(ثانيا)
السبب الثانى من أسباب التطليق
التطليق للعيب

16- 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 25 لسنة 1920 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 بأهلة 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 25 لسنة 1920 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 معمولا 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 (11) من القانون رقم 25 لسنة 1920 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 الحنفي.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

1- «.... 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 وهو عيوب العنة والجب الخصاء، وباق الحكم فيه وفقه، وقسم جاء به القانون وزاده على ما كان معمولا به وهو التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش الزوجة معه إلا بضرر....الخ».

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

2- «.... 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 وباق الحكم فيه وفقه وقسم جاء به القانون زاد عليه ما كان معمولا به وهو التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش الزوجة معه إلا بضرر...الخ».

(طعن رقم 20 لسنة 46ق «أحوال شخصية»- جلسة 1977/12/14)

القسم الأول

التطليق للجب والخصاء والعنة

ذهب الشيخان (أبو حنيفة وأبو يوسف) - ورأيهما الراجح فى المذهب الحنفى، إلى أنه يجوز للمرأة طلب التطليق إذا كان بزوجها أحد العيوب الثلاثة التى تمنع الرجل من قربان أهله وهي: الجب والخصاء والعنة. لأن الغاية من الزواج حفظ النسل، فإذا لم يكن الزوج صالحا للتناسل استحال تحقيق المقصود من العقد. أما غير هذه العيوب التناسلية الثلاثة فلا تبرر التطليق 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 التطليق وأبى الرجل طلاقها فرق القاضى بينهما دفعا لظلمه حيث فات الإمساك بالمعروف فوجب التسريح بإحسان لأنه لا يوفيها حقها ودفعا للضرر الذى يلحق بالزوجة.

وقد وافق الشيخين فى التطليق لأحد هذه العيوب محمد بن الحسن من الحنفية[1]، والمذاهب الثلاثة الأخرى.

والجب (بفتح الجيم) هو استئصال عضو التناسل ويسمى الرجل مجبوبا. ويلحق بالمجبوب من كان ذكره صغيرا جدا كالزر لا من كانت آلته قصيرة إذا كان يمكن إدخالها.

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

والعنة: بضم العين وتشديد النون المفتوحة لغة: هى عجز يصيب الرجل فلا يقدر على الجماع[2]. ويسمى الرجل عنينا 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 عنينا فى حق من لا يصل إليه لفوات المقصود فى حقها.

---

(1) أما محمد بن الحسن فقد زاد ثلاثة عيوب أخرى هى الجنون والجذام والبرص وقد وافقه الأئمة الثلاثة على ذلك – كما سنرى – وزادوا غيرها – وليس فى الكتاب ولا فى السنة نص فى 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)، بياضا فانحاز على الفراش ثم قال: خدى عليك ثيابك – وفى رواية: والحقى بأهلك – ولم يأخذ مما أتاها شيئا.

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

(2) المعجم الوجيز الطبعة الأولى سنة 1980 ص438.

وإذا أولج الحشفة (الختان) فقط فليس بعنين، وإن كان مقطوعها فلابد من إيلاج بقية الذكر، فيكفى الإيلاج بقدر الحشفة من مقطوعها[3].

ونعرض فيما يلى لشروط التطليق للجب والخصاء والعنة[4].

17- شروط التطليق للجب والخصاء والعنة:

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

1- أن يكون العيب موجودا عند العقد أو حدث بعده قبل الدخول.

---

(3) حاشية ابن عابدين جـ3 ص494 وما بعدها – البحر الرائق جـ4 ص122.

(4) وينتقد بعض الشراح مسلك الشارع إذ جعل للمرأة الخيار إذا طرأ على الزوج مرض من الأمراض الجسمية التى يرجى علاجها بعد زمن طويل ويمنعها من ذلك إذا طرأ على الزوج عيب من عيوب التناسل الذى يجعل المرأة معرضة للفتنة والفساد معتمدا على ما قرره الفقهاء من أن حق المرأة فى الاتصال الجنسى 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 فى قصة عبد الله بن عمرو بن العاص وشكوى امرأته من اشتغاله بالعبادة عنها يقول له «إن لزوجك عليك حقا» دون أن يسألها قرباه لها قبل ذلك فلو كان حقها فى 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 بالغيبة خيفة الفتنة وخشية الوقوع فى الزنا من غير تقيد بعدم دخول سابق، وقد جاء المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929 مقررا ذلك صراحة فأجازت المادة (12) منه للزوجة إذا غاب زوجها سنة فأكثر بلا عذر مقبول أن تطلب إلى القاضى تطليقها بائنا إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه – فإذا كان القانون قد أجاز هذا الحق مع غيبة الزوج عن الزوجة خوف الفتنة فإن الأولى أن يبيح لها هذا الحق مع وجوده معها وعجزه عن مباشرتها، لأن هذا الوجود مع ذلك العجز يثير فى نفسها دواعى الشهوة أكثر مما تثيره غيبته عنها. (الدكتور محمد مصطفى شلبى ص595 وما بعدها – الدكتور أحمد الغندور ص133 – الدكتور محمد بلتاجى فى أحكام الأسرة – الجزء الأول 1985 ص544).

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

وفى هذا قضت محكمة النقض بتاريخ 1975/11/19 فى الطعن رقم 8 لسنة 43ق «أحوال شخصية» بأن:

«إذ كانت المذكرة الإيضاحية – للقانون رقم 25 لسنة 1920 – 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 والجب والخصاء وباق الحكم فيه وفقه، وقسم جاء به القانون وزاده على ما كان معمولا به وهو التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش الزوجة معه إلا بضرر، وكان المقرر فى مذهب الحنفية أن من شرائط إباحة حق التطليق للزوجة بسبب العنة ألا يكون زوجها قد وصل إليها فى النكاح، فإن كان قد وصل إليها ولو مرة واحدة لم يثبت لها هذا الحق، لأن حقها إنما هو فى 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 ثيبا أو كانت ثيبا من الأصل قاصر عندهم على العيب الذى 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 25 لسنة 1920 التطليق للعيب الحادث بعد الدخول دون أن توجب يمينا على الزوج، وإذ كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المطعون عليها قررت أن الطاعن دخل بها وفض بكارتها وأن الضعف الجنسى طرأ بعد الدخول، فإن تحليفه اليمين يكون فى غير موضعه»[5].

---

(5) وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1981/7/26 فى 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 فى =

= رفع أمرها إلى القاضى طالبة التفريق بينها وبين زوجها المعيب – والفقهاء وان اختلفوا فى 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. والعنين فى اللغة من لا يقدر على الجماع، وشرعا من تعجز آلته عن الدخول فى قبل زوجته وموضع الحرث منها. أكثر (1) أهل العلم على أن الزوجة إذا اعترفت أن زوجها قد وصل إليها بطل أن يكون عنينا، فإذا ادعت عجزه بعد هذا لم تسمع دعواها ولم تضرب له مدة بهذا قال الإمام أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعى وأحمد بن حنبل وعطاء وطاووس والأوزاعى والليث بن سعد والحسن بن يحيى وشريح وعمرو بن دينار وأبو عبيد. ومقتضى هذا أن الزوج إذا وصل إلى زوجته وقاعا فى مكان الحرث منها ولو مرة، فلا يفرق بينهما بما طرأ عليه من مرض وقف به دون تكرر الوصول إلى حرثها. وهذا هو ما روى أيضا

عن الإمام على بن أبى 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 (2) «... ولو تزوج ووصل إليها ثم عجز عن الوطء بعد ذلك، وصار عنينا، لم يكن لها حق الخصومة...» وعلى أنه (3) «فلو جن بعد وصوله إليها مرة أو صار عنينا 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 25 لسنة 1920 و25 لسنة 1929 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 الإذعان بالعنة حكم المادة التاسعة من القانون رقم 25 لسنة 1929 كما نبهت إلى ذلك المذكرة الإيضاحية على الوجه السابق...الخ».

هوامش الفتوى:

1- المغنى لابن قدامة الحنبلى مع الشرح الكبير جـ7 ص610 والمحلى لابن حزم جـ1 ص269، 270، 271، 272.

2- الفتاوى الخانية المطبوعة على هامش الفتاوى الهندية جـ1 ص412 طبعة ثانية بولاق. الأميرية 1310هـ. =

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

3- 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[6].

4- ألا يكون بها عيب يمنع من المخالطة، فإذا كان بها شيء من ذلك كالرتق[7] والقرن[8] والعفل[9]، فلا يكون لها حق المطالبة بالتطليق لأن مانعا قد وجد من جانبها أيضا فلا يكون الرجل ظالما بإمساكها حتى يؤمر برفع الظلم عنها بالطلاق.

5- 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[10].

6- 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 المجبوب.

= 3- الدر المختار للحصفكى شرح تنوير الأبصار للعلائى وحاشية رد المحتار لابن عابدين جـ2 ص917، 918 والبحر الرائق لابن نجيم المصرى الحنفى جـ4 ص135.

(6) حاشية ابن عابدين جـ3 ص499.

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

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

(9) العفل: لحم برز من موضع الاتصال الجنسي.

(10) حاشية ابن عابدين جـ3 ص495.

18- 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 25 لسنة 1920 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 الرأى الراجح من المذهب الحنفى وهي: الجب والخصاء والعنة[11]، 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.

19- 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 وأصرت الزوجة على

(11) فى هذا المعنى نقض: طعن رقم 20 لسنة 46ق «أحوال شخصية»– جلسة 1977/12/14 (منشور بالبند التالي) – الدكتور محمد بلتاجى فى أحكام الأسرة الجزء الأول ص543.

طلب التطليق لأنه لم يصل إليها فى 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 فى 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 فى حالة ما إذا اعترف بدعواها وأقر بأنه لم يصل إليها[12].

وإذا كانت الزوجة بكرا وقت العقد عليها، عين القاضى امرأتين[13] 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 طلقة بائنة[14].

---

(12) الدكتور محمد مصطفى شلبى ص592- عمر عبد الله ص530.

(13) وذلك للاحتياط، وامرأة واحدة تكفي. وان اختلفت المرأتان عين القاضى غيرهما (البحر الرائق جـ4 ص125).

(14) وجاء بحاشية ابن عابدين جـ3 ص499 عن طريق معرفة البكارة والثيوبة ما يأتي: «قال فى الفتح وطريق معرفة أنها بكر أن تدفع يعنى المرأة فى فرجها أصغر بيضة للدجاج، فإن دخلت من غير عنف فهى ثيب وإلا فبكر أو تكسر وتسكب فى فرجها، فإن دخلت فثيب وإلا فبكر، وقيل إن أمكنا أن تبول على الجدار فبكر وإلا فثيب أ.هـ وتعبيره فى الثالث بقيل مشير إلى ضعفه، ولذا قال القهستانى وفيه تردد، فإن موضع البكارة غير المبال».

ولما صدر القانون رقم 25 لسنة 1920 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 ندب الطبيب الشرعى لأداء هذه المهمة.

ولا جدل فى أن التزام القاضى بتأجيل العنين سنة، مازال باقيا بعد العمل بالقانون رقم 25 لسنة 1920، 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 (1) لسنة 2000 ومن قبلها المادة 280 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 65ق «أحوال شخصية» جلسة 1999/3/22)

(أنظر أيضا نقض 1977/12/14 منشور بهذا البند)

ونص المذهب الحنفى على التأجيل سنة لأن الحق ثابت للزوجة فى الوطء ويحتمل أن يكون الامتناع لعلة معترضة، ويحتمل لآفة أصيلة فيه، ولا يعرف ذلك إلا بتأجيله، وقدرت مدة التأجيل بسنة لاشتمالها 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 وإبلاء 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[15].

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[16]، ولم ينص التشريع المصرى على احتساب هذه المدة بالسنة الشمسية كما فعل فى بعض المسائل (م23 من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1929).

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[17].

---

(15) الهداية جـ2 ص26 – شرح فتح القدير جـ4 ص298.

(16) حاشية ابن عابدين جـ3 ابن عابدين ص497.

(17) البحر الرائق جـ4 ص124– التنوير وشرحه الدر المختار مطبوع مع حاشية ابن عابدين جـ3 ص497 – ويقول ابن عابدين أن السنة القمرية بالأيام 354 يوما، 8 ساعات، 48 دقيقة. وهى تزيد على السنة الشمسية (الميلادية) 11 يوما، 5 ساعات، 55 دقيقة أو 49 دقيقة.

وتبدأ السنة من يوم خصومة الزوجة لزوجها، إلا إذا كان الزوج صغيرا أو مريضا أو فى حالة إحرام، فإن ابتداء السنة يكون من وقت البلوغ والشفاء من المرض والانتهاء من الإحرام.

والعبرة بتأجيل القاضى، فلا عبرة بتأجيل المرأة السابق على الخصومة أو غيرها[1].

وإذا كان الفقه قد اشترط أن تكون السنة من تاريخ الخصومة، وكان المعروف أن الخصومة فى الماضى كانت تنعقد بحضور الطرفين وتنتهى فى أجل قصير، أما الآن وقد أصبح للتقاضى إجراءات مطولة، فإننا نرى أن مدة السنة تحسب من تاريخ صدور القرار بالتأجيل لا من تاريخ المخاصمة أى رفع الدعوى بإيداع صحيفتها قلم الكتاب[2].

ولا تحسب فى هذه السنة أيام غيبتها أو مرضها أو مرضه إن كان مرضا لا يستطاع 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 عذرا بل تحسب أيامه من السنة[3].

وتحسب من السنة أيام شهر رمضان وأيام حيضها[4].

---

(1) وقد جاء بحاشية الرملى على البحر الرائق جـ4 ص124 ما يأتي: «ولا يكون إلا عند عند القاضى لأن هذا مقدمة أمر لا يكون إلا عند القاضى وهو الفرقة فكذا مقدمته».

(2) فى هذا المعنى نقض 1977/12/14 منشور بهذا البند – استئناف قنا بتاريخ 1988/4/23 منشور بالبند التالي.

(3) عبد الرحمن تاج ص269.

(4) وقد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ 1979/4/24 فى الطلب رقم 1979/112 بأن: بأن: «تقضى المادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم 178 لسنة 1931 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 عنينا أن ترفع أمرها إلى القاضى للتفريق بينهما وعندئذ فإذا أقر الزوج بعدم الوصول إليها

والتأجيل إما أن يكون فى غرة الشهر الهجرى أو فى 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

بالرغم من تمكينها إياه أمهله القاضى مدة سنة قمرية تبدأ برفع الدعوى إلى القضاء، ذلك لأن السنة=

= 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 بائنة 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 الصاحبين أما الإمام أبو حنيفة فيعتبر فى احتساب المدة الأيام، ويعتبر السنة عددية، كل شهر ثلاثون يوما فتكون السنة 360 يوما (راجع فى الرأيين: حاشية ابن عابدين جـ3 ص497 وما بعدها) ونرجح مع البعض رأى الصاحبين، لأن السنة شمسية أو قمرية.

والقمرية ثلثمائة وأربعة وخمسون يوما، والشمسية تزيد عليها بأحد عشر يوما، فلا القمرية 360، ولا الشمسية 360 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 الصاحبين. وفضلا 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 ص356 وما بعدها).

لأهل الخبرة من الأطباء فى هذا العيب رأى قاطع وقد يعجز الرجل عن معاشرة امرأة دون أخرى أو فى حين دون آخر[1].

وقد قضت محكمة النقض بأن:

1- «وحيث إن هذا النعى فى محله، ذلك أن النص فى المادة التاسعة من القانون رقم 25 لسنة 1920 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 أولا 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 وباق الحكم فيه وفقه، 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

(1) القاهرة الابتدائية فى 1956/12/16 – الدعوى رقم 783 لسنة 1956 كلي.

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 التطليق أو لا، وكان القانون رقم 25 لسنة 1920 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 طبقا للمادة 280 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 بكرا، 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 مريضا 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 مرضا 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 بكرا 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 ناتجا 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 إمهال، 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 – التزاما منها بأداء مهمتها رقابة التطبيق القانون الصحيح – إلى وجوب الاعتداد بفترة الإمهال أخذا بالراجح فى مذهب أبى حنيفة تطبيقا للمادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى أبقى عليها القانون رقم 462 لسنة 1955، إلا أنه استكمالا لأداء رسالتها لا يسعها إلا أن تعاود الإشارة إلى أن الإمهال لا موجب له فى خصوص العنة طبقا 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»[1].

(طعن رقم 20 لسنة 46ق جلسة 1977/12/14)

2- «كان القانون رقم 25 لسنة 1920 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

---

(1) ولذلك أخطأت محكمة شبين الكوم فى حكمها الصادر بتاريخ 1986/12/29 فى الدعوى رقم 1984/233 كلى أحوال نفس لقضائها بالتطليق قبل إمهال الزوج لمدة سنة فقد جاء به:

«وحيث إنه متى كان ما تقدم وأخذا 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 أضحى مستحكما لا يمكن البرء منه ومن ثم فإن الدعوى على هذا النحو تكون قد صادفت صحيح الواقع وأصابت أحكام القانون».

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 بكرا، وأنه لم يصل إليها فيؤجله 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 مريضا 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 مرضا 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 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 ناتجا 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)

20- 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 ثيبا أو بكرا.

وإذ لم يجر العمل فى المحاكم على تأجيل الدعاوى إلى مدد طويلة كمدة السنة. فضلا 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[1]، 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 التطليق، كان لها تعجيل السير فى دعواها لينظر القاضى فى طلبها.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة استئناف قنا بتاريخ 1988/4/23 فى الاستئناف رقم 145 لسنة 6ق 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 يمهد للشفاء واسترجاع المقدرة على الجماع فإن الحكم المستأنف إذ قضى بالتطليق 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».

«أيضا: قنا الابتدائية بتاريخ 1971/3/22 فى الدعوى رقم 75 لسنة 1970

---

(1) حاشية ابن عابدين جـ3 ص500.

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

القسم الثاني

التطليق بسبب العيب المستحكم

21- النص القانوني:

المادة (9) من القانون رقم 25 لسنة 1920 (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».

22- المصدر التشريعى 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 التطليق للعيب المتقدم لأنه يضر بالزوجة ضررا عظيما، وقد زادت المذاهب الثلاثة عيوبا أخرى عليها.

والأحكام الواردة بالنص تتفق مع مذهب مالك فى الجملة، وما اختلف فيه هو أنه عرف العيوب بالوصف، ولم يعدها بالاسم كأكثر المالكية، ولكنه اختلاف 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 الذى اعتبر علة التفريق أساس التعريف، وما عدا ذلك فالقانون فى هذا متفق مع مذهب مالك، فالتفريق طلاق بائن فيهما.

وإذا كان التفريق للعيوب مأخوذا من مذهب مالك، فهو المصدر التشريعى الذى يرجع إليه فى تفسيره، وتفصيل مجمله وتقييد مطلقه[1].

---

(1) محمد أبو زهرة ص360.

23- شروط التطليق للعيب المستحكم:

يشترط للتطليق بسبب العيب المستحكم توافر الشروط الآتية:

1- 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 مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل، ولكن يمكن الزوجة المقام مع وجوده بدون ضرر فإن العيب لا يبرر التطليق[1].

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 (11) 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 متحققا فيه الأوصاف التى أشارت إليها، ومدى الضرر المتوقع من المرض وإمكان البرء منه والمدة التى يتسنى فيها ذلك، وما إذا كان مسوغا لطلب التطليق أو لا.

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن:

«طلب الزوجة التطليق من زوجها للعيب. شرطه. م9، 11 من قانون 25 لسنة 1920. 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 إثارته 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 الدسوقى جـ2 ص279».

ولا شك أن معنى العيب المستحكم يتغير بتقدم وسائل التشخيص والعلاج. ولذلك فما يعتبر عيبا مستحكما بالأوصاف المتقدمة اليوم قد لا يعتبر كذلك فى 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 للعنة طبقا 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:

1- «النص فى المادة التاسعة من القانون رقم 25 لسنة 1920 بأحكام 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 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 صحيحا إلى ثبوت قيام العيب المستحكم الموجب للتفريق فليس بضائره بعد ذلك خطؤه فى وصف هذا العيب، بالعنة».

(طعن رقم 13 لسنة 50ق – أحوال شخصية – جلسة 1981/6/23 – غير منشور)

المشرع جعل للزوجة حق طلب التفريق من أجل الرجل إن ثبت به عيب مستحكم لا يمكن البرء منه أصلا أو بعد زمن طويل بحيث لا يتسنى للزوجة الإقامة مع زوجها المعيب إلا بضرر شديد وتوسع القانون 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 على شريطة ألا تكون الزوجة قد رضيت بالزوج مع علمها بعيبه صراحة أو دلالة».

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

2- «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 ضررا بليغا 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 منعته من الاتصال الجنسى بالمطعون عليها – هى عيب يبيح للزوج طلب

التطليق – وأسند فى ذلك إلى أسباب سائغة، وما أثاره الطاعن لا يعدو أن يكون مجادلة فى تقدير موضوعى لا يقبل أمام محكمة النقض ويكون النعى على الحكم بمخالفة القانون والفساد فى الاستدلال على غير أساس».

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

3- «مفاد نص المادتين 9، 11 من القانون رقم 25 لسنة 1920 بشأن أحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – يدل على أن المشرع توسع فى العيوب التى تبيح للزوجة الفرقة فلم يقتصر على ما أخذ به منها فقهاء الحنفية وهى عيوب العنة والجب والخصاء وإنما أباح لها طلب التفريق إذا ثبت بالزوج أى عيب مستحكم لا يمكن البرء منه أصلا أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل بحيث لا يتسنى لها الإقامة معه إلا بضرر شديد، وأن ما ورد ذكره من عيوب فى 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 50ق «أحوال شخصية» جلسة 1981/6/23 – لم ينشر)

---

(1) لا نساير الحكم فى اعتباره العنة الطارئة على الزوج بعد الدخول بالزوجة وفض بكارتها عيبا مستحكما يبرر التطليق طبقا للمادة التاسعة من القانون رقم 25 لسنة 1920 (فقد جاء بأسباب الحكم أن المطعون عليها قررت أن الطاعن دخل بها وفض بكارتها وأن الضعف الجنسى طرأ بعد الدخول) لأن التطليق للعنة يعمل فيه بالراجح من أحكام المذهب الحنفى – وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون وأشارت إليه المحكمة فى هذا الحكم وبقضاء آخر لها (راجع الحكم فى هذه الخصومة بند 141 وراجع نقض 1977/12/14 منشور ببند 114) – والمنصوص عليه فى 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 فى التطليق لأن الزوج يلتزم قضاء بالوصول إليها مرة، أما المادة التاسعة المذكورة فمجال تطبيقها العيوب الأخرى التى لا يعمل فيها بالراجح من المذهب الحنفى، وتطبيق هذه المادة على عيب العنة من شأنه إهدار القواعد التى أوردها الفقه الحنفى بصدده وهى ما لم يقصده المشرع.

4- «حق الزوجة فى طلب التفريق للعيب فى الرجل. م9، 11ق 25 لسنة 1920. شرطه. جواز الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض ومدى الضرر الناجم عنه».

(طعن رقم 30 لسنة 59ق «أحوال شخصية» جلسة 1991/1/19 – لم ينشر)

(راجع أيضا: نقض 1977/12/14 طعن رقم 20 لسنة 46ق «أحوال شخصية» منشور ببند 141)

5- «النص فى المادة التاسعة من المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1920 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 مستندين 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 مستحكما 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 67ق «أحوال شخصية» جلسة 2002/1/7)

وقد اعتبرت محكمة النقض أن إجراء الزوج عملية جراحية أدت إلى جعل الوقاع شاذا لا يتحقق به أحد مقصدى النكاح ويلحق بالزوجة آلاما ويعرضها للإصابة ببعض الأمراض، يتحقق به العيب المستحكم الذى يبرر لها التطليق.

إذ قضت بتاريخ 1981/6/23 **فى الطعن رقم** 13 **لسنة** 50ق **«أحوال شخصية»- (غير منشور) بأن:**

«إذا كانت العملية الجراحية التى أجريت للطاعن وإن أصبح معها قادرا على إتيان زوجته بما ينفى عنه عيب العنة إلا أنها أصابته بعيب آخر من شأنه أن يجعل الوقاع شاذا لا يتحقق به أحد مقصدى النكاح ويلحق بالزوجة آلاما عضوية ونفسية فضلا عن أنه يعرضها للإصابة بأمراض عصبية وجنسية أبان عنها الخبير المنتدب وكان من شأن هذا التدخل الجراحى استقرار حالة العيب لدى الطاعن بما يجعله عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه وينتفى موجب التأجيل الذى اشترطه لحنفية للحكم بالتطليق لعيب العنة».

وقد قضت محكمة إمبابة الشرعية الجزئية بأن العته لا يدخل فى العيوب المنصوص عليها بالمادة التاسعة والتى تجيز للزوجة طلب التطليق **إذ ذهبت فى حكمها الصادر بتاريخ 1925/1/1 فى الدعوى رقم 41 لسنة 1934 إلى أن:**

«نصت المادة التاسعة من القانون 25 لسنة 1920 على أنه يشترط فى العيب الذى 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 شرعا 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».

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

3- ألا تكون الزوجة قد رضيت بالعيب إذا كان العيب بعد العقد، لأن رضاها به إسقاط لحقها فى طلب التطليق.

والرضا يكون صريحا أو ضمنيا كأن تطالب زوجها بالنفقة مثلا بعد حدوث العيب.

وترتيبا على ذلك قضت محكمة مغاغة الشرعية الجزئية بتاريخ 1933/2/25 فى الدعوى رقم 65 لسنة 1932 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 نحوا 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 قيما على زوجها لم يؤد لها النفقة الأداء الذى ترتاح إليه نفسها وقررت أنه لو أراحها فى أداء النفقة لا تطلب الطلاق وحيث إن المادة التاسعة من القانون 25 لسنة 1920 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 1958/1/4 فى الدعوى رقم 256 لسنة 1957 كلى بأن:

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

لا يعتبر رضاء منها بالعيب الذى أصاب زوجها إذ أنها كما قالت فى عريضة دعواها كانت تأمل شفاءه وترجو برءه 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».

24- هل يعتبر عقم الرجل عيبا يبرر طلب التطليق؟

رأينا فيما سلف أن التطليق للعيب كان يحكمه قبل العمل بالقانون رقم 25 لسنة 1920 الرأى 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 25 لسنة 1920 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 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 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 للعيب يطبق فيها حكم القانون، وعلى ذلك يضحى جليا أن الطلاق للعيوب التناسلية يظل محكوما بالرأى الراجح فى المذهب الحنفى بينما يحكم الطلاق للعيوب الأخرى نص المادة التاسعة سالفة 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 يضف إليها عقم الزوج، وعدم اعتبار عقم الرجل سببا للتطليق يبرره أن الولد

هبة من الخالق يمنحها أو يمنعها وفق مشيئته مصداقا لقوله تعالى: ﴿ وَيَجْعَلُ مَن يَشَآءُ عَقِيمًا ﴾، كما أن النسل وإن كان من أسمى غايات الزواج إلا أنه ليس كل غاياته، فمنها سكن كل من الزوجين إلى الآخر وتآزرهما فى مواجهة أعباء الحياة وشدائدها، فى إطار من المودة والرحمة وذلك لقوله تعالى: ﴿ وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾ وقوله تعالى: ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ وبالبناء على ما تقدم لا يجوز للزوجة طلب التطليق لعقم الزوج[1].

وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأى فى حكم حديث لها صادر بتاريخ 1997/12/29 فى الطعن رقم 357 لسنة 63ق - أحوال شخصية - ذهبت فيه إلى أن:

«المقرر فى قضاء هذه المحكمة – أنه وفقا لما أوردته المذكرة الإيضاحية لنص المادتين التاسعة والحادية عشرة من القانون رقم 25 لسنة 1920 فإن التفريق للعيب فى 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 التطليق من أجلها ذلك لأن العيوب الثلاثة سالفة الذكر ينتفى معها المقصود الأصلى للزواج وهى غير قابلة للزوال وتفوت 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

(1) وبهذا الرأى قضت محكمة استئناف إسكندرية (مأمورية دمنهور) بتاريخ 1992/12/28 فى الاستئناف رقم 72 لسنة 1992 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: ﴿ لِّلَّهِ مُلْكُ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ ۚ يَخْلُقُ مَا يَشَآءُ ۚ يَهَبُ لِمَن يَشَآءُ إِنَٰثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَآءُ ٱلذُّكُورَ ﴿٤٩﴾ أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَٰثًا ۖ وَيَجْعَلُ مَن يَشَآءُ عَقِيمًا ۚ إِنَّهُۥ عَلِيمٌ قَدِيرٌ ﴿٥٠﴾ ﴾ الآيتان 49، 50 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».

25- التفريق للعيب طلاق بائن:

نصت المادة العاشرة من القانون رقم 25 لسنة 1920 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 25 لسنة 1929 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 25 لسنة 1920.

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[1].

---

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

وبتطليق القاضى للزوجة يكون عليها العدة احتياطا، 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].

26- بذل المحكمة جهدا فى محاولة الصلح بين الزوجين:

(راجع الكتاب الثانى من الموسوعة 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 الصاحبان أنه لا يجب إلا نصف المهر فى حالة المجبوب لأنه يقينا لا يستطيع الوصول إليها، ومرضه يمنع صحة الخلوة فكونه مجبوبا أولى.