التفريق القضائي بين الزوجين بسبب العقم في الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية.

*****

د . عبد الباقي بدوي - جامعة البويرة

*****

الملخص :

يعد العقم إحدى المشكلات التي قد تواجه الأسرة وتعصف باستقرارها، وتؤدي إلى النفرة بين الزوجين، وتذهب بالمودة بينهما، وقد يكون أحد الزوجين حريصا على فسخ النكاح بسبب عقم الآخر.

من هنا جاءت هذه الدراسة لبيان موقف فقهاء الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية من التفريق بين الزوجين بسبب العقم.

وقد قسمنا هذه الدراسة إلى فصلين: الفصل الأول: في موقف فقهاء الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية من التفريق بالعيوب، وقد تضمن هذا الفصل ثلاثة مباحث: مبحث تمهيدي خصصناه للتعريف بالعيب في اللغة والاصطلاح، مع نقد التعاريف التي لم تستوف شروط التعريف من الناحية المنطقية، وأما 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 قوانين الأحوال الشخصية من التفريق بالعيوب، وقد وجدنا قوانين الأحوال الشخصية المعمول بها، قد اختلفت في هذا الموضوع اختلاف الفقهاء فيه.

وأما الفصل الثاني: فخصصناه لموقف فقهاء الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية من التفريق بالعقم، وضَمَّناه 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 قوانين الأحوال الشخصية 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

الفصل الأول: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية من التفريق بالعيوب

مبحث تمهيدي:

في تعريف العيب

لغة: العيب، الوصمة، والنقيصة، وما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة، و الجمع عيوب[1].

1- انظر لسان العرب، لجمال الدين محمد بن مكرم بن منظور: 347/10، الطبعة الأولى سنة 2000م، دار صادر، بيروت، الكليات، لأبي البقاء أيوب بن موسى الكفوي، تحقيق د. عدنان درويش ومحمد المصري: 656، الطبعة الأولى سنة 1412هـ -1992م، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، المعجم الوسيط، لمجمع اللغة العربية: 639، طبعة المكتبة الإسلامية، اسطنبول، تركيا، البستان، لعبد الله البستاني: 766، الطبعة الأولى سنة 1992م، مكتبة لبنان.

ولفظ العيب عموما يدور حول معنى النقص الذي يعتري الإنسان أو الشيء المتعاقد عليه[2].

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 الزَّوْج يمنع من تحصيل مقاصد الزواج والتمتع بالحياة الزوجية[3].

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، والعور، والعرج، والصمم، و البكم، وقطع اليدين أو الرجلين أو أحدهما، وقطع الأنف، أو الأذنين، والشلل، والحروق، والجَرَب...، كلها نقص في البدن، ولا تعد عيوبا توجب الفسخ عند الجمهور.

كما أن عبارة «نقص في العقل» غير مانعة أيضا على رأي الجمهور، فالْعَتَه، والبَلَه، والسَّفَه، والحُمْق، نقص في العقل ولا توجب الخيار للزوج السليم عند الجمهور.

2-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.

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

كما يؤخذ عليها أن العيب قد يكون في كلا الزوجين؛ بحيث يكون فيهما نفس العيب؛ كالجذام، والبرص مثلا، أو يكون فيهما عيبان مختلفين، وكلاهما يطالب بحق التفريق.

وعرفه آخرون بأنه: نقص في بدن أو عقل أحد الزوجين يمنع من الوطء أو كمال اللذة[4]. ويؤخذ على هذا التعريف أن العيب،كما سبق، قد يكون في كلا الزوجين. وعرفه الزركشي(ت سنة 794 هـ) بقوله: ما يُنَفِّرُ عن الوطء، ويكسر شهوة التَّوَّاق[5].

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 أيضا حق الزوجة في طلب التفريق من زوجها الخصي الذي لا ينزل بعدم اكتمال لذتها[7].

---

[4]- نفس المرجع: 12-13.

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

[6] -انظر مناهج التحصيل ولطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، لأبي الحسن علي بن سعيد الرجراجي، تحقيق أبي الفضل أحمد بن علي الدمياطي: 3/405- 407، الطبعة الأولى سنة 1428هـ-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: 3/ 305-306، الطبعة الأولى سنة 1433 هـ -2012م، مركز التراث الثقافي المغربي، الدار البيضاء، المغرب، دار ابن حزم، بيروت، لبنان.

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

وربما يقال: إن هذا التعريف إنما يصح في العيوب التناسلية، دون العيوب المنفرة؛ كالجنون، والجذام، والبرص؛ لأنها هي التي تمنع من الجماع أو تمنع من كمال اللذة، قال ابن الحاجب(ت سنة 646 هـ) في «مختصره»: «والعيب: الجنون، و الجذام، والبرص، وداء الفرج... »[8]، ثم قال: «وداء الفرج في الرجل: ما يمنع الوطء؛ كالجبّ، والخصاء، والعنة، والاعتراض... وداء الفرج في المرأة: ما يمنع الوطء أو لذته؛ كالرتق، والقرن، والعفل، وزيد البخر، والإفضاء»[9].

قلنا: إن المانع من الجماع نوعان: حسي، وطَبْعي، فالمانع الحسي هو العيوب التناسلية التي تمنع الجماع حسا؛ أي حقيقة؛ كالرتق، والقرن، والجبّ، والعنة، والمانع الطبْعي: هو العيوب المنفرة أو الضارة التي لا تمنع الجماع حسا بل طبعا؛ كالجنون، والجذام، والبرص؛ لأن الطباع السليمة تنفر مِن جماع مَن به مثل هذه العلل[10]، 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 والأحفاد[11].

---

[8] مختصر ابن الحاجب مع شرحه التوضيح: 303/3، 305، 312.

[9] نفس المصدر: 305/3، 312.

[10] 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 بهامش 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 البابرتي، مطبوع بهامش شرح فتح القدير: 4/ 133، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

[11] انظر مناهج التحصيل: 402/3.

المبحث الأول: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التفريق بالعيوب

إن وجود عيب بأحد الزوجين يضعف الحياة الزوجية و يقضي على المودة و الألفة بينهما، و إلزام الزوج والزوجة بإبقاء الزواج يكون فيه إرهاق لهما، و قد تستحيل الحياة الزوجية بينهما بسبب هذا العيب، و قد اختلفت آراء الفقهاء في التفريق بين الزوجين بسبب العيوب إلى مذهبين إجمالا، وإلى ثلاثة على التفصيل، وفيما يلي بيان هذه المذاهب:

المذهب الأول: وهو مذهب أهل الظاهر[12]، والشوكاني[13](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 عيبا، ولكن يرى ابن حزم إذا اشترط الزوج سلامتها من العيوب ثم وجد بها عيبا، يكون العقد مفسوخا 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 حسين[14](ت سنة 462هـ) من الشافعية، ويرى هؤلاء أن العيب الذي يجيز التفريق بين

---

[12] انظر المحلى، لابن حزم: 72/10، مسألة رقم 1899.

[13] 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 الأخبار، لمحمد بن علي الشوكاني: 571/3-572، الطبعة الأولى سنة 1416هـ-1996م، دار الخير، بيروت.

[14] انظر زاد المعاد في هدي خير العباد، لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي، ابن قيم الجوزية، تحقيق شعيب الأرناؤوط و عبد القادر الأرناؤوط: 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،

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 إحداهما، أو قطع الأنف، أو الأذن...، وهو اختيار ابن القيم[15] (ت سنة 751هـ). ومذهب محمد بن الحسن الشيباني[16](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 و المودة والرحمة.

المذهب الثالث: وهو مذهب جمهور الفقهاء، وهو وسط بين المذهبين السابقين، فلم يمنعوا الرد بالعيب مطلقا 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 عيبا وما لا يعد، على عدة آراء:

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 اليابس: 331/1، الطبعة الأولى سنة 1433 هـ -2012م، دار كنوز إشبيليا، الرياض، المملكة العربية السعودية، نقلا عن نهاية المطلب، لإمام الحرمين، تحقيق د. عبد العظيم محمود الديب: 408/12.

[15] -انظر زاد المعاد: 5/ 166.

[16] -انظر بدائع الصنائع: 327/2.

أولا-: 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 مالك[17](ت سنة 93 هـ) والشافعي[18](ت سنة 204 هـ) وأحمد[19](ت سنة 241 هـ) إلى أن حق التفريق للعيب يثبت للزوج والزوجة على السواء.

ثانيا-: العيوب التي تجيز التفريق عند الجمهور

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

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

- والثاني: العيوب التي توجب نفورا في النفس يمنع من الاقتراب من صاحب العيب بالكلية و مسه. وسبب اعتبار الفقهاء لهذين النوعين من العيوب دون غيرهما، هو أنهما يمنعان تحقيق المقصد الأصلي من الزواج، وهو الاستمتاع[20].

النوع الأول: العيوب التناسلية: وهي العلل المتعلقة بالأعضاء التناسلية للرجل والمرأة، ويسميها الفقهاء بداء الفرج، وتنقسم إلى عيوب خاصة بالرجال، و عيوب خاصة

---

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

[18] -انظر الحاوي الكبير، للماوردي: 463/11.

-[19] انظر المغني: 10/55-60.

[20] 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.

بالنساء، وقد اختلف الفقهاء بين موسع ومضيق فيما يعد عيبا تناسليا وما لا يعد كذلك، وفيما يلي بيان هذين النوعين:

أولا–: 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: الجَبّ، والعُنَّة، والخصاء. وزاد محمد بن الحسن الشيباني[21](ت سنة 189هـ) صاحب أبي حنيفة على العيوب التناسلية السابقة: كل عيب لا يمكنها المقام معه إلا بضرر؛ كالجنون، والجذام، والبرص. وذهب المالكية إلى أن العيوب التناسلية في الرجال أربعة؛ وهي: الجَبّ، والعُنَّة، والخصاء، والاعتراض، وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنها اثنان فقط: الجَبّ، والعُنَّة، وفيما يلي بيان هذه العيوب، ورأي كل مذهب فيها[22]:

1– **الْجَبّ**؛ ومعناه عند الحنفية والمالكية[23] قطع عضو التناسل و الخصيتين معا، سواء كان ذلك لعارض حدث له، أو من أصل الخلقة، وعند الشافعية والحنابلة[24]: أن يكون جميع الذكر مقطوعا.

2– **الخِصاء**؛ وهو قطع الخصيتين مع بقاء عضو التناسل، وعند المالكية الخصاء قطع عضو التناسل أو الخصيتين[25].

---

[21] انظر بدائع الصنائع: 327/2، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ج3/ 25.

[22] انظر مناهج التحصيل: 405/3– 407، الذخيرة: 4/ 428–429، التوضيح: 3/ 305–306.

[23] انظر الذخيرة: 4/ 428، التوضيح: 3/ 305، الشرح الكبير، لأبي البركات أحمد الدردير: 439/2، الطبعة الأولى سنة 1419هـ –1998م، دار الفكر، بيروت، لبنان، شرح الخرشي على مختصر خليل 237/3، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لابن نجيم: 3/ 122، طبعة باكستان.

[24] 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.

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

وقال بعضهم: قطع عضو التناسل دون الخصيتين[26].

3- **العُنَّة؛** وهي العجز عن الاتصال الجنسي، إما لمرض، أو ضعف في الخلقة، أو كِبَر سِنٍّ، أو سحر[27]، ويطلق المالكية العنة على صغر الذكر بحيث يكون كالزر، لا يتأتى به الجماع، وأما العنة بالمعنى السابق فيسميها المالكية الاعتراض، وقد يسمون الاعتراض عنة كما هو اصطلاح الجمهور[28]، ويفهم من كلام الخرشي أن العنة تشمل الصورتين، لكن إذا ذكر الاعتراض مع العنة دل على أن المراد بالعنة صغر الذكر، حيث قال: "والعنين يطلق على من ذكره كالزر وعلى المعترض، لكن ذكره للمعترض دليل على إرادة الأول، فهو من عطف المغايرة"[29].

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

ثانيا:- العيوب التناسلية الخاصة بالنساء[30]: وهي عند المالكية خمسة: الرَّتَق، والقَرَن، والإفْضاء ، والعفل، والبَخَر، وعند الشافعية اثنان فقط: الرَّتَق، والقَرَن، وعند الحنابلة

---

[26] الذخيرة: 4/ 429. الشرح الكبير، للدردير: 439/2.

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

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

[29] شرح الخرشي على مختصر خليل: 237/3.

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

ثلاثة: القَرَن، و العَفَل، و الفَتْق؛ وهو اختلاط مجرى البول و المني، وفيما يلي بيان كل عيب من هذه العيوب:

1- **الرَّتَق**؛ وهو كون الفرج مسدودا من أصل الخلقة، إلا أنه إذا انسد بلحم أمكن علاجه، و إن انسد بعظم لم يمكن علاجه عادة، و هو عيب عند المالكية و الشافعية.

2- **القَرَن**: بفتح الراء وسكونها، وهو شيء يبرز في فرج المرأة يشبه قرن الشاة، غالبا ما يكون من لحم وأحيانا يكون من عظم، فإن كان من لحم أمكن علاجه، و إن كان من عظم لم يمكن علاجه عادة، وهو عيب عند المالكية و الشافعية و الحنابلة.

3- **العَفَل**؛ وهو لحم يبرز في قُبُل المرأة و لا يسلم غالبا من رشح، يشبه نفخ الخصية، وقيل العَفَل: رغوة في الفرج تحدث عند المعاشرة تمنع لذة الوطء، و هو عيب عند المالكية و الحنابلة.

وجعل بعض الحنابلة و الشافعية القرن والعفل والرتق شيئا واحدا؛ وهو لحم ينبت في فرج المرأة يمنع من الوطء[31]، وقال أبو الخطاب (ت سنة 510 هـ) من الحنابلة: «الرتق أن يكون الفرج مسدودا؛ يعني أن يكون ملتصقا لا يدخل الذكر فيه، والقرن والعفل لحم ينبت في الفرج فيسده، فهما في معنى الرتق إلا أنهما نوع آخر»[32].

4- **الإفْضاء**؛ وهو اختلاط القُبُل بمجرى البول أو الغائط، ويعبر عنه الحنابلة بالفتق، وهو عيب عند المالكية و الحنابلة.

النوع الثاني: العيوب المنفرة؛ وهي العيوب التي توجب نفورا في النفس يمنع الاقتراب من صاحب العيب بالكلية و مسه؛ إما بسبب الخوف من انتقال العدوى إليه وإلى نسله؛ كالجذام و البرص، وإما بسبب الخوف من الجناية والضرر؛ كالجنون، وإما بسبب علة مستحكمة تعافها النفس؛ كاستطلاق البول أو الغائط عند الجماع (العذيطة)؛ لأن الطباع السليمة تنفر مِن جماع مَن به علة من هذه العلل، فهذه العيوب لا تمنع الجماع حسا بل طبعا، واتفق المالكية والشافعية والحنابلة على ثلاثة

الدردير، مع حاشية الدسوقي، لمحمد عرفة الدسوقي: 2/438-439، الطبعة الأولى سنة 1419هـ - 1998م، دار الفكر، بيروت، لبنان.

[31] انظر المغني: 57/10.

[32] نفس المصدر: 57/10.

عيوب؛ وهي: الجنون، و الجذام، والبَرَص، واختلفوا فيما سوى ذلك، وفيما يلي بيان هذه العيوب وموقف كل مذهب منها:

أولا-: العيوب المنفرة المتفق عليها[33]: وهذه العيوب يشترك فيها الرجال والنساء، فهي لا تختص بجنس بعينه كما في العيوب التناسلية، فقد تصيب الرجال، وقد تصيب النساء، وتتمثل 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 نهج العقلاء.

ويثبت حق طلب التفريق للزوج السليم بسبب جنون الزوج الآخر مطلقا سواء كان الجنون مطبقا أو متقطعا[34]، ولا يشترط فيه أن يستغرق كل الأوقات، بل يكفي في ذلك، ولو حصل مرة واحدة في كل شهر ويفيق فيما سواه؛ لأن المجنون تخافه النفوس وتنفر منه[35]. وخيار الفسخ في الجنون المتقطع إنما يثبت إذا كان المريض يُلحق الأذى بغيره أو يتلف الأشياء، وأما إذا كان يصرع ثم يفيق من غير إضرار، فلا رد في ذلك[36].

2- **الْجُذام**: مرض جلدي، سارٍ مُزْمِن، تسببه جرثومة عَصَوية الشكل تسمى المتفطِّرة الجذامية ، يُحدث آفات جلدية عميقة، منها: الارتشاحات، و البقع، و البثرات، و العُقَد، و قد يمتد إلى الأعصاب فيسبب الشعور بالخدر و ضعف العضلات، و الخزل، وربما انتهى إلى الشلل، وخطورة هذا

---

[33] انظر الحاوي الكبير: 463/11-465، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني: 327/2،الطبعة الثانية سنة 1402هـ -1982م، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، المغني: 55/10-58، الذخيرة: 419/4-420، الفروع:231/5، تصحيح الفروع: 230/5-231، الإنصاف: 192/8، التوضيح: 3/ 303-305، شرح الخرشي على خليل مع حاشية العدوي: 236/2-238، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: 438/2-441.

[34] انظر الإنصاف: 192/8.

[35] شرح الخرشي على خليل: 238/2، وانظر الشرح الكبير: 440/2.

[36] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 440/2.

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 حاليا[37].

3- **البَرَص**: مرض جلدي، يسبب بياضا في الجسم، ولا يُلحق به البُهاق 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 نخس بإبرة خرج منه ماء، والبهاق إذا نخس 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، و تصيب بنوع خاص الأعضاء التناسلية ثم أعضاء أخرى؛ ومن أخطر هذه الأمراض: مرض نقص المناعة المكتسب أو الإيدز، ومرض الزهري أو السِّفليس، والسيلان، والهربس.

وقد ناقش مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد بأبو ظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة في دورته التاسعة سنة 1415هـ - 1995م موضوع: «مرض نقص المناعة المكتسب "الإيدز"، والأحكام المتعلقة به»، ومن جملة القضايا الفقهية التي أثيرت في هذه الدورة مسألة حق السليم من الزوجين في طلب الفرقة من الزوج المصاب بعدوى مرض نقص المناعة المكتسب «الإيدز»، و قرر المجلس بخصوص هذه المسألة أنه: « **للزوجة طلب الفرقة من الزوج المصاب؛ باعتبار أن مرض نقص المناعة المكتسب "الإيدز" مرض مُعْدٍ، تنتقل عَدْواه بصورة رئيسية بالاتصال الجنسي**»[38].

---

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

[38] قرار رقم 94/7/د9، انظر موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة و الاقتصاد الإسلامي، أ.د. علي أحمد السالوس: 834،836، الطبعة الحادية عشرة سنة 1428هـ -2008م، مؤسسة الريان، بيروت، دار الثقافة، قطر، مكتبة دار القرآن، مصر، مكتبة الترمذي، مصر.

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.

وأما المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية فقد قرر المشاركون في ندوتها السادسة التي عقدتها سنة 1996م بالاشتراك مع مجمع الفقه الإسلامي بجدة 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 مُعْد، تنتقل عَدْواه بصورة رئيسية بالاتصال الجنسي**»[39].

ونص معاصرو الإباضية على عَدِّ الزهري من العيوب الموجبة للتفريق؛ منهم مفتي سلطنة عُمان: الشيخ السالمي، والشيخ عبد الرحمن باكلي[40].

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 مُعْدٍ 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 معد؛ كالإيدز والهربس وما في حكمهما، وإذا كان المرض يخشى انتقاله إلى الزوج الآخر أو نسلهما، كان التفريق وجوبا، ويتعين على القاضي الحكم به»[41].

---

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

[40] تعليق الشيخ باكلي على شرح النيل: 368/2-369.

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

ومن القوانين العربية التي نصت صراحة على اعتبار الأمراض الزهرية 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 بعلة أو مرض لا يمكن المقام معه بلا ضرر؛ كالجذام، أو البرص، أو السل، **أو الزهري**، أو طرأت مثل هذه العلة والأمراض، فلها أن تراجع القاضي وتطلب التفريق. والقاضي بعد الاستعانة بأهل الخبرة والفن 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 تَزُلْ 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 الجذام، والبرص، والسل، والزهري، بل جعل ضابط العيب الذي يجيز 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 أمراض[42].

وأما قانون العائلة اللبناني فقد نص في المادة 122 منه على أنه: «إذا اطلعت الزوجة بعد النكاح أن الزوج مُبْتَلى بعلة لا يمكن الإقامة بها معه سوية بلا ضرر؛ كالجذام، و البرص، **وعلة الزهري**، أو حدثت به أخيرا هكذا علة، فلها أن تراجع الحاكم وتطلب التفريق، و الحاكم يرى إن كان يوجد أمل بزوال العلة يؤجل التفريق سنة واحدة، و إذا لم تزل بظرف هذه المدة، ولم يرض الزوج الطلاق،

---

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

وأصرت الزوجة أيضا على طلبها، يحكم الحاكم بالتفريق، وجود أحد العيوب في الزوج؛ كالعمى، والعرج لا يوجب التفريق.» [43].

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؛ كالجذام، والبرص، والزهري.

ثانيا-: العيوب المنفرة المختلف فيها

1- **العَذْيَطَة**؛ و هي خروج الغائط عند الجماع، و يقال للرجل عذيوط، وللمرأة عذيوطة، ومثل الغائط عند الجماع البول عنده. وبعضهم جعل العذيطة شاملة لخروج الغائط أو البول عند الجماع، وهي عيب عند المالكية و الحنابلة، فإن ادعى كل من الزوجين العذيطة على صاحبه، فقال أحمد بن نصر(ت سنة 319 هـ)؛ صاحب سحنون: «يطعم أحدهما تينا، و الآخر فَقُّوسا[44]، فيعلم مَن هو منهما»[45].

2- **الاستحاضة**: وهي الدم الخارج من قُبُلِ المرأة في غير أوقاته المعتادة، فهو غير دم الحيض الذي يعاود المرأة مرة واحدة في كل شهر، و هو غير دم النفاس الذي تراه المرأة بعد الولادة، و قد يتصل دم الاستحاضة بالحيض أو بالنفاس، و قد لا يتصل بهما، ودم الاستحاضة غالبا ما ينتج عن علة مرضية؛ كالالتهاب، أو اضطراب الهرمونات، أو الأورام أو غيرها[46].

---

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

[44] الفَقُّوسُ 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 و أثر التصرف فيه في الفقه الإسلامي و القانون المدني، د. محمد عبد المقصود حسن داوود: 253-254، طبعة سنة 1999م، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر.

والاستحاضة فيها خلاف عند المالكية[47]و الشافعية[48] و 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 و المرداوي[49](ت سنة 885 هـ).

وعلل هؤلاء قولهم: بأنه إن قيل: إنه لا يجوز وطء المستحاضة، إلا عند خوف المشقة والعنت، فهذا عيب؛ لأنه سيبقى ممتنعا 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 الاستمتاع[50].

3- **البَخَر**: وهو نتن الفرج، أو رائحة منتنة تثور عند الجماع، وهو عيب عند المالكية، وألحق اللخمي(ت سنة 478 هـ) ببخر الفرج بخر الفم و الأنف[51]؛ لأن نتن الأعلى أولى لقرب مضرته[52]، وللحنابلة وجهان في بخر الفرج والفم[53].

4- **الباسور والناسور**[54]: الباسور مرض يحدث فيه تمدد وريديّ دواليّ في الشَّرَج على الأشهر تحت الغشاء المخاطي، أو هو حَلَمات نازفة في الغالب تتشكل في الدُّبُر نتيجة توسع بعض الأوردة، وقد

---

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

[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 الخرشي على خليل مع حاشية العدوي: 237/2، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: 439/2.

[52] انظر التوضيح: 3/ 312-314.

[53] انظر المغني: 56/10-57، الفروع:231/5، تصحيح الفروع: 231/5-232، الإنصاف: 191/8-192، التوضيح: 3/ 312-314، شرح الخرشي على خليل مع حاشية العدوي: 237/2، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي: 439/2.

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

تحتاج للاستئصال بالجراحة[55]. والناسور: قَرحة تمتد في أنسجة الجسم على شكل أُنبوبة ضيقة الفتحة، وكثيرا ما تكون حول المقعدة، وهو قرحة لا تزال تنتقض، وقد يستعصي شفاؤها، فكلما برئ جزء منها عاوده الفساد[56].

5- **القروح السيالة في الفرج،** و هو رأي أبي الخطاب(ت سنة 510 هـ) ، وصححه الحنابلة، قال أبو الخطاب – تعليقا على قول أبي بكر و أبي حفص: «يثبت الخيار فيما إذا كان أحدهما لا يستمسك بوله ولا نحوه- يُخَرَّجُ على ذلك من به باسور وناسور وقروح سيالة في الفرج»[57].

قال ابن مفلح(ت سنة 763 هـ): وصُحِّحَ في المذهب ثبوت الخيار في البَخَر، واستطلاق البول والنجو(أي الغائط)، والباسور والناسور، والقروح السيالة في الفرج[58]. وقال القاضي حسين من الشافعية بثبوت الخيار بالقروح السائلة، وما في معناها، ويقال: إن الشيخ أبا عاصم حكاه قولا عن الشافعي. رضي الله عنه[59].

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 سابق[60].

7- **القرع في المرأة؛** وهو قول ابن حبيب من المالكية؛ لأن رأس المرأة مما يغطى عادة، فلا يظهر القرع، فهو من العيوب التي تخفى على الرجال، وهذا القول خلاف المشهور في المذهب[61]، واختلف الحنابلة في الرد بالقَرَعُ في الرأس إذا كانت له رائحة منكرة[62].

---

[55] المعجم الوسيط: 56، الموسوعة الطبية الفقهية: 618.

[56] المعجم الوسيط: 917.

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

[58] الفروع: 233/5، الإنصاف: 8/ 194.

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

[60] انظر الشرح الكبير، مع حاشية الدسوقي: 438/2، شرح الخرشي على مختصر خليل مع حاشية العدوي: 2/ 236.

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

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

8- **روائح الإبط الكريهة التي تثور عند الجماع**: نص عليها ابن رجب الحنبلي(ت سنة 795 هـ) وألحقها بالقَرَع في الرأس إذا كان له ريح منكرة[63].

9- **الحرق بالنار في فرج المرأة**: نص عليه ابن أبي زيد القيرواني(ت سنة 386هـ) ، و اللخمي[64] (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 عيبا، ولم ينسب هذا الرأي لنفسه ولا لغيره، بل قال: «ولو ذهب ذاهب إلى أن الشيخوخة في أحدهما يفسخ بها، لم يبعد»[65]. فإذا كان فارق السن بين الزوجين كبيرا، وكان أحدهما مسنا؛ أي في مرحلة الشيخوخة، كان للأصغر منهما حق طلب التفريق؛ لفوات المقصود من الزواج؛ وهو الاستمتاع، فإذا عقد الرجل على امرأة معتقدا أنها شابة، ثم تبين له بعد العقد أنها عجوز، وقد دُلِّسَ عليه، أو وجدت المرأة الرجل شيخا، جاز لهما طلب فسخ الزواج. وقال ابن المواز من المالكية: «ولا ترد إذا وجدها عجوزا»[66]، وهو مذهب جمهور الفقهاء، واعتبار الشيخوخة عيبا من العيوب المجيزة للتفريق يتماشى مع قول القائلين بخيار الرد بكل عيب ينفر منه أحد الزوجين، ولا يحصل به مقصود الزواج من المودة و الرحمة؛ وهو مذهب ابن القيم وغيره، كما سيأتي، واختار محمد بن صالح العثيمين اعتبار الشيخوخة عيبا؛ ترجيحا لمذهب ابن القيم[67].

11- **العرج في المرأة**: وهو قول ابن حبيب من المالكية[68].

المبحث الثاني: موقف قوانين الأحوال الشخصية من التفريق بالعيوب

أولا-: موقف قانون الأسرة الجزائري من التفريق بالعيوب

أعطى المشرع الجزائري في قانون الأسرة الزوجة الحق في طلب التطليق بسبب العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، حيث نص في المادة 53 على ما يلي: «يجوز للزوجة أن تطلب التطليق

---

[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.
[68] انظر نفس المصدر.

للأسباب التالية: ... 2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج... 10- وكل ضرر معتبر شرعا».

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، و محمد 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 و الرحمة؛ ولذلك قضت المحكمة العليا باعتبار عقم الزوج عيبا يجيز للزوجة طلب التطليق إذا كان بين الدخول وطلب التطليق مدة طويلة لم ينجب خلالها الزوج، كما سيأتي.

ثانيا-: 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 للعيب، و أبقى عليها في القانون رقم 1 لسنة 2000م المعدِّل للقانون السابق، فنص في المادة 9 على أنه: «للزوجة أن تطلب التفريق بينها و بين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه، أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل و لا يمكنها البقاء معه إلا بضرر؛ كالجنون، أو الجذام، أو البرص، سواء كان هذا العيب بالزوج قبل العقد و لم تعلم به، أو حدث بعد العقد و لم ترض به، فإن تزوجته عالمة بالعيب، أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق».

و نص في المادة 10 من ذات القانون على أن: «الفرقة طلاق بائن»، و نصت 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 التطليق بالعيب الأخذ بأرجح الأقوال في مذهب الإمام أبي حنيفة».

ويلاحظ على هذه النصوص القانونية أن المشرع لم يضع العيوب تحت الحصر، و لكنه أورد لها أمثلة ، وأوجب على القاضي الأخذ بأرجح الأقوال في المذهب الحنفي في التطليق بالعيب، و اشترط 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، و المذهب 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 الأخر 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؛ 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 مطلقا، ولو كانت عالمة راضية، أو كانت علة الزوج الجنسية طارئة بعد الدخول؛ صيانة لها، وهو مذهب أبي ثور.

و نظر 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 عيبا، 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 فسخا محضا لا طلاقا؛ طبقا لمذهب الشافعي وأحمد، فلا ينقص به عدد الطلقات، ولا يترتب عليه من الآثار المالية، إلا ما يترتب على الفسخ[69].

الفصل الثاني: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية من التفريق بالعقم.

مبحث تمهيدي: في تعريف العقم

لغة:

العقم حالة تحول دون التناسل في الذكر و الأنثى، أو هو عدم القدرة على الإنجاب، يقال: عَقُمَت المرأة: عُقْما وعَقَما، فهي عَقيم، و الجمع عَقائمُ، و عُقُمٌ، و عَقُمَ الرجل، فهو عَقيم، و الجمع عُقماءُ و عِقامٌ وعَقْمى، و يقال أيضا ريحٌ عقيم؛ أي لم تأت بمطر، و يوم عقيم: لا هواء فيه، شديد الحر، و عَقْلٌ عقيم؛ أي لا خير فيه و لاثمرة منه[70].

والعقم يكون في الرجال و في النساء، قال تعالى: ﴿لله ملك السموات و الأرض يخلق ما يشاء يهب لمن يشاء إناثا و يهب لمن يشاء الذكور أو يزوجهم ذكرانا و إناثا و يجعل 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 الحمل[71].

وعرفه بعضهم بأنه عدم القدرة على الحمل بعد عام أو أكثر من ممارسة الجنس بانتظام أثناء فترة التبويض[72].

---

[69] انظر المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية في دولة الإمارات العربية: 196- 199.

[70] انظر لسان العرب: 10/236-237، المعجم الوسيط: 217.

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

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

المبحث الأول: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التفريق بين الزوجين بسبب العقم

قد يكون الزوج عقيما لا يولد له، و لا أمل في شفائه، و قد تكون الزوجة عاقرا لا تلد، و لا يرجى شفاؤها، و يرغب الطرف الآخر في الإنجاب و يتمسك به، و يطالب 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 تجيز التفريق بين الزوجين؛ و بناء على ذلك للمتضرر من الزوجين خيار فسخ النكاح، وهو قول عمر بن الخطاب (ت سنة 23هـ)، و الحسن البصري (ت سنة 110 هـ)، و ابن القيم من الحنابلة[73]. 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 و الرحمة[74].

قال الحسن البصري: «إذا وجد الآخر عقيما يُخَيَّر»[75].

أدلة هذا المذهب: استدل ابن القيم[76] بما رواه ابن سيرين «أن عمر بن الخطاب ﷺ بعث رجلا على السِّعاية، فأتاه فقال: تزوجت امرأة، فقال له عمر: أخبرتها أنك عقيم لا يولد لك؟ قال: لا، قال: فأَخْبِرْها و خَيِّرْها»[77].

الرأي الثاني: لا يعدّ العقم عيبا من عيوب الزواج، و بناء على ذلك لا يثبت لأحد الزوجين حق طلب التفريق بسبب عقم الآخر، وإليه ذهب الجمهور من الحنفية[78] والمالكية والشافعية والحنابلة؛ فالعقم عندهم لا يندرج ضمن العيوب التناسلية التي تبيح للمرأة طلب التطليق، ذلك أنه لا يؤثر

---

[73] انظر زاد المعاد: 165/5، 166.

[74] انظر زاد المعاد: 165/5، 166.

[75] انظر المغني: 59/10.

[76] انظر زاد المعاد: 165/5، 166.

[77] 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.

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

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 وبقاؤه ، إلا أنه هبة من الله تعالى 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، والرَّتَق في النساء، أو تلك التي تمنع اللذة أو تنقصها؛ كالعَفَل، والبَخَر، والإفضاء أو الفتق، وكذلك العيوب التي توجب نفورا في النفس يمنع 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.

و استحب الإمام أحمد أن يخبر الرجل العقيم المرأة التي يريد الزواج بها بعقمه قبل النكاح، حتى تختار بين الإقدام عليه والإحجام، فقد تكون حريصة على الإنجاب[79].

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

قال الشافعي: «ولو نكحها، وهو يقول: أنا عقيم، أو لا يقوله حتى ملك عُقْدَتَها، ثم أَقَرَّ به، لم يكن لها خيار؛ وذلك أنه لا يعلم أنه عقيم أبدا حتى يموت، لأن ولد الرجل يبطئ شابا و يولد له شيخا، و ليس لها في الولد تخيير، إنما التخيير في فقد الجماع»[80].

وقال ابن قدامة (ت سنة 620هـ): «... و ما عدا هذه (العيوب) فلا يُثبت الخيار، وجها واحدا... و لا نعلم في هذا بين أهل العلم خلافا، إلا أن الحسن قال: إذا وجد الآخر عقيما يخير، و أَحَبَّ أحمد تبيين أمره، و قال: عسى امرأته تريد الولد، و هذا في ابتداء النكاح، فأما الفسخ فلا يثبت به»[81].

---

[79] انظر المغني: 10/59-60.

[80] الأم: 5/44.

[81] المغني: 10/59-60.

قال البَهُوتي(ت سنة 1051هـ) من الحنابلة: « (ولو بان) أحدهما (عقيما) فلا خيار للآخر»[82].

وقال الحطاب(ت سنة 954 هـ): «وأما العقم فالظاهر أنه لا يجب إخبارها به؛ لأنه ليس بعيب يوجب الخيار، ولأنه لا يقطع به»[83].

وقال العدوي: «إذا كان مقطوع الأنثيين قائم الذكر، فيشترط أن يكون لا يُمْنِي، فإن أمنى فلا ردّ، ولا تُرَدُّ العقيم»[84].

وقال الخرشي(ت سنة 1111هـ) عند الكلام على عيوب النكاح المختصة بالرجال: «منها الخصي المقطوع الأنثيين و قيده في «الجواهر» بما إذا لم يُنْزِلْ؛ لأن الخيار إنما هو لعدم تمام اللذة، لا لعدم الوطء، و لذلك لا ترد العقيم»[85].

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، و هذا 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»[86] للزيدية: «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 الوطء أو يمنع لذته، و العقم ليس كذلك[87].

---

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

83 مواهب الجليل لشرح مختصر خليل: 20/5.

84 حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني: 85/2.

85 انظر شرح الخرشي على مختصر خليل: م2/ج3/ص236.

86 أحمد بن يحيي بن المرتضى الزيدي: 63/4، طبعة دار الكتاب الإسلامي، اليمن.

87 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 و عادل أحمد عبد الموجود: 340/4، الطبعة الأولى سنة 1415هـ-1994م، دار الكتب العلمية، بيروت.

2- لو ثبت طلب التفريق بالعقم، لثبت حق طلب التفريق لمن تزوج بآيسة، وهو لا يعلم، و لا أحد يقول بذلك. و بعبارة أخرى قياس المرأة العقيم على المرأة الآيسة، فكما لا يفسخ نكاح من تزوجت بعد سن اليأس لعدم الإنجاب، لا يفسخ زواج المرأة العقيم بسبب عقمها؛ لأن العلة واحدة فيهما، و هو عدم القدرة على الإنجاب. وإذا ثبت هذا في المرأة ثبت في الرجل[88].

3- العقم أمر غير مقطوع به، فقد لا ينجب الإنسان في شبابه، وينجب في كبره[89].

الرأي الثالث: ثبوت خيار فسخ النكاح بسبب العقم للزوجة دون الزوج، فإذا كان الزوج عقيما فللمرأة الخيار في طلب فسخ النكاح، وإن كانت الزوجة عقيما فليس للزوج خيار فسخ النكاح. وهو رأي الدكتور عبد الكريم زيدان[90]، لكن قيده بجملة من القيود؛ وهي:

1- أن لا يكون لها ولد من غيره، أو منه قبل أن يصير عقيما؛ لأنه إذا كان لها ولد، فقد أصبحت أما، وبالتالي قد حققت ما كانت تأمله؛ وهي أن تصير أما، فلا يكون عقمه مبررا للتفريق وفسخ النكاح؛ لعدم لحوق ضرر بها بالقدر الذي يبرر التفريق.

2- أن يثبت بالفحص الطبي والتحاليل 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 عقيما، فإنه يمكنه الزواج بأخرى، و بالتالي تتحقق رغبته في الولد، فلا حاجة لإثبات خيار الفسخ له؛ لأن الفسخ استثناء، ولا يصار إلى الاستثناء إلا بمبرر مقبول، وعقم الزوجة ليس مبررا مقبولا؛ لأنه يمكنه الزواج بأخرى، وأما المرأة إذا وجدت زوجها عقيما، فإنه يفوتها المأمول في أن تكون أما بالبقاء في عصمته،

---

[88] انظر المغني: 10/59-60.

[89] انظر الأم: 5/44، المغني: 10/59-60.

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

فيصيبها ضيق وألم، و يلحقها ضرر معنوي لا يَقلُّ عن الضرر المادي، و العيب الذي يسبب ضررا يعتبر مبررا للمضرور بطلب التفريق و فسخ النكاح[91].

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 التطليق بسبب العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، وسبق أن قلنا بأن النص عام يمكن سحب حكمه على كل ما يعتبر عيبا عرفا إذا كان يؤثر على الحياة الزوجية ويحول دون استقرارها وتحقيق مقاصدها، وهو مذهب بعض فقهاء التابعين؛ كالقاضي شريح، وابن شهاب الزهري، وبعض فقهاء المذاهب الفقهية؛ كمحمد بن الحسن الشيباني من الحنفية، والقاضي حسين من الشافعية، وابن القيم من الحنابلة.

وبناء على هذا التعميم الوارد في الفقرة الثانية، فإن عقم الزوج يعد عيبا يجيز للزوجة طلب التطليق، 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 التطليق إذا كان بين الدخول وطلب التطليق مدة طويلة لم ينجب خلالها الزوج، ونصُّ القرار كما يلي: «من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، ومتى تبين في قضية الحال أن المعاشرة الزوجية كانت طويلة بين الزوجين، و أن الطاعن لم ينجب أطفالا طيلة هذه المدة الطويلة؛ مما أدى بالزوجة إلى أن تطلب التطليق؛ لتضررها لعدم الإنجاب، و عليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، طبقوا القانون تطبيقا سليما. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن»[92].

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 و بين 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،

[91] انظر نفس المرجع.

[92] المجلة القضائية العدد الخاص باجتهاد غرفة الأحوال الشخصية و المواريث، 2001، ص119.

وسبقت الملاحظة على هذا النص بأن المشرع لم يضع العيوب تحت الحصر، و لكنه 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 يجيز للرجل طلب التفريق إذا وجد عيبا بزوجته؛ لأنه يملك إيقاع الطلاق بنفسه دون حاجة إلى اللجوء للقضاء.

وأما بالنسبة لطلب الزوجة التطليق بسبب عقم الزوج أو بسبب عدم إنجابه، فلم ينص عليه المشرع المصري صراحة كعيب من العيوب التي يفسخ بها الزواج، و إذا 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 قربان الرجل لزوجته وإتيانها شرعا، كما أن عدم الإنجاب لا يمنع من توافر المودة و الرحمة بين الزوجين[93].

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية تعليقا على نص المادتين 9،11 من القانون رقم 25 لسنة 1920م أنه: «باستقراء نصوص الشريعة الإسلامية الغرّاء يتبين أن المقصود من الزواج ليس هو مجرد التناسل، و إلا لما صح زواج الآيسة، و عدم وجود الذرية لا يمنع من أن يكون كل من الزوجين سكنا للآخر، كما لا يحول دون قيام المودة والرحمة بينهما، و إن كان 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، و لا معطي لما منع. مهما كانت السلامة الجسدية للزوجين أو سقامتها باعتبار أن الذرية من خلق الله تعالى الدالّة على قدرته»[94].

وقد قضت محكمة النقض بأنّ عدم الرزق بالأولاد لا يعدُّ في ذاته عيبا، وبالتالي لا يجوز سببا للتطليق، إلا إذا اقترن بعيب آخر لا يُمكن للزوجة المقام معه إلا بضرر[95]، كما قضت بأن الزوجة إذا

---

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

[94] أحكام الأسرة الإسلامية فقها وقضاء: 313.

[95] محكمة النقض جلسة 1997/12/29، الطعن رقم 357، لسنة 63ق، لم ينشر بعد، أحكام الأسرة الإسلامية، فقها و قضاء: 313.

طلبت التطليق على زوجها لعدم قدرته على الإنجاب، وجب على القاضي رفض دعواها؛ لأن عدم الإنجاب ليس مبررا للتطليق؛ إذ لا دخل للإنسان في ذلك[96].

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، و بعد العلاج الطبي، وبشرط عدم وجود أولاد لطالب الفسخ، و أن 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 رجلا على بعض السعاية، فتزوج امرأة وكان عقيما، فقال له عمر ﷺ: « أعلمتها أنك عقيم؟ قال: لا، قال: انطلق فأعلمها ثم خَيِّرْها، ووجه دلالة هذا الأثر أن عمر بن الخطاب اعتبر السكوت عن العقم تدليسا وتغريرا، ولهذا أمره أن يذهب لزوجته ويخبرها بأنه عقيم ويخيرها. أما الفقرة الثانية من المادة 114، فإنها أعطت للزوجين حق فسخ العقد لعدم الإنجاب، ذلك أن الغاية 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 تجيز 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]» [97].

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 يُبَيِّن 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

---

[96] محكمة النقض جلسة 1996/9/23، الطعن رقم 387، لسنة 62ق، لم ينشر بعد، أحكام الأسرة الإسلامية، فقها و قضاء: 313.

[97] انظر المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية في دولة الإمارات العربية: 199-201.

قبل أن يصاب بالعقم؟ و الذي 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 الْمُدَّعَى 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 الأخرى.

لكن يلاحظ على هذا الشرط أن المشرع سوى بين الرجل و المرأة 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 إنجابه غير مرتبط بسن معينة، و حبذا 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.