التفريق للعيوب بين الزوجين وأثره على الصداق
دراسة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أ. عدلان مطروح
جامعة تبسة

إن الزواج قوامه الألفة والمودة والمحبة لقوله تعالى ﴿ وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَـَٔايَـٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾الروم:21، وإن من المقاصد الأساسية للشريعة الإسلامية حفظ النفس، وحفظ النسل، وحفظهما من جهة الوجود لا يكون إلا بالزواج ليتحقق به سنة الله الماضية في الكون ألا وهي تعاقب الأجيال فإذا وجد هناك مانع لتحقيق هذه المقاصد كالعيوب المنفرة ،أو المانع من الوطء ، والاستمتاع بأحد الزوجين ، فهل الشريعة تعطي الحق للمتضرر منهما طلب الرد؟ ، و هل لهذا الرد أثر فيما يتعلق بالصداق ؟ ، هذا ما نجيب عنه من خلال هذا المقال الذي قسمته إلى مطلبين: المطلب الأول: التفريق بالعيوب، المطلب الثاني: أثر التفريق بالعيوب على الصداق.

Le mariage repose sur l'amour ، Parmi ses fondement originels légaux ، il y a la préservation du genre humain ، cela ne saurait etre que par l'union du mariage ، pour l'accomplissement du la loi divine a savoir la regenération du genre humain، S'il se trouve un empéchement quelconque pour la réalisation de ces objectif tels que les vices ،Dans ces cas l'on

s'interroge si la jurisprudance permet le divorce c'est l'objet de notre propes ci après .

المطلب الأول: التفريق بالعيوب

النكاح قوامه الألفة والمودة والمحبة، ولكن لو وجد ما يعكر صفو هذه العلاقة كوجود عيب منفر في الزوجة، أو مانع من الوطء والاستمتاع بها فهل يلزم الزوج أو الزوجة بالصبر معها واعتبار أن ما حل بهما مصيبة نزلت عليهما ، أو على أحدهما ، أم أن الشارع أباح لهما أن يردا هذا النكاح رفعا للضرر عنهما ؟

فالذي ذهب إليه جمهور الفقهاء و هم المالكية، والشافعية ، والحنابلة أنّ للمتضرر منهما فسخ هذا النّكاح وردّه بشرط أن يكون العيب قديما، وأن لا يرضى به أحدهما عند الإطلاع عليه ، سواء تعلقت العيوب بالزوج ،أو بالزوجة[1].

قال الماوردي: اعلم أن النكاح يفسخ بالعيوب، والعيوب التي يفسخ بها النكاح تستحق من الجهتين فيستحقها الزوج إذا وجدت بالزوجة العيوب التي يفسخ بها النكاح، وتستحقها الزوجة إذا وجدت بالزوج العيوب التي يفسخ بها النكاح[2].

و استدل الجمهور لما ذهبوا إليه بما يلي:

1- ما رواه أحمد في مسنده عن جميل بن زيد قال: صحبت شيخا من الأنصار ذكر أنّه كانت له صحبة يقال له كعب بن زيد أو زيد بن كعب

---

[1]- مغني المحتاج ج3- ص202، الأم ج5- ص84، المغني ج7- ص140، فتاوى ابن تيمية ج32- ص131. دليل الطالب ج1- ص234، الفروع ج5- ص173، عمدة الفقه ج1- ص97، الشرح الكبير، ج2- ص277،الشرح الصغير ج1- ص423، الكافي ج1- ص258، حاشية الدسوقي ج2- ص280، الفقه الإسلامي وأدلته ج9- ص7047، الفقه المنهجي ج3- ص111، بداية المجتهد ج2- ص50.

[2]- الحاوي الكبير للماوردي ، ج9 ص852 .

فحدثني أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بني غفار فلمّا دخل عليها وضع ثوبه ، وقعد على الفراش أبصر بكشحها بياضا فانحاز عن الفراش ثمّ قال: خذي عليك ثيابك ، ولم يأخذ مما اتاها شيئا [1] .

ووجه الاستدلال بالحديث أنّ النبي صلى الله عليه وسلم ردّ هذه الزوجة لما رأى فيها عيبا وهو البرص.

2-ما رواه مالك عن يحي بن سعيد بن المسيب أنّه قال : قال عمر بن الخطاب : أيّما رجل تزوج امرأة و بها جنون ،أو جذام ، أو برص ، فمسها فلها صداقها كاملا، وذلك لزوجها غرم على وليها [2] .

3-ما رواه البخاري عن سعيد بن ميناء قال سمعت أبا هريرة يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر وفر من المجذوم كما تفر من الأسد)[3].

قال البيهقي نقلا عن الشافعي ما نصه: الجذام والبرص يزعم أهل العلم بالطب والتجارب أنه يعدي الزوج كثيرا وهو داء مانع للجماع لا تكاد نفس أحد تطيب بمجامعة من هو به ولا نفس امرأة أن يجامعها من هو به وأما الولد فبين أنه إذا كان من ولده أجذم أو أبرص أنه قلما يسلم وان سلم أدرك نسله[4] .

---

[1]- مسند أحمد، كتاب مسند المكيين، باب حديث كعب بن زيد أو زيد بن كعب ج3 ص493 ، سنن البيهقي ، باب ما يرد به النكاح من العيوب ج 7 ص 213 .

[2]- الموطأ ، كتاب النكاح، باب ما جاء في الصداق و الحباء ج2 ص 526 .

[3]- البخاري ،كتاب الطب ، باب الجذام ، ج5ص2158 .

[4]- فتح الباري ج10 ص161 .

وذهب الحنفية إلى أنّ الردّ بالعيوب يثبت للزوجة دون الزوج ، لأن للزوج الخيار في الإمساك بالمعروف، أو التسريح بالإحسان، و هو الطلاق [1] خلافا للمرأة.

واستدلوا على ذلك بما يلي:

1-ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: لا ترد الحرة عن عيب[2].

2- ما روي عن علي رضي الله عنه قال: إذا وجد بامرأته شيئا من هذه العيوب فالنّكاح لازم له إن شاء طلق و إن شاء أمسك [3] .

3- قول عمر الذي استدل به الجمهور معارض بأقوال غيره من الصحابة كعبد الله بن مسعود، أو علي بن أبي طالب ويمكن أن نجمع بينها بأن عمر أثبت الخيار و المراد خيار الطلاق [4].

4-إنّ الرد بالعيب يكون لدفع الضرر، و الزوج لا يتضرر بوجود العيوب في الزوجة خلافا لها، لأنهّ يمكنه أن يرفع ذلك عنه بالطلاق.

5-و أمّا الحديث فلم يصح لأن في إسناده جميل بن زيد و هو مجهول، واختلف عليه في شيخه اختلافا كثيرا ، وقال البخاري لا يصح حديثه [5] .

6-كل عقد لم يفسخ بنقصان الأجزاء لم يفسخ بتغير الصفات كالهبة طردا والبيوع عكسا، ولأن عقد النكاح إن جرى مجرى عقود المعاوضات كالبيوع وجب أن يفسخ بكل عيب، وإن جرى مجرى غيرها من عقود الهبات والصلات

---

[1]- المغني ج7- ص140، بداية المجتهد ج2-ص50، المبسوط للسرخسي ج5- ص95، المحلى ج10- ص109، سبل السلام ج3- ص135، نيل الأوطار ج6- ص298، الفقه الإسلامي وأدلته ج9- ص7047

[2]- المبسوط ج5 ص 96 .

[3]- نفسه.

[4]- نفسه.

[5]- سنن البيهقي ج7 ص 214 ، سبل السلام ج3 ص 135 .

وجب أن لا يفسخ بعيب وفي إجماعهم على أن لا يفسخ بكل العيوب دليل على أنه لا يفسخ بشيء من العيوب[1].

وذهب ابن حزم الظاهري إلى أنه لا يرد بالعيب زوج أو زوجة فقال:لا يفسخ النكاح بعد صحته بجذام ولا ببرص كذلك ولا بجنون كذلك ولا بأن يجد بها شيئا من هذه العيوب ولا بأن تجده هي كذلك ولا بعنانة ولا بداء فرج ولا بشيء من العيوب [2]، وقال في موضع أخر : أنه لا رد له فيها ولا رد لها فيه بشيء من هذه العيوب ولا من غيرها لا قبل الدخول ولا بعده [3].

واستدل على ذلك بما يلي :

1-ما رواه عن وكيع عن إسماعيل بن أبي خالد عن الشعبي قال: قال : علي بن أبي طالب أيما رجل تزوج امرأة مجنونة أو جذماء أو برصاء أوبها قرن فهي امرأته إن شاء طلق وإن شاء أمسك [4].

2-ما رواه من طريق وكيع عن سفيان الثوري عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم النخعي قال الحرة لا ترد من عيب [5].

3-ما رواه من طريق سعيد بن منصور عن هشيم عن المغيرة عن إبراهيم أنه كان يقول هي امرأته إن شاء أمسك وإن شاء طلق دخل بها أو لم يدخل بها ليس الحرائر كالإماء الحرة لا ترد من داء [6].

4- ومن طريق وكيع عن سفيان عن عمرو بن ميمون عن عمر بن عبد العزيز فيمن تزوج فدلس له فيها بعيب قال ليس لك إلا أمانة أصهارك [7].

---

(1)- الحاوي الكبير ج9 ص853 .
(2)- المحلى ج10 ص109 .
(3)- نفسه.
(4)- نفسه.
(5)- نفسه.
(6)- نفسه.
(7)- نفسه.

5- ومن طريق الحجاج بن المنهال عن حماد بن زيد عن أيوب السختياني قال كتبت إلى أبي قلابة أسأله عن رجل تزوج امرأة فعرض لها طب أو جنون قال هذه امرأة ابتليت فلتصبر [1].

و أمّا قانون الأسرة فتفاديا لهذه الإشكالات فقد اشترط السلامة من العيوب عند العقد بإظهار وثيقة طبية تظهر خلوهما من الأمراض لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر.

جاء في المادة 07 مكرر من قانون 05-02 : يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن 03 أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج .

يتعين على الموثق ، أو ضابط الحالة المدنية أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ، وعلمهما بما قد تكشف عنه من أمراض ، أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج ، ويؤثر بذلك في عقد الزواج .

وهذا الشرط عبارة عن إجراء وقائي منعا للخصومة بين الزوجين ، إما بالتعرف عن عيب الأخر والرضا به ولا يصح طلب الرد به بعد ذلك ، أو الإعراض عن هذا الزواج أصلا .

وأما لو وقع الزواج من غير اعتبار هذا الشرط كما يحدث في الغالب فإن المشرع يعطي لكليهما حق الرد ، فأما الزوج فيعتبر طلاقه مسببا ، فلا يحكم عليه القاضي بالتعويض لوجود المبرر ، وعدم وجود التعسف كما تنص عليه المادة 52 : إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها .

---

[1]- نفسه.

فبمفهوم المخالفة إذا لم يظهر التعسف حكم القاضي بالطلاق دون إلزامه بشيء من التعويض، لأنه في هذه الحالة المتضرر ليس الزوجة ، وإنما الزوج

.

وأما الزوجة فيعطي لها الحق في طلب التطليق كما ورد في المادة 53: يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية : الفقرة الثانية : العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، والفقرة العاشرة من المادة المذكورة : كل ضرر معتبر شرعا.

وهذا ما أكده القضاء في قراراته جاء في قرار المحكمة العليا رقم 87301 بتاريخ 22-12-1992 : من المقرر قانونا وقضاء ، وأنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق استنادا إلى وجود عيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج كتكوين أسرة ، وتربية الأولاد .

ولما أسس قضاة الموضوع قرارهم بالتطليق على عدم إمكانية إنجاب الأولاد ، استنادا لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج ، فإنهم قد وفروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية ماعدا ما يتعلق بإلزام الزوج بالتعويض مما يتوجب نقضه جزئيا في هذا الجانب لانعدام حالة التعسف[1] .

و الذي يترجح ما ذهب إليه الجمهور لقوة استدلالهم من جهة الأثر و هو حديث رد رسول الله صلى الله عليه وسلم المرأة الغفارية التي تزوجها لما رأى فيها عيبا وهو البرص فقال لها : الحقي بأهلك ، وفي رواية: دلستم علي ، و هذا الحديث رواه كذلك الحاكم في المستدرك [2] .

---

[1]- المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا ، تاريخ الإصدار 1995 ، العدد 2 ،ص92 .
[2]- المستدرك على الصحيحين ج4 ص 36 .

وأما المرأة الغفارية هي أسماء بنت النعمان الغفارية ، ولو فرضنا ضعفه فإنه يستأنس به ، لترجيع قول عمر على قول علي وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم.

ومن جهة النظر إنّ الزوج قد دُلِّس عليه فجاز أنّ يرد المرأة بالعيب كما يرد البيع بذلك، ولا نقول إنّ الزوج يملك الطلاق فله أن يرفع به الضرر عن نفسه، لأنّ الطلاق يؤدي إلى إثبات حقوق للمرأة عليه، من بينها المهر كاملا عند الدخول، ونصفه قبله، و أمّا التفريق بسبب العيب فلا يترتب على الزوج فيه شيء قبل الدخول بخلاف بعده ، ولكنه يرجع عند المالكية وغيرهم على وليها بما دلس عليه.

فأما ما استدل به الحنفية بأنه إما أن يفسخ بكل العيوب كالبيوع أو لا يفسخ بشيء منها كالهبات، فالجواب عنه : أنه بالبيوع أخص : لأنهما عقدا معاوضة غير أن جميع العيوب تؤثر في نقصان الثمن فاستحق بجميعها الفسخ، وليس كل العيوب تؤثر في نقصان الاستمتاع، فلم يتسحق بجميعها الفسخ[1].

والعيوب التي ترد بها الزوجة عند الجمهور قسمان:

القسم الأول: عيوب جنسية وهي العيوب التي تمنع من الدخول بالمرأة وهي:

عند الشافعية شيئان[2]:

1-الرتق : وهو انسداد محل الجماع لدى المرأة بلحم .

2-القرن: وهو انسداد محل الجماع لدى المرأة بعظم.

عند الحنابلة ثلاثة[1]:.

---

[1]- الحاوي الكبير ج9 ص856 .

[2]- الأم ج5 ص 84، مغني المحتاج ج3 ص 202، المغني ج7 ص 140، الفقه الإسلامي وأدلته ج9 ص 7049، الفقه المنهجي ج3 ص 111.

1- العفل : وهي غدة تمنع ولوج الذكر ، أو رغوة تمنع لذة الوطء .

2- الفتق : اختلاط مجرى البول و المني.

3- القرن: عند الحنابلة لحم ينبت في الفرج فيسده.

و أما عند المالكية فأربعة [2] :

1- القرن: وهو عندهم شيء يبرز في فرج المرأة يشبه قرن الشاة يكون لحما غالبا، فيمكن علاجه، وتارة يكون عظما فلا يمكن علاجه.

2- الرتق: انسداد مسلك الذكر بحيث لا يمكن الجماع ، إلا أنّه إن انسد بلحم أمكن علاجه لا بعظم .

3- العفل: لحم يبرز في قبلها ، وقيل رغوة تحدث في الفرج عند الجماع.

4- الإفضاء:اختلاط مسلك البول و الذكر.

القسم الثاني: عيوب لا تمنع الدخول بالمرأة، ولكنها منفرة لا يمكن المقام معها إلا بضرر بين وهي:

عند الشافعية[3]:

1-الجنون

2- الجذام : وهو علة يحمرّ منها العضو ثمّ يسودّ ثمّ ينقطع ويتناثر .

3-البرص: هو بياض شديد يبقع الجلد ويذهب بدمويته .

---

[1]- المغني ج7 ص 140 ، دليل الطالب ج1 ص 234 ، فتاوى إبن تيمية ج32 ص 171، عمدة الفقه ج 1 ص 97 ، الفقه الإسلامي و أدلته ج9 ص 7051 .

[2]- الشرح الكبير ج2 ص272 ، الشرح الصغير ج1 ص 425 ، حاشية الدسوقي ج2 ص278، الكافي ج1 ص 565 ، الفقه الإسلامي و أدلته ج9 ص 7050 .

[3]- الأم ج5ص 84، مغني المحتاج ج3 ص 202، المغني ج7ص 140، الفقه المنهجي ج3 ص 111. الفقه الإسلامي و أدلته ج 9ص 7050 .

ولا يفسخ بغير هذه العيوب ، فلا يفسخ بالبخر ، و العنان ، و الاستحاضة ، و القروح السيالة ، و الزمانة ، و الإفضاء لأنّ هذه الأمور لا تفوت مقصود النكاح .

عند الحنابلة[1]:

الجنون، و الجذام ، و البرص ، و الاستحاضة :

قال ابن تيمية : الاستحاضة عيب يثبت به فسخ النكاح في أظهر الوجهين عند أحمد وغيره لوجهين : **أحدهما** هو أنّ هذا مما لا يمكن الوطء معه إلا بضرر يخافه ، و أذى يصل له .

و الثاني : أنّ وطء المستحاضة عند أحمد في المشهور عنه لا يجوز إلا لضرورة [2] .

وليس من العيوب المجوزة للفسخ القروح و العمى ، و العرج ، وقطع اليدين والرجلين لأنّه لا يمنع الاستمتاع ولا يخشى تعديه .

أما عند المالكية [3] :

الجنون، الجذام و البرص.

العذيطة : خروج الغائط أو البول عند الجماع ، ويقال للمرأة عذيوطة .

البخر: هو نتن الفرج.

وليس من العيوب السواد، و القرع، و العمى، و العور، و العرج، ونحوها من العاهات إلا إذا اشترط السلامة منها.

---

[1]- المغني ج7 ص 140 ، دليل الطالب ج1 ص 234، عمدة الفقه ج1 ص 97، فتاوى ابن تيمية ج32 ص 171، الفقه الإسلامي و أدلته ج9 ص 7051 .

[2]- فتاوى ابن تيمية ج32 ص 171 .

[3]- الشرح الكبير ج1 ص 424، الشرح الكبير ج2 ص 279، مواهب الجليل ج3 ص 485، الكافي ج1 ص 565، الفقه الإسلامي و أدلته ج9 ص 7050.

قال ابن القاسم : إن وجدها عمياء ، أو مقعدة ، أو شلاء ، وشرط الولي عنها صحتها فهو مثل ذلك ، ولا شيء عليه من صداقها إن لم يدخل بها ، و إن دخل بها فعليه المهر ويرجع على الذي أنكحها لأن مالكا قال في امرأة تزوجت فإذا هي بغية يزوجوه على نسب، و إن زوجوه فلا شيء عليه [1] .

وقال ابن عبد البر : تحصيل مذهب مالك أنّه لا ترد الزوجة بغير هذه العيوب الثلاثة التي جاءت منصوصة عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، وترد من كل داء يمنع من الجماع .

لأنه الغرض المقصود من النّكاح ، ولأن العيوب الثلاثة[2] المنصوصة عن عمر تمنع من طلب التناسل وهو معنى النّكاح .

ولا ترد المرأة بالعمى، ولا بالسواد ، ولا بالعور إلا أن يشترط السلامة من ذلك، فإن اشترطها ثم وجد العيب كان له الرد إن شاء[3] .

قال ابن القاسم: إذا اشترط الناكح السلامة ردت من كل عيب قياسا على قول مالك فيمن اشترط النسب، فخرجت بغية[4].

وأما العيوب التي في الرجل فالجب والعنة[5] وزاد المالكية الخصاء والاعتراض[6] .

الجب: وهو قطع الذكر والأنثيين وكذا مقطوع الأنثيين فقط إذا كان لا يمني وإلا فلا رد به، ومثل قطع الذكر قطع الحشفة على الراجح العنة: بضم العين صغر الذكر بحيث لا يتأتى به الجماع.

---

(1)- الاستذكار ج5 ص 420، 421.
(2)- العيوب الثلاثة : هي الجنون ، والجذام ، والبرص .
(3)- الكافي ج1ص566-567 .
(4)- الاستذكار ج5 ص 421 .
(5)- الشرح الكبير ج2 ص277 ، الحاوي الكبير للماوردي ج9ص852، الفقه المنهجي ، ج4 ص111، عمدة الفقه ، ج1 ص96
(6)- الشرح الكبير ج2 ص277 .

الخصاء :هو قطع الذكر دون الأنثيين.

الاعتراض:عدم انتشار الذكر.

والذي يترجح في المسألة أنّ الرد لا يقتصر على هذه العيوب، بل يشمل كل عيب منفر لا يستطيع الزوج الصبر عليه ، كالعمى والعرج والعور والشلل وغير ذلك، لأنّ النكاح ليس المقصد الوحيد منه هو الجماع بل له مقاصد كثيرة من أهمها: إيجاد ذرية صالحة تحقق رسالة الله في الوجود ، و هذه الذرية لا يمكن أن تقوم على رعايتها وتربيتها عمياء ، و شلاء ، ومقطوعة اليدين أو الرجلين إلا بمن يعينها على ذلك ، فكأننّا اشترطنا على الزوج أن يصحب مع المرأة خادما لها وهذا الشرط ليس من مقتضى العقد فيكون باطلا ، ولذا ترد من كل عيب منفر، وخاصة العيوب المعدية كالسيلان والزهري ، وفي زماننا السيدا ،ولا نقول يجب على الناكح أن يشترط السلامة من كل العيوب حتى ترد بها الزوجة لأنّ الاشتراط حاصل بدلالة العرف ، والمعروف عرفا كالمشروط شرطا.

وهذا ما ذهب إليه الإمام ابن شهاب الزهري واختاره الإمام ابن القيم فقال كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ، ولا يحل به مقصود النكاح من المودة والرحمة يوجب الخيار[1] .

و هو اختيار التشريع الجزائري والقضاء، فالتشريع يعتبر أن أي عيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج يكون سببا من أسباب التطليق عند المرأة كما نص على ذلك صراحة في المادة 53: يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية: الفقرة الثانية: العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

[1]-سبل السلام ج3 ص 135، الاستذكار ج5 ص 421، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9 ص7051.

وقد بين الهدف من الزواج صراحة في المادة 4 : الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة، والرحمة، والتعاون، وإحصان الزوجين ، والمحافظة على الأنساب .

ولهذا اعتبر القضاء العقم عيبا في الزوجين فحكم للمرأة بالطلاق لمناقضته هدف الزواج من تكوين الأسرة، ولرفع الضرر عن المرأة المتشوفة للأولاد .

جاء في قرار المحكمة العليا رقم 87301 بتاريخ 22-12-1992 : من المقرر قانونا وقضاء أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق استنادا إلى وجود عيب يحول دون تحقيق الزواج كتكوين أسرة ، وتربية الأولاد .

ولما أسس قضاة الموضوع قرارهم بالتطليق على عدم إمكانية إنجاب الأولاد، استنادا لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج ، فإنهم قد وفروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية ماعدا ما يتعلق بإلزام الزوج بالتعويض مما يتوجب نقضه جزئيا في هذا الجانب لانعدام حالة التعسف[1] .

والقاضي لا يحكم بالرد إلا إذا كان المرض مستحكما فإن أمكن علاجه أجل الحكم في الواقعة ، ولذلك ذهب عامة الفقهاء[2] إلى أن العنين مثلا يؤجل سنة لعله يشفى فيها ، فإن لم تتحسن حالته حكم القاضي بالتفريق، وهو ما ذهب إليه القضاء الجزائري في أحكامه جاء في قرار رقم 34784 بتاريخ 19-11-1984 : متى كان مقررا في الفقه الإسلامي ، وعلى ما جرى به القضاء إنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج ، وأن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلها

(1)- المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا ، تاريخ الإصدار 1995 ، العدد 2 ،ص92 .
(2)- المبسوط ج6 ص282 ، الكافي ج2 ص564 ، الحاوي الكبير ج9 ص921 .

، وبعد انتهائها فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية .

إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف لم يحترموا هذه القاعدة الشرعية واعتبروا أن الفترة التي مكثت فيها الزوجة سابقا بسكن زوجها دون استطاعة هذا الأخير مباشرتها جسميا تعد كافية لإثبات عجزه المستمر عن ذلك ، والحال أن الاجتهاد القضائي استقر على أن السنة التي تمنح للزوج يبدأ مفعولها من يوم تاريخ تنفيذ الحكم القاضي بها فإن هؤلاء القضاة خالفوا مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية فيما قضوا به ، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على هذه الوجه المثار من الزوج الطاعن [1] .

المطلب الثاني: أثر التفريق بالعيوب على الصداق

سبق أن عرفنا في المطلب السابق أن الحنفية وابن حزم يرون أنّ المرأة لا ترد بالعيب وإنمّا الزوج بالخيار إن شاء أمسك ، وإن شاء طلق ، فإن هو طلقها قبل الدخول كان لها نصف المهر لقول الله تعالى : ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ ۚ وَأَن تَعْفُوٓاْ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ۚ وَلَا تَنسَوُاْ ٱلْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾البقرة: 237.

[1]- المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا ، تاريخ الإصدار 1989 ، العدد 3 ،ص73 .

وإن طلقها بعد الدخول كان لها المهر كاملا لقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا۟ مِنْهُ شَيْـًٔا ۚ أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَـٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴾النساء:20 .

وأمّا الجمهور وهم المالكية و الشافعية و الحنابلة الذين يرون جواز رد المرأة بالعيب إذا لم يرض به الزوج وكان قديما، فقد اتفقوا على أنّ الرد إذا كان قبل الدخول لا تستحق المرأة من الصداق شيئا لأنها مدلسة عليه[1] ، و أمّا بعد الدخول فقد اختلفوا على قولين .

القول الأول: قول الحنابلة [2] وهو أنّ الزوج يرجع بالمسمى على وليها لتدليسه عليه وتغريره.

وهو قول المالكية[3] إذا كان الولي قريبا لا يخفى عليه حالها كأب و أخ وابن وكانت غائبة عن مجلس العقد، فإن حضرته كان الزوج مخيرا بين أن يرجع على الزوجة، أو الولي لتدليسهما بالكتمان، و أمّا الولي البعيد الذي شأنه أن يخفى عليه حالها كابن عم، وحاكم فإنّه يرجع عليها فقط عدا ربع دينار لئلا يخلوا البضع عن مهر فيشبه وطؤها بالزنا.

واستدل أصحاب هذا القول بما يلي :

---

[1] - المغني ج7ص 143، دليل الطالب ج1ص 234، الأم ج5 ص 85، الفقه المنهجي ج3 ص 115، الشرح الكبير ج2 ص 285، الشرح الصغير ج1 ص 427، الفقه الإسلامي و أدلته ج9 ص 7056، 7057.

[2]- المغني ج7 ص 144 ، فتاوى ابن تيمية ج32 ص 171، الفقه الإسلامي و أدلته ج9 ص 7057 ، دليل الطالب ج1 ص 234 .

[3]- الشرح الصغير ج1 ص 248، الشرح الكبير ج2 ص 286 ، حاشية الدسوقي ج2 ص 286 ، الفقه الإسلامي و أدلته ج9 ص 7056 .

1-ما رواه مالك عن يحي بن سعيد بن المسيب أنّه قال : " قال عمر بن الخطاب : أيّما رجل تزوج امرأة و بها جنون ،أو جذام ، أو برص ، فمسها فلها صداقها كاملا ، وذلك لزوجها غرم على وليها[1].

2-القياس على المدلس بالعيب في السلع إذا استهلكت [2] .

القول الثاني: قول الشافعية [3] وهو أنّه يثبت بعد الدخول مهر المثل، ولا يرجع عليها ولا على وليها بشيء لأنّه استوفى منفعة البضع المقوم عليه بالعقد .

واستدلوا على ذلك بما يلي:

ما رواه الترمذي و أبو داود وغيرهما عن عائشة رضي الله عنها، أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال : " أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له [4] .

ووجه الاستدلال بهذا الحديث أنّه إذا كان المسيس في النكاح الباطل يوجب لها المهر كله كان أحرى أن يجب لها ذلك بالنكاح الصحيح الذي لو شاء أن يقيم عليه ، ويرضى بالعيب كان ذلك له [5] .

---

[1]- الموطأ ج2 ص 526 ، سنن البيهقي ج7 ص 214 .

[2]- الإستذكار ج5 ص423 .

[3]- الأم ج5 ص 85، مغني المحتاج ج3 ص 205، المغني ج7 ص 143، الفقه المنهجي ج3 ص 115، الفقه الإسلامي و أدلته ج9 ص 7057، الاستذكار ج5 ص421 .

[4]- سنن الترمذي كتاب النكاح عن رسول الله ، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي ج3 ص 407 ، سنن أبي داود ، كتاب النكاح ، باب الولي ج2 ص 229 ، سنن إبن ماجة كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي ج1 ص 605 مسند أحمد ، كتاب باقي مسند الأنصار ، باب حديث السيدة عائشة ج 6 ص 66

[5]- الاستذكار ج5 ص 422.

وبهذا أخذ ابن عبد البر من المالكية فقال : إن استحقت المرأة المهر بالمسيس فالقياس ألا يكون على الولي شيء علم أو لم يعلم ، لانّ الزوج قد اعتاض من مهره المسيس فكيف يكون له عوض آخر[1] .

أما المشرع الجزائري فلم يعرج على هذه المسألة ، ولكن بالرجوع للقضاء نجد أن القاضي يحكم لها بالصداق لأنه من الحقوق التي تستحقه المرأة بالعقد ، ويتأكد كله بعد الدخول ونصفه قبل الدخول ، كما جاء في قرار المحكمة العليا رقم 33715 بتاريخ 25-6-1984 : من المقرر شرعا أنه لا يؤخذ بعين الاعتبار طلب إسقاط حقوق المطلقة بسبب فقد بكارتها قبل البناء بها إلا إذا كان الزوج قد اشترط ذلك في عقد الزواج ، ومن المقرر أيضا أنه لا يحكم بفسخ عقد النكاح إلا إذا كان النكاح فاسدا شرعا ، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بما يثيره الطاعن تأسيسا على مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية في غير محله ، ويستوجب الرفض .

ولما كان الطاعن لم يذكر الوسيلة التي توصل بها لاكتشاف أن زوجته كانت قبل ليلة الزفاف فاقدة البكارة رغم عدم مباشرتها جنسيا كما يزعم ، فإن قضاة الاستئناف بقضائهم في الدعوى بالطلاق وتقرير حقوق المطلقة التزموا بتطبيق الأحكام الشرعية.

---

[1]- الاستذكار ج 5 ص 423 .

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن [1] .

و الذي يترجح ما ذهب إليه الحنابلة و المالكية لقوة ما اعتمدوا عليه.

1- من الأثر وهو قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وهو قول صحابي، وقول الصحابي حجة إذا لم يخالفه فيه أحد[2] ، ولم يخالف أحد من الصحابة عمر في هذا ولو كان نقل إلينا .

2- القياس على المدلس بالعيب في السلع إذا استهلكت ، فالولي أو الزوجة قد أضرا بالزوج بكتمانهما وتدليسها ، و الضرر يزال في الشريعة لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار[3] " وخاصة إذا كان هذا المهر جهد سنوات معدودات كما في زماننا اليوم الذي أصبحت فيه المهور، وتكاليف الزواج صارفا لكثير من الشباب عن الزواج ، لذا فإن للزوج الحق في الشريعة أن يرجع على الولي بالمهر لتغريره وتدليسه[4] .

3- حديث عائشة الذي استدل به الشافعية لا يتعارض مع ما ذهب إليه عمر بن الخطاب رضي الله عنه و إنما يحمل على غير حالة التدليس والتغرير.

ولكن على الرغم من ترجيحي مذهب أصحاب القول الأول لا أغفل ما ذكره المالكية في حالة رجوعنا على المرأة إذا كان الولي يخفى عليه حالها كابن عم ، وحاكم أن نبقى لها ربع دينار من المهر لئلا يخلو البضع عن المهر .

وهذا إن كان العيب بالمرأة فإن كان بالزوج ، فقد ذهب الحنفية [5] إلى أنّ التفريق إن كان قبل الدخول،والخلوة الصحيحة فللزوجة نصف المهر ، لأنّ

---

(1)- المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا ، تاريخ الإصدار 1989 ، العدد4 ،ص99 .
(2)- أصول الفقه الإسلامي ، د.مصطفى الزحيلي ص 213 .
(3)- سبق تخريجه
(4)- الموطأ ، كتاب الأقضية ، باب القضاء في المرفق ج2، ص 745 .
(5)- الهداية شرح البداية ج1، ص206 ، البحر الرائق ج3،ص166، المبسوط،ج5،ص100 .

الفرقة كانت بسبب الزوج ، و إن كان التفريق بعد الدخول ، أو الخلوة الصحيحة وجب لها المهر كاملا لأنّ خلوة العنين صحيحة تجب بها العدة .

و أمّا الجمهور من المالكية ، و الشافعية و الحنابلة [1] فذهبوا إلى أنّ التفريق إن كان قبل الدخول ولو وقع بلفظ الطلاق عند المالكية فلا شيء للمرأة من المهر، لأنّ العيب إن كان بالرجل فقد اختارت فراقه قبل استيفاء سلعتها فسقط مهرها.

و إن كان التفريق بعد الدخول استحقت المهر المسمى كلّه لتدليسه عليها.

قائمة المراجع

1) **الحديث**:

- ابن أنس : مالك بن أنس الأصبحي، الموطأ ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، سنة 1406هـ - 1985م ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي .

- ابن ماجه: محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه ، دار الفكر ، بيروت،تحقيق فؤاد عبد الباقي .

- أبو داود : سليمان بن الأشعث ، سنن أبي داود ، دار الفكر ، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد .

- البخاري: محمد بن اسماعيل ، صحيح البخاري، دار ابن كثير، بيروت، سنة 1407هـ1987م ، الطبعة الثالثة، تحقيق مصطفى ديب البغا .

- البيهقي: أحمد بن الحسين، سنن البيهقي ، مكتبة دار الباز ، مكة المكرمة،سنة 1414هـ - 1994م ، تحقيق محمد عبد القادر عطا .

[1]- الشرح الصغير ج5 ص 427، الشرح الكبير ج2 ص285 ، الأم ج5 ص85 ، مغني المحتاج ج3 ص205 ، المغني ج7 ص143 ، دليل الطالب ج1 ص235 .

- الترمذي:محمد بن عيسى ، سنن الترمذي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت، تحقيق أحمد محمد شاكر و أخرون .

- الحاكم: محمد بن عبد الله ، المستدرك على الصحيحين ، دار الكتب العلمية، بيروت الطبعة الأولى ، سنة 1411هـ 1990م ، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا .1357هـ ، تحقيق محمد يوسف البنوري .

- أحمد أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل ، دار الحديث – القاهرة، الطبعة، الأولى سنة 1416هـ - 1995م ، تحقيق أحمد محمد شاكر

- الشوكاني: محمد بن علي ، نيل الأوطار ، دار الجليل ، بيروت ، سنة 1973م .

-الصنعاني : محمد بن اسماعيل ، سبل السلام ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الرابعة ، تحقيق محمد عبد العزيز الخولي .

- العسقلاني: أحمد بن علي بن حجر ، فتح الباري ، دار المعرفة ، بيروت ، سنة1379هـ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي – محب الدين الخطيب .

- النسائي: أحمد بن شعيب 1- سنن النسائي (المجتبي) ، مكتب المطبوعات الإسلامية ، حلب ، الطبعة الثانية ، سنة 1406هـ - 1986م ، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة .

2) الفقه :

أ- الفقه المالكي:

- ابن عبد البر : أبو عمر يوسف ، الكافي ، دار الكتب العلمية ، بيروت، الطبعة الأولى ، سنة 1407هـ .

- الدردير: أحمد بن محمد ،1- الشرح الصغير ، دار المعرفة ، بيروت، سنة1398هـ - 1978م . 2- الشرح الكبير ، دار الفكر .

- الحطاب : محمد بن عبد الرحمان ، مواهب الجليل ، دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الثانية ، سنة 1398هـ .

- الدسوقي: محمد عرفة ، حاشية الدسوقي ، دار الفكر ، تحقيق محمد عليش .

ب) –**الفقه الحنبلي** :

- ابن المفلح: محمد بن المفلح المقدسي ، الفروع ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، سنة 1418هـ ، تحقيق أبو الزهراء حازم القاضي .

- ابن تيمية: أحمد عبد الحليم ، فتاوى ابن تيمية ، مكتبة ابن تيمية ، تحقيق عبد الرحمان محمد قاسم العاصمي النجدي الحنبلي .

- ابن قدامة : عبد الله بن أحمد ،1- عمدة الفقه ، مكتبة الطرفين ، الطائف ، تحقيق عبد الله سفر العبدلي – محمد دغيليب العتبي .

2- الكافي في فقه ابن حنبل ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، سنة 1408هـ - 1988م ، الطبعة الخامسة ، تحقيق زهير الشاويش .

3- المغني ، دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الأولى ، سنة 1405هـ .

- ابن يوسف : مرعي بن يوسف الحنبلي ، دليل الطالب ، المكتب الإسلامي ، بيروت الطبعة الثانية ، سنة 1389هـ .

ج) –**الفقه الشافعي** :

- الخن ، البغا ، الشربجي: أ.د مصطفى الخن ،أ.د مصطفى البغا ، أ. علي الشربجي الفقه المنهجي ، دار الصباح ، الطبعة الأولى ، سنة 1407هـ

- الشافعي : محمد بن إدريس ، الأم ، دار المعرفة ، بيروت ، الطبعة الثانية ،سنة 1393هـ .

- الشربيني : محمد الخطيب ، - مغني المحتاج ، دار الفكر ، بيروت ..

- الماوردي: أبو الحسن الماوردى ،الحاوى الكبير، دار الفكر -بيروت

د) **الفقه الحنفي** :

- السرخسي: محمد بن أبي سهل، المبسوط للسرخسي، دار المعرفة، بيروت،سنة 1406هـ .

- المرغياني : علي بن أبي بكر ، الهداية شرح البداية ، المكتبة الإسلامية، بيروت .

هـ) –الفقه الظاهري :

ابن حزم: علي بن أحمد بن سعيد ، المحلي ، دار الأفاق الجديدة ، بيروت ، تحقيق لجنة **إحياء التراث العربي** .

ي) –الفقه المقارن :

- ابن عبد البر: أبو عمر يوسف، الاستذكار ،دار الكتب العلمية – بيروت، الطبعة الأولى،1421- 2000 ، تحقيق : سالم محمد عطا، محمد علي معوض .

- الزحيلي: أ د. وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر ، دمشق، الطبعة الرابعة معدلة ، سنة 1418هـ - 1997م .

3-أصول الفقه:

- الزحيلي: أ. د. محمد مصطفى ، أصول الفقه الإسلامي ، مطبعة جامعة دمشق، الطبعة الرابعة ، سنة 1411هـ - 1990م .

4-القانون:

-قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27-2-2005.

- المجلة القضائية للمحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية العدد 2-1995.

المجلة القضائية للمحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية العدد 3-1989 .

المجلة القضائية للمحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية العدد 4-1989 .