الطلاق

موضوع رقم (١)

تعريف الطلاق - حكمة الطلاق - الصفة الشرعية للطلاق - التعويض عن الطلاق

١- تعريف الطلاق :

الطلاق – كما عرفه فقهاء الأحناف – رفع قيد النكاح فى الحال أو فى المآل بلفظ مخصوص صراحة أو كناية أو بما يقوم مقام اللفظ من الكتابة والإشارة[1].

والطلاق طبقا لهذا التعريف قسمان: قسم يرفع النكاح فى الحال وقسم يرفعه فى المآل.

أما القسم الأول فهو الطلاق البائن، فهو يرفع النكاح بمجرد صدوره فى الحال، فلا تحل المطلقة لمطلقها إلا بعقد ومهر جديدين سواء انتهت العدة أم لم تنته إذا كانت البينونة صغرى، أما إذا كانت البينونة كبرى أى كانت الطلقة الأخيرة هى المكملة للثلاث، فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ويدخل بها ثم يطلقها أو يموت عنها وتنقضى عدتها.

أما القسم الثانى فهو الطلاق الرجعى، فلا ترتفع عقدة الزواج فى الحال بل بعد انقضاء العدة، وللمطلق أن يراجع مطلقته مادامت فى العدة بدون عقد ومهر جديدين، وافقت المطلقة أم لم توافق، فإذا انتهت عدتها صار الطلاق بائنا[2].

---

(1) حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار لابن عابدين المعروفة بحاشية ابن عابدين جـ ٣ الطبعة الثانية ١٩٦٦ ص ٢٢٦ – شرح فتح القدير كمال ابن الهمام جـ ٣ طبعة ١٩٧٠ ص ٣٦٣ – محمد أبو زهرة الأحوال الشخصية – قسم الزواج ص ٢٧٧.

(2) أما الطلاق والإطلاق لغة فمعناهما واحد، فهو رفع القيد مطلقا، سواء كان القيد حسيا كقيد الفرس أم معنويا كقيد الزواج وهو مأخوذ من الإطلاق ولكن العرف خصص استعمال (الطلاق) ومشتقاته مثل مطلقة وطلقت بتشديد اللام فى رفع قيد الزواج المعنوى=

وقد عرفت محكمة النقض الطلاق بقولها :

«الطلاق شرعا هو حل رابطة الزوجية الصحيحة بلفظ الطلاق الصريح أو بعبارة تقوم مقامه تصدر ممن يملكه وهو الزوج أو نائبه».

(طعن رقم 54 لسنة 54ق أحوال شخصية – جلسة 1985/3/26)

٢- حكمة الطلاق :

شرع عقد الزواج على سبيل الدوام ولهذا لا يصلح عقد الزواج إذا كانت صيغته على التأقيت لأن الله جعل الزواج عقد الحياة، فيه مودة ورحمة للزوجين تعينهما على مواصلة السير فى مناكب الحياة تحقيقا لأغراض الزوجية السامية التى تقام فيها حدود الله، غير أن الزوج قد تعرض له بعض الأمور التى تغير حاله فتجعل الحياة الزوجية مصدرا للمتاعب والشقاء بين الزوجين فينقلب ما كان بينهما من مودة ورحمة إلى شجار وتنافر فيكيد أحدهما للآخر، ولذلك شرع الطلاق نعمة يتخلص بها الزوجان المتباغضان المتناحران من قيد تلك الرابطة، فيلتمس كلاهما من هو خير له وأحسن معاملة وأكرم عشرة فقد قال تعالى: ﴿ وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ ۚ وَكَانَ ٱللَّهُ وَٰسِعًا حَكِيمًا ﴾.

والأسباب التى تدعو الزوجين أو أحدهما إلى فصم عرى الزوجية كثيرة منها:

١) أن يتبين الزوج عيوبا جسيمة بزوجته تفسد حياته وتجعلها جحيما لا يطاق.
٢) أن يحدث تنافر فى الطباع والأخلاق بين الزوجين، فيغيب الهدوء والاستقرار عن حياتهما.

= وخصص استعمال (الإطلاق) ومشتقاته مثل مطلقة بسكون الطاء وفتح اللام وأطلقت فى رفع القيد الحسي.

ولذلك اعتبر علماء الفقه الإسلامى قول الرجل لزوجته أطلقتك أو أنت مطلقة بسكون الطاء من باب كنايات الطلاق لا من صريحه فلا يقع الطلاق بها إلا بالنية أو دلالة الحال لأنه يحتمل رفع قيد الزواج ورفع قيد آخر، ونص القانون على أن الطلاق لا يقع بكنايات الطلاق إلا بالنية وذلك بالتفصيل الذى سيرد فى موضعه.

٣) أن تفسد أخلاق الزوجة وتنحرف عن الطريق السوى فلا يطيق الزوج البقاء معها.

٤) أن تكون الزوجة غير قادرة على الإنجاب، وهو من أهم مقاصد الزواج وأغراضه.

٥) أن تستحكم الكراهية والنفور بين الزوجين، فلا يجد أحدهما أو كلاهما الراحة والطمأنينة فى العشرة الزوجية.

٦) أن يعتدى الزوج على زوجته بالقول أو الفعل أو يكرهها على محرم بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما.

٧) أن تتضرر الزوجة من بعد زوجها لغيابه أو حبسه.

٨) أن يتبين وجود عنة بالزوج أو عيب مستحكم لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكن للزوجة المقام معه إلا بضرر.

فإذا كان الزوج هو الذى يتضرر من الزواج كان له إنهاؤه بإيقاع الطلاق بإرادته المنفردة أى دون رضا الزوجة، أما إذا كانت الزوجة هى المتضررة منه فإن عليها رفع دعوى بالتطليق أمام القاضى فى الحالات التى يجوز لها فيها التطليق، فإذا أقامت البينة على دعواها قضى لها بطلباتها، ويكون تطليق القاضى لها نيابة عن الزوج.

والشريعة الغراء وإن أجازت الطلاق، إلا أنها جعلته العلاج الأخير للصدع الذى يطرأ على الحياة الزوجية، فإذا نشزت الزوجة كان للزوج تأديبها، وجعل الشارع حق التأديب على مراحل تبدأ بالموعظة فالهجر فى المضاجع ثم بالضرب، قال تعالى: ﴿ وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ وَٱضۡرِبُوهُنَّۖ فَإِنۡ أَطَعۡنَكُمۡ فَلَا تَبۡغُواْ عَلَيۡهِنَّ سَبِيلًاۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيّٗا كَبِيرٗا ﴿٣٤﴾ وَإِنۡ خِفۡتُمۡ شِقَاقَ بَيۡنِهِمَا فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحٗا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرٗا ﴾[1]، كما قال تعالى:

(1) سورة النساء (الآيتان: ٣٤ ، ٣٥).

﴿ وَإِنِ ٱمۡرَأَةٌ خَافَتۡ مِنۢ بَعۡلِهَا نُشُوزًا أَوۡ إِعۡرَاضٗا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يُصۡلِحَا بَيۡنَهُمَا صُلۡحٗاۚ وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞ﴾[1].

كما جعلت الشريعة الإسلامية الطلاق هو أبغض الحلال إلى الله، وحظرت اللجوء إليه إلا عند الحاجة. (أنظر فى التفصيل البند التالي).

وقد جاء بالمذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 أنه:

«شرع الطلاق فى الإسلام ليستطيع الزوجان التخلص من رابطة الزوجية إذا تحقق أن المعاشرة بالمعروف والقيام بحقوق الزوجية أصبح غير ميسور فللرجل أن يوقع الطلاق مستقلا بإيقاعه إذا علم ذلك. وللمرأة أن تطلب إلى القاضى التطليق إذا علمت ذلك بعد أن يلحقها الضرر لأى سبب من الأسباب الموجبة».

٣- الصفة الشرعية للطلاق:

اختلف الفقهاء فيما إذا كان الأصل فى الطلاق الإباحة أم الحظر.

فذهب أغلب الفقهاء – ومن بينهم الأحناف – إلى أن الأصل فى الطلاق الحظر لا الإباحة، فالطلاق لا يباح إلا لحاجة، فيحمل لفظ المباح على ما أبيح فى بعض الأوقات أى أوقات تحقق الحاجة المبيحة. فإذا لم تكن هناك حاجة فإن الطلاق يكون حمقا وسفاهة رأى ومجرد كفران النعمة وإخلاص الإيذاء بالزوجة وبأهلها وأولادها[2].

والحاجة إلى الطلاق قد تكون كراهة ونفور أو سوء عشرة أو اعوجاج سيرة.

وقد استندوا فى هذا الرأى إلى قوله تعالى فى سورة النساء (الآية ٣٤): ﴿ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً ﴾ أى لا تطلبوا الفراق لأن الطلاق

---

(1) سورة النساء – من الآية (١٢٨).

(2) حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٢٢٨ – شرح فتح القدير جـ ٣ ص ٤٦٥ – محمد أبو زهرة ص ٢٨٢.

مع عدم الحاجة بغى، وإلى حديث الرسول عليه السلام: «إن أبغض الحلال عند الله الطلاق». وحديثه: «لعن الله كل ذواق مطلاق» فالمراد بالحلال ما ليس فعله بلازم الشامل للمباح والمندوب والواجب والمكروه[1].

وقوله عليه السلام: «لا تطلقوا النساء إلا من ريبه فإن الله لا يحب الذواقين والذواقات» وقوله: «أيما امرأة اختلعت من زوجها من نشوز فعليها لعنة الله والملائكة، والناس أجمعين».

كما استندوا إلى أن الزواج نعمة والطلاق قطع له وقطع النعمة لا يجوز إلا إذا زالت صفتها، والزواج عقد أبدى لازم، والقياس يوجب ألا ينهيه أحد العاقدين بإرادته المنفردة ولكن أجيز للحاجة فقط، فإذا لم تكن ثمة حاجة يبقى القياس وهو المنع.

ولذلك ذهبوا إلى أن الطلاق إذا وقع دون حاجة فإنه يكون حراما أو مكروها تحريما فى رأى البعض[2].

وأن الطلاق يكون مستحبا إذا كان بسبب سوء أخلاق الزوجة وطباعها وإيذاء الزوج أو الجيران بالقول أو الفعل أو ما شابه ذلك أو تركها الفرائض.

ويكون واجبا إذا كان سببه يرجع إلى عيب فى الرجل لا ترضى به المرأة مما يفوت به الانتفاع بثمرات الزواج.

والطلاق بلا حاجة وإن كان حراما أو مكروها تحريما، إلا أنه يقع قضاء وتترتب عليه آثاره[3].

---

(1) حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٢٢٨.

(2) شرح فتح القدير جـ ٣ ص ٤٦٥ – الدكتور محمد بلتاجى – أحكام الأسرة جـ ١ طبعة ١٩٨٥ ص ٤٩٦ – وفى هذا المعنى حاشية ابن عابدين جـ ٣ ص ٢٢٨.

(3) **وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 26 يناير سنة 1959 فى الطلب رقم 175 لسنة 1959 بأن:**

«إن الشريعة الإسلامية التى شرع الله فيها الطلاق نعمة يتخلص بها الزوجان المتباغضان من قيد الرابطة الزوجية قد جعلت أمر الطلاق للزوج، وجعلت له أن يطلق زوجته بينه وبينها، فإن كان بسبب يدعو إلى ذلك من كراهة ونفور أو سوء عشرة =

وذهبت الأقلية من الفقهاء إلى أن الأصل فى الطلاق الإباحة لا الحظر واستدلوا لذلك بقوله تعالى: ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾[1]، ونفى الجناح معناه نفى الإثم وذلك يقتضى الإباحة، ولإطلاق قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾[2] وحاولوا أن يضعفوا من رواية الحديث الذى يجعل الطلاق أبغض الحلال، كما استندوا إلى أن بعض الصحابة قد طلقوا زوجاتهم.

ويرد على هذا الرأى أن نفى الجناح فى الآية إنما هو منصب على الطلاق قبل التسمية والدخول لأن نفى شيء مقيد بقيد يكون القيد ملاحظا فى النفى فهو منصب عليه، وأن صحة الحديث سالف الذكر ظاهرة وقد ورد فى كتب الحديث المعتبرة كما يشهد له الواقع، وقد يكون طلاق أحد الصحابة لزوجته أو زوجاته لحاجة غير ظاهرة، وقد عاب أحد كبار الصحابة وهو الإمام على بن أبى طالب على ابنه كثرة زواجه وطلاقه، إذ ذكر ذلك عن ابنه الحسن رضى الله عنهما[3].

٤- التعويض عن الطلاق:

قدمنا أن رأى أغلب الفقهاء أن الأصل فى الطلاق الحظر لا الإباحة، فالطلاق لا يباح إلا لحاجة، فيحمل لفظ المباح على ما أبيح فى بعض الحالات أى أوقات تحقق الحاجة المبيحة.

ويبنى على ذلك أنه إذا طلق الرجل امرأته لغير حاجة يكون قد تعسف فى استعمال حقه لأن الطلاق كسائر الحقوق التى يتقيد الشخص فى استعمالها بعدم

= أو اعوجاج سيرة فيكون مباحا، أما إذا كان الطلاق بلا سبب فإنه يقع مع كونه منهيا عنه شرعا ولم تهدر الشريعة رأى المرأة وحقها فى موضوع الطلاق...الخ».

(1) الآية رقم (٢٣٦) من سورة البقرة.

(2) الآية رقم (١) من سورة الطلاق.

(3) راجع فى عرض هذا الرأى والرد عليه: الدكتور جمال الدين محمد محمود – مشكلات الطلاق فى قانون الأسرة – بحث منشور بمجلة المحاماة – السنة ٥١ – العدد الثانى فبراير ١٩٧١ ص ٤٧ وما بعدها.

التعسف فيها، ويكون بالتالى ملزما بتعويض الزوجة عما يلحق بها من جراء الطلاق من ضرر سواء كان هذا الضرر ماديا كما لو كانت المطلق تمارس عملا كمدرسة مثلا تكسب منه قبل زواجها وتركته بسبب الزواج، أم أدبيا كما لو كانت ظروف الطلاق تشين سمعة المطلقة وتثير الظنون حولها.

وقد أخذ بهذا الرأى أغلب الفقهاء[1] وأحكام المحاكم[2].

---

(1) حسين عامر وعبد الرحيم عامر – المسئولية المدنية الطبعة الثانية ص ٢٨١ – الدكتور أحمد الغندور – الطلاق فى الشريعة الإسلامية والقانون الطبعة الأولى سنة ١٩٦٧ – المستشار أنور العمروسى – أصول المرافعات الشرعية الطبعة السابعة ص ٦٩٧.

(2) **فقضت محكمة مصر الابتدائية بتاريخ 20 يناير 1926 بأن:** «أن الطلاق حق مباح للزوج، إلا أن روح الشريعة الإسلامية السمحاء لا تقبل السماح بالطلاق جزافا، فإن الزواج لا يقصد به الاستمتاع الشهوانى فقط بل الغرض منه أسمى وأشرف من ذلك وهو تكوين العائلة وإيجاد الرابطة والألفة بين الزوجين وأهلهما مما يترتب عليه دوام العمران.

وبالنظر لاحتمال ظروف تطرأ على الزوجين تكون فوق طاقتهما وطاقة أهلهما شرع الطلاق رحمة بالزوجين، ولكنه شرع للضرورة وليس من المروءة ولا من الإنسانية ولا من الإيمان أن يتزوج شخص بامرأة ثم يطلقها بغير سبب ما. فإذا طلق الزوج زوجته وثبت أن هذا الطلاق حصل بغير سبب ما وترتب عليه ضرر مادى أو ضرر أدبى للزوجة كان للزوجة الحق فى مطالبة مطلقها بتعويض كل ما أصابها من ضرر مادى أو أدبي».

وقضت محكمة استئناف القاهرة بتاريخ 1958/2/23 بأن:

«القول بأن الشريعة تجيز الطلاق لمجرد رغبة الخلاص من الزوجة وأنه لا يترتب عليه أية مسئولية غير التى خولها الشرع للمطلقة من مؤخر صداق ونفقة أو متعة لأن الطلاق يعود على المطلق بمنفعته الشخصية وهى التخلص من زيجة لا يجد فيها مودة ولا رحمة يجب سترها ولا يجوز أن تعرض على القضاء، هذا القول ليس صحيحا على إطلاقه فى دين الله ولا فى سنة رسوله فقد أوجبا معاشرة الأزواج بالحسنى ونهيا عن العجلة وعدم التمهل فى الطلاق والفقهاء مجمعون على تحريم الطلاق بغير سبب، فإن وقع ولو أن أحكاما تترتب عليه إلا أنه يكون مخالفا لنصوص القرآن والسنة ويكون موقعه آثما وخارجا على حكم الشريعة. =

= الطلاق شأنه شأن سائر الحقوق يخضع لإشراف القضاء فإن تبين أن استعماله كان لغرض غير مشروع قضى بالتعويض طبقا للمادتين ٤، ٥ من القانون المدنى وقد استمد الشارع المصرى هذا المبدأ القائل بأن الحق يصبح غير مشروع إذا لم يقصد منه سوى الإضرار بالغير من الفقه الإسلامى ومن التطبيقات العملية التى انتهى إليها القضاء وعن طريق الاجتهاد.

– الحقوق الشرعية المترتبة على عقد الزواج لا تدخل فى التعويض الذى يقضى به عن الطلاق التعسفى».

(راجع أيضا: شبين الكوم الابتدائية فى 1930/12/3).

وذهب رأى آخر إلى أنه وإن كان الأصل فى الطلاق هو الحظر، ولا يباح إلا للحاجة، ولكن هذه الحاجة قد تكون نفسية وقد تكون مما يجب ستره وهو فى كل أحوالها أو جلها لا يجوز أن تعرض بين أنظار القضاء ويتنازعها الخصوم فيما بينهم شدا وجذبا، ومن ثم فالطلاق ولو كان بدون حاجة لا يستوجب التعويض، وقد أسس بعض أنصار عدم التعويض عن الطلاق رأيهم على أن الأصل فى الطلاق هو الإباحة، فهو حق مطلق للزوج (راجع محمد أبو زهرة فى الأحوال الشخصية ص ٢٨٢ وما بعدها).

وقد تزوج رجل من امرأة كانت مدرسة تكفل معاشها بمرتب تتقاضاه، وترتب على زواجها ترك وظيفة التدريس وسقوط حقها فى المرتب، ولكن لم يمض على زواجها إلا القليل حتى طلقها زوجها.

رفعت الزوجة على مطلقها دعوى تعويض مستندة إلى المادة ١٥١ من القانون المدنى مدعية أن زوجها لم يستعمل حقه الشرعى ولكنه أساء استعماله مرتكنة على نظرية حديثة.

[illegible]

قضت لها محكمة أول درجة بالتعويض فاستأنف الزوج الحكم، فقضت له محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم وبرفض دعوى الزوجة.

وبنت المحكمة الاستئنافية حكمها على الأسباب الآتية:

لأن الطلاق حق مطلق للزوج بحكم الشريعة الغراء ولأن الزوجة حين زواجها كانت على بينة من حق زوجها هذا – وإذن هى تعلم وقت التعاقد النتائج التى قد ترتبت على عقدها فلا يجوز لها أن تتظلم منها ولأن الشريعة – وهى القانون الخاص الذى يخضع له عقد الزواج – قصرت حق الزوجة عند الطلاق على مؤخر الصداق ونفقة العدة دون التعويض. =

وقد أسسوا مسئولية المطلق على المادتين ٤، ٥ من التقنين المدنى استنادا إلى ما ورد بمذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى من أنه: «بيد أن المشروع أحل النص الخاص بتقرير نظرية التعسف فى استعمال الحق مكانا بارزا بين النصوص التمهيدية لأن لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحى القانون دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع. وإذا كان القضاء قد رأى أن يستند فى تطبيقها إلى قواعد المسئولية التقصيرية بسبب قصور النصوص فهو لم يقصر هذا التطبيق على ناحية معينة من نواحى القانون المدنى وإنما بسطه على هذه النواحى جميعا بل وعلى نواحى القانون قاطبة. فهو يجزم بأن النظرية تنطبق على روابط الأحوال الشخصية كما تنطبق على الروابط المالية وأنها تسرى فى شأن الحقوق العينية سريانها فى شأن الحقوق الشخصية وأنها لا تقف عند حدود القانون الخاص بل تجاوزها إلى القانون العام ولذلك آثر المشروع أن يضع هذه النظرية وضعا عاما محتذيا مثال أحدث التقنيات وأرقاها».

وفى رأينا أن أساس مسئولية المطلق يجب أن يكون نظرية التعسف فى استعمال الحق الواردة بالفقه الإسلامى لا أحكام المادتين ٤، ٥ من التقنين المدنى، وإن كان الخلاف فى تحديد هذا الأساس ليس من شأنه إحداث تغيير فى حكم المسئولية، لأن الفقه الإسلامى من المصادر التشريعية للمادتين (٤، ٥) من

= ولأن المناقشة فى التعويض تستلزم الخوض فى أسباب الطلاق وفى ذلك من فضح أسرار العائلات ما لا يخفى.

وأخيرا لأن المصلحة العامة تقضى بأن لا يلزم زوج بمعاشرة زوجة قد لا يطيق معاشرتها لعيب نفسى أو خلقى فيها.

وفى الحكم بالتعويض إكراه له على قبول هذه الحالة.

(استئناف مصر الأهلية – 1927/12/18).

وقضت محكمة استئناف مصر بتاريخ ٢٢ يناير سنة ١٩٣١ أن الطلاق مباح، فلا يترتب عليه فى الشريعة الإسلامية أية مسئولية إلا الحقوق التى يخولها الشرع للمطلقة، من حيث المهر ونفقة العدة، حتى لو كان الطلاق بلا سبب...الخ) (منشور بمؤلف الدكتور الغندور ص ٧٧).

التقنين المدنى واستمدت منه بوجه خاص الضوابط الثلاثة التى اشتملت عليها المادة الخامسة[1].

---

(1) وتفسير ذلك أن الطلاق من مسائل الأحوال الشخصية، فيكون التعويض عنه بالتالى من مسائل الأحوال الشخصية باعتباره أثرا له، وليس من المسائل المدنية، ولما كانت المادة الثالثة من قانون إصدار القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية ومن قبلها المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (الملغاة) تنص على صدور الأحكام طبقا لأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة

عند عدم وجود نص تشريعى، فإن قواعد التعسف فى استعمال الحق المنصوص عليها فى الرأى الراجح من المذهب الحنفى والذى يعتبر الشريعة العامة فى المسائل الأخرى للأحوال الشخصية للمسلمين يكون هو واجب التطبيق دون أحكام التقنين المدنى الذى يعتبر الشريعة العامة بالنسبة للتشريعات الأخرى.

ولم يرد بنص المادتين (٤، ٥) من التقنين المدنى ما يسبغ سريانهما على التعسف فى استعمال الحق فى مسائل الأحوال الشخصية، ولا يجوز – فى رأينا – الاستناد فى ذلك إلى العبارات التى أوردتها مذكرة المشروع التمهيدى للتقنين المدنى التى أوردناها فى المتن لأنه لا يجوز التعويل على الأعمال التحضيرية للتشريع إذا خالفت نصا فيه – كما هو الشأن فى المسألة المعروضة – كما أنه يمكن صرف هذه العبارات إلى مسائل الأحوال الشخصية التى لا تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية.

ولذلك أثناء مناقشة البحث المقدم من حضرة الدكتور حلمى بهجت بدوى بشأن المبادئ الخاصة بإساءة استعمال الحق وتحديد مدى تطبيقه فى لجنة مراد سيد أحمد باشا بالجلسة السادسة المنعقدة فى ٢٣ أبريل ١٩٣٦ ذهب رئيس اللجنة إلى أنه: «لما كانت إساءة استعمال الحق شائعة على هذا النحو فى كل من القانون العام والخاص فإن فى الوسع التأكيد بضرورة إبراز فكرة الجزاء على إساءة استعمال الحق فى صورها المتعددة بين نصوص الدستور».

(مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٢٠٣).

وسيرا فى هذا الاتجاه قضت محكمة النقض – دائرة الأحوال الشخصية – بتاريخ 1981/12/10 فى الطعن رقم 24 لسنة 50ق بأن:

«مسائل الأحوال الشخصية لا تخضع لأحكام هذا القانون إنما تسرى عليها الأحكام المقررة بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية وأرجع الأقوال من مذهب أبى حنيفة ما عدا الأحوال التى تنص فيها قوانين الأحوال الشخصية على قواعد خاصة وذلك إعمالا لنص=

وقد أصدرت محكمة النقض حكمين بصدد التعويض عن الطلاق:

الحكم الأول بتاريخ 4940/2/29 فى الطعن رقم 67 لسنة 9ق ذهبت فيه إلى: «إن تعهد الزوج بتعويض زوجته إذا طلقها ليس فيه مخالفة لأحكام الشريعة ولا للنظام العام لكن هذا التعهد ينتفى الالتزام به إذا كان الزوج لم يطلق زوجته إلا بناء على فعل أتته هى اضطره إلى ذلك وهذا من الأمور الموضوعية التى تقدرها المحكمة بحسب ظروف كل دعوى وملابساتها».

وهذا الحكم يقر مبدأ التعويض عند استعمال حق الطلاق بصفة عامة، وإن كان صادرا بخصوص الحالة التى تعهد فيها الزوج بتعويض زوجته عندما يطلقها أى القضاء عليه بما التزم به، فتقوم مساءلته على أساس المسئولية العقدية لإخلال الزوج بما ألزم به نفسه وهذا غير الحالة التى تكون خلوا من أى تعهد، وغير الحالة التى تقوم المساءلة فيها للعسف الذى يبدو من الزوج فى استعمال حقه فى الطلاق. كما أنه يتضمن من ناحية أخرى رفض تلك المحكمة لما يثار من أن الشريعة تلحظ حماية حرية الطلاق وسريته فيما أشارت إليه المحكمة عن انتفاء ما التزم به الزوج إذا كان الطلاق بناء على فعل أتته الزوجة واضطر الزوج إلى طلاقها إذ أن ذلك القول عن هتك الأسرار بكشف أسباب الطلاق، لا أثر له فى بحوث الفقهاء ولا يمس النظام العام فى شيء[1].

الحكم الثانى صادر بتاريخ 30 يناير سنة 1963 فى الطعن رقم 532 لسنة 26ق وقد جاء به أن: «الحكم الصادر بالنفقة – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – يحوز حجية مؤقتة يرد عليه التغير والتبديل كما يرد عليه الإسقاط بسبب تغيير دواعيها كما أن عقد الزواج لا يكسب أيا من الزوجين فيما يختص بالطلاق أو التطليق حقا مستقرا ولا يصح التحدى من أحد الزوجين قبل الآخر بأن له حقا مكتسبا فى استبقاء عروة الزوجية معقودة طبقا للقانون الذى كان يحكم به قبل تغيير الزوج ديانته والثابت من الأوراق أنه مع اعتناق الطاعن الإسلام لم يعد

= المادة ٢٨٠ من اللائحة المذكورة والمادة ٦ من القانون ٦٤٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية»، وعبارة هذا القانون الواردة بالحكم تنصرف على ما هو وارد بأسبابه إلى (القانون المدني).

(1) حسين عامر وعبد الرحيم عامر فى المسئولية المدنية ص ٢٨٣ وما بعدها.

لحكم النفقة الصادر من المجلس الملى وجود فيما جاوز مدة السنة بعد إيقاع الطاعن الطلاق على ما قضت به محكمة النقض بهيئتها العامة بين الطرفين فى ٢٥ فبراير سنة ١٩٥٦ فى القضية رقم ٤ سنة ٢٥ق وقد استوفت المطعون عليها حقها فى هذا الخصوص فليس لها بعد ذلك – أن تتحدى بقيام حكم هذه النفقة المقضى لها بها من المجلس الملى المشار إليه والحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر واعتبر أن **إيقاع الطاعن للطلاق كان قد قصد به تحقيق مصلحة غير مشروعة وهى إسقاط حكم النفقة المشار إليه يكون قد خالف القانون مما يستوجب نقضه** دون حاجة لبحث باقى أوجه الطعن الأخرى» – ومفهوم المخالفة لهذا الحكم أنه إذا قصد بالطلاق تحقيق مصلحة غير مشروعة، فإن ذلك يكون سببا لطلب التعويض.

ولما صدر القانون رقم ... لسنة ١٩٨٥ أضاف إلى المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ نص المادة (١٨ مكررا) والتى تجرى على أن: «الزوجة المدخول بها فى زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية، ويجوز أن يرخص للمطلق فى سداد هذه المتعة على أقساط»[1].

والمستفاد من الأعمال التحضيرية للقانون رقم ... لسنة ١٩٨٥ والقرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ السابق عليه – والمقضى بعدم دستوريته – أنه قصد من تشريع متعة المطلقة بعد الدخول، جبر خاطر المطلقة ومواساتها وتطييب خاطرها تخفيفا لألم الفراق ووحشته، وتوفير معونة لها أكثر من نفقة العدة تعينها من الناحية المادية على نتائج الطلاق، وقد روعى فى تحمل الزوج بها مبادئ التضامن الاجتماعى الذى يقوم عليه المجتمع طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية ولصريح نص الدستور.

واستحقاق المطلقة المدخول بها لهذه المتعة لا يؤثر على استحقاقها للتعويض الجابر لما يصيبها من أضرار أخرى.

---

(1) وكان يقابل هذا النص فى القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ المقضى بعدم دستوريته المادة (١٨ مكررا) المضافة إلى المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ والتى جاءت مطابقة حرفيا للنص الحالي.