أثر الصياغة القانونية في التطليق للعيب في القانون رقم 10 لسنة1984م على التطبيقات القضائية

The impact of the legal wording on the application of tha defect in Law (10)of(1984) AD on the free classes .

أ.نسرين عبد السلام محمد علي

محاضر مساعد بقسم الشريعة الإسلامية

كليـة القانون- جامعـة طرابلس

Amjntalaltrablsy@gmail.com **Email**:

الملخص

استهدفت هذه الدراسة مناقشة إشكالية مهمة تطرح على بساط البحث في المجال القانوني، وهي دراسة التطليق للعيب في القانون رقم (1984/10م) بشأن أحكام الزواج والطلاق وأثارهما، وستسلط هذه الدراسة الضوء على التطليق للعيب على مستوى الصياغة القانونية، وعيوب الصياغة القانونية هذه ليست أمراً يختص به المشرع وحده، بل تنطبق على العمل البشري الذي لابد أن يلحقه النقص والقصور، لأن الكمال لله وحده، هذا من جانب؛ أما الجانب الآخر فعلى مستوى التطبيق القضائي داخل أروقة المحاكم الليبية، محاولة تغطية جميع جوانب مسألة التفريق للعيب.

الكلمات المفتاحية: عيب- تفريق- التكييف- الفحص الطبي- تطبيقات قضائية.

Abstract

This study aimed to discuss an important problem to be put on the table for research in legal beauty ,which is the stdy of defective divorce in Qom Law (10\1984) AD)regarding the provisions of marriage and divorce and their effects .therefore, this stdy will shed light on defective divorce at the level of legal drafting. And the defects of this legal hospitality .lt is not a matter for the legislater alone , but rather a comment on human work that must be affected by imperfection and short comings Because perfection is God alone. this is on one side,while the other side is at the level of Judicial commentary within the corridors of the Libyan courts Trying to cover al the answers to the shameful fabrication issue

Keywords :Adaptation defect ,demand examination ,Judicial comments .

مقدمة:

الحمد لله الذي خلق الإنسان وكرمه على سائر مخلوقاته، وشرع له الزواج منةً منه وفضلاً، حتى يبقى الإنسان على ظهر هذه الأرض لتعمر به، وليكون خليفة الله فيها، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى اله وصحبه أجمعين، وبعد:

فإن الشريعة الإسلامية غنية بالأحكام والتشريعات التي تحكم دنيا الناس وعلاقاتهم، وتنظم شؤونهم وأحوالهم، إذ تكفل الإسلام بأسباب الحياة السعيدة والمودة والألفة بين أفرادها لكمال هذه الشريعة، وصلاحيتها لكل زمان ومكان.

ولأن من أهداف الحياة الزوجية الرئيسية التناسل لإيجاد جيل قوي سليم يسهم في بناء المجتمع الإسلامي، كان لابد من توفر الإستقرار بين الزوجين في الحياة المشتركة بقدر المستطاع، ولا يخفى على أحد أن من أهم الأسباب التي تذهب بمقاصد النكاح الشرعية، أو تخل بها إخلالاً جسيماً هو العيب في أحد الزوجين، أو مرضه على النحو الذي يمنع حصول مقاصد الزواج المتعددة، وقد يتجاوز العيب ذلك إلى إلحاق الضرر بالزوج الآخر بما قد ينقله إليه من الأمراض الخطيرة والمعدية، أو بما يبعث في نفسه النفور والكراهية، فيزيل ما فيها من حب وميل إليه، فيطلب الطلاق خوفاً وهلعاً من أذاه أو الاعتداء عليه في أي وقت.

ولهذا الأمر اخترت أن يكون بحثي عن الصياغة القانونية لمسألة التطليق للعيوب الزوجية، وبالتحديد نص المادة (42) من القانون رقم1984/10م بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما، وأثر هذه الصياغة على التطبيقات القضائية.

❖ محاولة الإجابة على التساؤلات الآتية:

- كيف نظر المشرع لمسألة العيوب المجيزة للتفريق؟ وما هو الرأي الفقهي الذي تبناه في هذه المسألة؟
- ما أثر الصياغة القانونية على التطبيقات القضائية داخل أروقة محاكمنا الموقرة؟
- ما هي أهم الضوابط والمعايير لسلطة القاضي التقديرية في هذا الموضوع؟
- ما هو التكيف القضائي لمسألة العيب؟

وسوف تظهر قيمة البحث عندما أحاول الإجابة على التساؤلات والإشكاليات السابقة، وفق خطة منهجية محكمة، حيث سأخصص المبحث الأول لتسليط الضوء على الصياغة القانونية للتطليق للعيوب الزوجية في القانون الليبي، أما المبحث الثاني فسأخصصه لأثر الصياغة القانونية على التطبيقات القضائية، لينتهي البحث بخاتمة أُجمل فيها ما توصلت إليه من نتائج وما أقترحه من توصيات.

والله أسأل الله أن يجعل التوفيق حليفي إنَّه سميع مجيب.

المبحث الأول

الصياغة القانونية للتطليق للعيوب الزوجية في القانون الليبي

بدايةً لابد من التأصيل الفقهي لهذه المسألة لكي يكون الأمر أكثر وضوحاً، حيث حرص الإسلام أشد الحرص على حماية الحياة وصونها عن كل ما من شأنه أن يؤثر في تصدع بنيانها، أو يعرقل سيرها نحو تحقيق الغايات والأهداف المرجوة منها، ولكن قد يبتلى أحد الزوجين بإصابته بمرض، أو عيب منفر، أو معدٍ يصعب شفاؤه، وقد يمنع من الاستمتاع وتحصيل الغرض الرئيسي من الزواج، وقد عالج الفقهاء –رحمهم الله تعالى– هذه القضية، وأوضحوا حكم التفريق بين الزوجين بسبب العيب، وإن كانت هناك خلافات بينهم في بعض المسائل التفصيلية.

وفي نفس السياق يمكن القول إن العيوب الموجبة للتفريق بين الزوجين مبسوطة في كتب الفقهاء، والبحث عنها سهل وميسور، وبما أن عقد الزواج من العقود المدنية التي يدخلها خيار العيب، فإن الراجح أن كل عيب يؤدي إلى النفرة أو يمنع كمال الإستمتاع أو الإتصال الجنسي فإنه عيبٌ يُفسخُ له النكاح، وسأكتفي في هذا المقام بذكر آراء الفقهاء في هذه المسألة محل البحث بإيجاز غير مخل.

حيث انقسم الفقهاء في جواز التفريق بالعيب إلى فريقين:

أ. الفريق الأول: القائلون بجواز التفريق بين الزوجين بسبب العيوب والأمراض على العموم هم جمهور الفقهاء من المذاهب السنية الأربعة[1].

جاء في المبسوط قوله: "إن المرأة إذا وجدت زوجها عنيناً أو مجبوباً يثبت لها الخيار"[2]، وقال صاحب مغني المحتاج: "إذا وجد أحد الزوجين بالآخر جنوناً أو جذاماً أو برصاً، أو وجدها رتقاء أو قرناء، أو وجدته عنيناً أو مجبوباً، ثبت لواجد العيب من الزوجين الخيار في فسخ النكاح"[3].

فهذه عبارات الفقهاء من الأحناف والشافعية تنص بوضوح على حق الزوجين في التفريق لعيب أو لمرض، وإن اختلفوا في نوع العيوب والأمراض المسوغة لطلب التفريق.

واستدل الجمهور لقولهم بأدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع والأثر والقياس والمعقول، لا يسع المقام لذكرها.

ب. الفريق الثاني: القائلون بمنع التفريق بين الزوجين بسبب العيوب والأمراض، وهم فقهاء الظاهرية، حيث قالوا في هذا الشأن: "لا يجوز لأي من الزوجين فسخ النكاح بعد صحته بأي عيب كان أو مرض، سواءً كان العيب تناسلياً، أو من الأمراض المعدية أو المنفرة، وسواءً كان موجوداً قبل الدخول، أم حدث بعده، إذْ لا يجوز للقاضي ولا لغيره أن يفرق بين زوجين صح عقد نكاحهما بحال، بل تكون العصمة بيد الزوج، ولا يملك غيره حلها، إن شاء طلق، وإن شاء أمسك"[4].

حيث أنكر ابن حزم أشد الإنكار التفريق بين الزوجين لعيب أو مرض في أحدهما، وقد استدل هذا الفريق أيضاً بأدلة من القرآن والسنة والآثار الواردة عن صحابة رسول الله ﷺ والمعقول.

---

(1) الزيلعي، عثمان بن علي: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، القاهرة، مطابع الفاروق للطباعة والنشر، ط1، 1314هـ، ج3، ص22-23، وفي نفس المعنى انظر: القرافي، أحمد بن إدريس: الذخيرة، تحقيق: محمد بو خبزة، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ط1، 1994م، ج4، ص198

(2) السرخسي، أبي بكر محمد بن أحمد: المبسوط، بيروت، دار الكتب العلمية، 2009م، ط3، ج5، ص90

(3) الشربيني الخطيب، شمس الدين محمد: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن المنهاج، تحقيق: علي محمد معوض، بيروت، دار الكتب العلمية، 2000م، ج3، ص203

(4) انظر: ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد: المحلى، تحقيق: أحمد محمد شاكر وعبدالغفار سليمان البنداري، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 2010م، ج9، ص288

أضف إلى ذلك أن الفقهاء اختلفوا في العيوب هل وردت على سبيل الحصر أم على سبيل التمثيل؟ ويمكن القول بأن الفقهاء في بحثهم لها وبيانهم لها كان لهم قولان:

الأول: يقول إن العيوب وردت على سبيل الحصر. ولا يجوز القياس عليها، وقد ذهب إلى هذا القول جمهور فقهاء المذاهب الأربعة.

فقد نص الأحناف على أنه: "ولا يرد الرجل امرأته عن عيب بها، وإن فحش عندنا، ولكنه بالخيار، إن شاء طلقها، وإن شاء أمسكها"[1]، وقال المالكية: "وأما سوى ذلك من العيوب، فإنه لا يرد بها، إلا أن يشترط الصحة، كالعمى، والعور، والعرج، ونحو ذلك من العاهات"[2]، وقال الحنابلة: "العيوب الموجزة للفسخ ثمانية، ثلاثة يشترك فيها الزوجان، وهي الجنون والجذام والبرص، واثنان يختصان بالرجل، وهما الجب والعنة، وثلاثة تختص بالمرأة، وهي الفتق والقرن والعفل"[3].

الثاني: يقول إن العيوب لم ترد على سبيل الحصر، وإنما على سبيل التمثيل، وبالتالي يجوز القياس عليها، وأصحاب هذا القول يرون أن العيوب التي تجيز فسخ النكاح غير محصورة أو مقيدة بعدد معين، وإنما كان ذكر الفقهاء لها في كتبهم على سبيل التمثيل لا الحصر.

وإلى هذا الرأي ذهب ابن القيم ومحمد بن الحسن الشيباني وابن شهاب الزهري من التابعين، حيث روي عن الزهري قوله: "ويُرد النكاح من كل داءٍ عضال"[4]، وقال ابن القيم: "القياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه، ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار، وهو أولى من البيع، كما أن الشروط المشترطة في النكاح أولى بالوفاء من شروط البيع، وما ألزم الله ورسوله مغروراً قط، ومغبوناً بما غُر به وغبن به، ومن تدبر مقاصد الشرع في مصادره وموارده وعدله وحكمته، وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول، وقربه من قواعد الشريعة"[5].

وقال في موضع آخر: "وأما الاقتصار على خمسة أو ستة أو سبعة أو ثمانية دون ما هو أولى منها أو مساوٍ لها، فلا وجه له، فالعمى والخرس والطرش، وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو أحداهما، أو كون الرجل كذلك من أعظم المنفرات، والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش، وهو منافٍ للدين، والإطلاق إنما ينصرف إلى السلامة، فهو كالمشروط عرفاً"[6].

وبهذا يتبين لنا أن التفريق بسبب العيوب الزوجية كان له أصلٌ عظيمٌ في الشريعة الإسلامية، وأن الذي تجلى من خلال أقوال الفقهاء لتلك العيوب إنما هي التي كانت معروفة في عصرهم، فأخذوا في بيان حقيقتها، وما يترتب عليها من أحكام، ولو كانت غير تلك العيوب والأمراض مما هو معروفٌ الآن موجودةٌ في عصرهم لنبهوا إليها وعالجوها معالجة شرعية وافية.

---

[1] السرخسي: المبسوط، مرجع سابق، ج5، ص90

[2] الدسوقي، محمد بن عرفة: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، بيروت، دار إحياء الكتب العربية، ج2، ص280

[3] ابن قدامة المقدسي، عبد الله بن أحمد: المغنى ويليه الشرح الكبير، تحقيق: محمد شرف الدين خطاب والسيد محمد السيد وسيد إبراهيم صادق، القاهرة، دار الحديث، ط1، 1996م، ج9، ص454.

[4] ينظر: ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر الزرعي، زاد المعاد في هدي خير العباد، بيروت، دار ابن حزم، ط1، 1999م، ج5، ص184

[5] المرجع السابق، ج5، ص183

[6] المرجع السابق، ج5، ص182

ونود الإشارة إلى أن هناك أمراضاً لم يتحدث عنها الفقهاء لعدم ظهورها في زمانهم، وفي مقدمتها مرض العوز المناعي المكتسب (الإيدز)، ومرض الكبد الوبائي، والزهري وغيره، فإذا أصيب به أحد الزوجين، فهل يجوز للطرف الآخر أن يطلب التفريق أم لا؟ خاصة وأن العيوب والأمراض تزايدت في الآونة الأخيرة تزايداً ملحوظاً، فرضته ظروف العصر الحالي من تنوع الأنشطة والأعمال التي يخوضها الإنسان وتزايدها، وخطورة البعض منها وسرعتها، بهدف اللحاق بركب التقدم في كافة مناحيه، وأيضاً ارتكاب بعض المحظورات الشرعية في العلاقات الجنسية وما تخلفه من أضرار نفسية وجسدية هذا من جانب، ومن جانب آخر تقدم العلوم الطبية ونجاحها في علاج كثير من الأمراض التي كانت سائدة في الماضي والقضاء عليها، فهل يمنع التفريق بهذه الأمراض في هذه الحالة فيما لو كان أحد الزوجين مصاباً بها؟

وفي كلتا الحالتين فإن تقدم علوم الطب العلاجي والوقائي له أثره البالغ في تقليص دائرة الأمراض ومكافحتها، في نفس الوقت الذي يحصل فيه خلق واستحداث أنواع جديدة من الأمراض التي تدفع بدورها عجلة التقدم الطبي في البحث عن علاج لها، وكل هذا بهدف الوصول إلى معيار ثابت ومنضبط للعيوب التي تبرر التفريق بين الزوجين، وذلك باستنباط علل تلك العيوب ثم القياس عليها.

وإذا كان الأمر كذلك فإن سؤالاً يلح علينا، وهو مدى جواز التفريق بعيوب لم يذكرها الفقهاء، وأثرها في اتساع نطاق العيوب المجيزة للتفريق؟

هذا ما سيتم توضيحهُ في الجانب القانوني والتطبيق القضائي داخل المحاكم الليبية، حيث نظمت أغلب قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية الفرقة الزوجية بسبب العيوب في نصوص خاصة، مستمدة من اجتهادات الفقهاء، وقد انعكست الاختلافات الفقهية في التفريق بالعيوب على نصوص تلك القوانين بين موسع ومضيق لهذه المسألة.

أما القانون الليبي رقم (1984/10) بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما فقد اعتبر العيوب التي تلحق بالرجل أو المرأة مانعة من لزوم النكاح، وأباح التفريق بين الزوجين إذا طلبه أي منهما لوجود عيب في الآخر، ولكي يكون الأمر أكثر وضوحاً لابد من استحضار النص القانوني المتعلق بالتطليق للعيوب الزوجية، فالقانون رقم (1984/10) تناول التطليق للعيوب الزوجية في نص المادة 42 منه، والتي تنص على الآتي:

"أ- لكل من الزوجين أن يطلب التفريق إذ وجد بالآخر عيباً لا يتم به مقصود الزواج وغاياته، أو وجد به عيباً، سواء كان قائماً قبل العقد، ولم يعلم به طالب التفريق، أو حدث بعد العقد، ولم يرض به.

ب- فإن أتم الزواج وهو عالم به، أو حدث بعد العقد، ورضي به صراحة أو دلالة فلا يجوز له طلب التفريق"[1].

ومن خلال هذا النص يتبين لنا أنّ المشرع الليبي تبنى مذهب التوسع في مسالة العيوب، حيث أخذ برأي ابن القيم، القاضي بالتوسع في العيوب، وهو رأي القاضي شريح والزهري وأبي ثور و ابن تيمية[2]، واعتقد أن هذا الرأي أكثر تمشياً مع الواقع، إذْ أن الزمان أتى بأمراض لم تكن موجودة عند الفقهاء، والأخذ بهذا الرأي يرسخ مبدأً مهماً قامت عليه الشريعة الإسلامية، ألا وهو صلاحيتها لكل زمان ومكان وشمولها لكل المتغيرات والمستجدات.

كما يمكن القول إن التوسع في العيوب المجيزة لطلب التطليق للعيوب الزوجية أخذاً برأي الفقهاء القائلين بذلك، دون الاقتصار على عيوب بعينها، أمر محمود من قبل المشرع[3].

---

[1] القانون رقم 1984/10م، الصادر في 1984/4/19م، الجريدة الرسمية، ع6، 1984م، ص640.

[2] ابن قيم الجوزية: زاد المعاد في هدي خير العباد، مرجع سابق، ج5، ص183.

[3] انظر: زبيدة، الهادي علي: أحكام الأسرة في التشريع الليبي، المنصورة، ط1، 2013م، ج3، ص161.

وتبين لنا أيضاً من خلال نص المادة 4 سالفة الذكر أن المشرع الليبي لم يتعرض لتعريف العيوب الزوجية التي تجيز التفريق، وترك الأمر فضفاضاً واسعاً، ويتجلى ذلك في عبارة "...مقصود الزواج وغاياته".

إضافة إلى ذلك فإنه لم يحدد عيوباً بعينها، ولم يضع معايير عامة وخطوطاً رئيسية يمكن الإعتماد عليها في تحديد العيب من عدمه.

ويُطرح تساؤل هنا عن المعيار في تحديد العيب، هل هو معيار شخصي أم موضوعي؟

وإزاء هذا الغموض في النص لابد من معرفة المعيار لتحديد ما يعتبر عيباً، وما لا يعتبر عيباً، وتحديد العيوب التي لا يتم معها تحقيق مقصود الزواج وغاياته.

وإذا كان من مقاصد الزواج حصول الألفة والمودة بين الزوجين، فكيف يقال عن أي عيب ينفر أحد الزوجين من الآخر، ويدفعه إلى طلب التطليق، إنه يتم معه مقصود الزواج وغاياته"[4].

كما اقتصر المشرع الليبي في توصيفه للعيب بأنه: "الذي لا يتم به مقصود الزواج وغاياته"، وهذا القول يتصف بالعمومية، وينأى عن التصور القريب للعيب، إذ أنه يتحدث عن العيب الذي لا يحقق مقصود الزواج، علماً بأن القانون لم يتبين مقاصد الزواج، ولم يبين العيب[1]، ومشرعنا الليبي حينما ابتعد عن تعريف العيب أو بالأخص تحديد مفهومه، فإن هذا سيؤدي حتما وبلا شك إلى اختلاف محاكم الموضوع.

أضف إلى ذلك فإن نص المادة 42 لم يقصر الحق في طلب التفريق على الزوجة فقط، بل أتاحهُ للزوج أيضاً، وهذا يعتبرُ من المميزات التي اتسم بها هذا النص، بأن جعل طلب التفريق حقاً لكل من الزوجين على حدٍ سواء، حيث إن التفرقة بين الرجل والمرأة في هذه المسألة لا مبرر لها، فلا فرق بين عيب في الرجل، يمنع من تحقيق أهداف الزواج وغاياته، وعيب في المرأة يكون له ذات الأثر.

ولكن يمكن القول في هذا الشأن يجب ألاَّ يكون على إطلاقه، إذ أن لكل قاعدة استثناء، فيجب ألاَّ يُترك الأمر عبثاً، ويُفتح الباب أمام أصحاب الأهواء والنفوس الضعيفة، فمن سلموا أنفسهم للشيطان، ودفعتهم مغريات خارجية، فانطلقوا يصطادون في الماء العكر، ويحتجون بأبسط العيوب، ويطالبون بفك عرى الزوجية، ولا سيما إذا كانت هناك مصالح أولى بالرعاية من تلك التي يكون أصحابها غالباً لا يقدرون العواقب، ولا ينظرون إلى النتائج الوخيمة التي قد تترتب على التفريق من ضياع الأطفال وتفكك الأسرة، مما يؤثر سلباً على المجتمع بأسره.

فعلى سبيل المثال إذا كانت الزوجة عاقراً، وأراد الزوج أن يفارقها لهذا العيب، وكانت هذه المرأة لا تملك بيتاً يؤْويها أو ولياً ينفق عليها، فما هو مصيرها؟ أنتركها تتسول في الشوارع عرضة للفساد والانحراف، والرسول ﷺ يقول: "استوصوا بالنساء خيراً"[2]، وكل ذلك لأجل أن يتمتع الرجل بحياة هنيئة، ففي مثل هذه الحالة يجب أن تكون هناك حلولٌ مثالية تجري مجرى الوسط، كأن يرفض التفريق، ويُلجأ إلى العلاج، فإن تعذر يمكن تشجيع الزوج على الزواج مع بقاء الأولى، وغيرها من الحلول الأخرى التي تجمع بين المصالح بأخف الأضرار.

---

[4] الجليدي، سعيد: أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، طرابلس، منشورات جامعة ناصر، ط2، 1998م، ج2، ص176.

[1] زبيدة، أحكام الأسرة في التشريع الليبي، مرجع سابق، ج3، ص161.

[2] البخاري، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم: صحيح البخاري، حقق أصوله ووثق نصوصه: طه عبد الرؤوف سعد، القاهرة، الدار الذهبية، 1997م، كتاب النكاح، باب الوصاة بالنساء، رقم الحديث 5185، ص1101.

ويلاحظ أيضاً على صياغة المشرع الليبي أنه لم يذكر أن العيب الذي يقضي بالتفريق لأجله يجب أن يكون سبباً للضرر[3]، بمعنى أنه لم يربط بين العيب وحصول الضرر، وهذه المسألة في الوقت التي يراها البعض من مزايا النص، لكونها تمكن القاضي من استيعاب أكبر عدد ممكن من الأمراض التي لا يتم بها مقصود الزواج وغاياته، وإن كان العيب لا يؤدي إلى الإضرار بالطرف الآخر مثل العقم، إلا أن فريقاً آخر يرى أنهما من عيوب النص؛ لأنها تمثل قصوراً ونقصاً، يجب أن يتداركه المشرع، لأن الاقتصار على العيب دون اقترانه بالضرر يفتح الباب على مصراعيه لإدراج ما يشاء من العيوب.

ومما هو جدير بالذكر أيضاً أن المشرع الليبي جعل طلب التفريق جوازياً، وفي كل الأحوال يعد هذا من المساوئ التي تحسب عليه، لأن هناك أمراضاً خطيرةً ومعديةً غالباً ما تؤدي إلى الإضرار بالطرف الآخر، ولكن قد يدفع وفاء أحد الزوجين إلى أن يرضى بمرض الآخر، ويختار البقاء معه حتى وإن أدى ذلك إلى إصابته وضرره، لأن الذي أصيب بمرض معدٍ لا يستطيع أن يقوم بحقوق الزوجية، خاصة الوطء، لأن العدوى تحدث نفرة في الطبع، ويتعذر معها الجماع، فهو بذلك يظلم زوجته، ولا يوفيها حقها، وفي هذه الحالة يحرم عليه الزواج كما صرح بذلك الفقهاء[1]، والدليل على ذلك قول الرسول ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار"[2].

ومن هنا تظهر لنا أهمية الفحوصات الطبية التي يجريها الزوجان قبل إبرام عقد الزواج، حيث تعتبر الوسيلة الوحيدة التي من خلالها نستطيع تفادي أو التقليل من حالات الطلاق التي تمتلئ بها المحاكم، وما دامت بهذه الأهمية، فلماذا إذاً نترك الأمر هكذا إلى أن يتفاقم ويبلغ ذروته، ثم تعالج النتائج؟ أو بمعنى آخر لماذا نعالج النتائج قبل أن نأخذ بالأسباب؟

إن الفحص الطبي قبل الزواج لا يهدف إلى تدمير حياة الناس، ووضع العقبات أمامهم، وإفشاء أسرارهم، كما يرى البعض، بقدر ما يهدف إلى البحث في سبل العلاج، بل وشرح قواعد الوقاية والتبصُّر بثقافة قد نجهلها في بعض المجتمعات العربية، ونخشى الحديث عنها والخوض فيها، فكم هم أولئك الذين يجهلون أنهم مصابون بأمراض جنسية أو وراثية قد تكون خطيرة، فيكون الفحص الطبي قبل الزواج فرصة للعلاج والتوعية الصحية[3].

أما على الصعيد القانوني، وبالرجوع إلى صياغة نص المادة 42، نجدها جاءت خالية من نص صريح يتعلق بإجراء فحوصات طبية قبل الزواج، إلاّ أن القانون رقم 5 لسنة 1427هـ بشأن حماية الطفولة أشار إلى ذلك في مادته الثانية.

ولأن المحافظة على النفس الإنسانية من المقاصد الكبرى في الإسلام فيجب التشديد في مصداقية الشهادة الصحية بشكل يمنع التلاعب فيها وتزويرها هذا من جهة، ومن جهة أخرى يجب أن تكون شاملة لجميع الأمراض والعيوب، مع إعادة النظر في الملف الصحي وتطويره بما يتماشى مع العصر.

ونودّ الإشارة أيضاً إلى أمر مهم جداً، وهو أن صياغة هذه المادة جاءت خالية من الآثار المترتبة على القضاء بالتطليق للعيب، ومن أهمها مسألة التعويض[1].

---

[3] زبيدة، أحكام الأسرة في التشريع الليبي، مرجع سابق، ج3، ص162.

[1] انظر يوسف، صلاح الدين: الآثار المترتبة على الإصابة بالأمراض المعدية، مصر، دار الفكر الجامعي، 2008م، ج1، ص95.

[2] ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني: سنن ابن ماجة، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، مصر، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، رقم الحديث 2338، ج2، ص784.

[3] الكيلاني، فاتن البوعيشي: الفحوصات الطبية للزوجين قبل إبرام عقد الزواج، الأردن، دار النفائس، ط1، 2011م، ص73.

[1] زبيدة: مرجع سابق، ج2، ص163.

وإزاء سكوت المشرع عن الآثار، هو بالتالي ترك الأمر سلطة تقديرية لقاضي الموضوع، فطبقت في مسألة الآثار نص المادة 39 كقاعدة عامة يتم الرجوع إليها، مما نتج عنه اختلاف كبير وتباين في المحاكم الليبية، وهذا ما سنلاحظه من خلال التطبيقات القضائية.

ولكن إذا كان الضرر المؤدي إلى الطلاق من قبل الزوجة فهل تستحق إسقاط كافة حقوقها، إما أنها ترضى بجحيم حياة زوجية متعثرة وتبقي على حقوقها، أو أنها تقرر التخلص منها، وبالتالي تفقد هذه الحقوق؟ أين العدالة عندما يطبق نص المادة 39 بالنسبة لمسألة الآثار؟

وأيضا هل من تداعيات تطبيق العدالة أن يتأكد الصداق بصحيح المادة 19/هـ، ليصبح ملكاً خاصاً للمرأة، ثم نسقطه منها وننتزعه لصالح الزوج؟ هنا نلاحظ التناقض الواضح بين نص المادة 39 ونص المادة 19/هـ، ثم ما الفائدة والغاية من تطبيق نص المادة 39 في حالة وجود الأمراض المعدية والخطيرة؟

ومن وجوه القصور أيضاً في نص المادة 42 أن المشرع لم يبين نوع التفريق للعيب هل هو طلاق أم فسخ؟ وهذا يثير التساؤل هنا عن المعنى الذي قصده المشرع في هذه المادة ؟

يقول الدكتور الجليل سعيد الجليدي في هذا المقام: إن التفريق الذي يتم بسبب العيوب يعتبر طلاقاً بائناً، لأنه تطليق بحكم القضاء[2].

ولاشك أن التطبيق القضائي في ضوء الاجتهادات الفقهية سيكمل كثيراً من الأحكام التي سكت عنها النص، وذلك كوضع معايير تتحدد بها العيوب، والتي لا يتم معها تحقيق مقصود الزواج وغاياته.

المبحث الثاني

أثر الصياغة القانونية على التطبيقات القضائية

كما سبق القول صياغة نص المادة 42 جاءت في إيجاز مخل، فلم تعط الموضوع حقه، رغم أن المولى عز وجل فصَّل أحكام الزواج والطلاق تفصيلاً شاملاً، وما ذلك إلاّ لخطورة الموضوع، وعظيم أثره في حياة الناس، وكان الأجدر بالمشرع الليبي أن يجنح للتوضيح، لا للإيجاز والإجمال، سيما في هذا الموضوع الذي لا يحسن فيه الإجمال.

فانتهاج المشرع سبيل التوسع الذي يحمد عليه من حيث إمكانية شموله للعيوب المستجدة التي استجدها العصر مؤخراً، والتي لم تكن موجودة من قبل، هو أقرب لمقاصد الشريعة وأشمل للمصلحة والحكمة والعدل هذا من جانب، ومن جانب آخر الغموض والخلل في المادة 42 كان له آثار سلبية على الأحكام القضائية.

فالقاضي يقف أمام هذه الصياغة عاجزاً عن التوصل إلى مراد المشرع لبعض الأمراض أو الحالات، حيث يفتقر ذلك الموقف إلى تحديد النطاق أو القالب الذي يوصف به المرض أو الحالة المعروضة بأنهما من قبيل العيب، بالتالي فإن المحاكم الجزئية لم تجد منفذاً من هذا، إلاّ إتباع قضاتها لتفسيراتهم الذاتية، واجتهاداتهم الشخصية، حيث لعب القضاء دوراً مهماً في إيجاد الحلول المناسبة للحالات المعروضة أمامه والتي تتعلق بذات الموضوع.

ويمكن القول في هذا الشأن إنّ مبادئ الشريعة الإسلامية كفيلة بسد النقص والقصور، استناداً لنص المادة 72/ب من هذا القانون والتي تنص على أنه: "إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون"، وهذا يجرنا إلى الإشارة لمسألة مهمة، وهي الصعوبات التي تواجه القاضي

---

[2] انظر الجليدي: مرجع سابق، ج2، ص184.

في تبني الرأي الفقهي الذي يتماشى مع المقاصد التي تبنَّاها المشرع في نص المادة 42، على اعتبار أن مشرعنا الليبي أخذ بآراء جميع المذاهب في هذا القانون، ولم يتبنَ مذهباً معيناً.

عليه نحن ملزمون في هذه الحالة بتقييم مسار القضاء الليبي في التطليق للعيوب، هل طبق النص أم لا؟ وبالتحديد ما أثر الصياغة القانونية على التطبيقات القضائية داخل أروقة المحاكم الليبية، وما هو التكييف القضائي لمسألة التطليق للعيب؟

ولتوضيح المسألة أكثر سيتم عرض بعض التطبيقات القضائية لبعض المحاكم الليبية الأدنى درجة، محاولةً –ما أمكنني– بيان أوجه القصور في التطبيق القضائي، وذلك من خلال التعليق على الأحكام.

وبدايَّة يمكن القول إنه عندما يكون هناك عيب، قد تتفق المحاكم على بعض الأمور فتعدها عيوباً، بينما هناك أمور اختلفت المحاكم بشأنها، فالبعض يعتبرها عيباً، والبعض الآخر لا يعتبرها عيباً، ومرجع هذا إلى عمومية النص[1]، وهي كالآتي:

أ. عيوب متفق بشأنها في القضاء الليبي، وهي على سبيل المثال وليس الحصر، وأهمها:–

- مرض العوز المناعي المكتسب [الإيدز]: إذ يعتبر هذا المرض حديثا، حيث ظهر في الحقبة الأخيرة من القرن العشرين، ولهذا لا نجد له ذكراً ولا حكماً في عبارات الفقهاء القدامى، فهو طاعون العصر، ويتأكد هذا العيب أو المرض في تطبيقات القضاء الليبي عندما يقول: "إن المدعى عليه التجأ إلى طريق أدى به للإصابة بأمراض معدية، وهي مرض التهاب الكبد الوبائي، ومرض العوز المناعي المكتسب [الإيدز] مما جعل استمرار المدعية في العيش معه عُرضةً للخطر، وأصبحت الحياة الزوجية أمراً مستحيلاً لا يطاق، خاصة وأن هذه العيوب تعد من الأمراض المستحكمة التي لا يرجى زوالهما، كما أنها من الأمراض المعدية، وحيث إن الأمراض السالف ذكرها لا يتحقق معها مقصود الميثاق الغليظ، الزواج وغاياته من السكن والألفة والإعفاف والتناسل وتكوين الأسرة، وحيث إن الشرع الحنيف أجاز للزوجة طلب التفريق، كما أورد الإمام ابن تيمية وابن القيم بكل عيب ينفر منه، ولا يحصل به مقصود الزواج... حكمت المحكمة بتطليق المدعية من المدعى عليه للعيب"[2].

ولما كان المدعي عليه يعاني من مرض العوز المناعي المكتسب [الإيدز]، والتهاب الكبد الوبائي وكلاهما من الأمراض المؤدية إلى الموت المحقق، وبالتالي حسناً ما فعلت المحكمة عندما حكمت بالتطليق للعيب

- مرض العجز الجنسي:

وفي شأن هذا المرض قضت المحكمة قائلة: "المحكمة وهي بصدد تكوين عقيدتها تبين لها بأن المدعية، هي زوجة للمدعى عليه بصحيح العقد الشرعي، وحسب وثيقة عقد الزواج المرفق، ودخل بها، إلَّا أنّه لم يتمكن من الاتصال بها جنسياً، وأنها لازلت بكراً، وذلك حسب التقريرين المفصلين من الطبيب الشرعي المختص، بالرغم من منحه فرصة من الطبيب الشرعي المختص لإثبات عكس ما تدعيه المدعية في صحيفة دعواها، إلاّ أنَّه لم يحضر بعد ذلك، وثبت بالتقرير أنه ليس له القدرة على الاتصال الجنسي بعد الكشف عليه، والمحكمة قررت الفصل في الدعوى، فحكمت المحكمة بالتطليق للعيب الذي يندرج تحت طائلة الضرر"[3].

---

[1] انظر زبيدة: مرجع سابق، ج3، ص168.

[2] محكمة بن غشير الجزئية: دائرة الأحوال الشخصية، 2002/4/11م، الدعوى رقم: 2002/99م، (غير منشور).

[3] محكمة المدينة الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2007/9/23م، الدعوى رقم: 2006/271م، (غير منشور).

ويتأكد هذا العيب في تطبيقات القضاء أيضا عندما قضي بأنه: "بعد الاطلاع على الأوراق وسماع المرافعة تبين أن المدعى عليه لم يتمكن من الاتصال جنسياً بالمدعي عليها، ولا فض بكارتها، بالرغم من بقائها معه مدة أربعة أشهر، وأنها قد تضررت في الفراش وسكتت، وخلصت إلى طلب التطليق للضرر، وقررت المحكمة إحالة الطرفين إلى الطبيب الشرعي، وموافاة المحكمة بتقريرين منفصلين، وبعد ورود التقريرين للمحكمة، الأول يفيد أن المدعية لا زالت بكراً، ولم تتعرض لأي اتصال جنسي، والثاني يفيد أن المدعى عليه ليس له القدرة على الاتصال الجنسي، حكمت محكمة البداية بتطليق المدعية من المدعى عليه للضرر، واعتباره طلاقاً بائناً، وإلزام المدعى عليه بأن يدفع متعة طلاق وتعويض عن الضرر، ويدفع مؤخر صداقها ونفقة عدتها، مؤسسة قضاؤها على ثبوت الضرر للعيب.

وبما أن المحكوم عليه لم يرتض هذا الحكم فقد طعن عليه بالاستئناف، وقضت محكمة الاستئناف بأنه "كان على محكمة البداية أن تقضي بالتطليق للعيب وليس للضرر، ذلك أن الثابت بأوراق الدعوى من خلال الطبيب الشرعي يبين أن المستأنف مصاب بعيب يتعسر معه استمرار الزوجية، وهو عدم القدرة على المعاشرة الجنسية، ومن ثم فإن محكمة البداية قد أخطأت في تطبيق القانون، حيث قضت بالتطليق للضرر، وبالتالي يتعين إلغاء هذا الحكم فيما قضى به من تطليق المستأنف ضدها للضرر وتطليقها للعيب عملاً بنص المادة 42، ... وحيث إنه ولما كان ثابتاً بالأوراق أن سبب الطلاق هو العيب، أي لعلة في الزوج، وليس بإرادته، وأن القدر الذي أصاب المستأنف ضدها ليس بسبب من الزوج، وإنما بإرادة الله عز وجل، الأمر الذي يتعين معه القضاء بإلغاء هذا الحكم فيما قضى به متعة الطلاق والتعويض"[1].

ونلاحظ أن محكمة البداية كيفت الدعوى على أساس التطليق للضرر، أما محكمة الاستئناف فقد حكمت بالتطليق للعيب، وألغت حكم البداية، لأنه حسب وصفها ليس في محله.

أما بخصوص مسألة الآثار، فقد قامت بإلغاء حكم القاضي بالمتعة والتعويض، بسبب أن العيب الذى أصيب به الزوج ليس بإرادته، وإنما بإرادة الله عز وجل، وهذه الفرضية تفتح باباً للتفريق بين العيوب الإرادية والعيوب اللاإرادية في مسالة الآثار.

ب. عيوب مختلف بشأنها في القضاء الليبي:

هناك بعض العيوب اختلف بشأنها قضاتنا، كلاً حسب قناعته واجتهاداته في المسائل المعروضة أمامهم داخل المحاكم الليبية، نكتفي بذكر نوع واحد منها، لأن المقام هنا لا يسع لذكرها كلها، وهو عيب العقم.

حيث لم تتفق محاكمنا الموقرة حول عيب عدم الإنجاب، هل يعد عيباً أم لا، ما بين مانع ومجيز، فبعض المحاكم اعتبرت أن العقم عيبٌ يعطي حق الخيار في التطليق لأحد الزوجين باعتباره يؤثر سلباً على مقاصد الزواج وغاياته، في حين بعض المحاكم الأخرى لا ترى أن العقم عيبٌ يوجب التطليق.

فبعض المحاكم اعتبرت العقم عيباً يبيح طلب التطليق، وفي هذا قضت إحدى المحاكم قائلة: "وحيث إن القانون رقم 1984/10م لم يحدد العيوب التي يتوجب فيها طلب الطلاق، وحيث إن عدم الإنجاب لا يتحقق معه مقاصد الزواج على الوجه الأكمل، ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة، وهو أقرب لمقاصد الشريعة وأشمل للمصلحة، فبالتالي مما يتعين على المحكمة القضاء بالتطليق للعيب، مع الحكم لها بالتعويض عن الطلاق، والحكم لها بمتعة طلاق وبمؤخر صداق"[1].

---

[1] محكمة شمال طرابلس الابتدائية، دائرة الاستئناف الشرعي، 2008/1/28م، الدعوى رقم: 2008/215م (غير منشور).

[1] محكمة باب بن غشير الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2009/5/14م، الدعوى رقم: 2008/287م (غير منشور).

وتطبيقاً لذلك أيضاً قضت إحدى المحاكم بقولها: "إن المدعية أثبتت وجود رابطة الزوجية بينهما وبين المدعى عليه، وقد أفلحت المدعية في إثبات دعواها بأن المدعي عليه غير قادر على الإنجاب، ذلك أن ميثاق عقد الزواج الشرعي يقوم على أسس من المودة والرحمة والسكينة، وعندما يتقدم المدعى عليه، وهو يعرف أنه غير قادر على الإنجاب، وقام بالزواج من المدعية، ولم يخبرها بالحقيقة، وهو ما يلحق أشد الضرر بالمدعية، ويمنع المقصود من الزواج، وهو التوالد والتناسل، وبالتالي فإن المحكمة تجيب المدعية بتطليقها من المدعى عليه للضرر الواقع عليها طلاقاً بائناً"[2].

ويلاحظ أن المحكمة في كلا الحكمين قد أجابت المدعية إلى طلبها التفريق بسبب العيب القائم بالزوج، وهو العقم، ولكن ما يثير الانتباه أن المحكمة الثانية كيفت الدعوى بأنها تطليق للضرر، وكان المفترض أن يكون تطليقا للعيب، واعتبرت المحكمة أن من مقاصد الزواج التناسل والتوالد، وبالتالي فالعقم يعد في نظرها عيباً لا يتم به مقصود الزواج وغاياته.

بينما ذهبت بعض المحاكم الليبية الموقرة إلى عدم اعتبار العقم عيباً يبيح طلب التطليق، حيث قضت في ذلك بقولها إن: "دعوى المدعية لا تقوم على أساس من الواقع والقانون والشريعة، ذلك أن مطلب التطليق للعيب لا يجد له سنداً في الأوراق، لعجزها عن إثبات دعواها، فبمجرد عدم الإنجاب لا يعتبر عيباً من العيوب التي قصدها المشرع في المادة 42، لأن المدعية لم تثبت عجز المدعى عليه على الإنجاب بصورة نهائية، وأن ما تدعيه المدعية أمر مؤقت، ويزول بالعلاج، ولو سلمنا بأن هذا العارض من العيوب التي قصدها المشرع في نص المادة 42، فاستمرار المدعية مع المدعي عليه طيلة هذه المدة التي تجاوزت الست سنوات إنما هو دليل على رضاها بما يعتريه من طارئ، وهو عدم القدرة على الإنجاب، وبالتالي حكمت المحكمة برفض الدعوى"[3].

وقضت محكمة أخرى بنفس الحكم قائلة: "إن الإنجاب يتعلق بأمر الله –سبحانه وتعالى–لا دخل لإرادة الإنسان فيه، قال الله تعالى: ﴿يهب لمن يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء الذكور (49) أو يزوجهم ذكراناً وإناثاً ويجعل من يشاء عقيماً إنه عليم قدير﴾[1]، وإثباتاً لذلك فإن دعوى المدعية على هذا الأساس قد أضحت في غير محلها، الأمر الذي يتعين معه الحكم بما ورد في المنطوق برفض الدعوى"[2].

وبذا يتجلى لنا بوضوح من هذا الحكم عدم اعتبار المحكمة العقم من العيوب المجيزة لطلب التفريق للعيب، وأنها اعتبرته أمراً طارئاً يزول بالعلاج.

ومما يلاحظ أيضاً اعتبار المحكمة لبقاء المدعية مع المدعى عليه طيلة ست سنوات دليل على رضاها بالعيب، ومن ثم سقط حقها في طلب التفريق للعيب بسبب عدم الإنجاب.

أما الحكم الآخر فلم يعتبر العقم عيباً، لأنه معلق بمشيئة الله، وليس بمشيئة الإنسان، وهذا يؤدي إلى القول بأن كل عيب لا إرادي لا يجيز طلب التفريق.

إلاّ أنَّ التساؤل المطروح يتعلق بالفترة التي يجب على كل من الزوجين الدخول فيها تحت حقل التجربة لإثبات العقم أو عدم إثباته، وكذلك إثبات إمكانية العلاج من عدمها؟ فهل من المناسب أن تطول تلك الفترة لتعاني الزوجة في نهاية المطاف من اليأس، أو أن تفاجأ بصدمة عدم قبول دعواها بناءً على الادعاء برضاها لسكوتها خلال فترة التجربة

---

[2] محكمة الزاوية الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2006/4/22م، الدعوى رقم: 2004/89م (غير منشور).

[3] محكمة الزاوية الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2008/3/18م، الدعوى رقم: 2008/6م (غير منشور)

[1] سورة الشورى: الآيتان 49–50.

[2] محكمة الزاوية الابتدائية، دائرة الأحوال الشخصية، 1994/4/11م، الدعوى رقم 1993/1005م، (غير منشور).

تلك؟ وهل العقم المستحدث يعد كذلك من بين العيوب الزوجية؟ وخاصة إذا ما كانت الزوجة قد أنجبت طفلاً ثم انقطع الإنجاب؟

بعد هذا العرض لبعض الأحكام القضائية داخل أروقة المحاكم الليبية، نتساءل كيف كان التكييف القضائي للعيب؟ هذا ما سيتم الحديث عنه بإيجاز غير مخل.

فقد ثارت إشكالية تكييف دعوى العيب، فظهر أنه على صعيد التطبيق القضائي –كما رأينا– هناك تناقض وتضارب لدى القضاة في محاكمنا الموقرة، فهل تكيّف الدعوى للتطليق للعيب، أم أنها تكيف للتطليق للضرر، أم الاثنين معاً؟

مما سبق راينا أنه في بعض الأحيان تتجه بعض المحاكم، وأنا أؤيد ذلك، إلى تكييف الدعوى مباشرة إلى أنها تطليق للعيب، حيث قضت إحدى المحاكم بأنه: "وحيث إن المقصود من النكاح ليس خصوص التوالد، بل ما يشمله ويشمل غيره من المساكنة والمودة والمؤانسة، فكل ما من شأنه الإخلال بهذه المقاصد فهو مفوت للإمساك بإحسان، ومبيحٌ لطلب التطليق، دفعاً للضرر، وأن القانون رقم (1984/10) لم يفرق بين عيب وعيب، ولم يحدد العيوب الواجب التطليق فيها، وبالتالي وفقاً للتقرير الطبي فإن المدعى عليه يعاني من مرض الصرع، وبالتالي فإن المحكمة ترى إجابة المدعية لطلبها، وتقضي بتطليقها من المدعى عليه للعيب"[1].

وتطبيقاً لذلك أيضاً قضي بأنه: "كان على المحكمة أن تقضي بالتطليق للعيب، وليس للضرر، ذلك أن الثابت بأوراق الدعوى، ومن خلال تقريري الطبيب الشرعي أن المستأنف مصاب بعيب يتعسر معه استمرار الرابطة الزوجية، وهو عدم القدرة على المعاشرة الجنسية، ومن ثم فإن محكمة البداية قد اخطأت في تطبيق القانون، حيث قضت بالتطليق للضرر، وبالتالي يتعين إلغاء هذا الحكم فيما قضي به، وتطليقها للعيب"[2].

وفي هذا الشأن أيضاً قضت إحدى المحاكم بأنه: "وفقاً لتقرير الطبي من مركز الصرع مفاده أن المدعى عليه يعاني من مرض الصرع، وأنه تحت العلاج والمتابعة، وأن المدعى عليه يعالج بعقار، وهذا الدواء له تأثير على خصوبة الرجل، ومن أهم مضاعفات هذا العقار نقص الرغبة الجنسية، وحيث إن المدعية علمت بمرض المدعى عليه بعد الزواج، وأنها لم ترض بالعيب، والمحكمة ترى أن هذا العيب يعتبر في حد ذاته منافيا لمقاصد الزواج من المودة والمساكنة والمؤانسة، وبالتالي فإن المحكمة ترى إصابة المدعية، وتقضي بتطليقها من المدعى عليه للعيب"[3].

بينما ذهبت بعض المحاكم إلى تكييف العيب طبقاً لنص المادة 39 المتعلقة بالتطليق للضرر كقاعدة عامة، وتطبيقاً لذلك قضت إحدى المحاكم "بأن الضرر ثابت من خلال إصابة المدعى عليه بمرض معدٍ، هو التهاب الكبد الوبائي، ورفضه العلاج، رغم قيام المدعية ببيع الشقة التي تسكن فيها، وتسليمه مبلغ خمسة الاف دينار، لكي يقوم بالعلاج، ومن ثم فإن الضرر بشقيه المادي والمعنوي ثابت بحق المدعى عليه، وحيث إنه ثبت للمحكمة ثبوتاً جازماً وقوع الضرر من جانب المدعى عليه بحق المدعية، وأن المدعية أفلحت في إثبات الضرر من جانب المدعى عليه، والمحكمة تجيبها لطلبها الطلاق للضرر، وتقضي بتطليقها منه"[4].

---

[1] محكمة باب بن غشير الجزئية، الدائرة الشرعية الثالثة، 2007/12/27م، الدعوى رقم 2007/763م، (غير منشور).

[2] محكمة شمال طرابلس الابتدائية، دائرة الاستئناف، الأحوال الشخصية الأولى، غوط الشعال، 2008/1/28م، الاستئناف رقم: 150-2007م (غير منشور)

[3] محكمة باب بن غشير الجزئية، أبو سليم، دائرة الأحوال الشخصية الثالثة، 27-12-2007م، الدعوى رقم: 2007/763م (غير منشور)

[4] محكمة قصر الأخيار الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2007/9/23م، الدعوى رقم:2006/271، (غير منشور)

وقضت إحدى المحاكم بأنه: "بعد الإطلاع على الأوراق وسماع المرافعة، ولما كان الثابت من الأوراق، والذي هو محل التسليم من المدعية، أن المدعى عليه حامل لفيروس الوباء الكبدي، ومصاب بمرض فقدان المناعة المكتسب (الإيدز)، وكلاهما من الأمراض المعدية، وقد حضر أمام هذه المحكمة أكثر من مرة ، ولم ينازع في إصابته بهذين المرضين، وحيث إن هذين المرضين من الأمراض المعدية، الأمر الذي يكون معه طلب المدعية تطليقها للضرر، والتعويض عن الضرر من المتسبب فيه، إلا أن الضرر في دعوى الحال، وإن كان ضرر المدعية يبيح لها طلب التطليق، إلا أنه في واقع الأمر ضرر على المدعى عليه أكبر، ربما لا دخل لإرادته فيه، ومن ثم فإنه استناداً إلى ذلك لا ترى معه المحكمة استجابة المدعية إلى طلب التعويض"[1].

ويلاحظ على هذا الحكم أيضاً أن القاضي قد أسس الدعوى على أنها تطليق للضرر، وهو لا يتفق مع التكييف السليم لهذه القضية؛ حيث إن طلب التطليق لوجود مرض بأحد الزوجين هو من باب التطليق للعيب، وليس التطليق للضرر.

ففي حين أن المشرع يفرق بينهما، وذلك أن نص المادة 39 متعلق بالتطليق للضرر ونص المادة 42 متعلق بالتطليق للعيب، ولكن هذا العيب قد ينتج عنه ضرر، وقد لا ينتج عنه ضرر؛ وكان الأجدر بالقاضي هنا أن يُكيف الدعوى على أساس أنها تطليق للعيب، استناداً على نص المادة 42 ، وأن يستند أيضاً على نص المادة 39 باعتبارها نصا عاما متعلقا بالضرر، أضف إلى ذلك فإن القاضي لم يحكم بالتعويض للمدعية باعتبار أن هذا المرض خارج عن إرادة المدعى عليه.

فهل طلب المدعية التطليق من المدعى عليه جزاءً لحرمانها من التعويض؛ فإما تصبر على زوج حامل لمرض (الإيدز)، وإما حرمانها من حقوقها؟

ومن جانب آخر ذهبت بعض المحاكم إلى الجمع بين المادتين (المادة 39 والمادة 42)، وفي ذلك قضت إحدى المحاكم قائلة: "المحكمة بعد تكوين عقيدتها، قررت الفصل في الدعوى تطبيقاً لنص المادة 39 بعد أن تبين لها أن المدعية متضررة من استمرارها مع المدعى عليه للعيب الذي يعانيه المدعى عليه وفقاً للتقرير الطبي المرفق بالأوراق، ولما كان ذلك طلبت المدعية تطليقها من المدعى عليه للضرر، فهو طلب في محله، ويجب الاستجابة إليه وفقاً لنص المادة 39 وصريح المادة 42 حكمت المحكمة بالتطليق للعيب الذي يندرج تحت طائلة الضرر (المادة 39) باعتبار أن هذا التطليق هو بحكم القضاء، وأن المتسبب في الضرر هو الزوج، وقد ثبت للمحكمة ذلك، فإنه يحق لها مؤخر صداقها والتعويض عن الضرر المادي والمعنوي"[2].

وقد جاءت المبادئ التي أقرتها المحكمة العليا الليبية بخصوص التعويض عن الطلاق متفقة مع نص القانون، ومنها "أن قضاء المحكمة العليا قد استقر على أن الطلاق أو التطليق طبقاً لأحكام القانون رقم (1984/10)، بشان الزواج والطلاق وآثارهما، إذا نشأ عنهما ضرر تحمل المتسبب فيه بتعويض الطرف المضرور، سواءً كان الضرر مادياً أو معنوياً، سواء لحق الضرر الزوجة أو الزوج"[3].

---

[1] محكمة باب بن غشير الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2007/5/28، الدعوى رقم 274-2007م، (غير منشور)

[2] محكمة المدينة الجزئية، غوط الشعال، دائرة الأحوال الشخصية، 2007/9/23، الدعوى رقم: 2006/271-(غير منشور)

[3] المحكمة العليا، طعن شرعي، 16-6-1994م، مجلة المحكمة العليا، س32، ع40

وفي حكم آخر قالت: "إن المناط في التعويض هو الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، وعلى المحكمة عند نظر طلب التعويض أن تتحقق من ذلك، ثم تقدر التعويض وفق الأسس والمعايير التي حددها القانون"[1].

والخلاصة أنهُ على مستوى التطبيق القضائي يوجد هناك تباين في مسألة التعويض، فبعض المحاكم تقضي بالتطليق للعيب، ولا تقضي بالتعويض، وبالمقابل هناك محاكم تقضي بالتطليق والتعويض لطالب التفريق للعيب، بينما ذهب اتجاه آخر من المحاكم إلى التفرقة بين العيوب الإرادية وغير الإرادية، وهذا التباين جاء إزاء سكوت المشرع عن بيان آثار التطليق للعيب.

فعلى الصعيد القضائي توجد ازدواجية في تطبيق النص، وفي هذا الصدد يمكن القول بشأن مسألة التكييف أن للمحكمة السلطة المطلقة في تكييف الدعوى من خلال الوقائع المعروضة أمامها، وبما يتفق مع سياق الدعوى وظروفها وملابساتها، فكل قاضٍ يرى المسألة من وجهة نظر تختلف عن الآخر، ولكل قاضٍ مبرراته وأسانيده، وهذا بالتأكيد لا يخدم مبدأ المساواة، كما لا يخدم العدالة التي يجب أن يحظى بها جميع المتقاضين، فالعادلة لا تتحقق إلا إذا طبقها جميع القضاة تطبيقاً واحداً، بحيث لا يكون هناك مجال لإنزال أكثر من حكم على المسألة الواحدة، وهذا لا يتأتى إلا بصياغة محكمة ومتكاملة.

وبهذا اكتفي بهذا القدر من بيان للعيوب، وما ذكرته سلفاً كان على سبيل المثال لا الحصر، فالتطور الذي يعرفه العالم اليوم في جميع المجالات سلاح ذو حدين، فإذا كان الطب قد نجح فعلاً في القضاء على العديد من العيوب والأمراض، فبالمقابل فإن التقدم التكنولوجي والصناعي قد تسبب أيضاً بصفة مباشرة أو غير مباشرة في خلق أمراض لم يكن لها وجود من قبل.

أما على المستوى القانوني فلا بد أن تكون الصياغة القانونية والفلسفة التشريعية مواكبة للواقع الليبي المعاش على جميع الأصعدة.

[1] المحكمة العليا، طعن شرعي، 1-2-2007م، الطعن رقم 25-53ق، (غير منشور)

الخاتمة

بهذا نكون قد انتهينا من هذا البحث، ونأمل من الله أن أكون قد أسهمت ولو بشيء قليل في إزالة اللبس وكشف النقاب عن بعض المسائل العالقة، والتي أثارت جدلاً كبيراً، وإتماماً للفائدة فإن ثمرة البحث في نتائجه، وأهم النتائج التي توصلت إليها تتمثل في الآتي:

– أخذ المشرع الليبي في مسألة العيب بالرأي الفقهي الذي يتوسع في العيوب، لأن حصر العيوب وتحديدها لا يتوافق ومقاصد الشرع الحكيم، باعتبار أن الشريعة صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان، بحيث تسع جميع الحوادث والأمراض والعلل التي قد تخل بمقاصد النكاح.

– لا فرق في القانون الليبي بين أن يكون العيب الذي يجوز طلب التفريق به من العيوب العضوية أو التناسلية أو العقلية، وكذلك لا فرق بين أن يكون العيب مرضاً معدياً أو منفراً، بل المعول عليه أن يثبت لدى المحكمة أن هذا العيب لا يتم معه مقصود الزواج وغاياته.

– منح المشرع الليبي حق التفريق للزوجين معاً، وهذه ميزة اختص بها القليل من القوانين العربية، وعندما تحدث عن العيوب في المادة 42 لم يتطرق لمسألة آثار التطليق للعيب وترك الأمر سلطة تقديرية لقاضي الموضوع.

– من خلال تقييم مسار القضاء الليبي في درجاته المختلفة لوحظ أن هناك تباينا وتناقضا في وجهات نظر القضاة في القضية الواحدة، فما يعتبره هذا القاضي عيباً، قد لا يعتبره قاضٍ آخر عيباً، ومع أداء القضاء الليبي كان غير متفق، ولكن في نفس الوقت لا ننكر الجهد الذي يبذله القاضي في ظل النقص التشريعي.

وفي ختام هذا البحث أوصي بالآتي:

– على المشرع الليبي تلافي الأخطاء، سواءً في صياغة النص، أو من حيث القصور والنقص في بعض مراده، وخاصة فيما يتعلق بالمادة 42 المتعلقة بالتطليق للعيب.

– أوصي القائمون على تقنين التشريعات الوضعية بوضع مذكرات توضيحية للقوانين المعمول بها، لتكون معبرة عن مقاصد المشرع.

– تفعيل دور الملف الصحي ليكون كاشفاً لكثير من العيوب قبل عقد الزواج، بحيث يشمل هذا الفحص جميع الأمراض السارية والوراثية الخطيرة بالدرجة الأولى، وبالتالي نكون قد أسهمنا في التقليل من حالات التطليق القضائي.

– يعتبر قانون الأحوال الشخصية هو البقية الباقية من أحكام الشريعة الإسلامية، لذا فمن واجب الباحثين والأساتذة وشراح القانون النهوض والاهتمام بهذا القانون، وإخراجه في ثوب جديد يناسب تغير الزمان والأحوال والمصالح في إطار ثوابت الشريعة الإسلامية.

هذه أهم النتائج التي توصلت إليها والتوصيات التي أوصي بها، وفي نهاية المطاف فإن الفضل والمنّة لله العظيم وحده، وإن كنت قد أصبت في عملي هذا، فإن ذلك من فضل الله تعالى ونعمه الكثيرة التي لا تحصى، وإن أخطأت فحسبي أني بشر.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

ثبت المصادر والمراجع

أولاً– القران الكريم

ثانياً– كتب الحديث:

1- البخاري، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم، صحيح البخاري، حقق أصوله ووثق نصوصه: طه عبد الرؤوف سعد، القاهرة، الدار الذهبية، 1997م.

2- ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني: سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، مصر.

ثالثاً– كتب الفقه الإسلامي:

- الزيلعي، عثمان بن علي: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، القاهرة، مطابع الفاروق للطباعة والنشر، ط 1، 1314هـ.
- الدسوقي، محمد بن عرفة: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، بيروت، دار إحياء الكتب العربية.
- السرخسي، أبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل: المبسوط، تحقيق: محمد حسن إسماعيل الشافعي، بيروت، دار الكتب العلمية، ط3، 2009م.
- الشربيني الخطيب، شمس الدين محمد: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن المنهاج، تحقيق: علي محمد معوض وعادل احمد عبد الموجود، بيروت، دار الكتب العلمية، 2000م.
- ابن قدامة المقدسي، عبد الله بن أحمد: المغني ويليه الشرح الكبير، تحقيق: محمد شرف الدين خطاب والسيد محمد السيد وسيد إبراهيم صادق، القاهرة، دار الحديث، ط1، 1996م.
- ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر: زاد المعاد في هدي خير العباد، دار ابن حزم، ط1، 1999م.
- ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد، المحلى، تحقيق: أحمد محمد شاكر وعبدالغفار سليمان البنداري، بيروت، دار الكتب العلمية ، ط1، 2010م.

رابعاً– كتب الفقه القانوني:

- الجليدي، سعيد: أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، طرابلس، منشورات جامعة ناصر، ط2، 1998م.
- زبيدة، الهادي علي: أحكام الأسرة في التشريع الليبي، المنصورة، ط1، 2013م.
- يوسف، صلاح الدين: الآثار المترتبة على الإصابة بالأمراض المعدية، مصر، دار الفكر الجامعي، 2008م.
- الكيلاني، فاتن البوعيشي: الفحوصات الطبية للزوجين قبل إبرام عقد الزواج، الأردن، دار النفائس، ط1، 2011م.

خامساً– الأحكام القضائية:

- **أحكام المحكمة العليا:**

1- مجلة المحكمة العليا- طعن أحوال شخصية رقم16 -6-1994-س32- ع40

2- المحكمة العليا- طعن احوال شخصية -1-2-2007- الطعن رقم: 25-53ق- (غير منشور)

- **أحكام محاكم الموضوع غير المنشورة:**

1- محكمة بن غشير الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 11-4-2002م، الدعوى رقم 99-2002م.

2- محكمة المدينة الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 23-9-2007م، الدعوى رقم271-2006م.

3- محكمة شمال طرابلس الابتدائية، دائرة الاستئناف الشرعي، 28-1-2008م، الدعوى رقم 215-2008م.

4- محكمة باب بن غشير الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 14-5-2009م.

5- محكمة الزاوية الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 22-4-2006م، الدعوى رقم 89-2004م.

6- محكمة الزاوية الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 18-3-2008م، الدعوى رقم 6-2008م.

7- محكمة الزاوية الابتدائية، دائرة الأحوال الشخصية، 11-4-1994م، الدعوى رقم 1005-1993م.

8- محكمة باب بن غشير الجزئية، الدائرة الشرعية الثالثة، 27-12-2007م.

9- محكمة قصر الأخيار الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 23-9-2007م، الدعوى رقم271 -2006م.

10- محكمة المدينة الجزئية، غوط الشعال، دائرة الأحوال الشخصية، 23-9-2007م، الدعوى رقم271-2006م.

11- محكمة باب بن غشير الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 28-5-2007م، الدعوى رقم 274-2007م.

12- محكمة شمال طرابلس الابتدائية، دائرة الاستئناف، الأحوال الشخصية الأولى، غوط الشعال، 28-1-2008م، الاستئناف رقم: 150-2007م.

13- محكمة باب بن غشير الجزئية، أبو سليم، دائرة الأحوال الشخصية الثالثة، 27-12-2007م، الدعوى رقم 763-2007م.