

**التفريق القضائي بين الزوجين بسبب العيوب في الفقه الإسلامي
وبعض قوانين الأحوال الشخصية العربية - العقم نموذجاً -
د. عبد الباقي بدوي
جامعة البويرة**

الملخص:

التفريق بسبب العيوب الذي أخذت به قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية والإسلامية مصدره التشريع الإسلامي، وهو يبين حرص الشريعة الإسلامية على أن تسود العلاقة الزوجية السكينة والموودة والرحمة، فإذا وُجد عيب ينغص هذه العلاقة ويكدرها بحيث لا يتحقق الهدف من العقد، فإن أكثر فقهاء الشريعة الإسلامية قد أعطوا للمتضرر من العيب الحق في إنهاء العقد إن رغب في ذلك.

وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في العيوب التي تجيز لأحد الزوجين طلب التفريق بين موسع ومضيق ومانع، وبعبارة أخرى بين مجيز للتفريق بين الزوجين بكل عيب ينفر منه أحد الزوجين، وبين مانع لا يجيز التفريق بالعيوب مطلقاً، وبين متوسط حصر العيوب المجيزة للتفريق في نوعين: الأول: العيوب التناسلية؛ كالجَبِّ والعُنَّة والحِضَاء في الرجال؛ والرَّتْق والقَرْن والعَقْل والإفْضَاء في النساء، والثاني: العيوب المنفرة أو الضارة؛ كالجنون والجذام والبرص.

وبما أن العقم إحدى المشكلات التي قد تواجه الأسرة وتعصف باستقرارها، وتؤدي إلى النفرة بين الزوجين، وتذهب بالموودة بينهما، وقد يكون أحد الزوجين حريصاً على فسخ النكاح بسبب عقم الآخر، وبما أننا لم نعثر على دراسة تتكلم عن العقم كعيب من العيوب فإننا قد اخترنا العقم نموذجاً للعيوب التي قد تصيب أحد الزوجين أو كليهما وقمنا بدراسته.

وقد قسمنا هذه الدراسة إلى فصلين: الفصل الأول: في موقف فقهاء الشريعة الإسلامية وبعض قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية من التفريق بالعيوب، وقد تضمن هذا الفصل ثلاثة مباحث: مبحث تمهيدي خصصناه للتعريف بالعيوب في اللغة والاصطلاح، مع نقد التعاريف التي لم تستوف شروط التعريف من الناحية المنطقية، وأما

التفريق القضائي بين الزوجين ----- د. عبد الباقي بدوي

المبحث الأول، فتناولنا فيه: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التفريق بالعيوب، وذلك؛ لأن سبب الخلاف بين فقهاء الشريعة في العقم مرده هل العقم يعد عيبا من العيوب التي تجيز لأحد الزوجين طلب التفريق؟. وعرضنا في هذا المبحث مختلف الآراء الفقهية التي قال بها فقهاء الشريعة الإسلامية، وأما المبحث الثاني فتناولنا فيه: موقف بعض قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية من التفريق بالعيوب، وقد وجدنا أن قوانين الأحوال الشخصية المعمول بها في البلاد العربية، قد اختلفت في هذا الموضوع اختلفا في فقهاء فيه. وأما الفصل الثاني: فخصصناه لموقف فقهاء الشريعة الإسلامية وبعض قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية من التفريق بالعقم، وضَمَّنا ثلاثة مباحث: مبحث تمهيدي: في التعريف بالعقم، والمبحث الأول: في موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التفريق بين الزوجين بسبب العقم، وأما المبحث الثاني فتناولنا فيه: موقف بعض قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية من التفريق بين الزوجين بسبب العقم، وعرضنا فيه موقف المشرع الجزائري والمشرع المصري، والمشرع السوري، والمشرع الإماراتي من التفريق بين الزوجين بسبب العقم.

Abstract:

Infertility is one of the problems that can disturb the serenity of the family, threatening its stability and led to disagreement between the two spouses. So this could push a spouse to marriage annulment because of infertility on the other.

This study aims to clarify the views of experts in Islamic law and personal status laws in Arab countries on the separation between the two spouses. It will be structured in two parts: The first section on the opinion of jurists of Islamic law and personal status laws on the separation between the spouses due to error in one of them. It has three sections. The first section is a preamble to the definition of a defect of linguistic and terminological point of view with a review on the definitions that do not meet the definition of a logical conditions. The second section will focus on the position of

lawyers of Sharia on the separation between the spouses due to defects, because the cause of the difference of opinion among jurists of Shari'a on the fact that infertility can it be considered as grounds for a spouse requires the separation? We also presented the various points of doctrinal views expressed by experts in Islamic law. The third section focuses on the perspective of personal status laws on the separation between spouses due to defects. And we found that there are differences of opinion in the applied laws.

In the second part, we discuss the opinions of jurists of the Islamic Shariah and the laws of personal status concerning the separation between husband and wife because of infertility. This part has three sections: The first section is devoted to the definition of infertility, the second and third sections respectively handles legal perspectives of Islamic law and those laws of personal status the separation of spouses due sterility of one of them.

We also presented the views of the Algerian legislator, Egyptian, Syrian and UAE on the separation between the couple because of infertility

مقدمة:

الأصل في عقد النكاح اللزوم على سبيل التأييد وعدم ثبوت الخيار، ولكن قد يوجد في أحد الزوجين أو كليهما علة أو عيب يصعب معه تحقق المقصود من العقد أو تستحيل معه الحياة الزوجية، فهل لهذا العيب أثر في ثبوت الحق في التفريق به؟ وإذا كان له أثر فمن يثبت له هذا الحق من الزوجين؟.

وبما أن العقم من العيوب التي قد تصيب أحد الزوجين، وقد يكون الزوج الآخر حريصا على فسخ النكاح بسبب العقم، فقد اخترنا العقم نموذجا للعيوب لأجل الدراسة.

الفصل الأول: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية وبعض قوانين الأحوال

الشخصية العربية من التفريق بالعيوب

التفريق القضائي بين الزوجين ----- د. عبد الباقي بدوي

مبحث تمهيدي: في تعريف العيب

لغة: العيب، الوصمة، والنقيصة، وما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة، والجمع عيوب¹. ولفظ العيب عموما يدور حول معنى النقص الذي يعتري الإنسان أو الشيء المتعاقد عليه².

اصطلاحا: عرف الشيخ علي حسب الله العيب في الزواج بأنه: نقص بدني أو عقلي في أحد الزوجين يمنع من تحصيل مقاصد الزواج والتمتع بالحياة الزوجية. وعرفه بعضهم بأنه نقصان بدني أو عقلي في أحد الزوجين، يجعل الحياة الزوجية غير مثمرة أو قلقة لا استقرار فيها.

ومنهم من عرفه بأنه: نقصان بدني أو عقلي في الزوج يمنع من تحصيل مقاصد الزواج والتمتع بالحياة الزوجية³.

وواضح تأثر التعريفين الأخيرين بالتعريف الأول، غير أن التعريف الأخير حصر النقصان البدني أو العقلي في الزوج فقط، وهذا يعني أن حق طلب التفريق للعيب عنده للزوجة فقط؛ وهو موافق لمذهب الحنفية عموما، ومذهب محمد بن الحسن الشيباني (ت سنة 189هـ) خصوصا. ويؤخذ على هذه التعاريف الثلاثة أن عبارة «النقص البدني» غير مانعة على رأي الجمهور الذي حصر العيوب في عدد معين، وتصح على رأي القائلين بالرد بالعيب مطلقا، فالعمى، والعمور، والعرج، والصمم، والبكم، وقطع اليدين أو الرجلين أو أحدهما، وقطع الأنف، أو الأذنين، والشلل، والحروق، والجرب... كلها نقص في البدن، ولا تعد عيوباً توجب الفسخ عند الجمهور.

كما أن عبارة «نقص في العقل» غير مانعة أيضا على رأي الجمهور، فالعته، والبك، والسفّه، والحُمق، نقص في العقل ولا توجب الخيار للزوج السليم عند الجمهور. كما يؤخذ

¹ - انظر التفريق القضائي بين الزوجين للعلل أو العيوب عند الفقهاء، د. شوقي إبراهيم عبد الكريم علام: 10، الطبعة الأولى سنة 2010م، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر.

² - انظر التعاريف السابقة في نفس المرجع: 12-13.

³ - نفس المرجع: 12-13.

التفريق القضائي بين الزوجين ----- د. عبد الباقي بدوي

عليها أن العيب قد يكون في كلا الزوجين؛ بحيث يكون فيهما نفس العيب؛ كالجدام، والبرص مثلاً، أو يكون فيهما عيبان مختلفين، وكلاهما يطالب بحق التفريق. وعرفه آخرون بأنه: نقص في بدن أو عقل أحد الزوجين يمنع من الوطء أو كمال اللذة⁴. ويؤخذ على هذا التعريف أن العيب، كما سبق، قد يكون في كلا الزوجين. وعرفه الزركشي (ت سنة 794 هـ) بقوله: ما يُنْفَرُ عن الوطء، ويكسر شهوة التَّوَأَق⁵. ويمكن تعريف العيب في الزواج بأنه: كل ما يمنع الجماع، أو يمنع لذته، أو ينقصها. وإنما ذكرنا نقصان اللذة في التعريف؛ لأن سبب اختلاف الفقهاء في بعض العيوب مرده إلى أن هل المراعى في العيوب ما يمنع اللذة كلها، أو ما يمنع من كمالها؟⁶. كما عللوا أيضاً حق الزوجة في طلب التفريق من زوجها الخصي الذي لا ينزل بعدم اكتمال لذتها⁷.

وربما يقال: إن هذا التعريف إنما يصح في العيوب التناسلية، دون العيوب المنفرة؛ كالجنون، والجدام، والبرص؛ لأنها هي التي تمنع من الجماع أو تمنع من كمال اللذة، قال ابن الحاجب (ت سنة 646 هـ) في «مختصره»: «والعيب: الجنون، والجدام، والبرص، وداء

⁴ - المنثور في القواعد، لأبي عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، تحقيق د. تيسير فائق أحمد محمود: 425/2، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، سنة 1405 هـ.

⁵ - انظر مناهج التحصيل ولطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، لأبي الحسن علي بن سعيد الجرجاني، تحقيق أبي الفضل أحمد بن علي الدمياطي: 405/3-407، الطبعة الأولى سنة 1428 هـ- 2007م، مركز التراث الثقافي المغربي، الدار البيضاء، المغرب، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، الذخيرة، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق مجموعة من الباحثين: 4/ 428-429، الطبعة الأولى سنة 1994م، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، لخليل بن إسحاق الجندي، تحقيق أبي الفضل أحمد بن علي الدمياطي: 305-306، الطبعة الأولى سنة 1433 هـ - 2012م، مركز التراث الثقافي المغربي، الدار البيضاء، المغرب، دار ابن حزم، بيروت، لبنان.

⁶ - انظر شرح الخرشي على مختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن عبد الله بن علي الخرشي: م2/ج3/ص236، طبعة دار الفكر، لبنان.

⁷ - مختصر ابن الحاجب مع شرحه التوضيح: 303/3، 305، 312.

التفريق القضائي بين الزوجين ----- د. عبد الباقي بدوي

الفرج...⁸»، ثم قال: «وداء الفرج في الرجل: ما يمنع الوطء؛ كالجَبِّ، والخصاء، والعنة، والاعتراض... وداء الفرج في المرأة: ما يمنع الوطء أو لذته؛ كالرتق، والقرن، والعفل، وزيد البحر، والإفضاء»⁹.

قلنا: إن المانع من الجماع نوعان: حسي، وطَّبْعِي، فالمانع الحسي هو العيوب التناسلية التي تمنع الجماع حساً؛ أي حقيقة؛ كالرتق، والقرن، والجَبِّ، والعنة، والمانع الطَّبْعِي: هو العيوب المنفرة أو الضارة التي لا تمنع الجماع حساً بل طبعاً؛ كالجنون، والجذام، والبرص؛ لأن الطباع السليمة تنفر من جماع مَنْ به مثل هذه العلل¹⁰، فالجنون علة لا يطيب للزوج السليم عيش معها، ولا يستلذ معها بالجماع، وكذلك الجذام والبرص، فإنهما علتان تنفر النفس منهما، ويمنعان أحدهما من الإلمام بالجماع، ولا سيما مما يخاف من عاقبة أمرهما من أن يتعدى ذلك إلى الأولاد والأحفاد¹¹.

المبحث الأول: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التفريق بالعيوب

إن وجود عيب بأحد الزوجين يضعف الحياة الزوجية ويقضي على المودة والألفة بينهما، وإلزام الزوج والزوجة بإبقاء الزواج يكون فيه إرهاب لهما، وقد تستحيل الحياة الزوجية بينهما بسبب هذا العيب، وقد اختلفت آراء الفقهاء في التفريق بين الزوجين بسبب العيوب إلى مذهبين إجمالاً، وإلى ثلاثة على التفصيل، وفيما يلي بيان هذه المذاهب:

⁸ - نفس المصدر: 305/3، 312.

⁹ - انظر تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي: ج3/ 25، طبعة مكتبة امدادية، ملتان، باكستان، حاشية شهاب الدين أحمد الشلبي على تبيين الحقائق مطبوع بمامش التبيين: 25/3، الهداية شرح بداية المبتدي، لبرهان الدين أبي الحسن علي بن عبد الجليل المرغيناني مطبوع مع شرح فتح القدير، لابن الهمام: 4/ 133، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، شرح العناية على الهداية، لأكمل الدين محمد بن محمود الباري، مطبوع بمامش شرح فتح القدير: 4/ 133، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

¹⁰ - انظر مناهج التحصيل: 3/402.

¹¹ - انظر المحلى، لابن حزم: 10/72، مسألة رقم 1899.

التفريق القضائي بين الزوجين ----- د. عبد الباقي بدوي

المذهب الأول: وهو مذهب أهل الظاهر¹²، والشوكاني¹³ (ت سنة 1250هـ)، ويرى أصحابه أنه لا يجوز التفريق بين الزوجين بأي عيب كان، وسواء أكان العيب بالزوج أم بالزوجة، لأنه لم يصح في نظرهم ما يصلح للاستدلال به على جواز التفريق بين الزوجين إذا وجد أحدهما بصاحبه عيباً، ولكن يرى ابن حزم إذا اشترط الزوج سلامتها من العيوب ثم وجد بها عيباً، يكون العقد مفسوخاً لا خيار له في إجازته، ولا صداق فيه ولا ميراث، ولا نفقة، دخل بها أو لم يدخل.

المذهب الثاني: وهو مذهب بعض فقهاء التابعين؛ كالقاضي شريح (ت سنة 78هـ)، وابن شهاب الزهري (ت سنة 124 هـ)، وأبي ثور (ت سنة 240هـ)، والقاضي حسين¹⁴ (ت سنة 462هـ) من الشافعية، ويرى هؤلاء أن العيب الذي يميز التفريق بين الزوجين هو: **كل عيب ينفر منه أحد الزوجين**، ولا يحصل به مقصود الزواج من المودة والرحمة؛ ومن هذه العيوب: العقم، والعاهات البدنية؛ كالخرس، والعرج، والطرش، والعمى، والعور، وقطع اليدين أو الرجلين، أو إحداها، أو قطع الأنف، أو الأذن...، وهو اختيار

12- انظر السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، لمحمد بن علي الشوكاني، تحقيق محمود إبراهيم زايد: 289/2-291، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخيار، لمحمد بن علي الشوكاني: 3/571-572، الطبعة الأولى سنة 1416هـ-1996م، دار الخير، بيروت.

13- انظر زاد المعاد في هدي خير العباد، لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي، ابن قيم الجوزية، تحقيق شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط: 5/166، الطبعة الأولى سنة 1417هـ-1996م، مؤسسة الرسالة، بيروت، الوسيط في المذهب، لأبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي، تحقيق أحمد محمود إبراهيم، ومحمد محمد تامر: 5/160-161، الطبعة الأولى سنة 1417 هـ - 1997م، دار السلام، القاهرة، مصر، الأمراض الوراثية، حقيقتها، وأحكامها في الفقه الإسلامي، د. هيلة بنت عبد الرحمن بن محمد اليايس: 1/331، الطبعة الأولى سنة 1433 هـ - 2012م، دار كنوز إشبيلية، الرياض، المملكة العربية السعودية، نقلاً عن نهاية المطلب، لإمام الحرمين، تحقيق د. عبد العظيم محمود الديب: 12/408.

14- انظر زاد المعاد: 5/166.

التفريق القضائي بين الزوجين ----- د. عبد الباقي بدوي

ابن القيم¹⁵ (ت سنة 751هـ). ومذهب محمد بن الحسن الشيباني¹⁶ (ت سنة 189هـ) من الحنفية، لكنه يوافق الأحناف في أن الحق في طلب التفريق خاص بالزوجة؛ لأنها لا تملك الطلاق، بخلاف الزوج، كما سيأتي بيانه. ويلاحظ على هذا المذهب أنه لم يحصر العيوب في نوع معين ولا في عدد معين، بل أعطى للسليم من الزوجين حق طلب الفرقة بسبب أي عيب ينفر منه ولا تتحقق به مقاصد الزواج من الألفة والمودة والرحمة.

المذهب الثالث: وهو مذهب جمهور الفقهاء، وهو وسط بين المذهبين السابقين، فلم يمنعوا الرد بالعيب مطلقاً كأصحاب المذهب الأول، ولم يجيزوا الرد بأي عيب قد تنفر منه النفس كأصحاب المذهب الثاني، بل حصروا الرد في عيوب معينة، ومع اتفاقهم على جواز التفريق بين الزوجين بسبب العيوب، إلا أنهم اختلفوا في الحق في طلب التفريق هل يثبت لكل من الزوجين أو يثبت للزوجة فقط؟ كما اختلفوا في العيوب التي يثبت بها حق طلب التفريق؛ هل هي العيوب التناسلية فقط أو العيوب التناسلية والعيوب المنفرة؟ مع اختلافهم فيما يعد منها عيباً وما لا يعد، على عدة آراء:

أولاً:- من يثبت له حق التفريق للعيب: ذهب الحنفية إلى أن حق التفريق خاص بالمرأة؛ لأن الزوج يمكنه أن يدفع الضرر عن نفسه بما جعله الله في يده من الطلاق، وأما الزوجة فلا يمكنها أن تدفع الضرر عن نفسها إلا بإعطائها الحق في طلب التفريق؛ لأنها لا تملك الطلاق، وذهب الإمام مالك¹⁷ (ت سنة 93 هـ) والشافعي¹⁸ (ت سنة 204 هـ) وأحمد¹⁹ (ت سنة 241 هـ) إلى أن حق التفريق للعيب يثبت للزوج والزوجة على السواء.

15- انظر بدائع الصنائع: 327/2.

16- انظر الذخيرة: 419/4-428، مناهج التحصيل: 402/3-413، التوضيح: 303/3-306.

17- انظر الحاوي الكبير، للماوردي: 463/11.

18- انظر المغني: 55/10-60.

19- انظر المغني، لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، تحقيق د. عبد الله ابن عبد المحسن التركي، د. عبد الفتاح محمد الحلو: 57/10، 59، الطبعة الثالثة سنة 1417هـ-1997م، دار عالم الكتب، الرياض.

التفريق القضائي بين الزوجين ----- د. عبد الباقي بدوي

والفرقة بسبب العيب طلاق بائن عند الحنفية والمالكية، وعند الشافعية والحنابلة فسخ، والفسخ لا ينقص به عدد الطلاق.

ثانياً:- العيوب التي تجيز التفريق عند الجمهور

قسم جمهور الفقهاء العيوب التي تجيز لأحد الزوجين طلب التفريق إلى نوعين:

- الأول: العيوب التناسلية التي تمنع الجماع أصلاً، أو تمنع لذته أو تنقصها.

- والثاني: العيوب التي توجب نفورا في النفس يمنع من الاقتراب من صاحب

العيب بالكلية ومسه. وسبب اعتبار الفقهاء لهذين النوعين من العيوب دون غيرهما، هو أنهما يمنعان تحقيق المقصد الأصلي من الزواج، وهو الاستمتاع²⁰.

النوع الأول: العيوب التناسلية: وهي العلل المتعلقة بالأعضاء التناسلية للرجل

والمرأة، ويسمى الفقهاء بداء الفرج، وتنقسم إلى عيوب خاصة بالرجال، وعيوب خاصة بالنساء، وقد اختلف الفقهاء بين موسع ومضيق فيما يعد عيباً تناسلياً وما لا يعد كذلك، وفيما يلي بيان هذين النوعين:

أولاً:- العيوب التناسلية الخاصة بالرجال: ذهب أبو حنيفة (ت سنة 150 هـ)

وأبو يوسف (ت سنة 182 هـ) إلى أن العيوب التي تجيز للزوجة طلب التفريق ثلاثة: الجب، والغنة، والخضاء، وزاد محمد بن الحسن الشيباني²¹ (ت سنة 189 هـ) صاحب أبي حنيفة على العيوب التناسلية السابقة: كل عيب لا يمكنها المقام معه إلا بضرر؛ كالجنون، والجدام، والبرص. وذهب المالكية إلى أن العيوب التناسلية في الرجال أربعة؛ وهي: الجب، والغنة،

²⁰- انظر بدائع الصنائع: 327/2، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: ج3/ 25.

²¹- انظر مناهج التحصيل: 405/3-407، الذخيرة: 4/ 428-429، التوضيح: 3/ 305-306.

التفريق القضائي بين الزوجين ----- د. عبد الباقي بدوي

والخصاء، والاعتراض، وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنها اثنان فقط: الجب، والعنة، وفيما يلي بيان هذه العيوب، ورأي كل مذهب فيها²²:

1- **الْجَبُّ**؛ ومعناه عند الحنفية والمالكية²³ قطع عضو التناسل والخصيتين معا، سواء كان ذلك لعارض حدث له، أو من أصل الخلقة، وعند الشافعية والحنابلة²⁴: أن يكون جميع الذكر مقطوعا.

2- **الْخِصَاءُ**؛ وهو قطع الخصيتين مع بقاء عضو التناسل²⁵، وعند المالكية الخصاء قطع عضو التناسل أو الخصيتين²⁶، وقال بعض المالكية: قطع عضو التناسل دون الخصيتين²⁷.

3- **العنة**؛ وهي العجز عن الاتصال الجنسي، إما لمرض، أو ضعف في الخلقة، أو كِبَرٍ سِنَّ، أو سحر²⁸، ويطلق المالكية العنة على صغر الذكر بحيث يكون كالزر، لا يتأتى به الجماع، وأما العنة بالمعنى السابق فيسميها المالكية الاعتراض، وقد يسمون الاعتراض عنة

²² - انظر الذخيرة: 4/ 428، التوضيح: 3/ 305، الشرح الكبير، لأبي البركات أحمد الدردير: 2/ 439، الطبعة الأولى سنة 1419هـ - 1998م، دار الفكر، بيروت، لبنان، شرح الخرشي على مختصر خليل: م/2ج/3، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لابن نجيم: 3/ 122، طبعة باكستان.

²³ - انظر الحاوي الكبير، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، تحقيق د. محمود مسطرجي: 11/ 505، طبعة سنة 1414هـ - 1994م، دار الفكر، بيروت، لبنان، المغني: 10/ 57.

²⁴ - انظر الحاوي الكبير: 11/ 506، البحر الرائق شرح كنز الدقائق: 3/ 124، شرح فتح القدير: 4/ 131، الشرح الممتع على زاد المستقنع: 12/ 214-215.

²⁵ - الذخيرة: 4/ 428، مختصر ابن الحاجب مع شرحه التوضيح: 3/ 305، شرح الخرشي على خليل: م/2ج/3، 236.

²⁶ - انظر شرح الخرشي على خليل: م/2ج/3، 236.

²⁷ - انظر الحاوي الكبير: 11/ 501، البحر الرائق شرح كنز الدقائق: 3/ 122، شرح فتح القدير: 4/ 128.

²⁸ - انظر التوضيح: 3/ 305، شرح الخرشي على مختصر خليل مع حاشية العدوي: م/2ج/3، 237، الشرح الكبير، للدردير، مع حاشية الدسوقي، لمحمد عرفة الدسوقي: 2/ 439.

التفريق القضائي بين الزوجين ----- د. عبد الباقي بدوي

كما هو اصطلاح الجمهور²⁹، ويفهم من كلام الخرخشي أن العنة تشمل صورتين، لكن إذا ذكر الاعتراض مع العنة دل على أن المراد بالعنة صغر الذكر، حيث قال: "والعينين يطلق على من ذكره كالزرر وعلى المعترض، لكن ذكره للمعترض دليل على إرادة الأول، فهو من عطف المغايرة"³⁰.

4- الاعتراض؛ وهو مصطلح خاص بالمالكية، وهو بمعنى العُنة عند الحنفية، والشافعية، والحنابلة كما سبق.

ثانياً: - العيوب التناسلية الخاصة بالنساء³¹: وهي عند المالكية خمسة: الرتق، والقَرْن، والإفْضاء، والعقل، والبَخْر، وعند الشافعية اثنان فقط: الرتق، والقَرْن، وعند الحنابلة ثلاثة: القَرْن، والعقل، والفتق؛ وهو اختلاط مجرى البول والمني، وفيما يلي بيان كل عيب من هذه العيوب:

- 1- الرتق؛ وهو كون الفرج مسدوداً من أصل الخلقة، إلا أنه إذا انسد بلحم أمكن علاجه، وإن انسد بعظم لم يمكن علاجه عادة، وهو عيب عند المالكية والشافعية.
- 2- القَرْن: بفتح الراء وسكونها، وهو شيء يبرز في فرج المرأة يشبه قرن الشاة، غالباً ما يكون من لحم وأحياناً يكون من عظم، فإن كان من لحم أمكن علاجه، وإن كان من عظم لم يمكن علاجه عادة، وهو عيب عند المالكية والشافعية والحنابلة.

²⁹- شرح الخرخشي على مختصر خليل: م2/ج3/237.

³⁰- انظر المغني: 56/10-57، الفروع، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن مفلح المقدسي، مراجعة عبد الستار أحمد فراج، الطبعة الرابعة سنة 1405هـ - 1985م، عالم الكتب، بيروت، لبنان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرادوي، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل: 8/191-192، الطبعة الأولى سنة 1418هـ - 1998م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، التوضيح: 3/312-314، شرح الخرخشي على مختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن عبد الله بن علي الخرخشي مع حاشية العدوي: م2/ج3/237، طبعة دار الفكر، لبنان، الشرح الكبير، لأبي البركات أحمد الدردير، مع حاشية الدسوقي، محمد عرفة الدسوقي: 2/438-439، الطبعة الأولى سنة 1419هـ - 1998م، دار الفكر، بيروت، لبنان.

³¹- انظر المغني: 10/57.

التفريق القضائي بين الزوجين ----- د. عبد الباقي بدوي

3- العَقْل؛ وهو لحم يبرز في قُبُل المرأة ولا يسلم غالباً من رشح، يشبه نفخ الخصية، وقيل العَقْل: رغبة في الفرج تحدث عند المعاشرة تمنع لذة الوطاء، وهو عيب عند المالكية والحنابلة.

وجعل بعض الحنابلة والشافعية القرن والعفل والرتق شيئاً واحداً؛ وهو لحم ينبت في فرج المرأة يمنع من الوطاء³²، وقال أبو الخطاب (ت سنة 510 هـ) من الحنابلة: «الرتق أن يكون الفرج مسدوداً؛ يعني أن يكون ملتصقاً لا يدخل الذكر فيه، والقرن والعفل لحم ينبت في الفرج فيسده، فهما في معنى الرتق إلا أنهما نوع آخر»³³.

4- الإفضاء؛ وهو اختلاط القُبُل بمجرى البول أو الغائط، ويعبر عنه الحنابلة بالفتق، وهو عيب عند المالكية والحنابلة.

النوع الثاني: العيوب المنفرة؛ وهي العيوب التي توجب نفورا في النفس يمنع الاقتراب من صاحب العيب بالكلية ومسه؛ إما بسبب الخوف من انتقال العدوى إليه وإلى نسله؛ كالجدام والبرص، وإما بسبب الخوف من الجناية والضرر؛ كالجنون، وإما بسبب علة مستحكمة تعافها النفس؛ كاستطلاق البول أو الغائط عند الجماع (العذيفة)؛ لأن الطباع السليمة تنفر من جماع من به علة من هذه العلل، فهذه العيوب لا تمنع الجماع حساً بل طبعاً، واتفق المالكية والشافعية والحنابلة على ثلاثة عيوب؛ وهي: الجنون، والجدام، والبرص، واختلفوا فيما سوى ذلك، وفيما يلي بيان هذه العيوب وموقف كل مذهب منها:

أولاً-: العيوب المنفرة المتفق عليها³⁴: وهذه العيوب يشترك فيها الرجال والنساء، فهي لا تختص بجنس بعينه كما في العيوب التناسلية، فقد تصيب الرجال، وقد

³² - نفس المصدر: 57/10.

³³ - انظر الحاوي الكبير: 463/11-465، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني: 327/2، الطبعة الثانية سنة 1402 هـ -1982م، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، المغني: 58-55/10، الذخيرة: 420-419/4، الفروع: 231/5، تصحيح الفروع: 231-230/5، الإنصاف: 192/8، التوضيح: 303-305، شرح الخرشي على خليل مع حاشية العدوي: م/2ج/3-238، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: 441-438/2.

³⁴ - انظر الإنصاف: 192/8.

التفريق القضائي بين الزوجين ----- د. عبد الباقي بدوي

تصيب النساء، وتمثل في الجنون، والجذام، والبرص، والأمراض الجنسية، وفيما يلي بيان كل عيب من هذه العيوب:

1- الجنون: هو اختلال يصيب عقل الإنسان، فيفقد الإدراك والتمييز بين الأمور الحسنة والأمور القبيحة، وتجري تصرفاته الفعلية والقولية على غير نصح العقلاء. ويثبت حق طلب التفريق للزوج السليم بسبب جنون الزوج الآخر مطلقا سواء كان الجنون مطبقا أو متقطعا³⁵، ولا يشترط فيه أن يستغرق كل الأوقات، بل يكفي في ذلك، ولو حصل مرة واحدة في كل شهر ويفيق فيما سواه؛ لأن الجنون تخافه النفوس وتنفر منه³⁶. وخيار الفسخ في الجنون المتقطع إنما يثبت إذا كان المريض يلحق الأذى بغيره أو يتلف الأشياء، وأما إذا كان يصرع ثم يفيق من غير إضرار، فلا رد في ذلك³⁷.

2- الجذام: مرض جلدي، سارٍ مُزمن، تسببه جرثومة عَصَوِيَّة الشكل تسمى المتفطرة الجذامية، يُحدث آفات جلدية عميقة، منها: الارتشاحات، والبقع، والبثرات، والعُقَد، وقد يمتد إلى الأعصاب فيسبب الشعور بالحذر وضعف العضلات، والحزل، وربما انتهى إلى الشلل، وخطورة هذا المرض تكمن في إتلاف الأعصاب الطرفية، ويعد الجذام بصفة أساسية من أمراض المناطق الحارة، غير أن إصابته تحدث في جميع البلدان، وتقدر إصابته بحوالي 11 مليون إصابة في العالم حاليا³⁸.

³⁵- شرح الخرشبي على خليل: م/2ج/3، 238، وانظر الشرح الكبير: 440/2.

³⁶- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 440/2.

³⁷ - انظر الموسوعة الطبية الفقهية، د. أحمد محمد كنعان: 707، الطبعة الثانية سنة 1427 هـ - 2006م، دار النفائس، بيروت، لبنان، الآثار المترتبة على الإصابة بالأمراض المعدية في المنظور الشرعي والطبي، د. يوسف صلاح الدين يوسف: 28-29، الطبعة الأولى سنة 2008م، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر.

³⁸- قرار رقم 9/7/94د، انظر موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، أ.د. علي أحمد السالوس: 834، 836، الطبعة الحادية عشرة سنة 1428 هـ - 2008م، مؤسسة الريان، بيروت، دار الثقافة، قطر، مكتبة دار القرآن، مصر، مكتبة الترمذي، مصر.

التفريق القضائي بين الزوجين ----- د. عبد الباقي بدوي

3- **البرص**: مرض جلدي، يسبب بياضا في الجسم، ولا يُلحق به البهاق الذي هو أيضا داء يذهب بلون الجلد، فتظهر فيه بُقع بيضاء، والفرق بينهما كما ذكروا أن الشعر النابت على البرص شعر أبيض، بينما النابت على البهاق شعر أسود، وأن البرص إذا نحس بإبرة خرج منه ماء، والبهاق إذا نحس خرج منه دم. وهذه العيوب الثلاثة (أي الجنون، والجذام، والبرص) متفق عليها بين المذاهب الأربعة.

4- **الأمراض الجنسية**: وهي مجموعة واسعة من الأمراض تنتقل بممارسة الجنس إذا كان أحد الطرفين مصابا بها، وأحيانا تنتقل بطرق أخرى، وتصيب بنوع خاص الأعضاء التناسلية ثم أعضاء أخرى؛ ومن أخطر هذه الأمراض: مرض نقص المناعة المكتسب أو الإيدز، ومرض الزهري أو السّفيليس، والسيلان، والهريس.

وقد ناقش مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد بأبو ظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة في دورته التاسعة سنة 1415 هـ - 1995م موضوع: «مرض نقص المناعة المكتسب "الإيدز"، والأحكام المتعلقة به»، ومن جملة القضايا الفقهية التي أثّرت في هذه الدورة مسألة حق السليم من الزوجين في طلب الفرقة من الزوج المصاب بعدوى مرض نقص المناعة المكتسب «الإيدز»، وقرر المجلس بخصوص هذه المسألة أنه: «للزوجة طلب الفرقة من الزوج المصاب؛ باعتبار أن مرض نقص المناعة المكتسب "الإيدز" مرض مُعدٍ، تنتقل عدّواه بصورة رئيسية بالاتصال الجنسي»³⁹.

ويستفاد من هذا القرار عن طريق مفهوم المخالفة أن الزوج ليس له الحق في طلب التفريق بينه وبين زوجته المصابة بمرض نقص المناعة المكتسب، ولعل المجلس يرى أنّ الرجل يملك إيقاع الطلاق بنفسه دون حاجة إلى اللجوء للقضاء.

39- الأحكام الشرعية المتعلقة بمرض الإيدز، للدكتور عمر سليمان الأشقر، بحث ضمن كتاب «دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة»: 54/1

التفريق القضائي بين الزوجين ----- د. عبد الباقي بدوي

وأما المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية فقد قرر المشاركون في ندوتها السادسة التي عقدتها سنة 1996م بالاشتراك مع مجمع الفقه الإسلامي بجدّة والمكتب الإقليمي لمنظمة الصحة العالمية بالإسكندرية، ووزارة الصحة الكويتية تحت عنوان «رؤية إسلامية للمشاكل الاجتماعية لمرض الإيدز» أنه: «يجوز لكل واحد من الزوجين طلب الفرقة من الزوج المصاب بعدوى الإيدز؛ باعتبار أن الإيدز مرض مُعدٍ، تنتقل عدّواه بصورة رئيسية بالاتصال الجنسي»⁴⁰.

ونص معاصرو الإباضية على عدّ الزهري من العيوب الموجبة للتفريق؛ منهم مفتي سلطنة عُمان: الشيخ السالمي، والشيخ عبد الرحمن باكلي⁴¹.
وقد نص قانون الأحوال الشخصية الإماراتي صراحة على عدّ الإيدز وما في حكمه من الأمراض المعدية التي يُخشى منها الهلاك، من العيوب التي تجيز لكل من الزوجين حق طلب التفريق، جاء في المادة 114، الفقرة الرابعة: «لكل من الزوجين حق طلب التفريق في الحالات الآتية: ... 4- إذا ثبت إصابة الآخر بمرض مُعدٍ يخشى منه الهلاك؛ كالإيدز وما في حكمه، فإن خشي انتقاله للزوج الآخر أو نسلهما، وجب على القاضي التفريق بينهما»، وجاء في شرح هذه الفقرة في المذكرة الإيضاحية: «أما الفقرة الرابعة من المادة 114 من القانون، فإنها نصت على إعطاء الزوجين حق طلب التفريق لإصابة الآخر بمرض معدٍ؛ كالإيدز والهريس وما في حكمهما، وإذا كان المرض يخشى انتقاله إلى الزوج الآخر أو نسلهما، كان التفريق وجوباً، ويتعين على القاضي الحكم به»⁴².

40- تعليق الشيخ باكلي على شرح النيل: 368/2-369، طبعة عارية عن تاريخ النشر واسم الناشر، وبلد النشر.

41- انظر المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية في دولة الإمارات العربية: 202، منشورة بمجلة الشريعة والقانون الإماراتية، ملحق العدد السادس والعشرون، ربيع الأول سنة 1427هـ-2006م، جامعة الإمارات العربية.

42- انظر شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، د. محمود علي السرطاوي: 307-312، الطبعة الثانية سنة 2007م، عمان، الأردن.

التفريق القضائي بين الزوجين ----- د. عبد الباقي بدوي

ومن القوانين العربية التي نصت صراحة على اعتبار الأمراض الزهريّة من العيوب التي يفسخ بها الزواج قانون الأحوال الشخصية الأردني وقانون العائلة اللبناني، فقد جاء في المادة 116 من قانون الأحوال الشخصية الأردني ما يلي: «إذا ظهر للزوجة قبل الدخول أو بعده أن الزوج مبتلى بعلّة أو مرض لا يمكن المقام معه بلا ضرر؛ كالجدام، أو البرص، أو السل، أو الزهري، أو طرأت مثل هذه العلة والأمراض، فلها أن تراجع القاضي وتطلب التفريق. والقاضي بعد الاستعانة بأهل الخبرة والفتن ينظر: فإن كان لا يوجد أمل بالشفاء يحكم بالتفريق بينهما في الحال، وإن كان يوجد أمل بالشفاء أو زوال العلة يؤجل التفريق سنة واحدة، فإذا لم تُزل بظرف هذه المدة ولم يرض الزوج بالطلاق وأصرت الزوجة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق أيضا، أما وجود عيب؛ كالعمى، والعرج، في الزوج فلا يوجب الطلاق».

ونص في المادة 117 على أن: «للزوج حق طلب فسخ عقد الزواج إذا وجد في زوجته عيبا جنسيا مانعا من الوصول إليها؛ كالرتق، والقرن، أو مرضا منفرا بحيث لا يمكن المقام معها عليه إلا بضرر، ولم يكن الزوج قد علم به قبل العقد أو رضي به بعده صراحة أو ضمنا». ومن الملاحظ أن القانون الأردني لم يقتصر في جواز التفريق بالعيوب على الجدام، والبرص، والسل، والزهري، بل جعل ضابط العيب الذي يبيح التفريق هو كل علة أو مرض لا يمكن الإقامة معه بلا ضرر، وعليه يبقى الأمر فيه متسع للاجتهاد القضائي المستند على رأي أهل الخبرة فيما يظهر من أمراض⁴³. وأما قانون العائلة اللبناني فقد نص في المادة 122 منه على أنه: «إذا اطلعت الزوجة بعد النكاح أن الزوج مُبتلى بعلّة لا يمكن الإقامة بها معه سوى بلا ضرر؛ كالجدام، والبرص، وعلّة الزهري، أو حدثت به أخيرا هكذا علة، فلها أن تراجع الحاكم وتطلب التفريق، والحاكم يرى إن كان يوجد أمل بزوال العلة يؤجل التفريق سنة واحدة، وإذا لم تزل بظرف هذه المدة، ولم يرض الزوج

43- الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، بدران أبو العينين بدران: 443، طبعة دار النهضة العربية، بيروت، لبنان.

التفريق القضائي بين الزوجين ----- د. عبد الباقي بدوي

الطلاق، وأصرت الزوجة أيضا على طلبها، يحكم الحاكم بالتفريق، بوجود أحد العيوب في الزوج؛ كالعَمَى، والعرج لا يوجب التفريق.»⁴⁴.

ويلاحظ على هذه المادة أنها أخذت بمذهب محمد بن الحسن الشيباني من الحنفية؛ حيث أعطت حق طلب التفريق للمرأة وحدها دون الرجل في كل عيب أو علة لا يمكنها الإقامة معه إلا بضرر؛ كالجدام، والبرص، والزهري.

ثانياً-: العيوب المنفرة المختلف فيها

1- العَدِيْطَةُ؛ وهي خروج الغائط عند الجماع، ويقال للرجل عذيوط، وللمرأة عذيوطة، ومثل الغائط عند الجماع البول عنده. وبعضهم جعل العذيوطة شاملة لخروج الغائط أو البول عند الجماع، وهي عيب عند المالكية والحنابلة، فإن ادعى كل من الزوجين العذيوطة على صاحبه، فقال أحمد بن نصر (ت سنة 319 هـ)؛ صاحب سحنون: «يطعم أحدهما تينا، والآخر فُقُوساً»⁴⁵، فيعلم من هو منهما»⁴⁶.

2- الاستحاضة: وهي الدم الخارج من قُبُلِ المرأة في غير أوقاته المعتادة، فهو غير دم الحيض الذي يعاود المرأة مرة واحدة في كل شهر، وهو غير دم النفاس الذي تراه المرأة بعد الولادة، وقد يتصل دم الاستحاضة بالحيض أو بالنفاس، وقد لا يتصل بهما، ودم الاستحاضة غالبا ما ينتج عن علة مرضية؛ كالاتهاب، أو اضطراب الهرمونات، أو الأورام أو غيرها⁴⁷.

44- الفُقُوسُ في الشام والمغرب العربي نوع من البطيخ، وفي مصر نوع من القثاء. انظر المعجم الوسيط: 697.

45- انظر التوضيح: 3/ 313، الذخيرة: 4/ 421.

46- انظر الموسوعة الطبية الفقهية: 64، 70، 414، مدى مشروعية الاستشفاء بالدم البشري وأثر التصرف فيه في الفقه الإسلامي والقانون المدني، د. محمد عبد المقصود حسن داوود: 253-254، طبعة سنة 1999م، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر.

47- انظر التوضيح: 3/ 312، مناهج التحصيل: 3/ 406، كفاية الطالب الرباني: 2/ 83، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني: 2/ 83.

التفريق القضائي بين الزوجين ----- د. عبد الباقي بدوي

والاستحاضة فيها خلاف عند المالكية⁴⁸ و الشافعية⁴⁹ الحنابلة، لكن المشهور عند المالكية والشافعية أنه لا ترد المرأة بها، واستظهر تقي الدين ابن تيمية (ت سنة 728هـ) من الحنابلة الفسخ، وصوبه ابن مفلح والمرداوي⁵⁰ (ت سنة 885هـ).

وعلل هؤلاء قولهم: بأنه إن قيل: إنه لا يجوز وطء المستحاضة، إلا عند خوف المشقة والعنت، فهذا عيب؛ لأنه سيبقى ممتنعاً عن زوجته، إلا إذا حصلت له مشقة وعنت. وإن قيل: بجواز وطء المستحاضة كما هو الصحيح، فإن نفسه تنفر منها، ولا شك أن الاستحاضة تمنع من كمال الاستمتاع⁵¹.

3- البَحْر: وهو نتن الفرج، أو رائحة منتنة تثور عند الجماع، وهو عيب عند المالكية، وألحق اللخمي (ت سنة 478هـ) ببخر الفرج بخر الفم والأنف⁵²؛ لأن نتن الأعلى أولى لقرب مضرتة⁵³، وللحنابلة وجهان في بخر الفرج والفم⁵⁴.

4- الباسور والناصور⁵⁵: الباسور مرض يحدث فيه تمدد وريديّ دواليّ في الشَّرْح على الأشهر تحت الغشاء المخاطي، أو هو حَلَمَات نازفة في الغالب تتشكل في الدُّبُر

48- انظر العزيز شرح الوجيز، للرافعي: 135/8.

49- انظر الفروع: 232/5، الإنصاف: 196/8.

50- انظر الشرح الممتع على زاد المستقنع، لمحمد بن صالح العثيمين: 214/12، الطبعة الأولى سنة 1427هـ، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية.

51- انظر التوضيح: 3/ 312-314، شرح الخرشني على خليل مع حاشية العدوي: م2/ج3/237، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: 439/2.

52- انظر التوضيح: 3/ 312-314.

53- انظر المغني: 56/10-57، الفروع: 231/5، تصحيح الفروع: 232-231/5، الإنصاف:

192-191/8، التوضيح: 3/ 312-314، شرح الخرشني على خليل مع حاشية العدوي: م2/ج3/237، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: 439/2.

54- المغني: 59/10، الفروع: 232/5، الذخيرة: 4/ 421، الإنصاف: 193/8-194.

55- المعجم الوسيط: 56، الموسوعة الطبية الفقهية: 618.

التفريق القضائي بين الزوجين ----- د. عبد الباقي بدوي

نتيجة توسع بعض الأوردة، وقد تحتاج للاستئصال بالجراحة⁵⁶. والناصور: قرحة تمتد في أنسجة الجسم على شكل أنبوبة ضيقة الفتحة، وكثيرا ما تكون حول المقعدة، وهو قرحة لا تزال تنتفض، وقد يستعصي شفاؤها، فكلما برئ جزء منها عاوده الفساد⁵⁷.

5- القروح السيالة في الفرج: وهو رأي أبي الخطاب (ت سنة 510 هـ)، وصححه الحنابلة، قال أبو الخطاب - تعليقا على قول أبي بكر وأبي حفص: «ثبت الخيار فيما إذا كان أحدهما لا يستمسك بوله ولا بنحوه- يُجَرَّجُ على ذلك من به باصور وناصور وقروح سيالة في الفرج»⁵⁸.

قال ابن مفلح (ت سنة 763 هـ): وَصُحِّحَ فِي الْمَذْهَبِ ثُبُوتُ الْخِيَارِ فِي الْبَحْرِ، واستطلاق البول والنحو (أي الغائط)، والباصور والناصور، والقروح السيالة في الفرج⁵⁹. وقال القاضي حسين من الشافعية بثبوت الخيار بالقروح السائلة، وما في معناها، ويقال: إن الشيخ أبا عاصم حكاه قولاً عن الشافعي⁶⁰.

6- البول في الفراش: والمقصود به التبول اللاإرادي أثناء النوم، ولا خيار بالبول في الفراش على الأرجح، ولا بكثرة القيام للبول من باب أولى، إلا لشرط سابق⁶¹.

⁵⁶ - المعجم الوسيط: 917.

⁵⁷ - المغني: 59/10، الفروع: 232/5، الذخيرة: 421 / 4، الإنصاف: 193/8 - 194.

⁵⁸ - الفروع: 233/5، الإنصاف: 194 / 8.

⁵⁹ - انظر العزيز شرح الوجيز، لأبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافي، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود: 135/8، الطبعة الأولى 1417 هـ - 1997م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

⁶⁰ - انظر الشرح الكبير، مع حاشية الدسوقي: 438/2، شرح الخرشبي على مختصر خليل مع حاشية العدوي: م/2 ج/3 236.

⁶¹ - انظر الذخيرة: 420/4، التوضيح: 312/3، مناهج التحصيل: 413/3.

التفريق القضائي بين الزوجين ----- د. عبد الباقي بدوي

7- **القرع في المرأة؛** وهو قول ابن حبيب من المالكية؛ لأن رأس المرأة مما يغطي عادة، فلا يظهر القرع، فهو من العيوب التي تخفى على الرجال، وهذا القول خلاف المشهور في المذهب⁶²، واختلف الحنابلة في الرد بالقرع في الرأس إذا كانت له رائحة منكرة⁶³.

8- **روائح الإبط الكريهة التي تنثر عند الجماع:** نص عليها ابن رجب الحنبلي (ت سنة 795 هـ) وألحقها بالقرع في الرأس إذا كان له ريح منكرة⁶⁴.

9- **الحرق بالنار في فرج المرأة:** نص عليه ابن أبي زيد القيرواني (ت سنة 386هـ)، واللخمي⁶⁵ (ت سنة 478 هـ).

10- **الشيخوخة:** ويفهم من كلام أبي البقاء العكبري (ت سنة 538 هـ) من الحنابلة الميل إلى عد الشيخوخة في أحد الزوجين عيباً، ولم ينسب هذا الرأي لنفسه ولا لغيره، بل قال: «ولو ذهب ذاهب إلى أن الشيخوخة في أحدهما يفسخ بها، لم يبعد»⁶⁶. فإذا كان فارق السن بين الزوجين كبيراً، وكان أحدهما مسناً؛ أي في مرحلة الشيخوخة، كان للأصغر منهما حق طلب التفريق؛ لفوات المقصود من الزواج؛ وهو الاستمتاع، فإذا عقد الرجل على امرأة معتقداً أنها شابة، ثم تبين له بعد العقد أنها عجوز، وقد دُلَّسَ عليه، أو وجدت المرأة الرجل شيخاً، جاز لهما طلب فسخ الزواج. وقال ابن المواز من المالكية: «ولا ترد إذا وجدها عجوزاً»⁶⁷، وهو مذهب جمهور الفقهاء، واعتبار الشيخوخة عيباً من العيوب المجيزة للتفريق يتمشى مع قول القائلين بخيار الرد بكل عيب ينفر منه أحد الزوجين، ولا يحصل به مقصود الزواج من المودة والرحمة؛ وهو مذهب ابن القيم وغيره، كما

⁶² - انظر الفروع: 231/5، الإنصاف: 196/8.

⁶³ - انظر الإنصاف: 196/8.

⁶⁴ - انظر التوضيح: 312/3.

⁶⁵ - الإنصاف: 196/8.

⁶⁶ - التوضيح: 313/3.

⁶⁷ - انظر الشرح الممتع على زاد المستقنع: 221/12.

التفريق القضائي بين الزوجين ----- د. عبد الباقي بدوي

سيأتي، واختار محمد بن صالح العثيمين اعتبار الشيخوخة عيباً؛ ترجيحاً لمذهب ابن القيم⁶⁸.

11- العرج في المرأة: وهو قول ابن حبيب من المالكية⁶⁹. وأرى أن كثيراً من العيوب السابقة يمكن إزالتها بالمعالجة، وعليه فلا يجوز التفريق بسببها إلا إذا امتنعت المرأة عن المعالجة⁷⁰.

المبحث الثاني: موقف بعض قوانين الأحوال الشخصية من التفريق بالعيوب

أولاً-: موقف قانون الأسرة الجزائري من التفريق بالعيوب

أعطى المشرع الجزائري في قانون الأسرة الزوجة الحق في طلب التطلق بسبب العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، حيث نص في المادة 53 على ما يلي: «يجوز للزوجة أن تطلب التطلق للأسباب التالية: ... 2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج... 10- وكل ضرر معتبر شرعاً».

ويلاحظ على هذا النص أن المشرع الجزائري قد أخذ بمذهب الحنفية في اعتبار حق طلب التفريق بسبب العيوب للزوجة فقط؛ لأن الزوج في نظرهم يمكنه دفع الضرر عن نفسه بالطلاق الذي يملكه، وأخذ بمذهب القاضي شريح وابن شهاب الزهري، وأبي ثور، ومحمد بن الحسن الشيباني من الحنفية، وابن القيم من الحنابلة في تحديد ماهية العيب وهو كل عيب يكون سبباً في النفور، ولا يحصل به مقصود الزواج من المودة والرحمة؛ ولذلك قضت المحكمة العليا باعتبار عقم الزوج عيباً يجوز للزوجة طلب التطلق إذا كان بين الدخول وطلب التطلق مدة طويلة لم ينجب خلالها الزوج، كما سيأتي.

ثانياً-: موقف قانون الأحوال الشخصية المصري من التفريق بالعيوب

نص المشرع المصري في المواد 9، 10، 11، من القانون رقم 25 لسنة 1920م على أحكام التفريق للعيوب، وأبقى عليها في القانون رقم 1 لسنة 2000م المعدل للقانون السابق،

68- انظر نفس المصدر.

69- انظر شرح قانون الأحوال الشخصية، د. محمود علي السرتاوي: 313.

70- انظر المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية في دولة الإمارات العربية: 196- 199.

التفريق القضائي بين الزوجين ----- د. عبد الباقي بدوي

فنص في المادة 9 على أنه: «للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه، أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكنها البقاء معه إلا بضرر؛ كالجنون، أو الجذام، أو البرص، سواء كان هذا العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به، أو حدث بعد العقد ولم ترض به، فإن تزوجته عالمة بالعيب، أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق».

ونص في المادة 10 من ذات القانون على أن: «الفرقة طلاق بائن»، ونصت المادة 11 على أنه: «يستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها». ونصت المادة الثالثة من القانون رقم 1 لسنة 2000م أنه: «يجب على القاضي في التطبيق بالعيب الأخذ بأرجح الأقوال في مذهب الإمام أبي حنيفة».

ويلاحظ على هذه النصوص القانونية أن المشرع لم يضع العيوب تحت الحصر، ولكنه أورد لها أمثلة، وأوجب على القاضي الأخذ بأرجح الأقوال في المذهب الحنفي في التطبيق بالعيب، واشترط عدة شروط لكي يحكم القاضي بالفسخ للعيب. ولم يتعرض القانون المصري لحالة ما إذا وجد الزوج عيبا بالزوجة، ومن ثم يُرجع بشأنها إلى أرجح الأقوال في المذهب الحنفي عملا بالمادة الثالثة، والمذهب الحنفي ينص في هذه الحالة على أنه لا يجوز للرجل طلب التفريق لأجل العيب؛ لأنه يملك إيقاعه بنفسه دون حاجة إلى اللجوء للقضاء؛ حتى لا يتم التشهير بالمرأة في ساحات المحاكم دون مقتضى من الضرورة.

ثالثا-: موقف قانون الأحوال الشخصية الإماراتي من التفريق بالعيوب

أجاز قانون الأحوال الشخصية الإماراتي لكل واحد من الزوجين أن يطلب فسخ الزواج إذا وجد في الآخر علة منفرة أو مضرة؛ كالجنون، والجذام، والبرص، أو علة تمنع المتعة الجنسية؛ كالعنة، في الرجال، والقرن في النساء، سواء كانت تلك العلة موجودة قبل العقد أو حدثت بعده، شريطة أن تكون العلة مستحكمة، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 112 من القانون المذكور على ما يلي: « إذا وجد أحد الزوجين في الآخر علة مستحكمة من العلل المنفرة أو المضرة؛ كالجنون، والبرص، والجذام، أو التي تمنع حصول المتعة الجنسية؛

التفريق القضائي بين الزوجين ----- د. عبد الباقي بدوي

كالعنة، والقرن ونحوهما، جاز له أن يطلب فسخ الزواج، سواء أكانت تلك العلة موجودة قبل العقد أم حدثت بعده».

ونصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه: «يسقط حقه في الفسخ إذا علم بالعلة قبل العقد أو رضي بها بعده صراحة أو دلالة».

واستثنت الفقرة الثالثة من سقوط حق الفسخ المنصوص عليه في الفقرة الثانية: حق الزوجة في طلب الفسخ للعلة المانعة من المتعة الجنسية حيث نصت على أنه لا يسقط بحال؛ بمعنى أن لها حق الفسخ مطلقاً، ولو كانت عاملة راضية، أو كانت علة الزوج الجنسية طارئة بعد الدخول؛ صيانة لها، وهو مذهب أبي ثور. ونظر المحكمة في دعوى فسخ الزواج للعلل الجنسية في جلسة سرية، وهو ما نصت عليه الفقرة الخامسة.

كما نصت المادة 113 على أن العلل المذكورة في المادة 112 إذا كانت غير قابلة للزوال تفسخ المحكمة الزواج في الحال دون إمهال.

وقد أخذت المادة 112 بالمذهب المالكي والشافعي والحنبلي في أن لكل واحد من الزوجين حق فسخ الزواج إذا وجد بصاحبه عيباً، وأخذت برأي ابن القيم في أن العيوب غير محصورة؛ إذ ذهبت إلى أن معيار العلل المقصودة هنا هو: كل عيب ينفر أو يتضرر منه أحد الزوجين، أو يمنع من حصول المتعة الجنسية. وقد رأى المشرع الإماراتي أنه من العدل أن يكون التفريق للعلة فسخاً محضاً لا طلاقاً؛ طبقاً لمذهب الشافعي وأحمد، فلا ينقص به عدد الطلقات، ولا يترتب عليه من الآثار المالية، إلا ما يترتب على الفسخ⁷¹.

الفصل الثاني: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية وبعض قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية من التفريق بالعدم.

مبحث تمهيدي: في تعريف العقم

لغة: العقم حالة تحول دون التناسل في الذكر والأنثى، أو هو عدم القدرة على الإنجاب، يقال: عَقَمَتِ المرأة: عَقَّمَا وَعَقَّمَا، فهي عَقِيمٌ، والجمع عَقَائِمٌ، وَعَقْمٌ، وَعَقْمٌ

⁷¹ - انظر لسان العرب: 236/10-237، المعجم الوسيط: 217.

التفريق القضائي بين الزوجين ----- د. عبد الباقي بدوي

الرجل، فهو عقيم، والجمع عُقْمَاءٌ وَعُقْمَاءٌ وَعُقْمَى، ويقال أيضا رَيْحٌ عقيم؛ أي لم تأت بمطر، ويوم عقيم: لا هواء فيه، شديد الحر، وَعَقْلٌ عقيم؛ أي لا خير فيه ولا ثمرة منه⁷². والعقم يكون في الرجال وفي النساء، قال تعالى: [لله ملك السموات والأرض يخلق ما يشاء يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور أو يزوجهم ذكرا وإناثا ويجعل من يشاء عقيما] [سورة الشورى: 49-50].

طبيا: يعرف العقم بأنه العجز عن الحمل أو الإخصاب خلال فترة الفاعلية الجنسية السليمة. ولا يعتبر عادة الزواج عقيما ما لم تمر سنة على عملية الجماع دون استعمال وسائل منع الحمل⁷³. وعرفه بعضهم بأنه عدم القدرة على الحمل بعد عام أو أكثر من ممارسة الجنس بانتظام أثناء فترة التبويض⁷⁴.

المبحث الأول: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التفريق بين الزوجين

بسبب العقم

قد يكون الزوج عقيما لا يولد له، ولا أمل في شفائه، وقد تكون الزوجة عاقرا لا تلد، ولا يرجى شفاؤها، ويرغب الطرف الآخر في الإنجاب ويتمسك به، ويطلب بالتفريق بسبب العقم، فهل يجوز له ذلك، وهل يعد العقم عيبا؟. **اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة آراء:**

الرأي الأول: يعد العقم عيبا من العيوب التي تجزئ التفريق بين الزوجين؛ وبناء على ذلك للمتضرر من الزوجين خيار فسخ النكاح، وهو قول عمر بن الخطاب (ت سنة

72 - الأمراض النفسية جسدية، أمراض العصر، أ.د. فيصل محمد خير الزراد: 332، الطبعة الأولى سنة 1420هـ-2000م، دار النفائس، بيروت، لبنان.

73 - الوصفة الطبية للعلاج بالتغذية، د. جيمس ف. بالش، ود. فيليس أ. بالش، ترجمة مكتبة جرير: 482، الطبعة الثانية، مكتبة جرير، الرياض، المملكة العربية السعودية.

74 - انظر زاد المعاد: 165/5، 166.

التفريق القضائي بين الزوجين ----- د. عبد الباقي بدوي

23هـ)، والحسن البصري (ت سنة 110 هـ)، وابن القيم من الحنابلة⁷⁵. وهذا المذهب هو أيضا مذهب القاضي شريح، وابن شهاب الزهري، وأبي ثور من القائلين بالتفريق بين الزوجين بكل عيب ينفر منه أحد الزوجين، ولا تتحقق به مقاصد الزواج من المودة والرحمة⁷⁶.

قال الحسن البصري: «إذا وجد الآخر عقيما يُحَيَّر»⁷⁷.

أدلة هذا المذهب:

استدل ابن القيم⁷⁸ بما رواه ابن سيرين «أن عمر بن الخطاب بعث رجلا على السّعاية، فأتاه فقال: تزوجت امرأة، فقال له عمر: أخبرتها أنك عقيم لا يولد لك؟ قال: لا، قال: فأخبرها وخيّرهما»⁷⁹.

الرأي الثاني: لا يعدّ العقم عيبا من عيوب الزواج، وبناء على ذلك لا يثبت لأحد الزوجين حق طلب التفريق بسبب عقم الآخر، وإليه ذهب الجمهور من الحنفية⁸⁰ والمالكية والشافعية والحنابلة؛ فالعقم عندهم لا يندرج ضمن العيوب التناسلية التي تبيح للمرأة طلب التطلق، ذلك أنه لا يؤثر على معاشرة الرجل لزوجته جنسيا، كما أن عدم الإنجاب لا يحول دون وجود المودة والسكينة بينهما، فيتحقق مقصود الزواج بدون الإنجاب، وإن كان يترتب على الإنجاب في الجملة حفظ النوع البشري وبقائه، إلا أنه هبة من الله تعالى

⁷⁵ - انظر زاد المعاد: 165/5، 166.

⁷⁶ - انظر المغني: 59/10.

⁷⁷ - انظر زاد المعاد: 165/5، 166.

⁷⁸ - المصنف، لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي: 162/6، كتاب النكاح، باب الرجل العقيم، حديث رقم 10346-10348، وانظر زاد المعاد: 165/5، 166.

⁷⁹ - حق طلب التفريق بسبب العيوب عند الحنفية حق خاص بالمرأة دون الرجل، والعيوب التي تجيز للمرأة عندهم طلب فسخ النكاح بسبب العيب ليس منها العقم. وأما الرجل فإنه يمكنه أن يدفع ضرر العيب عن نفسه بما جعله الله في يده من الطلاق.

⁸⁰ - انظر المغني: 59/10-60.

التفريق القضائي بين الزوجين ----- د. عبد الباقي بدوي

ومظهر من مظاهر قدرته، قال تعالى: [لله ملك السموات والأرض يخلق ما يشاء يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور، أو يزوجهم ذكرانا وإناثا ويجعل من يشاء عقيما، إنه عليم قدير] [سورة الشوى: الآية 49-50].

فالعيوب المعتبرة عند جمهور الفقهاء هي العيوب التناسلية التي تمنع الجماع؛ كالجَبِّ في الرجال، والرَّتْق في النساء، أو تلك التي تمنع اللذة أو تنقصها؛ كالعَقْل، والبَحْر، والإفشاء أو الفتق، وكذلك العيوب التي توجب نفورا في النفس بمنع قربان صاحب العيب بالكلية ومسه؛ كالجُذام، والبرص، والجنون. وهذا المذهب هو أيضا مذهب الظاهرية ومن وافقهم من القائلين بعدم التفريق بين الزوجين بسبب العيوب مطلقا.

واستحب الإمام أحمد أن يخبر الرجل العقيم المرأة التي يريد الزواج بها بعقمه قبل النكاح، حتى تختار بين الإقدام عليه وبين الإحجام، فقد تكون حريصة على الإنجاب⁸¹، ومعنى هذا أن المرأة لا يستحب لها أن تخبر الرجل الذي يريد الزواج بها بعقمها، لأن الإنجاب يتحقق له بالزواج من غيرها، ويلاحظ على مذهب الإمام أحمد ما يلي:

الأول: أن الإخبار عنده على سبيل الاستحباب لا للزوم.

والثاني: استحباب إخبار الرجل المرأة بعقمه قبل الزواج، لا العكس، فالمرأة عنده غير مطالبة بإخبار الرجل بعقمها.

والثالث: أن الإخبار يكون قبل النكاح؛ حتى تختار المرأة بين الإقدام على الزواج وبين التراجع عنه، ومعنى هذا أن الإخبار بعد النكاح لا فائدة فيه؛ إذ لا يعطيها حق الفسخ، وهذا ما نص عليه ابن قدامة في قوله: «و هذا في ابتداء النكاح، فأما الفسخ فلا يثبت به»⁸².

وهذه الأمور تدل على أن العقم عند الإمام أحمد ليس عيبا، وهذا بخلاف الحسن البصري الذي يعده عيبا يجوز لكلا الزوجين خيار الفسخ.

81- المغني: 60-59/10.

82- الأم: 44/5.

التفريق القضائي بين الزوجين ----- د. عبد الباقي بدوي

وفيما يلي نورد بعض أقوال الفقهاء في عدم عدّ العقم عيباً من العيوب التي تجيز الرد:

قال الشافعي: «ولو نكحها، وهو يقول: أنا عقيم، أو لا يقوله حتى ملك عُقْدَتَهَا، ثم أَقَرَّ به، لم يكن لها خيار؛ وذلك أنه لا يعلم أنه عقيم أبداً حتى يموت، لأن ولد الرجل يبطئ شاباً ويولد له شيخاً، وليس لها في الولد تخيير، إنما التخيير في فقد الجماع»⁸³.

وقال ابن قدامة (ت سنة 620هـ): «... وما عدا هذه (العيوب) فلا يُثبت الخيار، وجهاً واحداً... ولا نعلم في هذا بين أهل العلم خلافاً، إلا أن الحسن قال: إذا وجد الآخر عقيماً يخير، وأحبَّ أحمد تبيين أمره، وقال: عسى امرأته تريد الولد، وهذا في ابتداء النكاح، فأما الفسخ فلا يثبت به»⁸⁴.

قال البهوتي (ت سنة 1051هـ) من الحنابلة: «(ولو بان) أحدهما (عقيماً) فلا خيار للآخر»⁸⁵.

وقال الخطاب (ت سنة 954هـ): «وأما العقم فالظاهر أنه لا يجب إخبارها به؛ لأنه ليس يعيب يوجب الخيار، ولأنه لا يقطع به»⁸⁶.
وقال العدوي: «إذا كان مقطوع الأنتيين قائم الذكر، فيشترط أن يكون لا يُمْنِي، فإن أمنى فلا ردّ، ولا تُردُّ العقيم»⁸⁷.

وقال الخرشي (ت سنة 1111هـ) عند الكلام على عيوب النكاح المختصة بالرجال: «منها الخصي المقطوع الأنتيين وقيدته في «الجواهر» بما إذا لم يُنزل؛ لأن الخيار إنما هو لعدم تمام اللذة، لا لعدم الوطء، ولذلك لا ترد العقيم»⁸⁸.

⁸³ - المغني: 60-59/10.

⁸⁴ - كشاف القناع على متن الإقناع، لمنصور بن يونس البهوتي: 112/5.

⁸⁵ - مواهب الجليل لشرح مختصر خليل: 20/5.

⁸⁶ - حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني: 85/2.

⁸⁷ - انظر شرح الخرشي على مختصر خليل: م/2 ج/3 ص/236.

⁸⁸ - أحمد بن يحيى بن المرتضى الزيدي: 63/4، طبعة دار الكتاب الإسلامي، اليمن.

التفريق القضائي بين الزوجين ----- د. عبد الباقي بدوي

ومعنى كلام ابن شاس (ت سنة 610 هـ) في «الجواهر» أن للزوجة حق خيار الرد بالعيب إذا وجدت زوجها مقطوع الخصيتين، إذا كان لا ينزل عند الجماع، وهذا لعدم اكتمال لذتها؛ لأن كمال اللذة لا يحصل للمرأة إلا بالإنزال، ولذلك لم يكن للزوج أن يعزل إلا بإذن زوجته، وأما إذا كان ينزل فليس لها الحق في الفسخ؛ لاكتمال لذتها بالجماع والإنزال، ولهذا السبب لا ترد الزوجة العقيم.

وفي «البحر الزخار»⁸⁹ للزبيدية: «و لا فسخ بكون أيهما عقيما».

و استدل أصحاب هذا المذهب بما يلي:

- 1- إن العيب الذي يجيز طلب التفريق بين الزوجين هو ما يمنع الوطاء أو يمنع لذته، والعقم ليس كذلك⁹⁰.
- 2- لو ثبت طلب التفريق بسبب العقم، لثبت حق طلب التفريق لمن تزوج بآيسة، وهو لا يعلم، ولا أحد يقول بذلك. وبعبارة أخرى قياس المرأة العقيم على المرأة الآيسة، فكما لا يُفسخ نكاح من تزوجت بعد سن اليأس لعدم الإنجاب، لا يفسخ نكاح المرأة العقيم بسبب عقمها؛ لأن العلة فيهما واحدة، وهو عدم القدرة على الإنجاب. وإذا ثبت هذا في المرأة العقيم ثبت هذا في الرجل العقيم أيضا⁹¹.
- 3- العقم أمر غير مقطوع به، فقد لا ينجب الإنسان في شبابه، وينجب في كبره⁹².

⁸⁹ - انظر الأم: 44/5، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني: 83/2، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، لشمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود: 340/4، الطبعة الأولى سنة 1415هـ-1994م، دار الكتب العلمية، بيروت.

⁹⁰ - انظر المغني: 59/10-60.

⁹¹ - انظر الأم: 44/5، المغني: 59/10-60.

⁹² - انظر المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية: 39/9-40، الطبعة الأولى سنة 1413هـ-1993م، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان.

التفريق القضائي بين الزوجين ----- د. عبد الباقي بدوي

الرأي الثالث: ثبوت خيار فسخ النكاح بسبب العقم للزوجة دون الزوج، فإذا كان الزوج عقيماً فللمرأة الخيار في طلب فسخ النكاح، وإن كانت الزوجة عقيماً فليس للزوج خيار فسخ النكاح. وهو رأي الدكتور عبد الكريم زيدان⁹³، لكن قيده بجملة من القيود؛ وهي:

- 1- أن لا يكون لها ولد من غيره، أو منه قبل أن يصير عقيماً؛ لأنه إذا كان لها ولد، فقد أصبحت أما، وبالتالي قد حققت ما كانت تأمله؛ وهي أن تصير أما، فلا يكون عقمه مبرراً للتفريق وفسخ النكاح؛ لعدم لحوق ضرر بها بالقدر الذي يبرر التفريق.
- 2- أن يثبت بالفحص الطبي والتحليل الطبية عقمه وعدم احتمال زوال هذا العقم أو يغلب على الظن ذلك؛ إذا لم يتيسر اليقين؛ لأن غلبة الظن تقوم مقام اليقين فيما لا سبيل للوقوف عليه إلا بذلك.
- 3- أن يمضي على الدخول ما لا يقل عن أربع سنوات؛ للتثبت من عقمه، ومن رغبة الزوجة في التفريق وإصرارها عليه.

واستدل الدكتور عبد الكريم زيدان على رأيه هذا: بأن الزوج إذا وجد زوجته عقيماً، فإنه يمكنه الزواج بأخرى، وبالتالي تتحقق رغبته في الولد، فلا حاجة لإثبات خيار الفسخ له؛ لأن الفسخ استثناء، ولا يصار إلى الاستثناء إلا بمبرر مقبول، وعقم الزوجة ليس مبرراً مقبولاً؛ لأنه يمكنه الزواج بأخرى، وأما المرأة إذا وجدت زوجها عقيماً، فإنه يفوتها المأمول في أن تكون أما بالبقاء في عصمته، فيصيبها ضيق وألم، ويلحقها ضرر معنوي لا يقل عن الضرر المادي، والعيب الذي يسبب ضرراً يعتبر مبرراً للمضور بطلب التفريق وفسخ النكاح⁹⁴.

ترجيح

⁹³ - انظر نفس المرجع.

⁹⁴ - المجلة القضائية العدد الخاص باجتهااد غرفة الأحوال الشخصية والموارث، 2001، ص 119.

التفريق القضائي بين الزوجين ----- د. عبد الباقي بدوي

رأي الجمهور في أن العقم لا يعد عيبا يصلح التفريق به بين الزوجين مبني على أن العيوب محصورة في العيوب التناسلية (داء الفرج) والعيوب المنفرة أو الضارة ، وحصر العيوب لا يحقق الغرض الذي من أجله شرع التفريق بالعيوب؛ لأن ثبوت الخيار في إنهاء العقد بسبب العيب كان ملاحظا فيه الضرر الذي يلحق أحدهما من عيب الآخر، والذي يحول دون تحقيق المقصود من العقد على وجهه الصحيح؛ ذلك أنه إذا كان المعنى في بعض العيوب المنصوص عليها موجبا لعدم تحصيل مقاصد العقد من الوطاء أو كماله، ومحدثا لنفرة عند الزوج الآخر بما يؤدي أيضا إلى خلل في المقصود من العقد، فإن من العيوب غير المنصوص عليها ما يوجد فيه هذا المعنى ويزيد عليه؛ كمرض الإيدز، فإنه من الأمراض الجديدة الفتاكة، وقد قرر مجمع الفقه الإسلامي جعله من الأمراض التي تثبت الخيار للسليم من الزوجين.

وأما قياسهم المرأة العقيم على المرأة الآيسة، فجوابه أن الإياس ليس عيبا؛ ولذلك لا يفسخ به النكاح باتفاق، وأما العقم فهو عيب، ولكن الخلاف في هل هو من العيوب التي يجوز التفريق بها أو لا؟.

وأما قولهم إن العقم أمر غير مقطوع به، فقد لا ينبج الإنسان في شبابه، وينجب في كبره، فجوابه أن الطب الحديث يمكنه اليوم معرفة العقم الدائم الذي لا يمكن علاجه ولا يمكن للإنسان أن ينجب معه، والعقم القابل للعلاج الذي يمكن للإنسان أن ينجب معه. وأما الرأي الثالث القائل بثبوت خيار فسخ النكاح بسبب العقم للزوجة دون الزوج، فجوابه أنه إذا ثبت للزوجة حق التفريق بسبب العقم ثبت للزوج كذلك حق التفريق بالعقم، والقول بأن الزوج يمكنه الزواج بأخرى إذا وجد زوجته عقيما، ليس صحيحا على إطلاقه؛ لأن التعدد له شروطه التي لا تتوفر في كل أحد ولا يستطيعها كل أحد أهمها القدرة على الإنفاق، والتعدد أضحى أمرا استثنائيا نادرا، بل أصبح مبدأ وحدة الزوجة هو الغالب الأعظم، إضافة إلى القيود الشديدة والصارمة التي فرضتها أكثر القوانين العربية على التعدد. ولا يقال بأن الزوج يملك رفع ضرر العقم عنه بالطلاق؛ لأن الزوج يلزمه بالطلاق المهر كله أو نصفه، وإذا فسخ العقد قبل الدخول لم يلزمه شيء من المهر.

التفريق القضائي بين الزوجين ----- د. عبد الباقي بدوي

لكل هذا نختار القول الأول الذي يُعدّ العقم عيبا من العيوب التي تجيز التفريق بين الزوجين؛ وهو قول القائلين بالتفريق بين الزوجين بكل عيب ينفر منه أحد الزوجين، ولا تتحقق به مقاصد الزواج من المودة والرحمة، كما سبق.

المبحث الثاني: موقف قوانين الأحوال الشخصية من التفريق بين الزوجين

بسبب العقم

أ- موقف المشرع الجزائري من فسخ النكاح بالعقم

سبق أن قانون الأسرة الجزائري أعطى في الفقرة الثانية من المادة 53 للزوجة دون الزوج الحق في طلب التطلاق بسبب العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، والنص عام في العيوب يمكن سحب حكمه على كل ما يعد عيبا عرفا إذا كان يؤثر على الحياة الزوجية ويجول دون استقرارها وتحقيق مقاصدها، كما سبقت الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد أخذ في هذه الفقرة بمذهب الحنفية في اعتبار حق طلب التفريق بسبب العيوب للزوجة فقط؛ لأن الزوج يمكنه دفع الضرر عن نفسه بالطلاق الذي يملكه، وأخذ بمذهب القاضي شريح، وابن شهاب الزهري، وأبي ثور، ومحمد بن الحسن الشيباني من الحنفية، وابن القيم من الحنابلة في تحديد ماهية العيب وهو كل عيب يكون سببا في النفور، ولا يحصل به مقصود الزواج من المودة والرحمة.

وبناء على التعميم الوارد في العيوب في الفقرة الثانية، فإن عقم الزوج يعد عيبا يجيز للزوجة طلب التطلاق، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1999/02/6 في قضية (ض.ب) ضد (ر.ح)، ملف رقم 213571، حيث قضت باعتبار عقم الزوج عيبا يجيز للمرأة طلب التطلاق إذا كان بين الدخول وطلب التطلاق مدة طويلة لم ينجب خلالها الزوج، ونصُّ القرار كما يلي: «من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق لكل ضرر معتبر شرعا، ومتى تبين في قضية الحال أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين، وأن الطاعن لم ينجب أطفالا طيلة هذه المدة الطويلة؛ مما أدى بالزوجة إلى أن تطلب التطلاق؛ لتضررها لعدم الإنجاب، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطلاق الزوجة

التفريق القضائي بين الزوجين ----- د. عبد الباقي بدوي

بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، طبقوا القانون تطبيقاً سليماً. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن»⁹⁵.

ب- موقف المشرع المصري من التفريق بين الزوجين بالعقم

قدمنا أن قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 25 لسنة 1920م نص في المادة 9 على أن للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه، أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل، ولا يمكنها البقاء معه إلا بضرر؛ كالجنون، أو الجذام، أو البرص، وسبقت الملاحظة على هذا النص بأن المشرع لم يضع العيوب تحت الحصر، ولكنه أورد لها أمثلة، وأوجب على القاضي في المادة 3 من القانون رقم 1 لسنة 2000م الأخذ بأرجح الأقوال في المذهب الحنفي في التطليق بالعيب.

كما سبق أن المشرع المصري لا يميز للرجل طلب التفريق إذا وجد عيباً بزوجه؛ لأنه يملك إيقاع الطلاق بنفسه دون حاجة إلى اللجوء للقضاء.

وأما بالنسبة لطلب الزوجة التطليق بسبب عقم الزوج أو بسبب عدم إنجابها، فلم ينص عليه المشرع المصري صراحة كعيب من العيوب التي يفسخ بها الزواج، وإذا ما رجعنا إلى المذهب الحنفي كما تنص عليه المادة الثالثة من قانون الأحوال الشخصية المصري لسنة 2000م، فإننا نجد أن العقم لا يندرج ضمن العيوب التناسلية التي تبيح للمرأة طلب التطليق؛ ذلك أنه لا يؤثر على قرابان الرجل لزوجته وإتيانها شرعاً، كما أن عدم الإنجاب لا يمنع من توافر المودة والرحمة بين الزوجين⁹⁶.

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية تعليقا على نص المادتين 11، 9 من القانون رقم 25 لسنة 1920م أنه: «باستقراء نصوص الشريعة الإسلامية الغزاة يتبين أن المقصود من الزواج ليس هو مجرد التناسل، وإلا لما صح زواج الآيسة، وعدم وجود الذرية لا يمنع من أن يكون كل من الزوجين سكناً للآخر، كما لا يحول دون قيام المودة والرحمة بينهما، وإن كان

⁹⁵ - انظر أحكام الأسرة الإسلامية فقها وقضاء طبقاً لآخر التعديلات الصادرة بالقانون رقم 1 لسنة 2000، حسن حسانين: 313، الطبعة الأولى سنة 1422هـ-2001م، دار الآفاق العربية، القاهرة، مصر.

⁹⁶ - أحكام الأسرة الإسلامية فقها وقضاء: 313.

التفريق القضائي بين الزوجين ----- د. عبد الباقي بدوي

يترتب على الزواج كنظام في الجملة التناسل وحفظ وبقاء النوع البشري، إلا أن الرزق بالذرية هبة من الله تعالى، ومظهر من مظاهر القدرة الإلهية في المنح والمنع والعطاء والحرمان، فلا مانع لما أعطى، ولا معطي لما منع. مهما كانت السلامة الجسدية للزوجين أو سقامتها باعتبار أن الذرية من خلق الله تعالى الدالة على قدرته⁹⁷.

وقد قضت محكمة النقض بأنّ عدم الرزق بالأولاد لا يعدُّ في ذاته عيباً، وبالتالي لا يجوز سبباً للتطليق، إلا إذا اقترن بعيب آخر لا يُمكن للزوجة المقام معه إلا بضرر⁹⁸، كما قضت بأن الزوجة إذا طلبت التطليق على زوجها لعدم قدرته على الإنجاب، وجب على القاضي رفض دعواها؛ لأن عدم الإنجاب ليس مبرراً للتطليق؛ إذ لا دخل للإنسان في ذلك⁹⁹.

ج- موقف المشرع الإماراتي من التفريق بين الزوجين بسبب العقم

نصت المادة 114 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي على أنه: «لكل من الزوجين حق طلب التفريق... 2- إذا ثبت بتقرير طبي عقم الآخر، بعد زواج دام خمس سنوات، وبعد العلاج الطبي، وبشرط عدم وجود أولاد لطالب الفسخ، وأن لا يجاوز عمره أربعين سنة...». وجاء في المذكرة الإيضاحية في تفسير هذه المادة: «وقد استمد القانون حكم هذه المادة مما رواه ابن سيرين من أن عمر بن الخطاب بعث رجلاً على بعض السعابية، فتزوج امرأة وكان عقيماً، فقال له عمر T: «أعلمتها أنك عقيم؟ قال: لا، قال: انطلق فأعلمها ثم خيّرهما، ووجه دلالة هذا الأثر أن عمر بن الخطاب اعتبر السكوت عن العقم تدليلاً وتغيرياً، ولهذا أمره أن يذهب لزوجته ويخبرها بأنه عقيم ويخبرها. أما الفقرة الثانية من المادة 114، فإنها أعطت للزوجين حق فسخ العقد لعدم الإنجاب، ذلك أن الغاية

97- محكمة النقض جلسة 1997/12/29، الطعن رقم 357، لسنة 63ق، لم ينشر بعد، أحكام الأسرة الإسلامية، فقها وقضاء: 313.

98- محكمة النقض جلسة 1996/9/23، الطعن رقم 387، لسنة 62ق، لم ينشر بعد، أحكام الأسرة الإسلامية، فقها وقضاء: 313.

99- انظر المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية في دولة الإمارات العربية: 199-201.

التفريق القضائي بين الزوجين ----- د. عبد الباقي بدوي

من الزواج هو التناسل، فمن الظلم أن يحرم أحد الزوجين من طفل، ما دام قادرا على إنجاب الولد والذرية، فمن المصلحة للمجتمع تمكين أحد الزوجين من طلب الفسخ لعدم الإنجاب، ومصدر هذا الحكم الوارد في هذه الفقرة أن الفقهاء الذين لم يحصروا العيوب، قد ذكروا من العيوب التي تميز الفسخ لأحد الزوجين ما تكون أقل في خطورتها من العقم، فهذا أبو البقاء العكبري، بين أن الخيار لكل عيب، حتى قال: لو ذهب ذاهب إلى أن الشيخوخة في أحدهما يفسخ بها [لم يبعد]¹⁰⁰.

فقد أعطى المشرع الإماراتي لكلا الزوجين حق طلب فسخ عقد الزواج بسبب عقم الآخر، لكن قيد هذا الحق بعدة قيود:

- 1- عدم وجود أولاد لطالب فسخ عقد الزواج. ولم يبيّن المشرع هل المقصود بعدم وجود أولاد لطالب الفسخ، أن لا يكون له أولاد من زوجه العقيم قبل أن يصاب بالعقم فقط، أو أن لا يكون له أولاد مطلقا؛ سواء من زواج آخر أو من زوجه العقيم قبل أن يصاب بالعقم؛ والذي يبدو لي أنه قصد عموم الحالتين معا؛ لأن الرغبة في الولد متحققة في الحالتين، فلو كان لطالب الفسخ أبناء من زواج آخر، فلا يحق له طلب الفسخ.
- 2- التحقق من عقم المُدَّعى عليه بتقرير طبي.
- 3- القيام بالعلاج الطبي اللازم.
- 4- مضي خمس سنوات على الزواج.
- 5- عدم مجاوزة طالب الفسخ لسن أربعين سنة، فإذا جاوز الأربعين سنة فلا يحق له طلب الفسخ، ولو تحققت فيه الشروط الأخرى¹⁰¹.

¹⁰⁰ - انظر المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية في دولة الإمارات العربية: 199-201.
* ولد اسماعيل راجي الفاروقي في مدينة يافا بفلسطين عام 1921م وبدأ دراسته على يد والده القاضي الشرعي في البيت والمسجد، وزاول دراسته الابتدائية والثانوية في مدارس الدومينيكان الفرنسية في مسقط رأسه، ثم ألتحق بالجامعة الأمريكية في بيروت وحصل منها على ليسانس فلسفة عام 1941م.
عمل محافظا لمدينة الخليل في ظل الانتداب البريطاني إلى غاية ميلاد الكيان الصهيوني في فلسطين عام 1948م ثم ألتحق بالمقاومة لفترة وجيزة وسافر بعدها للدراسة في الولايات المتحدة، ليحصل على شهادتي الماجستير في فلسفة الأديان:

التفريق القضائي بين الزوجين ----- د. عبد الباقي بدوي

لكن يلاحظ على هذا الشرط أن المشرع الإماراتي سوى بين الرجل والمرأة في عدم إباحة طلب الفسخ إذا جاوز الطالب سن الأربعين، مع أن هذا الشرط قد يبدو في المرأة معقولا؛ لأنه غالبا ما تدخل المرأة بعد هذه السن مرحلة اليأس، لكن الرجل إنجاب غير مرتبط بسن معينة، وحبذا لو قصر المشرع هذا الشرط على المرأة ورجع في تحديد سن اليأس إلى خبرة الأطباء؛ لأنه لا معنى لطلب المرأة فسخ الزواج بعد سن اليأس؛ لأن طلب الفسخ لأجل الرغبة في الإنجاب من زوج آخر، فإذا بلغت سن اليأس لم يبق لها أمل في الإنجاب، فلا داعي لتمكينها من الفسخ في هذه السن بسبب عقم الزوج.

ترجيح

بناء على أن قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية مستمدة من الفقه الإسلامي في أغلبها، فإن التشريعات السابقة: (التشريع الجزائري، والمصري، والإماراتي) لم تخرج عن آراء فقهاء الشريعة الإسلامية في التفريق بين الزوجين بالعقم، فالمشرع الإماراتي أخذ بمذهب ابن القيم، والمشرع المصري أخذ برأي الجمهور عموما، ورأي الأحناف خصوصا، والمشرع الجزائري جمع بين مذهب ابن القيم ومذهب الحنفية، وهو أيضا رأي

الأولى من جامعة INDIANA، والثانية من جامعة HARVARD عام 1951م وفي عام 1952م حصل على شهادة الدكتوراه في الفلسفة من جامعة Indiana وكان موضوع الرسالة بعنوان: ((نظرية الخير: الجوانب الميتافيزيقية والأبستمولوجية للقيم" وله أعمال تالية للدكتوراه في جامعة الأزهر عن الإسلام، وأعمال عن المسيحية واليهودية في جامعة" (ماكجيل) بكندا يتقن اللغات الثلاث: العربية والفرنسية والإنجليزية قراءة وكتابة كتب بحوثا ومؤلفات علمية عديدة في الفلسفة والاديان والإسلاميات عمل أستاذ زائرا في جامعات عربية وإسلامية ، وتنقل بين جامعات أمريكية عديدة باحثا ومدرسا إلى حين وافته المنية عام 1986م بولاية بنسلفانيا في لولايات المتحدة الأمريكية.

ترأس مؤسسة الوقف الإسلامي بأمريكا الشمالية ثم جمعية علماء الاجتماع المسلمين عام 1972م والمعهد العالمي للفكر الإسلامي بواشنطن عام 1981م ومن بين أعماله العلمية التي سنعتمدها في كتابة هذا البحث، مجلة المسلم المعاصر، وآخر مؤلفاته في مجال الدراسات الإسلامية:

1- التوحيد: ومضامينه على الفكر والحياة: TAWHID itsImplications for Thought ANDLIFE 1982

2- أطلس الحضارة الإسلامية: .The cultural ATLAS of Islam 1986.

التفريق القضائي بين الزوجين ----- د. عبد الباقي بدوي

الدكتور عبد الكريم زيدان، وعليه فإن الراجح هو ما ذهب إليه المشرع الإماراتي، حيث سبق ترجيح مذهب ابن القيم في التفريق بين الزوجين بالعدم.

خاتمة

بعد استعراض مواقف فقهاء الشريعة الإسلامية ومواقف بعض التشريعات العربية في مجال الأحوال الشخصية من التفريق بين الزوجين بالعيوب، ثم موقفهم من التفريق بالعدم، خلصنا إلى النتائج التالية:

1- أن أكثر فقهاء الشريعة الإسلامية قد أعطوا للمتضرر من الزوجين من العيب الحق في إنهاء العقد إن رغب في ذلك.

2- أن الفقهاء قد اختلفوا في العيوب التي تجيز لأحد الزوجين طلب التفريق بين موسع ومضيق ومانع، فالموسع يرى التفريق بكل عيب ينفر منه أحد الزوجين، ولا تتحقق به مقاصد الزواج من المودة والرحمة، والمانع يرى منع التفريق بالعيوب مطلقاً، والمتوسط حصر العيوب المحيطة للتفريق في نوعين: العيوب التناسلية، والعيوب المنفرة أو الضارة.

4- أن أكثر العيوب التي تكلم عنها الفقهاء القدامى يمكن اليوم معالجتها، وعليه فلا يجوز التفريق بسببها، إلا إذا امتنع صاحب العيب عن المعالجة، كما أنه قد ظهرت عيوب وأمراض خطيرة لم ينص عليها الفقهاء مع أنها لا تقل خطورة عما ذكره، بل ربما تزيد عليه؛ كمرض نقص المناعة المكتسب، والزهري، والهريس، والسرطان، ولذلك كان الأخذ بمذهب ابن القيم من هذه الجهة راجحاً يتماشى مع ما يستجد من عيوب وعلل.

5- أن قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية لم تخرج عن آراء فقهاء الشريعة الإسلامية في التفريق بين الزوجين بالعيوب.

6- أن عدم يعد عيباً من العيوب التي تجيز التفريق بين الزوجين؛ وبناء على ذلك للمتضرر من الزوجين خيار فسخ النكاح، وهو قول عمر بن الخطاب، والحسن البصري، وابن القيم، وهو أيضاً مذهب القاضي شريح، وابن شهاب الزهري، وأبي ثور من القائلين بالتفريق بين الزوجين بكل عيب ينفر منه أحد الزوجين، ولا تتحقق به مقاصد الزواج من المودة والرحمة.

7- أن عدم لا يعد عيباً عند جمهور الفقهاء القائلين بحصر العيوب في العيوب التناسلية والعيوب المنفرة، وكذلك عند المانعين من التفريق بين الزوجين بالعيوب مطلقاً.

8- ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى ثبوت خيار فسخ النكاح بسبب عدم الزوجة دون الزوج، لأن الزوج يمكنه الزواج بأخرى، إذا وجد زوجته عقيماً.

التفريق القضائي بين الزوجين ----- د. عبد الباقي بدوي

أن تشريعات الأحوال الشخصية في البلاد العربية لم تخرج عن الآراء الفقهية السابقة.