العيوب المرافقة للنكاح (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)

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

جامعة كربلاء / كلية القانون

The defects associated with the marriage (comparative Study with Islamic jurisprudence)

Prof.Dr. Haidar Hussein Kadhem Al Shammari
Researcher. Hassan Dheaf Hamood Al-Mammori
University of Karbala\ College of Law
Almuhtady28@gmail.com

Abstract

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

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

الملخص:

إن المشرع العراقي قد أجاز مسألة التفريق بالعيب، ولكنه اتخذ لنفسه مسارًا خالف فيه الرأي الراجح في الشريعة الاسلامية من إعطاء خيار الفسخ بالعيب لكلا الزوجين، حيث أعطى القانون العراقي حق طلب التفريق بالعيب للزوجة دون الزوج وفقًا لما هو عليه الراجح من المذهب الحنفي، إلا أنه خلافًا للمذهب الحنفي، أجاز التفريق بأي علة اخرى سارية او توجب التنفير، كما انه أجاز التفريق بعقم الزوج إذا لم يكن للزوجه ولد منه على قيد الحياة.

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

المقدمة:

أولاً: موضوع البحث

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

ثانياً: مشكلة البحث

تتجسد مشكلة البحث في نقطتين اساسيتين:

1 – بيان مفهوم العيب الذي يوجب التفريق لدى فقهاء الشريعة الإسلامية، وما هي المعايير التي يمكن في ضوئها تحديد العيب الموجب للتفريق في القانون العراقي.

2 – بيان مدى توافق موقف القانون العراقي من مسألة التفريق بالعيب مع الشريعة الإسلامية، وهل أنه سار على الراجح في الفقه الإسلامي من هذه المسألة أم أنه انتهج لنفسه طريقًا خاصًا بهذا الخصوص.

ثالثاً: نطاق البحث

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

رابعاً: خطة البحث

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

المبحث الأول – مفهوم العيوب المرافقة للنكاح وكيفية إثباتها.

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

المطلب الأول:– التعريف بالعيب الذي يوجب خيار الفسخ

ان فقهاء الشريعة الإسلامية لم يوردوا تعريفاً محدداً للعيب الذي يجوز التفريق به بين الزوجين، ولكن يمكن من خلال العبارات الواردة في كتبهم بهذا الخصوص تحديد معنى العيب الموجب للفسخ كعدم القدرة على الوطيء والعدوى والتنفير وغير ذلك[1].

فبالنسبة لفقهاء الإمامية فلم نعثر فيما اطلعنا عليه من كتبهم على حصر لمعنى العيب الموجب لخيار الفسخ، انما ورد تعداد للعيوب التي توجب الفسخ مع ذكر السبب في كون العيب موجباً للفسخ في بعض الأحيان. فقد ذكر الشيخ الأنصاري في معرض حديثه عن (البرص والجنون والجذام والعفل)انها امراض تؤدي الى الضرر لأنها من الأمراض المتعدية باتفاق الأطباء[2].

كما وردت الإشارة الى معنى الحرمان من الوطيء أو عدم القدرة على الجماع في العديد من مؤلفات الأمامية[3].

اما عند الحنفية فأن العيب الذي تقع به الفرقة بين الزوجين فهو ما كان سبب للتفريق من قبل الزوج مقتضاه المنع من ايفاء حق الزوجة المستحق بالنكاح فتكون الفرقة الواقعة بسبب هذا العيب فرقة بطلان لأن سبب ثبوتها حصل من الزوج، وان في هذا العيب ظلم وضرر في حق الزوجة فيقوم القاضي مقام الزوج في دفع هذا الظلم[4].

ويلاحظ إن لأصل عند الحنفية أن الفرقة إذا حصلت بسبب من جهة الزوج مختص بالنكاح أن تكون فرقة بطلان حتى لو كان ذلك قبل الدخول بها وقبل الخلوة فلها نصف المسمى إن كان في النكاح تسمية وان لم يكن فيه تسمية فلها المتعة[5].

اما مفهوم العيب عند المالكية فهو ما يمنع الوطيء[6]، أو تعاف منه النفوس وينقص الاستمتاع[7] ومفهوم العيب عند الشافعية هو ما كان مؤدياً الى النفرة أو موجباً لتفويت المقصود من النكاح[8].

---

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

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

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

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

5 - الكاساني، المصدر نفسه، الموضع نفسه.

6 - المغربي، أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج5، ط1، دار الكتب العلمية بيروت.ص 149.

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

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

اما الحنابلة فهم لا يبتعدون في معنى العيب عن المالكية والشافعية فعندهم ان العيب هو ما يمنع المقصود بعقد النكاح وهو الوطيء كالجب والرتق ونحوهما او ما يوجب التنفير من المقاربة بالكلية ويخاف من التعدي الى نفسه ونسله فيكون كالمانع الحسي كالجذام والبرص والجنون[1].

اما بحسب القانون العراقي فإنه على الرغم من عدم وجود مفهوم محدد للعيب الذي يوجب التفريق بين الزوجين، إلا أنه عند النظر بنصوص القانون التي تناولت مسألة التفريق بالعيب يتضح أن نطاق العيب الموجب للتفريق يتحدد بجملة من المعايير، فحالات التفريق بالعيب التي ذكرها القانون، يمكن ردها لثلاثة معايير يتحدد في ضوئها مفهوم العيب الموجب للتفريق، اما المعيار لأول فيرجع الى عدم القدرة على القيام بالواجبات الزوجية، وهو ما ورد ذكره في الفقرة الرابعة من المادة (43 اولاً) من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ رقم 188 لسنة 1959[2]، والتي بمقتضاها اجاز القانون للزوجة أن تطلب التفريق إذا كان زوجها مصابًا بما لا يمكن معه القيام بالواجبات الزوجية أو إذا أصيب بذلك بعد الدخول إذا ثبت عدم امكان شفاءه بتقرير صادر عن لجنة طبية مختصة، أما المعيار الأخر بهذ الصدد فهو ما ذكرته الفقرة الخامسة من المادة نفسها والتي عالجت مسألة عقم الزوج فأعطت للزوجة طلب التفريق إذا كان الزوج عقيماً او ابتلي بالعقم بعد الزواج ولم يكن لها ولد على قيد الحياة [3]، وبذلك فأن عقم الزوج يعطي للزوجة حق طلب التفريق إذا لم يكن لها ولد من الزوج على قيد الحياة.

أما المعيار الثالث للعيب الموجب للتفريق فهو ما تضمنته الفقرة السادسة من ذات المادة والتي أعطت للزوجة طلب التفريق إذا اصيب زوجها بعد العقد (قبل الدخول أو بعده) بعلة كالجذام أو البرص أو السل أو الزهري أو الجنون أو اي علة اخرى تكون خطيرة وسارية ومنفرة[4].

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

المطلب الثاني – شروط ثبوت خيار الفسخ بالعيب

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

الشرط الأول: ان يكون العيب سابقاً على عقد الزواج فأن كان العيب حادثاً فقد اختلف الفقهاء في جواز التفريق به فقد ذهب الحنفية وبعض الحنابلة الى عدم ثبوت الخيار بالعيب الحادث وجعل المالكية الخيار بالعيب الحادث للزوجة دون الزوج اذا كان حادثاً قبل الدخول فأن حدث بعد الدخول فلا خيار لها وقال الشافعية والبعض الأخر من الحنابلة الى ثبوت الخيار للزوجين بالعيب الحادث [5]. وذهب الأمامية الى ان العيب الحادث بعد العقد والوطيء لا يوجب الفسخ اما اذا حدث العيب بعد العقد وقبل الوطيء فالأظهر عندهم عدم الفسخ به ايضاً[6]. اما بالنسبة لبقاء خيار المرأة بعد العقد أو بعد الوطيء بالنسبة للجنون والعنه والجب فأمر محل اختلاف عند الأمامية[7].

1 - البهوتي، منصور بن يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، بدون سنة طبع ص 116-117.

2 - نصت الفقرة الرابعة من المادة (43 اولاً) من هذا القانون على انه (إذا وجدت زوجها عنيناً او مبتلى بما لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية سواء كان ذلك لأسباب عضوية أو نفسية أو إذا اصيب بذلك بعد الدخول بها وثبت عدم امكان شفاءه منها بتقرير صادر عن لجنة طبية مختصة على إذا وجدت المحكمة ان ذلك سبب نفسي فتؤجل التفريق لمدة سنة واحدة شريطة ان تمكن نفسها من زوجها خلالها).

3 - المادة 43 (أولاً / 5) أحوال شخصية عراقي.

4 - نصت الفقرة السادسة من (43أولا) إذا وجدت بعد العقد، أن زوجها مبتلى بعلة لا يمكن معها معاشرته بلا ضرر، كالجذام أو البرص أو السل أو الزهري أو الجنون، أو أنه قد أصيب بعد ذلك بعلة من هذه العلل أو ما يماثلها، على أنه إذا وجدت الحكومة بعد الكشف الطبي، أن العلة يؤمل زوالها فتؤجل التفريق حتى زوال تلك العلة، وللزوجة أن تمتنع عن الاجتماع بالزوج طيلة مدة التأجيل، أما إذا وجدت المحكمة، ان العلة لا يؤمل زوالها خلال مدة مناسبة وامتنع الزوج عن الطلاق وأصرت الزوجة على طلبها، فيحكم القاضي بالتفريق.

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

6 - المحقق الحلي، مصدر سابق، ج2، 542

7 - راجع الشيخ مرتضى الأنصاري، مصدر سابق، ص 439 وما بعدها، السيد السيستاني، منهاج الصالحين، ج3، ط 14، دار المؤرخ العربي، بيروت، 1429هـ - 2008 م، ، ص 84، زين الدين الجبعي العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج4، بدون مكان طبع، بدون سنة طبع، ص 385..

الشرط الثاني عدم العلم بالعيب بمعنى ان يكون الزوج غير المعيب غير عالم بعيب الطرف الأخر فأن كان عالماً به سقط حقه في الخيار باستثناء العنة عند الشافعية لأن العنين يؤجل سنة[1]. وعند الأمامية فأن الزوجة اذا رضيت بالزوج بعد العلم بالعنن فأنه لا خيار لها[2]. وفي روية ابي صباح (عن رجل تزوج امرأة فوجد بها قرناً قال هي لا تحبل ولا يقدر زوجها على مجامعتها، ترد وهي صاغرة قلت وان كان دخل بها قال ان كان علم بذلك قبل ان ينكحها يعني المجامعة ثم جامعها فقد رضي بها وان لم يعلم الا بعد مجامعتها فأن شاء طلق وان شاء امسك)[3].

الشرط الثالث: عدم التلذذ بالمعيب بعد العلم بالعيب والا سقط الخيار، وان يكون العيب مستحكماً لا يرجى شفاءه لذلك فأن الزوج المعيب ينظر الى مدة يحكم بها اهل الخبرة، كما يجب ان يكون هذا العيب مما يؤدي الى ألحاق الضرر بالزوج الأخر الذي يطلب الفسخ بموجبه[4]. ومما يتفق مع هذ الشرط عند الأمامية ان خيار الفسخ عندهم في كل من الرجل والمرأة على الفور فلو علم الرجل أو المرأة بالعيب فلم يبادر بالفسخ لزم العقد[5]. كما ان رواية ابي صباح التي ذكرناها قبل قليل تتفق مع هذ الشرط ايضاً.

اما بحسب القانون العراقي فإنه يشترط للتفريق بالعلل والأمراض التناسلية ان تتقدم الزوجة بطلب التفريق الى القضاء وان لا تكون قد رضيت بالعلة عند علمها بها قبل العقد أو بعده وان لا تكون مصابة بعلة مماثلة لعلة الزوج وان تكون علة الزوج غير قابلة للشفاء ويثبت ذلك بتقرير طبي[6].

ولكن يلاحظ أن المشرع العراقي لم يشترط في العيب حتى يكون موجبًا للتفريق أن يكون سابقًا على عقد الزواج، بل أنه أعطى للزوجة حق طلب التفريق بالعيوب التي حددها سواء أكانت حادثة قبل العقد أم بعده، بل حتى لو حدثت بعد الدخول، وكما أوضحت ذلك المادة(43 أولًا) بفقراتها الرابعة والخامسة والسادسة والتي ذكرناها عند الكلام عن التعريف بالعيب الذي يوجب التفريق[7].

المطلب الثالث: اثبات العيب الذي يوجب خيار الفسخ

إن مسألة إثبات عيوب النكاح تعد من المسائل التي تستلزم الرجوع بشأنها للخبرة الطبية لأنها من المسائل الفنية الخارجة عن اختصاص القاضي، وهذا ما أكدته النصوص الواردة في مؤلفات الفقهاء المسلمين فقد ورد عن الشيخ الأنصاري انه قال في البرص والجذام انها من الأمراض المتعدية باتفاق الأطباء[8]. كما ورد في الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية بخصوص علامات الجذام انه يفيد اهل الخبرة به حصوله[9].

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

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

1 - عبد الفتاح أحمد ابو كيله، مصدر سابق، ص 491.
2 - الشيخ يوسف البحراني، الحدائق الناظرة في أحكام العترة الطاهرة، ج24، مؤسسة النشر الإسلامي، 1408هـ، ، ص 491.
3 - الشيخ مرتضى الأنصاري، مصدر سابق، ص 438.
4 - عبد الفتاح أحمد ابو كيله، مصدر سابق، ص 492
5 - السيد عبد الأعلى السبزواري، مهذب الأحكام في بيان الحلال والحرام، ج 25، ط4، مطبعة الهادي، ، مؤسسة المنار، قم، 1417هـ، ص 114، السيد السيستاني، مصدر سابق، (ج3 / 85).
6 - فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، بدون مكان طبع، 2004.، ص 214
7 - ينظر ص 3، 4.
8 - الشيخ الأنصاري، مصدر سابق، ص 434.
9 - زين الدين الجبعي العاملي، الروضة البهية، (ج5، / 386).
10 - ابن قدامة، المقدسي، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، ج 6، بدون مكان طبع، بدون سنة طبع.المغني، (ج 7، / 609)
11 - الإمام مالك، - مالك بن انس الأصبحي، رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن عبد الرحمن بن القاسم العتقي، المدونة الكبرى، ج2 بدون مكان طبع، بدون سنة طبع، ص 212.

وجاء في روضة الطالبين بخصوص البرص والجذام ان الخيار فيهما يثبت إذا حكم اهل الخبرة باستحكام العلة، وإذا تنازع الزوجين في قرحة هل هي جذام؟ اوفي بياض هل هو برص؟ فالقول قول المنكر وعلى المدعي البينة ويشترط كون الشاهدين عالمين بالطب[1].

ونستنتج من ذلك ان فقهاء الشريعة الإسلامية يؤكدون على ضرورة الرجوع لأهل الخبرة في اثبات عيوب النكاح وأهل الخبرة في هذا المجال هم الأطباء باعتبارهم المختصين بذلك. ويلاحظ أن قانون الأحول الشخصية العراقي قد أكد على ضرورة الرجوع لأهل الخبرة في مجال الطب في اثبات عيوب النكاح ويظهر ذلك في جملة من المسائل، فبخصوص اثبات العنه مثلاً فقد اشترط القانون للحكم بالتفريق بناء على اصابة الزوج بالعنة او ابتلاؤه بأي مرض لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية أن يثبت عدم امكانية شفائه بتقرير من لجنة طبية رسمية مختصة[2] وبهذا الخصوص فقد قضت محكمة التمييز بأن التقرير الذي يؤيد اصابة الزوج بالعنة يجب ان يكون صادراً من لجنة طبية مختصة و رسمية لكي يصح الركون اليه في حكم التفريق[3].

وبالنسبة للعقم كسبب من أسباب التفريق فأنه يحتاج الى استشهاد طبي[4]. وبذلك قضت محمة التمييز(إذا ادعت الزوجة عقم الزوج فعلى المحكمة ارساله الى اللجنة الطبية لفحصه والتأكد من عقمه)[5].

واما بالنسبة للتفريق بالعلل كالجنون والجذام والبرص والزهري او اي علة اخرى لا يمكن للزوجة معها معاشرة الزوج بلا ضرر فإن المحكمة إذا وجدت بعد الكشف الطبي إن العلة يؤمل زوالها فإنها تؤجل التفريق حتى زوال تلك العلة[6]. وبذلك قضت محكمة التمييز (ان على المحكمة ان ترسل الزوج الى اللجنة الطبية المختصة بفحص قواه العقلية ولا يجوز الاكتفاء بكتاب المستشفى إذا ثبت اصابة الزوج بمرض عقلي تنصب المحكمة قيماً عليه وتجري المرافعة بحضوره) وجاء في حكم اخر لمحكمة التمييز (إذا تضمن تقرير معهد الطب العدلي ان اصابة الزوج بمرض لا يضر بزوجته فلا تسمع منها دعوى التفريق)[7].

المبحث الثاني: أحكام العيوب المرافقة للنكاح

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

1 - النووي، روضة الطالبين (ج5، / 512)
2 - المادة الثالثة والأربعون / 4 من قانون الأحوال الشخصية العراقي.
3 - القرار ذو الرقم 796 / شخصية في 10 / 12 / 1986 مشار إليه لدى د.سلام عبد الزهرة الفتلاوي ود.نبيل مهدي زوين، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، ط1، مكتبة دار السلام القانونية، العراق، النجف الأشرف، 2015، ص 189.
4 - د. سلام عبد الزهرة ود. نبيل مهدي زوين، المصدر نفسه، ص 190.
5 - قرار محكمة التمييز رقم 3059/ 1986/85 في 1986/ 5/18 مشار إليه لدى سلوان سعد صالح، مصدر سابق، ص 25.
6 - المادة 43 /6 من قانون الأحوال الشخصية العراقي.
7 - قرار محكمة التميز رقم (186 شرعية) 65 في 7/7 /1965، وقرارها ذي العدد 902 / شخصية 82 في 14 / 9 / 1982 مشار إليهما لدى سلوان سعد صالح، التفريق بين الزوجين قضائياً، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون – جامعة النهرين، 2009، ، ص25.

المطلب الاول – العيوب الخاصة بالرجال

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

أولًا – الخصاء

الخصاء عند الأمامية يعني سل الأنثيين[1]. او هو سل الأنثيين و إخراجهما وفي معناه حكماً الوجاء وهو رض الخصيتين[2].

ويعرف الخصاء عند المالكية والحنابلة بأنه قطع الذكر دون الأنثيين)[3]، ويعرف الشافعية الخصي بأنه من بقي ذكره دون أنثييه[4]، بينما يعرفه الحنفية بأنه من سلت خصيتاه وبقي ذكره[5].

وقد اختلف الفقهاء في عيب الخصاء ومدى اعتباره موجباً لخيار الفسخ؛ فعند الإمامية يثبت به الخيار مع سبقه على العقد ولا يفسخ مع تجدده بعد العقد اجماعاً، اما إذا لم يكن الخصاء سابقاً للعقد فلا خيار لأصالة بقاء النكاح[6]. وقد ورد عن الأمام الصادق (عليه السلام) في معتبرة ابن مسكان (قال: بعثت بمسألة مع ابن اعين قلت: سله عن خصي دلس نفسه لإمرأة مسلمة فتزوجها فقال: يفرق بينهما ويوجع ظهره ويكون لها المهر لدخوله عليها)[7].

اما الشافعية والحنابلة فالراجح عندهم ان عيب الخصاء يثبت حق فسخ النكاح للمرأة لأنه يمنع الوطيء أو يضعفه، والقول المرجوح عند الشافعية والحنابلة ان الخصاء ليست عيباً يثبت حق الفسخ لأنه لا يفوت مقصود النكاح ولا يمنع الوطيء[8].

وقال الحنفية إذا انتصب ذكر الخصي فلا خيار حتى إذا لم ينزل[9]. اما المالكية فعندهم ان الخصاء عيباً يوجب الفسح)، ولكن إذا حصل الخصاء بعد الوطيء ولو لمرة واحدة فلا خيار للمرأة [10].

ثانيًا – الجب: اختلف الفقهاء في تعريف الجب على اقوال، فعند الإمامية يعني قطع الذكر[11] (والمجبوب عند الحنفية من استؤصل ذكره وخصيتاه[12]، وعند المالكية المجبوب مقطوع الذكر والأنثيين وكذلك مقطوع الأنثيين ومثل قطع الذكر قطع الحشفة[13]، وعرف الشافعية المجبوب بأنه مقطوع جميع الذكر مع بقاء الأنثيين او لم يبق منه قدر الحشفة اما إذا بقي منه ما يولج قدرها فلا خيار في الفسخ[14]، بينما عرفه الحنابلة بأنه مقطوع الذكر كله أو بعضه بحيث لم يبقى منه ما يطأ به[15].

اما بالنسبة لحكم عيب الجب فإنه يثبت به حق الفسخ للمرأة إذا كان زوجها مجبوباً بحيث قطع منه الذكر كاملاً أو لم يبق منه الا قدر دون الحشفة لضياع المقصود من النكاح وتحقق العجز عن الوطيء[16]. أما المجبوب الذي بقي منه بعد القطع جزء يزيد على الحشفة او يساويها، ففيه خلاف مرده انه يملك ما مكن الوطيء به وهو مقدار الحشفة اما ما يزيد عنها، فلا يخرج الحال عن ثلاث

1 - الشيخ الأنصاري، مصدر سابق، ص 440.
2 - المحقق الحلي، شرائع الإسلام، (ج2 /540).
3 - أبي البركات، سيدي أحمد الدردير، الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، بدون مكان طبع، بدون سنة طبع (ج2 / 278)، عبد الفتاح أحمد ابو كيله، مصدر سابق، ص 467.
4 - الشربيني محمد بن احمد الخطيب، مغني المحتاج، بدون مكان طبع، 1377هـ - 1958م (ج 3 / 128).
5 - ابن عابدين محمد أمين الشهير بابن عابدين حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، دار الفكر بيروت، 1415ه/ 1995. (ج3/ 129).
6 - الشيخ الأنصاري، مصدر سابق، ص 440.
7 - السيد عبد الأعلى السبزواري، مهذب الإحكام في بيان الحلال والحرام، ج25، مؤسسة المنار، قم، 1417هـ، ص 114.
8 - د. عبد الفتاح أحمد ابو كيله، مصدر سابق، ص 468.
9 - محمد جواد مغنية، مغنية محمد جواد، الفقه على المذاهب الخمسة، ج 2، ط7، بدون مكان طبع، 1982. (ج2 / 332).
10 - ابو بركات (ج 2 / 277).
11 - الشيخ مرتضى الأنصاري، مصدر سابق، ص444.
12- زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج4، دار الكتب العلمية، بدون سنة طبع، ص 206.
13 - ابو بركات، الشرح الكبير، ج3 ص 278
14 - د. عبد الفتاح أحمد أبو كيله، مصدر سابق، ص 450، 451.
15 -البهوتي، (ج5 / ص 116).
16 - عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، مصدر سابق، ص 450، السيد السبزواري، مصدر سابق، ص 115، كما يفهم هذا المعنى من كلام المحقق الحلي، أنظر شرائع الإسلام إليه، ، (ج 2، / 540).

احتمالات؛ الأول ان يكون قادراً على جماع زوجته بما معه فلا خلاف بين الفقهاء في عدم ثبوت حق الفسخ في هذه الحالة[1]، والثاني ان لا يكون الزوج قادراً على جماع زوجته بما معه وهذه حالة لا تختلف عن حالة الجب الكامل من حيث تفويت المقصود من النكاح فتتحد معها الحكم فيكون للزوجة حق الفسخ لأن الشارع قد جعل لها الخيار لدفع الضرر عنها وهو متحقق بعدم القدرة على الوطيء[2]، والاحتمال الثالث اختلا ف الزوجين في امكان الوطيء من عدمه فالمدار هنا على تحقق الوطيء فعلاً وثبوت ذلك عن طريق الخبرة الطبية فأن كان الوطيء متحققاً فالقول قول الزوج وان لم يكن متحققاً فالقول قول الزوجة[3].

ثالثًا – العنن: لم تتفق كلمة الفقهاء على تعريف العنن، فعند الإمامية هو مرض تضعف معه الألة عن الانتشار بحيث يعجز عن الإيلاج[4].

ولا يتحقق عيب العنن عند الإمامية بحسب ما تفيد به الأخبار الواردة بهذا الخصوص الا بتحقق شرطين اولاهما الا يكون الرجل من حين عقده على المرأة الى عروض الحالة عنده واقعاً عليها ولو لمرة واحدة فلو وقع مرة فلا خيار لها، وثانيهما أن يكون الرجل عاجزاً عن اتيان مطلق النساء فلو تمكن عن اتيان امرأة اخرى غير زوجته ولو لمرة واحدة سقط خيار المرأة بالفسخ[5]. اما عند الحنفية فأن العنين هو من لا يقدر على اتيان النساء أو لا يشتهي النساء[6]. ويعرف العنين عند الحنابلة بأنه العاجز عن إيلاج ذكره[7].

اما الشافعية فعندهم ان العنه هو العجز عن الوطيء في القبل[8]. ويعرف المالكية العنه بأنها صغر الذكر بحيث لا يتأتى به الجماع[9].

اما بالنسبة لحكم العنين ؛ فأن كانت العنه قد اصابت الرجل قبل العقد فلا خلاف عند الإمامية بثبوت حق الفسخ به، وإذا كان ذلك بعد العقد وقبل الوطيء فالمشهور عند الإمامية جواز الفسخ به، اما المتجدد بعد الوطيء فأكثر الإمامية يذهبون الى عدم الفسخ به[10].

وإذا ثبتت العنه وادعى الزوج الوطيء لزوجته أو غيرها صدق المدعي باليمين، اما إذا ثبتت العنه بإقرار الزوج أو بما في حكمه، فإذا صبرت المرأة فلا فسخ وان لم تصبر رفعت امرها الى الحاكم فيؤجله سنة من حين المرافعة، بلا خلاف ظاهر عند الإمامية لما رواه البختري عن امير المؤمنين علي ابن ابي طالب (عليه السلام) انه كان يقضي في العنين ان يؤجل سنة من يوم المرافعة[11].

ويتفق جمهور الفقهاء من الحنفية[12]، والشافعية[13]، والحنابلة[14]، والمالكية[15]، في ان عيب العنه من العيوب التي تثبت خيار الفسخ للزوجة. كما يتفق الحنفية والشافعية والحنابلة على وجوب تأجيل العنين لمدة سنة[16].

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

المطلب الثاني – العيوب الخاصة بالنساء

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

أولاً – القرن

اختلف الفقهاء في تحديد معنى القرن فعند الشيعة الإمامية ان القرن هو لحم ينبت في قبل المرأة او هو شيء يخرج من قبل المرأة شبه الأدرة للرجل او انه عظم كالسن في قبل المرأة، ويتحد معنى القرن مع العفل عند الإمامية[1]. وقد دل على ذلك ما روي عن عبد الرحمن عن ابي عبد الله عليه السلام قال (المرأة ترد من اربعة اشياء من البرص والجذام والجنون والقرن وهو العفل ما لم يقع عليها فإذا وقع عليها فلا)[2].

وعرفه المالكية بأنه شيء يبرز في فرج المرأة يشبه قرن الشاة يكون من لحم غالباً فيمكن علاجه وقد يكون عظماً فلا يمكن علاجه[3].

ويعرف القرن عند الحنابلة بأنه انسداد محل الجماع بعظم اما إذا كان منسداً بلحم فذلك الرتق عندهم[4].

وعرفه الشافعية بأنه عظم في الفرج يمنع الجماع وقيل انه لحم ينبت فيه[5].

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

اما بالنسبة لحكم عيب القرن فقد اتفق جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة والمالكية الى ثبوت خيار الفسخ للزوج بسبب عيب القرن، وخالفهم الحنفية في ذلك فأنهم لا يرون للرجل حق الفسخ ولو رأى عشرات العيوب مجتمعة في المرأة[6].

اما بالنسبة لفقهاء الإمامية فأن كان القرن مانعاً من الوطيء فأنه يثبت خيار الفسخ للرجل اما إذا كان غير مانع من الوطيء فأن بعض الإمامية قد اثبتوا الخيار للرجل لعموم الأخبار، والأكثر عدم ثبوت الخيار للحديث المروي عن عبد الرحمن عن ابي عبد الله عليه السلام قال (المرأة ترد من اربعة اشياء من البرص والجذام والجنون والقرن وهو العفل ما لم يقع عليها فإذا وقع عليها فلا) فالقرن إذا كان مانعاً من الوطيء يثبت به الفسخ لفوات غاية النكاح والا فلا[7].

ثانيًا – الإفضاء

عرف الإمامية الإفضاء بأنه تصيير المسلكين واحداً[8]. او هو تصيير مخرج البول ومدخل الذكر واحداً وقيل ايضاً هو صيرورة مدخل الذكر ومخرج الغائط واحداً[9].

اما عند جمهور الفقهاء فهو اختلاط مسلك الذكر بمسلك البول وكذلك اختلاط مسلك البول والغائط[10]. وحكم الإفضاء انه يثبت به خيار الفسخ باتفاق الإمامية[1]، والحنابلة والمالكية[2]، اما الشافعية فلا يرون ان الإفضاء موجب للفسخ[3].

1 - الشيخ مرتضى الأنصاري، مصدر سابق، ص 444.
2 - السيد عبد الأعلى السبزواري، مصدر سابق، ص117.
3 - شمس الدين الدسوقي، مصدر سابق، ص 287.
4 - شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي االشهير بالشافعي الصغير، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، ج6، ط3، دار احياء التراث الإسلامي، بيروت – لبنان، 1413هـ - 1992 م، ص 310.
5 - النووي، روضة الطالبين، (ج5 / 512).
6 - محمد جواد مغنية، (ج2، 332 وما بعدها).
7 - الشيخ مرتضى الأنصاري، مصدر سابق، السيد عبد الأعلى السبزواري، مصدر سابق، ص 117.
8 -المحقق الحلي، شرائع الإسلام، (ج2 / 541).
9 - العلامة الحلي، تحرير الإحكام، (ج3 / 534).
10 - عبد الفتاح أحمد أبو كيله، مصدر سابق، ص 475.

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

أولًا – الجنون: الجنون هو اختلاط واختلال في العقل يمنع من جريان الاقوال والافعال على نهجه الا نادرا[4]. وهو اما ان يكون موجود في الانسان قبل بلوغه، وقد يبلغ الانسان عاقلا ثم يطرأ عليه الجنون بعد ذلك وقد يكون الجنون مستوعبا لتمام العقل ومستمرا في كل الاوقات فيسمى جنونا مطبقا، وقد يكون منقطعا بحيث يذهب بعقل الانسان في بعض الاحيان دون اخرى[5].

أما بالنسبة لموقف الفقهاء من اعتبار الجنون عيباً يوجب خيار الفسخ في الزواج، فقد اتفق جمهور الفقهاء من الشافعية[6]، والحنابلة[7]، والمالكية[8]، بأن عيب الجنون يثبت به التفريق. الا ان جمهور الفقهاء بعد ان اتفقوا بأن الزوج يفسخ بجنون زوجته والزوجة تفسخ بجنون زوجها؛ فقد اختلفوا في التفاصيل فقال الشافعية والحنابلة يثبت الفسخ لكل منهما سواء حدث الجنون قبل العقد ام بعده وبعد الدخول ولا يشترط الإمهال كما هو الحال في العنين، وعند المالكية فأنه إذا حصل الجنون بعد العقد فأن حق الفسخ يثبت للزوجة فقط بعد ان يؤجل الحاكم سنة قمرية اما الزوج فلا يفسخ بجنون زوجته المتجدد بعد العقد اما الجنون الحاصل قبل العقد فأنه موجب للخيار لكلا الزوجين بشرط حصول الضرر للعاقل منهما[9].

اما عند الحنفية فلا يرد الرجل امرأته عن عيب بها وان فحش أما المرأة إذا وجدت بالزوج عيب الجنون أو الجذام أو البرص فليس لها أن ترده به في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعلى قول محمد لها الخيار إذا كان على حال لا تطيق المقام معه لأنه تعذر عليها الوصول إلى حقها لمعنى فيه فكان بمنزلة ما لو وجدته مجبوبا أو عنينا[10].

اما بالنسبة لفقهاء الإمامية فأن الجنون الحاصل للرجل يجعله لا يعقل أوقات الصلاة فلا خلاف ظاهر عندهم بثبوت الخيار للمرأة به سواء تجدد بعد الوطيء أو كان سابقاً عليه أوعلى العقد، اما إذا كان الرجل يعقل أوقات الصلاة فأن كان الجنون قبل العقد أو مقارناً له فالمشور عند فقهاء الإمامية ثبوت الفسخ به، اما إذا كان متأخراً عن العقد فقد اختلف فيه فقهاء الإمامية؛ فأكثر المتقدمين يقولون بعدم ثبوت الفسخ به خلافاً للكثير من المتأخرين الذين يستندون على اطلاق رواية علي بن ابي حمزة عن ابي ابراهيم (عليه السلام)(عن المرأة يكون لها زوج وقد اصيب في عقله بعدما تزوجها أو عرض له الجنون فقال: لها ان تنزع نفسها منه ان شاءت) ويضاف اليها اطلاق صحيحة الحبلي (انما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل)[11]. ولا فرق في الجنون الموجب للخيار بين المطبق منه والادواري ان وقع العقد حال افاقته لأطلاق الأدلة الشامل لكل من المطبق والأدوار[12].

ثانيًا – البرص والجذام: وهما من العيوب الموجبة لخيار الفسخ المشتركة بين الرجل والمرأة عند جمهور الفقهاء من الشافعية[13]، والحنابلة[14]، والمالكية[15]، فلكل من الزوجين الفسخ بهما. وقال المالكية يثبت حق الفسخ للزوجة بالجذام إذا وجد بالرجل قبل العقد او

---

1 - السيد عبد الأعلى السبزواري مصدر سابق، ص 117، المحقق الحلي، شرائع الإسلام (ج 2 / 541)، الشيخ يوسف البحراني، مصدر سابق، ص354.
2 - محمد جواد مغنية، (ج2 / 333).
3 - أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، كتاب اللأم، ج5، ط2، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت 1403هـ 1983 م، ص .91
1- ناديا محمد تيسير ابو خلف، الأهلية، اقسامها، اطوارها، عوارضها، وعلاقتها بالأحوال الشخصية الأردني، رسالة ماجستير مقدمة الى كولية الدراسات العليا، جامعة الخليل، 2008، ص 56.
5 - نواح عمر، عيوب النظام القانوني لعوارض الأهلية، بحث مقدم الى المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2005 - 2008، ص 8.
6 - محمد بن إدريس الشافعي (ج5 / 91).
7- ابن قدامة (ج7 / 581).
8 - الإمام مالك (ج2 / 211).
9 - محمد جواد مغنية، (ج2 / 333).
10- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، ج5 دار المعرفة، بروت – لبنان، بدون سنة طبع ص 95، 97
11- الشيخ الأنصاري، مصدر سابق ص 440.
12 - السيد عبد الأعلى السبزواري، مصدر سابق، ص114.
13 - النووي، المجموع، (ج16 / 265).
14 - عبد الرحمان ابن قدامة المقدسي (ج 7 / 567).
15 - ابو بركات (ج 2 / 277).

بعده ولا يثبت للزوج الا إذا كان الجذام في المرأة قبل العقد او حينه اما البرص فأن كان قبل العقد ثبت الخيار لكل منهما وان كان بعد العقد فأن الخيار للمرأة دون الرجل ويؤجل الحاكم الأبرص والمجذوم سنة قمرية إذا احتمل الشفاء والبرء [1]. اما الحنفية فبالنسبة للرجل فلا يرد امرأته عن عيب بها وان فحش، اما بالنسبة للمرأة فلهم في ذلك قولين حيث يرى ابو حنيفة وابو يوسف بعدم ثبوت خيار الفسخ للمرأة بالبرص والجذام، وعلى قول محمد لها الخيار إذا كان على حال لا تطيق المقام معه[2].

اما بالنسبة للإمامية فإن البرص والجذام على المشهور عندهم من الأمراض الخاصة بالمرأة دون الرجل[3]. الا ان بعض فقهاء الإمامية جعل الجذام والبرص مشترك بين الرجل والمرأة وذلك لصحيحة الحلبي عن ابي عبد الله (عليه السلام) (يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل) حيث تناول الحديث بأطلاقه كل من الرجل والمرأة كما ان الخيار ضروري للمرأة للتخلص من الضرر الناتج عن العدوى باتفاق الأطباء وليس للمرأة من سبيل اخر خلافاً للزوج الذي يستطيع التخلص من الضرر بالطلاق[4].

ثالثًا – العقم

يقصد بالعقم عدم القدرة على الأنجاب سواء كان من الرجل اومن المرأة، والتعقيم هو اتباع بعض الطرق العلمية للتأثير على الجهاز التناسلي للرجل ليفقد صلاحية الأنجاب[5]. وقد اختلف الفقهاء في ثبوت خيار الفسخ بعيب العقم؛ فعند الإمامية[6]، والشافعية[7]، والحنفية[8]، والمالكية[9]، و بعض الحنابلة[10]، لا يعتبر العقم عيباً مبرراً لفسخ النكاح. في حين ذهب ابن القيم والبعض الأخر من الحنابلة الى ثبوت الخيار بالعقم لأنه يعطل مقصود النكاح من الرحمة والمودة[11].

أما على مستوى القانون العراقي، فإن المشرع العراقي قد تناول عيوب النكاح في المادة (43 اولاً) من قانون الأحوال الشخصية في الفقرات الرابعة والخامسة والسادسة، وقد سبق أن أوضحنا أحكام هذه المادة عند الحديث عن التعريف بالعيب الذي يوجب خيار الفسخ فلا داعي للإعادة، ولكن نريد هنا ان نبين أن المشرع العراقي قد تناول عيوب النكاح بشكل خالف فيه الراجح في الفقه الإسلامي واتخذ لنفسه مساراً وافق فيه رأي الفقيه محمد من فقهاء الحنفية ؛فمن ناحية انه قصر خيار الفسخ بالعيوب على الزوجة وحدها دون الزوج وهو ما يوافق المذهب الحنفي دون غيره من سائر المذاهب، ومن ناحية اخرى انه لم يحصر العيوب الموجبة للتفريق بالجب والخصاء والعنه على ما هو الراجح في المذهب الحنفي، فقد اجاز طلب التفريق بالجنون والجذام والبرص وأي علة اخرى سارية او توجب التنفير، وبذلك فإن المشرع العراقي لم يحدد على نحو الحصر العلل التي تعطي للزوجة حق طلب التفريق، بل ترك للقاضي سلطة تقدير العلة والضرر الناشئ عنها، وبهذا الخصوص قررت محكمة التمييز بأن قانون الأحوال الشخصية لم يحدد العلل التي تشكل سبباً لطلب الزوجة التفريق من زوجها وانما ترك للقاضي استخلاص العلة والضرر الناشئ عنها وكونها قابلة للشفاء من عدمه[12].

1 - محمد جواد مغنية، (ج2 / 333).
2 - السرخسي (ج5 / 95، 97).
3 - السيد ابو القاسم الموسوي الخوئي، فقه الأعذار الشرعية والمسائل الطبية، ط1، دار الصديقة الشهيدة، ايران، 1427هـ - 2006 م، ص 109.، السيد عبد الأعلى السبزواري، مصدر سابق، ص 119.
4 - أشار اليه الشيخ يوسف البحراني، مصدر سابق، ص 350، ومن أصحاب هذا الرأي الطرابلسي، عبد العزيز بن براج، المهذب، ج2، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، 1406، ص 231.
5 - عبد الفتاح أحمد أبو كيله، مصدر سابق، ص 483.
6 - السيد عبد الأعلى السبزواري، مصدر سابق، ص 120، السيد السيستاني، ، (ج3/ 85)
7 -رمزي محمد الدراز، أحكام السكوت في الفقه الإسلامي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2011، ص 333.
8 -العيوب الموجبة للفسخ عند الحنفية (الجب والخصاء والعنه) فقط أنظر د. عبد الفتاح أحمد أبو كيله، مصدر سابق، ص444.
9 - أبي عبدالله بن عبد الرحمن المغربي (ج5 / 20).
10 - عبد الرحمن ابن قدامه المقدسي (ج7 / 578) البهوتي (ج5 / 124).
11 -د. عبد الفتاح أحمد ابو كيلة، مصدر سابق، ص 484.
12 - قرار محكمة التمييز المرقم (21 / 39 / شرعية) في 15 /1970/11، مشار إليه لدى د.سلام عبد الزهرة الفتلاوي و د.نبيل مهدي زوين، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، ط1، مكتبة دار السلام القانونية، العراق، النجف الأشرف، 2015، ، ص 186.

الخاتمة: وتتضمن أهم النتائج والتوصيات

أولًا – النتائج

1 – على الرغم من عدم وجود مفهوم محدد للعيب الموجب لخيار الفسخ الا انه يمكن القول ان هناك محددات لهذا المفهوم بعضها يعتبر محل اتفاق لدى فقهاء الشريعة الاسلامية كما الحال بالنسبة العيوب التي تعطل حق الزوجة المستحق بالنكاح، وبعضها متفق عليه لدى أغلب الفقهاء، كما هو الحال بالنسبة للعيوب المانعة من الوطيء في كل من الرجل والمرأة أو الموجبة للتنفير في كل منهما.

2 – ان المشرع العراقي وأن لم يحدد مفهوم العيب الموجب للفسخ، الا انه يمكن القول ان هناك معايير يمكن ام يتحدد في ضوئها مفهوم هذا العيب في القانون، كالتنفير وعدم القدرة على القيام بالواجبات الزوجية0

3 – تختلف احكام العيوب المرافقة للنكاح من حيث اصل ثبوت خيار الفسخ فيها، ونطاق هذا الخيار وشروط ثبوته وسعًا وضيقًا من مذهب لأخر من مذاهب الشريعة الاسلامية.

4 – ان المشرع العراقي قد أتخذ لنفسه مسارًا خاصًا بخصوص مسألة التفريق بالعيب، فمن ناحية انه قصر حق الفسخ على الزوجة دون الزوج موافقًا في ذلك مذهب ابي حنيفة ومخالفًا الراجح في الفقه الاسلامي من اعطاء خيار الفسخ لكلا الزوجين، ومن ناحية انه خالف مذهب ابو حنيفة من حصر العيوب المزجبة للفسخ بـ (الجب والخصاء والعنه) فجعلها تشمل كل علة سارية أو موجبة للتنفير.

ثانيًا – التوصيات

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

قائمة المصادر

أولًا: كتب الفقه الإسلامي

أ– الفقه الإمامي

1– الأراكي، محمد علي، كتاب النكاح، الطبعة الأولى، مطبعة نور نكار، 1377هـ.

2– الأنصاري، مرتضى محمد امين، كتاب النكاح، ط1، مطبعة باقري، قم 1415هـ.

3– البحراني، المفلح الصميري، غاية المرام في شرح شرائع الإسلام، ط1، دار الهادي للطباعة، 1999.

4 – البحراني، يوسف بن أحمد بن إبراهيم، الحدائق الناظرة، مؤسسة النشر الإسلامي، 1408هـ.

5– الحلي، أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، شرائع الإسلام، ، ط2، طهران، 1409هـ.

6 – الحلّي، أبي منصور الحسن بن يوسف بن المطهّر، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية، ط1، مؤسسة الأمام الصادق، ايران – قم، 1421هـ.

7 – الخوئي ابو القاسم الموسوي، فقه الأعذار الشرعية والمسائل الطبية، ط1، دار الصديقة الشهيدة، ايران، 1427هـ– 2006م.

8– السبزواري، عبد الأعلى، مهذب الأحكام في بيان الحلال والحرام، ج 25، ط4، مطبعة الهادي، مؤسسة المنار، قم، 1417هـ.

9 – السيستاني علي الحسيني، منهاج الصالحين، ط 14، دار المؤرخ العربي، بيروت، 1429هـ– 2008م.

10– الطرابلسي، عبد العزيز بن براج، المهذب، ، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، .1406

11– الطوسي، ابي جعفر محمد بن الحسن بن علي، المبسوط في فقه الإمامية، ط2، المطبعة الحيدرية، تهران، 1388هـ.

12– العاملي، زين الدين، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ، بدون مكان طبع، بدون سنة طبع.

ب- الفقـه الحـنفي

1- محمد أمين الشهير بابن عابدين حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، دار الفكر بيروت، 1415هـ/ 1995.

2- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية، بدون سنة طبع.

3- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، بدون سنة طبع.

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

ت - الفقه الحنبلي

1- البهوتي، منصور بن يونس، كشاف القناع عن متن الإقناع، ، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع.

2- الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الشهير بالشافعي الصغير، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، ج6، ط3، دار احياء التراث الإسلامي، بيروت، 1413هـ- 1992م.

3- المقدسي، شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد ابن قدامة الشرح الكبير على متن المقنع، ج 7، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع بدون مكان طبع، بدون سنة طبع.

4- المقدسي، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، ج 6، بدون مكان طبع، بدون سنة طبع.

ث- الفقه الشافعي

1- الدمياطي أبي بكر المشهور بالسيد البكري ابن السيد محمد شطا، حاشية اعانة الطالبين، ط1، دار الفكر، 1418هـ/1997م.

2 - الشافعي أبي عبد الله محمد بن إدريس، كتاب الام، ط2، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت 1403هـ/1983م.

3- النووي أبي زكريا يحيى بن شرف، روضة الطالبين، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع.

4 - النووي، المجموع شرح المهذب، ، دار الفكر، بدون مكان طبع، بدون سنة طبع.

ج- الفقه المالكي

1- أبي البركات، سيدي أحمد الدردير، الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، بدون مكان طبع، بدون سنة طبع، الدسوقي شمس الدين محمد عرفه، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، بدون مكان طبع، بدون سنة طبع.

2 - مالك بن انس الأصبحي، رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن عبد الرحمن بن القاسم العتقي، المدونة الكبرى، بدون مكان طبع، بدون سنة طبع.

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

ثانيًا: كتب القانون

1 - سلام عبد الزهرة الفتلاوي و نبيل مهدي زوين، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، ط1، مكتبة دار السلام القانونية، العراق، النجف الأشرف، 2015،

2 - فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، بدون مكان طبع، 2004م.

3 - -د. عبد الفتاح احمد ابو كيلة، الفحص الطبي قبل الزواج، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2011م.

ثالثًا: مصادر اخرى

1 - رمزي محمد الدراز، أحكام السكوت في الفقه الإسلامي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011م.

2 - سلوان سعد صالح، ، التفريق بين الزوجين قضائياً، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون - جامعة النهرين، 2009م.

3 - قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959م.