جامعة 08 ماي 1945– قالمة
كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم العلوم القانونية والإدارية
تخصص قانون أسرة

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في قانون الأسرة

التفريق القضائي بين الزوجين للعيوب في الفقه والقانون

إعدادالطالبتين:
1/ أميرة جمعي
2/ وفاء عباس

تحت إشراف الدكتور:
–رابح بوسنة

تشكيل لجنة المناقشة

الرقم	الأستاذ	الجامعة	الرتبة العلمية	الصفة
1	–أ/ الطيب عبد الجبار	08 ماي 1945	أستاذ مساعد ـ ب ـ	رئيسا
2	–د/ رابح بوسنة	08 ماي 1945	أستاذ محاضر ـ أ ـ	مشرفا
3	–د/بومنجل فاتح الدين	08 ماي 1945	أستاذ مساعد ـ ب ـ	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2020/2019

بسم الله الرحمن الرحيم
١٤٣٨

الإهداء

كل الحمد لمن بيده العطاء وإليه إجتهادي الله ربي

ثم الصلاة على خير خلق الله محمد صلى الله عليه وسلم

أهدي ثمرة نجاحي ...

إلى سبب وجودي في هذا الكون ورفاق دربي أمي وأبي حفظهما الله

إلى إخوتي ذكرى مرام وأريج إبتسام وأدم ولاء الدين

أميرة

كلمة شكر وتقدير

اللهم لك الحمد والشكر على ما علمتنا، و الصلاة والسلام على محمد خاتم الأنبياء وأشرف المرسلين صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد :

أتقدم بالشكر الجزيل وعظيم الإمتنان والتقدير إلى الأستاذ المشرف "**رابح بوسنة**" الذي أمدني بتوجيهاته ولم يبخل عليا بنصائحه جزاه الله خيرا.

وإلى كل من ساهم من بعيد أو من قريب لإثراء معلوماتنا الفكرية العلمية وإتمام مشوارنا الدراسي وإنجاز هذا العمل .

مقدمة

الحمد لله ربي العالمين عليه توكلت وبه أستعين وأشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمدا رسول الله

أرسله الله رحمة للعالمين وجعل شريعته صالحة لكل زمان ومكان.

أما بعد:

فقد إحتاطت الشريعة الإسلامية لأمر الزواج وإستمراره وأحاطته بسياج من الأوامر والنواهي، التي تضمن نجاحه وإثمار أهدافه، وأمرت الزوجة بحفظ زوجها في بيته وماله وأولاده، كما نهت الشريعة الإسلامية الزوجين عن كل ما يسئ إلى المعاشرة الزوجية أو يؤدي إلى قطعها ذلك من أجل تكون أسرة ذات قواعد المتينة، تساهم في تكوين مجتمع سليم ومتماسك، ولكن جرت السنن الكونية على أن لا يكون التماسك والمودة مصير كل زواج، فإذا حدث ما يعكر صفو هذه الأسرة ويهدد تماسكها بحيث تتوقف عن أداء دورها في المجتمع وربما يؤدي استمرار اجتماعها إلى عكس غايتها، في هذه الحالة شرع الإسلام نظام أخر يحول هذه الإشكالية والتطليق الذي يعتبر تفريق بين الزوجين بتدخل من القاضي أي حل الرابطة الزوجية بحكم القاضي وليس بالإرادة المنفردة للزوج أو الزوجة.

يعبر عن التطليق في الفقه الإسلامي باصطلاح التفريق الذي يدل على تدخل إرادة خارجية عن الزوجين بإيقاع الطلاق، في حالة العقبات التي قد تعتري الأسرة وتمنعها من الصمود وتهز استقرارها، وتفقد معاني الألفة بين الزوجين، فقد يصاب أحد الزوجين بعيب يحول دون استمرار الحياة الزوجية أو تكتشف الزوجة أن زوجها يعاني من عيب منفر أو أصيب به بعد فترة من العشرة، يمنع من تحقيق بعض مقاصد الزواج أو يجعل تحقيقيها صعبا مرهقا بالنسبة لها لأن الشفاء منها قد يصعب أو يستحيل.

وتهدف دراستنا هذه إلى تسليط الضوء على مسألة التفريق القضائي للعيوب وتوضيح مدى الاختلاف في هذه المسألة بين الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري وموقف بعض التشريعات المقارنة الأخرى.

وتتمثل الأهمية العلمية في إعطاء مقاربة جديدة لفهم العيوب التي تصلح أن تكون سبب في التفريق القضائي، خاصة و قد حصل تطور كبير في العلوم الطبيعية وتم إكتشاف عيوب أخرى كما أنه أصبح بالإمكان معالجة العيوب القديمة مثل: العقم وغيره، وهذا يعتبر إضافة علمية جديدة في هذا النوع من البحوث العلمية .

أما الأهمية العملية فتتمثل في تمكين المختصين بالقانون بالنظر إلى التفريق القضائي للعيوب بنظرة جديدة ومحاولة المساعدة في تصحيح الرؤية حول هذه العيوب، ومدى صلاحية الإعتداد بها قضاءا في التفريق القضائي.

أما أهداف البحث فتتمثل في :

- بيان الأسباب التي تخول للزوجين طلب التفريق للعيب.

- إيضاح وتبيان وجه التوافق والاختلاف بين المذاهب الفقهية وقانون الأسرة الجزائري في موضوع التفريق للعيب.

- معرفة المذهب الذي إختاره المشرع الجزائري وإعتمد عليه في عملية التشريع في مسألة التفريق للعيب.

- الوقوف على الأسباب الشرعية التي تعطي الحق لأحد الطرفين في اللجوء للقضاء لطلب التفريق القضائي للعيب.

– محاولة إدراك الخلل إن كان موجودا وتقديم البدائل الفقهية و القانونية لمعالجتها.

إن المساحة التي يدور حولها هذا البحث ذات نطاقين :

–الأول هو معرفة معنى و دلالة التفريق القضائي كمصطلح فقهي و علاقته بالتطليق سواء بإعتباره مركبا او بالإضافة .

– وثانيا البحث في العيوب التي لم ينصو عليها و بيان ماهية كل عيب و مدى مشروعية الإستناد عليه لطلب التفريق .

–في كلا هذين النطاقين سنحاول التطرق لموقف التشريعات الأخرى مقارنة بما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية.

رغم ذكر الإيجابيات السابقة إلا أنه قد واجهتنا بعض الصعوبات، حيث ذكرنا أننا لم نجد صعوبة في جمع المادة العلمية في الجانب الفقهي إلا أن الأمر بالنسبة للمراجع القانونية والخاصة بتحليل المواد القانوني (مواد قانون الأسرة الجزائري) قليلة جدا وتكاد تكون منعدمة بالنسبة لبعض المواضيع خاصة وأن موضوعنا قد اشتمل على الفقرة الأولى من المادة 53 قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بالتطليق للعيوب.

وكذلك تطبيق نظام الحجر الصحي إثر تفشي فيروس كورونا وذلك صعب علينا التنقل إلى مكتبة الجامعات الوطنية .

لقد تم الاعتماد في هذا البحث على المنهج التحليلي عند التطرق للنصوص القانونية، كما اعتمدنا على المنهج المقارن كلما اقتضى الحال وهذا لمقارنة التشريعات الوضعية مع بعضها البعض

او مقارنتها مع الشريعة الإسلامية، كما تطرقنا أحيانا إلى مناهج أخرى و لو بصورة أقل مثل المنهج الوصفي و الإستقرائي... .

فمن خلال ما طرحناه أعلاه ارتأينا أن نطرح الإشكالية الأساسية

هل يمكن للزوج طلب التفريق القضائي في حالة إستحالة تحقيق مقاصد الزواج؟

ويندرج عن هذه الإشكالية أسئلة فرعية تتمثل فيما يلي :

ما المقصود بالتفريق القضائي ؟ وفيما تتمثل ماهية العيوب الموجبة لهذا الأخير؟

في الأخير ومن أجل الإجابة على التساؤلات السابقة فقد تم الإعتماد على الخطة التالية:

الفصل الأول :الإطار المفاهيمي للتفريق القضائي

المبحث الأول :مفهوم التفريق القضائي

المطلب الأول: تعريف التفريق القضائي

الطلب الثاني : تميز مصطلح التفريق القضائي عن بعض المصطلحات المشابهة له

المبحث الثاني: أحكام التفريق القضائي

المطلب الأول: الأحكام الموضوعية للتفريق القضائي

المطلب الثاني : الأحكام الشكلية للتفريق القضائي

الفصل الثاني : العيوب الموجب للتفريق القضائي

المطلب الأول : مفهوم العيوب الموجب للتفريق القضائي

المطلب الثاني : مشروعية العيب الموجب للتفريق القضائي

المبحث الثاني : نماذج عن العيوب الحديثة الموجب للتفريق القضائي

المطلب الأول : العقم

المطلب الثاني : الإيدز

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للتفريق القضائي

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتفريق القضائي

لقد أجمع الفقهاء على أنه لا يجوز للزوج أن يسيء إلى زوجته في المعاملة ولا أن يؤذيها بالقول، فهذه المبادئ قررها الإسلام[1]، مصداقا لقوله تعالى: "وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ [2]. "

وقوله أيضا في كتابه الكريم: "وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوف[3]".

ومع هذا فقد منح الإسلام للزوج حق التأديب للزوجة في حدود الضوابط التي نص عليها الفقهاء لقوله تعالى: " وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ۖ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا [4]"

وللزوجة أيضا الحق في التظلم و الشكوى من الزوج الناشز لقوله تعالى :" وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنفُسُ الشُّحَّ وَإِن تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا"[5].

مع هذا قد تتعذر الحياة الزوجية عندما يتعلق الأمر بالنشوز، وإنما بعدم تحقيق بعض مقاصد الزواج من المعاشرة والمودة والسكون النفسي للطرف الأخر، خاصة من حيث العيوب التي قد تصيب أحد الطرفين، مما يستدعي طرح التساؤل عن جدوى اللجوء الى مفهوم التفريق القضائي ودلالته اللغوية

---

[1] _ عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل درجة الماجستر، قسم الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2011/2010 ص149.

[2] _ سورة البقرة، الآية 228.

[3] _ سورة النساء، الآية 19.

[4] _سورة النساء، الآية 34.

[5] _ سورة النساء، الآية 128.

والاصطلاحية والقانونية، وشروط ومقارنته بغيره من الأنظمة الأخرى المشابهة له، وهذا ما سيتم دراسته على مستوى الفصل الأول بما يعرف بالمبادئ الأساسية للتفريق وهو مقسم كالآتي:

المبحث الأول: مفهوم التفريق القضائي.

المبحث الثاني: أحكام التفريق القضائي للعيوب.

المبحث الأول: مفهوم التفريق القضائي

إن من أهم ما تقوم عليه الأسرة هو المودة والرحمة بين الزوجين والتي يفطرهما الله عليها وذلك لتحصينهما، فالزواج رباط مقدس وميثاق غليظ تحصل به السكينة و تبنى المودة والرحمة. ولكن في الكثير من الأحوال لا تسير الأمور كما نريد ولا يصمد هذا الشعور أمام بعض المشاكل التي قد تتخلل استقرار الأسرة وتفقدها معني الألفة ولا يكون أمامهما خيار إلا إنهاء العلاقة الزوجية وعليه ئ

سنتناول في هذا المبحث تعريف التفريق القضائي كطريق من طرق إنهاء الرابطة الزوجية ، ثم نتطرق إلى تمييزه عما يشابهه من مصطلحات أخرى.

المطلب الأول: تعريف التفريق القضائي

قبل التطرق لأحكام موضوعنا التفريق القضائي يجب علينا ضبط بعض المصطلحات وذلك لتسهيل فهم الدراسة التي بين يدينا لأنه موضوع هام وقد إختلاف الفقهاء ورجال القانون في مدلول التفريق القضائي ولذلك سنتناول في هذا المطلب تعريف التفريق القضائي لغويا وإصطلاحا بإعتبارهما مصطلحين منفصلين وكذلك مركبين والأهم هو التعريف القانوني الذي إتخذه المشرع الجزائري وبعض التشريعات المقارنة.

الفرع الأول: التعريف اللغوي للتفريق القضائي

سنتناول التعريف اللغوي لكل من المصطلحين كل على حدة ثم اليهما كمصلح مركب.

أولا: التعريف اللغوي للتفريق

مصدره فرّق، والفرق خلاف الجمع، فرقه، يفرقه، فرقا وفرقة، وانفرق الشيء وتفرق، والاسم الفرقة والفرق بين الشيئين تميز أخدهما عن الأخر[1].

من علماء اللغة من جعل التفرق بالتشديد للأبدان، والافتراق بالتخفيف في الكلام، يقال فرقت بين الكلامين فافترقا، وفرقت بين الرجلين فتفرقا وذهب كل منهما في طريق[2].

ويقع التفريق أيضا على معاني عديدة أخرى متقاربة منها:

-التجزئة والقسمة، يقال فرق الأشياء أي قسمها ووزعها.

-التمييز يقال: فرق بين الأشياء: إذ ميز بعضها من بعض.

-التبدد: يقال تفرق الأشياء أي تبدد وتلاشى.

-الفصل: يقال فرق بين الشيئين أي فصل بينهما، ويقال فارقه مفارقة الانفصال عنه وباينه[3].

وفي التنزيل جاء قوله تعالى على لسان سيدنا موسى عليه السلام: " فَافْرُقْ بَيْنَنَا وَبَيْنَ الْقَوْمِ الْفَاسِقِينَ"[4] .

والمعنى أفصل بيننا وبينهم لأنه لم يعد يجمعنا أي رابط لرفضهم الدخول إلى الأرض المقدسة فاتحين[5].

ومنه فالمعنى يدور حول الفصل والإبانة.

---

[1] _ مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، 2004، ص405 .

[2] _ ابن منظور، لسان العرب، الجزء العاشر، الطبعة الثالثة، دار صادر، بيروت، لبنان، 1993، ص299.

[3] _ أبو جيب سعدي، القاموس الفقهي لغو واصطلاحا، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق، 1989، ص284.

[4] _ سورة المائدة، الآية 25.

[5] _ محمد الطاهر ابن عاشور، التحرير والتنوير، الجزء السادس، بدون طبعة الدار التونسية للنشر، تونس، 1984، ص167.

ثانيا: التعريف اللغوي لمصطلح القضائي

مصدر قضى، ويقال قضاء وهو الحكم والقطع في الأمور والفصل فيها، ويقال قضى بين الخصمين أي حكم بينهما، وقضى له أي حكم له، وقضى بكذا أي حكم بكذا.

واستقضى فلان أي جعل قاضيا يحكم بين الناس[1]، قال تعالي: " وَقُضِيَ بَيْنَهُمْ بِالْحَقِّ وَقِيلَ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ"[2].

والمعنى الفصل بين أهل الجنة والنار، أو بين الأمم ورسولهم وصدر القضاء فيهم بما يستحقونه[3] ومنه فالمعنى يدور حول الحكم والفصل في الأمر.

الفرع الثاني: تعريف التفريق القضائي اصطلاحا

إن مصطلح التفريق القضائي الفقهي، وهو ما يقابله في القانون مصطلح التطليق يعرف كالتالي:

أولا: تعريف التفريق القضائي فقها

1- تعريف التفريق القضائي كل على حدة

أ/ تعريف التفريق اصطلاحا:

-الحنفية الفرقة هي رفع قيد النكاح[4].

-المالكية الفرقة هي صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجته[5].

---

[1]_ابن منظور، المرجع السابق، ص186.

[2]_ سورة الزمر، الآية 75.

[3]_ علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الشابع، الطبعة الثانية، دار الكتاب العلمية، بيروت، لبنان، 1986، ص3.

[4]_ ابن نجيم، البحر الرائق، شرح كنز الدقائق، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، دار المعرفة، بيروت، بدون سنة النشر، ص252.

[5]_ ابو عبد الله محمد الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، الجزء الرابع، بدون طبعة، دار عالم الكتاب، مصر، 2003، ص18.

-الشافعية الفرقة هي حل عقد النكاح[1].

-الحنابلة الفرقة هي حل قيد النكاح أو بعضه[2].

وهذه بعض التعريفات للتفريق عند العلماء المعاصرين:

-الشيخ علي الخفيف -عليه رحمة الله-: وهو ما تنحل به عقد الزواج فينقطع ما بين الزوجين من علاقة زوجية[3].

-الأستاذ بدران: هو ما ينتهي به عقد الزواج وتنحل بسببه الروابط الزوجية وينقطع به ما بين الزوجين من علاقة الزواج[4].

- محمد عبد الحميد: هو كل ما ينحل به الرابطة الزوجية[5].

ب/ تعريف القضائي اصطلاحا:

وهو فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى، أو هو الحكم بين الناس بالحق أو هو الحكم بما أنزل الله[6].

أما القضائي فهو ما يصدر من الجهات القضائية المختلفة و ما ينسب اليها .

---

[1] _ الشربيني، المغنى المحتاج، الجزء الثالث، بدون طبعة، الباب الحلبي، مصر، 1958، ص279.

[2] _ البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، الجزء الخامس، بدون طبعة، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان، بدون سنة النشر، ص232.

[3] _ عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في التشريع الإسلامي، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، بيروت، 1993، ص339..

[4] _ بودران ابو العينين بودران، الفقه المقارن في الأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية، الجزء1، بدون طبعة، دار النهضة العربية، بيروت، 1967، ص238.

[5] _محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، بدون طبعة، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ص295.

[6] _ محمد الطاهر ابن عاشور، التحرير والتنوير، بدون طبعة الدار التونسية للنشر، تونس، 1984، ص67

الحنيفة: فصل الخصومات وقطع المنازعات على وجه خاص[1].

المالكية: الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام[2].

الحنابلة: الإلزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومات[3].

2- تعريف التفريق القضائي كمصطلح مركب

إن معنى الفرقة في قانون الأسرة هو رفع عقدة النكاح أو قطعها وإنهاءها، و ذلك بتدخل من القاضي كطرف في النزاع، بمعنى تقرير ثبوت إنهائه أو انقطاعه، ولا بد كذلك من شمول التعريف لإنهاء العلاقة بين الزوجين في الحال أو مآل لاعتبارات، كما يدخل في التعريف القاضي للدلالة على إلزامية الفعل القضائي، ولقد تم اختيار كلمة التفريق من الفرقة عوضا عن التطليق أو الفسخ أو غيرها من الكلمات وذلك لشمول كلمة التفريق والفرقة جميع أنواعها فهي تتضمن فرقة الطلاق وفرقة الفسخ وفرقة الوفاة.[4]

أما كلمة القضائي واحدة منها وهو الذي ستقتصر عليه دراستنا:

فالتعريف الذي اشتمل عليه للتفريق القضائي هو "حل القاضي أو من يقوم مقامه عقدة النكاح حالا أو مآلا لسبب يقتضي الحل أو تقرير ثبوت انحلالها.

---

[1] _ ابن عابدين، رد المختار، بدون طبعة، دار الفكر، بيروت، 2000، ص352.

[2] _ ابو عبد الله محمد الخطاب، المرجع السابق، ص86.

[3] _ البهوتي، المرجع السابق، ص285.

[4] _ أشرف يحيى رشيد العمري، نظرية التفريق القضائي بين الزوجين (دراسة تأصيلية ومقارنة)، اطروحة إستكمال لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الفقه و أصوله،كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2012/2011ص 15.

ثانيا: تعريف التفريق القضائي قانونا

يجد التفريق القضائي موضوعه من خلال نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري الأسباب التي يجوز للزوجة طلب التطليق فنصت على ما يلي:

"يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

1 –عدم الإنفاق.

2 –العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج ...إلخ"[1].

والملاحظ من ذلك أن المشرع الجزائري استعمل مصطلح التطليق بدل من مصطلح التفريق الذي هو محل الدراسة يدل على انتهاء وفك الرابطة الزوجية بطلب من الزوجة على غرار الشريعة الإسلامية التي استعملت مصطلح التفريق، لأنه بالرجوع إلى الآيات القرآنية جلها أو كلها التي تتكلم عن انحلال الرابطة الزوجية، فلم يرد فيها إلا كلمة "الطلاق" سواء كان طلب الحل للعقد صادر عن الزوج أو الزوجة أو عنهما معا وهو يتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج له طالما أنها متضررة ويفرق القاضي بينهما عملا بقواعد العدالة والانصاف[2].

المطلب الثاني: تمييز التفريق القضائي عن بعض المصطلحات المشابهة له

تتشابه المصطلحات التي تدل على الفرقة بين الزوجين لكن لكل مصطلح مفهوم وأحكام مختلفة وهذا ما نبينه في هذا المطلب.

[1] _ الامر رقم 05_02، المؤرخ في 18 محرم 1426، الموافق ل27 فيفري 2005، جريدة رسمية عدد 15، الصادرة بتاريخ 27 فيفري 2005، المتضمن قانون الاسرة، المعدل والمتمم للقانون 84_11.

[2] _ محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل والتمم بالأمر 05_02، دار الوعي، الجزائر، 2012. 232.

الفرع الأول: التمييز بين التطليق والخلع

وردت أحكام التطليق ضمن الفصل الأول من قانون الأسرة الجزائري تحت عنوان الطلاق، كما ورد الخلع تحت نفس العنوان وعليه لا بد من التمييز بين التطليق والخلع وهذا ما سنحاول التطرق إليه من خلال العنصرين الآتيين ذكرهما:

أولا: تعريف الخلع:

- عرفه الحنفية بأنه: "إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ أو ما في معناه"[1].

- عرفه المالكية بأنه: "طلاق بعوض"[2].

- عرفه الشافعية بأنه: "هو فرقة بين الزوجين بعوض بلفظ طلاق أو خلع"[3].

- عرفه الحنابلة بأنه: 'فراق الزوج امرأته يأخذه الزوج من امرأته أو من غيره بألفاظ مخصوصة"[4].

ثانيا: الأساس القانوني للخلع والتطليق

إن الخلع هو ذلك النظام الذي يمكن للمرأة من إنهاء الحياة الزوجية عندما يتعذر عليها إثبات قيام أحد الأسباب التي نصت عليها المادة 53 من قانون الأسرة بخصوص التطليق، مستندا في ذلك على نص المادة 54 من نفس القانون وهذا هو المفهوم الذي كرسه الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا[5].

---

[1] _ ابن لجين، بحر الرائق، شرح كنز الدقائق، الطبعة الثانية، الجزء الرابع، دار الكتاب الإسلامي، دون سنة النشر، ص77.

[2] _ محمد بن احمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثاني، دار الفكر، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر، ص349.

[3] _ الامام الشافعي، العزيز لشرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، الجزء الثامن، الطبعة الاولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997، ص249.

[4] _ البهوتي، المرجع السابق، ص186.

[5] _ صورية محمد لعمارة، إشكاليات قانون الأسرة بين التشريع الساري والتعديلات المقترحة، الزواج_الطلاق، مذكرة تخرج القضاة، المدرسة العليا للقضاء، 2002_2005، ص171.

الفرع الثاني: التمييز بين التطليق والطلاق

الطلاق قائم على الإرادة المنفردة للزوج طبقا لنص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري ذلك أنه ليس للقاضي أية سلطة في قبول أو نفي تصرف الزوج، بينما التطليق يتم بناء على حكم القاضي بعد إثبات الزوجة لما تدعيه إثباتا ماديا نافيا للجهالة[1].

الفرع الثالث: التمييز بين التفريق والفسخ

أولا : تعريف الفسخ لغة

دلالتها هي النقص فيقال تفسخ الشئ أي إنتفض وزال وبطل[2]

ثانيا : تعريف الفسخ إصطلاحا

الحنفية: إرجاع الحال على ماكان عليه اي إرجاع الشئ الى أصله[3].

المالكية: إرجالع كل شئ الى صاحبه[4].

الشافعية: رفع العقد في حالة لا من أصله وليس بشئ [5].

---

[1]_ جاء في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري على: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج او بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54".

3_ أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، معجم مقياس اللغة، الجزء الرابع، دار الفكر، مصر، ص503

_ الكاساني، المرجع السابق، ص 282

[4]_ المالكي شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس المصري، الفروق، الطبعو الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2003، ص 412

[5] _ أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب للشرازي، مكتبة الإرشاد، جدة، المملكة العربية السعودية،ص 412

الحنابلة : حل العقد من حين الفسخ لا من وقت إبرامه[1].

نستنتج نقاط اساسية من التميز بين التفريق القضائي و الفسخ وهي كالأتي :

1_ يترتب على كلاهما إنتهاء الرابطة الزوجية .

2-يكون الإنتهاء في كليهما على حكم قضائي .

3_قديقع التفريق فسخا .

4_يختلف التفري عن الفسخ حيث أنه قد يقع طلاقا فلا ترفع آثار العقد بالكامل كالفسخ لتتحصل الزوجة به بعضا من حقوقها.

5_ العلاقة بين التفريق والفسخ علاقة عموم وخصوص فالأولى أعم من الثانية في بعض صورها كما في الفرقة والطلاق.

المبحث الثاني: أحكام التفريق القضائي للعيوب

إن أهمية دعوى التفريق القضائي ألزمت على التشريعات الفقهية والقانونية وضع أسس ومبادئ كون هذه الأخيرة تمس إستقرار الحياة الأسرية و بالتالي فأن للحفاظ على حقوق كل طرف يجب التقيذ بمجموعة من الأحكام سواء كانت موضوعية أو شكلية، و هذا ما سنتناوله في المبحث الثاني

المطلب الأول: الأحكام الموضوعية للتفريق القضائي للعيوب

الأحكام الموضوعية هي مجموعة من القواعد القانونيةالتي تبين الحيز القانوني لحقوق الأفراد وسنتناول في دراستنا شروط وطبيعة دعوى التفريق.

[1]_ عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، الطبعة الأولى،
1977 ص 487

الفرع الأول: من حيث شروط التفريق للعيوب

نتناول في هذا الفرع شروط العيوب الموجبة للتفريق فقها ثم قانونا كما يلي:

أولا: شروط فقها لتفريق للعيوب فقها

لا يتسع المقام لذكر شروط كل مذهب على حدة[1]، وإنما سنتطرق لأهم الشروط التي إتفق عليها الفقهاء[2] والتي تمنح للزوج المضرر الحق في التفريق، مع الإشارة الى أن هذه الشروط للزوجين لأن جمهور الفقهاء منح حق الخيار للتفريق للعيب لكليهما و ليس للزوجة فقط.

1_ عدم العلم بالعيب[3]:

إن الزوج الذي يملك حق الخيار لا ينفي له أن يكون عالما بعيب الأخر وقت العقد أو قبله، فإن كان عالما به وعقد العقد سقط حقه في الخيار ولكن الشافعية والمالكية استثنوا عيب العنة (عيب الإعتراض عند المالكية) من جملة العيوب لأن المرأة لو علمت بعنته قبل العقد لها الخيار بعده، أي يجوز لها أن تطلب التفريق بعد العقد، لأن العنة ليس عيبا ثابتا فقد يحدث مع إمرأة دون أخرى أو في ظروف دون أخرى، كما أن العنة أو الإعتراض لا يمكن أن يتحقق منها إلا بعد الزواج[4]، لذا وجب على كل طرف من الزوجين أن يخبر الطرف الثاني بكل عيب قد ينفر الزوج الأخر منه قبل العقد.

---

[1]_ وفاء بنت علي سليمان الحمدان، التفريق بالعيب بين الزوجين والآثار المترتبة عليه (دراسة فقهية مقارنة)، كنوز المعرفة، 1999، ص297_298.

[2]_ فؤاد جاد الكريم محمد، حق الزوجين في طلب التطليق بينهما للعيوب في الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية، مكتبة مديولي، القاهرة، ص138.

[3]_ الكاساني، المرجع السابق، ص594.

[4]_ عبد الله محمد الخرشفي، شرح مختصر خليل، الجزء الثالث، مطبعة محمد أفندي، مصر، ص79.

2_ عدم الرضا بالعيب :

الرضا هو ركن عام حيث أنه يشمل مطلق التسلط على فسخ العقود سواء كانت من قبيل الحق القابل للإسقاط، أو من من قبيل الأحكام الغير قابلة لإسقاط [1].

إن الرضا في دعوي التفريق للعيوب أخذ النصيب الأوفر، فالمشرع إسوجب فيه التعبير إما صراحتا أو ضمنا بأن تصرح الزوجة بأنها قبلت بالعيب، أما ضمني فهو تمكينها الزوج من نفسها بعد علمها بالعيب، دون رضا لا يسقط حق الخيار وقد إستثنى من ذلك عيب العنة[2]، لأن السكوت في هذه الحالة من طرف الزوجة ليس رضا بالضرورة وإنما هو فرصة تعطيها للزوج لعله يشفى.

3_ ألا يكون بالزوج الأخر عيب يمنعه من الوطئ:

ويقصد به أن لا يصيب الزوج الطالب للتفريق القضائي عيب وهو شرط عام في كل العيوب المتساوية صفة ونوعا وقدرا وجسامة، والقاعدة المقررة هنا هي الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف، فثبت التفريق لمن كان ضرره أشد وفي هذا إختلاف بين الفقهاء[3].

ثانيا: شروط التفريق للعيوب قانونا

سنكتفي بالإشارة إلى شروط طلب التطليق العيب المذكور في مواد التفريق للتشريعات الأحوال الشخصية وإن لم يذكر هذه الشروط نشير إلى اجتهادات وقرارات محاكم النقض التابعة لهذه الدول إن توفرت الشروط التي تأخذ بها.

---

[1] _ البيرجمي سليمان بن عمر المصري الشافعي، حاشية البجيرمي على الخطيب، دار الفكر ، بيروت، لبنان، 1995، ص 120.

[2] _ عبد الله الخرشي، اختلاف الفقهاء في الرضا بعيب العنة عند الزواج والخيارية، الجزء الثالث، ص81.

[3] _ السرخسي، مرجع سابق ، ص104.

1_ شروط العيوب في التشريع المصري

أ_ نظم المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 1920 أمر التفريق بين الزوجين للعيوب المستحكمة بموجب نصوص و قواعد قانونية حيث تنص المادة رقم 09 على أنه: " للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت بع عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أو حدث بعد العقد ولم ترض ابه فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق"[1].

إن الملاحظ من نص المادة السابقة أن المشرع المصري قد تبنى رأي الحنفية في ما يخص شروط التفريق القضائي للعيوب وهي كالتالي:

-أن يكون العيب موجودا عند العقد أو حدث بعده قبل الدخول، لأنه إذا حدث بعده فلا يثبت لها الخيار، لأن الزوج وبالوصول إلى المرأة مرة واحدة يكون قد أوفاها حقها قضاء فلا حق لها بعد ذلك طلب التفريق.

-أن تكون الزوجة بالغة لأنها قد ترضى به بعد البلوغ.

-ألا تكون المرأة معيبة بعيب يمنع من المخالطة الجنسية.

-ألا تكون المرأة عالمة بالعيب وقت النكاح وأن لا ترضى به بعد علمها، لأنها إذا رضيت بالعيب صراحة أو دلالة فقدت حق الخيار، وجعل فقهاء الحنفية حقها في التفريق على التراخي فالسكوت لا يعد رضا فقد يكون صبرا وتجربة.

[1]_ القانون الأحوال الشخصية المصري رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985 الأحوال الشخصية رقم 25 لسنة1920 المتعلق بأحكام النفقة و بعض مسائل الأحوال الشخصية ص23.

-وجوب التأجيل في عيوب العنة سنة قمرية على الراجح وعدم التأجيل فيما لا يرجى برؤه كعيب الجب[1].

ب_ شروط العيب الموجبة لطلب التفريق وفقا لقانون رقم 25 سنة 1920:

ينبغي الإشارة إلى أن القانون رقم 25 لسنة 1920 لم يتعرض للعيوب التناسلية بل ترك تنظيمها كما كان معمول به للائحة المحاكم الشرعية وإنما أضاف عيوب أخرى منها بعض الأمثلة كالجذام والبرص والجنون واشترط لطلب التعريف بها التفريق التالية:

-أن يكون العيب مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن ولكن بعد زمن طويل.

-ألا يمكن البقاء مع الزوج إلا بضرر، والضرر يشملها هي وأولادها والطبيب هو الذي يقرر ذلك.

-ألا تكون قد رضيت صراحة أو دلالة بالعيب بعد العقد.

-أن تطلب الزوجة التفريق من القاضي[2].

ويبقى العمل فيما يخص العيوب التناسلية بما ذكر من شروط في الرأي الراجح للفقه الحنفي[3].

أما عن التطبيقات القضائية في التفريق للعيوب وشروطه، فقد سلكت نفس المسلك بإقرارها للشروط المذكورة سابقا، ومن أهمها ما يشترط لكي تستطيع الزوجة أن تطلب التطليق بعيب العنة.

ومن الشروط وفقا للراجح من فقه أبي حنيفة والذي سارت عليه التطبيقات القضائية المصرية هو عدم وصول الزوج للزوجة على الإطلاق.

لأنه لو باشرها ولو مرة واحدة لم يثبت لها هذا الحق، لأن حقها – حسب هذا الرأي – هو في أن

1_ محمد مصطفى الشلبي، نظام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذاهب الجعفرية والقانون، دار الهدى العربية، بيروت، 1997، ص171.

2_ محمد مصطفى الشلبي، المرجع نفسه، ص574.

3_ محمد عبد التواب، المستحدث في قضاء الأحوال الشخصية، دار الكتاب الحديث، دون بلد النشر، 1991، ص71.

يباشرها مرة واحدة[1].

وقد أشار القضاء المصري كذلك إلى أنه لا ضرورة للقياس على هجران الزوج لزوجته وغيابه عنها ولا مجال للتوسع فيه لأنه نص صريح ومحدد في القانون (المادة 12 من القانون رقم 1929/25).

لقد استوقفنا هذا الرأي لأنه مخالف لمقاصد الشرع وأهداف الزواج ودواعي المودة والرحمة، لأن المعاشرة والاتصال بين الزوجين محلا للاعتبار في زيجات كثيرة. ومن الظلم أن يفرض على المرأة الصبر على هذا العيب طوال حياتها – إن لم ترضى طواعية بذلك – بعذر أن الزوج قد وصل إليها مرة واحدة فقط وأن هذا يكفيها. والذي يؤكد هدا الانتقاد، الكثير من النصوص الشرعية التي تؤكد على أهمية هذه العلاقة في الرابطة الزوجية، ومن بين ما يؤكد ذلك ما جاء في حكم الرسول صلى الله عليه وسلم في قضية عبد الله بن عمرو بن العاص لما اشتكت منه زوجته بسبب انشغاله عنها بالعبادة حيث قال: "إن لزوجك عليك حقا"، دون أن يسألها عن قربانه لها من قبل أم لا، ولو كان حقها في المرة الواحدة فقط لسألها عن ذلك ولأخبرها أنه لا يحق لها أن تشكو من ذلك .

فكما يحق للزوج أن يستمتع بالزوجة خلال الحياة الزوجية يحق للمرأة ذلك لأنه من الحقوق المشتركة، وكيف لا والله تعالى يقول: " وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُفِ " .

إن الغريب في الأمر أن الأئمة الأربعة اتفقوا على هذا الرأي، أي أن المرأة التي تطلب التفريق للعنة ينبغي ألا يكون الزوج قد وصل إليها ولو مرة واحدة، وإلا فقدت حقها في الخيار مطلقا. لهذا كان من المنطقي جدا أن نجد رأيا مخالفا في المسألة، وهو الرأي الذي تبناه الفقيه أبو ثور حيث قال: "إن عجز عن وطئها أجل له، لأنه عجز عن وطئها فيثبت حقها كما لو جب بعد الوطء" ، وهذا

[1] _ نوال محمد شاكر، التفريق بين العيوب للزوجين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2008/2007، ص345.

بدوره تبرير منطقي، وما يؤكد هذا الرأي ما قضى به عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – في شأن المرأة التي قالت: "أن زوجها لا يصيبها، فأرسل إلى زوجها فسأله، فقال كبرت، وذهبت قوتي، فقال له: في كم تصيبها؟ فقال في كل طهر مرة، فقال عمر: "اذهبي فإن فيه ما يكفي المرأة. "

إن المشرع المصري، من جهة أخرى، حذا حذو بعض الفقهاء الذين أجازوا التفريق لغيبة الزوج وحبسه خوفا من وقوع المرأة في الفتنة لطول غياب زوجها عنها، ومنعوها من طلب التفريق في حالة وطء الزوج لها مرة واحدة على الأقل وعجزه عن الوطء بعد ذلك مدى الحياة دون الخوف من الفتنة التي قد تحدث مع عجز الزوج الأبدي وهو بجانبها، وهذا تناقض صارخ بين الحكم الأول والثاني لأن العلة واحدة .

2_ شروط التفريق للعيوب في التشريع الجزائري

تنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية[1]".

بالتالي فإن القاضي الجزائري وأثناء نظره في دعوى اللتفريق للعيب التي يشترط أن تقدم من الزوجة _سابقة الذكر_سوف يأخذ على الأقل بالشروط العامة التي اتفق عليها الفقهاء، ومنها عدم العلم بالعيب قبل الزواج أو أثناء إبرام العقد وعدم الرضا به [2]، وأن يكون من شأن هذا العيب الحيلولة دون ممارسة العلاقات الجنسية أو دون إنجاب الأولاد أو دفع الزوجة إلى النفور والاشمئزاز أو الخوف من تصرفاته أو الخوف من العدوى[3] ، ويستوي أن يحدث هذا العيب قبله أو بعده، لكن ينبغي أن يكون هذا

[1] _ الأمر رقم05_02 المؤرخ في في 18 محرم 1426،الموافق ل27 فيفري 2005، جريدة رسميةعدد 15، الصادر بتاريخ 27 فيفري 2005، المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم للقانون 84_11.

[2] _ بلحاج العربي، قانون الأسرة ومبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2000، ص283.

[3] _ عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 1996، ص260، 261.

العيب مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن بعيد. كما يجب على القاضي في العيوب التناسلية التي يرجى منها الشفاء أن يضرب للزوج أجل سنة كاملة من أجل العلاج على أن تبقى الزوجة إلى جانب زوجها[1].

3_ شروط التفريق للعيوب القضائي في التشريع المغربي

ذكر المشرع المغربي في مدونة الأسرة رقم 70/03 شروط طلب التفريق للعيب من قبل الزوجين في المادة 108 منها[2] :"يشترط لقبول طلب أحد الزوجين إنهاء العلاقة الزوجية للعيب،

_ ألا يكون الطالب عالما بالعيب قبل العقد.

_ ألا يصدر من طالب الفسخ ما يدل على الرضا بالعيب بعد العلم بتعذر الشفاء."

يفهم من هذه المادة أن الزوج [3] لا يسقط حقه في طلب التفريق للعيوب إذا توفرت الشروط التالية : إذا علم بالعيب قبل الدخول و فيه فرضين شاء طلق أو أتم الدخول ولزوج أن يتم الصداق كاملا، و للزوجة مهلة سنة أعطاها لها المشرع المغربي لانتظار الشفاء هي سنة[4] .

من الملاحظ أن المشرع المغربي لم يتوسع في تعداد الشروط المقيدة لحق طلب التطليق للعيوب، وإنما اكتفى بالشرطين السابقين، وإنما ساوى بين كل العيوب التي قصدها وفقا للمادة 107 وسبق الإشارة إليها في موضعها، فلم يتوسع في العيوب إذا كانت حادثة قبل العقد أو طارئة عليه كذلك .

---

[1] _ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص82.

[2] _ محمد لفروجي، قانون الأسرة المغربي آخر التعديلات مع النصوص التطبيقية، الطبعة1، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، المغرب، 2006، ص40.

[3] _ سبقت الإشارة إلى أن القانون المغربي أعطى حق التفريق بالعيب للزوجين معا، ولكننا في دراستنا هذه انفردنا الحديث عن الزوجة فقط.

[4] _ محمود محمد الطنطاوي، الاحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ص371

ويفهم من هذا أنه خص كل العيوب بنفس الحكم بشرط عدم العلم بها أثناء العقد وعدم الرضا بها بعد العلم بتعذر الشفاء [1].

وكان المشرع المغربي في قانون الأحوال الشخصية السابق[2] قبل التعديل الأخير قد أشار إلى أن الأمر سيّان ، فالعيوب الموجبة للتفريق هي العيوب الحادثة قبل العقد وبعده، المهم هو تحقق شرطي عدم العلم وعدم الرضا .

4_ شروط التفريق القضائي للعيوب في التشريع الإماراتي

نص المشرع الإمارتي على أنه يجب أن يكون العيب منفرا في دعوى التفريق القضائي أو ضارا كالجنون والبرص، كما اشترط أن يكون مانعا من حصول المتعة الزوجية كالعنة ونحوها، أمت من حيث زمن وقوع العيب فلم يفرق بين ما إذا كان حادثا قبل العقد أو طارئا بعده، وإذا كان العيب غير قابلة للزوال يفسخ العقد في الحال، أما إذا كانت قابلة للزوال تؤجل القضية سنة وإذا كان المرض يخشى منه الهلاك كالإيدز يحكم القاضي بالتفريق حالا.

يسقط حق المتضرر في المطالبة بالتفريق إذا علم بالعيب قبل العقد أو رضى به بعده صراحة أو دلالة، واستثنى المشرع من هذه القاعدة العيوب المانعة من المتعة الجنسية وخص بهذا الاستثناء الزوجة حيث لا يسقط حقها من كل الأحوال أي سواء علمت بها من قبل أو لم تعلم.[3]

---

[1]_ أيت شاوش دليلة، المرجع السابق، ص63

[2]_ مدونة الأحوال الشخصية المغربية، الصادرة في عام 1957، في المادة 54 منه، نقلا عن نوال محمد الشاكر، مرجع سابق، ص 368.

[3]_ أيت شاوش دليلة،مرجع السابق، ص65

الفرع الثاني: من حيث طبيعة التفريق القضائي للعيوب

إختلف الفقهاء في تحديد طبيعة التفريق القضائي للعيوب حيث ان هناك من يرى أنه فسخ، وأثار الطلاق ليست نفسها آثار الفسخ، كما أن آثار الطلاق البائن ليست نفسها آثار الطلاق الرجعي وهذ ما سنحاول تبيانه.

أولا: التفريق القضائي للعيوب طلاق

يرى الحنفية أن الفرقة بالعيب طلاق بائن لا رجعة فيه، لأن فعل القاضي يضاف إلى الزوج فكأنما طلقه بنفسه، ولأنها فرقة بعد زواج صحيح، والفرقة بعد الزواج الصحيح عند المالكية تعد طلاقا لا فسخا، وجعل الطلاق بائنا لرفع الضرر عن المرأة فلو كان رجعيا لراجعها الزواج ولعاد الضرر عنها [1].

كما ثبت من الأثر ما يبرر هذا الموقف فما أخرجه محمد ابن الحسن الشيباني عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "أن المرأة أتته فأخبرته أن زوجها لا يصل اليها فأجله حولا، فلما انقضى الحول ولم يصل اليها خيرها فاختارت نفسها، ففرق بينهما عمر بن الخطاب رضي الله عنه وجعلها تطليقة بائنة[2].

ثانيا: التفريق القضائي للعيوب فسخ

يرى الشافعية و الحنابلة الفريق الثاني أن الفرقة بالعيب فسخ، لأن الفرقة بالعيب الصادرة من القاضي تعتبر فسخا لا طلاقا، لأنه لم ينطق بها الزوج ولم يرد وقوعها والطلاق لابد فيه من إرادة الزوج وهي منتفية في هذه الحالة، وقاسوا ذلك على فسخ المشتري لعقد البيع لوجود العيب في المبيع، كما أن الفسخ لا ينقص من عدد الطلقات وللزوج إعادة الزوجة بعقد جديد[3].

---

[1] _ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الثانية، الجزء الخامس، دار الفكر للنشر والتوزيع، سوريا، 1985، ص523.

[2] _ وفاء بنت علي بن سلمان، المرجع السابق، ص512.

[3] _ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص523.

المطلب الثاني: الأحكام الشكلية للتفريق القضائي للعيوب

النتيجة النهائية ترجع إلى القاضي للتأكد من العيوب ومدى إضرارها بالزوجة، لأن أساس دعوى التطليق للعيوب هو إثبات هذه الأخيرة وجودا أو عمدا وإثبات مدى تضرر الزوجة منها، لهذا سنتعرض لطرق إثبات هذه العيوب وإجراءات سير هذه الأخيرة .

الفرع الأول: إثبات العيب في التفريق القضائي

مما لاشك فيه أن أساس دعوى التفريق القضائي للعيوب هو إثبات وجود العيب من عدمه لأنه مصدر الضرر وهو ما سنتناوله في ما يلي :

أولا: إثبات العيب في التفريق القضائي فقها

توسع الفقهاء في طرق الإثبات في هذا الموضوع بالذات لما فيه من حساسية خاصة تجاه الرجل وعند إنتفاء الإقرار من طرفه، لأن الزوجة قد تعرض على النساء لمعرفة بكارتها من ثيوبتها إلى غير ذلك من الأساليب، ولعل عرض الزوج على رجال أمناء والاختلاف في طريقة العرض مما يجوز منه ولا يجوز، وكذا عرض المرأة على النساء هي في الحقيقة وسائل فرضتها ظروف الفقهاء المواكبة لعصرهم، ولا يمكن بحال الالتجاء إليها[1].

فلقد إتفق الفقهاء الذين قالو بالفرقة بالعيب على أن هذه الفرقة لابد فيها من حكم حاكم لأن الزوجين يختلفان في إدعاء وجود العيب والقول هنا هو قول منكر العلم بالعيب مع يمينه في عدم علمه بالعيب لأنه الأصل.

فإذا إدعت الزوجة بأن زوجها مصاب بالعنة, فإن القاضي يمهله سنة , فإذا إنتهت السنة وإدعى الرجل أنه وصل إليها فان كانت ثيبا فالقول قول الزوج مع يمينه وإن كانت بكرا أراها القاضي النساء فإذا

[1] _ محمد حجاري، نظام الإثبات في أحكام الأسرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2008/2007, ص 432.

ذكرت له النساء أنها ثيب فالقول قولها في عدم الوصول اليها وتكفي الواحدة من النساء للكشف عن الأمر لكن للحيطة إثنتان.

أما إذا إدعت الزوجة أنه مجبوب فالقول قولها مع يمينها ويفرق الحاكم بينهما في الحال لأنه لا فائدة من التأجيل وهكذا الأمر في بقية العيوب نجد أن الفقهاء يقولون بأن القول قول منكر العلم بالعيب وألا يرجع لأهل الخبرة والثقات.[1]

وللفقها أقوال في ذلك فقد قال الحنفية: "أنه في حالة الحاجة للكشف على عذرية المرأة بأنه يرجع في ذلك للنساء.[2]

أما المالكية فقالو في بعض العيوب كالبرص: ما يطلع عليه الرجال كالوجه واليدين فلابد من ثبوته برجلين وإن كان في باقي الجسد كفى فيه إمرأتان ،أما العيوب الخاصة بالنساء كداء الفرج والرتق فقالو: إن المعتمد فيه ما يقوله أهل المعرفة والطب وقالو في المجبوب : وجس بظاهر اليد على ثوب منكر، الجب ونحوه من عنه وخصاء ولا ينظره الشهود ،لأن الجس أخف من النظر وصدق في إنكار الإعتراض بيمين، أما الشافعية والحنابلة فذهب إلى أن الزوجين إذا إختلفا في وجود العيب كمن بجسده بياض يمكن أن يكون بهقا أو برصا وإختلفا في كونه برصا أو كانت به علامات الجذام من ذهاب شعر الحاجبين فاختلفا في كونه جذاما فإن كان للمدعي بين من أهل الخبرة والثقة فيشهدان بما قال ثبت قوله وإلا يحلف المنكر والقول قوله.[3]

أما فيما يخص عيوب النساء إذا إختلف الزوجان فيها فإن المرأة تعرض على النساء الثقات ويقبل منه قول إمرأة واحدة فإن شهدت بما قال الزوج وإلا فالقول قول المرأة ولكن هذا لم يمنع بعض الفقهاء من الإشارة إلى أهل الخبرة في الإثبات والإستعانة بالقرائن الطبية و التي من أهمها البصمة

[1] –الرازي، مرجع سابق، ص 391.

[2] –أبو عبد الله محمد الحطاب، مرجع سابق، ص 710.

[3]– شهاب الدين ابي العباس، مرجع سابق، ص 101.

الوراثية، تحليل الدم، الفحص الداخلي، الاشعة الطبية.... الخ من القرائن الطبية المتطور مع التطور العلمي[1].

ثانيا: إثبات العيب في التفريق القضائي قانونا

إن تشريعات الدول العربية قد تعرضت في غالبيتها في مواد التفريق للعيوب إلى ضرورة الاستعانة بالخبرة الطبية للتأكد من العيب.

1_ إثبات العيب في التفريق القضائي في التشريع المصري

تنص المادة 11 من القانون رقم 1920/29 على: "يستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها"[2].

2_ إثبات العيب في التفريق القضائي في التشريع الجزائري

نص المشرع الجزائري على التفريق للعيوب في فقرة وحيدة ضمن حالات التفريق القضائي، ولم يرد نصا حول إثبات تلك العيوب والاستعانة بالخبرة الطبية، ولكن درجة الأحكام القضائية قبل التطليق للعيوب طلب إثبات ذلك بواسطة الخبرة الطبية أو الإقرار[3].

المشرع الجزائري أخذ في موضوع التفريق للعيب بالآراء الفقهية الأكثر توسيعا على المرأة، حيث بدأ بإعطائها حق طلب التفريق للعيب ولم يعط هذا الحق للرجل، على أساس أنه يملك فك عقدة النكاح من جهة ومن جهة أخرى يعتبر هذا المسلك أضمن لحقوق المرأة وأستر لعيوبها أمام المحكمة.

---

[1]_عبد المجيد بن عبد العزيز الدهيشي، إجراءات الإثبات، مقال، تاريخ الإضافة 10.26.2013، الموقع الرسمي WWW .Alukhah .net

[2]_ قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985 الأحوال الشخصية رقم 25 لسنة 1920 المتعلق بالسنية و المذاهب الجعفرية والقانون.

[3]_ عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 208.

كما أخذ المشرع في تحديد العيوب الموجب للتفريق بمعيار فضفاض لإدخال أي عيب يضر بها في قائمة الأضرار التي تتناقض مع تحقيق أهداف الحياة الزوجية، فقد وضع النص ضابطا محددا للعيوب يكفل بها التطبيق المتجدد للنص في ضوء تجدد العيوب وتغيرها باختلاف الزمان والمكان والظروف وحسب درجة التقدم والتطور الطبي، وهذا ما يسمح للقاضي –مثلا– بالأخذ بعيب العقم رغم عدم أخذ معظم الفقهاء به ومعظم التشريعات العربية وهذا ما أكدته المحكمة العيا.

كما لم يضيق المشرع على الزوجة بشروط قد تخرج بعض العيوب من دائرة حقها في الخيار، فلم يستثني عيبا دون آخر أو العيوب الطارئة على العقد دون الحادثة قبله.

كما لم يشترط في عيب العنة _كما فعل الفقهاء الأربعة وأغلب التشريعات العربية_ عدم وصول الزوج لزوجته ولو مرة واحدة على أساس أن هذا الوصول يكفيها ولا يجوز لها طلب التفريق مدى حياتها.

رغم التوسع في العيوب الذي تبناه المشرع الجزائري إلا أنه اعتبر هذا غير كافيا، ففرض في المادة 07 مكرر من قانون الأسرة بعد تعديل 2005 ما يلي: "يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة (3) أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج، ويفهم من هذه المادة فرض خلو طرفي الزواج من الأمراض التي قد تشكل خطرا على الحياة الزوجية[1].

إن الكشف الطبي عموما من شأنه الكشف عن الأمراض الواقعة والأمراض المتوقعة خاصة منها ما يتعلق بالأمراض الوراثية وهذا من شأنه حماية الأسرة والتقليص من دعاوى التفريق للعيوب[2].

[1] _ مريم بنت عيسى بن حامد العيسى، إثبات عيوب النكاح بالقرائن الطبية، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد103، السنة السابعة و العشرون.

[2] _ حسين صلاح الصغير عبد الله، مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، دراسة مقارنة، دار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008/2007، ص 9، 10.

3_ إثبات العيب في التفريق القضائي في التشريع المغربي

نصت المادة 111 من مدونة الأسرة المغربية الجديدة بالقانون رقم 70/03 على: "يستعان بأهل الخبرة من الأخصائيين في معرفة العيب أو المرض"[1].

4_ إثبات العيب في التفريق القضائي في التشريع الإماراتي

نص المشرع الإماراتي في الفقرة 1 من المادة 115 قانون رقم 2005/28 على ما يلي: "يستعان بلجنة طبية مختصة في معرفة العيوب التي يطلب التفريق من أجلها"[2].

الفرع الثاني: إجراءات رفع دعوى التفريق القضائي للعيوب

تخضع دعوى التفريق القضائي للعيوب في إجراءاتها العامة إلى القواعد العامة في إجراءات الدعوى المدنية والتي تتمثل في الشروط الواجب توافرها لقبول الدعوى من صفة ومصلحة حسب نص المادة 13 من القانون رقم 09/08، بالإضافة إلى أنه يجب أن ترفع أمام الجهة القضائية المختصة وقد خص المشرع الجزائري إجراءات قسم شؤون الأسرة بفصل خاص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية إضافة الى أنه نظم قواعد الإختصاص في الباب الثاني من نفس القانون وذلك من المادة 32 إلى غاية المادة 47[3]، ويعتبر الإختصاص القضائي سلطة الجهة القضائية في الفصل في المنازعات المعروضة عليها نوعا ومكانا[4] وقد نص عليه تقنين الإجراءات المدنية والإدارية في المواد 423الى 426 كما نجده ينص على الاختصاص النوعي والاختصاص الإقليمي وذلك سواء في القواعد العامة

---

[1]_ القانون رقم 08/09 المعدل بموجب القانون رقم 07/03 بمثابة مدونة الأسرة الصادرة بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.10.103 بتاريخ3 شعبان 1431، الجريدة الرسمية عدد5859 بتاريخ 13 شعبان 1431,

[2]_ قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 25 /2005، الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة العدد 439 بتاريخ 30 ديسمبر 2005

[3]_ راجع المواد من 32 إلى 47 من القانون رقم 09/08.

[4]_ بلغيث عمارة ،الوجيز في الإجراءات المدنية ،دار العلوم للنشر و التوزيع ،الجزائر ،2002، ص 37.

أو القواعد المتعلقة بقسم شؤون الأسرة، بالإضافة إلي أن المشرع منح قاضي شؤون الأسرة بعض صلاحيات قاضي الإستعجال.

أولا: الإختصاص النوعي

تنص المادة 423 إجراءات مدنية وإدارية في فقرتها الأولى أنه :" ينظر قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوي الأتية :

1_الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية وإنحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة ..." .

وبالتالي فإن من الملاحظ من نص المادة أن من بين صلاحيات محكمة شؤون الأسرة، وقد تناولها على سبيل الحصر بتضمنه عبارة (على الخصوص) وهو ما يستنتج منه أن الأمر يتعلق بإختصاص المحكمة النوعي في هذا الجانب فتهدف هذه الاخيرة إلى بيان حدود ونصيب كل محكمة من قضايا التي تدخل في ولاية الجهة التي تتبعها[1] وفي حالة رفع دعوى التفريق القضائي في غير القسم المختص فإن للخصوم الدفع بعدم الإختصاص أو يمكن تدارك ذلك عن طريق الإحالة[2].

ثانيا: الإختصاص المحلي

يعرف الإختصاص المحلي أنه نصيب كل محكمة من حيث موقعها من إقليم الدولة فهي القواعد التي تهتم بتوزيع القضايا على الأساس الجغرافي أو الإقليمي بين مختلف المحاكم في نفس النوع[3].

---

[1] _ فريجة حسين ، المبادئ الأساسية في قانون الاجراءات المدنية و الإدارية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2010، ص 35 .

[2] _ شويحة زينب ، الإجراءات المدنية في ظل القانون 09/08 ،الجزء الثاني ،(الدعوى ،الإختصاص ، الخصومة ،طرق الطعن) ، الطبعة الأولى ، دار أسامة ، الجزائر ، 2009 ص 128.

[3] _ فريجة حسين ،المرجع السابق ،ص 38.

نص المشرع الجزائري بموجب المادة 426 فقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن :" تكون المحكمة المختصة إقليميا في موضوع الطلاق أو الرجوع بمكان وجود المسكن الزوجي، وفي الطلاق بالتراضي بمكان إقامة أحد الزوجين حسب اختيارهما ". ومنه فنستنتج أن المحكمة المختص في موضوع التفريق القضائي للعيوب هي موطن مسكن الزوجية وفي حالة عدم وجود مسكن الزوجية طبقا للمادة 36 من القانون المدني الجزائري[1] فإنه يحل محله مكان الإقامة العادية للزوج، الذي هو نفسه محل إقامة الزوجة وبالتالي محل الإقامة الزوجية، الذي ترفع في دائرة إختصاصه دعوى الطلاق بالإرادة المنفردة، كما نصت المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على :" أنه يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة إختصاصها موطن المدعى عليه وإن لم يكن له موقع معروف فيعود الإختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها أخر موطن له، وفي حالة إختيار موطن يؤول الإختصاص الإقلمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، مالم ينص القانون على خلاف ذلك " . إن القاعدة

أعلاه مرتبطة بعدم وجود نص قانوني يعقد الإختصاص لجهة قضائية معينة بالذات أي شريطة عدم وجود نص يخالف ذلك فعلى المتقاضي التأكد من الجهة القضائية المختصة بالنظر في النزاع الذي يرغب في طرحه أمامها و ذلك بالإلتجاء الى المعاير المشار إليها أعلاه (محكمة موطن المدعى عليه _محكمة أخر موطن للمدعى عليه_ محكمة المكان المتفق علي التقاضي أمامه في حالة وقوع خلاف) و كل هذا مشروط بعدم وجود نص يحدد الجهة المختصة بالنظر في ذلك النزاع[2].

[1] _الإمر رقم 75 _58 , المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، يتضمن التقنين المدني ، الجريدة الرسمية ، العدد 78 ، االصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975 ، المعدل و المتمم.

[2] _ سائح سنقوقة ، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدراية ،نصا شرحا تعليقا تطبيقا ،الجزء الأول دار الهدى ، الجزائر 2011، ص 99.

القانون الواجب التطبيق:

نظم المشرع الجزائري حالة تنازع القوانين التي تطبق على مسألة الطلاق حيث ورد في المادة 09 من القانون المدني :" يكون القاضي الجزائري هو المرجع في تكيف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه " .

كما نص في المادة 10 من نفس القانون :" يسري على الحالة المدنية للأشخاص و أهليتهم قانون الدولة التي ينتمون اليهم بجنسيتهم " .

كما ورد في المادة 11 من نفس القانون والمعدلة : "يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج القانون الوطني لكل من الزوجين"، وما ورد في المادة 12 المعدلة مايلي : "يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت إنعقاد الزواج على الأثار الشخصية و المالية التي يرتبها عقد الزواج، ويسري على إنحلال الزواج والإنفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي اليه الزوج وقت رفع الدعوى".

ومنه ايضا المادة 21 مكرر والتي ورد فيها ما يلي :" يسري على قواعد الإختصاص وإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات"

ومنه أيضا نص المادة 23 مكرر الذي جاء فيه أنه: "إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق فلا تطبق منه أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان، غير أنه يطبق القانون الجزائري إذا أحالة عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص".

من خلال ما سبق ذكره يمكن القول أنه إذا كان أحد الزوجين جزائري وقت ابرام عقد الزواج لا مجال للحديث عن تطبيق القانون الأجنبي إلا أنه في حالة كون الزوجين أجنبين فإنه يطبق على الطلاق

قانون الزوج وقت رفع الدعوى، و مفاد هذه القاعدة هو أنه يمكن أن يتم الزواج في ظل قانون معين ثم يقوم الزوج بالتجنس مما يؤدي إلى تطبيق قانون الجنسية الجديدة على إنحلال هذا العقد[1].

[1] _ قسنطيني حدة ، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية و تطبيقاتها القضائية ،دراسة تطبيقية بمجلس قضاء الجلفة ، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاة ، الجزائر ، 2001 /2004 ، ص 27.

خلاصة الفصل الأول:

إن التفريق كمصطلح يختلف عن الطلاق في أن الطلاق يقع باختيار الزوج وبإرادته، أما التفريق فيقع بتدخل القاضي لتمكين المرأة من إنهاء وحل الرابطة الزوجية جبرا عن الزوج، فالملاحظ من نص المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري قد استعمل المشرع مصطلح التطليق بدل من التفريق والغاية واحدة، وتسمد موضوعات التفريق للعيوب مشروعيتها من أحكام سابقة في الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية، وفقا لشروط خاصة بثبوت هذا الحق؛ فعدم العلم بالعيب سواء كان قبل أو بعد العقد يستلزم ابداء عدم قبول وعدم الرضا بالعيب المشار إليه وكذلك خلو الطرف الثاني من أي عيب تطبيقا لقاعدة الضرر الأشد يزيل الضرر الأخف ، أما الاختلاف فكان له النصيب الأوفر في نوع الفرقة الواقعة فهو بين فسخ وطلاق بائن إلا ان المشرع الجزائري قد أخذ بالرأي القائل بأن الفرقة للعيب هي طلاق بائن.

والمحكمة تتمتع بسلطة تقدير النزاع المطروح أمامها من قبل الزوجين، فهي تنظر إلى الوقائع والأسباب والطلبات التي وردت في دعوى المدعي وللزوج حرية الإثبات بكل وسائل الإثبات العامة التي تتمثل في الإقرار والقرائن المادية كالشهادة الطبية وما نحوها من ذلك، وتتخذ دعوى التفريق القضائي للعيوب منحى الدعوى العامة من شروط شكلية وموضوعية وفق لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفصل الثانـي

العيوب الموجبة للتفريق القضائـي

الفصل الثاني: ماهية العيوب الموجبة للتفريق القضائي

بعد التطرق للإطار المفاهيمي للتفريق القضائي وجب علينا تحديد ماهية العيوب الأساسية في هذا النوع من إنهاء الرابطة الزوجية، فلقد أقرت كل من الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية كأصل عام الحق في طلب التفريق القضائي متى توفرت الشروط في هذا العيب .

ولذلك وجب علينا تحديد مفهوم هذا الأخير مع ذكر بعض الأمراض كنماذج لتوضيح موقف المختصين في ذلك .

المبحث الأول: مفهوم العيوب الموجبة للتفريق القضائي

العيب هو مصطلح واسع المفهوم، ويختلف بحسب محل الدراسة حيث أن العيوب المقررة في دراستنا هي كل ما قد يكون سبب في إستحالة تحقيق مقاصد الزواج سواء في الزوج أو الزوجة .

لمعالجة مسألة العيوب من خلال هذين المطلبين يقتضي تحديد بعض المفاهيم الأساسية.

المطلب الأول: تعريف العيوب الموجبة للتفريق القضائي

نتعرض لتعريف العيب عموما في الفرع الأول، ثم تعريف العيوب المعتبر للتفريق القضائي في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف العيب

نعرف العيب لغة ثم اصطلاحا كما يلي:

أولا: تعريف العيب لغة

العيب لغة: جمعه عيوب[1]، والعيب العين والياء أصل صحيح، فيه كلمتان: أحداهما العيب والأخرى العيبة، وهما متباعدتان، فالعيب في الشيء معروف، تقول: عاب فلان فلانا يعيبه[2].

ورجل عيابة وقاع في الناس[3]، ويعني أيضا الوصمة [4]التي تلزم الشيء ولفظ العيب والعيبة والعاب هي بمعنى واحد فتقول عاب المتاع أي صار ذا عيب[5]، وعابه غيره يتعدى ويلزم فهو معيب[6].

والنقيصة وما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة، وجاء في معجم آخر من عاب الشيء وعيبه نسبه إلى العيب، قال تعالى: "أما السفينة فكانت لمساكين ..." سورة الكهف[7]، أي جعل السفينة ذات عيب. وقالوا عيبة الرجل موضع سره[8] .

ويتضح أن العيب يدل على النقص والضعف في الشيء فمتى وجدت به حطت من قيمته وجعلت من المبررات التي ترد بها الأشياء[9].

---

[1] _ ابن منظور، المرجع السابق، ص108.

[2] _ ابن منظور، المرجع نفسه، ص634.

[3] _ أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، كتاب العين كلمة عيب، ص189.

[4] _ ابن منظور، المرجع السابق، ص633.

[5] _ الإمام الرازي، الصحاح الطبعة02، دار الحداثة، بيروت،، لبنان، 1983، ص209.

[6] _ الإمام الرازي، المرجع نفسه، ص222.

[7] _ سورة الكهف، الآية 79.

[8] _ ابن منظور، المرجع السابق، ص633.

[9] _ مجمع اللغة العربية بالقاهرة (مصطفى، إبراهيم، الزيات، أحمد، عبد القادر، حامد، النجار، محمد)، المعجم الوسيط، الطبعة 4، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، ص638.

ثانيا: تعريف العيب اصطلاحا

اختلف الفقهاء في تعريفهم للعيب حسب طبيعة العقود المختلفة، وقد عرفه البعض بأنه نقص بدني أو عقلي في أحد الزوجين يمنع من تحصيل مقاصد الزواج والتمتع بالحياة الزوجية[1]. وعرفه البعض بأنه نقصان بدني أو عقلي يجعل الحياة الزوجية غير مثمرة أو قلقة لا استمرار فيها[2]. وعرفه آخرون بأنه: نقص في بدن أو عقل أحد الزوجين يمنع من الوطء أو كمال اللذة[3].

وممن ألم بمفاهيم العيب المختلفة الإمام النووي حيث بين أن العيب ستة أقسام، ثم شرع في إعطاء حد كل واحد منها فقال: "...فالعيب المؤثر في المبيع الذي يثبت بسببه الخيار: هو ما نقصت به المالية أو الرغبة أو العين والعيب في الكفارة: ما أضر ومعناه إضرارا بينا، والعيب في الأضحية أو الهدي أو العقيقة: هو ما نقص به اللحم، والعيب في الإجارة: ما يؤثر في المنفعة تأثيرا يظهر به تفاوت الأجرة لا ما يظهر به تفاوت قيمة الرقبة، لأن العقد على المنفعة، والعيب في النكاح: ما ينفر عن الوطء ويكسر سورة التواق[4]، وعرف العيب أيضا بأنه: نقص يلحق بالشيء يؤدي إلى خلل فيه وفوات

---

[1] _ حسب الله، الفرقة بين الزوجين وما يتعلق بها من عدة و نسب، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، 1968، ص120.

[2] _ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص567.

[3] _ قليوبي وعميرة، حاشيا القيلوبي وعميرة على شرح المحلى على منهاج الطالبين، الجزء الثالث: الإقرار والطلاق، الطبعة الثالثة، مصطفى البابي الحلبي، بدون بلد النشر،2008، ص197.

[4] _ أبو زكريا محي الدين يحي بن شرف النووي، تهذيب اللغات والأسماء، شركة العلماء بمساعدة إدارة الطباعة المنبرية، دار الكتب العلمية، لبنان، ص53.

المقصود منه في الغالب، سواء كان حادثا في جنس الإنسان، أم الحيوان، أم الجماد، وسواء كان في الصفات الحسية الظاهرة أم المعنوية الباطنة[1].

الفرع الثاني: تعريف العيوب المعتبرة للتفريق القضائي

قد يعتري الرجل أو المرأة على حد سواء علل جسدية أو عقلية تصيب البدن تذهب الوعي والرشد فتجعل الحياه الزوجية مستحيل بين الرجل والمرأة، وفيما يلي استعراض لهذه العيوب كا ذكرها فقهاء الشريعة.

أولا: عيوب الزوج

1_ الجب: هو القطع[2]، والمجدوب هو الذي استؤصل ذكره وخصياه، أو ذكره، وهو استئصال العضو التناسلي ويسمى الرجل مجدوبا[3]، هو المقطوع جميع الذكر أو بعضه ولم يبق منه قدر الحشفة، والمجدوب المقطوع ذكره وأنثييه أيضا، ومنه الخصي، ولكن الخاص المقطوع إحداهما إما ذكره وإما أنثييه أيضا، فظاهرا أن الجب هو القطع الذي يمنع من القدرة على الجماع[4].

[1] _ وفاء بنت علي بن سلمان الحمدان، ص160.
[2] _ المنجد في اللغة والأدب والعلوم، مرجع سابق، ص75.
[3] _ وفاء بنت سليمان الحمدان، المرجع السابق، ص428.
[4] _ محمد حجاري، المرجع السابق، ص406.

2_ العنة :

لغة عَنَ الشيء، أي أعرض عنه[1]، ويقال عن الفرس أي حبسه بعنانه، ويدور معنى العن لغة حول الاعتراض والانصاف[2]، أما عن التعريف الاصطلاحي للعنة فقد اتفق الفقهاء على أنها عدم القدرة على الوطء، واختلفوا في سبب العجز عن ذلك، فقد يكون لكبر في السن أو لمانع مرضي أو لصغر في العضو[3].

3_ الخصاءّ:

الخصي لغة: من سلت خصيتاه ونزعتا[4]، واصطلاحا اتفق عليه الفقهاء أنه الخصي من نزعت خصيتاه دون الذكر[5].

ثانيا: عيوب الزوجة

1- الرتق: هو ضد الفتق والرتقاء: المرأة المنظمة الفرج[6] وهي التي انسد فرجها باللحم[7].

ويخرج البول من ثقبه صغيرة كإحليل الرجل، والرتق كون الفرج مسدوده لا مسلك للذكر فيه[8].

---

[1]_ المنجد في اللغة والأدب والعلوم، المرجع السابق، 556.

[2]_ عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، 2008، ص360.

[3]_ أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2004، ص184.

[4]_ المنجد في اللغة والأدب والعلوم، المرجع السابق، ص178.

[5]_ وفاء بنت علي بن سلمان، المرجع السابق، ص439.

[6]_ يحي النوي، صحيح شرح النوي، الجزء 16، الطبعة الأولى ، مصر، 1930، ص265.

[7]_ السرخسي، المرجع السابق، ص292.

[8]_ يحي النوي، المرجع السابق، ص265.

2- **القرن:** وهي التي في فرجها لحم أو ما يمنع الجماع[1] وقيل عظمًا أو غدة غليظة مانعة من سلوك الذكر في الفرج وتسمى من هذا حالهما بالقرن يطلق على النشوء الموجود على رأس الكبش أو الثور وقد يكون غدة غليظة أو لحمة مرتتقة[2].

وعند جمهور الفقهاء هو لحم أو عظم سميك يشبه قرن الشاة ينبت في الفرج بحيث يمنع دخول الذكر[3].

3- **الإفضاء:** المكان الواسع من الأرض، والمرآة المفضاة مجموعه المسلكين[4].

وعند جمهور الفقهاء هو انحراف ما بين السيلين[5].

4- **العفل:** هو ثبات لحم في قبل المرأة وقيلت أن يخرج في قبل النساء يشبه الأذرة التي للرجل في الخصيه[6].

رغوه تخرج من فرج المرأة تمنع لذو الوطأ.

وعند جمهور الفقهاء لحما يبرز في قبل المرأة، ينتج عنه رطوبة أو رغوة تمنع الرجل من لذة الجماع[7].

---

[1]_ السرخسي، المرجع السابق، 292.

[2]_ الحنبلي ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997، ص92.

[3]_ ابن عابدين، المرجع السابق، ص175.

[4]_ ابن منظور، المرجع السابق، ص282.

[5]_ الدسوقي، المرجع السابق، 105.

[6]_ ابن منظور، المرجع السابق، ص293.

[7]_ الدسوقي، المرجع السابق، ص106.

ثالثا: العيوب المشتركة بين الرجل والمرأة

1- **الجذام:** من جذم والجذم: القطع، والأجذام المقطوع اليد والجذم من الداء تجذم الأصابع وتقطعها[1].

علة يعمر منها العضو ثم يسود ثم ينقطع ويتأثر ويتصور ذلك من كل عضو لكنه في الوجه أغلب[2].

2- **الجنون:** وهو لغة زوال العقل و فساده[3]. وهو إصطلاحا عارض يصيب الشخص فيذهب بسلامة الإدراك والقدرة على التميز بين الضار والنافع[4]، فينقص من أهليته أو يعدمها وهو مأقرته كل الشرائع.

فهو من الأسباب التي تمنح الزوجة طلب التفريق من زوجها في حال أُصيب به.

3_ **البرص:** داء معروف وهو بياض شديد يقع على الجسد على شكل بقع ويذهب دمويته[5].

4_ **العذيطة:** خروج الغائط عند الجماع يقال للمرأة عذيوطة وللرجل عذيوط[6].

---

[1]_ الصحاح للرازي، المرجع السابق، ص72.

[2]_ يوسف صلاح الدين يوسف، الآثار المترتبة على الإصابة بالأمراض المعدية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008، ص28.

[3]_ المنجد في اللغة والأدب والعلوم، المرجع السابق،ص 178.

[4]_ وفاء بنت علي بن سليمان ، المرجع السابق، ص 439.

[5]_ المنجد في اللغة والأدب والعلوم، المرجع السابق، ص31.

[5]_ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 340

المطلب الثاني: مشروعية العيب الموجب للتفريق القضائي

يدورو الحديث في هذا المطلب عن حول مشروعية الفرقة الواقعة بسبب العيوب وهو ما سنتطرق إليه فقها و قانونا .

الفرع الأول: موقف الفقه من العيب الموجب للتفريق القضائي

اختلف الفقهاء في حكم التفريق أو طلب التطليق للعيب ونتج عن هذا الاختلاف ثلاثة آراء تتمثل فيما يلي:

1- رأي القائل بعدم جواز التفريق بسبب العيب .

2- الرأي الثاني لا يعطي حق طلب التفريق بالعيب إلا للزوجة كون أن الزوج له حق الطلاق بالإرادة المنفردة.

3- الرأي الثالث يعطي حق طلب التفريق بالعيب لكليهما.

صحيح أن للإختلاف كان له الحظ الأوفر في الدراسة إلا أنه مايهمنا هو حق الزوجة في طلب التفريق للعيوب و منه فإننا قد قسمنا هذا الفرع الى من يمنح ومن ينفي اعطاء الزوجة هذا الحق.

أولا: الرأي القائل بعدم جواز التفريق بسبب العيب

قال بهذا الرأي فقهاء الظاهرية ويتزعمهم الفقيه: "ابن حزم"[1] وقد نسب "ابن رشد" هذا الرأي إلى "عمر بن عبد العزيز".[2]

يرى "ابن حزم" شيخ الظاهرية أن العيوب لا أثر لها على عقد الزواج، ويقول بعبارة واضحة "ومن تزوج إمرأة فلم يقدر على وطئها سواء كان وطأها مرة أو مرارا أو لم يطأها قط، فلا يجوز للحاكم ولا لغيره أن يفرق بينهما أصلا، ولا أن يؤجل له أجلا، وهي امرأته إن شاء طلق وإن شاء أمسك" [3].ويقول "ابن حزم" في موضع آخر: "لا يفسخ النكاح بعد صحته بجذام حادث ولا بمرض ولا بجنون كذلك، ولا بأن يجد بها شيئا من هذه العيوب، ولا بأن تجده هي كذلك، ولا بعناية ولا بداء الفرج ولا بشيء من العيوب ". [4]

فالظاهرية يرون أنه لا خيار لأحد من الزوجين إذا وجد بالطرف الآخر عيبا. فالتفريق للعيب لا يجوز على الإطلاق سواء كان العيب حادثا قبل العقد أو بعده، والآثار المروية عن الصحابة في هذا الشأن لم

---

[1] _ إبن حزم إسمه الكامل هو أبو محمد علي بن أحمدبن سعيد بن حزم بن غالب بن صالح بن خلف بن معدان بن سفيان
يزيد الأندلسي القرطبي يعد من أكبر علماء الأندلس بل محي المذهب بعد زواله ولد في 30 رمضان 384ه و توفي في 28 شعبان 456ه.

[2] _ إبن رشد الحفيد، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق عبد الله العبادي، الطبعة الأولى، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1995، ص 1347.

[3] _ إبن حزم، المحلى، الجزء10، إدارة المطبوعات المنبرية، مصر، ص58

[4] _ أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، الجزء 9، الطبعة1، دار
دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص347

تثبت عند "ابن حزم" وحتى وإن ثبتت فلا حجية لها عنده لأنه لا يأخذ "برأي الصحابة" فيما هو محل للاجتهاد.[1]

وأضاف الإمام الشوكاني بعد عرض القائلين بعدم جواز التفريق للعيب وأدلتهم: "ومن أمعن النظر لم يجد في الباب ما يصلح للاستدلال به على الفسخ بالمعنى المذكور عند الفقهاء..." ، كما أكد هذا الرأي محمد صديق حسن في كتابه الروضة الندبية بقوله: "واعلم أن الذي ثبت بالضرورة الدينية أن عقد.

النكاح لازم ثبت به أحكام الزوجية من جواز الوطء ووجوب النفقة ونحوها...، وثبت بالضرورة الدينية أن يكون الخروج من بالطلاق أو بالموت، فمن زعم أنه يجوز الخروج من نكاح بسبب من الأسباب فعليه بالدليل الصحيح المقتضي الانتقال عن ثبوته بالضرورة الدينية، وما ذكره من العيوب لم يأتي في الفسخ بها حجة نيرة ولم يثبت شيء منها. وإستدل أصحاب هذا الرأي لصحة ما ذهبوا إليه بالقرآن الكريم والسنة النبوية [2].

أ- الدليل من القرآن الكريم:

قال تعالى: " فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ ۚ " [3]، ووجه الدلالة في هذه الآية أن الظاهرية يرون أن الأصل بقاء النكاح فلا يزول إلا بدليل. وأن كل نكاح صح بكلمة الله تعالى وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم، فقد أحل الله النكاح لزوجها وحرم بشرتها وفرجها على كل من سواء،

[1]_الشافعي، المرجع السابق،ص429

[2]_ الشوكاني، المرجع السابق، ص 187

[3]_ سورة البقرة، الآية102.

والذي يفرق بينهما يدخل في زمرة الذين ذمهم الله في الآية السابقة أي الذين يفرقون بين المرء وزوجه .[1]

وقال تعالى: " لَا يُكَلِّفُ اللّهُ نَفْسًا إِلّا وُسْعَهَا " [2]، ووجه الدلالة في هذه الآية أنه من مقاصد الزواج تحصين كل زوج للآخر فإن امتنع الزوج عن ذلك قصدا أي امتنع عن وطء الزوجة وهو قادر على ذلك فقد أضر بها ووجب منعه من ذلك أما العاجز عن الوطء فلا يكلف بما لا يطيق بناء على ما جاء في الآية السابقة[3].

يرد على هذا الاستدلال بأن استدلال الظاهرية بالآية الأولى في منع التفريق للعيب بين الزوجين استدلال في غير محله، لأن الآية نزلت في شأن السحر والسحرة الذين من أفعالهم المذمومة التفريق بين الزوجين، وهذا ما جاء في تفاسير هذه الآية من القرآن الكريم [4]، والآية لم تشر إطلاقا إلى ذم من يفرق

بين الزوجين لعيب أو مرض أصاب أحدهما، بل إن التفريق في هذه الحالة محققا لمقصد من مقاصد الشريعة الداعية إلى رفع الضرر الذي يصيب أفراد هذه العائلة.

أما الآية الثانية "لا يكلف الله نفسا إلا وسعها" فهي لا تؤيد نظرتهم بل هي حجة عليهم لأنه من رحمة الله بعباده عدم تكليفهم فوق طاقتهم، وحمل الزوج على التفريق لعيب فيه ليس تكليف له فوق

---

[1]_ إبن حزم، المرجع السابق، ص 61

[2]_ سورة البقرة، الآية 286

[3]_ إبن حزم، المرجع نفسه، ص 60.

[1]_ أبو الفداء أسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن الكريم، الجزء 1، دار المعرفة، بيروت، لبنان 1984، ص143.

طاقته إنما هذا التكليف بما لا يطاق يتحقق في إجبار الزوجة على تحمل عيوب تستحيل أو تصعب معها مواصلة الحياة الزوجية والتي ترتكز أساسا على المودة والرحمة.

إن السؤال الذي يطرح نفسه كنتيجة لهذا النقد لماذا لم ينظر الفقيه "ابن حزم" إلى الزوجة التي تعاني من عيب زوجها المنفر وهي مجبرة على البقاء معه على الأقل نفس النظرة التي نظرها إلى الزوج الذي يجبر على تسريح زوجته لأن بها عيبا ربما أبديا.

لا يخفى على أحد أن من أهم مقاصد الزواج إمكان المعاشرة بين الزوجين لتحصين كل منهما للآخر فإذا انتفى هذا المقصد صار من حق المتضرر طلب التفريق، والتفريق في هذه الحالة ليس خروجا عن كتاب الله وسنة نبيه عليه الصلاة والسلام، بل هو انطلاق منهما وتأكيد لروحهما لأن الله تعالى هو القائل: "... فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ۗ "[1]، والقائل: " وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ۚ "[2]، والقائل: " وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ۚ[3]. " والرسول صلى الله عليه وسلم هو القائل: "لا ضرر ولا ضرار"[4].

ومما لا شك فيه أنه مما يتنافى مع مقصود هاتين الآيتين والحديث السابق وجود عيب بالزوج يمنع من تحقيق مقاصد الزواج بل أهم مقاصده، لأن هذا سيحقق الضرر ويوقع الحرج وهذا الوضع المستمر دون تسريح الزوجة ليس إمساك بمعروف ولا تسريح بمعروف وشرع الله يأمر برفع الحرج ودفع الضرر.

---

[1]_ سورة البقرة، الآية 299

[2]_ سورة الحج، الآية 78

[3]_ سورة البقرة، الآية 231

[4]_ القزويني، إبن ماجة، الجزء الثاني، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، مصر، ص784.

إن الظاهرية حسب تقديرنا تبنوا فكرا مشددا ومضيقا على المرأة لأنهم لم يسمحوا لها برفع الضرر المحقق الواقع عليها وفي كل الحالات، فالزوج إذا اضطر إلى إنهاء الرابطة الزوجية فإنه يلتجئ إلى الطلاق بإرادته المنفردة، أما المرأة فلا مجال لها لرفع هذا الضرر عنها[1].

إن رأي الظاهرية في منع التفريق للعيب من طرف الزوج وخصوصا من طرف الزوجة رأي بعيد عن حكمة التشريع.

ب- الدليل من السنة النبوية:

استدل الظاهرية لمنع التفريق للعيب مطلقا، بما روي عن عروة بن الزبير أن عائشة رضي الله عنها أخبرته أن امرأة رفاعة القرظي جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: "يا رسول الله إن رفاعة طلقني فبت طلاقي، وإني نكحت بعده عبد الرحمان ابن الزبير القرظي وإنما معه مثل الهدبة، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعه؟ لا، حتى يذوق عسليتك وتذوقي عسليته[2] ".

ووجه الدلالة حسب أنصار هذا الرأي في الحديث أن المرأة جاءت تشكو إلى النبي عجز زوجها عن وطئها وهي تريد مفارقته فلم يجبها النبي إلى ذلك فلم يفرق بينهما ولم يضرب له أجلا، ويوضح "ابن حزم" أن مذهبهم لا يمنع العنين من أن يطلق زوجته إن شاء ذلك وإنما الذي يمنعه هو أن يفرق

[1] _ أيت شاوش دليلة، المرجع السابق، ص 18.

[2] _ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، الجزء التاسع، المكتبة السلفية، ص361.

بينهما على كره وفي الحديث السابق دلالة على عدم جواز التفريق بعيب العنّة وهو من أخطر العيوب أثرا فمنع منه لأن هذا لم يأت لا في قرآن ولا سنة [1].

يرد على هذا الاستدلال بأن هذا الحديث لم يرد أصلا لإثبات منع الحكم للتفريق بالعيب وإنما جاء ليبين حكم المطلقة ثلاثا إذا تزوجت ولم يطأها زوجها ولو بسبب عدم القدرة عليه، فإنها لو طلقت كما هو الشأن عليه في هذه القضية أي دون وطء من الزوج الثاني فإنها لا تحل لزوجها الأول وهذا حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم، وبالتالي لا وجه لاستدلال الظاهرية بهذا الحديث لأنه استدل به في غير موضعه [2]، فالمرأة لم تأت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تطلب الفسخ إنما جاءت مستفتية، والدليل على ذلك ما جاء في الموطأ من أن "عبد الرحمان لم يستطع أن يمسها فطلقها فأراد رفاعة (زوجها الأول) أن ينكحها فجاءت تستفتي رسول الله فأجابها بأنها لا تحل له" وبالتالي لا يصح الاستدلال بقصة رفاعة[3].

ثانيا: الرأي القائل بجواز التفريق للعيب بطلب الزوجة

ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز الفريق للعيب بطلب الزوجة وهذا بين من أعطى هذا الحق للزوجين معا ومن أعطاه للزوجة فقط كما سبق وأشرنا، واتفق على هذا فقهاء المذاهب الأربعة: الأحناف [4]

[1] _إبن حزم، المرجع السابق، ص63

[2] _ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ص 148

[3] _ عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دار الهدى، الجزائر، 2000، ص69.

[4] _ السرخسي، المرجع السابق، ص 95.

والمالكية [1] والشافعية [2] والحنابلة [3]، وهم متفقون على أنه يجوز التفريق للعيب لصالح الزوجة إذا أصيب الزوج بعيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

إختلف الأحناف مع المذاهب الثلاثة الأخرى في إعطاء حق التفريق للزوج إذا كان العيب من الزوجة لأن له أن يطلق أو يمسك إن شاء كما له أن يحقق المقصود بالزواج بأخرى ، أما الزوجة فلا خلاص لها إلا بخيار الفسخ لإزالة ظلم التعليق ودفع الضرر عنها، لأنه لو لم يثبت لها الخيار لبقيت معلقة لا هي ذات بعل ولا هي مطلقة . أما مذاهب المالكية والشافعية والحنابلة فتعطي حق الخيار للزوجين.

وما يهمنا في هذه الدراسة هو اتفاق المذاهب الأربعة على إعطاء الزوجة الحق في طلب التفريق للعيب لدفع الضرر عنها[4].

أ- الدليل من القرآن الكريم:

خص الحنفية الزوجة بحق طلب التطليق للعيب واستدلوا في ذلك بقوله تعالى: " فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ "[5] ، فيجب على الزوج أن يعامل زوجته بالمعروف بأن يوفيها حقها الطبيعي

---

[2]_ سحنون بن سعيد التنوحي، المدونة الكبرى لمالك بن أنس الأصبحي ، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 1994، ص 145.

[2]_ الشربيني، المرجع السابق، ص 186 .

[3]_ إبن قدامة، المرجع السابق، ص 579.

[4]_ آية شاوش دليلة، المرجع السابق، ص21

[5]_ سورة البقرة ، الآية 229 .

ويحسن عشرتها ولا يظلمها شيئا من حقها ولا يضار بها [1]، وإذا تعذر عليه ذلك لعيب ألم به فمن الواجب عليه تسريحها بإحسان لأنه تعذر عليها تحصيل المقصود من النكاح وهو العفة والإحصان [2].

ب- الأدلة من السنة النبوية:

قال النبي صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"، فإمساك الزوجة دون إعطائها حقوقها فيه ظلم ويوجب إجابتها في طلب التفريق من القاضي لرفع الضرر عنها.

وعن أبي هريرة عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال: "... وفر من المجذوم فرارك من الأسد"[3] ، وطريقة الفرار إن كان المصاب زوجا أو زوجة تكون برد النكاح وفسخه [4]، وروى أبو سلمة بن عبد الرحمان أنه قال: سمعت أبا هريرة عن النبي صلى الله عيه وسلم أنه قال: "لا توردوا الممرض على المصح" [5]، فلا يجوز معاشرة الزوج السليم للزوج المعيب.

ج- الإجماع:

روى الماوردي والشافعي إجماع الصحابة على ثبوت خيار الفسخ بالعيب ومتى ثبت ذلك ثبت التفريق بكل عيب يمنع الوطء[6].

---

[1] _ إبن كثير، المرجع السابق، ص 273.

[2] _ الكساني، المرجع السابق، ص 97.

[3] _ إبن حجر العسقلاني، المرجع السابق، ص158.

[4] _ محمد حجاري، نظام الإثبات في أحكام الأسرة، رسالة دكتورا ، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية ، 2007، ص 405.

[5] _ البخاري، المرجع السابق، ص 352.

[6] _ إبن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدى خير العباد، الجزء الثالث، الطبعة الأولى ، دار الضياء للنشر والتوزيع، مصر، 2007، ص204

د- القياس:

يقاس التفريق بالعيب على التفريق بالإيلاء إذا لم يحنث المولي في يمينه، والتفريق بالعيب أولى لأن الضرر محقق لا محالة، كما قاس الفقهاء النكاح على البيع والتدليس في النكاح أخطر من التدليس في البيع لذلك فسخ النكاح أولى[1].

خلاصة القول أن رأي الظاهرية كان مجانبا لمقاصد الشرع الإسلامي ورأي الجمهور هو الأصوب، لأنه يقر حق التفريق للزوج المتضرر من العيوب اللاحقة بالطرف الآخر، وفي هذا تحقيق لمقاصد الشريعة الضرورية في حفظ النفس والنسل والعرض بإحصان الزوجين وتحقيق المودة بينهما والسكن لكليهما[2].

الفرع الثاني: موقف القانون من العيب الموجب للتفريق

سنتعرض في هذا الفرع للمواد القانونية الواردة في تشريعات الأحوال الشخصية لبعض الدول العربية وقانون الأسرة الجزائري والتي تجيز للزوجة طلب التفريق للعيب، ومع الإشارة إلى أن هناك من التشريعات العربية من أعطى هذا الحق للزوجة فقط ومن أعطاها للزوجين معا وكذلك في المصدر الأساسي ألا وهو الشريعة الإسلامية.

يجب أن نعرج أولا على التشريعات التي أعطت حق طلب التفريق للعيب للزوجة فقط ثم إلى التشريعات التي منحت الحق للزوجين معا ومنه :

[1]_ محمد إدريس الشافعي أبو عبد الله، الأم، الجزء الخامس، دار المعرفة، 1974، ص 85 .

[2]_ أيت شاوش دليلة، المرجع السابق، ص 23 .

أولا: التشريعات التي أعطت حق طلب التفريق للعيب للزوجة فقط

1- التشريع المصري:

أجاز المشرع المصري بدوره للمرأة حق طلب التفريق للعيوب ولم يجز ذلك للزوج لأنه أخذ هو الآخر برأي الحنفية .

نصت المادة 09 فقرة 1 من القانون رقم 25 المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على ما يلي: "للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما أو حكميا، أي لا يمكن البرأ منه أو يمكن البرأ منه بعد زمن طويل"[1] .

2_ موقف المشرع الجزائري:

ويتضح من هذه المادة53 من قانون الأسرة الجزائري أن المشرع قد أخذ برأي جمهور الفقهاء الذي يرى جواز طلب الفرقة من الزوجة إذا وجدت أن زوجها عيبا، يبدو أن المشرع الجزائري لم يمنح هذا الحق للزوج على أساس ما يملكه من حقه في الطلاق فإرادته المنفردة والمنصوص عليها في المادة 48 من نفس التقنين، ويكون المشرع بذلك قد أخذ برأي الإمام أبو حنيفة الذي أعطى هذا الحق للزوجة فقط ولا يعترف للزوج به لأنه يملك حق الطلاق، ولأن هذا حق للزوجة فقط ولا يعترف للزوج به لأنه يملك حق الطلاق بالإرادة المنفردة، ولأن هذا أستر للزوجة وأحفظ لبعض حقوقها، لكن رغم ذلك

[1]_ القانون الأحوال الشخصية المصري رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985 الأحوال الشخصية رقم 25 لسنة1920 المتعلق السنية والمذاهب الجعفرية والقانون،

يستطيع الزوج أن يبرر طلاقه لزوجته لإصابتها بعيب من العيوب حتى ينفي التعسف عن نفسه ويتفادى بذلك التعويض[1].

ثانيا: التشريعات التي أعطت حق طلب التفريق بالعيب للزوجين

1- التشريع المغربي:

لقد أخذ المشرع المغربي جواز طلب التفريق بالعيب وهذا ما جاء في المادة 107 من القانون رقم 03-70: "تعتبر عيوب مؤثرة على استقرار الحياة الزوجية وتحول طلب إنهائها"[2]

1 -العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية.

2 -الأمراض الخطيرة على حياة الزوج الآخر أو على صحته التي لا يرجى الشفاء منها خلال سنة يتبين من نص المادة السابقة أن المشرع المغربي أعطى للزوجة حق طلب التطليق للعيب كما أعطى نفس الحق للزوج [3]، وهذا ما تميز به عن المشرع الجزائري والمصري وبالتالي يكون المشرع المغربي قد أخذ برأي جمهور الفقهاء (المالكية، الشافعية والحنابلة) في إعطاء حق التفريق للزوجين، رغم أن الزوج له حق إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة [4]، والسبب يعود إلى أن آثار الطلاق ليست نفسها آثار التطليق للعيب، والزوج إذا طلب التفريق للعيب فإنه لن يكون له نفس الأعباء المالية، والمشرع المغربي نص على ذلك في المادة 109 من مدونة الأسرة حيث أعفى الزوج من دفع الصداق في حالة

---

[1] _ عمر زودة، المرجع السابق، ص 234.

[2] _ القانون المغربي

[3] _ نوال محم الشاكر ، المرجع السابق، ص 383

[4] - المادة 79 من مدومة الأسرة المغربية.

طلب التطليق للعيب ، كما اعترف المشرع المغربي بحق الزوجة في إيقاع الطلاق وبإرادتها المنفردة إذا ملكها الزوج هذا الحق[1].

2- **التشريع الإماراتي:**

تنص المادة 112 فقرة 1 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتية رقم 28 لسنة 2005 ما يلي:

"إذا وجد أحد الزوجين في الآخر علة مستحكمة من العلل المنفردة أو المضرة كالجنون والبرص والجذم أو التي تمنع حصول المتعة الجنسية كالعنة والقرن ونحوهما، جاز له أن يطلب فسخ الزواج سواء كانت تلك العلة موجودة قبل العقد أم حدثت بعده" [2].

يظهر من الفقرة السابقة أن المشرع الإماراتي سلك نفس مسلك المشرع المغربي في إعطائه حق طلب التفريق بالعيب للزوجين معا.

المبحث الثاني: نماذج عن العيوب الموجب في التفريق القضائي

قبل التطرق إلى ذكر العيوب المستحدثة، لابد من الإشارة إلى مسألة مهمة هي: أن جمهور الفقهاء القائلين بوجوب التفريق للعيب قد اختلفوا في حصر العيوب المثبتة لخيار الفسخ، ونتعرض في هذا المبحث إلى العيوب الحديثة في التفريق القضائي التي كثر انتشارها في هذا الزمن.

---

[1]_ آيت شاوش دليلة، المرجع السابق ، ص 28 .

[2]_ قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 2005/25، الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة، العدد 439 بتاريخ 30 ديسمبر 2005.

المطلب الأول : العقم

إن مسألة العقم مهمة جدا للزوجين، وأسبابه متعددة تختلف بإختلاف الجنس.

الفرع الأول: تعريف العقم.

1- **لغة:** العقم هو عقمت، عقم، عقيم، الذي لا يولد له، ويطلق على الذكر والأنثى والاسم منه (العقم) ويجمع الرجل على (عقماء وعقام) وتجمع المرأة على (عقائم وعقم) نقول عقم الله المرأة أي جعلها لا تنجب [1].

وربح عقيم: هي الرياح التي لا تلقح الشجر ولا تسوق سحابا.

2- **الاصطلاح العلمي:** وهو عدم قدرة الزوجة على الحمل بعد مرور سنتين كاملتين من العلاقة الزوجية القائمة بين زوجين بالغين وفي مرحلة الإخصاب، مع استمرار الاتصال الجنسي دون استخدام وسائل لمنع الحمل، فلا يحكم طلاق بوجود العقم إلا بعد مرور سنة كاملة على الزواج وشرط أن يكون الزوج مقيما مع الزوجة بصفة دائمة أو شبه دائمة وبينهما علاقة زوجية قائمة ومنظمة أما إذا كان الزوج مسافرا أو يحضر على فترات متقطعة فإن ذلك ربما يكون شيئا مفسرا لعدم حدوث الحمل دون وجود مانع لذلك في الحقيقة[2] .

ومايؤخذ عن التعريفين السابقين أن الفترة اللازمة لعلاج العقم هي مرور عام كامل وهي الفترة التي ذكرها الخبراء في تعريفهم، وهو ما لم نجده عند الفقهاء واللغويين حيث وصفوه بعدم القدرة على

[1] _ المعجم الوسيط، المرجع السابق، ص 439

[2] _ A/Domart et D_ J Bour neuf. Nouveau larousse Médical. Librairi Larouuse. Paris. 1981p 198.

الإنجاب مع عدم وجود ما يحول ذلك في الظاهرة، والسبب من تحديد الأطباء المدة راجع إلى رغبتهم في علاجه بالدرجة الأولى ومن هنا استلزم الأمر إلى تحديد الوقت لمعرفة ما إذا كان الشخص مصابا بالعقم أم لا، وبالتالي يبدأ بالبحث عن تشخيص لحالته وعلاجها[1].

3- العقم في الذكر الحكيم:

إن العقم أمر واقع، وهو الحقيقة ملموسة معروفة من قديم الزمان، وقد أكد القرأن الكريم هذه الحقيقة حيث قال تعالى " لله ملك السماوات والأرض يخلق ما يشاء يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور".[2]

فهذه الأية الكريمة توضح لنا أن الله عز وجل قد قسم الناس من حيث وهبهم النسل إلى أربعة أقسام :

القسم الأول: من يهب لهم الإناث.

القسم الثاني: من يهب لهم الذكور.

القسم الثالث: من يهب لهم الجنسين.

القسم الرابع: من لا يهب لهم شيئا فهو عقيم.

[1] _عربي الناصر وقرفيط محمد، العيوب الموجبة لفسخ النكاح دراسة فقهية مقارنة في ضوء المستجدات المعاصرة، مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات شهادة الماستر تخصص فقه وأصول، كلية العلوم الإنسانية والإجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة الغقيد أحمد دراية، الجزائر، 2019/2018 ص 73

[2] _ سورة الشورى، الأية 49_50

والعقيم عند المفسرين هو من لا ولد له[1].

الفرع الثاني: موقف الفقه والقانون من العقم.

رأينا سابقا أن الغرض الوحيد من جعل الفقهاء إعطاء الزوجة الحق في الفرقة أو إبقاء قيد النكاح قائما هو تلك العيوب التي تمنع الرجل من مباشرة زوجته، أو عدم تحصيل لذاتها بغض النظر عما إذا كانت هذه العيوب جنسية أو جسمية، ويبقى الإختلاف فيمن يجبز ويعتبر العقم من العيوب الموجب للتفريق ومن لا يجبزه .

الرأي الأول: عدم جواز فسخ النكاح بسبب العقم.

هذا جاء عن الكمال بن الهمام قوله: " ولو كان الزوج يجامع ولا ينزل جفاف مائه لم يكن لها طلب التفريق"[2]، ما يقول ولا يضر عدم النسل كالعقم[3] وجاء عن الخرشي:" وقيده إذ لم ينزل، لأن الخيار إنما هو تمام لذة الوطء لا ترد الى العقم [4]، وقال الحطاب: "وأما العقيم في الظاهر أنه لا يجب إخبارها به، لأنه ليس بعيب" [5]، وأما النووي لقد قال: "ولا خياره بكونه أو كونها عقيما[6]، كما جاء عن الشيباني من الحنابله: "وكون احدهما عقيما لأن ذلك لا يمنع الاستمتاع ولا يخشى تعديه"، ويقال في شرح المقنع:" ولا نعلم في هذا الاخلاص بين أهل العلم إلا الحسن فإنه قال إذا وجد الأخر عقيما

[1] _ الإمام عماد الدين القرشي إبن كثير، تفسير القرآن الكريم، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1978 ص457

[1] _ محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، فتح القدير، الطبعة الأولى، دار إبن كثير، بيروت،لبنان،1993 ص 300

[3] _ حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ص 278.

[4] _ الخرشي ، المرجع السابق، ص 123

[5] _ الحطاب، المرجع السابق، ص 98

[6] _ النووي، المرجع السابق، ص 230

يخير أما الظاهرية فلم يعتبروا العقم عيبا[1]، لأنه لم يثبت عندهم شيئا من أدلة الفقهاء التي استدل بها على ثبوت الخيار بعيوبه المعروفة، وبناء عليه فالعقم ليس عيبا [2]عندهم وكذلك الامر عند الشوكاني[3].

هذه أقوال فقهاء المذاهب المانعة لقياس عقد النكاح بالعقم، نستنتج منها أن العقم ليس من العيوب الموجب للتفريق بإعتباره مانع للذة.

الرأي الثاني: جواز فسخ عقد النكاح

هذا ما ذهب إليه المالكية، وقول الحسن من الحنابلة والمستحب عند الإمام أحمد أن يخبرها بالعقم قبل العقد، فقد جاء في المغني لإبن قدامة: " ويحب أحمد ان يبين أمره فقال عسى إمرأته تريد الولد، وهذا في إبتداء النكاح، فأما الفسخ فلا يثبت به أي بالعقم[4]" ، ومنه فالإمام أحمد رحمه الله أحب الإخبار بالعقم قبل النكاح، كي يختار الزوج بين الأقدام بين القبول و الرفض، فلربما تكون راغبتهما في الولد، لأن بعد العقدلا يثبت الفسخ بالعقم.

كما جاء في نيل المآرب للشيباني الحنبلي: ولا خلافا في هذا_ أي في عدم الرد بالعقم – بين أهل العلم إلا الحسن فإنه قال:" إذا وجد الأخر عقيما يخير". هذه هي أقوال الفقهاء الذين أبوا خيار فسخ عقد النكاح بسبب العقم صراحة، وكما هو واضح فإنه هذه الأقوال غير مبررة باستثناء قول

[1]_ محمد سلمان عبد الله، نيل المآرب، مكتبة الفلاح، الكويت، 1983، ص 177

[2]_ إبن حزم، المحلى بالأثار،الجزء10، بدون طبعة، دار الفكر،بيروت، لبنان بدون السنة، ص57

[3]_ الشوكاني، المرجع السابق، ص 279

[4]_ إبن قدامة، المرجع السابق، ص 583

الحسن من الحنابلة بأن رغبة الزوجة بالولد تمنحها خيار فسخ النكاح إذا كان زوجها عقيما، وإن اختلفوا في الوقت الذي يثبت به الخيار حتى يثبت عن الإمام أحمدا إبتداء. [1]

يجدر الإشارة الى أن المشرع الجزائري قد تبنى هذا الرأي حيث يحكم القاضي بالتفريق للعقم بشروط:

_ إذا ثبت العقم بتقرير طبي.

_ إذا دام الزواج خمس سنوات بعد العلاج الطبي.

_ عدم وجود أولاد لطالب الفسخ.

_ إذا لم يتجاوز المدعي سن الأربعين.

المطلب الثاني: الإيدز

نتناول في هذا المطلب دراسة مرض الايدز كنموذج لعيوب التي توجب التفريق القضائي.

الفرع الأول : تعريف مرض الإيدز ومظاهره.

أولا : تعريف مرض الإيدز

هو المرض الذي يفقد الشخص المناعة الطبيعية، بدون وجود أي عوامل معروفة وبدون وجود نقص وراثي في المناعة[2].

[1] _ الشيباني الحنبلي، المرجع السابق ص 200

[2] _ محمد علي البار، الأمراض الجنسية أسبابها وعلاجها، دار المنارة، جدة، 1986، ص201.

ثانيا: مظاهر مرض الإيدز

إن سبب مرض الإيدز هو فيروس اسمه: (اتش-تي-ال-في3)[1]، ومن أعراض مرض الإيدز: الانحراف الشديد للصحة والميل للنوم دائما، فقدان الوزن، الإسهال الشديد، حمى وعرق غزير في الليل، بقع بيضاء في الفم، تضخم الغدد اللمفاوية والطحال[2].

ينقل هذا المرض عن طريق العدوى وذلك ب:

_ الاتصال الجنسي مع المصاب بالمرض.

_ نقل دم ملوث بالفيروس إلى شخص سليم.

_ استخدام إبر وأدوات طبية ملوثة بالفيروس.

_ الانتقال من الأم إلى الطفل إما: بالحمل، الولادة، الرضاعة الطبيعية[3].

الفرع الثاني: موقف الفقه و القانون من مرض الإيدز

لم يذكروا الفقهاء القدامى مرض الإيدز، لأنه لم يكن موجودا في زمنهم، وإنما ذكروا أمراضا أخرى يمكن قياس الإيدز عليها ومن تلك الأمراض: الجذام التي سبق ذكره، ويخرج عليه كل مرض ينتقل عن طريق العدوى وبالتالي يتم إثبات خيار فسخ النكاح للزوجين، إذا كان أحدهما مصابا بهذا المرض، فقد جاء في قرارات المجمع الفقهي: "يحق لكلا الزوجين طلب الفرقة من الزوج المصاب

[1] _ فاروق مصطفى خميس، قاموس الإيدز الطبي "مرض العصر"، دار ومكتبة الهلال، 1987، ص23.
[2] _ محمد علي البار، المرجع السابق، ص201.
[3] _ عبد الرحيم عبد الله، الأمراض المنقولة جنسيا، دار الشروق، مصر، 2009، ص112.

بمرض الإيدز باعتبار أنه مرض معد تنتقل عدواه بصورة رئيسية بالاتصال الجنسي، ويستوي في ذلك أن يكون موجودا قبل العقد أم جد بعده[1].

[1] _ مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرض الإيدز، العدد التاسع، الجزء الثاني، 414.

ملخص الفصل الثاني:

إن العيوب التي تمنح الزوجين الحق في إنهاء الرابطة الزوجية بتدخل من القاضي هي العلل والنقائص التي قد تعتري أحدهما وتمنع من تحقيق مقاصد الزواج وقد قسمها الفقهاء إلى عيوب تخص الزوجة كالرتق، القرن الإفضاء والعفل وعيوب تخص الزوج كالجب، العنة، والخصاء أما العيوب المشتركة بينهما هي الجذام، الجنون، البرص، والعذيظة.

إن للزوجين حق المطالبة بالتفريق القضائي إذا تواجد عيب، إلا أن المشرع الجزائري قد منح هذا الحق إلى الزوجة فقط حسب المادة 53 من قانون الأسرة بإعتبار أن للزوج الصلاحية في التطليق بالإرادة المنفردة.

إن العقم أو عدم القدرة على الإنجاب، بالإضافة إلى بعض الأمراض كالإيدز والكرونا التي تصنف من الأمراض الفيروسية، تصيب جسم الإنسان وتمنع مواصلة الحياة الزوجية أو تجعلها صعبة للطرفين، تثير الجدل بين من يجيز الحق للزوجة طلب التفريق القضائي ومن لا يجيز ذلك، أما المشرع الجزائري فقد أجاز الفرقة لمثل هذه الأمراض وهو ما يستنتج من قرارات وإجتهادات المحكمة.

الخاتمة

بعد هذا العرض الذي تناولنا فيه موضوع التفريق القضائي، وفصلنا القول في بيان ماهية وشروطه وعرفنا فيه العيوب التي تصيب كلا الزوجين ومدى تأثير ذلك على الترابط الزوجين، وغير ذلك من المسائل ذات الصلة بموضوع الدراسة، نأتي الأن لذكر جملة من النتائج المتوصل إليها ثم نردفها بجملة من الإقتراحات وهذا فيما يلي :

أولا: نتائج البحث

1_ التفريق القضائي للعيوب هو من أهم المواضيع التي عالجها الفقه والقانون ، بإعتبار أن العيوب يمس تهدد كيان الأسرة وإستقرارها فلا سبيل للقضاء على هذا المشكل عند تعذر إستمرار الحياة الزوجية إلا باللجوء للتفريق القضائي.

2_ التفريق القضائي هو مصطلح فقهي يقابله مصطلح التطليق في القانون ومعناه هو إنهاء ورفع قيد النكاح عن طريق القضاء و بطلب الزوجة .

3_ إن إختلاف الفقه والقانون في تحديد طبيعة التفريق القضائي للعيوب أعطاه ميزة مهمة تجعلنا نميزه عن باقي التصرفات القانوينة وأثارها.

4_ يخضع التفريق القضائي للعيوب إلى جملة من الشروط والضوابط المحكمة تدور في مجملهت على مدى توفر عنصري العلم والرضا بالعيب.

5_ أعطى المشرع الجزائري حق طلب التفريق القضائي للعيوب للزوجة على خلاف الزوج وهذا مانصت عليه المادة 53 قانون الأسرة الجزائري فقرة 02 وذلك لأن لزوج الحرية في الطلاق بالإرادة المنفردة.

6_ لم يخص المشرع الجزائري دعوى التفريق القضائي للعيوب بإجراءات خاصة بل أخضعها للقواعد الإجرائية العامة المنصوص عليها في المادة 423 و مايليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وكذلك من حيث الإثبات.

7_ لقد سكت المشرع الجزائري عن تحديد العيوب الموجبة للتفريق القضائي مما يستوجب الأخذ بما ذهب إليه الفقه الإسلامي في تحديدهم لها وفيمن يجيز ومن لا يجيز التفريق بسببها .

8_إن العيوب التي ذكرها فقهاء الشريعة ليست على سبيل الحصر وإنما هناك العديد من الأمراض التي يمكن تصنيفها من العيوب الموجبة للتفريق وقد إقتصرت دراستنا على بعضها فقط .

9_ العقم من الأمراض التي قد تصيب جسم أحد الزوجين فتمنعهما من التمتع بنعمة الإنجاب مما قد يتسبب في العديد من المشاكل والضغوطات النفسية التي تؤثر على الحياة الزوجية .

10_ مرض الإيدز أو نقص المناعة المكتسبة هو من الأمراض المستعصية والتي ليس لها علاج، وهو يحول بين المرء وزوجه لأنه ينتقل عن طريق الإتصال الجنسي مما يصنف من بين العيوب التي توجب التفريق بينهما لإستحالة العلاقة الزوجية.

التوصيات :

1_إن موضوع العيوب الموجبة للتفريق من المواضيع المهمشة بالنسبة للمشرع الجزائري، حيث أنه لم يذكره إلا في فقرة واحدة من المادة 53 من قانون الأسرة وهو يستدعي منه إضافة نصوص أخرى لتوضيح المسائل التي تم إغفالها لا سيما فيما يتعلق بالشروط والإجراءات المتبعة.

2_ يبدو واضحا أن في هذا الزمن قد ظهرت العديد من الأمراض التي توجب التفريق القضائي بين الزوجين لصعوبة التعايش معها، فعلى المشرع الجزائري التدخل من أجل تحديد قائمة للأمراض الموجبة للتفريق وأن لا يترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي .

3_ إلزامية السهر على مصداقية التحاليل الطبية قبل الزواج .

4_ إخضاع العيوب أثناء النزاع بين الزوجين المثار بشأنه الى الطرق العلمية الحديثة في الكشف عنه ومعرفة إمكانية العلاج من عدمه.

قائمة المصادر و المراجع

أولا : المصادر

1_ القرآن الكريم

2_ النصوص القانونية

أ_ التشريعات الوطنية:

قانون رقم 08_09 المؤرخ في 23 فيفري 2008، المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد 21 لسنة 2008.

قانون رقم 84_11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بقانون رقم 05_09 المؤرخ في 04 ماي 2005، جريدة رسمية رقم 43 المؤرخة في 22 يونيو 2005، المتضمن الموافقة على الأمر رقم 05_02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 الذي يعدل ويتمم القانون رقم 84_11، جريدة رسمية رقم 15 المؤرحة في 27 فيفري 2005.

ب_ التشريعات الأجنبية :

قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 2005/25، الجريدة الرسمية لدولة الإمارات العربية المتحدة العدد 439 بتاريخ 30 ديسمبر 2005

القانون الأحوال الشخصية المصري رقم 25 لسنة 1920 المعدل بالقانون 25 لسنة 1929 المعدل بالقانون 100 لسنة 1985 الأحوال الشخصية رقم 25 لسنة1920 المتعلق بأحكام النفقة و بعض مسائل الأحوال الشخصية.

القانون رقم 70/03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية الصادرة بتنفيذ الظهير الشريف رقم 103. 10. 01 بتاريخ 03 شعبان 1431ه(16 جويلية2010)، الجريدة الرسمية عدد5859 بتاريخ 13 شعبان 1431ه(26 جويلية2010).

_مجلات العلمية

مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرض الإيدز، العدد التاسع، الجزء الثاني.

مريم بنت عيسى بن حامد العيسى، إثبات عيوب النكاح بالقرائن الطبية، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد103، السنة السابعة والعشرون.

_مجلات قضائية

المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 34784، قرار بتاريخ 1984/11/19، المجلة القضائية، العدد3 لسنة 1989.

الحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف 52850، قرار بتاريخ 1989/03/13، المجلة القضائية، العدد 2، لسنة 1995.

قائمة المراجع:

1_ الكتب الفقهية:

_ أبي زكريا محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب للشرازي، مكتبة الإرشاد، جدة، المملكة العربية السعودية.

_ الإمام الرازي، الصحاح الطبعة02، دار الحداثة، بيروت،، لبنان، 1983.

_إبن حزم، المحلى بالأثار،الجزء10، بدون طبعة، دار الفكر،بيروت، لبنان بدون السنة.

_ابن عابدين، رد المختار، بدون طبعة، دار الفكر، بيروت، 2000.

_ابن لجين، بحر الرائق، شرح كنز الدقائق، الطبعة الثانية، الجزء الرابع، دار الكتاب الإسلامي، دون سنة النشر.

_ابن منظور، لسان العرب، الجزء العاشر، الطبعة الثالثة، دار صادر، بيروت، لبنان، 1993.

_ابن نجيم، البحر الرائق، شرح كنز الدقائق، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، دار المعرفة، بيروت، بدون سنة النشر.

_أبو البركات أخمد بن محمد بن أحمد الدردير العدوي، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، الجزء الرابع، دار المعارف، 2007.

_أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، الجزء 9، الطبعة1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

_أبو جيب سعدي، القاموس الفقهي لغو واصطلاحا، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق، 1989،.

_أبو زكريا محي الدين يحي بن شرف النووي، تهذيب اللغات والأسماء، شركة العلماء بمساعدة إدارة الطباعة المنبرية، دار الكتب العلمية، لبنان.

_ابو عبد الله محمد الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، الجزء الرابع، بدون طبعة، دار عالم الكتاب، مصر، 2003.

_الإمام عماد الدين القرشي إبن كثير، تفسير القرآن الكريم، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1978.

_البيرجمي سليمان بن عمر المصري الشافعي، حاشية البجيرمي على الخطيب، دار الفكر ، بيروت، لبنان،1995.

_الحنبلي ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997.

_الشربيني، المغنى المحتاج، الجزء الثالث، بدون طبعة، الباب الحلبي، مصر، 1958.

_المالكي شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس المصري، الفروق، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 2003.

_بودران ابو العينين بودران، الفقه المقارن في الأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية، الجزء1، بدون طبعة، دار النهضة العربية، بيروت، 1967.

_حسب الله، الفرقة بين الزوجين وما يتعلق بها من عدة و نسب، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، 1968.

_عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، 2008.

_عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسةالشريعة الإسلامية، الطبعة 16، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2004.

_عبد الله الخرشي، اختلاف الفقهاء في الرضا بعيب العنة عند الزواج والخيارية، الجزء الثالث.

_عبد الله محمد الخرشفي، شرح مختصر خليل، الجزء الثالث، مطبعة محمد أفندي، مصر.

_علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الشابع، الطبعة الثانية، دار الكتاب العلمية، بيروت، لبنان، 1986.

_قليوبي وعميرة، حاشيا القيلوبي وعميرة على شرح المحلى على منهاج الطالبين، الجزء الثالث: الإقرار والطلاق، الطبعة الثالثة، مصطفى البابي الحلبي، بدون بلد النشر،2008

_كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بإبن همام، فتح القدير، بدون طبعة، دار الفكر، دون سنة النشر.

_محمد الطاهر ابن عاشور، التحرير والتنوير، الجزء السادس، بدون طبعة الدار التونسية للنشر، تونس، 1989.

_محمد بن احمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثاني، دار الفكر، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر.

_محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، فتح القدير، الطبعة الأولى، دار إبن كثير، بيروت،لبنان،1993.

_محمد سلمان عبد الله، نيل المآرب، مكتبة الفلاح، الكويت، 1983.

_محمد مصطفى الشلبي، نظام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب، دار الهدى العربية، بيروت، 1997.

_يحي النوي، صحيح شرح النوي، الجزء 16، الطبعة الأولى ، مصر، 1930.

الامام الشافعي، العزيز لشرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، الجزء الثامن، الطبعة الاولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 1997

البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، الجزء الخامس، بدون طبعة، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان، بدون سنة النشر.

عبد الرحمان بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، الطبعة الأولى، 1977 .

محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، بدون طبعة، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، 2003.

وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الثانية، الجزء الخامس، دار الفكر للنشر والتوزيع، سوريا، 1985.

_ الكتب القانونية:

_ بلغيث عمارة ،الوجيز في الإجراءات المدنية ،دار العلوم للنشر و التوزيع ،الجزائر ،2002.

_أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2004

_بلحاج العربي، قانون الأسرة ومبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2000.

_سائح سنقوقة ، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدراية ،نصا شرحا تعليقا تطبيقا ،الجزء الأول دار الهدى ، الجزائر 2011.

_شويحة زينب ، الإجراءات المدنية في ظل القانون 09/08 ،الجزء الثاني ،(الدعوى ،الإختصاص ، الخصومة ،طرق الطعن) ، الطبعة الأولى ، دار أسامة ، الجزائر ،2005.

_عبد الرحيم عبد الله، الأمراض المنقولة جنسيا، دار الشروق، مصر، 2009.

_عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 1996.

_عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

_فاروق مصطفى خميس، قاموس الإيدز الطبي "مرض العصر"، دار ومكتبة الهلال، 1987.

_فريجة حسين ، المبادئ الأساسية في قانون الاجراءات المدنية و الإدارية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 2010.

_فؤاد جاد الكريم محمد، حق الزوجين في طلب التطليق بينهما للعيوب في الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية، مكتبة مديولي، القاهرة.

_محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل والتمم بالأمر 05_02، دار الوعي، الجزائر، 2012.

_محمد عبد التواب، المستحدث في قضاء الأحوال الشخصية، دار الكتاب الحديث، دون بلد النشر، 1991

_محمد علي البار، الأمراض الجنسية أسبابها وعلاجها، دار المنارة، جدة، 1986.

_محمد لفروجي، قانون الأسرة المغربي آخر التعديلات مع النصوص التطبيقية، الطبعة1، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، المغرب، 2006

_محمود محمد الطنطاوي، الاحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990

_منصوري نورة، التطليق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، الجزائر،2012.

_وفاء بنت علي سليمان الحمدان، التفريق بالعيب بين الزوجين والآثار المترتبة عليه (دراسة فقهية مقارنة)، كنوز المعرفة، 1999.

_يوسف صلاح الدين يوسف، الآثار المترتبة على الإصابة بالأمراض المعدية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008.

_المذكرات:

_أشرف يحيى رشيد العمري، نظرية التفريق القضائي بين الزوجين (دراسة تأصيلية ومقارنة)، اطروحة إستكمال لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الفقه و أصوله،كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردني،2012/2011.

_ حسين صلاح الصغير عبد الله، مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، دراسة مقارنة، دارالجامعية الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.

_صورية محمد لعمارة، إشكاليات قانون الأسرة بين التشريع الساري والتعديلات المقترحة، الزواج_الطلاق، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاة ، 2002_2005.

_عبد الله عابدي، حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل درجة الماجستر، قسم الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2010-2011.

_عربي الناصر وقرفيط محمد، العيوب الموجبة لفسخ النكاح دراسة فقهية مقارنة في ضوء المستجدات المعاصرة، مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات شهادة الماستر تخصص فقه وأصول، كلية العلوم الإنسانية والإجتماعية والعلوم الإسلامية ، قسم العلوم الإسلامية، جامعة العقيد أحمد دراية، الجزائر، 2019/2018 .

قسنطيني حدة ، إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية و تطبيقاتها القضائية ،دراسة تطبيقية بمجلس قضاء الجلفة ، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاة، الدفعة 12، الجزائر، 2004/2001.

محمد حجاري، نظام الإثبات في أحكام الأسرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2007.

نوال محمد شاكر، التفريق بين العيوب للزوجين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2007.

_التراجم والقواميس:

_ أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، معجم مقياس اللغة، الجزء الرابع، دار الفكر، مصر.

_أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، كتاب العين كلمة عيب.

_المنجب بن عثمان بن أسعد التنوخي زين الدين، الممتع في شرح المقنع، الطبعة03، مكتبة الأسدي.

_مجمع اللغة العربية بالقاهرة (مصطفى، إبراهيم، الزيات، أحمد، عبد القادر، حامد، النجار، محمد)، المعجم الوسيط، الطبعة 4، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة.

_مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، 2004.

ثالثا: المراجع بالغة الأجنبية:

1. A/Domart et D_ J Bour neuf. Nouveau larousse Médical. Librairi Larouuse. Paris. 1981

الفهرس

الفهرس

العنوان	الصفحة
إهداء	/
شكر وتقدير	/
مقدمة	5_1
الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتفريق القضائي	34-6
الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للتفريق القضائي	6
المبحث الأول: مفهوم التفريق القضائي	7
المطلب الأول: تعريف التفريق القضائي	7
الفرع الأول: التعريف اللغوي للتفريق القضائي	7
الفرع الثاني: تعريف التفريق القضائي اصطلاحا	9
المطلب الثاني: تمييز التفريق القضائي عن بعض المصطلحات المشابهة له	12
الفرع الأول: التمييز بين التطليق والخلع	13
الفرع الثاني: التمييز بين التطليق والطلاق	14
الفرع الثالث: التمييز بين التفريق والفسخ	14
المبحث الثاني: أحكام التفريق القضائي للعيوب	15
المطلب الأول: الأحكام الموضوعية للتفريق القضائي للعيوب	15
الفرع الأول: من حيث شروط التفريق للعيوب	16
الفرع الثاني: من حيث طبيعة التفريق القضائي للعيوب	24
المطلب الثاني: الأحكام الشكلية للتفريق القضائي للعيوب	25
الفرع الأول: إثبات العيب في التفريق القضائي	25
الفرع الثاني: إجراءات رفع دعوى التفريق القضائي للعيوب	29

الفهرس

خلاصة الفصل الأول	34
الفصل الثاني: العيوب الموجبة للتفريق القضائي	62-35
المبحث الأول: مفهوم العيوب الموجبة للتفريق القضائي	35
المطلب الأول: تعريف العيوب الموجبة للتفريق القضائي	35
الفرع الأول: تعريف العيب	35
الفرع الثاني: تعريف العيوب المعتبرة للتفريق القضائي	38
المطلب الثاني: مشروعية العيب الموجب للتفريق القضائي	42
الفرع الأول: موقف الفقه من العيب الموجب للتفريق القضائي	42
الفرع الثاني: موقف القانون من العيب الموجب للتفريق	51
المبحث الثاني: نماذج عن العيوب الموجب في التفريق القضائي	54
المطلب الأول: العقم.	55
الفرع الأول: تعريف العقم.	55
الفرع الثاني: موقف الفقه والقانون من العقم.	57
المطلب الثاني: الإيدز	59
الفرع الأول : تعريف مرض الإيدز ومظاهره.	59
الفرع الثاني: موقف الفقه و القانون من مرض الإيدز	60
ملخص الفصل الثاني	62
خاتمة	63
قائمة المراجع	66

ملخص الدراسة

يعالج هذا البحث موضوع التفريق القضائي بين الزوجين للعيوب، والذي يعد مشكلة من المشاكل التي تؤدي إلى التفكك الأسري ويكون سببها عيب في الزوج ألحق بالزوجة ضرر سواء كان مادي أو معنوي، ويكون ذلك بناءا على طلب الزوجة وبإرادتها المنفردة ويتم بحكم قضائي ولو عارضه الزوج طالما أنها متضررة، ويفرق القاضي بينهما عملا بنص المادة 53 فقرة 02 من قانون الأسرة، وحكم القاضي هنا نشأ لأن العصمة بيد الزوج وتبعا لذلك فهي لا تملك أن تفرق نفسها بنفسها من زوجها .

وقد جاءت الشريعة الإسلامية لتسن منهجا واضحا وفعالا في رفع الضرر عن الزوجة وذلك بشتى الطرق الممكنة بذكر الأسباب التي يمكن للزوجة أن تستند عليها وقد وافقت القوانين الوضعية ذلك.

Résumé

Ce thème aborde le sujet de la séparation judiciaire en raison de défauts entre es conjoints est c est un problème qui conduit à la séparation des familles et la cause de la séparation de la famille si le mari (époux) soufre d’une incapacité physique ou morale pouvant infligé des dommages matériels ou morales a sa femme (épouse).

A la demande de la femme consacrer par une décision judicaire même si le mari s’y opposé, le juge les séparer de son mari.

La charia est venue pour développer une approche claire et efficace, afin d’éviter à la femme (épouse) de subir les conséquences de l’incapacité du mari.