مجلة الجامعة الأسمرية
المجلد الرابع ، ديسمبر 2004م

قراءة في المادة التاسعة والثلاثين من القانون رقم(10) لسنة 1984 بشأن الزواج والطلاق وآثارهما

كريمة حسين المدني
ونعيمة خليفة الرياني
نقابة المحامين. طرابلس

إن تشريعات الأسرة المتمثلة في قانون الزواج والطلاق وآثارهما والقوانين المعدلة له، وكذلك القوانين ذات العلاقة، تهدف في حقيقتها إلى تنظيم نواة المجتمع.

وهي مؤسسة الأسرة بما يضمن توافر الوسائل اللازمة لحماية حقوق طرفي العلاقة الرجل والمرأة على حد سواء وكذلك توفير الحماية الكافية لنتائجها " الأطفال ". ووضع الضمانات والقيود التي تكفل قيام كل من الزوجين بما عليه من واجبات والتزامات، في إطار الأسرة. ولعل من أهم الأسس التي يتوجب علينا مراعاتها في ذلك:

❖ **أولاً:** إن عقد الزواج عقد يتعلق بذات الإنسان وعليه تتوقف سعادته أو شقاؤه..[1]

[1] زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، منشورات جامعة قاريونس، الطبعة السادسة، 1993 ص39.

❖ **ثانياً:** إن كيان الأسرة هو المستهدف بالحماية القانونية والضمانات التشريعية وحيث أن الحكمة من الزواج هي ستر الأعراض وضمان استمرار العلاقات الإنسانية والعفاف لقوله ـ ﷺ ـ لمعظم الشباب: (من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه الصوم فإنه له وجاء).[2]

إضافة إلى ماله من حكمة بالغة في الحد من الرذيلة وما يترتب عليها من آثار مدمرة لكيان المجتمع مما يوجب أن تستهدف تشريعات الأسرة التشجيع على الزواج وتسهيل إجراءاته والترغيب فيه والتشدد في طرق الطلاق وحصره في نطاق ضيق لقوله تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ (الروم:21). ولقوله ـ ﷺ ـ: (إن أبغض الحلال عند الله الطلاق). عليه وطالما أن من طبيعة البشر أن توجد الخصومة، وأن يوجد الشقاق بين الزوجين بحيث يصل الأمر إلى وضع لا يمكن معه استمرار الحياة الزوجية[1]، فإن الشريعة السمحاء قد أباحت الطلاق في ظروف استثنائية وضرورية، وجعلته آخر حل من عدة حلول تأتي قبله، فالطلاق في الإسلام هو أبغض الحلال عند الله لماله من مساوئ على الرجل والمرأة والأطفال، ولا يخفى على أحد ما يؤدي إليه ذلك من تفكك الأسرة، ونشوء أمراض اجتماعية ونفسية وانحرافات تؤثر في المجتمع على المدى الطويل خاصة فيما يخص الأطفال وما يصاحب افتراق أبويهما من مشاكل وأزمات وعدم استقرار، وهذا يتطلب الحكمة والتروي في استعمال هذه الرخصة وعدم ترك باب الطلاق مفتوحاً لكل وارد لمجرد رغبات آنية تفتقد إلى التفكير المنطقي والعقلي سواء كان ذلك من الرجل أو من المرأة.

وهذا ما دعانا إلى محاولة التأمل في كثرة قضايا التطليق الواردة بالمحاكم لمعايشتنا العملية لها من خلال هذه القراءة لنص " م 39 " من القانون رقم "10"

---

(2) الحديث الشريف رواه الخمسة، (التاج: ج2).

(1) كريمة موسى الدرسي، التعسف في استعمال حق الطلاق ومبدأ التعويض عنه، مجلة المحامي، العدد 53، ص84.

لسنة 1984 بشأن الزواج والطلاق وآثارهما والمتعلقة بالتطليق للضرر والذي يستعمله الأزواج ـ للأسف ـ كحصان طروادة للحصول على الطلاق والخلاص من رابطة الزوجية.

أولاً: الإشكالية التي يثيرها تطبيق نص المادة "39" التطليق بحكم القضاء

جاءت هذه المادة في سياق قانون ينظم الأحكام التي تعنى بالزواج والطلاق وآثارهما، تنفيذاً لقرارات المؤتمرات الشعبية الأساسية في 19 من أبريل 1984ف متضمناً تشكيلة من النصوص الرائعة كأعظم ما يكون التشريع في مجال الأسرة، وكفل للمرأة العديد من الحقوق التي ما كانت تحلم بها، ولا نذيع سراً إذا قلنا بأنه جاء متقدماً كثيراً على غيره من القوانين في التشريعات المقارنة، ولكن نص المادة التاسعة والثلاثين المعدل بموجب القانون رقم " 22 " لسنة 91ف يثير بعض الإشكاليات، لقد جاء نص هذه المادة على النحو الآتي:

- أ ـ 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 بالتطليق فإذا كان المتسبب في الضرر مادياً أو معنوياً هو الزوجة، حكمت المحكمة بسقوط حقها في مؤخر الصداق والحضانة والنفقة والسكن مع التعويض عن الضرر للطرف الأخر، 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 ـ فإذا عجز طالب التفريق عن إثبات دعواه واستمر الشقاق بين الزوجين بما يستحيل معه دوام العشرة حكمت المحكمة بالتطليق مع إسقاط حقوق طالب التفريق.

إذاً وفقا لما نصت عليه هذه المادة في الفقرة " ب " على المحكمة الحكم بالتطليق عند استحالة دوام العشرة إذا عجزت عن التوفيق بين الزوجين والوصول إلى حل رضائي ينجم عنه تصالح الزوجين والتزامهما باستمرار العشرة الحسنة مرتبة هذه النتيجة على عجز طالب التفريق عن إثبات دعواه. فما الذي ينتج عن تطبيق هذا النص في الواقع العملي ؟.

إن مما ينتج عن ذلك ما يأتي:

- أ ـ يصر طالب التفريق (الزوج أو الزوجة) رغبةً منه في التخلص من مجموع الالتزامات التي تترتب عليه نتيجة للطلاق بالإرادة المنفردة أو الخلع على التأكيد على استمرار الشقاق الذي يعني هنا عدم التفاهم على تفاصيل الحياة اليومية مع الطرف الآخر وهي مسألة تغيب فيها وسائل الإثبات حيث يؤخذ كل بقوله وهنا يكثر اللغط والأكاذيب وفي هذا إضرار بالأسرة وكيانها. وفي هذا ذهبت المحكمة العليا في طعنها للأحوال الشخصية رقم " 40/29 ق إلى: " أن مناط التطليق بحكم القضاء وفقاً لنص" م39 " من ' ق " رقم " 10/ 84 " في شأن الزواج والطلاق وآثارهما إنما هو الضرر، أما عدم إثبات الضرر ممن يدعيه أو استحالة استمرار العشرة مع عدم ثبوت الضرر المدعي به، ولا يشترط لسلامة الحكم به في الحالتين تكرر الشكوى[1].
- ب ـ الأصل هو استمرار العلاقة الزوجية والطلاق إنما هو استثناء، ومن ثم لا يجوز التوسع فيه وهذا ما يخالفه الواقع حيث أصبحت دعاوى الرجوع وسيلة لإثبات الشقاق.

ثانياً: النصوص ذات العلاقة "المادة 47 ـ 48 من ذات القانون"

أ ــ التطليق بإرادة الزوج

أتاح القانون في المادة " 47 " للزوج الذي يرغب في إنهاء العلاقة الزوجية لأي سبب كان كبغضه للزوجة أو نفوره منها أو رغبته في الزواج بأخرى أن يرفع دعوى طلاق بالإرادة المنفردة ويسمح له القاضي بإيقاع الطلاق مع إلزامه بإلوفاء للزوجة بكامل حقوقها والمتمثلة في (مؤخر الصداق ـ نفقة العدة ـ ومتعة الطلاق ـ ونفقة الإهمال ... إن وجدت والتعويض عن الطلاق)، إذ وردت هذه الأحكام تحت بند الطلاق لدى المحكمة بإرادة الزوجين المنفردة فالأولى وهي المادة التي نتحدث عنها نصت على أنه: " يثبت الطلاق أمام المحكمة بتصريح ممن يملكه في حضور الطرف الآخر أو وكيله إن تعذر حضوره شخصياً وذلك كله بعد استنفاد جميع محاولات الصلح بين الزوجين...".

---

[1] طعن أحوال شخصية، رقم " 29 /40 ق " ، ع1، 2، السنة 29، ص7.

واستحالة دوام العشرة بين الطرفين يترتب عليه أن دعوى الطلاق المرفوعة أمام المحكمة الجزئية توقف السير في دعوى الرجوع المرفوعة أمام المحكمة الابتدائية أي الاستئناف يقيد الأصل وهذا مخالف لطبيعة الأشياء، ويعد معول هدم في كيان الأسرة، وهذا ما أشارت إليه ألمحكمة العليا في طعنها الشرعي " 2 " رقم " 41/15 ق بقولها: " إن نص " م 39/ب " من " ق رقم 10 " لسنة 84 بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما يؤدي إلى إعطاء كل من الزوجين حق طلب التفريق القضائي للشقاق في حالة عدم ثبوت الضرر إذا أدى هذا الشقاق إلى استحالة دوام العشرة، وصار الوصول إلى هذا التفريق سبيلاً لحسم النزاع بين الزوجين إذا أصر عليه من يطلبه من الزوجين لحسم النزاع بينهما إن كان سببه عدم إمكان التوفيق مع تحمل طالب التفريق منهما الخسارة المالية الناشئة عن عقد الزواج من مهر ومتعة.

وإننا نرى في ذلك فتحاً لباب التطليق على مصرعيه أياً كان سبب طلب التطليق، والقاضي هنا ـ وللأسف ـ يقف مغلول اليدين، فقد عقد جلسة سرية وفقاً لهذا النص وإذا تمسك كل طرف في الدعوى بطلباته التي قد تكون غير معقولة وتافهة لا لشيء إلا لرغبته في التطليق فلا يسعه (أي القاضي) سوى التطليق لاستحالة العشرة مع إن الضرر غير وارد مطلقاً، ولعل هذا هو أصل الطلاق حيث إن الزوج هو من يملك حق إيقاع الطلاق، لقوله ـ ﷺ ـ ((إنما الطلاق لمن أخذ بالساق)) وهذا بإجماع المسلمين.

وإلى عين ذلك أشارت المحكمة العليا في طعنها الشرعي رقم " 26 /40 ق " (طلاق ــ إيقاعه بغير حاجة إلى الخلاص ـ يعتبر موقعه آثماً شرعياً) إذ من المقرر شرعاً أن من أوقع الطلاق بغير حاجة إلى الخلاص فطلاقه واقع وهو آثم شرعاً وأثمه دليل على أنه أساء استعمال الحق الذي جعله له الشارع ولم يستعمل حقه على الوجه المشروع، وإذا كان ثمة دليل على إساءته استعمال الحق فكل مطلق آثم شرعاً بإيقاع طلاقه لأنه أساء استعمال الحق، فإذا ترتب ضرر للمطلقة يلزم بتعويض هذا الضرر أما إذا طلق لحاجة إلى الخلاص أو لم يترتب للمطلقة ضرر فلا تعويض.

إن مفاد نص المادتين " 51 ، 39 " من ذات القانون والمتعلقتين بالحقوق، وعلى ما جرى به قضاء المحكمة العليا إنه عند الطلاق بالإرادة المنفردة أو التطليق بحكم القضاء إذا سبب ضرراً يلزم المتسبب فيه بالتعويض للطرف الآخر المتضرر بالإضافة إلى الحقوق الأخرى المترتبة على الطلاق والمنصوص عليها في القانون المشار إليه إذا ثبت ذلك الضرر لمحكمة الموضوع[1].

ب ـ المخالفة

وأعطى القانون الزوجة في المادة " 48 " تحت عنوان " المخالفة " حق الخلع بأن ترد على الزوج مهره الذي دفعه عند إبرام عقد الزواج إذا ما رغبت في إنهاء العلاقة الزوجية لكونها كارهة لهذا الزوج دون وجود أسباب موضوعية تجعلها راغبة في الحصول على الطلاق " ضرر ". وهنا يتوجب علينا الإشارة إلى نص المادة رقم " 48 " والتي نصها:

- أ ـ المخالعة: التطليق بإرادة الزوجين لقاء عوض تبذله الزوجة بلفظ الخلع أو الطلاق.
- ب ـ يشترط لصحة المخالعة أن تكون الزوجة أهلاً للبذل و الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق طبقاً لأحكام المادة " 32 " من هذا القانون.
- ج ـ يجوز أن يكون العوض حق الحضانة أو النفقة أو مؤخر الصداق أو غير ذلك.

ويقصد بالخلع لغة: النزع أو الإرسال أو الإطلاق من القيد وفي العرف هو طلاق الرجل امرأته على فدية منها، أو من غيرها أو طلاقها بلفظ الخلع ولو من غير مال[2]. وروى عن رسول الله ـ ﷺ ـ فيما أخرجه البخاري والنسائي وابن ماجه عن ابن عباس أن جميلة بنت عبد الله بن سلول امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ـ ﷺ ـ فقالت: يا رسول الله: ثابت بن قيس ما اعتب عليه في خلق ولا دين ولكن لا أطيقه بغضاً وأكره الكفر فية " أي كفر نعمة العشير وخيانته " قال: أتردين عليه حديقته، قالت: نعم قال ـ ﷺ ـ: أقبل الحديقة وطلقها تطليقة.

---

(1) الطعن الشرعي رقم " 26، 40ق " مجلة المحكمة العليا، ع2،1، السنة 28، ص16.
(2) الصادق عبد الرحمن الغرياني، الأسرة أحكام وأدلة، الطبعة الثالثة، 1999، ص258.

فالخلع وفقاً لأحكام السنة النبوية يعني أن تلزم المرأة برد المهر لقوله ﷺ: ((ردي عليه حديقته))، لأنها كانت قد أجابت ـ ﷺ ـ بأن زوجها قد قدم لها حديقة كمهر عندما سألها عما كان مهرها. ومن ثم فإن ما جاء بنص المادة " 48 " يخالف حكم السنة كما أن الخلع يلزم المحكمة بالتطليق في مجلس القضاء ولا يوقف التطليق هنا على شرط موافقة الزوج.

رؤية لتعديل النص

وفقاً لما سبق عرضه نجد أن من الأجدى لضمان استقرار الأسرة والحفاظ على كيانها ـ وإن كانت الحياة الزوجية لا يمكن أن تخلو بحال من الأحوال من الخلاف بين الزوجين حول مختلف أمور الحياة ـ ومن ثم فإن العمل على استقرار الأسرة وضمان ثبات لحمة الرباط الزوجي واستقراره هو الهدف الأسمى للشريعة والقانون تأسياً بـ ((أن أبغض الحلال عند الله الطلاق))، لـذا فإن المنطق السليم والقراءة المتأنية لوقائع القضايا داخل أروقة المحاكم تؤدي بنا إلى المطالبة بتعديل نص المادة " 39 " فقرة " ب " من القانون رقم " 10 " لسنة 1984م بشأن الزواج والطلاق وآثارهما وذلك على النحو التالي: " فإذا عجز طالب التفريق عن إثبات دعواه حكمت المحكمة برفض الدعوى ".

ويترتب على هذه المطالبة بتعديل نص المادة " 48 " من ذات القانون بحيث تكون المخالعة هي التطليق بإرادة الزوجين لقاء رد الزوجة لما قبضته من مهر أياً كانت قيمة هذا المهر كما لا يجوز أن يكون العوض حق الحضانة لأن الحضانة حق للمحضون بأن يعيش في كنف أمه ويرتوي من حنانها وليست حقاً للحاضنة بل هو من واجباتها كما لا يجوز أن يكون الخلع مقابل النفقة أو مؤخر الصداق لأن النفقة ومؤخر الصادق يسقطان بشكل تلقائي بناء على المخالعة برد المهر فالزوجة التي تخالع زوجها برد المهر تخرج من الحياة الزوجية كما دخلت إليها دون أن تترتب لها أية حقوق في ذمة الزوج.

كما إننا نوصي بضرورة العمل على أن يكون الهدف من ذلك التشريع التضييق في التطليق والترغيب في الزواج، ذلك أن الطلاق وإن كان حلالاً ومباحاً، فإنه يجب أن يكون بناء على أسس سليمة ولعل من المهم أن نقر بضرورة إجراء بحث اجتماعي يقوم به متخصصون حول الأسر التي يلجأ الزوجين فيها للقضاء

للمطالبة بالتطليق لأن مثل هذا الإجراء سيساعد على استجلاء الحقيقة ومساعدة المحكمة على الوصول إلى نتيجة عادلة بما يحقق أفضل الضمانات لاستقرار الأسرة.