

2) رأي الظاهرية: الذين ذهبوا إلى أن المتعة تجب على الزوج نحو زوجته عند الطلاق في جميع الحالات، أي سواء طلقها قبل الدخول أو بعده، وسواء كان قد فرض لها صداقا أو لم يفرض لها، وذلك لأن القرآن يأمر بها ، والأمر يدل على الوجوب(13) .

3) رأي الشافعية: الذين قالوا أن المتعة واجبة لكل مطلقة إذا كان الفِرَاقُ من قبل الزوج، إلا التي سمي لها وَطُلِقتْ قبل الدخول، وهو رأي جمهور العلماء.

ولم يستثن الشافعية المطلقة من المتعة إلا في حالات :

– فرض الصداق لها وطلقها قبل الدخول. –

– أو إذا كانت الفُرقة بسببها أو بملكه لها.

– أو بفرقة اللعان.

– أو لعيب فيها(14).

وعليه فإن المرأة تستحق المتعة في الأحوال التالية :

أ) المرأة التي طلقها الزوج باختياره بعد الدخول، سواء كان الطلاق بائناً بينونة صغرى أو كبرى، أو كان رجعيا، إلا أن المطلقة طلاقا رجعيا لا تستحق المتعة إلا بعد أن تنتهي عدتها من غير أن يراجعها زوجها.

ب) المرأة التي طلقها زوجها باختياره قبل الدخول، وقبل أن يحدد لها الصداق.

ج) المرأة التي حكم القاضي بطلاقها لعيب في الزوج، أو لغيبته أو لإضراره بها، أو من أجل النفقة أو الإيلاء أو الظهار.

*** أما المرأة التي لا تستحق المتعة فهي:**

أ) المرأة التي طلقت قبل الدخول في صداق التسمية .

ب) المرأة التي خالعت زوجها .

ج) المرأة التي حكم القاضي بفسخ نكاحها بعد اللعان .

د) المرأة التي طلقها الزوج بسبب عيب فيها .

هـ) المرأة التي تختار الطلاق في التخيير أو التمليك(15).

الفرع الثاني: المتعة في القانون والقضاء.

البند الأول: حكم المتعة في القوانين الوضعية.

لقد سبق لنا أن أشرنا أن المتعة لم ترد في قانون الأسرة الجزائري، ولكن على الرغم من ذلك فإن المشرع الجزائري في قانون الأسرة، تعرض للتعويض عن الطلاق التعسفي في المادة 52 والذي أوقع القضاة في خلط كبير بينه وبين المتعة ، أما إذا رجعنا إلى القوانين المقارنة فنجد أن أغلبها تعرضت للمتعة وحكمها فنجد مثلا المشرع المغربي ينص في الفصل 60 من مدونة الأحوال الشخصية على إلزام كل مطلق بتمتيع مطلقته إذا كان الطلاق من جانبه بقدر يسره وحالها، إلا التي يسمى لها الصداق، وإذا طلقت قبل الدخول. وهو أخذ صريح بالمذهب الشافعي وجمهور العلماء(16).

وهو كذلك ما نص عليه المشرع المصري في المادة 18 مكرر من قانون الأحوال الشخصية بحيث أعطت الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها بدون رضاها ولا سبب من قبلها متعة تستحقها فوق نفقة عدتها تقدر بنفقة سنتين على الأقل، وبمراعاة حال المطلق يسراً وعسراً، وظروف الطلاق ومدة الزوجية، ويجوز أن يرخص للمطلق في سداد هذه المتعة على أقساط (17)

فالواضح إذاً أن المشرع المصري أخذ بالمتعة تأثراً بالمذهب الشافعي حيث أوجبها للمطلقة بعد الدخول إن لم تكن الفرقة منها أو بسببها، وهو قول لأحمد اختاره ابن تيمية كما أنه أخذ بها مذهب أهل الظاهر وهو قول لمالك أيضاً(18).

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

إلا أن ما يهمنا هنا هو أن هذه التشريعات تكلمت عن المتعة دون أن تضيف إليها ما يسمى بالتعويض، في حين جد بعض التشريعات الأخرى أوردتها تحت مسمى <u>التعويض</u> دون أن تتطرق للمتعة، كالتشريعين الأردني والكويتي، إذا جاء في المادة 134 من قانون الأحوال الشخصية الأردني (19) " أنه إذا طلق الزوج زوجته تعسفاً كأن طلقها لغير سبب معقول، وطلبت من القاضي التعويض، حكم لها على مطلقها بالتعويض الذي يراه مناسباً....ولا يؤثر ذلك على باقي الحقوق الزوجية الأخرى للمطلقة بما فيها نفقة العدة ". وعلى هذا سار المشرع الكويتي(20).

إذ الملاحظ هنا ومن خلال هذه الجولة المختصرة لبعض التشريعات أن هذه الأخيرة لم تكن تجمع بين المتعة والتعويض وإنما بعضها يسميها متعة وهو الأصح في

نظرنا، والبعض الأخر يسمها تعويضاً مع إقرانها بعنصر التعسف وهو اتجاه غامض لا يؤكد لنا أن الفرق في التسمية فقط، وإنما في الجوهر كذلك.

البند الثاني: المتعة في القضاء

أ) في القضاء الجزائري:

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

ولعل من استقرئنا لبعض أحكام المحكمة العليا يتضح لنا موقف المحاكم.

ففي قرار لها تقول المحكمة العليا: "إذا كانت الشريعة الإسلامية تقرر

للزوجة التي طلقها زوجها متعة تعطى لها تخفيفاً عن ألم فراق زوجها لها وهي في

حد ذاتها تعتبر تعويضاً، فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعتبر خرقا لأحكام الشريعة

الإسلامية لذلك يتوجب نقض لقرار الذي قضى للزوجة المطلقة بدفع مبلغ مالي لها

باسم متعة وبدفع مبلغ آخر كتعويض"(21)، في حين نراها تتراجع عن هذا الموقف

في قرار لاحق والذي نصه "من الأحكام الشرعية أن للزوجة المطلقة طلاقا تعسفياً نفقة

إهمال، نفقة متعة، وكذلك التعويض الذي قد يحكم به لها من جزاء الطلاق التعسفي

...."(22)

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

أما بخصوص القضاء المقارن، فنجد أن محكمة النقض المصرية سارت على هدى القانون بقولها في إحدى القرارات بأن " تقرير المتعة للمطلقة وفقا لنص المادة 18

مكرراً من القانون رقم25 لسنة 1929 ليس جزاء لإساءة الزوج استعمال حقه في التطليق بل إن الأساس في تقريرها على ما ورد في المذكرة الإيضاحية لهذا النص- أن المطلقة في حاجة إلى معونة أكثر من نفقة العدة، وفي المتعة ما يحقق هذه المعونة، ولأن الأصل في تشريعها جبر خاطر المطلقة ومواساتها"(23).

بل واكثر من هذا فإن القضاء المصري يرى أن التطليق ما هو إلاً طلاق بإرادة الزوج على أساس أن طلاق القاضي ما هو إلا نيابة شرعية منه للزوج، ومن ثم فإن لجوء الزوجة إلى القاضي لتطليقها من زوجها بسب مضارته لها وثبوت هذه المضارة فيه إكراه لها على طلب التطليق لتدفع الضرر عنها بمالا يتوفر به الرضا بالطلاق(24).

عموماً نرى أن القضاء المقارن ساير القانون فيما ذهب إليه.

المبحث الثاني: التعويض

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

المطلب الأول : أساس التعويض

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

الفرع الأول :التعسف في استعمال حق الطلاق

البند الأول: في الشريعة الإسلامية.

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

أ) مضمون نظرية عدم التعسف في استعمال الحق:

اختلفت الآراء في التأصيل لهذه النظرية، فيرى الأستاذ فتحي الدرينى أن أساسها مبدأ سد الذرائع باعتبارها أقرب من قاعدة المسؤولية التقصيرية(25)، في حين

نرى أن الإمام الشاطبي يرد أساس النظرية إلى التعدي بطريق التسبب، وقد فرض حالتين للتعدي:

(21) فرض استعمال الحق في قصد الإضرار بالغير، أي لمجرد هذا القصد يكون الحكم فيه هو المنع.

(22) يقصد فيها العامل نفع نفسه وإلى إضرار غيره معاً.

وعليه فإن عناصر التعدي لدى الشاطبي هي:

1-تمخض قصد الإضرار بالفعل، وهو يعتبر تعدي من الدرجة الأولى.

2-مضنة قصد الإضرار التي تستفاد من القرائن.

3-الإهمال للمعنى الاجتماعي الذي أمر به الإسلام(26).

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

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

البند الثاني: في الفقه والقانون الوضعي :

ففي الفقه القانوني القديم، ومنه الروماني على وجه الخصوص كان قائما في أساسه على نظرية الحق المطلق، أي على السلطة المطلقة، إلا أن هناك بعض الحالات يقيد هذا الحق منعا للإضرار بالغير، وبالرغم من ورود بعض تلك الحالات فلا تعدو أن تكون قائمة على مبدإ الإنصاف وقواعد العدالة أكثر من كونها تطبيق لنظرية التعسف(27).

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

عدم وجود مصلحة تعود على صاحبه(28) إلا أن هذه الأفكار ما فتئت الثورة الفرنسية أن طمستها.

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

وفي الفقه العربي، يرى الدكتور السنهوري أن أساس التعسف هو المسؤولية التقصيرية حتى ولو كان التعسف متصلا بالتعاقد(29).

وبالرجوع للقوانين الحديثة، ومنها القانون الجزائري الذي نص عليها في المادة 41 من القانون المدني(29) بقوله: << يعتبر استعمال حق تعسفيا في الأحوال التالية:

-إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

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

-إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة. >>

ولقد وردت تطبيقات عدة لهذ النظرية في القانون المدني وقوانين أخرى، من بينها قانون الأسرة الذي أوجب التعويض في حالة العدول عن الخطبة (م5 ف/2) والطلاق التعسفي (م 52 ف/1).

وعليه فإن أساس التعسف في الطلاق يمكن إسناده إلى تلك القواعد والأصول التي وضعتها الشريعة الإسلامية وتبناها القانون المدني الجزائري، فأي تصرف يكون الغرض منه إحدى الحالات المذكورة في المادة 41 نكون أمام تعسف في استعمال حق الطلاق.

<u>الفرع الثاني</u>:معيار التعسف في الطلاق.

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

<u>البند الأول: قصد الإضرار بالمطلقة</u> :

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

البند الثاني: ترجيح الضرر على المصلحة.

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

البند الثالث: عدم مشروعية المصالح لتي يرمي المطلق إلى تحقيقها.

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

المطلب الثاني : ثبوت التعويض.

بالرجوع لنص المادة 52 فـ1 قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه :" إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق، حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها .." نستنتج منها جملة من الشروط الواجب توافرها لاستحقاق إلى القاضي وفقا لما أقرته المحكمة العليا في الكثير من قراراتها أهمها:" حكم قضاة الموضوع بالتعويض المادي والمعنوي للزوجة من جراء طلاق زوجها لها بإرادته المنفردة هي من المسائل التي تخضع لسلطتهم التقديرية"(30)

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

الفرع الأول : ثبوت التعسف

ويثبت التعسف وفقاً للمعايير والأحوال السابق ذكرها، غير أن الأمور ليس بهذه السهولة إذ كثيرا ما يصعب إثبات التعسف في جانب الزوج على الرغم من وجود ضرر على المطلقة، والقضاء الجزائري لم يعالج المشكلة، على الرغم من وجود نزاعات عديدة في هذا المجال، أعني لم يعط معايير واضحة للتعسف كما تفعل سائر الاجتهادات القضائية المقارنة، إلا أن هناك بعض المواقف التي قضت فيها المحكمة العليا بوجود تعسف، كحالة عدم سعي الزوج إلى إرجاع زوجته إذ قضت المحكمة في هذا الشان " بقولها يخلو من الأساس الشرعي الحكم الذي يفصح بالطلاق باشتراك الطرفين في الظلم على أساس عدم إثبات المطاعن التي قدمها، والحال أن الزوجة كانت تأخذ على زوجها عدم سعيه إلى تنفيذ حكم صادر بناء على طلبه برجوع الزوجة...(31) "

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

الفرع الثاني: إلحاق الضرر بالزوجة

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

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

الفرع الثالث : أن يكون الطلاق برضا الزوجة أو بطلبها

وهذا الشرط، وإن كان يمكن استخلاصه أو استنتاجه من نص المادة 52 فـ1 إلا أن ذلك غير كاف للقول بوجوده، وهو شرط ذو أهمية لا تقل عن الشرطين السابقين،

حيث كان من المفروض على المشرع أن ينص عليه لتدعيم موقفها وتأكيد تعسف الزوج في الطلاق.

إلا أن هذا الشرط لا يكون ذا أهمية كحالة طلب الزوجة من زوجها أن يطلقها بسب إضراره بها فيستجيب الزوج للطلب، فلا يعقل أن نحرم الزوجة في هذه الحالة من التعويض على الرغم من كون الطلاق وقع بطلب من الزوجة. يقاس هذا على حالة التطليق (الطلاق القضائي) الذي يكون سببه الزوج أين قضت فيه محكمة النقض المصرية كما سبق الإشارة إليه بالنسبة للزوج وحكمت بنفقة المتعة للزوجة، في حين نجد أن المحكمة العليا قد سارت على حرمان المطلقة من التعويض في كل أحوال التطليق كالقرار الذي نصت فيه: " من المقرر قانونا أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفا زوجته ونتج عن ذلك ضرر لمطلقته، فإن كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها وحكم لها به فالحكم لها بالتعويض غير شرعي، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد فهماً خاطئاً للقانون...(32).

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

الخاتمة :

بعد انتهاءنا من عرض مفهومي المتعة والتعويض بشكل جد مختصر وبإيجاز، نستنتج مايلي:

1-أن المتعة واجبة أو مندوبة شرعاً لكل مطلقة وفقاً للشروط المتطلبة..

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

كما يمكن أن نخرج بقاعدة مفادها أن من تستحق تعويض تسحق متعة، في حين من استحقت متعة قد لا تستحق تعويضا. والأولى أن لا يستحق تعويضاً من لم تستحق متعة.

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

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

ثانياً: وجوب النص بوضوح على مستحِقات المتعة ممن لا يستحقها طالما أن ذلك منصوص (م52 ف/1) مقتضبة.

وبهذا نكون قد وصلنا إلى ختام بحثنا المتواضع الذي نرجو من وراءه رضاء الله .

"هوامش البحث"

(1) لويس معلوف: المنجد في اللغة والآداب والإعلام، ط 19، المطبعة الكاثوليكية ، بيروت،1970 ، ص754

(2) المهذب للشيرازي: ج2، ص63، نقلا عن د، أحمد فتحي بهنسي: نفقة المتعة بين الشريعة والقانون، ط1، الشروق، القاهرة، 1988

(3) ابن منظور: لسان العرب، ص229

(4) ابن منظور:المرجع السابق، ص 330

(5) د.حسن علي لسني: الوجيز في الأحوال الشخصية، ج1، 1998، ص544

(6) د. الهادي السعيد عرفه : أساس استعمال حق الطلاق،ط1، مطبعةالأمانة، القاهرة، 1989، ص344

(7) وهو القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984

(8) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية،08-04-1985، ملف رقم 35912، المجلة القضائية لـ1989، عدد1، صفحة89.

(9) سورة البقرة، الآية 236.

(10) سورة الأحزاب، الآية 49.

(11) سورة البقرة، الآية 241.

(12) أ.عبد الكريم شهبون : شرح مدونة الأحوال الشخصية المغربية ،ج1 ،ط2، دار النشر للمعرفة، الرباط،1987، ص252 .

(13) أ. عبد الكريم شهبون : المرجع السابق، ص252.

(14) د.وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ط1 ، دارالفكر، الجزائر،1991، ص318.

(15) أ.عبد الكريم شهبوان : مرجع سابق ،253.

(16)) أ.عبد الكريم شهبوان : مرجع سابق ص251 و253 .

(17) الملاحظ أن هذه المادة قررت بموجب قانون رقم 44 لسنة1979 الذي حكم بعدم دستوريته إلا أنه جاء القانون رقم 100 لسنة 1985 واحتفظ بنفس المادة18 مكرر، وبحق المرة المطلقة في المتعة كما ورد في القانون لسنة 1979. أنظر :

د.أحمد فتحي بهنسي: نفقة المتعة بين الشريعة والقانون ط1،دار الشروق، القاهرة 1988،ص71-73.

(18) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم100 لسنة1985، م18 مكرر.

(19) وهو القانون الصادر في 1976 (منشور في الجريدة الرسمية رقم 2668 سنة 1976)

(20) في المادة 16 من القانون رقم 51 لسنة 1984.

(21)م.ع.غ.أ.ش 08-04-1985، ملف رقم 359112، م،ق 1989، ع1، ص89

(22)م.ع.غ.أ.ش 07-04-1986،ملف رقم 41560، م.ق 1989،ع2 ،ص69.

(23)الطعن رقم 6 لسنة 633 قضائية "أحوال شخصية جلسة 1997/05/26 منشور في: المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية للمستشار حسن حسن منصور، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر والتوزيع 1998،مصر، ص562-5660

(24)الطعن رقم 226 لسنة 63 قضائية "أحوال شخصية" جلسة 26-05-1997 . منشور في المحيط ،للمستشار حسن منصور، المرجع السابق، ص566-570.

(25) د.فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي،مؤسسة الرسالة،1981، مصر،79-80

(26) الإمام الشاطبي : الموافقات، نقلا عن د.فتحي الدريني :المرجع السابق، ص 55-59.

(27) عدنان القوتلي : الوجيز في الحقوق المدنية، مطبعة جامعة دمشق،ط2 1960،، ص311.

(28) حسن عامر: التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود،ط1، القاهرة 1960، ص 48 و50.

(29) الصادر بالأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم (آخر تعديل تم بالقانون رقم 89-01 لـ 07-02-1989) (30) م.ع.غ.ق.خ، 29-05-1969، ص306.

(31) م.ع.غ.م، 06-11-1968 .م.أ.ج1، ص63.

(32) م.ع.غ.أ.ش، 27-03-1989، ملف رقم 53017 .م. ق 1991، ع1، ص56.