



جامعة الزاوية

إدارة الدراسات العليا والتدريب

كلية القانون

قسم الشريعة

## التطبيق للضرر والآثار المترتبة عليه

دراسة مقارنة ومقاربة بين الفقه الإسلامي  
والقانون رقم ح 10 لسنة 1984م وتعديلاته

إعداد الطالبة: إبتسام خليل عصمان

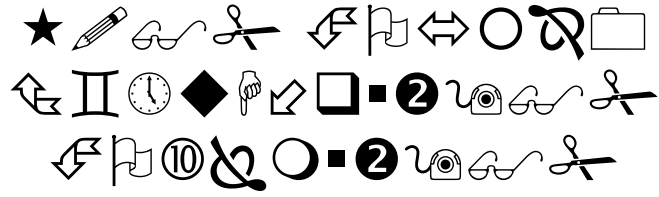
إشراف الدكتور: الهادي علي زبيدة

الدرجة العلمية: أستاذ

(2021م)

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الإجازة العالية الماجستير بتاريخ 2021/01/06م

الموافق 22/ جمادى الأولى/1442هـ قسم الشريعة كلية القانون جامعة الزاوية



﴿فَأْمْسِكُوهُمْ بِمِعْرُوفٍ أَوْ سِرِّحُوهُمْ  
بِمِعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُمْ ضَرَارًا لِّتَعْتَدُوا  
وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾

﴿

سورة البقرة، الآية (231)

الإهداء

إلى روح والدي، طيب الله ثراه

## الشكر والتقدير

بعد حمد الله وشكره أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى أستاذي  
الفاضل / الأستاذ الدكتور الهادي علي زبيدة لتوجيهاته العلمية ومتابعته ،  
وتصحيحه لعثراتي بكل صبر وسعة صدر رغم انشغالاته الجمّة.

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى /

الدكتور/ عبدالحميد الأحرش

والدكتور/ محمد نصرات

لتفضلهم بقبول مناقشة هذه الدراسة.

كما لا يفوتني أن أتقدم بجزيل الشكر والتقدير إلى قسم الشريعة بكلية  
القانون جامعة الزاوية.

وختاماً أتوجه بالشكر والتقدير إلى كل من شجعني ودعمني ولو بكلمة  
طيبة في سبيل مواصلة العمل وإتمام الرسالة.

جزاكم الله عني جميعاً خير الجزاء

الباحثة

## المقدمة

الحمد لله على ما وهب من الهدى إلي شرعه ومنهاجه، وألهم من استخراج مقاصده وتنسيق حجاجه.

والصلاة والسلام على سيدنا محمد الذي أقام به صرح الإصلاح بعد ارتجاجه، وعلى أصحابه وآله نجوم سماء الإسلام وجواهر تاجه، وأئمه الدين الذي بهم أضحى أفق العلم إثر بزوغ فجره وانبلاجه.

يعد عقد الزواج من أهم العقود التي يعقدها الإنسان في حياته، وأبعدها خطراً، وأعلاها قدراً، إذ هو عقد ارتباط دائم بين ذكر وأنثى من بني الإنسان، تقوم به حياة الأسرة، وحياة الأمة، فهو متعلق بذات الإنسان الذي كرمه الله بقوله: [وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ]<sup>(1)</sup>، ولما كان لهذا العقد من الخطورة فقد عني الإسلام به عناية فائقة، وتظهر عناية الإسلام به في أمور منها:

- تشريع الخطبة قبل الزواج ليتعرف كل واحد من الزوجين على الآخر في دينه، وخلقه، وطبائعه، وجميع جوانب حياته عن طريق النظر، والتحري، والبحث، والسؤال من الخاطبين، والواقفين على أخبار كل واحد منهما في العمل، والبيئة؛ حتى يكون إقدامهم على الزواج ببينة.

- حث كل واحد منهما على حسن المعاشرة، والتسامح في المعاملة.

- بيّن لكل واحد منهما ماله من حقوق، وما عليه من واجبات نحو الطرف الآخر.

ورغم هذه الحمى التي وضعها الإسلام ليحمي به الحياة الزوجية من الفشل، إلا أنه قد يتعرض للحياة الزوجية ما يفسدها ويحولها إلى شقاء دائم، ونزاع مستمر، وأسباب ذلك كثيرة، فقد يكون بين الزوجين كراهية أو نفور، وقد يظهر في أحدهما عيب، وقد يسيء أحدهما العشرة ويرتكب من الأفعال، أو يصدر عنه من الأقوال ما يسبب للآخر أذى لا يتحمله الطرف الآخر، إلى غير ذلك من الأسباب<sup>(2)</sup>.

فلو ألزم الشارع الزوجين بضرورة إبقاء الحياة الزوجية مع وجود تلك الأسباب لوقع الزوجان في حرج وضيق، من أجل ذلك أعطت الشريعة الإسلامية لأحد الزوجين الحق في طلب التفريق تقادياً لهذا الحرج، ودفعاً للأضرار التي تلحق المتضرر طبقاً لمبدأ "الضرر يزال"<sup>(3)</sup>،

(1) الإسراء، الآية 70.

(2) عبد الساهي، شوقي، الخلافات الزوجية، القاهرة، مكتبة النهضة المصرية، ط1، 2001م، ص8.

(3) مجلة الأحكام العدلية، م (20).

و"المشفة تجلب التيسير"<sup>(1)</sup>، الذي ستكشف الدراسة عن مدي اتفاق فقهاء المذاهب، واختلافهم في الأخذ به.

وإن حصل نشوز من الزوج حث الإسلام علي إصلاح الأمر، حيث قال تعالى: (وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ)<sup>(2)</sup>، وأمر الزوج بعدم الإضرار بالزوجة حيث قال تعالى: (فَأَمْسِكُوهُمْ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَحوهُمْ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تَمْسِكُوهُمْ ضَرَارًا لِيَتَّقُوا)<sup>(3)</sup>.

ورغم كل هذه التوجيهات فقد تسوء العلاقات بين الزوجين، ويصبح استمرارها مستحيلا وتستنفذ كل وسائل العلاج، ويصبح الفراق بين الزوجين هو الحل الوحيد لكل منهما، حيث قال الله تعالى: (وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلاًّ مِّن سَعْتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعاً حَكِيمًا)<sup>(4)</sup>. ولأن عضل النساء والإضرار من قبل الأزواج أصبح منتشرا في هذه الأيام، إرتأبت أن أكتب رسالتي في هذا الموضوع، حتي أقدم شيئا يخدم الأمة ويساعد على إصلاح الحال بين الأزواج في بلدي.

## أهمية الموضوع:

إن موضوع فصم عري الزوجية بواسطة التطليق للضرر من الأمور التي تجد لها صدا عميقاً في الكتاب المنير والسنة العطرة، فعندما ينقلب مسكن الزوجية إلى مجال لممارسة الظلم وإلحاق الضرر بالآخر تحت ذريعة الزواج، يصبح معه التدخل لفعل عري الرابطة الزوجية ورفع الحيف عن المظلوم وتمتعه بحقوقه أمراً متطلباً.

وعلى هذا النحو جنح فقهاء الشريعة الإسلامية في مؤلفاتهم إلى إعطاء الحق للزوج المظلوم بأن يفك العصمة بالطلاق، كما منحوا الزوجة الحق في اللجوء إلى القضاء لطلب الفرقة من زوجها تحت ما يسمى بالتفريق القضائي، رغم أن فقهاء الشريعة الإسلامية خصوصاً في المذاهب الفقهية الأربعة قد اختلفوا في مسائل عدة، لعل أهمها حق الزوجة في اللجوء للقضاء لفك الرابطة الزوجية استناداً إلى الضرر اللاحق بها.

(1) مجلة الأحكام العدلية، م (17).

(2) النساء، الآية 128.

(3) البقرة، الآية 231.

(4) النساء، الآية 130.

فلا شك أن كل هذه الأمور الشرعية والفقهية تعطي لبحثنا هذا أهمية بالغة خصوصاً من ناحية التأصيل لموضوع التطبيق للضرر وبيان الخلاف الحاصل بين فقهاء الإسلام في بعض مواضعه.

### أسباب الاختيار:

- إعادة الدراسة بما يتفق مع واقع الحال، وتوافقه مع الفقه، وما يتماشى مع حياة الناس.
- دراسة القانون الليبي بعد ثلاثة عقود ونصف في ضوء التوجه التشريعي من المشرع، ومدى بيان أوجه النقص، والكمال، والتعارض؛ حتى ننبه المشرع لإعادة صياغة التشريعات بما يحقق مصالح الأسرة.
- دراسة توجهات القضاء الليبي في تطبيقه لهذا القانون في محاكم الموضوع، والمحكمة العليا.
- إنه موضوع عملي ومتجدد يمس حياة معظم أفراد المجتمع، وتكثر قضاياها في المحاكم في هذه الأيام، فلا بد من بيان الأحكام المتعلقة به، وتوضيحها.
- إن أحكام هذا الموضوع بحاجة إلى زيادة بحث، وتوضيح، وتجميع وتبويب؛ لكي يسهل علي الباحث الاطلاع عليها.
- عدم وجود بحث مستقل متكامل بموضوع التطبيق للضرر - في ليبيا.

### إشكالية البحث:

تتجلى الإشكالية الرئيسية التي عهدنا أنفسنا بأن نؤطر بها هذه الرسالة في ما يلي:  
س/ إلى أي حد استطاع المشرع الليبي والمقارن تحقيق الحماية الكافية الموضوعية والإجرائية للزوجة المطلقة للضرر من خلال النصوص القانونية، وتوجه الفقه والقضاء في هذا المضمار؟  
س/ كيف تعامل فقهاء الشريعة الإسلامية مع التفريق للضرر؟ وما هي أبرز مكامن الاختلاف في تعامل كل منهم معه سواء من حيث الأضرار الموجبة للتطبيق، وسلطة القاضي في التفريق بين الزوجين استناداً إلى السبب الذي بني عليه

### الدراسات السابقة :

- 1- بعد البحث والدراسة وجدتُ موضوعات هذا البحث متناثرة في أبواب متعددة من كتب الفقه، وكتب التفسير القديمة، وهي بحاجة لتجميع، وتبويب، وزيادة.

- 2- أما في الكتب الحديثة التي تعرضت لهذا الموضوع كتاب (أسباب التطليق في قوانين الأحوال الشخصية) أ.عيد فاروق الزنكولي، وكتاب (موسوعة الأسرة للأحوال الشخصية) د.عبد الحكيم فوده، (شرح أحكام الأحوال الشخصية) د.عثمان التكروري، (الأحوال الشخصية) د. جمعة بشير، (أحكام الأسرة في الزواج والطلاق) د.سعيد الجليدي، ولأهمية هذه الكتب إلا أنها تناولت الموضوع، ومسائله بإيجاز دون تفصيل، ولم يقتصر على هذا الموضوع، ولم يتعرض لموقف القانون، والشريعة بشكل مفصل إلا كتب قليلة.
- 3- (أحكام الأسرة في التشريع الليبي) د.الهادي زبيدة، وقد تعرض لها بالتفصيل فقهاً وتشريعاً وقضاء.
- 4- كما توجد بحوث ورسائل علمية تناولت هذا الموضوع، ضمن مناهج الأحوال الشخصية من بينها: ربيعة بنغازي (التطليق للضرر من خلال الاجتهاد القضاء المغربي)، مريم بن سعيد العذري، (التفريق القضائي بين الزوجين للضرر).

### الصعوبات التي واجهتني في البحث:

- قلة الكتب الفقهية والقانونية الليبية التي تناولت هذا الموضوع بالبحث، والدراسة الكافية، جل الكتب تناولت هذا الموضوع كأمر ثانوي، أو درسته في مبحث، أو مطلب.
- تردي الوضع الأمني في البلاد، مما جعلني كأنتي أتجنب التنقل بين مكاتب المدن ومحاكمها.
- عدم نشر أحكام المحاكم الليبية للموضوع، بشكل منتظم؛ حتى يمكن للباحثين الرجوع إليها؛ مما يزيد من صعوبة البحث، وخاصة في الاستدلال بقضاء محاكم الموضوع.
- عدم توفر المراجع والكتب التي تبحث وتعالج هذا الموضوع بشكل مفصل.
- معظم الندوات والمؤتمرات الشرعية والقانونية التي تنعقد في ليبيا، لم يتقدم المشاركون فيها بأي محاولة للتطرق لموضوع الدراسة.

### منهج البحث :

- تناولت في بحثي موضوع التطليق للضرر، معتمدةً في ذلك على المنهج المقارن، وقد تم اختياري للمنهج المقارن بين الشريعة والقانون وتطبيقات القضاء.
- خطة البحث تناولت فيها فصلين بدأت به مفهوم الضرر، وأنه يتم بأثار الضرر، بالإضافة إلى خاتمة، وضحت فيها نتائج بحثنا بعون الله.



## خطة البحث:

الفصل الأول: الأسس العامة للضرر.

المبحث الأول: مفهوم الضرر وأنواعه.

المبحث الثاني: شروط الضرر وإثباته.

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على إثبات الضرر.

المبحث الأول: الآثار غير المالية المترتبة على التطليق القضائي للضرر.

المبحث الثاني: الآثار المالية المترتبة على التطليق القضائي للضرر.

الخاتمة: وقد أوردت فيها النتائج التي توصلت إليها في هذا البحث.

## الفصل الأول

### الأسس العامة للتطبيق بسبب الضرر

#### تمهيد:

ليس كل ضرر تطلق به الزوجة من زوجها؛ لأن من شأن ذلك أن يحدث خللاً في المحيط الاجتماعي، وينال من قدسية الرابطة الزوجية، ويعمل على تفكك الأسر وما يتبعه من أمراض اجتماعية، فالأضرار البسيطة لا تكاد تسلم منها أي أسرة، لذلك وجب التنازل عنها وتجاوزها، مراعاة لفضيلة التسامح التي يأمرنا بها الله سبحانه، والافتداء برسول الله إذ يقول: "لَا يُفْرِكُ مُؤْمِنٌ مُؤْمِنَةً إِنْ كَرِهَ مِنْهَا خُلُقاً رَضِيَ مِنْهَا آخَرَ"<sup>(1)</sup>. لذلك فإن الفقهاء، وكذلك النصوص القانونية، وتطبيقات القضاء اشترطت شروطاً تميز بها ما تكون سبباً للقضاء بها، وما لا تكون؛ ولذلك فإن التساؤل الوارد في هذا المقام ما هو الضرر الذي يصدق عليه هذا الوصف؟.

وهذا ما سيتم بحثه في هذه الفصل وفق مبحثين:

**المبحث الأول: مفهوم الضرر وأنواعه.**

**المبحث الثاني: شروط الضرر وإثباته.**

---

(1) مسلم، بن الحجاج، صحيح مسلم، تركيا، مطبعة العامرة، ط1، 1330هـ، ج2، ص1091، رقم الحديث 1468، والإمام حنبل، أحمد بن حنبل، المسند، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط1، 1993م، ج2، ص229، حديث رقم 8163، ومعنى الفرق البغض .

## المبحث الأول ماهية الضرر

إن تحديد ماهية الضرر يتطلب بيانه في مدلوله اللغوي، وما اصطلح عليه الفقهاء في المذاهب الفقهية المختلفة، وكذلك المشرع الليبي في القانون رقم 10 - 1984م وتعديلاته، وما حكم به القضاء في درجاته المختلفة، وسيتم بحثه في مطلبين.

### المطلب الأول

#### مفهوم الضرر

الفرع الأول - تعريف الضرر:

أولاً - الضرر لغةً:

بالرجوع إلى المفهوم اللغوي للكلمة نجد أن الضرر يدل على معانٍ عديدةٍ منها: "الضرر ضد النفع وبابه ردّ، والضرار المضارةُ ورجل ذو ضارورةٍ وضرورة أي ذو حاجة، ورجل ضَرِيرٌ بين الضرارةِ بالفتح أي ذاهب البصر"<sup>(1)</sup>، وقوله تعالى: (غَيْرَ مُضَارٍّ)؛ منع من الضرار في الوصية، "والضراء: السنّة والضارراء: القحط والشدة. والضرر: والضّر: سوء الحال، وجمعه أضْرٌ، والضّرّاء: نقيض السّرّاء"<sup>(2)</sup>.

ثانياً - الضرر اصطلاحاً:

هو كل إيذاء بالفعل كالضرب، أو بالقول بشكل لا يليق بمثلها<sup>(3)</sup>، فمن الضرر ألا يكلمها، أو يحول وجهه عنها في الفراش، أو إيثار امرأةٍ أخرى عليها، أو ضربها ضرباً مؤلماً، أو شتمها أو شتم والديها<sup>(4)</sup>، ومن ثم فإن الضرر في مفهومه الواسع ينصرف أساساً إلى كل إساءة من أحد الزوجين من شأنها تكدير العشرة الزوجية، والنيل من مقاصد الزواج النبيلة المبنية على الترابط، وقد حدد الدسوقي الضرر حيث قال: "إن كان يضارها بالهجر أو بالضرب أو الشتم

(1) ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، بيروت، دار صادر، ط1، 1997، مادة ضرر.

(2) الفيروز أبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، قاموس المحيط، بيروت، دار أحياء التراث العربي، ط1، 1991، مادة ضرر.

(3) ينظر: سمارة، محمد، أحكام وأثار الزوجية، عمان، دار الثقافة لنشر، ط1، 2010م، ص 329.

(4) ينظر: الحطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد، مواهب الجليل وبهامشه التاج والإكليل لمختصر الخليل، القاهرة، مطبعة السعادة، ط1، 1329 هـ، ج4، ص 17.

زجره الحاكم إذا رفعت أمرها إليه، وأثبت تعدى الزوج<sup>(1)</sup>، وقال الشيخ الدردير في مفهوم الضرر: "ما لا يجوز شرعاً كهجرها بلا موجب شرعي، وضربها كذلك، وسبها، وسب أبيها بنحو: يا بنت الكلب، ويا بنت الكافر، ويا بنت الملعون بمثل ما يقع من رعا ع الناس، وكوطئها في دبرها. ويؤدب على ذلك زيادة على التطبيق كما هو ظاهر"<sup>(2)</sup>، وبين التسولي في البهجة مفهوم الضرر بالضرب، أو الشتم في غير محله، أو تجويعها، وتحويل وجهه عنها في فراشه، أو عدم الكلام معها<sup>(3)</sup>، ويتبين من هذه الضوابط مرونة مفهوم الضرر لدى الفقهاء واتساعه، ليشمل كل عمل، أو قول، يعتبر في نظر العرف والعادة مضراً بأحد الزوجين.

### ثالثاً - الضرر في القانون والقضاء:

لم يُعرّف القانون رقم 10 لسنة 1984م وتعديلاته<sup>(4)</sup> الضرر، واكتفى بوصفه "ضرراً يستحيل معه دوام العشرة بين أمثالهم" كما قالت م(39/ب)، "فإذا عجز طالب التفريق عن إثبات دعواه واستمر الشقاق بين الزوجين بما يستحيل معه دوام العشرة حكمت المحكمة بالتطبيق مع إسقاط حقوق طالب التفريق"، إن المشرع قد أخذ هذا الحكم من الفقه المالكي، لأنه من أكبر المذاهب الفقهية توسعا في التطبيق للضرر<sup>(5)</sup>، وقيل في تعريفه: "الضرر المعهود الذي لها التطبيق به، أي كأن ينقصها حقها في النفقة، ويكلفها أشغالا لا يلزمها خدمته، أو يشتمها أو يضربها ضرباً مبرحاً أو بغير ذنب"<sup>(6)</sup>. فهل الضرر المدعى به من النوع الذي يجعل منه أمراً يبيح التطبيق أم لا؟ ويعتبر الضرر إذاً شكلاً من أشكال العنف الذي تمنعه القوانين الوضعية؛ ما دام يقصد به إحداث ألم نتيجة فعل من أفعال الإيذاء، من ضرب، وغيره من المعاملة، القاسية،

(1) الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، القاهرة، طبعة دار إحياء الكتب العربية، غير مؤرخ، ج2، ص402.

(2) الدردير، أبي البركات أحمد، الشرح الكبير، بيروت، دار الفكر، غير مؤرخ، ج2، ص345.

(3) ينظر: التسولي، ابو الحسن علي عبد السلام، البهجة في شرح تحفة ابن عاصم الأندلسي، وبهامشه شرح الإمام التاودي، بيروت، دار المعرفة للطباعة، ط3، 1977م، ج2، ص302.

(4) القانون رقم 10 - 1984 ( 19-4-1984) الجريدة الرسمية، ع16 - 1984، ص8 .

وفي نفس توجه المشرع الليبي:

سار المشرع المغربي: م56 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة.

وعلي عكس ذلك سارت: م(13-16) الأحوال الشخصية السوري.

م(126) قانون أحوال شخصية الأردني.

(5) ينظر: الخليلي، أحمد، قانون الأحوال الشخصية، الرباط، مطبعة النجاح، ط1987، م2، ج1، ص384.

(6) الصعيدي، العدوي، حاشية العدوي، بيروت، دار الفكر، دون:ت، ج2، ص98.

مثل المعاملة المهينة، أو أي فعل يجعل المرأة تحس بالقصور، والدونية سواء مع زوجها أو مع الأغير(1).

وتؤكد المادة الأولى من الإعلان العالمي للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الذي اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة في ديسمبر 1993م أن "العنف هو كل فعل عنيف موجه ضد جنس النساء، ينتج، أو يمكن أن ينتج عنه ضرر، أو آلام جسمانية، أو جنسية، بل حتى التهديد بأفعال من هذا القبيل، أو الحرمان التعسفي من الحرية، يعتبر عنفاً سواء حدث ذلك في الحياة العامة أو الخاصة"(2).

وسواء أكان الضرر مادياً بالفعل، كأن يضرب الزوج زوجته بلا سبب ضرباً لم يأذن به الشرع، أم يكرهها على أن تستقبل أصدقاءه الذين يزورنه، أو يضيق عليها في المعيشة، أو ينفق أكثر مما يكسب على ما حرم الله، أو يمسكها على ذمته كرها عنها لتقتدي نفسها بمال ليطلقها، أو معنوياً بالقول الجارح، أو الشتم المقذع، أو تعبيرها بأصلها، أو يمنعها من زيارة والديها، كل ذلك يخول للزوجة طلب التطلاق إذا أصبح من الصعب عليها الاستمرار في الحياة الزوجية(3)، وقد عرّفته محاكمنا الموقرة بعدة تعريفات منها: "أن يؤذي أحد الزوجين الآخر بالقول، أو الفعل، بما لا يُستطاع معه دوام العشرة الزوجية، كالضرب المبرح، أو الشتم المقذع، أو الإكراه على فعل ما حرم الله، وما شابه ذلك من صور الإيذاء"(4)، وعُرّف أيضاً "بأنه كل تصرف غير سائغ شرعاً، ويكون من شأنه الإيذاء، سواء أكان قولاً، أو فعلاً، لا يُستطاع معه دوام العشرة، بضرب، أو سب، أو نحوه"(5)، وتقضى المحكمة أيضاً بأن "الضرر الموجب للتطلاق هو الضرر الذي لا تستقيم معه الحياة الزوجية، وفيه جرح للكرامة والكبرياء"(6).

---

(1) ينظر: أبادرين، أحمد: "هل يمكن اعتبار القانون أداة للتغيير؟" "العنف ضد النساء الآية حمايية؟"، أعمال المناظرة

الوطنية من طرف الجمعية المغربية لحقوق النساء، بالدار البيضاء، يناير 1995، المحمدية، مطبعة فضالة: ص24.

(2) ميعادي، زينب: العنف ضد النساء آية حماية؟ الجمعية المغربية لحقوق النساء، الدار البيضاء، يناير 1995م، أعمال

المناظرة الوطنية المنظمة من طرف الجمعية المغربية لحقوق النساء، المحمدية، مطبعة فضالة، ص28-29.

(3) ينظر: موسى، محمد يوسف: "أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي"، القاهرة، مطابع الكتاب العربي، طبعة

جديدة منقحة ومزودة، 1958م، ج2، ص240.

(4) محكمة غات الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية 2008/9/9، الدعوى رقم 2007/23 (غير منشور).

(5) محكمة باب بن غشير الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية 2004/12/26، الدعوى رقم 2003/547 (غير منشور).

(6) محكمة باب بن غشير الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية 2008/12/25، الدعوى رقم 2007/177 (غير منشور).

"ولا فرق بين أن يكون الضرر في البدن، أو في العرض"<sup>(1)</sup>، وتتفق محاكمنا حول هذه الحقيقة للضرر، وتؤكد بأن الضرر المسوغ لطلب التطبيق، قد حُدد حسب المنصوص عليه بمذهب الإمام مالك، بأنه "كل تصرف غير سائغ شرعاً يكون من شأنه الإيذاء، سواء قولاً كان أم فعلاً، لا يُستطاع معه دوام العشرة، كضربٍ وسبٍ، أو نحوه"<sup>(2)</sup>، ويُقرُّ القضاء بالأصل التاريخي للنص قائلاً: "إن التطبيق للضرر الذي تحكمه م(39) مستقى من مذهب الإمام مالك، ولم يعرّف المُشرع المقصود بالضرر المشار إليه فيها"<sup>(3)</sup>، وكان من المقرر أنه إذا أُطلق النص في التشريع وجب الرجوع إلى مأخذه، وكانت مضارة الزوج وفق هذا المذهب تتمثل في إيذاء الزوج زوجته بالقول، أو الفعل، بحيث تعد معاملة الرجل في العرف معاملة شاذة ضارة تشكو منها المرأة، أو لا تطبق الصبر عليها"<sup>(4)</sup>، وعُرّف كذلك "هو أن يسئ الرجل إلى زوجته بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها، كأن يضربها ضرباً مبرحاً، ويشتمها شتماً مقذعاً، أو يحملها على ما حرم الله، أو يهجرها في المعاشرة الزوجية دون سب يبيحها، وما أشبه ذلك من ضروب الإيذاء"<sup>(5)</sup>، "وتبديد منقولات الزوجة وأخذ مالها ومصوغاتها"<sup>(6)</sup>، وتبيّن لي أن تعريف الفقه للضرر أشمل وأعم، ليشمل كل عمل كان أم قول يعتبر في نظر الشرع، والقانون، والعرف، مضرّاً بالزوجة، وهذا ما يجعل القضاء يستعين بالفقه في تحديد مفهوم الضرر وأنواعه؛ لأن المشرع الليبي وصف الضرر كونه لا يُستطاع معه دوام العشرة، تاركاً للقضاء سلطةً تقديرية في ذلك.

(1) محكمة العجيلات، دائرة الأحوال الشخصية 2009/5/26، الدعوى رقم 221-2009 (غير منشور).

(2) محكمة سوق الجمعة الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية 2008/12/29، الدعوى رقم 429-2008 (غير منشور).

(3) ينظر: زبيدة، الهادي علي، أحكام الأسرة في التشريع الليبي، المنصورة، مؤسسة الشروق لترجمة ودار البدر لنشر، ط1، 2013م، ج 3، ص57.

(4) محكمة العجيلات الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية 2009/5/26، الدعوى رقم 221-2009 (غير منشور).

(5) محكمة طبرق الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية 2007/4/8، الدعوى رقم 490-2006 (غير منشور).

(6) محكمة الجميل الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية 2009/10/28، الدعوى رقم 68-2008 (غير منشور).

هذا وقد وافقت الكثير من المحاكم العربية ما ذهب إليه القضاء الليبي:

أ. قرار محكمة النقض المصرية، دائرة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1983/1/28، النقض رقم 50 لسنة 52، منشور بالمجلة العربية للفقه والقضاء، العدد الحادي عشر، أبريل 1992، ص115.

ب. محكمة النقض المصرية، دائرة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1992/2/18، النقض رقم 79 لسنة 59، ورد في: عدلي أمير خالد، "الملاحظات القضائية في الدعوى في ضرر المستحدث من أحكام محكمة النقض" الإسكندرية، منشأة المعارف بالإسكندرية، دون: ت، ص320.

ج. محكمة النقض المصرية، نقض شرعي، بتاريخ 1962/4/18، النقض رقم 28 لسنة 29، صادر، ورد في: معوض، عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، الإسكندرية، منشأة المعارف، ط 1984، ج1، ص327.

## الفرع الثاني - صور الضرر الموجب للتطبيق

الضرر الذي يصدر من أحد الزوجين، إما أن يكون إيجابياً، وإما أن يكون سلبياً، فالضرر الإيجابي: ما يصدر عن الزوج أو الزوجة من قول، أو فعل، يؤدي أحد الزوجين ويضر به، ويحدث الشقاق بينهما، كالضرب المبرح، والسب المقذع، والضرر السلبي هو من قبيل هجر الزوج<sup>(1)</sup> زوجته، وحبسه إياها؛ لمنعها من علاج مرض اشتدَّ عليها أوجاعه، أو يهدد حياتها، أو اعتدائه على كرامتها، أو اتهامها بالزنا، أو اعتياده على السُّكْر وإثارة الفضاخ، أو تعمدته تحقير الأقربين من أهلها، وإهانتهم وسبهم<sup>(2)</sup>، وكذلك فقد يتضرر الزوج من زوجته، لعدم استقرارها في بيتها بدون مبرر شرعي، أو لعدم المحافظة على ممتلكات زوجها، أو هجر الزوج وعدم إعطائه حقه الشرعي، وما إلى ذلك من أنواع الضرر الكثيرة.

### أولاً- الضرر المادي:

إن الالتزامات الشخصية لها دور كبير في الحفاظ على الروابط الأسرية، والعاطفية التي أكدت عليها النصوص الشرعية، والقانونية، والقضائية، التي تركز مبدأ حسن المعاشرة، وعدم الإضرار بالقرين، وضرورة التعاون بين الزوجين حسب ما يقتضيه العرف، والعادة، وسنَّ نصوص زجرية في حالة المس من كرامة القرين، وحرمة كالزنا، والعنف، ونظراً لتشعب هذه الالتزامات الشخصية سيتطرق البحث إلى صور تلخص الأضرار المترتبة عن الإخلال بالواجبات الشخصية التي لا يمكن حصرها.

### 1- الضرب:

ومن أكثر أنواع الضرر شيوعاً الضرب، وهو يمثل الجانب المادي للضرر، وقد فرق الفقهاء بين شديده الموجب للتفريق، وسَمُوهُ بالضرب المبرح، وبين خفيفه المسموح به شرعاً للتأديب ما لم يتجاوز حدوده المعقولة، وسموه بالضرب غير المبرح، أو الخفيف.

(1) ينظر: العمروسي، أنور، أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، القاهرة، دار الفكر العربي، ط7، 1970م، ص651 .

(2) ينظر: زكي، صلاح الدين، أحكام قانون الأسرة في الفقه الإسلامي والتشريع المغربي، الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، ط1، 1985 م، ص 251-252 .

ومن التطبيقات القضائية ما قضت به المحكمة: "إن الضرب المبرح يعتبر إساءة للزوجة وخصوصاً إذا ترك أثراً على الوجه، أو على الأطراف، وهذا الفعل من قبيل المدعى به يعتبر إضراراً بالمدعية الأمر الذي جعل المحكمة تستجيب إلى طلب المدعية بالتطليق"<sup>(1)</sup>. وتعلل المحكمة ذلك قائلة: "وحيث إنه وعن ولاية التأديب فقد وقف الإسلام موقفاً كريماً في سبيل المحافظة على الحياة الزوجية، مقدراً أن النفوس البشرية قد تُصاب بالتقلب، وأن لمظاهر الحياة نزعات تحاول أن تغير الروابط، ولذلك بينت الشريعة الغراء وسائل التأديب، فأولها موعظة حسنة، وثانيهما هجراً جميلاً، وثالثهما وأشدّهما ضرباً خفيفاً غير مبرح"<sup>(2)</sup>، على أن يكون "مبرر شرعي"<sup>(3)</sup>.

ويتحقق الفعل الضار أيضاً إذا ما "قدمت لإثبات دعواها حكم جنائي بإدانة المدعى عليه في جريمة إساءة معاملة أحد أفراد الأسرة وحيث كان ذلك، وأن المحكمة الجنائية قد أدانته عن تلك التهمة الأمر الذي ترى معه هذه المحكمة ثبوت الضرر من جانب المدعى عليه، الأمر الذي يتعين معه تصديقها فيما ذهبت إليه من إيداع، وحيث إنه قد تسبب المدعى عليه في إيقاع الضرر على المدعية بضربها في بيت الزوجية الذي لم يمض فيه على ولوجها فيه خمسة عشر يوماً... فإن هذه المحكمة... تقضى بتطليق المدعية من زوجها المدعى عليه بعد أن ثبت لها الضرر طرفة واحدة بآئنة بينونة صغرى استجابةً لطلب المدعية"<sup>(4)</sup>.

إن المبدأ في العلاقات الزوجية هو أن يعامل كل من الزوجين شريكه بكل احترام ومودة، وألاً يضر به لاسيما انتهاك حرمة الجسدية عن طريق الإعتداء بالعنف، وهذا الاتجاه الذي سار عليه المشرع الليبي، والعديد من التشريعات العربية الأخرى<sup>(5)</sup>.

---

(1) محكمة درنة الابتدائية، الدائرة الكلية 1992/1/20، الدعوى رقم 100-1991 (غير منشور).

(2) محكمة درنة الابتدائية، الدائرة الاستئنافية 1985/10/13، الاستئناف رقم 28-1985 (غير منشور).

(3) محكمة المدينة الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية الأولى 2006/2/4، الدعوى رقم 32-2005 (غير منشور).

(4) محكمة مسلاته الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية 2006/12/11، الدعوى رقم 9-2006 (غير منشور).

(5) وهناك ما يتفق من أحكام عربية مع تطبيقات القضاء الليبي ومنها:

- محكمة النقض المصرية، شرعي كلي مستأنف، بتاريخ 1931/12/5 م النقض رقم 2358 لسنة 30، ورد في: الفكاهاني حسن، "الموسوعة العربية في التشريع والقضاء"، الدار العربية للموسوعات، المجلد الثاني، أحوال شخصية، قاعدة رقم 87، ص 22. محكمة النقض المصرية، دائرة الأحوال الشرعية، كلي مستأنف بتاريخ 1931/12/5، النقض رقم 2358 ورد في: الفكاهاني حسن، مرجع سابق، ص 23.



## 2- الخيانة الزوجية:

يتمثل واجب الإخلاص في الالتزام بعدم القيام بعلاقة جنسية مع الغير، وعدم القيام بعلاقات مشبوهة حتى وإن لم تصل إلى حد ارتكاب فعل مادي، والإخلاص ما هو إلا قيمة إنسانية عفيفة، ترفع من شأن الزوجين اللذين يلتزمان بذلك الرابط المقدس، ويحرصان على احترام قدسية المشاعر.

ويعد الزنا من أخطر الأفعال المادية المنتهكة لواجب الإخلاص المفروض على الزوجين، إذ يمثل انتهاكا لكرامة القرين، فزنا الزوجة طعن في شرف الزوج وكرامته ورجولته، أما زنا الزوج فيشكل إنقاصا من إحساس المرأة بأنوثتها، ورغبتها في الإختصاص بزوجها مع المس بكرامتها .

فالخيانة الزوجية، أو الاتهام بها سبب من أسباب التطلاق للضرر، حيث قالت المحكمة: "لقد وضح القرآن الغايات الزوجية من الزواج وجعلها الدعائم التي يقوم عليها بناء الحياة الزوجية، فالمودة، والرحمة بين الاثنين إن هي لأسمى من أن تُهان، وكان على المدعى عليها إذا كانت لاترغب في المدعى أن تطلب الطلاق مخالعة لتفتدي نفسها آخر شيء، وأن لا تدخل شخصاً لفرش الزوجية... ولذلك أصبح من حق الزوج أيضاً، أن يطلب من المحكمة التفريق بينهما، إذا كانت الإساءة من جانب الزوجة، وتسبب منها ضرراً، وليس هناك جرماً أكثر مما هو

- 
- = - حكم المحكمة الابتدائية الشرعية بمصر، في 23/11/1931 منشور بمجلة المحاماة الشرعية المصرية، السنة الثالثة، العدد 7، ص 632 "أورده: زغو، صلاح الدين ضمن مؤلفه: "القضاء الجزئي في مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين"، مصر، مكتبة الانجلو، الناشر، مكتبة الأنجلو المصرية، ط1، 1960، ص189.
- ينظر: الربيدي، أيمن، الضرر في العلاقات الزوجية، تونس، الهيئة الوطنية للمحامين بتونس، الفرع الجمهوري تونس، دون ط، دون ناشر، ص 18 .
- محكمة التعقيب التونسية، قرار مدني، مؤرخ في 17/12/1985 عدد 13875 (غير منشور).
- حكم محكمة الاستئناف التونسية، قرار مدني، مؤرخ في 29/7/1971 قضاء وتشريع، القرار عدد 30478، ص 61 ورد في: الضرر في العلاقات الزوجية، الربيدي، أيمن، مرجع سابق، ص 20.
- حكم المحكمة الابتدائية بالرباط، دائرة الأحوال الشرعية، صادر بتاريخ 9-3-1993 رقم 309 في الملف الشرعي عدد 1306-92 (غير منشور).
- حكم المحكمة الابتدائية بأبركان، بتاريخ 12 ماي 1992م، رقم 212 صادر في الملف عدد 317-90، غير منشور .
- حكم محكمة الكويت الاستئنافية، دائرة الأحوال الشخصية، بتاريخ 16/1/1974 الإستئناف رقم 1973/2525، منشور بمجلة الحق، العددان الأول والثاني، 1975 ص 123.
- حكم محكمة عابدين، دائرة الأحوال الشخصية، الصادر بتاريخ 2/5/1936، أورده: زكي، صلاح الدين، المرجع السابق، ص 190.

مدون بالأوراق"<sup>(1)</sup>، "وكما يثبت السبب في التطلاق للخيانة الزوجية، يثبت هذا الحق أيضاً لمن اتهم أو افتري عليه، وهذا جانب معنوي يمثل الشكوك والظن"<sup>(2)</sup>، وذلك: "عندما يقوم المدعى عليه خلال فترة وجيزة من زواجه باتهام زوجته في شرفها وعرضها، وعلى مجرد شكوك صادرة منه أقر بها صراحة أمام المحكمة... دون تقديم دليل يؤيد مزاعمه، وقد أثبتت المدعية، وذلك من خلال شهادة الشهود... الأمر الذي يجعل الثقة المفترضة في عقد الزواج الشرعي تتنافى، وهو ما يلحق أشد الضرر بالمدعية مصداقاً لقوله تعالى: (إِذْ تَلَقَّوْنَهُ بِأَلْسِنَتِكُمْ وَتَقُولُونَ بِأَفْوَاهِكُمْ مَا لَيْسَ لَكُمْ بِهِ عِلْمٌ وَتَحْسَبُونَهُ هَيئاً وَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ عَظِيمٌ). وقوله تعالى: (إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعُنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ)، ومن ثم فإن هذه العلاقات الزوجية أصيبت في مهدها، وفي أعز ما تقوم عليه الحياة الزوجية، ويتعين على المحكمة إجابة المدعية لمطلبها المتعلق بالتطلاق"<sup>(3)</sup>.

وفي هذا الإطار فرق الفقهاء بين ما إذا كان الزنا وقع قبل صدور حكم بالطلاق أم بعده.

#### الصورة الأولى- بالنسبة للزنا الواقع قبل صدور حكم الطلاق:

إذا لم يصدر حكم قضائي بالطلاق فإن العلاقة الزوجية تعتبر قائمة، وأي اتصال جنسي يحصل بين أحد الزوجين، وغير القرين يشكل زنا، "وتأسيساً على ذلك، فإن الزنا المقترف من أحد الزوجين رغم الاتفاق على الطلاق بالتراضي، وقبل صدور الحكم موجب للتتبع حتى، ولو حصل بعد حجز القضية للمفاوضة، وأثناء فترة التأمل، مما يشكل ضرراً يمكن على أساسه تحويل الدعوى من طلاق بالتراضي إلى طلاق للضرر"<sup>(4)</sup>.

#### الصورة الثانية- بالنسبة للزنا الواقع بعد حكم الطلاق:

هل واقعة الزنا مبنية على تأكيد وقوع الفعل أثناء سير الدعوة، أو حدث هذا الفعل أثناء الطعن في الحكم، أو عدم الطعن فيه؟ فإذا كان الزنا بعد إيقاع الطلاق بحكم لم يطعن فيه، فالزنا المقترف من أحد المفارقين لا يشكل ضرراً إذا حصل ذلك بعد انقضاء أجل الاستئناف، وهو شهر من تاريخ صدور الحكم.

(1) محكمة درنة الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية 9-8-1982، الدعوى رقم 167-1982 (غير منشور).

(2) زبيدة، الهادي علي، مرجع سابق، ج3، ص64.

(3) محكمة نالوت الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية 20-11-2006 م، الدعوة رقم 3-2006 (غير منشور).

(4) ينظر : الدريدي، أيمن، مرجع سابق، ص19.

وإذا رأى الزوج زوجته تزنى، أو نفى حملها، فهنا يسرى عليها حكم اللعان كما جاء في القرآن الكريم: (وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ إِنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ)<sup>(1)</sup>، جاء في القوانين الفقهية: "وأما سبب اللعان فشيئان: أحدهما رؤية الزنى بشرط أن لا يطأها بعد الرؤية، فإن ادعى الزنا دون الرؤية حد للذف، ولم يجز اللعان على المشهور خلافا لهم. الثاني: نفى الحمل بشرط أن يدعى أنه لم يطأها لأمر يلحق به، ويشترط أن يدعى الاستبراء بحيضة واحدة، وقال ابن الماجشون<sup>(2)</sup>: ثلاث حيض خلافا للشافعي، وابن حنبل في هذا الشرط..."<sup>(3)</sup>.

فهل يعتبر الزنى الواقع من أحد الزوجين فسقاً يوجب التطليق للضرر؟  
إن فسق أحد الزوجين له معانٍ عدة في كثير من الآيات<sup>(4)</sup>، وللفقهاء في حكم الفاسق رأيان:

**الرأي الأول:** "إن الفسق لا يعد ضرراً تطلق الزوجة على زوجها من أجله، وإنما تنتظر توبته"<sup>(5)</sup> خلافاً لمن قال إنها تطلق عليه، لأن تغيير المنكر إن أدى إلى منكر أعظم منه يسقط وجوب الأمر به، أو يحرم، تمشياً مع ما مال إليه الفقهاء الأولون، خاصة وأنه لو أخذ بهذا لفسخت أكثر الأنكحة، إذ قل من يخلو من الفسق بالجوارح<sup>(6)</sup>، "ولا يؤخذ الزوج بالمظنة، والاتهام بل لا بد من الأدلة القاطعة"<sup>(7)</sup>.

(1) النور، الآيات 6 و7 و8 و9.

(2) عبد الملك بن عبدالعزيز بن أبي سلمى بن الماجشون التيمي مولاهم المدني المالكي، مفتي المدينة، كان أبوه عبدالعزيز بن أبي سلمة الماجشون من أقران إمام مالك وكان عبد الملك فقيهاً فصيحاً، تعلم من الإمام مالك العلم ونشره في شتى بقاع الأرض، وتوفي سنة (203هـ).

(3) ابن جزى، أبو القاسم محمد بن أحمد الكلبي الغرناطي: القوانين الفقهية، بيروت، دار القلم، دون: ت، ص161.

(4) الأصفهاني، الراغب أبو الفرج، معجم مفردات ألفاظ القرآن، مصر، القاهرة، دار الكتاب العربي، مطبعة التقدم العربي، 1972م، ص391. وفي رأي البعض الفاسق هو من فعل كبيرة، والفسق شرعاً: الخروج عن الطاعة. ينظر: أبو جيب، سعدي، القاموس الفقهي: لغة واصطلاحاً، دمشق، دار الفكر، ط2، 1988م، ص286.

(5) الشيخ الحسيني العلمي، عيسى بن علي، "النوازل"، تحقيق المجلس العلمي بفاس، المحمدية، مطبعة فضالة، 1983م، ج1، ص82.

(6) ينظر: الشيخ الوزاني العمراني، محمد المهدي، النوازل الصغرى، المسماة المنح السامية في النوازل الفقهية، نشر وزارة الأوقاف للمملكة المغربية، مطبعة فضالة، المحمدية، ط2، 1992م، ج2، ص182.

(7) الصابوني، عبد الرحمن، مدى حرية الزوجين في الطلاق، بيروت، دار الفكر، ط2، منقحه 1968م، ج2، ص785-786.

**الرأي الثاني:** أن فسق الزوج يعد ضرراً على الزوجة، ويخول لها الحق في طلب الفراق منه، إن تأكدت من فتنها في دينها معه حالاً، ومآلاً. جاء في نوازل الوزاني: "إذا علم الأب الذي زوج ابنته ممن ظهر، أنه يشرب الخمر، ويخالط أهل السوء، ويخشى أن يفسد على الزوجة دينها، ويدخلها فيما لا يجوز، ولا يرجى لمثله حسن عاقبتها معه، فرق بينهما"<sup>(1)</sup>. وجاء في المعيار: "لا خلاف منصوص في أن تزويج الوالد من الفاسق لا يصح، وكذا غيره من الأولياء، فإن وقع فلزوجة ولمن قام لها فسخ نكاحها"<sup>(2)</sup>.

مصادقاً لقوله (ع): "مَنْ زَوَّجَ كَرِيمَتَهُ مِنْ فَاسِقٍ وَهُوَ يَعْلَمُ فَقَدْ قَطَعَ رَجْمَهَا"<sup>(3)</sup>، وقد أجمع الفقهاء على وجوب اشتراط الكفاءة في التدين، وهو الصلاح والاستقامة، والفاسق لا يؤتمن على نفس، ولا على المال، فلا يجوز أن يكون كفؤاً لعفيفة متدينة ولا مساوياً لها، بل يكون كفؤاً لمثله<sup>(4)</sup>، واشترط المالكية الكفاءة في الدين، ثم السلامة من العيوب جاء في حاشية العدوى: "أن الكفاءة شيان فقط: الدين أي كونه غير فاسق بجارحه، والحال أي سلامته من العيوب التي بها الرد"<sup>(5)</sup>، وهذا ما أكده القضاء الليبي بقوله: "من خلال الاطلاع على أوراق الدعوى تبين للمحكمة، أن الأوراق قائمة على أساس من الشرع والقانون؛ حيث أفلحت المدعية في إثبات دعواها بشأن طلبها التطليق للضرر، من خلال ما قدمته من مستندات تتمثل في صورة ضوئية من القضية رقم 317-2002م الزاوية والتي أتهم فيها المدعى عليه لتمكين الغير من نفسه والاتصال به جنسياً "الواط" وقد أثبت الطبيب الشرعي ذلك، وهو ضرر فادح يلحق بالمدعية... وعليه حكمت المحكمة بتطليق المدعية من زوجها المدعى عليه للضرر واحدة بآئنة بينونة صغرى..."<sup>(6)</sup>. وهذا ما أكده القضاء المصري الذي جاء موافقاً للقضاء الليبي<sup>(7)</sup>.

(1) الوزاني العمراني، محمد المهدي : "النوازل الكبرى الجديدة في ما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى، المسماة بالمعيار الجديد المعرب عن فتاوى المتأخرين من علماء المغرب"، بيروت، دار الأندلس للنشر والتوزيع، ط 1، 1430هـ، ج3، ص262.

(2) الونشريسي، أبو العباس أحمد بن يحيى: "المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل أفريقية والأندلس والمغرب"، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ط 1981، ج3، ص61-63.

(3) الألباني، محمد ناصر الدين، السلسلة الضعيفة والموضوعة، حديث موضوع رواه ابن عدى، وابن حبان في المجروحين عن الحسن بن محمد البلخي وهو غير معروف ومنكر الحديث عند الثقات، الرياض، دار المعارف، ط1، 1992م، ج5، ص61.

(4) ينظر: الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص274 .

(5) علي الصعيدي، العدوى: حاشية العدوى على شرح أبي حسن المسمى كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني، بيروت، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دت، ج2، ص44.

(6) محكمة الزاوية الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 8/4/2006ف، الدعوى رقم 23/2004ف، (غير منشور).

(7) ينظر: العمروسي، أنور، مرجع سابق، ص664. وقد نص على حكم مفاده "ضبط الزوج في شقة خاصة للفساد مرتكبا فعلا فاضحاً، يُعد ضرراً معنوياً يتعدى أثره إلى زوجته، مما ينال من شرفها وتخدش كرامتها، مما يخول للزوجة طلب التطليق للضرر". محكمة النقض المصرية جلسة 5/6/1974 مجموعة المكتب الفني، السنة 25 مدني وأحوال، ص979.

### 3- سرقة أو نهب أحد الزوجين مال الآخر:

لقد كرس الإسلام مبدأ المساواة في حق التملك والكسب بين الرجال والنساء، ولم ينقص من أهلية المرأة وقدرتها، على التصرف في أموالها، سواء كانت التصرفات التي تقوم بممارستها مدنية، أو تجارية، وأخضعها لأحكام الأهلية العامة شأنها شأن الرجل، سواء كانت متزوجة، أو غير متزوجة؛ لأن الإسلام لم يجعل من الزواج قيداً على حرية المرأة في التصرف في مالها<sup>(1)</sup> ولعل خير مثال على هذا السيدة خديجة -رضى الله عنها- زوجة رسولنا الكريم (ﷺ) التي كانت تمارس التجارة في الجاهلية.

وبناءً عليه فلا ولاية للزوج على مال زوجته، لأنه ملك خالص لها تتصرف فيه كما تشاء، لا فرق بين مال زفت إليه به، ومال تملكته بعد زفافها.

وقد اعتبر الإمام مالك أن أخذ مال الزوجة يعتبر من قبيل الضرر<sup>(2)</sup>، إذ الأصل أن جميع أعباء الأسرة ونفقاتها مفروضة على عاتق الرجل، وليس على المرأة تحمل أي التزام مالي حتى ولو كانت غنية<sup>(3)</sup>، وزوجها فقيراً إلا إذا قبلت عن طيب خاطر، وفي إطار الاعتراف للزوجة بذمتها المالية المستقلة عن ذمة الزوج، وبحريتها في التصرف في مالها، فإن "الاعتداء على أموال الزوجة، وتبديدها كما لو اختلس الزوج خفية، أو استولى عنوة على ما تملكه من الأموال المنقولة كالمجوهرات مثلاً، يعتبر سبباً يعطى للزوجة حق اللجوء إلى القضاء، والمطالبة بتطليقها لأجل ذلك"<sup>(4)</sup>.

إن المشرع الليبي قد أيد ذلك التطبيق، واعتبره سبباً وجيهاً للضرر، مفسراً ذلك أحكام المحاكم قائلة: "بعد الاطلاع على الأوراق، والمرافعة الشفهية، وحيث كانت المدعى عليها زوجة المدعى، وحرص على تقديم كافة الظروف المناسبة لحياة سعيدة... غير أنها قابلت كل ذلك بالإساءة فقامت بسرقة كتيب الصكوك الخاص، والصادر له عن مصرف الوحدة، وتقليد توقيعها،

---

(1) ينظر: بناني، فريدة: "حق تصرف الزوجة في مالها: حق شرعي وقبيل تشريعية"، مراكش، مطبعة تينمل، ط1، 1995 م، ص97، 98. وينظر أيضاً: حداد، وليم، "الأحكام القانونية للمرأة في بعض البلدان العربية" المجلة المغربية للقانون المقارن، مراكش، العدد الخامس، 1986، ص202.

(2) ينظر: التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام: البهجة في شرح تحفة ابن عاصم الأندلس، وبهامشه شرح الإمام التاودي، بيروت، لبنان، دار المعرفة للطباعة والنشر، ط3، 1977 م، ج1، ص194.

(3) ينظر: التسولي، مرجع سابق، ج1، ص194.

(4) زكي، صلاح الدين، المرجع السابق، ص250.

وسحب كامل مدخراته، ولمدة تزيد عن الأربع سنوات، واكتشف ذلك لدى ذهابه للمصرف، ومراجعة الموظفين الذين أخبروه بأن زوجته كانت تحضر إليهم، وتقوم بسحب ودائعه، ومدخراته، وأنها كانت تضع توقيعه، وتقوم بوضع توقيعها على ظهر الصك، وتقدم المدعى ببلاغ في مركز الشرطة، وقد تم نذب خبير في أبحاث التزييف، والتزوير، وخلص تقريره ..... أن التوقيع مزور ومقلد من قبل زوجته... وهنا اختل شرط الأمانة لديها... وقد صدر حكم في حقها بحبسها ثمانية أشهر... بالتالي حكمت المحكم بتطبيق المدعي من المدعي عليها طلاقة واحدة بائنة للضرر<sup>(1)</sup>، وكما تسرق الزوجة مال زوجها، كذلك الزوج يفعل، ومن حقها الالتجاء للمحكمة لطلب التطبيق للضرر؛ لأن ذلك اعتداء على حقوقها المالية، وانتهاك حرية التصرف في مالها، مما يعد سبباً يعطي للزوجة حق الالتجاء إلى القضاء، والمطالبة بتطبيقها لأجل ذلك<sup>(2)</sup>، كما أن "الاعتداء على أموال الزوجة وتبيدها كما لو اختلس الزوج خفية، أو استولى عنوة على ما تملكه من الأموال المنقولة كالمجوهرات مثلاً، يعتبر سبباً يعطى للزوجة حق الالتجاء للقضاء، والمطالبة بتطبيقها لأجل ذلك"<sup>(3)</sup>.

#### 4- حبس الزوج أو الزوجة:

تعدد أسباب غيبة الزوج عن زوجته، ولكل حالة حكمها فهناك الغائب بعذر، وهناك غائب بدون عذر، وهناك غائب معلوم الإقامة، وغائب مجهول الإقامة، وهناك غيبة بسبب حبس الزوج، أو أسرته، أو اعتقاله، غيبة بسبب فقد الزوج، فهل تناول المشرع الليبي كل حالات غياب الزوج عن بيت الزوجية ووضع لها أحكاماً تنظمها؟ أم ترك الأمر لاجتهاد القضاء؟ ونظراً لكثرة الدعاوى المرفوعة أمام المحاكم والتي تعيد طلب التطبيق للغيبة بسبب الحبس، لأهمية هذه المسائل فقد جاء هذا القانون خالياً من التعريف لهاتين المسألتين.

(1) محكمة بن غشير الجزئية دائرة الأحوال الشخصية، 26-3-2005 الدعوى رقم 1439-2003، (غير منشور).

(2) يوافق القضاء الليبي عدة أحكام عربية منها:

- حكم محكمة السيدة زينب الشرعية، دائرة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1949/12/10م، مجلة المحاماة الشرعية المصرية، لسنة 24، العدد 7، ص 409.

- حكم محكمة إمبابة الشرعية، دائرة الأحوال الشخصية، الجلسة 6-2-1970، ينظر: معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984، ج1، ص 375.

- محكمة مراكش الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، صادر بتاريخ 1992/6/3، الدعوى رقم 1296، في الملف عدد 393-92، (غير منشور).

(3) زكي، صلاح الدين، مرجع سابق، ص 252.

ومن أوجه الضرر التي تبيح طلب التطلاق للضرر، سجن الزوج، أو الزوجة، وفي هذا الشأن تقضي المحكمة "أن المدعى عليه قد أقر أمام المحكمة بالجلسة السرية من أنه قد باع بيت الزوجية، وقد سجن في سنة 97 لمدة خمسة سنوات بتهمة الإتيان والتعاطي، وقد سجن لمدة سبعة أشهر بشأن قضايا التطهير، وهو حالياً محبوس منذ عشرة أشهر، وبأنه ترك أطفاله بدون مأوى، ولا نفقة، وحيث إن المدعية ذكرت بأنها تسكن منزلاً بالإيجار، وبأنها تقوم بالإنفاق على أبنائها طيلة فترة سجنه في السابق، وقد تحصلت على عمل مؤخراً، ولما كان الحكمان قد عجزا عن الإصلاح بينهما، كما تعذر على المحكمة ذلك، وحيث وافق القانون ما قاله الحنابلة، حيث رأوا أن امرأة الأسير والمحبوس الذي يتعذر على زوجته أن تنتفع به، لها أن تطلب التفريق، وهو رأى شيخ الإسلام ابن تيمية، وحبس الزوج لحرته، هو ضرر شديد يلحق بالزوجة، ولذلك لشعورها بالوحشة واحتمال تعرضها للفتنة... لهذه الأسباب حكمت المحكمة بتطلاق المدعية... من المدعى عليه طلاقة واحدة بائنة للضرر"<sup>(1)</sup>.

وتقضى المحكمة في هذا السياق أيضاً "إن القانون رقم 10 لسنة 1984 بشأن الزواج، والطلاق، وأثارهما، وتعديلاته لم يتعرض للتطبيق بسبب عزل الزوج بالسجن، إلا أن (م/72/ب) من القانون رقم (10) لسنة 1984م حيث نصت "إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة من النصوص لهذا القانون"<sup>(2)</sup>.

وبالرجوع إلى آراء فقهاء الشريعة الإسلامية في هذه المسألة فقد اختلفوا في ذلك على رأيين: ذهب الحنابلة إلى أنه إذا غاب الزوج عن زوجته غيبه دون عذر مدة تتضرر معها الزوجية، فلها أن تطلب التفريق القضائي، وحدد المدة في المذهب بستة أشهر استناداً لما روى عن الفاروق عمر (رضي الله عنه) بأنها أقصى مدة يمكن أن تصبر خلالها المرأة أما إن كانت الغيبة لعذر فإن حق الزوجة يسقط في طلب التفريق؛ وإن طالبت هذه الغيبة، "وإن سافر عن امرأته لعذر وحاجة سقط حقها وإن طال سفره"<sup>(3)</sup>.

(1) محكمة السواني الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية 2007/4/24 الدعوى رقم 72-2006 (غير منشور).

(2) زبيدة، الهادي علي، مرجع سابق، ج3، ص67.

(3) ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، القاهرة، دار المنار، ط 1367هـ، ج11، ص65.

وعند الحنفية<sup>(1)</sup>، والشافعية<sup>(2)</sup>، والظاهرية<sup>(3)</sup>، لا يكون لهذه الزوجة الحق في طلب التفريق؛ لعدم إقامة الدليل على الغيبة سبب للتفريق، وليس لها حق التفريق أيضاً عند الحنابلة؛ لأنه من قبيل الغيبة بعذر، وهم لا يجيزون التفريق، إلا إذا كانت الغيبة بدون عذر، وذهب المالكية إلى أنه من حق الزوجة طلب التفريق لغيبة زوجها المحبوس بعد مرور سنة، وتضررها من هذه الغيبة؛ لأن وجود المرأة بعيدة عن زوجها مدة طويلة مظنة الضرر، وأي ضرر يجب رفعه لقوله (ع) "لَا ضَرَرٌ وَلَا ضِرَارٌ"<sup>(4)</sup>، ولا يرفع هذا الضرر إلا بالحق في طلب التفريق.

ولما كان ذلك فإن المحكمة ترى الرأي الأول، وهو من حق الزوجة أن تطلب التفريق لسجن زوجها مدة تزيد عن الثلاث سنوات، ومضى على سجنه مدة تزيد عن السنة، وقد ثبت لهذه المحكمة ذلك في دعوى الحال، "حيث إن المدعى عليه قد حكم عليه بالسجن المؤبد حكماً نهائياً باتاً، ومضى على سجنه مدة تزيد عن أربع سنوات، وفقاً لما سبق ذكره، فإنه والحالة هذه يتعين الاستجابة لطلبها، والقضاء لها بذلك، وعلى النحو الوارد بالمنطوق... لهذه الأسباب... حكمت المحكمة غيابياً بتطليق المدعية... من زوجها المدعى عليه... طلاقاً بائناً"<sup>(5)</sup>.

ويجب ملاحظة أن القول باعتماد الرأي المجيز للتطليق بسبب السجن رغم سكون المشرع عنه يؤدي إلى التوسع في التطليق، خلافاً لمنهج المشرع الليبي في أحكام الطلاق والقاضي بالتضييق من حالاته، ولم تفرق المحاكم بين السجن والسجن المؤبد<sup>(6)</sup>.

أما إذا أفرج عن الزوج مثلاً قبل مُضي المدة المحكوم عليه بها، وكانت الزوجة قد رفعت عليه دعوى التطليق للضرر الذي أصابها من سجنه، فإن من المقرر أنه ما دامت القضية قد رفعت مستوفية لشروطها القانونية، يكون الضرر قد تحقق فعلاً، ولا يُشترط في هذه الحالة استمراره<sup>(7)</sup>.

---

(1) ينظر: الزيلعي، فخر الدين بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، القاهرة، ط1، دون: ت، دون: ن، ج4، ص 231.

(2) ينظر: الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر، ط 1973، ج2، ص5، ج5، ص578.

(3) ينظر: ابن حزم، الأندلسي، أبو محمد علي بن سعيد، المحلي، القاهرة، إدارة الطباعة المنيرة، 1392 هـ، ج10، ص172.

(4) الأصبجي المدني، مالك بن أنس بن مالك بن عامر، الموطأ، بيروت، دار أحياء التراث العربي، ط 1985م، كتاب الأفضية، باب 26، ص435-1424، حديث رقم 1424.

(5) محكمة زيتين الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية 2009/7/11، الدعوى رقم 26-2009 (غير منشور).

(6) محكمة باب بن غشير الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2-4-2002، الدعوى رقم 2001/000000 (غير منشور).

(7) ينظر: العمروسي، مرجع سابق، ص673.



هذا بالنسبة للرجل، أما الزوجة فلا سقف لمدة حبسها، لأن في حبس الزوجة، ولو ليوم واحد أثر نفسي سلبي على كيان الأسرة، حيث لا يعتمد عليها في تربية أبنائها، ولا الحفاظ على سمعة كيانها الأسرى، ناهيك عن نظرة المجتمع إليها، وهذا ما أكدته المحكمة: "وحيث كانت المدعى عليها تزور صك زوجها، وتضع توقيعه على صكه، وتقوم بسحب مدخراته طيلة سنوات، وبعد ندب خبير في أبحاث التزييف... وخلص في تقريره إلى أن التوقيع على ظهر الصك كان مزوراً... فقد صدر حكم بحقها من محكمة المدينة دائرة الجرح بحبس المدعى عليها ثمانية أشهر... لهذا السبب حكمت المحكمة بتطبيق المدعي من المدعية لضرر مع تعويض المدعى عما لحقه من ضرر...<sup>(1)</sup>. هذا إذا كان السجن بسبب نية سيئة منها، ولكن ما الحكم إذا كان بفعل غير إرادي، كالجرائم الخطئية في قضايا المرور؟ مما سبق تبين أن المشرع الليبي في القانون رقم 84/10 لم يتعرض للتفريق بسبب حبس الزوج، أو أسره، أو اعتقاله كما فعلت أغلب التشريعات العربية عند ما عالجت حالات غيبة الزوج المتعددة، ثم أوجدت نصاً يحكم مسألة التفريق بسبب الحبس، أو الأسر، أو الاعتقال، وفقاً لمذهب الإمام مالك، وعليه اقترح إضافة نص إلى نصوص القانون ينظم هذه المسألة على النحو التالي: "لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية لمدة ثلاثة سنوات فأكثر، أن تطلب من القضاء، وبعد مضي سنة من تاريخ حبسه، تطبيقها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه"<sup>(2)</sup>.

والسؤال الذي يطرح نفسه لماذا بعد مضي سنة، لطالما الحكم أصبح نهائياً وبياتاً؟ لم يتكلم المشرع الليبي عن هذه الحالة، مما يعد من الأمور المسكوت عنها، مما يولد فراغاً تشريعياً يستوجب سده.

## 5- النشوز:

إن الحياة الزوجية قد تصفو أحياناً، وتتعكر تارة أخرى، ومن مظاهر سوء العلاقة الزوجية نشوز المرأة على زوجها.

### أ- النشوز لغة:

"النَشْرُ والنَّشْرُ: يعني المكان المرتفع من الأرض، ومنه رجل ناشِرُ الجَبْهة أي مرتفعها ورجل نَشْرٌ غليظ"<sup>(3)</sup>.

---

(1) محكمة بن غشير الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2005/3/26، الدعوى رقم 1439-2003، (غير منشور).  
(2) د. شيبه، مصطفى عبدالغني، "نصوص الطلاق والتطبيق في القانون رقم 84/10 بين قصور في الحكم وغموض في الصياغة"، منشورات الجامعة الأسمرية، العدد 14، السنة 7، ص 218 .  
(3) ابن منظور، محمد بن مكرم، مرجع سابق، مادة نشز.

## ب- النشوز في اصطلاح الشرع:

قد يحدث النشوز من الزوج، وقد يصدر من الزوجة، أو منهما معاً، وعله لا بد من بيان مفهومه وتوضيح معانيه.

1- نشوز الزوج يعني: ترفع الزوج وتعاليه علي زوجته بالإعراض عنها أو بجفائها والإضرار بها وعدم إعطائها حقوقها<sup>(1)</sup>، وقد ورد في القرآن بقوله تعالى: [وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ]<sup>(2)</sup>.

2- نشوز الزوجة هو: "إمتناع المرأة عن أداء حق الزوج، أو عصيانه، أو إساءة العشرة معه"<sup>(3)</sup>. وقد ورد في القرآن بقوله تعالى: [وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا]<sup>(4)</sup>، ويستفاد من هذه الآية أن النساء نوعان: نوع ملتزم لا يحتاج إلى تأديب، وهذا الصنف عالم بحقه، ودوره في الحياة، وحافظ لماله وما عليه، أما النوع الثاني فهو النوع الذي يحتاج إلى تأديب، فذكر المرأة التي لا تعطى الزوج حقه، إذ لو ترك لها الحبل على الغارب لتعرضت الحياة الزوجية للخطر<sup>(5)</sup>، ولما كانت طبائع النساء تختلف باختلاف البيئة، وتنوع التربية، فمنهن ما تكفى معها الإشارة، أو الأعراض تأديباً، وتقويماً، وإصلاحاً، ومنهن من لا يفلح معها إلا الضرب، فقد جعل الشارع التأديب على "ثلاث مراتب"<sup>(6)</sup>:

**الأولى:** الموعظة، والنصح والإرشاد، من قبل الزوج، والوعظ هو نكر ما يقتضى رجوعها عما ارتكبته، وذلك بطريق الأمر والنهي برفق.

**الثانية:** فإن لم يفلح الوعظ انتقل الزوج للخطوة الثانية، وهي الهجر في المضجع، فلا يبيت معها في فراش واحد، أو في غرفة واحدة مرة حسب ما يستطيع كعقوبة يرجو من ورائها أن يصلح أمرها والهجر الجائر شرعاً، هو الهجر الجميل، وهذا العلاج يكون ناجحاً مع الزوجة التي

(1) ينظر: تفسير القرطبي، مرجع سابق، 168/5.

(2) النساء، الآية 127.

(3) البليهد، خالد بن سعود: "النشوز"، الشبكة الفقهية، ملتقى فقه الأسرة، عنوان المقالة علي الفيس بوك:

[binbulihed@gmail.com](mailto:binbulihed@gmail.com)

(4) النساء، الآية 34.

(5) ينظر: محمد سمارة، مرجع سابق، ص 264.

(6) التكروري، عثمان، قانون الأحوال الشخصية، عمان، دار الثقافة لنشر، ط5 منقحه، 2011م، ص 156 .

تهوى زوجها، ويشقُّ عليها هجره إياها، وقد حدد العلماء مدة الهجر في المضجع بما لا يبلغ مدة الإيلاء المقدره شرعاً بأربعة أشهر<sup>(1)</sup>.

**الثالثة: الضرب، وهو العلاج الأخير إذا لم تجدِ الموعظة ولا الهجر الجميل في المضجع، والضرب الجائز شرعاً للتأديب هو الضرب الخفيف اللائق بمكانتها، فلا يجوز أن يكون الضرب مبرحاً، ولا مؤذياً، ولا يلجأ إليه إلا عند الضرورة التي تقدر بقدرها.**

ومما اعتبره القضاء ضرراً، امتناع الزوجة عن الرجوع إلى بيت الزوجية بعد صدور حكم يلزمها بذلك "حيث تبين للمحكمة أن الزوجة لم تثبت الضرر الذي لحق بها... وجاء طلبها مجرد من أي دليل يسانده، فقد حكمت المحكمة الابتدائية بتاريخ 1999/1/25 بإلزامها بالرجوع إلى بيت الزوجية - وحيث إن الزوجة لم تنفذ الحكم في الدعوى المشار إليها، من ثم فقد ألحقت الضرر بزوجها، إذ يحق للزوج أن تهتم زوجته براحته، واستقراره، والإشراف على بيت الزوجية، والقرار فيه، وتنظيم شؤونه، والقيام بمطالب الزوجية، وحيث إنه وإن كانت أحكام النشوز المنصوص عليها في م(212) إجراءات شرعية قد ألغيت وفقاً للفقرة ب من م(73) من القانون رقم 10 لسنة 1984 بشأن الزواج والطلاق؛ إلا أن امتناع الزوجة عن تنفيذ الحكم بدون مبرر يعتبر مضارة للزوج تجيز له طلب التفريق"<sup>(2)</sup>.

كما أن امتناع الزوج أيضاً يصدق في حقه نفس الحكم، وهذا ما صرحت به المحكمة "إن المدعى عليه قد ألزم بإرجاعها إلى بيت الزوجية فلم يمكنها من ذلك، وأخبرها أنه غير مستعد لإرجاعها... وانتهت المدعية إلى المطالبة بتطليقها من المدعى عليه... حيث يتضح أن المدعى عليه قد أضر بالمدعية إضراراً شنيعاً نال من كرامتها بزواجه بأخرى، وتركها معلقة ليست بمتزوجة ولا مطلقة، لهذه الأسباب حكمت المحكمة... بتطليق المدعية... من زوجها المدعى عليه... طلاقاً واحدة بائنة"<sup>(3)</sup>.

كما قضت المحكمة: "إن لم تقم الزوجة بما عليها من حقوق، وواجبات تجاه زوجها المدعى عليها، حيث إنه من أهم حقوق الزوج على زوجته أن تطيعه بالمعروف، وأن تحافظ على كرامته، وعرضه، وماله، وألا تلحق به أي ضرر مادياً، أو معنوياً، كما أن أهم ما تقتضيه مصلحة الأسرة عدم الخروج من بيت الزوجية دون إذن زوجها، كما أن للزوج إرشاد زوجته،

(1) ينظر: الخطاب، أبي عبد الله، مرجع سابق، ج4، ص15.

(2) محكمة طبرق الجزئية، دائرة الأحوال المدنية الشخصية الأولى 1999/12/28، الدعوى رقم 105-1999، (غير منشور).

(3) محكمة باب بن غشير الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية 2006/4/15، الدعوى رقم 2005/822 (غير منشور).

وتوجيهها وردھا للصواب، فلم يجعل الشرع أمر تأديب الزوجة لغير زوجها، وحيث إنه ومن الثابت من الأوراق بأن المدعية قد أضرت بزوجها، ومصالحته، وهو ما ثبت للمحكمة من خلال ما قدمه المدعى عليه من مستندات، من خروج المدعية عن طاعة زوجها، والإساءة إلى سمعته، والنقول عليه، وعلى أسرته، حيث إنه تم توقيفها بغرفة الحبس الاحتياطي بمركز... بناء على الشكوى المقدمة ضدها... بتهمة السرقة... كما فتح ضدها محضراً آخر... بتهمة السرقة، وأحيلت هذه الشكوى أيضاً إلى النيابة العامة... وهذا ما يسبب في عدم استقرار الحياة الزوجية... لذا حكمت المحكمة بتطبيق المدعى عليها في الدعوى المقابلة من المدعى طليقة واحدة بائنة<sup>(1)</sup>.

#### 6- التطبيق بسبب تعاطي المخدرات والاتجار بها:

ومن الأسباب الداعية للتطبيق بسبب الضرر تعاطي المخدرات والاتجار بها، "حيث إن المحكمة ترى أن المدعية أفلحت في إثبات دعواها، وإقامتها على أساس سليم من الواقع والقانون... والمتضمنة اتهام المدعى عليه بحيازة المواد المخدرة والاتجار بها وتعاطيها وبمعاقبته بالسجن ثلاث سنوات وشهور، وتغريمه بألف دينار... لهذه الأسباب... حكمت المحكمة حضورياً بتطبيق المدعية... من زوجها المدعى عليه"<sup>(2)</sup>.

ويؤكد القضاء على مشروعية هذا السبب قائلاً: "إن المحكمة باستعراضها لواقعة الدعوى... وعلى ما هو ثابت بمحاضر جلساتها، وبتقرير الحكّمين، والجلسة السرية، والحكم الجنائي المرفق، فإنها ترى أن المدعية لحقها ضرر فادح من المدعى عليه نتيجة تعاطيه... واتجاره بالمخدرات حسب ما هو ثابت بالحكم الجنائي المرفق مما... يتعين تطبيق المدعية من المدعى عليه للضرر عملاً بأحكام قانون الزواج والطلاق وآثارهما"<sup>(3)</sup>.

والقضاء بالتطبيق لتعاطي المخدرات، والاتجار بها، والإدمان عليها يقضى به ولو لم يتم الدخول، وهذا ما بينته المحكمة بجلاء من "أن واقعة الدعوى لا يجدى فيها الحكمان، ولا محاولة الإصلاح، حيث إن ما ارتكبه المدعى عليه من جرم، والمتمثل في الإتجار بالمخدرات، وحبسه عشر سنوات نتيجة لذلك ألحق الضرر بالمدعية والتي لم يتم الدخول بها، فالحكّمين قررا الإصلاح، والإصلاح في واقعة الحال أمر مستحيل لفداحة الجرم والضرر، وبالتالي تجيب

(1) محكمة المدنية الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية الأولى 2004/2/21، الدعوى رقم 2003/18 (غير منشور).

(2) محكمة زوارة الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2009/8/12، الدعوى رقم 2007/67 (غير منشور).

(3) محكمة جنزور الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2003/1/21، الدعوى رقم 2002/38 (غير منشور).

المحكمة المدعية إلى طلبها بشأن تطليقها من المدعي عليه للضرر طلاقة واحدة بئنة بينونة صغرى الأولى من نوعها قبل الدخول"<sup>(1)</sup>.

#### 7- إصابة أحد الزوجين بالأمراض المعدية كـ(الإيدز والتهاب الكبد الوبائي):

ومن مبررات التطليق للضرر في تطبيقات القضاء، إصابة الزوج بمرض فقدان المناعة المكتسبة "الإيدز" حيث تقدم وكيل المدعية بشهادة صادرة عن الإدارة العامة لمكافحة المخدرات، والمؤثرات العقلية، ورد أن المدعى عليه قد دخل للمركز بتاريخ 2000/02/22 بناء على شكوى ولي أمره للعلاج من الإدمان على تعاطي المواد المخدرة، وخرج منه بتاريخ 2001/02/15، وقد تم إيوائه من جديد بتاريخ 19-11/2001 وخرج بتاريخ 2001/12/29 كما تقدم بصورة طبق الأصل من شهادة صادرة عن المختبر الطبي المرجعي طرابلس للاختبار التأكيدي لإلتهاب الكبد الوبائي، ونقص المناعة تخص المدعى عليه، وورد بترجمتها أن المدعى عليه... مصاب بفيروس الإيدز، وحيث إن المحكمة رأت أن الضرر واقع بالمدعية من حالة المدعى عليه الصحية، والتي لا تسمح له بمعايشة المدعية، أو حتى مجالستها، الأمر الذي تنتقي معه مقاصد الزواج وغاياته، ومن ثم فإن المحكمة يتبين لها توافر عنصر الضرر، ومن ثم فإنها تقضى لها بطلاقها للضرر"<sup>(2)</sup>. واعتبرت المحكمة إصابة الزوج بمرض التهاب الكبد الوبائي سبباً يؤدي إلى الحق في المطالبة بالتطليق للضرر، حيث قضت "إن 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 آلاف دينار لكي يقوم بالعلاج... ومن ثم فإن الضرر بشقيه المادي والمعنوي ثابت بحق المدعى عليه... وحيث إنه ثبت للمحكمة ثبوتاً جازماً وقوع الضرر

---

(1) محكمة الزاوية الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية 2006/5/6 الدعوى رقم 2005/463 (غير منشور).

(2) محكمة باب بن غشير الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2002/04/11، الدعوى رقم 2002/99 (غير منشور)، وينظر نفس ما قضت به هذه المحاكم على سبيل المثال:

- محكمة السواني الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2006/12/26، الدعوى رقم 2006/9 (غير منشور).
- محكمة نالوت الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2005/08/15، الدعوى رقم 2005/7 (غير منشور).
- محكمة باب بن غشير الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2006/12/26، الدعوى رقم 2006/9 (غير منشور).
- محكمة باب بن غشير الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2003/10/06، الدعوى رقم 2003/226 (غير منشور).
- محكمة جنزور الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2003/12/16، الدعوى رقم 2003/106 (غير منشور).
- محكمة باب بن غشير الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية الثالثة، 2003/12/15، الدعوى رقم 2003/110 (غير منشور).

من جانب المدعى عليه بحق المدعية، وإن المدعية أفلحت في إثبات الضرر من المدعى عليه، فإن المحكمة تجيبها لطلبها الطلاق للضرر، وتقضى بتطبيقها منه<sup>(1)</sup>.

### ثانياً- الضرر المعنوي:

الضرر المعنوي هو كل ضرر يمسُّ نفسية أحد الزوجين وكرامته ويؤذي مشاعره<sup>(2)</sup>، ويعرف هذا النوع من الضرر كغيره من أنواع الأضرار المادية تزايداً مستمراً، نتيجة لما تفرزه الأوضاع الاجتماعية، والاقتصادية التي تعيشها أغلب الفئات المجتمعية، ونتيجة لتفشي ظاهرة البطالة، وضعف الوازع الديني والأخلاقي، وانهار القيم، والمبادئ التربوية عند الكثيرين، وفي التشريع الليبي يقول المشرع في م(39/ب) من القانون رقم 10 لسنة 1984 م .

أ- "إذا عجز الحكمان عن الإصلاح بين الزوجين تولت المحكمة الفصل في النزاع. وفي هذه الحالة تعقد المحكمة جلسة سرية للإصلاح بين الزوجين، فإذا تعذر عليها ذلك وثبت الضرر حكمت المحكمة بالتطبيق. فإذا كان المتسبب في الضرر هي الزوجة حكمت المحكمة بسقوط مؤخر الصداق ومتجمد النفقة مع التعويض عن الضرر للطرف الآخر.

أما إذا كان المتسبب في الضرر هو الزوج حكمت المحكمة للزوجة بالتعويض ومؤخر الصداق، وذلك كله مع عدم الإخلال بالحقوق الأخرى المترتبة على الطلاق.

ب- فإذا عجز طالب التفريق عن إثبات دعواه واستمر الشقاق بين الزوجين بما يستحيل معه دوام العشرة، حكمت المحكمة بالتطبيق مع إسقاط حقوق طالب التفريق<sup>(3)</sup>، ونورد بعضاً من حالات الضرر المعنوي:

---

(1) محكمة قصر الأخيار الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2008/03/24، الدعوى رقم 2008/18 (غير منشور).

(2) ينظر: الدكتور الكشور، محمد، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، ط5، 2000م، ص340، هامش رقم 125.

(3) وهو ما قال به المشرع السوداني في نص المادة 14 من المنشور الشرعي رقم 17 لسنة 1915م على أنه: "إذا تسكت المرأة تكرار الضرر من زوجها بضرب أو سب، مما لا يستطاع معه دوام العشرة عادت لأمتالها، وتبيت = ذلك على الزوج بينه "هي رجلان" أو اعتراف منه، وطلبت الطلاق لذلك، أجابها القاضي وطلقها طليقة باننة "ينظر: حسب الله، علي، الفرقة بين الزوجين، بيروت، دار الفكر العربي، دون : ت، ص154.

كذلك ينظر: محكمة النقض المصرية، دائرة الأحوال الشخصية، تاريخ 1976/1/24، نقلاً عن: معوض، عبدالنواب، مرجع سابق، ج1، ص375.

## 1- إهانة أحد الزوجين بالسب والشتم:

وهو كل ما يلحق الألم في نفس أحد الزوجين، وله صور عدة، "إذا قام الزوج بالتطاول علي زوجته بخطاب مليء بمختلف ألوان الشتائم، والسباب، واتهمها فيه بالبرود الجنسي"<sup>(1)</sup>، وقالت المحكمة: "وحيث أثبتت المدعية أن زوجها المدعي عليه يعتدي عليها بالضرب والشتم، وخلصت إلي طلب تطليقها للضرر... عليه حكمت المحكمة بتطبيق المدعية من زوجها المدعي عليه للضرر"<sup>(2)</sup>.

وقضت المحكمة أيضاً "وحيث قال المدعي شارحاً دعواه أنه زوج المدعي عليها بموجب عقد شرعي، وكان لها طيلة فترة الزواج نعم العشير والزوج الصالح، إلا أنها تقابل كل ذلك بالإساءة، وبدون أسباب وبمجرد نقاش بسيط على أمور الحياة، تعثرها حالة عصبية وتقوم بإهانة المدعي بالسب والشتم، وسب عائلته وإخوته، متجاوزة بالسب لأعراضهم، وبشهادة الجيران والأقارب بذلك، ومع تكرر هذه الفعلة لأكثر من مرة، وبعد ثبوت الأوراق وسماع المرافعة وشهادة الشهود، حكمت المحكمة بتطبيق المدعي من المدعي عليها للضرر"<sup>(3)</sup>. وكل تلك الصور من الضرر تخضع لسلطة القاضي التقديرية في تقدير الضرر المبرر لتطبيق.

## 2- الإيلاء والهجر والغيبة:

من الحقوق المتبادلة التي تترتب على الزواج، هو حق المعاشرة فالواجب على كل من الزوج والزوجة أن يعمل على إمتاع الآخر، ويمكنه من تحقيق رغبته في الاتصال الجنسي، وقضاء الشهوة.

**الإيلاء لغةً:** هو "الحلف"<sup>(4)</sup>، سواء أكان هذا الحلف على فعل شيء أم على تركه يقال "آلي الرجل على نفسه أن يترك كذا - أي حلف على ترك ذلك".

**والإيلاء اصطلاحاً:** "الحلف علي ترك الاقتراب من زوجته مدة مخصوصه"<sup>(5)</sup>، أما الهجر

(1) العمروسي، مرجع سابق، ص 663.

(2) محكمة مصراتة الابتدائية، دائرة الأحوال الشخصية، 1/ 1/ 2000، الدعوي رقم 99/29ف (غير منشور).

(3) محكمة الزاوية الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 5/ 8/ 2018م، الدعوة رقم 2017/249م (غير منشور).

(4) الرازي، محمد بن أبي بكر عبد القادر، مختار الصحاح، مصر، دار المعارف، ط منقحه، 1953م، مادة (آلي).

(5) السمرقندي، محمد بن أحمد أبو بكر علاء الدين، تحفة الفقهاء، بيروت، لبنان، المكتبة الالكترونية الشاملة، ط 1994،

ج2، ص 203، وينظر: الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مصر،

القاهرة، دار الكتب العلمية، ط 1986م، ج7، ص 311.

فهو: أن يهجر الزوج زوجته من غير حلف قصد الإضرار بها<sup>(1)</sup>. ويبدو أن الفرق واضح بين الإيلاء، والهجر، حيث إن الأول يتحقق باليمين من الزوج، وأن تكون المدة أربعة أشهر فما فوق، أما الهجر فلا مدة فيه، إنما يُشترطُ فيه تحقيق الضرر، يضاف إلى ذلك أن "الإيلاء يقيم بمعيار موضوعي والضرر فيه مفترض؛ إذ يكفي فيه اليمين، ومُضي أقل المدة، أما الهجر فينظر إليه بمعيار شخصي، لأن الضرر ليس مفترضاً بمدة؛ إذ بمجرد تحقق الهجر، وهو نوع من أنواع الضرر، ويثبت للمحكمة ذلك فإن القاضي يقضى بالتطليق، وقد تختلف مدة الهجر التي يتضرر منها من امرأة لأخرى"<sup>(2)</sup>، ونظراً لهذا الرأي فإن الهجر يختلف ضرره من امرأة إلى أخرى، وبالتالي فإن عبء إثبات الضرر في الإيلاء ليس حمالاً على عاتق الزوجة، أما في الهجر فإن الزوجة هي المطالبة بالإثبات، لأن المعيار شخصي في ذلك، وإذا تحقق الفعل الضار بالزوجة والمتمثل في إيلائه وهجره لها، ورفعت أمرها للقضاء فكيف يكون الحكم؟

لقد اختلف الفقهاء في ذلك، فالحنفية قالت: وقوع طلاقه بائنة إن بر في حلفه، والكفارة والجزاء المعلق إن حنت<sup>(3)</sup>، وعلّة الحنابلة في وقوع الطلاق بمضي المدة؛ أنهم يعتبرون الإيلاء بمثابة يمين الطلاق المعلق، فمتى تحقق الزمن المشروط، فقد وقع الحنت في حقه، وبالتالي يقع الجزاء، وهو الطلاق، وعليه يكون باراً بيمينه وكفارة عليه<sup>(4)</sup>.

وهو رأى الإباضية أيضاً حيث ذكروا أن الزوج في الأربعة أشهر "إن لم يمسه ذلك الحالف حتى مضت، بانته"<sup>(5)</sup>، كما ذهب الزيدية: "إلى أن مدة الإيلاء أربعة أشهر فصاعداً، من يوم اليمين فإنه يكون مولياً، لا دون الأربعة أشهر فلا يكون مولياً"<sup>(6)</sup>.

الرأي الثاني ويمثله الجمهور: يذهب إلى أن الفرق لا تقع بمضي المدة، وإنما يؤمر بالفئ إلى زوجته، أو طلاقها.

(1) ينظر: الفاسي، علال، التقريب: شرح مدونة الأحوال الشخصية، الرباط، مؤسسة علال الفاسي، مطبعة الرسالة، ط 1986م، ج2، ص305.

(2) زبيدة، الهادي علي، مرجع سابق، ج3، ص184.

(3) ينظر: الكاساني، مرجع سابق، ج7، ص337. الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف أبو إسحاق الشيرازي، المهذب، المكتبة الوقفية الالكترونية، ط1: 1992م، ج3، ص52.

(4) ينظر: المرجع السابق، ج3، ص171.

(5) إطفيش، محمد بن يوسف، شرح النيل وشفاء العليل، القاهرة، مكتبة المنارة الأزهرية، مكتبة طه كمال خضر الأزهرية، ط2، 1973م، ج7، ص183.

(6) العنسي، أحمد بن القاسم، التاج المذهب لأحكام المذهب، اليمن، صنعاء، دار الحكمة اليمانية، دون: ت، ج2، ص254.



وتقول المدونة: "إنه لا يحق بالمولى في الأجل بل يحكم له الحاكم سواء كان ذلك قدر أجل الإيلاء، أم أقل، أم أكثر"<sup>(1)</sup>.

وقد نص الشافعية على هذا الحكم صراحة بقولها: "وإذا آلى الرجل من امرأته فمضت أربعة أشهر وقف، وقيل له: إن فئت، وإلا فطلق... فإن طلق لزمه الطلاق، وإن لم يطلق طلق عليه السلطان وحده"<sup>(2)</sup>، وهو ما تنبأه الحنابلة أيضاً، حيث قالوا: "إن المولى إذا امتنع من الفيئة بعد التبرص، أو امتنع المعذور من الفيئة بلسانه، أو امتنع من الوطاء بعد زوال عذره أمر بالطلاق، فإن وقع طلاقه الذي أوقعه واحدة كان أو أكثر، وليس للحاكم إجباره على أكثر من طلاقة. وإن امتنع من الطلاق، طلق الحاكم عليه"<sup>(3)</sup>.

أما الشيعة الإمامية لا تختلف كثيراً عن رأي الجمهور، حيث قالوا: "إذا رفعت الزوجة زوجها بعد الإيلاء إلى الحاكم، أنظره الحاكم على أربعة أشهر من حين المرافعة، فإن رجع وكفر بعد الوطاء، وإلا ألزمه بالطلاق أو الفيئة والتكفير، ويضيق عليه في المطعم والمشرب حتى يقبل أحدهما، فإن امتنع عن كليهما طلقها الحاكم، ولو طلق وقع الطلاق"<sup>(4)</sup>.

أما الظاهرية فلا يجيزون للقاضي أن يطلق نيابة عن الزوج؛ لأن العصمة يملكها الزوج وحده، وقالوا في ذلك: "إما يفئى، وإما أن يطلق، فالواجب أن يختار على أيهما شاء"<sup>(5)</sup>، وسبب اختلاف الجمهور، والحنفية مرجعه إلى كيفية فهمهم للآية الكريمة (فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ)<sup>(6)</sup>، أي: فإن فاء قبل انقضاء المدة وهي الأربعة أشهر أو بعدها، فمن فهم منها قبل انقضائها قال: بوقوع الطلاق، ومعنى العزم في قوله تعالى: (وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ)<sup>(7)</sup>، أي: لا يفئى حتى تنقضي المدة، ومن فهم من اشتراط الفيئة أن تكون بعد انقضاء المدة. أما نوع الطلاق في الإيلاء فهو رجعي؛ لأن الأصل كل طلاق شرعي يحمل على أنه رجعي ما لم يقم الدليل على أنه بائن.

(1) التسولى، المرجع السابق، ج1، ص327.

(2) الشافعي، المرجع السابق، ج5، ص271.

(3) ابن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص330، 331.

(4) الخوئي، أبو القاسم الموسوي، منهاج الصالحين، المعاملات الكويت، دار المحاميد العالمية، ط25، 1408هـ، ج2، ص311. مسألة رقم 1501.

(5) ابن حزم، مرجع سابق، ج2، ص48، المسألة رقم 1889.

(6) البقرة، الآية224.

(7) البقرة، الآية225.

أما القانون ساوى بينهما في الحكم ويُفهم ذلك من نص م(43) من القانون رقم 10 لسنة 1984م التي جاء فيها: "إذا آلى الرجل من زوجته، أو هجرها مدة أربعة أشهر، أو أكثر بدون عذر، وطلبت الزوجة التطليق، ضربت له المحكمة مدة مناسبة، فإن لم يفئ طلقها عليه طلاق رجعية"، وقد أخذ القانون برأي المالكية الذي يقول بتطبيق أحكام الإيلاء سواء أكان الحلف بالله أم بغير الله، بل وحتى لو لم يحلف الزوج، وإنما ترك المسيس إضراراً بالزوجة فقط<sup>(1)</sup>.

هناك فرق بين القعود عن معاشره الزوجه بسبب راجع للزوج، وقطع الزوج كلامه عن زوجته، وتحويل وجهه في الفراش عنها، لا يعتبر ذلك هجراً مسبباً في التطليق للضرر، حتى إن كان باختيار الزوج لا قهراً عنه، فهذه تعتبر من قبيل الإخلال بالحقوق الزوجية، أما لو كان هجر الزوج، أو الزوجة راجع للعنة<sup>(2)</sup> فهذه الحالة لا تعتبر أيضاً من قبيل الإضرار بالهجر، وهذا ما أكدته المحكمة حيث قالت: "وحيث أصبح الزوج يواجه متاعب مع زوجته؛ لأنها لم تمكنه من نفسها، ومعاشرتها معاشره الأزواج، واستمرت هذه الحالة عدة أيام، وشهور حاول معها التوصل إلى حل ولكن دون جدوى..."

تم عرض المدعى عليها على بعض الأطباء المختصين وجاءت التقارير الطبية بوجود فتور جنسي لدى زوجته، ولأن المدعي تضرر مادياً، ومعنوياً من جراء عدم علمه بهذا العيب الجنسي قبل الزواج... وبعد الإطلاع على الأوراق حكمت المحكمة بتطبيق المدعي للضرر طلاقه بائنة بينونة صغرى؛ لوقوعه بحكم القضاء"<sup>(3)</sup>.

وقد اعتبر الأحناف أن الرجل إذا كان متزوجاً بامرأة واحدة، ولم يضاجعها، لاستمتاعه بالجواري أو تعبته من العمل، أو حتى انشغاله عنها بالعبادة ليلاً، وصيامه نهاراً فاشتكت عليه امرأته فإنه يؤمر بالمبيت معها، والإفطار معها في الصيام<sup>(4)</sup>.

والملاحظ في التطليق القضائي أن "دعاوى الإيلاء، والهجر كدعاوى مستقلة نادرة، وعليه فإن رفعت لا ترفع بمفردها، أو أن تكيف تحت طائلة التطليق للضرر م(39) وليس م(43) وقد اعتبر المشرع الإيلاء، والهجر ضرراً من نوع خاص"<sup>(5)</sup>.

(1) ينظر: زبيدة، الهادي علي، المرجع السابق، ج3، ص 187.

(2) عدم القدرة علي الوطء

(3) محكمة الزاوية الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 1-12-2007ف، الدعوى رقم 2006/59 (غير منشور).

(4) ينظر: السرخسي، شمس الدين المبسوط، القاهرة، مطبعة السعادة، ط1، 1324هـ، ج5، ص 220.

(5) زبيدة، الهادي علي، مرجع سابق، ج2، ص202.

إن المشرع الليبي قد وضع قاعدة عامة للضرر نص عليها في م(39-أب) من القانون رقم 10-1984م، كما أن هناك نصوصاً لأنواع خاصة للضرر، من الضرر كالغيبية والهجر في القانون نفسه في م(43) وقد أخذ القانون الليبي برأي المالكية الذي يقول بتطبيق أحكام الإيلاء، سواء أكان الحلف بالله، أم بغير الله، بل وحتى لو لم يحلف الزوج، وإنما ترك المسيس إضراراً بالزوجة فقط، والتطبيقات القضائية توضح ذلك؛ حيث قضت المحكمة: "إن زوجها قد هجرها، ولم يرجع إليها منذ تاريخ 1997/5/3م وحتى نظر هذه الدعوى. وأنه لم يقم معها في بيت الزوجية منذ ذلك الحين تاركاً زوجته وأبناءه يواجهون متاعب الحياة، وشدائدها بلا راعٍ، مما ألحق ذلك بالغ الأضرار بالمدعية وأبنائها، الأمر الذي جعلها تقوم برفع دعوى تطليق للهجر، والضرر... وبالتحقيقات اعترف الزوج المدعى عليه بواقعة الهجر منذ أكثر من سنة... لهذه الأسباب... حكمت المحكمة بتطبيق المدعية... من المدعى عليه... طلاقة بائنة للضرر" (1).

والملاحظ أن طلب الخصوم، وبخاصة المدعية كان واضحاً، وهو التطليق للهجر، والضرر، ولم تقم بتحديد ما هو الضرر، مما يتعين صرفه إلى الضرر الناتج عن الهجر، كما أن المشرع لم يحدد المدة التي يجب أن ترفع خلالها الدعوى خاصة اذا طال الهجر والإيلاء، وإذا كان المشرع قد جعل الإيلاء والهجر من قبل الزوج سبباً يعطي للمرأة الحق في طلب التطليق، فإنني اقترح بأن تعاد صياغة م(43) من القانون رقم 10 لسنة 1984م بحيث تجعل الإيلاء أمراً مختصاً للرجل، والهجر أمراً مشتركاً بين الرجل، والمرأة بحيث يكون قاعدة عامة، ولأن ضرر الهجر يكون تأثيره على الرجل، والمرأة سواء، ومما قضى به الصحابة أن امرأة جاءت لعمر بن الخطاب (τ) قالت: "إن زوجي يصوم النهار ويقوم الليل وأنا أكره أن اشكوه - وهو يعمل بطاعة الله عز وجل - فقال لها عمر: نعم الزوج زوجك! فأعدت كلامها مراراً، في كل مرة يجيبها - عمر (τ) بهذا، فقال كعب بن سور الأسدي: يا أمير المؤمنين إنما تشكو من زوجها في أنه هجر من صحبتها، فتعجب عمر من فطنته، وقال: أفض بينهما، فقال كعب: أراها

(1) محكمة صبراتة الجزئية، دائرة الأحوال المدنية 1998/12/23، الدعوى رقم 1997/167 (غير منشور).

ومن الأحكام المتشابهة مع القضاء الليبي ما ورد في القضاء الجزائري:

-حكم منشور بدالوز، دائرة الأحوال الشخصية، سنة 1936 أشارله: ميكو، عبد النبي، المرجع السابق، ص524.

إحدى نسائه الأربع، لهن ثلاثة أيام ولياليها، ولها يوم وليلة"<sup>(1)</sup>. وبالتالي فإن الهجر يختلف عن الضرر الناتج عن الغيبة، فالهجر، والغيبة مفهومان مختلفان، فالغيبة هي "أن يقيم الزوج في غير البلد الذي تقيم فيه زوجته إقامة اعتيادية، وليس الانقطاع عن بيت الزوجية"<sup>(2)</sup>، إذ قد يكون في نفس البلد التي تقيم فيها زوجته، ولكنه لا يأتي على بيته، فلا نكون في هذه الحالة أمام صورة من صور الغيبة، إنما تكون خاضعة للقاعدة العامة في التطليق للضرر مادة (39) من القانون رقم 10 لسنة 1984م وما تعلق بها.

**أما المفقود فهو:** من ترك بيت الزوجية، ولم يعرف حاله سواء أحي كان أم ميت، ولم يعرف المشرع الليبي الغائب في أحكام القانون رقم (10) لسنة 1984م وتعديلاته وإنما عرفه قانون القاصرين رقم (17) لسنة 1992 الغائب بأنه: "هو الشخص الذي لا يعرف موطنه، ولا محل إقامته إلى م"21 - أ"<sup>(3)</sup>.

وقد أخذ المشرع الليبي بالقول القاضي بجواز التطليق للغيبة، حيث نص على ذلك صراحة بقوله: "أ. إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول، وتضررت الزوجة، جاز لها أن تطلب التطليق ولو كان لها مال تنفق منه على نفسها" م(41) من القانون رقم (10) لسنة 1984م<sup>(4)</sup>، وهذه المادة تعتبر من النصوص الخاصة للضرر الذي تحكمه قاعدة عامة مفادها م(39/أ-ب) من القانون رقم (10) لسنة 1984م والمشرع بذلك "جمع بين الفقه المالكي، والحنبلي فيما أقره من أحكام للغيبة"<sup>(5)</sup>، فالمالكية يعتبرون الغيبة في ذاتها مسبباً للفرقة، ولا يفرقون بين غيبة بعذر، أو بدونه، بينما الحنابلة يشترطون للقضاء بالغيبة ألا تكون بعذر، ومدة الغيبة عند المالكية سنة فأكثر، أما

---

(1) السرخسي، شمس الدين محمد، مرجع سابق، ج5، ص220.

(2) محمد، الشيخ الولي، حق الزوجة في الفرقة في الفقه الإسلامي، (أطروحة دكتوراه)، جامعة القاهرة، (لم تنشر)، 1977م، ص299.

(3) القانون رقم 17 لسنة 1992 (10/28/1992)، الجريدة الرسمية، ع36-1992، ص1249.

(4) وقد أخذت التشريعات العربية بمثل مأخذ المشرع الليبي في الغيبة مثل:

أ-م(106) أحوال الشخصية الموريتاني.

ب-م (123-126) أحوال الشخصية الأردني.

ج- م (123-126) أحوال الشخصية السوري.

د- م (185-191) أحوال الشخصية السوداني.

(5) زبيدة، الهادي علي، مرجع سابق، ج3، ص127.

الحنابلة فإنهم يقولون بأن المدة تكون ستة أشهر فأكثر<sup>(1)</sup>، وتوضيحاً لذلك تقول المحكمة: "إن غياب الزوج بلا عذر يجيز للزوجة طلب التطلق، وذلك مشروط بتضرر الزوجة، والمحكمة ترى أن غيبة الزوج ضرراً، وإن مجرد رفع الزوجة أمرها إلى القضاء دليل واضح على تضررها من تلك الغيبة، وبالتالي ترى المحكمة إيجابتها لمطلبها"<sup>(2)</sup>، وتقضى المحكمة في مناسبة أخرى صراحة إن "غياب الزوج عن زوجته بدون عذر شكل من أشكال الضرر"<sup>(3)</sup>.

ويظهر هذا الفرق بين الهجر، والغيبة، في قضاء المحكمة العليا: "إن الحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه في ثبوت الضرر في حق المطعون ضدها من الطاعن باعتزافه بأنه مقصر في حقها في الفراش، ومنشغل عنها بعمله، وغير مهتم بالزيارات، واعتبرت المحكمة هذا ضرر للمطعون ضدها، وهو أمر له أصل ثابت في الأوراق فإن... الطاعن على الحكم المذكور لا سند له في القانون، ويتعين تبعاً لذلك رفض الطعن"<sup>(4)</sup>.

وقد يكون هجر الزوجة بيت الزوجية، وبقاؤها في بيت أهلها شيئاً قهرياً. حيث قالت المحكمة في ذلك: "إن تصرف الرجل المدعى عليه بطرده للمدعية، وعدم مبالاته لحالتها قد سبب لها ضرراً، وهو بقاؤها في بيت أهلها مدة طويلة، لا هي زوجة مثل بقية الزوجات لها حقوق، وعليها واجبات، ومن ثم فإن هذه التصرفات قد ألحق بالمدعية أضراراً استلزم التعويض عنها... وحيث إن المدعية قد أثبتت الضرر... لهذه الأسباب. حكمت المحكمة حضورياً بتطبيق المدعية... من المدعى عليه طليقة واحدة بائنة"<sup>(5)</sup>.

### 3- الاتهام بالخيانة ومجرد الشكوك:

يثبت الحق في التطلق بالخيانة الزوجية، كما يثبت هذا الحق أيضاً إذا اتهم أو افترى عليها، وذلك "عندما يقوم المدعى عليه خلال فترة وجيزة من زواجه باتهام زوجته في شرفها، وعرضها، وعلى مجرد شكوك صادرة منه أقربها صراحة أمام المحكمة... دون تقديمه دليلاً يؤيد مزاعمه، وقد أثبتت المدعية ذلك من خلال شهادة الشهود... الأمر الذي يجعل الثقة المفترضة

---

(1) ينظر: الشافعي، جابر عبد الهادي سالم، التلفيق الفقهي بين الرفض والقبول وأثر ذلك على قوانين الأحوال الشخصية، مصر، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ط2009م، ص134-137.

(2) محكمة الزاوية الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 23-1-2007، الدعوى رقم 326-2007، (غير منشور).

(3) محكمة الزاوية الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 5-9-2006، الدعوى رقم 274-2006، (غير منشور).

(4) المحكمة العليا، طعن شرعي 2001/2/22، الطعن رقم 47/25 ق (غير منشور).

(5) محكمة زليتن الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية 2010/5/22 الدعوى رقم 2010/15 (غير منشور).

في عقد الزواج الشرعي تتنافي، وهو ما يلحق أشد الضرر بالمدعية<sup>(1)</sup>، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿إِذْ تَلَقَّوْنَهُ بِأَلْسِنَتِكُمْ وَتَقُولُونَ بِأَفْوَاهِكُمْ مَا لَيْسَ لَكُم بِهِ عِلْمٌ وَتَحْسَبُونَهُ هَيِّنًا وَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ عَظِيمٌ﴾<sup>(2)</sup>، وقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعُنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾<sup>(3)</sup>، "ومن ثم فإن هذه العلاقة الزوجية أصيبت في مهدها، وفي أعز ما تقوم عليه حياة الزوجين، ويتعين على المحكمة إجابة المدعية لمطلبها المتعلق بالتطليق"<sup>(4)</sup>.

#### 4- عدم الصلاة والصيام وأمور أخرى محرمة شرعاً:

ومن الدواعي المجيزة لذلك عدم إقامة الصلاة، والصيام حال كونه مسلماً قادراً، حيث رأت المحكمة أن "اعتراف المدعى عليه شخصياً بالجلسة السرية بأنه لا يقيم الصلاة، وهذا الاعتراف الخطير بعدم إقامة الصلاة، وهو رجل بالغ عاقل... فإنه إن دل على شيء فإنه يدل على إدانته بكل ما هو يغضب الله - عز وجل - من شرب المنكرات، وعدم صيام رمضان ومعاشرة النساء، ومعزز ادعاء المدعية في كل ما قالته في صحيفة دعواها، وما ذكره شهود الإثبات، الأمر الذي يتعين معه إعمال م(39) من القانون رقم (22) لسنة 1991 بشأن تعديل القانون رقم (10) لسنة 1984 "ويقتضى بتطبيق المدعية من المدعى عليه للضرر"<sup>(5)</sup>، واعتقد بأن المحكمة محقة فيما ذهبت إليه، من لا يؤمن على دينه، لا يأمنه الناس على أنفسهم<sup>(6)</sup>.

(1) محكمة الزاوية الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2007/12/8، الدعوى رقم 373-2006 (غير منشور).

(2) النور، الآية (15).

(3) النور، الآية (23).

(4) محكمة نالوت الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية 2006/11/20، الدعوى رقم 3-2006 (غير منشور)،

- وعليه فإن شك الزوج في زوجته لعلاقتها بابن عمها يعتبر ضرراً يجيز تطليقها- هذا النعي على فرض صحته غير منتج. محكمة التعقيب التونسية الجزئية، دائرة الأحوال الشرعية، بتاريخ 1980/11/4 عدد 3482 نشرته محكمة التعقيب 1980، ص18.

- أيضاً قضى باتهام الزوج لزوجته في خلقها وعفتها مدعيها بأنها كانت على علاقة غير شرعية به وحملت منه قبل الزواج فهذا ينطوي على مضارة لا يمكن مع وجودها استدامة العشرة بينهما لذا يتعين القضاء بتطليقها منه طلاقاً باتناً للضرر.

م(6) من مرسوم القانون 25 لسنة 1929 مصري. أورده: أنور العمروسي، مرجع سابق، ص660-661.

(5) محكمة شمال بنغازي الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية سيدي يونس 2007/6/25، الدعوى رقم 1041/2006 (غير منشور).

(6) ينظر: زبيدة، الهادي علي، مرجع سابق، ج3، ص70.

## 5- تعدد الخصومات القضائية والشكاوى بين الزوجين:

إن التبليغ عن الخصومة من الحقوق المباحة للأفراد، ولا يمكن أن يرتب مسؤولية طالما صدر معبراً عن الواقع، حتى ولو كان الإنتقام هو المحفز إلى التبليغ؛ لأن إباحة هذا الحق لا يتنافى مع كونه يجعل دوام العشرة مستحيلاً، لاختلاف المجال الذي يدور في فلكه مجرد إقامة الإدعاء، أو التبليغ، ومدى تأثير أيهما على العلاقة بين الزوجين. فإساءة أحد الزوجين للآخر أمر موجب للتطبيق، إذا كان ذلك يشكل ضرراً. فمن واجب الزوجين احترام الآخر، وعدم الإساءة له، وهذا يسرى على الجنسين، فمن واجب الزوجة احترام زوجها، وعدم تقيحه والتشهير به، فإن فعلت ذلك كان ضرراً يجيز للزوج طلب التطبيق للضرر، وفسرت المحكمة ذلك قائلة: "وحيث إن المدعى عليها أساءت لزوجها بالاشتكاء ضده بمراكز الشرطة، والنيابة العامة بتهمة باطلة للنيل من كرامته، عندما قرر تغيير سكنه؛ نظراً لظروف عمله الصعبة حيث قرر الإنتقال لسكن بمدينة مصراته حتي يكون قريباً من مكان عمله... بل قابلت هذه الدعوى بالإشتكاء ضده بمحضر قيد تحت رقم 249-2006 فجنح قصر خيار... إدعت تقصير المدعي في إنفاقه عليها... وحيث ثبت للقاضي ضرر المدعية الواقع على زوجها... حكمت المحكمة بتطبيقها طلاقة بائنة للضرر" (1).

وكذلك فسرت المحكمة قائلة: "وحيث إنه ثبت ومن خلال محاضر تحقيقات النيابة، والشرطة أن المدعى عليها قد ارتكبت فاحشة الزنا... لذلك حكمت المحكمة بتطبيق المدعى عليها طلاقة بائنة بينونة صغرى للضرر، وسقوط كافة الحقوق..." (2).

---

(1) محكمة قصر اخيار الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2008/11/12، الدعوى رقم 24-2007 (غير منشور).  
(2) محكمة سوق الجمعة الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2003/8/4، الدعوى رقم 256-2002، (غير منشور).  
ومن الطعون العربية هي الأكثر توافقاً مع القضاء الليبي ومنها:  
- محكمة النقض المصرية، دائرة الأحوال الشخصية، جلسة 1991/2/5، الطعن رقم 99 لسنة 59ق، وجلسة 2003/10/25 الطعن رقم 658 لسنة 72، نقلا عن: بنغازي، ربيعة، التطبيق للضرر من خلال الاجتهاد القضاء المغربي، (أطروحة لنيل الدكتوراه)، جامعه محمد الخامس (لم تنشر)، 2001م، ص 241.  
- قرار رقم 882 في الملف الشرعي عدد 544084، بتاريخ 1986.6.24، نقلا عن: المحجوب، الادريسي، "الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية"، الرباط، مؤسسة بابل لطباعة، ط 1995، ص 41-42.  
- قرار صادر بتاريخ 1985/11/21، أشار له الدكتور الكشور، محمد، قانون الالتزامات والعقود وقانون الأحوال الشخصية: التداخل والتضارب"، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، عدد خاص ب"المجلس الأعلى بعد ثلاثين سنة" العدد 17، ص 134.

## 6- إكراه المرأة على فعل ما حرم الله:

من أشكال الضرر المعنوي الذي قد يصاحبه أيضاً ضرراً مادياً، كأن يجبرها على ممارسة الدعارة، أو أن تظهر أمام غيره عارية أو شبه عارية، أو إجبارها على تصوير أفلام جنسية أو شرب الخمر، أو إتيان الرجل زوجته من الخلف (وطئها في دبرها)، هذا التصرف الأخير مشين، منهي عنه شرعاً مع رغبة الزوجة واختيارها، فكيف به مع الإكراه؟. لقد بين الله تعالى محل المأثى بقوله: ﴿يَسْأَلُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾<sup>(1)</sup>، وقال سبحانه: ﴿فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ﴾<sup>(2)</sup>، والمراد بآتى في لغة العرب: من أين لا بمعنى أين، فمعناه من أين شئتم<sup>(3)</sup>، وقيل: كيف شئتم: مقبلة ومدبرة في حمام واحد<sup>(3)</sup>، قال ابن عباس "إسق نباتك من حيث يثبت، وهو القبل على آية هيئة: قائمة، وقاعدة، ومضجعه، بعد أن يكون في مكان الحرث وهو الفرج"<sup>(4)</sup>، فلا حرج في إتيان النساء بأي كيفية مادام ذلك في الفرج<sup>(5)</sup>، وهذا الفعل تنفر منه الفطرة ويأباه الطبع. وقد وردت أحاديث صريحة في النهي عنه قال (ع): "لَا تَأْتُوا النِّسَاءَ فِي أَعْجَازِهِنَّ أَوْ قَالٍ: فِي أَدْبَارِهِنَّ"<sup>(6)</sup>، وقال (ع) فَيَمْنُ يَأْتِي امْرَأَتَهُ فِي دُبُرِهَا: "هي اللوطية الصُّغْرَى"<sup>(7)</sup>، فلا يحل الوطء في الدبر أصلاً لا في امرأة ولا في غيرها<sup>(8)</sup>، ولو تطاوع الزوجان على ذلك عُزراً معاً، وإلا فرق بينهما، كما يفرق بين الفاجر ومن يفجر به<sup>(9)</sup>.

وقد فسرت المحكمة العليا قائلة: "إن م (338) من قانون المرافعات تنص على أنه لا يجوز الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة في قضايا الوقف، والميراث، والوصية، والنسب، والحضانة، إلا بسبب مخالفتها للقانون أو خطئها في تطبيقه أو في تأويله.. وكان الطعن قد أقيم

(1) البقرة، الآية (221).

(2) البقرة، الآية (220).

(3) ينظر: ابن حزم، المرجع السابق، ج10، ص69-70.

(3) ينظر: ابن كثير، إسماعيل القرشي، تفسير القرآن العظيم، بيروت، مطبعة دار الفكر، ط774هـ، ج1، ص390.

(4) الصابوني، محمد بن علي، صفوة التفاسير، بيروت، دار القرآن الكريم، ط جديدة، 1986م، ج1، ص208-209.

(5) ينظر: سابق، السيد، فقه السنة، بيروت، دار الكتاب العربي، ط6، 1984، ج2، ص193.

(6) النسائي، احمد بن شعيب، السنن الكبرى، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط1، 2001م، ج8، ص193، الحديث 8665، والترمذي بلفظ آخر، باب ما جاء في كراهية إتيان النساء في أدبارهن، ج3، ص469.

(7) النسائي، احمد بن شعيب، المرجع السابق، ج8، ص196.

(8) ينظر: ابن حزم، مرجع سابق، ص69-70، مسأله 1901.

(9) ينظر: الدمشقي، علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس البجلي، الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر، غير مؤرخ، ص245-246.



بسبب تقصير المحكمة المطعون في حكمها في عدم الرجوع إلى المختصين من أهل الخبرة فيما ادعته المطعون ضدها في مباشرة الطاعن لها من الخلف، وكان من الجلي أن النعي على الحكم المطعون فيه بهذا السبب لم يخرج عن نطاق الجدل في حق المحكمة في الاستعانة بأهل الخبرة، وسلطتها في اختيار الأدلة، التي تقيم عليها قضاءها، فإنه لا يعتبر بغياً عليه بالخطأ في تطبيق القانون، أو في تأويله؛ ومن ثم يكون الطعن غير جائز<sup>(1)</sup>.

#### 7- عدم العدل بين الزوجات<sup>(2)</sup>:

"وفي هذا الشأن ترى المحكمة إنه ليس أضر على المرأة الزوجة من أن يتزوج زوجها عليها بامرأة أخرى دون رضاها، ويكون الضرر أعظم عليها، إن أظهر الزوج ميلاً، أو انحيازاً اتجاه الزوجة الثانية، مهماً زوجته الأولى دون مراعاة لمشاعرها، وهي التي ضحت في سبيل راحتها وإسعاد والدته التي تقيم معه، وابنته من مطلقته، وأخته، كما هي حال الدعوى الماثلة، ولاشك في أن مشرعنا قد تبين هذا الضرر الذي يلحق الزوجة الأولى عندما نص على اشتراط موافقة الزوجة على زواج زوجها من مرة أخرى، وذلك في القانون رقم 9 لسنة 1433 بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم 10 لسنة 1984 بشأن الزواج، والطلاق، وآثارهما، ومن ثم فإن عدم رضا المدعية على زواج المدعى عليه يعد ضرراً يبيح لها طلب تطليقها، والتخلص من حالة اجتماعية لم ترضها، ولم تكن السبب فيها، خاصة، وقد تبين لهذه المحكمة أن المدعية حاولت التكيف مع هذه الحالة الجديدة، بالرضا بالواقع المفروض عليها بالحكم القاضي لزوجها بالزواج الثاني، بشراء منزل لتستقل فيه بنفسها مع زوجها إلا أنه رفض ذلك... ومن ثم فقد تمكنت المدعية من إثبات دعواها، وتضررها بسبب الزوج، وبالتالي فقد تعين القضاء لها بتطليقها من زوجها طليقة واحدة بائنة، وتعويضها"<sup>(3)</sup>.

(1) المحكمة العليا، طعن 27\_2 ق، جلسة 10 / 1390/2 م، مجلة المحكمة العليا، س17، ع3، ص18.

ويوافق القضاء الليبي ما قضت به بعض المحاكم العربية:

أ- محكمة النقض المصرية، طعن شرعي، 45 بتاريخ 3 نوفمبر 1976، النقض رقم 19 لسنة أشار له: معوض، عبد التواب، ج1، ص356.

ب - وما أقره القضاء المحكمة الفرنسي "مبالغة الرجل في العلاقة الجنسية إلى حد إصابة المرأة بالمرض، وإن كانت في حد ذاتها لا تشكل اعتداء مادياً على جسم الزوجة، تعد من قبيل الضرر". أشار له: ميكو، عبد النبي، شرح مدونة الأحوال الشخصية، الرباط، مطبعة الكوثر، 1971م، ص524.

ج- المحكمة الابتدائية بمراكش، دائرة الأحوال الشخصية، بتاريخ 20-6-1991 الدعوى رقم 1181 في الملف عدد 2231 / 90 (غير منشور).

(2) والمقصود بالعدل هنا هو العدل المادي، وليس العدل النفسي الداخلي، ينظر: زبيدة، الهادي علي، مرجع سابق، ج3، ص29.

(3) محكمة نالوت الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2008/2/5، الدعوى رقم 2006/1 (غير منشور).

وينظر: نفس الرأي: - محكمة براك الشاطي، دائرة الأحوال الشخصية، 2010/3/23، الدعوى رقم 2010/3 (غير منشور).

## 8- طرد الزوجة من بيت الزوجية:

ومن أوجه التطبيق للضرر طرد الزوجة من بيت الزوجية، وبقاؤها في بيت أهلها، حيث قال الحكم: "إن تصرف المدعى عليه بطرده المدعية، وعدم مبالاته لحالتها قد سبب لها ضرراً، وهو بقاؤها في بيت أهلها مدة طويلة، لا هي زوجة مثل بقية الزوجات لها حقوق، وعليها واجبات، ولا هي مطلقة ليغنيها الله من سعته، ومن ثم فإن تصرفات قد ألحقت بالمدعية أضراراً استلزم التعويض عنها... وحيث إن المدعية قد اثبتت الضرر... لهذه الأسباب... حكمت المحكمة حضورياً بتطبيق المدعية... من المدعى عليه... طلقة واحدة بائنة بينونة صغرى"<sup>(1)</sup>.

## 9- مماثلة الزوج في الحضور إلى المحكمة:

ويعد في عقيدة المحكمة ضرراً يبيح طلب التطبيق إذا امتنع الزوج عن الحضور للمحكمة بعد رفع زوجته عليه الدعوى، وإعلانه بذلك، وليس لديه عذر، وفي هذا تقول المحكمة: إن "هروبه ومماطلته لها في التقاضي دون سبب لذلك، وهذا كله من ضروب سوء العشرة والضرر الذي يقع بالزوجة المدعية مادياً، ومعنوياً بما يلحق بها من أضرار بمصلحتها المادية في نفقتها، ومعيشتها، وما كانت تكبته للزواج لأجل بناء حياة زوجية هانئة، ومستقرة، وما يلحق بها من ألم، وحزن، وتركها كالمعلقة لا هي بالمتزوجة، ولا هي بالمطلقة، وإنه والحال هذه تصبح معها الحياة الزوجية لا خير فيها، وتخشى على نفسها الفتنة، وإن ما استقر في عقيدة المحكمة من قيام الضرر وثبوته، وتسبب الزوج فيه، يكون لطلب المدعية التطبيق له ما يوجبه شرعاً وقانوناً متعيناً القضاء به"<sup>(2)</sup>.

## 10- الإخلال بالواجبات الزوجية:

من أهم حقوق الزوج على زوجته أن تطيعه بالمعروف، وأن تعامله بالحسني، وأن تحافظ على كرامته، وعرضه، وماله، وألا تلحق به أي ضرر مادياً كان، أو معنوياً، وهو ما نصت عليه م(18) من القانون رقم (10) لسنة 1984 بشأن أحكام الزواج والطلاق وأثارهما، وفي الصحيح عن أبي هريرة (τ): (خَيْرُ النِّسَاءِ امْرَأَةٌ إِذَا نَظَرْتَ إِلَيْهَا سَرْتَكِ، وَإِذَا أَمَرْتَهَا أَطَاعَتْكَ، وَإِذَا غَبَّتْ عَنْهَا حَفِظْتَكَ فِي نَفْسِهَا وَمَالِكَ)، وعليه فإن من الأسباب التي اعتمدها القضاء إلى التطبيق هي التقصير في الحقوق الزوجية قائلًا: "إن المدعى عليها قد أبدت عدم رغبتها في الرجوع إلى بيت الزوجية، وهو ما ترى المحكمة أنه ألحق ضرراً بالمدعي تمثل في ترك المدعى عليها لبيت

(1) محكمة زليتن الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2010/5/22، الدعوى رقم 2010/15 (غير منشور).

(2) محكمة غريان الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2009/11/22، الدعوى رقم 2008/20 (غير منشور).

الزوجية، وهجر فراش الزوجية طيلة فترة زواجها، فقد أكدت على ذلك دفاع المدعى عليها بالقول: إن المدعى عليها تحتاج إلى العلاج، كما أن ما جاء بتقرير الطبيب الشرعي من سلامة المدعى عليها الصحية لا يتعارض البتة مع ما جاء بتقرير مستشفى الرازي للأمراض النفسية والعصبية، وذلك إن هذا التقرير الأخير يُشخّص الحالة النفسية للمريضة... وحيث إن المدعى عليها رفضت الرجوع... وأصرت على الطلاق دون مبرر، وإزاء هذا الموقف، فإن المحكمة تقضى بإجابة المدعى لطلبه<sup>(1)</sup>، وفي هذا السبب تقول المحكمة العليا: "إن الحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه في ثبوت الضرر في حق المطعون ضدها من الطاعن باعترافه بأنه مقصر في حقها في الفراش، ومنشغل عنها بعمله، وغير مهتم بالزيارات، واعتبرت المحكمة هذا ضرراً للمطعون ضدها، وهو أمر له أصل ثابت في الأوراق، فإن... الطعن علي الحكم المذكور لا سند له في القانون، ويتعين تبعاً لذلك رفض الطعن"<sup>(2)</sup>، وما ثبت للمحكمة "من خلال ما قدمه المدعى عليه من مستندات، وأدلة الشهود على خروج المدعية عن طاعة زوجها، والإساءة إلى سمعته، والتقول عليه، وعلى الأسرة، حيث أنه تم توقيفها بغرفة الحبس الاحتياطي بمركز... بناء على الشكوى المقدمة ضدها... بتهمة السرقة... كما فتح ضدها محضراً آخر... بتهمة السرقة وأحيلت هذه الشكوى أيضاً إلى النيابة العامة، وهو ما كان له الواقع السيئ على سمعة المدعى عليه أمام عامة الناس، وما ينتج عن ذلك من إضرار به، وبحياته الزوجية، وما له من بالغ الأثر على استقراره... لهذه الأسباب... حكمت المحكمة حضورياً بتطبيق المدعى عليها من المدعى عليه طلاقاً واحدة بائنة للضرر"<sup>(3)</sup>.

(1) محكمة الزاوية الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2008/12/01، الدعوى رقم 2006/9 (غير منشور).

وينظر نفس التوجه في واقعة مشابهة:

- محكمة تاجوراء الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2006/04/22، الدعوى رقم 2001/77 (غير منشور).

- محكمة تاجوراء الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2008/06/11، الدعوى رقم 2006/199 (غير منشور).

(2) المحكمة العليا، طعن شرعي 2001/2/22، الطعن رقم 47/25 (غير منشور).

وينظر نفس ما أقرته المحكمة العليا على سبيل المثال:

- محكمة الزاوية الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2007/12/1، الدعوى رقم 2006/59 (غير منشور).

(3) محكمة المدينة الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2004/2/21، الدعوى رقم 2003/18 (غير منشور).

وكذلك - محكمة تاجوراء الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2005/4/4، الدعوى رقم 2004/133 (غير منشور).

- محكمة باب بن غشير الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2000/2/26، الدعوى رقم 1999/34 (غير منشور).

- محكمة زليتن الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2001/3/26، الدعوى رقم 1999-2000 (غير منشور).

- محكمة الزاوية الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2008/12/01، الدعوى رقم 2006/59 (غير منشور).

## المطلب الثاني

### الأثار المترتبة علي ثبوت الضرر في الفقه الإسلامي والتشريع الليبي

إذا ثبت تضرر أحد الزوجين لعدالة المحكمة، فهل يحق له طلب التطلاق لهذا السبب؟  
اختلف الفقهاء في الحالات التي يجوز فيها للمرأة طلب التفريق من زوجها عن طريق القضاء، لأجل الضرر، أو المعاشرة السيئة، فمنهم من تشدد، وحصرها في أضيق الحالات، ومنهم من اعتبر كل حالة تمنع من دوام العشرة بين الزوجين موجبة للتفريق .

#### الفرع الأول- موقف الفقه الإسلامي من الضرر:

اختلف الفقه في ذلك بين مجيز ومانع، وموسع ومضيق، كل له سنده وأدلته علي النحو التالي:  
**الرأي الأول:** وهو قول المالكية وأحد قولي الحنابلة، فقد أعطوا توسعاً في إجازة التفريق بين الزوجين بأنواع الضرر المختلفة، كما أعطوا للزوجة حق المطالبة بالفراق إذا أساء الزوج إليها بالسب، أو الضرب، أو الهجر، بلا موجب لذلك، أو الإكراه على فعل ما حرم الله، أو طلب منها ذلك، إذا شهدت البيئة بما ادعته، إلي غير ذلك من أنواع الأذى التي لا تعد ولا تحصى، وكان سندهم في ذلك قوله تعالى: [فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ]<sup>(1)</sup>، وقوله (ρ): (لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ)<sup>(2)</sup>، وأوضح الدسوقي "أن هجر الزوج لزوجته يكون بأحد أمرين: إما بقطع الكلام عنها، وإما بتولييه وجهه في الفراش"<sup>(3)</sup>، كما جاء في البهجة "بضربٍ أو شتم في غير حق، أو تجويع أو عدم كلام، أو تحويل وجهه عنها في الفراش"<sup>(4)</sup>، فإذا فعل الزوج بزوجه ما يوجب القصاص لها منه، وكان شريراً يخاف عليها منه، إذا اقتضت منه، فإنها تطلق عليه<sup>(5)</sup>، وليس من الضروري تكرار الضرر حتي يحكم للمرأة بالطلاق، وإنما يكفي حدوث الضرر ولو مرة واحدة، وأن الضرر كالعيب المثبت للخيار فيأخذ حكمه، ويثبت الحق في التطلاق للزوجة، ولو كانت سفیهة، أو

(1) البقرة، الآية 227.

(2) مالك ابن أنس، المرجع السابق، ج2، ص105. البيهقي، أبو بكر، السنن الكبرى، بيروت، ط394هـ، ج6، ص69.

(3) الداسوقي، مرجع سابق، ص 345.

(4) التسولي، أبو الحسن عبد السلام، مرجع سابق، ج1، ص 302. وكذلك التاودي، أبو عبد الله محمد، حلى المعاصم لفكر ابن عاصم، مطبوع بحاشية البهجة، بيروت، دار الكتاب، دار الكتاب العلمية، ط3، ج1، ص 302.

(5) ينظر: ابن فرحون، إبراهيم بن الحسين، تبصرة الحكام، القاهرة، مطبعة البهية، ط1، 1302هـ، ج1، ص196. والي، منصور بن يونس، كشاف القناع علي متن الإقناع، القاهرة، مطبعة أنصار السنة، ط1937، م، ج5، ص124. المغني، المرجع السابق، ج7، ص576.

صغيرة، ولا كلام لوليتها في ذلك<sup>(1)</sup>، وكذلك يحق للرجل طلب التفريق للضرر إذا أساءت زوجته له، حيث تبدأ بظهور أمارات النشوز لدى المرأة، أو عدم طاعته التي تعد معصية في حق الزوج، أو الخروج من المنزل دون إذنه، أو عدم تمكين نفسها له، إلى غير ذلك من أنواع الضرر الذي يؤدي إلى إنتهاء العلاقة الزوجية<sup>(2)</sup>؛ لأن إساءة معاشررة الزوجة، وإلحاق الأذى بها يلحق الضرر بالعلاقة الزوجية، فجاز لذلك رفع الضرر بإزالة أسبابه، أو قطع هذه العلاقة بالتفريق بينهما.

### الرأي الثاني - القاضي بالمنع:

وهو رأي الجمهور من الشافعية، والحنفية، وأحد قولي الحنبلية، علي عدم جواز التظليق للضرر، لأن الزوجة إذا ادعت الضرر، ورفض الزوج أن يطلقها، فليس من حق القاضي أن يحكم بتظليقها؛ لأن رفع الضرر ممكن بغير وسيلة الطلاق، فرفع الظلم عن المظلوم، هو من مهمة الإمام والقاضي، ولذا فهو الذي يأمر الزوج بحسن المعاملة، وعدم الإيذاء، ويقتصر علي النهي في أول مرة، لأن التعزير يورث وحشة في النفوس فيكتفي بالنهي لعل الحال يلتئم بينهما، فإن لم يمتثل عزره بحسب حاله<sup>(3)</sup>، فإن ساء خلقه وأذى الزوجة، بلا سبب، بضرب أو غيره عزره في المرة الثانية، ثم يسكنه بجانب ثقة، يمنعه من التعدي علي الزوجة، ثم يحال بين الزوجين، أي يمنع الرجل عن المرأة حتي يعود إلي العدل<sup>(4)</sup>، وذهب الأحناف<sup>(5)</sup> إلي أن الزوج إذا جار علي زوجته، أو اشتكت من ضربة إياه ولو بحق، وثبت ذلك عليه بالبينة عزره القاضي عقاباً له، وروى ابن منصور عن أحمد في رجل تزوج امرأة ولم يدخل بها إلى شهر، وطالبت المرأة هل يجبر على الدخول؟ فقال: "إذهب إلى أربعة أشهر إن دخل بها وإلا فرق بينهما. فجعله أحمد كالمولي"، وقال أبو بكر بن جعفر: "لم يورد مسألة ابن منظور غيره، وفيها نظر وظاهر القول أصحابنا إنه لا يفرق بينهما لذلك"<sup>(6)</sup>، وذهب الشافعية، "إلي أن الزوج إذا ساء خلقه، وأذى زوجته بضرب، أو غيره، ورفعت أمرها إلي القاضي، نهاه عن ظلمه، ولا يعزره؛ لأن إساءة الخلق تكثر بين الزوجين، والتعزير يورث وحشه بينهما، فإن عاد إليه، وطالبت تعزيره من القاضي عزره بما يليق به"<sup>(7)</sup>.

(1) ينظر: ابن فرحون، إبراهيم بن الحسين، المرجع السابق، ج2، ص196.

(2) ينظر: الدسوقي، مرجع سابق، ج2، ص340. الحطاب، مرجع سابق، ج4، ص16.

(3) ينظر: الكاساني، علاء الدين، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج22، ص334.

(4) ينظر: الخطيب، محمد الشربيني، مرجع سابق، ج3، ص260.

(5) ينظر: الجمل، إبراهيم محمد، فقه المرأة المسلمة، القاهرة، دون: ن، ط1981م، ص318.

(6) المغني، مرجع سابق، ج7، ص304.

(7) الخطيب، محمد الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص161.

وما قال به الفقه المالكي هو الذي يرجح؛ لأنه أكثر تمشياً مع الواقع، إذ أن الأضرار المؤدية للتطليق كثيرة، ومنها ما يصعب إثباته كالضرر المعنوي، وحتى لا يضر أحد الزوجين بصاحبه بما لا تستقيم معه الحياة الزوجية، جاز رفع الضرر عنه بالتطليق القضائي، ورفع الضرر عن النساء ولأن جعل الطلاق بيد الزوج لا يمنع الحاكم من التطليق لرفع الظلم إذا امتنع من المطلق.

واستدلوا على ما ذهبوا إليه، بأن العصمة ملك للرجل، وإيقاع الطلاق خالص حقه، لقوله (ع): "إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ"<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني - موقف المشرع الليبي من الضرر المؤدي للتطليق:

إن المشرع الليبي وفق نص م(39 أ/ب) لم يحصر أنواع الضرر، وإنما أطلقتها في كل ضرر من شأنه أن يؤدي لسوء العشرة بين الطرفين، وهو هنا قد أخذ برأي الفقه المالكي في التوسع في مفهوم الضرر، سواء أكان الضرر مادياً أم معنوياً، أو كان مثبتاً أو غير مثبت. إن المشرع الليبي قبل صدور القانون رقم 10-1984 وعملاً بمشهور الإمام مالك، فإنه كان يطبق الحكم القاضي بجواز التطليق للضرر، وفي هذا قضت المحكمة قائلة: "وحيث أقام المدعي دعواه شارحاً بأن المدعي عليها رفضت الرجوع لبيت الزوجية، والدخول تحت طاعته، وعليه قضت المحكمة بتطليق المدعي من المدعي عليها طليقة بائنة للضرر مع إسقاط حقوقها"<sup>(2)</sup>.

وقالت أيضاً: "وحيث أهمل المدعي عليه زوجته المدعية وأولادها، وامتنع عن الإنفاق عليهم، وإهمالهم، وعليه خلّصت المحكمة بعد ثبوت الأوراق المقدمة إليها بتطليق المدعية طليقة بائنة للضرر، مع استثناء كامل حقوقها"<sup>(3)</sup>.

وفي حكم آخر قالت المحكمة: "قالت المدعية أنها زوجة المدعي عليه، وأنه أساء عشرتها، ودأب على ضربها وإهانتها، وعمد إلى طردها من بيتها وأهملها هي وأبناءها ... وبناءاً

---

(1) ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، باب الأكفاء، القاهرة، مكتب ابن المعاطي، د: ط، ج1، ص 672، رقم الحديث 2081، وصححه الألباني، أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، صحيح الجامع، بيروت، المكتب الإسلامي، ط2، 1963م، ج1، ص 672. رقم الحديث: 3958.

(2) محكمة الزاوية الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 1981/5/12م، الدعوى رقم 1981/21 (غير منشور).

- ينظر نفس الدعوى: محكمة الزاوية الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 1981/6/6، الدعوى رقم 81/63 (غير منشور).

(3) محكمة الزاوية الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 1983/1/29م، الدعوى رقم 82/219 (غير منشور).

على ثبوت الأوراق وصحتها حكمت المحكمة بتطبيق المدعية من المدعي عليه بالضرر، مع إلزام المدعي بأن يفي المدعية بكامل حقوقها<sup>(1)</sup>.

وبالتالي فإن القضاء الليبي قد حدى حدو المشرع الليبي في توسعه للضرر المجيز للتطبيق، والمنجز لأثاره، قالت المحكمة في هذا: "وحيث قالت المدعية أنها تزوجت بالمدعي عليه بعقد شرعي، ودخل بها، غير أن ليلة دخوله عليها اتهمها بعدم وجود بكاره لها، وشهر بها لدى عدة أفراد، واشتكاها لشرطة، واتهمها بالزنا، وبعد إحالتها علي الطبيب الشرعي أثبت أن بكارتها قد فُضت حديثاً... وعليه وبعد النظر في الدعوي حكمت المحكمة بتطبيق المدعية من المدعي عليه طلاقاً بائناً، مع إلزامه بدفع كافة حقوقها..."<sup>(2)</sup>.

وفي حكم آخر قالت المحكمة: "وحيث أقامت الطاعنة دعواها ضد زوجها المطعون ضده بصحيفة أوردت بها أن زوجها المذكور يعتدي عليها بالضرب، حتي أنه سبب لها كسراً في يدها اليمني؛ لذا خلصت إلي طلب تطبيقها منه للضرر... وبعد النظر في الدعوى قررت المحكمة قبول الحكم المطعون فيه.. وفي الموضوع بتطبيق المطعون ضدها من زوجها الطاعن للضرر، وإلزامه بدفع كافة حقوقها من..."<sup>(3)</sup>.

---

(1) محكمة الزاوية الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 1983/11/24م، الدعوى رقم 83/203 (غير منشور).  
- ينظر نفس الحكم: محكمة الزاوية الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 1983/1/23م، الدعوى رقم 83/2 (غير منشور).  
(2) محكمة الزاوية الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية 1999/1/21، الدعوي رقم 811/ 97 (غير منشور).  
(3) محكمة مصراته الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية 1/ 1/ 2000/ الإستئناف رقم 99/ 29 (غير منشور).

## المبحث الثاني

### شروط الضرر وإثباته

إن الضرر المدعي به، والذي يطلب فيه رافع الدعوى التطبيق، لما ألم به؛ نتيجة لهذا الفعل لا يقضى له بذلك، إلا إذا تحققت مجموعة من الشروط نص عليها لوصف الفعل الضار وأضافوا إليها ضرورة الإثبات، وتنقسم هذه الشروط إلى شروط موضوعية، وشروط إجرائية، سنبحث كالأ من هنا علي حدي.

وقد حظيت وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي باهتمام فقهاء الشريعة الإسلامية، فأطلقوا عليها اسم البيّنات، ووضعوا لها قواعد، ونظماً، ورتبوا في مجال الإثبات إلى عدة مراتب، وقبل أن نتطرق إلى وسائل إثبات الضرر بين الزوجين نتعرف على شروط الضرر.

### المطلب الأول

#### شروط الضرر الموضوعية

الفرع الأول - شروط الضرر:

الشرط الأول - أن يكون هناك ضرر:

إن الفقهاء اشترطوا للتطبيق الزوجة من زوجها قضاء لأجل الضرر، أن يكون ذلك مما يعد فقهاً، وعرفاً، وعادة، ضرراً<sup>(1)</sup>، وأن تتوفر فيه شروط أخرى، وإلا فلا يحق لها ذلك، والضرر وفقاً لمذهب المالكية يتمثل في إن من الضرر "الإخبار بأمرها وإظهاره للناس"<sup>(2)</sup>، وقال الإمام مالك: "وليس عندنا في قلة الضرر وكثرته شيء معروف"<sup>(3)</sup>.

أما في تطبيق القانون فقالت محاكمنا في ذلك: "كل إيذاء للزوجة بالقول، أو الفعل بحيث تعد معاملة الرجل في العرف معاملة شاذة ضارة تشكو منها المرأة، ولا تطبق الصبر عليها"<sup>(4)</sup>. "ومناطق الضرر أن تبلغ المضارة حداً يحمل المرأة على طلب الفرقة"<sup>(5)</sup>، ومضارة الزوج بزوجته كثيرة الأسباب متعددة المناحي متروك تقديرها لقاضي الموضوع.

(1) ينظر: التاودي، مرجع سابق، ج1، ص302.

(2) المالكي، الحجازي العدي، على شرح المجموع، نواق شوط، دار يوسف بن تاشفين، ط1، 2005م، ج1، ص476.

(3) التاسولي، مرجع سابق، ج1، ص302.

(4) محكمة العجيلات الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية 2009/5/26، الدعوى رقم 221-2009 (غير منشور).

(5) محكمة الجميل الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية 2009/12/30، الدعوى رقم 68-2008 (غير منشور).



أما عن موقف المشرع الليبي في واقعة التطليق للضرر فقد أخذ بما ذهب إليه المالكية، سواء في ظل العمل بمشهور الإمام مالك-وحسناً فعل-، أو في ظل أحكام القانون رقم 1984/10، إلا أنه لم يعرف الضرر الموجب للتطليق، وبالتالي ترك أمر تقديره للفقهاء والقضاء، الذي عرفه بأنه: "ما لا يجوز شرعاً، كهجرها بلا موجب شرعي، وضربها كذلك، وسبها، وسب أبيها، نحو يا بنت الكلب، يا بنت الكافر، يا بنت الملعون، كما يقع كثيرا من الرعاع، ويؤدب علي ذلك زيادة علي التطليق"<sup>(1)</sup>، وكذلك قد تسيء الزوجة لزوجها، كأن يجد منها خشونة بعد لين، أو عبوساً بعد طلاقه وجه، أو تعصيه فيما وجب عليها طاعته، أو تخرج من بيتها من غير إذنه<sup>(2)</sup> وقسم الفقهاء الضرر إلى ضرر بدني وهو الذي ينصب على جسد المرأة، ويشمل أيضاً الضرر اللاحق بالشعور، والعاطفة، وأعطوا للزوجة حق طلب التطليق من أجل الضرر البدني، أما الضرر المالي فلا تملك إزاءه إلا اللجوء للقضاء لتعزير الزوج ومعاقبته<sup>(3)</sup>، وهناك رأي آخر يقول: "علي المسيء من الزوجين، تعويضا يقدر بالاجتهاد"<sup>(4)</sup>، "وميّز البعض بينما ما يعد ضرراً كقطع كلامه عنها وتحويل وجهه في الفراش عنها، وإيثار امرأة عليها وضربها ضرباً مؤلمة، وبينما ما لا يعد ضرراً كمنعها من النزهة، وتأديبها على ترك الصلاة"<sup>(5)</sup>، وكما سلف الذكر بأن مضارة الزوج بزوجه كثيرة الأسباب متروك تقديرها لقاضي الموضوع.

#### الشرط الثاني- "أن تتردد المرأة في شكواها من ضرر وقع عليها من زوجها"<sup>(6)</sup>:

لابد من تكرار الضرر عند بعض الفقهاء، وإن كان الضرر من قبيل الضرب الخفيف لابد أن يتكرر؛ لأن الضرب الخفيف لا يكاد يسلم منه الأزواج، قال التسولي<sup>(7)</sup>: "لابد من تكرار الضرر حيث كان أمراً خفيفاً، فإن كان ضرباً فاحشاً كان لها التطليق به ولو لم يتكرر"، وسئل المهدي الوزاني عن الزوج، الذي شج<sup>(8)</sup> رأس امرأته حتى أشرفت على الموت من تلك الشجة،

(1) ينظر: د. الخليلي، أحمد التعليق علي قانون الأحوال الشخصية، الرباط، مطبعة النجاح، ط1987، ج2، ص1، 384

(2) الجندي، نايف محمد، التفريق للشقاق، عمان، دار الثقافة للنشر، ط1، 2010م، ص97.

(3) ينظر التسولي، مرجع سابق، ج1، ص306.

(4) الدسوقي، مرجع سابق، ج2، ص345-346.

(5) الحطاب، أبو عبد الله محمد، مرجع سابق، ج4، ص17.

(6) زبيدة، الهادي، مرجع سابق، ج3، ص54.

(7) التسولي، مرجع سابق، ج1، ص306. الدسوقي، مرجع سابق، ج2، ص345.

(8) شجا: ضربه وكسره، يقال شجه، دقه وكسره، كأجشّه، وبالعصا: ضربه بها، ينظر: قاموس المحيط، مرجع سابق، مادة (شج).

فأجاب بأنها تطلق عليه طلاقة بائنة إن شهدت البينة بأصل الضرب ولو لم تشهد بتكرره على المشهور<sup>(1)</sup>. أما لو تبين أن الضرر خفيف لا يخول الزوجة الحق في طلب الفراق، سواء كان ضرباً أو مشاتمة، إلا إذا تكرر على الرأي المشهور، والمرجح عند الفقهاء<sup>(2)</sup>، لقوله (ع): "لَا يَجْلِدُ أَحَدِكُمْ فَوْقَ عَشْرَةِ أَسْوَاطٍ إِلَّا فِي حَدِّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ"<sup>(3)</sup>، وقد مثل البعض للضرب الخفيف بعشرة أسواط فما دون، فلا بد فيه التكرار حيث ادعي هو ما يوجب ذلك.

أما الضرر الفاحش، والكثير فلا يجب فيه التكرار إذ للمرة الواحدة منه تبيح للزوجة طلب التقريق. وببدي أن المشهور في الفقه المالكي هو الذي لا يتطلب تكرار الضرر<sup>(4)</sup>.

وفي تقديري أن مسألة اشتراط تكرار الضرر من عدمه، وشرط عدم الإقلاع عنه إنما يكون الحكم به، أو رفضه متعلقاً بتقدير جسامته الضرر، وقوته، ومدى تأثيره على الطرف المتضرر. وعليه فإننا أمام معيارين موضوعي "الفعل الضار"، وشخصي "آثاره".

**الشرط الثالث- أن يكون الضرر مبنياً على وجه اليقين، بأن تثبت الزوجة بدليل مقنع للمحكمة على حصول الضرر:**

على الزوجة أن تثبت ضرر الزوج، وتعتمد الإضرار بها، سواء كان هذا الضرر إيجابياً كالقول، والفعل، أو سلبياً كالهجر على أن يكون ذلك باختياره لا قهراً عنه. فهناك حالات لا يقصد فيها الزوج فعلاً إيذاء زوجته، إما لنقصان أهليته، وعدم تقديره لما يصدر عنه من تصرفات، أو كون الضرر خارجاً عن إرادته كالعجز الجنسي<sup>(5)</sup>، لكن هذا يمثل بعض الآراء، فالمعمول به قضاءً أن مناط التطبيق هو وقوع الضرر، ولا دخل لكونه باختيار الزوج، أو قهراً عنه، حتى ولو كان من المتوقع زواله، أو محاولة رأبه<sup>(6)</sup>، ولا يهم إن كان هذا الضرر مادياً، أو معنوياً.

(1) ينظر: الوزاني العمراني، محمد المهدي، "النوازل الكبرى" مرجع سابق، ج3، ص277.

(2) ينظر: المرجع السابق، ج5، ص264. التسولي، مرجع سابق، ج1، ص306.

(3) البخاري، العسقلاني أحمد بن علي، فتح الباري للإمام البخاري، كتاب الحدود، السعودية، نشر وتوزيع رئاسة إدارة البحوث العلمية والافتاء والدعوة والإرشاد بالسعودية، دون: ت، ج12، ص182، الحديث رقم 6456.

(4) ينظر: الخليلي، أحمد، المرجع السابق، ج1، ص411.

(5) ينظر: موسى، محمد يوسف، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مع التعرض لأحكام القضاء وبيان ما عليه العمل اليوم، القاهرة، مطابع دار الكتاب العربي، 1958م، ص240.

(6) ينظر: قرة، فتيحة، الجديد في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين، مصر، الإسكندرية، منشأة المعارف بالإسكندرية، سلسلة الكتب القانونية، ط 1988م، ص93.

تقول المحكمة: "إن وقوع الضرر حصل من الزوج ضد زوجته بالقول، أو بالفعل مثل القذف، والسب، والتشهير، والإيذاء بالضرب"<sup>(1)</sup>.

"إن مفهوم الضرر في الشريعة الإسلامية واسع ويشمل أموراً عديدة لا ترقى إلى مرتبة الأفعال المجرمة قانوناً، الأمر الذي يجعل المساس بالحياة الزوجية، وأي خلل بواجبات الزوجة نحو زوجها يعد ضرراً يبيح للمتضرر طلب الطلاق، وإن كان لا يشكل فعلاً مجرماً قانوناً، وتؤكد ذلك الفقرة (ب) من (م18) من القانون رقم 10 لسنة 1984 في شأن الزواج والطلاق، إذ نصت على أن واجب الزوجة الاهتمام براحة الزوج، واستقراره حسياً ومعنوياً"<sup>(2)</sup>.

إن عبء الإثبات يقع على الزوجة، ويُرفض دعواها بالتطليق بحجة عجزها عن إثبات سبب الضرر.

وعليه قالت المحكمة: "وحيث ما تقدم فإن المدعية تطلب التطليق للضرر، المبني على عدم الإنفاق، وهو ما أكده شاهدي المدعية، حيث أقرا بأن المدعي عليه لا ينفق على زوجته وبخاصة فيما يتعلق بعلاجها، وبناء عليه فإن هذا الامتناع من قبيل الضرر الذي يبيح للزوجة طلب تطليقها من زوجها للضرر..."<sup>(3)</sup>.

ويثبت ذلك "إما بشهادة شاهدين عدلين فأكثر"<sup>(4)</sup>؛ لأن "إثبات الضرر لا يكون إلا بإقامة البينة على صحة وقوعه، ولا يكفي الادعاء بوقوعه فقط دونما دليل منه على من يدعيه"<sup>(5)</sup>، كما "يرى المالكية أن يكون بالبينة، ويكفي في البينة مجرد السماع"<sup>(6)</sup> الشائع بين الرجال، والنساء، في أن الزوج يضار زوجته"<sup>(7)</sup>.

---

(1) محكمة استئناف بنغازي، دائرة الأحوال الشخصية، 1993/5/3، الاستئناف رقم 1993/2، و1993/4، المضمومين (غير منشور).

(2) محكمة طبرق الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية 23-6-1998 الدعوى رقم 116-1998 (غير منشور).

(3) محكمة العجيلات الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 18/9/2008م، الدعوى رقم 115/2007 (غير منشور).

- وفي نفس الحكم ينظر: محكمة العجيلات الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 29/4/2008، الدعوى رقم 135/2007 (غير منشور).

(4) محكمة باب بن غشير الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية الأولى، 26-3-2008، الدعوى رقم 579-2007 (غير منشور).

(5) محكمة مرزق الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية 27-10-2007 الدعوى رقم 31-2007 (غير منشور).

(6) وهناك شهادة التسامع، فلا يشترط فيها معاينة المشهود به بالذات، بل يكفي لقبول الشهادة أن يُعرف المشهود به من شخص آخر، وبالتالي فإن الشهادة السماع أقوى من شهادة التسامع، ينظر: الكاساني، علاء الدين، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج6، ص267. الجبور، بسام نهار البطون، الإثبات بالشهادة، الأردن، دار يافا العلمية للنشر، ط1، 2010، ص50.

(7) محكمة العجيلات الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية 5-1-2010 الدعوى رقم 209-2008 (غير منشور).

- ومما يوافق القضاء الليبي: حكم محكمة الاستئناف بمراكش، دائرة الأحوال الشرعية، صادر بتاريخ 4-1-1994 م، الإستئناف رقم 15 في ملف الشرعي عدد 831-93 (غير منشور)، نقلا عن: بنغازي، ربيعة، مرجع سابق، ص76.

- محكمة النقض المصرية، نقض شرعي، جلسة بتاريخ 28-4-1987 الطعن رقم 90 لسنة 55.

ويجب أن يكون الضرر واضحاً ومفصلاً، ولا يكفي فيه الإجمال، كما يجب أن يشير الشهود إلى مستند علمهم هل بالمجاورة، أم بالقرابة، أم بالمصاهرة<sup>(1)</sup>.

#### الشرط الرابع : أن تكون الدعوى خلال قيام الرابطة الزوجية<sup>(2)</sup>:

وفي هذا تقول المحكمة "إن طلب المدعي بالتطبيق للضرر قد ورد في غير محله، وعلى فرض ثبوت ما يوجبه من الأوراق لعدم قيام الزوجية، وانفصالهما بالتطبيق، ويتعين القضاء بصحته، وثبوته، ووفق ما ضمنه المدعى من طلبات بمحضر الجلسة وذلك منذ تاريخ إيقاعه، ولمدة خمسة أشهر من الإقرار به، ومن ثم تكون المدعي عليها قد خرجت من عدتها، وبه تزول رابطة الزوجية بعد انقضاء العدة"<sup>(3)</sup>.

#### الشرط الخامس - ألا يوقع الزوج الطلاق بالإرادة المنفردة:

إن الفقه المالكي جعل الطلاق بيد الحاكم "فهو الذي يتولى إيقاعه إن طلبته الزوجة، وامتنع منه الزوج، وبعد رفع الطلاق للحاكم وبعد أن يزجره القاضي بما يقتضيه اجتهاده من ضرب أو سجن أو توبيخ ونحو ذلك، ولم يرجع عن إضرارها"<sup>(4)</sup> بعد رفعه دعوى التطبيق للضرر "لأنه بهذا الطلاق بإرادته المنفردة يظهر منه أنه تخلى عن طلباته السابقة بالطلاق للضرر بصحيفة دعواه"<sup>(5)</sup>.

#### الشرط السادس - أن يكون الضرر ناتجاً عن فعل الزوج:

وفي هذا تقول المحكمة: "إن المستأنفة الطاعنة لم تقدم للمحكمة ما يؤيد دعواها للضرر من سوء العشرة، سوى ما جاء في الشكاوى المرفوعة منها ضد زوجها المطعون ضده، والتي لم يصدر فيها حكم قضائي، وبذلك لا يمكن الركون إليها، كما أن رغبتها في الرجوع إلى بيت الزوجية في منزل بعيد عن أهله يوصى بأن الضرر الذي تدعيه من أم زوجها، وليس من الزوج، ولا دليل على ذلك أيضاً، وخلص الحكم إلى أن الطاعنة لم تثبت ما تدعيه أن زوجها قد أساء

(1) ينظر: بنغازي، ربيعة، مرجع سابق، ص76.

(2) ينظر: زبيدة، الهادي، مرجع سابق، ج3، ص60.

(3) المحكمة العليا، طعن شرعي، 18-11-1993، مجلة المحكمة العليا، س27، ع3، 4، ص12.

(4) التسولي، مرجع سابق، ج1، ص585.

(5) محكمة شمال بنغازي الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية الأولى 6-2-2005 الدعوى رقم 51-2003 (غير منشور).

عشرتها، وحكمت برفضه دعواه الطلاق للضرر، وهي أسباب سائغة، ولها أصلها الثابت في أوراق الدعوى<sup>(1)</sup>.

### الشرط السابع - ألا تقع خلوة بين الزوجين بعد رفع دعوى التطليق للضرر:

وقالت المالكية في هذا صراحة: "فإذا ادعى الزوج أنها مكنته من نفسها بعد قيامها بالضرر، وصدقته، سقط حقها، كانت جاهلة أو عالمة"<sup>(2)</sup>.

وقالت المحكمة شارحة: "تقول المدعية شارحة دعواها أنها زوجة المدعي عليه، ورزقت منه على فراش الزوجية اثنان من الأطفال، أملاً في أن تعيش حياة مستقرة تملؤها المحبة والرحمة، إلا أن المدعي عليه قابل كل ذلك بالإساءة، فقام في العديد من المرات بضربها ضرباً مبرحاً مما حدا بالمدعية بفتح محضر جمع استدالات، في مركز الشركة بتاريخ 2017/7/17، وعليه تعرضت المدعية لإصابات بليغة وتحصلت على تقرير طبي، أثبت أنها حصلت على كدمات في الظهر والبطن والرقبة، وبموجبه تحصلت على راحة طبية حررت بتاريخ 2017/7/6، وعليه طالبت المدعية من عدالة المحكمة الحكم له بالتطليق للضرر... وأثناء سير الدعوى وأثناء مطالبة محامي المدعية بحقوقها الزوجية، وحقوق الطلاق، قد اختلى المدعي عليه بالمدعية، وبمجرد موعد الجلسة التي تليها لم يحضر أحد، وقد تكرر هذا الفعل أكثر من مرة؛ وعليه تقرر شطب الدعوى وإلزام رافعها بالمصاريف"<sup>(3)</sup>.

كما قالت المحكمة في ذلك: "أن الزوج إذا أضر بزوجته، وحصلت بينهما خلوة بعد ذلك فرضاً الزوجة أسقط حقها في قيام الضرر؛ لأن الخلوة بمنزلة المعاشرة الزوجية التي يسقط بها حقها في قيام الضرر"<sup>(4)</sup>.

### الفرع الثاني - إثبات الضرر:

إذا ما ادعت الزوجة إضرار الزوج بها من ضرب، وسب، وشتم، وهجر، فعليها أن تثبت ذلك بوسائل الإثبات المعتبرة شرعاً وفقاً للقاعدة الفقهية، ومصدراً لقول الرسول الكريم(ع): "البينة

(1) المحكمة العليا، طعن شرعي، 1996/5/30، الطعن رقم 10 - 42ق (غير منشور).

(2) التسولي، مرجع سابق، ج1، ص 302. الصعيدي، العدوي، مرجع سابق، ج2، ص 98.

(3) محكمة الزاوية الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2017/8/27م، الدعوى رقم 2017/440 (غير منشور).

(4) وما يوافق القضاء الليبي: المحكمة الاتحادية العليا لدولة الإمارات العربية المتحدة، نقض شرعي، 12-6-2003، الطعن رقم 24-270 (غير منشور). نقلاً عن: زبيدة، الهادي، مرجع سابق، ج3، ص55.

على من ادعى واليمين على من أنكر<sup>(1)</sup>، وهذا ما اتفقت عليه الشرائع السماوية، ولا بد على من ادعى حدوث الضرر عليه من أحد الزوجين، إثباته، هذا وقد تعددت وسائل الإثبات، وهي على الوجه الآتي.

أولاً- الشهادة:

## 1- الشهادة القطعية:

وقد ورد الأمر بالشهادة في عدة آيات منها قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذُوَيْ عَدْلِ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾<sup>(2)</sup>، وقوله أيضاً: ﴿وَأَشْهِدُوا ذُوَيْ عَدْلِ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾<sup>(3)</sup>.

كما ورد الحث عليها في السنة النبوية حيث قال (ع): "شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ"<sup>(4)</sup>، وللشهادة دور في تحصيل المعرفة بالشهود فيه، وحفظ هذه المعرفة لحين أدائها، وهو ما يسمى بالأداء، وقد يحصل بالمعايشة اليومية، والاتصال بالشخص، أو الموضوع المشهود فيه فيما يسمى بالإستراء<sup>(5)</sup>، كما قد تكون الشهادة قطعية، أو سماعية. وإذا كان أمر تقدير الضرر متروك لسلطة القاضي التقديرية، فإن ذلك يثبت وفقاً للتشريع الليبي الذي أشارت له محاكمنا الموقرة في تعريفها للضرر بأن "يكون الضرر ثابتاً ومتحققاً"<sup>(6)</sup>، ويثبت ذلك "بشهادة شاهدين عدلين فأكثر"<sup>(7)</sup>، وهذا غير منصوص عليه في (م/39/أ-ب) من القانون رقم 10 لسنة 1984م.

لأن "إثبات الضرر لا يكون إلا بإقامة البينة على صحة وقوعه، ولا يكفي الإدعاء بوقوعه فقط دونما دليل منه على من يدعيه"<sup>(8)</sup>، ولا يشترط في الفعل المؤدي إلى الضرر أن يجرمه قانون العقوبات "لأن مفهوم الضرر في الشريعة أوسع من قانون العقوبات"<sup>(9)</sup>. كما يقول

---

(1) النووي، يحيى بن شرف النووي، رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين، بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العربي، ط2: 1972م، ج5، ص148، مسألة 1802.

(2) البقرة، الآية 181.

(3) الطلاق، الآية 2.

(4) البخاري، مرجع سابق، 889/7، الحديث رقم 2380.

(5) الاستراء هو طلب الشاهد الأصلي من آخر -شاهد فرعي- حفظ الشهادة عنه، وأن يشهد بها. ينظر: البهوتي، كشف القناع، مرجع سابق، ج6، ص439.

(6) محكمة زليتن الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية 28/ 3/ 2009، الدعوى رقم 106/ 2008 (غير منشور).

(7) محكمه باب غشير، دائرة الأحوال الشخصية الأولى 2008/4/26، الدعوى رقم 579-2007 (غير منشور).

(8) محكمة مرزق الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية 2007/10/28، الدعوى رقم 31-2007 (غير منشور).

(9) محكمة طبرق الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية 1998/6/23، الدعوى رقم 116-1998 (غير منشور).

المشروع في شهادة الشهود: "على الخصم الذي يطلب الإثبات بشهادة الشهود، أن يبين الوقائع التي يريد إثباتها"<sup>(1)</sup>، "وعليه في الوقت ذاته أن يبين أسماء الشهود الذين يريد سماعهم، مع بيان الظروف التي حملته على دعوة كل منهم". وكما سبق القول قد تحصل الشهادة بالمعايشة اليومية، والاتصال بالشخص، وكما قد تكون الشهادة قطعية، أو سماعية. "كما يؤدي كل شاهد شهادته علي انفراد بغير حضور باقي الشهود، تثبت إجابات الشهود في المحضر، أو صحيفة الدعوة، ثم تتلي علي الشاهد ويوقع عليها..."<sup>(2)</sup>، وضرر الزوجين يثبت بإحدى هاتين الطريقتين، فالشهادة القطعية أو القاطعة، هي التي يستند فيها الشاهد إلى علمه الشخصي، لأن الدليل الظني لا يفيد اليقين، قال تعالى: (إِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً)<sup>(3)</sup>.

كما قال(ع): "وَإِذَا رَأَيْتَ مَثَلُ الشَّمْسِ فَأَشْهَدُوا وَإِلَّا فَدَع"<sup>(4)</sup>. وقد عمل بها الفقهاء المسلمون لقوتها: قال ابن سلمون: "ويثبت الضرر بالشهادة القطعية"<sup>(5)</sup>، وقال الأصمغ: "إن ذلك جائز لا مغزاة فيه عليهم، ولا داخلة إذا عرفوه معرفة اليقين، وهو المشهور الذي جرى به العمل"<sup>(6)</sup>، معرفة القطع إلا أن ابن القاسم يرى في الشهادة القاطعة بعض المغمز<sup>(7)</sup>، أي أنه قابلة للطعن فيها، لأن ذلك لا يعرفه الشهود معرفة قطع وصورة الشهادة القاطعة بأن يشهد عدلان، أو اثنا عشر لفيماً، أو عدل، وستة من اللفيف، أو عدل وامرأتان بمعاينتهم لإضرار الزوج بزوجته، إما لمجاورتهم، ومخالطتهم للزوجين، أو لقربتهم منها ونحو ذلك.

(1) قانون المرافعات المدنية والتجارية وتعديلاته، (20-9-1954) الجريدة الرسمية، ع7-1954، ص1، ومن تعديلاته، فقرة توجيه الأسئلة.

- كما أوضحت المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية في مصر، "أن البيئة في التطبيق للضرر يجب أن تكون بشهادة أصلية من رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول".

- أما المشروع المغربي فقد أحجم في المادة 56 من م.ح. ش عن ذكر وسائل الإثبات، فاستدرك القضاء ذلك وجعل المرجع التاريخي له فقه الإمام مالك.

- أما التشريع التونسي فقد وسع طرق إثبات الضرر بجميع وسائل الإثبات، لذا فمن الممكن إثبات تلك الأفعال بحكم جزائي، إذا كان الضرر جريمة كالضرب.

(2) قانون الإجراءات الشرعية لسنة 1958 وتعديلاته (15/11/1958م) الجريدة الرسمية، ع22-1958، ص8.

(3) النجم، الآية 28.

(4) الزيلعي، مرجع سابق، ج5، ص83.

(5) التاودي، أبو عبد الله محمد، المرجع السابق، ج1، ص564.

(6) ميار الفاسي، محمد بن أحمد، شرح ميار الفاسي علي تحفة الحكام، الرباط، دار الفكر، ج1، ص192-193، بدون إشارات أخرى.

(7) مغمز: أي مطعن، ينظر: الفيروز آبادي، مرجع سابق، ج2، ص266.

ويشترط لقبولها في إثبات الضرر، وثبوت الحق للزوجة في التطلاق، أن يشهد فيها عدلان فأكثر، لا رجل واحد، وامرأتان، ولا أحدهما مع اليمين<sup>(1)</sup>.

ويقول المشرع الليبي في شهادة الشهود من قانون المرافعات المدنية والتجارية في (م 179): "علي الخصم أن يبين أسماء الشهود الذين يريد سماعهم، مع بيان الظروف التي حملته علي دعوة كل منهم".

وعليه قضت المحكمة قائلة: "وحيث إن الثابت من شهادة الشاهدين التي استمعت إليها محكمة أول درجة أن المبلغ المطالب به قد دفع للطاعنة كنفقة، ومن ثم انتهت إلي رفض دعواها في هذا الشأن، وتأييد هذا الحكم بالحكم المطعون فيه..."<sup>(2)</sup>.

## 2- شهادة السماع:

قد يصرح الشاهد بأن مصدر علمه في الشهادة هو ما شاع بين الناس، فيشهد بما يسمع رواية عن غيره من رأي الواقعة المراد إثباتها بالذات، أو حضرها، أو سمعها، وهذه هي الوسيلة الأكثر شيوعاً في إثبات الضرر بين الزوجين<sup>(3)</sup>، وهو ما يسمى بشهادة السماع، "والسماع به نقلاً"<sup>(4)</sup>، وقد عرفها ابن عرفة "لقبا لما يصرح الشاهد فيه باستناد شهادته لسماع من غير معين"<sup>(5)</sup>، فتخرج شهادة البت والنقل، لأن المنقول عنه في شهادة النقل معين<sup>(6)</sup>، ويختلف السماع الذي يعتمد عليه الشاهد لدى الأدلاء بشهادته بحسب قوته أو ضعفه إلى ثلاث مراتب:

(1) **المرتبة الأولى:** تفيد العلم القطعي كالشهادة بالرؤية، وغيرها بما يفيد العلم بالضرورة، وهي المعبر عنها بالتواتر الذي هو طريق من الطرق التي تفيد العلم اليقيني الذي يستند إليه الشاهد في شهادته<sup>(7)</sup>.

(1) ينظر: الدسوقي، مرجع سابق، ج2، ص345.

(2) محكمة جنوب طرابلس الابتدائية، دائرة الأحوال الشخصية، 19/ 5/ 1999، الدعوي رقم 11/ 99ف.

(3) ينظر: التسولي، مرجع سابق، ج1، ص301-302. وهو ماتقضى به المادة 134 من القانون رقم 51 لسنة 1984ف، شأن الأحوال الشخصية لدولة الكويت.

(4) الصنهاجي، أبو الشتاء الغازي الحسيني، مواهب الخلاف، الرباط، مطبعة الأمنية، ط2، 1995م، ج2، ص336.

(5) الرصاع، أبو عبد الله محمد الأنصاري، شرح الحدود الإمام الأكبر عبد الله بن عرفة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمحكمة المغربية، المغرب، المحمدية، مطبعة فضالة، 1992م، ص645.

(6) ينظر: ابن فرحون، مرجع سابق، ج1، ص276-277.

(7) ينظر: ابن فرحون، مرجع سابق، ج1، ص276-277.



(2) **المرتبة الثانية:** وهي الخبر الذي يتحدث به عدد مهم من الناس، ويفيض بينهم، فيرتفع من درجة خبر الأحاد، ولكن لا يصل إلى حد التواتر<sup>(1)</sup>، ويلحقها الفقهاء بالمرتبة الأولى؛ لأنها تعيد ظناً قويا يقرب من العلم اليقيني، تطبيقاً للقاعدة الفقهية: "ما قارب شيئاً أعطى حكمه"، ومثله أن يشهد برؤية الهلال عدد كبير من الناس، ويشيع الأمر بينهم، فيلزم الصوم أو الإفطار. ولا تستفسر هذه الشهادة من الليف<sup>(2)</sup>.

(3) **المرتبة الثالثة:** وهي دون المرتبتين السابقتين، بحيث يشتهر الخبر بين مجموعة من الأفراد لم يبلغوا حد التواتر، إذ لا يحصل للشاهد هنا سوى ظن ضعيف، ومعناه كل بينة تشهد بظاهر الحال في شيء من الصعب أن يطلع الشاهد فيه على جلية الأمر، كأن يشهد الشهود على سماع الضرر بين الزوجين، ويكثر سماعهم ويفشوا بينهم، حتى لا يدرون ولا يتذكرون ممن سمعوه من أكثر ما سمعوا به من الناس من أهل العدل وغيرهم<sup>(3)</sup>.

وقد اختلف الفقهاء حول هذه المرتبة من شهادة السماع، فذهب الحنفية إلى أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بالتسامع، إلا إذا كان ما يشهد به أمراً متواتراً، أو مشتهراً، ويخبره به عدلان أو رجل وامرأتان عدول "واستثنوا من هذا الأصل مسائل ثم الاجتماع عليها كالنسب، والموت، والنكاح، والدخول، وولاية القاضي. ومنها ما هو على الصحيح كأصل الوقف، ومنها ما هو على الأصح كالمهور، ومنها ما هو على أحد قولين مصححين كشرائط الوقف"<sup>(4)</sup>.

**أما المالكية فحكم شهادة السماع جاءت عندهم على خمسة أقوال<sup>(5)</sup>:**

1. أنها لا تقبل في أي شيء.

2. أنها تقبل في كل شيء.

3. أنها تقبل في كل شيء باستثناء أربعة أشياء هي: النسب، والقضاء، والموت، والنكاح.

4. أنها لا تقبل إلا في الأشياء الأربعة المستثناة في القول الثالث.

5. أنها تقبل في مسألة معدودة للضرورة التي تدعو إليها، وهي: الملك، والوقف، والموت، وتولية القاضي أو الوكيل أو عزلهما، وضرر أحد الزوجين بالآخر والهبة، والوصية، والحمل، والولادة،

(1) ينظر: بنغازي، ربيعة، مرجع سابق، ص 187.

(2) ينظر: ابن فرحون، مرجع سابق، ج 1، ص 276.

(3) ينظر: التسولي، مرجع سابق، ج 1، ص 121.

(4) الكساني: مرجع سابق، ج 2، ص 200.

(5) ينظر: التسولي، مرجع سابق، ج 1، ص 130-133.

والحرابة، واللوث، والبيع، والنسب، والإقرار، والرضاع، والقسمة، والتقليس، والحيض<sup>(1)</sup>، وهكذا يتضح أن المالكية اتسعت في شهادة السماع، وقبولها في مواضيع كثيرة<sup>(2)</sup>.

### - ولشهادة السماع عدة شروط في الضرر بين الزوجين منها:

#### 1. الاستفاضة:

ومعناه أن يكون المنقول عنه غير معين، ولا محصور، ولا بد من التصريح بهذا الشرط في الوثيقة التي يحررها العدلان المنتصبان لإشهاد، بعد أن يدلي الشهود أمامها بشهادتهم فيقولون: أن فلاناً يضر بزوجته بالسب المتكرر مثلاً، أو التجويع، أو تحويل وجهه عنها في الفراش<sup>(3)</sup>.

#### 2. كون الشاهدين بالسماع رجلين:

فلا تقبل شهادة النساء وحدهن . وقال الإمام مالك: "لا يجوز شهادة النساء في الحدود، ولا في القصاص، ولا في الطلاق، ولا في النكاح"<sup>(4)</sup>، وقد رفض القضاء إثبات الضرر الموجب لتطبيق المبني علي شهادة النساء منفردات<sup>(5)</sup>، وحكي حسين بن عاصم أنه: " لا يجوز في السماع بالضرر شهادة النساء وحدهن؛ لأن الطلاق من معاني الحدود، فلا تجوز فيه شهادة النساء"<sup>(6)</sup>.

#### 3. انتفاء الريبة في شهادة السماع:

لقول رسول الله (ﷺ): "لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ خَائِنٍ، وَلَا خَائِنَةٌ، وَلَا مَجْلُودٌ حَدًّا، وَلَا أَدَى غَمْرٍ عَلَى أَخِيهِ، وَلَا مُجْرِبٍ بِشَهَادَةِ الزُّورِ"<sup>(7)</sup>، فإذا لم تسلم الشهادة من ريبة، أو شك، كأن يشهد أشخاص يسكنون بعيداً عن الزوجين بضرر الزوج لزوجته، والحال أن جيرانهما لم يسمعوا شيئاً من هذا القبيل، فلا تقبل شهادتهم.

(1) ينظر: ابن معجوز، المزرغاني محمد، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، ط1، 1404هـ-1984م، ص73.

(2) ينظر: التسولي مرجع سابق، ج1، ص132-133.

(3) ينظر: المرجع السابق، ج1، ص137-138.

(4) ابن أنس، الإمام مالك، المدونة الكبرى، بروااية: عبد السلام سحنون، بيروت، دار صادر، غير مؤرخ، ج13، ص161.

(5) ينظر: الوزاني، عبد الله محمد المهدي، النوازل الكبرى، طبعة حجرية، د:ت، ج9، ص273.

(6) الدردير، أبو البركات، مرجع سابق، ج4، ص203. التسولي، المرجع السابق، ج1، ص102.

(7) الخيانة معناها: عدم الوفاء بحقوق الله أو حقوق الناس، والغمر (يكسر فسكون) العداوة. الزاهي، عبدالله: نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، عمان، مطبعة دار المأمون، ط1، 1938م، ج4، ص80.

#### 4. التعدد:

أي أن يشهد بالسماع عن إثنين فأكثر وقال البعض أربعة<sup>(1)</sup>. يقول ابن عاصم: "ويكتفى فيها بعدلين على ما تابع الناس عليه العملا"<sup>(2)</sup>.

#### 5. حلف المشهود له بشهادة السماع:

يقول ابن عاصم: "شهادة السماع فيما عدوا عاملة مع حلف وقيدوا"<sup>(3)</sup>

وذلك لأن شهادة السماع ضعيفة، فوجب أن يحلف المشهود له لتدعيمها، وقد علل كثير من الفقهاء وجوب اليمين على المشهود له بشهادة السماع، لاحتمال أن يكون السماع من شاهد واحد، والشاهد الواحد لا بد من اليمين<sup>(4)</sup>، والمشرع اللببي يقول: في قانون المرافعات م (191) يمين الشاهد "على الشاهد أن يحلف يميناً بأن يقول الحق كل الحق ولا شيء إلا الحق وإلا كانت شهادته باطلة، ويكون الحلف على حسب الأوضاع الخاصة بديانته إن طلب ذلك".

وبناءً على ما جاء في صحيفة الدعوي" وبعد تحليف الشاهد اليمين القانونية، ومثوله أمام المحكمة قائلاً: إن المستأنف كان مقصراً في الإنفاق علي زوجته، ولم يعتني بعلاجها من مرض السكري، وفوق ذلك كان يسبها ويضربها، حتي إنني رأيت آثار الضرب علي وجهها..."<sup>(5)</sup>

#### 6. وجوب كون شهادة السماع بالضرر مفصلة وواضحة:

فلا يجوز فيها الإجمال، بل لا بد من بيان أوجه الضرر، وقد أكد الفقهاء على ضرورة اشتمال شهادة الضرر على صور هذا الضرر وأنواعه، كما خلصوا إلى أن الشهادة تبطل بالإجمال من العوام، وجاء في المعيار<sup>(6)</sup>:

"ولا يلزم القضاء والأحكام بلفظ فيه إشكال وإبهام"

ويقول المشرع في قانون المرافعات في م (192) فقرة توجيه الأسئلة "ويُجيب الشاهد أولاً عن أسئلة الخصم الذي استشهد به، ثم عن أسئلة الخصم الآخر، دون أن يقطع أحد الخصوم كلام

(1) ينظر: ابن فرحون: مرجع سابق، ج1، ص278.

(2) التسولي: مرجع سابق، ج1، ص138.

(3) المرجع السابق، ج1، ص138.

(4) ويرد علي هؤلاء الفقهاء بأن هذا يقتضي أن لا تقبل شهادة السماع فيما يثبت بعدلين كتجريح وتعديل القضاة والنسب، مع أن الراجح أنها تقبل في ذلك. ينظر: التسولي، مرجع سابق، ج1، ص138. وأيضاً ابن فرحون، مرجع سابق، ج1، ص278.

(5) محكمة العجيلات الابتدائية، دائرة الأحوال الشخصية، 23/ 2/ 2020، الاستئناف رقم 33/ 2019 (غير منشور).

(6) العماراتي، الحسن بن الحاج محمد، مجموعة الأحكام الشرعية، بيروت، المركز الثقافي العربي، ط1، 1991م، ص38.

الشاهد وقت أداء الشهادة"، وفي هذا قضت المحكمة قائلة "ويجب أن يبين الضرر على وجه اليقين، وبشكل مفصل للمحكمة بأن الضرر حصل من الزوج ضد زوجته". وهذا ما قالته محاكمنا الموقرة<sup>(1)</sup>.

وقالت المحكمة أيضاً: "وحيث جاءت في صحيفة الدعوى على أن الضرر الذي أصاب المدعية كان فادحاً، بحسب شهادة الشهود، حيث لم يقتصر على المدعية بل تعداه لعائلتها، وأكد الشهود على ما جرى في عرف الناس بما يقدم للزوجة البكر قبل الزفاف، أو بعده كالمصوغات الذهبية، والثياب والأثاث، فإن المعروف بين الناس بمنزلة المشروط في العقد لفظاً، ويجب إلحاقه بالمهر"<sup>(2)</sup>.

وقالت أيضاً: "وحيث شهد الشاهد بشهادته مفادها، أن بيت الزوجية هو بيت متكامل البناء، وصالح للسكن، وأنه يحتوي على ثلاث حجرات، وحمام، ومطبخ، وصالة جلوس، وأنه مسقوف بكامله، وأن حجرة النوم تحتوي على كافة الأثاث اللازم لها، وكذلك صالة الجلوس، وأن المطبخ يحتوي على كافة اللوازم الضرورية، والحمام به سخانة ماء صالح للاستعمال"<sup>(3)</sup>

**ثانياً- الشهادة بالقرائن:**

**القرينة هي:** "الأمانة إذا بلغت حد اليقين"<sup>(4)</sup>، وتعتبر أدلة إثبات غير مباشرة لا يؤخذ بها إلا حيث يؤخذ بالشهود، ولا تنصب على الواقعة المتنازع فيها، بل على واقعة أخرى، إذا ثبت أنه قد يستخلص منها الواقعة المراد إثباتها، ولقاضي الموضوع السلطة المطلقة في استنباط القرائن التي تساعده في تكوين قناعته، فله أن يعتمد على القرينة المستفادة من تقرير خبير، لم يباشر

---

(1) محكمة استئناف بنغازي، دائرة الأحوال الشخصية 3-5-1993م، الاستئناف رقم 2-1993 أو 1994، (غير منشور).

- ينظر المحاكم العربية التي جاءت أحكامها موافقة للقضاء الليبي:

- محكمة النقض المصرية، قرار مدني، صادر بتاريخ 17/10/1973 رقم 20 لسنة 41، ورد في: الفكهاني حسن، المرجع السابق، مجلد 2، ص24.

- المجلس الأعلى المغربي، نقض مدني، الصادر بتاريخ 20-3-1984 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العددان 37 و38، يونيو 1986م، ص129.

(2) محكمة الزاوية الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2/6/1979م، الدعوى رقم 79/66 (غير منشور).

(3) محكمة الزاوية الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 1/12/1979م، الدعوى رقم 79/141 (غير منشور).

(4) سابق، السيد، مرجع سابق، ج3، ص454.

عمله في مواجهة بعض الخصوم، أو القرينة المستخلصة من شهادة الشهود أمامه بغير يمين، إذا تعززت بقرينة، أو قرائن، أو أدلة غيرها<sup>(1)</sup>.

وجاء ذكر القرائن في القرآن الكريم في أكثر من موضع، قال تعالى: ﴿وَجَاءُوا آبَاهُمْ عِشَاءً يَبْكُونَ قَالُوا يَا أَبَانَا إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ وَتَرَكْنَا يُوسُفَ عِنْدَ مَتَاعِنَا فَأَكَلَهُ الذِّبُّ وَمَا أَنْتَ بِمُؤْمِنٍ لَنَا وَلَوْ كُنَّا صَادِقِينَ وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ أَمْرًا فَصَبْرٌ جَمِيلٌ وَاللَّهُ الْمُسْتَعَانُ عَلَى مَا تَصِفُونَ﴾<sup>(2)</sup>، وقال تعالى: ﴿يُعْرِفُ الْمُجْرِمُونَ بِسِيمَاهُمْ فَيُؤْخَذُ بِالنَّوَاصِي وَالْأَقْدَامِ﴾<sup>(3)</sup>، وحكم عمر (ؓ) والصحابة معه، برجم المرأة إن ظهر بها حمل ولا زوج لها، وقال بذلك مالك وأحمد بن حنبل اعتماداً على القرينة الظاهرة<sup>(4)</sup>، وقال الإمام الغزالي في الزوجة التي تشتكى سوء خلق زوجها وأذيته لها: "يحال بينهما حتى يعود إلى العدل، ولا يعتمد قوله في العدل، وإنما يعتمد قولها وشهادة القرائن"<sup>(5)</sup>، وسئل سحنون عن المرأة التي تشتكى إن زوجها يضربها، وبها أثر الضرب، ولا بينة تشهد لها بواقعة الضرب، فقال يسأل عنها جيرانها، فإن قالوا: إن مثله لا ينزع عن ظلمها وأذيتها أدب، وحبس، وإن سُمع الصياح، ولم يحضروا الضرب، وأنكره فيؤدب أيضاً، إذ لو كانت هذه الآثار من غيره لشكا هو ذلك، وسكوته يعتبر قرينة على صدور الضرر منه، وقال الوزاني في نوازله: "ففي هذا الحكم بالقرائن المصدقة لدعوى المرأة بضرب الزوج لها"<sup>(6)</sup>، "لأن الضرر مما يعتمد فيه على القرائن"<sup>(7)</sup>.

**أما المشرع الليبي في القانون المدني فيقول في م(392):** "القرينة القانونية تغنى من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"<sup>(8)</sup>. "ويترك للقاضي استنباط كل قرينة لم يقررها

---

(1) ينظر: نشأة، أحمد: رسالة إثبات، الإقرار - اليمين - القرائن بما في ذلك قوة الشيء المحكوم به، المعايينة، المجلد الثاني، بدون إيضاحات أخرى، ص415، نقلاً عن: بنغازي، ربيعة، مرجع سابق، ص228.

(2) يوسف، الآية 16 إلى 18.

(3) الرحمن، الآية 41.

(4) ينظر: ابن فرحون، مرجع سابق، ج2، ص94.

(5) الشربيني، الخطيب محمد، مرجع سابق، ج3، ص272.

(6) الوزاني، مرجع سابق، ج3، ص272.

(7) التسولي، مرجع سابق، ج1، ص309.

(8) القانون المدني والقوانين المكملة له رقم 1953، وتعديله (1953-11-28) الجريدة الرسمية، ع40، 1953، ص

القانون. ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة م(395) من القانون المدني"، وفي هذا قضت المحكمة قائلة: "وعلى ذلك فإن تزوير المدعية لصك زوجها، إثر تقرير الخبير في التوقيعات والأوراق المزورة، كافٍ لإثبات الضرر المحقق للطلاق... وعليه حكمت المحكمة بالتطبيق للضرر طلقة واحدة بائنة"<sup>(1)</sup>.

### ثالثاً- الإقرار:

**الإقرار لغة:** "الإثبات من قرّ الشيء يُقرّ"<sup>(2)</sup>، وفي الإصطلاح: اعتراف المدعى عليه بما يطلبه المدعى في دعواه، أو هو اخبار الإنسان عن ثبوت حق لغيره على نفسه، وهو إخبار، لإنشاء، لذلك لا يحتمل التعليق بالشرط، أو اشتراط الخيار، ولا يتوقف على القبول<sup>(3)</sup>.

والإقرار نوع من الشهادة؛ لأن الشخص يُقرّ بواقعة منتجة لأثر قانوني على عاتقه، أي أنه يشهد على نفسه بأن ما يدعيه صاحب الحق واقع صحيح، وأنه المسؤول عن كل ما هو مدعى عليه به، وقد ورد الأمر بالإقرار في القرآن، والسنة النبوية.

قال تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ﴾<sup>(4)</sup>، وقال الرسول(ع): "صِلْ مَنْ قَطَعَكَ، وَأَحْسِنْ إِلَى مَنْ أَسَاءَ إِلَيْكَ، وَقُلِ الْحَقُّ وَلَوْ عَلَى نَفْسِكَ"<sup>(5)</sup>، والإقرار باعتباره اعترافاً مقصوداً بواقعة منتجة لأثر قانوني في ذمة من يصدر منه، يتمتع بحجية قوية، متى كان صحيحاً، وتوفرت شروطه وعناصره، لكونه يحسم النزاع في النازلة قبل الفصل فيها، ولكونه يحتمل الصدق أكثر من غيره.

وفي هذا يقول المشرع الليبي: "الإقرار حجة قاطعة على المُقرّ" م(397م.ل)، كما عرفه المشرع بأنه: "اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه" م(396م.ل)، فإن اعترف الخصم بما يُنسبُ إليه، فلا يصح تكليف المدعي إقامة الدليل عليها، ولا يجوز للقاضي أن يجعل ثبوتها محل تقدير من جانبه<sup>(6)</sup>، ولذلك يقال إن الإقرار سيد الأدلة، ويسمى

(1) محكمة باب بن غشير، دائرة الأحوال الشخصية 26 -3-2005، الدعوي رقم 1439-2003، (غير منشور).

(2) سابق، السيد، مرجع سابق، ج3، ص421.

(3) ينظر: إبراهيم، احمد: مرجع سابق، ص118-130.

(4) البقرة، الآية: 282. والإملاء بمعنى الإملاء.

(5) الترمذي، محمد بن عيسى بن ، الجامع الصحيح، بيروت، لبنان، دار الفكر، ط2، 1983م، الحديث رقم 1458.

(6) ينظر: العلوي، العبدلوي، مرجع سابق، ص162.

أيضاً بالشهادة على النفس<sup>(1)</sup>، ومتى صح الإقرار<sup>(2)</sup>، كان ملزماً للمقر، ولا يصح له الرجوع عنه، متى تعلق بحق من حقوق الناس، وقد يكون الإقرار صريحاً، وقد يكون ضمناً، والصريح قد يكون مكتوباً، أو شفهيّاً، وفي جميع الأحوال يكون الإقرار قضائياً، أو غير قضائي.

وقضت المحكمة في هذا الشأن قائلة: "وعلى مجرد شكوك صادرة من المدعي، وأقر بها صراحة أمام المحكمة... باتهام زوجته في شرفها... دون تقديم دليل... وهو ما يلحق أشد الضرر بالمدعية ويتعين عليه إجابة المدعية لمطلبها المتعلق بالتطبيق"<sup>(3)</sup>. وقالت أيضاً: "اعتراف المدعى عليه شخصياً بأنه لا يقيم الصلاة، وهو رجل بالغ عاقل... وإعمالاً للمادة م(39) من القانون رقم 10 لسنة 1984 ويقتضي بتطبيق المدعية من المدعية عليه للضرر"<sup>(4)</sup>، بهذه المعطيات صدر التطبيق بناءً على إقرار المدعى عليه بما نسب إليه من جرم من المدعي في دعواه.

#### رابعاً - الشواهد الطبية:

قد تلجأ الزوجة فور تعرضها لأذى من زوجها، إلى الاستعانة بطبيب للاسترشاد بخبرته في تشخيص حالتها الصحية، وتحديد مدى العجز المؤقت، أو الدائم الذي خلقه الضرر الذي أصابها.

فتصدر عقب ذلك شهادة طبية تثبت وضعيتها الصحية، فهل يركن إلى هذه الشهادة

كحجة عاملة تأخذ مكانها بين وسائل إثبات الضرر؟

(1) ينظر: سابق، السيد، مرجع سابق، ج3، ص421.

(2) ينظر: الكاساني: مرجع سابق، ج7، ص232-233.

(3) محكمة الزاوية الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2007/12/8، الدعوى رقم 2006/373 (غير منشور).

(4) محكمة شمال بنغازي الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، سيدي يونس 2007/6/25، الدعوى رقم 1041-2007 (غير منشور).

- واتفقت بعض المحاكم العربية في قضائها بمثل ما قضت به المحكمة الليبية:

- محكمه القصر الكبير، دائرة الأحوال المدنية، بتاريخ 8-7-1992 الدعوي رقم 187(غير منشور).

- وما قضت به محكمة الاستئناف بطنجة في أحد أحكامها، الذي جاء فيه: "من المقرر أن الرجوع بعد من باب التعقيب بالرافع وهو غير نافع إلا إذا قام عليه دليل".

- وما قضت به محكمة القصر الكبير، حيث اعتبرت أن تخلف المدعى عليه عن الحضور عدة مرات، بالرغم من توصله بصفة قانونية بالاستدعاء، بعد إقراراً ضمناً بما جاء بالمقال (م406 منق.ل.ع) حكمت المحكمة بالتطبيق المدعية بعد إدلائها بنسخة من حكم جنحي، يقضي بالحبس النافذ على الزوج من أجل تهريب التبغ والمخدرات، نقلاً عن: بنغازي، رببعة، مرجع سابق، ص234.

والخبرة هي: "الإجراء الذي يستهدف الاستعانة بذوي الاختصاص، والاسترشاد بأرائهم، لجلاء مسألة غامضة يحتاج حلها، إلى دراية عملية فنية تخرج عن إطار التكوين العام للقاضي"<sup>(1)</sup>، وهي مقبولة فقهاً، ومقررة قانوناً، ويعمل بها قضاءً<sup>(2)</sup>.

والأصل أن الشهادة الطبية، والتي غالباً ما تكون من صنع طالبها، لا ترتقي إلى الحجة القاطعة أحياناً؛ لأنها تُمنح أحياناً على سبيل المجاملة بهدف الاغتناء السريع، ولهذا لا يعتمد القضاة في إصدار أحكامهم على فحواها، وغالباً ما يصرفون النظر عنها لانفتقارها ل ضمانات حقوق التقاضي التي تتميز بها الخبرة الطبية، ولمظنة المحاباة فيها<sup>(3)</sup>، وفي الوقت الراهن أمام الطفرة التكنولوجية والتقدم العلمي في مجال الطب بوجه عام، ومن ثم أصبح يؤخذ بالخبرة في مثل هذه المجالات على وجه اليقين.

قال التاودي<sup>(4)</sup>: "فإن كان مما لا يعلمه إلا أهل العلم كالأمراض التي لا يعرف أسرارها إلا الأطباء، لم يقبل فيها إلا أهل المعرفة بذلك، فإن كانوا عدولاً فهو لهم، وإن لم يوجد من يعرف ذلك من أهل العدل قبل غيرهم، وإن لم يكونوا مسلمين، ويكفي طبيب واحد من باب الإخبار، وإذا كان اثنان فأعلى فهو أولى"<sup>(5)</sup>.

ونص قانون المرافعات المدنية الليبي في م(201) بشأن تعيين خبراء: "للمحكمة عند اقتضاء الإثبات الفني أن تأمر من تلقاء نفسها، أو بطلب من أحد الخصوم، بتعيين خبير، أو ثلاثة خبراء يختارون من بين المقبولين أمامها، كما تعين أجلاً لإيداع التقرير الكتابي، وتبين المحكمة في أمر التعيين وجوب قيام الخصم، أو الخصوم بإيداع خزانة المحكمة أمانة لحساب مصاريف الخبرة".

وقضت المحكمة في هذا الشأن قائلة في م (201) مدنية: "إن المدعى عليها زوجة المدعى شرعياً بموجب عقد الزواج المبرم، ودخل بها دخولاً صحيحاً... غير أنه أصبح يواجه

(1) زعيم، إبراهيم، نظام الخبرة في القانون الغربي، مراكش، مكتبة علي، ط1، 1993م، ص3.

(2) يراعي في الخبرة مبدأ التخصص عكس الشهادة الطبية التي يمكن إقامتها من أي طبيب كيف ما اتفق.

(3) لذلك تكون محل طعن مستمر، وقد تحمل الطرف الذي أصبح بها في مواجهته على استصدار، هو الآخر، شهادة طبية أخرى، فيكون القضاء أمام شهادتين متضاربتين كل منهما تحمل المسؤولية للطرف الآخر.

(4) هو أبو عبد الله محمد التاودي بن الطالب ابن سودة المري الفاسي، لُقِبَ بشيخ الجماعة لتمكّنه للكثير من العلوم الشرعية، وقد أعتبر التاودي بن سودة من العلماء الأكثر نفوذاً في المجال الفكري، والسياسي في المغرب، توفي سنة (1209هـ).

(5) التسولي، مرجع سابق، ج1، ص113.



المتاعب مع الزوجة؛ لأنها لم تمكنه من نفسها ومعاشرتها معاشرة الأزواج، واستمرت هذه الحالة عدة أيام وشهور...، وبعد عرض المدعى عليها على طبيب مختص في مستشفى الرزازي للأمراض النفسية بين التقرير الطبي أن المدعى عليها تعاني من فتور جنسي...، وحيث تضرر المدعي مادياً، ومعنوياً جراء عدم علمه بهذا العيب... قام برفع دعوى أمام المحكمة بطلب بها التطبيق للضرر وفق الثابت في الأوراق...، وبثبوت الأوراق حكمت المحكمة بتطبيق المدعي عليها من المدعي للضرر طلقة واحدة بائنة بينونة كبرى...<sup>(1)</sup>.

#### خامساً- محاضر الضابطة القضائية:

يقوم مأمور الضبط القضائي باختصاصه الأصيل في جمع الاستدلالات، وهو ما يسمي محضر جمع الاستدلالات يثبت فيه جميع الإجراءات التي باشرواها. لم يعرف القانون الليبي محضر الضبط القضائي، وعرفه الفقه بأنه: "الصك الكتابي الذي ينظمه الموظف المختص لإثبات شكوى، أو إشكالية أدليت إليه، أو انتهت إليه بمشاهدته المباشرة بالنسبة للجريمة التي وقعت"<sup>(2)</sup>، ونتساءل بعد هذا، هل تتمتع المحاضر في ميدان الجرح، والمخالفات في نظر القضاء، بالحجية التي لها في إطار النصوص التشريعية؟ ويمكن القول بأنه يجب التمييز بين قيمة المحاضر المنجزة في الجنايات، باعتبارها غير ملزمة للقاضي، وبين المحاضر المحررة في الجرح، والمخالفات، والتي لا ينبغي استبعادها إلا بتعليل، وتسبب، فإن العمل القضائي يعتمد الأخذ بالمحضر كلما تحقق الاقتناع، والاطمئنان لدى القاضي<sup>(3)</sup>.

---

(1) محكمة الزاوية الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، بتاريخ 2007/12/1 ف الدعوى رقم 59-2006، (غير منشور). وقد سار على نهج القضاء الليبي عدة محاكم عربية منها:

- قرار محكمة الاستئناف بطنجة، دائرة الأحوال المدنية، صادر بتاريخ 27 يوليو 1990 الاستئناف رقم 232(غير منشور)

- محكمة التمييز العراقية، دائرة الأحوال المدنية، بتاريخ 1988/2/19 قرار رقم 2214 21 منشور بالمجلة العربية للفقه والقضاء، العدد 11، أبريل 1992، ص110.

محكمة النقض المصرية، دائرة الأحوال المدنية، بتاريخ 1948/2/16 أشار له: د.المجدوبي الإدريسي، محمد، إجراءات التحقيق في الدعوى في قانون المسطرة المدنية المغربي، (رسالة لنيل درجة الماجستير)، جامعة دمشق، مكتبة الكاتب العربي، ط1، 1996، ص87. واعتمد كلاً من القضاء المغربي والمصري في أحكامهم على تقرير الخبير الطبي في إثبات الضرر.

(2) البوعيسي، لحسن: "عمل الضابطة القضائية"، المغرب، دون: ن، ط1، 1991م، ص233.

(3) ينظر: هودالاية، لحسن، محاضر الضابطة القضائية، الرباط، مطبعة دارالسلام، ط1، 2000م، ص80.

ومحاضر الضبط القضائي هي التي " يدون فيها استدلالات تتضمن جمع كل العناصر، والقرائن، والأدلة التي تساعد على سهولة التحقيق، واللازمة له في الوقت ذاته"<sup>(1)</sup>.  
ويجب أن يشتمل المحضر فضلاً عما تقدم على توقيع جميع من سئلوا بمعرفة مأمور الضبط من شهود، وخبراء، ويرسل المحضر إلى النيابة العامة مع الأوراق والأشياء التي تم ضبطها (م14 إجراءات جنائية)، فهل يترتب على مخالفة هذا الواجب البطلان؛ أو أن هذا الواجب نص عليه القانون على سبيل التنظيم، والإرشاد؟

ذهب القضاء في المعنى الثاني باعتبار أن كل ما يجريه مأمور الضبط القضائي هو خاضع لتقدير سلطة التحقيق وسلطة المحكمة؛ وبناء عليه قضت محكمة النقض "بأن القانون لم يرتب البطلان على عدم مراعاة واجب تحرير المحضر مما يجعل الأمر في تقدير قيمة هذه الإجراءات راجعاً إلى تقدير محكمة الموضوع لسلامة الإجراءات التي اتخذها مأمور الضبط"<sup>(2)</sup>.  
"واستعانة مأمور الضبط بكاتب لتدوين محضره لا يترتب عليه بطلان المحضر طالما أنه قد حرر تحت إشرافه وذُيل بتوقيعه"<sup>(3)</sup>، وجدير بالذكر أن الواجب الملقى على عاتق مأمور الضبط في تحرير المحضر قاصر فقط على إجراءات الاستدلال. أما التحريات فلا يلزم أن يفرغها في محضره.

ومن ناحية أخرى "قضت المحكمة العليا بأن القول ببطلان إجراءات التحقيق الذي قام به المحضر لا يصح أن يكون سبباً للطعن على الحكم إذ العبرة في الأحكام هي بإجراءات المحاكم، والتحقيقات التي تحصل أمام المحكمة"<sup>(4)</sup>.

غير أن هذا القضاء محل نظر. فليست فقط إجراءات الاستدلال هي الخاضعة للسلطة التقديرية للمحكمة، بل وأيضاً التحقيقات التي تجريها سلطة التحقيق سواء أكانت النيابة العامة أم قاضي التحقيق. وإذا كان محضر الاستدلالات يمكن الاستناد إليه، ولو على سبيل الاستئناس بالنسبة لما ثبت فيه من أقوال، وإجراءات تتعلق بصحة وقوع الجريمة ونسبتها إلى فاعلها،

---

(1) سلامة، محمد مأمون، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، الدعوى العمومية، والدعوة المدنية، الاستدلال، التحقيق الابتدائي، منشورات الجامعة الليبية كلية القانون، بنغازي، منشورات الجامعة الليبية، ط1، 1971م، ج2، ص463.  
(2) محكمة النقض المصرية، نقض جنائي، بتاريخ 17 أكتوبر 1955، مجموعة أحكام النقض الجنائية، القاهرة، دار النشر الجامعات المصرية، ص6، رقم 360.  
(3) محكمة النقض المصرية، نقض جنائي، بتاريخ 19 يناير 1955، مجموعة أحكام النقض الجنائية، دار النشر الجامعات المصرية، ص6، رقم 151.  
(4) المحكمة العليا، نقض جنائي، بتاريخ 25 يونيو 1966، قضاء المحكمة العليا الجنائي، ج3، رقم 87.

فلاشك أن البطلان الذي يشوبه أو يشوب إجراء ثبت فيه من شأنه أن يحول دون الاستناد إليه، ولو على سبيل الاستدلال.

ولذلك ترى الباحثة أن الإجراءات التي يباشرها مأمور الضبط لابد وأن تدون بمحضر حتى يكون لها قيمتها القانونية من حيث الإثبات، وإذا لم تدون وإنما أدلى مأمور الضبط بوقوعها في محضر تحقيق النيابة فإن الأمر لا يعد أن يكون مجرد إدلاء بشهادة<sup>(1)</sup>، وعليه فإن "تقدير الظروف المحيطة بالجريمة، والمدة التي انقضت من وقت وقوعها إلي وقت اكتشافها؛ للفصل فيما اذا كانت الجريمة متلبساً بها، أو غير متلبساً بها، موكول إلي محكمة الموضوع، ولا تعقيب عليها من المحكمة العليا، ما دامت الأسباب التي استندت إليها لها أصول في الأوراق، ومثبتة في محضر الإستدلال، وتؤدي عقلاً، وقانوناً إلي النتيجة التي ترتبت عليها"<sup>(2)</sup>.

## المطلب الثاني

### الشروط الإجرائية للضرر

#### الفرع الأول - التحكيم:

#### أولاً - مفهوم التحكيم

- التحكيم لغةً: تفويض الأمر وجعله إلى الغير ليحكم.

قال ابن منظور: "وحكّموه بينهم، أمره أن يحكم ويقال: حكّمنا فلانا بيننا أي أجرينا حكمه بيننا"<sup>(3)</sup>.

#### - مفهوم التحكيم اصطلاحاً:

التحكيم هو أن يفوض الزوجان المتنازعان أمرهما إلى الحكّمين، ويعملان بما يقولان، والتحكيم لا يلجأ إليه إلا بعد العجز عن تقويمها وإصلاح ذات البين بينهما، وهو "تراضى الخصمين بواحد من الرعية، والترافع إليه ليحكم بينهما"<sup>(4)</sup>، وعرفه ابن نجيم بقوله: "هو تولية الخصمين حكماً يحكم بينهما، واختيار ذوى الشأن شخصاً، أو أكثر، ليحكم فيما تنازعا فيه دون

(1) ينظر: سلامة، مأمون، مرجع سابق، ج2، ص464.

(2) المحكمة العليا، نقض جنائي 16-12-1961م، قضاء المحكمة العليا الجنائي ج1، رقم 79، ص88، ينظر: مأمون سلامة، المرجع السابق، ج2، ص511.

- ينظر نفس التوجه: المحكمة العليا، نقض جنائي 4-6-1966م، قضاء المحكمة العليا الجنائي، رقم 85، ينظر: المرجع السابق، ج2، ص517.

(3) ابن منظور: مادة (حكم).

(4) عندليب، علي، التحكيم في الفقه الإسلامي، مجلة التوحيد اللبنانية، العدد 87، 17-3-1997 ص12، ع4.

أن يكون للحكم ولاية القضاء بينهما<sup>(1)</sup>، والحكم في اللغة بفتحين، هو الحاكم<sup>(2)</sup>، الذي يرضى للحكومة بغير ولاية سابقة، مشتقة من حكموه فَحَكَمَ، كذلك أن الحكم هو من له ولاية الحكم والإلزام<sup>(3)</sup>.

ويتضح مما تقدم أنه لا فرق بين المعنى اللغوي، والاصطلاحي للتحكيم، إلا في كون هذا الأخير قيد كما قيده الفقهاء، بخلاف اللغويين فإنهم لم يقيدوه بذلك<sup>(4)</sup>.

#### -السند الشرعي للتحكيم:

أصل مشروعية التحكيم قوله تعالى: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا)<sup>(5)</sup>.

ومن السنة ما روى أن أبا شريح قال: يا رسول الله، إن قومي إذا اختلفوا في شيء، فأثوني فحكمت بينهم، فرضى عليّ الفريقان، فقال له الرسول (ﷺ): "ما أحسن هذا". وبذلك أجمع الصحابة على جواز التحكيم<sup>(6)</sup>.

**زمن بعث الحكمين:** اتفق الفقهاء على أن بعث الحكمين إنما يكون بسبب الشقاق بين الزوجين، واختلفوا في زمن هذا البعث. فذهب للخمي<sup>(7)</sup>، وابن العربي<sup>(8)</sup> من المالكية إلى أن الحاكم إذا علم بالشقاق بين الزوجين لزمه أن يبعث إليهما حكمين، وإن لم يترافعا إليه ويتحاكما أمامه.

(1) ابن نجيم المصري، زين العابدين بن إبراهيم بن محمد: البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، مصر، دار الكتب العلمية، ط1، 1997م، ج7، ص24.

(2) ينظر: العمروسي، أنور "أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية"، مرجع سابق، ص262.

(3) ينظر: ابن عاشور، محمد الطاهر: تفسير التحرير والتنوير، تونس، دار التونسية للنشر، 1971، ج5، ص45.

(4) ينظر: ابن سلامة، عبد الرحمن، "التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي"، مجلة الإحياء، العدد 13 من السلسلة الجديدة، الرقم المتسلسل 25، يناير 1999، ص112.

(5) النساء، الآية 35.

(6) ينظر: عامر، علي رحيم، التحكيم بين الشريعة والقانون، الكتاب الإسلامي، ليبيا، دار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، ط1، 1987م، ص35.

(7) هو أبو الحسن علي بن محمد الربيعي المعروف بالآخمي أصله من القيروان، وله تعليق على المدونة وهو أحد الأئمة الأربعة المعتمدة ترجيحاتهم في مختصر خليل توفي سنة 478هـ، مشار إليه في حق الزوجة في الفرقة في الفقه الإسلامي.

(8) محمد بن علي الطائي الأندلسي، الشهير بـ محيي الدين بن عربي، أحد أشهر المتصوفين، لقبه أتباعه وغيرهم من الصوفيين "بالشيخ الأكبر"، ولذا تُنسب إليه الطريقة الأكبرية الصوفية، توفي في دمشق عام 638هـ.

وقال الشافعية، والحنفية، والحنابلة: إن بعث الحكيم يكون بعد رفع الأمر للحاكم، وعدم إمكانه إيقاف الشقاق وتمادى استمراره.

قال الشيرازي: "فإن أدعى كل واحد منهما النشوز على الآخر أسكنها الحاكم إلى جنب ثقة ليعرف الظالم منهما، فيمنع الظلم، فإن بلغا إلى الشتم، والضرب بعث الحاكم حكيم للإصلاح أو التفريق"<sup>(1)</sup>.

وقال الكاساني: "قله أن يؤدبهما لكن على الترتيب... فإن نفع الضرب، وإلا رفع الأمر إلى القاضي ليوجه لهما حكيم"<sup>(2)</sup>، وذهبت المالكية إلى أن بعثهما إنما يكون بعد تكرر الشكوى، والعجز عن إثبات الضرر من الطرفين، والإشكال في الأمر، والجهل بالمخطئ منهما.

قال الدردير<sup>(3)</sup>: "وإن أشكل الأمر فلم يعلم هل الضرر منها أو منه، بأن ادعت الضرر، وتكررت شكواها ولم يثبت ذلك، أو ادعى كل منهما الضرر وتكررت منه الشكوى ولم يكن له بينة أسكنها الحاكم بين قوم صالحين، ليظهر لهم الحال فيخبروا الحاكم بذوي الضرر، ثم إذا استمر الإشكال، والنزاع بعث الحاكم حكيم"<sup>(4)</sup>.

وهذا الرأي يميل إليه كثير من الفقهاء المعاصرين الذين يرون جعل بعث الحكيم عند كل شقاق بدون تقييد بالعجز عن إثبات الضرر.

قال الشيخ أبو زهرة: "والحق أن التحكيم واجب، عند تكرر خلاف بين الزوجين، وذلك لنص القرآن الكريم"<sup>(5)</sup>، وقال الصابوني: "وليت الأمر تعدى ذلك إلى ما هو أخطر من الشقاق إلى إيقاع الطلاق، فاشترط الشارع على كل زوج أراد أن يطلق زوجته أن يمر بهذه المرحلة مرحلة التحكيم وجوباً"<sup>(6)</sup>.

وعليه فإن الآية عامة بنصها توجب التحكيم عند حدوث الشقاق والخلاف، والقاضي هو المسئول عن تحقيق العدل، والمساواة بين رعيته.

(1) الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف، المهذب، القاهرة، مطبعة مصطفى الحلبي ط1992، 1م، ج2، ص71.

(2) الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص334.

(3) العدوى، أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد، المالكي من كبار المالكية وله مؤلفات جلييلة في الفهوال توجيه أشهر منها الشرح الكبير والشرح الصغير، ولد في مبنى عدى بمصر، وتوفى بالقاهرة في 1201هـ.

(4) الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد، الشرح الصغير، مصر، القاهرة مطبعة مصطفى الحلبي، ط: الأخيرة، 1373هـ، ج1، ص439.

(5) أبو زهرة، محمد، الأحوال الشخصية، القاهرة، دار الفكر العربي، ط3، 1957، ص427.

(6) الصابوني، عبد الرحمن، مرجع سابق، ج2، ص755.

- شروط الحكمين :

أ- شروط الحكمين عند الفقهاء :

اتفق الفقهاء على اشتراط الإسلام، والذكورة، والتكليف، والعدالة، والعلم بأحكام الدين فيما حكما فيه كل من الحكمين.

واختلفوا في اشتراط كونهما من أهل الزوجين، فذهب المالكية إلى وجوب ذلك إلا إذا تعذر ذلك لفقد شرط، أو غيره.

قال الدسوقي<sup>(1)</sup>: "لا يجوز بعث أجنبيين مع وجود الأهل... وفي نقض حكم الأجنبيين مع وجود الأهل تردد، الظاهر النقض"<sup>(2)</sup>، وقال ابن العربي: "الأصل في الحكمين أن يكونا من الأهل، والحكمة في ذلك أن الأهل أعرف بأحوال الزوجين، وأقرب إلى أن يرجع الزوجان إليهما، فأحكم الله سبحانه وتعالى الأمر بأهله، قال علماؤنا: فإن لم يكن لهما أهل أو كان، ولم يكن فيهم من يصلح لذلك، لعدم العدالة، أو غير ذلك من المعاني فإن الحاكم يختار عدلين من المسلمين لهما، أو لأحدهما كيف ما كان عدم الحكمين"<sup>(3)</sup>، واستدلوا على ما ذهبوا إليه بنص الآية الكريمة: (فَابْتِئُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا)<sup>(4)</sup>، ولأن الأهل أوفر دراية بخفايا الأمور بين الزوجين، والأقدر على معالجة أسباب الشقاق بينهما، وأكثر شفقة، واهتماما بإزالة كل ما يعوق حياتهما، ولا يجد الزوجان حرجا في الإباحة لهما بخفايا أمرهما مما يتحرجان عن الإباحة به لأجنبي عنهما.

وذهب جمهور الحنفية، والشافعية، والحنابلة إلى استحباب كون الحكمين من الأهل وأجازوا إرسالهما من غير الأهل. حيث قالوا: "ولأن الحكمين من أهلها أعرف بالحال، وإن كانا من غير أهلها جاز، ولأنهما في أحد القولين وكيلان، وفي الآخر حكمان، وفي الجميع يجوز أن يكونا من غير أهلها"<sup>(5)</sup>.

(1) الدسوقي، محمد بن عرفة المالكي، من أهل دسوق بمصر، من أشهر مؤلفاته حاشيته على الشرح الكبير للمختصر توفى سنة 1230هـ.

(2) الدسوقي، مرجع سابق، ص302.

(3) ابن العربي، أبو بكر بن عبد الله بن، محمد الاشبيلي، أحكام القرآن، القاهرة، دار إحياء الكتب، ط2، 387هـ، ص426.

(4) النساء، الآية (35).

(5) الشيرازي، مرجع سابق، ج2، ص71.

ونص الأحناف بقولهم: "والأولى أن يكون الحكمان من أهلها"<sup>(1)</sup>، وقال ابن قدامه: "والأولى أن يكونا من أهلها؛ لأمر الله تعالى بذلك، ولأنهما أشفق وأعلم بالحال، وإن كانا من غير أهلها جاز، لأن القرابة ليست شرطاً في الحكم، ولا الوكالة فكان الأمر بذلك إرشاداً واستحباباً"<sup>(2)</sup>.

وأرى أن الرأي الراجح ما ذهب إليه المالكية من وجوب كونهما من الأهل لأعمال النص الوارد باشتراط ذلك عند ذكر كل من الزوجين؛ ولأن أسرار الحياة الزوجية لا يتعرف على حقيقتها إلا الأهل، ولأن القرآن الكريم يرمي بذلك إلى حصر أسرار الأسر في أضيق نطاق.

ب- شروط الحكمين طبقاً لنص م(37) من القانون رقم 10 / 1984 وتعديلاته<sup>(3)</sup>.

1. أن يكونا رجلين عدلين، فيُستبعد النساء والفساق.

مع أن المشرع أعطى للمرأة سلطة توليها القضاء بناءً على ترجيح بعض الأدلة، ولم يوليها وظيفة الحكم، وكم من امرأة ف تاريخ الإسلام أشجع وأحكم من رجال كثير، ومن بينهم أسماء بنت أبي بكر وغيرها، فلماذا لم يعطي المشرع هذا الحق للمرأة؟

2. أن يكونا من أهل الزوجين، أحدهما من أهل الزوج والآخر من أهل الزوجة، إلا إذا لم يوجد في أهليهما، أو وجد ولكنه ليس قادراً علي أن يصلح لمهمة التحكيم، وهذا ما أخذ به المشرع الليبي، وهو أن يستعان بغيرهما من أهل الصلاح، والتقوى. ومن أوجه ذلك: "انعقاد جلسة المحكمة علناً، حيث انعقدت جلسة الحكمين، حكم من أهل الزوج، وحكماً من أهل الزوجة، وقد حلفا اليمين القانونية على أن يقوموا بالمهمة المكلفان بها من قبل المحكمة بكل أمان، وصدق، ودون تحيز"<sup>(4)</sup>.

3. أن يكونا ممن لهم الخبرة بحالهما وقدرته على الإصلاح بينهما، (م37/أ).

إذاً يمكن استخلاص أن جل التشريعات العربية<sup>(5)</sup>، تأخذ بضرورة اعتبار الحكمين من الأهل، أو اللجوء إلى الأجانب في حالة التعذر، أو الاستحالة، مثل الأصدقاء المقربين، أو

(1) زاده، القاضي: تكملة نتائج الأفكار لكشف الرموز والأسرار، القاهرة، المطبعة الأميرية، ط1، ج3، ص223.

(2) الشربيني، محمد الخطيب، مرجع سابق، ج7، ص321.

(3) ينظر: بشير، جمعة، الأحوال الشخصية، الزاوية، مطبعة الوحدة العربية، ط1، 2006م، ج2، ص75.

(4) محكمة الكفرة الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 19-1-2002ف، الدعوى رقم 1-2002 (غير منشور).

(5) ينظر على سبيل المثال:

- م (1/19) من قانون الأحوال الشخصية المصري.

- م (2/40) من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

- م (3/112) من قانون الأحوال الشخصية السوري.

الجيران، أو أصهارهما أو زملائهما ممن لهم القدرة على الإصلاح، وإعادة الوفاق، "وحيث إن المحكمة عرضت الصلح على المدعى عليها، والمدعى عليه، وذلك في صلح يعقده حكمان من جيرانهما، إلا أن المدعية أصرت على الطلاق من المدعى"<sup>(1)</sup>.

4. أن يحلفا اليمين أمام المحكمة على أن يقوما بمهمتها بعدل، وأمانة (المادة 37/ب)، وذلك بقصد إشعار الزوجين المتحاكمين بالثقة بالحكمين، ولكي يطمئنا إلى كل ما يقوم به الحكمان من مساعي حميدة للإصلاح بينهما.

"وقد تم إحالة الدعوى المقابلة من قبل المحكمة، وبجلسة الصلح تم تعيين الحكم من طرف المدعي وتم تحليفه اليمين القانونية، وتعين... كحكم من طرف المدعى عليها، وتم تحليفه اليمين القانونية"<sup>(2)</sup>.

5. أن يقوما بمهمتها في مدة محددة، حيث تحدد المحكمة تاريخ بدء وانتهاء مهمة الحكمين بما لا يجاوز شهراً، وتخطر المحكمة الحكمين والخصوم بذلك (م37/ج)؛ وذلك خشية أن يتسرع الحكمان في تنفيذ مهمتها دون المستوى المطلوب من البحث، والتقصي، والصلح، والإصلاح المنشود، ومن جانب آخر لكيلا يماطلا لمنع المشقة، والعنت، والحر، والإثم عن طالب التفريق. ويقول القضاء الليبي: "بطلب الزوجة التطبيق للضرر للمعاملة القاسية من قبل زوجها لها من ضرب مبرح، ومع تمسك المدعية بطلب التطبيق، أحالت المحكمة الدعوى للحكمين لمحاولة إنهاء الخلاف صلحاً بعد أن حلفا اليمين القانونية لأداء مهمتها بالأمانة، والصدق، وبينت لهما المحكمة المهمة المسندة، إليهما، وكيفية القيام بها، ومنحتها مدة عشرين يوماً لأدائها، وإعداد تقرير بشأن ما قاما به وبجلسة 2009/1/13 أرفق الحكمان تقريرهما، وأفاد حكّم الزوجة أنها لم يتوصلا إلى حل بين الطرفين"<sup>(3)</sup>.

فإن لم يستطع الحكمان إنهاء مهمتها خلال المدة المحددة بشهر يجوز للمحكمة أن تعطى لهما مهلة أخرى مرة واحدة لإنهاء مهمتهما، وهذه المهلة متروك تقديرها للقاضي. بما لا تجاوز مدة المهلة الأصلية المقدره بشهر، فإذا لم يتمكن من تقديم تقريرهما، أو ماطلا ولم يقدماه خلال المهلة الممنوحة لهما استثناء يجب على المحكمة في هذه الحالة أن تعين غيرهما م(37/د)، وبنفس الشروط المذكورة أعلاه.

(1) محكمة قصر اخيار الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 24-7-2000ف، الدعوى رقم 11-1999 (غير منشور).

(2) محكمة المدينة الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 21-2-2004ف، الدعوى رقم 18-2003، (غير منشور)

(3) محكمة الزاوية الجزئية، الدائرة الشرعية، 9-6-2009ف، الدعوى رقم 228 لسنة 2008، (غير منشور).



"وبالجلسة المنعقدة يوم 18\4\2005 للقضية رقم 200\129، ثم تغيير حكم المدعى عليها زوجة أخته بعد حلفه اليمين القانونية بحكم آخر قام بنفس الإجراءات القانونية، وأمهلتهم المحكمة مدة معينة للإصلاح بين الزوجين"<sup>(1)</sup>.

#### - صفة الحكمين:

اختلف الفقهاء في صفة الحكمين، فذهب أبو حنيفة، والشافعي في أظهر روايته، وأحمد في أحد قوليه، وأهل الظاهر إلى أن الحكمين وكيلان، وليس لهما سلطة التفريق بينهما إلا برضاهما، وهو مذهب عطاء وقتادة، والحسن البصري، وأبي ثور<sup>(2)</sup>.

يقول ابن حزم: "وليس لهما أن يفرقا بين الزوجين، لا بخلع ولا بغيره"<sup>(3)</sup>، وذهب المالكية، والشافعي، وأحمد في روايتهما الأخرى إلى أنهما حكمان، لهما أن يفرقا بين الزوجين بعوض، أو بغيره إذا تعذر عليهما الإصلاح بينهما، وروى هذا عن علي، وابن عباس، وأبي سلمى، وسعيد بن المسيب، وأهل المدينة، والشعبي، والنخعي، والأوزاعي، وابن المنذر<sup>(4)</sup>.

#### أدلة الفريقيين - واستدل الأولون لمذهبهم:

1. بما روى عن علي (ع) أنه قال للحكمين: "هل تدریان ما عليكما؟ إن رأيتما أن تجمعا جمعتما وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما، فقالت المرأة: رضيت بكتاب الله وما فيه لي وعليّ، فقال الرجل: أما الفرقة فلا، فقال علي: لا والله لا تبرح حتى تقر بما أقرت به المرأة، فقال: فاعتبر في ذلك إذنه"<sup>(5)</sup>، فأخبر علي في هذا أن قول الحكمين إنما يكون برضا الزوجين.
2. إن الزوجين رشيدان وليس للحكمين ولاية عليهما، ولا حق لهما في التطليق، أو بذل المال إلا بإذنها.

---

(1) محكمة تاجوراء الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 18-4-2005، الدعوى رقم 129-2004 (غير منشور).  
(2) وروى ابن شاجي، عن بعض المالكية القول بأنهما وكيلان وعزاه ابن عرفة لابن الحاجب دون غيره، ينظر: التسولي، أبو الحسن علي بن عبد السلام، مرجع سابق، ج1، ص309.  
(3) ابن حزم، مرجع سابق، ص87، مسألة 1922.  
(4) ينظر: ابن قدامه، مرجع سابق، ج7، ص320.  
(5) الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، إسطنبول، مطبعة الأوقاف الإسلامية، دار الخلافة، سنة 1335هـ، ج2، ص181.

3. إن الحاكم لا يملك أن يطلق ولا يبرئ من مالهما فكيف يفعل ذلك نائبه، بخلاف قضاء دينه إذا امتنع عنه، لأن ذلك إيصال الحق إلى مستحقه<sup>(1)</sup>. وقال ابن حزم: "ليس في الآية ولا في شيء من السنن أن للحكمين أن يفرقا ولا أن ذلك للحاكم"، وقال عز وجل ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾ فصَحَّ أنه لا يجوز أن يطلق أحد على أحد، ولا أن يفرق بين رجل وأمراته إلا حيث جاء النص<sup>(2)</sup>.

## 2- أدلة الفريق الثاني:

- 1- بأن الله سماهما حكمين في قوله تعالى: (حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا)، والحكم غير الوكيل، ولو كانا وكيلان لقال فليبعث وكيلاً من أهله ووكيلاً من أهلها، والوكيل لا يسمى حكماً في لغة القرآن ولا في لسان الشرع، وقال ابن العربي: "هذا نص من الله سبحانه في أنهما قاضيان لا وكيلان، وللوكيل اسم في الشريعة، ومعناً، وللحكم اسم في الشريعة، ومعنى، فإذا بين الله سبحانه وتعالى كل واحد منهما فلا ينبغي لشاذٍ - فكيف بعالم - أن يركب معنى أحدهما على الآخر، فذلك تلبيس وإفساد للأحكام"<sup>(3)</sup>.
- 2- ما ورد عن عثمان بن عفان -رضي الله عنه- أنه بعث عباس ومعاوية -رضي الله عنهما- حكمين بين عقيل بن أبي طالب وامرأته فاطمة بنت عتبة رضي الله عنهما - فقال لهما: "إن رأيتما أن تفرقا فرقتما"<sup>(4)</sup>.
- 3- وبما روى عن علي ابن أبي طالب (ψ) أنه قال للحكمين: "عليكما إن رأيتما أن تفرقا فرقتما، وإن رأيتما أن تجمعا جمعتما"<sup>(5)</sup>.
- 4- جعل القرآن بعثهما إلى غير الزوجين بل إلى جماعة المسلمين، أو الحاكم فكانت ولايتهما مستمدة منهما، وليست من الزوجين.

(1) ينظر: ابن رشد، محمد بن احمد بن رشد القرطبي، بدالآية المجتهد، القاهرة، دار الحديث للنشر، بدون: ط، 2004م، ج2، ص86.

(2) ابن حزم، المحلي، مرجع سابق، ج10، ص88، المسألة 1963.

(3) ابن العربي، مرجع سابق، ج1، ص424.

(4) ابن القيم الجوزية، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، زاد المعاد في هدى خير العباد، بيروت، طبعة المختار الإسلامية، ط2، 1979م، ج2، ص42.

(5) ابن القيم الجوزية، المرجع السابق، ج2، ص42.

وروا ما ورد عن الأولين بأنه لا يمتنع أن تثبت الولاية على الرشيد عند امتناعه من أداة الحق، كما يقضي الدين عنه من ماله إذا امتنع، ويطلق الحاكم على المولى إذا امتنع<sup>(1)</sup>. وأرى أن ما ذهب إليه الفريق الثاني هو الراجح لنص الآية ؛ ولأن لكل من الحاكم، والحكم، والوكيل دلالة، ومعنى في الشرع يخالف غيره ولأن سلطة التطبيق لازمه استمرار الشقاق بين الزوجين، وامتناعهما عن توكيل الحكّمين في التطبيق إمعاناً في الكيد لبعضهما، وانسحاق لثورة الغضب ونزوة الانتقام، وألا يتوسع في الطلاق وفق هذا الترجيح. وعلى هذا الرأي سار المشرع الليبي، واعتبر تعيين الحكّمين أساسه لغرض الإصلاح بين الزوجين إن أمكن<sup>(2)</sup>.

#### ثانياً- اختيار الحكّمين من قبل القاضي:

اختلف العلماء في شأن المخاطب في قوله تعالى: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا)<sup>(3)</sup>. فسر البعض إن المخاطب في الآية الكريمة فيما يتعلق باختيار الحكّمين، وبعثهم إلى الزوجين للإصلاح بينهم هو القاضي.

فالقضاء نوع من الولاية العامة يقع على كاهله الفصل بين المتخاصمين، والنظر في منازعاتهم، والفصل بينهم، فعند وقوع الخلاف بين الزوجين ترفع إليه المنازعة بشأنه، فيقوم باختيار حكّمين يحسمان النزاع بينهما.

إن التشريعات الإسلامية جعلت اختيار القاضي للحكّمين، لا يكون إلا بعد أن يقوم هو بمحاولة الإصلاح بنفسه بين الزوجين، وتلقى محاولته الفشل، وبالتالي فالتحكيم هنا وسيلة احتياطية، وليس وسيلة أصلية، يلجأ إليها القاضي عند عجزه عن تحقيق الإصلاح، وقد تنبه المشرع الليبي إلى هذا، فنص في (م36) من القانون رقم 10 لسنة 1984 بشأن الأحكام الخاصة بالزواج، والطلاق على أنه: "إذا لم يتفق الزوجان على الطلاق طبقاً للمادة السابقة، ورفع الأمر إلى المحكمة المختصة، تولت تعيين حكّمين للإصلاح بين الزوجين"<sup>(4)</sup>.

(1) ينظر: ابن القيم الجوزية، المرجع السابق، ج2، ص42.

(2) زبيدة، الهادي علي، مرجع سابق، ج3، ص59.

(3) النساء، الآية (35).

(4) رحيم، عامر علي، المرجع السابق، ص272-273.

وقد عالج هذا القانون ما اعترى نص قانون المرافعات من عيوب، فجعل مهمة القاضي عندما يُرفع النزاع إليه من الزوجين، أو من أحدهما، تنحصر في تعيين حكيمين يفضان الخلاف بينهما، ومن ثم فإنه ليس للقاضي ابتداءً فض النزاع بين الزوجين والتعرف على أسرار علاقتهما، إلا إذا عجز الحكمان عن الإصلاح، وهذا ما يعني أن التحكيم هو الأصل، وهو ما نصت عليه (م39| أ) من القانون رقم 10 لسنة 1984 الليبي: "إذا عجز الحكمان عن الإصلاح بين الزوجين، تولت الفصل في النزاع" وهو ما يتفق أكثر مع نصوص الشريعة الإسلامية<sup>(1)</sup>.

### ثالثاً - مهمة الحكيمين:

#### أ- "مهمة الحكيمين عند الفريق الثاني"<sup>(2)</sup>:

1. الإصلاح بين الزوجين إن أمكن، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء.
  2. إن تعذر الإصلاح، وتحقق لهما تعدى الزوج طلقاً عليه طلاقاً بائناً بلا مال رفعاً لظلمه.
  3. إن تبين لهما أن الإساءة من الزوجة فهما بالخيار في اختيار الأصلح لهما في أن يبقيا على استمرار العلاقة بينهما، ويأمر الزوج بالصبر، وحسن المعاملة، أو يخالعاها عنه نظير عوض، وإن تجاوز الصداق.
  4. إن تحقق لهما أن الإساءة من الطرفين بالتساوي فلهما أن يطلقا منه دون عوض -وفي قول لهما أن يخالعاها بعوض يسير.
  5. إن ظهر لهما أن أحدهما أكثر إساءة فإن كان الزوج طلقاً عليه بلا مال، وإن كانت الزوجة الزماها بقدر لا يصل إلى الصداق.
- قال ابن العربي: "قال علماؤنا: إذا كانت الإساءة من قبل الزوج فرق بينهما، وإن كانت من قبل المرأة اتئمتها عليها، وإن كانت منهما فرقا بينهما على بعض ما أصدقهما، ولا يستوعبانه له، وعنده بعض الظالم"<sup>(3)</sup>.

#### ب- مهمة الحكيمين في القانون رقم 10 - 1984 وتعديلاته<sup>(4)</sup>:

بينت المادة (38/ أ، ب) ما يجب على الحكيمين القيام به لإتمام مهمتها وعلى النحو

التالي:

- 
- (1) رحيم، عامر علي، المرجع السابق، ص 273.
  - (2) الشيخ، محمد الولي، مرجع سابق، ص 112.
  - (3) ابن العربي، المرجع السابق، ج 1، ص 426.
  - (4) ينظر: بشير، جمعه، مرجع سابق، ج 2، ص 77.

1- أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين، كلاً من الحكيم -قد الإمكان- من أهل الزوج، والآخر من أهل الزوجة، حتى يستطيع كل منهما إقناع الذي من أهله بعدم التمادي في الخصومة، إضافة إلى أنهما كثيراً ما يكونان على بينة من أسباب النزاع، وأقرب إلى النفس فيتطلع على ما في ضمير كل منهما من حب، وبغض الآخر.

2- أن يبذلا جهدهما في الإصلاح بينهما بأية طريقة ممكنة، وذلك بعد استطلاع حقيقة الحال بين الزوجين، وتفهم أسباب الشقاق بينهما، فلا يشرعان في فصر عرى الزوجية، بل عليهما جمع الزوجين في مجلس عائلي يحددان زمانه، ومكانه، ويبحثان فيه معهما أسباب الشقاق، وأسباب الأضرار المدعى به كل منهما، ويعملان على وضع الحلول للقضاء عليها، وحتى ينجح الحكمان في مهمتهما يمكنهما أن يكررا ذلك المجلس، أو الزيارة للزوجين متى تطلبت الظروف ذلك ويجتهدان ما أمكنها لإقناعهما بفكرة الصلح، والإصلاح بينهما بوضع الحلول للقضاء على كل الأسباب المؤدية إلى الشقاق، والضرر وسوء العشرة، وللحكيم أن يستأنس في مهمتهما بتوجيهات القاضي، وأهل الفضل من الجيران والأقارب، وبكل من له نفوذ أدبي عليها كالأب، والجد، والأم مثلاً.

ولا يؤثر على سير الحكيم في مهمتها امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلسهما متى ثم إخطاره بذلك م(38/أ).

3. إذا أفلح الحكمان في مهمتها بأن قضايا على أسباب الشقاق والضرر وحلّ محله الصفاء، والوئام، وحسن العشرة فذلك هو المستهدف أساساً من التحكيم، أما إذا عجزا عن ذلك بحيث لم تثمر المساعي المبذولة من طرفهما في تحقيق الصلح، والإصلاح واستمر الشقاق بين الزوجين، وبقي طالب التفریق منهما مصراً على طلبه، ففي هذه الحالة يجب عليهما أن يرفعا تقريراً إلى المحكمة يبينان فيه الأسباب المؤدية لذلك م(38/ب) وهذا يتطلب أن يتضمن التقرير تحديد مصدر الشقاق، أو الإساءة والمتسبب في الضرر، والإساءة من الزوجين، ونسبة الضرر، وإساءة كل منهما للآخر، بمعنى تحديد الظالم منهما كما ينبغي أن يتضمن التقرير أيضاً اقتراحاتهما التي قد تؤدي إلى العلاج، والأسباب المذكورة في التقرير يجب ألا تكون معللة خوفاً من نشر أسرار الزوجين، و التي نشرها وإشاعاتها قد تسئ إليهما، وحسب القواعد العامة في الفقه الإسلامي أن درء المفاصد مقدم على جلب المصالح.

وسيكون التقرير من المرتكزات الهامة التي يعتمد عليها القاضي في المحكمة، وإجراءات التحكيم بين الزوجين من النظام العام، فلا يجوز للمحكمة أن تنظر في دعوى نزاع بين زوجين سببه شقاق بينهما دون عرض نزاعهما على مجلس تحكيم عائلي، والتغاضي عن ذلك سيكون عرضة للطعن بالنقض.

وقد وضحت م(39/أ) عن دور الحكيمين، فبعد أن يقدم الحكمان تقريرهما تعقد المحكمة جلسة سرية للإصلاح بين الزوجين، فإذا تعذر عليهما ذلك، وثبت الضرر حكمت المحكمة بالتطليق لا فرق في ذلك بين أن يثبت أنهما تسببا معا في هذا الخلاف، والضرر، أو أحدهما فقط، أو لم يكن تحميل المسؤولية لأي منهما معتمدة في كل ذلك على تقرير الحكيمين الذي يحدد مدى الإساءة، ومصدرها ومقدار الضرر المتسبب فيه، ويعتبر دور الحكيمين من قواعد النظام العام الذي لا يجوز مخالفته.

فالتطليق هنا ليس جزءاً لما صدر في الماضي، وإنما هو وسيلة لتفادي أضرار الشقاق في المستقبل، ومن ثم إذا أمكن إنهاء الشقاق امتنع التطليق، وإذا لم يمكن إلا بالتفريق بين الزوجين تعين الحكم به بصرف النظر عن المتسبب فيه منهما. ونوع الطلاق الذي تحكم به المحكمة في هذه الحالات هو الطلاق البائن؛ لأن الضرر لا يندفع إلا به، حيث يستطيع الزوج ترجيع الزوجة في العدة إذا لم يكن بائناً، فيعود الضرر من جديد، ولكن يؤخذ الخطأ في الاعتبار قصد إلزام المخطئ بالتزامات إضافية، أو بحرمانه من بعض الحقوق الناتجة عن انتهاء العلاقة الزوجية أو بإذائه للزوج الآخر.

رابعاً- صفة الحكم الصادر عن الحكيمين:

أ- صفة الحكم عند الفقهاء:

وإذا حكما بالتفريق ورفعاه إلى الحاكم فإنه ينقذ ما ذهباً إليه دون إعدار، لأنهما ليسا بشاهدين عن الغير، وإنما استندا إلى علمهما، فيما حكما به.

قال في البهجة: "وفي المقدمات لا إعدار لأحد الزوجين فيما حكم به الحكمان؛ لأنهما لا يحكمان بالشهادة القاطعة، وإنما يحكمان بما خلص إليهما من علم أحوالهما بعد النظر، والكشف"<sup>(1)</sup>.

وتكون الفرقة بائنة؛ لأن المعنى الذي لأجله وقع الطلاق هو الشقاق، ولو شرعت فيه الرجعة لعاد الشقاق كما كان أول الأمر فلا تفيد الفرقة شيئاً.

فإن أوقعا أكثر من واحد فاختلف فقهاء المذهب في إمضاء حكمهما، فذهب ابن القاسم وأصبغ<sup>(2)</sup>، إلى القول بالنفاد، لأنهما حكما فينفذ ما حكما به مطلقاً.

(1) التسولي، مرجع سابق، ج1، ص 309.

(2) أبو عبد الله أصبغ بن الفرخ بن سعيد بن نافع مولى عبدالعزيز بن مروان رحل لمالك فدخل المدينة يوم مات فأخذ عن ابن القاسم وابن وهب وأشهب له تأليف منها كتاب الأصول في عشرة أجزاء وسماعه من ابن القاسم اثنان وعشرون كتاباً توفي سنة 225هـ.

وقال مطرف وابن الماجشون: لا يكون إلا واحدة؛ لأن حكمهما لا يكون فوق حكم الحاكم، والحاكم لا يطلق أكثر من واحدة<sup>(1)</sup>، والرأي الثاني أنسب؛ لأن التطبيق شرع لرفع الضرر، وهو إنما يرتفع بالطلقة الواحدة، فكأن الطلاق هنا إنما شرع للضرورة، وهي تقدر بقدرها. أما عن المشرع الليبي وطبقاً للقاعدة العامة التي نص عليها في م(30) بقوله: "كل طلاق يقع رجعياً إلا الطلاق المكمل للثلاث، والطلاق قبل الدخول، والطلاق على بدل، وطلاق القاضي في غير الإيلاء والهجر والظهار والإعسار بالنفقة والغيبة، وما نص في هذا القانون على أنه بائن"، وتطبيقاً لأحكام هذا النص التشريعي فإن الطلاق للضرر يعد طلاقاً بائناً بينونة صغرى، ما لم يكن مكماً لثلاث، أما القاعدة الخاصة التي نص عليها في م(39/أ) من نفس القانون، فإن "المحكمة تتولى الفصل في النزاع بعد عجز الحكّمين للإصلاح بين الزوجين، ومن ثم تعقد المحكمة جلسة سرية للإصلاح بين الزوجين، فإذا تعذر عليها ذلك، وثبت الضرر حكمت المحكمة بالتطليق"، رغم أن القاعدتين العامة والخاصة لم تبين نوع البينونة في الطلاق، إلا أن النص الخاص جعل طرق الوصول للتطليق طويلة؛ حتى يقلل من حالات الطلاق حسب الضرورة التي تقدر بقدرها، توافقاً مع ما رجح من آراء الفقهاء، لذلك ترى الباحثة أن ما سار عليه المشرع الليبي في كلا النصين العام والخاص، هو ما وافق الرأي الثاني للفقهاء.

#### ب- صفة الحكم الصادر عن الحكّمين في القانون الليبي:

إذا أمكن إنهاء، أو إزالة الشقاق، والنزاع بين الزوجين من طرف الحكّمين تعين الإبقاء على العلاقة الزوجية، ولا يحكم بالتطليق. أما في حالة تعذر الخلاف فينتهي دور الحكّمين بتقديم تقرير مفصل إلى المحكمة عن ذلك الخلاف، والمحكمة تتولى الفصل فيه، وستكون العناصر الأساسية في التقرير من المرتكزات الهامة التي يعتمد عليها القاضي في حكمه.

إن حضور الحكّمين لجلسة التحكيم أمر وجوبي، فهو إجراء من النظام العام فلا يجوز للمحكمة أن تنتظر في دعوى نزاع بين زوجين سببه شقاق، أو إساءة عشرة بينهما دون عرض نزاعهما على مجلس تحكيم عائلي، والتغاضي عن ذلك سيكون عرضة للطعن بالنقض، أما عن حكم الحكّمين، ورأيهما فهو جوازي<sup>(2)</sup>. إن الحكّمين وفق التطبيقات العملية في المحاكم هما خصمان جدد في النزاع فمن النادر أن تسجل قضية وقع فيها صلح بين أطرافها كان ذلك بفضل الحكّمين. "إن مقتضى نصوص المواد 36. 38. 39 من القانون رقم 10-84م بشأن أحكام الزواج، والطلاق، وأثارهما تقضى بأنه إذا رُفعت إلى المحكمة المختصة دعوى التطليق للضرر من أحد الزوجين، فإنها تتولى قبل التعرض لموضوع هذا النزاع تعيين حكّمين لمعرفة أسباب

(1) ينظر: ابن العربي، مرجع سابق، ج1، ص326.

(2) ينظر: المرجع السابق، ج1، ص326.

الضرر موضوع الدعوى، وبذل جهدها للإصلاح بين الزوجين، وفي حالة عجز الحكّمين عن ذلك عليهما أن يقدم ما يقرّانه إلى المحكمة مع الأسباب المؤيدة له، وفي هذه الحالة عليها أن تفصل في موضوع النزاع بعقد جلسة سرية للإصلاح بين الزوجين، فإن تعذر عليها ذلك، وثبت الضرر حكمت بالتطليق. وكان الطعن بالاستئناف يترتب عليه طرح النزاع المرفوع عنه الاستئناف الي محكمة الدرجة الثانية؛ لتفصل فيه من جديد على أساس ما قُدم لها من أدلة ودفع وأوجه دفاع جديدة وما كان قد قدم من ذلك إلى محكمة الدرجة الأولى، وكانت المحكمة المطعون في قضائها قد اعتبرت أن محكمة أول درجة مخطئة في تطبيق القانون لقضائها بتطبيق الطاعة من زوجها المطعون ضده لثبوت الضرر دون تعيين حكّمين لمحاولة الإصلاح بين الزوجين، وعقد جلسة سرية بينهما؛ لمحاولة الصلح ثم قضت بإلغاء الحكم المستأنف، ورفض الدعوى، وهو قضاء فاصل في الدعوى، وحاسم له دون تعيين حكّمين وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في المادتين 36 و37 سالف الذكر بما يكون معه حكمها مخالفاً للقانون<sup>(1)</sup>.

**الفرع الثاني- المحكمة تتولى الفصل في موضوع النزاع بين الزوجين (الجلسة السرية) وصفة الحكم الصادر عنها:**

**أولاً- الجلسة السرية:**

إذا أمكن إنهاء، أو إزالة الشقاق والنزاع بين الزوجين من طرف الحكّمين تعين الإبقاء على العلاقة الزوجية، ولا يحكم بالتطليق. أما في حالة تعذر إنهاء الخلاف بين الزوجين فينتهي دور الحكّمين بتقديم تقرير مفصّل إلى المحكمة عن ذلك الخلاف، والمحكمة تتولى الفصل فيه، حيث يتولى القاضي محاولة الإصلاح بعد إبعاد الحكّمين، وكل الأطراف المتدخلة؛ وذلك بجمع المتداعيين ومحاولة التوفيق بينهما، وجلسة الصلح السرية هي إجراء ضروري قبل الطلاق يقوم فيها القاضي بمحاولة الصلح بين الأطراف، ومن ثم معرفة أسباب الطلاق، وفي جلسة الصلح الحرية التامة للطرفان في الحديث عن تفاصيل الخلاف التي أنهت العلاقة الزوجية وكونها سرية بين القاضي والأطراف المتخاصمة، فإن القاضي ملزم بفتح جميع الأسئلة وطرق جميع الأبواب في كل ما يخص الزوجين، من أجل إيجاد حل وسط وإقناع الطرف الذي يبغى الطلاق العدول عنه؛ لذلك كانت الأسئلة غير محددة بضوابط، فالقاضي مهتم بتقريب وجهات النظر، وللطرفين تأكيد ذلك ورفضه<sup>(2)</sup>، وفي هذا قالت المحكمة: "وحيث إنه وترتيباً علي ما تقدم فإنه لما كان

(1) محكمة استئناف بنغازي، الدائرة الشرعية، تاريخ الطعن 18-11-1993، الطعن رقم 19-40 ق شرعي.

(2) ينظر: العذري، مريم بنت سعيد، التفريق القضائي بين الزوجين للضرر (رسالة ماجستير)، كلية الدراسات الإسلامية بدبي، (لم تنشر)، 2008م، ص66.



الحكمان قد عجزا عن الإصلاح بين الزوجين، فحاولت المحكمة التوفيق بين المتداعيين فلم تفلح<sup>(1)</sup>، وقالت أيضاً "إن مقتضى نصوص المواد 36، 38، 39 من القانون رقم 84/10 بشأن أحكام الزواج والطلاق وأثارهما تقضي بأنه إذا رفعت إلى المحكمة المختصة دعوة التطليق للضرر من أحد الزوجين فإنها تتولى تتولى قبل التعرض لموضوع هذا النزاع تعيين حكّمين لمعرفة أسباب الشقاق موضوع الدعوى، وبذل جهدها للإصلاح بين الزوجين، وفي حالة عجز الحكّمين عن ذلك، عليهم أن يقدموا ما يقرانه إلى المحكمة مع الأسباب المؤيدة له، وفي هذه الحالة عليها أن تفصل في موضوع النزاع بعقد جلسة سرية للإصلاح بين الزوجين، فإن تعذر عليها ذلك وثبت الضرر حكمت بالتطليق"<sup>(2)</sup>.

### ثانياً- الحكم بالتطليق وصفته:

اتفق فقهاء المالكية<sup>(3)</sup> على أن التفريق للضرر طلقة بائنة، إذ لا فائدة في الطلقة الرجعية، ما دام يملك الزوج الحق في أن يرجعها إلى عصمته دون رضاها، وبذلك يستمر الضرر، ولا ينقطع. واتفق فقهاء المالكية كذلك على أن الزوجة إن كان لها شرط على زوجها في تطليق نفسها إذا أضّر بها فلها تطليق نفسها بعد ثبوت الضرر عند الحاكم، ولا يتوقف الطلاق على إذن الحاكم لها في توقيعه.

طبقاً للقاعدة العامة التي نص عليها المشرع في م (30) من القانون رقم 10 لسنة 1984 وتعديلاته بقوله: "كل طلاق يقع رجعيّاً إلاّ الطلاق المكمل لثلاث، والطلاق قبل الدخول، والطلاق على بدل، وطلاق القاضي في غير الإيلاء، والهجر، والظهار، والإعسار، بالنفقة، والغيبة، وما نص في هذا القانون على أنه بائن"، وتطبيقاً لأحكام هذا النص التشريعي فإن الطلاق للضرر يعد طلاقاً بائناً بينونة صغرى، ما لم يكن مكماً لثلاث، والطلاق البائن بينونة صغرى هو الذي لا يستطيع الرجل بعده أن يعيد المطلقة إليه إلاّ بعقد، ومهر جديدين، ويكون في كل حالة من الحالات الآتية:

- 
- (1) محكمة العجيلات الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2008/ 4/29، الطعن رقم 135/ 2007 (غير منشور).
  - (2) المحكمة العليا، طعن شرعي، 1993/11/18م، مجلة المحكمة العليا، س27، ع3، 4، ص 12.  
- ينظر: في التطبيق القضائي لهذا الشرط من قبل محاكم الموضوع، على سبيل المثال:  
- محكمة قصر الأخيار الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2008/3/24، الدعوى رقم 2007/18 (غير منشور).  
- محكمة طبرق الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 1987/5/13، الدعوى رقم 1986/159 (غير منشور).  
- محكمة نالوت الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2006/3/20، الدعوى رقم 2005/6 (غير منشور).  
- محكمة تاجوراء الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2005/4/4، الدعوى رقم 2004/133 (غير منشور).  
- محكمة غريان الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2008/12/29، الدعوى رقم 2008/33 (غير منشور).
  - (3) التسولي، أبو الحسن علي، مرجع سابق، ج1، ص305.التاودي، أبو عبد الله، مرجع سابق، ج1، ص304.

## 1- الطلاق قبل الدخول، لاعدة على الزوجة<sup>(1)</sup>:

وفي هذا تقول المحكمة: "وحيث تبين للمحكمة بأن المدعى عليها قد عقد عليها المدعى بعقد زواج شرعي، ولم يدخل بها، وتم تحديد موعد الزفاف من قبل المدعى عليه، وقد تم الإعداد لهذا الفرح من أكل وملبس والإعلان عن الزفاف للأصدقاء والأقارب والجيران... وفجأة وبدون أي سبب عدل المدعى عن الزفاف قبل الزفاف بيوم واحد... مما يؤدي ذلك إلى ضرر مادي ومعنوي للمدعية، حكمت المحكمة بتطبيق المدعية تطليقاً بائناً للضرر، مع إلزام المدعى عليه أن يدفع نصف الصداق المدون بعقد الزواج المقرر بألف دينار... وتعويضها (2000) دينار عما لحقها من ضرر...".<sup>(2)</sup>

الطلاق قبل الدخول لاعدة فيه، والرجعة إنما تكون في العدة لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾<sup>(3)</sup>.

## 2- الطلاق بعد الدخول طليقة أولى أو ثانية، وانقضاء العدة:

يكون الطلاق بائناً بينونة صغرى إذا كانت الطليقة الأولى والثانية انقضت العدة منهما دون أن ترجع الزوجة لزوجها، أما إذا كانت الطليقة مكملة للثالثة قضائياً فإن الطلاق يكون بائناً بينونة كبرى فلا تحل له إلا بعد أن تنكح غيره. قد يتحول الطلاق من طلاق رجعي إلى طلاق بائن بينونة كبرى، وفي هذا تقول المحكمة: "بعد سماع المرافعة حيث تتلخص الواقعة بأن المدعى عليه يكثر سب، وشم المدعى عليها، والضرب، وكثير التلطف بالطلاق أكثر من مرة... عليه حكمت المحكمة: بتطبيق المدعية من المدعى عليه طليقة واحدة بائنة بينونة صغرى، وعليها الدخول في العدة اعتباراً من اليوم التالي لصدور هذا الحكم...".<sup>(4)</sup>

3- الطلاق من قبل القاضي بناء على طلب الزوجة في حالة الضرر، أو العيب، أو إساءة العشرة "قبعد الاطلاع على الأوراق، وسماع المرافعة... حيث قالت المدعية بأن المدعى يهينها، ويشتمها بألفاظ جارحة، ويفتح التلفاز على الأفلام الإباحية، ومحاصرتها في زوايا الغرفة لتهديدها... عليه حكمت المحكمة بتطبيق المدعية من المدعى عليه طليقة بائنة...".<sup>(5)</sup>

(1) إذا وقع الطلاق بعد الخلوة وقبل الدخول يعتبر بائناً ولا يصح للزوج مراجعة الزوجة في أثناء عدتها.

(2) محكمة الزاوية الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2007/2/10، الدعوى رقم، 2006/157، (غير منشور).

(3) الأحزاب، الآية 49.

(4) محكمة الزاوية الجزئية، الدائرة الشرعية، 2006/4/8، الدعوى رقم 2004/33، (غير منشور).

(5) محكمة باب بن غشير، دائرة الأحوال الشخصية، الموافق 2005/1/29، الدعوى رقم 2005-204، (غير منشور).

## -آثار الطلاق:

### أ- الطلاق البائن بينونة صغرى:

"يترتب على الطلاق البائن بينونة صغرى عدة آثار منها"<sup>(1)</sup>:

1. لا يجوز للزوج المطلق أن يراجع مطلقته، ولو داخل عدتها إلا بناء على عقد زواج جديد، بمعنى أنه تنقطع الزوجية بين الزوجين بمجرد وقوعه، ولكن الزواج منها لا يحرم على الزوج بصورة مؤبدة، أو مؤقتة، فله أن يعقد عليها، ولو في العدة على أن يكون ذلك برضاها، وبمهر، وعقد جديدين.

2. لا يتوارثان إذا مات أحدهما أثناء العدة، إلا إذا كان الطلاق فراراً من الميراث.

3. لا يمكن للزوج أن يطلقها أثناء عدتها ولا أن يظاهر منها أو يولي.

4. يمكنه أن يتزوج بمجرد الطلاق البائن من أخت المطلقة أو غيرها لمن يحرم الجمع بينهما.

5. تستحق المطلقة النفقة في العدة.

6. يحل به المهر أو مؤخر الصداق، ويصبح واجب الأداء.

### ب. الطلاق البائن بينونة كبرى:

يترتب على الطلاق بينونة كبرى عدة آثار منها:

للطلاق البائن بينونة كبرى حالة واحدة، وهي الطلاق المكمل لثلاث، أي الطلاق

المسبوق بطلقتين تمت الرجعة في عدة كل واحد منهما.

من آثار هذا الطلاق أنه يترتب عليه كل الآثار المترتبة على الطلاق البائن بينونه

صغرى، ويضاف إليها أثر آخر، وهو أنه يترتب على وقوعه تحريم المطلقة على مطلقها تحريماً

مؤقتاً، فلا تحل له حتى تتزوج زوجاً آخر زوجاً صحيحاً، أو مختلفاً في فساده، وتم الدخول بها

دخولاً حقيقياً ثم يطلقها، أو يموت عنها، وتنقضي عدتها منه، فحينئذ يحل للأول أن يعقد عليها

مجدداً لقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا

جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾<sup>(2)</sup>.

(1) بشير، جمعة، مرجع سابق، ج2، ص44.

(2) البقرة: الآية 228.

وقول الرسول (p): "حَتَّى تَذُوقِي عَسِيَلَتَهُ وَيَذُوقُ عَسِيَلُكَ"<sup>(1)</sup>، وألا يكون القصد من الزواج الثاني تحليل الزوجة لزوجها الأول. وهذا ما نص عليه القانون رقم 10 في المادة (34/أ) التي جاء فيها: "الطلاق مرتان، ويملك الزوج على زوجته ثلاث تطليقات، ولا يجوز للزوج ترجيع مطلقته في المرة الثالثة حتى تنكح زوجاً غيره" فإن تزوجت المطلقة طلاقاً بائناً بينونة كبرى، أو صغرى بزواج آخر، ثم طلقها هذا الزوج الآخر، أو مات عنها ثم تزوجها الأول، فإن طلقات الزوج الأول تهدم، وتزول بزوال الحل، أي بدخول الزوج الثاني، لأن عدد الطلقات محسوب على الملك الأول، وقد زال فيزول معه كلما ارتبط به، وترتب عليه، سواء كانت ثلاثة طلقات، أو دونهما طلقتان، أو واحدة. وهذا ما صرح به المادة (34/ب) التي جاء فيها: "زواج المطلقة بزواج آخر يهدم بدخول تطليقات الزوج السابق ولو كانت دون الثلاث".

#### – نوع الطلاق في التطليق للضرر:

وتكون الفرقة في التطليق للضرر بائنة؛ لأن المعنى الذي لأجله وقع الطلاق هو الشقاق، ولو شرعت فيه الرجعة لعاد الشقاق كما كان أول الأمر فلا تغيد الفرقة شيئاً<sup>(2)</sup>. وهذا ما يتفق عليه فقهاء المالكية<sup>(3)</sup>، وقال مطرف: لا يكون إلا واحدة؛ لأن حكمهما لا يكون فوق حكم الحاكم، والحاكم لا يطلق أكثر من واحدة<sup>(4)</sup>.

والقانون الليبي، وتطبيقاً لأحكام (م30) السابق ذكرها فإن الطلاق للضرر يعد طلاقاً بائناً بينونة صغرى، ما لم يكن مكملاً لثلاث، وقد درجت محاكم الموضوع الموقرة على اعتبار الطلاق بائناً بينونة صغرى<sup>(5)</sup>، إلا أنه يلاحظ أن بعض محاكم قضت بخلاف ذلك، واعتبرت الطلاق رجعياً، وفي هذا تقول محكمة الموضوع: "وحيث تبين للمحكمة من خلال تقييمها للأوراق

(1) عبد الباقي، محمد فؤاد، اللؤلؤ والمرجان: فيما اتفق عليه الشيخان، القاهرة، دار الحديث للنشر والتوزيع ودار الريان، ط1، 1986م، ج2، ص125.

(2) ينظر: الولي، محمد الشيخ، مرجع سابق، ص214.

(3) ينظر: التسولي، مرجع سابق، ج1، ص305.

(4) ينظر: ابن العربي، مرجع سابق، ج1، ص426.

(5) ينظر على سبيل المثال:

أ. محكمة درنة الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية 3-6-2000، الدعوى رقم 1999/65 (غير منشور).

= ب. محكمة المدينة الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية 21-2-2004، الدعوى رقم 2003/18 (غير منشور).

ج. محكمة الخمس الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية 12-7-2007، الدعوى رقم 2006/103 (غير منشور).

د. محكمة شمال بنغازي الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية سيدي يونس 25-6-2007، (غير منشور).

أن الزوج المدعى عليه قد أدخل بهذا الرباط المقدس، وثبت تسببه في إلحاق الضرر بزوجته من خلال تعرضها للضرب، والإهانة، وقد تبين من خلال الحكم الجنائي في القضية... المرفق منه صورة طبق الأصل ثبوت إساءة المدعى عليه للمدعية، وقيامه بالاعتداء عليها بالضرب، وتسببه في إلحاق الإصابات بها، وصورة التقرير الطبي المرفق تثبت تلك الإصابات، وأخذاً لما جاء في محضري جمع الاستدلالات، وتحقيق النيابة العامة، وبالتالي فإن الضرر ثابت في حق المدعى عليه، وحيث أنه لما كان ذلك وكانت المدعية وقد أفلحت في إثبات دعواها... لهذه الأسباب... حكمت المحكمة... بتطبيق المدعية... من زوجها المدعى عليه... للضرر الذي لحقها طلاقة واحدة الأولى من نوعها، وهو طلاق رجعي<sup>(1)</sup>.

ولا أعرف ما الحجة التي اعتمدت عليها المحكمة في هذا الحكم<sup>(2)</sup>؟ .

### ثالثاً- الآثار المتعلقة بسلطة القاضي في تكييف الوقائع وتقدير وسائل الإثبات:

تكييف دعاوى الضرر استناداً لنص عام المتمثل في صحيح م(39) من القانون رقم 10-84 والمعدل بموجب القانون رقم 22 لسنة 1991 وهو يعد قاعدة عامة في الضرر بجميع أوجهه، وهناك نص خاص يقضى في مسائل العيوب، وأعنى بذلك ما أورده المشرع الليبي في المواد (40، 41، 42، 43، 44) من القانون رقم 10 لسنة 1984، إذ أنّ هناك إشكالية مثارة أمام القضاء الليبي، في حالة ما إذا رفعت قضية ضرر من نوع خاص، فهل يطبق بشأنها ما ورد في هذا النص الخاص، أم تخضع للقاعدة العامة، أم يجمع بين النصين في التكييف؟ لم تتفق محاكمنا الموقرة على رأي واحد، ويحدث الخلط بين نصوص عامة، وأخرى خاصة من نفس القانون، وتتجه بعض محاكمنا<sup>(3)</sup> - وأنا أؤيد ذلك - إلى تكييف الدعوى مباشرة على أنها التطبيق للعيب، وهذا ما بينته بقولها: "كان على المحكمة أن تقضى بالتطبيق للعيب وليس للضرر... ذلك أن الثابت بأوراق الدعوى، ومن خلال تقرير الطبيب الشرعي أن المستأنف مصاب بعيب يتعسر معه استمرار الرابطة الزوجية، وهو عدم القدرة على المعاشرة الجنسية، ومن ثم فإن محكمة البداية قد أخطأت في تطبيق القانون، حيث قضت بالتطبيق للضرر، وبالتالي يتعين إلغاء هذا الحكم فيما قضى به من تطبيق المستأنف ضده للضرر، وتطبيقها للعيب، وذلك

(1) محكمة غريان الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية 18-5-2009، الدعوى رقم 2008/47 (غير منشور).

(2) ينظر: زبيدة، الهادي علي، مرجع سابق ج3، ص88.

(3) ينظر: زبيدة، الهادي علي، مرجع سابق، ج3، ص176.

عملاً بالمادة (42) فقرة (أ) من القانون رقم 10 لسنة 84 بشأن الزواج والطلاق وآثارهما وتعديلاته<sup>(1)</sup>.

بينما تذهب بعض المحاكم إلى تكييفها طبقاً م(39) وهي قاضية بالتطبيق للضرر، وفي هذا نورد ما تقدم من حكم محكمة الموضوع وخلاصة أنها "قد أسست دعواها على مرض زوجها، ثبت لهذه المحكمة من خلال التقرير المرفق بالأوراق من مركز تاجوراء لعلاج تعاطي المخدرات، والذي أثبت بأن المدعى عليه مصاب بمرض فقدان المناعة (الإيدز)، وهو ما يلحق الضرر بالزوجة، ومن ثم فإن المحكمة تقضى للمدعية بطلبها فيما يتعلق بالتطبيق للضرر"<sup>(2)</sup>.

بينما تذهب بعض المحاكم للجمع بين المادتين (39، 42) وفي ذلك تقضى "أن المدعية متضررة من استمرارها مع المدعى عليه للعيب الذي يعانيه المدعى عليه، ووفقاً للتقرير الطبي المرفق بالأوراق؛ ولأن من حق المدعية طلب التطبيق مع الاحتفاظ بحقها... واستناداً لنص م (42)...و... إلى النص م(39) من القانون المشار إليه... حكمت المحكمة بتطبيق المدعية من زوجها المدعى عليه للضرر..."<sup>(3)</sup>.

وأرى أن تكييف الدعاوى الخاصة بالعيب اعتماداً على م(42) باعتبارها نصاً خاصاً، وبالتالي لا يتطلب فيها تعيين حكيمين، وعقد جلسة سرية بقدر ما يتطلب إثبات العيب، وتحقيق الشروط التي نص عليها المشرع، وهذا بخلاف م(39) وما قبلها التي يوجب المشرع فيها تعيين

---

(1) محكمة شمال طرابلس الابتدائية، دائرة استئناف الأحوال الشخصية الأولى، غوط الشعال 28-1-2008، الاستئناف رقم 150-2007 (غير منشور).

(2) محكمة السواني الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية 26-12-2006، الدعوى رقم 59-2006 (غير منشور).

ويتفق مع القضاء الليبي بعض المحاكم العربية منها:

- محكمة النقض المصرية، نقض شرعي، بتاريخ 16-2-1982، الطعن رقم 39 لسنة 51 (غير منشور).

- محكمة التعقيب التونسية، قرار مدني، مؤرخ في 18/2/1963 عدد 1758 منشور بمجلة القضاء والتشريع التونسية، العدد التاسع، نوفمبر 1963، ص32. وأيضاً محكمة التعقيب التونسية، قرار مدني، مؤرخ في 18/3/1964 عدد 2447 منشور بمجلة القضاء والتشريع التونسية، العدد الثامن، أكتوبر 1964، ص43.

- محكمة النقض المصرية، نقض شرعي، صادر بتاريخ 12/5/1981 الطعن رقم 41 لسنة 49، أورده: إبراهيم، أحمد، طرق الإثبات في الشريعة الإسلامية، مصر، القاهرة، ط3، 1985م، هامش رقم 61، ج2، ص160.

(3) محكمة المدينة الجزئية، غوط الشعال، دائرة الأحوال الشخصية، 23/09/2007، الدعوى رقم 271/2006 (غير منشور). وينظر رأياً مماثلاً لهذا التوجه القضائي.

- محكمة شمال طرابلس الابتدائية، دائرة الأحوال الشخصية الأولى المستأنفة غوط الشعال، 28/01/2008، الاستئناف رقم 150/2007 (غير منشور).

- محكمة جنزور الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 8/05/2007، الدعوى رقم 171/2006 (غير منشور).

حكمين، وعقد الجلسة السرية، إضافة إلى أمر مهم يتمثل أن م(42) لم تتحدث عن الآثار، وبالتالي تعطى سلطة تقديرية واسعة للقاضي حتى يفرق بين عيب كان سبباً فيه، وآخر غير إرادي ولا دخل له في حدوثه، وبالتالي تتحقق العدالة في تطبيق النص حسب كل واقعة على حدة.

أما ترتيب الآثار في تطبيق نص م(39) فإنه يكون وجوبياً، ولم يفرق بين ضرر إرادي، وآخر غير إرادي، وهذا ما لا تأباه العدالة.

إن قضايا العيب لا قيمة فيها للحكمين، ولا للجلسة السرية، ونتساءل هل اشتراط الحكمين يؤدي فائدة لاستمرار الحياة الزوجية إذا كان أحد الزوجين مصاباً بمرض فقدان المناعة المكتسبة؟ وهل عقد جلسة سرية بين الزوجين من قبل القاضي يمكن أن يطيل في عمر هذه الحياة إذا كان الزوج مصاباً بمرض العجز الجنسي؟ لا نعتقد ذلك! (1).

ولكن هذه المحاكم، وإن اختلفت، هل التكييف وفق م(42) أم م(39)؟ لكنها جميعاً تتفق بأن الطلاق يكون بائناً بينونة صغرى في جميع الأوجه، ما لم يكن مكماً للثلاث(2).

أما تكييف الوقائع من الناحية القانونية، فهو من اختصاص القاضي وحده، ولا علاقة للشاهد بذلك، "فللقاضي وحده سلطة بحث الدلائل، والمستندات المقدمة له تقديمها صحيحاً، واستخلاص مع ما يراه متفقاً مع واقع الدعوى، دون رقابة من محكمة النقض متى كان استخلاصه سائغاً"(3).

أما عن الشاهد فتتصدر مهمته في نقل الواقعة، التي عرفها معرفة شخصية، إما لأنه رآها بعينه، وإما لأنه سمعها بأذنه إن كانت من الأقوال، وإما لأنه رآها، وسمعها في آن واحد، يقول سبحانه وتعالى: (وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولًا)(4)، أما تكييف تلك الوقائع من الناحية القانونية، فهو من اختصاص القاضي وحده، ولا علاقة للشاهد بذلك.

(1) ينظر: زبيدة، الهادي علي، مرجع سابق، ج3، ص177-178.

(2) ينظر على سبيل المثال:

- محكمة جنزور الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2003/12/16، الدعوى رقم 2003/106 (غير منشور).

- محكمة باب بن غشير الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية الأولى، 2007/01/27، الدعوى رقم 2005/1439 (غير منشور). نقلاً عن: زبيدة، الهادي علي، مرجع سابق، ج3، ص179.

- محكمة سوق الجمعة، دائرة الأحوال الشخصية الثانية، 2007/12/12، الدعوى رقم 2007/126 (غير منشور).

(3) معوض، عبد التواب، مرجع سابق، ج1، ص359.

(4) الإسراء، الآية 36.

فإذا كان الفعل المادي الصادر عن الزوج ضرباً وصفه الشاهد في شهادته كما علمه، وإذا كان شتماً صرّح بالتعبير التي سمعها، وإذا كان محاولة اعتداءً بسلاح وصفها كما حصلت، وللقاضي بعد ذلك تقرير ما إذا كانت هذه الوقائع ضارة، أم لا، وما إذا كانت الزوجة قد ارتكبت ذنباً تستوجب هذه العقوبات<sup>(1)</sup>. وكذلك لا تُقبل الشهادات الغامضة مثل "الزوج يضر بزوجه بأنواع الضرر المختلفة من غير ذنب جنته"<sup>(2)</sup>. لأنها لم تحدد الوقائع المشهود بها، ولا يمكن للقاضي الغوص في أعماق الشاهد ليقف على هذه الوقائع المادية التي أعطاها الشاهد وصف الضرر بغير ذنب لأن القاضي لا يمكنه أن يحكم بعلمه الشخصي، إذا كان على معرفة بطرفي الدعوي.

"وإذا كان القاضي حر في تكييف الوقائع وترجيح البيانات، فإنه بالمقابل ملزم بتسبب الأحكام"، وإذا جاء الحكم خالياً من ذلك التعليل، وجب نقضه، لأن الالتزام بالتعليل يسمح بالرقابة على القانون"<sup>(3)</sup>.

وفي هذا قضت المحكمة: "وحيث قالت المدعية بأنها زوجة المدعي عليه بموجب عقد زوج صحيح، ولم تتجب منه أطفالاً وهي صغيرة تزوجت بعد إذن المحكمة، وكانت تأمل أن يكون لها الزوج الطيب الخلق، إلا أن أحلامها باءت بالفشل منذ البداية، حيث قام بإهمالها وسوء معاملتها وانحراف سلوكه، وبلغ به الأمر بأن أوقع عليها الطلاق في بادية الحياة الزوجية، ثم رجعت، وبعد ذلك قام بطلاقها للمرة الثانية، وبعد التصالح رجعت إلى بيت الزوجية، وقام بطلاقها للمرة الثالثة، وأخذ يبعث لها الرسائل عبر الهاتف، ويكتب لها عبارات مشينة، ويهددها ببقائها معلقة دون إثبات الطلاق، وسيجعلها تتردد على المحكمة سنوات طويلة وتعيش معه بالحرام، وقام بنشر صورها على الفيس بوك، وقد تقدمت بشكوى وفتح محضر بالخصوص، وحيث أن المدعية قد تضررت مادياً ومعنوياً، حيث تمثل الضرر في معاملته السيئة، والاعتداء عليها بالضرب، وطلاقها ثلاث مرات، إلا أنه لم يثبت ذلك فتركها معلقة لفترة طويلة، عليه

(1) ينظر: بنغازي، ربيعة، مرجع سابق، ص 138.

(2) محكمة النقض المصرية، نقض شرعي بتاريخ 12/01/1959م، مجموعة الأحكام، ص 10، ق 3، نقلاً عن: سلامة، محمد مأمون، مرجع سابق، ج 2، ص 640.

(3) العبدلوي، العلوي إدريس: "وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي"، القواعد العامة لوسائل الإثبات، الكتابة - الشهادة - القرائن - الإقرار - اليمين، الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، ط 1981م، ص 40.



طالبت المدعية بتعديل دعواها، وتطلب التظليق لها من المحكمة بدلاً من إثبات الطلاق، وبعد ثبوت الأوراق والأدلة حكمت المحكمة بتظليق المدعية من المدعي عليه طليقة بانئة للضرر<sup>(1)</sup>. وهنا القاضي كان لابد عليه أن يسبب الحكم، ويعلل سبب تعديل الحكم من إثبات الطلاق إلى الحكم بالتظليق للمماثلة في التقاضي.

وبالرجوع إلى المادة (39) من القانون رقم 10 لسنة 1984م فقد نصت "إذا عجز طالب التفريق عن إثبات دعواه، واستمر الشقاق بين الزوجين بما يستحيل معه دوام العشرة حكمت المحكمة بالتظليق، مع إسقاط حقوق طالب التفريق".

وعليه فإن المحكمة وهي بصدد تكوين عقيدتها في المعروض أمامها لا تفرق بين ضرر مقصود وغيره، لأن النص عام، ولم يتطرق المشرع في القانون 84/10 وتعديلاته لذلك، حيث لم تفرق المادة بين الضرر المقصود، وغيره، وبالتالي يحمل النص على عمومته، بمعنى أن الضرر موجب للتظليق يستوي في القول به أن يكون مقصوداً أو غير مقصود، بفعل إرادي أو ناتجاً رغم إرادته؛ لأننا لسنا بصدد أفعال جنائية حتى نقول بوجود توافر القصد الجنائي.

#### لكن القاضي له أن يجتهد فيما يتعلق بالمسؤولية:

أ- إذا كان الضرر ناتجاً عن فعل غير إرادي، عنها يحكم بالتظليق ولا يحكم بالتعويض. وعليه تقول المحكمة: "وحيث كانت حياتهما الزوجية مستقرة، إلا أن زوجها المذكور أصيب بداء الوباء الكبدي القاتل والمعدى وينتقل بالمعاشرة الزوجية، وقد تأكدت من ذلك من خلال التحاليل الطبية التي أجريت له، وبإقراره بذلك، فمنعته من معاشرتها خوفاً من انتقال المرض لها ولابنيها، وعندها تغيرت معاملته لها حيث أخذ يسيء معاملتها، فاعتدى عليها بالضرب ووجه إليها الإهانة والشتم، وخلصت إلى طلب تظليقها منه للضرر... والمحكمة المذكورة بعد فراغها من نظر الدعوى قضت بتظليق المدعية من زوجها المدعي عليه..."<sup>(2)</sup>.

ب- إذا كان الضرر ناتجاً عن فعل إرادي، عندئذ يكون مسؤولاً مسؤولية مدنية، وفي هذا قالت المحكمة: "وقالت المدعية شارحة لدعواها أنها تزوجت بالطاعن ورزقت منه ببيت الزوجية وقد أساء عشرتها وطلب منها أشياء غير مقبولة شرعاً، وطلبت من المحكمة الحكم لها بالتظليق للضرر... وعليه حكمت المحكمة بتظليقها منه مع إلزامه بدفع مقدم ومؤخر

(1) محكمة الزاوية الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2016/7/31، الدعوى رقم 2013/849، (غير منشور).

(2) محكمة مصراته الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2004/10/16م، الدعوى رقم 2003/227 (غير منشور).

صداقها، ومبلغ 150 دينار نفقة عدة، و 500 دينار متعة طلاق، وحقها في حضانة ابنتها منه مع فرض نفقة لها 35 دينار شهرياً<sup>(1)</sup>.

وشرحت المحكمة أيضاً: "قال المدعي أن المدعية عليها لم تقم بما يجب عليها شرعاً من حقوق، حيث إنها لم تستقر في بيت الزوجية بسبب خروجها منه دون إذن منه، بل كانت تسافر خارج البلاد دون علمه أيضاً، وانتهى إلى طلب الحكم بتطليقها منه للضرر...، وعليه حكمت المحكمة بتطليق المدعي عليها للضرر الذي لحق المدعي منها، وإسقاط كافة حقوقها المترتبة على الزواج، وإلزامها بدفع مبلغ 1000 دينار تعويضاً له عن الضرر المادي"<sup>(2)</sup>.

---

(1) محكمة مصراته الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2004/10/9م، الدعوى رقم 2004/80 (غير منشور).  
(2) محكمة باب بن غشير الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2003/7/16م، الدعوى رقم 2000/969 (غير منشور).

## الفصل الثاني

### الآثار المترتبة على إثبات الضرر

#### تمهيد:

إن انتهاء الزوجية لا بد أن تترتب عليه نتائج مختلفة، نظراً لأن اجتماع الرجل، والمرأة سينتج عنه التنازل، وهذا التنازل يوجد درجات معينة من القربى، فانتهاج الزوجية سيرتب آثاراً كثيرة منها ما يتعلق بالمرأة، ومنها ما يتعلق بالأولاد، ومنها ما يتعلق بدرجة أبعد من القرابة، فالآثار التي تتعلق بالمرأة في التطليق للضرر أهمها: العدة، أما الآثار المتعلقة بالأولاد فهي: النسب، والرضاع، والحضانة. وأما ما يتعلق بالقرابة، فهي النفقة، وسنبحث في هذه الآثار كلاً على حدة وفق مبحثين:

**المبحث الأول: الآثار غير المالية المترتبة على التطليق القضائي للضرر.**

**المبحث الثاني: الآثار المالية المترتبة على التطليق القضائي للضرر.**

## المبحث الأول الآثار غير المالية المترتبة على التفريق للضرر

إن انتهاء الرابطة الزوجية لا بد أن تترتب عليها نتائج عدة، هذه الآثار منها ما هو مادي، ومنها ما هو غير ذلك، فمنذ إيقاع التطلق، ومن أول يوم من وقوعه ينتج آثاره، كالعدة، وعند وجود أبناء بين الزوجين؛ هذا من شأنه أن يزيد من عدد الآثار الناجمة عن التطلق، كالحضانة، وهذا ما سنوضحه في مطلبين.

### المطلب الأول

#### العدة

##### الفرع الأول: مفهوم العدة:

اتفق فقهاء المالكية على أن التفريق للضرر طلاقه بائنة، إذ لا فائدة في الطلاق الرجعية، ما دام يملك الزوج الحق في أن يرجعها إلى عصمته دون رضاها وبذلك يستمر الضرر، ولا ينقطع. تعتبر العدة أثراً من الآثار المترتبة على كل فرقة تحدث بعد الدخول الحقيقي أو الحكمي، سواء كانت الفرقة من طلاق أو فسخ أو وفاة.

##### - تعريف العدة وسندها الشرعي:

- العدة في اللغة: "مأخوذة من العد، وهو الإحصاء. وجمعها عدد يقال عدت الأشياء عدة أي أحصيتها وتعني: ما تحصيه المرأة، وتعدده من الأيام، والإقراء وسميت بذلك لاشتمالها على العدد من الأشهر، أو الإقراء"<sup>(1)</sup>.

- أما في الاصطلاح الفقهي عُرِّفت بعدة تعريفات منها: العدة هي مدة معينة شرعاً لمنع المطلقة المدخول بها، أو المتوفى عنها زوجها من النكاح<sup>(2)</sup>، والعدة هي: "المدة التي جعلت دليلاً على براءة الرحم بسبب فسخ النكاح، أو موت الزوج، أو طلاقه"<sup>(3)</sup>.

---

(1) ابن منصور: مادة (عد). الزبيدي، المرتضي محمد بن محمد الرزاق الحسيني، تاج العروس، بيروت، 1984م، مادة (عد).  
(2) ينظر: الدردير، أحمد بن محمد بن أحمد، متن أقرب المسالك في فقه الإمام مالك، نيجيريا، مكتبة أيوب، ط3: 2000م، ج1، ص116. الكسانى 190/3. ابن عابدين 502/3، الشرييني 382/3.  
(3) ابن معجوز، محمد، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، ط1983، ص274.

وقد عرفها القانون في المادة (52/أ) بأنها: "مدة محددة من الزمن أوجبها الشارع على بعض النساء في أوقات معينة؛ طهارة للعرض؛ وصونا للنسب تمكثها المرأة المعتدة من طلاق، أو وفاة في بيت الزوجية".

وقد أمر الله سبحانه وتعالى كل امرأة انفصلت عن زوجها بأي نوع من أنواع الفرقة، سواء كانت طلاقاً، أو فسخاً، أو موتاً أن تمكث مدة معينة قبل أن تتزوج غير زوجها. وهذا الانتظار خلال تلك المدة هو ما يسمى بالعدة.

إذاً العدة هي أمر خاص بالنساء دون الرجال. وهي تعتبر حقاً خالصاً لله لا يجوز إسقاطه، ولا الاتفاق على تعديل مدتها زيادة أو نقصاناً.

- السند الشرعي للعدة من القرآن الكريم والسنة النبوية:

ففي القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ﴾<sup>(1)</sup>، وقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾<sup>(2)</sup>، وقوله تعالى: ﴿وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾<sup>(3)</sup>، وقوله: ﴿وَالَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾<sup>(4)</sup>، وفي السنة النبوية الشريفة وردت كثير من الآثار التي تبين وتفصل أحكام العدة منها ما روى: عن ابن عمر (ع) أنه طلق امرأته وهي حائض في عهد الرسول (ص) فسأل عمر بن الخطاب رسول الله (ص) عن ذلك فقال (ص): "مَرَّةً فَلْيُرَاجِعْهَا، ثُمَّ يُمَسِّكُهَا حَتَّى تَطْهَرَ ثُمَّ تَحِيضُ، ثُمَّ تَطْهَرُ، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ، وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّ، فَنُتْلِكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ تُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ"<sup>(5)</sup>.

- سبب وجود العدة في الطلاق للضرر:

تجب العدة لأسباب الآتية: موت الزوج، قبل الدخول وبعده، أو فسخ عقد النكاح بعد الدخول؛ لكونه فاسداً. أو طلاق الزوج لزوجته بعد الدخول بإرادته المنفردة، أو بحكم من

(1) الطلاق: الآية 1.

(2) البقرة: الآية 226.

(3) الطلاق: الآية 3

(4) البقرة: الآية 232.

(5) البخاري، مرجع سابق، ج6، ص523، رقم الحديث 5332.

القاضي؛ لموجب من موجبات التطليق. ويلاحظ أن الفرقة الناشئة عن طلاق، أو فسخ لا توجب العدة إلا إذا كانت بعد الدخول الحقيقي، أو الحكمي (الخلوة الصحيحة).

ونص القانون على العدة قبل الدخول في م(52/ج) من قانون رقم 10 لسنة 1984م قائلاً: "لا تجب العدة قبل الدخول، أو الخلوة الصحيحة إلا في حالة الوفاة"، فلا عدة على زواج لم يتم فيه الدخول"<sup>(1)</sup>، والذي يعنينا في موضوع دراستنا هي العدة الناتجة عن طلاق بحكم القاضي؛ لموجب الضرر. وسبب التفريق بين معتدة الطلاق، والوفاة، أن الفرقة من طلاق غالباً ما تنشأ عن خلاف، وخصومة فلا تستوجب الأسف، بخلاف فرقة الوفاة إذ لا يوجد منها هذا المعنى مما يجعلها محلاً ملائماً لإظهار الأسف.

ولأن الفرقة شُرعت للتعرف على براءة الرحم من الحمل، وهذا المعنى غير قائم في حق غير المدخول بها. والمدة التي تمضيها المرأة في فترة العدة تسمى الاستبراء، وهو طلب براءة رحم المرأة. وحكم الاستبراء الوجوب لكي لا تختلط المياه، وتتشابه الأنساب. لقول الرسول (ﷺ): "لَا يَجُلُ لِأَمْرِي يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ يَسْقَى مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ"<sup>(2)</sup>، وقوله (ﷺ): "لَا يَقَعُ رَجُلٌ عَلَى امْرَأَةٍ وَحَمَلِهَا لِعَيْبِهِ"<sup>(3)</sup>.

إن حالات وجوب العدة كثيرة، ولكن ما يعنينا هو حالة الطلاق الذي يحكم به القاضي بعد الدخول وتعد من قواعد النظام العام.

### الفرع الثاني: أنواع العدة:

تتنوع العدة بتنوع أسباب الفرقة، والحالة التي تكون عليها المرأة عند حصول الفرقة فعدة التي تفترق عن زوجها بالوفاة تختلف في المدة عن التي تفترق عنه بالطلاق، وعدة المدخول بها تختلف عن عدة غير المدخول بها، وعدة الحامل تختلف عن غير الحامل، وعدة التي تحيض تختلف عن التي لا تحيض، ونتيجة لذلك فإن العدة قد تحسب بالقروء، وقد تحسب بالأشهر وقد تنتهي بوضع الحمل.

(1) محكمة الزاوية الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 1999/2812، الدعوى رقم 105/1999 (غير منشور).

(2) أبو داود، مرجع سابق، 247/23، رقم الحديث 2158.

(3) أحمد، المسند 368/2. أبو داود، السنن 614/2، كتاب النكاح. الحاكم في المستدرک، 195/2، كتاب النكاح. ابن رشد 478/6 باب العدة.

## أ. عدة المطلقة التي خلا بها زوجها من غير دخول:

إن العدة تجب على كل من خلا بها زوجها، وإن لم يدخل بها، فأما إن خلا بها، ولم يصبها ثم طلقها ففي ذلك آراء: يرى الحنفية، والشافعي في القديم وأحمد وجوب العدة عليها. يرى الشافعي في الجديد أنه لا عدة عليها، لقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا)<sup>(1)</sup>، وهذا نص ولأنها مطلقة لم تمس فأشبهت من لم يخل بها<sup>(2)</sup>. وقالت المحكمة: "بعد سماع اقوال المدعية بأن المدعي عليه يماطل في الزواج بها، وانقطعت اخباره عنها، وتركها لا متزوجة، ولا مطلقة، لمدة ستة سنوات؛ مما الحق بها اشد الضرر الذي يستوجب تعويضا يجبر ضررها...وعليه: حكمت المحكمة بتطبيق المدعية طليقة بائنة للضرر، والدخول في العدة من نفس التاريخ لطلاق"<sup>(3)</sup>.

ب. عدة المرأة المدخول بها إن كانت من ذوات الحيض ثلاثة قروء<sup>(4)</sup>، لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾<sup>(5)</sup>، والقانون الليبي نص على العدة بالإقراء في م(52/و) من القانون رقم (10) لسنة 1984م التي جاء فيها "عدة ذوات الإقراء من النساء ثلاثة قروء...". إلا أنه سكت عن تحديد معنى القراء، وترك أمر تحديده لقاضي الموضوع، غير أن العمل كان جارياً قبل صدور القانون على تطبيق المشهور عند الإمام مالك في مسائل الزواج، والطلاق وآثارهما، والمالكية يعتبرون القراء أوقات يكون للطهر مرة وللحيض مرة، وأقرت المرأة إذا خرجت من حيض إلي طهر، ومن طهر إلي حيض، أي أن الإقراء أوقات<sup>(6)</sup>. وإن كانت من غير ذوات الحيض فعدتها ثلاثة أشهر، سواء كان الحيض تأخر عنها، أو وصلت سن اليأس لقوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَيْسَنَنَّ مِنَ الْحَيْضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ﴾<sup>(7)</sup>، والمراد بالأشهر، الأشهر القمرية، سواء كانت كاملة أو ناقصة، فإن طلقت أثناء

(1) الأحزاب، الآية (49).

(2) ينظر: السرخسي، مرجع سابق، ج7، ص 201. الخطيب، الشريبي، مرجع سابق، ج9، ص7.

(3) محكمة زيتن الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2010.10.4م، الدعوي رقم 2009.91 (غير منشور).

(4) القروء جمع قرء وهو الحيض حسب فقهاء المذهب الحنفي والحنبلي، ينظر: الكساني، مرجع سابق، 7/ 292. ابن قدامه، مرجع سابق، 9/ 81.

(5) البقرة: الآية 226.

(6) ينظر: الدردير، مرجع سابق، 2/ 673. الحطاب، مرجع سابق، 5/ 491.

(7) الطلاق: الآية 3.

الشهر حسبت المدة الباقية فيه، ثم تتم العدة الموفى ثلاثين يوماً من الشهر الرابع، وتبتدئ الحساب من أول يوم يطلع عليه الفجر، وهي مطلقة<sup>(1)</sup>.

### ج- عدة المستحاضة:

فإن فارق الزوج زوجته، وهي من ذوات الحيض، ثم استمر نزول الدم عليها بدون انقطاع بحيث صارت لا تستطيع أن تميز أيام طهرها من أيام حيضها، ولا يمكنها تحديد ثلاث حيضات كاملة، فإنه ينظر في أمرها:

1. فإن كان لها عادة سابقة في الحيض والطهر، وكانت تذكر هذه العادة، رددناها إلى عادتها وكانت عدتها بالإقراء.

2. وإن لم تكن لها عادة سابقة منتظمة، أو كان لها عادة سابقة ولكنها لا تذكرها، فإنها تسمى حينئذٍ ممتدة الحيض، ويسمى الفقهاء المتحيرة. والمفتي به في مذهب أبي حنيفة أن عدتها تنقضي بسبعة أشهر من تاريخ الفرقة<sup>(2)</sup>.

ويرى الأحناف أن يحسب أكثر مدة الحيض وهي عشرة أيام في ثلاث حيضات فهذه ثلاثون يوماً، ويقدر الطهر الواحد بين الحيضتين بشهرين، فتكون في ثلاث أطهار ستة أشهر، فتكون العدة سبعة أشهر. بينما يذهب الحنابلة، والشافعية، وبعض الحنفية إلى أن عدتها ثلاثة أشهر؛ لأن الثلاثة قروء يكن في ثلاثة أشهر غالباً<sup>(3)</sup>. أما المالكية فعندهم أنها تمكث سنة كاملة<sup>(4)</sup>.

والذي أراه أن ما ذهب إليه الحنابلة والشافعية هو الراجح، ولا بد أن يأخذ المشرع بهذا الرأي، وتعد بالنسبة للمرأة التي ابتدأت عدتها بالحيض، ثم ارتفع حيضها، ولا تدري ما رفعه، فعدتها تسعة أشهر للحمل، وثلاثة أشهر عدة الأيسة فيكون مجموع عدتها سنة. هذا رأى المالكية والحنابلة. أما الأحناف فقالوا: إن من ارتفع حيضها، تعدت بالحيض حتى تبلغ سن اليأس وهو ما بين خمسين إلى ستين سنة ثم تعدت عدة الأياس ثلاثة أشهر، ثم تتزوج<sup>(5)</sup>، لأن قالت: "لن ترى

(1) ينظر: بشير، جمعة، مرجع سابق، ج2، ص130.

(2) ينظر: ابن عابدين، مرجع سابق، ج3، ص509.

(3) ينظر: الخطيب، محمد الشربيني، مرجع سابق، ج7، ص467. ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص456.

(4) ينظر: الحطاب، مرجع سابق، ج4، ص143.

(5) ينظر: الكساني، مرجع سابق، ج3، ص200.



المرأة في بطنها ولداً بعدَ خمسَ سنَّةٍ وَهَذَا الْأَقْرَبُ لِوَأَقِعِ النِّسَاءَ"<sup>(1)</sup>، ومع التطور العلمي والاختراعات العلمية التي من شأنها معرفة براءة الرحم من الحمل أو وجود حمل به، إلا أن دلالة الرأي الفني أو العلمي هي دلالة ظنية، ولم يلزم المشرع بضرورة ندب خبير في الأمور الفنية، وإنما ترك ذلك لسلطة القاضي التقديرية في تكوين عقيدته<sup>(2)</sup>، إضافة إلى أن للعدة جوانب أخرى كمشاركة الزوجة في مواساة أهل الزوج ووفاء لزوجها المتوفي متى كانت العدة عدة وفاة، واحتياطاً لحق الزوج، وعظمة عقد الزواج، وحفاظاً لمصلحة الزوجة وحفظاً لحق الأولاد وحق الله<sup>(3)</sup>، "ووجوب اكتمال العدة كما نصت عليها النصوص الشرعية ولو قطع الطب بعدم وجود الحمل"<sup>(4)</sup>، وقد قالت المحكمة في ذلك: "دلالة الراي الفني أو العلمي وحده دلالة ظنية أياً كانت قوتها من حيث المنطق أو العقل، وما عرف باليقين لا يزول بالشك، والاحتمال، ووسيلة الأخذ بها هي تعديل التشريع، وليس من مهمة القاضي الخروج عن النص الواضح الصريح ولو ثبت مخالفته لأراء الفنيين حتي يتم تعديله"<sup>(5)</sup>.

أما عدة الحامل فتنتهي بوضع حملها سواء كانت مطلقة أو متوفى زوجها لقوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾<sup>(6)</sup>، وهذا ما صرحت بهم (52/هـ) من القانون رقم 10 لسنة 1984م التي جاء فيه: "عدة الحامل تستمر إلى وضع حملها أو سقوطه مستبين الخلقة سواء كانت عدة طلاق أو فراق أو وفاة"، ونتساءل هنا عن مسألة احتساب العدة، هل تبدأ انطلاقاً من تاريخ الحكم، أو من اليوم التالي للحكم بالتطبيق؟ لم يحسم القانون الليبي رقم 10 لسنة 1984 وتعديلاته هذا الموضوع، فنصت المادة (52/ب): "تبتدئ عدة المرأة المدخول بها من تاريخ الطلاق، أو الفرقة، أو الوفاة"، وفق هذه المادة تبدأ العدة من وقت حصول الفرقة في عقد الزواج الصحيح سواء كانت الفرقة من وفاة، أو فسخ، أو طلاق، وسواء علمت الزوجة بالطلاق، أو الوفاة، أم لم تعلم، وتنتهي بانتهاء أجلها؛ لأن المقصود منها مضي المدة التي

(1) ابن تيمية، احمد بن عبد الحلیم الحراني، شرح عمدة الفقه، كتاب الطهارة، باب الحيض، الرياض، مكتبة العبيكان، دون: ط، 1412هـ، ج2، ص482.

(2) ينظر: سلامة، مأمون، مرجع سابق، ص606.

(3) ينظر: ابن القيم، الجوزية، المرجع السابق، ج2، ص85.

(4) زبيدة، الهادي، المرجع السابق، ج1، ص215.

(5) المحكمة العليا، طعن شرعي 14/ 5/ 1976مجلة المحكمة العليا، س13، ع1، ص29.

(6) الطلاق: الآية 3.

تنتهي بها آثار الزواج: "وقد حددها الشارع فلا يشترط العلم بسببها ولا بمضيها، وعليه إذا طلق الزوج زوجته وهي غائبة، وكانت من ذوات الإقراء، أو صغيرة فلم تعلم إلا بعد مضي الإقراء الثلاثة، أو الأشهر الثلاثة احتسبت عدتها من وقت الطلاق فتكون منتهية"<sup>(1)</sup>، وكذلك إذا طلقها الزوج ثم أنكر، أقيمت البينة على الطلاق، فحكم القاضي بالتفريق بينهما، كان مبدأ العدة من وقت الطلاق لا من وقت حكم القاضي<sup>(2)</sup>. فهل تبدأ العدة بناءً على ما سبق من تاريخ صدور الحكم بالطلاق، أم غداة يوم الحكم؟

وحيث أن العمل جارياً علي تطبيق مشهور الإمام مالك، في حالة الفراغ التشريعي، فإن المالكية لا تحسب العدة بالساعات وإنما تحتسب بأول الليل والنهار فإذا طلقها نهاراً احتسب من أول الليل الذي يليه، وإن طلقها ليلاً احتسب بأول النهار الذي يليه، لأن حساب الساعات يشق فيسقط اعتباره<sup>(3)</sup>.

ويتحقق ذلك من واقع التطبيق القضائي "بأن المدعى عليه نزيل السجون، ومتعاطي المخدرات، الأمر الذي أدى إلى استمرار الضرر، وحيث أثبتت الضرر القائم عليها. حكمت المحكمة "بالتطبيق للضرر، وإلزام المدعى عليه بأن يدفع للمدعية مؤخر صداقها، ويدفع لها ثلاثمائة دينار نفقة العدة عن كامل المدة المحددة للعدة شرعاً، وقانوناً، اعتباراً من تاريخ صدور هذا الحكم"<sup>(4)</sup>.

كما حكمت المحكمة "بتطبيق المدعية عليها من المدعى عليه للضرر طليقة بئنة، مع إسقاط مؤخر صداقها، وتمدن النفقة، وإلزامها بدفع مبلغ وقدره ألف دينار تعويضاً عن الضرر، وبأحقية المدعى عليها بحضانة أولادها القصر من المدعى عليه مع إلزامه بتوفير سكن مناسب

---

(1) الشوكاني، محمد بن علي بن محمد اليمني، فتح القدير، دمشق، بيروت، درا ابن كثير، دار الكلم الطيب، ط 1414، 1هـ، ج3، ص286.

(2) ينظر: الشوكاني، محمد بن علي بن محمد اليمني، المرجع السابق، ص136.

(3) ينظر: عيش، محمد، شرح منح الجليل، طرابلس، مكتبة النجاح، ج9، ص28\_29. مواهب الجليل، مرجع سابق، ج5، ص495.

(4) محكمة باب بن غشير الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2006/5/7ف، الدعوى رقم 2005/1772ف (غير منشور).

وينظر نفس الحكم :

محكمة الخمس الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2010/ 10/ 2ف، الدعوى رقم 2009/33م، (غير منشور).

محكمة زليتن الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2009/ 5/ 16ف، الدعوى رقم 2009/ 19 م، (غير منشور).

ولائقاً للحاضنة، ودفع مائتي دينار متعة طلاق ومائة وخمسون نفقة عدة شاملة لكامل فترة العدة، وأمرت المحكمة المدعى عليها البدء في عدتها من اليوم التالي لتاريخ التطليق<sup>(1)</sup>.

بالتالي فإن واقع القضاء الليبي قد اختلف في تطبيقاته على زمن بدء العدة، وهو وفق صدور الحكم الابتدائي وليس النهائي، كما اختلف في أحكام المحاكم فهناك من يبني آثار التطليق من يوم الحكم، والبعض الآخر يبني هذه الآثار من غداة يوم الحكم، ولكن إذا اعتمدنا ما تقدم، فما وضعية الزوجين المتداعيين في الفترة الفاصلة بين الحكم الابتدائي، وبين الحكم بالنقض؟ هل الزوجية قائمة إلى حين اكتساب الحكم لقوة الأمر المقضي به، أم أن الزوجة تعتبر منفصلة نهائياً عن الزوج بعد صدور الحكم الاستئنافي لصالحها، مع ما يترتب على هذه الوضعية من آثار؟

وعليه قالت المحكمة: "و أمام الحكم الذي قضت به هذه المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضي به من تطليق المدعية من زوجها المدعي عليه باعتبار علاقة الزوجية قائمة بين الزوجين المستأنف والمستأنف عليها... وعليه حكمت المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضي به من تطليق المستأنف عليها واعتبار علاقة الزوجية المشروعة قائمة بين الطرفين..."<sup>(2)</sup>.

## المطلب الثاني

### الحضانة

إن الإسلام جاء لرعاية شؤون الناس، حيث رعي الإنسان جينياً و وليداً وصغيراً وشاباً وكهلاً وشيخاً، ولما كان الصغار يعجزون عن القيام بشؤون أنفسهم وقضاء حاجاتهم، جعل الشرع ولاية حفظهم للوالدين؛ لأنهم أشفق عليهم، ووزع المهام بين الوالدين فأعطي كل واحد ما يناسبه.

---

(1) محكمة قصر الأخيار الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2008/11/12، الدعوى رقم 2007/24م، (غير منشور).

وينظر نفس الحكم:

محكمة الزاوية الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2006/ 4/ 8، الدعوى رقم 2004/33 م، (غير منشور).

(2) محكمة استئناف بنغازي، دائرة الأحوال الشخصية، 1993/ 5/ 3م، الاستئناف رقم 93/ 2م (غير منشور).

## الفرع الأول: مفهوم الحضانة:

### - الحضانة في الاصطلاح الفقهي:

حضانة الأم ولدها: هي ضمها إياه إلى جنبها واعتزالها إياه من أبيه، ليكون عندها فتقوم بحفظه، وإمساكه وغسل ثيابه<sup>(1)</sup>، وهي كما عرّفها المالكية: حفظ الولد في مبيته، ومؤونته، وطعامه، ولباسه، ومضجعه وتنظيف جسمه<sup>(2)</sup>، وعرّفها الشافعية بأنها: "حفظ مَنْ لا يستقل وتربيته"<sup>(3)</sup>.

وعرفها القانون في م (62) التي جاء فيها: "الحضانة حفظ الولد، وتربيته، ورعاية شؤونه، وتوجيهه من حين ولادته إلى أن يبلغ الذكر، ويتم الدخول بالأنثى وذلك بما لا يتعارض وحق الولي" ويلاحظ من خلال هذه التعريفات، أن الحضانة ليست قاصرة على الطفل الصغير، بل تتعداه إلى الكبير العاجز عن القيام بشؤون نفسه، كالمجنون، وإلى الكبيرة الأنثى حتى تتزوج، غير أن استعمالها شاع في رعاية الأطفال نظراً لصلة ذلك بالمعنى اللغوي، والعرفي.

والقانون حدد أقصى مدة الحضانة وجعلها إلى البلوغ بالنسبة للذكر، وإلى الدخول بالأنثى، لأن الأنثى إذا ما بلغت ولم تتزوج ولم يدخل زوجها بها تكون في حاجة إلى حماية ورعاية، وعليه جعل حضانتها عنده إلى ما بعد البلوغ وحتى زواجها، ودخول زوجها بها؛ لكي يقوم زوجها بهذه المهمة<sup>(4)</sup>.

وسند الحضانة الشرعي: ما رواه عبد الله بن عمر بن العاص، امرأة جاءت إلى النبي (ﷺ) فقالت: "يا رسول الله (ﷺ) هذا ابني، كان بطني له وعاء، وحجري له حواء، وثديي له سقاء، وأن أباه طلقني، وأراد أن ينزعه مني، فقال رسول الله (ﷺ): "أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْزَوِجِي"<sup>(5)</sup>.

### -موقف المشرع الليبي من الحضانة:

بصدور القانون رقم 10 لسنة 1984 فإن المشرع قد خرج عن أحكام المشهور، وعن الفقه المالكي واعتمد رأي الفقه الحنبلي في ترتيب مستحقي الحضانة حيث تقول (م/62-ب):

(1) ينظر: الشربيني، مرجع سابق، ج3، ص452. الدردير، مرجع سابق، ج2، ص755. ابن عابدين، مرجع سابق، ج3،

ص555. الشيرازي، مرجع سابق، ج2، ص170.

(2) ينظر: الحطاب، مرجع سابق، ج12، ص144.

(3) الخطيب، محمد الشربيني، مرجع سابق، ج15، ص89.

(4) ينظر: بشير، جمعة، مرجع سابق، ص234.

(5) أبو داود، المرجع السابق، ج2، ص283، الحديث رقم 2276.

"في حالة قيام الحياة الزوجية تكون حضانة الأولاد حقا مشتركا بين الأبوين، فإن افترقا فهي للأم، ثم لأمها، ثم لأب، ثم لأمه، ثم لمحارم الطفل من النساء بتقديم من تدلى بجهتين على من تدلى بجهة واحدة، ثم لمحارم الطفل من الرجال" أما (م/62-ج): "على المحكمة ألاّ تتقيد بالترتيب الوارد في الفقرة السابقة لمصلحة المحضون فيما عدا أم المحضون، وأمها وأبيه، وأمه".

إن القانون أعطى للمحكمة بألا تتقيد بترتيب المستحقين للحضانة إذا كان الحاضن غير أم المحضون، وأمها، وأبيه؛ وذلك لمصلحة المحضون طبقاً لنص (م/62/ج) كما أعطى لها أن تقضى بالحضانة لغير الأم، إذا تركت الأم بيت الزوجية لخلاف مع زوجها؛ وذلك لمصلحة الصغير طبقاً لنص (م/63-أ).

إن المشرع الليبي يرى أن حق الحضانة للولد الصغير، مقدم على الحقوق الأخرى، مراعاة لحقه، وحفظاً له من الضياع، وقد استقر القضاء في أحكامه على ذلك، فنقول المحكمة: "وحيث كانت المدعي عليها زوجة المدعي... وقد صدر حكماً بتطبيقها منه للضرر مع إسقاط كافة حقوقها بما في ذلك حقها في حضانة إبنتها.. لأن هناك ضرر للمحضون"<sup>(1)</sup>، ويقدم حق الصغير إن تعارضت لحقوق الأخرى، ويبدو أن الخيارات كلها مفتوحة أمام قاضي الموضوع بالأخذ بأي رأي، ومن أي مذهب، طالما كانت المصلحة للطفل هي المعول عليها في إسناد المحضون، وقد يتساءل سائل: ما أثر ذلك في وحدة الأحكام في بلدة معينة؟

إن تقدير المصلحة ومن يحققها والظروف المحيطة بالمحضون سواء داخل أسرته، أو في المحيط الاجتماعي الذي يعيش فيه يختلف من قاضٍ إلى آخر، ومن زمنٍ إلى زمن، الأمر الذي يؤدي إلى اختلاف الأحكام داخل الهرم القضائي الواحد<sup>(2)</sup>.

#### - شروط الحضانة:

تنص المادة (65) من القانون رقم 10 لسنة 1984 بشأن أحكام الزواج، والطلاق وآثارهما على ما يلي: "يشترط في الحاضن ذكراً كان، أم أنثى أن يكون بالغاً عاقلاً أميناً قادراً على تربية المحضون، وصيانتهم، ورعايته خالياً من الأمراض المعدية وتختص الحاضنة الأنثى بالأولاد المتزوجة برجل غير محرم للمحضون ويختص الحاضن الذكر بأن يكون محرماً للمحضون الأنثى، وعنده من يحضن من النساء".

(1) محكمة بنغازي الابتدائية، دائرة الأحوال الشخصية، 2003، 12، 6 الدعوي رقم 62 / 2003 (غير منشور).

(2) ينظر: زبيدة، الهادي علي، مرجع سابق، ج4، ص43.

وما يتعلق باختلاف الدين تقول المادة (64): "تستحق الأم الكتابية حضانة أولادها المسلمين...".

أ- الشروط العامة في الحاضن:

1- العقل والبلوغ:

فلا حضانة لصغير، ولا مجنون، أو معتوه باتفاق الفقهاء<sup>(1)</sup>؛ لأن الصغير، والمجنون لا يقدر عليها، وهو محتاج إلى من يكفله فلا يكفل غيره، وسن البلوغ في القانون ذاته هو عشرون عاماً.

وفي هذا قالت المحكمة العليا: "إنه يشترط في الحاضن ذكراً كان أم أنثى أن يكون بالغاً"<sup>(2)</sup>.

2- القدرة والكفاءة

فلا حضانة لمن لا قدرة له على صيانة المحضون، كالكبير المسن، أو المريض العاجز، أو الأعمى، والأعمى، وكذلك لا حضانة للرجل، إذا لم يكن عنده من يحضن من النساء؛ لأن الرجل وحده لا قدرة له على الحضانة، وتقول المحكمة بالخصوص: "وإن رأت المحكمة العليا عدم تحقق الشروط المقررة شرعاً في الحاضن وعدم قدرته للقيام بواجبات المحضون... فإن قضاؤه للمطعون ضدها بالحضانة مخالف للقانون..."<sup>(3)</sup>.

3- الأمانة والخلق:

في مقام الحضانة تقتضي الأمانة المحافظة علي نفس المحضون وعلي أدبه وخلقه، وألا يتعلم المحضون عند الحاضن ما يخالف شرع الله<sup>(4)</sup>، فلا حضانة لفاسق؛ لأنه غير موثوق به في أداء الواجب في الحضانة؛ ولأنه لا يؤتمن على المحضون، حيث ينشئه على طريقته، فلا حضانة لسارق، أو سكير، أو مشتتهر بالزنا، والفجور، ولا حضانة لمغنية، وتقول المحكمة في عدم الأمانة: "إن المدعي عليها لم تعد أهلاً للحضانة من حيث عدم العناية وتعريض المحضونين لما

---

(1) ينظر: العالم التاجوري، عبد السلام بن عثمان بن عبد السلام الأسمر، تذييل المعيار، تحقيق د. جمعه محمود الزريقي، ج2، ص471، بدون: ن، بدون: ت. وينظر أيضاً: ابن عابدين، المرجع السابق، ج3، ص610. ابن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص612. الشافعي، الأم، ج5، ص93. اطفيش، المرجع السابق، ج7، ص409. سعيد الجليدي، المرجع السابق، ج2، ص275.

(2) المحكمة العليا، طعن شرعي 28/ 3/ 2013 الطعن رقم 22/ 59ق (غير منشور).

(3) المحكمة العليا، طعن شرعي 28/ 6/ 1979، مجلة المحكمة العليا، س16، ع2، ص17.

(4) ينظر: الجندي، أحمد نصر، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، القاهرة، دار وليد للطباعة، 1988م، ص890.

من شأنه أن يدمر حياتهما وانتهى الأمر إلي طلب المدعي إسقاط حق الحضانة عنها وتسليم ولديه... لأن الحضانة تشترط في المحضون أن يكون أميناً قادراً علي تربية المحضونين... لأن المدعي عليها كثيرة السفر الي الخارج بدون المحضونين وأنه يساكنها أجنب في الجزء الآخر من نفس بيت المحضونين مما يعرض المحضونين لمخاطر لا يحمد عقابها... وعليه حكمت المحكمة بإسقاط الحضانة من المدعي عليها...<sup>(1)</sup>، أما عن الخلق فتقول المحكمة: "بعد إثبات المدعى بأن زوجته على علاقة عاطفية بشخص آخر أجنبي عنها... عليه حكمت المحكمة بتطبيق المدعى من المدعى عليها طلاقة واحدة بائنة بينونة صغرى، مع إسقاط كافة حقوقها، من بينها الحضانة"<sup>(2)</sup>.

#### 4- السلامة من الأمراض المعدية:

فلا حضانة لمن به مرض معد؛ لأنه يخشى انتقالها إلى المحضون، كالبرص، والجذام، والتهاب الكبد الوبائي، وهذا قضت المحكمة قائلة: "إن المحكمة ثبت لها العيب المصاب به الزوج وفقاً للتقارير الطبية المرفقة، والتي تؤكد إصابته بفيروس الكبد الوبائي، وحيث إن هذا المرض لا يتحقق معه غايات، ومقاصد الزواج، وقانوناً من الحضانة والمساكنة والمؤانسة، ومتى ثبت ذلك حكمت المحكمة بالتطبيق..."<sup>(3)</sup>، وهذا ما أكدته م(65/أ) "يكون الحاضن... خالياً من الأمراض المعدية"، فمن باب أولى تطبيق الزوجة إذا كانت تعاني من هذه الأمراض، وإسقاط حضانتها خوفاً على المحضون من العدوي، ولا يكفي لإسقاط الحضانة أن يكون المرض معدياً، لأن هناك من الأمراض ما تكون معدية، ولكنها لا تؤثر علي صحة المحضون متى كان الحاضن مصاباً بها، إذ يجب أن يكون المرض معدياً وخطيراً، علي الرغم من أن المشرع الليبي لم يتحدث عن هذا الشرط سبباً للإسقاط<sup>(4)</sup>، خلافاً لبعض التشريعات العربية التي نصت علي اشتراط خطورة المرض، إضافة إلي العدوي<sup>(5)</sup>.

(1) محكمة المدينة الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2009/5/14، الدعوي رقم 2008/478 (غير منشور).

(2) محكمة باب بن غشير الجزئية، 2005/3/26، الدعوى رقم 1439-2003 (غير منشور).

(3) محكمة جنزور الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2007/5/8، الدعوى رقم 171-2006 (غير منشور).

(4) ينظر: زبيدة، الهادي علي، مرجع سابق، ج4، ص160.

(5) ومن التشريعات العربية التي نصت علي خطورة المرض:

أ-م (5/172) أحوال شخصية قطري.

ب-م (5/143) أحوال شخصية إماراتي.

## 5- اتحاد الدين:

لا خلاف بين الفقهاء<sup>(1)</sup>، أن المرتد لا حضانة له سواء أكان رجلاً أم امرأة؛ لأن الردة تُبيح دم المرتد، وهو محكوم عليه بالموت إن أصر على الردة بعد الإستتابة، فلا ولاية على غيره، أما إن كانت المرأة كتابية فالقانون أعطى الحق للأم الكتابية حضانة أولادها المسلمين التي تنتهي مدة الحضانة قانوناً، ما لم يتضح منها تنشئة المحضون على غير دين أبيه المسلم، بأن بدأت تعلمه أمور دينها، أو تذهب به إلى معابده أو كنائسها، أو تعود على شرب الخمر، وأكل لحم الخنزير مثلاً، فإذا تبين منها ذلك تسقط حضانتها طبقاً لنصم (64) التي جاء فيها: "تستحق الأم الكتابية حضانة أولادها المسلمين ما لم يتبين منها تنشئة الأولاد على غير دين أبيهم المسلم".

### ب- الشروط الخاصة:

وهذا ما أشارت إليه م (65) المتضمنة لشروط الحضانة والتي جاء فيها: "ويختص الحاضن الذكر بأن يكون محرماً للمحضونة الأنثى وعنده من يحضن من النساء، وتختص الحاضنة الأنثى بالأل تكون متزوجة برجل غير محرم للمحضون". وهذا يعني أن يكون الرجل محرماً من المحضون كأب أو أخ أو عم إذا كانت المحضون انثى مشتتة، فإن كان ليس محرماً كابن العم فلا يحق له حضانتها، وأن يكون عنده من يحضن من النساء، كأم أو زوجة أو خالة أو متبرعة، لأن الرجال لا قدرة لهم علي أحوال الصغار كالنساء<sup>(2)</sup>.

وقضت المحكمة بهذه قائلة: "إذا كان الحاضن ذكراً فلا بد أن يكون محرماً للمحضون الأنثى"<sup>(3)</sup>.

إن ما أثبتته المدعي أمام هذه المحكمة بأن المدعي عليها قد تزوجت وانتقلت للعيش مع زوجها وأن والدة المدعي عليها قد توفت ومن ثم يطالب بإسقاط حق المدعي عليها في الحضانة والنفقة مع الزامها بتسليمه أبناءه، ووفقاً لترتيب الحضانة، وسقوطها عن الام لزواج وأم الأم

(1) ينظر: ابن عابدين، مرجع سابق، 656/2. الدردير، مرجع سابق، 633/3.

(2) ينظر: سمارة، محمد، مرجع سابق، ص 391.

(3) المحكمة العليا، طعن شرعي 2001/6/28 الطعن رقم 48/18 ق(غير منشور).



بالوفاة تنتقل الحضانة لآب وحيث ثبت للمحكم بأن الأب عنده من يحضن من النساء .. عليه يتعين علي المحكمة إجابة المدعي لطلبة مشمولة بالنفاذ المعجل بقوة القانون"(1).

أما الحاضنة الأنثى فقالت المحكمة: "وحيث إن المدعي أقام دعواه طالباً الحكم له بإسقاط حضانة بناته من المدعي عليها وذلك بزواجها من آخر غير ذي محرم للمحضونين، علاوة علي أن الحضانة تنتهي بالدخول بالأنثى، وفي أثناء سير الدعوي قد تم خطبة ابنتيه وبعد أسبوعين من سير الدعوي قد عقد قرانهما، وقد ثبت ذلك من خلال عقد زواج ابنتيه، بالتالي فإن حضانتهم قد انتهت بقوة القانون"(2).

### الفرع الثاني- انتهاء الحضانة وسقوطها بسبب الفعل الضار:

لا يكفي توفر شروط الحضانة من حيث المبدأ حتي تثبت الحضانة لمستحقيها، فربما ألحق أحد الزوجين بالآخر ضرراً؛ يكون سبباً كافياً لسقوطها، وهذا ما قاله المشرع في صحيح م(39/أ) المعدلة بموجب القانون رقم 1991/22 "فإذا كان المتسبب في الضرر مادياً ومعنوياً هي الزوجة حكمت المحكمة بسقوط حقها في مؤخر الصداق والحضانة والنفقة والسكن مع التعويض عن الضرر للطرف الآخر".

### أ- إذا كان الفعل الضار من الزوجة:

يقول المشرع في م(39/أ) من القانون رقم 1984/10م، "فإذا كان المتسبب في الضرر مادياً أو معنوياً هي الزوجة حكمت المحكمة بسقوط حقها في مؤخر الصداق والحضانة والنفقة والسكن مع التعويض عن الضرر للطرف الآخر".

وأسباب الضرر متعددة، وترك أمر تقديره لقاضي الموضوع، كما اشترط القضاء أن يكون الضرر قائماً وقت قيام الحياة الزوجية وأدى إلي التطلاق، وهذا السبب لا ينظر من خلاله إلي تحقق شروط الحضانة من عدمها، بقدر ما يتطلب تحقق الفعل الضار الذي أدى إلي التطلاق القضائي، وأسباب ذلك متعددة منها:

1. رفض الزوجة الرجوع لبيت الزوجية، وفي هذا قالت المحكمة: "وحيث إن المدعي عليه كان غاية الإحسان للمدعي عليها... إلا أنها قابلت الإحسان بالإساءة؛ حيث خرجت من بيت الزوجية وهي حامل في شهرها الرابع، وقد صدر ضدها حكم بالرجوع لبيت الزوجية،

(1) محكمة الزاوية الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2008/10/14، الدعوي رقم 2008/2 (غير منشور).

(2) محكمة الزاوية الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية 2019/12/26، الدعوي رقم 2019/476 (غير منشور).

ورفضت تنفيذ هذا الحكم... وحيث إنه ثبت للمحكمة تعنت الزوجة ورفضها الرجوع لبيت الزوجية... حكمت المحكمة بتطبيق المدعي عليها من المدعي للضرر، والحكم بسقوط حقها في مؤخر الصداق والحضانة والنفقة والسكن... والزام المدعي عليها بتعويض المدعي" (1).

2. إدانة الزوجة بحكم جنائي، أو شكوي في أحد مراكز الشرطة، مما يلحق ضرراً بليغاً بالزوج. وتقول المحكمة في هذا "وحيث قامت المدعي عليها بأفعال تتنافي مع الآداب، والأخلاق، ومع سلوكها كزوجة، حيث ارتبطت بعلاقة آثمة مع شخص أجنبي، سمحت له بدخول بيت الزوجية وهتك عرضها داخل بيت الزوجية وخارجه... وسجلت ضدهما قضية جنائية تحت رقم 1999/1137م أبو سليم، وقضت بإدانتها عن هذا الفعل بالحبس لمدة خمسة أشهر... وقد لحقه الضرر من هذه التصرفات... قضت المحكمة بتطبيق المدعي عليها من زوجها للضرر... وبإسقاط حقوقها... والحضانة" (2).

3. الخيانة الزوجية، وفي هذا قضت المحكمة "أن المدعي عليها زوجته، وله منها أولاد وكان يعيش معها عيشة هنيئة حتي فوجئ أخيراً بأنها تقيم علاقة عاطفية مع شخص آخر... وتم ضبطها تتحدث معه علي الإنترنت الخاص به في منزله، وتم ضبطها في حالة تلبس، وفي حوزتها رسائل وصور خليعة كانت تتبادلها مع ذلك الشخص، وأن هذا يشكل ضرراً للمدعي... عليه حكمت المحكمة بتطبيق المدعي عليها للضرر... مع إسقاط كافة الحقوق... ومن بينها الحضانة" (3).

4. ومن صور الضرر المؤدي للتطبيق وسقوط الحق في الحضانة عدم طاعة الزوج والإخلال بالحقوق الزوجية وفي هذا قالت المحكمة "وحيث كانت المدعي عليها زوجة المدعي، وقد أنجبت منه أربعة، وكان محسناً لها، لكنها أساءت إليه؛ خروجاً من البيت دون إذنه، ومخالطة الغرباء، ومنعاً له من ممارسة حقه الشرعي، وصولاً إلي حد التعرض اليه بالضرب والتقول عليه... عليه حكمت المحكمة بعد إثبات المدعي الضرر من قبل المدعي عليها،

---

(1) محكمة بن غشير الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 1999/4/6، الدعوي رقم 1999/10 (غير منشور).

وينظر: محكمة طرابلس الابتدائية، دائرة استئنافية، 2001/11/13 الاستئناف رقم 47/899ق (غير منشور).

(2) محكمة المدينة الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2000/12/5م، الدعوي رقم 48/30 (غير منشور).

ينظر في نفس القضاء: محكمة جنوب بنغازي الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2007/12/28، الدعوي رقم 317/2006 (غير منشور).

(3) محكمة درنة الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2006/12/24م، الدعوي رقم 34/2006، (غير منشور).

بتطبيق المدعي عليها طلاقه بئنة للضرر، مع إسقاط حقها في مؤخر الصداق، والحضانة، والنفقة، والسكن<sup>(1)</sup>.

5. ومما اعتبره ضرراً مؤدياً للتطبيق ومسقطاً للحضانة الدعاوي الكيدية من المرأة ضد الرجل وطرده من بيت الزوجية، وفي هذا المقام قضت المحكمة "ولما كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه بعد أن سرد وقائع الدعوي، وماجري في الجلسة السرية التي عقدتها المحكمة... أن أسباب الضرر قد وصلت مرحلة يستحيل معها رأب الصدع... وإن الفجوة بين الزوجين كبيرة... وأن بوادر إحاكة المكائد لبعضهما والشكاوي للجهات الأمنية بدون وجه حق تكررت ضد بعضهما... مما يدفع أحدهما للإضرار بالآخر أو بالطفل نتيجة صراعهما... عليه حكمت المحكمة بتأييد الحكم المستأنف، وتطبيق المدعي عليها طلاقه بئنة للضرر مع إسقاط كافة حقوقها... من نفقة، وحضانة، وسكن... وإلزامها بالتعويض للمدعي..."<sup>(2)</sup>.

6. وإسقاط الحضانة بسبب الضرر، يستوي فيه أن يكون الضرر مادياً أو معنوياً، علي أن يكون المسبب للضرر هي الزوجة، وعليه تقول المحكمة "أقام المدعي دعواه شارحاً فيها أنه زوج المدعي عليها، قد تزوج منها وأنجبت له ابناً... طالباً الحكم له بتطبيقها منه للضرر مع إسقاط كافة حقوقها التي من بينها الحضانة، تأسيساً علي أنها ألحقت به ضرراً مادياً، ومعنوياً مثبت بشهادة الشهود... عليه حكمت المحكمة بتطبيق المدعي عليها من المدعي للضرر مع إسقاط كافة الحقوق... من بينها الحضانة..."<sup>(3)</sup>.

7- إسقاط الحضانة بسبب العيب، وعليه قالت المحكمة شارحة: "وحيث عقد المدعي علي المدعي عليها بموجب عقد شرعي، وأنجبت منه علي فراش الزوجية ولدين، إلا انه ومع مرور الوقت بدأت تظهر علي المدعي عليها أعراض مرض عقلي خطير، حيث تقوم

---

(1) محكمة بن غشير الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2000/11/29م، الدعوي رقم 96/99، (غير منشور). وينظر كذلك: المحكمة العليا، طعن شرعي 2003/11/6 مجموعة أحكام المحكمة العليا، قضاء الأحوال الشخصية 2008-2009، ص320.

(2) المحكمة العليا، طعن شرعي، 2009/4/7، مجموعة أحكام المحكمة العليا، قضاء الأحوال الشخصية، 2008-2009، ص214.

(3) محكمة شمال بنغازي الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2001/4/33، الدعوي رقم 227/2000 (غير منشور).

بالصراخ عالياً، وتكسير الأواني، وضرب نفسها، الأمر الذي يفزع الأطفال في البيت.. وعليه حكمت المحكمة بتطبيق المدعي عليها للضرر مع أحقيتها في حضانة ولدها منه .." (1).

والقاضي حينما يسقط الحضانة في التطبيق للضرر إنما يبحث في تحقق الضرر من عدمه من قبل الزوجة، ولا يسقطها لفقد شرط من الشروط التي يجب أن تتوفر في الحضانة، وهذا متروك لسلطة القاضي التقديرية، وفي هذا قضت المحكمة "إن الثابت من الحكم المستأنف المؤيد بالحكم المطعون فيه أنه انتهى إلي ثبوت الضرر في حق المطعون ضده من زوجته الطاعنة وقضي بتطبيقها منه، وإسقاط حقها في الحضانة ومؤخر الصداق والنفقة والسكن تطبيقاً لحكم المادة المذكورة، ولم يكن أساس إسقاط الحضانة فقدها لشرط من الشروط الواجب توافرها في الحضانة كما لا يعينه عدم بحث ما إذا كانت هذه الشروط متوفرة في المطعون ضده من عدم ذلك، حيث إن قضاءه محدد في إسقاطها عن الطاعنة ولم يتناول لمن ينتقل هذا الحق إليه بعدها" (2).

وعلي المحكمة عندما تحكم بسقوط الحضانة أن تبين من له الحق فيها بعد سقوطها، وأن يطالب به، وفي هذا قالت المحكمة العليا: "لا يجوز للمحكمة أن تحكم بسقوط حق الحضانة في الحضانة دون ضم الصغير لطالبه وعلي من له الحق في الحضانة أن يطالب به" (3).

وقولها أيضاً "إذا سقطت الحضانة عن والدة المحضونة، علي المحكمة بيان من يليها في الترتيب" (4).

وفي اعتقادي ان تطبيق النص القاضي بالتطبيق للضرر علي عمومه ربما يلحق الضرر بالمحضون، لأنه ليس بالضروري أن يكون هناك تلازم بين ضرر المرأة وإلحاق الضرر بالمحضون، لأن المرأة حتي وإن أضرت بزوجها لا يعني أنها ستلحق ضرراً بالمحضون، لأن عاطفة الأم وحرصها علي ولدها يحول بينها وبين إهماله، أو تعمد الإضرار به.

فالمعيار الموضوعي المتمثل في إسقاط الحضانة كلما كان السبب من المرأة ستكون نتيجته أن المخطئ هو المرأة، والمعاقب هو الطفل، إضافة إلي أنه قد لا تتوفر شروط الحضانة

(1) محكمة المدينة الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2005/6/19، الدعوي رقم 2004/358 (غير منشور).

(2) المحكمة العليا، طعن شرعي 2005/3/17 الطعن رقم 51/ 41 ق (غير منشور).

(3) المحكمة العليا، طعن شرعي، 1975/1/9م مجلة المحكمة العليا س11ع3ص13.

(4) المحكمة العليا، طعن شرعي، 2001/6/28م، مجموعة أحكام المحكمة العليا، قضاء الأحوال الشخصية، سنة2000-

2001، ص136.

في الزوج، أو من يليها في رتبة الاستحقاق، فهل يعقل أن الحضانة ستسقط عن المحضون، وليس هناك من تتحقق فيه شروط الحضانة، فكيف يكون مصير الطفل بعد ذلك خاصة وأن التطبيق للضرر متي تحقق يكون وجوبياً وكذلك القضاء بالآثار المترتبة عليه<sup>(1)</sup>.

وفي هذا المقام تقول المحكمة: "إن المدعي أقام دعواه شارحاً أنه زوج المدعي عليها، وقد تضرر منها ضرراً شديداً، فمنعته من إتمام دراسته بالخارج، وكان تبكي يومياً لأجل الرجوع للوطن، وأنها غير قادرة علي الغربة، فعند العودة للوطن رفضت الرجوع لبيت الزوجية... عليه حكمت المحكمة بتطبيق المدعي عليها للضرر، وإسقاط كافة حقوقها ماعدا الحضانة... وتأييد هذا الحكم من الدائرة الاستئنافية في الاستئناف المرفوع..."<sup>(2)</sup>.

فالحضانة تسقط للضرر مع توفر شروط الحضانة، لكن السقوط مرهون بتوفر الضرر المسبب له.

"ونحن ننبه المشرع الليبي إلي أن يتدارك هذا الأمر في تعديل لاحق وفق أمرين"<sup>(3)</sup>:

**الأمر الأول:** أن يفرق بين ضرر من الزوجة يؤثر علي سلوك المحضون مستقبلاً، كالضرر الناتج عن الخيانة الزوجية، والتعاطي، وما شابها من السلوك المشين، والضرر الذي لا يؤثر في تنشئة المحضون مستقبلاً؛ لأنه ليس من العدالة المساواة في حجم الأضرار وخطورتها.

**الأمر الثاني:** أن يجعل التطلاق جوازياً، وليس وجوبياً، رغم أن المحكمة العليا حاولت أن تخفف من شدة النص، فأسقطت الحضانة في الضرر المثبت بينما لم تسقطه في الضرر غير المثبت (التطلاق للشقاق وسوء العشرة).

**ب- إذا كان الضرر بسبب من الزوج:**

يقول المشرع في المادة (39) من نفس القانون، "أما إذا كان المتسبب في الضرر هو الزوج حكمت المحكمة للزوجة بالتعويض ومؤخر الصداق وذلك كله مع عدم الإخلال بالحقوق الأخرى وأشكال الضرر الذي يسببه الزوج كثيرة، منها ما هو مادي ومنها ما هو معنوي قد يؤدي للتطبيق ومن ثم استقلالية الأم بالحضانة، ومن هذه الأنواع:

(1) ينظر: د. الهادي زبيدة، التطلاق القضائي، ج3، ص82-83.

(2) محكمة جنوب بنغازي الابتدائية، دائرة إستئنافية، 16/2/1999م، الإستئناف رقم 98/33 ق (غير منشور).

(3) د. زبيدة، الهادي علي، مرجع سابق، ج4، ص222.

## 1. الشذوذ الجنسي:

ففي المادة 407 من قانون العقوبات المعدلة في سنة 1973م التي تنص على "كل من واقع إنساناً برضاه يعاقب هو وشريكه بالسجن مدة تزيد علي خمس سنوات" والمادة 408 المضافة للقانون نفسه تقول: "وكل من هتك عرض إنسان برضاه يعاقب هو وشريكه بالحبس". بما أن الشذوذ جريمة لها عقوبة، فمن باب أولي أن تطلق الزوجة للضرر من هذه الجريمة الأخلاقية، التي تنتافي مع الدين، والآداب العامة.

وعليه قالت المحكمة: "وحيث كانت المدعية زوجة المدعي عليه وأنجبت منه ثلاثة أطفال... حيث قدمت دعوي التطليق للضرر مرفقة بحافظة من المستندات احتوت علي صورة طبق الأصل من محاضر القضية رقم 2002/317 ف الزاوية والمتهم فيها المدعي عليه في واقعة ممارسة الشذوذ الجنسي والذي أكده تقرير الطبيب الشرعي...حكمت المحكمة بتطليق المدعية من المدعي عليه طليقة واحدة بئنة للضرر، مع الزام المدعي عليه بأن يمنح المدعية حقوقها الشرعية من مؤخر صداق، ونفقة، وتعويض، وأحقية المدعية في حضانة أولادها، وإلزامه بدفع أجره الحضانة، علي أن يستمر ذلك حتي سقوطه بسقوط سببه"<sup>(1)</sup>.

## 2. تعاطي المخدرات أو الإتجار بها:

وفي هذا قالت المحكمة "وحيث كانت المدعية زوجة المدعي عليه بصحيح العقد الشرعي ورزقت منه علي فراش الزوجية بطفلين ..وكانت تعاشره معاشرة الأزواج الصالحين ..غير أنه كان يختلق المشاكل لأنه معتاد علي شرب الخمر، وتعاطي المخدرات، وقام ببيع مصوغاتها الذهبية وطلبت الحكم لها بالتطليق مع عدم الإخلال بحقوقها الشرعية.. عليه حكمت المحكمة بتطليق المدعية من المدعي عليه للضرر مع إعطائها كافة حقوقها.. من بينهما حضانة طفلها"<sup>(2)</sup>.

## 3. الضرب والإهانات:

وقد يؤدي الضرب الشديد للضرر بالزوجة الأمر الذي يستحيل معه دوام العشرة، وبالتالي هو ضرر مؤدي للتطليق ومسقط الحضانة لرجل، ومن تطبيقاته القضائية "حيث طالبت المدعية

(1) محكمة الزاوية الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2006/4/8/الدعوي رقم 2004/33(غير منشور).

(2) محكمة الزاوية الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2009/7/7/الدعوي رقم 2007/602(غير منشور).

ينظر أيضاً : محكمة الجميل الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية2009/12/30، الدعوي رقم2009/2(غير منشور).

من المحكمة تطليقها من المدعي عليه للضرر ..بيد أن المدعي عليه قابل إحسانها بالإساءة، إذ صار يسبها ويهينها أمام الناس، حتي وصل به الأمر إلي ضربها فأسقط أسنانها.. وبعد أن فرغت المحكمة من نظر الدعوي ..قضت بتطليق المدعية من زوجها المدعي عليه للضرر.. وإعطائها كافة حقوقها من بينها حضانة أولادها.."(1).

وقالت المحكمة أيضاً "وحيث كانت المدعية زوجة صالحة للمدعي عليه إلا أنه قابل الإحسان بالإساءة، فهو حاد الطبع، عصبي المزاج، يقوم بشتمها وضربها حتي وهي حامل، وقد تسبب في إجهاضها مرتين.. عليه حكمت المحكمة بتطليق المدعية للضرر مع احقية حضانة ابنتها وعدو الإخلال بالحقوق الأخرى.."(2).

#### 4.سجن الزوج في جناية أو جنحة:

وعليه قالت المحكمة "بأن المدعية كانت نعمة الزوجة الصالحة للمدعي عليه، وقد أنجبت منه علي فراش الزوجية ابنتين، لكنه وبسبب تعاطي المخدرات حول حيات بيته للجحيم، فقام ببيع كل ما يوجد في البيت، من ذهب وأثاث، ومواد كهربائية، ورغم ذلك قالت المدعية لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً، لكن الأمر تطور حتي سجلت ضده شكوي جنائية تحت رقم 2007/94 بضبطه متلبساً، وفي حوزته كمية من الحشيش، فحكم إثرها بالسجن لمدة خمس سنوات، عليه..قضت المحكمة بالإستجابة لطلبها... بتطليقها منه للضرر، مع إلزامه بإرجاع كل ما استحوذ عليه، علاوة علي حقوقها الشرعية.. وحضانة"(3).

#### 5.عدم الإنفاق:

حيث قالت المحكمة في ذلك: "إن المدعية زوجة المدعي عليه بصحيح العقد الشرعي ولها منه ابنا، أحسنت اليه، إلا أن المدعي عليه أساء إليها، فلم يعد ينفق عليها وابنه منها أو حتي علاجها وقد تقدم بها العمر، فضلاً عن أن المدعي عليه وصياً علي ابنه يقوم بسحب راتبه الضماني الخاص به دون الإنفاق عليه أو علاجه.. الأمر الذي جعل المحكمة تستجيب لطلبها بتطليقها طليقة واحدة للضرر.. وبأحقيتها في البقاء ببيت الزوجية لحضانة ابنها منه فيه..."(4).

(1) محكمة الجديدة الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2019/1/28، الدعوي رقم 2018/30، (غير منشور).

(2) محكمة رقدالين الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2015/6/8، الدعوي رقم 2015/1، (غير منشور).

(3) محكمة الزاوية الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2009/7/7، الدعوي رقم 2007/602، (غير منشور).

(4) محكمة العجيلات الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2008/5/13، الدعوي رقم 2007/209، (غير منشور).

## 6. طرد الزوجة من بيت الزوجية:

وقالت المحكمة: "إنها زوجة للمدعي عليه، ولها منه علي فراش الزوجة بنتان، وساعدته علي ظروف الحياة من مرتبتها الخاص، إلا أنه أساء اليها قولاً وفعلاً، حيث دأب علي سبها وشتها وضربها، وطردها من بيت الزوجية.. وعليه قضت المحكمة بتطليقها منه للضرر... بأحقية المدعية في حضانة ابنتيها من المدعي عليه..."<sup>(1)</sup>.

## 7. هجر الزوج بيت الزوجية:

وفي هذا رأت المحكمة: "بأن الزوج قد هجر بيت الزوجية منذ 8 أشهر، الأمر الذي حداها إلي إقامة دعواها ابتغاء تطليقها للضرر.. وعليه وبعد نظر الدعوي حكمت المحكمة بتطبيق المدعية للضرر، مع إعطائها كافة حقوقها من بينها حضانة ابنها..."<sup>(2)</sup>.  
لكن المحكمة العليا أيضاً تقول أمراً مهماً "لا يجوز للمحكمة أن تحكم بسقوط حق الحضانة دون ضم الصغير لطالبه وعلي من له الحق في الحضانة أن يطالب به"<sup>(3)</sup>.  
فماذا لو زال الضرر المؤدي للتطبيق، فهل يعود حق الحضانة لصاحبه؟، رغم أن  
المشرع أسقطها بقوة القانون؟

فماذا لو طلقت الأم للضرر بسبب من الزوج، ثم تزوجت بآخر، فكيف مصير المحضون، وجدته لأمه غير قادرة علي حضانته، والزوج هو من كان سبباً في الضرر المؤدي للتطبيق، وعليه فقد حضانة أولاده؟

لقد أخذ القانون رقم 84/10 برأي جمهور الفقهاء في عدم التفريق بين زوال المانع الضروري، أو الاختياري المسقط للحضانة عندما نص في م (66/ج) على أنه: "تعود الحضانة لمن سقطت عنه، متي زال سبب سقوطها إلا إذا رأت المحكمة خلاف ذلك لمصلحة المحضون" ويُفهم من هذا النص أن الحضانة تعود لمن سقطت عنه إذا زال المانع وفقاً للقواعد الشرعية ومنها "إذا زال المانع عاد الممنوع"، وهذا بعد صدور القانون رقم 1984/10، أما قبل القانون رقم 84/10 فكان المشرع الليبي يأخذ بما قاله الفقه المالكي، حيث يستعملون مصطلح السقوط إذا كان خارجاً عن الإرادة، ولفظ الإسقاط إذا كان مبنياً على الإرادة، فيجعلون السقوط ليس مانعاً

(1) محكمة العجيلات الابتدائية، دائرة الأحوال الشخصية المستأنفة، 2020/2/23، الدعوي رقم 2019/33، (غير منشور).

(2) محكمة العجيلات الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2015/12/15، الدعوي رقم 2015/50 (غير منشور).

(3) المحكمة العليا، طعن شرعي 1975/1/9 مجلة المحكمة العليا س11 ع3ص13.



من عودة الحضانة إذا زال السبب، أما الإسقاط إذا كان مبنياً على الإرادة فيمنعون عودة الحضانة بعد إسقاطها<sup>(1)</sup>.

وعليه تنبه الباحثة المشرع إلي أن يتدارك الأمر، بالتفريق بين أنواع الضرر، حتي يضمن للمحضون البقاء في أيدي أمينة، وعدم الإسراف والتوسع في الأضرار المؤدية للتفريق ومن ثم المسقطة للحضانة، أما لو كان الأب هو سبب الضرر ولا يوجد حاضن سواه وأصلح للمحضون، علي المشرع أن يرجع حضانة الصغير للأب وخاصة الأنثى، فأبيها أولي وأصلح من زوج أمها الأجنبي.

---

(1) ينظر: الخطاب، مرجع سابق، ج، ص 218. التسولي، مرجع سابق، ج1، ص 409-410.

## المبحث الثاني

### الآثار المالية للتطبيق القضائي

نظراً لأن المال وسيلة، فقد أمر الإسلام الإنسان بإنفاقه علي نفسه، وعلى الغير إذا كان الغير بحاجة إلى هذا الإنفاق؛ لأن الإنسان هو الهدف الأهم، وليس المال سوى وسيلة لخدمته، ولذا أمر الإسلام بإنفاق هذا المال على الزوجة، والأقارب، بنظام دقيق متكامل، مما يدل على عمق التضامن في المجتمع الإسلامي، بحيث ينفق كل إنسان على من يليه، وعندما ينعدم المنفقون من الأقارب تكون نفقة المسلم من بيت المال، ولو طبق هذا النظام لما وُجِدَ في أرض الإسلام سائل ولا محتاج.

### المطلب الأول

#### الصداق والنفقة

الفرع الأول : الصداق:

أولاً- مفهوم الصداق:

قد عرفه الفقهاء بأنه اسم للمال الواجب للمرأة على الرجل بالنكاح، أو الوطأ، أو هو العوض المستحق في عقد النكاح<sup>(1)</sup>.

-حكم الصداق: الوجوب، والدليل على وجوب المهر من القرآن والسنة والإجماع.

- القرآن الكريم. قال تعالى: (وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً)<sup>(2)</sup>.

- السنة النبوية:

عن عبد الله بن عمر أن النبي (ﷺ) قال: "أدوا العَلَائِقَ، قَالُوا : يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَمَا الْعَلَائِقُ؟ قَالَ: مَا تَرَاضَى بِهِ الْأَهْلُونَ"<sup>(3)</sup>، وقوله (ﷺ): "الْتَمِسْ شَيْئاً، الْتَمِسْ وَلَوْ خَاتِماً مِنْ حَدِيدٍ"<sup>(4)</sup> وهذه عموميات تقع على القليل، والكثير، ويؤخذ من هذين النصين أن مقدار الصداق

(1) ينظر: الماوردي، مرجع سابق، ج9، ص976. زكي الدين شعبان، مرجع سابق، ص234.

(2) النساء: الآية (4).

(3) النووي، مرجع سابق، ج16، ص326، رقم الحديث6148. البخاري، مرجع سابق، ج3، ص137، الحديث رقم 4853.

(4) البخاري، مرجع سابق، ج3، ص403، الحديث رقم 416. ابي داود، مرجع سابق، ج1، ص241، الحديث رقم 2111.

يتحدد بإتفاق المتعاقدين أياً كان قدره، لا فرق بين قليله وكثيره، على اعتبار أن خاتم الحديد ثمنه قليل جداً، ومع ذلك جاز أن يكون صداقاً. ويبدو أن هذا الرأي هو الرأي الراجح؛ لقوة أدلته<sup>(1)</sup>. كما عرّفه المشرع الليبي بقوله: "المهر كل ما يبذله الزوج لزوجته من مال، أو منفعة مشعر بالرغبة في الزواج منها" م(19-أ)، ويُعاب على هذا التعريف، حيث إنه ذكر "من مال أو منفعة" الأمر الذي قد يفسره البعض بأن المنفعة شيء، والمال شيء آخر، ولا اعتقد ذلك صائباً، وذلك أن المنفعة إذا قومت تكون مالاً. بدليل أن القانون الجنائي يعاقب على سرقة المنافع (كسرقة السيارات مثلاً)، إلا أن المشرع يلاحظ اضطراب في منهجيته، فتارة يعرف كما هو في م(19-أ) حيث عرّف بالمهر، وتارة لا يُعرف كما في الكفاءة<sup>(2)</sup>. والصداق هو حق خالص للمرأة تتصرف به كما تشاء، وفي هذا المعنى قالت المحكمة: "المهر حق خالص للزوجة"<sup>(3)</sup>.

#### - أنواع الصداق:

**1. المهر المسمى:** وهو ما اتفق عليه الطرفان بالعقد، لأن العقود لا تتم إلا بالتراضي، كذلك يكون الصداق ما تراضي به المتناكحان، فإن تزوجها على شيء مسمى فذلك ملزم له، إن دخل بها.

**2. مهر المثل:** هو المهر الذي يقدر لامرأة، لم يذكر لها مهر في عقد زواجها، أو يكون هذا التقدير بمهر امرأة أخرى مثيلة لها<sup>(4)</sup>.

---

(1) ينظر: مثل هذا الترجيح:

أ. زبيدة، الهادي علي، مرجع سابق، ج1، ص269.

ب. الكشور، محمد، مرجع سابق، ج1، ص28.

ج.د. الجليدي، سعيد، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، طرابلس، منشورات جامعة ناصر، ط1986، ج1، ص199.

د. الخلمي، أحمد، مرجع سابق، ج1، ص8.

(2) لا توجد منهجية في التعريفات، فتارة تعرفه م(19) حيث عرف المهر، وتارة لا يعرفه كما هو الحال في م(15) في الكفاءة، ينظر: زبيدة، الهادي علي، مرجع سابق، ج1، ص260

(3) المحكمة العليا، طعن شرعي، 2003/4/24 الطعن رقم 41-119 (غير منشور).

(4) قالت الحنبلية بوجود مهر المثل لأنه بدل متلف فأشبهه قيمة المتلفات، ينظر: محمد الخطيب، مرجع سابق، ج8، ص60.

- وجوب المهر .

أولاً- العقد الصحيح:

الزواج الصحيح هو العقد الذي استوفي أركانه وشروط انعقاده وشروط صحته وشروط نفاذه<sup>(1)</sup>.

ويجب الصداق بالعقد الصحيح سواء تم الدخول، أو لم يتم؛ لأنه أثر من آثار عقد الزواج<sup>(2)</sup>، وهو ما تبناه المشرع الليبي بقوله: "يجب المهر بالعقد الصحيح، ويتأكد كله بالدخول، أو الوفاة" م(19/هـ) .

وقالت المحكمة في العقد الصحيح: "وحيث كان المدعي عليه قد أوقع الطلاق علي المدعي عليها، بعدما كانت زوجته بموجب العقد الصحيح، والخلو الصحيحة التي كان نتاجها ثلاثة أبناء.. وبعد نظر المحكمة لدعوي ..حمت المحكمة بثبوت الطلاق، وإلزام المدعي عليه أن يدفع تعويضاً وقدره ..وأن يدفع للمدعية مؤخر صداقها المدون بعقد الزواج ..."<sup>(3)</sup>، ويسمي الوجوب في هذه الحالة وجوباً موسعاً يضيق إذا تم الدخول وطالبت المرأة به، أما الوجوب المؤكد للمهر فيتحقق بالدخول الحقيقي في العقد الصحيح والمختلف علي فساد، وهذا ما قضت به المحكمة قائلة: "قالت المدعية أنها زوجة المدعي عليه فقد عقد عليها بموجب عقد صحيح ولم يدخل بها، ثم تبين أن مصاب بالإيدز ومدمن علي تعاطي المخدرات، ومن ثم فإنها لا تطمئن علي اقترابها منه.. عليه حكمت المحكمة بتطبيق المدعية من زوجها المدعي عليه ..وإلزامه بأن يدفع نصف صداقها..."<sup>(4)</sup>.

وهناك ملاحظة في صياغة م(19-هـ) التي نصت على أنه "يجب المهر بالعقد الصحيح"؛ فلا بد من إعادة صياغتها على الوجه الآتي: "يجب المهر بالعقد الصحيح، وبالدخول في العقد الفاسد المختلف على فساد إذا تم الدخول"<sup>(5)</sup>.

(1) ينظر: سمارة، محمد، مرجع سابق، ص150.

(2) ينظر: الكاساني، مرجع سابق، ج2، ص34-35.

(3) محكمة الزاوية الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2008/12/30، الدعوي رقم2008/48(غير منشور).

(4) محكمة المدينة الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 1997/7/21، الدعوي رقم 1998/220ف(غير منشور).

(5) وقد نصت بعض التشريعات العربية على مثل هذا القول صراحة، من ذلك قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان الذي ذكر بأنه: "يجب الصداق بالعقد الصحيح، ويتأكد كله بالدخول، أو الخلو الصحيحة، أو الوفاة".

م(24/ب) وقد نص ابن قدامه "ويجب المهر للمنكوحه نكاحاً صحيحاً أو الموطوءة في نكاح فاسد والموطوءة بشبهة بغير خلاف نعلمه، ويجب للمكرهه على الزنا"، ينظر: محمد الخطيب، مرجع سابق، ج6، ص749.

"وذلك حتى يكون هناك توحيد في عقود الزواج في م(16) من القانون 10-84 إلى عقود صحيحة، وفسادة، حيث رتب آثاراً على العقد الصحيح منذ انعقاده، كما رتب آثاراً على العقد الفاسد بعد الدخول. هكذا يكون التوافق المنطقي للنصوص بين م (19 و16)"<sup>(1)</sup>.

### ثانياً - الخلوة الشرعية:

لم يوردها المشرع الليبي في القانون رقم 10-84 في أحكامه، فيما يتعلق بالصداق، وبالتالي نعددها من مواطن النقض التي نلتجئ فيها إلى المصادر الاحتياطية، ويجب ملاحظة أن الفقه الإسلامي قد تناولها بالتفصيل.

أما المحكمة العليا فقد عرفت الخلوة الشرعية بأنها: "خلوة الاهتداء هي التي يسكن فيها كل واحد من الزوجين إلى الآخر ويطمئن إليه، وتختفي فيها الموانع الشرعية، والموانع الحسية"<sup>(2)</sup> والخلوة الصحيحة هي أن يجتمع الزوجان علي انفراد بعد العقد الصحيح في مكان واحد ويكونان آمنين من اطلاع الغير عليهما دون إذنهما<sup>(3)</sup>، وقضت بنقض الحكم؛ لأنه "قالت الطاعنة إن المطعون ضده عقد علي الطاعنة عقداً صحيحاً، وسافرت معه إلى مالطا وتونس، وادعت خلال مصاحبته له أن الخلوة الشرعية الموجبة لإكمال المهر قد تمت بينهما...وعليه قضت المحكمة بنقض الحكم جزئياً فيما يخص الصداق فقط.."<sup>(4)</sup>، ويبدو من هذا الحكم ان المشرع الليبي بعد صدور القانون رقم 10/48 فإن استنتاجنا هو أن المحكمة العليا قد أخذت برأي الأحناف<sup>(5)</sup>، الذين قالوا باستقرار المهر في كل الأحوال، لأن التسليم المستحق عليها، قد وجد، وإن وجدت موانع ليس من جهتها أن تؤثر في المهر<sup>(6)</sup>.

حيث قضت العليا: "بأحقية المرأة في الصداق كاملاً، وذلك حينما دخل الرجل بالمرأة، ثم اكتشف بأن الرجل ليس قادراً علي المعاشرة الجنسية، ولم يتصل بزوجه لهذا السبب"<sup>(7)</sup>.

(1) زبيدة، الهادي علي، مرجع سابق، ج1، ص273.

(2) المحكمة العليا، طعن شرعي، 1978/12/28م، مجلة المحكمة العليا، س1، ع4، ص9.

(3) ينظر: د. المطيري، ادعيج بطحي ادحيلان، (أثر الخلوة الصحيحة بالمعقود عليها \_دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الكويتي)، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، ع 62، 2000، ص303.

(4) المحكمة العليا، طعن 2003/12/21م، الطعن رقم 51/19ق، (غير منشور).

(5) ينظر: د. زبيدة، الهادي علي، مرجع سابق، ج1، ص279.

(6) ينظر: المغني، ج8، ص94. الشرح الكبير ج8، ص79.

(7) المحكمة العليا، طعن شرعي 2007/5/17 الطعن رقم 53/47(غير منشور).

أما الخلوة الفاسدة وهي أن تكون في مكان لا يأمنان فيه، كالصحراء والطريق العام، والسطح، والمسجد والحمام. وهي لا يكتمل فيها المهر ولو حدثت<sup>(1)</sup>، وهذا ما قالته المحكمة: "وحيث قال المدعي انه زوج المدعي عليها، وان الخلوة بينهم كانت فاسدة شرعاً لا يترتب عليها اكتمال الصداق للزوجة، لوجود أولاد المدعي من زوجته الأولى معهم، ودخولهم عليهم باستمرار"<sup>(2)</sup>.

#### ثانياً - سقوط المهر بسبب الفعل الضار:

قد يكون المهر مؤكداً ولا يسقط، وقد يعتريه السقوط في بعض الأحيان كلياً أو جزئياً، ولكل صورته الخاصة، وربما ألحق أحد الزوجين بالآخر ضرراً؛ يكون سبباً كافياً لسقوطه، وهذا ما قاله المشرع في صحيح م(39/أ).

#### أ - إذا كان الفعل الضار بسبب من الزوجة:

يقول الله تعالى: [وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ]<sup>(3)</sup>، وبهذا فإن مصادر الشريعة الإسلامية قد ألزمت الزوج بدفع نصف المهر للزوجة إذا طلقت قبل الدخول، وبهذا يقول المشرع في نفس القانون من م(19/و) " تستحق المطلقة قبل الدخول نصف مهرها فإن لم يسم لها مهر استحققت متعة لا تزيد علي نصف مهر مثلها". ولكن يجب أن يكون العقد صحيحاً؛ لأن العقد الفاسد لا يترتب عليه اثر قبل الدخول، ويفهم من صياغة المشرع الليبي أنه أخذ برأي الظاهرية في هذه المسألة، حيث يقولون بوجوب نصف الصداق في كل طلاق وقع قبل الدخول، سواء كان منصوصاً عليه في العقد، أم تراضياً عليه بعد ذلك<sup>(4)</sup>.

وفي هذا قالت المحكمة: "وحيث ثبت للمدعي أن زوجته المعقود عليها بعقد صحيح، والتي لم يتم الدخول بها، قد تعاني من مرض نفسي..وعليه حكمت المحكمة بتطبيق المدعي من المدعي عليها للضرر، مع إسقاط كافة حقوقها من متجمد نفقة ومهر... " <sup>(5)</sup>.

(1) ينظر: فتح القدير 332/3\_333.والمغني والشرح الكبير ، ج8، ص94.

(2) محكمة المدينة الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2002/2/31، الدعوي رقم 2002/846 (غير منشور).

(3) البقرة، الآية (235).

(4) ينظر: ابن حزم، المرجع السابق، ج9، ص282.

(5) محكمة المدينة الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2005/6/19، رقم 2004/358(2004).

وحيث جرت العادة أن يدفع جزءاً من المهر حاضراً ويؤجل جزء منه إلي مدة زمنية يتفق عليها الطرفين، أو أن يحتكما إلي العرف في ذلك<sup>(1)</sup>، وهذا ما قاله المشرع الليبي في المادة (19/د) قائلاً: "يجوز تعجيل المهر أو تأجيل بعضه حين العقد".

إذ أن المشرع تحدث عن السقوط الجزئي ولم يتحدث عن السقوط الكلي للمهر، وعليه نتساءل ما مصير المهر المعجل الذي تم التصرف فيه من وقت إبرام العقد، وقبل الدخول بالزوجة، وماذا لو أعطي الزوج كل المهر دون تنصيف إلي الزوجة قبل الدخول، وتم التصرف فيه واستهلاكه؟

لم يتطرق المشرع الليبي في القانون رقم 84/10 وتعديلاته لأحكام هذه المسألة، وبالتالي يعد موضعاً من مواضع النقص التي ننبه المشرع إليه، الذي يجعلنا نلتجئ في سد النقص للمصادر الاحتياطية، وعليه فإن الزوجة المطلقة إذا تسلمت جميع صداقها قبل الدخول، فإنها ملزمة برد النصف، وإن لم تستلم شيئاً فإن الزوج ملزم بإعطائها نصف صداقها المقرر<sup>(2)</sup>، شريطة أن يكون العقد صحيحاً، ويسقط المهر بعد الدخول إذا كان الزوجة هي المتسبب في الضرر وفق ما نصت عليه م (39) وعليه قالت المحكمة: "وحيث اثبت المدعي أن المدعية زوجته بالعقد الصحيح، وقد تم الدخول بها، وقد رزق منها بولد، وكان زوجاً صالحاً لكنها لم تقدر ذلك حيث خرجت المدعي عليها عن طاعته مما سبب له ضرراً.. وبثبوت الضرر حكمت المحكمة بتطبيق المدعي عليها للضرر مع اسقاط كافة حقوقها من نفقة وحضانة وسكن ومؤخر الصداق و..".<sup>(3)</sup>

فماذا لو كان المهر كله مؤجلاً باتفاق الطرفين، وحدثت الفرقة للضرر بسبب من الزوجة؟

لم يتطرق المشرع لهذه المسألة، وهذا يعد من مواضع النقص التي ننبه المشرع عليه، وعلي القاضي أن يلتجئ للمصادر الاحتياطية سداً لهذا النقص، ونقترح علي المشرع أن يعالج النقص بإضافة فقرة أخرى للمهر تقول: "وفي حالة الفرقة للضرر بسبب من الزوجة، وكان المهر

(1) ينظر: الحصكفي، المرجع السابق، ج1، ص266.

(2) ينظر: الكاساني، المرجع السابق، ج2، ص296.

(3) محكمة زلطن الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2017/1/8، الدعوي رقم 2016/3 (غير منشور).

وينظر نفس الراي: محكمة المدينة الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2002/12/26، الدعوي رقم 2002/81 (غير منشور).

كله مؤجل، يقدر المعجل منه ويبقى في ذمة الزوجة، ويسقط المؤجل"، إذ ليس من العدل سقوط كامل المهر لضرار قد يكون غير مقصود من الزوجة.

ب. إذا كان الفعل الضار بسبب من الزوج:

إذا كان الفعل الضار من قبل الزوج هو الذي انهي العلاقة الزوجية، فإنه يترتب علي ذلك آثار عديدة، حيث قال المشرع في م(39/أ): "أما إذا كان المتسبب في الضرر هو الزوج حكمت المحكمة للزوجة بالتعويض، ومؤخر الصداق، وذلك كله مع عدم الإخلال بالحقوق الأخرى المترتبة علي الطلاق".

وإذا كان الفقهاء اتفقوا بأن المطلقة طلاقاً للضرار قبل الدخول استحققت نصف مهرها، سواء سبب الطلاق من المرأة أم من الرجل<sup>(1)</sup>، عليه قالت المحكمة: "إن مناط الحكم للزوجة بالصداق عند تطبيقها للضرار هو ثبوت إضرار الزوج بها، وأنه متي وقع الطلاق قبل الدخول فلا يقضي لها إلا بما استحق لها من الصداق، وهو نصف المسمي، كما أنه لا تلازم بين الحكم بالمستحق من الصداق وبين الحكم بالتعويض، لأن الصداق يترتب علي العقد أما التعويض فيستحق بثبوت الضرر من الطلاق..."<sup>(2)</sup>.

إذ أن الحكم بالصداق مدون في العقد الصحيح، باتفاق الأطراف، أما التعويض هو جبر الضرر لطرف المضرور جراء فعل احد الزوجين بالآخر، وتطبيقاً لذلك، قضت المحكمة " وحيث ثبت للمحكمة بأن المدعية قد أحسنت للمدعي عليه، وحيث قابل الأخير هذا الإحسان بالإساءة، قضت المحكمة بتطبيق المدعية من زوجها المدعي عليه طلاقة بائنة للضرار، وبإلزام المدعي عليه بدفع.. تعويضاً لها، ونفقة عدة قدرها... ومبلغ.. مهرها المؤجل، ومبلغ.. متعة طلاق..."<sup>(3)</sup>.

وقالت المحكمة أيضاً: " وحيث كان المدعي عليه كثير الإضرار بالمدعية، حكمت المحكمة بتطبيق المدعية طلاقة واحدة للضرار، مع أحقية المدعية في حضانة اطفالها، مع إلزام

---

(1) ينظر: ابن حزم، المرجع السابق، 482/9 مسألة 1842. وينظر: الحوئي، المرجع السابق، ج2، ص280 مسألة 1354.

(2) المحكمة العليا، طعن شرعي 2001/6/14، الطعن رقم 23/48 (غير منشور).

(3) محكمة العجيلات الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2019/4/23، الدعوي رقم 2018/115.



المدعي عليه بدفع .. تعويضاً عن الضرر الذي لحقها، ومبلغ .. نفقة عدة، ومبلغ... مهر المدعية المؤجل، ومبلغ... متعة طلاق،...»<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: النفقة

#### أولاً- الأسس العامة للنفقة

##### - نفقة الأولاد:

من الحقوق التي ترتبها الشريعة الإسلامية على قريبة حق النفقة والمقصود بالنفقة هو كلما يحتاج إليه الإنسان من طعام، وكسوة، وسكن، وعلاج وكل ما به مقومات الحياة. أوجب الشارع على الوالد نفقة أولاده الصغار جاء ذلك من خلال الكتاب والسنة والإجماع والعقل. أ- القرآن الكريم:

قال تعالى في كتابه: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>(2)</sup>، دلت هذه الآية على وجوب نفقة الأولاد على الآباء دون الأمهات.

##### ب- السنة:

عن أبي هريرة (ر) أن رجلاً أتى رسول الله (ص)، فقال: إن معي ديناراً قال: «أَنْفَقْهُ عَلَيَّ نَفْسِكَ»، قال: إن معي آخر قال: «أَنْفَقْهُ عَلَيَّ وَوَلَدِكَ»، قال: إن معي آخر، قال: «أَنْتَ أَعْلَمُ»<sup>(3)</sup>. وجه الدلالة: دل الحديث على وجوب النفقة.

وقد أوجب القانون النفقة على الأولاد في المادة (71-أ) على أنه: "تجب نفقة الصغير الذي لا مال له على أبيه الموفر حتى يتم الدخول بالفتاة، أو تكسب من عملها ما يسد حاجتها، وإلى أن يبلغ الفتى ويصبح قادراً على الكسب". ويفهم من النص أن الذين تجب لهم النفقة على الأب قانوناً هم أولاده المباشرون دون غيرهم. فلا بد أن يكون الولد فقيراً لا مال له، وعاجزاً عن الكسب، كما لو كان صغيراً، أو مريضاً، أو طالب علم، ولا بد أن يكون الأب مؤسراً.

##### - نفقة الزوجة:

وإذا كان الأصل أن نفقة كل إنسان إنما تجب في ماله<sup>(4)</sup>، فإن وجوب الإنفاق في حال قيام الحياة الزوجية يخرج عن هذا الأصل، حيث أوجب المشرع على الزوج أن ينفق على زوجته

(1) محكمة الجديدة الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2019/5/20، الدعوي رقم 2019/8 (غير منشور).

(2) البقرة، الآية 231.

(3) النيسابوري، أبو بكر محمد بن إبراهيم، الأوسط في السنن والجماع، باب جماع أبواب نكاح العبيد، بيروت، دار الكتاب العلمية، ط1، 1971م، ج5، ص42. صحيح البخاري، مرجع سابق، 2052/5 المسألة رقم 5048.

(4) مدونة الأسرة المغربية: م(187).

بنصوص ملزمة توجب في مجموعها كل أوجه الإنفاق المقررة شرعاً من كتاب الله وسنة النبي (ﷺ) وإجماع المسلمين. فالطعام، والكساء مثبت بقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾<sup>(1)</sup>، ويقول النبي (ﷺ) حينما سُئِلَ "يا رسول الله ما حق زوجة أحدنا عليه؟ قال: أَنْ تُطْعَمَهَا إِذَا طُعِمْتُ، وَتَكْسُوَهَا إِذَا اكْتَسَيْتِ، وَلَا تَضْرِبَ بِالْوَجْهِ، وَلَا تُفْبِحَ، وَلَا تَهْجُرَ إِلَّا فِي الْبَيْتِ"<sup>(2)</sup>.

وقد أجمع المسلمون على وجوبها<sup>(3)</sup>، منذ البعثة وحتى يومنا هذا، ويشترط لوجوبها ما يلي:

1- يسر الزوج: وهذا الشرط محل اتفاق بين الفقهاء<sup>(4)</sup>، وهو ما أفصح عنه المشرع بقوله: "تجب نفقة الزوجة على زوجها الموسر من تاريخ العقد الصحيح" م(23)<sup>(5)</sup>، ولكن يلاحظ على صياغة المشرع هذه أنه سكت عن حكم مهم، واعتقد أنه نقض تشريعي وهو ما تعلق بوجود النفقة في العقد الفاسد المختلف على فسادها إذا تم الدخول<sup>(6)</sup>، على اعتبار أن م (16)

(1) البقرة، الآية (231).

(2) أبي داود، سليمان بن الأشعث، مرجع سابق، ج2، ص244، 245، الحديث رقم 2142.

(3) ينظر: الخشني، محمد بن الحارث، أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك، تونس، الدار العربية للكتاب، والمؤسسة الوطنية للكتاب، ط1، 1985م، ص187، المسألة 304.

ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص564.

-مالك، الأصحبي، مرجع سابق، ج2، ص366.

-السرخسي، مرجع سابق، ج5، ص180، 181.

-الشافعي، المرجع السابق، ج5، ص87.

-ابن حزم، المرجع السابق، ج9، ص510، المسألة 1850.

-الخوئي، المرجع السابق، ج2، ص287، المسألة 1400.

-جعفر، بن الحسين، المحقق الحلبي، لبنان-بيروت، مؤسسة الوفاء، ط3، 1983م، ج1، ص317.

-أبو زهرة، مرجع سابق، ص269، ف191.

-د. سعيد الجليدي، المرجع السابق، ج1، ص317.

(4) ينظر: ابن حزم، مرجع سابق، 10-88 مسألة 1922.

-السرخسي، مرجع سابق، ج5، ص182.

-الشمولي، مرجع سابق، ج1، ص383.

-ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص564.

-الشافعي، مرجع سابق، ج5، ص88.

-الخوئي، مرجع سابق، 2-88 مسألة 1402.

(5) وقد أفصحت بعض التشريعات العربية من هذا الشرط صراحة، ينظر على سبيل المثال:

- م(70-2) الأحوال الشخصية السوداني.

(6) ينظر: زبيدة، الهادي علي، مرجع سابق، ج1، ص322.

من هذا القانون قد رتب آثاراً عليه، وهذا ما يُحدث تضارباً بين نصين في نفس القانون م (16)،  
(23)، ما نسبه المشرع إليه.

2. ألا تكون الزوجة متعسفة في استعمال حق النفقة<sup>(1)</sup>.

#### - شروط النفقة:

1. أن يكون العقد صحيحاً<sup>(2)</sup>، أو مختلفاً في فساده، وتم الدخول، ولأزال قائماً<sup>(3)</sup>، وهو ما نص عليه المشرع الليبي في المادتين (16، 23) بقوله: "ووجب أن يكون العقد صحيحاً محل اتفاق بين أهل المذهبين السابقين". أما اشتراط المختلف على فساده إذا تم الدخول، فليس محل اتفاق، وخاصة الظاهرية الذين لا يعطون له أثراً طال الزمان، أم قصر، دخل بها أم، لم يدخل.

2. أن يكون الزوج قادراً على الإنفاق<sup>(4)</sup>، وهو ما نص عليه المشرع الليبي في المادتين (17، 23) بقوله: "يحق للزوجة على زوجها": "النفقة وتوابعها في حدود يسر الزوج واستطاعته" م (17-أ)، وقول المشرع أيضاً: "تجب نفقة الزوجة على زوجها الموسر من تاريخ العقد الصحيح" م "23"<sup>(5)</sup>.

3. أن تكون الزوجة صالحة لتحقيق أغراض الزواج والدخول بها<sup>(6)</sup>.

4. ألا تخرج المرأة على طاعة زوجها كما أوجبه الله، ويقضى عليها بالنشوز<sup>(7)</sup>.

---

(1) ينظر م (4-5) من القانون المدني الليبي التي توجب على صاحب الحق أن يستعمله استعمالاً مشروعاً، وهذه النظرية هي نظرية إسلامية في نشأتها وأحكامها.

(2) ينظر: ابن عابدين، مرجع سابق، ج3، ص628-629.

(3) وفي هذا السياق قضى المجلس الأعلى المغربي بقوله: "إذا انحلت الرابطة الزوجية بطلاق بائن لم يبق سبباً لنفقة". المجلس الأعلى 2-5-1995، القرار رقم 890، مجموعة قرارات المجلس الأعلى، مادة الأحوال الشخصية، 262/2.

(4) ينظر، زكي الدين شعبان، مرجع سابق، ص313، 190.

(5) وقد نصت بعض التشريعات على هذا الشرط صراحة منها على سبيل المثال:

-الفصل (39) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

-م(1-31) من قانون الأحوال الشخصية الصومالي.

-م (2-71) من قانون الأحوال الشخصية السوداني.

(6) ينظر: د. الصابوني، المرجع السابق ج1، ص305. وللنشوز صورة متعددة، منها "امتناعها من الرجوع إلى بيت الزوجية الثابت بالحكم وبالرجوع وبمحضر الامتناع يعطى للقاضي الحق في إيقاف النفقة عليها".

(7) ينظر: نفس المرجع السابق، ج1، ص305.

وهذا ما أشار إليه المشرع الليبي في المادة (39) المعدلة بموجب القانون رقم 22 لسنة 1991 بقوله: "إِذَا كَانَ الْمَتَسَبِّبُ فِي الضَّرَرِ مَادِيًّا، أَوْ مَعْنَوِيًّا هِيَ الزَّوْجِيَّةُ حَكَمَتِ الْمَحْكَمَةُ بِسُقُوطِ حَقِّهَا فِي مَوْخَرِ الصَّدَاقِ، وَالْحِضَانَةِ، وَالنَّفَقَةِ"، رغم اختلاف الصيغة فقط، فالأمر لا يعد أن يكون نشوزاً، ولا أعلم ما هو الداعي الذي جعل المشرع يترك مثل هذه المصطلحات المعروفة بحقيقتها، وأحكامها ليست عيوض عنها بمصطلحات لم تأت بجديد حول هذا الأمر<sup>(1)</sup>.

#### - حدود نفقة الزوجة:

يقصد بحدود النفقة الأمور التي تشملها، ويمكن بيان تلك الأمور من الآيات والأحاديث، التي سقناها للدلالة على مشروعية النفقة ووجوبها، فهذه الآيات والأحاديث ترسم حدود النفقة على الشكل التالي:

1. المأكل، والملبس: "وذلك من قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾"<sup>(2)</sup>.

2. المسكن: "وذلك من قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾ وهذه الآية عن المطلقات"<sup>(3)</sup>، فالتي في النكاح أولى بهذه النفقة .

3. نفقة التطيب والعلاج، يري جمهور الفقهاء عدم وجوبها على الزوج، وقد علل واعدم الوجوب هذا، بأن مثل هذه النفقة واجبة لحفظ الأصل، فلا تجب على مستحق المنفعة، وشبهوا ذلك بإصلاح العمارة المستأجرة فإنها لا تجب على المستأجر<sup>(4)</sup>، وبين هذه الاختلافات، نعتقد بأن ما ذهب إليه المشرع الليبي كان موقفاً حيث نص على ذلك في صحيح المادة (22) قائلاً: "تشمل النفقة المسكن، والطعام، والكسوة، والعلاج، وكل ما به مقومات الحياة". على أن أمد تقديرها مقدر "في حدود يسر الزوج، واستطاعته" م(17-أ).

#### ثانياً - سقوط النفقة الزوجية:

تسقط النفقة الزوجية بعدما كانت أثراً مالياً ثابتاً في عقد الزواج، جراء الفعل الضار، ومن بين هذه الأفعال.

(1) ينظر: زبيدة، الهادي علي، مرجع سابق، ج1، ص327.

(2) الدسوقي، مرجع سابق، ج2، ص733.

(3) ابن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص569.

(4) ينظر: ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص568. الدسوقي، مرجع سابق، ج2، ص732. محمد الخطيب، مرجع سابق،

ج3، ص431. السرخسي، مرجع سابق، ج5، ص181.

أولاً- نشوز الزوجة: تسقط نفقة الزوجية بالنشوز، والنشوز هو معصية المرأة لزوجها، في ماله عليها مما أوجبه عقد النكاح، واصل النشوز الارتفاع، مأخوذ من النشز وهو المكان المرتفع، فكأن الناشز ارتفعت عن طاعة زوجها، فسميت ناشزاً<sup>(1)</sup>، وصور النشوز متعددة، وله أوجه مختلفة، قد يتحقق بالخروج من بيت الزوجية المتكرر بدون إذن زوجها، وقد يكون النشوز بترك بيت الزوجية وعدم الرجوع إليه، وقد يكون بعدم احترام الزوج، أو بالتقصير في حقوق الزوجية<sup>(2)</sup>. ويكاد يجمع الفقه الإسلامي على هذا السبب كمسقط للنفقة<sup>(3)</sup>، شريطة ألا تكون الزوجة الناشز حاملاً<sup>(4)</sup>، فقد اختلف الفقهاء في سقوط نفقاتها كما يلي:

أولاً: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية<sup>(5)</sup>، والشافعية<sup>(6)</sup>، والحنابلة<sup>(7)</sup>، وبعض المالكية<sup>(8)</sup>، على أنه لا نفقة ولا سكنى للناشز.

واستدلوا لقولهم بما يلي:

1. إن للزوج عليها حق الحبس في مقابلة وجوب النفقة فإذا نشزت عليه سقط وجوب النفقة؛ لذلك لا تجب قبل التمكين من الاستمتاع<sup>(9)</sup>.

2. إن الله (I) أمر في حق الناشز بمنع حظها في الصحبة بقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاصْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً﴾<sup>(10)</sup>.  
فذلك دليل على أنه تمنع كفايتها في النفقة بطريق الأولى؛ لأن الحظ في الصحبة لهما، وفي النفقة لها خاصة<sup>(11)</sup>.

(1) ينظر: ابن قدامة، مرجع سابق، ج7، ص611.

(2) ينظر: زبيدة، الهادي، مرجع سابق، ج1، ص333.

(3) وهذا خلافاً للظاهرية الذين يرون بأن العقد هو السبب الذي يوجب النفقة. ينظر: ابن حزم، المرجع السابق، ج10، ص88 مسألة 1922.

(4) وقد نص قانون الأحوال الشخصية الموريتاني على هذا الحكم بقوله: "لا تسقط نفقة الحامل بالنشوز" م(151).

(5) ينظر: السرخسي، مرجع سابق، ج5، ص187، ابن همام، مرجع سابق، ج4، ص383.

(6) ينظر: الأنصاري، زكريا بن محمد زكريا، أسنى المطالب شرح روض الطالب، لبنان، بيروت، دار الكتاب الإسلامي، ط1، 2000م، ج3، ص434. الشربيني، مرجع سابق، ج5، ص169.

(7) ينظر: البهوتي، مرجع سابق، ج5، ص474.

(8) ينظر: المواق، مرجع سابق، ج5، ص552.

(9) ينظر: الكساني، مرجع سابق، ج4، ص17، الأنصاري، مرجع سابق، ج3، ص434، ابن قدامة، مرجع سابق، ج8، ص182.

(10) النساء، الآية (34).

(11) ينظر: السرخسي، مرجع سابق، ج5، ص187.

ثانياً: ذهب الظاهرية<sup>(1)</sup>، وبعض المالكية<sup>(2)</sup>، إلى أنه لا تسقط نفقة الناشز، واستدلوا لذلك بما يلي:

1. سئل رسول الله (ﷺ): ما حق زوجة أحدنا عليه؟ قال: (أَنْ تُطْعِمَهَا إِذَا طَعِمْتَ، وَتَكْسُوَهَا إِذَا

اِكْتَسَيْتَ، أَوْ اِكْتَسَبْتَ، وَلَا تَضْرِبَ الْوَجْهَ، وَلَا تُقَبِّحَ<sup>(3)</sup>، وَلَا تَهْجُرَ إِلَّا فِي الْبَيْتِ)<sup>(4)</sup>.

2. قول الرسول (ﷺ): (فَاتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ، فَإِنَّكُمْ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانِ اللَّهِ، وَاسْتَخَلَّكُمْ فُرُوجُهُنَّ

بِكَلِمَةِ اللَّهِ، وَلَكُمْ عَلَيْهِنَّ أَلَّا يُوطِئَنَّ فَرْشَكُمْ أَحَدًا تَكَرَّهُوْنَهُ، فَإِنْ فَعَلَنَّ ذَلِكَ فَاضْرِبُوهُنَّ ضَرْبًا

غَيْرَ مُبْرِحٍ، وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ، وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)<sup>(5)</sup>.

وجه الدلالة: عمم رسول الله (ﷺ) في الحديثين كل النساء ولم يخص ناشزاً من غيرها، ولا

صغيرة، ولا كبيرة<sup>(6)</sup>، بل يؤخذ بعموم النص، وبالتالي كان الخطاب لكل ناشز، ولا يهم العمر في

النشوز.

3. ما روي عن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) أنه كتب إلى أمراء الأجناد: "أن انظروا من طالعت غيبته

أن يبعثوا نفقة، أو يرجعوا، أو يفارقوا فإن فارق فإن عليه نفقة ما فارق من يوم غاب"<sup>(7)</sup>. وجه

الدلالة: أن عمر (رضي الله عنه) لم يفرق بين الناشز، وغير الناشز<sup>(8)</sup>.

1. بين الله (ﷻ) ما على الناشز فقال: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي

الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً﴾<sup>(9)</sup>، فأخبر الله (ﷻ) أنه ليس على

(1) ينظر: ابن حزم، مرجع سابق، ج9، ص113.

(2) ينظر: المواق، مرجع سابق، ج5، ص552، الخطاب، مرجع سابق، ج4، ص188.

(3) لا تقبح: أن لا تقول قبحك الله.

(4) ابن داوود، مرجع سابق، ج2، ص143، الحديث رقم 2142.

(5) النووي، مرجع سابق، ج2، ص328، الحديث الرقم 1218.

(6) ينظر: ابن حزم، مرجع سابق، ج9، ص133، الحديث رقم 1926.

(7) الشافعي، محمد بن ادريس، الأم، بيروت، دار الكتب العلمية في مطبعة بولاق الأميرية، ط1400هـ، ج3، ص146،

المسألة رقم 1190. البيهقي، أحمد بن الحسين أبوبكر، معرفة السنن والآثار، مكة، مكتبة دار الباز، ط1990م،

ج13، ص49، المسألة رقم 4978. الألباني، محمد ناصر الدين، مختصر إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل،

بيروت، المكتب الإسلامي، ج1، ص428، المسألة رقم 2159. المكتب الإسلامي - بيروت، ط2، 1985م.

(8) ينظر: ابن حزم، مرجع سابق، ج9، ص113، المسألة رقم 1926.

(9) النساء، الآية (34).

الناشز إلا الهجر، والضرب، ولم يُسقط الله (I) نفقتها، ولا كسوتها، فمن قال بإسقاطها فقد شرع في الدين ما لم يأذن به الله، فهو باطل<sup>(1)</sup>.

وأرجح رأي الجمهور القائل: إنه لا نفقة لناشز ما دامت على نشوزها، وذلك للأسباب التالية:

1. لأن الحقوق متقابلة بين الزوجين.

2. ولأن النفقة مقابل التمكين.

3. ولأن الإنفاق على الزوجة مع نشوزها يدفعها إلى المضي في ذلك.

ولا أظن أن أدلة ابن حزم قد غاب فهمها عن الأئمة الأربعة، وهذا ما أخذ به المشرع قبل

صدور القانون 1984/10 وفي ظل العمل بمشهور الإمام مالك .

وأقرته كثير من التشريعات العربية<sup>(2)</sup>، أما موقف المشرع الليبي بعد صدور القانون رقم 84/10 فقد ألغى العمل بالنشوز صراحة م (73/ب) واعتمد العقد سبباً لوجوب النفقة، وقضت المحكمة العليا بهذا الحكم صراحة.

وفي تقديري بعد صدور تعديل المادة (39) من القانون رقم 84/10 بموجب القانون رقم 22 لسنة 1991 ونصه صراحة "فإذا كان المتسبب في الضرر مادياً، ومعنوياً هي الزوجة حكمت المحكمة بسقوط حقها في مؤخر الصداق، والحضانة، والنفقة، والسكن مع التعويض عن الضرر للطرف الآخر" م (39/أ)، وقولها أيضاً: "فإذا عجز طالب التفريق عن إثبات دعواه، واستمر الشقاق بين الزوجين حكمت المحكمة بالتطليق مع إسقاط حقوق طالب التفريق" م (39/ب)، وفي هذا قضت المحكمة "وحيث أقام الطاعن دعواه شارحاً فيها بأن زوجته المدعي عليها تسيء معاملته، وتخرج من بيت الزوجية دون علمه، وتهمل تربية ولديه منها، ووصل بها الأمر إلى أن سافرت خارج البلاد دون موافقته، ورفضت الرجوع إلى بيت الزوجية، وانتهى إلي طلب الحكم له

(1) ينظر: ابن حزم، مرجع سابق، ج9، ص114.

(2) من بين هذه التشريعات

م(195) مدونة الأسرة المغربية

م(1|25) الأحوال الشخصية العراقي

م(71) الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية

م(57) مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية

م(73) من مشروع قانون الأحوال الشخصية القطري

بإلزامها بالرجوع إلي بيت الزوجية، وقد قضت له بذلك<sup>(1)</sup>، وقالت الحكمة: "وحيث رفضت المدعي عليها الرجوع لبيت الزوجية، رغم صدور حكم عليها يلزمها الرجوع، وحيث ثبت للمحكمة صحة ما يقوله المدعي: حكمة المحكمة بتطبيق المدعي عليها من زوجها المدعي للضرر، وبإسقاط حقوقها في النفقة والحضانة والسكن،.."<sup>(2)</sup> وقالت أيضاً: "قال الطاعن شارحاً لدعواه أنه تزوج بالمطعون ضدها بعقد شرعي.. وعاشرها معاشرة الأزواج، وبعد فترة من الزواج، وإنجاب أول طفل لم تمكنه من معاشرتها، وكانت تعصي أوامره، وتقابل كل إحسان منه بالإساءة،... وعليه وبعد أن فرغت المحكمة من نظر الدعوى حكمة المحكمة بقبول شكلاً وفي الموضوع بنقض الحكم"<sup>(3)</sup> "إن المشرع بعد هذا التعديل عاد إلى أحكام النشوز بتطرف، حيث أضاف الإسقاط بدل الإيقاف للنفقة مدة نشوز المرأة وخروجها عن طاعة زوجها كما قضت به المحاكم، ونصت عليه أقوال الفقهاء"<sup>(4)</sup>. قد يقول البعض إن المشرع لم يأت بكلمة النشوز، وإنما أتى بلفظ "فإذا كان المتسبب في الضرر مادياً، ومعنوياً هي الزوجة"، أنا أتساءل إن ترك المرأة لبيت الزوجية وخروجها المتكرر بدون إذن الزوج، ألا يعد ضرراً ونشوزاً؟ عدم الاهتمام بأمورها الزوجية وعدم الاعتناء بأطفالها، ألا يعد ذلك نشوزاً، وضرراً؟ عدم مصاحبة زوجها في الانتقال من بلد إلى آخر إذا تغير موقع عمله، حتى آلا الأمر إلى الطلاق ألا يعد ذلك نشوزاً؟ فهذا هو مقياس الضرر؟

تناول أقراص منع الحمل بسبب خلاف مع زوجها حتى لا يحدث حمل من ذلك الزوج ألا يعتبر هذا نشوزاً كل هذه الصور تحمل نفس المعنى، وإن اختلفت صيغ التعبير عنها، ثم إننا نتساءل عن سبب سقوط النفقة جزاء ماذا؟ إذا لم يكن في مقابل النشوز، فمقابل ماذا يكون؟ ويبدو أن ما فعله المشرع في هذا التعديل يعد تعديلاً أو نسخاً ضمناً لأحكام المادتين (23، 73/ب)<sup>(5)</sup>.

(1) المحكمة العليا، طعن شرعي الموافق 2000/1/24، مجموعة أحكام المحكمة العليا، قضاء أحوال شخصية، 2000-2001، ص31.

(2) محكمة جنوب بنغازي الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2000/11/28م، الدعوى رقم 2000/66، (غير منشور).

(3) المحكمة العليا، طعن شرعي الموافق 1998/2/16، مجموعة أحكام المحكمة العليا، قضاء أحوال شخصية 2000-2001، ص 84، وينظر أيضاً المحكمة العليا، طعن شرعي موافق 2000/11/29، مجموعة أحكام المحكمة العليا،

قضاء أحوال شخصية 2000-2001، ص157.

(4) زبيدة، الهادي علي، مرجع سابق، ج1، ص337.

(5) ينظر: نفس المرجع، ج1، ص338.



ونستنتج من ذلك أن المشرع متردد في أي الحكمين يمكن أن يسير عليه، فالنشوز قبل 1984 كان هو المطبق، ثم ألغاه في ظل العمل بالقانون رقم 84/10، ثم عاد وأقره ضمناً، بعد تعديل 22 لسنة 1991، ثم إن استحالة الحياة الزوجية بسبب ضرر لم يتسن إثباته م(39/ب) المعدلة وإلزام القضاء بالتطليق بسبب استحالة العشرة، لو كانت القضية مرفوعة من الزوجة ولم تستطع إثبات الضرر، وقضت المحكمة بالتطليق، وإسقاط حقوقها باعتبارها لم تستطع إثبات الضرر، ألا يعد هذا الإسقاط افتراض النشوز منها؟ وإلا ما سبب ذلك؟

إذا كان العقد قائماً، خاصة، وأن المحكمة العليا فسرتة بسقوط الحقوق المالية المترتبة على عقد الزواج، قد يقول البعض إن النشوز شيء، والسقوط شيء آخر، وهو ما تحدث عنه المشرع في التعديل أقول لا يعد الأمر أن يكون من باب التلاعب بالألفاظ، أو من باب الخاص، والعام على أن مسألة النشوز من عدمها مسألة يستقل بتقديرها قاضي الموضوع.

### ثالثاً- بيت الزوجية:

إن المشرع الليبي استعمل مصطلح بيت الزوجية في اتجاهين مختلفين، فنظر الي مسبب الضرر.

#### أ. إذا كان الفعل الضار بسبب من الزوجة:

وعليه قالت المادة (39/أ) "فإذا كان المتسبب في الضرر مادياً ومعنوياً هي الزوجة، حكمت المحكمة بسقوط حقها في مؤخر الصداق والحضانة والنفقة والسكن، مع التعويض عن الضرر للطرف الآخر".

وهذا ما قضت به المحكمة قائلة: "وحيث ثبت الضرر من قبل الزوجة، عليه قضت المحكمة بتطبيق المدعي عليها من المدعي، وبإسقاط حقوقها في النفقة والحضانة والسكن..."<sup>(1)</sup>. يستوي في ذلك بأن يكون الضرر مادياً أو معنوياً وعليه قالت المحكمة: "ورغم إحسانه لها، طلب تطبيق المدعي عليها للضرر، المادي والمعنوي، وعليه حكمت المحكمة بتطبيق المدعي عليها للضرر، مع إسقاط حقوقها من مؤخر الصداق، والنفقة، والسكن، والحضانة، وإلزامها بالتعويض..."<sup>(2)</sup>.

(1) محكمة بنغازي الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2000/11/28 الدعوي رقم 2000/66 (غير منشور).

(2) محكمة بن غشير الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2000/3/22 الدعوي رقم 99/50 (غير منشور).

وينظر: محكمة شمال بنغازي الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2001/4/3، الدعوي رقم 2000/227 (غير منشور).

## ب. الفعل الضار بسبب من الزوج:

نص المشرع في م(1/39) علي ذلك صراحة بقوله: "أما إذا كان المتسبب في الضرر هو الزوج حكمت المحكمة للزوجة بالتعويض، ومؤخر الصداق، وذلك كله مع عدم الإخلال بالحقوق الأخرى المترتبة علي الطلاق".

يجب الملاحظة أن المشرع حينما قضي بسقوط جميع الحقوق إذا كان الضرر بسبب من الزوجة م(1/39) فإنه قد أعطي "الزوج أكثر مما يطلب، فقد يكتفي الزوج بإسقاط مؤخر الصداق، أو به مع متجمد النفقة، وقد يكتفي بأقل"<sup>(1)</sup>.

وعليه قضت المحكمة: "قالت المدعية انها زوجة المدعي عليه.. وبعد ما كانت زوجة مثالية، وأم راعية ومهتمة بأطفالها، فإنه يتعين علي المحكمة الاستجابة لها في طلبها التطبيق للضرر.. لأنها تضررت أشد الضرر منه.. عليه حكمت المحكمة بتطبيق المدعية من المدعي عليه للضرر.. وأن يدفع لها مؤخر صداقها.. وتعويضاً عن الضرر الذي لحقها منه..."<sup>(2)</sup>. وفي هذا قالت المحكمة: "بأحقية المدعية الزوجة في حضانة ابنيها، وإلزام المدعي عليه والدهما بأن يدفع لهما...بواقع...شهرياً لكل واحد منهما...وأجرة حضانة، وإلزامه بتوفير مسكن للحاضنة خلال فترة حضانتها"<sup>(3)</sup>.

## المطلب الثاني

### المتعة والتعويض

الفرع الأول: المتعة:

أولاً- مفهوم المتعة:

-المتعة: هي: مال يجب دفعه على الزوج لامراته المفارقة في الحياة بطلاق وما في معناه بشروط، وهي مشتقة من المتاع وهو ما يستمتع به<sup>(4)</sup>.

لم يعرف القانون الليبي المتعة كتعريف مستقل، مما يعد قصوراً تشريعياً في هذا القانون، وإنما اكتفى بتحديد مقادر المتعة كما جاء في م(19/و) بقوله: "فاذا لم يسمى له مهراً استحقت متعة لا تزيد عن نصف مهر مثلها".

(1) زبيدة، الهادي علي، المرجع السابق، ج3، ص82.

(2) محكمة الزاوية الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2019/1/23، الدعوي رقم 2018/575(غير منشور).

(3) محكمة الخمس الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2006/4/15، الدعوي رقم 2005/822(غير منشور).

(4) ينظر: الخطيب، محمد، مرجع سابق، ج3، ص 341/341.

وهذا ما يفعله القضاء الليبي في أحكامه من توضيح مقدار المتعة في كل حكم لاختلافه من امرأة لأخرى<sup>(1)</sup>.

- دليلها من المشروعية:

وهي مشروعية ثابتة في كتاب الله قال تعالى: ﴿لِلْمُطَلَّاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾<sup>(2)</sup> وتدخل المتعة في حقيقتها في مفهوم الصداق، وبالتالي تكون خاضعة لأحكامه، أو تدخل بمعنى التعويض تارة أخرى وتخضع لأحكامه.

- رأي الفقهاء في المتعة:

يري الحنفية أنها واجبة، وهذا رأي الحنفية، واستدلوا علي ذلك بقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾، وبقوله: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾<sup>(3)</sup>.

وقالت الحنبلية بمثل قول الحنفية، من وجوب المتعة، وحصرها في المفوضة التي طلقت قبل الدخول. وكان دليلهم الآيات التي مرت في استشهاد الحنفية أيضاً<sup>(4)</sup>.

وقال المالكية<sup>(5)</sup> إن المتعة مستحبة، وقد ورد في المنتقى "ومن تزوج على التفويض فطلق ابتداء لم يلزمه شيء من المهر وغيره، إلا أنه مندوب على المتعة"<sup>(6)</sup>، واستدلوا لذلك بظاهر: قوله تعالى: ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ و﴿حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ وفي هاتين الآيتين إشارة إلى كونها مستحبة، لأن الواجب يكون حتماً على المتقين وغير المتقين<sup>(7)</sup>.

(1) محكمة المدينة الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2003/4/13م، الدعوى رقم 2001/575، (غير منشور).  
وينظر نفس الحكم :

- محكمة صرمان الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2004/8/27م، الدعوى رقم 2003/20، (غير منشور).

- محكمة سوق الجمعة الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2004/5/9م، الدعوى رقم 2003/45، (غير منشور).

- محكمة باب بن غشير الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2003/3/19م، الدعوى رقم 2001/77، (غير منشور).

(2) البقرة، الآية 239.

(3) ينظر: ابن عابدين، مرجع سابق، ج3، ص110. السرخسي، مرجع سابق، ج6، ص61-62.

(4) ينظر: ابن قدامة: مرجع سابق، ج8، ص46-50.

(5) د. الغرياني، الصادق عبد الرحمن، مدونة الفقه المالكي وأدلته، بيروت، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، د:ط، ص82.

(6) الباجي، أبو الوليد سليمان بن سعد، المنتقى، القاهرة، مطبعة السعادة، ط1، 1332هـ، ج3، ص281.

(7) ناقش الإمام ابن حزم المالكية في هذا الرأي بقوله: "إذا كان وجوبها على المتقين والمحسنين فقط، فهل تقولون بوجوبها عليهم، مع أن مذهبكم يقول بأنها ليست واجبة؟ فإن قالوا: نعم فقد خالفوا مذهبهم، لأنها ليست واجبة عندهم، وإن قالوا: فقد أقرروا بخلاف قوله تعالى حيث إن كل مسلم من المتقين ومن المحسنين، لأن إيمانه يجعله كذلك، ونفي هاتين الصفتين عن المسلم إذا قصر أو أذنب، يعني تقيها عن جميع المسلمين بعد الرسول صلى الله عليه وسلم، فتقول له تعالى: "المحسنين" و"المتقين" كقوله "المؤمنين" و"المسلمين" وكل ذلك معنى واحد (المحلي 245/10-246) وهو وراي واضح الحجة".

وقالت الظاهرية بمثل قول الشافعية<sup>(1)</sup> إلا أنهم لم يستثنوا المطلقة قبل الدخول التي وجب لها نصف المهر؛ لأن عموم الآيات عندهم يشمل هذا النوع من المطلقات أيضاً، فالمتعة واجبة لكل مطلقة دون استثناء<sup>(2)</sup>.

أما المتعة التي لا تكون في معنى الصداق، وتُعطى لتطبيب خاطر الزوجة إذا كان الطلاق قد وقع عليها بسبب من الزوج فلم يضع المشرع لها قدراً<sup>(3)</sup>، ولهذا تختلف من امرأة إلى أخرى، حسب يسر الزوج وعسره.

ثانياً: سقوط المتعة وثبوتها بسبب الفعل الضار.

أ- إذا كان الفعل الضار بسبب من الزوج:

إذا كان مناط الحكم للزوجة بالصداق عند تطليقها للضرر، هو عند ثبوت إضرار الزوج بها، وأنه متي وقع الطلاق قبل الدخول، فلا يقضي لها إلا بما استحق لها من صداق وهو نصف المسمى، كما أنه لا تلازم بين الحكم بالمستحق من الصداق، وبين الحكم بالتعويض، لأن الصداق يترتب علي العقد أما التعويض فيستحق بثبوت الضرر من الطلاق، وهذا ما أشار له المشرع الليبي في م (19/و) بقوله: "إذا لم يسم لها مهراً استحققت متعة لا تزيد عن نصف مهر مثلها"<sup>(4)</sup>.

وفي هذا المقام قالت المحكمة: "وحيث أكدت المدعية أن المدعي عليه قد عقد عليها ولم يدخل بها، ثم تبين أنه من تجار ومدمني المخدرات، ومن ثم فإنها لا تطمئن علي اقترانها به، لأن الحياة الزوجية مصيرها الفشل.. وعليه حكمت المحكمة بتطليقها منه وإلزامه بدفع متعة تقدر بنصف مهر المثل"<sup>(5)</sup>.

(1) الشرازي، أبي إسحاق، المجموع في شرح المهذب للنووي، بيروت، دار الفكر، ط3، 2010م، ج18، ص 71.

(2) ينظر: ابن حزم، مرجع سابق، ج10، ص245.

(3) ينظر سعيد الجليدي، مرجع سابق، ج1، ص290.

(4) ينظر في مثل ما جاء به المشرع الليبي:

م(3/52) من قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية.

م(24/ب) من قانون الأحوال الشخصية لسلطنة عمان.

(5) محكمة المدينة الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية 2000/12/18، الدعوي رقم 1998/220 (غير منشور).

أما عند الدخول يقول المشرع في م (51): "إذا كان الطلاق بسبب الزوج حكمت المحكمة بمتعة حسب يسر المطلق، أو عسره دون الإخلال بحكم المادة التاسعة والثلاثين من هذا القانون".

وفي هذا المقام قالت المحكمة: "وقد راعت المحكمة في تقديرها للمبالغ المحكوم بها المدعي عليه حال المدعي يسراً وعسراً.."(1).

"وهذه من المواقع التي يستعمل فيها المشرع مصطلح واحد بداليتين مختلفتين"(2) فالمتعة تارة تُستعمل بمعنى الصداق، وتارة تُستعمل بمعنى التعويض، وتطبيقاً للفعل الضار من قبل الزوج، قضت المحكمة "وبالنظر في الدعوي ..ثبت لدي المحكمة ضرر المدعية من المدعي عليه فإنه يتعين الاستجابة لها في طلبها التطبيق للضرر، وأن يدفع لها مبلغاً... تعويضاً لها عن ضرر الطلاق"(3)، وقضى أيضاً " وحيث تبث للمحكمة أن الضرر من قبل المدعي ..حكمت المحكمة بإلزام المدعي عليه بأن يدفع للمدعية متعة تقدر..."(4).

أما نص م(39/أ) الذي يقول "أما إذا كان المتسبب في الضرر هو الزوج حكمت المحكمة للزوجة بالتعويض ومؤخر الصداق".

إن محاكم الموضوع قد أخذت بالمفهوم الموسع للضرر، ولم يفرق المشرع الليبي بين ضرر مقصود وغير مقصود، بفعل إرادي أو ناتجاً رغم إرادته؛ لأننا لسنا بصدد أفعال جنائية حتي نقول بوجود توافر القصد الجنائي.

وفي ذلك تقول المحكمة: "وحيث ثبت للمحكمة بأن المدعي عليه قد سبب ضرراً بليغاً للمدعية ..حكمت المحكمة بتطبيق المدعية من المدعي عليه للضرر، مع إلزامه بدفع مبلغ ... تعويضاً للضرر، ومبلغ... مؤخر صداقها..."(5).

---

(1) محكمة زوارة الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية 2013/7/14 الدعوي رقم 2013/5 (غير منشور).

(2) د. زبيدة، الهادي علي، مرجع سابق، ج1، ص299.

(3) محكمة صرمان الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2000/1/12 الدعوي رقم 19/101 (غير منشور).

ينظر في نفس المعني:

محكمة زوارة الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية 2013/12/4، الدعوي رقم 2013/38 (غير منشور).

(4) محكمة العجيلات الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية 2012/10/30 الدعوي رقم 2012/47 (غير منشور).

(5) محكمة الزاوية الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية 1999/1/21، الدعوي رقم 97/811 (غير منشور).

وفي نفس الحكم ينظر: محكمة بن غشير الجزئية، دائرة الأحوال الشخصية، 2000/11/7، الدعوي رقم 29/87 (غير منشور).

## ب. إذا كان الفعل الضار بسبب من المرأة:

لم يفرد المشرع الليبي نصوصاً خاصة بالمتعة، وهذا يعتبر نقصاً يعيب التشريع الليبي، إذ أن الواقع العملي يقول بأن المتعة عوضاً عن الصداق أضحت مسألة غير موجودة في حياة المجتمع اليوم؛ لأن وثيقة الزواج يتم التصديق عليها ضربياً، وهذا لا يتم ذلك إلا بعد أن تكون قيمة الصداق مقررة بالكامل في وثيقة العقد<sup>(1)</sup>، كما أن المشرع في م(39/أ) قد بين الحقوق التي تسقط جراء الضرر الذي تسببه الزوجة، والمؤدي للتطبيق حيث قال: "فإذا كان المتسبب في الضرر مادياً ومعنوياً هي الزوجة، حكمت المحكمة بسقوط حقها في مؤخر الصداق والحضانة والنفقة والسكن،..."

إلا أن المشرع لم يذكر المتعة من بين هذه الحقوق، إلا أن المحاكم الليبية اجتهدت منها، وعملاً بالمصادر الاحتياطية، نجد أحكامها تضمنت الإشارة للمتعة كأمر مستقل عن الصداق، وفي هذا تقول المحكمة: "حيث أقام المدعي دعواه ضد المدعي عليها، وقال بأن زوجته غادرت بيت الزوجية بغية زيارة أهلها، ثم رفضت الرجوع للإقامة معه، الأمر الذي دفعه إلي إقامة الدعوي الماثلة طالباً بتطبيقها منه للضرر، وإسقاط حقها في النفقة ومتعة الطلاق، والحضانة والسكن، ومؤخر الصداق..."<sup>(2)</sup>.

إلا أن القضاء الليبي غير ثابت في رأيه، فتارة نجده يسقط المتعة كأثر للتطبيق للضرر الذي سببته الزوجة، وتارة يبقي عليها وعلي بقية الحقوق، وفي هذا قالت المحكمة: "وقال المدعي أنه فشل في التفاهم معها بالرغم من إحسانه إليها، ولم يعد في مقدوره تحملها.. وبعد النظر في الدعوي قضت المحكمة بتطبيق المدعي عليها طليقة بائنة، وألزمت المدعي بإعطائها كامل حقوقها، ومتعة قدرها .. دينار..."<sup>(3)</sup>.

## الفرع الثاني - التعويض:

وقد يخيل للبعض أنه إذا قضت المحكمة بالمتعة، والنفقة، ومؤخر الصداق، فلا قيمة للتعويض بعد ذلك، أجابت المحكمة العليا على عدم صحة هذا صراحة "إن القضاء للمطلقة

(1) ينظر: زبيدة، الهادي علي، المرجع السابق، ج1، ص301.

(2) المحكمة العليا، طعن شرعي 2000/11/28 مجموعة أحكام المحكمة العليا، قضاء الأحوال الشخصية، 2000-2001، ص166.

(3) المحكمة العليا، طعن شرعي 1999/6/9 مجموعة أحكام المحكمة العليا - قضاء الأحوال الشخصية، 2000-2001، ص321.

بمتعة، وبتحديد نفقة لها أثناء عدتها، وبمؤخر صداقها لا يمنع حقها في طلب التعويض عن الضرر إعمالاً م(38/أ) بند 3 ... وحيث إن قضاء المحكمة جرى على أن التطبيق بحكم القضاء إذا سبب ضرراً يلزم المتسبب بالتعويض للطرف الآخر المتضرر، بالإضافة إلى الحقوق الأخرى المترتبة على الطلاق<sup>(1)</sup>، وتُقدر المتعة التي تكون في معنى الصداق بنصف مهر مثيلاتها من أسرة أبيها هذا بمعيار موضوعي، أما المتعة في معنى التعويض فتقدر بمعيار شخصي<sup>(2)</sup>، أما التعويض فهو أمر نسبي تقديري يخضع لسلطة القاضي التقديرية، وفي واقع التطبيق العملي في محاكمنا الموقرة عادة يحكم بالتعويض لزوجته عن ضرر لحق بها من زوجها، ويحكم القاضي بتعويض بسيط جابر لضرر، غير أن في بعض الأحكام قد تكون التعويضات قد خرج بها القاضي عما ألفته المحاكم في قضائها، حيث قال: "حكمت المحكمة بتطبيق المدعى عليها من زوجها المدعى طلاقاً بائناً للضرر الواقع عليه... وبإسقاط كافة حقوق المدعى عليها الشرعية مع إلزامها بأن تدفع للمدعي مبلغاً وقدره عشرة آلاف ديناراً "10000" له عما لحقه من ضرر مادي، ومعنوي..."<sup>(3)</sup>.

هنا المعيار الشخصي، والتكييف القضائي للدعوى، فقلماً نجد مثل هذا الرقم من التعويضات في أحكام المحاكم، فلا بد أن القاضي قد قدر حجم الضرر، وعليه كان الحكم بالتعويض.

هنا المشرع يستعمل مصطلح واحد بداليتين مختلفتين. "فالمتعة تارة بمعنى الصداق، وتارة تستعمل بمعنى التعويض"<sup>(4)</sup>، بالرغم من أن التعويض شيء مستقل به قاضي الموضوع، فينظر للضرر وجسامته.

حيث جاء في م (39/ب) المعدلة بالقانون رقم 1991/22 م ما يلي: "فإن كان المتسبب في الضرر مادياً أو معنوياً هو الزوجة حكمت المحكمة بسقوط حقها في مؤخر الصداق، والحضانة، والنفقة، والسكن مع التعويض عن الضرر للطرف الآخر".

وإذا كانت المادة بتعديلها قد ألزمت المتسبب في الضرر بالتعويض، فالقانون لم يحدد معياراً يمكن الرجوع إليه في تحديد الضرر، وتترك أمر تقديره للقضاء، أما إذا تم الطلاق دون

(1) المحكمة العليا، طعن شرعي 2003/3/13، الطعن رقم 49/36 (غير منشور).

(2) ينظر: زبيدة، الهادي علي، المرجع السابق، ج1، ص298.

(3) محكمة الزاوية الجزئية، الدائرة الشرعية، 2015/12/29م، الدعوى رقم 2014/1100م، (غير منشور).

(4) زبيدة، الهادي علي، مرجع سابق، ج1، ص299.

حاجة تدعو إليه، فإن الزوج يلزم بتعويض يدفعه إلى الزوجة؛ وذلك بناء على أن الأصل في الطلاق هو أن يكون بسبب الحاجة، والضرورة، وحيث لا توجد ضرورة فقد وجد طلاق دون حاجة، ومن هنا وقع الضرر المقتضى للتعويض، غير أن هذه الدعوى مرفوضة من وجوه عدة: 1. قد تكون أسباب الطلاق نفسية لا يمكن إقامة الدليل المادي على وجودها، وإن أمكن إقامة الدليل فقد لا يكون من مصلحة الزوجين الكشف عنها.

2. إن القول بالتعويض قد يؤدي في بعض الأحيان إلى منع إيقاع الطلاق، ولو كان لحاجة، ولأسباب معقولة، وقد يعطى التعويض إلى امرأة كانت هي السبب في قيام زوجها بتطليقها فهي التي أضرت بهذا الزوج، كأن يطلق الزوج زوجته بسبب تهمة أحاطت بزوجه خشية العار، وكرم الزوج هذا الفعل لأجل أبناءه، فليس من العدل أن تعوض هذه الزوجة في هذه الحالة.

3. إن الضرر الناشئ من جراء الحياة الزوجية، والذي أدى إلى طلاق ضرر لا نستطيع تأسيسه على قواعد المسؤولية التقصيرية؛ لأن الحياة الزوجية حقوق وواجبات متداخلة فقد يكون الضرر لم ينشأ عن خطأ أصلاً كأن يكون سبب الضرر هو اختلاف وجهات النظر في تدبير أمر من أمور الحياة، وهذا الضرر غير مقصود، وينشأ عن ممارسة الشخص لحياته اليومية، وقد يكون التعويض وسيلة للإثراء على حساب الغير دون سبب، وفتح الباب أمام الزوجين كي يستطيع الإفلات من عقوبة التعويض في استعمال الدعاوى الكيدية لإثبات أن المتسبب في الضرر هو الطرف الآخر للحصول على التعويض<sup>(1)</sup>.

---

(1) ينظر: شبيهه، مصطفى عبد الغني، مرجع سابق، ص 213.



## الخاتمة

في بحثي هذا تتبعت أسباب التفريق القضائي وصوره؛ لبيان أحكامه وتطبيقاته في المحاكم ، ومن ثم وصلت إلي جملة من النتائج والتوصيات الآتية:

### أولاً - النتائج :

1. إذا كان للزوج مقاصد جليلة ، فإن مقاصد التفريق لا تقل عنها ؛ لأنه السبيل الأخير لرفع الضرر الواقع من أحد الزوجين على الآخر ، وبه يمكن وقاية الأولاد من سلبات التأثير مما قد يحدث بين الزوجين .
2. إجراءات التظليق للضرر طويلة ، ومعقدة على الرغم من أن الإسلام منح كلاً الزوجين حق الحصول علي الطلاق للضرر ، لكن معظم القوانين أفرغت هذا الحق من محتواه ؛ بسبب عدم دقة أحكام التظليق وتعقيدها ، لأنه حتي وإن حظى أحد الزوجين بحكم لصالحه فإن هذا الحكم لا ينتج آثاره إلا بعد أن يصبح نهائياً ، وغير قابل لأي طريق من طرق الطعن .
3. يُثبت بعض أنواع الضرر الواقع على أحد الزوجين من الآخر بالكشف الطبي كالضرب ، ويُثبت بعضها الآخر كالضرر النفسي -الذي كثيراً ما يقع علي الزوجة - بما أرتكب من جرائم تضرر بها أحد الزوجين نفسياً .
4. للحكمان دوراً إيجابياً في الصلح بين الزوجين ، لكن في الغالب نري أن الحكامين ما هما إلا خصمين يدافع كل منهما على موكله ؛ لذا يمكن للقاضي الاستعانة بحكمين من غير أهل الزوجين ، أو باختيار القاضي نفسه ؛ إذا تبين له بأن الحكامين من الأقارب غير قادرين على إنجاز مهمة الإصلاح .
5. إن تقدير الضرر يخضع لسلطة القاضي التقديرية ؛ ولهذا السبب نري تبايناً بين أحكام المحاكم في تقدير التعويض ، تبعاً لنوعية الضرر .
6. يعد بيت الزوجية أو ما يقابله أحد أهم أنواع النفقة الواجبة على الزوج لزوجته الأم ؛ لأن كل امرأة تريد أن تنفرد ببيت مستقل تربي فيه أبنائها .
7. لا تسقط الحضانة عن من كان ضرره سبباً في الحكم بالتظليق ، إلا إذا كان هذا الضرر يؤثر في سلوك المحضون في المستقبل .

## التوصيات:

### وهي كما يلي:

1. من واجب القائمين على صياغة الأحكام الشرعية، والعاملين في هذا المجال، وضع مذكرات تفسيرية للقوانين المعمول بها، وعلى القاضي تسبيب الأحكام في القضايا المعروضة عليه.
2. النظر إلى وسائل إثبات الضرر بشيء من المرونة، وفتح المجال لاجتهاد القاضي؛ ليقبل أي وسيلة يراها كافية في إثبات الضرر، خصوصاً في الحالات التي يتعذر فيها إثبات ضرر أصاب أحد الزوجين .
3. تتناسب مقدار الضرر مع مقدار التعويض بطريقة يُجبر فيها ضرر الطرف المتضرر، بخلاف ما يحدث في الواقع العملي لمحاكمنا، حيث يحكم القاضي بالتعويض الذي لا يغني ولا يضمن من جوع .
4. هناك بعض الفراغات التشريعية في القانون الليبي رقم 10 لسنة 1984م لابد من سن قوانين تسد هذا الفراغ، كحصر أنواع الضرر الموجبة للتفريق، وعدم ترك سلطة تقديرية واسعة للقاضي؛ حتي لا تختلف الأحكام في القضايا المتشابهة من محكمة لأخرى.
5. لم يتكلم المشرع عن رجوع الحضانة لمستحقيها بعد زوال السبب المسقط لذلك، مما يعد قصوراً في هذا القانون، وفراغاً يستوجب دراسته.
6. إعادة صياغة (م39) من القانون رقم 84/10 من عدة وجوه؛ لرفع التناقض بينها وبين (م23) من نفس القانون، فيما يتعلق بالنفقة
7. سقوط الحضانة بسبب الفعل الضار، فعلى المشرع أن يلغي هذا النص، وإعادة صياغته، بما يجعل سقوط الحضانة في حالة ما إذا كان الفعل الضار راجعاً للخيانة الزوجية.
8. يبدو واضحاً في هذا الزمان ارتفاع سقف مطالب الزوجة المادية ، وهذه المطالب يصعب على الزوج تحقيقها ،لذا يفترض أن تتدخل الدولة كطرف ضامن من بعض الآثار المترتبة على العلاقات الزوجية، خاصة وإن كان السبب مادي يؤدي للتطليق للضرر .
9. إن للمناهج التعليمية دوراً كبيراً في بناء المجتمع الليبي؛ لذا لابد من تخصيص مادة تربوية إسلامية، تهتم بالعلاقات الأسرية عموماً، وتدرس ابتداء من الصف التاسع، حتى نتدارك انهيار العلاقات الزوجية ؛ تزامناً مع ظاهرة الزواج المبكر في البلاد.
10. إعادة صياغة المادة (43) من القانون رقم 84/10، بحيث يجعل الإيلاء أمراً مختصاً بالرجل، والهجر أمراً مشتركاً بين الرجل والمرأة.

## المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم برواية قالون عن نافع.

ثانياً: كتب التفسير

1. ابن العربي، أبو بكر بن عبد الله بن، محمد الاشبيلي، أحكام القرآن، مصر، القاهرة، دار إحياء الكتب، ط2، 1387هـ.
2. ابن كثير، إسماعيل القرشي، تفسير القرآن العظيم، بيروت، مطبعة دار الفكر، ط774هـ.
3. الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، إسطنبول، مطبعة الأوقاف الإسلامية، دار الخلافة، سنة 1335هـ.
4. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد اليمني، فتح القدير، دمشق، بيروت، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب، ط1، 1414هـ.
5. الصابوني، محمد بن علي، صفوة التفاسير، بيروت، دار القرآن الكريم، ط جديدة، 1986م.
6. القرطبي، عبد الله بن محمد شمس الدين، الجامع لأحكام القرآن، مصر، دار الكتب المصرية، ط2، 1351هـ.

ثالثاً : كتب الحديث

1. ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، باب الأكفاء، مصر، مكتبة ابن المعاطي، بدون :ت.
2. الألباني، محمد ناصر الدين، السلسلة الضعيفة والموضوعة حديث موضوع رواه ابن عدى، وابن حبان في المجروحين عن الحسن بن محمد البلخي وهو غير معروف ومنكر الحديث عند التقات، المكتبة الإلكترونية الشاملة، بدون :ط، بدون :ت.
3. الألباني، محمد ناصر الدين، مختصر إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، بيروت، المكتب الإسلامي، ط2، 1985م.
4. البخاري، العسقلاني أحمد بن علي، فتح الباري للإمام البخاري، كتاب الحدود، السعودية، نشر وتوزيع رئاسة إدارة البحوث العلمية والافتاء والدعوة والإرشاد بالسعودية، دون :ت.

5. بن حنبل، أحمد بن هلال بن أسد، المسند، لبنان، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط1، 1993م .
6. البيهقي، أحمد بن الحسين أبو بكر، السنن الكبرى، بيروت، ط394هـ .
7. البيهقي، أحمد بن الحسين أبوبكر، معرفة السنن والآثار، مكة، مكتبة دار الباز، ط1990م.
8. الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة، الجامع الصحيح، بيروت، لبنان، دار الفكر، ط2، 1983م .
9. الحاكم، النيسابوري أبو عبد الله محمد بن عبد الله، المستدرک، كتاب النكاح، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1990.
10. الدار قطني، الحافظ أبو الحسن البغدادي، سنن الدار قطني، بيروت لبنان، ط1، 2004م.
11. الدمشقي، علاء الدين أبو الحسن علي بن محمد بن عباس البعلي، الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر، دونت، ص245-246.
12. الزاهي، عبد الله: نصبت الراية في تخريج أحاديث الهداية، عمان، الأردن، مطبعة دار المأمون، ط1، 1938م.
13. عبد الباقي، محمد فؤاد، اللؤلؤ والمرجان: فيما اتفق عليه الشيخان، القاهرة، دار الحديث للنشر والتوزيع ودار الريان، ط1، 1986م .
14. مالك، بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، الموطأ، لبنان، بيروت، دار أحياء التراث العربي، ط1985م .
15. النسائي، احمد بن شعيب، السنن الكبرى، بيروت، مؤسسة الرسالة، ط1، 2001م، ج8، ص193. والترمذي بلفظ آخر، باب ما جاء في كراهية إتيان النساء في أذربهن، ج3، ص469.
16. النووي، يحيى بن شرف النووي، رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ط2: 1972م .
17. النيسابوري، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، تركيا، مطبعة العامرة، ط1، 1330هـ .

## رابعاً: كتب الفقه

### أ- الفقه المالكي

1. ابن جزى، أبو القاسم محمد بن أحمد الكلبى الغرناطى: القوانين الفقهية، بيروت، لبنان، دار القلم، دون:ت.
2. ابن رشد، محمد بن احمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد، القاهرة، دار الحديث للنشر، بدون: ط، 2004م .
3. ابن فرحون، برهان الدين أبو الوفاء إبراهيم اليعمرى المالكي المدني، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام على هامش فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك للشيخ عليش، بيروت، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، 2003م.
4. أبو الشتاء، الغازي الحسيني، التدريب على تحرير الوثائق العدلية، وثيقة وشرح أحمد الغازي الحسيني، الرباط، مطبعة الأمنية، ط2، 1995 م .
5. الأصبحي المدني، الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، وراي عبد السلام سحنون، بيروت، طبعة دار صادر، غير مؤرخ .
6. الأصفهاني، أبو الثناء محمود بن عبد الرحمن بن أحمد، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، جده، السعودية، دار المدني للنشر، ط 2، 1986م.
7. الأنصاري، زكريا بن محمد زكريا، أسنى المطالب شرح روض الطالب، لبنان، بيروت، دار الكتاب الإسلامي، ط1، 2000م.
8. التاودي، أبو عبدالله محمد، حلى المعاصم لفكر ابن عاصم، مطبوع بحاشية البهجة، بيروت، لبنان، دار المعرفة لطباعة والنشر، ط3، م1977.
9. التاودي، أبو عبد الله محمد، حلى المعاصم لفكر ابن عاصم مطبوع بحاشية البهجة، بيروت، لبنان، ط3، 1977م .
10. التسولي، أبو الحسن علي عبدالسلام، البهجة في شرح تحفه ابن عاصم الأندلسي، وبهامشه شرح الإمام التاودي، لبنان، بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، ط3، 1977م.
11. الحطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد، مواهب الجليل وبهامشه التاج والإكليل لمختصر الخليل، مصر، مطبعة السعادة، ط1، 1329 هـ.

12. الخرشي، محمد أبو عبد الله العدوي، الخرشي علي مختصر الشيخ خليل وبهامش حاشية العدوي، مصر، المطبعة الأميرية الكبرى، ط2، 1317هـ .
13. الخشني، محمد بن الحارث، أصول الفتيا في الفقه على مذهب الإمام مالك، تونس، الدار العربية للكتاب، والمؤسسة الوطنية للكتاب، ط1، 1985م.
14. الدردير، أبي البركات، سيدي أحمد، الشرح الكبير، على مختصر الشيخ خليل، بيروت، طبعة دار الفكر، غير مؤرخ.
15. الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، القاهرة، مصر، طبعة دار إحياء الكتب العربية، غير مؤرخ .
16. الرصاع، أبو عبد الله محمد الأنصاري، شرح الحدود الإمام الأكبر عبد الله بن عرفة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمحكمة المغربية، المغرب، مطبعة فضالة المحمدية، 1992م.
17. الشيخ الحسيني العلمي، عيسى بن علي، "النوازل"، تحقيق المجلس العلمي بفاس، مطبعة فضالة المحمدية، 1983م.
18. الشيخ: الوزاني العمراني، محمد المهدي، "النوازل الصغرى"، المسماة المنح السامية في النوازل الفقهية، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، المغرب، مطبعة فضالة، المحمدية، 1412هـ-1992م.
19. الصنهاجي، أبو الشتاء الغازي الحسيني، مواهب الخلاف، الرباط، مطبعة الأمنية، ط2، 1995م.
20. العدوي، علي الصعيدي: حاشية العدوي على شرح أبي حسن المسمى كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني، لبنان، بيروت، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، د.ت.
21. الغرياني، الصادق عبد الرحمن، مدونة الفقه المالكي، لبنان، بيروت، مؤسسة الريان للطباعة و النشر، ط منقحة، 2002 م.
22. ميار الفاسي، محمد بن أحمد، شرح ميار الفاسي علي تحفة الحكام، الرباط، دار الفكر، دون : ت، وبدون إشارات أخرى.

23. الوزاني العمراني، محمد المهدي : "النوازل الكبرى الجديدة فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى، المسماة بالمعيار الجديد المعرب عن فتاوى المتأخرين من علماء المغرب"، طبعة حجرية، دن، د.ت، د.ط.

24. الونشريسي، أبو العباس أحمد بن حيي: "المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل أفريقيا والأندلس والمغرب"، نشر وزارة الأوقاف بالمغرب، بيروت، دار الغرب الإسلامي، ط 1981.

#### ب- الفقه الحنفي

1. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دون: ن، دون، ط1، 1202 هـ، طبعة بولاق، ج 2، ص 618 .

2. ابن نجيم المصري، زين العابدين بن إبراهيم بن محمد : البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، مصر، دار الكتب العلمية، ط1، 1997م، ج7، ص24.

3. الحنفي الحصكفي، محمد بن علي بن محمد بن عبد الرحمن، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 2002م، ج 3، ص610.

10. الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، مصر، القاهرة، ط1، دون :ت، دون :ن .

4. السرخسي، شمس الدين محمد، المبسوط، مصر، مطبعة السعادة، ط1، 1324هـ، ج5، ص220.

5. السمرقندي، محمد بن أحمد أبو بكر علاء الدين، تحفة الفقهاء، بيروت، لبنان، المكتبة الإلكترونية الشاملة، ط1991م.

6. الشیخی زادة، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، لبنان، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1998م.

7. عالم كير فاتح العالم، محيي الدين محمد أورك، الفتاوى الهندية، دمشق، سوريا، دار الفكر، ط2، 1310هـ.

8. الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مصر، القاهرة، دار الكتب العلمية، ط2 1986م، ج7، ص311.

9. لزرقاء، احمد محمد، شرح القواعد الفقهية، المكتبة الوقفية للكتب المطبوعة، ط2، 1989م.

### ج- الفقه الشافعي

1. أبو العباس، أحمد بن محمد السعدي الأنصاري، الفتاوى الفقهية الكبرى، القاهرة، المكتبة الإسلامية، دون: ط .
2. الأنصاري، زكريا بن محمد زكريا، أسنى المطالب شرح روض الطالب، لبنان، بيروت، دار الكتاب الإسلامي، ط1، 2000م .
3. الرملي، شمس الدين محمد بن العباس، نهاية المحتاج، بيروت، لبنان، ط :أخيره، 1984م .
4. الشافعي، أبو عبد الله بن ادريس، المسند، بيروت، لبنان، دار الكتب العلمية في مطبعه بولاق الأميرية، ط1400هـ .
5. الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، لبنان، بيروت، دار المعرفة لطباعة والنشر، ط1، 1973م.
6. الشربيني، محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، مصر، طبعة مصطفى الحلبي، 1377 هـ .
7. للشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف، المهذب، حلب، طبعة مصطفى الحلبي، ط1، 1992م.
8. الماوردي، أبو الحسن محد البصري، الحاوي في فقه الشافعي، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1994م.
9. النيسابوري، أبو بكر محمد بن إبراهيم، الأوسط في السنن والاجماع والاختلاف، باب جماع أبواب نكاح العبيد، بيروت، لبنان، دار الكتاب العلمية، ط1، 1971م .

### رابعاً -الفقه الحنبلي

1. ابن القيم الجوزية، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، زاد المعاد في هدى خير العباد، بيروت، طبعة المختار الإسلامية، ط 2، 1979م .
2. ابن تيميه، احمد بن عبد الحلیم الحراني، شرح عمدة الفقه، الرياض، مكتبة العبيكان، دون: ط، 1412هـ .
3. ابن قدامه، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد :المغني، مصر، القاهرة، دار المنار، ط 1367هـ .
4. البهوتي، منصور بن يونس، كشف القناع عن متن الإقناع، مصر، القاهرة، مطبعة أنصار السنة المحمدية، 1947م .



### خامساً - الفقه الظاهري

1. ابن حزم الاندلسي، أبو محمد بن أحمد بن سعد، المحلي، مصر، القاهرة، إدارة الطباعة المنيرة، 1399 هـ .

### سادساً- الفقه الشيعي

1. الخوئي، أبو القاسم الموسوي، منهاج الصالحين، الكويت، دار المحاميد العالمية، الطبعة 25، 280 .

2. الخصيبي، أبي عبد الله الحسين بن حمدان، لبنان، بيروت، مؤسسة البلاغ، ط4، 1991م.

3. جعفر، بن الحسين، المحقق الحلي، لبنان-بيروت، مؤسسة الوفاء، ط3، 1983م.

### سابعاً - الفقه الاباضي

1. اطفيش، محمد بن يوسف، شرح النيل وشفاء العليل، مصر، مكتبة المنارة الأزهرية، ط2، 1973م .

### ثامناً - الفقه الزيدي

1. الصنعاني العنسي، أحمد بن القاسم، التاج المذهب لأحكام المذهب، اليمن، صنعاء، دار الحكمة اليمانية، دون: ت، ج2، ص254.

### خامساً: فقه الأحوال الشخصية الحديث

1. إبراهيم، أحمد، طرق الإثبات في الشريعة الإسلامية، مصر، القاهرة، ط3، 1958م .

2. ابن عاشور، محمد الطاهر: تفسير التحرير والتتوير، تونس، الدار التونسية للنشر، 1971م.

3. ابن معجوز، المزرعاني محمد، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، الدار البيضاء مطبعة النجاح، الجديدة، ط1، 1404هـ-1984م .

4. ابن معجوز، المزرعاني محمد، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، الدار البيضاء مطبعة النجاح، الجديدة، ط1، 1404هـ-1984م .

5. أبو زهرة، محمد، الأحوال الشخصية، مصر، دار الفكر العربي، ط3، 1957م .

6. أنظر: الفاسي، علال، التقريب: شرح مدونة الأحوال الشخصية، الرباط، مؤسسة علال الفاسي، مطبعة الرسالة، ط 1986م.

7. بشير، جمعة، الأحوال الشخصية، ليبيا، الزاوية، مطبعة الوحدة العربية بالزاوية، ط1، 2006م .

8. بناني، فريدة: "حق تصرف الزوجة في مالها: حق شرعي وقيود تشريعية"، المغرب، مراكش، مطبعة تينمل، ط1، 1995م.
9. التكروري، عثمان، قانون الأحوال الشخصية، عمان، دار الثقافة لنشر والتوزيع، ط5 مزیده منقحه، 2011م.
10. توفيق، عبد العزيز، التعليق على مدونة الأحوال الشخصية، الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديد، ط1، 1998م .
11. جرادات، أحمد علي، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، عمان، الأردن، دار الثقافة للنشر، ط1، 2012م .
12. الجليدي، سعيد، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما، ليبيا، بنغازي، دار الكتب الوطنية، ط1، 1986م .
13. الجمل، إبراهيم محمد، فقه المرأة المسلمة، القاهرة، دون: ن، ط1981م .
14. الخمليشي، أحمد، قانون الأحوال الشخصية، الرباط، مطبعة النجاح الجديدة، ط2، 1987م .
15. الذهبي، محمد حسين، التفسير والمفسرون، مصر، القاهرة، مكتبة وهبة، ط7، 2000م .
16. الذهبي، محمد حسين، الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة بين أهل السنة ومذهب الجعفرية، القاهرة، دار الكتاب الحديث، ط2، م1968م .
17. زبيدة، الهادي علي، أحكام الأسرة في التشريع الليبي، المنصورة، مطبعة الشروق لترجمة والنشر، ط1، 2013م .
18. زعيم، إبراهيم، نظام الخبرة في القانون الغربي، مراكش، مكتبة عليلى، ط1، 1993م.
19. زغو، صلاح الدين ضمن مؤلفه: "القضاء الجزئي في مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين"، مصر، مكتبة الانجلو، الناشر، مكتبة الأنجلو المصرية، ط1، 1960م.
20. زكي، صلاح الدين، احكام قانون الأسرة في الفقه الإسلامي والتشريع المغربي، المغرب، الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، ط1، 1985م .
21. سابق، السيد، فقه السنة، بيروت، دار الكتاب العربي، ط6، 1984م .
22. سماره، محمد، أحكام وأثار الزوجية، الأردن، عمان، دار الثقافة لنشر، ط1، 2010م .

23. السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام - الأثبات - آثار الإلتزام، لبنان، بيروت، دار أحياء التراث العربي، دون: ت .
24. الشافعي، جابر عبدالهادي سالم، التلفيق الفقهي بين الرفض والقبول وأثر ذلك على قوانين الأحوال الشخصية، مصر، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ط2009 م .
25. الصابوني، عبدالرحمن، مدى حرية الزوجين في الطلاق، دار الفكر، بيروت، ط2، منقحه 1968 م .
26. عامر، علي رحيم، التحكيم بين الشريعة والقانون، الكتاب الإسلامي، ليبيا، دار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، ط1، 1987 م .
27. العبدلاوي، العلوي إدريس: "وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي"، القواعد العامة لوسائل الإثبات، الكتابة - الشهادة - القرائن - الإقرار - اليمين، الدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة، دون: ط، 1981 م.
28. عدلي أمير خالد، "الملاحظات القضائية في الدعوى في ضرر المستحدث من أحكام محكمة النقض" الإسكندرية، منشأة المعارف، دون: ت.
29. العمروسي، أنور، أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، مصر، ط7، 1970 م .
30. الفهكاني حسن، "الموسوعة المغربية في التشريع والقضاء"، طلاق قضاء مصر، الدار العربية للموسوعات، المجلد الثاني، أحوال شخصية.
31. قره، فتحة، الجديد في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين، مصر، الإسكندرية، منشأة المعارف بالإسكندرية، سلسلة الكتب القانونية، 1988 م.
32. موسى، محمد يوسف: "أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي"، مصر، مطابع الكتاب العربي بمصر، طبعة جديدة منقحة ومزيدة، 1958 م.
33. موسى، محمد يوسف، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مع التعرض لأحكام القضاء وبيان ما عليه العمل اليوم، مصر، مطابع دار الكتاب العربي، طبعة جديدة منقحة ومزيدة، 1958 م .
34. ميكو، عبد النبي، الوسيط في شرح مدونة الأحوال الشخصية، الرباط، مطبعة كوثر، 1971 م.

35. نشأة، أحمد: رسالة الإثبات، الإقرار - اليمين - الفرائن بما في ذلك قوة الشيء المحكوم به، المعاينة، المجلد الثاني، ط1971م، بدون:ت، بدون:ن .

#### سادساً - كتب اللغة

1. ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، بيروت، دار صادر، ط1، 1997م.
2. ابو جيب، سعدي القاموس الفقهي: لغة واصطلاحاً، دمشق، دار الفكر، ط2، 1988م.
3. الأصفهاني، الراغب أبو الفرج، معجم مفردات ألفاظ القرآن، مصر، القاهرة، دار الكتاب العربي، مطبعة التقدم العربي، 1972م .
4. الرازي، محمد بن أبي بكر عبد القادر، مختار الصحاح، مصر، دار المعارف، ط منقحه، 1953م.
5. الزبيدي، المرتضي محمد بن محمد الرزاق الحسيني، تاج العروس، بيروت، 1984م .
6. الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، قاموس المحيط، بيروت، لبنان، دار أحياء التراث العربي، ط1، 1991م .

#### سابعاً - الرسائل والأطروحات الجامعية

1. بنغازي، ربيعة، "التطبيق للضرر من خلال الاجتهاد القضاء المغربي"، أطروحة لنيل الدكتوراه، جامعة محمد الخامس (لم تنشر)، الرباط، 2001م.
2. شيبعة، مصطفى عبد الغني، "نصوص الطلاق والتطبيق في القانون رقم 84/10 بين قصور في الحكم وغموض في الصياغة"، منشورات الجامعة الأسمرية، العدد 14، السنة 7 .
3. العذري، مريم بنت سعيد، التفريق القضائي بين الزوجين للضرر (رسالة ماجستير)، كلية الدراسات الإسلامية بديبي، (لم تنشر)، 2008م
4. فتح الله، أحمد عيسى، التطبيق بحكم القضاء في الشريعة الإسلامية وموقف القانونيين الليبي والمصري منه، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، (لم تنشر)، 2010م.

5. المجدوبي الإدريسي، محمد "إجراءات التحقيق في الدعوى في قانون المسطرة المدنية المغربي"، القواعد العامة والمشاركة لإجراءات التحقيق، رسالة لنيل الدراسات العليا في القانون الخاص، دمشق، مكتب الكاتب العربي، ط1، م1996.
6. الولي، محمد الشيخ، "حق الزوجة في الفرقة في الفقه الإسلامي"، أطروحة دكتوراة، جامعة القاهرة (لم تنشر)، كلية دار العلوم، 1977م .

#### ثامناً - الدراسات والمقالات

1. أبا درين، أحمد: "هل يمكن اعتبار القانون أداة للتغيير"؟ "العنف ضد النساء آية حماية؟"، أعمال المناظرة الوطنية من طرف الجمعية المغربية لحقوق النساء، بالدار البيضاء، يناير 1995م، تحت شعار: مطبعة فضالة المحمدية .
2. البليهد، خالد بن سعود: عضو الجمعية السعودية للسنة، مقال بعنوان: "النشوز"، الناشر: [binbulihed@gmail.com](mailto:binbulihed@gmail.com)
3. اليريدى، أيمن، "الضرر في العلاقات الزوجية"، الهيئة الوطنية للمحامين، تونس، الفرع الجمهوري تونس، دون :ط، دون :ن .
4. ميعادي، زينب: العنف ضد النساء آية حماية؟ الجمعية المغربية لحقوق الإنسان، الدار البيضاء، يناير -1995 م، أعمال المناظرة الوطنية المنظمة من طرف الجمعية المغربية لحقوق الإنسان، مطبعة فضالة المحمدية .

#### تاسعاً - المجلات

1. مجلة المحكمة العليا الليبية
2. مجلة الجامعة الأسمرية زليتن
3. المجلة العربية للفقه والقضاء، تصدرها الأمانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب.
4. مجلة المحاماة المصرية
5. مجلة الحق، تصدر عن اتحاد المحامين العرب بالقاهرة
6. مجلة القضاء والقانون، تصدر عن وزارة العدل المغربية
7. مجلة القضاء والتشريع التونسية
8. مجلة الإحياء، تصدر عن الرابطة المحمدية بالمغرب

## المُلخَص

تناولت في بحثي هذا، التفريق القضائي للضرر في العلاقات الزوجية ، مقارنة بمصادر الفقه والقانون الليبي، ونظراً لأهمية الموضوع ؛ لكثرة حدوثه في الحياة اليومية، وتعدد الآراء الفقهية لهذا الموضوع بشكل واسع ومفصل، وتدخل المشرع الليبي لصياغة أحكام الضرر المؤدية للتفريق القضائي، والذي طبق أحكامها القضاء الليبي في الوقائع المعروضة عليه، معتمدة في علاج إشكالية البحث على مصادر الفقه، ونصوص القانون الليبي، وأحكام المحاكم، وآراء فقهاء القانون، وقد عالجت بحثي هذا في فصلين كالآتي:

1- الفصل الأول: الأسس العامة للضرر.

2- الفصل الثاني: الآثار المترتبة على التفريق القضائي للضرر.

إضافة إلى خاتمة تضمنت جملة من النتائج والتوصيات أهمها:

1. إجابة المشرع الليبي في تنظيمه لأحكام التطبيق للضرر وفق تعديل 22 لسنة 1991م الذي

سيق أحكامه من الفقه المالكي وهو الملائم لواقع الحياة.

2. النظر في تناسب مقدار الضرر مع مقدار التعويض بطريقة يجبر فيها ضرر الطرف

المتضرر.

## **ABSTRACT**

I conducted this research on judicial separation of spouses for damage in marriage relationship, in comparison with sources of jurisprudence and Libyan Law. Due to the importance of the subject, and increased happening in daily life, and multiplicity of broad and detailed jurisprudence views in this subject beside the interference of the Libyan legislature for editing provisions of damages lead to the judicial separation which implemented by the Libyan judicial system in the cases exposed before it.

I rely in my approach of this research to solve the issue on the light of the source of jurisprudence, Libyan code, Libyan courts' judgments and the opinions of the law scholars. I have approached this issue by dividing my research into two parts.

Part 1 The criteria of damage

Part 2 The impact arising from separation for damage

As well as a conclusion that includes some results and recommendations in such as:

1. perfect and good job done by the Libyan legislature in organizing the principles of the subject of divorcing for damage according to 22 amendment of code of 1991 which has been accepted by the Maliki Islamic jurisprudence and suitable for the realities of life .
2. looking at the right balance between the damage and the compensation in a way that the injured party can get reasonable composition.

## فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع	ت
أ	الآية	1
ب	الإهداء	1
ج	الشكر والتقدير	1
1	المقدمة	2
<b>الفصل الأول: مفهوم الضرر وإثباته</b>		
9	المبحث الأول: ماهية الضرر	
9	المطلب الأول: مفهوم الضرر	4
9	الفرع الأول: تعريف الضرر	5
13	الفرع الثاني: صور الضرر الموجب للتطبيق	6
42	المطلب الثاني: الآثار المترتبة على ثبوت الضرر في الفقه الإسلامي والتشريع الليبي	7
42	الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من الضرر	8
44	الفرع الثاني: موقف المشرع الليبي من الضرر المؤدي للتطبيق	9
46	المبحث الثاني: شروط الضرر وإثباته	9
46	المطلب الأول: شروط الضرر الموضوعية	9
46	الفرع الأول: شروط الضرر	9
51	الفرع الثاني: إثبات الضرر	9
51	الفرع الثاني: إثبات الضرر	9
65	المطلب الثاني: الشروط الإجرائية للضرر	9
65	الفرع الأول: التحكيم	9
78	الفرع الثاني: المحكمة تتولى الفصل في موضوع النزاع بين الزوجين (الجلسة السرية) وصفة الحكم الصادر عنها.	9



الصفحة	الموضوع	ت
	<b>الفصل الثاني: الآثار المترتبة على إثبات الضرر</b>	
90	المبحث الأول: الآثار غير المالية المترتبة على التفريق للضرر	11
90	المطلب الأول: العدة	12
90	الفرع الأول: مفهوم العدة	13
92	الفرع الثاني: أنواع العدة	14
97	المطلب الثاني: الحضانة	
98	الفرع الأول: مفهوم الحضانة	
103	الفرع الثاني - انتهاء الحضانة وسقوطها بسبب الفعل الضار	
112	المبحث الثاني: الآثار المالية للتطبيق للضرر	16
112	المطلب الأول: الصداق والنفقة	17
112	الفرع الأول: الصداق	18
119	الفرع الثاني: النفقة	19
128	المطلب الثاني: المتعة والتعويض	20
129	الفرع الأول: المتعة	21
134	الفرع الثاني: التعويض	22
135	الخاتمة	23
137	المصادر والمراجع	24
148	الملخص باللغة العربية	25
149	الملخص باللغة الإنجليزية	26