جامعة بجاية
Tasdawit n Bgayet
Université de Béjaïa

جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية –

كلية الحقوق والعلوم السياسية

التطليق للعيوب
بين الفقه الإسلامي والقانون
- دراسة مقارنة-

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون

فرع القانون الخاص

تخصص: القانون الخاص الشامل

من إعداد الطالبتين

- **قدوح فطيمة**
- **خنوس صديقة**

تحت إشراف الأستاذة

د. تريكي" م"آيت شاوش دليلة

لجنة المناقشة

- **الأستاذ(ة): عشاش حفيظة..... رئيسة.**
- **الأستاذ(ة): د. تريكي "م" آيت شاوش دليلة..... مشرفة ومقررة.**
- **الأستاذ(ة): بن مدخن ليلى..... ممتحنة.**

السنة الجامعية: 2017/2016

بسم الله الرحمن الرحيم

سورة طه الآية 114

إهداء

إلى من قال الله فيهما"**ووصينا الإنسان بوالديه احسانا**"

إلى التي أرضعتني حناناً وحبا إلى فيض العطف والمودّة

إلى التي سهرت الليالي من أجل راحتي

-أمي العزيزة-

إلى رمز النُبل والأخلاق.....منبع الجود والكرم.....

إلى الذي رافقني بإرشاداته وتوجيهاته النيِّرة طوال مشواري الدراسي

-أبي العزيز-

إلى رمزالمحبة و الوفاء أختي حسيبة وأخوي سعيد ومحند شريف

إلى روح جدي وجدتي الطّاهرة رحمهما الله وأسكنهما فسيح جِنانه

إلى جدي وجدتي العزيزين اللذان دعمان كثيراأطال الله في عمرهما

إلى كل أفراد عائلتي

إلى أصدقاء الدرب وزملاء الدراسة دون استثناء

إلى كل الذين أحبهم وأحبوني أهدي لهم هذا العمل.

قدوح فطيمة

إهداء

إلى من سهرت الليالي لأجلي

إلى من تعبت ولم تتم جفونها لطول انتظاري

إلى نبع الحنان التي وهبت عمرها وحياتها لتربيتي

تاج راسي

-أمي العزيزة-

إلى من تعب وشقى لأجل دراستي

-أبي الغالي-

لكما يا من غمرتماني بحبكما وعطفكما علَّي حفظكما الله وأطال في عمركما والديا العزيزان

إلى سندي وشريك حياتي زوجي العزيز الذي دعمني كثيرا

إلى إخوتي وأخواتي زين الدين،إسلام، ليلية، حنان، درين

إلى كل أفراد عائلتي وعائلة زوجي صغيرا وكبيرا

إلى كل أصدقاء الدرب وزملاء الدراسة

إليكم جميعا أهدي ثمرة هذا العمل.

خنوس صديقة

شكر وتقدير

الحمد لله وحده والشكر له سبحانه على نعمه التي لا تعد ولا تحصى أن تفضل علينا بالتوفيق لإنجاز هذا العمل.

وإنَّه لمن دواعي الإعتراف بالجميل بعد اختتام هذه المذكرة، أن نتوجه بجزيل الشكر وعظيم التقدير وخالص الامتنان إلى الأستاذة د. تريكي "م" "آيت شاوش دليلة" لقبولها الاشراف على هذه المذكرة، ولما أفادتنا به من نصائح سديدة وتوجيهات رشيدة وصبرها معنا إلى آخر المطاف.

ونتقدم أيضا بالشكر إلى زملائنا وإلى كل من وقف بجانبنا وساعدنا لإنجاز هذا العمل، جزاهم الله خير جزاء عنا.

قائمة أهم المختصرات

ص: صفحة

ص ص: من صفحة إلى صفحة

د د ن: دون دار النشر

د ب ن: دون بلد النشر

د ت ن: دون تاريخ النشر

ج ر: جريدة رسمية

مقدمة

خلق الله تعالى الإنسان خليفة في الأرض، وجعل من الزوجين الذكر والأنثى ليسكنا إلى بعضهما البعض بالمودَّة والرحمة مصداقا لقوله تعالى:"**يَاأَيُّهَا النَّاسُ اتَّقوا رَبُكُمْ الذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَ مِنْهَا رِجَالاً كَثِيرًا وَنِسَاءَ واتَقُوا الله الذِّي تُسَّاءلُونَ بِهِ الأَرْحَامَ إِنَّ الله كَانَ عَلَيْكُم رَقِيبًا**"[1].يعتبر الزواج من أهم المواضيع التي تولاها الشارع الحكيم بالرعاية وأفضى عليه قدسية خاصة، ما يجعله فريدا بين سائر العقود الأخرى حيث اعتبره ميثاقا غليظا، لقوله تعالى: "**وَكَيْفَ تَأْخُذُونَّهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضِكِم إلى بَعْضٍ وأَخَذْنَا مِنْكُمُ مِيثَاقًا غَلِيظًا**"[2].

غير أنَّ الحياة الزوجية قد تواجه صعوبات تحول سعادتها إلى شقاء ونفور مستمر بين الزوجين، بحيث لا يُستطاع معه دوام العشرة، وتصبح المعيشة بينهما جحيما بعدما كانت سكنا ومصدرا للراحة، وتصبح شرا بعدما كانت خيرا ونعمة.

فكل عائق لا يستطاع معه استمرارية الحياة الزوجية سيكون سببا في زعزعة واضطراب استقرار الأسرة، وقد شرَّع الله تعالى الطلاق للزوج لحلِّ الرابطة الزوجية عند استحالة العيش، كمّا لم يهمل حق المرأة في رفع الضرر الذي وقع عليها، فخوَّل لها القانون وكذا الفقه الإسلامي الحق في خلاصها من العلاقة الزوجية عن طريق التطليق من جرَّاء ما ألحق بها الزوج من أضرار، سواء مادية كعدم استيفاء حقها من الوطء، أو معنوية كالأذى الذي يلحق بها جراء العيب الذي أصيب به زوجها.

لقد أقرالتشريع الجزائري ومختلف التشريعات العربية نفس الاحكام التي أوردها الفقه الإسلامي، ومنح الزوجة الحق في طلب التطليق لأسباب وشروط محددة، فالتطليق هو إنهاء العلاقة الزوجية بطلب من الزوجة وبإرادتها المنفردة لأضرار تلحق بها سواء مادية كعدم استيفاء حقها من الوطء أو معنوية كالاذى الذي يلحق بها جراء العيب الذي أصيب به الزوج، ولأسباب حدَّدها المشرع.

لكن ما يهم دراستنا هو حق الزوجة في طلب التطليق لعيوب الزوج.

1- الآية01 من سورة النساء.

2- الآية 21 من سورة النساء.

وانطلاقا من هذا فدراستنا تتمحور حول المادة53الفقرة2من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على حق الزوجة في التطليق للعيوب، ومقارنة موقف المشرع الجزائري مع الفقه الإسلامي والتشريعات العربية الأخرى.

ومن خلال ما سبق يمكن لنا طرح الإشكالية التالية:

- **إلى أي حدٍّ وفق كل من المشرع الجزائري والتشريعات العربية في تكريس حق الزوجة في التطليق للعيوب اعتمادا على أحكام الفقه الإسلامي؟.**

وقد اعتمدنا في هذه الدراسة على النهج التحليلي الذي يهدف الى تحليل المواد واستنباط الاحكام منها، وتبيان اراء الفقهاء، بالإضافة الى المنهج المقارن الذي يهدف هو الاخر بمقارنة موقف التشريع الجزائري وموقف التشريعات العربية الأخرى.

ولقد قسمنا موضوعنا إلى فصلين:

الفصل الأول خصصناه لدراسة الإطار المفاهيمي للتطليق للعيوب، أمّا الفصل الثاني سنعالج فيه أحكام التطليق للعيوب، وفي الأخير ضمنًا خاتمة البحث بمجموعة من النتائج المتوصل إليها خلال تناول موضوع التطليق للعيوب.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للتطليق للعيوب

تقوم الحياة الزوجية على الألفة والتعاون والتراحم بين الزوجين، لكن قد يحدث ما يعكر صفو هذا الجوّ ويغيره، كأن تفاجأ الزوجة عند أوَّل لقاء بصاحبها أن به عيبا، أوقد يحدث في فترة الحياة الزوجية، ويكون العيب صعب أو مستحيل الشفاء، أو منفرا ومضرا فيكون مانعا من تحقيق المقصد الشرعي الذي من أجله شرع الزواج، وبناء أسرة منسجمة، فتتحول الحياة من حياة سعيدة إلى تعيسة، وذلك يعتبر بمثابة إجحاف بالزوجة، لمَا يُلحق بها من ضرر، لأنَّ العيب في الزوج يلحق ضررا بالزوجة، فيعرقل استمرارية حياتهما واستحالة العيشة بينهما بسبب صعوبته

من خلال هذا الفصل نبين معنى العيب لغة واصطلاحا، ثم نوضح مدى مشروعية التطليق بسبب العيب، وذلك بتبيان أقوال الفقهاء في التطليق بسبب عيب الزوج وموقف التشريعات العربية من ذلك، وفي الأخير نحدِّد أنواع العيوب الموجبة للتطليق بين العيوب المختلف فيها بين الفقهاء، والعيوب المسكوت عنها، والعيوب الطارئة بعد الزواج، وكذلك موقف التشريعات العربية من ذلك.

المبحث الأول

مفهوم التطليق للعيوب

قد يصاب الزوج بعيب ما من شأنه أن يمنع تحقيق المقصد الشرعي الذي من أجله شُرِع الزواج ويجعل الحياة الزوجية غير مثمرة، ويجعل الاستمرار فيها إجحاف في حق الزوجة لما يلحق بها من ضرر.

لهذا وجب علينا التطرق إلى مدى مشروعية التطليق للعيوب وآراء الفقهاء حوله، وقبل ذلك يتوجب علينا تعريف العيب (لغة، اصطلاحا).

المطلب الأوّل

تعريف العيب

للعيب تعاريف كثيرة ومتعددة سنحاول تقديم مجموعة منها خلال هذا المطلب، وبالتالي سنقوم بعرض تعاريف العيب لغة، ثم تعريفه فقها، وذلك بعرض التعاريف المقدمة حسب المذاهب الفقهية الأربعة (المذهب الشافعي، الحنبلي، الحنفي والمالكي).

الفرع الأوّل

تعريف العيب لغة

جاء مفاد العيب في "مختار الصحاح": "**العين الياء الباء**"، العيب والعيبه أيضا العاب بمعنى وعاب المتاع من باب باع، أو عيبه وعاب أيضا صار ذاعيب وعابه غيره يتعدى ويلزم فهو معيب[1].

وقال "ابن منظور" في لسان العرب: العاب والعيب، والعيبة: الوصمه.

وعاب الشيء والحائط صار ذا عيب... وعيبه تعيبه نسبة إلى العيب وجعله ذاعيب[2].

وقال الله تعالى: "**فأردت أن أعيبها**"[3]، أي أحدث في السفينة عيبا، وجاء كذلك: العيب ضد السّلامة، والسلام اسم من أسمائه تعالى لسلامته من النقص والعيب والفناء، فالسلامة: التمام

---

[1]– محمد الرازي، **مختار الصحاح**، تحقيق: محمود خاطر، **باب العين، تحت أصل (العين، الياء، الباء)**، المنشور على الموقع : https://www.naseemalsham.com/ar/Pages/download.php?/abic/Research/AlTafreek_Lelaeeb.pdf

[2] – أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، **لسان العرب**، تحقيق عبد الله علي الكبير، الجزء 10، باب العين، دار صادر، مصر، د ت ن، ص.3184.

[3]– الآية 78 من سورة الكهف.

والبراءة من العيوب[1].

وفي تعريف آخر: العيب جمع عيوب وهو: النقيصة، ونقص الشيء ذهب منه شيء بعد تمامه، وانتقص الرجل، وعابه أي ذمه ونسب اليه النقص[2].

الفرع الثاني

تعريف العيب في الفقه الإسلامي

سنعرض من خلال هذا الفرع تعاريف للعيب حسب المذاهب الفقهية الأربعة، بالإضافة إلى بعض التعاريف المقدمة من الفقهاء المعاصرين.

أولا- تعريف الشافعية

عرّف فقهاء الشافعية العيب بأنَّه: "**ما يمنع الوطء حسًا أو طبعًا في كل من الرجل والمرأة**". فيقول "الامام الشافعي": "**ويخاف منهما العدوى للأخر وإلى النسل**"[3].

ويقصد بذلك ما يمنع المتعة الزوجية بين الزوجين، بسبب عيب جنسي أو عيب جسدي.

ثانيا- تعريف الحنفية

عرّف الحنفية العيب: "**هو ما يفوت المستحق بالعقد من جهة الزوج**"[4].

---

[1]- عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، **الفحص الطّبي قبل الزواج والأحكام الفقهية المتعلقة به**، دار الفكر الجامعي، مصر 2008، ص.271.

[2]- **المرجع نفسه**، ص.272.

[3]- أبو الحسين علي ابن محمد حبيب الماوردي البصري، **الحاوي الكبير في فقه الامام الشافعي**، الجزء 11، الكتب العلمية، لبنان، 1993، ص.380.

[4]- ارجع إلى: ابن عابدين، **رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، ترجمة: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، دار عالم الكتاب، المملكة العربية السعودية، 2003، ص.360.

والمقصود من ذلك أنّ المستحق من العقد هو الوطء، والعيب لا يفوته بل يوجب فيه خللاً كما أضاف بعضهم بأنَّه كل عيب لا يمكن للزوجة المقام معه إلاّ بضرر الوطء، فيشمل الضرر المعدي والمنفر الذي يمنع الوطء.

ثالثا- تعريف الحنابلة

العيب عند فقهاء الحنابلة هو: "**ما يمنع الوطء وما يخشى منه وقوع الضرر**".

وتوسع بعضهم كابن القيّم وابن تيمية فسموه بأنَّه: "**كل عيب يمنع كمال الاستمتاع، أولا يحصل معه مقصود النكاح من المودّة والرحمة**"[1].

فنستخلص من ذلك أنّ العيب المقصود هو ما يمنع حصول مقصود الزواج من التناسل أو توفر المودَّة والرحمة بينهما أو يُحدث النفرة بينهما.

رابعا- تعريف المالكية

عرّف فقهاء المالكية العيب كالآتي: "**ما يمنع الوطء حسا وطبعا**"[2].

والمانع الحسي من الوطء يتمثل في العيوب الجنسية التي تكون في محل الوطء في كل من الرجل والمرأة، ويتمثل المانع بالطبع في كل عيب ينفرُّ النفس من قربان صاحبه وكل عيب معه[3].

خامسا- التعاريف المعاصرة

1- "**العيب هو كل ما يمنع من الدخول والاستمتاع الجنسي بين الزوجين، وكذا الأمراض الضارة**

[1]- محمد أبو زهرة، **الأحوال الشخصية**، دار الفكر العربي، مصر، د j ن، ص.290.

[2]- أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر، **الكافي في فقه أهل المدينة المالكي**، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د ت ن، ص.270.

[3]- عبد الفتاح أحمد ابو كيلة، **المرجع السابق**، ص.273.

المنفرة التي تعكر صفو الحياة الزوجية القائمة على الألفة والمودّة بين الزوجين"[1].

2- "**العيب هو ذلك الضرر اللاإرادي الذي لا يكون لإرادة أحد الزوجين دخل فيه، لا يشكل مباشر أو غير ذلك كالضرر الناشئ عن العلل والعاهات والأمراض المنفرة»**[2].

3- "**العيب هو ذلك النقصان البدني أو العقلي في أحد الزوجين، فيجعل الحياة الزوجية غير مثمرة**"[3].

من خلال التعاريف التي تمّ عرضها، نصل إلى القول أنّ العيب هو كل ما يعيق ويعرقل الحياة الزوجية سواء كان عيب جنسي أو عاهة.

الملاحظ أنّ التشريعات العربية لم تعط تعريفا للعيب في قوانينها، ولكنّها اشارت فقط إلى حق الزوجين في طلب التفريق للعيب، وعلى غرار هذه التشريعات فإنَّ المشرع الجزائري لم يعط تعريفا للعيب فبتفحص مواد قانون الأسرة الجزائري نجد المشرع لم يشر إلى العيب الذي يصيب الزوج والذي يكون سببا لطلب التطليق، وبالعودة إلى المادة 379 من القانون المدني الجزائري[4]، نجد أنّه تعرض إلى العيب الذي يحدث في المبيع فينقص من قيمته لكنه لم يعرفه هذا الأخير كذلك

---

[1]- بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري " مقدمة الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث، الوصية"**، الجزء الأوّل، الطبعة 4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص.280.

[2]- مصطفي ابراهيم الزلمي، **أحكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي المقارن**، د د ن، العراق، 1959، ص.109.

[3]- محمد عزمي البكري، **موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية**، دار محمود للنشر والتوزيع، د ب ن، د ت ن، ص.266.

[4]- قانون رقم 75-58 المؤرخ في 19 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج. ر. عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم بالأمر رقم 07-05، مؤرخ في 13 ماي 2007، الصادر في 13 ماي 2007.

المطلب الثاني

مدى مشروعية التطليق للعيوب

بعد عرض تعريفات العيب المختلفة في المطلب الأوّل سنتعرض من خلال هذا المطلب إلى مدى مشروعية التطليق للعيوب في كل من الفقه والقانون مع ذكر بعض النماذج من التشريعات العربية.

الفرع الأول

موقف الفقه الإسلامي من التطليق للعيوب

اختلف الفقهاء في حكم التطليق أو طلب التطليق للعيوب، ونتج عن ذلك رأيان تمثلا في الآتي:

أوّلا- الرأي القائل بعدم جواز التفريق للعيوب

يرى الظاهرية وعلى رأسهم "ابن حزم" بأنَّه: "**لا يجوز التفريق بأي عيب كان سواء في الزوج أو في الزوجة ومهما كان نوع العيب**[1]**، وهذا ما قاله بن عبد العزيز ونقله عنه ابن رشد في بداية المجتهد**"[2].

وقال ابن حزم:" **لا يفسخ النكاح بعد صحته بجذام حادث ولا يبرص كذلك، ولا يجنون ولا بأن يجد بها شيء من العيوب ولا بأن تجد هي كذلك، ولا بعنانة، ولا بأي شيء من العيوب** "[3].

إلا أنّه –ابن حزم– قد منح لكلا من الزوجين حق اشتراط السلامة من العيوب[4]، كما أضاف الإمام الشوكاني في تدعيمه لرأي الظاهرية في "نيل الأوطار" فقال: "**ومن أمعن النظر لم يجد في الباب**

---

[1]– محمد أبو زهرة، **المرجع السابق**، ص355.

[2]–ابن رشد الحفيد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، دار الشريفة، د، ب، ن، 1989، ص.80.

[3]– ابن حزم، **المحلى**، تحقيق محمد منير الدمشقي، الجزء10، دار الطباعة المنيرية، لبنان، 1929، ص.58.

[4]–**المرجع نفسه**، ص.59.

ما يصلح الاستدلال به على الفسخ على المعنى المذكور عند الفقهاء"[1].

واستدلَّ أصحاب هذا الرأي لتأكيد صحة ما ذهبوا إليه بالكتاب والسنة النبوية.

1- الأدلة من القرآن الكريم

قوله تعالى: "**فيتعلّمون منهما ما يفرقون به بين المرء وزوجه**"[2]. ووجه الدلالة في ذلك أنّ عقد النكاح لا يفسخ إلاّ بدليل من القرآن أو السنة، ومن فرّق بينهما بغير كتاب الله والسنة فقد دخل في جماعة اللذّين ذمّهم الله تعالى.

وقوله تعالى كذلك: "**لا يكلّف الله نفسا إلاّ وسعها**"[3]، ووجه الدلالة في هذه الآية أنّ الإنسان عند إصابته بضرر بغير إرادته وغير خاضع لإختياره، لا يحاسب عليه بمقتضى الآية، فلا يجوز التفريق بينه وبين زوجه.

2- الأدلة من السنة النبوية

استدلَّ "ابن حزم" بما رواه بن الزبير أنَّ عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها، أخبرته أنّ رِفاعة القرضي –من بني قريضة– طلَّق امرأته فتزوجت بعده عبد الرحمان بن الزبير فجاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقالت: "يا رسول الله إنّها كانت تحت رِفاعة فطلَّقها ثلاث تطليقات فتزوجت بعده بعبد الرحمان بن الزبير وأنّه والله مامعه إلاّ مثل هذه الهدبة، وأخذت بهدبة من جلبابها فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: لعلك تريدين أن ترجعي إلى رِفاعه؟ لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك"[4].

ووجه الدلالة في الحديث أنَّ المرأة شكت للرسول صلى الله عليه وسلم عيب زوجها وهو عدم قدرته الدخول بها، وبالرغم من ذلك فالرسول صلى الله عليه وسلم لم يفرق بينهما ولا منح أجلاً.

---

[1]- الشوكاني محمد بن علي، **نيل الأوطار شرح منتقي الأخيار من سيد الأخيار**، دار الكتب العلمية، بيروت، د ت ن، ص.157.

[2]- الآية 101 من سورة البقرة.

[3]- الآية 186 من سورة البقرة.

[4]- المصري مبروك، **الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري**، دار هومة، د ب ن، د ت ن، ص.333.

3- المعقول

إنَّ صحة النكاح موجودة في القرآن والسنة النبوية، ولم يوجد دليل شرعي على ثبوت حق التفريق لأي من الزوجين، وبالتالي فلا يجوز ذلك لهم.

إلا أنَّ هذه الأدلة لم تسلم من الانتقادات، فقد نوقشت على الآتى:

1-قول الله تعالى: "**لا يكلِّف الله نفسا إلاَّ وسعها**"، فهذا الدليل يعتبر حجة عليهم، ولا لهم لأنَّ الله تعالى، لا يُلزم الزوج السليم على البقاء مع الزوج المتضرر، ولا أن يصبر على ضرر يستحيل به استمرارية الحياة الزوجية، والتفريق للضرر ورد في الكتاب والسنة، فقال تعالى: "**وما جعل عليكم في الدِّين من حرجٍ**"[1]، أي بمعنى لا يجوز تحميل الانسان مالا طاقة له بذلك وارغامه على العيش مع من تستحيل العيشة معه.

2- أَمَّا عن الاستدلال المروي عن عائشة رضي الله عنها عن زوجة عبد الرحمان، فإنَّ هذا الحديث لم يرد لإثبات منع الحكم للتفريق بالعيب، وإنَّما جاء ليبيِّن حكم المطلقة ثلاثا اذا تزوجت ولم يطأها زوجها ولو بسبب عدم القدرة عليه[2]، لأنَّه لو طلقت ولم يكن دخول بينها وبين زوجها الثاني، فلا تحلُّ لها العودة إلى زوجها الأوَّل.

ثانيا- الرأي القائل بجواز التفريق للعيوب

لقد ذهب أصحاب المذاهب الأربعة إلى جواز التفريق للعيوب بين الزوجين، إلاّ أنّهم اختلفوا فيمن منهم يملك هذا الحق وهل يملكانه معًا؟ فمنهم من يعطي هذا الحق للزوجين معًا وهم

[1] - الآية 76 من سورة الحج.

[2]- آيت شاوش دليلة، **انهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر،2014، ص. 20.

الشافعية[1] والحنابلة[2] والمالكية[3]، ومنهم من يعطي هذا الحق للزوجة فقط وهم الحنفية بإعتبار أنّ الزوج يستطيع رفع المشقة عن نفسه بالطلاق الذي ملكه الله إياه ولا داعي لرفع الأمر للقضاء[4].

وعليه سنخصص دراستنا حول حق الزوجة بطلب التطليق للعيوب، ولقد إستدل في هذا الصدد فقهاء الحنفية في منحهم حق الزوجة التطليق للعيوب بالكتاب والسنة والإجماع والقياس والمعقول.

1- الأدلة من القرآن الكريم

استدلَّ أصحاب هذا الرأي بقول الله تعالى: "**فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان**"[5]، ومدلول هذه الآية أنّ الأصل هو اعتبار السلامة من العيوب، وأنّ إمساك الزوجة مع وجود هذه العيوب في الزوج يسبب مضرّة لها ممَّا يؤدي إلى تفويت مقاصد الزواج وهذا يتنافى مع الامساك بالمعروف، وبالتالي فعلى الزوج أن يسرّحها لدفع الضرر عنها.

---

[1]-أبوعبدالله محمد بن ادريس الشافعي، **الأم**، جزء6، دار المعرفة، د ب ن، 1393 هـ، ص.252.

[2]- موفق الدّين ابن قدامه، **المغني ويليه الشرح الكبير لشمس الدين ابن قدامة**، الجزء6، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، د ب ن، د ت ن، ص.667.

[3]- شمس الدّين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، **على الشرح الكبير للدردير**، جزء 2، دار احياء الكتب العربية، د ب ن، د ت ن، ص.345.

[4]- محمد مصطفى الشلبي، **أحكام الأسرة في الإسلام "دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون**، الطبعة 2، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت،1977، ص .586.

[5]- الآية 229 من سورة البقرة.

2- الأدلة من السّنة النبوية

عن أبي هريرة رضي الله عنه عن الرسول صلى الله وسلّم قال: " **وفرّ من المجذوم كما تفرّ من الأسد**"[1]، ويدل الحديث دلالة واضحة وصريحة أنّ الجذام مرض خطير، وطريقة الفرار عن الزوج المجذوم يكون بطلب التفريق لدفع الضرر عن الزوج السليم.

وقوله صلى الله عليه وسلم: " **لاَ ضَرَرَ ولاَ ضِرَار**"[2]، في حالة إجحاف الزوج بحق زوجته بعدم إعطائها حقوقها، فلها حق اللجوء إلى القضاء لطلب التطليق لرفع الظلم عنها[3].

3- الإجماع

لقد أجمع الصحابة على ثبوت خيار الفسخ بالعيب، وعن مالك أنّه بلَّغه عن سعيد بن المسيب أنّه قال: " **أيّما رجل تزوج امرأة وبه جنون أو ضرر، فإنّها تخيّر فإن شاءت قرت وإن شاءت فارقت**"[4].

بمعنى أنّ في حالة إصابة زوجها بعيب، فلها حق الخيار بين البقاء أو الفراق.

4- القياس

يُقاس النكاح على البيع، فكما أنّ البيع يرّد بالعيب، فإن كان المبيع أو محل البيع فيه عيبا، فيجوز رده شرعًا وقانونا، بل أنّ الزواج يكون من باب أولى فسخه لخطورة التدليس فيه.

بمعنى أنّ التفريق للعيب يكون أسبق من فسخ عقد البيع لأنَّ الضرر فيه أخطر من التدليس الذي يقع في البيع.

---

[1]- نقلاعن: محمد بن اسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، **صحيح البخاري**، جزء09، تحقيق: محمد على القطبي، هشام البخاري، بيروت، د ت ن، ص.1197.

[2]- أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، **سنن ابن ماجة**، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، الجزء2، دار احياء الكتب العربية، القاهرة، د ت ن، حديث 2341، ص. 784.

[3]- المصري مبروك، **المرجع السابق**، ص.333.

[4]- شمس الدين محمد بن الخطيب، **مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، جزء3، دار المعرفة، لبنان، 1997، ص.667.

5- المعقول

إنّ الوطء مستحق على الزوج لزوجته بالعقد الصحيح، وفي حالة وجود عجز لديه من مجامعتها بسبب عيب أو مرض فإنّ هذا سيؤدي إلى فوات حقّها في الجماع، وفي ذلك ظلم وإضرار بها، طبقا لقول الله تعالى: "**ولا يظلم ربّك أحدًا**"[1].

فبعد استعراض آراء الفريقين وأدلتهم يتضح أنّ القول المختار والراجح هو القول بجواز التفريق بين الزوجين بسبب العيب لقوة أدلتهم ثم أنّ وجود العيب بأحد الزوجين مضر بالزوج الآخر من جراء معاشرته، فيمنع الطرف الصحيح من تلبية رغباته الفطرية، التي تعتبر من الغايات التي شرع لها الزواج لقول الله تعالى: "**لا تمسكوهن ضرارًا لتعتدوا**"[2]، والضرر مطلوب دفعه شرعًا على الناس بما أمكن لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "**لا ضرر ولا ضرار**".

فأصول الزواج الصحيح أن لا تكون العلاقة الزوجية سببًا في إلحاق الضرر بأحد الزوجين، وتعدي حدود الله.

الفرع الثاني

الموقف التشريعي من التطليق للعيوب

سنتعرض من خلال هذا الفرع لموقف بعض التشريعات العربية من التطليق للعيوب وذلك من خلال النصوص القانونية التي أدرجت في هذا الصدد، مع الاشارة إلى أنّ هناك تشريعات أعطت حق التطليق للزوجين معا، وتشريعات أعطت حق التفريق للزوجة فقط.

[1]- الآية 49 من سورة الكهف.

[2]- الآية 78 من سورة الحج.

أوّلا- التشريعات العربية التي أعطت حق التفريق للعيوب للزوجين معًا

1- التشريع المغربي

تبنّى المشرع المغربي حق كلا الزوجين طلب التفريق للعيوب، وهذا ما جاء في نص المادة 107 من مدونة الأسرة المغربية: " **تعتبر عيوبًا مؤثرة على استقرار الحياة الزوجية وتخوّل طلب إنهائها:**

1- العيوب المؤثرة المانعة عن المعاشرة الزوجية.

2- الأمراض الخطيرة على حياة الزوج الأخر أو على صحته، التي لا يرجى الشفاء منها داخل السنة"[1].

يتبيّن من خلال نص المادة أنّ المشرع المغربي أخذ برأي المذاهب الثلاثة (المالكية، الشافعية، الحنابلة)، بمنحه حق التفريق لكيلا الزوجين، حيث لم يميّز أحد عن الأخر، بالرغم من أنّ الزوج له حق إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة.

2- التشريع الكويتي

أقرَّ المشرع الكويتي كذلك حق الزوجين في طلب التطليق للعيوب وذلك من خلال نصّه على ذلك في المادة 139 من قانون الأحوال الشخصية:" **لكل من الزوجين أن يطلب فسخ الزواج إذا وجد في الأخر عيبًا مستحكمًا من العيوب المنفرة أو المضرة أو التي تحول دون الاستمتاع سواء أكان العيب موجودًا قبل العقد أو حدث بعده**"[2].

[1]- ظهير شريف، رقم 22- 04- 01، صادر في 12 من ذي الحجة 1424 الموافق ل 3 فبراير 2004، تنفيذ القانون رقم 03-07 بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية رقم 5184 الصادر يوم 5 فبراير لعام 2004، ص418 المنشورة على الموقع : http://fz.ma/fileattach/1326975120.pdf

[2]- قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984، المنشور على الموقع:
http://www.gcc-legal.org/LawAsPDF.aspx?country=1&LawID=1018.

3- التشريع الإماراتي

كذلك المشرع الإماراتي منح حق التفريق للعيوب لكلا الزوجين سواء علم بالعيب قبل العقد أو بعده، فتنص المادة 112 فقرة 1 من قانون الأحوال الشخصية: "**إذا وجد أحد الزوجين في الأخر علّة مستحكمة من العلل المنفّرة او المضرة كالجنون والبرص والجذام، أو التي تمنع حصول المتعة**

الجنسية كالعُنَّة والقرن ونحوهما، فجاز له أن يطلب فسخ الزواج سواء أكانت العلة موجودة قبل العقد أو بعده"[1]

ثانيا- التشريعات العربية التي أعطت حق التطليق للعيوب للزوجة فقط

1- التشريع المصري

تنص المادة 9 فقرة 1 من القانون رقم 25 لسنة 1920المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 كالآتي: "**للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكمًا لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل...**"[2].

من خلال نص المادة نرى أنّ المشرع المصري منح للزوجة وحدها حق طلب التطليق للعيوب، وبذلك يكون قد أخذ برأي المذهب الحنفي.

2- التشريع السوري

تنص المادة 105 من القانون رقم 59 لسنة 1953 المعدل بالقانون رقم 34 لسنة 1975 كالاتي: "**للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها في الحالتين التاليتين:**

---

[1]- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28 لسنة 2005، المنشور على الموقع:
http://www.law-arab.com/2015/10/Personal-Status-Law-UAE.html

[2]-القانون رقم 25 لسنة 1920، **المتضمن قانون الأحوال الشخصية المصري**، المعدل بالقانون رقم 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985، المعدل بالقانون رقم 1 لسنة 2000، المنشور على الموقع:
http://el-borai.com/wp-content/uploads/2014/03/Personal-Status-Law.pdf

- إذا كان فيه إحدى العلل المانعة من الدخول بشرط سلامتها هي منها.

- إذ جن الزوج بعد العقد"[1].

فنلاحظ كذلك بأنَّ المشرع السوري أجاز هو الأخر طلب التطليق للعيب من طرف الزوجة.

3- التشريع العراقي

تنص المادة 43 من الفصل الثاني من قانون الأحوال الشخصية العراقية على الأسباب التي يحق بها للزوجة طلب التطليق للعيوب حيث جاءت كالآتي: " **للزوجة طلب التفريق عند توافر أحد الأسباب الأتية:**

- إذا وجدت زوجها عيننا أو مبتلى بما لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية..."[2].

من خلال نص المادة يبدو واضحًا أنّ المشرع العراقي أخذ كذلك برأي الحنفية بإعطائه حق التفريق للزوجة فقط عند وجود عيب من العيوب.

4-التشريع الجزائري

أقرَّ المشرع الجزائري للزوجة حق طلب التطليق للعيوب، ويظهر ذلك جليا في صلب المادة 53 فقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري بأنَّه: "**يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الأتية: ...2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج**"[3]، فيتضح من خلال نص المادة أنّ المشرع الجزائري، هو الأخر أخذ برأي الحنفية بمنحه حق التطليق للزوجة فقط[4]، بحيث إذا وجدت الزوجة بزوجها عيب من شأنه أن يعرقل مسار الحياة الزوجية، فإنَّ من حق هذه الزوجة أن تدفع الضرر

---

[1]- قانون الأحوال الشخصية السوري، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953 المعدل بالقانون رقم 34 لعام 1975، المنشور على الموقع: http://www.ahlalhdeeth.com/vb/showthread.php?t=194803

[2]- قانون الأحوال الشخصية العراقي، رقم 188 لعام 1959، المنشور على الموقع:
http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=5322d5ae4

[3]- قانون رقم 84-11، مؤرخ في 9 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج. ر. عدد 43، صادر في 22 جوان 1984، معدل ومتمم بالأمر رقم 06-02، مؤرخ في 27 فيفري 2005، ج. ر. عدد15، صادر في 27 فيفري 2005.

[4]- بلحاج العربي، **المرجع السابق**، ص.283.

عن نفسها، وذلك بتوجهها إلى القضاء من أجل وضع حد للضّرر الذي يلحقها، لأنَّ من أسس الحياة الزوجية التعاون والمحبة وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب، أن يحكم لها القاضي بالتطليق من الزوج المريض أو العليل.

ويتضح كذلك من نص المادة 53 فقرة2 التي تنص على الآتي: "**يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:...2-العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج**"، أنَّ العيب الموجب للتفريق يكون في الزوج فقط دون الزوجة، لأن العيوب إذا كانت بالزوجة، فالزوج يملك حق طلاقها في أي وقت شاء بإرادته المنفردة وفقا لأحكام المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري[1]، في حين الزوجة لا خلاص لها لدفع الضرر إلاّ عن طريق لجوئها إلى القضاء ليحكم لها القاضي بالتطليق لمّاله من ولاية لرفع الظلم.

[1]- المادة 48: «**مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ماورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون**».

المبحث الثاني

أنواع العيوب المجيزة للزوجة طلب التطليق

بعدما تعرضنا لمدى مشروعية طلب التطليق للعيوب من طرف الزوجة، وجب علينا تحديد هذه العيوب.

وحسب ما تقدم سنحاول خلال هذا المبحث أن ندرس أنواع العيوب المجيزة للزوجة طلب التطليق خلال ثلاثة مطالب، نتناول في المطلب الأوَّل العيوب الموجبة لطلب التفريق، وفي المطلب الثاني العيوب المسكوت عنها، وفي المطلب الثالث العيوب الطارئة بعد الزواج.

المطلب الأول

العيوب المحددة لطلب التطليق

من خلال هذا المطلب سنتطرق إلى اختلاف أراء الفقهاء في العيوب الموجبة للتطليق في الفرع الأول، والعيوب المحددة من طرف الفقهاء في الفرع الثاني، وموقف التشريعات العربية من العيوب الموجبة لطلب التطليق في الفرع الثالث.

الفرع الأول

اختلاف الفقهاء في العيوب الموجبة للتفريق

إنّ جمهور الفقهاء قد أجازوا للزوجة الحق في طلب التطليق للعيوب لكنهم رغم اتفاقهم حول التفريق للعيوب، إلاَّ أنَّهم اختلفوا حول عدد هذه العيوب التي يكون بها التفريق.

أولا- رأي الحنفية

يرى كل من الإمامين "أبو حنفية وأبو يوسف"، أنَّ الزوجة إذا وجدت زوجها مصابًا بأحد الأمراض التناسلية الثلاثة التي تحول دون تحقيق الاتصال الجنسي بينهما، لها حق طلب التفريق من القاضي، وهذه العيوب هي الجَبُّ، العُنَّةُ، والخِصاء[1].

وهي أمراض تكون في الرجل غير قابلة للزوال والضرر فيها دائم، وتؤدي إلى نفرة الزوج الأخر وعدم تحقيق الهدف الأصلي من الزواج وهو التوالد والتناسل والاعفاف عن المعاصي[2].

ودليل " أبو حنيفة وأبو يوسف" في التفريق لهذه العيوب الثلاثة قول الرسول صلى الله عليه وسلم" " **تناكحوا تناسلوا** "، ومدلول هذا القول أنّ الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم جعل التناسل

[1]- علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، الجزء2، دار عالم الكتب، الرياض، د ت ن، ص.325.

[2]– منصوري نورة، **التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية**، دار الهدى، الجزائر، د ت ن، ص.47.

ثمرة النكاح، وبالتالي إذا أصيب الزوج بعيب من العيوب التي تمنع ذلك ففاتت ثمرة النكاح فأوجب الفراق إذا ما طالبت الزوجة بذلك[1].

ويقول الإمام "محمد أبو زهرة": "الأساس الذي بنى عليه الشيخان أبو حنيفة وأبو يوسف الاقتصار على العيوب التناسلية، أن عقد الزواج لا يدخله خيار العيب، ولمّا كان العيب التناسلي في الرجل، يخل بالمقصود من عقد النكاح، كان العقد غير صالح للبقاء، فيطلق مختارا أو غير مختار، وغير هذه العيوب يتحقق معها المقصود من الزواج"[2].

وأمّا العيوب الأخرى من جنون، وجذام، وبرص ورتق، فلا فسخ للزواج سواء كانت هذه العيوب بالزوج أو الزوجة، وهذا هو الصحيح لدى الحنفية.

وكما أضاف "الإمام محمد" من الحنفية بأنَّه يحق للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا ما وجدت به عيبًا لا تستطيع استمرار الحياة معه بوجود العيب[3].

وانطلاقا من رأي الحنفية أنّ الضرر الناتج عن العيوب التناسلية التي تصيب الزوج لا يمكن رفعها إلا بالتفريق بينهما، وكما أنّ هذا الحق يثبت للزوجة وحدها دون الزوج، باعتبار هذا الأخير يملك حق الطلاق فالعصمة بيده فيرفع الضرر عن نفسه متى شاء.

ثانيا- رأي المالكية

ذهب فقهاء المالكية إلى القول أنّه يحق لكلا الزوجين طلب فسخ النكاح في أي وقت إذا ما وجد أحدهما عيب في الأخر سواء أكان العيب تناسليًا أو جسميا أو من العيوب المنفرة التي ينفر الزوج الأخر منها.

[1]- عبد الرحمان الصابوني، **مدى حرية الزوجين في الطلاق**، ط2، دار الفكر، مصر، د ت ن، ص.253.

[2]- محمد أبو زهرة، **المرجع السابق**، ص.355.

[3]- بدران أبو العينين بدران، **الفقه المقارن للأحوال الشخصية** "**الزواج والطلاق**"، دار النهضة العربية، بيروت، د ت ن، ص.441.

ولقد أقرَّ المالكية بالعيوب المجيزة للزوجين طلب التفريق في ثلاثة عشرة عيب[1]، وقاموا بتقسيمها إلى ثلاثة أقسام:

- العيوب الخاصة بالرجل وهي أربعة: الجَبُّ، الخِصَاء، العُنَّةُ، الاعْتِرَاض.

- العيوب الخاصة بالمرأة وهي خمسة: الرتق[2]، القرن[3]،البخر[4]، العفل[5]، الافضاء[6].

- العيوب المشتركة بين الرجل والمرأة وهي أربعة: الجنون، الجِذَامُ، البَّرصُ، العِذْيَطَة[7].

ثالثا- رأي الشافعية

أقرَّ فقهاء الشافعية بجواز التفريق لكل عيب في أحد الزوجين، وعدد هذه العيوب المجيزة للتفريق سبعة عيوب وهي كالآتى:

- العيوب التي تخص الرجل: الجَبُّ، العُنّةُ.

- العيوب التي تخص المرأة: الرَّتْقُ، القَرْنُ.

- العيوب المشتركة بين الرجل والمرأة: الجنون، الجذام، البرص.

فقال الشافعية في الوجيز: "**يثبت للزوج حق الرّد بالعيوب، فلكل واحد من الزوجين الخيار بالبرص**

---

[1]- مالك بن أنس الأصبحي، **المدونة الكبرى**، دار صادر، بيروت، د ت ن، ص-ص.211.214.

[2]- الرّتقُ: هو انسداد محل النكاح، بحيث لا يمكن معه الوطء، ربما كان ذلك لضيق في عظم الحوض أو لكثرة اللحم فيه، نقلا عن: جابر عبد الهادي سالم الشافعي، **أحكام الأسرة الخاصة بالزواج**، د د ن، بيروت، 2008، ص.534.

[3]- القَرْنُ: هو شيء ناتئ في الفرج يسده ويمنع الوطء، نقلا عن صفوان محمد عضيبات، **الفحص الطبي قبل الزواج**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص.65.

[4]- البَخرَ: هو نتن الفرج، أو نتن الفم، المرجع نفسه، ص.64.

[5]- العَفَلْ: رغوة في الفرج تحدث عند الجماع، أو هو ورم في اللحمة التي بين مسلكي المرأة فيضيق لها فرجها فلا ينفذ به الذكر، المرجع نفسه، ص.64.

[6]- الإفضاء: هو اختلاط مسلك النكاح مع مسلك البول، المرجع نفسه، ص.64.

[7]-العذيطة: خروج الغائط عند الجماع، المرجع نفسه، ص.64.

والجذام والجنون، ويثبت لها بِجُبِهِ وعنَّته، وله برتقها وقرنها"[1].

رابعا- رأي الحنابلة

العيوب التي أجاز الحنابلة التفريق بسببها بين الزوجين هي ثمانية عيوب، وقسموها كذلك إلى ثلاثة أقسام:

- العيوب التي تخص الرجل: الجَبُّ والعُنَّةُ.

- العيوب التي تخص المرأة: الفَتْقُ، القَرْنُ، والعَفَلْ.

- العيوب المشتركة بين الرجل والمرأة: الجنون، الجذام، البرص[2].

وقد استدلَّ الحنابلة في سردهم لهذه العيوب بما جاء في المغني:" **اختصَّ الفسخ بهذه العيوب، لأنَّها تمنع الاستمتاع المقصود من النكاح، فإنَّ الجذام والبرص يثيران نفرة النفس ويخشى ضرره، والجَبُّ والرّتق يتعذر معه الوطء والفتق يمنع الوطء وفائدته"**[3].

- فبعد سردنا لأنواع العيوب التي أدرجها فقهاء المذاهب الأربعة (الشافعية، الملاكية، الحنفية، الحنابلة) فنرى بأنه رغم اختلافهم حول أنواع العيوب الموجبة للتفريق، إلاّ أنهم اتفقوا على حق المرأة في طلب التفريق للعيوب التناسلية الثلاثة: الجَبُّ، العُنَّةُ، والخِصاء باعتبارها تمنع من تحقيق المقصد من النكاح من التوالد والتناسل وماعدا هذه العيوب، فقد اختلفوا فمنهم من توسط ومنهم من توسع.

خامسا-رأي ابن تيمية وابن القيم

ذهب كل من ابن تيمية وابن القيم وبعض الفقهاء الأخرين منهم الزهري وشريح القاضي وأبي ثور إلى جواز طلب التفريق بين الزوجين لكل عيب لا يمكن معه تحقيق مقاصد النكاح، باعتبار

[1]- أبوعبد الله محمد بن إدريس الشافعي، **المرجع السابق**، ص.95.

[2]- موفق الدين ابن قدامة، **المرجع السابق**، ص.651.

[3]- المرجع نفسه، ص.652.

أنَّ العقد قد تم على أساس السلامة من العيوب، فبإصابة أحد الزوجين فلا تتحقق السلامة، وإذا انتفت السلامة يثبت الخيار[1]، ولمّا روى أبو عبيد عن سليمان بن سيار: «**أن ابن رشد تزوج امرأة وهو خَصِّيٌ فقال له عمر: أعلمتها؟ قال: لا، قال: أعْلِمها ثم خَيِّرها**»[2].

فيقول كذلك كل من شريح القاضي وابن شهاب في هذا الصدد: «**أن كل عيب في أحد الزوجين، فذلك يؤذي الزوج الآخر ويحرج الحياة، فالسليم منهما يتضرر من المريض**»[3].

فابن القيم عند ذكره للعيوب لم يقتصر على عدد العيوب، بل عرفها بأوصافها من غير عدٍ ولا احصاء، فلم يحدِّد نوع العيب من العيوب، بل فتح المجال لكل العيوب التي لا يتحقق معها مقصود الزواج من المودة والرحمة[4].

من خلال تأمل هذه الأقوال الخمسة يتضح أنّ الفقهاء إجمالاً سلكوا ثلاثة مسالك مختلفة في تحديد أنواع العيوب التي تجيز التفريق بين الزوجين، فالأوّل هو مسلك التضييق والتقييد والذي اعتمد عليه أهل الحنفية عند اقتصاره العيوب في العيوب التناسلية الثلاثة، والمسلك الثاني التوسع والإطلاق القائم على عدم حصر العيوب في نطاق محدد وهو الذي اعتمده ابن تيمية وابن القيم وبعض الفقهاء الأخرين، والمسلك الثالث والأخير وهو التوسط القائم على تحديد العيوب التي تجيز التفريق بين الزوجين على اختلاف بينهم وهو الذي اعتمده جمهور الفقهاء المالكية الشافعية والحنابلة.

الفرع الثاني

العيوب المحدَّدة من طرف الفقهاء

لقد أورد الفقهاء عدة عيوب تجيز لكلا الزوجين طلب التفريق، لكن باعتبارنا بصدد دراسة موضوع التطليق للعيوب، فإنه يتوجب علينا تحديد مختلف العيوب التي ذكرها الفقهاء لتعريفها

[1]– محمد ابو زهرة، **المرجع السابق**، ص.358.

[2]– ابن القيم الجوزية، **زاد المعاد في هدى خير العباد**، الجزء4، د د ن، د ب ن، د ت ن، ص.30.

[3]– محمد أبو زهرة، **المرجع السابق**، ص.359.

[4]– نبيل صقر، **قانون الأسرة**، دار الهدى، الجزائر، د ت ن، ص. 174.

وشرحها سنخصص دراستنا حول العيوب التي تصيب الزوج، وبذلك تخول للزوجة حق طلب التطليق.

لقد ذكر الفقهاء عيوب تجيز للزوجة حق طلب التطليق، وهي العيوب التناسلية الثلاثة في الرجل: الجَبُّ، العُنَّةُ والخِصَاء، بالإضافة إلى عيوب أخرى تصيب الرجل وقد تصيب المرأة وهي: الجُنُون، الجِذَامْ، البَرَصْ، والعَذيطة، فكل هذه العيوب لا تحقِّق الهدف المرجو من الزواج وتولِّد النفرة من الزوج المصاب واشمئزاز النفس منه، والخوف من نقل العدوى له، وتتمثل في الاتي:

1- الجَبُّ: بفتح الجيم، ويعني استئصال عضو التناسل[1].

ويقصد به كذلك: القطع، جَبُّه جَبًا، وجباَبًا، ومنه الاسلام يَجُبُ ما قبله، أي يقطع ماكان قبله من الكفر والذنوب.

ومقطوع الذكر والأنثيين يسمى مجبوبًا[2].

2- العُنَّة: بضم وتشديد النون المفتوحة، فهو صغر الذكر بحيث يعجز عن الجماع ولا يقدر على المباشرة الجنسية، ويسمى بذلك عنينا[3].

والمالكية عرفوه بأنه: صغر في الذكر بحيث لا يسمح بالوطء.

وعند جمهور الفقهاء: العُنَّة هو ارتخاء في العضو يمنع القدرة على المعاشرة والمباشرة الجنسية، ويسمى العنين بهذا الاسم، لأن ذكره يَعِنُ، أي بمعنى يميل يمينا وشمالاً عن فرج المرأة.

3- الخِصَاءُ: بكسر الخاء، وهو سل الخصيتين.

---

[1]- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيرز آبادي، **القاموس المحيط**، ط5، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1966، ص. 82.

[2]- **المرجع نفسه**، ص.83.

[3]- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، **المرجع السابق**، ص.290.

بمعنى استئصال الخصيتين، ويسمى بذلك خِصّيَا أو مخْصِّيًا[1].

4- الجنون: وهو ذهاب العقل، أي زوال الشعور من القلب مع إبقاء الحركة والقوة في الأعضاء.

وجمهور الفقهاء عرفوه، بأنه زوال الشعور من القلب، أو زوال العقل ونقصانه[2].

5- الجُذَامُ: من جذم، والجذم القطع، والأجذم مقطوع اليد، والجذام من الداء تجذم الأصابع وتقطعها[3].

وعند الفقهاء عرفوه: بأنه علَّة يحمر منها العضو، ثم يَسْوَدُّ، يتقطع، يتناثر ويتصور في كل عضو لكنه في الوجه أغلب.

6- البَرَص: هو بياض يبدو في ظاهر البدن وهو نوعان: أبْيض واسود، والأسود أخطر لأنه مقدمة الجذام، ويكون له قشرة مدّورة[4].

7- العِذْيَطَةُ: الإخراج غير الإداري، يقال عذيط، أي بمعنى أخرج على غير العادة، فهو من لا يتمسك خلاؤه عند الجماع[5].

8- الاعتراض: هو عيب يصيب الرجل، وهو عدم قدرة الزوج على الوطء لمانع يمنعه كسحر أو مرض أو خوف، وهو عيب يعتبر من العوارض الخارجية[6].

بالإضافة إلى هذه العيوب التي ذكرها الفقهاء، فهناك أمراض حديثة يمكن ان يصاب بها الزوج، وتكون سببًا من عدم تحقيق مقاصد الزواج من المودة والرحمة، فمن بينها:

---

[1]- سعدي ابو جيب، **القاموس الفقهي لغة واصطلاحًا**، دار الفكر، دمشق، 1982، ص.117.

[2]-المنجد في اللغة والإعلام، ط30، دار المشرق، بيروت، 1988، ص.152

[3]- نديم مزعشلي وأسامة مزعشلي، **الصحاح في اللغة والعلوم**، دار الحضارة العربية، بيروت، 1974، ص.174.

[4]- المنجد في اللغة والإعلام، **المرجع السابق**، ص.100.

[5]- محمد سمارة، **أحكام وآثار الزوجية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص.64.

[6]- المنجد في اللغة والاعلام، **المرجع السابق**، ص. 50.

– فقدان المناعة (الإيدز): وهو عبارة عن انهيار جهاز المناعة، وتوقفه عن مقاومة الأمراض وهو مرض جنسي من الدرجة الأولى، فيتنقل من الزوج المصاب إلى الزوج السليم عن طريق الوطء أو عن طريق نقل الدم الملوث بالفيروس.

– التهاب الكبد الوبائي، يصيب كبد الإنسان فيروسات مختلفة خطيرة، صنفها علماء الطب وأطلقوا عليه أ، ب، س، د، هـ، ج، ويعتبر فيروس س أخطر فيروس فينتقل من المريض إلى السليم عن طريق المعاشرة الجنسية بين الزوجين.

الفرع الثالث

موقف التشريعات العربية من العيوب الموجبة للزوجة طلب التطليق

أولا– التشريع المصري

صَرَّح المشرِّع المصري عن العيوب التي تجيز للزوجة حق طلب التطليق، وذلك خلال نصّ المادة 9 من القانون رقم 25 لسنة 1929: «**للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبًا مستحكما لا يمكن البرء منه، أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل، ولا يمكنها المقام معه إلاّ بضرر كالجنون والجذام والبرص...**»[1].

نلاحظ من خلال نصّ المادة السابقة أنّ المشرِّع المصري ذكر العيوب التي يحق للمرأة بسببها طلب التطليق وذلك على سبيل المثال ووضع معيارا لذلك وهو أن يكون ذلك العيب سببا في نفرة الطرف الآخر، أو الخوف من نقل العدوى له، وبذلك فلا جدوى من البقاء فوّجب التفريق بينهما لدفع الضرر.

[1]– قانون رقم 25 لعام 1929، **الأحوال الشخصية المصري**، المرجع السابق.

ثانيا- التشريع العراقي

لقد أدرج المشرع العراقي هو الأخر العيوب التي يحق للزوجة في طلب التطليق بها في المادة6/5/4/43 قانون الأحوال الشخصية العراقي والتي تنص على الآتي:"**4-....إذا وجدت زوجها عنينا أو مبتلى بما لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية.....**

5-اذا كان الزوج عقيما.....

6-اذا وجدت بعد العقد، زوجها مبتلى بعلة لا يمكن معها معاشرته بلا ضرر، كالجذام او البرص أو السُّل او الزهري أو الجنون، او أنَّه أصيب بعد ذلك بعلة من هذه العلل أو ما يماثلها....."[1].

فنلاحظ من خلال نص المادة أنَّ المشرع العراقي ذكر العيوب الموجبة لطلب التفريق على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، وذلك لاعتماده على معيار العيوب التناسلية التي تمنع الوطء، بالإضافة الى عيوب أخرى تولِّد النفرة والاشمئزاز.

ثالثا-التشريع الأردني

أدرج المشرع الأردني في المادة 113من قانون الأحوال الشخصية العيوب المجيزة للزوجة بطلب التطليق فورد فيها ما يلي: «**للمرأة السالمة من كل عيب يحول دون الدخول بها أن تراجع القاضي وتطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا علمت أنّ فيه علَّة تحول دون بنائه بها كالجب والعنّة والخصاء، ولا يسمع طلب المرأة التي فيها عيب من العيوب كالرتق والقرن**»[2].

رابعا-التشريع السوري

المشرع السوري هو الآخر سمح للزوجة طلب التطليق للعيوب التي تحول دون الدخول بها وذلك وفق لأحكام المادة 105 من قانون الأحول الشخصية السوري التي تنص على الاتي:

---

[1]- قانون رقم 188 لعام 1949، **الأحوال الشخصية العراقي**، المرجع السابق.

[2]- عثمان التكروري، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص.204.

"للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها في الحالتين التاليتين:-اذا كان فيه احدى العلل المانعة من الدخول بشرط سلامتها هي منها[1].

-اذا جن الزوج بعد العقد".

نلاحظ من خلال نص المادة أنَّ المشرع السوري حدَّد العلل واقتصرها على العيوب الجنسية المانعة من الدخول، ويظهر انَّه من خلال حصره لهذه العيوب قد ضيَّق على الزوجة كثيرا ولم يسمح لها بالخلاص من الرابطة الزوجية التي قد يشوبها الكثير من الاضطراب لتنوع العيوب التي قد تلحق بالزوج وتضر بها، ولكنها لا تدخل في اطار العيوب التي حصرها المشرع في المادة 105 السالفة الذكر[2].

خامسا- التشريع الجزائري

لقد أجاز المشرع الجزائري للزوجة حق رفع أمرها إلى القضاء لتطلب الحكم لها بالتطليق من زوجها بسبب وجود عيب فيه، إلاّ أن القانون الذي منحها هذا الحق لم يبين نوع العيب، أهو عيب جنسي أو غير جنسي، بل اعتمد عبارة عامة بوصفه بأنَّه كل عيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، دون أن يذكر مثال عن هذه العيوب أو اكثر ولو على سبيل المثال فاكتفى بالاعتماد على معيار موضوعي[3]، وذلك لأن العيوب و العلل والأمراض التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج كثيرة ومتنوعة ومن الصعب جدا حصرها أو تحديدها، فيبقى من حق الزوجة أن تطلب من القاضي أن يحكم لها بالتطليق لأي عيب من العيوب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج سواء كان معنويا أو ماديا، لتحديدها وهو أن تحول هذه العيوب دون تحقيق الهدف من الزواج[4]، ولقد أحسن فعلاً المشرع، باعتبار العلل والأمراض التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج كثيرة

[1]- قانون رقم 59 لعام 1953، **الأحوال الشخصية السوري**، المرجع السابق.

[2]- آيت شاوش دليلة، **المرجع السابق**، ص.50.

[3]- فضيل سعد، **شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج**، المؤسسة الوطنية للكتاب، د ب ن، 1986، ص. 275-276.

[4]- بلحاج العربي، **المرجع السابق**، ص.284.

ومتنوعة ومن الصعب حصرها، ويخرج من عدادها حسب مفهوم المشرع كل ما يكون عائقا في تحقيق أعراضه سواء كان العيب عقليا أو ماديًا.

المطلب الثاني

العيوب المسكوت عنها من طرف الفقهاء

لقد اختلف الفقهاء القائلون بفسخ عقد النكاح بالعيب في كون العيوب الموجبة لفسخ النكاح محصورة في عيوب معينة أو أنها غير محددة. وللفقهاء في ذلك رأيين:

أوَّلا- الرأي القائل بحصر العيوب

ذهب أصحاب هذا الرأي الى القول أنَّ العيوب التي يفسخ بها عقد النكاح محصورة في عدد معين من العيوب وإلى هذا ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة[1].

واستدل الحنفية بقولهم بحصر العيوب الموجبة للتفريق في العيوب التناسلية أن حق الفسخ بهذه العيوب الثلاثة تثبت للزوجة لدفع ضرر فوات حقها المستحق بالعقد وهو الوطء مرة واحدة، وهذا الحق لا يفوت بغير هذه العيوب، لأن الوطء يتحقق من الزوج مع وجود غير هذه العيوب[2].

والحكم بالتفريق للعيب حكم استثنائي قرر فقط لفوات المقصود من الزواج وهذا الاستثناء لا يجوز أن يقاس عليه ولا أن يتوسع فيه[3].

ثانيا-الرأي القائل بعدم حصر العيوب

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بعدم حصر العيوب الموجبة لفسخ عقد النكاح بعدد معين، بل أن كل عيب يحصل به ضرر، أو يكون منفرا يمنع المقاصد المشروعة من النكاح يفسخ به عقد

[1] -علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، **المرجع السابق**، ص. 483.

[2] - المرجع نفسه، ص.485.

[3] -آيت شاوش دليلة، المرجع السابق، ص .33 .

الزواج، وقياسا على ذلك فإنه إذا وجد عيب في غير زمانهم واشترك مع العيوب السابقة في علة من العلل فإن الحكم يتعدى إليه ويصبح عيبا موجبا للتفريق[1].

وقد تبنى هذا الرأي مجموعة من الفقهاء منهم الزهري والقاضي شريح وأبي ثور وشيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم، فيقول ابن القيم في هذا الصدد: "**ومن تأمل في فتاوى الصحابة والسلف علم أنهم لم الرد بعيب دون عيب**".

وما رواه عبد الرزاق[2] وغيره أن:"عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعث رجلا على بعض السعاية فتزوج امرأة وكان عقيما، فقال له عمر: أعلمتها أنك عقيم؟ قال لا فانطلق فأعلمها ثم خِّيرها".

ووجه الاستدلال على هذا القول: أن عمر أمره بتخيير زوجته بعيب العقم، والعقم ليس من العيوب التي ذكروها على سبيل الحصر، وهذا يدل أنه لا حصر في العيوب الموجبة لفسخ النكاح.

وبعد عرض أراء الفريقين فالرأي الراجح هو القول بعدم حصر العيوب بعيوب محددة وذلك للأسباب الآتية:

– قوة أدلة هذا القول، حيث أن معظم هذه الأدلة عامة تفيد عدم الحصر.

–لأن هناك أمراض ظهرت في العصر الحاضر، وهي عيوب وأمراض معدية وأشد ضررا وخطرا من العيوب التي ذكرها الفقهاء سابقا وحصروها في عيوب معينة، وإذا قيل بالحصر فيترتب عليه أن لا يقال بالفسخ بالعيوب الموجودة في العصر الحاضر، وهذا ما يخالف مقاصد الشريعة الإسلامية وقواعدها العامة ، فيقول ابن القيم:" وأما الاقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة أو ثمانية دون ما هو أولى منها أو مساو لها، فلا وجه له....والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الاخر

[1] – آيت شاوش دليلة، المرجع السابق، ص.34.

[2]–عبد الرزاق هو: عبد الرزاق بن همام بن ناع، أبو بكر الحميري الصنعاني، هو أحد الأعلام الثقات، رحل إليه الأئمة في اليمن له مصنف في الحديث والأثار وتفسير القران، توفي سنة 211هـ.

منه ولا يحصل به مقصود النكاح من المودة والرحمة ويوجب الخيار، وهو أولى من البيع، كما أن الشروط المشترطة في النكاح أولى بالوفاء من شروط البيع"[1].

المطلب الثالث

العيوب الطارئة بعد الزواج

إذا كان العيب قديمًا موجودًا قبل الزواج، فإن حكمه قد ورد سابقا فيثبت للزوجة حق الخيار حسب أراء الفقهاء، لكن المشكلة التي تطرح هي حول العيوب الحادثة بعد العقد، فلو حدث شيءمن الأمراض أو العيوب، فهل تأخذ نفس حكم العيوب التي كانت قبل الزواج؟.

الفرع الأول

موقف الفقه من العيوب الطارئة بعد الزواج

إذا ما أصيب أحد الزوجين بعيب من العيوب التي لا تؤدي إلى تحقيق مقاصد الزواج، فالفقهاء اختلفت ارائهم حول هذه العيوب التي طرأت بعد الزواج فيما يلي:

أولا-الحنفية

يرى فقهاء الحنفية أنّه إذا جُنّ الرجل، أو أصبح عَنِينًا، وكان قد دخل بزوجته ولو مرة واحدة فلا يحق لها طلب التفريق، لسقوط حقها بالمرة الواحدة.

فيتضح من رأي الحنفية أنّ الرجل إذا أصيب بعيب من العيوب بعد الزواج وبعد الدخول بزوجته فيسقط حقها في طلب التفريق لأنه قد وفاها حقها بالمرة الواحدة[2].

[1]- ابن القيّم الجوزية، **المرجع السابق**، ص-ص.182.183.

[2]- صفوان محمد عضيبات، **المرجع السابق**، ص.62.

ثانيا- المالكية

ذهب فقهاء المالكية إلى التفريق بين عيب الزوج وبين عيب الزوجة فقالوا، بأنه إذا كان العيب في الزوجة فليس للزوج الحق في ردّها بالعيب الذي حدث، وما ذلك إلاّ مصيبة نزلت به، إمّا أن يرضى وإن شاء طلق باعتبار العصمة بيده، وأمّا إذا كان العيب حدث للزوج، فللزوجة طلب التفريق إن كان العيب جنونًا، أو جِذامًا، أو برصًا لشدة التأذي وعدم الصبر على الضرر الذي يلحقها، وليس لها طلب التفريق العيوب التناسلية الأخرى من جَبَّ، أوعُنَّة، أوخصاء[1].

ثالثا- الشافعية والحنابلة

أقرَّ الشافعية[2] والحنابلة[3] بجواز التفريق بالعيب الحادث بعد الزواج فاعتبروه مثله مثل العيب القائم قبله، بمعنى أنّه لا يفرقان بين العيوب التي كانت قبل العقد، والعيوب الطارئة بعد الزواج لحصول الضرر فيهما، وبالتالي فلا خلاص للمرأة إلا بطلب التفريق للتخلص من الضرر.

ولكن فقهاء الشافعية فقد أوردوا استثناء بهذا الشأن، إذا ماأصيب الزوج بالعُنّة بعد الدخول بزوجته، فإنه لا يحق للزوجة أن تطالب بالتفريق بينها وبين زوجها، لحصول مقصود الزواج وإستفائها حقها منه من الوطء بالمرة الواحدة[4]

[1]- شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، **المرجع السابق**، ص.278.

[2]- عبد الله بن حجازي إبراهيم الشرقاوي، **حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب بشرح تحرير وتنقيح اللباب**، دار الفكر، بيروت، د ت ن، ص.253.

[3]- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، عالم الكتب، الرياض، 1983، ص.111.

[4]- عبد الله بن حجازي إبراهيم الشرقاوي، **المرجع السابق**، ص.254.

الفرع الثاني

موقف التشريعات العربية من العيوب الطارئة بعد الزواج

أولا- القانون المصري

أجاز المشرع المصري للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها بسبب العيب الذي أصيب به بعد العقد لعدم قدرتها على البقاء معه نتيجة الضرر الذي يلحق بها، وفقا لأحكام المادة 9 من القانون الأحوال الشخصية المصري[1].

ثانيا- القانون السوري

فالمشرع السوري أخذ نفس موقف المشرع المصري بمنحه للزوجة حق طلب التطليق لعيب الزوج الطارئ بعد العقد، ولقد نص على ذلك في المادة 105 فقرة 2 من قانون الأحوال الشخصية السوري: «**للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها في الحالتين: ....2- إذا جُنَ الزوج بعد العقد**»[2].

فيتضح من خلال نص المادة أنّ للزوجة حق طلب التفريق للعيب الطارئ بالزوج بعد العقد.

ثالثا- القانون العراقي

المشرع العراقي قد أخذ برأي أهل الشافعية حيث عدَّ العيب الحادث بعد العقد كالعيب الحادث قبله، فيثبت به حق التفريق للزوجة،[3] وهذا ما نص عليه في فقراته (6،5،4) من المادة 43 من قانون الأحوال الشخصية العراقي[4].

---

[1]- قانون رقم 25 لعام 1929، **الأحوال الشخصية المصري**، المرجع السابق.

[2]- قانون رقم 59 لعام 1953، **الأحوال الشخصية السوري**، المرجع السابق.

[3]- إسماعيل أبا بكر علي البامري، **أحكام الأسرة «الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية»**، د د ن، د ب ن، د ت ن، ص.309.

[4]- قانون رقم 188 لعام 1959، **الأحوال الشخصيةالعراقي**، المرجع السابق.

رابعا- القانون الأردني

بالاضافة إلى المشرعين المصري والسوري والعراقي في منحهم الحق للزوجة في طلب التفريق للعيب الطارئ للزوج بعد العقد، فالمشرع الأردني هو الآخر منح هذا الحق للزوجة أن تراجع القاضي وتطلب التفريق لعيب الزوج، والقاضي بعد التأكد من ذلك يحكم لها بالتطليق في الحال وفقا لأحكام المادة 116 من قانون الأحوال الشخصية الأردني[1].

خامسا- القانون الجزائري

فبالنسبة للمشرع الجزائري، فلم يتحدث عن العيوب الطارئة بعد الزواج ولا على حكمها، فلم يورد أي تفسير حول ذلك، فلقد ترك الأمر لإجتهاد القاضي، فتكون بذلك حرية مطلقة للقاضي في تحديد هذه العيوب الطارئة بعد الزواج وما حكمها، إذا ما كانت من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج أو لا.

فنذهب إلى القول أنّ المشرع لم يتحدث عن العيوب مطلقا، إلاّ أنّه في الميدان العملي إذا ما إكتشفت الزوجة عيبا في زوجها لم يكن معلومًا قبل الزواج، أو اطلعت على مرض حدث له بعد الزواج من شأنه الحيلولة دون ممارسة العلاقات الجنسية، أو من شأنه الحيلولة دون الإنجاب، أو من شأنه دفع الزوجة إلى النفور من زوجها والاشمئزاز من مرضه أو الخوف من أذاه وخطر تصرفاته فإن من حقها أن تدفع الضرر عن نفسها بتوجهها إلى القضاء من أجل وضع حد لحياتهما الزوجية[2].

حيث أصدرت المحكمة العليا قرارًا بتاريخ 1999/02/16 جاء فيه: «من المقرر قانونًا ومتى تبيّن -في قضية الحال- أنّ المعاشرة الزوجية كانت طويلة بينهما وأنّ الطاعن لم ينجب أطفالاً طيلة هذه المدة الطويلة، مما أدى بالزوجة إلى أن تطلب التطليق لتضررها لعدم الإنجاب،

[1]- عثمان التكروري، **المرجع السابق**، ص.205.

[2]- عبد العزيز سعد، **الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري**، دار البعث، الجزائر، 1986، ص.261.

وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتطليق الزوجة بسبب العيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج طبقوا القانون تطبيقا سليمًا ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن»[1].

[1]– الاجتهاد القضائي، **غرفة الأحوال الشخصية**، قرار رقم 213571، مؤرخ بتاريخ 1999/02/16، قضية: (ض ب) ضد: (ر ح)، عدد خاص، 2001، ص.119.

الفصل الثاني

أحكام التطليق للعيوب

عند تضرر الزوجة من عيب الزوج قد تستحيل معها استمرار الحياة الزوجية، فتلجأ إلى القاضي لتطلب منه أن يطلقها من الزوج العليل لكن القاضي ينظر ويتحقق من مصداقية قولها ومدى توافر شروط التطليق للعيوب، وهذه الشروط عديدة ومختلفة، فمنها ماهو متفق عليه من طرف الفقهاء ومنها ماهو مختلف فيه، وكذالك تباينت التشريعات العربية في موقفها من هذه الشروط، والعيب قد يكون قابل للزوال أو غير قابل للزوال فإذا كان قابلا للزوال فالقاضي ينظر في مدى إمكانية رفض الدعوى.

من خلال هذا الفصل سندرس في المبحث الأوَّل الشروط الواجب توفرها لتتمكن الزوجة من طلب التطليق وكذا الوسائل المعتمدة لإثبات عيب الزوج أمَّا في المبحث الثاني فسندرس فيه طبيعة الحكم الذي يصدر من القاضي في حالة ما إذا تأكد من تأسيس طلب الزوجة.

المبحث الأوّل

شروط طلب التطليق للعيوب

كما خوّل القانون للزوج الحق في إنهاء الرابطة الزوجية بمحض إرادته باعتبار العصمة بيده، فالمرأة كذلك لم يُهمل حقها، فمنحها الفقه والقانون الحق في خلاص نفسها من العلاقة الزوجية، إذا ما جلبت لها أضرارا، بإصابة زوجها بعيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، لكن لابد لقبول دعوى التطليق توفر شروط يتحقق القاضي من توافرها.

وفي هذا المبحث الذّي قسمناه إلى مطلبين، سنوضح في المطلب الأوّل شروط طلب التطليق للعيب في الفقه، وفي المطلب الثاني الشروط الواجب توفرها في التشريعات العربية.

المطلب الأوّل

شروط طلب التطليق للعيوب في الفقه الإسلامي

اشترط الفقهاء لثبوت الحق في طلب التفريق للعيوب بين الزوجين شروطا، وهذه الشروط منها ما هو متفق عليها، ومنها ما هو مختلف فيه، بحيث أخذ بها بعض دون البعض الآخر.

الفرع الأوّل

شروط طلب التطليق للعيوب المتفق عليها فقها

أوّلا- أن لا يكون طالب التفريق عالما بالعيب وقت العقد أو قبله

فعلى طالب التفريق، وهو الزوجة في هذه الحالة، أن لا تكون عالمة بإصابة الطرف الآخر بالعيب وقت العقد أو قبله[1]. لأنّ العلم به وقبول العقد يسقط الحق في طلب التفريق، لأنَّ قبولها التعاقد رغم علمها بالعيب يعد رضا منها بالعيب.

إلاّ أنّ الشافعية استثنوا عيب العنّة من العيوب وقالوا بأنَّ امرأة العنين لو علمت بعنَّة الرجل قبل العقد فلها الخيار بعده، أي يجوز لها أن تطلب التفريق، لأنَّ العنّة تحصل مع امرأة دون أخرى، وفي نكاح دون آخر[2].

ثانيا- أن لا يرضى من له الخيار بالعيب حال اطلاعه عليه

أن لا تكون الزوجة عالمة بالعيب حين زواجهما، فلو تزوجت رجلا معيبا وهي عالمة بعيبه، فلا يكون لهاحق طلب التفريق، لأنَّ زواجها يعتبر رضا بالعيب، وبذلك يسقط حقها في طلب التفريق، كمن اشترى عبدا وهو يعلم بعيبه[3].

---

[1]- بدران أبو العينين بدران، **المرجع السابق**، ص. 438.

[2]- وفاء بنت علي بن سليمان الحمدان، **التفريق بالعيب بين الزوجين والآثار المترتبة عليه**، مكتبة كنوز المعرفة، جدّة، 1999، ص. 298.

[3]- محمد مصطفى شلبي، **المرجع السابق**، ص. 571.

والرضا بالعيب له دلالتان، صريحة وضمنية، فالرضا الصريح يكون متى قبلت الزوجة به صراحة، أمّا الدلالة الضمنية أن يكون العيب بالزوج وتقبل الزوجة بوطأها وحصول المتعة بينهما، فيكون الرضا بالعيب مسقط للخيار في طلب التفريق، ويُستثنى من هذا الحكم عيب العنّة فالسكوت لا يعتبر رضا بالعيب ولا يكون مُسقطا لحق طلب التفريق[1].

يقول الدردير في الشرح الكبير: "**الخيار لأحد الزوجين بسبب وجود عيب من العيوب الآتى بيانها، إن لم يسبق العلم، أو لم يرض بعيب المعيب صريحا أو التزاما حيث اطلع، إلاّ امرأة المعترض إذا علمت قبل أو بعده باعتراضه ومكنته من التلذذ بها، فلها الخيار، حيث كانت ترجو برأه فيهما ولم يحصل**"[2].

ثالثا- أن يكون التفريق بحكم القاضي

باعتبار التفريق للعيوب أمر يقع فيه نزاع بين الزوجين، فيحتاج إلى اجتهاد القاضي، ليتمكن من رفع الخلاف فيه، وعليه فلا يستقل أحد الزوجين بالفسخ دون قضاء القاضي، بل يتطلب الحصول على إذنه، ولكن يمكن للقاضي أن يفسخ العقد من تلقاء نفسه متى تأكد من ضرورة تحقق ذلك باعتباره محل تحقيق ونظر.

رابعا- أن يكون العيب مستحكما لا يمكن البرء منه

بمعنى أن يكون العيب من العيوب التي لا يُرجى زوالها أو لا يمكن البرء منها إلاّ بعد زمن طويل، ويحول دون مباشرة العلاقة الزوجية[3]، ممَّا يلحق ضرر بالزوجة، فإذا كان العيب يُرجى شفاؤه في وقت قريب يؤجله القاضي بحسب ما يراه مناسبا، أمّا إذا كان البرء منه مستحيلا كالجبّ، فرّق القاضي بدون تأجيل لعدم فائدته.

---

[1]- وفاء بن علي بنت سليمان الحمدان، **المرجع السابق**، ص. 300.

[2]-شمس الدّين محمد عرفة الدسوقي، **المرجع السابق**، ص.254.

[3]- أحمد إبراهيم بك وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم، **أحكام الأحوال الشخصية في التشريعات الإسلامية والقانون**، الطبعة 5، د د ن، القاهرة، 2003، ص-ص. 409-410.

الفرع الثّاني

شروط طلب التطليق للعيوب المختلف عليها فقها

هناك شروط اختلف فيها الفقهاء، بحيث هناك شروط أخذ بها مذهب دون آخر، وكانت محل اختلاف بين الفقهاء.

أوّلا- أن يكون من له الخيار في طلب التفريق سليما من العيوب

وهذا الشرط أخذ به الحنفية فذهبوا إلى القول أنَّه لابدَّ أن تكون المرأة خالية من أيّ عيب يمنع وطئها كالرِّتق والقرن، فإن كانت معيبة بعيب من ذلك، فلا يثبت لها الحق في طلب الفسخ لعيب الرجل سواء أكان عنينا أو خصيا أو مجبوبا، لأن المنع من الوطء ليس من جهته فقط، وإنّما الامتناع من جهتها أيضا، وعدم الوطء لا يعتبر ظلم في حقها[1].

ثانيا- أن تطلب التفريق فور العلم بالعيب

وهذا الشرط أخذ به المالكية والشافعية فذهبوا إلى القول أنَّه على الزوجة المطالبة بالفسخ ورفع أمرها إلى القاضي بمجرَّد علمها بالعيب والتحقق منه، لأن سكوتها فترة من الزمن يسقط حقها في الخيار[2] لاعتبار السكوت قبول ضمني، لذلك وجب عليها أن لا تسكت على ذلك.

وإذا ما ادَّعى طالب الخيار جهله بأصل ثبوت الخيار، أو بالفورية فإنَّه يُقبل قوله بيمينه، لأن العلم بالحكم والفورية، قد لا يعلم به الكثير من الناس[3].

---

[1]- نقلا عن: محمد مصطفى شلبي، **المرجع السابق**، ص. 570.

[2]- ارجع إلى: مصطفى إبراهيم الزلمي، **المرجع السابق**، ص. 168.

[3]- وفاء بنت علي بن سليمان الحمدان، **المرجع السابق**، ص. 311.

المطلب الثّاني

موقف التشريعات العربية من شروط طلب التطليق للعيوب

سنتعرض في هذا المطلب لبعض نماذج التشريعات العربية من شروط طلب التطليق للعيوب وهي على الآتي:

الفرع الأوّل

موقف المشرع المصري

يتبيَّن من نص المادة 9 من القانون رقم 25 لسنة 1929[1] السابقة الذكر أنَّ المشرع المصري قد أورد شروطا للتفريق بين الزوجين لعيب في الزوج، وتتمثل هذه الشروط كالآتي:

أوّلا: أن تجد الزوجة بزوجها عيبا مستحكما، إمّا جسماني كالجذام أو خلقي سواء كان طبيعيا أو مرضيا كالمرض النفسي الجنون والأمراض المستعصية كالسُّل الرئوي أو الزهري أو جنسي بتوافر عيب من العيوب التناسلية الثلاثة من العُنَّة والجبِّ والخِصَاء.

ثانيا: ألاّ يمكن للزوجة المقام مع الزوج في وجود العيب إلاّ بضرر يلحق بها، والضرر عام يشمل الضرر الذّي يلحق الزوجة والضرر الذّي يلحق نسلها سواء مادي أو معنوي، بشرط أن يكون هذا الضرر شديدا بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين الزوجين[2].

ثالثا: أن يكون العيب المستحكم لا يمكن الشفاء منه، أو يمكن البرء منه ولكن بعد مضي زمن طويل، وإن كان العيب قريب الزوال فلا يفرِّق القاضي بين الزوجين بسببه، فيمهل القاضي الزوج مدة سنة أملا في شفائه.

رابعا: ألاَّ تعلم الزوجة بالعيب الموجود في زوجها قبل العقد وألاَّ ترضى به بعده، وفي جميع الأحوال يجب ألاَّ تكون الزوجة قد رضيت بالزوج مع علمها بعيبه صراحة أو ضمنا، إذ رضاها

---

[1] – قانون رقم 25 لسنة 1920، الأحوال الشخصية المصري، **المرجع السابق**.

[2] - عمرو عيسى الفقي، **التطليق في الأحول الشخصية للمسلمين وغير المسلمين**، المكتب الفني للموسوعات القانونية، د ب ن، 1997، ص.42.

بالعيب الموجود في زوجها يسقط حقها في طلب الفرقة للعيب، فإذا ما طالبت الزوجة زوجها بنفقتها بعد أن حدث العيب به، فتكون هذه المطالبة دليل على رضاها به، وقد اشترط هذا الشرط لأنَّ الزوجة برضاها بزوجها مع علمها بعيبه سواء كان العيب قبل الزواج أو حدث بعده تكون قد أسقطت حقها في الفرقة بينهما من أجله[1].

ما يُلاحظ من الشروط التي أوردتها المادة 9 أن العيوب الثلاثة المذكورة لم ترد على سبيل الحصر وإنّما على سبيل المثال، باعتبار النص يسري على أيٍّ عيب فقط بتوفر شرطين وهما أن يكون مستحكما، وأن لا يمكن البرء منه، أو يمكن البرء لكن بعد زمن طويل.

وإذا انتفى شرط من الشروط فأثرها عدم الفرقة ويتعين معه رفض دعوى الزوجة لعدم تحقق شروط التفريق للعيب.

الفرع الثّاني

موقف المشرع المغربي

يتضح من خلال نص المادة 108 من مدونة الأسرة المغربية[2] أنّ المشرع المغربي أورد شروطا لقبول طلب أحد الزوجين في إنهاء العلاقة الزوجية بالعيب وهي كما يلي:

أوّلا– ألا يصدر من طالب التفريق ما يدُلُ على رضاه بالعيب بعد العلم بتعذر الشفاء، لأنّ ذلك يُسقط حقَّه في طلب التفريق.

ثانيا– أن لا يكون طالب التفريق عالما بالعيب حين العقد.

ثالثا– أن يكون العيب مانعا من المعاشرة الزوجية أو لذتها، وبالنسبة للمرض أن يكون خطيرا على حياة الزوج الآخر وعلى صحته.

[1]– عمرو عيسى الفقي، المرجع السابق، ص.43.

[2]– قانون رقم 03-07، **مدونة الأسرة المغربية**، المرجع السابق.

والملاحظ أنّ المشرع المغربي لم يسهب في تعداد الشروط المقيّدة لحق طلب التطليق للعيوب، وإنّما اكتفى بالشروط التي ذكرها، ولم يستثن أي عيب من العيوب كما فعل غيره، خاصة فيما يخص عيب العنة، وإنّما سوّى بين كل العيوب التي قصدها وفقا للمادة 107.

كما أنّ المشرع لم يدرج العيوب إذا ما كانت قبل العقد أو طارئة بعد الزواج فيتضح أنه خصَّ كل العيوب بنفس الحكم بشرط توافر الشروط السابقة.

الفرع الثالث

موقف المشرع السوري

تظهر شروط جواز التفريق للعيب في التشريع السوري في مواد قانون الأحوال الشخصية التي تطرقت إليها وهي كالآتي:

المادة 105: "**للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها في الحالتين التاليتين:**

1-إذا كان فيه إحدى العلل المانعة من الدخول بشرط سلامتها هي منها.

2-**إذا جنّ الزوج بعد العقد**".

المادة 106 ف 1: "**يسقط حق المرأة في طلب التفريق بسبب العلل المبينة في المادة السابقة إذا علمت بها قبل العقد أو رضيت بها بعده**".

المادة 107: "**إذا كانت العلل المذكورة في المادة غير قابلة للزوال يفرق القاضي بين الزوجين في الحال، وإذا كان زوالها ممكنا يؤجل الدعوى مدة مناسبة لا تتجاوز السنة، فإذا لم تزل العلّة فرَّق بينهما**"[1].

انطلاقا من هذه المواد نستنبط أنَّ شروط التطليق للعيوب في التشريع السوري هي كالاتي:

[1]- نقلا عن: أحمد نصر الجندي، **الأحوال الشخصية في القانون السوري**، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، د ت ن، ص. 103.

أوّلا– إذا كان العيب من العلل المانعة من الدخول بشرط سلامة الزوجة طالبة التفريق من هذه العلل.

ثانيا– عدم علم الزوجة بالعيب وعدم الرضا به بعد العلم، ويستثنى من هذا الشرط عيب العنة لأنّ التفريق بسببه لا يسقط حقها في طلب التفريق سواء علمت به قبل العقد أو رضيت به بعد ذلك.

ثالثا– أن يرفع طالب التفريق–الزوجة–الأمر إلى القاضي بتطليقها فيقوم بدوره بالتحقق من قيام العلة بالزوج وخلو الزوجة منها، وإن كان زوال العلة ممكنا أي يمكن البرء منها، فيؤجل القاضي الدعوى مدة مناسبة لا تتجاوز السنة أملا في شفاء الزوج[1].

الفرع الرابع

موقف المشرع العراقي

أورد المشرع العراقي هو الآخر شروطا لطلب التطليق للعيوب، وحددها في الفقرات 4–5–6 من المادة 43 من قانون الأحوال الشخصية[2] وتتمثل هذه الشروط في الآتي:

أن يكون العيب من العيوب المانعة من الوطء، أو المنفرة والمضرة بالزوجة ولا يرجى شفاؤها، لأنَّه إذا كان العيب قابلا للشفاء، يؤجل القاضي سنة أملا في شفاء الزوج.

كما اشترط المشرع العراقي في حالة عقم الزوج، أو ابتلى بالعقم بعد الزواج أن تطلب التطليق بشرط أن لا يكون لها ولد على قيد الحياة منه أو من غيرها.

ويتضح من خلال المادة أنّ المشرع العراقي قد خالف غيره من المشرعين فلم يشترط في العيب أن يكون قبل العقد، ولم يستثن عيب العنّة لو حدث العيب بعد الدخول بالزوجة كما فعله غيره، وإنّما تحدث عن العيوب التي تحدث بعد العقد.

1- ارجع الى: ايت شاوش دليلة، **المرجع السابق**، ص.64.

2 – قانون رقم 188 لعام 1959، **الأحوال الشخصية العراقي**، المرجع السابق.

الفرع الخامس

موقف المشرع الإماراتي

بتفحص المواد 112-113-114 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي[1]، نجد المشرع الإماراتي اشترط للحكم بالتفريق للعيب مجموعة من الشروط وهي كالاتي:

أوّلا- أن يكون العيب من العلل المستحكمة، والمنفرة والمضرة كالجنون والبرص والجذام.

ثانيا- أن يكون العيب مانعا من حصول المتعة الجنسية بين الزوجين.

وأمّا إذا كانت العلل من العلل القابلة للزوال تؤجل القضية سنة لعلها تزول، وأمّا إذا كانت غير قابلة للزوال يفسخ الزواج دون إمهال.

واشترط كذلك لطلب التطليق للعيب أن يثبت بتقرير طبي عقم الزوج، بعد زواج دام خمس سنوات شرط عدم وجود أولاد، وأن لا يجاوز عمره أربعين سنة[2].

بالإضافة إلى هذه الشروط أورد شرط آخر إذا ثبت إصابة الآخر بمرض معد يخشى منه الهلاك وانتقاله إلى الطرف الآخر كالإيدز فله طلب التفريق لدفع الضرر عنه.

ويتضح من خلال الشروط التي ذكرها المشرع الإماراتي أن حق المتضرر في طلب التطليق للعيوب يسقط إذا علم بالعيب قبل العقد أو رضي به بعده صراحة أو دلالة، واستثنى العلل الجنسية التي لا تسقط حق الزوجة في طلب التطليق سواء علمت بالعيب قبل العقد أو بعده.

---

[1]- قانون رقم 28 لعام 2005، **الأحوال الشخصية الإماراتي**، المرجع السابق.

[2]- نقلا عن: أحمد نصر الجندي، **الأحوال الشخصية في قانون الإمارات العربية المتحدة**، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص. 253.

الفرع السادس

موقف المشرع الجزائري

وضع المشرع الجزائري عدة شروط حتى يمكن أن يكون العيب الموجود بالزوج سببا للتفريق بين الزوجين بناءً على طلب الزوجة وهي كالآتي:

أوّلا– أن يكون العيب بالزوج دون الزوجة، لأنّ العيوب إذا كانت في الزوجة فلا خيار للرجل في فسخ الزواج، لأنّه يملك حق تطليقها في أي وقت شاء، طبقا لإرادته المنفردة وذلك وفقا ما تنص عليه المادة 48 قانون الأسرة الجزائري بنصِّها «**الطلاق حل لعقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج...**».

ثانيا– أن يكون العيب المتصل بالزوج من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، أي تلك التي تمنع الدخول أو الاستمتاع الجنسي، وكذا الأمراض الضارة، والمنفرة التي تعكر صفو الحياة الزوجية القائمة على الألفة والمودة[1].

ثالثا– أن لا تكون عالمة بعيب زوجها قبل التعاقد، فإن تزوجته وهي تعلم بوجود العيب سقط حقها في طلب التطليق لأن زواجها به يعتبر رضا بالعيب.

رابعا– أن يكون العيب ناتجا عن مرض مستمر ودائم لا يتوقع شفاؤه لأنّه إذا كان من العلل التي يمكن علاجها خلال أجل يراه الأطباء معقولا فإن المحكمة تمهله أجلا للعلاج أملا في الشفاء[2].

خامسا– أن ترفع دعوى التطليق لدى القاضي، وبذلك تؤكد عدم رضاها بالعيش مع زوج معيب لما يلحق بها من ضرر.

سادسا– أن يتم إثبات ما تدعيه الزوجة بكافة الأدلة والبراهين والحجج المقدمة منها، كما يمكن للقاضي لما له من سلطة تقديرية اللجوء إلى أهل الخبرة، كأن يقوم بتعيين خبير يكون مختص

---

[1]– عبد القادر بن حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق**، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص. 280.

[2]– عبد العزيز سعد، **المرجع السابق**، ص. 277.

لإعداد التقرير حول الحالة التي تشكو منها الزوجة في شخص زوجها[1].

المبحث الثّاني

إثبات عيب الزوج وطبيعة الفرقة الواقعة به

لأي زوجة مضرورة أن تلتجئ لإثبات الضرر الواقع عليها بسبب عيب زوجها، وحتى تتمكن من فك الرابطة الزوجية فهناك طرق لإثبات عيب الزوج، ومن ثمة القاضي يأخذ التدابير اللازمة في تقدير مدى صحة ما تدَّعيه، وذلك من أجل توقيع الفرقة بينها وبين الزوج العليل ولهذا قسمنا المبحث إلى مطلبين، في المطلب الأول ندرس فيه إثبات عيب الزوج، وفي المطلب الثاني خصصناه لتحديد طبيعة الفرقة الواقعة بسبب العيب في كل من الفقه والقانون.

[1]– يوسف دلاندة، **دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة "الزواج والطلاق"**، دار هومة، د ب ن، د ت ن، ص. 54.

المطلب الأوّل

إثبات عيب الزوج

الإثبات هو "**إقامة الدليل أمام القاضي بالطرق التّي حدّدها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت أثارها**"[1].

ومن خلال هذا التعريف تطرح الإشكاليات التالية: مَن مِن الخصمين يحمل عبئ الإثبات؟ وما هي الوسائل المعتمدة عليها للإثبات؟ وما موقف الفقه والتشريعات العربية من ذلك.

الفرع الأوّل

من يحمل عبء الإثبات

من يرفع الدعوى على الغير يطالبه بحق معين، فهو مدع في دعواه هذه وعليه يقع عبئ إثبات ما يدعيه. وفي دعوى التطليق للعيب المدعية–الزوجة–فلذلك فعبء الإثبات يقع عليها. ويكفي أن تقوم بإثبات وجود الضرر ليحكم لها القاضي بالتطليق وفقا للمبادئ المقرَّرة في الفقه الإسلامي" **فالبيِّنة على من ادعى واليمين على من أنكر**"[2].

الفرع الثّاني

الوسائل المعتمدة للإثبات

يثبت العيب بكافة الأدلة والوسائل القانونية في حالة إنكار الزوج دعوى الزوجة وتتمثل هذه الوسائل فيما يأتي:

---

[1]– عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام للإثبات** «آثار الالتزام»، الجزء 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص. 15.

[2]–عبد الرزاق السنهوري، **المرجع السابق**، ص. 67.

أوّلا- الكتابة

تعتبر الكتابة من وسائل الإثبات الهامة، لما لها من حجية إلى مدى بعيد في إثبات جميع الوقائع سواء كانت أعمال مادية أو تصرفات قانونية[1].

في حالة مساءلة القاضي الزوج عن العيب المدعى به من طرف الزوجة، ونكران هذا الأخير لذلك، وقامت الزوجة بإثبات ذلك بوثيقة رسمية بصحة دعواها، يتأكد القاضي من صحّة هذه الوثيقة بإحالة الزوج إلى الأطباء الموثوق بهم لمعرفة مدى صحّة ما ادعت به الزوجة، أو عدم وجوده ثم يصدر الحكم.

ثانيا- الشهادة

تُعتبر الشهادة من طرق الإثبات التي نظَّمها الشرع والقانون، بحيث يجب أن تكون الشهادة مباشرة[2]، بمعنى أن يقول الشاهد ما وقع تحت نظره أو سمعه، وتكون الشهادة عادة شفوية، ففي حالة رفع الدعوى الصحيحة من قبل المدعية-الزوجة-ويسأل القاضي المدعي عليه-الزوج-عن العيب المدعى به من طرف الزوجة، فإن أقر به حكم القاضي بالتطليق، ويشترط القاضي أن يتم إثبات العيب بشهادة رجلين عدلين، وكما يجوز قبول شهادة رجل وامرأتين، والدليل على حجية الشهادة في القرآن "**واستشهدوا بشاهدين من رجالكم، فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممّن ترضون**"[3]. وتنص المادة 336 من القانون المدني الجزائري: "**يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة**"[4].

---

[1]- محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية**، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص. 39.

[2]- عبد الرزاق السنهوري، **المرجع السابق**، ص. 310.

[3]- **الآية 282 من سورة البقرة.**

[4]- **قانون رقم 75-58 المؤرخ في 19 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني**، المرجع السابق.

ثالثا- الإقرار

هو إقرار المدعى عليه-الزوج-بالدعوى الموجهة إليه من طرف الزوجة أمام القضاء سواء أكان الإقرار باللّفظ أو بما يقوم مقامه، مما يدلُّ على الإخبار في ثبوت الحق للغير على النفس.

ونصَّت عليه المادة 341 من القانون المدني الجزائري "**الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة**".

ويترتب على هذا الإقرار أنّ القاضي يحكم على المقر بموجب إقراره، وذلك متى كان الإقرار مستوفيا لشروطه الشرعية، وبمقتضى هذا الإقرار تنتهي الدعوى بإصدار الحكم بالتفريق. باعتبار أنّ الإقرار من أقوى الأدلَّة في ثبوت الحق[1].

رابعا- اليمين

اليمين وسيلة من وسائل الإثبات التي تُظهر الحق وتُوجِبُه، وهذه الوسيلة تأتي متأخرة عن الشهادة، وتنقسم إلى قسمين:

أ- اليمين الحاسمة: هي اليمين الموجهة إلى المدعى عليه، فهي اليمين التي تحسم النزاع وتنقطع بها الخصومة وهي التي يحلفها المدعى عليه بطلب القاضي بناء على طلب المدعية.

ب- اليمين المتممة: هي اليمين التي توجهها المحكمة من تلقاء نفسها الى أحد الخصمين توكيدا للأدلة التي قدمها، أي تعزيزا للأدلة المعروضة على المحكمة لاستضهار الحقيقة[2].

[1]- وفاء بنت علي بن سليمان الحمدان، **المرجع السابق**، ص. 256.

[2] - قروف موسى الزين، **سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات**، شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014، ص.137.

الفرع الثالث

موقف الفقه الإسلامي من طرق إثبات العيب

من المتفق عليه بين الفقهاء أنّه إذا وجدت الزوجة عيبا في زوجها يمنع من تحقيق مقاصد الزواج من التوالد والتناسل وغير قابلة للزوال. فلها الحق في رفع دعواها إلى القضاء طالبة الفرقة، لرفع الضرر عنها.

فالقاضي ينظر إذا ما كانت هذه العيوب من العيوب التي لا يرجى الشفاء منها، فمثلا إذا تبيّن للقاضي أنّ الزوج مجبوبا مما لا يرجى شفاؤه. فرَّق القاضي بين الزوجين في الحال، لأنّه لا فائدة من التأخير والانتظار، فالجبّ أمر حسي يمكن تعرفه في الحال بالمشاهدة[1].

أمّا إذا كان عنينا أو خصيّا، وطالبت الزوجة بالتطليق وصدَّقها الزوج في دعواها وأقرّ بأنّه لم يصل إليها، فيمهله القاضي سنة كاملة من وقت الخصومة، لعله يستطيع الوصول إليها، فإن وصل إليها انتهت الدعوى واستمرت الزوجية.

أمّا إذا انتهت السنة وأصَرَّت الزوجة على تطليقها من زوجها لأنّه لم يصل إليها خلال تلك السنة طلقها القاضي[2].

فقد روى عن عمر بن الخطاب أنّ امرأة أتته «فأخبرته أنّ زوجها لم يصل إليها فأجله حولاً، فلما انقضى الحول ولم يصل إليها خيّرها فاختارت نفسها، ففرق بينهما وجعلها تطليقه بائنة»[3].

والتأجيل سنة شرط جوهري، لأنّه قد يكون سبب عجز الزوج عن الوصول إلى زوجته لعلة طارئة قد تزول بتغير الفصول الأربعة.

---

[1]- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، **المرجع السابق**، ص. ص. 535-536.

[2]- الغوثي بن ملحة، **قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء**، الطبعة 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص. ص. 106-107.

[3]- نقلا عن: بدران أبو العينين بدران، **المرجع السابق**، ص. 437.

وهذه السنة تحتسب قمرية لأنّها المعروفة في تقدير الزمن في عهد الصحابة وفي رأي الحنفية والحنابلة، إذا كانت المرأة ثيبا فالقول قول الزوج بيمينه، لأنّ الظاهر يشهد له، فإن حلف رفضت دعوى الزوجة، وإن رفض خيّرها القاضي بين البقاء معه وبين الفرقة، وإن اختارت الفراق فرّق القاضي بينهما.

أمّا المالكية فقالوا أنّه، إذ ادعى الوطء في تلك السنة، صدق الزوج بيمينه وإن نكل عن اليمين، حلفت الزوجة أنّه لم يطأ، ففرق بينهما[1].

الفرع الرابع

موقف التشريعات العربية من طرق إثبات العيب

إنّ تشريعات الدول العربية قد تعرضت في غالبيتها في مواد التفريق للعيوب إلى ضرورة الاستعانة بالخبرة الطبيّة للتأكد من العيب[2].

أوّلا- التشريع المصري

تنصّ المادّة 11 من قانون رقم 25 لسنة 1929 المصري على الآتي: "**يستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها**"[3].

فيتضح من نصّ المادّة أنَّ المشرع المصري يستعين بأهل الخبرة لإثبات العيب أو المرض الواقع بالزوج.

---

[1]- وهبة الزحيلي، **موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة**، الجزء 8، الطبعة 3، دار الفكر، سوريا، د س ن، ص. 496-497.

[2]- آيت شاوش **دليلة**، **المرجع السابق**، ص. 69.

[3]- قانون رقم 25 لسنة 1920، **الأحوال الشخصية المصري**، المرجع السابق.

ثانيا- التشريع المغربي

ذكر المشرع المغربي هو الآخر جواز الاستعانة بالخبرة الطبيّة لإثبات العيب وذلك من خلال نصّ المادة 111 من مدونة الأسرة المغربية التي تنصّ على الآتي: "**يستعان بأهل الخبرة من الأخصائيين في معرفة العيب أو المرض**"[1].

ثالثا- التشريع العراقي

المشرع العراقي هو الآخر أخذ برأي المشرعين المصري والمغربي بالاستعانة بالكشف الطبي وأهل الخبرة لإثبات العيب الموجود بالزوج وذلك وفقا لأحكام المادة 43 فقرة 6 من قانون الأحوال الشخصية.

رابعا- التشريع الإماراتي

المشرع الإماراتي كذلك اعترف بالاعتماد على أهل الخبرة لإثبات العيب، فنصت المادّة 115 فقرة 1 من قانون الأحوال الشخصية على الآتي: "**يستعان بلجنة طبيّة مختصّة في معرفة العيوب التي يطلب التفريق من أجلها**"[2].

خامسا- التشريع السوري

أمّا بالنسبة للمشرع السوري لم يفرد أيّ نصّ قانوني لطريقة إثبات العيوب الموجبة للتفريق.

[1]- قانون رقم 03-07، **مدونة الأسرة المغربية**، المرجع السابق.

[2]- قانون رقم 28 لعام 2005، **الأحوال الشخصية الإماراتي**، المرجع السابق.

سادسا- التشريع الجزائري

المشرع الجزائري لم يتكلم عن إثبات العيوب بالاستعانة بالخبرة الطبيّة كما فعله مختلف التشريعات العربية، بالرغم أنّ القضاء الجزائري يجيز الاستعانة بأهل الخبرة الطبية لإثبات العيب الواقع بالزوج، واعتبار التقرير الطّبي والشهادات الطبيّة وسيلة هامة لإثبات عيب الزوج من عدمه[1].

والذّي يستنبط من عدة اجتهادات قضائية حول ذلك، فلقد وجدنا قرارا للمحكمة العليا يعتمد على الخبرة الطبيّة لإثبات العيب حيث جاء كما يلي:

"حيت أنّ عجز الطاعن عن مباشرة زوجته جسميا ثابت باعتراف وشهادتين طبيتين، وحيث يستفاد من مراجعة الحكم المعاد ومن القرار المنتقد، أن الزوجين المتخاصمين لم يصفا داء فرج الزوج حتى يتبين هل أنّ هذا المرض يرجى شفاءه أم لا، واكتفى كل واحد منهما بادعاءات لم تثبت ثبوتا واضحا وحيث أنّ الفقه الإسلامي قرر في مثل قضية الحال ضرب أجل سنة كاملة للزوجة يتحصل على البرء، واستقر الاجتهاد القضائي على أن تكون الزوجة خلال تلك المدة بجانب بعلها، وبعد انتهائها ولم تتحسن حالته، فإنّه يحكم بالتطليق"[2].

يُفهم من خلال هذا الاجتهاد القضائي أنّ المشرع الجزائري رغم أنّه لم يدرج في مواد الأحوال الشخصية الخاصة بالعيوب طرق إثبات العيب، إلاّ أنّه أخذ بالشهادة الطّبية كطريق من طرق الإثبات.

---

[1]- شامي أحمد، **السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2014، ص. 162.

[2]- قرار مؤرخ في 1999/02/16، رقم 21375، نقلا عن العيش فضيل، **قانون الأسرة مدعم باجتهادات قضاة المحكمة العليا مع تعديلات 2005**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص. 52.

القاضي إذا عرضت عليه قضية حول التطليق بسبب العيوب، فإذا ما أثبت ذلك العيب بالوسائل الشرعية والقانونية ومثال ذلك شهادة طبية تثبت عقم الزوج، فإنه يحكم لها بالتطليق دون أن تكون له سلطة تقديرية مطلقة[1].

وما يُلاحظ كذلك أنَّه وإن كان المشرع الجزائري قد سكت عن إمهال الزوج مدة معينة كما فعله نظائره من المشرعين، فإنه يظهر لنا من خلال هذا القرار أنّ قضاء المحكمة العليا قد أقرّ ذلك صراحة، مما يتنافى ذلك مع المذهب المالكي.

كما قرَّرت المحكمة العليا بأن عيوب الفرج ليست كلها موجبة للتطليق بمجرد الادعاء بها، بل لابد من معرفة مصيرها، ومدى قابلية العيب للعلاج فإن وقع الحكم عليه قبل معرفة ذلك، وضرب أجل للعلاج، فذلك مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية[2].

فيتضح من خلال هذا الحكم أنّ الفصل في دعوى التفريق بالعيوب التناسلية سواء كانت مانعة من الوطء حسا أو معدية، إمّا في الحال أو بعد التأجيل للعلاج مرجعه إلى الخبرة الطبية فإذا قررت أنّ العيب يمكن زواله خلال مدة معينة يؤجل الزوج للعلاج، واستقر القضاء على التأجيل سنة كاملة.

أمّا إذا أثبتت الخبرة أن العيب مستحكم كالجب مثلا، لا يمكن زواله، أو يزول لكن بعد زمن طويل، فيفرق القاضي بين الزوجين إذا أصرت الزوجة على ذلك.

ومن هنا فيتضح أنّه على المشرع الجزائري النّص على جواز الاستعانة بالخبرة الطبية في إثبات العيوب كما فعله بقية التشريعات العربية.

---

[1]– حفيظة فضلة، **الضرر كسبب لفك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سكيكدة، ص. 186.

[2]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 34784، مؤرخ في 1982/02/08، مجلة قضائية، عدد خاص، 1982، ص. 254.

المطلب الثّاني

نوع الفرقة الواقعة للعيوب

اختلف الفقهاء في نوع التطليق الواقع بسبب العيب، حيث أنَّ المالكية والحنفية قالوا بأن الفرقة تقع طلاقا بائنا، والحنابلة والشافعية قالوا بأنها تقع فسخا، ونفس الشيء بالنسبة للتشريعات العربية، فلقد أخذ بعضها بالفسخ والبعض الآخر بالطلاق في نوع الفرقة الواقعة بسبب تضرر الزوجة من عيب زوجها، فهل هي فسخ لعقد الزواج أم طلاق؟

الفرع الأوّل

نوع الفرقة الواقعة للعيوب في الفقه الاسلامي

سنتعرض من خلال هذا الفرع الى نوع الفرقة الواقعة بسبب العيب عند الفقهاء، ولكن قبل أن نتعرض لموقف الفقهاء في نوع الفرقة الواقعة بالعيب يتوجب علينا أوّلا تعريف الفسخ والطلاق.

1- **الطلاق:** هو إنهاء الرابطة الزوجية، ويوقعه الرجل بإرادته، وقد يوقعه القاضي لسبب ما[1]، أو يوقعه الحكمان حينما تستحيل العشرة بين الرجل والمرأة.

2- **الفسخ:** هو نقض عقد الزواج بسبب خلل وقع فيه وقت عقده أو بسبب خلل طرأ عليه يمنع من بقائه واستمراره[2].

وما يميّز الطلاق عن الفسخ، فالطلاق ينقص من عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، في حين حالة الفسخ لا تنقص من عدد الطلقات، كما أنّ الطلاق هو ملك للرجل قد يوقعه بلا شروط، أمّا الفسخ فلابدّ من شروط خاصة تفسد العقد ليتم الفسخ[3].

فللفقهاء قولين في نوع الفرقة بسبب العيب:

---

[1]- مولاي ملياني بغدادي، **حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية**، قصر الكتاب، د ب ن، د ت ن، ص. 200.

[2]- محمد محي الدين، **الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية**، د د ن، د ب ن، د ت ن، ص. 230.

[3]- المرجع نفسه، ص. 232.

أوّلا-الفرقة الواقعة للعيب طلاق

1- رأي المالكية

يرى المالكية أن نوع الفرقة الحاصلة عن عيب الزوج "طلاق"، فالزوج إذا رفض الطلاق، فللقاضي أن يطلق زوجته أو يأمر بإيقاع الطلاق.

وهذا أكدَّه الدسوقي في كتابه حاشية الدّسوقي: "**يأمره الحاكم بالطلاق وإلاّ طلقها القاضي أو يأمرها به أي بإيقاع الطلاق كطلقت نفسي منك، أو في ما معناه والطلاق بائن**"[1].

2- رأي الحنفية

أخذ الأحناف بنفس موقف المالكية فقالوا أنّه إذا رفعت الزوجة أمرها إلى القاضي بطلب التفريق وتوفرت شروط ذلك أمر القاضي الزوج بالتطليق فإن رفض طلق القاضي نيابة عنه. وهذا ما جاء في الهداية: "**فإن امتنع ناب القاضي منابه ففرَّق بينهما، ولابد من طلبها، لأن التفريق حقها وتلك الفرقة تطليقة بائنة. لأنَّ فعل القاضي أضيف إلى الزوج فكأنّه طلقها بنفسه**"[2].

واستدل أصحاب القول بأنَّ الفرقة الواقعة للعيب طلاق بالأدلة الآتية[3]:

- أنها فرقة بعد خلوة صحيحة.
- كل فرقة يوقعها القاضي فهي طلاق بائن إلاّ الفرقة بسبب الإيلاء وعدم الإنفاق.

وهكذا نلاحظ أنّ المالكية والحنفية قد جعلوا الفرقة بسبب العيب طلاقا بائنا، والزوجة التي يطلقها القاضي عليها العدة احتياطيا، كما يكون لها المهر كاملا إن كان الزوج قد اختلى بها خلوة صحيحة، وفي ذلك ورد عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب قالا: "**ما ذنبهنَّ إذا جاء العجز من قبلكم**".

---

[1]- ارجع إلى: عبد الرحمان الصابوني، **المرجع السابق**، ص. 692.

[2]- نقلا عن: مصطفى بن العددي، **أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية**، دار الإمام مالك، الجزائر، د ت ن، ص. 329.

[3]- محمد أبو زهرة، **المرجع السابق**، ص. 357.

ثانيا- الفرقة الواقعة للعيب فسخ

خالف الشافعية والحنابلة رأي المالكية والحنفية في نوع الفرقة الحاصلة عن عيب الزوج إذ يعتبرونها فسخا وليس طلاقا، وهذا ما أكَّده الإمام الشافعي: "**الفرقة فسخ بلا طلاق**"[1].

وأضاف ابن قدامة في قوله: "**ويحتاج الفسخ إلى حكم حاكم لأنه مجتهد فيه**"[2].

واستدلَّ أصحاب هذا القول بأن الفرقة بالعيب الصادرة من القاضي تعد فسخا لا طلاقا، لأنه لم ينطق بها الزوج، ولم يرد وقوعها، والطلاق لابد فيه من إرادة الزوج، هي منتفية في مثل هذا النوع من الفرقة.

وهكذا نصل إلى القول أنّ الرأي الفقهي منقسم بين فريق يجعل نوع الفرقة بسبب العيب فسخا لعقد الزواج، وفريق آخر يجعله طلاقا، وبالاعتماد على بعض من المنطق نلاحظ أنّ الراجح هو جعل تطليق القاضي للزوجة للعيب بطلب منها طلاقا بائنا، لأنّ الهدف والمقصود هو رفع الضرر وإبعاد الظلم عن الزوجة، وذلك بحكم القاضي الذّي له الولاية العامة في ذلك، ويكون التطليق بائن حتى لا يكون للزوج مراجعتها[3].

الفرع الثّاني

موقف التشريعات العربية من نوع الفرقة الواقعة للعيوب

أخذت معظم التشريعات العربية برأي المالكية والحنفية فيما يخص نوع الفرقة الواقعة بسبب إصابة الزوج بالعيب.

---

[1]- ارجع إلى: أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، **المرجع السابق**، ص. 260.

[2]- نقلا عن: عبد الرحمان الصابوني، **المرجع السابق**، ص. 693.

[3]- بدران أبو العينين بدران، **المرجع السابق**، ص. 441.

أوّلا- التشريع المصري

التطليق الذّي يحكم به القاضي لعيب في الزوج طلاق بائن، وهذا ما جاء في نص المادة 10 من قانون الأحوال الشخصية التي تنص على الآتي: "**الفرقة بالعيب طلاق بائن**"[1].

ثانيا- التشريع السوري

يعتبر المشرع السوري أن نوع الفرقة بسبب عيب الزوج طلاق بائن وذلك وفقا للمادة 108 قانون الأحوال الشخصية التي تنص على الآتي: "**التفريق للعلة طلاق بائن**"[2].

ثالثا- التشريع العراقي

إنّ المشرع العراقي هو الآخر أخذ برأي المالكية والحنفية في اعتبار نوع الفرقة الواقعة عن عيب الزوج طلاق بائن ويظهر ذلك خلال نص المادة 45 قانون الأحوال الشخصية العراقي التي تنص على الآتي: "**يعتبر التفريق في الحالات الواردة في المواد 40، 41، 42، 43 طلاقا بائنا بينونة صغرى**".

رابعا- التشريع المغربي

من خلال المادة 122 من مدونة الأسرة المغربية التي تنص على الآتي:" **كل طلاق قضت به المحكمة فهو بائن، إلاّ في حالتي التطليق للإيلاء وعدم الإنفاق**"، يفهم أنَّ ما تبقى من أسباب التطليق من ضرر وعيب وغيبة وإخلال بشروط العقد والمنصوص عليها في المادة 98 من نفس القانون تعد طلاقا بائنا[3].

[1]- قانون رقم 25 لعام 1920، **الأحوال الشخصية المصري**، المرجع السابق.

[2]- قانون رقم 59 لعام 1953، **الأحوال الشخصية السوري**، المرجع السابق.

[3]-آيت شاوش دليلة، **المرجع السابق**، ص. 69.

خامسا- التشريع الإماراتي

المشرع الإماراتي لم يأخذ برأي المالكية والحنفية كما فعله نظرائه من المشرعين، فأخذ برأي الشافعية والحنابلة في اعتباره أنّ نوع الفرقة الواقعة لعيب الزوج فسخ، ويظهر ذلك من خلال نص المادة 2/115 والتي تنص على الآتي: "**التفريق في هذا الفصل فسخ**"[1].

سادسا- التشريع الجزائري

لم يورد المشرع الجزائري أي نص يتعلق بنوع الفرقة الواقعة بسبب العيب، فلقد ترك الأمر غامضا، عندما نصّ على أنّه ما يوّقعه القاضي من فرقة طبقا للمادة 53 من ق. أ. ج يكون طلاقا، فلقد جاء أيضا في نص المادة 48 من نفس القانون "**مع مراعاة أحكام المادة 49أدناه، يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ماورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون**".

ثم جاءت بعدها المادة 50 من نفس القانون "**من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد، ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق قد يحتاج إلى عقد جديد**[2].

ويفهم من نصوص هذه المواد أنّ نوع الفرقة للعيب في قانون الأسرة الجزائري هو طلاق بائن، أخذا بما ذهب إليه المذهب المالكي، باعتباره مصدر قانون الأسرة الجزائري[3].

والواضح أنّ الفرقة بسبب العيب والضرر هو طلاق بائن، وذلك ما ذهبت إليه المحكمة العليا في بعض اجتهاداتها القضائية حيث قالت جاءت إحدى قرارتها بالآتي: «من المتفق عليه فقها وقضاءً في أحكام الشريعة الإسلامية أنّ الطلاق الذّي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي، وأن حكم القاضي به لا يغيّر من رجعته لأنّه إنّما نزل على طلب الطلاق، أمّا الطلاق البائن فهو الذّي يقع ما قبل الدخول أو وقع بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية،

[1]- قانون رقم 28 لعام 2005، **الأحوال الشخصية الإماراتي**، المرجع السابق.

[2]- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[3]- بلحاج العربي، **المرجع السابق**، ص. 285.

وكذلك الطلاق الذّي يوقعه القاضي بناءً على طلب الزوجة لرفع الضرر عنها وحسم النزاع بينها وبين زوجها، إنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية»[1].

ونستنتج من كل هذا أن تطليق القاضي للعيب، بعد طلب من الزوجة هو طلاق بائن.

[1]– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 1986/02/10، ملف رقم 39463، مجلة قضائية، عدد 2، 1992، ص. 51.

خاتمة

خلال دراستنا لموضوع التطليق للعيوب في قانون الأسرة نجد أنه موضوع بالغ الأهمية لما يترتب عليه من أثار تنعكس على المجتمع ككل، ولا تقتصر فقط على الزوجين، كما تظهر أهميته كذلك، من خلال اتفاق الفقهاء الإسلامي والتشريع الوضعي حول أحقية الزوجة في فك الرابطة الزوجية بسبب العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج ورغم اختلاف الفقهاء حول العيوب الموجبة للتفريق إلا أنَّهم اتفقوا على العيوب التناسلية الثلاثة(الجبَّ، العنَّة، الخِصَاء)، لأنَّها تمنع الوطء بين الزوجين، أمَّا المشرع الجزائري لم يقيد و لم يحدِّد العيوب التي تبيح للزوجة طلب التطليق وإنَّما أورد عبارة عامة، و حسنا فعل لأنَّ العيوب والأمراض التي قد تنفَّر الزوجة من زوجها غير محصورة فهناك أمراض تجِّد في كل زمان و مكان.

كذلك اتفق الفقهاء في شروط طلب التطليق للعيوب واختلفوا في البعض الأخر على غرار المشرع الجزائري والتشريعات العربية الذين اتفقوا على شروط طلب التطليق للعيوب، كما اتفقوا على جواز عرض القاضي الزوج العليل والمريض على أهل الخبرة والمعرفة لمعرفة إذا ما كان العيب مما يرجى شفاؤه أو لا، لأنَّه إذا كان العيب مما يُرجى شفائه يُمهل القاضي الزوج مدة معينة للعلاج لا تتجاوز السنة، على عكس المشرع الجزائري الذي لم يورد أي حكم حول ذلك.

غير أنه يتضح لنا أنَّ هناك العديد من النقاط والمسائل المتعلقة بموضوع التطليق للعيوب أهملها المشرع وتركها مبهمة وغامضة لا توضيح فيها، فالعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج فنجد أنَّ المشرع الجزائري لم يعرفها ولم يحددها، كما لم يميِّز بين العيوب التي لا علاج فيها وبين العيوب التي يرجى شفاؤها، ولم ينص كذلك المشرع على حالة علم الزوجة بالعيب ورضاها به بعد الدخول كسبب يسقط حقها في رفع دعوى التطليق للعيوب.

ومن بين الأمور كذلك التي غفل عنها المشرع الجزائري الأجل الذي ترفع خلاله الزوجة الدعوى، كما لم ينص كذلك على ضرورة الفصل في الدعوى بعد مرور مدة معينة على عكس ما

ذهب إليه الفقه وبعض تشريعات الدول العربية الأخرى التي تقدر هذه المدة بالسنة ابتداءً من تاريخ رفع الدعوى.

توصلنا بعد دراسة موضوع التطليق للعيوب إلى الإقتراحات الآتية:

– أن يعيد المشرع الجزائري النظر في المادة 53فقرة2 ليعدل مضمونها، فيحدد أكثر في العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج ومدى مطابقتها مع أحكام الشريعة الإسلامية، ويأخذ بعين الاعتبار اقتراحات علماء الشريعة والقانون كأن يمنح الزوج مدة معينة ليعالج فيها.

– كما يجب كذلك على المشرع أن يُعدل المادة ويدرج فيها اخضاع الزوج لأهل الخبرة والمعرفة لمعرفة فيما يرجى شفاء مرضه أو لا، لأنَّه إذا كان العيب قابل للزوال لا يحكم القاضي بالتطليق.

–كما أنَّه على المشرع الجزائري أن يغيِّر نوع الحكم الذي يصدره للعيب فيصبح فسخا وليس طلاقا، لأنَّ الطلاق يعتبر حق شخصي للزوج، وبالتالي فإذا حكم به القاضي يحسب على الزوج من عدد الطلقات التي منحها له الشرع والقانون، والإشكال يظهر إذا ما سبق للزوج أن طلق زوجته طلقتين، ثم طلق القاضي الطلقة الثالثة فيقع الطلاق بائن ببينونة كبرى، وفي حالة شفاء الزوج من علته فلا يمكنه مراجعة زوجته حتى تنكح زوجا غيره.

قائمة المراجع

القرآن الكريم

أوَّلا-الكتب

1-**الشوكاني محمد بن علي**، نيل الاوطار شرح منتقى الاخيار من سيد الاخيار، دار الكتب العلمية، بيروت، د ت ن.

2- **العيش فضيل**، قانون الأسرة مدعم باجتهادات المحكمة العليا مع تعديلات 2005، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

3-**الغوثي بن ملحة**، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، الطبعة 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.

4- **المصري مبروك**، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، د ب ن، د ت ن.

5- **ابن القيم الجوزية**، زاد المعاد في هدى خير العباد، الجزء 4، د د ن، د ب ن، د ت ن.

6- **ابن حزم**، المحلى، تحقيق محمد منير الدمشقى، الجزء 10، دار الطباعة المنيرية، لبنان، 1929.

7-**ابن رشد الحفيد**، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الشريفة، د ب ن،1989.

8-**ابن عابدين**، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، ترجمة : عادل احمد عبد الموجود وعلي محمود عوض، دار عالم الكتاب ، المملكة العربية السعودية، 2003.

9-**أبو الحسين علي ابن محمد حبيب الماروردي البصري**، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، الجزء11، الكتب، 1993.

10-**أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي**، الأم، الجزء 6، دار المعرفة، د ب ن، 1393هـ.

11-**أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر**، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، دار الكتب

العلمية، لبنان، د ت ن.

12-أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، الجزء2، دار احياء الكتب العربية، القاهرة، د ت ن، حديث رقم 2341.

13-**أحمد إبراهيم بك وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم**، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، الطبعة 5، د د ن، القاهرة، 2003.

14-**أحمد نصر الجندي**، الأحوال الشخصية في القانون السوري، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، د ت ن.

15_____، الاحوال الشخصية في القانون الامارات العربية المتحدة، دار الكتب القانونية، مصر .2007

16-**اسماعيل ابى بكر علي البامري**، أحكام الأسرة" الزواج والطلاق بين الحنفية الشافعية"، د د ب، د ب ن، د ت ن.

17-**بدران أبو العينين بدران**، الفقه المقارن للأحوال الشخصية "الزواج والطلاق"، دار النهضة العربية، بيروت، د ت ن.

18-**بلحاج العربي**، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري "مقدمة الخطبة، الزواج، الطلاق، الميراث الوصية"، الطبعة4، ديوان المطبوعات الجامعية،.2005

19-**جابر عبد الهادي سالم الشافعي**، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ،.2008

20-**شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي**، على الشرح الكبير للدردير، الجزء2، دار احياء الكتب العربية، د ب ن، د ت ن.

21-**شمس الدين محمد بن الخطيب**، مغني المحتاج إلي معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء3، دار المعرفة، لبنان، .1997

22-**صفوان محمد عضيبات**، الفحص الطِّبي قبل الزواج، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.

23- **عبد الرحمان الصابوني**، مدي حرية الزوجين في الطلاق، الطبعة2، دار الفكر العربي، مصر، د ت ن

24-**عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام للإثبات "أثار الإلتزام"، الجزء2، دار النهضة العربية، القاهرة،1968.

25-عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، الجزائر، .1986

26-**عبد الفتاح أحمد أبوكيلة**، الفحص الطِّبي قبل الزواج والأحكام الفقهية المتعلقة به، دار الفكر الجامعي، مصر، .2008

27-**عبد القادر بن حرز الله**، الخلاصة في أحكام الزواج الطلاق، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر،.2007

28-**عبد الله بن حجازي ابراهيم الشرقاوي**، حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب بشرح تحرير وتنقيح اللباب، دار الفكر، بيروت، د ت ن.

29-**عثمان التكروري**، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.

30-**علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي**، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء2، دار عالم الكتب، الرياض، د ت ن.

31-**عمرو عيسى الفقهي**، التطليق في الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين، دار المكتب الفني للموسوعات القانونية، د ب ن، .1997

32-**فضيل سعد**، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج، المؤسسة الوطنية للكتاب، د ب ن،.1986

33-**مالك بن أنس الأصبحي**، المدونة الكبرى، دار صادر، بيروت، د ت ن.

34-**محمد أبو زهرة**، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مصر، د ت ن.

35-**محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري**، الجعفي، صحيح البخاري، الجزء9، تحقيق: محمد علي القطبي، هشام البخاري، بيروت، د ت ن.

36-محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، .2008

37-**محمد صبري السعدي**، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، الجزائر، .2009

38-**محمد عزمي البكري**، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، دار محمود للنشر والتوزيع، د ب ن، د ت ن.

39-**محمد مصطفى الشلبي**، أحكام الأسرة في الإسلام "دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الطبعة2، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، بيروت،.1997

40-**محمد محي الدين**، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، د د ن، د ب ن، د ت ن.

41-**مصطفى إبراهيم الزلمي**، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، د د ن، العراق،1959.

42-**مصطفى بن العددي**، أحكام الطلاق في الشريعة الاسلامية، دار الإمام مالك، الجزائر، د ت ن.

43-**منصور بن يونس بن ادريس البهوتي**، كشاف القناع على متن الإقناع، عالم الكتب، الرياض، 1983.

44-**منصوري نورة**، التطليق الخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دارالهدى، الجزائر، د ت ن.

45-**موفق الدين ابن قدامة**، المغني ويليه الشرح الكبير لشمس الدين ابن قدامة، الجزء6، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، د ب ن، د ت ن.

46-**مولاي ملياني بغدادي**، حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، قصر الكتاب، د ب ن، د ت ن.

47-**نبيل صقر**، قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، د ت ن.

48-**وفاء بن علي بنت سليمان الحمدان**، التفريق بالعيب بين الزوجين والأثار المترتبة عليه، مكتبة كنوز المعرفة، جدة،1999.

49-**وهبة الزحيلي**، موسوعة الفقه والقضايا المعاصرة، الجزء8، الطبعة3، دار الفكر، سوريا، د ت ن.

50-يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة "الزواج والطلاق"، دارهومه، د ب ن، د ت ن.

ثانيا-الرسائل

1-**أيت شاوش دليلة**، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة، رسالة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، .2014

2-**شامي أحمد**، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة" دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، .2014

3-قروف موسى الزين، سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الاثبات، شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014.

ثالثا-المذكرات

1-حفيظة فضلة، الضرر كسبب لفك الرابطة الزوجية في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سكيكدة، د ت ن.

رابعا-النصوص القانونية

أ-الوطنية

1-قانون رقم 84-11مؤرخ في 9جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج ر. عدد 43، صادر في 22 جوان1984، معدل ومتمم بالأمر رقم 06-02، مؤرخ في 27 فيفري 2005، ج.ر، عدد15، صادر في 27فيفري .2005.

2-قانون رقم 75-58مؤرخ في 19سبتمبر 1975، يتضمن قانون المدني، ج. ر، عدد78، الصادر في 30سبتمبر 1975، معدل ومتمم بالأمر رقم 07-05، مؤرخ في 13 ماي 2007، الصادر في 13 ماي 2007.

ب-العربية

1-القانون رقم 25 لسنة 1920المتضمن قانون الأحوال الشخصية المصري، المعدل بالقانون رقم 25لسنة 1929المعدل بالقانون رقم 100لسنة1985، المعدل بالقانون رقم لسنة2000.

http://el-borai.com/wp-content/uploads/2014/03/Personal-Status-Law.pdf

2-قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28 لسنة 2005.

http://www.law-arab.com/2015/10/Personal-Status-Law-UAE.html

3-قانون الأحوال الشخصية السوري، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 59 لسنة1953المعدل بالقانون رقم 34 لسنة 1975. ahlalhdeeth.com/vb/showthread.php?t=194803

4-قانون الأحوال الشخصية العراقية، رقم 188لعام 1959.

http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=5322d5ae4

5-قانون الأحوال الشخصية الكويتي، رقم 51 لسنة1984.

http://www.gcc-legal.org/LawAsPDF.aspx?country=1&LawID=1018.

6-ظهير شريف، رقم 22-04-01، صادر في12 من ذي الحجة1424 الموافق ل3 فبراير 2004، تنفيذ القانون رقم 03-07بمثابة مدونة الأسرة، الجريدة الرسمية رقم 5184الصادر يوم 5فبراير لعام 2004، ص.418.

http://fz.ma/fileattach/1326975120.pdf

خامسا- القوامس

1-المنجد في اللغة والاعلام، الطبعة 30، دار المشرق، بيروت،.1988

2-**أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور**، لسان العرب، تحقيق عبد الله علي الكبير، الجزء10، باب العين، دار صادر، مصر، د ت ن.

3-**سعدي أبو جيب**، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، دار الفكر، المشرق، .1982

4-**محمد الرازي**، مختار الصحاح، تحقيق: محمود ناظر، باب العين، تحت أصل (العين، الياء، الباء).

https://www.naseemalsham.com/ar/Pages/download.php?/abic/Research/Al Tafreek_Lelaeeb.pdf 5-مجد الدين محمد بن يعقوب الفيرزابادي، القاموس المحيط، الطبعة5، مؤسسة الرسالة للطباعة و النشر والتوزيع، بيروت،1966

6-نديم مزعشلي وأسامة مزعشلي، الصحاح في اللغة والعلوم، دار الحضارة العربية، بيروت،1974.

فهرس المحتويات

مقدمة 2

الفصل الأوَّل: الإطار المفاهيمي للتطليق للعيوب 4

المبحث الأوَّل: مفهوم التطليق للعيوب 6

المطلب الأوَّل: تعريف العيب..... 7

الفرع الأوَّل: تعريف العيب لغة 7

الفرع الثاني: تعريف العيب في الفقه الإسلامي 8

أوَّلا: تعريف الشافعية 8

ثانيا: تعريف الحنفية..... 8

ثالثا: تعريف الحنابلة 9

رابعا: تعرف المالكية..... 9

خامسا: التعاريف المعاصرة 9

المطلب الثاني: مدى مشروعية التطليق للعيوب 11

الفرع الأوَّل: موقف الفقه الإسلامي من التطليق للعيوب 11

أوَّلا: الرأي القائل بعدم جواز التفريق للعيوب.....11

ثانيا: الرأي القائل بجواز التفريق للعيوب..... 13

الفرع الثاني: الموقف التشريعي من التطليق للعيوب 16

أوَّلا: التشريعات العربية التي أعطت حق التطليق للزوجين معا 17

ثانيا: التشريعات التي أعطت حق التطليق للزوجة فقط 18

المبحث الثاني: أنواع العيوب المجيزة للزوجة طلب التطليق.....21

المطلب الأوَّل: العيوب الموجبة لطلب التطليق.....22

الفرع الأوَّل: اختلاف الفقهاء في العيوب الموجبة للتفريق 22

أوَّلا: رأي الحنفية 22

ثانيا: رأي المالكية 23

ثالثا: رأي الشافعية.....24

رابعا: رأي الحنابلة.....25

خامسا: رأي ابن تيمية وابن القيِّم 25

الفرع الثاني: العيوب المحددة من طرف الفقهاء 26

الفرع الثالث: موقف التشريعات العربية من العيوب الموجبة للزوجة طلب التطليق 29

أوَّلا: التشريع المصري 29

ثانيا: التشريع العراقي 29

ثالثا: التشريع الأردني.....30

رابعا: التشريع السوري 30

خامسا: التشريع الجزائري 31

المطلب الثاني: العيوب المسكوت عنها من طرف الفقهاء.....31

أوّلا: الرأي القائل بحصر العيوب 32

ثانيا: الرأي القائل بعدم حصر العيوب 32

المطلب الثالث: العيوب الطارئة بعد الزواج 33

الفرع الأوّل: موقف الفقه الإسلامي من العيوب الطارئة بعد الزواج.....34

أوّلا: الحنفية.....34

ثانيا: المالكية 34

ثالثا: الشافعية والحنابلة 35

الفرع الثاني: موقف التشريعات العربية من العيوب الطارئة بعد الزواج.....35

أوّلا: القانون المصري..... 35

ثانيا: القانون السوري 35

ثالثا: القانون العراقي.....36

رابعا: القانون الأردني.....36

خامسا: القانون الجزائري 36

الفصل الثاني: أحكام التطليق للعيوب.....38

المبحث الأوّل: شروط طلب التطليق للعيوب.....40

المطلب الأوّل: شروط طلب التطليق للعيوب في الفقه الإسلامي..... 41

الفرع الأوّل: شروط طب التطليق للعيوب المتفق عليها فقها.....41

الفرع الثاني: شروط طلب التطليق للعيوب المختلف عليها فقها.....43

المطلب الثاني: موقف التشريعات العربية من شروط طلب التطليق للعيوب 44

الفرع الأوّل: موقف المشرع المصري.....44

الفرع الثاني: موقف المشرع المغربي 45

الفرع الثالث: موقف المشرع السوري 46

الفرع الرابع: موقف المشرع العراقي 47

الفرع الخامس: موقف المشرع الاماراتي 48

الفرع السادس: موقف المشرع الجزائري 49

المبحث الثاني: اثبات عيب الزوج وطبيعة الفرقة الواقعة بها 50

المطلب الأوّل: اثبات عيب الزوج 51

الفرع الأوّل: من يحمل عبء الإثبات.....51

الفرع الثاني: الوسائل المعتمدة للإثبات.....51

أوّلا: الكتابة 52

ثانيا: الشهادة.....52

ثالثا: الإقرار.....53

رابعا: اليمين 53

الفرع الثالث: موقف الفقه الإسلامي من طرق اثبات العيب 54

الفرع الرابع: موقف التشريعات العربية من طرق اثبات العيب 55
أوّلا: التشريع المصري 55
ثانيا: التشريع المغربي 56
ثالثا: التشريع العراقي 56
رابعا: التشريع الإماراتي 56
خامسا: التشريع السوري.....56
سادسا: التشريع الجزائري.....57
المطلب الثاني: نوع الفرقة الواقعة للعيوب.....59
الفرع الأوّل: نوع الفرقة الواقعة للعيوب في الفقه الإسلامي 59
أوّلا: الفرقة الواقعة للعيب طلاق..... 60
ثانيا: الفرقة الواقعة للعيب فسخ.....61
الفرع الثاني: موقف التشريعات العربية من نوع الفرقة الواقعة للعيوب 61
أوّلا: التشريع المصري 62
ثانيا: التشريع السوري.....62
ثالثا: التشريع العراقي 62
رابعا: التشريع المغربي 62
خامسا: التشريع الإماراتي.....63

سادسا: التشريع الجزائري.....64

خاتمة.....67

قائمة المراجع.....70

الفهرس.....77

ملخص

تعرضنا في هذه الدراسة إلى مدى تكريس حق الزوجة في طلب التطليق للعيوب في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي و التشريعات العربية، وفي هذا الصدد قسمنا بحثنا إلى فصلين، في الفصل الأوَّل تعرضنا فيه لمفهوم العيب وموقف الفقه الإسلامي والقانون من التطليق للعيوب، أمَّا الفصل الثاني خصصناه لشروط التطليق بسبب العيوب وكذا نوع الفرقة الواقعة بسبب اصابة الزوج بعيب من العيوب.

وتوصلنا إلى أنَّ المشرع الجزائري أخذ بنفس موقف الفقه الإسلامي والتشريعات العربية في منحه للزوجة الحق في فك الرابطة الزوجية بسبب عيوب الزوج، كما جاء في نص المادة 2/53 من قانون الأسرة.

Résumé

Dans cette étude, nous avons consacré l'étendue du droit de la femme de demander le divorce pour défaut dans le code de la famille algerien et de la jurisprudence islamique et législations arabes. A cet égard, nous avons dévisé notre recherche en deux classes dont nous avons parlé dans le premier chapitre ou nous etions a la notion de defaut et la position de la jurisprudence islamique et le droit de devorce pour defauts, alors que le second chapitre consacrée au conditions de se disperser en raison des défauts, ainsi que l'incident de la bande en raison du type de défauts paire de blessures

Et nous sommes arrivés que le législateur algérien ait pris la même jurisprudence islamique et la position des législations arabe accordée à la femme le droit de décrypter le lien conjugal a cause des inconvénients de la paire, comme indiqué dans le texte de l'article 53/2du code de la famille.