

العيوب المرافقة للنكاح (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)

أ.د. حيدر حسين كاظم الشمري الباحث. حسن ضعيف حمود المعموري

جامعة كربلاء / كلية القانون

**The defects associated with the marriage
(comparative Study with Islamic jurisprudence)
Prof.Dr. Haidar Hussein Kadhem Al Shammari
Researcher. Hassan Dheaf Hamood Al-Mammori
University of Karbala\ College of Law
Almuhtady28@gmail.com**

Abstract

The Iraqi legislator has authorized the matter of divorce because of defect, but he took a contrary way to the view that is most likely in the Islamic law to give the option of annulment defect for both spouses, where the Iraqi law gave the right to request the distinction of defect to the wife without the husband according to what is most likely of the Hanafi school, but the legislator is different from the Hanafi school, permitted to differentiate between any other illness that is valid or must be avoided, and the legislator is permitted to differentiate with the husband's infertility if the wife is not born of him a boy.

Keywords: disadvantages of marriage, choice of annulment, differentiation of defect, husband and wife.

المخلص:

إن المشرع العراقي قد أجاز مسألة التفريق بالعيوب، ولكنه اتخذ لنفسه مساراً خالف فيه الرأي الراجح في الشريعة الإسلامية من إعطاء خيار الفسخ بالعيوب لكلا الزوجين، حيث أعطى القانون العراقي حق طلب التفريق بالعيوب للزوجة دون الزوج وفقاً لما هو عليه الراجح من المذهب الحنفي، إلا أنه خلافاً للمذهب الحنفي، أجاز التفريق بأي علة أخرى سارية أو توجب التفريق، كما أنه أجاز التفريق بعقم الزوج إذا لم يكن للزوج ولد منه على قيد الحياة.

الكلمات المفتاحية: عيوب النكاح، خيار الفسخ، التفريق بالعيوب، الزوج والزوجة.

المقدمة:

أولاً: موضوع البحث

تتعدد العلل التي يمكن أن يصاب بها الأزواج بعد نشوء عقد النكاح، أو تلك التي تصيبهم قبل نشوؤهم، وليس كل علة من العلل التي تصيب الأزواج، أو تكتشف فيهم بعد النكاح موجبة لطلب التفريق، إذ يتحدد نطاق العيوب الموجبة للتفريق بمعايير معينة تختلف من مذهب لآخر، وعلى مستوى القانون العراقي فإنه لم يحصر تلك العيوب، بل ترك للقاضي سلطة تقدير العيوب الموجبة للتفريق في ضوء معايير محددة في القانون، فيتركز موضوع البحث حول بيان أهم العيوب التي يمكن أن ترافق عقد النكاح، وأحكام تلك العيوب من الناحية الشرعية والقانونية.

ثانياً: مشكلة البحث

تتجسد مشكلة البحث في نقطتين أساسيتين:

- 1 - بيان مفهوم العيب الذي يوجب التفريق لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، وما هي المعايير التي يمكن في ضوئها تحديد العيب الموجب للتفريق في القانون العراقي.
- 2 - بيان مدى توافق موقف القانون العراقي من مسألة التفريق بالعيوب مع الشريعة الإسلامية، وهل أنه سار على الراجح في الفقه الإسلامي من هذه المسألة أم أنه انتهج لنفسه طريقاً خاصاً بهذا الخصوص.

ثالثاً: نطاق البحث

يتحدد نطاق البحث في هذا الموضوع في بيان مفهوم العيب الموجب للفسخ، في كل من الشريعة الإسلامية والقانون العراقي، وكذلك في بيان الحكم الشرعي والقانوني للعيوب المرافقة للنكاح، وسنقتصر في تناول الموضوع على المقارنة بين أحكام القانون العراقي وموقف المذاهب الإسلامية الخمسة الرئيسية فقط.

رابعاً: خطة البحث

سنتناول موضوع البحث من خلال مبحثين، نخصص الأول لمفهوم العيوب المرافقة للنكاح وكيفية إثباتها، ونخصص الثاني لأحكام العيوب المرافقة للنكاح.

المبحث الأول - مفهوم العيوب المرافقة للنكاح وكيفية إثباتها.

لم تتفق كلمة الفقهاء على مفهوم العيب المرافق للنكاح الذي يوجب خيار الفسخ، كما لم يحدد القانون العراقي مفهوم هذا العيب، ومن جانب آخر فإن ثبوت حق طلب التفريق بالعيوب يتطلب شروطاً معينة على مستوى الشريعة الإسلامية والقانون العراقي فلا بد من توافرها، ثم أن الاستجابة لطلب التفريق تتطلب ثبوت العيب في جانب الطرف الذي يطلب التفريق منه، وبذلك فإننا سنوضح في هذا المبحث هذه المسائل الثلاثة وذلك على ثلاثة مطالب نتناول في المطب الأول التعريف بالعيوب الذي يوجب خيار الفسخ، ونتناول في المطب الثاني شروط ثبوت خيار الفسخ بالعيوب، ونتناول في المطب الثالث إثبات العيب الموجب لخيار الفسخ.

المطلب الأول:- التعريف بالعيوب الذي يوجب خيار الفسخ

ان فقهاء الشريعة الإسلامية لم يوردوا تعريفاً محدداً للعيوب الذي يجوز التفريق به بين الزوجين، ولكن يمكن من خلال العبارات الواردة في كتبهم بهذا الخصوص تحديد معنى العيب الموجب للفسخ كعدم القدرة على الوطء والعدوى والتنفير وغير ذلك¹. فبالنسبة لفقهاء الإمامية فلم نثر فيما اطلعنا عليه من كتبهم على حصر لمعنى العيب الموجب لخيار الفسخ، انما ورد تعداد للعيوب التي توجب الفسخ مع ذكر السبب في كون العيب موجباً للفسخ في بعض الأحيان. فقد ذكر الشيخ الأنصاري في معرض حديثه عن (البرص والجنون والجذام والعفل) انها امراض تؤدي الى الضرر لأنها من الأمراض المتعدية باتفاق الأطباء². كما وردت الإشارة الى معنى الحرمان من الوطء أو عدم القدرة على الجماع في العديد من مؤلفات الإمامية³. اما عند الحنفية فأن العيب الذي تقع به الفرقة بين الزوجين فهو ما كان سبباً للتفريق من قبل الزوج مقتضاه المنع من ايفاء حق الزوجة المستحق بالنكاح فتكون الفرقة الواقعة بسبب هذا العيب فرقة بطلان لأن سبب ثبوتها حصل من الزوج، وان في هذا العيب ظلم وضرر في حق الزوجة فيقوم القاضي مقام الزوج في دفع هذا الظلم⁴. ويلاحظ إن لأصل عند الحنفية أن الفرقة إذا حصلت بسبب من جهة الزوج مختص بالنكاح أن تكون فرقة بطلان حتى لو كان ذلك قبل الدخول بها وقبل الخلوة فلها نصف المسمى إن كان في النكاح تسمية وإن لم يكن فيه تسمية فلها المتعة⁵. اما مفهوم العيب عند المالكية فهو ما يمنع الوطء⁶، أو تعاف منه النفوس وينقص الاستمتاع⁷ ومفهوم العيب عند الشافعية هو ما كان مؤدياً الى النفرة أو موجباً لتفويت المقصود من النكاح⁸.

1 - د. عبد الفتاح احمد ابو كيلة، الفحص الطبي قبل الزواج، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2011، ص 431

2 - الشيخ مرتضى الأنصاري، كتاب النكاح، ط1، مطبعة باقري، قم 1415 هـ، ص 433.

3 - أبي منصور الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية، ج3، ط1، مؤسسة الإمام الصادق، إيران - قم، 1421 هـ. ص 532، الحلي، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، شرائع الإسلام، ج3، ط2، طهران، 1409، ص540، البحراني، المفلح الصميري، غاية المرام في شرح شرائع الإسلام، ج3، ط1، دار الهادي للطباعة، 1999 ص 125، الطوسي، أبي جعفر محمد بن الحسن بن علي، المبسوط في فقه الإمامية، ج4، ط2، المطبعة الحيدرية، تهران، 1388 هـ، المبسوط، ص 263.

4 -، الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج2، ط1، المكتبة الحبيبية، 1409 هـ - 1989 م، ص336.

5 - الكاساني، المصدر نفسه، الموضع نفسه.

6 - المغربي، أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج5، ط1، دار الكتب العلمية بيروت، ص149.

7 - الدسوقي شمس الدين الشيخ محمد عرفه، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، بدون مكان طبع، بدون سنة طبع ص 280.

8 - النووي أبي زكريا يحيى بن شرف، روضة الطالبين، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، بدون سنة طبع ص513.

اما الحنابلة فهم لا يبتعدون في معنى العيب عن المالكية والشافعية فعندهم ان العيب هو ما يمنع المقصود بعقد النكاح وهو الوطء كالجذب والرتق ونحوهما او ما يوجب التغير من المقاربة بالكلية ويخاف من التعدي الى نفسه ونسله فيكون كالمانع الحسي كالجذام والبرص والجنون¹.

اما بحسب القانون العراقي فإنه على الرغم من عدم وجود مفهوم محدد للعيب الذي يوجب التفريق بين الزوجين، إلا أنه عند النظر بنصوص القانون التي تناولت مسألة التفريق بالعيب يتضح أن نطاق العيب الموجب للتفريق يتحدد بجملة من المعايير، فحالات التفريق بالعيب التي ذكرها القانون، يمكن ردها لثلاثة معايير يتحدد في ضوئها مفهوم العيب الموجب للتفريق، اما المعيار لأول فيرجع الى عدم القدرة على القيام بالواجبات الزوجية، وهو ما ورد ذكره في الفقرة الرابعة من المادة (43 أولاً) من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ رقم 188 لسنة 1959²، والتي بمقتضاها اجاز القانون للزوجة أن تطلب التفريق إذا كان زوجها مصاباً بما لا يمكن معه القيام بالواجبات الزوجية أو إذا أصيب بذلك بعد الدخول إذا ثبت عدم امكان شفاؤه بتقرير صادر عن لجنة طبية مختصة، أما المعيار الآخر بهذ الصدد فهو ما ذكرته الفقرة الخامسة من المادة نفسها والتي عالجت مسألة عقم الزوج فأعطت للزوجة طلب التفريق إذا كان الزوج عقيماً أو ابتلي بالعقم بعد الزواج ولم يكن لها ولد على قيد الحياة³، وبذلك فإن عقم الزوج يعطي للزوجة حق طلب التفريق إذا لم يكن لها ولد من الزوج على قيد الحياة.

أما المعيار الثالث للعيب الموجب للتفريق فهو ما تضمنته الفقرة السادسة من ذات المادة والتي أعطت للزوجة طلب التفريق إذا أصيب زوجها بعد العقد (قبل الدخول أو بعده) بعلّة كالجذام أو البرص أو السل أو الزهري أو الجنون أو أي علة أخرى تكون خطيرة وسارية ومنفرة⁴.

وبذلك يتحدد هذا المعيار بكون المرض المصاب به الزوج مضرًا بالزوجة من خلال كونه خطيرًا وساريًا ومنفرًا.

المطلب الثاني - شروط ثبوت خيار الفسخ بالعيب

لثبوت خيار الفسخ بالعيب لا بد من توافر جملة من الشروط يمكن إجمالها فيما يأتي:

الشرط الأول: ان يكون العيب سابقاً على عقد الزواج فإن كان العيب حادثاً فقد اختلف الفقهاء في جواز التفريق به فقد ذهب الحنفية وبعض الحنابلة الى عدم ثبوت الخيار بالعيب الحادث وجعل المالكية الخيار بالعيب الحادث للزوجة دون الزوج اذا كان حادثاً قبل الدخول فإن حدث بعد الدخول فلا خيار لها وقال الشافعية والبعض الآخر من الحنابلة الى ثبوت الخيار للزوجين بالعيب الحادث⁵. وذهب الأمامية الى ان العيب الحادث بعد العقد والوطء لا يوجب الفسخ اما اذا حدث العيب بعد العقد وقبل الوطء فالأظهر عندهم عدم الفسخ به ايضاً⁶. اما بالنسبة لبقاء خيار المرأة بعد العقد أو بعد الوطء بالنسبة للجنون والعنه والجب فأمر محل اختلاف عند الأمامية⁷.

- 1 - البهوتي، منصور بن يونس، كشف القناع عن متن الإقناع، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، بدون سنة طبع ص 116-117.
- 2 - نصت الفقرة الرابعة من المادة (43 أولاً) من هذا القانون على انه (إذا وجدت زوجها غنياً او مبتلى بما لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية سواء كان ذلك لأسباب عضوية أو نفسية أو إذا أصيب بذلك بعد الدخول بها وثبت عدم امكان شفاؤه منها بتقرير صادر عن لجنة طبية مختصة على إذا وجدت المحكمة ان ذلك سبب نفسي فتؤجل التفريق لمدة سنة واحدة شريطة ان تمكن نفسها من زوجها خلالها).
- 3 - المادة 43 (أولاً / 5) أحوال شخصية عراقي.
- 4 - نصت الفقرة السادسة من (43 أولاً) إذا وجدت بعد العقد، أن زوجها مبتلى بعلّة لا يمكن معها معاشرته بلا ضرر، كالجذام أو البرص أو السل أو الزهري أو الجنون، أو أنه قد أصيب بعد ذلك بعلّة من هذه العلل أو ما يماثلها، على أنه إذا وجدت الحكومة بعد الكشف الطبي، أن العلة يؤمل زوالها فتؤجل التفريق حتى زوال تلك العلة، وللزوجة أن تمتنع عن الاجتماع بالزوج طيلة مدة التأجيل، أما إذا وجدت المحكمة، ان العلة لا يؤمل زوالها خلال مدة مناسبة وامتنع الزوج عن الطلاق وأصررت الزوجة على طلبها، فيحكم القاضي بالتفريق.
- 5 - عبد الفتاح أحمد ابو كيلة، مصدر سابق، ص 491.
- 6 - المحقق الحلي، مصدر سابق، ج2، 542.
- 7 - راجع الشيخ مرتضى الأنصاري، مصدر سابق، ص 439 وما بعدها، السيد السيستاني، منهاج الصالحين، ج3، ط 14، دار المؤرخ العربي، بيروت، 1429هـ - 2008 م، ص 84، زين الدين الجبعي العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج4، بدون مكان طبع، بدون سنة طبع، ص 385..

الشرط الثاني عدم العلم بالعيب بمعنى ان يكون الزوج غير المعيب غير عالم بعيب الطرف الآخر فأن كان عالماً به سقط حقه في الخيار باستثناء العنة عند الشافعية لأن العنين يؤجل سنة¹. وعند الأمامية فأن الزوجة اذا رضيت بالزوج بعد العلم بالعن فإنه لا خيار لها². وفي رواية ابي صباح (عن رجل تزوج امرأة فوجد بها قرناً قال هي لا تحبل ولا يقدر زوجها على مجامعتها، ترد وهي صاغرة قلت وان كان دخل بها قال ان كان علم بذلك قبل ان ينكحها يعني المجامعة ثم جامعها فقد رضي بها وان لم يعلم الا بعد مجامعتها فأن شاء طلق وان شاء امسك)³.

الشرط الثالث: عدم التلذذ بالمعيب بعد العلم بالعيب والا سقط الخيار، وان يكون العيب مستحكماً لا يرجى شفاؤه لذلك فأن الزوج المعيب ينظر الى مدة يحكم بها اهل الخبرة، كما يجب ان يكون هذا العيب مما يؤدي الى إلحاق الضرر بالزوج الآخر الذي يطلب الفسخ بموجبه⁴. ومما يتفق مع هذا الشرط عند الأمامية ان خيار الفسخ عندهم في كل من الرجل والمرأة على الفور فلو علم الرجل أو المرأة بالعيب فلم يبادر بالفسخ لزم العقد⁵. كما ان رواية ابي صباح التي ذكرناها قبل قليل تتفق مع هذا الشرط ايضاً. اما بحسب القانون العراقي فإنه يشترط للتفريق بالعلل والأمراض التناسلية ان تتقدم الزوجة بطلب التفريق الى القضاء وان لا تكون قد رضيت بالعلة عند علمها بها قبل العقد أو بعده وان لا تكون مصابة بعلة مماثلة لعلة الزوج وان تكون علة الزوج غير قابلة للشفاء ويثبت ذلك بتقرير طبي⁶.

ولكن يلاحظ أن المشرع العراقي لم يشترط في العيب حتى يكون موجباً للتفريق أن يكون سابقاً على عقد الزواج، بل أنه أعطى للزوجة حق طلب التفريق بالعيوب التي حددها سواء أكانت حادثة قبل العقد أم بعده، بل حتى لو حدثت بعد الدخول، وكما أوضحت ذلك المادة (43 أولاً) بفقراتها الرابعة والخامسة والسادسة والتي ذكرناها عند الكلام عن التعريف بالعيب الذي يوجب التفريق⁷.

المطلب الثالث: اثبات العيب الذي يوجب خيار الفسخ

إن مسألة إثبات عيوب النكاح تعد من المسائل التي تستلزم الرجوع بشأنها للخبرة الطبية لأنها من المسائل الفنية الخارجة عن اختصاص القاضي، وهذا ما أكدته النصوص الواردة في مؤلفات الفقهاء المسلمين فقد ورد عن الشيخ الأنصاري انه قال في البرص والجذام انها من الأمراض المتعدية باتفاق الأطباء⁸. كما ورد في الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية بخصوص علامات الجذام انه يفيد اهل الخبرة به حصوله⁹.

وجاء في المغني لابن قدامة (فإن اختلفا في وجود العيب مثل أن يكون بجسده بياض يمكن أن يكون بهقا أو مرارا واختلفا في كونه برصا أو كانت به علامات الجذام من ذهاب شعر الحاجبين فاختلفا في كونه جذاما فإن كانت للمدعي بينة من أهل الخبرة والنقطة يشهد ان له بما قال ثبت قوله وإلا حلف المنكر والقول قوله)¹⁰.

وجاء في المدونة الكبرى للإمام مالك (قال عمر بن الخطاب ترد المرأة في النكاح من الجنون والجذام والبرص (قال مالك) وأنا أرى داء الفرج بمنزلة ذلك فما كان مما هو عند أهل المعرفة من داء الفرج ردت به في رأيي)¹¹.

1 - عبد الفتاح أحمد ابو كيلة، مصدر سابق، ص 491.

2 - الشيخ يوسف البحراني، الحقائق الناطرة في أحكام العترة الطاهرة، ج 24، مؤسسة النشر الإسلامي، 1408هـ، ص 491.

3 - الشيخ مرتضى الأنصاري، مصدر سابق، ص 438.

4 - عبد الفتاح أحمد ابو كيلة، مصدر سابق، ص 492.

5 - السيد عبد الأعلى السبزواري، مذهب الأحكام في بيان الحلال والحرام، ج 25، ط 4، مطبعة الهادي، مؤسسة المنار، قم، 1417هـ، ص 114، السيد السيستاني، مصدر سابق، (ج 3 / 85).

6 - فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، بدون مكان طبع، 2004، ص 214.

7 - ينظر ص 3، 4.

8 - الشيخ الأنصاري، مصدر سابق، ص 434.

9 - زين الدين الجبجي العاملي، الروضة البهية، (ج 5 / 386).

10 - ابن قدامة، المقدسي، موفق الدين أبي محمد بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، ج 6، بدون مكان طبع، بدون سنة طبع، المغني، (ج 7 / 609).

11 - الإمام مالك، - مالك بن انس الأصبجي، رواية سحنون بن سعيد التتوخي عن عبد الرحمن بن القاسم العتقي، المدونة الكبرى، ج 2 بدون مكان طبع، بدون سنة طبع، ص 212.

وجاء في روضة الطالبين بخصوص البرص والجذام ان الخيار فيهما يثبت إذا حكم اهل الخبرة باستحكام العلة، وإذا تنازع الزوجين في قرحة هل هي جذام؟ اوفي بياض هل هو برص؟ فالقول قول المنكر وعلى المدعي البينة ويشترط كون الشاهدين عالمين بالطب¹.

ونستنتج من ذلك ان فقهاء الشريعة الإسلامية يؤكدون على ضرورة الرجوع لأهل الخبرة في اثبات عيوب النكاح وأهل الخبرة في هذا المجال هم الأطباء باعتبارهم المختصين بذلك. ويلاحظ أن قانون الأحوال الشخصية العراقي قد أكد على ضرورة الرجوع لأهل الخبرة في مجال الطب في اثبات عيوب النكاح ويظهر ذلك في جملة من المسائل، فخصوص اثبات العنة مثلاً فقد اشترط القانون للحكم بالتفريق بناء على اصابة الزوج بالعنة او ابتلاؤه بأي مرض لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية أن يثبت عدم امكانية شفائه بتقرير من لجنة طبية رسمية مختصة² وبهذا الخصوص فقد قضت محكمة التمييز بأن التقرير الذي يؤيد اصابة الزوج بالعنة يجب ان يكون صادراً من لجنة طبية مختصة و رسمية لكي يصح الركون اليه في حكم التفريق³.
وبالنسبة للعقم كسبب من أسباب التفريق فإنه يحتاج الى استشهاد طبي⁴. وبذلك قضت محمة التمييز (إذا ادعت الزوجة عقم الزوج فعلى المحكمة ارساله الى اللجنة الطبية لفحصه والتأكد من عقمه)⁵.

واما بالنسبة للتفريق بالعلل كالجنون والجذام والبرص والزهرى او اي علة اخرى لا يمكن للزوجة معها معايشة الزوج بلا ضرر فإن المحكمة إذا وجدت بعد الكشف الطبي إن العلة يؤمل زوالها فإنها تؤول التفريق حتى زوال تلك العلة⁶. وبذلك قضت محكمة التمييز (ان على المحكمة ان ترسل الزوج الى اللجنة الطبية المختصة بفحص قواه العقلية ولا يجوز الاكتفاء بكتاب المستشفى إذا ثبت اصابة الزوج بمرض عقلي تنصب المحكمة قيماً عليه وتجري المرافعة بحضوره) وجاء في حكم اخر لمحكمة التمييز (إذا تضمن تقرير معهد الطب العدلي ان اصابة الزوج بمرض لا يضر بزواجه فلا تسمع منها دعوى التفريق)⁷.

المبحث الثاني: أحكام العيوب المرافقة للنكاح

ان العيوب المرافقة للنكاح قد تكون خاصة بالرجال كالخصاء والجب والعنة، وقد تكون خاصة بالنساء كالرتق والقرن وقد تكون مشتركة بينهما كالجنون والجذام والبرص، وإذا كان البعض من تلك العيوب محل اتفاق لدى فقهاء الشريعة الإسلامية من حيث نشوء خيار الفسخ بسببها كما هو الحال بالنسبة لعيوب الخصاء والجب والعنة، إلا أن بعضها كان محل خلاف فقهي من هذه الناحية، كما أن تحديد نطاق خيار الفسخ بتلك العيوب لم يكن محل اتفاق على مستوى فقهاء الشريعة الإسلامية، ومن جانب آخر فإن قانون الاحوال الشخصية العراقي قد نحا منحى يختلف في بعض أحكامه عما عليه الراجح في الفقه الإسلامي، وعلى العموم فإننا سنقتصر على أبرز العيوب المرافقة للنكاح والتي أجمع عليها أكثر الفقهاء، فنحدد معناها ثم الأحكام المتعلقة بها في الشريعة الإسلامية والقانون العراقي، فنبتدأ بالعيوب الخاصة بالرجال، ثم نعقبها ببيان العيوب الخاصة بالنساء، ومن ثم نبين العيوب المشتركة بين الرجل والمرأة وذلك على ثلاث مطالب.

1 - النووي، روضة الطالبين (ج5، / 512)
2 - المادة الثالثة والأربعون / 4 من قانون الأحوال الشخصية العراقي.
3 - القرار ذو الرقم 796 / شخصية في 10 / 12 / 1986 مشار إليه لدى د.سلام عبد الزهرة الفتلاوي ود.نبيل مهدي زوين، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، ط1، مكتبة دار السلام القانونية، العراق، النجف الأشرف، 2015، ص 189.
4 - د. سلام عبد الزهرة ود. نبيل مهدي زوين، المصدر نفسه، ص 190.
5 - قرار محكمة التمييز رقم 1986/85/3059 في 18/5/1986 مشار إليه لدى سلوان سعد صالح، مصدر سابق، ص 25.
6 - المادة 43 / 6 من قانون الأحوال الشخصية العراقي.
7 - قرار محكمة التمييز رقم (186 شرعية) 65 في 7/7/1965، وقرارها ذي العدد 902 / شخصية 82 في 14 / 9 / 1982 مشار إليهما لدى سلوان سعد صالح، التفريق بين الزوجين قضائياً، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون - جامعة النهرين، 2009، ص 25.

المطلب الاول - العيوب الخاصة بالرجال

لعل من أبرز عيوب النكاح الخاصة بالرجل دون المرأة، والتي اجمع عليها فقهاء الشريعة الإسلامية، الخصاء والجب والعناء، فنتكلم عنها تباعاً:

أولاً - الخصاء

الخصاء عند الإمامية يعني سل الأنثيين¹. او هو سل الأنثيين و إخراجهما وفي معناه حكماً الوجاء وهو رض الخصيتين². ويعرف الخصاء عند المالكية والحنابلة بأنه قطع الذكر دون الأنثيين³، ويعرف الشافعية الخصي بأنه من بقي ذكره دون أنثيته⁴، بينما يعرفه الحنفية بأنه من سلت خصيتاه وبقي ذكره⁵.

وقد اختلف الفقهاء في عيب الخصاء ومدى اعتباره موجباً لخيار الفسخ؛ فعند الإمامية يثبت به الخيار مع سبقه على العقد ولا يفسخ مع تجدد بعد العقد اجماعاً، اما إذا لم يكن الخصاء سابقاً للعقد فلا خيار لأصالة بقاء النكاح⁶. وقد ورد عن الأمام الصادق (عليه السلام) في معتبرة ابن مسكان (قال: بعثت بمسألة مع ابن اعين قلت: سله عن خصي دلس نفسه لإمرأة مسلمة فتزوجها فقال: يفرق بينهما ويوجع ظهره ويكون لها المهر لدخوله عليها)⁷.

اما الشافعية والحنابلة فالراجح عندهم ان عيب الخصاء يثبت حق فسخ النكاح للمرأة لأنه يمنع الوطء أو يضعفه، والقول المرجوح عند الشافعية والحنابلة ان الخصاء ليست عيباً يثبت حق الفسخ لأنه لا يفوت مقصود النكاح ولا يمنع الوطء⁸. وقال الحنفية إذا انتصب ذكر الخصي فلا خيار حتى إذا لم ينزل⁹. اما المالكية فعندهم ان الخصاء عيباً يوجب الفسخ، ولكن إذا حصل الخصاء بعد الوطء ولو لمرة واحدة فلا خيار للمرأة¹⁰.

ثانياً - الجب: اختلف الفقهاء في تعريف الجب على اقول، فعند الإمامية يعني قطع الذكر¹¹ (والمجبوب عند الحنفية من استؤصل ذكره وخصيتاه¹²، وعند المالكية المجبوب مقطوع الذكر والأنثيين وكذلك مقطوع الأنثيين ومثل قطع الذكر قطع الحشفة¹³، وعرف الشافعية المجبوب بأنه مقطوع جميع الذكر مع بقاء الأنثيين او لم يبق منه قدر الحشفة اما إذا بقي منه ما يولج قدرها فلا خيار في الفسخ¹⁴، بينما عرفه الحنابلة بأنه مقطوع الذكر كله أو بعضه بحيث لم يبق منه ما يطأ به¹⁵).

اما بالنسبة لحكم عيب الجب فإنه يثبت به حق الفسخ للمرأة إذا كان زوجها مجبوباً بحيث قطع منه الذكر كاملاً أو لم يبق منه الا قدر دون الحشفة لضياح المقصود من النكاح وتحقق العجز عن الوطء¹⁶. أما المجبوب الذي بقي منه بعد القطع جزء يزيد على الحشفة او يساويها، ففيه خلاف مرده انه يملك ما مكن الوطء به وهو مقدار الحشفة اما ما يزيد عنها، فلا يخرج الحال عن ثلاث

1 - الشيخ الأنصاري، مصدر سابق، ص 440.

2 - المحقق الحلي، شرائع الإسلام، (ج 2 / 540).

3 - أبي البركات، سيدي أحمد الدردير، الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، بدون مكان طبع، بدون سنة طبع (ج 2 / 278)، عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، مصدر سابق، ص 467.

4 - الشربيني محمد بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج، بدون مكان طبع، 1377هـ - 1958م (ج 3 / 128).

5 - ابن عابدين محمد أمين الشهير بابن عابدين حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، دار الفكر بيروت، 1415هـ / 1995. (ج 3 / 129).

6 - الشيخ الأنصاري، مصدر سابق، ص 440.

7 - السيد عبد الأعلى السبزواري، مهذب الأحكام في بيان الحلال والحرام، ج 25، مؤسسة المنار، قم، 1417هـ، ص 114.

8 - د. عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، مصدر سابق، ص 468.

9 - محمد جواد مغنية، مغنية محمد جواد، الفقه على المذاهب الخمسة، ج 2، ط7، بدون مكان طبع، 1982. (ج 2 / 332).

10 - ابو بركات (ج 2 / 277).

11 - الشيخ مرتضى الأنصاري، مصدر سابق، ص 444.

12 - زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 4، دار الكتب العلمية، بدون سنة طبع، ص 206.

13 - ابو بركات، الشرح الكبير، ج 3 ص 278

14 - د. عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، مصدر سابق، ص 450، 451.

15 - البهوتي، (ج 5 / ص 116).

16 - عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، مصدر سابق، ص 450، السيد السبزواري، مصدر سابق، ص 115، كما يفهم هذا المعنى من كلام المحقق الحلي، أنظر شرائع الإسلام إليه، (ج 2 / 540).

احتمالات؛ الأول ان يكون قادراً على جماع زوجته بما معه فلا خلاف بين الفقهاء في عدم ثبوت حق الفسخ في هذه الحالة¹، والثاني ان لا يكون الزوج قادراً على جماع زوجته بما معه وهذه حالة لا تختلف عن حالة الجب الكامل من حيث تقويت المقصود من النكاح فتتحد معها الحكم فيكون للزوجة حق الفسخ لأن الشارع قد جعل لها الخيار لدفع الضرر عنها وهو متحقق بعدم القدرة على الوطء²، والاحتمال الثالث اختلا ف الزوجين في امكان الوطء من عدمه فالمدار هنا على تحقق الوطء فعلاً وثبوت ذلك عن طريق الخبرة الطبية فأن كان الوطء متحققاً فالقول قول الزوج وان لم يكن متحققاً فالقول قول الزوجة³.

ثالثاً - العن: لم تنفق كلمة الفقهاء على تعريف العن، فعند الإمامية هو مرض تضعف معه الألة عن الانتشار بحيث يعجز عن الإيلاج⁴.

ولا يتحقق عيب العن عند الإمامية بحسب ما تقيد به الأخبار الواردة بهذا الخصوص الا بتحقيق شرطين اولهما الا يكون الرجل من حين عقده على المرأة الى عروض الحالة عنده واقعاً عليها ولو لمرة واحدة فلو وقع مرة فلا خيار لها، وثانيهما أن يكون الرجل عاجزاً عن اتيان مطلق النساء فلو تمكن عن اتيان امرأة اخرى غير زوجته ولو لمرة واحدة سقط خيار المرأة بالفسخ⁵. اما عند الحنفية فأن العن هو من لا يقدر على اتيان النساء أو لا يشتهي النساء⁶. ويعرف العن عند الحنابلة بأنه العاجز عن إيلاج ذكره⁷. اما الشافعية فعندهم ان العنه هو العجز عن الوطء في القبل⁸. ويعرف المالكية العنه بأنها صغر الذكر بحيث لا يتأتى به الجماع⁹.

اما بالنسبة لحكم العنين ؛ فأن كانت العنه قد اصابته الرجل قبل العقد فلا خلاف عند الإمامية بثبوت حق الفسخ به، وإذا كان ذلك بعد العقد وقبل الوطء فالمشهور عند الإمامية جواز الفسخ به، اما المتجدد بعد الوطء فأكثر الإمامية يذهبون الى عدم الفسخ به¹⁰.

وإذا ثبتت العنه وادعى الزوج الوطء لزوجته أو غيرها صدق المدعي باليمين، اما إذا ثبتت العنه بإقرار الزوج أو بما في حكمه، فإذا صبرت المرأة فلا فسخ وان لم تصبر رفعت امرها الى الحاكم فيؤجله سنة من حين المرافعة، بلا خلاف ظاهر عند الإمامية لما رواه البخاري عن امير المؤمنين علي ابن ابي طالب (عليه السلام) انه كان يقضي في العنين ان يؤجل سنة من يوم المرافعة¹¹. ويتفق جمهور الفقهاء من الحنفية¹²، والشافعية¹³، والحنابلة¹⁴، والمالكية¹⁵، في ان عيب العنه من العيوب التي تثبت خيار الفسخ للزوجة. كما يتفق الحنفية والشافعية والحنابلة على وجوب تأجيل العنين لمدة سنة¹⁶.

- 1 - السيد عبد الأعلى السبزواري، مصدر سابق، ص 115، المحقق الحلي، شرائع الإسلام، (ج2 / 540)، د. عبد الفتاح أحمد ابو كيلة، مصدر سابق، ص453.
- 2 - البحراني، يوسف بن أحمد بن إبراهيم، الحقائق الناطرة، مؤسسة النشر الإسلامي، 1408، مصدر سابق، ص 348، السيد عبد الأعلى السبزواري، مصدر سابق، ص 115، د. عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، مصدر سابق ص 453.
- 3 - د. عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، مصدر سابق، ص 353.
- 4 - السيد عبد الأعلى السبزواري، مصدر سابق، ص 116.
- 5 - الشيخ محمد علي الاراكي، كتاب النكاح، الطبعة الأولى، مطبعة نور نكار، 1377هـ، ص449.
- 6 - ابن نجيم الحنفي (ج 4 / 205).
- 7 - المقدسي، شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد ابن قدامة الشرح الكبير على متن المقنع، ج 7، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع بدون مكان طبع، بدون سنة طبع، ص 569..
- 8 - أبي بكر المشهور بالسيد البكري ابن السيد محمد شطا الديماطي، حاشية اعانة الطالبين، ج3، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر و التوزيع 1418هـ/ 1997 ص 383.
- 9 - ابو بركات (ج2 / 278).
- 10 - الشيخ يوسف البحراني، مصدر سابق، ص384.
- 11 - الشيخ مرتضى الأنصاري، مصدر سابق، ص 444.
- 12 - الكاساني (ج2 / 323).
- 13 - أبي بكر الديماطي (ج 3 / 383).
- 14 - البهوتي (ج5 / 117).
- 15 - أبو بركات (ج2 / 277).
- 16 - الكاساني (ج2/ 323)، . أبي بكر الديماطي (ج 3 / 383)، البهوتي (ج5 / 117).

المطلب الثاني - العيوب الخاصة بالنساء

ان عيوب النكاح الخاصة بالمرأة والتي اتفق عليها اغلب فقهاء الشريعة الاسلامية اثتان؛ القرن والافضاء، اما الرتق فإنه هو الآخر محل اتفاق لدى اغلب الفقهاء، الا ان بعضهم قد جعله داخلاً في معنى القرن، وعليه فإننا نتكلم في هذا المطلب عن القرن والافضاء مع الإشارة الى معنى الرتق عند الكلام عن عيب القرن.

أولاً - القرن

اختلف الفقهاء في تحديد معنى القرن فعند الشيعة الإمامية ان القرن هو لحم ينبت في قبل المرأة او هو شيء يخرج من قبل المرأة شبه الأذرة للرجل او انه عظم كالسن في قبل المرأة، ويتحد معنى القرن مع العفل عند الإمامية¹. وقد دل على ذلك ما روي عن عبد الرحمن عن ابي عبد الله عليه السلام قال (المرأة ترد من اربعة اشياء من البرص والجذام والجنون والقرن وهو العفل ما لم يقع عليها فإذا وقع عليها فلا)².

وعرفه المالكية بأنه شيء يبرز في فرج المرأة يشبه قرن الشاة يكون من لحم غالباً فيمكن علاجه وقد يكون عظماً فلا يمكن علاجه³.

ويعرف القرن عند الحنابلة بأنه انسداد محل الجماع بعظم اما إذا كان منسداً بلحم فذلك الرتق عندهم⁴.

وعرفه الشافعية بأنه عظم في الفرج يمنع الجماع وقيل انه لحم ينبت فيه⁵.

يتضح مما سبق ان المقصود بالقرن شيء في فرج المرأة يمنع الجماع باتفاق الفقهاء الا ان القرن والعفلة واحد عند الإمامية والظاهر أنهما مرادفان للرتق ايضاً لأن المشهور عند جمهور الفقهاء ان ما كان من لحم كان رتقاً وما كان من عظم كان قرناً، وقد تبين لنا من تعريف الإمامية انه جمع الأمرين معاً لأن القرن عندهم قد يكون لحم وقد يكون عظم.

اما بالنسبة لحكم عيب القرن فقد اتفق جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة والمالكية الى ثبوت خيار الفسخ للزوج بسبب عيب القرن، وخالفهم الحنفية في ذلك فأنهم لا يرون للرجل حق الفسخ ولو رأى عشرات العيوب مجتمعة في المرأة⁶.

اما بالنسبة لفقهاء الإمامية فإن كان القرن مانعاً من الوطء فإنه يثبت خيار الفسخ للرجل اما إذا كان غير مانع من الوطء فإن بعض الإمامية قد اثبتوا الخيار للرجل لعموم الأخبار، والأكثر عدم ثبوت الخيار للحديث المروي عن عبد الرحمن عن ابي عبد الله عليه السلام قال (المرأة ترد من اربعة اشياء من البرص والجذام والجنون والقرن وهو العفل ما لم يقع عليها فإذا وقع عليها فلا) فالقرن إذا كان مانعاً من الوطء يثبت به الفسخ لفوات غاية النكاح والا فلا⁷.

ثانياً - الإفضاء

عرف الإمامية الإفضاء بأنه تصيير المسلكين واحداً⁸. او هو تصيير مخرج البول ومدخل الذكر واحداً وقيل ايضاً هو صيرورة مدخل الذكر ومخرج الغائط واحداً⁹.

اما عند جمهور الفقهاء فهو اختلاط مسلك الذكر بمسلك البول وكذلك اختلاط مسلك البول والغائط¹⁰. وحكم الإفضاء انه يثبت به خيار الفسخ باتفاق الإمامية¹، والحنابلة والمالكية²، اما الشافعية فلا يرون ان الإفضاء موجب للفسخ³.

1 - الشيخ مرتضى الأنصاري، مصدر سابق، ص 444.

2 - السيد عبد الأعلى السبزواري، مصدر سابق، ص 117.

3 - شمس الدين السوقي، مصدر سابق، ص 287.

4 - شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، ج 6، ط 3، دار احياء التراث الإسلامي، بيروت - لبنان، 1413 هـ - 1992 م، ص 310.

5 - النووي، روضة الطالبين، (ج 5 / 512).

6 - محمد جواد مغنية، (ج 2، 332 وما بعدها).

7 - الشيخ مرتضى الأنصاري، مصدر سابق، السيد عبد الأعلى السبزواري، مصدر سابق، ص 117.

8 - المحقق الحلي، شرائع الإسلام، (ج 2 / 541).

9 - العلامة الحلي، تحرير الأحكام، (ج 3 / 534).

10 - عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، مصدر سابق، ص 475.

المطلب الثالث - العيوب المشتركة بين الرجل والمرأة: ان العيوب المشتركة بين الرجل والمرأة المتفق عليها لدى جميع الفقهاء عدى فقهاء الحنفية هي (الجنون والبرص والجذام) اما العقم فهو وإن كان عيباً في كل من الرجل والمرأة، الا ان الراجح في الشريعة الاسلامية عدم اعتباره عيباً موجباً للفسخ، الا اننا نتناوله ايضا لان البعض من الفقهاء قد عده من عيوب النكاح الموجبة للفسخ.

أولاً - الجنون: الجنون هو اختلاط واختلال في العقل يمنع من جريان الاقوال والافعال على نهجه الا نادراً⁴. وهو اما ان يكون موجود في الانسان قبل بلوغه، وقد يبلغ الانسان عاقلاً ثم يطرأ عليه الجنون بعد ذلك وقد يكون الجنون مستوعباً لتامم العقل ومستمر في كل الاوقات فيسمى جنوناً مطبقاً، وقد يكون منقطعاً بحيث يذهب بعقل الانسان في بعض الاحيان دون اخرى⁵.

أما بالنسبة لموقف الفقهاء من اعتبار الجنون عيباً يوجب خيار الفسخ في الزواج، فقد اتفق جمهور الفقهاء من الشافعية⁶، والحنابلة⁷، والمالكية⁸، بأن عيب الجنون يثبت به التفريق. الا ان جمهور الفقهاء بعد ان اتفقوا بأن الزوج يفسخ بجنون زوجته والزوجة تفسخ بجنون زوجها؛ فقد اختلفوا في التفاصيل فقال الشافعية والحنابلة يثبت الفسخ لكل منهما سواء حدث الجنون قبل العقد ام بعده وبعد الدخول ولا يشترط الإمهال كما هو الحال في العنين، وعند المالكية فإنه إذا حصل الجنون بعد العقد فإن حق الفسخ يثبت للزوجة فقط بعد ان يؤجل الحاكم سنة قمرية اما الزوج فلا يفسخ بجنون زوجته المتجدد بعد العقد اما الجنون الحاصل قبل العقد فإنه موجب للخيار لكلا الزوجين بشرط حصول الضرر للعاقل منهما⁹.

اما عند الحنفية فلا يرد الرجل امرأته عن عيب بها وان فحش أما المرأة إذا وجدت بالزوج عيب الجنون أو الجذام أو البرص فليس لها أن ترد به في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعلى قول محمد لها الخيار إذا كان على حال لا تطبيق المقام معه لأنه تعذر عليها الوصول إلى حقها لمعنى فيه فكان بمنزلة ما لو وجدته مجبواً أو عنيماً¹⁰.

اما بالنسبة لفقهاء الإمامية فإن الجنون الحاصل للرجل يجعله لا يعقل أوقات الصلاة فلا خلاف ظاهر عندهم بثبوت الخيار للمرأة به سواء تجدد بعد الوطء أو كان سابقاً عليه أو على العقد، اما إذا كان الرجل يعقل أوقات الصلاة فإن كان الجنون قبل العقد أو مقارناً له فالمشور عند فقهاء الإمامية ثبوت الفسخ به، اما إذا كان متأخراً عن العقد فقد اختلف فيه فقهاء الإمامية؛ فأكثر المتقدمين يقولون بعدم ثبوت الفسخ به خلافاً للكثير من المتأخرين الذين يستندون على اطلاق رواية علي بن ابي حمزة عن ابي ابراهيم (عليه السلام) (عن المرأة يكون لها زوج وقد اصيب في عقله بعدما تزوجها أو عرض له الجنون فقال: لها ان تنزع نفسها منه ان شاءت) ويضاف اليها اطلاق صحيحة الحلبي (انما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعقل)¹¹. ولا فرق في الجنون الموجب للخيار بين المطبق منه والادواري ان وقع العقد حال افاقته لأطلاق الأدلة الشامل لكل من المطبق والأدوار¹².

ثانياً - البرص والجذام: وهما من العيوب الموجبة لخيار الفسخ المشتركة بين الرجل والمرأة عند جمهور الفقهاء من الشافعية¹³، والحنابلة¹⁴، والمالكية¹⁵، فلكل من الزوجين الفسخ بهما. وقال المالكية يثبت حق الفسخ للزوجة بالجذام إذا وجد بالرجل قبل العقد او

1 - السيد عبد الأعلى السبزواري مصدر سابق، ص 117، المحقق الحلي، شرائع الإسلام (ج 2 / 541)، الشيخ يوسف البحراني، مصدر سابق، ص 354.

2 - محمد جواد مغنية، (ج 2 / 333).

3 - أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، كتاب اللأم، ج 5، ط 2، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت 1403 هـ 1983 م، ص 91.

1 - ناديا محمد تيسير ابو خلف، الأهلية، اقسامها، اطوارها، عوارضها، وعلاقتها بالأحوال الشخصية الأردني، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، 2008، ص 56.

5 - نواح عمر، عيوب النظام القانوني لعوارض الأهلية، بحث مقدم الى المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2005 - 2008، ص 8.

6 - محمد بن إدريس الشافعي (ج 5 / 91).

7 - ابن قدامة (ج 7 / 581).

8 - الإمام مالك (ج 2 / 211).

9 - محمد جواد مغنية، (ج 2 / 333).

10 - السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، ج 5 دار المعرفة، بروت - لبنان، بدون سنة طبع ص 95، 97.

11 - الشيخ الأنصاري، مصدر سابق ص 440.

12 - السيد عبد الأعلى السبزواري، مصدر سابق، ص 114.

13 - النووي، المجموع، (ج 16 / 265).

14 - عبد الرحمان ابن قدامة المقدسي (ج 7 / 567).

15 - ابو بركات (ج 2 / 277).

بعده ولا يثبت للزوج الا إذا كان الجذام في المرأة قبل العقد او حينه اما البرص فأن كان قبل العقد ثبت الخيار لكل منهما وان كان بعد العقد فأن الخيار للمرأة دون الرجل ويؤجل الحاكم الأبرص والمجذوم سنة قمرية إذا احتمل الشفاء والبرء¹. اما الحنفية فبالنسبة للرجل فلا يرد امرأته عن عيب بها وان فحش، اما بالنسبة للمرأة فلهم في ذلك قولين حيث يرى ابو حنيفة وابو يوسف بعدم ثبوت خيار الفسخ للمرأة بالبرص والجذام، وعلى قول محمد لها الخيار إذا كان على حال لا تطبيق المقام معه².

اما بالنسبة للإمامية فإن البرص والجذام على المشهور عندهم من الأمراض الخاصة بالمرأة دون الرجل³. الا ان بعض فقهاء الإمامية جعل الجذام والبرص مشترك بين الرجل والمرأة وذلك لصحيحة الحلبي عن ابي عبد الله (عليه السلام) (يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعقل) حيث تناول الحديث بأطلاقه كل من الرجل والمرأة كما ان الخيار ضروري للمرأة للتخلص من الضرر الناتج عن العدوى باتفاق الأطباء وليس للمرأة من سبيل اخر خلافاً للزوج الذي يستطيع التخلص من الضرر بالطلاق⁴.

ثالثاً - العقم

يقصد بالعقم عدم القدرة على الأنجاب سواء كان من الرجل او من المرأة، والتعقيم هو اتباع بعض الطرق العلمية للتأثير على الجهاز التناسلي للرجل ليفقد صلاحية الأنجاب⁵. وقد اختلف الفقهاء في ثبوت خيار الفسخ بعيب العقم؛ فعند الإمامية⁶، والشافعية⁷، والحنفية⁸، والمالكية⁹، و بعض الحنابلة¹⁰، لا يعتبر العقم عيباً مبرراً لفسخ النكاح. في حين ذهب ابن القيم والبعض الأخر من الحنابلة الى ثبوت الخيار بالعقم لأنه يعطل مقصود النكاح من الرحمة والمودة¹¹.

أما على مستوى القانون العراقي، فإن المشرع العراقي قد تناول عيوب النكاح في المادة (43 أولاً) من قانون الأحوال الشخصية في الفقرات الرابعة والخامسة والسادسة، وقد سبق أن أوضحنا أحكام هذه المادة عند الحديث عن التعريف بالعيب الذي يوجب خيار الفسخ فلا داعي للإعادة، ولكن نريد هنا ان نبين أن المشرع العراقي قد تناول عيوب النكاح بشكل خالف فيه الراجح في الفقه الإسلامي واتخذ لنفسه مساراً وافق فيه رأي الفقيه محمد من فقهاء الحنفية؛ فمن ناحية انه قصر خيار الفسخ بالعيوب على الزوجة وحدها دون الزوج وهو ما يوافق المذهب الحنفي دون غيره من سائر المذاهب، ومن ناحية اخرى انه لم يحصر العيوب الموجبة للتفريق بالجب والخصاء والعنه على ما هو الراجح في المذهب الحنفي، فقد اجاز طلب التفريق بالجنون والجذام والبرص وأي علة اخرى سارية او توجب التفريق، وبذلك فإن المشرع العراقي لم يحدد على نحو الحصر العلة التي تعطي للزوجة حق طلب التفريق، بل ترك للقاضي سلطة تقدير العلة والضرر الناشئ عنها، وبهذا الخصوص قررت محكمة التمييز بأن قانون الأحوال الشخصية لم يحدد العلة التي تشكل سبباً لطلب الزوجة التفريق من زوجها وانما ترك للقاضي استخلاص العلة والضرر الناشئ عنها وكونها قابلة للشفاء من عدمه¹².

1 - محمد جواد مغنية، (ج2 / 333).

2 - السرخسي (ج5 / 95، 97).

3 - السيد ابو القاسم الموسوي الخوئي، فقه الأعداء الشرعية والمسائل الطبية، ط1، دار الصديقة الشهيدة، إيران، 1427هـ - 2006 م، ص 109، السيد عبد الأعلى السبزواري، مصدر سابق، ص 119.

4 - أشار اليه الشيخ يوسف البحراني، مصدر سابق، ص 350، ومن أصحاب هذا الرأي الطرابلسي، عبد العزيز بن براج، المذهب، ج2، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، 1406، ص 231.

5 - عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، مصدر سابق، ص 483.

6 - السيد عبد الأعلى السبزواري، مصدر سابق، ص 120، السيد السيستاني، (ج3 / 85).

7 - رمزي محمد الدراز، أحكام السكوت في الفقه الإسلامي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 2011، ص 333.

8 - العيوب الموجبة للفسخ عند الحنفية (الجب والخصاء والعنه) فقط أنظر د. عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، مصدر سابق، ص 444.

9 - أبي عبد الله بن عبد الرحمن المغربي (ج5 / 20).

10 - عبد الرحمن ابن قدامة المقدسي (ج7 / 578) البهوتي (ج5 / 124).

11 - د. عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، مصدر سابق، ص 484.

12 - قرار محكمة التمييز المرقم (21 / 39 / شرعية) في 15 / 11 / 1970، مشار إليه لدى د.سلام عبد الزهرة الفتلاوي و د.نبيل مهدي زوين، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، ط1، مكتبة دار السلام القانونية، العراق، النجف الأشرف، 2015، ص 186.

الخاتمة: وتتضمن أهم النتائج والتوصيات**أولاً - النتائج**

- 1 - على الرغم من عدم وجود مفهوم محدد للعيب الموجب لخيار الفسخ الا انه يمكن القول ان هناك محددات لهذا المفهوم بعضها يعتبر محل اتفاق لدى فقهاء الشريعة الاسلامية كما الحال بالنسبة للعيوب التي تعطل حق الزوجة المستحق بالنكاح، وبعضها متفق عليه لدى أغلب الفقهاء، كما هو الحال بالنسبة للعيوب المانعة من الوطء في كل من الرجل والمرأة أو الموجبة للتفريق في كل منهما.
- 2 - ان المشرع العراقي وأن لم يحدد مفهوم العيب الموجب للفسخ، الا انه يمكن القول ان هناك معايير يمكن ام يتحدد في ضوءها مفهوم هذا العيب في القانون، كالتفريق وعدم القدرة على القيام بالواجبات الزوجية⁰
- 3 - تختلف احكام العيوب المرافقة للنكاح من حيث اصل ثبوت خيار الفسخ فيها، ونطاق هذا الخيار وشروط ثبوته وسعاً وضيقاً من مذهب لأخر من مذاهب الشريعة الاسلامية.
- 4 - ان المشرع العراقي قد أخذ لنفسه مساراً خاصاً بخصوص مسألة التفريق بالعيب، فمن ناحية انه قصر حق الفسخ على الزوجة دون الزوج موافقاً في ذلك مذهب ابي حنيفة ومخالفاً الراجح في الفقه الاسلامي من اعطاء خيار الفسخ لكلا الزوجين، ومن ناحية انه خالف مذهب ابو حنيفة من حصر العيوب المزجبة للفسخ بـ (الجب والخصاء والعنه) فجعلها تشمل كل علة سارية أو موجبة للتفريق.

ثانياً - التوصيات

- نقترح على المشرع العراقي التقيد بأحكام الشريعة الاسلامية بخصوص العيوب الموجبة للتفريق بين الزوجين، وعدم حصر حق طلب التفريق بالعيب للزوجة وحدها دون الزوج، وترك سلطة للقاضي للحكم بالتفريق بموجب العيوب كل حسب مذهبه.

قائمة المصادر

أولاً: كتب الفقه الإسلامي

أ- الفقه الإمامي

- 1- الأراكي، محمد علي، كتاب النكاح، الطبعة الأولى، مطبعة نور نكار، 1377هـ.
- 2- الأنصاري، مرتضى محمد امين، كتاب النكاح، ط1، مطبعة باقري، قم 1415هـ.
- 3- البحراني، المفلق الصميري، غاية المرام في شرح شرائع الإسلام، ط1، دار الهادي للطباعة، 1999.
- 4 - البحراني، يوسف بن أحمد بن إبراهيم، الحقائق الناطرة، مؤسسة النشر الإسلامي، 1408هـ.
- 5- الحلبي، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، شرائع الإسلام، ط2، طهران، 1409هـ.
- 6 - الحلبي، أبي منصور الحسن بن يوسف بن المطهر، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية، ط1، مؤسسة الأمام الصادق، ايران - قم، 1421هـ.
- 7 - الخوئي ابو القاسم الموسوي، فقه الأعدار الشرعية والمسائل الطبية، ط1، دار الصديقة الشهيدة، ايران، 1427هـ- 2006م.
- 8- السبزواري، عبد الأعلى، مذهب الأحكام في بيان الحلال والحرام، ج 25، ط4، مطبعة الهادي، مؤسسة المنار، قم، 1417هـ.
- 9 - السيستاني علي الحسيني، منهاج الصالحين، ط 14، دار المؤرخ العربي، بيروت، 1429هـ- 2008م.
- 10- الطرابلسي، عبد العزيز بن براج، المذهب، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، 1406.
- 11- الطوسي، ابي جعفر محمد بن الحسن بن علي، المبسوط في فقه الإمامية، ط2، المطبعة الحيدرية، تهران، 1388هـ.
- 12- العاملي، زين الدين، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، بدون مكان طبع، بدون سنة طبع.

ب- الفقه الحنفي

- 1- محمد أمين الشهير بابن عابدين حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، دار الفكر بيروت، 1415هـ/ 1995.
- 2- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية، بدون سنة طبع.
- 3- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، بدون سنة طبع.
- 4- الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط1، المكتبة الحبيبية، 1409هـ- 1989م.

ت - الفقه الحنبلي

- 1- البهوتي، منصور بن يونس، كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع.
- 2- الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الشهير بالشافعي الصغير، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، ج6، ط3، دار احياء التراث الإسلامي، بيروت، 1413هـ- 1992م.
- 3- المقدسي، شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد ابن قدامة الشرح الكبير على متن المقنع، ج 7، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع بدون مكان طبع، بدون سنة طبع.
- 4- المقدسي، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، ج 6، بدون مكان طبع، بدون سنة طبع.

ث- الفقه الشافعي

- 1- الدمياطي أبي بكر المشهور بالسيد البكري ابن السيد محمد شطا، حاشية اعانة الطالبين، ط1، دار الفكر، 1418هـ/ 1997م.
- 2 - الشافعي أبي عبد الله محمد بن إدريس، كتاب الام، ط2، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت 1403هـ/ 1983م.
- 3- النووي أبي زكريا يحيى بن شرف، روضة الطالبين، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع.
- 4 - النووي، المجموع شرح المذهب، دار الفكر، بدون مكان طبع، بدون سنة طبع.

ج- الفقه المالكي

- 1- أبي البركات، سيدي أحمد الدردير، الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، بدون مكان طبع، بدون سنة طبع، الدسوقي شمس الدين محمد عرفه، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، بدون مكان طبع، بدون سنة طبع.
- 2 - مالك بن انس الأصبحي، رواية سحنون بن سعيد التتوخي عن عبد الرحمن بن القاسم العتقي، المدونة الكبرى، بدون مكان طبع، بدون سنة طبع.
- 3- المغربي، أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ط1، دار الكتب العلمية بيروت.

ثانياً: كتب القانون

- 1 - سلام عبد الزهرة الفتلاوي و نبيل مهدي زوين، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، ط1، مكتبة دار السلام القانونية، العراق، النجف الأشرف، 2015،
- 2 - فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، بدون مكان طبع، 2004م.
- 3 - د. عبد الفتاح احمد ابو كيلة، الفحص الطبي قبل الزواج، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2011م.

ثالثاً: مصادر اخرى

- 1 - رمزي محمد الدراز، أحكام السكوت في الفقه الإسلامي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011م.
- 2 - سلوان سعد صالح، التفريق بين الزوجين قضائياً، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون - جامعة النهرين، 2009م.
- 3 - قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959م.