عيوب الزوجية وأثرها
في تقويض الروابط الأسرية(*)

الدكتور/ باسم محمد شهاب
أستاذ محاضر - كلية الحقوق والعلوم التجارية
جامعة عبد الحميد بن باديس (الجزائر)

ملخص:

إن موضوع عيوب الزوجية واحد من أهم الموضوعات الأساسية لقانون الأسرة – قانون الأحوال الشخصية – بسبب من العلاقة التي تربطه بالموضوعات الأخرى ذات الصلة بالأسرة والمجتمع.

وهذا الموضوع يتناول مسألة غاية في الأهمية؛ كونه يمثل معالجة حديثة لعيوب الزوجية وكذا الفحص الطبي للأزواج، آخذاً بنظر الاعتبار الديانة والمستوى الفكري وحقيقة الظروف أو الأحوال بحسب طبيعة الزمن واكتشاف طرق جديدة للتصرف.

وإذا كان هذا الموضوع في حقيقته يبدو سهلاً يسيراً، فإن القواعد التي تحكمه عند التطبيق العملي صعبة للغاية. ومن الضروري جداً لحماية الأسرة قبل التحدي على حقيقته، إن كان ذلك على الصعيد المحلي – القطر الجزائري – أو على مستوى القوانين العربية. وأصبحت واضحة للعيان الهوة الشاسعة والمشكلات الصحية المعقدة التي يضمها النظام القانوني.

ونحن نعتقد بأن هذه الدراسة ذات أهمية كبيرة على مستقبل الأسرة. على سبيل المثال، إن الفحص لأطراف العلاقة قبل الزواج يقلل من حالات الطلاق. وإننا في هذا البحث قد حرصنا على الإشارة بين الحين والآخر إلى أحكام الشريعة الإسلامية، التي كان لها الدور في رسم الإطار العام لما

(*) أجيز البحث بتاريخ ٢٠٠٨/٣/٢٣م.

يتعلق بمسألة عيوب الزوجية في الأقطار العربية. كما قد حرصنا على أن تكون أفكار هذه الدراسة مفيدة قدر الإمكان، وكرسناها – كما هو معروف – لعيوب المقاربة بين الأزواج.

وفي الختام خلصنا إلى إيجاد بعض القواعد ذات الأهمية والاقتراحات وبعض التوصيات. نأمل أن تعين كل من يعمل في هذا الحقل.

توطئة:

تبنى الأسرة على دعامتين، هما الزوج والزوجة يجمع بينهما رباط مقدس، وقد كان الإنسان ولا يزال يحيط الزواج بطقوس ومراسم خاصة، وكان الزواج عند بعض المجتمعات القديمة كالهنود والإغريق إلزامياً، فيما تمثل العزوبة جريمة. وإذا ما تحررنا من الطابع المقدس للرابطة الزوجية وقلنا عن الزواج إنه مؤسسة اجتماعية ذات أهداف معروفة، فسوف ينتهي بنا القول إلى أن لكل شأن من شؤون الحياة من يصلح له، بما في ذلك الزواج، وهنا لا تطرح المسألة على أنها البحث عن التوافق بين طرفي العلاقة بقدر ما يتعلق الأمر بضمان سلامة الطرف الآخر والنسل.

وللسلامة من العيوب علاقة وثيقة بمضامين الصحة العامة، والإنسان كما هو معروف سواء بحكم تكوينه الفيزيولوجي والنفسي أو بحكم الدور المنوط به في الحياة يعد أكثر المخلوقات تعرضاً للأمراض والعوارض وأكثرها حاجة للرعاية، وكلما تعقدت الحياة وغلب جانبها المادي على شطرها الروحي واجه الإنسان مصاعب ومصائب لم يشهدها أسلافه، وموضوع هذه الدراسة ليس بالجديد غير أنه متجدد مع الزمن، ويرجع ذلك لسببين، الأول: ظهور أمراض أو عيوب جديدة يعجز الطب عن علاجها، والثاني: تبدل أنماط التفكير لدى الإنسان تبعاً للتغير الذي طال أساليب الحياة بسبب من طغيان النزعة المادية.

وإذا كانت تشريعات الأحوال الشخصية للبلدان العربية قد نهلت من معين الشريعة الإسلامية، فإن ذلك لم يمنع التفاوت في أحكامها، بسبب تباين آراء علماء المسلمين حول المسائل الجزئية ومرونة أحكام الشريعة لمنع التضييق على الناس. ويعد الفحص الطبي للمتقدمين للزواج من المستحدثات التشريعية

في أنظمتنا القانونية، بل إن التشريعات الصحية المستقلة والناضجة في كثير من الدول العربية هي الأخرى يمكن وصفها بالحداثة. سنوالي عرض هذا الموضوع من خلال المباحث التالية:

- المبحث الأول: الأحكام المتصلة بعقد الزواج.
- المبحث الثاني: العيوب الموجبة للفرقة بين الأزواج.
- المبحث الثالث: الفحص الطبي للأزواج.
- المبحث الرابع: الأحكام المتعلقة بالمهلة الشرعية للزوج المعتل.
- المبحث الخامس: الآثار المترتبة على ثبوت العيب.

المبحث الأول
الأحكام المتصلة بعقد الزواج

للعيوب الزوجية علاقة بأحكام عقد الزواج، لذا فمن الأنسب التعرض لبعض تلك الأحكام، التي تساهم إلى حد بعيد في اكتمال رسم ملامح الصورة وإزالة الغبش عنها. ووقع الاختيار هنا على التعريف بالزواج وبيان محل العقد علاوة على الخوض في شروطه، لمعرفة إذا ما كان بالإمكان جعل السلامة من تلك الشروط أو إدراج شرط الكفاءة ضمنها، إضافة إلى زواج المجنون والمعتوه، بسبب من التناقض الواقع في طرح المسألة الأخيرة بين أن تكون تلك العيوب مانعة من الزواج حيناً أو يكون الزواج علاجاً لها حيناً آخر. وكل ذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول
التعريف بالزواج وتحديد محله

لتحديد المراد بالزواج فائدة ذات وجهين؛ الأول: معرفة قيمته الشرعية والقانونية، والثاني: يتمثل بالوقوف على بدايته ونهايته، ويعكس التعريف في العادة شكل العلاقة بين الزوجين ومضمونها، وإن ثبوت الفرقة أو وقوع الطلاق للعيوب هو في حقيقته استهداف لعقد الزواج، على فرض أن العقد قد تم، وهذا يتطلب تحديد المراد بالزواج الذي يظهر في صورة عقد من صنف العقود الرضائية؛ يتم بمجرد اتفاق أطرافه، ومن بين العقود الشكلية؛ حيث يعقد في جهة رسمية ويكتب ويسجل، ومن طائفة العقود المسماة؛ له اسمه الخاص به وأحكامه، ومن ضمن عقود المعاوضة؛ إذ يعود بالنفع على عاقديه مقابل التزامات تترتب عليهم، وهو محدد؛ أي أن لكل طرف فيه أن يحدد قيمة ما يعطي وقيمة ما يأخذ، ويلزم طرفيه ويمتد مع الزمن نهايته عند أحد الأجلين الوفاة أو الطلاق البائن، ويرد على منفعة الاستمتاع – مع وجود خلاف حول هذه الصفة – علاوة على كونه من العقود المقدسة.[1]

(١) علي أبو البصل، دراسات في فقه الأسرة، دار القلم، الإمارات العربية المتحدة، دبي، ط١/ ٢٠٠٤، ص ٨ – ٩.

وعبرت التشريعات العربية للأحوال الشخصية عن الزواج، بصيغ مختلفة كالقول عنه بأنه "عقد رجل وامرأة تحل له شرعاً غايته السكنى والإحصان وقوة الأمة" أو "عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب" أو "مؤسسة قانونية وعقد احتفالي به يتحد رجل وامرأة لأجل إقامة حياة مشتركة ودائمة بينهما" أو "ميثاق شرعي بين رجل وامرأة غايته إنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوج على أسس تكفل لهما تحمل أعبائها بمودة ورحمة"(١).

وما يهمنا هنا هو الأسس والأهداف المرتبطة بعقد الزواج، التي تتأثر بعيب أحد الزوجين أو كليهما، أياً كانت تلك الأسس والأهداف التي تديم استمرارية العقد، وعلى اختلاف صور التعبير عنها، كالمودة والرحمة والألفة والإحصان والتناسل والمعاشرة ورابطة الحياة المشتركة والسكينة... إلخ. وتمثل الأسرة السقف الذي يمكن أن تتحقق وتقوم تحته وفي ظله ولأجله الأهداف والغايات الأخرى، حتى إن المشرع الجزائري قد انفرد بتسمية قانون الأحوال الشخصية بقانون الأسرة.

ولتحديد محل عقد الزواج – المعقود عليه – أهمية استثنائية في إطار البحث في عيوب الزوجية، لا تقل أهمية عن التعريف بالزواج؛ ذلك أن العيب قد

(١) انظر على التوالي: المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤، المادة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري رقم ١١ لسنة ١٩٨٤ المعدل بالأمر رقم ٢ لسنة ٢٠٠٥. المادة الأولى من مشروع القانون الاختياري للأحوال الشخصية للحزب السوري القومي الاجتماعي، المادة الخامسة من مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية – وثيقة الكويت – والمعتمد من قبل مجلس وزراء العدل العرب في دورته السادسة بتاريخ ١٩٨٨/٤/٤. واشتهر الزواج في المذهب المالكي بأنه " العقد أو الوطء" محمد العلوي العابدي، الأحوال الشخصية والميراث في الفقه المالكي، إفريقيا الشرق، ط١/١٩٩٦، ص٥.

يلحق بأحد الزوجين أو كليهما، بما قد يعني تحقق الخلل في المعقود عليه الموجب لإنهاء العقد في ظروف بعينها. قضي بأن (الزواج الصحيح شرطه أن تكون المرأة محلاً لعقد الزواج عليها بالنسبة لمن يريد زواجها، وأن يحضر زواجها شاهدان).[١]

وذهب البعض إلى أن محل العقد منفعة الاستمتاع لا ملكها باعتبار أن الاستمتاع من جهة الزوجة ويقع من جهة الزوج ولا يحل إلا بالنكاح الصحيح.[٢] وقيل إن الزواج عقد يرد على ملك المتعة حصراً؛ بما يعني أن حق الاستمتاع ملك الرجل دون غيره، أما المرأة فلها الاستمتاع بزوجها وقد تشاركها امرأة أخرى في ذلك؛ أي أن ما يثبت للزوجة هو الحل لا الاختصاص فقد تشاركها فيه امرأة أخرى أو أكثر.[٣]

واستبعد البعض فكرة كون المرأة محلاً للعقد باعتبار أن المعقود عليه من المشتركات بين العاقدين يتمثل في حل العلاقة بين الزوجين حصراً، وأن اشتراط الأنوثة في المرأة من متطلبات محل العقد، وكذا بالنسبة لرجولة الرجل، فمن لا يكون محقق الأنوثة وكذا الرجولة لا يصح الزواج منه، ويتحقق عدم الحل فيندرج في عموم المحرمات؛ بمعنى أن الزوجين طرفي العقد لا معقوداً عليهما.[٤] فمثلما يتطلب في المرأة الأنوثة كشرط لانعقاد العقد يتطلب الذكورة بالنسبة للرجل، ومن ثم يقع باطلاً كل عقد كان أحد الزوجين فيه خنثى

---

(١) طعن مصري رقم ١١٤ لسنة ٥٨ق أحوال شخصية، جلسة ١٩٩١/١/١٥. عبدالحميد الشواربي، مجموعة الأحوال الشخصية، في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص١٧١.

(٢) كشاف القناع عن متن الإقناع، للبهوتي، ج١٦، ص٣٩١. موقع الإسلام: www.al-islam.com وانظر كذلك: علي أبو البصل، مرجع سابق، ص٢٤.

(٣) محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨، ص٢٥.

(٤) عبد الرحمن الصابوني، قانون الأحوال الشخصية السوري، في الزواج والطلاق، المطبعة الجديدة، دمشق، ط٥/١٩٧٩، ص٨٤ – ٨٥.

مشكل.[١] ومع هذا فقد قبلت بعض التشريعات الغربية الزواج المثلي – رجل برجل أو امرأة بامرأة – كالقانون الدنماركي الصادر في مايو ١٩٨٩، كما أبيح في إيطاليا للمقاطع الجنسي تغيير حالته المدنية ولو كان متزوجاً وله أولاد، والحال نفسه بالنسبة لكل من هولندا والسويد.[٢]

والخلاف لا ينحصر بمحل العقد وبحسب بل بمحل الطلاق كذلك بين أن تكون الزوجة أو الزوجان معاً، فلو قال الزوج لزوجته " أنا منك طالق " قيل بأنه لم يكن منه شيء لأن محل الطلاق الزوجة، وقال الشافعي يكون ذلك كناية والأمر مرده لنية الزوج؛ لأن منفعة الاستمتاع مشتركة بين الزوجين، ويميل البعض من الفقهاء إلى فكرة أن المرأة محل النكاح بقوله: (إن محل النكاح هو المرأة المحللة) و (إن محل النكاح هو الأنثى من بنات سيدنا آدم"ع") و (جعل الله – سبحانه وتعالى – النساء على العموم والإطلاق محل النكاح والزوجية).[٣]

---

(١) محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص٨٤ وما بعدها. يقول الفقيه Roudier (لا يمكن أن تكون الشخصية محلاً للقانون في حين أن كل الحقوق وجدت من أجل الفرد والذي هو بالضرورة الهدف من القانون).

Roudier.P: Droits subjectifs et situations juridiques, Paris, Dalloz, 1963.

أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٩، ص٣٧. وجاء في المادة ٩٣ من القانون المدني الجزائري بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٥ المعدل والمتمم (إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالفاً للنظام العام والآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً).

(٢) انظر: القانون الإيطالي الصادر في ١٩٨٢/٤/١٤، والقانون السويسري الصادر في ١٩٧٢/٤/٢١، والقانون الهولندي الصادر في ١٩٨٥/٤/٢٤. تشوار جيلالي، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠١، ص٢٨.

(٣) ينبغي الملاءمة بين هذا وبين القول إن من شروط الزواج ألا يكون أحد الزوجين ملك صاحبه، أي عدم جواز أن يتزوج الرجل بجاريته أو أن تتزوج المرأة بعبدها. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني، الأجزاء ٥و ١٥، ص٤٥٩، ٣٥، ٣٦. أسنى المطالب شرح روض الطالب، لشيخ الإسلام زكريا بن محمد الأنصاري الشافعي، ج١٤، ص٣٦٢. (موقع الإسلام).

والأولى أن تتفق الكلمة على أن محل العقد هو منفعة الاستمتاع المشتركة، على الرغم من أنها ليست الوحيدة المرجوة من الزواج، لكنها هي المتحققة عند العقد أو من المفروض كذلك، والعيوب التي تفوت فرصة الاستمتاع بالنسبة لأحد الزوجين أصل، ولو أن الاستمتاع لا يتحقق إلا بالضرر لتساوى مع عدم تحققه.[١] وعدم قصر الآثار القانونية للعيوب على أحد الأزواج يدلل على أن المنفعة المشتركة هي محل العقد. والقول بأن المرأة محل العقد سيزيد الدعوات الرامية إلى المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة.

المطلب الثاني
شروط العاقدين وعيوب الزوجية

قد يضع أحد طرفي العقد أو كلاهما جملة من الشروط، والاشتراط من الشرع لقول الرسول (ﷺ) " ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له وإن اشترط مائة شرط).[٢] والشروط أنواع: ١ – شروط باطلة وتبطل العقد كشرط توقيت العقد. ٢ – شروط باطلة والعقد معها صحيح، إذ لم يقم الدليل من الشارع على إقرار الشرط. ٣ – شروط توافق مقتضى العقد، كاشتراط الزوجة على زوجها إسكانها

(١) إن القول بأن للمرأة ألا تستجيب لطلب زوجها إذا لم تستوف معجل صداقها يظهر منفعة الاستمتاع أحادية الوجهة من طرف الزوجة لزوجها، وأن المهر ثمن لشراء المنفعة لا مقابل للعصمة. محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص٢٠٤ – ٢٠٥. وقد قيل (بأن المهر في مقابلة البضع، وكل من الزوجين يقضي وطره من صاحبه، فإنما أوجب الله سبحانه نفقتها وكسوتها ومسكنها في مقابلة استمتاعه بها وخدمتها). زاد المعاد في هدي خير العباد، لابن القيم الجوزية، ج٥، ص١٦٩.(موقع الإسلام).

(٢) روي الحديث عن عائشة (رض). صحيح البخاري، كتاب الشروط، باب المكاتب وما لا يحل من الشروط التي تخالف كتاب الله، رقم الحديث ٢٥٣٠، ج ٩، ص ٢٥٩. (موقع الإسلام).

في منزل يليق ومقامها بحسب قدراته المالية. فكل ما يوافق ويؤكد مقتضى العقد ويقوم الدليل على صحته من أثر أو عرف أو قياس فهو صحيح.[١]

وإذا كان الأمر كذلك فهل يصح أن يضمن العقد شرط السلامة الصحية أو الجسدية للزوج الآخر؟. وهل يعد هذا الشرط من الشروط الصحيحة؟. يقول ابن حزم (فإن اشترطا السلامة في عقد النكاح فوجد عيباً، أي عيب كان فهو نكاح مفسوخ مردود لا خيار له في إجازته ولا صداق فيه ولا ميراث ولا نفقة، دخل أو لم يدخل، لأن التي أدخلت عليه غير التي تزوج، ولأن السالمة غير المعيبة بلا شك، فإذا لم يتزوجها فلا زوجية بينهما). فشرط السلامة من العيوب بما فيها الأمراض، يكون صحيحاً ومنتجاً لأثره، فإن تبين خلافه اعتبر العقد مفسوخاً سواء كان ذلك قبل الدخول أم بعده.[٢] وشرط السلامة هذا شديد الارتباط بالعاقدين، وهو من موجبات تحقيق المصالح المنشودة.

ولا ينبغي الخلط بين الشروط الاتفاقية والشروط القانونية التي يتطلبها الشارع، وهي شروط الانعقاد وشروط الصحة وشروط النفاذ وشروط اللزوم، والأهم هنا شروط الانعقاد، وخاصة ما يتعلق بالمرأة، حيث قيل: إنه ينبغي أن تكون محققة الأنوثة لا خنثى ولا رجل وإلا وقع الزواج باطلاً. ورأى البعض أن الشرط المذكور ينبغي أن ينسحب على الرجل كذلك. أما شروط اللزوم فتضم شرط السلامة من العيوب.[٣] ولا معنى للشرط الاتفاقي المتعلق بالسلامة من العيوب إذا كان القانون ينص عليه كشرط من شروط اللزوم.

---

(١) عبد الرحمن الصابوني، مرجع سابق، ٣٢٥ – ٣٢٦. وحول الشروط الباطلة والشروط الصحيحة وأثرها على مستقبل العقد تراجع المادة ١٤ من قانون الأحوال السوري. وجاء في المادة ١٩ من قانون الأسرة الجزائري (للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتناف هذه الشروط مع أحكام هذا القانون). تراجع كذلك المواد ٣٢، ٣٥ من القانون نفسه.

(٢) المحلى، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، ج١٠، دار الجيل، بيروت، د. س. ط، ص١١٥. عبد الرحمن الصابوني، مرجع سابق، ص٣٢٤.

(٣) معنى اللزوم ألا يكون لأحد العاقدين أو لغيرهما الحق في فسخ العقد بعد انعقاده. محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص٨٦، ٩٢.

ومن المفيد هنا التذكير ببعض مما جاء في المادة ٤٠ من قانون الأحوال الكويتي (ج – وإذا اقترن بشرط لا ينافي أصله ولا مقتضاه وليس محرماً شرعاً صح الشرط ووجب الوفاء به، فإن لم يوف به كان للمشروط له حق طلب فسخ العقد. د – ويسري حكم الفقرة السابقة عند فوات الوصف المعين المشروط في أحد الزوجين).

وجاء في المادة ٢٠ من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي الاتحادي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ (١ – الأزواج عند شروطها إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً. ٢ – إذا اشترط في عقد الزواج شرط ينافي أصله بطل العقد. ٥ – إذا اشترط أحد الزوجين في الآخر وصفاً معيناً فتبين خلافه، كان للمشترط طلب فسخ العقد).

وتطرح كفاءة أحد الزوجين للآخر قدراً من الاعتقاد بأن الخلو من العلل بالنسبة للرجل من مستلزمات هذه الكفاءة، التي قيل عنها بأنها المماثلة بين الرجل والمرأة، وتتعلق بالجانب المادي وحده، بمعنى القدرة على دفع المهر والنفقة، وبأنها من حق الولي الذي له طلب فسخ العقد، وبحسب بعض التشريعات (يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤاً للمرأة في المال، وهي أن يكون الزوج قادراً على المهر المعجل ونفقة الزوجة وتراعى الكفاءة عند العقد فإذا زالت بعده فلا يؤثر ذلك في الزواج). و (يسقط الحق في طلب الفسخ لعدم الكفاءة إذا حملت الزوجة أو انقضت سنة بعد العلم بالزواج أو بسبق الرضا ممن له طلب الفسخ).[١]

والرأي الراجح في الفقه الإسلامي أن الكفاءة من شروط اللزوم لا من شروط الصحة، فينفذ العقد ويرتب آثاره بإجازة الأولياء، وينظر للكفاءة وقت العقد، كي لا ترهن العلاقة الزوجية بالمتغيرات. والكفاءة عند أبي حنيفة النسب والدين، وقال أحمد بالدين والنسب، وعند المالكية الدين، ولدى الشافعية الدين والنسب والحرية والصناعة والسلامة من العيوب المنفرة، ولدى بعض منهم أن

(١) علي أبو البصل، مرجع سابق، ص٥٣. والمواد ٢٠، ٢٢، ٢٥، ٢٦ من قانون الأحوال الشخصية الأردني. وكذا المادة ٢٥ من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.

القدرة الجنسية من متطلباتها، استجابة للأصول الإسلامية والضرورات الاجتماعية، مع اقتصار الأمر على المرأة، وتبنى البعض هذا الاتجاه مع جعل أمره يخص الزوجة وأولياءها، خشية أن ترتبط الفتاة الصغيرة برجل هرم وفاقد للقدرة الجنسية.(١)

والعبرة بالكفاءة وقت العقد وفوات الكفاءة يعطي الحق بفسخ العقد للمرأة ووليها.(٢) والكفاءة ثابتة بالسنة النبوية، فما روي عن الرسول (ﷺ) أنه قال:

---

(١) ورد في زاد المعاد (لم يعتبر القرآن والسنة في الكفاءة إلا الدين) وكذا (...ولا من به عيب مثبت للفسخ كفئاً للسليمة). زاد المعاد في هدى خير العباد، لابن القيم الجوزية، ج٥، ص١٤٥.وعن أبي هريرة أن النبي (ﷺ) قال: (إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض). سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، رقم الحديث ١٠٠٤، ج٤، ص٢٦٠. (موقع الإسلام).
حسن نصار، حقوق المرأة، ج١، دار نشر الثقافة، الإسكندرية، ١٩٥٨، ص٣٣٦ – ٣٣٧. محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص١٤٧ وما بعدها. وهناك من يقول إن الكفاءة في الفقه المالكي تحدد بالدين والنسب والحرفة والصنعة وعدم العيوب والمركز الاجتماعي، ويحتكم عندها إلى العرف. محمد العلوي العابدي، مرجع سابق، ص٢٩. ويرى غيره أن رد الكفاءة للعرف ما يشير إلى عدم تعدي الكفاءة حدود الحرفة والصنعة. سمير عبد السميع الأودن، الزواج العرفي في ظل قانون الأحوال الشخصية الجديد رقم ١ لسنة ٢٠٠٠، مكتبة ومطبعة الشعاع الفنية، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص١٠. أحمد محمد لطفي أحمد، الإيدز وآثاره الشرعية والقانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص٣٧٦. وجاء في المادة ٢٢ من قانون الأحوال الإماراتي (العبرة في الكفاءة بصلاح الزوج ديناً. ويعتبر العرف في تحديد الكفاءة في غير الدين). والمادة ٣٥ من قانون الأحوال الكويتي.

(٢) المادة ٣٤ من قانون الأحوال الكويتي، وبحسب المادة ٣٩ منه، إن حق الفسخ يسقط بحمل الزوجة أو بسبق الرضا أو بانقضاء سنة على العلم بالزواج. وجاء في المادة ٣٦ من القانون ذاته (التناسب في السن بين الزوجين يعتبر حقاً للزوجة وحدها). وبحسب المادة ٢٤ من قانون الأحوال الإماراتي، إن عدم الكفاءة يعطي للزوجة ولوليها حق طلب فسخ العقد. كما أن المادة ٢١ منه قد نصت على أنه (يشترط في لزوم الزواج أن يكون كفؤاً للمرأة وقت العقد فقط). واعتدت بكفاءة السن، حين يكون سن الخاطب ضعف سن المخطوبة أو أكثر، حيث يشترط موافقة الخاطبين وعلمهما مع إذن القاضي عند توافر المصلحة في ذلك.

(لا تنكحوا النساء إلا الأكفاء ولا يزوجوهن إلا الأولياء)، و (تخيروا لنطفكم وأنكحوا الأكفاء وأنكحوا إليهم).[١]

ونحن نرى أن الكفاءة الجنسية لا تقل أهمية عن الكفاءة المالية إن لم تفقها، بسبب من أهمية الكفاءة الجنسية لقيام الحياة الزوجية وديمومتها، على الرغم من الاختلاف الحاصل حول مضمون الكفاءة بين قصرها على العنصر المادي أو الديني أو السن أو القدرة الجنسية وربما كل هذه العناصر وغيرها.

المطلب الثالث
إشكالية زواج وفرقة المجنون والمعتوه

انسجاماً مع مقولة أن العقل ليس بشرط لصحة الزواج بحسب الراجح في الفقه الإسلامي، قيل بجواز زواج المجنون والمجنونة وكذا المعتوه والمعتوهة، سواء كان الجنون مطبقاً أم طارئاً، وعلى خلاف بين من قال بعدم إمكانية تزويجه إذا ما بلغ ثم طرأ عليه الجنون – وهو رأي الإمام زفر من المذهب الحنفي – وبين من قال بانعقاد الولاية في الفرض الأخير للقاضي لا للولي – وهو رأي الجعفرية.[٢]

---

(١) الحديث الأول عن جابر بن عبد الله، رواه الدارقطني، كتاب النكاح، باب المهر، رقم الحديث ٣٦٤٦، ج٨، ص٣٨٥. والحديث الثاني عن عائشة (رض) الدارقطني، نفس الكتاب والباب، رقم الحديث ٣٨٣٤، ج٩، ص٦٧.
http:// www.islamic council.com وزارة الأوقاف المصرية.
وقيل بأن الكفاءة من حقوق العباد لا من حقوق الله تعالى، وهي تثبت للزوج والزوجة على التخيير، وجزاء التمسك بها فسخ العقد. محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص١٤٤ – ١٤٦.

(٢) بالحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج١، الزواج والطلاق، د. س. ط، ص٦١. وجعل المشرع الجزائري الإنابة على المجنون أو المعتوه للولي أو للوصي أو للمقدم. المادة ٨١ من قانون الأسرة.

وقبلت بعض تشريعات الأحوال الشخصية فكرة تزويج المجنون أو المعتوه بإذن القاضي، جاء في المادة الثامنة من القانون الأردني (للقاضي أن يأذن بزواج من به جنون أو عته إذا ثبت بتقرير طبي أن في زواجه مصلحة له). وأوضحت المادة ٩ من وثيقة القانون العربي الموحد لسنة ١٩٨٨ الأحكام المتعلقة بزواج المجنون، حيث جاء فيها (أ – لا يعقد زواج المجنون أو المعتوه إلا من وليه بعد صدور إذن من القاضي بذلك. ب – لا يأذن القاضي بزواج المجنون أو المعتوه إلا بعد توافر الشروط التالية: ١ – قبول الطرف الآخر التزوج منه بعد إطلاعه على حالته. ٢ – كون مرضه لا ينتقل منه إلى نسله. ٣– كون زواجه فيه مصلحة له. يتم التثبت من الشرطين الأخيرين بتقرير لجنة من ذوي الاختصاص).[١] أما المادة ١٥ من القانون السوري، فقد ورد فيها: (١– يشترط في أهلية الزواج العقل والبلوغ. ٢ – للقاضي الإذن بزواج المجنون والمعتوه إذا ثبت بتقرير هيئة من أطباء الأمراض العقلية أن زواجه يفيد في شفائه). وقد علق البعض على النص الأخير بأن الأمر يتعلق بالرجل والمرأة على السواء، غير أن القانون على حسب ما يراه هو لم يبين نوع الجنون، إن كان المطبق أم سواه، وعنده أن الأمر يتعلق بالجنون المطبق، وبضرورة توسيع إذن القاضي ليشمل حالات أخرى غير شفاء المريض، وقد استند فيما ذهب إليه إلى نص المادة التاسعة من قانون حقوق العائلة العثماني لسنة ١٩١٧ وورد فيها (لا يجوز نكاح المجنون والمجنونة ما لم يكن ثمة ضرورة، فإذا وجد ضرورة لذلك يعقد نكاحهما من قبل وليهما). ويرى أن التفسير الحقيقي لكلمة ضرورة يشتمل على الأمل والشفاء وسوى ذلك مما

(١) انظر كذلك: المادة ٢٨ من قانون الأحوال الإماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥. وقد زاد النص المذكور على المجنون والمعتوه، ومن في حكمهما؛ بما يعني فتح باب التأويل على مصراعيه. واكتفى المشرع الكويتي في المادة ٢٤ من قانون الأحوال بإذن القاضي ورضاء الطرف الآخر وشرط الشفاء، دون اشتراط عدم انتقال المرض للذرية.

يكون في مصلحة المجنون. والنص العثماني ترك الأمر للولي انسجاماً مع المذهب الشافعي الذي يقول بالضرورة.[١]

ولكن هل راعى واضعو النصوص السالفة المصلحة العامة المتمثلة في مصلحة المجتمع لتقدم على مصلحة المجنون والمعتوه؟. وهل يمكن تحقيق الانسجام بينها وبين القواعد المنظمة لحال المجانين؟. وهل حسم الطب أمره بشأن هذه الأمراض التي ما يجهله عنها – على حد معرفتنا بها – أكثر بكثير مما يعرفه عن كنهها؟. وماذا بشأن انتقال أثر المرض للذرية، مع غياب الضمانة التشريعية كما هو بالنسبة للنص السوري أو الأردني؟ وكيف سنحقق التوافق بين إلزامية الفحص للتحقق من الخلو من الأمراض، وترتيب آثار قانونية عليها كالمنع من الزواج – فيما لو اعتمد – وبين هذه الإجازة؟ وكيف ستتحقق مقاصد الزواج دون العقل؟ علاوة على تعطيل النصوص القانونية التي تحمل الزوج أو الزوجة تجاه شريكه وثمرات زواجه مسؤوليات جساماً.[٢] ولرب قائل يقول إن الشروط التي وضعت كفيلة بضمان نتائج حسنة، ونحن نرى أن الأمر ليس كذلك بدليل أن صاحب الرأي السالف لم يستطع الوقوف على حدود الضرورة، مثلما فسر الجنون على أنه المطبق، داعياً إلى توسيع النص السوري ليتجاوز شرط شفاء المريض دون أن يصرح بغيره من الشروط.

---

(١) عبد الرحمن الصابوني، مرجع سابق، ص١٨٧. ولدى بعض الشرائع كاليهود الربانيين يقع باطلاً العقد على المرأة المجنونة لأنه لا إرادة لها. عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج٢، الطلاق وآثاره، المطبعة الجديدة، دمشق، ١٩٧٩، ص١٤٢. وعرف المجنون بأنه (فاقد العقل بصورة مطلقة أو متقطعة). أما المعتوه فهو (قليل الفهم مختلط الكلام فاقد التدبير). المادة ١١ من القانون الليبي بشأن تنظيم أحوال القاصرين ومن في حكمهم رقم ١٧ لسنة ١٩٩٢.

(٢) قضي بأنه (إذا قرر القضاء الشرعي أن الزوج مازال مريضاً بمرض عقلي من طبيعته احتمال تكرار النوبات عليه عقب كل نوبة تغيرات مرضية نفسية مع اطراد في ضعف إرادة إدراكه وانحطاط عقليته، وإن هذا المرض من الجائز شفاؤه في بعض الأحوال إلا أن علاجه قد يطول، مما يعرض بقاء الزوجة معه للضرر يتعين التطليق). قرار محكمة القاهرة الابتدائية بتاريخ ١٩/١٠/١٩٥٧. بالحاج العربي، مرجع سابق، ص٢٨٤.

قضي بأن (الأمراض التي تصيب العقل وتؤثر على أهلية الإنسان بلغت في التعقيد والتشعب الغاية، وأن هذه الناحية من الأمور الفنية المتخصصة التي لا يعرفها العديد من أهل الطب الذين لم يتسموا بهذا الفن والاختصاص). كما قضي بأنه (لما كان الجنون على نوعين جنون مطبق وهو ابتلاء المرء بعلة جنون لا يمكن شفاؤه منها وجنون غير مطبق وهو ابتلاؤه بجنون قد يبرأ منه ويشفى. ولما كانت حال المطعون ضده التي اتضحت أخيراً من أنه في حالة جنون مطبق، لم تعلم إلا أخيراً، ولم يثبت للمحكمة أن الطاعنة قد ارتضت هذه الحالة الأخيرة وقبلت باستمرار الزوجية مع مجنون لا يمكن شفاؤه، كان الحكم سابقاً أوانه).[١]

وحصر المشرع السوري الجنون الذي يصح للزوجة طلب التفريق عنده بالذي يقع بعد العقد، وسكت عن الجنون الواقع عند العقد سواء علمت به الزوجة أم لم تعلم. وفي كل الأحوال لابد من جعل العلم مانعاً من طلب الفرقة بخلاف عدم العلم، وبإمكان الزوجة طلب التفريق للتغرير، وإن كانت لم تشترط العقل بالزوج إلا أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً كما يقال.[٢] وجعلت مدونة الأحوال الشخصية المغربية في الفصل ٥٤ منها الجنون في مقدمة العيوب التي تجيز للزوجة الطلب من القاضي تطليقها، واعتبرته مع الجذام والبرص كأمثلة على الأمراض التي لا يمكن عندها للزوجة من المقام مع زوجها دون ضرر.[٣]

---

(١) نقض سوري – الغرفة الشرعية – أساس ٩٢٧ قرار ٩٩٣ في ١٩٨١/١٢/٩. نقض سوري – الغرفة الشرعية – أساس ١٧٢ قرار ١٦١ تأريخ ١٩٦٦/٤/١٤. أديب استنبولي وسعدي أبو حبيب، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، ج١، دار الأنوار للطباعة، دمشق، ط٢/١٩٨٩، ص٨٠، ٣٨٨.

(٢) المادة ١٠٥ أحوال سوري . عبد الرحمن الصابوني، ج٢، مرجع سابق، ص٧٢.

(٣) عرف الفصل ١٤٤ من المدونة ذاتها المجنون بأنه (فاقد العقل سواء كان جنونه مطبقاً يستغرق جميع أوقاته أو منقطعاً بحيث تعتريه فترات يثوب إليه عقله فيها). وجاء في الفصل ١٤٥ منها (المجنون والسفيه يحجر عليهما القاضي من وقت ثبوت حالتهما بذلك ويرفع عنهما الحجر اعتباراً من وقت زوال الجنون والسفه بحسب القواعد الواردة في هذه المدونة، ويعتمد القاضي في ذلك على أهل المعرفة وسائر وسائل الإثبات الشرعية). أما الفصل ١٤٦ (تصرفات المجنون والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو السفه).

وتعاملت بعض الشرائع بخصوصية مع كل من الجنون والمرض الواقع بعد الزواج، وذلك من خلال وضع جملة من الشروط، كالمادة ٥٤ من لائحة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس لسنة ١٩٣٨: (إذا أصيب أحد الزوجين بجنون مطبق وبمرض معد يخشى منه على سلامة الآخر يجوز للزوج الآخر أن يطلب الطلاق إذا كان قد مضى ثلاث سنوات على الجنون أو المرض، وثبت أنه غير قابل للشفاء، وكانت الزوجة في سن يخشى عليها من الفتنة). والملاحظ على هذا النص اعتراف واضعه بحقيقة اليأس من الشفاء، فجعل من مرور مدة ثلاث سنوات كوفاء من الزوج للزوج الآخر، غير أن هذا الإيثار من المفروض أن يأتي طوعاً باعتباره من الموجبات الأخلاقية لا القانونية، كما أن شرط الفتنة بالنسبة للزوجة لم يقابله الخشية على الزوج من الوقوع في الزنا، وأن إفراد الجنون عن غيره من العلل مسألة فيها نظر.(١) وتعرضت الشرائع المسيحية المختلفة للجنون الحاصل بعد الزواج وفرقت في ذلك بين غير القابل للشفاء الذي يصح كسبب للتطليق، والجنون القابل للشفاء الذي يلقي على الزوج الآخر واجب المساعدة والمعاونة حتى يتم الشفاء منه، حيث يعد طلب التطليق في الفرض الأخير ضرباً من الهروب من الالتزامات الزوجية.(٢)

(١) تمنع شريعة اليهود الربانيين على الزوج طلاق زوجته التي جنت بعد العقد ما لم تشف، وللزوج الزواج بثانية، وإذا أصيب أحد الزوجين بداء الصرع وجب التفريق بينهما، مع احتفاظ المرأة بكامل حقوقها المالية. عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج٢، مرجع سابق، ص١٤٢ – ١٤٣.

(٢) الشرائع المقصودة هي: الأقباط الأرثوذكس، الكاثوليك، الإنجيلية، الأرمن، الروم الأرثوذكس، السريان الأرثوذكس. مصطفى الرافعي، نظام الأسرة عند المسلمين والمسيحيين، الشركة العالمية للكتاب، ط١/ ١٩٩٠، ص٢٣٩، ٢٧٠ – ٢٧١. ومنعت المادة ٢٥ الفقرة ٢ من مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للأقباط لسنة ١٩٧٨ والمراجع سنة ١٩٩٨ تمام الزواج إذا كان أحد الزوجين مصاباً بالجنون، ومن باب أولى ألا يتم الزواج فيما لو كان كلاهما من المجانين.

وحفاظاً على الروابط الأسرية منع قانون الصحة الجزائري رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ الشخص أن يتخذ قراراً بالاستشفاء الإجباري لقريبه المصاب بمرض عقلي، سواء كان من الأصول أو الفروع أم زوجاً أو زوجة أم أحداً من الحواشي سواء كان أخاً، أختاً، عماً، عمة، خالاً، خالة أو زوجات هؤلاء أو أزواجهن. كما حرم على طبيب الأمراض العقلية التماس الاستشفاء الإجباري لمريض ينتمي لأسرته أو قريب له من جهة الأصول أو الفروع أو زوج أو زوجة أو أي من الحواشي، ويترتب على ذلك بطلان القرار المتخذ بشأن الاستشفاء الإجباري زيادة على ما يتعرض له المخالف من عقوبات جزائية.[١]

(١) المواد ١٢٨، ١٢٩ من القانون المذكور. وجاء في المادة ١١٤ منه (لا يجوز لأحد أن يشهد بضرورة إجراء الفحص الإجباري على قريب من الأصول أو الفروع أو على الزوج أو الزوجة أو على أحد الحواشي أخاً كان أو أختاً، خالاً أو خالة، عماً أو عمة أو على زوجات هؤلاء أو أزواجهن تباعاً).

المبحث الثاني
العيوب الموجبة للفرقة بين الأزواج

عيوب الأزواج من العوارض، والأصل سلامة الإنسان، والعيوب متباينة بطبيعتها والمسلك التشريعي حيالها هو الآخر متباين، وإن بيان ماهيتها من مشاغل أهل الطب، وتحديد نطاقها يساعد على تقديم أفضل الحلول القانونية وأنسبها، وبما أن تلك العيوب لا يمكن حصرها، فإننا سنكتفي ببيان الموقف التشريعي منها، واختيار نماذج لها، وذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول
نهج الشارع في بيان عيوب الزوجية

قد يعتري الإنسان عارض أو عيب من العيوب المرضية أو الخلقية بما يحول بينه وبين تكوين أسرة أو ينهي كيانها، والعيب يحتمل التوقيت والديمومة معاً، وقد أشارت الشرائع القانونية القديمة لبعض العيوب.(١)

(١) من بين أقدم التشريعات التي عالجت العلل المرضية للأزواج نجد قانون حمورابي، فالمادة ١٢٨ من هذا التشريع أعطت الزوج الحق في طلاق زوجته العاقر، وعليه أن يمنحها مبلغاً من المال كتعويض لها، أما الزوجة فليس لها حق الطلاق إلا في حالات نادرة ومحددة ويكون ذلك عن طريق القضاء. ويبدو أن الغرض الرئيسي من الزواج كان الإنجاب لهذا سمح للزوج بالزواج على المرأة العاقر، وبأن يكون العقم سبباً لطلاقها، ومع هذا يشترط ألا تكون المرأة العاقر قد قدمت له جارية أنجبت له أولاداً تعويضاً عن عقمها هي. وتشريع حمورابي قيد حق الزوج في الطلاق عند مرض زوجته بمرض مزمن، فسمح له بالزواج بأخرى والإنفاق على الزوجة المريضة، ويكون لها الخيار في الانفصال عنه أو البقاء في بيته. وساوى اليهود بين الزوجات الشرعيات من حيث الحقوق والواجبات، عكس الجواري والإماء والزوجات غير الشرعيات فإن أولادهن غير شرعيين، والاستثناء الوحيد يتمثل في حالة أن تكون الزوجة الشرعية لا تنجب وتقدم لزوجها جارية لتنجب أولاداً عوضاً عنها، فإن أولاد تلك الجارية يعتبرون من الأولاد الشرعيين وينسبون إلى أبيهم ولهم الحق في الإرث. أحمد إبراهيم حسن، فلسفة تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص٤٩٠، ٤٩١، ٤٥٢، ٤٥٤.

والأمراض من العيوب التي لا يمكن حصرها فمنها الخطر ومنها ليس كذلك ومنها المزمن ومنها الذي يكون علاجه في المتناول، وهناك المعدي وغير المعدي، ومنها المنقرض وآخر في طور الانقراض، فمرض الإيدز AIDS من الأمراض المعدية والخطيرة وغير القابلة للشفاء في الوقت الحالي، والجنون مرض خطير ولا ينتقل للشريك، ويمكن الشفاء منه في ظروف معينة. وعلاوة على الأمراض نجد العوارض الخلقية أو العلل التي تؤثر هي الأخرى على العلاقة الزوجية لكونها تمنع أو تعوق عملية الاتصال الجنسي، وهي ليست محل خطر على صحة الزوج الآخر وحياته، كالجب والخصاء والعنة والخنوثة بالنسبة للرجل، والرتق والإفضاء والقرن بالنسبة للمرأة.(١)

وجاء في المادة ٥٣ من قانون الأسرة الجزائري رقم ١١ لسنة ١٩٨٤(يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية: ٢ – العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج). وعرف العيب بأنه (نقص مادي أو معنوي يعتري أحد الزوجين أو هما معاً فيسبب ضيقاً للزوج الآخر من جراء حرمانه من الحصول على ثمرة الزواج).(٢) والنص الجزائري السالف واسع الدلالة بإمكان القضاء إن رغب سحب حكمه على حالات عديدة كلما رسخت لديه القناعة بأن العيب يفوت أغراض الزواج، مع التذكير بأن القضاء الجزائري ليس طليق اليد ما دام قد قيد بأحكام الشريعة الإسلامية، التي أحالت لها المادة ٢٢٢

(١) اهتمت الكثير من التشريعات بالعيوب أو الأمراض التي تضر بالزوج الآخر على حساب العوامل التي تضر بالذرية كأمراض الدم الوراثية مثل فقر الدم المنجلي، وفقر دم البحر المتوسط – الثلاسيميا ، وأنيميا الفول، وأمراض الجهاز العصبي كضمور العضلات والمخ، والأمراض الاستقلابية وأمراض الغدد الصماء والأمراض المتعلقة بالكروموسومات مثل متلازمة داون – الطفل المنغولي – وأمراض متعلقة بالجينات كالمتنحية والسائدة، وأمراض وعيوب تنشأ عن أسباب وراثية وغيرها مثل ضغط الدم والسكري والشفة الأرنبية. www.Lahaonline.com.

(٢) سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ج١، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ١٩٨٦، ص٢٧٥.

من قانون الأسرة الجزائري، وفيها (كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية). وهذا النص لا يغل يد القاضي بقدر ما يفتح أمامه باب البحث في رحاب تلك الأحكام ليأخذ منها ما يطمئن له ضميره.[١]

ومن التشريعات التي لم تشر للعيوب بالتفصيل قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤، حيث جاء في المادة ١٣٩ منه (لكل من الزوجين أن يطلب فسخ العقد إذا وجد في الآخر عيباً مستحكماً من العيوب المنفرة أو المضرة، أو التي تحول دون الاستمتاع سواء أكان العيب موجوداً قبل العقد أم حدث بعده). ولعدم تحديد العيوب التي يصح الفسخ أو التفريق بسببها فائدة جليلة من حيث ظهور عيوب جديدة وتقدم علم الطب الذي يجعل من بعضها في المتناول. وإذا كانت بعض نصوص الشرائع كالمادة ٢٧ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس قد جعلت من إصابة طالب الزواج بواحد من الأمراض الفتاكة مثل السل والسرطان والجذام مانعاً من الزواج.[٢] فإن كل من

---

(١) أحال الفصل ٢٩٧ من مدونة الأحوال المغربية إلى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب مالك، وذلك لسد النقص التشريعي إن وجد، وجاء البند الثالث من الاقتراحات العامة للندوة المنعقدة بجامعة محمد الأول – وجدة – في العام ١٩٨٨ على النحو التالي: (٣ – الانفتاح على المذاهب الفقهية، والانتقال من مذهب إلى آخر كلما دعت إلى ذلك المصلحة الاجتماعية وضمان حرية القاضي في اختيار الحكم الذي يراه موافقاً للدين الإسلامي وروح الشريعة دون أن يلتزم بالقضاء في إطار مذهب واحد، مع التمسك بالكليات بالمذهب المالكي). الميادين، مجلة الدراسات العلمية في حقول المعرفة الحقوقية والاقتصادية والسياسية، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، ع٣، عدد خاص، مدونة الأحوال الشخصية وتطور الواقع الاجتماعي المغربي، مطابع المعارف الجديدة، الرباط، ١٩٨٨، ص٢٥٠.

(٢) مصطفى الجمال، قانون الأسرة لغير المسلمين، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٧، ص٢٣٩ – ٢٤١. ومنعت المادة ٢٥ من مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للأقباط لسنة ١٩٧٨ والمراجع سنة ١٩٩٨ الزواج (١ – إذا كان لدى أحد طالبي الزواج مانع طبيعي أو مرضي لا يرجى زواله يمنعه من الاتصال الجنسي كالعنة =

السل والسرطان لا يعدان اليوم من الأمراض الخطيرة في منظور الطب الحديث، ولا يمكن أن يقارن أي منهما بمرض الإيدز AIDS. ولسنا هنا بصدد المفاضلة بين العيوب لنجد حجة ضد الزوج السليم، إنما ننظر للعيب من زاوية مدى تأثيره على الطرف الآخر وثمرات العلاقة الزوجية.

وتعد الأمراض السرية من العيوب التي يمكن أن تقود إلى الفرقة بين الأزواج وهي (أمراض معدية تنتشر من الشخص المصاب للآخرين عن طريق المخالطة الجنسية أو غير الجنسية).[١]

واكتفى المشرع السوري بوصف علل الزوج – عيوبه – بالمانعة من الدخول، وذكر الجنون، وتعرض مسلكه هذا للنقد لاقتصاره على العلل الجنسية

= والخنوثة والخصاء. ٣ – إذا كان أحد الطرفين مصاباً بمرض يجعله غير صالح للحياة الزوجية قد أخفاه عن الطرف الآخر كالسل والزهري والجذام ولم يكن الطرف الآخر يعلم به وقت العقد). وجاء في المادة ١٦٠ من مدونة الأحوال الشخصية للإسرائيليين (كل زيادة أو نقص أو تلف أو فساد أو أي رائحة كريهة في المرأة هو عيب شرعي). وتوسع طائفة اليهود القرائين من معنى العيوب لتشمل قصر نظر العينين، على أن يترك تقدير الأمر للقاضي. عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج٢، مرجع سابق، ص١٤٢، ١٤٤. وأشار المشرع الأردني في المادة ١١٦ من قانون الأحوال الشخصية للسل والزهري سواء كانت الإصابة قبل الزواج أم بعده.

(١) من قبيل الأمراض المعدية السيلان، الذي يسببه ميكروب كلوي ثنائي ويظهر بوفرة في الإفراز الصديدي المميز لهذا المرض. أما الزهري فتسببه اللويلبات الزهرية وهي لويلبات متحركة لها القدرة على اختراق سطح الجلد أو الغشاء المخاطي وتتميز بحركتها الدالة عليها تحت المجهر، ويعتبر الزهري الأخطر بين الأمراض السرية؛ حيث ينتشر ميكروبه في كل أعضاء الجسم وأجهزته منذ بدء الإصابة به، وهو من الأمراض المزمنة المعدية والوراثية، ويحدث الزهري الوراثي بانتقال اللويلبات الزهرية من الأم إلى جنينها، وقد يقود هذا المرض إلى الإجهاض خصوصاً خلال الأشهر الأولى للحمل، كما أن الطفل قد يولد غير مكتمل الخلقة وفاقد للحياة أو مشوه: محمد رفعت، العقم والأمراض التناسلية، الموسوعة الصحية، مؤسسة عزالدين للطباعة والنشر، بيروت، ط٢/١٩٩٣، ص٢٧٧ – ٢٨٧.

المانعة من الدخول مضافاً لها الجنون، مع أن هنالك من الأمراض ما يفوق العلل الجنسية، كما أن المشرع المذكور خص عيوب الزوج دون عيوب الزوجة، انسجاماً مع المذهب الحنفي، فللزوج الطلاق عند وجود عيب يستوجب ذلك.[١] وذكر المشرع المغربي من عيوب الزوج الجنون والجذام والبرص والسل، وزاد عليها بالنسبة لعيوب الزوجة داء الفرج المانع من الوطء ولذته. ووصف المشرع المصري عيب الزوج بالمستحكم، وقدم أمثلة عليه الجنون والجذام والبرص.[٢]

وورد في قانون الأحوال الأردني (إذا ظهر للزوجة قبل الدخول أو بعده أن الزوج مبتلى بعلة أو مرض لا يمكن الإقامة معه بلا ضرر كالجذام أو البرص أو السل أو الزهري ...). وللزوج على حسب التشريع المذكور (حق طلب فسخ عقد الزواج إذا وجد في زوجته عيباً جنسياً مانعاً من الوصول إليها كالرتق أو مرضاً منفراً بحيث لا يمكن المقام معها عليه بلا ضرر). وفي قانون الأحوال الإماراتي (١ – إذا وجد أحد الزوجين في الآخر علة مستحكمة من العلل المنفرة أو المضرة، كالجنون والبرص والجذام، أو التي تمنع حصول المتعة الجنسية كالعنة والقرن ونحوهما، جاز له أن يطلب فسخ الزواج...). ثم (لكل من الزوجين حق طلب التفريق في الحالات التالية: ٢ – إذا ثبت إصابة الآخر بمرض معد يخشى منه الهلاك كالإيدز وما في حكمه، فإن خشي انتقاله للزوج الآخر، أو نسلهما وجب على القاضي التفريق بينهما).[٣] ومن التشريعات ما فرق بين العيوب التي تشكل خطراً على الزواج أو مانعاً منه والتي تثبت بالشهادة الطبية

(١) المادة ١٠٥ من قانون الأحوال الشخصية السوري. عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج٢، مرجع سابق، ص٧٠.

(٢) الفصل ٥٤ / ١، ٤ من مدونة الأحوال المغربية، والمادة ٩ من القانون المصري رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ المعدل للمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

(٣) المادتان ١١٦، ١١٧ من قانون الأحوال الأردني. وبخصوص جنون الزوج تراجع المادة ١٢٠منه. وانظر المادتين ١١٢،١١٤ من قانون الأحوال الإماراتي الاتحادي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥.

قبل العقد، وبين كل من تغيير الجنس الذي يكون سبباً في انحلال العقد والجنون غير القابل للشفاء والذي يكون سبباً للطلاق بالنسبة للزوجين.[١]

وإذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية قد اتفقوا على أن الجب والخصاء والعنة صور للعجز الجنسي تصح التفرقة عند أي منها، فإنهم اختلفوا على ما يبدو حول ما عداها من عيوب، فمحمد بن الحسن وهو من فقهاء المذهب الحنفي أجاز التفريق لكل عيب لا يمكن المقام به إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص، وعنده أن الضرر الناشئ عن العيوب الثلاثة الأخيرة يفوق ذلك المتولد عن الجب والخصاء والعنة، لكونها من الأمراض المعدية والمنفرة حيث لا تستقيم الحياة الزوجية معها. أما الإمام الشافعي فيرى بإمكانية الفسخ لكلا الزوجين في حالة ابتلاء الآخر بالجنون أو الجذام أو البرص أو الرتق أو القرن، أما فقهاء الشيعة الإمامية فيرون أن عيوب الرجل التي تصح للفسخ هي: الجنون والخصاء والجب والعنة والجذام على خلاف، وعيوب المرأة تتمثل في الجنون والجذام والربص والعمى والإقعاد والقرن والإفضاء والعفل والرتق، فيما ذهب ابن القيم الجوزية – وهو من فقهاء المذهب الحنبلي – إلى أنه يفرق بكل عيب عند أحد الزوجين إذا كان ينفر منه الطرف الآخر، ولا يحصل به مقصود المودة والرحمة.[٢]

---

(١) المواد ١٣، ٣٣، ٣٧ من مشروع القانون الاختياري للأحوال الشخصية المقترح من الحزب السوري القومي الاجتماعي.

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني، ج٦، ص١٤٤. يقول صاحب زاد المعاد (وكيف يمكن أحد الزوجين من الفسخ بقدر العدسة من البرص ولا يمكن منه بالجرب المستحكم المتمكن وهو أشد أعداء من ذلك البرص اليسير، وكذلك غيره من أنواع الداء العضال). زاد المعاد في هدي خير العباد، لابن القيم الجوزية، ج٥، ١٦٧ – ١٦٨. الروضة البهية في شرح الدمعة الدمشقية، زين الدين بن علي العاملي الجبعي، ج٣، دار العالم الإسلامي، بيروت، د. س ط، ص ٤٨٧، ٤٩٠. للمزيد: بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٨٥، ص٤٤١ – ٤٤٢. ورفض الإمام مالك اعتبار البرص من العيوب. كتاب النيل وشفاء العليل، للشيخ ضياء الدين عبد العزيز الثميني، وشرح كتاب النيل وشفاء العليل، لمحمد بن يوسف أطفيش، مكتبة الإرشاد، جدة، ط٣، ١٩٨٥، ج٦، ص٣٨٧.

المطلب الثاني
أنواع العيوب التي تصيب الأزواج

قد يحتمل مفهوم العيب وجوهاً عدة، فقد يدل على المرض أو العجز أو الأذى أو النقص، ومن ثم فإن مفردة العيب أكثر دقة من سواها لكونها جامعة مانعة.[١] ووقع اختيارنا على كل من العقم والعجز الجنسي والإيدز، اعتقاداً منا بأهمية تلك العيوب وقربها للواقع الذي نعيشه، فهي من العيوب التي لم تحسم عند أهل الطب، بل إنها الأكثر إثارة للجدل على الصعيدين الطبي والقانوني. وسنتناولها من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول
العقم كعيب من عيوب الزوجية

يشير العقم إلى انعدام القدرة على الإنجاب، وأسبابه متعددة تختلف باختلاف الجنس؛ فعند الرجل تتمثل في الأسباب المتعلقة بالغدد التي تتحكم في إنتاج الخصيتين، وأخرى تتعلق بالخصيتين، وثالثة تعود للخلل في البربخ والحبل المنوي والحويصلات المنوية، ورابعة للخلل في الجماع، وأخيراً الخلل في السائل المنوي. أما عند المرأة فأسباب العقم تتمثل في الأسباب المهبلية، وأسباب تتعلق بعنق الرحم، وأسباب تتعلق بالرحم، وأسباب تتعلق بقناة فالوب، والخلل في وظيفة المبيض، والإصابة بمرض داء البطانة الرحمية، وأخيراً تأتي الأسباب المجهولة.[٢]

---

(١) عرف المرض في إطار القانون بأنه (أي خلل أو اضطراب يحدث نقصاً على درجة معينة من الجسامة في وظائف الجسم ولا يلزم أن يصيب الجسم بأكمله، بل يكفي أن يحدث أثره في أي جزء منه). مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات " القسم الخاص" جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار الفكر العربي، ١٩٨٢، ج٢، ص١٢٨.

(٢) يعرف أهل الطب الأسباب المجهولة للعقم بأنها تتمثل في (مرور عامين على الزواج القائم على علاقة زوجية منتظمة دون حدوث حمل، أو دون وجود أسباب عضوية، أو أسباب معروفة لعدم حدوث الحمل). نجيب ليوس، العقم تشخيص وعلاج http://health.arabhs.com. وكذا: محمد رفعت، مرجع سابق، ص١٨١.

والعقم من العيوب التي عرفتها الشرائع القديمة باعتباره مانعاً من الإنجاب، وكثيراً ما تم التركيز على عقم الزوجة دون عقم الزوج، ومن بين تلك الشرائع الشريعة اليهودية، جاء في المادة ١٦٤ من كتاب ابن شمعون أحد كتب اليهود المعروفة (عقم الزوجة عشر سنين أو خمسا إذا كانت ثيباً، يوجب على الرجل أن يطلقها ولها مالها من الحقوق في العقد، وللرجل أن يتزوج عليها إذا قبلت وكان ذا ميسرة). ولا يهم هنا إن كان العقم قبل الزواج أم طرأ بعده، وذلك بسبب من حرص اليهود على التناسل.(١)

وتصدت بعض التشريعات للعقم كعيب، جاء في المادة ١١٤ من قانون الأحوال الإماراتي (لكل من الزوجين حق طلب التفريق في الحالات التالية: إذا ثبت بتقرير طبي عقم الآخر، بعد زواج دام خمس سنوات، وبعد العلاج الطبي، وبشرط عدم وجود أولاد لطالب الفسخ، وألا يجاوز عمره أربعين سنة). فشرط العلاج هنا يلحق بالزوج العقيم وتلحق الشروط الأخرى طالب الفسخ، ولم يبين المشرع وقت اعتبار السن المذكور إن كان من وقت تقديم الطلب أم من وقت آخر، وإن مدة خمس سنوات تعد حداً أدنى لفترة الزواج، وطبيعي أن يثبت العلاج بالتقارير الطبية، ولم يفصح المشرع بالنسبة لشرط الذرية عما إذا كانت من الزوج العقيم ذاته أم من غيره، وقد يحصل أن يأتي العقم بعد الإنجاب.

(١) عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج٢، مرجع سابق، ص١٤٢. وللمؤلف نفسه: قانون الأحوال الشخصية السوري، في الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص٢٢٠. وأخرج مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للأقباط المعد سنة ١٩٧٨ والمراجع سنة ١٩٩٨ العقم من الأسباب المانعة للزواج، جاء في المادة ٢٧ منه (العقم لا يحول دون صحة انعقاد الزواج حتى ولو كان غير قابل للشفاء). وتعترف شرائع حقوق الإنسان بكون الإنجاب من الأهداف الرئيسية لتكوين الأسرة. جاء في المادة العاشرة من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية لعام ١٩٦٦ (١ – وجوب منح الأسرة التي تشكل الوحدة الجماعية الطبيعية والأساسية في المجتمع، أكبر قدر ممكن من الحماية والمساعدة، وخصوصاً لتكوين هذه الأسرة وطوال نهوضها بمسؤولية تعهد وتربية الأولاد الذين تعيلهم. ويجب أن ينعقد الزواج برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاء لا إكراه فيه).

ويأتي موقف المشرع هذا انعكاساً لبعض الآراء الفقهية؛ ففي المذهب الحنفي – مثلاً – لا يدرج العقم ضمن العيوب التناسلية التي تبيح للزوجة طلب التطليق، لكونه لا يمنع من قربانها لزوجها وإتيانها شرعاً، وإن عدم الإنجاب لا يمنع من وجود السكن والسكينة بين الزوجين، وإذا كان التناسل من مقاصد تلك العلاقة، فإنه هبة من الله تعالى، إذ قال جل جلاله ﴿يَهَبُ لِمَن يَشَآءُ إِنَٰثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَآءُ ٱلذُّكُورَ﴾ ﴿أَوۡ يُزَوِّجُهُمۡ ذُكۡرَانٗا وَإِنَٰثٗاۖ وَيَجۡعَلُ مَن يَشَآءُ عَقِيمًاۚ إِنَّهُۥ عَلِيمٞ قَدِيرٞ﴾.(١)

وقيل إنه لو اشترط الإنجاب لما صح زواج اليائسة، وإن الإنجاب غير مرتبط بشرط السلامة الجسدية للزوجين. ومع هذا فقد روي عن الرسول (ﷺ) أنه قد دعا إلى الزواج بالولود، فمما ورد عن معقل بن يسار قال (جاء رجل إلى الرسول (ﷺ) فقال: إني أصبت امرأة ذات حسب وجمال وإنها لا تلد، فأتزوجها؟. قال لا، ثم أتاه ثانية فنهاه ثم أتاه الثالثة، فقال: تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم).(٢)

---

(١) الآيتان ٤٩ و ٥٠ من سورة الشورى. جاء في تفسير ابن كثير ﴿وَيَجۡعَلُ مَن يَشَآءُ عَقِيمًاۚ﴾ أي لا يولد له. قال البغوي: كيحيى وعيسى، عليهما الصلاة والسلام، فجعل الناس أربعة أقسام منهم من يعطيه البنات ومنهم من يعطيه البنين ومنهم من يعطيه من النوعين ذكوراً وإناثاً ومنهم من يمنعه هذا وهذا فيجعله عقيماً لا نسل له ولا ولد له "إنه عليم" أي بمن يستحق كل قسم من هذه الأقسام "قدير" أي على من يشاء من تفاوت الناس في ذلك). وفي تفسير القرطبي (وحكى النقاش أن هذه الآية نزلت في الأنبياء خصوصاً وإن عم حكمها. وهب للوط الإناث ليس معهن ذكر، ووهب لإبراهيم الذكور ليس معهن أنثى، ووهب لإسماعيل وإسحاق الذكور والإناث، وجعل عيسى ويحيى عقيمين). تفسير القرآن العظيم، للإمام الحافظ أبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، المكتبة العصرية، بيروت، مراجعة وتنقيح – الشيخ خالد محمد محرم، ط٣، ٢٠٠٠، مجلد ٤، ص١٠٨.الجامع لأحكام القرآن، لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٥/ ١٩٩٦، المجلد ٨، ج١٦، ص٣٣.

(٢) رواه أبو داود، كتاب النكاح، باب النهي عن تزويج من لم يلد من النساء. الإمام سليمان الأشعث السجستاني، دار الجيل، بيروت، رقم الحديث ٢٠٥٠، ج٢، ص٢٢٧. علي أبو البصل، مرجع سابق، ص٥٠.

وقضي بأنه (لا يعد عدم الرزق بالأولاد في ذاته عيباً، وبالتالي لا يجوز سبباً للتطليق إلا إذا اقترن بعيب آخر لا يمكن للزوجة المقام معه إلا بضرر، فإذا طلبت الزوجة التطليق من زوجها لعدم قدرته على الإنجاب وجب على القاضي رفض دعواها، لأن عدم الإنجاب ليس مبرراً للتطليق؛ إذ لا دخل للإنسان في ذلك).[١] وثبت في الفقه المالكي أن الخصي القائم الذكر والذي يقدر على المجامعة لا يثبت لزوجته خيار الفرقة؛ لأنه لا خيار لأحدهما بعقم الآخر.[٢]

وإذا كان التلقيح الاصطناعي من بين الحلول لعيب العقم، فإن هذا الحل يحتاج إلى تمويل مادي وتحيط به جملة شروط حددها المشرع الجزائري بالزواج الشرعي ورضا الزوجين وبأن يتم التلقيح في خلال حياتهما، على أن يكون بمني الرجل وبويضة الزوجة وبرحمها، بمعنى أن حفظ الأجنة لما بعد الوفاة واستئجار الأرحام من المحظورات.[٣] ولم يأخذ المشرع الجزائري بشرط السلامة بالنسبة للزوجين، وربما رآه من المسلمات باعتباره من موجبات التدخل الطبي. والتساؤل الذي يمكن أن يثار هنا يتعلق بإمكانية اللجوء إلى طلب التفريق مع وجود وسيلة التلقيح الاصطناعي التي لا ينقصها إلا موافقة طالب التفريق، وعلى قدر تعلق الأمر بالجزائر فإن المشرع لم يحدد طبيعة العيوب، كما أنه جعل موافقة الزوجين على إجراء التلقيح أمراً لازماً، ومن ثم فلو صح العقم كسبب للتفريق فلا يمنع منه رفض الوسيلة الاصطناعية.[٤]

---

(١) نقض مصري جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٩ الطعن رقم ٣٥٧ لسنة ٦٣ ق. وللمزيد نقض مصري جلسة ١٩٩٦/٩/٢٣ الطعن رقم ٣٨٧ لسنة ٦٣ ق. حسن حسانين، أحكام الأسرة الإسلامية، دار الآفاق العربية، القاهرة، ط١/ ٢٠٠١، ص٣١٣.

(٢) محمد العلوي العابدي، مرجع سابق، ص١١٠. ويروى أن ابن سندار تزوج امرأة وكان خصياً فنزعها عنها عمر (رض) المدونة الكبرى، للإمام مالك، الجزء ٥، ص٢٩٢. (موقع الإسلام)

(٣) المادة ٤٥ مكرر من قانون الأسرة الجزائري رقم ١١ لسنة ١٩٨٤ بالأمر المعدل رقم ٢ لسنة ٢٠٠٥.

(٤) أدرج القضاء المصري عند تصديه لما يعرف بقضية "سالي" في عام ١٩٨٩ العقم ضمن الشروط اللازمة لتغيير الجنس، إضافة إلى البلوغ وعدم الزواج السابق والدخول في مركز مختص بالأمراض العصبية والنفسية. تشوار جيلالي، مرجع سابق، ص٢٩.

الفرع الثاني
العجز الجنسي كعيب من عيوب الزوجية

عرف العجز الجنسي بكونه (انعدام القدرة الذاتية على الجماع الذي يصح بذاته للإنجاب أو نقصها سواء كان ذلك في جانب الرجل أو المرأة).[١]

والعجز الجنسي من بين أكثر العيوب إثارة للجدل، بوصفه مانعاً من تحقيق غايات الزواج الأساسية، وقد زاد الاهتمام به مع ازدياد الاكتشافات الطبية التي قلصت من مساحة تأثيره على العلاقات الزوجية ولاسيما العقاقير المنشطة "كالفياغرا" – بالنسبة لعجز الزوج – وقد لا ينفع هذا ولا غيره حيث لا يمكن إجبار الزوج العاجز على تناول العقاقير أو لكونها لا تنفع في علاج حالته. والقضاء الجزائري متهم بكونه غير قادر على إثبات وقت حدوث العجز إن كان قبل العقد أم بعده، وليس بمقدوره إثباته بعد نفيه ضمنياً، ويتمسك – أي القضاء – بالنقص الكامل في القدرة الجنسية على الجماع ليجعل منه سبباً قانونياً لفك الرابطة الزوجية بالطلاق أو التطليق، وهذا القضاء – على حسب

(١) للعجز الجنسي صور عديدة منها لدى الرجل(الجب) أي استئصال عضو التناسل ويسمى الرجل المصاب المجبوب و(الخصاء) ويعني نزع الخصيتين معاً ويعرف المصاب بالخصي، و(الخنوثة) وهي اجتماع عضو الذكر والأنثى في شخص واحد و(العنة) – بفتح العين والنون – وتعني عجز الرجل عن الوصول إلى المرأة لصغر ذكره صغراً فاحشاً، إما لأسباب عضوية وإما لعيب في الأعضاء التناسلية، وإما لأسباب نفسية كالخوف أو الرهبة أو انعدام العاطفة أو الشعور بالكراهية نحو الشريك. ويفرق البعض بين العجز الجنسي المطلق حيث يحول دون الاتصال بأي شخص والعجز الجنسي النسبي الذي يحول دون الاتصال بشخص بعينه، حين يكون الأمر عائداً لأسباب نفسية. أما صور العجز الجنسي عند المرأة فمثالها (الرتق) وهو انسداد فرج المرأة على نحو لا يسمح بولوج ذكر الرجل فيه، و(القرن) وهو ظهور لحم زائد في فرج المرأة يمنع الجماع الطبيعي و(الإفضاء) وهو اختلاط المهبل مع المجرى البولي عند الأنثى. وهناك البرود الجنسي والذي عرف بأنه (عدم قدرة المرأة على تحقيق الاستجابة الجنسية الكاملة): سعد فضيل، مرجع سابق، ص٢٧٥. محمد رفعت، مرجع سابق، ص٣١٢.

البعض – يقضي على هذا النحو دون سند من واقع أو قانون، باعتبار أن مما هو مناقض لطبيعة الأشياء أن يرتضي شخص سليم الارتباط بآخر عاجز، فذلك يناقض غايات الزواج التي تكون حاضرة بقوة في ذهن الطرف السليم، ومتمثلة في المتعة والإنجاب والإحصان وتكوين أسرة مستقرة، ويذهب إلى أن القضاء الجزائري يناقض متطلبات القانون، فلكي يعتبر العجز سبباً للبطلان ينبغي أن يكون قبل العقد لا بعده، مع عدم علم الزوج الآخر به، وبأنه كان سيمتنع عن تمام العقد لو عرف بالحقيقة، وذلك هو حكم المادة ٨٢ من القانون المدني الجزائري.(١)

وكان على القضاء الجزائري التعرض ولو بصورة عابرة لوقت حدوث العجز. وصاحب الرأي السابق من القائلين بضرورة التمييز بين دعوى البطلان

(١) محكمة الجزائر العاصمة في ١٩٨٥/٥/٣ م.ج.ع. ق. أ ١٩٨٥ /١٠٣/٢. وإذا كان للاكتشافات العلمية – على حسب هذا الرأي – الدور الفعال في معرفة طبيعة العجز – دائم أم مؤقت – وكذا وقت حدوثه – سابق أم معاصر أم لاحق – على العقد، فما الذي يمنع القضاء من أن يستعين بالخبرات المتوافرة لتحديد وقت العيب ودرجة ومدى قابليته للشفاء؟

Cosnard H.D L impuissance case de nullité de mariage RVE.Jeudi. de L ouest 1986.p181.ets.

تشوار الجيلالي، مرجع سابق، ص١٤. وفي الفقه المالكي يأخذ بالبينة لاستظهار قدم العيب من عدمه، كشهادات نفي أو إثبات العيب ووقت حدوثه، وليس هناك ما يمنع من الاستعانة بالخبرة الطبية لإثبات وقت حدوث العيب، وإلا فالرجل مصدق بيمينه قبل الدخول، والمرأة بعد الدخول. محمد العلوي العابدي، مرجع سابق، ص١١٤. ١١٥. وجاء في المادة ٢١ من نظام المجلس الأعلى للطائفة الإنجيلية في سوريا ولبنان للأحوال الشخصية (الزواج عقد يجري بين ذكر وأنثى يقصد منه الاقتران الجنسي الطبيعي والاشتراك في المعيشة العائلية مدى العمر). عبد الرحمن الصابوني، مرجع سابق، ص٢٣٢. وللعلاقة الجنسية بين الزوجين عدة أهداف، تتمثل في التكاثر وإشباع الرغبة الغريزية للزوجين وتبادل الحب والعواطف والشعور بالدفء وحرارة العلاقة بينهما، علاوة على بناء حياة زوجية سعيدة ومستقرة ومتجانسة لصالح كل من الأسرة والمجتمع.

للغلط السابق على العقد وبين دعوى الطلاق أو التطليق للعيب الطارئ بعده، وعرض رأيه دون تحفظ يذكر، وكان عليه التطلع لحقيقة مفادها أن القضاء الذي يطبق متطلبات القانون الخاصة بالتطليق لا يصح أن يؤاخذ على أساس عدم تطبيق قواعد البطلان.(١)

وقضي بأنه (من المقرر شرعاً أنه لا يسوغ الحكم بفك العصمة الزوجية بين الزوجين بطلب من الزوجة وحدها إلا إذا ثبت الإضرار بها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لقواعد الشريعة الإسلامية. ولما كانت الزوجة أشارت في مقالاتها المتعددة بعجز زوجها عن ممارسة العلاقات الجنسية معها، فإنه كان من الواجب على قضاة الاستئناف إثبات ذلك بصفة شرعية وقانونية قبل التصريح بحكمهم، غير أنهم لما قضوا بالتطليق اعتماداً على نفور الزوجة من زوجها وعلى امتناعها من العودة إليه، فإنهم بقضائهم هذا خالفوا الشريعة الإسلامية، ومتى كان الأمر كذلك استوجب نقض القرار المطعون).(٢)

---

(١) تشوار الجيلالي، مرجع سابق، ص١٥. وساوت بعض الشرائع كشريعة اليهود الربانيين بين عيب الزوجة الجنسي قبل العقد بذلك الذي يحصل بعده، حيث يكون للزوج أن يطلقها دون أية التزامات مالية. أما بالنسبة لعيب الزوج الجنسي، فإن وجد قبل الزواج كان العقد باطلاً لحرمة الزواج به، وإن جاء بعده فعلى الزوجة البكر الانتظار عشر سنوات، والثيب خمس سنوات، وبعدها يجب التفريق بينهما. عبدالرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج٢، مرجع سابق، ص١٤٢ – ١٤٣.

(٢) م.ع.غ. أ. ش ١٤/٥/١٩٨٤ ملف رقم ٣٣٢٧٥ المجلة القضائية العدد ٢/١٩٩٠، ص٧٥. الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، مطبعة عمار قرفي، باتنة، ٢٠٠١، ص١١٨. وحدد البعض للجماع ثلاثة أمور هي: ١ – حفظ النسل. ٢ – إخراج الماء الضار بقاؤه. ٣ – قضاء الوطر ونيل اللذة. ومن منافعه غض البصر وكف النفس والقدرة على العفة عن الحرام. ويصنف الاتصال الجنسي ضمن الحقوق المشتركة بين الزوجين. زاد المعاد، لابن القيم الجوزية، ج٣، ص٢٣. حامد محمود شمروخ، حق الاستمتاع بين الزوجين وآثاره وموانعه الشرعية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص٩.

وننوه إلى أن مرونة الفقرة الثانية من المادة ٥٣ من قانون الأسرة الجزائري قادت إلى نقض الحكم السالف، فقضاة الاستئناف رأوا فيما عرض عليهم ما يضر بالزوجة غير أن حجتهم في التدليل كانت مبهمة، فإذا كان للضرر أسباب عديدة فإن المحكمة العليا ترى أن العجز الجنسي فيما لو ثبت يعد أظهرها.

وقضي في سوريا بأنه (لما كان ظاهراً من تقرير الأطباء المؤرخ في ١٩٦٨/١٠/١٨ أنه جاء فيه بأن الطاعن لا يقدر على العمل الجنسي في الوقت الحاضر، وكان عبارة في الوقت الحاضر تشير إلى أنه يجوز أن يقدر في المستقبل ولا تنفي إمكان القدرة في المستقبل، وكان ذلك يستدعي تأجيل الدعوى مدة لا تتجاوز السنة، فإن لم تزل العلة فرق بينهما، وبما أن القاضي لم يسر على هذا المنهاج كان حكمه سابقاً لأوانه).[١] وقضي في مصر بأن (إجراء الزوج عملية جراحية أدت إلى جعل الوقاع شاذاً لا يتحقق به أحد مقاصد النكاح ويلحق بالزوجة آلاماً ويعرضها للإصابة ببعض الأمراض يتحقق العيب المستحكم الذي يبرر لها التطليق).[٢] فمن حق الزوجة على زوجها تمكينها من المتعة الجنسية، فإن عجز الزوج عن ذلك أو قصر فيه كان للزوجة الحق في طلب التفريق، على أن حقها في الاستيفاء ينبغي أن يكون كاملاً غير منقوص.[٣] وعلينا التنبيه إلى الفارق الواضح بين قدرة الرجل الكاملة وامتناعه عن تلبية متطلبات الزوجة عن عمد أو تقصير منه، وبين عجزه عن ذلك بصورة تامة أو ناقصة بسبب ما به من عيب، ولكن النتيجة قد تكون واحدة في الحالتين أي التفريق.[٤]

---

(١) نقض سوري – الغرفة الشرعية – أساس ١٩٧ قرار ١٨٩ تاريخ ١٩٦٩/٤/٢٢. أديب استنبولي وسعدي أبو حبيب، مرجع سابق، ص٣٩١.

(٢) نقض مصري ١٩٨١/٦/٢٣ الطعن رقم ١٣ السنة ٥٠ ق. عبدالحميد الشواربي، مجموعة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص٧١.

(٣) محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص٢٠٦. يقول البعض: (إن حق الزوجة في الاستمتاع مستمر دائم ما دامت الحياة الزوجية قائمة). مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الزواج وانحلاله، الكتاب الأول، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٧/١٩٩٧، ص٢٣٥.

(٤) الفقرتان ٢، ٦ من المادة ٥٣ من قانون الأسرة الجزائري.

ووفقاً للشرائع المسيحية المختلفة يعد العجز الجنسي مانعاً من الزواج بشروط ثلاثة هي: ١ – توافر العجز وقت الزواج فذلك هو الذي يقود إلى إبطاله، أما العجز الطارئ بعد الزواج فلا ينهض سبباً للبطلان، ولكنه قد يكون مدعاة للتطليق عند بعض الطوائف. ٢ – أن يكون العجز مؤبداً فإذا كان مؤقتاً يرجى زواله فإنه لا يعتبر مما يبطل الزواج، ويقع على الزوج الآخر واجب الصبر والمساعدة، ويرجع في ذلك لأهل الخبرة. ٣ – بلوغ العجز درجة من الخطورة على حياة الشريك، ويكون ذلك في حالة عدم القدرة التامة على الممارسة الجنسية، فإذا كانت ممكنة دون أن تصل إلى حد الإشباع فلا يمكن وصف الضرر الذي يلحق الطرف الآخر بالجسيم لكي يصح القول عنه بأنه مانع من موانع الزواج. و العجز الجنسي السابق على الزواج بحسب المادة ٥٨ من نظام المجلس الأعلى للطائفة الإنجيلية في سوريا ولبنان للأحوال الشخصية يعتبر من الموانع المبطلة له، بخلاف العقم الذي لا يعدّ من هذا القبيل. فالشريعة الكاثوليكية وكذا الإنجيلية قد أوردتا العجز مانعاً من موانع الزواج، والشيء نفسه يمكن أن يقال عن شريعة الأرمن والروم الأرثوذكس، أما شريعتا الأقباط والسريان الأرثوذكس فقد أوردتا الأمراض الخطيرة الأخرى كموانع للزواج، وأغفلت شريعة الأقباط الأرثوذكس لسنة ١٩٥٥ ذكر الأمراض ماعدا العجز الجنسي، غير أن فقهاء هذه الشريعة سحبوا حكم العجز الجنسي على بعض الأمراض الخطيرة كالجذام والبرص لاتحاد العلة.[١]

والعنة من صور العجز الجنسي وعرفت بأنها (مرض يصيب الرجل لا يقدر على إتيان النساء).[٢] والقانون الفرنسي لا يأخذ في الاعتبار العلاقة

(١) عبد الرحمن الصابوني، مرجع سابق، ص٢٤٥. مصطفى الجمال، قانون الأسرة لغير المسلمين، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٧، ص١٦٩ – ١٧٠، ٢٤٠.

(٢) علي أبو البصل، مرجع سابق، ص١٦٦. نذكر هنا بأن العجز الجنسي قد يختلط مع العقم خاصة ما يتعلق بالأسباب النفسية التي تتمثل لدى الرجل بانعدام القذف أو القذف السريع أو عدم الانتصاب، ولدى المرأة تتمثل في عدم القدرة على إنتاج البويضة. نجيب ليوس، العقم تشخيص وعلاج http://health.arabhs.com. وعدم القدرة على الجماع يعني وجود العجز الجنسي أياً كانت أسبابه، أما عدم الإنجاب على الرغم من تحقق الجماع فهو ما يعرف بالعقم.

الجنسية، وإن العنة لا تؤدي إلى انحلال الزواج إلا إذا لم يكن الزوج عالماً بها نتيجة تدليس.[١] وأعطت بعض التشريعات للعنة حكماً مغايراً عن العيوب الأخرى، وذلك بجعل القاعدة تتمثل في سقوط حق المرأة في طلب التفريق بسبب العلل المانعة من الدخول إذا علمت بالعيب قبل العقد أو رضيت به بعده، واستثنت من ذلك العنة التي لا يسقط عندها حق المرأة في التفريق.[٢] وذهب البعض من التشريعات إلى ما هو أبعد من العنة، وذلك بتبني فكرة العيوب المانعة من الاستمتاع حيث لا يسقط حق الزوجة عندها في طلب الفسخ بأي حال من الأحوال.[٣] وقضي بأن (العنة تنتفي بوصول الرجل الزوج إلى زوجته ولو مرة واحدة ... وحيث إن الطرفين متصادقان على أن وضعهما كان طبيعياً قبل المدة الأخيرة، وقد بين الطاعن أنه مصاب بمرض السكر الذي سبب له الضعف الجنسي مؤخراً والمدعية لم تنف ذلك).[٤]

الفرع الثالث
الإيدز كعيب من عيوب الزوجية

الإيدز AIDS مرض خطير ينتقل في إطار العلاقة الزوجية للشريك مثلما ينتقل إلى الذرية، والمصابون بفيروس المرض أو الحاملون له يعدون بالملايين على مستوى العالم، ولو أنجب هؤلاء ذرية مصابة فسوف يتضاعف العدد المذكور مرات

---

(١) ج. كاربيني، الأرض والسماء في القانون الفرنسي للزواج. ج. ربيير. ل.ج. د.ج، باريس، ١٩٥٠، ص٣٣٢. تشوار الجيلالي، مرجع سابق، ص١٣.

(٢) المادة ١٠٦ من قانون الأحوال السوري. والمادة ١١٤ من قانون الأحوال الأردني. ويرى الكاساني أنه (حَتَّى لَوْ تَزَوَّجَتْ، وَهِيَ تَعْلَمُ أَنَّهُ عِنِّينٌ، فَلَا خِيَارَ لَهَا؛ لِأَنَّهَا إذَا كَانَتْ عَالِمَةً بِالْعَيْبِ لَدَى التَّزْوِيجِ، فَقَدْ رَضِيَتْ بِالْعَيْبِ كَالْمُشْتَرِي إذَا كَانَ عَالِماً بِالْعَيْبِ عِنْدَ الْبَيْعِ، وَالرِّضَا بِالْعَيْبِ يَمْنَعُ الرَّدَّ كَمَا فِي الْبَيْعِ وَغَيْرِهِ). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للكاساني، ج٦، ص١٣٧.

(٣) المادة ١٤٠ من قانون الأحوال الكويتي. والمادة ١١٢/ ٣ من قانون الأحوال الإماراتي.

(٤) نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس ٤٣٤ قرار ٤٢١ في ١٩٧٦/٤/٢٩. أديب استنبولي وسعدي أبو حبيب، مرجع سابق، ص٣٨٦.

عديدة.[١] ولا يوجد لهذا المرض علاج قاطع، وتحقق الإصابة به أمر يكاد يكون مؤكداً، وأفرز الإيدز الذي ينتقل عن طريق الدم والمني جملة من المواقف وردود الأفعال وعم النقاش حوله كافة زوايا النظام القانوني، ويأتي في المقدمة منها تشريعات الأحوال الشخصية، وقد استوعبته بعض تلك التشريعات على الرغم من عدم حداثة الكثير منها، بسبب من كونها لم تأت على ذكر العيوب بصورة حصرية، أو لكونها اكتفت بوصف العيب بالذي يؤثر على مستقبل العلاقة الزوجية. ومنها ما أشار للإيدز صراحة، كقانون الأحوال الإماراتي حيث ورد فيه: (إذا ثبت إصابة الآخر بمرض معد يخشى منه الهلاك كالإيدز وما في حكمه، فإن خشي انتقاله للزوج الآخر أو نسلهما وجب على القاضي التفريق بينهما). ونذكر هنا بالبرنامج الوطني للوقاية من الإيدز لدولة الإمارات العربية المتحدة لسنة ١٩٨٩ والذي حتم على الجهات المعنية ضرورة فحص الفئات الأكثر تعرضا للإصابة بالمرض وهي الحالات التي تستدعي نقل الدم بصورة متكررة والسيدات الحوامل في الأشهر الأولى من الحمل والعاملين بالمختبرات ومراكز نقل الدم والمخالطين للمريض والعاملين بمراكز مراقبة الأمراض السارية.[٢]

---

(١) روي عن الإمام علي (رض) بقول الشافعي (الجذام والبرص فيما يزعم أهل العلم بالطب والتجارب تعدي الزوج كثيراً... فأما الولد فبين والله أعلم أنه إذا ولده أجذم أو أبرص أو جذماء أو برصاء قلما يسلم، وإن سلم أدرك نسله). معرفة السنن والآثار، للبيهقي، ت – عبد المعطي أمين قلعجي، دار الوفاء، مصر، ١٤١٢ هـ، ج١، ص٤٥٥.

(٢) المادة ٤/١١٤ من قانون الأحوال الإماراتي. وتجبر بعض الشرائع الزوج المصاب بمرض معد على تطليق زوجته، وللشرع ذلك ولو أبت الزوجة ما لم تتعهد شرعاً بأنها لن تختلي به. المادة ٢٠٤ من الأحوال الشخصية للإسرائيليين. عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج٢، مرجع سابق، ص١٤٣. ونشرت جريدة الوفد المصرية في ١٩٩٤/٤/٧ خبراً مفاده أن أحد الأزواج قد توفي وكان قد أخفى عن زوجته قبل الزواج إصابته بالإيدز، واكتشفت أمره بعد ثلاثة شهور من الزواج وقد وضعت طفلاً مصاباً في أحد مستشفيات القاهرة، بعد أن رفض التصريح لها بالإجهاض، مما حدا بالبعض إلى المناداة بضرورة إعادة النظر بأحكام الإجهاض، وذلك بإباحته فيما لو تأكد بالوسائل العلمية أن الجنين سيولد مصاباً بالفيروس، على الرغم من أن العلم قد أثبت أن نسبة احتمال انتقال الفيروس من الأم إلى الجنين تقدر بـ ٤٠٪. فتوح عبد الله الشاذلي، أبحاث في القانون والإيدز، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص٥٩.

وحول إمكانية مساءلة الزوج المصاب بالإيدز جنائياً عند انتقال المرض لشريكه الذي يجهل حقيقة أمره، يمكن القول: إن بعض التشريعات تجرم مثل هذه الواقعة صراحة، كالمادة ٣٦٨ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩، التي تعاقب من يتعمد ارتكاب فعل من شأنه نشر مرض خطير مضر بحياة الأفراد، وتشدد العقوبة حين يتخلف عن السلوك الإجرامي موت إنسان أو إصابته بعاهة مستديمة.(١) وبغياب الحل المذكور لجأ البعض إلى النص الخاص بجريمة إعطاء مواد ضارة بالصحة ليجعل منه سنداً للقول بعقاب الزوج المصاب، وبما أن ذلك يتم في إطار الجرائم العمدية، فإن القصد الجنائي – على حد زعمه – لم يتوافر في الفرض السابق؛ لأن قوامه أمران هما علم الجاني بأن المادة ضارة، وأن يرمي إلى المساس بجسم المجني عليه، ومن ثم فإن الشرط الأخير غير متوافر سواء تم الجماع بناء على رغبة المصاب أو برغبة السليم، ويقترح إيجاد تشريع يعالج الحال على غرار بعض الولايات الأمريكية كميشيغان وإنديانا التي فرضت جزاءات على من يدخل في علاقة جنسية، وهو على علم بأنه يحمل فيروس الإيدز.(٢) ولا نريد من جانبنا الخوض في هذا النقاش بقدر ما نعتقد بأن النصوص المتعلقة بالصحة العامة أياً كان موقعها على خريطة النظام القانوني كفيلة بتقديم الحلول، وأن إعمال القواعد العامة يفي بالغرض، فهناك المسؤولية العمدية والمسؤولية عن الخطأ غير العمدي، أما أن العلاقة الزوجية لا تحتمل التجريم والعقاب فذلك مردود عليه بأن هناك العديد من النصوص التي تجرم الأفعال الواقعة من أحد أطراف العلاقة الزوجية على شريكه، والوحدة الجسمانية للزوجين بصفتها المجردة لا تطرح في مثل هذا الموضع.

وللتذكير فإن إلزام أحد الزوجين بواجب الإبلاغ عن وجود مرض الإيدز لدى

---

(١) تعاقب المادة ٣٦٩ من القانون ذاته على نقل العدوى المرضية بخطأ من الفاعل، وتشدد العقوبة عليه حين تتخلف عاهة مستديمة أو موت إنسان.

(٢) أمين مصطفى محمد، الحماية الجنائية للدم من عدوى الإيدز والالتهاب الكبدي الوبائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٩، ص١١٨، ١٢٤. والمادة ٢٦٥ من قانون العقوبات المصري والمادة ٢٧٥ من قانون العقوبات الجزائري.

الطرف الآخر يحتاج إلى مراجعة قواعد الأحوال الشخصية.[١] ويرى البعض بلزوم تقييد الزواج بالنسبة لحامل الفيروس، وينادي بضرورة إقرار إلزامية الفحص السابق على الزواج، بحيث لا ينعقد الأخير عند ثبوت إيجابية الفحص.[٢] وهذا الاقتراح لا ينهي المشكلة المطروحة؛ لأن الزواج العرفي يبقى خارج دائرته، والحل يكمن بتجريم الزواج دون وثيقة رسمية، وقد تبنت ذلك الحل بعض التشريعات كالقانون الأردني.[٣]

---

(١) تراجع المادة ١٣ من قانون الأمراض المعدية المصري. وتعاقب المادة ٢٨٥ من قانون الصحة العامة الفرنسي الشخص الناقل للمرض التناسلي الذي يمتنع عن العلاج بصفة منتظمة، وتلزم مواد القانون المذكور كلاً من الطبيب والمسؤولين عن المريض وأقرباءه والمقيمين معه ومن يرعاه بالإبلاغ عن الإصابة بالمرض المعدي، ويعلن اسم المريض والمرض فيما لو رفض العلاج، ويعلن عن المرض وحده فيما لو كان من السهل انتقاله إلى الأصحاء، وقد أضيف الإيدز لمجموعة الأمراض المعدية بالمنشور رقم ٣٦ في ١٩٨٨/١/١١. المواد ١١ – ١٣ و ٢٥٧ – ٢٦٢ من القانون السالف الذكر. فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص٤٧–٤٨.

(٢) فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص٣١. ومما يروى أن رجلاً عقيماً تزوج بامرأة فطلب منه عمر (رض) أن يخبرها بحاله فتردد الرجل، حيث أمره عمر (رض) بأن يخيرها. ويرى البعض أن تجاهل إخبار الطرف الآخر غير المصاب بالإيدز سواء قبل الدخول أم بعده يعد غشاً، وبأن تأخذ الاحتياطات اللازمة أو يؤجل الدخول لحين تجاوز مرحلة العدوى. سنده في ذلك قول الرسول (ﷺ) عن عبادة بن الصامت" لا ضرر ولا ضرار" الحديث ورد في سنن ابن ماجة، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر جاره، برقم ٢٣٣١، ج٧، ص١٤٣. (موقع الإسلام). أحمد محمد لطفي أحمد، مرجع سابق، ص٢٥٤.

(٣) جاء في المادة ١٧ من قانون الأحوال الأردني (٣ – وإذا جرى الزواج بدون وثيقة رسمية فيعاقب كل من العاقد والزوجين والشهود بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات الأردني، وبغرامة على كل منهم لا تزيد على مائة دينار. ٤ – وكل مأذون لا يسجل العقد في الوثيقة الرسمية بعد استيفاء الرسم يعاقب بالعقوبتين المشار إليهما في الفقرة السابقة مع العزل من الوظيفة). وجاء في المادة ٢٠٧ من مشروع قانون العقوبات الفلسطيني لسنة ٢٠٠٣ (كل من أجرى مراسم زواج أو كان طرفاً في إجراء تلك المراسم بصورة لا تتفق مع القانون الذي ينطبق على الزوج والزوجة مع علمه بذلك، يعاقب بالحبس). يمكن مراجعة المواد ٢٠٨ – ٢٠٩ من المشروع ذاته. وإذا كان الفحص الطبي من مستلزمات تمام العقد فعندئذ سيعاقب من يخالف ذلك، باعتبار أن العقد قد تم على خلاف ما تطلبه المشرع. ونذكر بأن جعل العقد المدني سابق على ما يعرف بالفاتحة أو (العقد العرفي) سيضمن بلا شك إجراء الفحص الطبي فيما لو كان الفحص متطلباً قانوناً، أما انعقاد العقد العرفي وحصول الدخول ومن ثم السعي للحصول على وثيقة رسمية بالزواج، فذلك يفوت فرصة الفحص المذكور وأغراضه، ويبقى الأمر يتعلق بخيار ما بعد الدخول.

المبحث الثالث
الفحص الطبي للأزواج

الفحص الطبي الذي يتولاه الأطباء بمعونة ذوي الاختصاصات الأخرى، يمكن أن يقرأ على وجوه متعددة، فتارة يكون حقاً للخاضع له وتارة يبدو واجباً عليه، وفي أخرى يجمع بين هذا وذاك، وقد يكون من الإجراءات الوقائية، خاصة حين يتعلق الأمر بمنع العدوى بين الأزواج، مثلما يرتبط أحيانا بالعلاج، بل إن الفحص الطبي في إطار العلاقة الزوجية يأخذ صورتين؛ إحداهما سابقة على الزواج والأخرى لاحقة له – ونعني بذلك إجراء الخبرة أمام القضاء – سنتناول كل هذا في المطالب التالية:

المطلب الأول
الفحص الطبي السابق على الزواج والخبرة الطبية

تجاهلت الدساتير العربية الإشارة بشكل مباشر إلى حق الزوج في سلامة شريك حياته، أو في أن يكون للزوج الآخر حق الانفصال عند وجود العيب، وعذرها أن هذه المسائل فرعية تتكفل بها التشريعات الأقل منزلة من الدستور. وعلى أية حال فإن حق الرعاية الصحية أو التمتع بأعلى مستوى صحي، الذي تردده الدساتير، ينبغي أن تقابله جملة التزامات تقع على الأفراد والدولة.

وذلك لا يعني استبعاد الواجب الملقى على عاتق المتقدمين للزواج في إجراء الفحص الطبي، فنحن هنا أمام معادلة الحقوق والواجبات. كما نلفت النظر إلى أن الفحص الطبي ينبثق عن تلاقي مبدأ تكوين الأسرة والحفاظ على كيانها بمبدأ الرعاية الصحية في صورتيها الوقائية والعلاجية، وإن جل النصوص الدستورية تحمل الدولة عبء صيانة المبادئ السالفة وترقيتها، ومن النادر أن يشرك المجتمع مع الدولة في هذا الأمر. إن الفحص الطبي ينبغي أن تكفله

الدولة، مع استجابة صادقة وأمينة من المجتمع.[1] وإن عدم إدراج الفحص الطبي ضمن المبادئ الدستورية لا يهيئ الأرضية للطعن بدستورية النص الذي يلزم الأزواج بالفحص قبل الزواج، ما لم تصبح النتائج الإيجابية لهذا الفحص من الموانع القانونية للارتباط.

وعلى أية حال فإن العيب الذي يصيب أحد الزوجين إما أن يسبق عقد الزواج أو يعقبه، من هنا تأتي أهمية الفحص السابق على العقد، حيث يضع الطرف الآخر أمام الخيار في أن يقبل الارتباط من عدمه. على فرض أن الطرف السليم له خيار قبول الطرف الآخر على الرغم من إيجابية نتائج الفحص، ومن المفروض أن يقتصر الخيار على العيوب التي لا أثر لها على تكامل الشخص السليم ولا على ما ينجب من أطفال مستقبلاً، أما ما عدا ذلك فمن المنطق ألا يسمح معه بقيام الرابطة الزوجية.

على أن هذا التصور القائم على افتراض لما يجب أن تسير عليه الأمور، قد لا يطابق الواقع، فالتشريعات قد لا تشترط الفحص السابق للزواج وقد تشترطه، ومع ذلك تكون الغلبة للتقاليد الموروثة والممتزجة بنقض الوعي العام، بما يحول دون تحقيق نتائج مشجعة.

وبالنظر لخصوصية الزواج وقدسيته وارتباطه بقواعد الشرع فإن فرض الفحص الطبي على الراغبين به يحتاج إلى سند شرعي، فعن أبي سلمة أنه

---

(١) يمكن مراجعة المادتين ١٥، ١٩ من الدستور الإماراتي، والمادتين ٥، ٨ من الدستور البحريني، والمادتين ٥٤، ٥٨ من الدستور الجزائري لسنة ١٩٩٦، والمواد ٩، ١٠، ٣١ من النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية، والمادتين ١٣، ١٥ من الدستور السوداني، والمادتين ٤٤، ٤٦ من الدستور السوري، والمادة ١٢ من النظام الأساسي لسلطنة عمان، والمادة ٧ من النظام الأساسي لدولة قطر، والمادتين ٩، ١٥ من الدستور الكويتي، والمادتين ٩، ١٦ من الدستور المصري، والمادة ٥٧ من الدستور الموريتاني، والمادتين ٣١، ٣٢ من الدستور اليمني. مجموعة دساتير البلدان العربية، بإشراف – إريك كنال فورغ، مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي، بيروت، سيدروما، ٢٠٠٠.

سمع أبا هريرة يقول: قال الرسول (ﷺ) "لا توردوا الممرض على المصح"[(١)]. ومن مقاصد الشريعة حفظ النفس والنسل، وما يتم الواجب إلا به فهو واجب. يقول الإمام الغزالي عن المصلحة (عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة، ولسنا نعني بذلك، فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكنا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة: هو أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم).[(٢)]

إن للفحص الطبي اليوم مكانة مهمة في العديد من التشريعات العربية على الرغم من ما حصل من تباطؤ وتلكؤ، ونأمل ألا يخلو واحد منها من أحكامه، وألا يكون عدم تبني فقهاء الشريعة الأوائل له، ولا حتى سيطرة أعراف الناس وطغيانها على التشريعات، أو نقص الوعي العام وضعف الإعلام الطبي، وكذا حرية الأفراد في إبرام عقد الزواج حججاً تقوض هذا الإجراء الإنساني المهم. والتردد الحاصل يعكسه قول البعض بأن (ولي الأمر يملك التدخل التشريعي ... لتقييد حق الراغبين في الزواج بضرورة الفحص الطبي لخلوهما من الأمراض المستعصية ذات الأثر الوراثي).[(٣)]

ومن بين أولى التشريعات التي تبنت الفحص الطبي قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر في ١٩٥٣ في الفقرة (ج) من المادة ٤٠ منه؛ حيث أدخل في خانة الشروط القانونية التي لا تؤثر على صحة العقد وانعقاده، أنها

---

(١) صحيح البخاري، كتاب الطب، باب لا هامة، رقم الحديث ٥٣٢٨، ج١٨، ص٦٦.(موقع الإسلام).

(٢) المستصفى، لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي، المطبعة الأميرية، د. س. ط، ج١، ص٢٨٦. وقد رتب كتاب الأصول المصالح الضرورية على نحو متناسق، فمصلحة الدين ثم مصلحة النفس ثم مصلحة العقل ثم مصلحة النسل ثم مصلحة المال. حسين حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، مكتبة المتنبي، القاهرة، ١٩٨١، ص ٥ – ٦، ٣٤.

(٣) محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص٩٤.

الشروط الشكلية الضرورية لتوثيق العقد وتسجيله، وحين يتسرب الشك إلى نفس القاضي عن الشهادة الطبية المقدمة والمتعلقة بالأمراض السارية، يتعين عليه إحالة المتقدمين للزواج إلى طبيب يثق به. وهذا الذي أخذ به المشرع السوري لا يتعدى منع التغرير عن الزوج السليم، ومن ثم ترك الخيار له في إتمام العقد من عدمه، وفضَّل البعض هذا الإجراء بصيغته الواردة داعياً في الوقت ذاته إلى توسيع الفحص ليشمل فحص دم الزوجين.[١] وبحسب القانون المذكور فإن العيب الذي يثار بعد الدخول يكون الفحص الخاص به من اختصاص لجنة طبية حيث قضي بأنه (يتوجب على المحكمة الاستجابة لطلب الزوج وعرض الزوجة على لجنة طبية لإثبات وجود المانع من الدخول قبل عرض الأمر على المحكمين).[٢]

وبحسب قانون الأحوال الإماراتي، فإن توثيق عقد الزواج لا يتم إلا بتقديم تقرير صادر عن لجنة طبية يشكلها وزير الصحة، يشير إلى خلو العاقدين من الأمراض التي نص القانون على جواز التفريق بسببها.[٣]

ولا ندري إن كان ثبوت المرض على النحو السالف سيمنع من تمام العقد أم أن تقدير الأمر سيترك لذوي الشأن؟. ووفقاً لنصوص المشروع الاختياري للأحوال الشخصية للحزب السوري القومي الاجتماعي، فإن من بين ما يجب تقديمه من وثائق شهادة خلو طالبي الزواج من أية أمراض تشكل خطراً على الزواج أو مانعاً منه، على ألا تتضمن الشهادة الطبية أية بيانات أخرى، وربما يفسر ذلك على أنه من باب الاحتياط خشية إفشاء السر الطبي، وحدد أمد

---

(١) جاء نص الفقرة ج على النحو التالي (شهادة من طبيب يختاره الطرفان بخلوهما من الأمراض السارية ومن الموانع الصحية للزواج. وللقاضي التثبت من ذلك بمعرفة طبيب يختاره). عبد الرحمن الصابوني، مرجع سابق، ص٢١٥ – ٢١٦.

(٢) نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس ٤٣١ قرار ٤٣٥ في ١٩٦٧/١٠/٨. أديب استنبولي وسعدي أبو حبيب، مرجع سابق، ص٣٨٥.

(٣) الفقرة الثانية من المادة ٢٧ من قانون الأحوال الإماراتي. علي أبو البصل، مرجع سابق، ص٤٢.

الشهادة الطبية بما لا يزيد على الشهر. وأجاز المشرع الإعفاء من تقديم الشهادة بقرار معلل صادر عن المحكمة المدنية المختصة بناء على طلب النيابة العامة.[١]

وناط قانون الصحة العراقي رقم ٨٩ لسنة ١٩٨١ بوزارة الصحة مهمة إجراء الفحوص الطبية اللازمة للمتقدمين للزواج لأجل بيان أهليتهم وسلامتهم وتزويدهم بالشهادة الطبية اللازمة.[٢] وهذا الحكم وسواه يطبق بصورة شكلية سواء تعلق الأمر بالجهات الصحية أم القضائية، لا بل إن هناك معوقات فنية لا يمكن تجاوزها كحاجة مرض معين إلى تقنيات خاصة للتأكد من حقيقة وجود السبب من عدمه. ويعاقب القانون العراقي الطبيب الذي يمنح شهادة على سبيل المجاملة وهو يعلم في كونها غير صحيحة في أحد محتوياتها، ويشدد العقاب على الطبيب فيما لو كانت تلك الشهادة قد أعدت لكي تقدم للقضاء، وتغلظ العقوبات فيما إذا صاحب ارتكاب الواقعة السالفة الرشوة والوساطة والتوصية، كما يعاقب على التزوير أو اصطناع الشهادة الطبية.[٣]

وبحسب قرار وزير العدل المصري يجب على المأذون وقبل توثيق عقد

---

(١) الفقرة الرابعة من المادة ١٣ من المشروع المذكور.

(٢) المادة ٧ / ٢ من القانون المذكور.

(٣) تتمثل العقوبة بالحبس الذي لا يزيد على سنتين أو الغرامة التي لا تتعدى ٢٠٠ دينار، وعند التشديد تكون العقوبة الحبس دون تحديد مع رفع سقف الغرامة إلى ٣٠٠ دينار. المادة ٢٩٧ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩. وجرم المشرع الجزائري فعل الطبيب أو الجراح أو طبيب الأسنان أو الملاحظ الصحي أو القابلة المتمثل بالإقرار الكاذب بوجود أو إخفاء وجود مرض أو عاهة أو حمل، أو بإعطاء بيانات كاذبة عن مصدر مرض أو عاهة أو سبب وفاة، والعقوبة تتمثل بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات. المادة ٢٢٦ من قانون العقوبات بالأمر رقم ١٥٦ لسنة ١٩٦٦. وننصح بمراجعة المادة ٢٢٥ بالقانون المعدل لقانون العقوبات رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٦.

الزواج أن يحصل على إقرار من الزوجين يشير إلى خلوهما من العلل التي تجيز التفريق بعد تبصيرهما بتلك العلل.[١] وانتقد البعض هذا القرار ووصفه بعديم الفائدة حيث لا جزاء على أي من الزوجين حين يكون إقراره خلافاً للحقيقة، بل لا يكيف ما يقوم به على أنه جريمة تزوير، كما أن مضمون القرار لا ينفع حين تكون إصابة أحد الزوجين بعد إبرام العقد، ولديه أن الإقرار يفتح باب الخلاف بين الزوجين على مصراعيه بشأن تاريخ الإصابة بالعلة، ولاسيما إذا ما تأخر الدخول لعدة سنوات بعد العقد.[٢] ولدينا أن الإقرار السابق يحقق جملة فوائد كتبصير الأزواج وتوجيههم وبأن يكون لأي منهم الحق في التأكد من سلامة من سيرتبط به، أما كونه لم يظهر في صورة الأمر أو النهي أو أن المشرع تحاشى أن يرتب عليه جزاء ما، فذلك إن صح فهو خلل في النظام القانوني الذي لا يعاقب على التصريح المعيب الذي يشكل خديعة للطرف الآخر، أما عن تأخر الدخول بعد العقد فمردود عليه بأن تاريخ العقد هو المعتبر شرعاً وليس الدخول. ومع هذا فكان الأولى بالمشرع المصري أن يطلب تقديم شهادة طبية تفيد الخلو من العيوب لا أن يستعيض عنها بما هو أدنى.

وجعل المشرع الجزائري في المادة ٧ مكرر من قانون الأسرة عمر الوثيقة الطبية Document médical ثلاثة أشهر، في حين كانت المدة في مشروع التعديل شهرين، تفيد خلو الزوجين من أي مرض أو عامل قد يشكل خطراً يتعارض مع الزواج، وألزم كلاً من الموثق وضابط الحالة المدنية بواجب التأكد قبل تحرير العقد من خضوع الطرفين للفحوص الطبية، ومن علمهما بما كشف عنه الفحص من أمراض أو عوامل تشكل خطراً يتعارض مع الزواج، مع الإشارة لذلك في العقد. وقد صدر المرسوم التنفيذي رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٦ المحدد لشروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة ٧ مكرر من قانون الأسرة رقم ١١ لسنة ١٩٨٤، والفحوص وفقاً له تتمثل في فحص طبي شامل وتحليل فصيلة

(١) القرار رقم ١٧٢٧ لسنة ٢٠٠٠.

(٢) حسن حسانين، مرجع سابق، ص٣١٢.

الدم ABO+ rhesus، وجاء في المادة ٤ من المرسوم المذكور (يمكن أن ينصب الفحص الطبي على السوابق الوراثية والعائلية قصد الكشف عن بعض العيوب و/ أو القابلية للإصابة ببعض الأمراض. وزيادة على ذلك، يمكن أن يقترح الطبيب على المعني إجراء فحوصات للكشف عن بعض الأمراض التي يمكن أن تشكل خطر الانتقال إلى الزوج و/أو الذرية، وذلك بعد إعلامه بمخاطر العدوى منها). وبهذا يكون المشرع قد أوجب الفحص وترك الخيار للمعنيين، فقال في المادة ٧ من المرسوم أعلاه (لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافاً لإرادة المعنيين). وأشار المرسوم المذكور إلى الطبيب دون أن يحدد الجهة التي يعمل لديها إن كانت ضمن القطاع الحكومي أم الخاص، وفي النموذج الملحق بالمرسوم المذكور قال "دكتور في الطب" و "الممارس في"و "العنوان".[١] ويبدو أن العمل يسير على قبول الشهادة الطبية من كلا القطاعين ومن طبيب عام دون اشتراط التخصص.

وقد كنا نأمل أن تصل يد المشرع إلى منع الزواج في حالات بعينها حماية لمصلحة الأسرة والمصلحة العامة، غير أن ذلك قد يقود إلى الزواج غير الرسمي، وهو ما يجعلنا ننادي بما أخذ به المشرع الأردني من عقاب المتسببين في الزواج الذي لا يكتسي الصفة الرسمية. وكان أملنا في أن يناط الأمر بلجنة طبية وأن تقلص المدة إلى أقل من ثلاثة أشهر، وأن تشمل الفحوص الإلزامية أمراضاً وعللاً عديدة، وأن تراعى الاختصاصات عند تشكيل لجنة الفحص، على أن تستعين بالوسائل الحديثة، وأن تشتمل على امرأة على الأقل، ويكون لها مقر دائم، وأن ترسل نتائجها مباشرة إلى الجهات المنوط بها تحرير العقد، أو أن يتم تزويدها بنسخ من إمضاءات أعضاء اللجنة وخاتمها، وأن تكون تلك الجهات على

(١) تم إضافة نص المادة ٧ مكرر بالقانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٥ المعدل لقانون الأسرة رقم ١١ لسنة ١٩٨٤. وقد جاء في المادة ٥ من المرسوم المذكور أعلاه (يبلغ الطبيب الشخص الذي خضع للفحص بملاحظاته ونتائج الفحوصات التي تم إجراؤها طبقاً للمادة ٣ أعلاه، ويتم إعداد شهادة طبية بذلك تسلم إلى المعني). تراجع المادة الثانية من المرسوم المذكور.

قدر من الوعي بماهية الشهادات الطبية المحررة. ونعتقد بأن الموضع الحقيقي لمعالجة الفحص الطبي هو قانون الصحة، مع التنويه إليه في قانون الأسرة، بسبب كون الفحص هذا من صميم الأعمال الطبية.(١)

وجعل المشرع الإماراتي في الفقرة ٢ من المادة ٢٧ من قانون الأحوال الشخصية من الفحص الطبي شرطاً لإمكانية إجراء عقد الزواج، حيث جاء فيه: (يشترط لإجراء عقد الزواج تقديم تقرير من لجنة طبية مختصة يشكلها وزير الصحة يفيد الخلو من الأمراض التي نص هذا القانون على طلب التفريق بسببها). ويوحي النص المذكور بأن شمول التقرير بوجود الأمراض المطلوبة يعني عدم إمكانية المأذون من توثيق العقد، كما أنه قد جعل الأمراض في حدود ما نص عليه القانون، مع أنه لم يحددها في موضعها بصورة حصرية، ولم يشترط إعلام الطرف الآخر بالمرض، مع ملاحظة أن التفريق في هذا القانون يساوي الفسخ، عدا عن التداخل بين مفهوم المرض ومفهوم العلة، إلا أن ما يسجل له أنه قد جعل الفحص يتم من قبل لجنة طبية مختصة، لا من طبيب منفرد كما قال بذلك المشرع الجزائري على نحو ما سبق بيانه.

وعلى كل حال فإن النص على الفحص الطبي للمتقدمين للزواج لا يكفي، إذ نحتاج إلى المزيد من الإمكانيات ومستوى من الوعي عدا الإلزام القانوني – إن وجد – وما يعين على الكشف على العيوب "الأمراض" الوراثية – مثلاً – هو تاريخ العائلة الطبي، والعائلة العربية تملك الكثير عن تاريخها إلا ما يتعلق بالجانب الطبي منه، ولو طبق نظام السيرة الصحية لكل فرد لأمكن صنع تاريخ لكل عائلة. وبما يتعلق بالأمراض الوراثية فإن الأمر يرتبط بأشخاص أصحاء يمكن أن ينجبوا ذرية عليلة. وإذا كانت نتائج الفحص الطبي لا تسقط خيار المتقدمين للزواج، فإن نتائج ذلك الخيار غير مشجعة؛ لأن الرغبة الجامحة للارتباط أقوى من أية نتائج إيجابية للفحص الطبي، بسبب من ترسخ إيمان الناس بأن الله تعالى هو الرازق، ويجب أن نطمئن لرزقه؛ أو لأن العقد قد كتب

(١) المادتان ٧، ٤٥ من قانون الأسرة الجزائري.

أو أن الأسرة قد خسرت الكثير من الأموال للخطبة والاستعداد لحفل الزواج، زد على ذلك أن عدم إكمال الزواج قد يقضي على مستقبل الفتاة لكونها قد تبقى أسيرة العنوسة. وتشير الإحصائيات إلى ضرورة أخذ عدم التوافق في الاعتبار، ففي أحد مراكز أمراض الدم في المملكة العربية السعودية – مثلاً – تم فحص ٥١٦٧ شاباً وشابة في خلال خمسة أشهر، وجد أن ١٢٣ حالة عدم توافق.(١)

ونحن نرى أن المصلحة العامة المتمثلة في خلق جيل سليم أولى من التمسك بتقاليد Traditions تتعارض وتلك المصلحة، كما أن التوعية كفيلة بتقريبنا للحلول ومنابرها الأصيلة دور العبادة والمدارس ووسائل الإعلام، والأهم من هذا كله هو الحرص على خلق سيرة صحية لكل فرد من أفراد المجتمع.(٢) وبعكس هذا فإننا سنكثر من حالات الإجهاض والطلاق والتحلل

(١) نقلاً عن: أحمد محمد السليمان، مدير مركز أمراض الدم بمستشفى فهد بالهفوف. وبحسب السيد شاكر الهاجري "مسؤول العلاقات الزوجية في محكمة الأوقاف والمواريث" تم تصديق عقد نكاح ٩٨ حالة عدم توافق من بين ٧٣٢ عقد نكاح قدمت للمحكمة للفترة من ٢٠٠٤/٥/١ – ٢٠٠٤/٨/١٥. وللتذكير، فقد تم تطبيق قرار مجلس الوزراء السعودي المتعلق بإلزامية الفحص الطبي قبل الزواج ابتداء من أول محرم ١٤٢٥ هـ. مع ترك الخيار لذوي الشأن لإتمام الزواج من عدمه. على أن إتمام الزواج على الرغم من عدم التوافق ظاهرة ليست عربية وبحسب، فقد نقل الطبيب السعودي محمد خالد آل عبد العال، خلال زيارته مركز أمراض الدم ومختبر فحوص ما قبل الزواج في نيقوسيا – قبرص – صورة من دليل التقنيات المخبرية ٢٠٠٠ – المختبر المركزي لوزارة الصحة القبرصية – مفادها أن ٩٨ ٪ من حالات عدم التوافق قاموا بإتمام الزواج. والطبيب المذكور يقترح فحص الشبان المراهقين بين ١٤ – ١٨ عاماً وهي تجربة معروفة في كندا ونسبة نجاحها تفوق ٨٠٪ على أن تجرى في المدارس، لتوسيع الفاصل الزمني بين اختيار الشريك المناسب وتمام الزواج.
www.Lahaonline.com

(٢) جاء في المادة ٢٨ من قانون الصحة الجزائري رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ (ينشأ دفتر صحي قصد متابعة الحالة الصحية للسكان متابعة أحسن وتسجيل أدق للتطعيم والعلاج الطبي للمتقدمين).

الأسري، علاوة على هدر الموارد على جيل يحتاج إلى رعاية صحية باهظة الثمن قد تمتد من المهد إلى اللحد.

وتزداد قيمة الفحص الطبي في حالة مرض الإيدز بسبب من سعة انتشاره وعدم وجود علاج له في الوقت الحالي، علاوة على أنه ينتقل إلى الذرية، والوسيلة الأساس لانتقاله هي العلاقة الجنسية، لذا فقد تعالت الأصوات في مصر لإصدار تشريع يلزم بضرورة الفحص السابق على الزواج، وأن يمنع بموجبه انعقاد الزواج فيما لو ثبت من الفحص أن أحد الزوجين يحمل فيروس الإيدز.(١)

وعند غياب إلزامية الفحص الطبي فليس هناك ما يمنع شرعاً أن يشترط الأب ومن في حكمه على طالب الزواج من ابنته تحليل دمه للتأكد من خلوه من فيروس الإيدز، باعتبار أن الأصل في الشرع دفع الضرر متى كان من الممكن دفعه، فما روي عن الرسول (ﷺ) أنه قال (أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج) و (كل شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو مردود) و (المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً).(٢)

ويشكل رأي أهل الطب أساساً في الحكم على مدى وجود العيب من عدمه ومقدار الضرر المترتب عليه، بل ودرجة ذلك العيب، وهناك من العيوب ما يسهل على غير العاملين في الحقل الطبي تعرفها، كالجب لدى الرجل والرتق لدى المرأة، ومن العيوب ما يحتاج إلى خبرات طبية غير عادية كتحديد الخلل الجيني. والخبرة قد تمتد إلى أشخاص آخرين، وحسبنا الإشارة لنص المادة ١١٩ من

---

(١) فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص٥٨.

(٢) الحديث الأول روي عن عقبة. صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، رقم الحديث ٤٧٥٤، ج١٦، ص١٢٤. والحديث الثاني روي عن عائشة (رض) مسند أحمد، رقم الحديث ٢٤٣٢٩، ج٥١، ص٤٨٦. والحديث الثالث عن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه عن جده. سنن الترمذي، كتاب الأحكام عن الرسول(ﷺ)، باب ما ذكر عن الرسول (ﷺ) في الصلح بين المسلمين، رقم الحديث ١٢٧٢، ج٥، ص١٩٩.

قانون الأحوال الأردني (يثبت العيب المانع من الدخول في المرأة والرجل بتقرير من القابلة أو الطبيب مؤيد بشهادتهما). ومثل هذا النص المتعلق بالخبرة أمام القضاء قد راعى على ما يبدو التقاليد السائدة، فجعل القابلة من الخبراء، ومن الصعوبة القبول بهذا النهج حيثما تعلق الأمر بالفحص قبل العقد، بسبب من توافر الخبرات الطبية في المملكة الأردنية وفي أغلب بلدان العالم العربي والإسلامي، ومع هذا فإننا ممن يعتقد بأن الفحص الطبي والخبرة الطبية ينبغي أن تكون ضمن أطر التقاليد والعادات والأسس والمبادئ السائدة.[1] ومن المفيد التذكير هنا بنص المادة ١٤٢ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ (يستعان بأهل الخبرة من الأطباء المسلمين في تحديد المدة المناسبة وفي معرفة العيوب التي يطلب الفسخ بسببها). وشرط الديانة هذا قد يضيق على الأزواج حين لا يوجد الطبيب المسلم المختص بعيب ما، ولعل في أخذ المشرع الكويتي بالوصف التقريبي للعيوب ما يقلل من قيمة هذا الشرط. ومع أن المادة ١١٥ / ١ من قانون الأحوال الاتحادي الإماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ لم تشترط إسلام الطبيب، حيث اكتفى المشرع بالقول (يستعان بلجنة طبية مختصة في معرفة العيوب التي يطلب التفريق من أجلها). غير أن المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور قد قالت به، ومما جاء فيها (أوجبت المادة ١١٥ في فقرتها الأولى الاستعانة بأهل الخبرة في تحديد العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها، وفي تقدير المدة المناسبة للشفاء، مع مراعاة إسلام الطبيب لتوافر الثقات المسلمين من ذوي الاختصاص، عملاً بمذهب الإمام مالك). ولم يحدد المشرع الإماراتي طبيعة اختصاص أعضاء اللجنة أو جنسهم أو عددهم ولا حتى إمكانية مراجعة قراراتهم، مثلما لم يحل الأمر إلى تنظيم يصدر أو تشريع ينظم تلك المسألة. واكتفى واضع وثيقة القانون العربي الموحد المعتمد من لدن

(١) قضي في سوريا بضرورة عرض الأمر على لجنة طبية لإثبات العيب، قبل طرح الخلاف على المحكمين. نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس، ١٣٧ قرار ١٣٠ في ١٩٦٨/٣/١٣. أديب استنبولي وسعدي أبو حبيب، مرجع سابق، ص٣٨٥.

وزراء العدل العرب في ١٩٨٨/٤/٤بشرط الاختصاص، جاء في المادة ١٠١ منه (يستعان بأهل الخبرة من الاختصاصيين في معرفة العلة).[١]

وليس من المعقول أن يتولى القاضي تعرف العيب بنفسه أو يكلف ممن حوله، وما في ذلك من مساس بكرامة الأزواج. والشيء نفسه يمكن أن يقال بالنسبة للكشف على الزوجة البكر التي تدعي أمام القضاء بأن زوجها لم يصل إليها بسبب علة ما طالبة تطليقها، والحل في مصر يكون بأن ينتدب القاضي امرأتين للكشف على الزوجة فإن قالتا بأنها ما زالت على بكورتها أجله سنة، وإن مضت وأصرت الزوجة على طلبها أعيد الكشف عليها مرة أخرى للتحقق من كونها بكراً أم لا.[٢] ومن اللازم حصر مسائل الخبرة بيد أهل الطب من الرجال والنساء، مع الاستعانة بالخبرات العلمية الأخرى كلما كان لذلك لزوم، من

(١) في الفقرة ٢ من المادة ٢٨ من القانون ذاته وبما يتعلق بزواج المجنون، أشار المشرع إلى أن التحقق من كون الجنون لا ينتقل للذرية ومن أن الزواج في مصلحة المصاب بواسطة لجنة من ذوي الاختصاص يؤلفها وزير الصحة بالتنسيق مع وزير العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف.

(٢) أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٨، ص١٣٠. وقد قضي في الأردن بأنه (لا مبرر لعرض الزوجة في هذه الحالة – عند دعوى الزوجة بأن زوجها عنين – على طبيبين مادام الشرع الإسلامي فسح المجال بقبول شهادة النساء وحدهن في ذلك). قرار محكمة الاستئناف الشرعية رقم ٨٧٣٦ – دون تاريخ – ولا نعتقد بأن القضاء المذكور سيبدي اعتراضه فيما لو كانت النساء قابلات أو طبيبات. كما قضت ذات المحكمة بأن (الأحوط أن يكون إجراء الكشف على زوجة العنين للتأكد من البكارة من قبل امرأتين أو أكثر؛ لأن في شهادتهن معنى الإلزام، إلا أنه لا ينظر فيها إلى النصاب، فتقبل شهادة امرأة واحدة، لأن سقوط الذكورة في مثل هذه الشهادات هو لأجل تخفيف النظر، بسبب أن نظر الجنس إلى جنسه أخف، ولهذا السبب والعلة فقط سقط العدد أيضاً). القرار رقم ١١٩٧٧ – دون تاريخ – انظر في تلك القرارات: عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، مكتبة دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٤، ص٢١٩. ويقال بأنه (متى تعلق الأمر بالجسم فإن السيادة تكون للطب، أما رجال القانون فلا يملكون إلا الخضوع لنتائج تفسيرات العلم). أحمد عبد الدائم، مرجع سابق، ص١١.

أجل تنظيم أمر الخبرة، وإعطائها المزيد من المصداقية والقيمة، فكلمة خبير أكبر من أن تناط بأشخاص عاديين عديمي الصفة في الوقت الذي يكون من السهولة الاستعانة بالأكفياء والأمناء على الأسرار.

إن إشراك أهل الاختصاص يعد في نظر البعض من المحاسن؛ حيث يضيف (يجب أن نعترف بأن قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية التي استمدت أحكامها من الشريعة الإسلامية ومن بينها مدونة الأحوال الشخصية المغربية قد أقرت أحكاماً جديرة بالتقدير والإعجاب في مواطن كثيرة، كمواطن الاعتماد على أهل الاختصاص في تقدير الحكم الشرعي في حالات العلل الموجبة لفسخ العقد).[١]

ولا يوجد في المذهب المالكي ما يمنع من إجبار القاضي للزوج المعيب على الخضوع للفحص الطبي، على الرغم من أن الرأي الطبي ليس هو الوحيد لإثبات العيب؛ فقد يثبت بالبينة أو بالإقرار، كما قيل بأنه لا يجبر أحد على التداوي.[٢] وفي سياق الفحص الطبي للخبرة كما في عموم العمل الطبي، يصح النظر للفرج من باب الضرورة، غير أن الرجل ينظر لفرج الرجل والمرأة تنظر لفرج المرأة.[٣] وقد قيل بأن (مشقة المرض وصف مؤثر في جواز نظر الطبيب إلى العورة، وذلك لأن الشارع اعتبر نوعاً مغايراً من الوصف ولكنه من جنسه

(١) محمد فاروق النبهان، أهمية مراعاة القيم الإسلامية في قوانين الأحوال الشخصية، مجلة ميادين، مرجع سابق، ص٧٦. هذا وقد جاء في الفصل ٥٤ من مدونة الأحوال الشخصية المغربية (٥ – يستعان بأهل الخبرة من الأطباء في معرفة العيب).

(٢) روي عن كتب الفقه المالكي (صعب على امرأة أن تتخلص من زوجها الذي كان يضربها، فنصحها أحد الفقهاء أن تدعي عليه برصاً في داخل دبره فادعته فأنكر الرجل، فألزمه القاضي أن يعرض نفسه على أهل الخبرة فاستنكف من ذلك وطلقها). ويرى البعض أن هذه الواقعة تدل على قدرة القاضي على إجبار المدعى عليه على عرض نفسه على الأطباء، حيث لم يكتف القاضي المذكور بيمين المدعى عليه، كما يرى أن العادة قد جرت بأن كل العيوب تثبت من قبل أطباء، مع إجبار المعيب على الخضوع للخبرة الطبية. محمد العلوي العابدي، مرجع سابق، ص١٠٨–١١٨.

(٣) محمد العلوي العابدي، مرجع سابق، ص١٠٩.

مناطاً لحكم مغاير للحكم الذي أوجبه ولكنه من جنسه).[١] ولا يوجد ما يدعو هنا للقول بأن الفحص الطبي للمتقدمين للزواج أو للأزواج المتخاصمين غير التدخل الطبي العادي، ما دام التحقق من العيب أو المرض وطبيعته هي الغاية المنشودة من كل ذلك.

المطلب الثاني
الحلول القانونية لمنع العدوى بين الأزواج

أقرت المادة ١٢ من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة ١٩٦٦ (بحق كل إنسان في التمتع بأعلى مستوى من الصحة الجسمية والعقلية يمكن بلوغه). وفي هذا إشارة إلى الوقاية والعلاج من جميع الأمراض والعلل، وهو ما يضمن بشكل نهائي دوام الرابطة الزوجية، على أن تبني الدولة سياسة الارتقاء بالمستوى الصحي سوف ينعكس بشكل إيجابي على تماسك الأسرة ومستقبلها.

وبعيداً عن أحكام الأحوال الشخصية، وعلى الصعيد الجنائي تحديداً يثار النقاش حول مدى إمكانية مساءلة الزوج المصاب بمرض معد عن نقل العدوى للزوج السليم الذي لا يعلم بحقيقة مرضه أو نقله لأولاده، واستبعد البعض إمكانية مساءلة الزوج المعتل عن جريمة إعطاء مادة ضارة عمداً بالنظر لانتفاء القصد الإجرامي لديه – كما أسلفنا –.[٢]

---

(١) اعتد الشارع باتحاد جنس الأوصاف المختلفة، بما فيها الوصف الأصل المتمثل برفع المشقة للضرورة، للخروج بأحكام كثيرة، على الرغم من عدم ورود نص أو إجماع على ذلك، فمشقة المرض أوجبت الفطر ومشقة السفر أوجبت قصر الصلاة وجمعها. حسين حامد حسان، مرجع سابق، ص٥٧٣.

(٢) أمين مصطفى محمد، مرجع سابق، ص١١٨. وجعل المشرع العراقي من جريمة نشر المرض الخطير جريمة مستقلة عن جرائم الإيذاء العمدي. المادة ٣٦٨ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.

وقد يكون نقل العدوى عن عمد جريمة خاصة، كتلك التي نص عليها المشرع الكويتي في المادة ١٥ من المرسوم بقانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٩٢ ومما جاء فيها (يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سبع سنوات وبغرامة لا تجاوز سبعة آلاف دينار كل من علم أنه مصاب بفيروس الإيدز وتسبب بسوء قصد في نقل العدوى إلى شخص آخر).[١] وليس هناك ما يمنع من تطبيق مثل هذا النص على الأزواج، فالمصلحة العامة تقتضي ذلك، كما أن النوازع الشريرة لدى بعض المصابين بالإيدز قد لا تكبحها القيم السامية للرابطة الزوجية.

ومن الممكن تحقق مسؤولية الزوج المصاب عن جريمة إحداث مرض بشريك حياته بصورة غير عمدية، جاء في المادة ٤١٦ من قانون العقوبات العراقي (١ – كل من أحدث بخطئه أذى أو مرضاً بآخر بأن كان ذلك ناشئاً عن إهمال أو رعونة أو عدم انتباه أو عدم احتياط أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة والأوامر يعاقب ...). ولو فرضنا أن الزوج مصاب بالإيدز وكان بإمكانه استعمال ما يقي الزوج الآخر ولم يفعل، ألا يعد امتناعه هذا داخلاً في حكم النص السالف؟ نقول: إن حكم النص جاء عاماً لم يستثن أحداً، وشرعية العلاقة بين الزوجين لا تمنع من مساءلة الزوج الآخر. وما يعزز رأينا قول المشرع (يعاقب ... كل من تسبب بخطئه في انتشار مرض خطير مضر بحياة الأفراد. فإذا نشأ عن الفعل موت إنسان أو إصابته بعاهة مستديمة عوقب الفاعل بالعقوبة المقررة لجريمة القتل خطأ أو جريمة الإيذاء خطأ حسب الأحوال).[٢]

كما أن نظام الإبلاغ عن الأمراض المعدية يبدو هو الآخر قد تجاوز دائرة القيود؛ ففي بعض الدول تلزم التشريعات حامل فيروس الإيدز بالإبلاغ عن نفسه، كما هو الحال بالنسبة للسويد وفنلندا، أما في مصر وبموجب المادة ١٣ من قانون الأمراض المعدية فإن هذا الواجب يلقى على كل من الطبيب الذي

---

(١) حددت المادة المذكورة العقوبة بما لا يتجاوز سبع سنوات حبس وغرامة لا تتجاوز ٧٠٠٠ د. ك.

(٢) المادة ٣٦٩ قانون العقوبات العراقي.

شاهد الحالة ورب الأسرة ومن يعول المريض أو يؤويه أو يسهر على خدمته والقائم بإدارة العمل أو المؤسسة وقائد وسيلة النقل والعمدة أو الشيخ أو ممثل الجهة الإدارية، حيث يتم الإبلاغ إلى طبيب الصحة المختص أو إلى السلطة الإدارية التي يقع في دائرتها محل إقامة المريض أو من يشتبه في مرضه. ويكون للسلطات الصحية المختصة لدى ورود الإبلاغ إليها عن مرض الإيدز اتخاذ ما يلزم من إجراءات تراها ضرورية، وليس هناك ما يجبرها على عزل المريض، ويكون للسلطات المذكورة مراقبة الأشخاص المصابين.(١) وفي هذا النص بالذات أضحى الإبلاغ عن إصابة الزوج أو أحد أفراد الأسرة من قبيل الواجب القانوني، وهذا مؤشر على أن آثار العلاقة الزوجية تهم المجتمع بأسره.

وقصرت المادة ٥٠ من قانون الصحة العراقي رقم ٨٩ لسنة ١٩٨١ واجب الإبلاغ عن الأمراض الخاضعة للوائح الصحية الدولية أو حدوث وفاة بسببها على الطبيب المعالج أو المشرح، وخولت الفقرة أولاً من المادة ٥٢ من القانون ذاته الجهة الصحية اتخاذ ما يلزم من تدابير المراقبة والعزل والحجر على الشخص المشتبه في كونه حاملاً لمسبب مرض أو في دور حضانة أحد الأمراض الانتقالية، بما في ذلك الأمراض الخاضعة للوائح الصحية الدولية، إلى حين سلامته منه. وهذا يعني أن الزوج المصاب سيخضع لتلك الإجراءات طوال حياته بالنسبة للمرض الذي لا يرجى شفاؤه كالإيدز.(٢) وضيقت المادة ٥٤ من قانون الصحة الجزائري دائرة الإبلاغ عندما قصرت الأمر على الطبيب المشخص، ومما جاء فيها (يجب على أي طبيب أن يعلم فوراً المصالح الصحية المعنية بأي مرض معد شخصه وإلا سلطت عليه عقوبات إدارية وجزائية). فمازال واضع هذا النص وغيره ينظر إلى الأمر نظرة تقليدية تجعل للترابط

(١) فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص٤٧. وقرار وزير الصحة المصري رقم ٤٣٥ لسنة ١٩٨٦.

(٢) بخصوص العقوبات التي يتوقع فرضها على المخالف تراجع المادة ٩٩ من القانون ذاته.

الأسري قيمة كبيرة، وتحمل الأطباء وحدهم مهمة الإبلاغ. وللتذكير فإن قانون الصحة الجزائري قد نظم شأن الأمراض العقلية من حيث الفحص الإجباري للمريض والتماس الاستشفاء الإجباري واتخاذ القرار بصدده، ومنع أياً من الأقارب بمن فيهم الأزواج من القيام بأي إجراء من تلك التي ذكرت سلفاً.(١)

وقد تكون العلاقة الزوجية السليمة السبب في الوقاية من الأمراض الخطيرة، وإن إقدام بعض الدول على تبني سياسة وقائية داخل السجون بتمكين النزلاء من قضاء الوقت الملائم مع أزواجهم لتلبية الرغبات الجنسية، يدل على إدراكها لدور العلاقة الزوجية في منع العدوى بالأمراض الخطيرة كالإيدز والزهري.(٢)

وأقر المشرع الجزائري بحق المحبوس في تلقي زيارة زوجه له، وأجاز للقاضي المختص ولأسباب مشروعة واستثنائية منح المحبوس ترخيصاً بالخروج تحت الحراسة لمدة يحددها بحسب ظروف كل حالة، وألزم مدير المؤسسة العقابية بالتنسيق مع الطبيب أو مع السلطات العمومية المختصة اتخاذ كل التدابير الضرورية للوقاية ومنع انتشار الأوبئة والأمراض المعدية في المؤسسة العقابية.(٣)

وعلى كل حال فإن ضمان الحق في الصحة أداة بيد الدولة لتعطيل الكثير من الحقوق والحريات، جاء في أحد الدساتير (يتوجب على كل شخص أن يخضع للتدابير الصحية التي يقررها القانون في الحدود التي يفرضها الاحترام للإنسان).(٤) وللتذكير فإن رفع التعارض الموهوم بين الحقوق يتوقف على

---

(١) انظر المواد ١١٤، ١١٥، ١٢٨، ١٢٩ من قانون الصحة الجزائري رقم ٥ لسنة ١٩٨٥.

(٢) فتوح عبد الله الشاذلي، مرجع سابق، ص٥٢.

(٣) المواد ٥٦، ٦٢، ٦٦ من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين رقم ٤ لسنة ٢٠٠٥.

(٤) المادة ٧٦ من الدستور الفنزولي. حقوق الإنسان، الحرية المكفولة للفرد بمقتضى القانون، تحليل للمادة ٢٩ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الأمم المتحدة، نيويورك، ١٩٩٠، ص٦٨.

زيادة الوعي لدى العامة بأمرين؛ الأول: أن الحقوق ليست منحة دون مقابل، والثاني: أن الحقوق لا تتصارع بل يقيد بعضها بعضاً في ظروف بعينها، على أن المشرع ليس طليق اليد في فرض القيود بسبب من وجود القيم الدينية والاجتماعية الراسخة، وأولى له أن يحقق قدراً من الموازنة وأن يميز بين الثابت والمتغير.

فلا ينقص من حقوق المواطن اليوم أن تفرض الدولة إجراءات وقائية وعلاجية تراها مناسبة، كخلق السيرة الصحية الخاصة به وإجباره على الفحص والعلاج، بل وحرمانه وأسرته من الحق في الضمان الصحي فيما لو أصر على الزواج على الرغم من إيجابية الفحص الطبي، فإذا كان من حق الشخص الزواج وتكوين أسرة، فليس له أن يحمل غيره نتائج إصراره على السير في مسلك يعلم سلفاً نهاياته المفجعة والمؤلمة، حيث يتطاير شرر عيبه ليطول شريك حياته وثمرات ارتباطه بالآخر علاوة على المجتمع الذي يعيش في كنفه. فما روي عن النبي (ﷺ) أنه قال: (لا عدوى ولا طيرة والشؤم في ثلاث المرأة والدار والدابة). مثلما قال (ﷺ) بالفرار من الطاعون خشية العدوى.[1]

(١) الحديث روي عن ابن عمر (رض) صحيح البخاري، كتاب الطب، باب الطيرة، رقم الحديث ٥٣١٢، ج١٨، ص٤٠. وحديث الفرار من الطاعون روي عن عبد الله بن عامر بن ربيعة، المصدر نفسه، كتاب الحيل، باب ما يكره من الاحتيال في الفرار من الطاعون، رقم الحديث ٦٤٥٨، ج٢١، ص٣١٦.

المبحث الرابع
الأحكام المتعلقة بالمهلة الشرعية للزوج المعتل

منح المهلة من جهة القضاء يدل على الرغبة في إعطاء الفرصة وعدم التسرع، ومثل هذا المبدأ ممدوح حين يأتي في موضعه الصحيح، ومنح المهلة يكون للزوج دون الزوجة بسبب من كون الزوج يملك حق الطلاق، وهذه المدة تكون في العيوب القابلة للبرء، وهي مدة قضائية ليس لغير القضاء البت في أمرها، وتمنح بعد تحقق الدخول.

وقد وضعت المجموعات الحديثة للأقباط الأرثوذكس في مصر شروطاً متعددة لإمكانية اعتبار العجز سبباً في التطليق بأن يكون طارئاً عقب الزواج، وإن كان قبل الزواج كان حكمه البطلان، ويشترط في العجز أن يكون مؤبداً، بخلاف العجز المؤقت الذي لا يصح عنده التطليق لإمكان تحقق غايات الزواج. وإن كل من المجموعات الفقهية والمجموعة الصادرة عام ١٩٣٨ تشترط مرور مدة ثلاث سنوات على العجز كي يثبت عدم قابليته للشفاء، أما المجموعة الصادرة في عام ١٩٥٥ فلم تأخذ بتلك الشروط متى ما ثبت أن العجز غير قابل للشفاء، وتشترط ألا يكون العجز قد طرأ بعد خمس سنوات من الزواج. ووصف البعض الشرط الأخير بالغموض والإبهام لكونه لا ينسجم والحكمة التي شرع لأجلها التطليق، ومع هذا فهو يميل صوب تأييد ما في المجموعة الأخيرة، ولاسيما أن قضاء الطائفة سالفة الذكر يسير على المنوال نفسه، حيث يشترط تحقق الإضرار بالزوج الآخر، فإن كان الزوج في سن لا يمكن معه أن ينتظر أو كان العجز جزئياً فلا محل للتطليق.[١]

(١) تشترط المجموعات الحديثة لطائفة الأقباط لإمكانية التطليق أن تكون الزوجة في سن يخشى عليها من الفتنة. مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص ٣٦٩ – ٣٧٠. وتقضي المادة ١٨٩ – أولا /٦ من قانون الحق العائلي لطائفة الروم الأرثوذكس بأنه (إذا مضى على عجز الزوج الجنسي ثلاث سنوات كاملة منذ زواجه فللزوجة طلب الفسخ). عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج٢، مرجع سابق، ص١٤٢.

وفي ظل الشرائع المسيحية الحديثة يصح فسخ العقد إذا عجز الرجل عن الجماع مدة ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ العقد، وفيما إذا قرر ثلاثة أطباء اختصاصيين دوام عجزه. ومن تلك الشرائع ما يعتبر العجز مانعاً من موانع الزواج يحول دون إتمامه ويؤدي إلى البطلان إذا لم يتم الكشف عنه في الوقت المناسب.(١) وعند اليهود الربانيين تكون المهلة التي يمكن أن تمنح من السلطة الشرعية للرجل المصاب بالبرص أو بمرض معد ستة أشهر، وعشر سنوات أو خمس سنوات بالنسبة للزوج المصاب بعجز جنسي بعد العقد، على حسب حال الزوجة إن كانت ذات بكارة أم لا، وعشر سنوات بالنسبة لعقم الزوجة.(٢)

ووفقاً للقواعد الراجحة في الشريعة الإسلامية فإن للزوجة أن تطلب التفريق بدعوى ترفعها للقضاء، حيث يمهل القاضي الزوج سنة قمرية كاملة تحتسب من وقت الخصومة أمام القضاء(٣) إلا إذا كان الزوج مريضاً أو به مانع شرعي أو طبيعي يمنعه من المباشرة؛ حيث يكون ابتداء السنة من حين زوال المانع. والمهلة من حق الزوج لعله يتمكن من الوصول إليها، فإن حصل الإقرار من جهة الزوجة بوصوله إليها انتهت الدعوى لزوال سببها واستمرت الرابطة الزوجية، وإلا فرق القاضي بينهما، إذا أصرت الزوجة على طلب التفريق، وبعد أن يكون الزوج قد اعترف بكونه لم يقربها، ولم يستجب لطلب القاضي بتطليقها. وإن استجد مانع بخلاف العجز حال دون اتصال الزوج بزوجته كالمرض أو الغيبة احتسبت مدة السنة من وقت زوال المانع، على أن تنزل من مدة السنة الأيام التي غابت بها الزوجة وكذا عند إصابتها بمرض مانع من مواقعة الزوج لها. وتتمثل الموانع عند الشيعة الإمامية برمضان وأيام الحيض ومدة الغيبة

---

(١) المادة ٧/٦٨ من شريعة الروم الأرثوذكس في لبنان. مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص١٦٩.

(٢) عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج٢، مرجع سابق، ص١٤٢ – ١٤٣.

(٣) أجمع الصحابة على أن العنين يؤجل سنة فإن قدر عليها فبها، وإلا أخذت الصداق كاملاً وفرق بينهما وعليها العدة. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٦، ص١٣٨.

والمرض بالنسبة للزوجين، كما أن حساب مدة السنة عندهم يبدأ من يوم الخصومة أو البلوغ إذا كان الزوج غير بالغ، مثلما أن للزوجة الاستقلال بالفسخ بعد المدة دون حاجة بها لمراجعة القضاء.[1] على أن المهلة الممنوحة للزوج لا تتعلق بالعيب المانع من الوصول للزوجة وحسب، فقد يتمكن من ذلك ولكن في مخالطته لها خطراً عليها وقد يصيبها بضرر ما.

فقد تتخذ العنة والخصاء مبررات لمنح المهلة مع تجاهل العيوب الأخرى، باعتبار أن الوقوف على حقيقة هذين العيبين متعذر القطع به حتى على أهل الخبرة، إذ قد يكون العيب سريع الزوال، وقد يتعلق المانع بامرأة دون غيرها. ويدور الأمر أمام القضاء بفروض متعددة، فلو ادعت الزوجة بأن زوجها لم يصل إليها وكانت ثيباً وحلف الزوج بأنه وصل إليها رفضت دعواها لأن الأصل

---

(١) روي أن امرأة أتت عمر بن الخطاب (رض) وأخبرته بأن زوجها لا يصل إليها، فأمهله حولاً كاملاً، وحين انقضى الحول لم يصل إليها فخيرها فاختارت نفسها ففرق بينهما وجعلها طلقة بائنة، وهو ما ثبت لدى الكثير من الصحابة (رض) وذلك هو مذهب الأئمة الأربعة. بدران أبو العنين بدران، مرجع سابق، ص٤٣٦ – ٤٣٨. بدائع الصنائع، للكاساني، ج٦، ص١٢٨. والمادة ١١٩ من قانون العائلة المصري، والفصل ٥٤ / ١ من مدونة الأحوال المغربية. ولدى المالكية والإباضية يبدأ حساب السنة من يوم الحكم بها لا من يوم الخصومة. محمد العلوي العابدي، مرجع سابق، ص١١٠. وكتاب النيل وشفاء العليل، للثميني، ج٦، ص٣٨٩. وجعلت السنة القمرية معياراً بسبب من أنها التي كانت معتمدة في تقدير الزمن في عهد الصحابة(رض) والسنة القمرية قوامها ٣٥٤ يوماً و٨ ساعات و٤٨ دقيقة تقريباً، وهي الفترة الزمنية لدوران القمر حول الأرض اثنتي عشرة مرة، وتتألف السنة القمرية من اثني عشر شهراً تبدأ بمحرم وتنتهي بذي الحجة. أما السنة الشمسية الفارسية فقوامها ٣٦٥ يوماً وهي الفترة الزمنية لحركة الأرض حول الشمس لمرة واحدة، وتبدأ كالسنة القمرية بالهجرة النبوية، وهي تتألف من اثني عشر شهراً كذلك، تبدأ بفروردين وتنتهي بأسفند. الشيخ محمد صادق الكرباسي، السيرة الحسينية، دائرة المعارف الحسينية، ج١، ص٣٨.
http://www.Islam44.com
وجاء في المادة الثالثة من قانون الأحوال الإماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ (يعتمد الحساب القمري في المواد الواردة في هذا القانون ما لم ينص على خلاف ذلك).

في الإنسان السلامة، وإن كانت بكراً من الأصل كشف عليها فإن تبين أنها ثيب فالقول للزوج بيمينه، وإن تبين أنها مازالت من ذوات البكارة أجله القاضي سنة، وإن مضت تلك السنة وأصرت الزوجة على دعواها أعيد الكشف عليها، فإن تبين أنها مازالت على حالها طلقها القاضي، وإن ظهر أنها ثيب فالقول للزوج بيمينه. وإن ادعت الزوجة بأن الزوج قد أزال بكارتها بغير جماع فالقول للزوج بيمينه على أنه أزالها بالجماع.(١)

ولم يشر المشرع الجزائري في قانون الأسرة رقم ١١ لسنة ١٩٨٤ لشرط المهلة، وليس هناك ما يحول دون الأخذ به لأن الشريعة الإسلامية قد نظمت أحكامه، زيادة على أنه ينسجم ودواعي العدل والعقل والمنطق. ويرى البعض أن المشرع الجزائري (لم يفعل حسناً حين أهمل النص على ضرورة منح الزوج مهلة بشأن العلل المرضية والعيوب التي يمكن شفاؤها، ومع ذلك فإن القاضي إذا أجل الفصل في طلب التطليق ومنح الزوج مهلة مناسبة ومعقولة تمكنه من مداواة وعلاج مرضه الذي يرجى شفاؤه لا يكون قد خالف القانون ولا يكون قد أضر بالزوجة).(٢) ومن التشريعات التي أخذت بالمهلة المناسبة قانون الأحوال الكويتي في المادة ١٤١ منه، فيما أخذ بالفسخ دون مدة بالنسبة للعيوب غير القابلة للزوال.(٣) وقد أحسن المشرع صنعاً بترك تقدير المدة للقضاء، بسبب من اختلاف طبيعة العلل، على أن مفهوم المدة المناسبة لا يحده إلا قناعة القاضي.

---

(١) أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص١٢٩ – ١٣٠. يقول ابن حزم عن العنين (ونحن لا نمنع أن يطلقها العنين إن شاء، إنما نمنع وننكر أن يفرق بينهما على كره أو أن يؤجل عاماً ثم يفرق بينهما، فهذا هو الباطل الذي لم يصح قط عن أحد من الصحابة، لا ولا جاء قط في قرآن ولا سنة ولا في رواية فاسدة ولا أوجبه قياس ولا معقول). المحلى، لابن حزم، ج١٠، ص٦٣.

(٢) عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط٣/١٩٩٦، ص٢٦٢.

(٣) تراجع المادة ١١٣ من القانون الإماراتي الاتحادي للأحوال الشخصية رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥.

وجاءت الفقرة الأولى من الفصل ٥٤ من مدونة الأحوال الشخصية المغربية على النحو التالي: (إذا وجدت الزوجة بزوجها عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن يزيد على السنة ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص والسل، فلها أن تطلب من القاضي تطليقها منه سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أو حدث بعد العقد ولم ترض به، ويؤجله القاضي سنة فإن برئ وإلا طلقها). وعبارة – عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن يزيد على السنة ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر – أعقبتها عبارة – ويؤجله القاضي سنة فإن برئ وإلا طلقها عليه – فإذا كان العيب مستحكماً بشهادة ذوي الخبرة والاختصاص، أو أنه من العيوب التي يستطيل علاجها ويتخطى عتبة السنة فلماذا يشغل القضاء بالأمر، وربما أن المشرع المغربي أراد أن يسوق قاعدة عامة في الفقرة الأولى بدليل أنه قال في الفقرة التي تليها والمتعلقة بعيوب الفرج (يستجاب لطلب المرأة التطليق بدون تأجيل في عيوب الفرج التي لا يرجى برؤها). وما يلاحظ هنا أن المشرع قد أخذ بالمعيار الزمني " السنة " لا كمهلة بل كمدة للبرء من العيب فقال – أو يمكن بعد زمن يزيد على السنة – بما يعني أن العيب الذي يمكن الشفاء منه لسنة فأقل لا يعد سبباً في طلب التفريق.[١]

(١) جاء في المادة ١٠٠ من وثيقة القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية (أ – لكل من الزوجين طلب التطليق لعلة في الآخر يتعذر معها استمرار الحياة الزوجية ولا يرجى منها برء، أو يرجى بعد مضي أكثر من سنة. ب – إذا كانت العلة يرجى منها برء قبل مضي سنة، تعطي المحكمة للمعتل أجل سنة قبل التطليق). ومن الأمثلة على العلل الإرادية في الفقه المالكي أن يقدم الزوج على قطع ذكره أثناء مهلة السنة الممنوحة له، حيث يعجل عليه حالاً ولا ينتظر تمام المدة وللزوجة نصف المهر، أما لو قطعه له شخص آخر، فهناك قولان بين التسليم بالحل السابق، أو انتظار تمام السنة، لعل الله يرزقه ذكراً آخر ينبت له، وإن قطعته له زوجته بطل خيارها. محمد العلوي العابدي، مرجع سابق، ص١١٦.

وكان المشرع المصري أكثر وضوحاً من نظيره المغربي فالمادة ١٢١ من قانون حقوق العائلة المصري، أعطت للزوجة الحق في مراجعة القضاء لطلب التفريق لعلة، وإذا وجد القاضي أن العلة غير قابلة للشفاء فرق بين الزوجين في الحال، وبخلاف ذلك يمهل الزوج سنة لا تبدأ من تاريخ رفع الدعوى بل من زمن الحادثة أو من وقت إفاقته إن كان مريضاً، وإذا ما مرض الزوج أو الزوجة بمرض يمنع المقاربة بينهما أياً كانت مدته، وكذا إذا تغيبت الزوجة – فلا تحسب المدة المارة على هذه الصورة – بمعنى أن مدة الأعذار تخرج من حساب السنة، غير أن كلاً من غياب الزوج وأيام حيض الزوجة لا تعد عذراً.(١) وبمرور السنة مع عدم زوال العلة ولم يطلق الزوج وبإصرار الزوجة على طلبها، فرق القاضي بينهما. والنص السالف لم يأخذ في الاعتبار عمر العلاقة الزوجية، وأخذ بغياب الزوجة لقطع المدة – السنة – ولم يعتد بغياب الزوج، وقد أصاب في هذا الموضع كي لا يعطى المجال للزوج للتهرب حتى تمر المهلة، مع أنه هو المعني بالأمر وله القوامة وبيده العصمة، ولا يصح منه عذر إلا المرض المانع من المقاربة. زيادة على ذلك أخذ المشرع بلفظ "العلة" وبعبارة "وإذا مرض الزوج أو الزوجة مدة قليلة أو كثيرة بدرجة لا يمكن فيها المقاربة" في إشارة للعذر الذي سبق أن نوهنا إليه، فهنالك فارق بين العلة التي تصح سبباً لطلب التفريق والمرض الذي يكون سبباً في قطع المهلة. ولكن ماذا لو استطال الانقطاع لأكثر من السنة، ولاسيما أن المشرع قال " مدة قليلة أو كثيرة"؟. نقول: إن النص المصري قد تجاوز تلك العقبة لكونه قد أعطى حلاً للحالات التي لا يكون من فائدة عندها لمنح الزوج مهلة سنة، فلو كان ما تعرض له الزوج واقعة أدت إلى قطع عضوه الذكري – مثلاً –، فليس من فائدة تجنى من منح المهلة.

(١) يعتبر القضاء المصري السنة الشمسية ٣٦٥ يوماً بسبب من اعتماده على رأي صاحبي أبي حنيفة، واعتمد الأخير السنة الشمسية ٣٦٠ يوماً. حسن حسانين، مرجع سابق، ص٣١٢. وجاء في كشاف القناع أن العنين يؤجل سنة تحسب من يوم ترافعه لا من العقد ولا من الدخول. كشاف القناع عن متن الإقناع، للبهوتي، ج١٧، ص١٩٥.

والمادة ١٠٧ من قانون الأحوال السوري حددت المهلة التي ينبغي منحها للزوج المعتل بما لا يزيد على السنة على أن يترك تقدير الأمر للمحكمة، ويشترط لذلك مساكنة الزوجة للزوج خلال المدة الممنوحة، وطبيعي أن يكون ذلك في العيوب القابلة للبرء، حيث قضي في ظل هذا القانون (لما كان ظاهراً من تقرير الأطباء المؤرخ في ١٩٦٩/١٠/٥ أنهم ذهبوا إلى وجوب إفساح المجال للزوج لاستئناف الحياة الزوجية لمدة ثلاثة أشهر يستطيع خلالها أن يثبت فحولته، وكان ما ذهب إليه الأطباء يتلاقى مع رأي المذهب الحنفي، إذ قالوا لا تحسب أيام غيبة الزوجة عن زوجها من المهلة وفرضوا على الزوجة المساكنة للزوج مدة إمهاله ... ولما كانت المدعية معترفة بأنها لم تساكن زوجها، وأن تقرير الأطباء الأخير لم يتعرض لموضوع المساكنة المشروطة من قبلهم في التقرير الأول، كان الحكم لها بدعواها سابقاً أوانه ومستحقاً النقض).[١]

وعلى كل حال فإن المدة الممنوحة للعيوب القابلة للزوال ينبغي أن تكون سابقة على الحكم بالفرقة لا بعده، وقضي بأن (عيوب الفرج ليست كلها موجبة للطلاق بمجرد الادعاء، بل لابد من معرفة مصيرها ومدى قابلية العيب للعلاج، وفي هذا لابد من ضرب أجل للمصاب بها لمعالجتها، فإن وقع الحكم عليه قبل ذلك وضرب أجل له للعلاج؛ ففي ذلك مخالفة لنصوص الشريعة الإسلامية).[٢]

---

(١) نقض سوري – الغرفة الشرعية – أساس ٤٥٧ قرار ٤٥٠ تأريخ ١٩٧٠/١٠/٢٧. وجاء نص المادة ١٠٧ من قانون الأحوال الشخصية السوري على النحو التالي (إذا كانت العلل المذكورة في المادة ١٠٥ غير قابلة الزوال يفرق القاضي بين الزوجين في الحال، وإن كان زوالها ممكناً يؤجل الدعوى مدة مناسبة لا تتجاوز السنة، فإذا لم تزل العلة فرق بينهما). وقد يمنح المعتل سنة كاملة. قضي (... أن تكون العلة غير قابلة للزوال ليصح الحكم بالتفريق الفوري وإلا أمهل المريض سنة ليتمكن من معالجة مرضه فإن لم يزل فرق بينهما، ولما كان القاضي لم يسر على هذا النهج كان حكمه مخالفاً للأصول). نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس ٥٧٧ قرار ٥٧٢ في ١٩٦٧/١٢/٢٧. أديب استنبولي وسعدي أبو حبيب، مرجع سابق، ص٣٩٠.

(٢) المحكمة الجزائرية العليا القرار المؤرخ في ١٩٨٢/٢/٨ – غ، أ، ش، نشرة القضاء، ١٩٨٢، ص٢٥٤. بالحاج العربي، مرجع سابق، ص٢٨٤.

ولا يوجد في التشريعات التي وقع النظر عليها ما يشير إلى مهلة محددة أو غير محددة للمتقدمين للزواج حين يتعلق الأمر بعيب من العيوب القابلة للزوال، باستثناء ما جاءت به المادة ٢٨ من لائحة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس لسنة ١٩٣٨، وفيها (أما إذا كان طالب الزواج مصاباً بمرض قابل للشفاء ولكن يخشى منه سلامة الزوج الآخر كالسل في بدايته والأمراض السرية فلا يجوز الزواج حتى يشفى المريض). حيث نلاحظ هنا أن المدة غير محددة الأجل، ولابد لإتمام الزواج من البرء والسلامة، وأن اللائحة المذكورة تمنع الزواج في حالات المانع الطبيعي أو العرضي الذي لا يرجى زواله.[١]

ومن المفروض أن تكون لطبيعة العيب قيمة في تحديد المهلة القانونية، غير أن القطع بمدة سنة كاملة لا يدع مجالاً لذلك، فالمشرع الأردني الذي حدد المدة بالنسبة لعيوب الزوج القابلة للزوال بسنة واحدة، عاد وأعطى للجنون حكماً مستقلاً وذلك بقوله: (إذا جن الزوج بعد عقد النكاح وطلبت الزوجة من القاضي التفريق يؤجل التفريق لمدة سنة، فإذا لم يزل الجنة في هذه المدة وأصرت الزوجة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق).[٢] وهذا النص من قبيل التزيد التشريعي الذي لا معنى له؛ لكونه لم يأت بالشيء الجديد.

ويبقى لنا القول بما يتعلق بمرض الإيدز AIDS الذي لا يرجى شفاؤه في الوقت الحالي، ومن الممكن تحقق ذلك في اللحظة التي يكتشف فيها العقار الشافي، والإيدز من الأمراض ذات الضرر الأكيد على الشريك ما لم تتخذ احتياطات عالية الدرجة، ومعه لا يمكن التناسل دون مضار بالشريك والذرية، كما أسلفنا، لذا فإن انتظار سنة حتى يفرق بين الزوجين قد يكون له ما يبرره من

(١) المادة ٢٧ من اللائحة ذاتها، وجاء في المادة ٦ منها (يجب على الكاهن قبل تحرير عقد الخطبة أن يتحقق: ثانياً – من عدم وجود ما يمنع شرعاً من زواجهما سواء من جهة القرابة أو الدين أو المرض أو وجود رابطة زواج سابق).

(٢) المادة ١٢٠ من قانون الأحوال الأردني، بالمعنى نفسه المادة ١٢٣ من قانون العائلة المصري.

وجهة نظر اكتشاف العلاج لا من زاوية الضرر الذي سيلحق بالطرف الثاني فيما لو سلم من براثن المرض.

كما نشير إلى أن هناك من الحالات التي يكون فيها أحد الأزواج في غيبوبة مرضية قد تستمر أكثر من سنة، وربما يستفيق في أي لحظة، ولا نعتقد بأن الأمر سيختلف كثيراً، فإن فاق خلال السنة الممنوحة فبها، وإن تجاوزها فرق بينهما، كل ذلك فيما لو اعتبرت الغيبوبة من العيوب، وقد تعتبر – أي الغيبوبة – من الأعذار التي تنقطع المدة عندها، فيما لو قيل بمرض الزوج كمانع من سريان المهلة.

المبحث الخامس
الآثار المترتبة على ثبوت العيب

إن تحقق وجود العيب لا يكفي للقول بثبوت الحق في الفرقة بين الزوجين، بل لابد من وقوع الضرر وغياب الرضا، وعندها يمكن الحديث عن الآثار التي تستتبع كل ذلك من فسخ أو طلاق كصور للفرقة، كما أن وجود العيب قد ينعكس على سلوك الأسرة بما يتصل بالحمل والإنجاب عندما يكون بالإمكان استمرار العلاقة الزوجية، وإذا كان العلم بالعيب والقبول به يسقط الحق في المطالبة بالفرقة، فإن وقوع الغش أو التدليس من أحد أطراف العقد لإخفاء حقيقة العيب المنتج لآثاره لا ينسجم والرضا الصريح أو الضمني، مما يجعل من التدليس الواقع مبرراً للفرقة بين الزوجين. سنعالج ما تقدم من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول
الرضاء بالعيب والضرر الناجم عنه

لرضاء الزوج السليم بعيب الزوج الآخر أهميته في رسم حدود ملامح الحق في الفرقة للخلاص من شريكه المعيب، ويأتي هذا انعكاسا لحرية الإرادة وما يترتب عليها من التزامات. وينصب عنصر الرضاء على العيب وما يتبعه من ضرر، ومع أن الرضاء بالعيب لا ينفيه ولا يبدد الضرر المترتب عنه في الواقع، إلا أنه يقوض وجوده القانوني. سنتناول كلاً من الرضاء والضرر في الفروع التالية:

الفرع الأول
الرضاء بالعيب والعلم بماهيته

تعول التشريعات كثيراً على فكرة قبول العيب أو ارتضائه، ويخضع الرضاء لشروط السلامة بأن يكون صادراً ممن هو أهل له وأن يكون خالياً من العيوب كالتغرير والتدليس والإكراه. وليس لعلم المجنون بالعيب أو سكوته عنه

قيمة فلا يصح منه الرضاء ولا التنازل عن طلب التفريق، ومن المفروض أن يكون لرأي القيم على الشخص المجنون قيمة تساوي رأيه فيما لو كان سليماً، سواء في القبول بالعيب أم في طلب التفريق بسببه.[١] ومن أهمية الرضاء أن عرف المشرع الجزائري الزواج بأنه (عقد رضائي بين رجل وامرأة ...). كما أن الرضاء ركن من أركان العقد علاوة على الولي والشاهدين والصداق. ولا يصح من الولي إجبار القاصرة على الزواج، والبطلان جزاء لاختلال ركن الرضاء، بينما يفسخ العقد بغياب أياً من الأركان الأخرى قبل الدخول ويثبت بعد الدخول.[٢]

ولوقت صدور الرضاء أهميته، جاء في المادة ١١٧ من قانون الأحوال الشخصية الأردني (ولم يكن الزوج قد علم به قبل العقد أو رضي به بعده صراحة أو ضمناً).[٣] والمادة ١٤٠ من قانون الأحوال الكويتي رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ (يسقط حق كل منهما في الفسخ إذا علم بالعيب قبل العقد أو رضي به صراحة بعده). معنى هذا أن العلم بالعيب قبل العقد يوازي الرضاء الصريح أو الضمني بعده، ومن ثم قد نكون بحاجة إلى مفهوم آخر كالموافقة. والشيء نفسه بالنسبة للمادة ١١٢ من قانون الأحوال الإماراتي (٢ – ويسقط حقه في الفسخ إذا علم بالعلة قبل العقد أو رضي بها بعده صراحة أو دلالة).[٤] ويقصد

---

(١) يخالف البعض هذه القاعدة من وجهة عدم الاعتداد بالرضاء الصادر من القيم بعيب الآخر، فيما يثبت للقيم الحق في طلب التفريق لعيب الزوج. عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج٢، مرجع سابق، ص٧١.

(٢) المواد ٤، ٩، ١٣، ٣٣ من قانون الأسرة. ومنحت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة ١٩٧٩ في المادة ١٦ منها الزوجة الحقوق نفسها للزوج فيما يتعلق بعقد الزواج وفي حرية اختيار الزوج وفي الرضاء الحر الكامل، وفي الحقوق والمسؤوليات في أثناء الزواج ولدى فسخه... إلخ.

(٣) وبخصوص علم الزوجة قبل العقد ورضائها به بعد العقد، تراجع المادة ١١٤ من القانون ذاته، والتي ختمت بـ (... ما عدا العنة فإن الاطلاع عليها قبل الزواج لا يسقط حق الخيار).

(٤) قانون الأحوال الشخصية الاتحادي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥.

بذلك أحد الزوجين، ومن قبيل الرضاء الضمني حصول اختلاط بين الزوجين عقب العلم أو بعد التحقق من وجود العيب، ولا يعد قبول النفقة رضاء من الزوجة بالعيب.[١] وجاء في الفقرة ٣ من النص الإماراتي السالف (على أن حق الزوجة في طلب الفسخ للعلة المانعة من المتعة الجنسية لا يسقط بحال). واستثنى المشرع السوري من حكم الرضاء لإسقاط حق الزوجة المطالبة بالتفريق حالة العنة.[٢] وما يمنع من المتعة الجنسية أوسع دلالة من العنة، وقد أحسن المشرع الإماراتي صنعاً حين تجاوز حدود العنة، بسبب من الآثار السلبية التي يتركها العجز الجنسي على الزوجة والأسرة، على الرغم مما قد يقال عن هذا النص من كونه يستوعب الحالة التي تكون فيها الزوجة غير ذات حاجة بالرجل بسبب من تقدم سنها، أو تلك التي تقدم على الزواج برجل هرم لا يقدر على إشباع حاجتها الجنسية طمعاً بماله. وقد قيل (لا خيار لزوجة الشيخ إذا عجز عن وطئها لكبره).[٣]

ويمثل الفحص الطبي قبل الزواج وسيلة للعلم بعيوب الطرف الآخر، لذا ألزم المشرع الجزائري جهة تحرير العقد ضرورة التأكد من علم الطرفين

---

(١) قرار الغرفة الشرعية لمحكمة النقض السورية ٤٩ رقم ٢٠٧ في ١٩٦٧/٤/٢٩. عبدالرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج٢، مرجع سابق، ص٧٥. قرار محكمة القاهرة الابتدائية في ١٩٥٧/١٠/١٩. بالحاج العربي، مرجع سابق، ص٢٨٤. وجاء في المادة ٣٨ من لائحة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس لسنة ١٩٣٨ بشأن الغش في غشاء البكارة (لا تقبل دعوى البطلان في الأحوال المنصوص عليها ... إلا إذا قدم الطلب في ظرف شهر من وقت أن أصبح الزوج متمتعاً بكامل حريته أو من وقت علمه بالغش، وبشرط ألا يكون قد حصل اختلاط زوجي من ذلك الوقت).

(٢) أما الفقرة ٤ من القانون الإماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ فقد جاء فيها (تنظر المحكمة دعوى فسخ الزواج للعلل الجنسية في جلسة سرية). والحكمة من النص المذكور بالغة ولا تحتاج إلى بيان. انظر: المادة ٢/١٠٦ من قانون الأحوال الشخصية السوري. والمادة ١٤٠ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

(٣) كتاب النيل وشفاء العليل، ج٦، ص٤٠٠.

بمضمون الوثيقة الطبية.[١] وإذا تنازع الزوجان حول حقيقة الرضاء أو العلم بالعيب، فالبينة كما ذهب بعض الفقه على مدعي الرضاء، فإن مضى شهر على الدخول كان القول لمن ادعى وجود الرضاء أو العلم به، ولا يعد من قبيل الرضاء الاتصال الأول الذي كان سبب العلم.[٢]

وقبول العيب غير القبول بالآخر كشريك، ونعتقد أن القبول بالعيب يتحد مع قبول الارتباط بالآخر، خاصة إذا اتخذ صورة العلم السابق. وتثار مسألة السكوت أيوازي الرضاء أم لا؟. حيث يذهب البعض – على خلاف الكثير من الآراء الفقهية – إلى أن السكوت على العيب وإن طال لا يبلغ مبلغ الرضاء الضمني، فقد يفسر السكوت على أنه أمل في الشفاء، ويرى أن الرضاء الصريح هو ما يسقط حق الطرف الآخر في المطالبة بالتفريق، وحول العلم السابق على العقد يذهب إلى أن الارتباط بالطرف الآخر بعد العلم يعد قبولاً منه بالعيب وإسقاطاً لحقه الجنسي، والحكم الأخير يخص به الزوجة دون الزوج.[٣] يقول البعض (ليس من المنطق والمعقول أن تكافأ هذه الزوجة التي بذلت قصارى جهدها في علاج زوجها وفاء له وحباً به، بإسقاط حقها إذا ما استحال العلاج ولم تجد المداواة، فنقول لها إن سكوتك يعتبر رضاء والرضاء يسقط حق طلب التفريق).[٤] ويشترط البعض الآخر في التجربة وترجي الوصول إلى الشفاء ألا

---

(١) المادة ٧ مكرر من قانون الأسرة.

(٢) محمد العلوي العابدي، مرجع سابق، ص١١١ – ١١٦.

(٣) بالحاج العربي، مرجع سابق، ص٢٨٦.

(٤) صاحب هذا الرأي من المؤيدين للرضاء الصريح، وجاء رأيه في سياق تعليقه على قرار لمحكمة النقض السورية الذي ذهب إلى أن مرور عشرين سنة على سكوت الزوجة لا يعد رضا بالعيب، انسجاماً مع المذهب المالكي الذي يخالف في هذه المسألة المذهب الحنفي، ويبدو من وجهة نظر صاحب الرأي أن القرار وقع في تناقض بين المادة ١٠٦ من قانون الأحوال السوري وأصلها التاريخي المذهب الحنفي، لذا يقترح تعديل النص بإعطاء الزوجة مدة كافية لعلاج زوجها، وجعل حقها في طلب الفرقة على التراخي. قرار الغرفة الشرعية لمحكمة النقض السورية ٤٩ رقم ٢٠٧ في ١٩٦٧/٤/٢٩. ونذكر هنا بالحكم الذي أخذت به بعض الطوائف كاليهود =

تكون الزوجة تحمل عيباً يمنع من المخالطة.[١] والشرط الأخير يجعل العيب مسألة أكثر من أن تكون شخصية، بمعنى النظر في تقابل العيوب، غير أن المسألة تدق حين يكون عيب أحد الأطراف من النوع الذي يرجى شفاؤه في حين يكون عيب الآخر غير قابل للشفاء، على الأقل خلال المدة القانونية. وتشترط بعض التشريعات سلامة الزوجة من العيوب التي تحول دون الدخول بها – كالرتق والقرن – لإمكانية مطالبتها بالتفريق عن زوجها المصاب بعلة تحول دون البناء بها كالجب والعنة والخصاء.[٢]

ومما قضي (خيار العيوب على التراضي لا يسقط إلا أن توجد منه دلالة على الرضاء من قول أو وطء أو الخيار للزوج أو تمكين إن كان الخيار لها، وكانت القرينة التي استنتجها القاضي في حكمه المطعون بقوله: "بأن انتظار الطاعنة المدة الطويلة التي قاربت العشرين سنة أبلغ دليل على رضاها" غير كافية في الدلالة لما سبق، وكان على القاضي إعمال قواعد الإثبات لتطبيق ما تقدم).[٣] وهناك حالة متميزة يكون لرضاء أحد الزوجين فيها دلالة ومعنى، تتمثل في تجديد عقد الزواج عقب الفرقة، حيث لا يمكن طلب التفريق مستقبلاً، بمعنى أن خيار الفرقة عن العيب يثبت لمرة واحدة فقط، جاء في المادة ١٢٢ من قانون الأحوال الشخصية الأردني (إذا جدد الطرفان العقد بعد التفريق ...فليس لأي منهما طلب التفريق). وهذا النص الوجيه يبدو منسجماً ومتسقاً مع دواعي العدالة، على الرغم مما قد يعترض عليه بالقول بأن العيب الذي كان

= الربانيين، حيث يسقط حق الزوج في الطلاق إذا علم بالعيب وسكت عنه، وإذا ما طلق تحمل جميع الالتزامات المالية، وعند طائفة القرائين وفي حالة عدم علم الزوج بالعيب يكون له أن يطلق زوجته دون دفع مؤجل المهر. عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج٢، مرجع سابق، ص٧٢، ١٤٢، ١٤٤.

(١) عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص٧٠.

(٢) المادة ١١٣ من قانون الأحوال الأردني. والمادة ١٠٥ /١ من قانون الأحوال السوري.

(٣) نقض سوري، الغرفة الشرعية، أساس ٤٩، قرار ٢٠٧ في ١٩٦٧/٤/٢٩. أديب استنبولي وسعدي أبو حبيب، مرجع سابق، ص٣٨٨.

سبباً في الفرقة قد لا يكون هو ذاته العيب الجديد الذي يراد أن تقع الفرقة عنده، كما أن هذا الشرط لا يكون له من معنى حين يتعلق الأمر بالطلاق الذي يوقعه الزوج كحق له.[١]

وقد تختلف قيمة الرضاء باختلاف طبيعة العيب وزمانه، فلدى بعض الفقه أن علم المرأة قبل العقد بكون زوجها معترضاً، ورضاءها بتمام العقد وتمكينه من نفسها لما دون الوطء، أو علمها بهذه العلة بعد العقد لا يسقط حقها في خيار الفرقة، وأما إن كانت العيوب من قبيل الخصاء والعنة والجنون فإن لها أن ترضى بها ولا كلام لوليها سواء علمت بها قبل العقد أم بعده؛ لكون الأمر يتعلق ببدنها.[٢] وقد جرد المشرع الكويتي في المادة ١٤٠ من قانون الأحوال

---

(١) أعطى المشرع الأردني في المادة ١٢١ من القانون ذاته للزوجة التي لها حق الخيار في أن تؤخر دعوى التفريق أو تتركها مدة بعد إقامتها، ولم يحدد تلك المدة، ومن المفروض أن تعلن الزوجة عن رغبتها بذلك أمام القضاء.
وقدم صاحب البدائع جملة افتراضات جديرة بالإشارة إليها، فلو أن المرأة تزوجت عنيناً وهي غير عالمة بحاله، ثم وصل إليها مرة، ثم أصيب بالعنة ففارقته، ثم تزوجته بعد ذلك، فلم يصل إليها، فلها الخيار، باعتبار أن العجز لم يتحقق فلم تكن راضية بالعيب، ومن أن الوصول في أحد العقدين لا يبطل حقها في العقد الثاني. فإن أجله القاضي فلم يصل ففرق بينهما، ثم تزوجها فلا خيار لها، باعتبار أن العيب قد تقرر بعدم الوصول في المدة فتقرر عندها العجز، فكان التزويج بعد استقرار العيب والعلم به دليل الرضاء بالعيب، ويسقط حق المرأة عند هذا الرأي متى علمت بعنة الرجل وقت التزويج. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للكاساني، ج٦، ص١٣٧. وحول الرضاء بالعيب وزيادته وحصول عيب غيره. أسنى المطالب شرح روض الطالب، لزكريا بن محمد الأنصاري الشافعي، ج١٥، ص١٧٨.

(٢) يمنع على كل من المجنون والمجذوم والأبرص من مضاجعة زوجته إلا برضاها ولا يمنع المعترض. هذه الأحكام مأخوذة عن الفقه المالكي. محمد العلوي العابدي، مرجع سابق، ص١١٨، ١١٩. ومن المفروض أن يثبت للرجل خيار رد المرأة الرتقاء وفسخ العقد، وهو رأي جمهور الفقهاء، باعتبار أن إتيان المرأة في دبرها محرم، على فرض ثبوت هذا الخيار. ولكن ماذا لو لم يردها الزوج، وهي مما لا توطأ؟. إذ يروى عن عمر بن عبد العزيز (رض) قوله لا ترد، وعليه سوف يكون الزوج أمام خيارين، أما =

الشخصية رضاء الزوجة من كل قيمته، حيث يتعلق الأمر بعيوب الزوج التي تحول دون الاستمتاع بما فيها العنة أياً كان وقت علمها بالعيب الذي قد يتمثل بالعنة الأصلية أو الطارئة.[١]

الفرع الثاني
الضرر المترتب على العيب

يشكل عنصر الضرر الأساس الذي يبنى عليه الحق في طلب التطليق، ويحتاج الضرر إلى ضابط، فينبغي أن يكون معتبراً شرعاً ومحققاً لا متوقع التحقق، غير أن الخشية من وقوع الضرر قد تساوي حدوثه، وقد لا يتحقق التواصل دون ضرر، وربما يكون التواصل ممكناً ومع هذا يتحقق الضرر لعدم تحقق الإشباع الجنسي أو لعدم الإنجاب. وفي كل الأحوال فإن تعكير سير الحياة الزوجية لوجود العيب بمعناه الواسع بما في ذلك المرض يحقق الضرر بالزوج الآخر، وقد عبر المشرع الجزائري عن هذه الحقيقة بقوله: (العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج) ثم ختم النص بعبارة (كل ضرر معتبر شرعاً).[٢] بمعنى أن العبرة بالضرر دون سواه. ومن التشريعات ما توسع في مسببات الضرر، ليضم إليها كبر سن الطرف الآخر أو عجزه الجزئي.[٣] وعبر البعض عن الضرر بالضيق من جراء الحرمان من الحصول على ثمرة

= أن ينهي العلاقة الزوجية بالفسخ أو الطلاق أو يبقي عليها، مع عدم وطئها بالدبر ولو كان برضاها لثبوت الحرمة. فمما روي عن أبي هريرة أنه قال: قال الرسول (ﷺ) (ملعون من أتى امرأته في دبرها). سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب في جامع النكاح، رقم الحديث ٢١٦٢، ج٢، ص٢٥٥ – ٢٥٦. للمزيد: زاد المعاد في هدي خير العباد، لابن القيم الجوزية، ج٤، ص ٢٣٥ وما بعدها. حامد محمود شمروخ، مرجع سابق، ص٢٣.

(١) تراجع كذلك المادة ٣/١١٢ من قانون الأحوال الإماراتي.

(٢) الفقرتان ٢ و ١٠ من المادة ٥٣ من قانون الأسرة.

(٣) مجموعات الأقباط الحديثة. مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص٣٧٠.

الزواج.[١] والضيق هذا لا يطابق الضرر ولا حتى الخطر بل قد يعني تعكير المزاج أو الانزعاج أو عدم الارتياح. وربطت بعض التشريعات بين المقام والضرر بالقول: "بحيث لا يمكن المقام معها بلا ضرر"[٢]

ووصف البعض الآخر من التشريعات العيب بالمستحكم، وللاستحكام وجهان: إما أن العيب لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد فترة ليست بالقصيرة.[٣] وننوه هنا إلى أن العيب أصل وجود الضرر، وليس كل عيب يضر بالزوج الآخر، إنما العيب المعتبر شرعاً وقانوناً، والعيب والضرر على درجات.[٤]

ولو حصل أن اتحد الزوجان في العيب أو اختلف عيبهما، بمعنى أن كلاً منهما مضار من صاحبه، فالحل يكون على حسب بعض الآراء بثبوت خيار الفرقة لكلا الزوجين، تطبيقاً لمقولة "يعاف الإنسان من غيره ما لا يعافه من نفسه" واشترط المشرع السوري بالنسبة للزوجة طالبة التفريق السلامة من العيوب المقصودة ولو تباينت العلل.[٥]

---

(١) سعد فضيل، مرجع سابق، ص٢٧٥.

(٢) المادة ١١٧ من قانون الأحوال الأردني. وخلطت بعض الشرائع اليهودية بين العيب ذي المفهوم الطبي أو الخلقي والضرر بمعناه الواسع كسوء الخلق وكثرة النزاع وسب الوالدين والاستهتار بأمور الدين. عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج٢، مرجع سابق، ص١٤٤.

(٣) المادة ٩ من القانون المصري رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، والفصل ٥٤ من مدونة الأحوال الشخصية المغربية.

(٤) إن شريعة اليهود القرائين التي تساوي بين سوء الأخلاق والعيوب المقصودة هنا، لا تعتد بالعيب اليسير إلا إذا تعلق بالدين، والمسألة تخص الزوجين معاً. عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج٢، مرجع سابق، ص١٤٤.

(٥) محمد العلوي العابدي، مرجع سابق، ص١٠٩. عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج ٢، مرجع سابق، ص٧١. والمادة ١/١٠٥ من قانون الأحوال السوري. وعلى قدر تعلق الأمر بالراغبين في الزواج والمصابين بمرض الإيدز يرى البعض عدم وجود ما يمنع تمام الزواج، باعتبار أن انتقال العدوى للطرف الآخر ليست ذات معنى، وأن كثرة الاتصالات الجنسية لا تقود إلى زيادة الخطورة. أحمد محمد لطفي أحمد، مرجع سابق، ص٣٧٥. وقد تجاهل هذا الرأي انعكاسات المرض على الذرية.

وعدم التوافق بين الزوجين بما يقود إلى تعكير صفو العلاقة الزوجية وإلحاق الضرر بالزوجة نتيجة الشقاق بينهما، إلى الحد الذي تتولد لديها علة نفسية أو عصبية وإن لم تصل إلى حد الجنون أو الخلل العقلي، يكون سبباً للتفريق بينهما، تقول المحكمة العليا في الجزائر عن ذلك (من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقتضي التفريق القضائي شرعاً. ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عن إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما. فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة... طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن).[1] والملاحظ هنا أن العلة التي في الزوجة سببها سلوك الزوج. وحبذا لو أن التشريعات قد وضعت شرطاً لطلب التفريق مفاده ألا يكون لطالب التفريق يد في حدوث العيب.

وقد تسمح المحكمة للزوجة الإقامة بعيداً عن الزوج المريض تجنباً لانتقال العدوى منه إليها؛ لأن بقاءه في البيت قد يشكل خطراً عليها ولو شفي من مرضه، وحصل أن عرض على القضاء المغربي واقعة تقوم على هذا الفرض، حيث استجابت المحكمة لطلب الزوجة بالانتقال لمحل آخر، وكذا لطلبها بغلق الدار لا لخشية العدوى بل لتجنب ضياع ممتلكاتها، غير أن المجلس الأعلى نقض القرار من وجهة كون الزوج له الحق في التمتع بما في الدار ما دامت الزوجية قائمة.[2]

---

(١) م. ع. غ. أ. ش ١٩٩٦/٩/٢٤ ملف رقم ١٣٩٣٥٣ م ق ١٩٩٧، عدد ٢، ص٩٦. الزواج والطلاق في الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص١٢٤. ويرفض البعض اعتبار العلل المنفردة أو الضارة داخلة في معنى الشقاق بين الأزواج، وعنده أن الشقاق يعني النزاع بين الزوجين الذي يتطلب الإصلاح والتحكيم، والعلل لا تزول بتلك الوسيلتين. مصطفى السباعي، مرجع سابق، ص٢٣٦.

(٢) قرار المجلس الأعلى عدد ٥٣ في ١٩٧٢/٢/٧ م. ق. ق عدد /١٢١، ص٦٣٩. أحمد الخمليشي، الثلاثي المتحكم في تطور قانون الأحوال الشخصية، مجلة ميادين، مرجع سابق، ص٨٣.

المطلب الثاني
فسخ العقد والطلاق بسبب من ثبوت العيب

إن العيب الذي يعتري أحد الأزواج قد لا يقف تأثيره على تعكير العلاقة الزوجية؛ إذ قد يكون السبب في إنهائها، وانفصام عرى الزوجية ليس بالأمر الهين لأن الميثاق الذي بين الرجل والمرأة له خاصيته مجسدة بقوله تعالى ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ﴾.(١) لذا قيل إن علاقة الزوج بشريكه كعلاقة الإنسان بلباسه من حيث الالتصاق.(٢)

ولا خيار للزوج في ظل المذهب الحنفي بسبب عيوب الزوجة، حيث لا يفسخ بها الزواج، لأنها غير مانعة من حصول المقصود من الزواج وقد ينفع فيها العلاج، وإن تضرر الزوج مما في زوجته من عيب فله التخلص منها بالطلاق، وليوفر عليها عبء التشهير وعناء مراجعة القضاء. لذا قيل: (وأما في جانب المرأة فخلوها عن العيب ليس بشرط للزوم النكاح بلا خلاف بين أصحابنا حتى لا يفسخ النكاح بشيء من العيوب الموجودة فيها).(٣) على حين يذهب جمهور الفقهاء إلى أن للزوج خيار الفسخ في واحد من العيوب – الرتق،

---

(١) الآية ١٨٧ من سورة البقرة.

(٢) حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، المجلد الأول، د.م. ط٢٠٠١، ص٤٩. وحتى لو فسر اللباس على أنه الستر فسوف لا يختلف الأمر كثيراً. وتنفرد الكنيسة الكاثوليكية عن غيرها من حيث عدم جواز حل العلاقة الزوجية إلا بالموت أو بظهور سبب مبطل للعقد خلال إنشائه، ومن يطلق شريكه ويتزوج وقع في الزنا، والرجل الذي يترك أباه وأمه ويلتصق بزوجته يكون معها جسداً واحداً، والذي جمعه الله لا يفرقه إنسان، فالزواج سر مقدس من أسرار الكنيسة السبعة. عبدالرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج٢، مرجع سابق، ص١٥١.

(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للكاساني، كتاب النكاح، فصل لزوم النكاح، ج٦، ص١٤٤.

القرن، الجنون، الجذام، البرص – لكونها تقف حائلاً أمام المعاشرة الجنسية إن كان حساً أم طبعاً.(١)

وبين فقهاء الشريعة الإسلامية خلاف حول حكم الفرقة من طرف الزوجة بسبب واحد من العيوب – العنة والجب والخصاء – حيث يعد التفريق فسخاً لدى كل من الشافعية والحنابلة، على حين تعد الفرقة طلقة بائنة لدى كل من المالكية والحنفية، باعتبار أن المقصود من التفريق رفع الظلم عن الزوجة ولا يمكن أن يتحقق هذا بغير الطلاق البائن، ويحل القاضي محل الزوج الممتنع في طلاق زوجته، ويعتبر كأن الطلاق قد أوقعه الزوج بائناً، كي لا يتمكن من

(١) جعل الشافعي من خلو المرأة من العيوب الخمسة – الجنون والجذام والبرص والرتق والقرن – شرط لزوم واحتج بقول الرسول (ﷺ) (فر من المجذوم فرارك من الأسد). واعتبر الفسخ طريقاً للفرار، بمقوله أنه لو لزم النكاح لما أمر بالفرار. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني، ج٦، ص ١٤٤ – ١٤٥. زاد المعاد في هدي خير العباد، لابن القيم الجوزية، ج٥، ص ١٦٨ – ١٦٩. الذخيرة، للقرافي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١، ج٤، ص٤١٩. البيان شرح كتاب المهذب، للعمراني، دار المنهاج للطباعة والنشر، ج٩، ص٢٩٠. كشاف القناع عن متن الإقناع، للبهوتي، ج١٧، ص ٢٠١. كتاب الخلاف، لأبي جعفر بن الحسن الطوسي، مؤسسة النشر الإسلامية، قم، ج٤، ص٢٤٦. البحر الزخار لمذاهب علماء الأمصار، لأحمد المرتضى، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠١، ج٤، ص١٠٠. كتاب النيل وشفاء العليل، لضياء الدين عبد العزيز الثميني، ج٦، ص٣٨٦. ويفضل البعض فكرة الفسخ على الطلاق بقوله (إن الرجل يتزوج ليسكن إلى زوجته ويقيم معها مدى الحياة لا ليطلقها، ولأن في الطلاق خسارة مالية للزوج). مصطفى السباعي، مرجع سابق، ص٢٣٢. أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص١٢٨. وهناك حلول أخرى يمكن للأزواج اتباعها لتجنب بعض العيوب خاصة الوراثية منها كالعزل وهو مباح على حسب الرأي الراجح في الفقه الإسلامي، وكذا الإجهاض العلاجي ومنع الحمل المؤقت. وتتبع الدول الإسكندينافية سياسة تعقيم ذوي العاهات الوراثية. حامد محمود شمروخ، مرجع سابق، ص٣١ وما بعدها. والمادتان ٧٢، ٦٩ من قانون الصحة الجزائري، والمادة ٣٠٨ من قانون العقوبات الجزائري، والمادتان ٣٣ و ٣٤ من المدونة الجزائرية لأخلاقيات الطب لسنة ١٩٩٢.

مراجعتها، وبغير ذلك تبقى معلقة لا هي ذات زوج يوفيها حقها ولا هي مطلقة من غير رجعة تتمكن من الزواج بغيره.[١] كما أن موت أحد الزوجين في عدة الفرقة لا يرثه الزوج الآخر، إلا عند هرب أي منهما من إرث شريكه؛ لأن شرط الإرث قيام الزوجية حقيقة أو حكماً وذلك ما يتحقق في عدة الطلاق الرجعي.[٢] وهناك من يرى بأن القول بالفسخ دون الطلاق البائن يوحد عيوب الزوجين.[٣]

وأخذ قانون الأحوال الإماراتي بالفسخ المحض، حيث جاء في الفقرة ٢ من المادة ١١٥ منه (التفريق في هذا الفصل فسخ). وجاء في مذكرته الإيضاحية (وقد قرر القانون تيسيراً على الأزواج، أن يكون التفريق للعلل فسخاً محضاً لا طلاقاً، طبقاً لمذهب الشافعي وأحمد).[٤] وأخذ قانون الأحوال الشخصية الكويتي كذلك بالفسخ، حيث جاء في مطلع المادة ١٣٩ منه (لكل من الزوجين أن يطلب فسخ الزواج إذا وجد في الآخر عيباً مستحكماً). وبالاتجاه نفسه سارت وثيقة القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، حيث جاء في المادة ١٢٠ منها (يفسخ عقد الزواج إذا اشتمل على مانع يتنافى ومقتضياته...).

والفسخ غير الطلاق، فعلى حين يقع الفسخ دون لفظ يقع الطلاق باللفظ الإرادي ولا يحتاج إلى حكم قضائي إلا من باب التثبيت، وإن كان الفسخ يتبع في الغالب العقد الفاسد فإن الطلاق يتبع العقد الصحيح، والفسخ يقع بحكم

---

(١) بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص٤٤١. روي عن إسماعيل بن أبي خالد عن الشعبي قال: قال علي بن أبي طالب (رض) (أيما رجل تزوج امرأة مجنونة أو جذماء أو برصاء أو بها قرن فهي امرأته إن شاء طلق وإن شاء أمسك). المحلى، لابن حزم، ج١٠، ص ١١٣.

(٢) أديب استنبولي وسعدي أبو حبيب، مرجع سابق، ص٣٨٤.

(٣) عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج٢، مرجع سابق، ص٧٠.

(٤) قانون الأحوال الاتحادي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥. وجاء في المادة ٣ منه (٧ – يسقط حق الفسخ بإسقاط صاحبه أو رضائه بالمخالفة صراحة أو ضمناً، ويعتبر في حكم الرضا الضمني مرور سنة على وقوع المخالفة مع العلم بها وكذا بالطلاق البائن). وهذا النص يتعلق بالفسخ لمخالفة الشروط.

صادر عن القضاء وينهي آثار العقد في الحال بحيث لا يستطيع الزوج عنده إعادة زوجته إلا بعقد ومهر جديدين؛ أي أن الفسخ يكون باتاً وبائناً، أما الطلاق فقد يكون رجعياً وقد يكون باتاً وبائناً، فالذي ينحل العقد به يسمى طلاقاً بائناً، والذي لا ينحل العقد به يسمى طلاقاً رجعياً، وإن الفسخ لا تحسب عنده الطلقة بينما تحسب على الزوج ما يوقعه من طلقة ضمن ما له من طلقات ثلاث، وإن كل طلاق قبل الدخول تستحق الزوجة معه نصف مهرها إذا كان مسمى والمتعة إذا لم يكن المهر مسمى، على حين أن الزوج لو اختار نفسه بعد بلوغه وفسخ العقد بهذا الخيار لا يوجب عليه شيء من المهر. والفسخ يكون لسبب عارض "طارئ"، على العقد يمنع بقاءه واستمراره، وينتهي به الحل الذي كان ثابتاً بالزواج بمجرد حدوثه من غير توقف على انقضاء العدة، فالمعتدة من فسخ لا يلحقها الطلاق في أثناء العدة.[١]

وفي ظل القانون المغربي يكون الطلاق الذي يوقعه القاضي بسبب العيب أو العلة التي في الزوج طلاقاً بائناً، بحسب الفصل ٥٥ من مدونة الأحوال الشخصية.[٢] وشروط طلب التفريق وفقاً لهذا القانون هي: ١ – وجود عيب لا يمكن البرء منه أو يمكن لمدة تزيد على السنة. ٢ – كون العلة تسبب ضرراً مادياً أو معنوياً للزوجة. ٣ – أن تكون العلة قد استجدت بعد العقد مع عدم رضاء الزوجة، أو كانت قبل العقد مع انتفاء علم الزوجة بحقيقة أمرها.[٣] ولم

(١) للمزيد حول الفسخ تراجع المواد ٤٢، ٩٩، ١٠٠ من قانون الأحوال الكويتي. وهناك ما يعرف بالانفساخ الذي ينهي العقد لأي سبب شرعي، ويجعل استمراره غير مشروع، من قبيل ذلك موت أحد الزوجين أو إسلامه أو حصول الردة أو اللعان – على خلاف في الرأي – وانتهاء مدة الإيلاء وهي أربعة أشهر. علي أبو البصل، مرجع سابق، ص٨٤ – ٨٥. مصطفى الرافعي، مرجع سابق، ص١١٧. أحمد فراج حسين، مرجع سابق، ص١٠. محمود محمد حمودة و محمد مطلق عساف، فقه الأحوال الشخصية، مؤسسة الوراق، عمان، ٢٠٠٠، ص١٨٨.

(٢) جاء في الفصل المذكور (الطلاق الذي يوقعه القاضي لعلة من العلل المذكورة في الفصل السابق طلاق بائن).

(٣) الفصل ٥٤ من مدونة الأحوال الشخصية المغربية.

يفصح المشرع الجزائري عن حقيقة التفريق الذي يقع بناء على طلب الزوجة، غير أنه قد استخدم لفظة تطليق، وذهب بعض الشراح إلى أنه قد قصد بذلك الطلاق البائن.(١)

ولم يقبل واضعو المشروع الاختياري للأحوال الشخصية للحزب السوري القومي الاجتماعي فكرة فسخ العقد وقالوا بالبطلان وبانحلال العقد الذي يكون بموت أحد الزوجين أو بالطلاق الذي هو من مهام القضاء، وكذا بتحول جنس أحد الزوجين إلى جنس آخر.(٢)

وعند طائفة الكاثوليك يصح طلب إبطال الزواج غير المكتمل – الذي لم يحصل فيه دخول – ويكون ذلك بعد أخذ موافقة الرئيس الديني "البابا" ولأسباب عدة كالعجز الجنسي أو الجنون أو الرهبنة.(٣)

---

(١) المادة ٢/٥٣ من قانون الأسرة. عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص٢٦٢. ويأتي هذا الرأي منسجماً مع أحكام المذهب المالكي السائد في عموم المغرب العربي. كما أن المشرع الجزائري قد تغاضى عن هذه المسألة في التعديل الذي أدخله بالأمر رقم ٢ لسنة ٢٠٠٥.

(٢) تراجع المادتان ٢٤، ٣٣ من المشروع المذكور. وللتذكير فإن ما يميز الطلاق عن البطلان هو أن الأول لا يكون إلا في عقد زواج صحيح، أما البطلان فيلحق عقد الزواج الذي تنقصه أحد أركانه أو شروطه، والطلاق ينقص عدد الطلقات الثلاث التي للرجل عكس البطلان الذي لا يؤثر الحكم به على عدد الطلقات، وإن رفع دعوى الطلاق قاصرة على الزوجين حصراً، أما دعوى البطلان فتختلف باختلاف نوعيته، فالنسبي منه يقتصر على الزوج الذي قرر لمصلحة، أما البطلان المطلق فيتعداه إلى غيره، وقبل الدخول يقطع البطلان العلاقة الزوجية في الحال ولا يترتب عليها أي أثر، كالعدة والتوارث والمهر والنسب، أما في الطلاق ولو وقع قبل الدخول، فهناك جملة آثار تترتب على العلاقة بين الطرفين منها ما يتصل بالمهر وحرمة المصاهرة والإرث ... إلخ ، ويجوز – في الشريعة الإسلامية – إرجاع الزوجة في حالة الطلاق الرجعي، عكس الحال بالنسبة للبطلان حيث يكون لهما ذلك بعقد جديد بعد زوال سبب البطلان. تشوار جيلالي، مرجع سابق، ص١٤٦. تراجع المواد ٣٢ – ٣٥ من قانون الأسرة الجزائري.

(٣) جميل صبحي برسوم، الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين، مجلة ميادين، مرجع سابق، ص١٤٥.

ونود الإشارة هنا إلى صفة اللزوم في عقد الزواج، حيث قيل عنها بأنها تنصرف إلى دوام العقد واستمراره، دون أن يكون لأحد حق الاعتراض عليه، بل لا يكون لأي من طرفيه أو لكليهما الحق في طلب فسخه بعد تمامه. ولو أن امرأة قد وجدت بزوجها عيباً من العيوب التي تجيز التفريق ولم تكن عالمة به عند العقد أو حصل بعد الزواج ولم ترض به، حيث سنكون أمام ما يعرف برفع اللزوم عن العقد، ولا تنتفي القيمة القانونية لما تقدم حتى مع وجود الطلاق؛ لأن الأخير لا يعد من أحكام العقد الأصلية، بل من الأمور الطارئة على الحياة الزوجية يقوم الزوج بإيقاعه.(١) والزواج غير اللازم تثبت به كل آثار الزوجية، إباحة الدخول ووجوب المهر وثبوت النسب والميراث وحرمة المصاهرة وحقوق الزوجين، ويوصف العقد بعدم الاستقرار ما لم يسقط حق الفسخ أو يفسخ العقد بناء على طلب من له الحق فيه.(٢)

ولو حدث الخلع وظهر للزوجة أن الزوج مبتلى بعيب تصح الفرقة به، فالرأي في الفقه المالكي أن للزوجة الحق بالرجوع على الزوج بما اختلعت به، أما لو مات الزوج فليس لها الرجوع على ورثته بما دفعته له في الخلع، ولا رجوع من الزوج السالم على ورثة المرأة المعيبة الميتة بالصداق أو نصفه.(٣)

ومن بين الآراء المعارضة لفكرة التفريق للعلل نجد الرأي الذي ينسب لكل من ابن حزم الظاهري وإبراهيم النخعي وعمر بن عبد العزيز، ذلك الذي يعارض فكرة التفريق، وسيان عند أصحابه بين أن يكون العيب قبل العقد أم بعده.(٤) يقول ابن حزم (لا يفسخ النكاح بعد صحته بجذام حادث ولا ببرص كذلك ولا بجنون كذلك ولا بأن يجد بها شيئاً من هذه العيوب ولا بأن تجد هي كذلك ولا

(١) سمير عبد السميع الأودن، مرجع سابق، ص٣١. عبد الرحمن الصابوني، مرجع سابق، ص١٩٣.
(٢) محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص٩٥.
(٣) محمد العلوي العابدي، مرجع سابق، ص١١٩.
(٤) أديب استنبولي وسعدي أبو حبيب، مرجع سابق، ص٣٨٣.

بعنانة ولا بداء فرج ولا بشيء من العيوب).[1] وهذا الرأي يضر بمصلحة الزوجين وخاصة الزوجة – التي لا تملك الطلاق – بسبب من أن العيوب والعلل ليس على درجة واحدة. صحيح أن منطلقات الرأي إنسانية، غير أن التضحية من أحد الزوجين للآخر ينبغي أن تكون طوعاً، والطلاق والفرقة هي خيار وليس إلزاماً، ولو أن الإمام الظاهري بيننا اليوم وشهد عصر الإيدز لربما وجد في المسألة وجهاً آخر، والقائلون بخلاف ما قاله وضعوا جملة من الشروط والاحتياطات والأحكام حتى لتبدو صورة الحال وكأنها نظرية محكمة لعلاج مسائل العيوب.

وصبر زوج سيدنا أيوب "ع" كان من باب التطوع والالتزام الأخلاقي، فحين أصيب بمرض – الجذام – تخلى عنه الجميع إلا زوجه، يقول القرطبي: تناثر لحمه وتدور جسمه حتى أخرجه أهل قريته إلى خارج القرية وكانت امرأته تخدمه. قال الحسن: مكث بذلك تسع سنين وتسعة أشهر، فلما أراد الله أن يفرج عنه قال تعالى ﴿ٱرۡكُضۡ بِرِجۡلِكَۖ هَٰذَا مُغۡتَسَلُۢ بَارِدٞ وَشَرَابٞ ٤٢﴾[2]. وعن قول الله تعالى على لسان أيوب(ع) ﴿مَسَّنِيَ ٱلضُّرُّ﴾[3]، (إن امرأته كانت ذات ذوائب فعرفت حين منعت أن تتصرف لأحد بسببه ما تعود به عليه فقطعت ذوائبها واشترت بها ممن يصلها قوتاً وجاءت به إليه، وكان يستعين بذوائبها في تصرفه وتنقله ... وقيل إنها لما اشترت القوت بذوائبها جاءه إبليس في صفة رجل وقال له: إن أهلك بغت، فأخذت وحلقت شعرها، فحلف أيوب أن يجلدها فكانت المحنة على قلب المرأة أشد من المحنة على قلب أيوب). أما فيما ورد في تفسير ابن كثير (قال السدي: تساقط لحم أيوب حتى لم يبق إلا العصب والعظام فكانت امرأته تقوم عليه وتأتيه بالرماد يكون فيه، فقالت له امرأته لما طال وجعه يا أيوب لو دعوت ربك يفرج عنك، فقال قد عشت سبعين سنة

(١) المحلى لابن حزم الظاهري، ج١٠، ص١٠٩. انظر كذلك: بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص٤٣٦.
(٢) سورة ص/الآية ٤٢.
(٣) سورة الأنبياء / الآية ٨٣.

صحيحاً فهو قليل لله أن أصبر له سبعين سنة، فجزعت من ذلك فخرجت فكانت تعمل للناس بالأجر وتأتيه بما تصيب فتطعمه). ثم يقول (... ابتلي في جسده يقال بالجذام في سائر بدنه ولم يبق منه سليماً سوى قلبه ولسانه يذكر بهما الله عز وجل).[١]

وعلى كل حال فإن من التشريعات ما قلص من مساحة الفرقة للعيوب كمشروع القانون الاختياري للأحوال الشخصية للحزب السوري القومي الاجتماعي الذي أخذ بالجنون غير القابل للشفاء كسبب وحيد لطلب الطلاق، على أن يتم ذلك عن طريق القضاء، وعقب مرور سنة على جزم الأطباء باستحالة شفائه – سواء بالنسبة للزوج أو الزوجة – لأن المشروع المذكور يمنع الطلاق بالتراضي، ويجعل القضاء الجهة الوحيدة لإيقاعه، على أن يكون كل من الرجل والمرأة على قدم المساواة، بسبب من أن منطلقات المشروع مدنية لا دينية.[٢]

إن طغيان النزعة المادية انعكس بوضوح على بعض التشريعات، فالطلاق كان من المحرمات في أسبانيا حتى أقره دستور ١٩٧٨، حيث أضحت المساواة بين الزوجين وعدم التمييز بينهما بسبب الجنس من البدهيات، وصار لكل منهما الحق في إبرام عقد الزواج دون مفاضلة، وأشارت نصوص الدستور المذكور إلى التشريع المتعلق بالانفصال الجسماني، وجاءت استجابة المشرع بصدور قانون الطلاق في ١٩٨١/٧/٧، وما يميز الانفصال الجسماني عن الطلاق، هو إعطاء كلا الزوجين الحق في تنظيم حياته الخاصة بمعزل عن الطرف الآخر، ويترتب على الانفصال المذكور جملة من الآثار القانونية المختلفة.[٣]

والكنيسة الكاثوليكية التي لا تجيز انحلال الزواج إلا بالموت وبالسبب المبطل خلال إنشائه وللدخول بالرهبنة قبل الدخول، أو بإجازة البابا في ظروف

---

(١) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، المجلد السادس، ج١١، ص٢١٤. تفسير القرآن العظيم، لابن كثير، مجلد الثالث، ص١٧٩.

(٢) المواد ٣٤، ٣٥، ٣٦، ٤٨/ ٣ من المشروع المذكور.

(٣) المواد ١٤، ٣٢ من الدستور المذكور: بلس خسوس إمبردوا، مجلة الميادين، مرجع سابق، ص٢٠٩.

بالغة الخطورة تحول دون تمام الزواج، تستند إلى قاعدة في القانون الطبيعي مفادها أن الزواج لا يحقق غاياته إلا إذا كان دائماً ومستمراً بلا انفصال، وأنها – أي الكنيسة – تبدو متناقضة حين يكون أحد الزوجين عقيماً حيث لا يمكن والحال هذا أن تتحقق غايات الزواج.(١)

وهكذا يبدو التنوع في الأحكام ابتداء من عدم إمكانية الفرقة بسبب العيب أو عدم إمكانية الانفصال لأي سبب كان مروراً بتقليص الحالات التي تصح عندها الفرقة وانتهاء بالتوسع في تلك الحالات ولمديات بعيدة.

المطلب الثالث

الغش والخداع وأثرهما على مصير عقد الزواج

قد يقع المتعاقد ضحية للغش والخداع، ووضعت تحت هذا العنوان أمثلة عديدة كطول قامة الزوج أو درجة يسره، وكذا زواج الرجل بامرأة على أنها من دين معين أو مواصفات جسدية معينة أو لون ما، أو على أنها بكر ثم يظهر له أنها غير ذلك، وقد اختلف فقهاء المذاهب في هذه المسألة، فجمهور الفقهاء على رأي الخيار باعتبار أن عماد النكاح الصفات والأسماء والاعتماد في البيوت على المشاهدة، كما أن الغش والتغرير محظوران في الإسلام.(٢)

---

(١) عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج٢، مرجع سابق، ص١٥٢.

(٢) روي عن أنس بن مالك أن الصغير بن شعبة أراد أن يتزوج امرأة فقال له النبي (ﷺ) "اذهب فانظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما" سنن ابن ماجة، كتاب النكاح، باب النظر إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها، رقم الحديث ١٨٥٥، ج٥، ص٤٦٤. وروي عن جابر بن عبد الله أن الرسول (ﷺ) قال "إذا خطب أحدكم امرأة فإن استطاع أن ينظر منها ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل" سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب الرجل ينظر إلى المرأة وهو يريد تزويجها، رقم الحديث ٢٠٨٢، ج٢، ص٢٣٥. انظر كذلك: أحمد الفراز، نظام الأسرة في الفقه الإسلامي، مجلة الميادين، ص٣٦. وروي أن النبي (ﷺ) تزوج امرأة من غفار، فلما خلا بها رأى في كشحها بياضاً، فقال لها ضمي إليك ثيابك والحقي بأهلك. وفي رواية أخرى، ضمي إليك ثيابك والحقي بأهلك فقد لبستم علي، أو قال (ﷺ) دلستم علي. وفي رواية فرد عليها نكاحها. السنن الكبرى، للبيهقي، دار المعرفة، بيروت، ج ٧، ص٢٢٧. علي أبو البصل، مرجع سابق، ص ١٦٥ – ١٦٦.

وأعطى قانون الأحوال الإماراتي للزوجين الحق في طلب التفريق للتغرير، ومما جاء فيه (١ – إذا حصل تغرير من الزوج الآخر أو بعلمه أدى إلى إبرام عقد الزواج، ويعتبر السكوت عمداً عن واقعة تغريراً، إذا ثبت أن من غرر به ما كان ليبرم عقد الزواج لو علم بتلك الواقعة).[١] ورتبت بعض التشريعات البطلان على الغش الجسيم أو الغلط، وعبرت عن ذلك بالقول: (يبطل الزواج المعقود بموجب هذا القانون لأحد الأسباب المعددة فيما يلي: ٥ – الغش الجسيم إذا كان هو الدافع الحاسم والوحيد للزواج. ٦ – الغلط في الشخص).[٢] فيما تعاقب بعض التشريعات من يتوصل إلى عقد زواج له مع علمه ببطلانه، أياً كان سبب البطلان المعتبر شرعاً أو قانوناً، والشيء نفسه بالنسبة لمن يتولى إجراء هذا العقد مع علمه بسبب بطلان الزواج.[٣]

وإذا كان الزواج من العقود اللازمة التي لا يملك أحد أطرافه حق فسخه بعد تمامه، فإن صفة اللزوم تزول عنه في حالات متعددة، من بينها وقوع تغرير عند العقد، وكذا إذا زوجت المرأة من غير كفء، وإذا وجد بأحد الزوجين عيب، وإذا أخل بشرط مشروع ولازم في العقد، وإذا زوج فاقد الأهلية أو ناقصها ممن ليس له ولاية عليه.[٤] وتفرق بعض التشريعات بين حالة ما إذا كان الغار

---

(١) المادة ١١٤ من القانون رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥. وجاء في المادة ٢٤ من القانون ذاته: (إذا ادعى الرجل الكفاءة أو اصطنع ما يوهم بها أو اشترطت الكفاءة بالعقد، ثم ظهر بعد ذلك أنه غير كفء كان لكل من الزوجة ووليها حق طلب الفسخ).

(٢) المادة ٢٤ من مشروع القانون الاختياري للأحوال الشخصية للحزب السوري القومي الاجتماعي. ونحتاج هنا للتفرقة بين الغش الجسيم وغير الجسيم من خلال معيار يصح الركون إليه.

(٣) المادة ٣٧٦ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩. وجاء في النص المذكور (وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنين إذا كان الزوج الذي قام في حقه سبب البطلان قد أخفى ذلك على الزوجة أو دخل بها بناء على العقد الباطل). وأصل العقوبة السجن مدة لا تزيد على سبع سنوات أو بالحبس.

(٤) عبد الرحمن الصابوني، مرجع سابق، ص١٩٣.

الزوجة وعلم الزوج بعيبها بعد الدخول، وبين أن يكون الغار وليها، حيث يكون للزوج في الفرض الأول الإبقاء على الزوجة أو ردها واسترداد ما زاد على أقل المهر عرفاً، وفي الفرض الثاني يكون له الرجوع على الولي بما دفعه.[١]

وفي ظل أحكام القانون الفرنسي فإن الجهل بالحالة الجنسية للزوج الآخر يجعل الزواج قابلاً للإبطال، بسبب عيب في الرضا، المتمثل في الغلط بإحدى الصفات الجوهرية للزوج، واستقرت أحكام القضاء الفرنسي على أن العجز الجنسي لأحد الزوجين، والذي يمكن أن يبطل العقد بسببه هو ذلك القائم وقت التعاقد مع عدم علم الطرف الآخر به. جاء في قرار لمحكمة استئناف باريس (القدرة على الاتصال الجنسي تشكل إحدى الصفات الجوهرية للشخص، وإن الغلط كان جوهرياً ومعيباً لرضاء الزوجة التي كانت ترغب في الحصول على علاقات عادية مع زوجها). ويرى البعض في هذا القرار ما يفيد مسؤولية الزوج لا عما فيه من عيب بل عن وقوع الزوجة في الغلط نتيجة الغش الحاصل.[٢]

ويقدم البعض مقولة يبدو العيب عندها متجاوزاً النطاق المألوف، تتمثل بحالة تغيير الجنس مع اعتراف القضاء به، وإخفاء حقيقة الأمر على الشريك عند العقد، حيث يرى بأن العقد يكون قابلاً للإبطال على أساس فكرة الغلط في الحالة الجنسية الأصلية للزوج، انسجاماً مع المادة ٢/١٨٠ من القانون المدني الفرنسي، غير أن الغلط هذا يأتي مقروناً بالغش المتمثل بعدم إعلان الزوج عن

---

(١) الفصل ٥٤ من مدونة الأحوال الشخصية المغربية.

(٢) محكمة استئناف باريس، ١٩٨٢/٣/٢٦ فهرست ديغرنوا ١٩٨٢، ص١٢٤٠. وبالمعنى نفسه محكمة ليل ١٩٦٢/٥/١٧ دالوز ١٩٦٣ فهرس ١٠. ومحكمة أفرنش ١٩٧٣/٧/١٠ دالوز ١٩٧٤. وللتذكير فإن القانون الفرنسي الصادر في ٧/١١ / ١٩٧٥ هو من جعل الغلط في صفة من الصفات الجوهرية للشخص سبباً في إبطال عقد الزواج. وقد سبقت أحكام القضاء الفرنسي زمناً صدور القانون المذكور. تشوار جيلالي، مرجع سابق، ص١٢.

حقيقته الجنسية للزوج الآخر، مع عدم علم الأخير بحقيقة الأمر، على أن يثبت أنه ما كان ليقدم على إبرام العقد لو كان يعلم بحقيقة الآخر.(١)

وعيب إفضاء البكارة من العيوب التي يتحقق معها غش الزوج، وفي أحكام المذهب المالكي أن الرجل إذا لم يشترط البكارة فلا خيار له إلا إذا ثبت أنها ثيب بنكاح أو زنا أو بشيء كتم عنه، وإن زالت بكارتها قبل العقد ثبت الخيار للزوج، وأما إن زالت بكارتها بعد العقد فلا خيار له، لأن كل ما يحدث بعد العقد لا خيار له فيه، وإن اشترط العذرية فيها فله الخيار مطلقاً أياً كان السبب الذي زالت به البكارة.(٢)

وعلى قدر تعلق الأمر بالشرائع المسيحية، نجد المادة ٣٧ من مجموعة الأقباط لسنة ١٩٣٨ (... إذا وقع غش في شخص أحد الزوجين فلا يجوز الطعن في الزواج إلا من الزوج الذي وقع عليه غش، وكذلك فيما إذا وقع غش في شأن بكارة الزوجة بأن ادعت أنها بكر وثبت أن بكارتها أزيلت بسبب سوء سلوكها أو في خلوها من الحمل وثبت أنها حامل). أما المادة ٣٨ من المجموعة ذاتها فنصها (لا تقبل دعوى البطلان في الأحوال المنصوص عليها في المادة

---

(١) Robert.M. Le transsexualisme ou la difficulté d'exister J.C.P 1990.2.3475.no15. تشوار جيلالي، مرجع سابق، ص٢٦. وجاء في المادة ١٠١ من القانون المدني الجزائري رقم ٥٨ لسنة ١٩٧٥ بالقانون المعدل رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٥ (يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات. ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكتشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر سنوات من وقت تمام العقد).

(٢) كثيراً ما يعتبر العرف البكارة والعذرية مترادفين. محمد العلوي العابدي، مرجع سابق، ص١١٣ – ١١٤.

السابقة إلا إذا قدم الطلب في ظرف شهر من وقت أن علم الزوج بالغش، وبشرط ألا يكون قد حصل اختلاط زوجي من ذلك الوقت).[١]

وقضي بأن (المستأنف عليها الطاعنة قررت في عقد زواجها بالمستأنف أنها بكر ثم وضعت مولوداً بعد الزواج بنحو أربعة شهور، مما يدل على عدم بكارتها وقت عقد الزواج، ولما كان لا يوجد في الأوراق ما يفيد أن المستأنف قد علم وقت زواجه بالمستأنف عليها بعدم بكارتها، إذ إن الثابت من أقوال والدته أن أهل المستأنف عليها أحضروا قابلة دخلت مخدع الزوجة وخرجت ومعها قطعة قماش مبللة بالدماء، وأن المستأنف دخل على زوجته بعدئذ كما قرر الشاهد، ما يستفاد منه أنه إثر زواجه وحين بدأ معاشرة زوجته لم يكن يعلم بعدم بكارتها وقت زواجه بها، وبالتالي فإذا خالطها حتى سفره للعراق بعد شهرين من الزواج، فإن تلك المخالطة لم تكن مسبوقة بالعلم بعدم بكارتها وقت زواجه بها. ولما كان الثابت من أقوال الشهود التي تطمئن المحكمة لصحتها أن المستأنف عليها قررت إثر ولادتها أنها حملت من ابن عمها قبل زواجها بالمستأنف، فإن مؤدى ذلك أن إزالة بكارتها قد تم بسبب سوء سلوكها قبل الزواج، ولما كان الثابت أن المستأنف لم يعلم بولادة زوجته وقد كان بعد فترة قصيرة من زواجها، وبالتالي بعدم بكارتها وقت هذا الزواج بسبب سلوكها أثناء وجوده في العراق، وقد أقام دعواه بعد عودته من الخارج في ١٩٨٢/٤/٧، فإنه يكون قد أقامها خلال شهر من وقت علمه بالغش، وإذا خالف الحكم هذا النظر فإنه يكون خاطئاً خليقاً بالإلغاء).[٢]

---

(١) أما المادة ١٨٩ من قانون الحق العائلي لطائفة الروم الأرثوذكس فقد جاء فيها (ثانياً – التطليق – ١ – إذا وجد – أي الزوج – زوجته يوم الزواج ثيباً فعليه رفع الأمر إلى الرئاسة الروحية وإثبات ذلك). عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج٢، مرجع سابق، ص١٥٨.

(٢) نقض مدني مصري ١٩٨٥/٤/١٦ الطعن رقم ٩ لسنة ٥٤ ق – أحوال شخصية. عبدالحميد الشواربي، مجموعة الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص١٠٠٨ – ١٠٠٩.

المقترحات:

- تبني فكرة السيرة الصحية الشخصية للفرد، وبأن يتم فحصه بصورة دورية على نفقة الدولة، مع الاستفادة من نواتج العلم والتكنولوجيا، باعتبار أن الوقاية خير من العلاج، على أن يتم تدارك ما قد سلف وتجاوزه.

- توعية الأفراد بأهمية وضرورة المتابعات الصحية والفحص الطبي قبل الزواج، وتحذيرهم من خطورة النتائج المترتبة على كل تقاعس وتهاون يصدر عنهم، وجعلهم يدركون أن الفحص الطبي ممارسة شرعية قبل أن تكون قانونية، وتنمية دور الجهات ذات الصلة بهذا الأمر.

- تشكيل لجنة وطنية مهمتها مراجعة الصيغ التشريعية والعملية للفحص الطبي السابق على الزواج وكشف الخلل فيها لأجل تداركه، مع اعتماد آليات متطورة للإحصاء الطبي تساعد على تحقيق نتائج طيبة.

- تشجيع الأزواج على التقليل من دور العيوب والعلل في إنهاء العلاقة الزوجية، ولاسيما بعد الدخول وعند وجود الذرية، وذلك بتنمية روح التضحية والإيثار لديهم، والبحث عن حلول أقل ضرراً بمستقبل الأسرة.

- زيادة وعي القضاة لما يتعلق بالتفريق للعيب، أقلها أخذ طبيعة العيب في الاعتبار والفحص الطبي الإلزامي باعتباره من القيود التي لا يتم العقد دونها.

- حصر عقد الزواج بالمؤسسات الرسمية وإيجاد آليات لمحاسبة من يخالف ذلك ومعاقبته.

- الأخذ بفكرة الفحص الطبي قبل الزواج بالنسبة للبلدان العربية أو الإسلامية التي مازالت لم تتبنها، وخلق صيغ تشريعية متوافقة ومتوازنة مع أحكام الشرع تمنع الارتباط عند وجود خطر محقق على الزوج الآخر والنسل معاً كمرض الإيدز.

- توحيد الصيغ التشريعية بما يتصل بالفحص الطبي عند وجود نزاع أمام القضاء، وذلك بجعله يتم من قبل لجنة طبية تضم اختصاصات طبية مختلفة، وجعل قراراتها قابلة للاستئناف.

- وضع خط فاصل بين الفسخ والبطلان والطلاق البائن عند ثبوت العيب مع مراعاة وقت حصول العيب ومدى الغش والتدليس الذي وقع به الزوج الآخر.

- توثيق الصلة بين قواعد النظام القانوني الواحد ومبادئه بما يتعلق بصحة الراغبين بالزواج والمتزوجين، لأجل خلق أفضل الحلول وأدق النتائج، ومنع التعارض والتباين بين القواعد القانونية.

- عقد الندوات والمؤتمرات المحلية والدولية التي يشترك فيها رجال الدين والطب والقانون والاجتماع وغيرهم للوصول إلى حلول مرضية عن طريق تبادل الأفكار والرؤى.

- زيادة مستوى الوعي لدى العاملين بكل ما يتصل بالفحص الطبي وإبرام العقود من أجل تذليل الصعاب التي تحول دون الوصول إلى الغايات المنشودة.

- مناقشة كل الاقتراحات والحلول المقدمة على مستوى العالم واختيار الأفضل من بينها بما لا يتعارض مع قيمنا وعاداتنا وتقاليدنا.

- إعادة النظر بالقواعد التي تجيز زواج المجانين بالنسبة للتشريعات التي قبلته ومناقشة الشروط التشريعية المتعلقة بهذا الموضوع.

- البحث عن قواسم مشتركة بين التشريعات العربية والإسلامية، تقلل من فرض التباين بشأن العديد من المسائل سواء ما يتعلق منها بتعريف عقد الزواج وتحديد محله، وكذا بالنسبة للمدة الممنوحة للزوج العليل والموقف من العيوب المختلفة، وسوى ذلك من المسائل المهمة التي تم عرضها في هذه الدراسة.

الخلاصة:

إن عيوب الزوجية من الموضوعات الأساسية لقانون الأسرة – قانون الأحوال الشخصية – بسبب من العلاقة التي تربطه بالموضوعات الأخرى ذات الصلة بالأسرة والمجتمع.

وهذا الموضوع ينصب على مسألة غاية في الأهمية؛ كونه يمثل معالجة حديثة لعيوب الزوجية وكذا الفحص الطبي للأزواج، آخذاً في الاعتبار الديانة والمستوى الفكري وحقيقة الظروف أو الأحوال بحسب طبيعة الزمن واكتشاف طرق جديدة للتصرف.

وإذا كان هذا الموضوع في حقيقته يبدو سهلاً يسيراً، فإن القواعد التي تحكمه عند التطبيق العملي صعبة للغاية. ومن الضروري جداً لحماية الأسرة قبول التحدي على حقيقته، إن كان ذلك على الصعيد المحلي – القطر الجزائري – أم على مستوى القوانين العربية. وأصبحت واضحة للعيان الهوة الشاسعة والمشكلات الصحية المعقدة التي يضمها النظام القانوني.

ونحن نعتقد بأن هذه الدراسة ذات أهمية كبيرة لمستقبل الأسرة؛ فعلى سبيل المثال، إن الفحص لأطراف العلاقة قبل الزواج يقلل من حالات الطلاق.

وإننا في هذه الدراسة قد حرصنا على الإشارة بين الحين والآخر إلى أحكام الشريعة الإسلامية، التي كان لها دور في رسم الإطار العام لما يتعلق بمسألة عيوب الزوجية في الأقطار العربية.

كما قد حرصنا على أن تكون الأفكار مفيدة، قدر الإمكان، وقد كرسناها – كما هو معروف – للعيوب بين الأزواج.

وأخيراً خلصنا إلى إيجاد بعض القواعد ذات الأهمية والمقترحات والتوصيات، نأمل أن تعين كل من يعمل في هذا الحقل.

«نموذج شهادة طبية ما قبل الزواج»(*)

(خاصة بالجزائر)

أنا الممضي أسفله الدكتور .....

الاسم واللقب .....

دكتور في الطب .....

الممارس في .....

العنوان .....

أشهد بأنني فحصت لغرض الزواج .....

المولود (ة) في .....

الساكن (ة) بـ .....

بطاقة التعريف الوطنية رقم ..... الصادرة في ..... بـ .....

أعددت هذه الشهادة بعد فحص عيادي شامل وبعد الاطلاع على نتائج الفحوص الآتية:

- فصيلة الدم ABO + rhesus

أصرح كذلك أنني:

- أعلمت المعني (ة) بنتائج الفحوصات الطبية التي خضع (ت) لها وبكل ما من شأنه أن يقي أو يقلل الخطر الذي قد يلحق به أو بزوجه أو ذريته.
- لفت انتباه طالبة الزواج إلى مخاطر مرض الحميراء الذي يمكن أن تتعرض له أثناء فترة الحمل.
- أكدت عوامل الخطر بالنسبة لبعض الأمراض.
- سلمت هذه الشهادة للمعني (ة) شخصياً لاستعمالها والإدلاء بها في حدود ما يسمح به القانون.

حرر بـ ..... في .....

(*) ألحق النموذج المذكور بالمرسوم التنفيذي الجزائري رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٦ المحدد لشروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة ٧ مكرر من قانون الأسرة الجزائري رقم ١١ لسنة ١٩٨٤. والمنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية العدد ٣١ بتأريخ ١٤/مايو/٢٠٠٦.

المصادر والمراجع

أولاً – الكتب القانونية:

- أديب استنبولي وسعدي أبو حبيب، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، ج١، دار الأنوار للطباعة، دمشق، ط٢/ ١٩٨٩.
- أحمد إبراهيم حسن، فلسفة تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٣.
- أحمد عبد الدائم، أعضاء جسم الإنسان ضمن التعامل القانوني، بيروت، ١٩٩٩.
- أحمد محمد لطفي أحمد، الإيدز وآثاره الشرعية والقانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
- الشيخ محمد صادق الكرباسي، السيرة الحسينية، دائرة المعارف الحسينية، ١/ ٣٨.
- أمين مصطفى محمد، الحماية الجنائية للدم من عدوى الإيدز والالتهاب الكبدي الوبائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ١٩٩٩.
- بالحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج١، الزواج والطلاق، د. س. ط.
- بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، ١٩٨٥.
- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠١.
- ج. كاربيني، الأرض والسماء في القانون الفرنسي للزواج. ج. ربيير. ل. ج. د.ج، باريس، ١٩٥٠.

- حامد محمود شمروخ، حق الاستمتاع بين الزوجين وآثاره وموانعه الشرعية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠١.
- حسن حسانين، أحكام الأسرة الإسلامية، دار الآفاق العربية، القاهرة، ط١/ ٢٠٠١.
- حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، المجلد الأول، د. م. ط. ٢٠٠١.
- حسين حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، مكتبة المتنبي، القاهرة، ١٩٨١.
- سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ج١، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ١٩٨٦.
- سمير عبد السميع الأودن، الزواج العرفي في ظل قانون الأحوال الشخصية الجديد رقم ١ لسنة ٢٠٠٠، مكتبة ومطبعة الشعاع الفنية، الإسكندرية، ٢٠٠١.
- عبد الحميد الشواربي، مجموعة الأحوال الشخصية، في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠١.
- عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، ج٢، الطلاق وآثاره، المطبعة الجديدة، دمشق، ١٩٧٩.
- عبد الرحمن الصابوني، قانون الأحوال الشخصية السوري، في الزواج والطلاق، المطبعة الجديدة، دمشق، ط٥/ ١٩٧٩.
- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط٣/ ١٩٩٦.
- عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، مكتبة دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٤.
- علي أبو البصل، دراسات في فقه الأسرة، دار القلم، الإمارات العربية المتحدة، دبي، ط١/ ٢٠٠٤.

- فتوح عبد الله الشاذلي، أبحاث في القانون والإيدز، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠١.
- مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات " القسم الخاص"ج٢ جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار الفكر العربي، ١٩٨٢.
- محمد العلوي العابدي، الأحوال الشخصية والميراث في الفقه المالكي، أفريقيا الشرق، ط١/١٩٩٦.
- محمد رفعت، العقم والأمراض التناسلية، الموسوعة الصحية، مؤسسة عز الدين للطباعة والنشر، بيروت، ط٢/١٩٩٣.
- محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨.
- محمود محمد حمودة و محمد مطلق عساف، فقه الأحوال الشخصية، مؤسسة الوراق، عمان، ٢٠٠٠.
- مصطفى الجمال، قانون الأسرة لغير المسلمين، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٧.
- مصطفى الرافعي، نظام الأسرة عند المسلمين والمسيحيين، الشركة العالمية للكتاب، ط١/١٩٩٠.
- مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الزواج وانحلاله، الكتاب الأول، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٧/١٩٩٧.

ثانياً – مجلات ودوريات ومدونات:

- الميادين، مجلة الدراسات العلمية في حقول المعرفة الحقوقية والاقتصادية والسياسية، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، ع٣ "عدد خاص" مدونة الأحوال الشخصية وتطور الواقع الاجتماعي المغربي، مطابع المعارف الجديدة، الرباط، ١٩٨٨.

- حقوق الإنسان، الحرية المكفولة للفرد بمقتضى القانون، تحليل للمادة ٢٩ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الأمم المتحدة، نيويورك، ١٩٩٠.
- مجموعة دساتير البلدان العربية، بإشراف – إريك كنال فورغ، مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي، بيروت، سيدروما، ٢٠٠٠.
- الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، مطبعة عمار قرفي، باتنة، ٢٠٠١.

ثالثاً – الكتب الإسلامية:

- معرفة السنن والآثار، لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي بن عبد الله الخسروجردي البيهقي، ت – عبد المعطي أمين قلعجي، دار الوفاء، مصر، ١٤١٢ هـ.(شافعي).
- المستصفى، لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي، المطبعة الأميرية، د. س. ط. (شافعي).
- البيان شرح كتاب المهذب، ليحيى بن أبي الخير بن سالم بن سعيد بن عبد الله العمراني أبو حسين الشافعي اليماني، دار المنهاج للطباعة والنشر. (شافعي).
- الذخيرة، للإمام شهاب الدين أبي العباس المشهور بالقرافي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط١. (مالكي).
- المحلى، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، دار الجيل، بيروت، د. س. ط. (ظاهري).
- كتاب النيل وشفاء العليل، للشيخ ضياء الدين عبد العزيز الثميني، وشرح كتاب النيل وشفاء العليل، لمحمد بن يوسف أطفيش، مكتبة الإرشاد، جدة، ط٣، ١٩٨٥. (إباضي).
- البحر الزخار لمذاهب علماء الأمصار، لأحمد بن يحيى بن المرتضى، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠١. (زيدي).

- كتاب الخلاف، لأبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، مؤسسة النشر الإسلامية، قم. (شيعي).
- الروضة البهية في شرح الدمعة الدمشقية، زين الدين بن علي العاملي الجبعي، دار العالم الإسلامي، بيروت، د. س. ط. (شيعي).
- سنن أبي داود، للإمام الحافظ أبي داود سليمان ابن الأشعث السجستاني الأزدي، مجلد، دار الجيل، بيروت، ١٩٩٢.
- فتح الباري، شرح صحيح البخاري، لابن حجر العسقلاني، المكتبة السلفية، د. س. ط.
- الجامع لأحكام القرآن، لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٥/ ١٩٩٦.
- تفسير القرآن العظيم، للإمام الحافظ أبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، مراجعة وتنقيح – الشيخ خالد محمد محرم، المكتبة العصرية، بيروت، ط٣/ ٢٠٠٠.

موقع الإسلام http://www.al-islam.com

- أسنى المطالب شرح روض الطالب، لشيخ الإسلام زكريا بن محمد الأنصاري الشافعي، الأجزاء ١٤، ١٥. (شافعي).
- المدونة الكبرى، في فقه الإمام مالك بن أنس الأصبحي، برواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي، الجزء ٥. (مالكي).
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، الأجزاء ٦، ١٥.(حنفي).
- زاد المعاد في هدي خير العباد، لابن القيم الجوزية، الجزآن ٣، ٥. (حنبلي).
- كشاف القناع عن متن الإقناع، للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، الجزآن ١٦، ١٧. (حنبلي).

- سنن ابن ماجة. للحافظ أبي عبد الله بن يزيد الربعي القزويني، الأجزاء ٥، ٧، ١٦.
- سنن الترمذي، لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك السلمي الترمذي، ج٤، ج٥.
- صحيح البخاري، لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن الغيرة بن برد البخاري، الأجزاء٩، ١٦، ١٨، ٢١.
- مسند أحمد، للإمام أحمد بن حنبل بن هلال الذهلي الشيباني المزوزي، ج٥١.

http:// www.islamic council.com

- الدارقطني، الحافظ الشهير أبو الحسن الدارقطني، الأجزاء ٨، ٩، وزارة الأوقاف المصرية.

مواقع أخرى:

- www.Lahaonline.com
- http://health.arabhs.com
- http://www.Islam44.com

رابعاً – مراجع أجنبية:

- Cosnard. H.D L impuissance cause de nullité de mariage RVE.Jeudi. de L ouest 1986.
- Robert.M. Le transsexualisme ou la difficulté d'exister J.C.P 1990.
- Roubier.P: Droits subjectifs et situations juridiques, Paris, Dalloz, 1963.