

موضوع رقم (٦٦)

التطليق للعيب

١٤١- أسباب التطليق للعيب قسمان :

المراد بالعيب الذى يجيز للمرأة طلب التطليق من زوجها، نقصان بدنى أو عقلى فى الزوج يمنع من تحصيل مقاصد الزواج والتمتع بالحياة الزوجية. ومن أجل ذلك أعطى الشارع الإسلامى المرأة حق طلب التطليق للعيب.

وكان العمل جاريا بمصر قبل العمل بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠. على الراجح من المذهب الحنفى، وهو رأى الشيخين (أبى حنيفة وأبى يوسف).

وهذا الرأى يعطى الزوجة الحق فى طلب التطليق إذا كان بالزوج أحد العيوب التى تتصل بقربان الرجل بأهله أى العيوب التى تمنع التناسل وهى ثلاثة: الجب والخصاء والعنة. أما ما عدا ذلك من العيوب فلا تعطى المرأة الحق فى طلب التطليق.

ولما صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠. نص فى مادته التاسعة على أن: «للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق»- ومن ثم فقد ظل العمل باقيا فى التطليق بعيوب الجب والخصاء والعنة طبقا للرأى الراجح من المذهب الحنفى الذى كان معمولاً به قبل العمل بالقانون المذكور، وأضاف هذا القانون حالات أخرى للتطليق للعيب يطبق فيها حكم القانون، فأصبح لدينا قسمان لأسباب التطليق للعيب. وسنرى أن المادة (١١) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠. التى تنص على أن «يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها» تطبق على حالات التطليق لأحد العيوب التناسلية التى يحكمها الرأى الراجح من المذهب الحنفى.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- «.... ولما كانت المذكرة الإيضاحية للقانون قد أوضحت أن التفريق للعيب فى الرجل قسمان. قسم كان معمولاً به بمقتضى مذهب أبى حنيفة وهو التفريق للعيوب التى تتصل بقربان الرجل لأهله وهو عيوب العنة والجب الخفاء، وباق الحكم فيه وفقه، وقسم جاء به القانون وزاده على ما كان معمولاً به وهو التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش الزوجة معه إلا بضرر.... الخ».

(طعن رقم 8 لسنة 43 ق «أحوال شخصية» - جلسة 19/11/1975)

٢- «.... ولما كانت المذكرة الإيضاحية للقانون قد أوضحت أن التفريق للعيب فى الرجل قسمان قسم كان معمولاً به بمقتضى مذهب أبى حنيفة وهو التفريق للعيوب التى تتصل بقربان الرجل لأهله وهى عيوب العنة والخفاء وباق الحكم فيه وفقه وقسم جاء به القانون زاد عليه ما كان معمولاً به وهو التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش الزوجة معه إلا بضرر... الخ».

(طعن رقم 20 لسنة 46 ق «أحوال شخصية» - جلسة 44/12/1977)

القسم الأول

التطبيق للجب والخفاء والعنة

ذهب الشيخان (أبو حنيفة وأبو يوسف) - ورأيهما الراجح فى المذهب الحنفى، إلى أنه يجوز للمرأة طلب التطلاق إذا كان بزوجه أحد العيوب الثلاثة التى تمنع الرجل من قربان أهله وهى: الجب والخفاء والعنة. لأن الغاية من الزواج حفظ النسل، فإذا لم يكن الزوج صالحاً للتناسل استحال تحقيق المقصود من العقد. أما غير هذه العيوب التناسلية الثلاثة فلا تبرر التطلاق لأنها وإن كانت تنفر منها النفس فهى غير مانعة من حصول مقاصد الزواج ولو فى الجملة. فإذا تحقق وجود أحد هذه العيوب بالزوج وطلبت المرأة التطلاق وأبى الرجل طلاقها فرق القاضى بينهما دفعاً لظلمه حيث فات الإمساك بالمعروف فوجب التسريح بإحسان لأنه لا يوفىها حقها ودفعاً للضرر الذى يلحق بالزوجة.

وقد وافق الشيخين في التطليق لأحد هذه العيوب محمد بن الحسن من الحنفية^(١)، والمذاهب الثلاثة الأخرى.

والجب (بفتح الجيم) هو استئصال عضو التنازل ويسمى الرجل محبوباً. ويلحق بالمحبوب من كان ذكره صغيراً جداً كالزر لا من كانت آتة قصيرة إذا كان يمكن إدخالها.

والخصاء: بضم الخاء: سل الخصيتين ونزعهما، ويقال للرجل مخصى وخصى.

والعنة: بضم العين وتشديد النون المفتوحة لغة: هي عجز يصيب الرجل فلا يقدر على الجماع^(٢). ويسمى الرجل عنيماً لأن ذكره يعن بقبل المرأة من يمين وشمال ولا يقصده لاسترخائه.

وأما المعنى الشرعى للعنين المراد هنا فهو من لا يقدر على جماع فرج زوجته مع قيام الآلة، لمرض أو لكبر سن أو سحر، وإن كان يصل بعض النساء، لأنه يعتبر عنيماً في حق من لا يصل إليه لفوات المقصود في حقها.

(١) أما محمد بن الحسن فقد زاد ثلاثة عيوب أخرى هي الجنون والجذام والبرص وقد وافقه الأئمة الثلاثة على ذلك - كما سنرى - وزادوا غيرها - وليس في الكتاب ولا في السنة نص في الفرقة بالعيب إلا ما روى الإمام أحمد أن رسول الله عليه السلام تزوج امرأة من بنى غفار، فلما دخل عليها وقعد على الفراش - أبصر بكشحها (ما بين الخاصرة إلى الضلع الخلفي)، بياضاً فانحاز على الفراش ثم قال: خدى عليك ثيابك - وفي رواية: والحقى بأهلك - ولم يأخذ مما أتاها شيئاً.

وما روى أبو داود عن ابن عباس أنه قال: طلق عبد يزيد أبو ركانة زوجته أم ركانة، ونكح امرأة من مزينة، فجاءت النبي عليه السلام فأخذت شعره من رأسها وقالت: إن عبد يزيد لا يغنى عنى إلا كما تغنى هذه الشعرة، ففرق بينى وبينه. فأخذت النبي عليه السلام حمية... الخ وفي الحديث قال النبي ﷺ لعبد يزيد «طلقها» ففعل.

ويدل الحديث الأول على جواز مفارقة الزوج امرأته لعيب فيه - وهو لم يأخذ بها لتشريع المصرى - ويدل الحديث الثانى على جواز مطالبة العنين بتطليق امرأته.

(٢) المعجم الوجيز الطبعة الأولى سنة ١٩٨٠ ص ٢٢٨.

وإذا أولج الحشفة (الختان) فقط فليس بعنين، وإن كان مقطوعاً فلا بد من إيلاج بقية الذكر، فيكفى الإيلاج بقدر الحشفة من مقطوعها^(١).
ونعرض فيما يلي لشروط التطليق للجب والخصاء والعنة^(٢).

١٤٢- شروط التطليق للجب والخصاء والعنة:

يشترط للقضاء بتطليق المرأة بسبب أحد العيوب التناسلية الثلاثة: الجب والخصاء والعنة توافر الشروط الآتية:

١- أن يكون العيب موجوداً عند العقد أو حدث بعده قبل الدخول.

- (١) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤١٤ وما بعدها - البحر الرائق ج ٤ ص ١٢٢.
 - (٢) وينتقد بعض الشراح مسلك الشارع إذ جعل للمرأة الخيار إذا طرأ على الزوج مرض من الأمراض الجسمية التي يرجى علاجها بعد زمن طويل ويمنعها من ذلك إذا طرأ على الزوج عيب من عيوب التناسل الذي يجعل المرأة معرضة للفتنة والفساد معتمداً على ما قرره الفقهاء من أن حق المرأة في الاتصال الجنسي قضاء يقتصر على مرة واحدة مدى الحياة. وهذا أمر غير معقول ولا دليل عليه. لأن الله شرع الفرقة بالإيلاء دون التقيد بعدم الوصول إليها قبله، ولو كان ذلك حقها لما أطلقه.
- وهذا حكم رسول الله عليه السلام في قصة عبد الله بن عمرو بن العاص وشكوى امرأته من اشتغاله بالعبادة عنها يقول له «إن لزوجك عليك حقاً» دون أن يسألها قريانه لها قبل ذلك فلو كان حقها في المرة الواحدة فقط لسألها عن ذلك ولأخبرها أنها لا حق لها فيما طلبت لو كان دل بها مرة، فالحق أن استمتاع المرأة حق مستمر لها مادامت الحياة الزوجية، وقد جوز بعض الفقهاء الفرقة بالغيب خيفة الفتنة وخشية الوقوع في الزنا من غير تقيد بعدم دخول سابق، وقد جاء المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مقرر ذلك صراحة فأجازت المادة (١٢) منه للزوجة إذا غاب زوجها سنة فأكثر بلا عذر مقبول أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائناً إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه - فإذا كان القانون قد أجاز هذا الحق مع غيبة الزوج عن الزوجة خوفاً الفتنة فإن الأولى أن يبيح لها هذا الحق مع وجوده معها وعجزه عن مباشرتها، لأن هذا الوجود مع ذلك العجز يثير في نفسها دواعي الشهوة أكثر مما تثيره غيبته عنها.
- (الدكتور محمد مصطفى شلبي ص ٥١٥ وما بعدها - الدكتور أحمد الغندور ص ١٢٣ - الدكتور محمد بلتاجي في أحكام الأسرة - الجزء الأول ١٩٨٥ ص ٥٤٤).

أما إذا حدث العيب بعد الدخول فلا يثبت لها الحق في طلب التطليق لأن الزوج بالوصول إلى المرأة مرة قد أوفاهما حقها قضاء فليس لها أن تطالبه بعدها وإن كان عليها أن يعفها ليحصنها ديانة.

وفي هذا قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩ / ١١ / ١٩٧٥ في الطعن رقم ٨ لسنة ٣٣ ق «أحوال شخصية» بأن:

«إذ كانت المذكرة الإيضاحية - للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ - قد أوضحت أن التفريق للعيب في الرجل قسماً. قسم كان معمولاً به بمقتضى مذهب أبى حنيفة وهو التفريق للعيوب التي تتصل بقربان الرجل لأهله وهي عيوب العنة والجب والخصاء وبق الحكم فيه وفقه، وقسم جاء به القانون وزاده على ما كان معمولاً به وهو التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش الزوجة معه إلا بضرر، وكان المقرر في مذهب الحنفية أن من شرائط إباحة حق التطليق للزوجة بسبب العنة ألا يكون زوجها قد وصل إليها في النكاح، فإن كان قد وصل إليها ولو مرة واحدة لم يثبت لها هذا الحق، لأن حقها إنما هو في أن يباشرها مرة واحدة وقد استوفته، وما زاد عن ذلك لا يؤمر به قضاء بل ديانة فإن ما قرره الأحناف من أن القول للزوج بيمينه إذا وجدت الزوجة ثيباً أو كانت ثيباً من الأصل قاصر عندهم على العيب الذي يتبين بالزوج قبل الدخول وقبل الوصول إلى زوجته دون العيب الحادث بعد الدخول لأنه هذا النوع الأخير يثبت به خيار العيب عندهم، وعلى خلال هذا المذهب أجازت المادة التاسعة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠. التطليق للعيب الحادث بعد الدخول دون أن توجب يميناً على الزوج، وإذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المطعون عليها قررت أن الطاعن دخل بها وفض بكارتها وأن الضعف الجنسي طرأ بعد الدخول، فإن تحليفه اليمين يكون في غير موضعه»^(١).

(١) وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1981/7/26 في الطلب رقم 46 لسنة 1981 بأن:

«اتفق علماء الشريعة الإسلامية على أن سلامة الزوج من بعض العيوب شرط أساسى للزوم الزواج بالنسبة للمرأة بمعنى أنه إذا تبين لها وجود عيب فيه كان لها الحق في=

= رفع أمرها إلى القاضي طالبة التفريق بينها وبين زوجها المعيب - والفقهاء وإن اختلفوا في تحديد هذه العيوب إلا أنهم اتفقوا على أن العنة عيب يجيز الزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها. والعنة - بضم العين وفتحها - الاعتراض، من عن بالبناء للمفعول. والعين في اللغة من لا يقدر على الجماع، وشرعا من تعجز آلتة عن الدخول في قبل زوجته وموضع الحرث منها. أكثر (١) أهل العلم على أن الزوجة إذا اعترفت أن زوجها قد وصل إليها بطل أن يكون عنيئا، فإذا ادعت عجزه بعد هذا لم تسمع دعواها ولم تضرب له مدة بهذا قال الإمام أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي وأحمد بن حنبل وعطاء وطاوس والأوزاعي والليث بن سعد والحسن بن يحيى وشريح وعمرو بن دينار وأبو عبيد. ومقتضى هذا أن الزوج إذا وصل إلى زوجته وقاعا في مكان الحرث منها ولو مرة، فلا يفرق بينهما بما طرأ عليه من مرض وقف به دون تكرار الوصول إلى حرثها. وهذا هو ما روى أيضا

عن الإمام على بن أبي طالب رضى الله عنه قال: إن على الزوجة أن تصبر إن كانت العلة طارئة، وكان قد سبق له جماعها. وقد نص فقهاء المذهب الحنفى فى هذا الموضع على أنه (٢) «... ولو تزوج ووصل إليها ثم عجز عن الوطء بعد ذلك، وصار عنيئا، لم يكن لها حق الخصومة...» وعلى أنه (٣) «فلو جن بعد وصوله إليها مرة أو صار عنيئا بعد الوصول إليها لا يفرق بينهما لحصول حقها بالوطء مرة، وما زاد عليها فهو مستحق ديانة لا قضاء، ويأثم إذا ترك الديانة متعنتا مع القدرة على الوطء...» وفقه هذا المذهب هو المعمول به قضاء فى التفريق بين الزوجين بسبب تعيب الزوج بالعنة، بل على وجه العموم بالنسبة لعيوب التناسل، كما تشير إليه هذه المذكرة الإيضاحية للقانونين رقمى ٢٥ لسنة ١٩٢٠ و ٢٥ لسنة ١٩٢٩ إذ جاء بها فى الفقرة الخامسة ما يلى: «ومما تحسن الإشارة إليه هنا أن التفريق بالطلاق بسبب اللعان أو العنة أو إباء الزوج عن الإسلام عند إسلام زوجته يبقى الحكم فيه على مذهب أبى حنيفة» ومن ثم فلا يسرى على الإدعان بالعنة حكم المادة التاسعة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ كما نبهت إلى ذلك المذكرة الإيضاحية على الوجه السابق... الخ».

هوامش الفتوى:

١- المغنى لابن قدامة الحنبلى مع الشرح الكبير ج ٧ ص ٢٧٢... والمحلى لابن حزم ج ١ ص ٢٦٩، ٢٧٠، ٢٧١، ٢٧٢.

٢- الفتاوى الخانية المطبوعة على هامش الفتاوى الهندية ج ١ ص ٤١٢ طبعة ثانية بولاق. الأميرية ١٣٠٠هـ.

٢- أن تكون غير عالمة بالعيب قبل الزواج، فلو تزوجته وهي تعلم بالعيب كانت راضية بالبقاء معه، فلا يكون لها حق طلب التطليق.

٣- ألا يوجد منها ما يفيد رضاها بالعيب بعد العقد إذا لم تكن عالمة به قبل العقد. فإن رضيت بالعيب صراحة أو دلالة لم يثبت لها الحق فى التطليق. ومثال الرضا دلالة أن تطالب زوجها بالنفقة.

والسكوت لا يعد رضا بالعيب، فلو مكثت مع زوجها زمنا ولم يظهر رضاها بالعيب، فلا يكون سكوتها مسقطا لحقها فى طلب التطليق، لأن السكوت قد يكون للتجربة وترجى الوصول إلى الرضا به فلا يبطل حقها بالشك^(١).

٤- ألا يكون بها عيب يمنع من المخالطة، فإذا كان بها شيء من ذلك كالرتق^(٢) والقرن^(٣) والعفل^(٤)، فلا يكون لها حق المطالبة بالتطليق لأن مانعا قد وجد من جانبها أيضا فلا يكون الرجل ظالما بإمساکها حتى يؤمر برفع الظلم عنها بالطلاق.

٥- أن تكون الزوجة بالغة. فلو كانت صغيرة وطلب وليها التفريق بينها وبين زوجها لم يفرق القاضى بينهما لاحتمال أن تسقط حقها بعد البلوغ وترضى بالبقاء مع الزوج لحسن عشرته أو لمعان تراها. إنما لا يشترط أن تكون الزوجة عاقلة فالمجنونة لوليها أو من ينصبه القاضى حق طلب التطليق^(٥).

٦- إذا كان الطلاق للعنة، فيجب أن يكون العنين بالغا فإن كان صبيا فإنه ينتظر به إلى وقت البلوغ فقد يكون للصغر أثر فى العنة فإذا بلغ ولم يستطع مخالطتها فإنه يؤجل سنة وذلك بخلاف المجهوب.

= ٢- الدر المختار للحصفي شرح تنوير الأبصار للعلائي وحاشية رد المحتار لابن عابدين ج ٢ ص ٩١٧، ١١٨ والبحر الرائق لابن نجيم المصرى الحنفى ج ٤ ص ١٢٥.

(١) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٤٩٩.

(٢) الرتق: انسداد موضع الاتصال الجنسى سواء كان الانسداد بعظم أو غدة لحم.

(٣) القرن: شيء يبرز فى موضع الاتصال الجنسى كقرن الشاة يمنع من الاستعمال.

(٤) العفل: لحم برز من موضع الاتصال الجنسى.

(٥) حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٤٩٥.

١٣٣- ما يتبع فى طلب التطليق للجب :

إذا ادعت الزوجة أن زوجها مجبوبا وطلبت تطليقها لهذا السبب، ولم يصادقها الزوج على ذلك، أمر القاضى بعرضه على رجل فإن أمكن معرفته بالمس من وراء الثياب فلا تكشف عورته، وإذا لم يمكن ذلك نظر الرجل إلى عورته ليخبر بحاله لأننا نكون إزاء ضرورة والضرورات تبيح المحظورات. فإذا ثبت الجب وتوافرت فى الدعوى الشروط السابقة، أمره القاضى بتطليقها فإن أبى أن يطلق طلقها القاضى نيابة عنه رفعا للضرر عنها. ولا يمهل القاضى الزوج مدة سنة - كما هى الحال فى طلب التطليق للخصاء والعنة كما سنرى - لعدم الفائدة من الإمهال فى هذه الحالة.

ولما صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠. نص فى مادته الحادية عشرة على أن: «يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها» - وهذا النص عام التطبيق، سواء بالنسبة للعيوب المنصوص عليها فى المادة التاسعة من هذا القانون أم بالنسبة للعيوب التى يسرى فى شأنها رأى المراجع من المذهب الحنفى وهى: الجب والخصاء والعنة^(١)، وعلى ذلك يجوز للمحكمة الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء لبيان ما إذا كان الزوج مجبوبا من عدمه. وقد جرى العمل بالمحاكم على ندب الطبيب الشرعى لتوقيع الكشف الطبى على الزوج للوقوف على هذا العيب.

١٤٤- ما يتبع فى طلب التطليق للعنة والخصاء :

إذا طلبت المرأة التطليق بسبب العنة أو الخصاء، وادعت أن زوجها لم يصل إليها لأنه عنين أو خصى. فإذا اعترف الزوج بدعواها وأقر أنه لم يصل إليها فالقاضى لا يفرق بينهما فى الحال بل يؤجل القاضى سنة، سواء كانت الزوجة بكرا أو ثيبا حين العقد عليها، فإذا انتهت السنة وأصررت الزوجة على

(١) فى هذا المعنى نقض: طعن رقم ٢٠ لسنة ١٩٦٠ «أحوال شخصية» - جلسة ١٤ / ١٢ / ١٩٧٧ (منشور بالبند التالي) - الدكتور محمد بلتاى فى أحكام الأسرة الجزء

طلب التطلاق لأنه لم يصل إليها في خلال السنة أمر القاضى الزوج بأن يطلقها، فإن لم يفعل طلقها عليه.

وإن أنكر الزوج دعواها، فإذا كانت الزوجة وقت العقد ثيبا فالقول قوله بيمينه، لأنه ينكر استحقاقها الفرقة، وإن كان مدعيا الوصول إليها، والظاهر يشهد له وهو أن الأصل في الإنسان السلامة من العيوب والقول لمن يشهد له الظاهر بيمينه، فإن حلف رفضت دعواها، وإن نكل عن اليمين اعتبر مصدقا لها وأجل القاضى سنة كما في حالة ما إذا اعترف بدعواها وأقر بأنه لم يصل إليها⁽¹⁾.

وإذا كانت الزوجة بكرا وقت العقد عليها، عين القاضى امرأتين⁽²⁾ من الموثوق بهن للكشف عليها، فإن وجدتاها ثيبا كان القول قوله بيمينه، حتى لو ادعت أنه أزال بكارتها بغير المخالطة لما قلنا من أن الظاهر يشهد له فيحلف أنه أزال بكارتها بالمخالطة. فإن حلف رفضت دعواها، وإن نكل عن اليمين، كان مصدقا لها، فإذا صممت على الفرقة وأبى الزوج أن يطلقها طلقها عليه القاضى نيابة عنه.

وإذا وجدتاها بكرا، أجل القاضى سنة، فإذا عادت بعد انتهاء السنة أعيد الكشف عليها مرة ثانية، فإن تبين بعد الكشف عليها أنها لا تزال بكرا وأصرت على الفرقة أمر القاضى زوجها بأن يطلقها فإن لم يفعل طلقها القاضى طلبة بئنة⁽³⁾.

(1) الدكتور محمد مصطفى شلبى ص ٥١٢ - عمر عبد الله ص ٥٢٠.

(2) وذلك للاحتياط، وامرأة واحدة تكفي. وإن اختلفت المرأتان عين القاضى غيرهما (البحر الرائق ج ٤ ص ١٢٥).

(3) وجاء بحاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٤٩٩ عن طريق معرفة البكارة والثبوبة ما يأتي: «قال في الفتح وطريق معرفة أنها بكر أن تدفع يعنى المرأة في فرجها أصغر بيضة للدجاج، فإن دخلت من غير عنف فهي ثيب وإلا فبكر أو تكسر وتسكب في فرجها، فإن دخلت فثيب وإلا فبكر، وقيل إن أمكنا أن تبول على الجدار فبكر وإلا فثيب أ.هـ - وتعبيره في الثالث بقليل مشير إلى ضعفه، ولذا قال القهستاني وفيه تردد، فإن موضع البكارة غير المبال.»

ولما صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠. ونصت مادته الحادية عشرة على أن «يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها»، وقد ورد هذا النص عاما - كما أسلفنا - ليشمل العيوب التناسلية التى تجيز التطليق طبقا للرأى الراجح من المذهب الحنفى والتى كان معمولا بها قبل صدور القانون المذكور، وتلك المنصوص عليها فى المادة التاسعة من القانون، فقد أصبح من الجائز للقاضى الاستعانة بذوى الخبرة من الأطباء لبيان ما إذا كان الزوج فى حالة عنة ولا يستطيع الوصول على النساء أم لا، وما إذا كانت الزوج بكرا أو ثيبا، وقد جرى العمل فى المحاكم على نذب الطبيب الشرعى لأداء هذه المهمة.

ولا جدل فى أن التزام القاضى بتأجيل العنين سنة، مازال باقيا بعد العمل بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠، لأن القانون المذكور قد سكت عن التعرض للإجراء الواجب على القاضى اتباعه للوصول إلى الحكم بالفرقة، فلم يعين الزمن الطويل الذى لا يمكن بعد فواته البرء من المرض ولم يبين ما يرتبه على تقارير أهل الخبرة من الأطباء بعد ثبوت وجود العنة من الحكم بالفرقة فى الحال أو بعد التأجيل مما يوجب الأخذ بأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة طبقا للمادة الثالثة من قانون إصدار القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ ومن قبلها المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (الملغاة)، وهذا المذهب يوجب تأجيل القاضى سنة بالتفصيل المتقدم.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

«تطليق الزوجة البكر بسبب عنة الزوج. شرطه. وجوب إمهاله سنة تتعاقب عليها الفصول الأربعة تبدأ من يوم الخصومة. وجود مانع شرعى أو طبيعى كالإحرام أو المرض. أثره. بدء السنة حين زوال المانع. عدم احتساب أيام غيبة الزوجة أو مرضها أو مرضه إن كان لا يستطاع معه الوقاع. عجز الزوج عن مباشرة زوجته مدة أكثر من سنة قبل رفع الدعوى. لا أثر له. علة ذلك».

(طعن رقم 38 لسنة 65 ق «أحوال شخصية» جلسة 1999/3/22)

(أنظر أيضا نقض 1977/12/44 منشور بهذا البند)

ونص المذهب الحنفى على التأجيل سنة لأن الحق ثابت للزوجة فى الوطء ويحتمل أن يكون الامتناع لعلّة معترضة، ويحتمل لآفة أصيلة فيه، ولا يعرف ذلك إلا بتأجيله، وقدرت مدة التأجيل بسنة لاشتغالها على الفصول الأربعة، فربما كانت العلة المعترضة بسبب غلبة حرارة أو برودة أو رطوبة أو يبوسة، فيصل إليها فى أحد الفصول، ولأن السنة جعلت غاية فى صبرها وإيلاء العذر للزوج شرعا حتى لو غلب على الظن بعد انقضائها قرب شفائه، فإذا انقضت السنة دون أن يصل المرأة غلب الظن بعدم زوال العنة لزمانتها ففات الإمساك بالمعروف ووجب عليه التسريح بالإحسان، فإذا امتنع ناب القاضى منابه ففرق بينهما بناء على طلبها، وقد قال الفقهاء إن الزوج لو قال بعد مضى السنة أجلنى يوما واحدا لا يجيبه القاضى إلى طلبه^(١).

والتأجيل قول عمر وعلى وابن مسعود وعليه فتوى فقهاء الأمصار كأبى حنيفة وأصحابه والشافعى وأصحابه ومالك وأصحابه، والخوارج يقولون بالتأجيل سنة وقيل عشرة أشهر والأول أصح.

والراجح اعتبار السنة قمرية أى هجرية، لأن أهل الشرع إنما يتعارفون الأشهر والسنين بالأهلة فإذا أطلقوا السنة انصرفوا إلى ذلك ما لم يصرحوا بخلافه^(٢)، ولم ينص التشريع المصرى على احتساب هذه المدة بالسنة الشمسية كما فعل فى بعض المسائل (م ٢٣ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩).

وقيل أن المراد السنة الشمسية وهى رواية الحسن بن زياد عن أبى حنيفة لأنها تشتمل على الفصول الأربعة. والخلاف فى ذلك يسير لأن الفرق بينهما أيام. والسنة الشمسية (الميلادية) تزيد على السنة القمرية أو الهجرية بأحد عشر يوما^(٣).

(١) الهداية ج ٢ ص ٢٦ - شرح فتح القدير ج ٤ ص ٢١٨.

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٢ ابن عابدين ص ٤٩٧.

(٣) البحر الرائق ج ٤ ص ١٢٤ - التنوير وشرحه الدر المختار مطبوع مع حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٤٩٧ - ويقول ابن عابدين أن السنة القمرية بالأيام ٤٥٤ يوما، ٨ ساعات، ٤٨ دقيقة. وهى تزيد على السنة الشمسية (الميلادية) ١١ يوما، ٥ ساعات، ٥٥ دقيقة أو ٤٩ دقيقة.

وتبدأ السنة من يوم خصومة الزوجة لزوجها، إلا إذا كان الزوج صغيراً أو مريضاً أو في حالة إحرام، فإن ابتداء السنة يكون من وقت البلوغ والشفاء من المرض والانتهاج من الإحرام. والعبرة بتأجيل القاضى، فلا عبرة بتأجيل المرأة السابق على الخصومة أو غيرها^(١).

وإذا كان الفقه قد اشترط أن تكون السنة من تاريخ الخصومة، وكان المعروف أن الخصومة فى الماضى كانت تتعقد بحضور الطرفين وتنتهى فى أجل قصير، أما الآن وقد أصبح للنقاضى إجراءات مطولة، فإننا نرى أن مدة السنة تحسب من تاريخ صدور القرار بالتأجيل لا من تاريخ المخاصمة أى رفع الدعوى بإيداع صحيفتها قلم الكتاب^(٢).

ولا تحسب فى هذه السنة أيام غيبتها أو مرضها أو مرضه إن كان مرضاً لا يستطيع معه الاتصال، وكذلك إذا سجن الزوج فإن ذلك عذر له فلا تحسب مدة حبسه من السنة، أما إذا غاب الزوج باختياره لشأن من شئونه أو للحج فلا يعتبر ذلك عذراً بل تحسب أيامه من السنة^(٣). وتحسب من السنة أيام شهر رمضان وأيام حيضها^(٤).

(١) وقد جاء بحاشية الرمل على البحر الرائق جـ ٤ ص ١٢٤ ما يأتى: «ولا يكون إلا عند القاضى لأن هذا مقدمة أمر لا يكون إلا عند القاضى وهو الفرقة فكذا مقدمته».

(٢) فى هذا المعنى نقض ١٤/ ١٢/ ١٩٧٧ منشور بهذا البند - استئناف قنا بتاريخ ٢٢/ ٤/ ١٩٨٨ منشور بالبند التالى.

(٣) عبد الرحمن تاج ص ٢٦٩.

(٤) وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ ٢٤/ ٤/ ١٩٧٩ فى الطلب رقم ١١٢/ ١٩٧٩ بأن: «تقضى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٢١ بالقضاء بأرجح الأقوال فى فقه مذهب أبى حنيفة فى مسائل الأحوال الشخصية فيما عدا ما صدر بشأنه قانون خاص. ولما كانت نصوص فقه هذا المذهب قد جرت بأن للزوجة إذا لم يصل إليها زوجها بعد الدخول بها بأن كان عنيماً أن ترفع أمرها إلى القاضى للتفريق بينهما وعندئذ فإذا أقر الزوج بعدم الوصول إليها بالرغم من تمكينها إياه أمهله القاضى مدة سنة قمرية تبدأ برفع الدعوى إلى القضاء، ذلك لأن السنة=

والتأجيل إما أن يكون في غرة الشهر الهجرى أو في خلاله، فإن كان الأول احتسب السنة بالأهلة أى بالأشهر القمرية فتكون السنة اثنى عشر شهرا قمريا. وإذا كان الثانى فيكمل الشهر الأول الذى بدأت فيه المدة من الشهر الأخير باعتبار الشهر ثلاثين يوما، واعتبرت المدة بالأهلة بين الشهرين المذكورين⁽¹⁾. وسبب إيجاب الفقهاء لهذه المهلة أن الوقوف على حقيقة العنة متعسر وليس لأهل الخبرة من الأطباء فى هذا العيب رأى قاطع وقد يعجز الرجل عن معاشرة امرأة دون أخرى أو فى حين دون آخر⁽²⁾.

= فصول أربعة مختلفة الأجواء، وعساه أن تزول علته باختلاف الفصول، فإن ذهبت وجامعها فعلا خلال السنة ولو مرة رفض القاضى طلب الفرقة بسبب العنة. وإن لم يصل إليها فرق القاضى بينهما بطلقة بائة بناء على طلبها رفعا للضرر عنها. لأن من الإمساك بالمعروف إمتاعها بقضاء شهوتها. فإن ظلم واحتبسها مع هذه العلة طلق عليه القاضى بحكم ولايته العامة. هذا وفى واقعة السؤال إذا رفعت الزوجة طلب التفريق للعنة إلى القضاء فإن المحكمة وفقا للقانون تطبق إجراء الإمهال سالف الذكر، وبشرط تمكين الزوجة زوجها من نفسها طوال أيام السنة فإن لم تمكنه لم يكن لها حق الادعاء بالعنة، فإذا انقضت السنة بمانع من جهتها غير الحيض أو المرض المانع من الوقاع بأن سافرت الزوجة إلى جهة أخرى استكملت. وبهذا علم الجواب عن السؤال. والله سبحانه وتعالى أعلم».

(1) وهذا هو رأى صاحبين أما الإمام أبو حنيفة فيعتبر فى احتساب المدة الأيام، ويعتبر السنة عددية، كل شهر ثلاثون يوما فتكون السنة ٣٠٠ يوما (راجع فى الرايين: حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٤٩٧ وما بعدها) ونرجح مع البعض رأى صاحبين، لأن السنة شمسية أو قمرية.

والقمرية ثلاثمائة وأربعة وخمسون يوما، والشمسية تزيد عليها بأحد عشر يوما، فلا القمرية ٣٠٠، ولا الشمسية ٣٠٠ يوما. وأن الحساب مادام بالسنة الهجرية وشهور هذه السنة قمرية، ومن الممكن جبر الشهر الأول من الشهر الأخير، فالأولى أن يصار إلى ذلك وهو رأى صاحبين. فضلا عن ذلك فالأخذ برأى الأمام أبى حنيفة فى هذا المجال يؤدى إلى زيادة السنة أياما (الدكتور عبد العزيز عامر - الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية فقها وقضاء - النسب - الرضاع - الحضانة - نفقة الأقارب ص ٢٥٦ وما بعدها).

(2) القاهرة الابتدائية فى ٦١/ ١٢/ ١٤٠٦ - الدعوى رقم ٧٨٣ لسنة ١٩٥٦ كلى.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- «وحيث إن هذا النعى فى محله، ذلك أن النص فى المادة التاسعة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بشأن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية على أن: «للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث ذلك بعد العقد ولم ترض به، فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو لا دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق»، وفى المادة الحادية عشرة على أن «يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها» يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن المشرع جعل للزوجة حق طلب التفريق من الزوج إذا ثبت به عيب مستحكم لا يمكن البرء منه أصلا أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل بحيث لا يتسنى لها الإقامة معه إلا بضرر شديد، وأنه توسع فى العيوب المبيحة للفرقة فلم يذكرها على سبيل الحصر مخولا الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض ومدى الضرر الناجم عن الإقامة مع وجوده، كل ذلك شريطة ألا تكون الزوجة قد رضيت بالزوج مع علمها بعيبه صراحة أو دلالة.

ولما كانت المذكرة الإيضاحية للقانون قد أوضحت أن التفريق للعيب فى الرجل قسمان قسم كان معمولا به بمقتضى مذهب أبى حنيفة وهو التفريق للعيوب التى تتصل بقربان الرجل لأهله وهى عيوب العنة والخصاء وبقاى الحكم فيه وفقهه، وقسم جاء به القانون زاده على ما كان معمولا به وهو التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش الزوجة معه إلا بضرر، وكان ما نصت عليه المادة السالفة الذكر من الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء يقصد به تعرف العيب وما إذا كان متحققا فيه الأوصاف التى أشارت إليها، ومدى الضرر المتوقع من المرض وإمكان البرء منه والمدة التى يتسنى فيها ذلك وما إذا كان مسوغا لطلب التطلاق أو لا، وكان القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ قد سكت عن التعرض للإجراء الواجب على القاضى اتباعه للوصول إلى الحكم بالفرقة، فلم يعين

الزمن الطويل الذى لا يمكن بعد فواته البرء من المرض، أو يبين ما يرتبه على تقارير أهل الخبرة من الأطباء بعد ثبوت وجود العنة من الحكم بالفرقة فى الحال أو بعد التأجيل مما يوجب الأخذ بأرجح الأقوال من مذهب الحنفية طبقاً للمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، لما كان ذلك وكان المقرر فى هذا المذهب أنه إذا ادعت الزوجة على زوجها أنه عنين وأنه لم يستطع معاشرتها بسبب هذا العيب وثبت أنها لازالت بكراً، وأنه لم يصل إليها، فيؤجله القاضى سنة ليبين بمرور الفصول الأربعة المختلفة ما إذا كان عجزه عن مباشرة النساء لعارض يزول أو لعيب مستحكم، وبدء السنة من يوم الخصومة إلا إذا كان الزوج مريضاً أو به مانع شرعى أو طبيعى كالإحرام والمرض فتبدأ حين زوال المانع ولا يحسب فى هذه السنة أيام غيبتها أو مرضها أو مرضه إن كان مرضاً لا يستطاع معه الوقاع فإن مضت السنة وعادت الزوجة إلى القاضى مصرة على طلبها لأنه لم يصل إليها طلقت منه لما كان ما تقدم، وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أنه تبين من تقرير الطبيب الشرعى أن المطعون عليها مازالت بكراً تحتفظ بمظاهر العذرية التى ينتفى معها القول بحدوث مباشرة، وأن الطاعن وإن خلا من أسباب العنة العضوية الدائمة إلا أن ما به من عيب قد يكون ناتجاً عن عوامل نفسية، وعندئذ تكون عنة مؤقتة يمكن زوالها بزوال بواعثها مما يمهد للشفاء واسترجاع القدرة على الجماع، فإن الحكم إذ قضى بالتفريق على سند من ثبوت قيام العنة النفسية به دون إهمال، يكون قد خالف القانون. لا يشفع فى ذلك تقريره أن عجز الطاعن عن الوصول إلى زوجته المطعون عليها استمر لأكثر من سنة قبل رفع الدعوى، لأن مناط تحقق عيب العنة المسوغ للفرقة عند الحنفية ليس بمجرد ثبوت عجز الزوج عن الوصول إلى زوجته بل استمرار هذا العجز طيلة السنة التى يؤجل القاضى الدعوى إليها وبالشروط السابقة الإشارة إليها ومن ثم يتعين نقض الحكم لهذا السبب دون حاجة لبحث باقى أسباب الطعن.

وحيث إن المحكمة وإن كانت قد انتهت - التزاماً منها بأداء مهمتها رقابة التطبيق القانون الصحيح - إلى وجوب الاعتداد بفترة الإهمال أخذاً بالراجح فى

مذهب أبى حنيفة تطبيقاً للمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى أبقى عليها القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، إلا أنه استكمالا لأداء رسالتها لا يسعها إلا أن تعاود الإشارة إلى أن الإمهال لا موجب له فى خصوص العنة طبقاً لبعض المذاهب الأخرى وفى رأى بعض الفقهاء المحدثين وإلا أن تكرر الإهابة بالمشرع إلى إصدار تشريع ينص فيه على الأحكام الموضوعية لكل من مسائل الأحوال الشخصية، غير متقيدة فى ذلك بمذهب معين، بحيث يكون الحكم الذى يؤثره المشرع هو الذى يتفق مع تطور الحياة الاجتماعية، ومع الاستقرار المنشود للأسرة المصرية، وفى يقين هذه المحكمة أن الشريعة الإسلامية الغراء تأبى الجمود، وتستعصى على التخلف والركود وتقتضى مرونتها أن تستجيب للحياة ما بقيت أو تغيرت تلك الحياة»^(١).

(طعن رقم 20 لسنة 46 قى جلسة 1977/12/44)

٢- «كان القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ قد سكت عن التعرض للإجراء الواجب على القاضى اتباعه للوصول إلى الحكم بالفرقة فلم يعين الزمن الطويل الذى لا يمكن فواته البرء من المرض، أو يبين ما يرتبه على تقارير أهل الخبرة من الأطباء بعد ثبوت وجود العنة من الحكم بالفرقة فى الحال أو بعد التأجيل ما يوجب الأخذ بأرجح الأقوال من مذهب الحنفية. لما كان ذلك، وكان المقرر فى هذا المذهب أنه إذا ادعت الزوجة على زوجها أنه عنين وأنه لم يستطع معاشرتها بسبب هذا العيب وثبت أنها لازالت بكرًا، وأنه لم يصل إليها فيؤجله

(١) ولذلك أخطأت محكمة شبين الكوم فى حكمها الصادر بتاريخ ٢٩/١٢/ ١٩٨٦ فى الدعوى رقم ٢٢٢/ ١٩٨٤ كلى أحوال نفس لقضائها بالتطبيق قبل إمهال الزوج لمدة سنة فقد جاء به:

«وحيث إنه متى كان ما تقدم وأخذاً به وقد اطمأنت المحكمة إلى ما انتهى إليه تقرير الطبيب المنتدب فى الدعوى، وكان الثابت من مطالعة الأوراق مرور فترة من الزمن تقرب العام منذ أن تزوجت المدعية بالمدعى عليه وحتى رفعها الدعوى وأن المدعى عليه لم يتمكن من فض غشاء بكارتها الأمر الذى تستظهر معه المحكمة أن عيب المدعى عليه أضى مستحكما لا يمكن البرء منه ومن ثم فإن الدعوى على هذا النحو تكون قد صادفت صحيح الواقع وأصابته أحكام القانون».

القاضى سنة ليتبين بمرور الفصول الأربعة المختلفة ما إذا كان عجزه عن مباشرة النساء لعارض يزول أو لعيب مستحكم وبدء السنة من يوم الخصومة إلا إذا كان الزوج مريضاً أو به مانع شرعى أو طبيعى كالإحرام والمرض فتبدأ حين زوال المانع. ولا يحسب فى هذه السنة أيام غيبتها أو مرضها أو مرضه إن كان مرضاً لا يستطيع معه الوقاع فإن مضت السنة وعادت الزوجة إلى القاضى مصرة على طلبها لأنه لم يصل إليها طلقت منه. لما كان ما تقدم وكان الثابت من تقرير الطبيب الشرعى المقدم فى الدعوى أن المطعون ضدها مازالت تحتفظ بمظاهر العذرية التى ينتفى معها القول بحدوث مباشرة، وأن الطاعن وإن خلا من أسباب العنة العضوية الدائمة إلا أن ما به من عيب قد يكون ناتجاً عن عوامل نفسية وعندئذ تكون عنته مؤقتة يمكن زوالها بزوال بواعثها مما يمهد للشفاء واسترجاع القدرة على الجماع، وذلك بالتعاون التام بين الزوجين... فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بالتفريق على سند من ثبوت قيام العنة به دون إمهال يكون قد خالف القانون... ولا يشفع له فى ذلك تقريره أن وصول الطاعن إلى زوجته أمر مستحيل لأن مناط تحقق عيب العنة المسوغ للفرقة عند الحنفية ليس بمجرد ثبوت عجز الزوج عن الوصول إلى زوجته بل باستمرار هذا العجز طيلة السنة التى يؤجل القاضى الدعوى إليها وبالشروط السابق الإشارة إليها.

(طعن رقم 172 لسنة 74 «أحوال شخصية» جلسة 2006/2/11)

١٤٥ - كيفية إصدار القاضى قراره بتأجيل الزوج لمدة سنة:

رأينا فى البند السابق أنه إذا ثبت للقاضى أن الزوج لا يصل إلى زوجته تعين عليه قبل القضاء بتطليق زوجته عليه إمهاله لمدة سنة، سواء كانت الزوجة ثيباً أو بكراً.

وإذ لم يجر العمل فى المحاكم على تأجيل الدعاوى إلى مدد طويلة كمدة السنة. فضلاً عما ينشأ من صعوبات فى تحديد الجلسة التى تؤجل إليها الدعوى فى بعض الأحوال كما أن الفقه الحنفى المعمول به فى هذا الشأن يذهب إلى أنه إذا أجل القاضى الزوج سنة ولم تعد المرأة إلى القضاء سكت عن القضية إذ ليس من

وظيفته أن يثير الخصومة بين الناس^(١)، فقد اتجهت المحاكم إلى إصدار قرارها بتكليف الزوجة بتمكين الزوج من نفسها لمدة سنة قمرية، مع القضاء بوقف الدعوى لمدة سنة قمرية. فإذا انقضت السنة ولم يصل الرجل إلى امرأته، وكانت المرأة مصممة على طلب التطلاق، كان لها تعجيل السير في دعواها لينظر القاضي في طلبها.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف قنا بتاريخ ٢٣/٤/١٩٨٨ فى الاستئناف رقم ١٤٥ لسنة ١٩٨٨ أق أحوال شخصية بأن:

«... لما كان ذلك وكان البين من تقرير الطبيب الشرعى أن المستأنف ضدها مازالت بكرا تحتفظ بمظاهرها العذرية التى ينتفى معها القول بحدوث مباشرة، وأن المستأنف وإن خلا من أسباب العنة العضوية الدائمة إلا أنها قد تنتج من عوامل نفسية وعندئذ تكون مؤقتة ويمكن زوالها بزوال بواعثها مما يمهّد للشفاء واسترجاع المقدرة على الجماع فإن الحكم المستأنف إذ قضى بالتطلاق على سند من ثبوت قيام العنة النفسية بالمستأنف دون إمهال يكون قد خالف القانون لأن مناط تحقق عيب العنة المسوغ للفرقة عند الحنفية ليس مجرد ثبوت عجز الزوج عن الوصول إلى زوجته بل استمرار هذا العجز طيلة السنة التى يؤجل القاضى الدعوى إليها وبالشروط السابق الإشارة إليها ومن ثم يتعين على هذه المحكمة قبل الفصل فى موضوع الاستئناف إمهال المستأنف سنة كاملة وتكليف المستأنف ضدها بتمكينه من نفسها طيلة الفصول الأربعة للسنة الممهلة له، ووقف الفصل فى موضوع الاستئناف لهذا السبب وحتى يتخذ هذا الإجراء».

«أيضاً: قنا الابتدائية بتاريخ ٢٢/٣/١٩٧١ فى الدعوى رقم ٧٥ لسنة ١٩٧٠.

أحوال كلى نفس - وقد حكمت بوقف الدعوى لمدة سنة قمرية».



القسم الثاني

التطبيق بسبب العيب المستحكم

٦٤٦- النص القانوني:

المادة (٩) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠. (المعدل):

«للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق».

١٤٧- المصدر التشريعي للنص:

أجاز النص للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص.

وقد استمد هذا الحكم من رأى محمد من الحنفية، وأصحاب المذاهب الثلاثة الأخرى، فقد أجازوا التطبيق للعيب المتقدم لأنه يضر بالزوجة ضررا عظيما، وقد زادت المذاهب الثلاثة عيوباً أخرى عليها.

والأحكام الواردة بالنص تتفق مع مذهب مالك في الجملة، وما اختلف فيه هو أنه عرف العيوب بالوصف، ولم يعدها بالاسم كأكثر المالكية، ولكنه اختلف لا يمس الجوهر، لأن كتب المالكية منها ما ذكر عددا كبيرا من العيوب المنصوص عليها، فالقانون أيضا ما تجاوز أنه خرج على العيوب المنصوص عليها واتخذ الوصف الذي اعتبر علة التفريق أساس التعريف، وما عدا ذلك فالقانون في هذا متفق مع مذهب مالك، فالتفريق طلاق بائن فيهما.

وإذا كان التفريق للعيوب مأخوذا من مذهب مالك، فهو المصدر التشريعي الذي يرجع إليه في تفسيره، وتفصيل مجمله وتقييد مطلقه^(١).

١٤٨- شروط التتطبيق للعيب المستحكم:

يشترط للتطبيق بسبب العيب المستحكم توافر الشروط الآتية:

١- أن يكون بالزوج عيب مستحكم لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل، ولا يمكن الزوجة المقام معه إلا بضرر.

فإذا كان العيب غير مستحكم بحيث يمكن البرء منه بعد زمن غير طويل، أو إذا كان العيب مستحكماً لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل، ولكن يمكن الزوجة المقام مع وجوده بدون ضرر فإن العيب لا يبرر التتطبيق^(١).

وإطلاق النص يصدق على أى عيب مستحكم بالصفة المذكورة. والمادة وإن ذكرت ثلاثة عيوب هي: الجنون والجذام والبرص، فقد جاء ذلك على سبيل المثال لا الحصر.

والجذام داء يشقق به الجلد وينتن ويقطع اللحم، والبرص بياض يبدو فى ظاهر البدن لفساد مزاجه.

وقد نصت المادة (١١) على أن يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها - وعلى ذلك فللقاضى الاستعانة بذوى الخبرة من الأطباء على تعرف العيب وما إذا كان متحققاً فيه الأوصاف التى أشارت إليها، ومدى الضرر المتوقع من المرض وإمكان البرء منه والمدة التى يتسنى فيها ذلك، وما إذا كان مسوغاً لطلب التتطبيق أو لا.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

«طلب الزوجة التتطبيق من زوجها للعيب. شرطه. م٩، ١١ من قانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠. جواز الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض ومدى الضرر الناجم عنه. لمحكمة الموضوع تقدير ذلك متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة. النعى عليها فى ذلك. جدل موضوعي. عدم جواز إثارتة أمام محكمة النقض».

(طعن رقم 15 لسنة 64ق - «أحوال شخصية» - جلسة 1998/1/5)

(1) ومذهب المالكية أن الحكم بالفرقة يؤجل سنة فى كل من الجنون والجذام والبرص، رجاء البرء منها «حاشية الدسوقي جـ ٢ ص ٢٧٩».

ولا شك أن معنى العيب المستحكم يتغير بتقدم وسائل التشخيص والعلاج. ولذلك فما يعتبر عيباً مستحكماً بالأوصاف المتقدمة اليوم قد لا يعتبر كذلك في سنوات مقبلة.

وقد سكت القانون عن التعرض للإجراء الواجب على القاضى اتباعه للوصول إلى الحكم بالفرقة فلم يعين الزمن الطويل الذى لا يمكن بعد فواته البرء من المرض، أو ما يرتبه على تقارير أهل الخبرة من الأطباء بعد ثبوت وجود العيب من الحكم بالفرقة فى الحال أو بعد التأجيل فى بعض العيوب كما حددها فقهاء الصحابة وفقهاء المالكية، وكما هو عليه العمل بالنسبة للجنة طبقاً للرأى الراجح من المذهب الحنفى، ومن ثم فإذا تحقق القاضى من وجود العيب فإنه لا يؤجل الزوج وإنما يقضى بالتطليق.

وتقدير وجود العيب بأوصافه المذكورة بالزوج مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض متى كان قضاؤها يقوم على أسباب سائغة⁽¹⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأن:

١- «النص فى المادة التاسعة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠. بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية على أن «للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجدام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق وفى المادة الحادية عشرة على أن «يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها» يدل على أن

(1) وقد قضت محكمة النقض بأنه: «إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى صحيحاً إلى ثبوت قيام العيب المستحكم الموجب للتفريق فليس بضائره بعد ذلك خطؤه فى وصف هذا العيب، بالعنة».

المشرع جعل للزوجة حق طلب التفريق من أجل الرجل إن ثبت به عيب مستحكم لا يمكن البرء منه أصلاً أو بعد زمن طويل بحيث لا يتسنى للزوجة الإقامة مع زوجها المعيب إلا بضرر شديد وتوسع القانون في العيوب المبيحة للفرقة فلم يذكرها على سبيل الحصر مخولاً الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض ومدى الضرر الناجم عن الإقامة مع وجوده كل ذلك على شريطة ألا تكون الزوجة قد رضيت بالزوج مع علمها بعيبه صراحة أو دلالة».

(طعن رقم 8 لسنة 43 ق «أحوال شخصية» - جلسة 19/11/1975)

٢- «تقدير وجود العيب المستحكم بالزوج الذى لا يرجى زواله ولا يمكن البرء منه إلا بعد زمن طويل ويحول دون مباشرة العلاقة الزوجية بما تتضرر منه الزوجة هو مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض متى كان قضاؤها يقوم على أسباب سائغة، وكان البين من التقرير الطبى الشرعى الذى أخذ به الحكم المطعون فيه أن الطاعن أقر فيه بأن عدم تعاون المطعون عليها معه فى ممارسة العملية الجنسية سببت له الكثير من الضيق وكان له أسوأ الأثر فى نفسيته وقد نتج عن ذلك تغير فى قوة الانتصاب... كما أثبت التقرير فى نتيجته أنه مع استمرار الشقاق والتنافر بين الزوجين فليس من المحتمل أن تزول هذه العنة النفسية، وكان الحكم المطعون فيه عقب على ذلك التقرير بقوله «فإن قيام هذه الحالات بالزوج حتى الآن لا شك تضر بالزوجة المستأنفة ضرراً بليغاً وقد تسبب لها اضطراب أعصابها وقد بارحت منزل الزوجية خشية أن يصيبها الضرر من جراء هذه الحالة، فإذا أضيف إلى ما تقدم أن ملازمة هذه الحالة عند الزوج هذه المدة الطويلة وهى حوالى أربع سنوات دون أن يشفى أو تتحسن حالته وكانت الزوجة شابة يخشى عليها من الفتنة فإن قيام هذه الحالة يؤدى إلى التعاسة والضرر وينتفى معه الغرض السامى من الحياة الزوجية من الرحمة والمودة. وكان يبين من هذا الذى أورده الحكم أنه استخلص أن الطاعن مصاب بعنة نفسية لا يرجى زوالها منعه من الاتصال الجنسى بالمطعون عليها - هى عيب يبيح للزوج طلب

التطليق - وأسند في ذلك إلى أسباب سائغة، وما أثاره الطاعن لا يعدو أن يكون مجادلة في تقدير موضوعي لا يقبل أمام محكمة النقض ويكون النعي على الحكم بمخالفة القانون والفساد في الاستدلال على غير أساس».

(طعن رقم 8 لسنة 43 ق «أحوال شخصية» - جلسة 19/11/1975)⁽¹⁾

٣- «مفاد نص المادتين ٩، ١١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٠. بشأن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - يدل على أن المشرع توسع في العيوب التي تبيح للزوجة الفرقة فلم يقتصر على ما أخذ به منها فقهاء الحنفية وهي عيوب العنة والجب والخصاء وإنما أباح لها طلب التفريق إذا ثبت بالزوج أى عيب مستحكم لا يمكن البرء منه أصلاً أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل بحيث لا يتسنى لها الإقامة معه إلا بضرر شديد، وأن ما ورد ذكره من عيوب في هذا النص كان على سبيل المثال لا الحصر وأنه رأى الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام العيب ومدى الضرر الناجم عن الإقامة مع وجوده».

(طعن رقم 13 لسنة 50 ق «أحوال شخصية» جلسة 23/6/1981 - لم ينشر)

(1) لا نساير الحكم في اعتباره العنة الطارئة على الزوج بعد الدخول بالزوجة وفض بكارتها عيباً مستحكماً يبرر التطليق طبقاً للمادة التاسعة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٠. (فقد جاء بأسباب الحكم أن المطعون عليها قررت أن الطاعن دخل بها وفض بكارتها وأن الضعف الجنسي طراً بعد الدخول) لأن التطليق للعنة يعمل فيه بالراجع من أحكام المذهب الحنفى - وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون وأشارت إليه المحكمة في هذا الحكم وبقضاء آخر لها (راجع الحكم في هذه الخصومة بند ١٤١ وراجع نقض ١٤/١٢/١٩٧٧ منشور ببند ١١٤) - والمنصوص عليه في المذهب الحنفى أنه يشترط للتطليق للعنة أن تكون العنة موجودة عند العقد أو حدثت بعده قبل الدخول أما إذا حدثت

بعد الدخول فلا يثبت للزوجة الحق في التطليق لأن الزوج يلتزم قضاء بالوصول إليها مرة، أما المادة التاسعة المذكورة فمجال تطبيقها العيوب الأخرى التى لا يعمل فيها بالراجع من المذهب الحنفى، وتطبيق هذه المادة على عيب العنة من شأنه إهدار القواعد التى أوردها الفقه الحنفى بصدده وهى ما لم يقصده المشرع.

٤- «حق الزوجة فى طلب التفريق للعيب فى الرجل. م ١، ا ١١ لسنة ٢٥
١٢٠٠. شرطه. جواز الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض ومدى
الضرر الناجم عنه».

(طعن رقم 30 لسنة 59 ق «أحوال شخصية» جلسة 19/1/1991 - لم ينشر)
(راجع أيضا: نقض 44/12/1977 طعن رقم 20 لسنة 46 ق
«أحوال شخصية» منشور ببند 444)

٥- «النص فى المادة التاسعة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٢٠٠.
بشأن النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية وفى المادة الحادية عشرة يدل -
وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - على أن المشرع جعل للزوجة حق
طلب التفريق من الزوج إن ثبت به عيب مستحكم لا يمكن البرء منه أصلا، أو
يمكن البرء منه بعد زمن طويل بحيث لا يتسنى لها الإقامة معه إلا بضرر
شديد، وأنه توسع فى العيوب المبيحة للفرقة فلم يذكرها على سبيل الحصر
مخولا الاستعانة بأهل الخبرة لبيان استحكام المرض، ومدى الضرر الناجم عن
الإقامة مع وجوده، على ألا تكون الزوجة قد رضيت بالزوج مع علمها بعيبه
صراحة أو دلالة، شريطة أن يكون هذا العلم وذلك الرضا مستنديين إلى معرفة
حقيقية بالعيب وإرادة صحيحة من الزوجة بالعيش مع الزوج رغم علمها بالعيب
وكان مؤدى هذا - وفقا لمذهب الحنفية - أنه إذا تأكد للزوجة أن هناك عيبا
مستكما ولم ترض به رضاء صحيحا نابعا عن علم يقينى به، واستمرت فى
المقام معه زمنا للتجربة أو إعطاء الفرصة لاحتمال زوال هذا العيب طبيا ولم
يتم ذلك، فإن حقها فى طلب التفريق يظل قائما، ولا يسقط حتى لو تراخت فى
رفع أمرها إلى القضاء، وأن هذا الحق يتجدد بتجدد عقد الزواج، بما مؤداه أن
العلم بقيام العيب الذى يستوجب الفرقة الزوجية لا يتحقق إلا بعد استظهاره
بمعرفة أهل الخبرة من الأطباء، ولو تجدد عقد الزواج أكثر من مرة قبل ثبوت
ذلك».

(طعن رقم 673 لسنة 67 ق «أحوال شخصية» جلسة 7/1/2002)

وقد اعتبرت محكمة النقض أن إجراء الزوج عملية جراحية أدت إلى جعل الواقع شاذاً لا يتحقق به أحد مقصدي النكاح ويلحق بالزوجة آلاماً ويعرضها للإصابة ببعض الأمراض، يتحقق به العيب المستحكم الذي يبرر لها التطلاق.

إذ قضت بتاريخ ٢٣/٦/١٩٨١ في الطعن رقم ١١ لسنة ٥٠ «أحوال شخصية» - (غير منشور) بأن:

«إذا كانت العملية الجراحية التي أجريت للطاعن وإن أصبح معها قادراً على إتيان زوجته بما ينفي عنه عيب العنة إلا أنها أصابته بعيب آخر من شأنه أن يجعل الواقع شاذاً لا يتحقق به أحد مقصدي النكاح ويلحق بالزوجة آلاماً عضوية ونفسية فضلاً عن أنه يعرضها للإصابة بأمراض عصبية وجنسية أبان عنها الخبير المنتدب وكان من شأن هذا التدخل الجراحي استقرار حالة العيب لدى الطاعن بما يجعله عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه وينتفى موجب التأجيل الذي اشترطه لحنفية للحكم بالتطلاق لعيب العنة».

وقد قضت محكمة إمبابة الشرعية الجزئية بأن العته لا يدخل في العيوب المنصوص عليها بالمادة التاسعة والتي تجيز للزوجة طلب التطلاق إذ ذهبت في حكمها الصادر بتاريخ 1/1/1925 في الدعوى رقم 11 لسنة 4934 إلى أن:

«نصت المادة التاسعة من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على أنه يشترط في العيب الذي يجيز للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها ألا ترضى به صراحة أو دلالة على أنه يشترط فيه ألا يمكنها المقام معه إلا بضرر ومن حيث أن العته لا يتحقق فيه ذلك إذ المعتوه شرعاً هو قليل الفهم مختلط الكلام ولا يضرب ولا يشتم ومثل هذا العيب لا تتضرر منه الزوجة - ومن حيث أنه مع التسليم أن وجود هذه الحالة بالزوج فيه إضرار بالزوجة فقد قرر وكيلها أنها كانت قيمة عليه وهو بهذه الحالة وقبولها لأن تكون قيمة عليه فيه رضا دلالة بهذا العيب فليس لها بعد طلب التفريق».

٢- ألا تكون الزوجة عالمة بالعيب إذا كان موجوداً قبل الزواج فإن تزوجته عالمة بعيبه لم يكن لها طلب التفريق.

٣- ألا تكون الزوجة قد رضيت بالعيب إذا كان العيب بعد العقد، لأن رضاها به إسقاط لحقها في طلب التطلق.
والرضا يكون صريحا أو ضمنيا كأن تطالب زوجها بالنفقة مثلا بعد حدوث العيب.

وترتيباً على ذلك قضت محكمة مغاغة الشرعية الجزئية بتاريخ ١٩٣٣ / ٢ / ٢٥ فى الدعوى رقم ٦٥ لسنة ١٩٣٢ بأن:

«حيث إنه يبين من قرار المجلس الحسبى أن زوجها المحجور عليه قد حدث به عيب هو مرض الجنون المطبق وأن وكيلها إذ ذاك طلب تعيين المدعية قيمة عليه ورأى المجلس تعيين المدعية قيمة عليه - وحيث إن هذا يدل على أن المدعية وقد حدث عيب الجنون المطبق بزوجها قد علمت ورضيت بذلك العيب رضاء جعلها تطلب بلسان وكيلها تعيينها قيمة عليه بصفتها زوجة له وأيد ذلك الرضا، أنها بعد ذلك مكثت بجواره نحواً من تسع سنوات لم تطلب التفريق بينها وبين زوجها لحدوث الجنون به وأيدت ذلك المدعية، وأقرت به أمام المحكمة حيث سببت طلبها الطلاق بأنها لا ترغب الطلاق لذات نفسه بل لأن المدعى عليه بصفتها قيمة على زوجها لم يؤد لها النفقة الأداء الذى تترتاح إليه نفسها وقررت أنه لو أراحها فى أداء النفقة لا تطلب الطلاق وحيث إن المادة التاسعة من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ نصت على أنه لا يجوز التفريق إذا حدث للزوج عيب كالجنون وعلمت الزوجة ثم رضيت به صراحة أو دلالة بعد العلم به - وحيث إن رضاء المدعية بذلك العيب فيه العلم وهو ثابت دلالة وصراحة بما تبين من قرار المجلس الحسبى وبما قررته المدعية نفسها أمام هذه المحكمة».

والسكوت لا يعد رضا لجواز أن يكون ذلك من باب التريث والانتظار فلا تؤخذ الزوجة بالشك.

وفى هذا قضت محكمة الإسكندرية الابتدائية بتاريخ ١٩٥٨ / ١ / ٤ فى الدعوى رقم ٢٥٦ لسنة ١٩٥٧ كلى بأن:

«قعود المدعية عن رفع دعوى التطلق لإصابة الزوج بالجنون مدة عامين

لا يعتبر رضاء منها بالعييب الذى أصاب زوجها إذ أنها كما قالت فى عريضة دعاها كانت تأمل شفاؤه وترجو براءه ليعود إليها ويستأنفا حياتهما الزوجية وليس الرجاء والأمل فى الشفاء من المرض رضاء به هذا فضلا عن أن التعجيل برفع الدعوى عقب المرض مباشرة يتنافى مع ما يجب أن تتحلى به الزوجة الصالحة من وفاء وإخلاص للزوج».

١٤٩- هل يعتبر عقم الرجل عيبا يبرر طلب التطليق؟

رأينا فيما سلف أن التطليق للعييب كان يحكمه قبل العمل بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠. رأى الراجح من المذهب الحنفى وهو رأى الشيخين، والذى يعطى الزوجة الحق فى طلب التطليق إذا كان بالزوج أحد العيوب التى تتصل بقربان الرجل بأهله أى العيوب التى تمنع التناسل وهى ثلاثة: الجب والخصاء والعنة، أما ما عدا ذلك من العيوب فلا تعطى المرأة الحق فى طلب التطليق، وأنه لما صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠. قضى فى مادته التاسعة على أن للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجدام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به فإن تزوجته عالمة بالعييب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التطليق، ومن ثم فقد ظل العمل باقيا فى التطليق بعيوب الجب والخصاء والعنة طبقا للرأى الراجح من المذهب الحنفى الذى كان معمولا به قبل العمل بالقانون المذكور، وأضاف هذا القانون حالات أخرى للتطليق للعييب يطبق فيها حكم القانون، وعلى ذلك يضحى جليا أن الطلاق للعيوب التناسلية يظل محكما بالرأى الراجح فى المذهب الحنفى بينما يحكم الطلاق للعيوب الأخرى نص المادة التاسعة سالف الذكر، وقد قصر الرأى الراجح فى المذهب الحنفى على ما سلف العيوب التى تمنع الرجل من قربان أهله والتى تجيز طلب التطليق على الجب والخصاء والعنة، ولم يضاف إليها عقم الزوج، وعدم اعتبار عقم الرجل سببا للتطليق يبرره أن الولد

هبة من الخالق يمنحها أو يمنعها وفق مشيئته مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَجَعَلُ مِنْ يَشَاءُ عَقِيمًا﴾، كما أن النسل وإن كان من أسمى غايات الزواج إلا أنه ليس كل غاياته، فمنها سكن كل من الزوجين إلى الآخر وتأزرهما في مواجهة أعباء الحياة وشدائدها، في إطار من المودة والرحمة وذلك لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ ءَايَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ وقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ وبالبناء على ما تقدم لا يجوز للزوجة طلب التطلق لعقم الزوج^(١).

وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأي في حكم حديث لها صادر بتاريخ ٢٩ / ١٢ / ١٩٩٧ في الطعن رقم ٣٥٧ لسنة ٣٦٣ - أحوال شخصية - ذهبت فيه إلى أن :

«المقرر في قضاء هذه المحكمة - أنه وفقا لما أوردته المذكرة الإيضاحية لنص المادتين التاسعة والحادية عشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠. فإن التفريق للعيب في الرجل قسمان: قسم كان معمولا به بمقتضى مذهب أبى حنيفة وهو التفريق للعيوب التى تتصل بقربان الرجل لأهله وهى عيوب العنة والجب والخصاء وباق الحكم فيه وفقه، وقسم جاء به القانون وزاده على ما كان معمولا به وهو التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش معه الزوجة إلا بضرر، والعقم لا يؤثر على قربان الزوج لزوجته فلا يندرج ضمن العيوب التناسلية التى يجيز فقهاء المذهب الحنفى طلب التطلاق من أجلها ذلك لأن العيوب الثلاثة سالفة الذكر ينتفى معها المقصود الأصلى للزواج وهى غير قابلة للزوال وتفتت على الزوجة حقها فى الوطء بخلاف العقم الذى لا يحول دون ذلك وباستقراء نصوص الشريعة يتبين أن المقصود من الزواج ليس هو مجرد التناسل وإلا لما صح زواج

(١) وبهذا رأى قضت محكمة استئناف إسكندرية (مأمورية دمنهور) بتاريخ ٢٨ / ١٢ / ١٩٩٢ فى الاستئناف رقم ٧٢ لسنة ١٩٩٢ شرعي.

الآيسة، وعدم وجود الذرية لا يمنع من أن يكون كل من الزوجين سكنا للآخر ولا يحول بين قيام المودة والتراحم وبقاء النوع البشرى إلا أن الرزق بالذرية هبة من الله تعالى ومظهر من مظاهره القدرة الإلهية فى المنح والعطاء والحرمان فلا مانع لما أعطى ولا معطى لما منع مهما كانت السلامة الجسدية للزوجين أو سقامتها باعتبار أن الذرية من خلق الله تعالى الدالة على قدرته لقوله تعالى: ﴿لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ تَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنِثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ ۝ أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنِثًا ۖ وَجَعَلُ مَنْ يَشَاءُ

عَقِيمًا ۚ إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ﴾ الآيةان ٤١، ٥٠ من سورة الشورى فلا يعد عدم الرزق بالأولاد فى ذاته عيبا فلا يجوز أن يتخذ سببا للتطليق إلا إذا اقترن بعيب آخر لا يمكن للزوجة المقام معه إلا بضرر لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر بقضائه بتطليق المطعون ضدها على الطاعن على سند من أنه عقيم، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يوجب نقضه».

٥٠- التفريق للعيب طلاق بائن:

نصت المادة العاشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على أن: «الفرقة بالعيب طلاق بائن» - وهذا الحكم ينصرف إلى الفرقة التى يحكم بها القاضى، فتكون هذه الفرقة طلاقا بائنا. أما إذا طلق الرجل امرأته بسبب العيب قبل أن يفرق القاضى بينهما فإن هذا الطلاق يكون محكوما بنص المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التى تجرى على أن كل طلاق يقع رجعيا إلا المكمل الثلاث والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال وما نص على كونه بائنا فى هذا القانون والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠.

والنص السابق مستمد من رأى الحنفية والمالكية، لأنهم قالوا إن الزوج عجز عن الإمساك بمعروف فكان عليه أن يسرح بإحسان ولم يفعل فناب عنه القاضى، وطلاق القاضى لا يؤدى إلى الغرض المقصود منه وهو حماية المرأة من ظلم الرجل إلا إذا كان بائنا^(١).

(١) أما الشافعية والحنابلة والزيدية فذهبوا إلى أن تفريق القاضى فسخ لا يعد من الطلاق =

وبتطبيق القاضى للزوجة يكون عليها العدة احتياطاً، كما يكون لها المهر بالتمام إذا كان قد اختلى بها خلوة صحيحة لأنها سلمت نفسها والعجز جاء من الزوج، ولقد ورد عن عمر أنه قال: «ما ذنبهن إذا جاء العجز من قبلكم»⁽¹⁾.

١٥١- (ملغى).

١٥٢- بذل المحكمة جهداً فى محاولة الصلح بين الزوجين:

(راجع الكتاب الثانى بند 65).



= الذى يملكه الزوج، لأنه صاحب الحق الشرعى فيه فكل فرقة يوقعها غيره لا تعد عليه ثم هى فرقة جاءت من قبل المرأة وبطلبها وإذا طلقها الزوج فلأنه يريد أن يرفع عن نفسه الالتزام بما لا ينبغى أن يلزم به.

(1) ويرى صاحبان أنه لا يجب إلا نصف المهر فى حالة المجبوب لأنه يقينا لا يستطيع الوصول إليها، ومرضه يمنع صحة الخلوة فكونه مجبوباً أولى.