دعاوى فسخ النكاح لأجل العيوب وموقف القضاء منها

إعداد:

هايف بن عبدالله بن محمد الجبير

إن الحمد لله نحمده، ونستعينه، ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له.

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدًا عبده ورسوله، صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم تسليما كثيرا.

(يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون). (سورة آل عمران: ١٠٢).

(يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منها رجالا كثيرا ونساء واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام إن الله كان عليكم رقيبا). (سورة النساء: ١).

(يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وقولوا قولا سديدًا. يصلح لكم أعمالكم ويغفر لكم ذنوبكم ومن يطع الله ورسوله فقد فاز فوزًا عظيما). (سورة الأحزاب:٧١،٧٢).

أما بعد:

فالقضاء في المملكة العربية السعودية قضاء يقوم على تحكيم الشريعة الإسلامية وتطبيقها، ولذا كانت أحكامه ومواقفه متفقة مع أحكام الفقه الإسلامي، محافظة على مبادئه.

والارتكاز على الشريعة الإسلامية أهم مبدأ من مبادئ القضاء في المملكة العربية السعودية وقد نصت المادة السابعة من النظام الأساسي للحكم: (يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله تعالى وسنّة رسوله، وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة).

وقد صرح بذلك مؤسس المملكة العربية السعودية الملك عبدالعزيز بن عبدالرحمن آل سعود رحمه الله، في أوائل خطاباته فقال: (أحكام الإسلام هي الركيزة الأساس للحكم، وستظل السراج المنير الذي يهتدى بها السائرون)(١).

وقد تضمن نظام القضاء في المادة الحادية عشرة منه: أن من اختصاص المحكمة العليا: مراجعة الأحكام والقرارات متى كان محل الاعتراض مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية.

والقضاء السعودي يجعل أحكام القضاء السابقة مصدراً استرشادياً مهما، والقضاة كثيراً ما يسترشدون بالسوابق القضائية ويطبقونها على الدعاوي المنظورة أمامهم، ولا يتجاوزونها إلا إذا كان السياق الاجتماعي قد تغير ولذا لجأ المنظم إلى إلزام القضاة بالتسبيب للحكم وبيان المستند فيه، وإلى تعدّد درجات التقاضي لضبط حركة الاجتهاد التي تتغير بها السوابق القضائية.

ولقد كانت دعوة كريمة من مركز التميز البحثي في فقه القضايا المعاصرة، بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية للمشاركة في حلقة بحثية عن: **عيوب النكاح وأثر التقدم الطبي فيها**، وذلك ببحث حول: **دعاوى فسخ النكاح لأجل العيوب وموقف القضاء منها**، ولذا

---

(١) جريدة أم القرى العدد ٣٢ الصادرة بتاريخ ١٦ / ١ / ١٣٤٤ هـ .

فقد جاءت هذه الورقة محاولة تناول موقف القضاء من هذه القضايا، شاكرا فضيلة مدير المركز على اختياره تناول هذا الموضوع المهم، سائلا الله تعالى أن يكلل المساعي بالنجاح.

عليه فقد جرى إعداد هذه المادة البحثية، والتي اقتضت طبيعته توزيعه على النحو الآتي:

التمهيد: ويتضمن الاختصاص القضائي في دعاوى فسخ النكاح بالعيب.

المبحث الأول: عيوب النكاح بين الحصر والاطلاق.

المبحث الثاني: من يثبت له حق الفسخ.

المبحث الثالث: دور الخبرة في هذه الدعاوى.

المبحث الرابع: آثار ثبوت العيب، ويتضمن مسألتان:

الأولى: الفسخ.

الثانية: العوض ورده.

الخاتمة: وتتضمن النتيجة والتوصية.

وعليه فقد جرت الكتابة في هذا الموضوع متجاوزًا الاستطراد، معرضًا عما يمكن أن يستغنى عنه بالأبحاث الأخرى المقدمة في الندوة، والله تعالى الكريم نسأل أن يجعل هذا العمل خالصًا لوجهه الكريم، وأن ينفع به، وهو الموفق والهادي لا إله غيره.

التمهيد

ويتضمن: الاختصاص في دعاوى فسخ النكاح بالعيب.

التمهيد

الاختصاص في دعاوى فسخ النكاح بالعيب

أولا: الاختصاص الدولي:

تضمن الفصل الأول من الباب الثاني من نظام المرافعات الشرعية ما يتعلق بالاختصاص الدولي وبينت مواد النظام من المادة الرابعة والعشرين، إلى المادة الثلاثين منه أنه ينعقد الاختصاص الدولي في قضايا فسخ النكاح بالعيب لمحاكم المملكة العربية السعودية في عدة أحوال:

فتختص محاكم المملكة العربية السعودية بنظر الدعاوى التي ترفع على السعودي بفسخ النكاح للعيب ولو لم يكن له محل إقامة عام أو مختار في المملكة(٢).

كما تختص محاكم المملكة بنظر الدعاوى التي ترفع على غير السعودي الذي له محل إقامة عام أو مختار في المملكة.

كما تختص بنظر الدعوى المقامة على المسلم غير السعودي ولو لم يكن له مكان إقامة عام أو مختار في المملكة، إذا كان طلب فسخ النكاح مرفوعا من الزوجة السعودية أو التي فقدت جنسيتها السعودية بسبب الزواج، متى كانت أي منهما مقيمة في المملكة، أو كانت الدعوى مرفوعة من الزوجة غير السعودية المقيمة في المملكة على زوجها الذي كان له مكان إقامة فيها.

---

(٢) أوضح نظام المرافعات (المادة: ٩) أن مكان الإقامة العام هو المكان الذي يقطنه الشخص على وجه الاعتياد، وأن لأي شخص أن يختار مكانا إقامة خاص يتلقى فيه التبليغات التي توجه إليه بالإضافة إلى مكان إقامته العام.

ثانيا: الاختصاص النوعي:

تختص محاكم ودوائر الأحوال الشخصية بالنظر في الدعاوي الناشئة عن مسائل الأحوال الشخصية، ومنها دعاوى فسخ النكاح بالعيب، ويثبت هذا الاختصاص للمحاكم العامة أيضًا في المحافظات التي ليس فيها محكمة متخصصة بنظر الدعاوي والقضايا المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية.

ودوائر الأحوال الشخصية تشكل في محاكم الأحوال الشخصية في المدن التي يكون فيها محاكم للأحوال الشخصية، وفي المدن التي لا يكون فيها محاكم للأحوال الشخصية، فيمكن تشكيل دوائر مختصة بالأحوال الشخصية في المحاكم العامة بها، وفي حال عدم تشكيل دوائر متخصصة لها فينعقد الاختصاص فيها للدوائر العامة.

وهذا الاختصاص إنما نشأ بعد صدور نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم: م / ٧٨ وتاريخ: ١٩ / ٩ / ١٤٢٨ هـ حيث جاء في المادة التاسعة منه:

(تتكون المحاكم مما يلي:

١ - المحكمة العليا.

٢ - محاكم الاستئناف.

٣ - محاكم الدرجة الأولى، وهي:

أ - المحاكم العامة.

ب - المحاكم الجزائية.

ج - محاكم الأحوال الشخصية.

د - المحاكم التجارية.

هـ - المحاكم العمالية.

وتختص كل منها بالمسائل التي ترفع إليها طبقًا لهذا النظام، ونظام المرافعات الشرعية، ونظام الإجراءات الجزائية، ويجوز للمجلس الأعلى للقضاء إحداث محاكم متخصصة أخرى بعد موافقة الملك).

وبين نظام المرافعات الشرعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ١ وتاريخ ٢٢ / ١/ ١٤٣٥ هـ اختصاص محاكم الأحوال الشخصية، فقد تضمن الفصل الثاني من الباب الأول ما يتعلق بالاختصاص النوعي للمحاكم، وتضمنت المادة الثالثة والثلاثون منه ما يأتي:

(تختص محاكم الأحوال الشخصية بالنظر في الآتي:

أ - جميع مسائل الأحوال الشخصية، ومنها:

١- إثبات الزواج، والطلاق، والخلع، وفسخ النكاح، والرجعة، والحضانة، والنفقة، والزيارة.

٢- إثبات الوقف، والوصية، والنسب، والغيبة، والوفاة، وحصر الورثة.

٣- الإرث، وقسمة التركة بما فيها العقار إذا كان فيها نزاع، أو حصة وقف أو وصية، أو قاصر، أو غائب.

٤- إثبات تعيين الأوصياء، وإقامة الأولياء والنظار، والإذن لهم في التصرفات التي تستوجب إذن المحكمة، وعزلهم عند الاقتضاء، والحجر على السفهاء، ورفعه عنهم، وتحدد لوائح هذا النظام الإجراءات اللازمة لذلك.

٥- إثبات توكيل الأخرس الذي لا يعرف القراءة والكتابة.

٦- تزويج من لا ولي لها، أو من عضلها أولياؤها.

ب- الدعاوى الناشئة عن مسائل الأحوال الشخصية.

ج- الدعاوى المرفوعة لإيقاع العقوبات المنصوص عليها في نظام الهيئة العامة للولاية على أموال القاصرين ومن في حكمهم).

وقبل ذلك كان الاختصاص في هذه القضايا منعقدا للمحاكم العامة، حسبما نصت عليه المادة الثانية والثلاثون من نظام المرافعات السابق.

ثالثا: الاختصاص المكاني:

ينعقد الاختصاص في هذه القضايا للمحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها مكان إقامة المدعى عليه، فإن كان لم يكن له مكان إقامة في المملكة فيكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها مكان إقامة المدعي، حسب ما نصت عليه المادة السادسة والثلاثون من نظام المرافعات الشرعية.

وللمرأة فقط الخيار في إقامة دعواها في بلدها أو بلد المدعى عليه كما نصت عليه المادة السادسة والثلاثون من نظام المرافعات، حيث تضمن الفقرة رقم (٢) من المادة: (للمرأة – في المسائل الزوجية والحضانة والزيارة ومن عضلها أولياؤها – الخيار في إقامة دعواها في بلدها أو بلد المدعى عليه. وعلى المحكمة إذا سمعت الدعوى في بلد المدعية استخلاف محكمة بلد المدعى عليه للإجابة عن دعواها. فإذا توجهت الدعوى أبلغ المدعى عليه بالحضور إلى مكان إقامتها للسير فيها، فإن امتنع سمعت غيابياً، وإذا لم تتوجه الدعوى ردتها المحكمة دون إحضاره).

وليس ذلك للرجل في دعوى فسخ النكاح بالعيب، بل عليه إقامة دعواه في بلد المدعى عليها، فقد جاء في المادة (٣٩/ ٥) من اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات: (لا تسري أحكام هذه الفقرة من هذه المادة إذا كان المدعى عليه امرأة).

المبحث الأول:

عيوب النكاح بين الحصر والاطلاق

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على جواز التفريق بين الزوجين للعيوب[٣].

وذهب ابن حزم إلى أنه لا يشرع فسخ النكاح بالعيب مطلقا[٤]، وسيأتي الحديث عن ذلك.

وقد ذهب جمهور من قال بفسخ النكاح بالعيب إلى تضييق دائرة العيب الذي يحصل به الفسخ، وعدم التوسع فيه، وان كانوا قد اختلفوا في العيوب المثبتة للتفريق على أقوال.

فذهب الشيخان من الحنفية (أبو حنيفة وأبو يوسف) إلى التفريق بالجب، والعنة، والخصاء فقط، وزاد محمد بن الحسن على ذلك: الجنون[٥] وهي كلها عيوب تخص الرجل؛ إذ الفسخ بالعيب عندهم يكون للمرأة فقط.

قال السرخسي معللا لهذا المذهب: (ولا يرد الرجل امرأته عن عيب بها، وإن فحش عندنا، ولكنه بالخيار إن شاء طلقها، وإن شاء أمسكها... لأن هذه العيوب لا تخل بموجب العقد، وهو الحل فلا يثبت خيار الفسخ كالعمى، والشلل والزمانة، فإن الاستيفاء ثمرة، وفوات الثمرة لا يؤثر في عقد النكاح، ألا ترى أن الاستيفاء يفوت بموت أحد الزوجين، ولا يوجب ذلك انفساخ النكاح حتى لا يسقط شيء من المهر، وعيب الجنون والجذام فيما هو المقصود دون الموت... وهذا بخلاف ما إذا وجدت المرأة زوجها مجبوبا أو عنينا؛ لأن هناك لا يثبت لها خيار الفسخ عندنا، وإنما يثبت لها حق المطالبة بالإمساك بالمعروف، وذلك في أن يوفيها حقها في الجماع فإذا عجز عن ذلك تعين التسريح بالإحسان، والتسريح طلاق، وعندنا هنا له أن يطلقها)[٦].

---

(٣) البحر الرائق (٤ / ١٢٦) ، شرح الخرشي (٢ / ٧٣) ، مغني المحتاج (٣ / ٢٠٢)، شرح منتهى الإرادات (٥/ ٢٠٨-٢٠١).

(٤) المحلى (١٠/ ١٠٩).

(٥) يُنظر: فتح القدير (٣ / ٢٦٧) ، حاشية ابن عابدين (٣/ ٥٠١).

(٦) المبسوط للسرخسي (٥/ ٩٦-٩٥).

وذهب الجمهور إلى التفريق بعيوب اتفقوا في بعضها، واختلفوا في بعضها الآخر، وقسموها إلى ثلاثة أنواع: **قسم منها خاص بالرجال، وقسم خاص بالنساء، وقسم مشترك بين النساء والرجال.**

وقد اتفقوا على أن **عيوب الرجال** هي: العنة والجب، وزاد المالكية: الخصاء، والاعتراض.

وأن **عيوب النساء** هي: الرتق والقرن، وزاد الحنابلة: العفل، وزاد المالكية أيضا: الإفضاء، والبخر

وأن **العيوب المشتركة** هي: الجنون، والجذام، والبرص، وزاد المالكية: العذيطة، والخناثة المشكلة.

وزاد بعض الحنابلة على العيوب المتقدمة: استطلاق البطن، وسلس البول، وخرج أبو الخطاب عليها من به الناسور والباسور، والقروح السيالة في الفرج؛ لأنها تثير النفرة، وتعدي بنجاستها.

وذهب بعض الحنابلة لاعتبار الخصاء، والبخر والخناثة من العيوب[٧].

هذه هي العيوب فلا فسخ في غيرها عندهم، قال في المغني[٨]: (لا يثبت الخيار لغير ما ذكرناه لأنه لا يمنع من الاستمتاع المعقود عليه، ولا يخشى تعديه، فلم يفسخ به النكاح، كالعمى والعرج، ولأن الفسخ إنما يثبت بنص أو إجماع أو قياس، ولا نص في غير هذه ولا إجماع، ولا يصح قياسها على هذه العيوب؛ لما بينهما من الفرق).

---

(٧) حاشية ابن عابدين (٣/ ٤٩٤)، شرح الخرشي (٣/ ٢٣٦)، مغني المحتاج (٣/ ٢٠٣)، كشاف القناع (٥/ ١٠٥).

(٨) المغني (١٠/ ٥٨).

وفي بداية المجتهد[٩]: (واختلف أصحاب مالك في العلة التي من أجلها قصر الرد على هذه العيوب الأربعة، فقيل: لأن ذلك شرع غير معلل، وقيل: لأن ذلك مما يخفى، ومحمل سائر العيوب على أنها مما لا يخفى، وقيل: لأنها يخاف سرايتها إلى الأبناء، وعلى هذا التعليل: يرد بالسواد والقرع، وعلى الأول: يرد بكل عيب إذا علم أنه مما خفي على الزوج).

وذهب بعض الفقهاء، كمحمد بن الحسن، والزهري، وشريح، وأبي ثور إلى عدم قصر التفريق على العيوب المتقدمة، بل يلحق بها ما يماثلها[١٠].

وقد اختار محمد بن الحسن أن ضابط العيب هو ما لا يمكن للمرأة المقام فيه مع الزوج إلا بضرر[١١].

واختار شيخ الإسلام ابن تيمية أنه: كل عيب ينفر عن كمال الاستمتاع [١٢].

قال ابن القيم: (القياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه، ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار) [١٣].

وهذا التوجه يؤيده أن الفقهاء القائلين بحصر العيوب فيما ذكروه خرجوا عليها غيرها، كما أنهم عللوا التفريق بالضرر الفاحش وبالعدوى، وعدم القدرة على الوطء، وبأنه لا يتحقق معه الإمساك بالمعروف ومتى فات الإمساك بالمعروف تعين التسريح بالإحسان، وهذه علل توجد في غير ما ذكروه من عيوب.

والعمل القضائي ينطلق من هذا الرأي الذي لا يحصر عيوب النكاح في عيوب محددة، بل يأخذ بعلة التفريق ومقصده، وهو ما ذكره ابن القيم بقوله: (الاقتصار

---

(٩) (٣/ ٧٤).

(١٠) يُنظر: حاشية ابن عابدين (٣/ ٤٩٤)، زاد المعاد (٥/ ١٨٢)، نيل الأوطار (٦/ ١٥٧).

(١١) ينظر: بدائع الصنائع (٦/ ١٦٠)، حاشية ابن عابدين (٣/ ٤٩٤).

(١٢) الاختيارات الفقهية ص ٢٢.

(١٣) زاد المعاد (٥/ ١٨٥).

على عيبين أو ستة أو سبعة أو ثمانية دون ما هو أولى منها أو مساو لها فلا وجه له فالعمى والخرس والطرش، وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو إحداهما، أو كون الرجل كذلك؛ من أعظم المنفرات، والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش، وهو مناف للدين، والإطلاق إنما ينصرف إلى السلامة، فهو كالمشروط عرفا، وقد قال أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه لمن تزوج امرأة وهو لا يولد له: أخبرها أنك عقيم وخيرها، فماذا يقول رضي الله عنه في العيوب التي هذا عندها كمال لا نقص؟.

والقياس: أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار، وهو أولى من البيع، كما أن الشروط المشترطة في النكاح أولى بالوفاء من شروط البيع.

ومن تدبر مقاصد الشرع في مصادره وموارده وعدله وحكمته وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول وقربه من قواعد الشريعة، وقد روى يحيى بن سعيد الأنصاري عن ابن المسيب قال: قال عمر: أيما امرأة زوجت وبها جنون أو جذام أو برص فدخل بها ثم اطلع على ذلك؛ فلها مهرها بمسيسه إياها، وعلى الولي الصداق بما دلس كما غره.

وروى الشعبي عن علي: أيما امرأة نكحت وبها برص أو جنون أو جذام أو قرن فزوجها بالخيار ما لم يمسها، إن شاء أمسك وإن شاء طلق، وإن مسها فلها المهر بما استحل من فرجها.

وقال وكيع: عن سفيان الثوري عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب عن عمر قال: إذا تزوجها برصاء أو عمياء فدخل بها فلها الصداق ويرجع به على من غره.

وهذا يدل على أن عمر لم يذكر تلك العيوب المتقدمة على وجه الاختصاص والحصر دون ما عداها، وكذلك حكم قاضي الإسلام حقا، الذي يضرب المثل بعلمه ودينه وحكمه: شريح، قال عبد الرزاق: عن معمر عن أيوب عن ابن سيرين خاصم رجل إلى شريح فقال: إن هؤلاء قالوا لي: إنا نزوجك بأحسن الناس فجاءوني بامرأة عمشاء، فقال شريح: إن كان دلس لك بعيب لم يجز، فتأمل هذا القضاء وقوله: إن كان دلس لك بعيب، كيف يقتضي أن كل عيب دلست به المرأة فللزوج الرد به، وقال الزهري: يرد النكاح من كل داء عضال)[١٤].

وهذا العمل القضائي استقر على ما ذكرنا منذ زمن قديم، ففي فتاوى سماحة رئيس القضاة الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ كتاب موجه لأحد القضاة مؤرخ في ٢٤-٣-١٣٧٥هـ عن امرأة ادعت على زوجها أنه عقيم، قال: فالعقم وهو عدم الولادة لا ريب أن الصحيح فيه أنه عيب؛ فإن من أهم وأعظم مقاصد المرأة من النكاح تحصيل الولد[١٥].

وفي تقريرات سماحته لما سئل: هل العقم في الزوجة عيب، قال: كأن المتبادر ألا تكون الزوجة كالرجل، لفروق؛ لأن له التزوج فهو ينفك عنه بأن يتزوج أخرى،

---

(١٤) زاد المعاد (٥/ ١٨٥).
(١٥) مجموع فتاوى ورسائل سماحته (١٠/ ١٦٧).

ويبقيها معه لمودته إياها فيزول المشكل، وهي مالها مفك إذا استدامها، فهي تريد عيالاً وينفد عمرها، وقد يشق عليه الزواج. فالحاصل أن هذه أنواع فرق[١٦].

ولهذا الحكم تطبيقات كثيرة جدا، منها مثلا: الحكم رقم ١٩/١١٢ في ٢٦/٣/١٤٢٧هـ والذي تضمن في فذلكة الحكم: (وحيث جاء في الإفادة المذكورة بعاليه أن زوج المدعية مصاب بمرض الإيدز، وهو من الأمراض الخطيرة التي توجب نفرة من أصيب به من الزوجين من الآخر، ولما قرره أهل العلم أن مثل هذا العيب يثبت لكل واحد من الزوجين الفسخ ولو حدث بعد العقد والدخول، لذا ولطلب المدعية، فقد فسخت نكاحها من المدعى عليه).

والصك رقم ٣٤١٦٨٤٣٧ في ٢٢/٣/١٤٣٤هـ والذي تضمن: (أنه جرى الاطلاع على التقرير الطبي النفسي والمتضمن: المذكور له ملف في المستشفى، وسبق أن تنوم لدينا، وهو يعاني من ذهان فصامي مزمن مع ضلالات عظمة، وضلالات اضطهادية، وهلاوس سمعية، وهو غير مستبصر بحالته، ويرفض العلاج بسبب ذلك) كما جاء في فذلكة الحكم: (وللإقرار بالمرض النفسي، مما أدى لعدم الاهتمام بزوجته وأبنائه، ولأنه يتعذر استمرار الحياة الزوجية والزوج بهذه الحالة، لذلك كله فقد فسخت نكاح المدعية من زوجها المدعى عليه).

وما استقر عليه القضاء في المملكة العربية السعودية يتفق مع ما تضمنته مسودة مدونة الأحكام القضائية المقترحة، ويتفق مع عدد من التقنينات المعاصرة للدول العربية.

جاء في قانون الأحوال الشخصية الكويتي: في المادة (١٣٩) ما نصه: (لكل من الزوجين أن يطلب فسخ الزواج إذا وجد في الآخر عيبا مستحكما من العيوب المنفرة أو المضرة، أو التي تحول دون الاستمتاع سواء أكان العيب موجودا قبل العقد أم حدث بعده.

---

(١٦) مجموع فتاوى ورسائل سماحته (١٠/١٦٧).

ويسقط حق كل منهما في الفسخ إذا علم بالعيب قبل العقد، أو رضي به صراحة بعده).

وجاء في القانون الموحد للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية (وثيقة مسقط): في المادة (١١٧) ما نصه: (يفسخ عقد الزواج إذا اشتمل على مانع يتنافى ومقتضياته).

وجاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني: في المادة (١٣١) ما نصه: (إذا ظهر للزوجة قبل الدخول أو بعده أن الزوج مبتلى بعلة أو مرض لا يمكن الإقامة معه بلا ضرر كالجذام أو البرص أو السل أو الزهري أو الإيدز أو طرأت مثل هذه العلل والأمراض فلها أن تراجع القاضي وتطلب التفريق).

المبحث الثاني:

من يثبت له حق الفسخ

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن التفريق بين الزوجين بالعيب يثبت لكل من الزوجين[١٧].

وخص الحنفية التفريق هذا بعيوب الزوج دون عيوب الزوجة، وجعلوا التفريق به حقا للزوجة وحدها، لامتلاكه الطلاق دونها[١٨].

والعمل القضائي يتفق مع قول الجمهور الذي يثبت الحق في فسخ النكاح بالعيب لكل من الزوجين ولا يحصره في الزوجة وحدها، فأما إثباته للزوجة فلا إشكال فيه، وأما إثباته للزوج فلأن فيه مصلحة له باسترداد مهره، كما سيأتي.

ولهذا الحكم تطبيقات كثيرة وإن كان الغالب على الدعاوى التي تقدم للمحاكم بطلب فسخ النكاح بالعيب أن تتقدم بها المرأة لأنها لا تتمكن من مفارقة الزوج بالطلاق المجعول بيد الزوج فقط.

في القضية رقم (٣٥٥٣٢٥٥) لعام ١٤٣٥هـ المكتسب القطعية بتأييد محكمة الاستئناف رقم (٣٥٣٦٨٤٧٣) في ٢٧/ ٨/ ١٤٣٥هـ تقدم المدعي بطلب فسخ نكاح زوجته لوجود عيب فيها وهو العقم، وقد دفعت المدعى عليها بأنه علم بذلك بعد عقد النكاح واصطلح معها على بقائها في عصمته، وثبت ذلك لحاكم القضية، ولذا قال في فذلكة الحكم: (ونظرا لمصادقة المدعي بصحة الصلح، وهذا رضى من قبل المدعي بما يدعيه من عيب، وهذا مسقط لحقه في ذلك، قال في منار السبيل: ولا يثبت الخيار في عيب زال بعد العقد، ولا لعالم به وقت العقد لدخوله على بصيرة، لذلك كله فقد حكمت بعدم استحقاق المدعي لما يدعيه).

---

(١٧) مواهب الجليل (٣/ ٤٨٣)، روضة الطالبين (٧/ ١٧٩)، كشاف القناع (١١/ ٤٠٨ - ٤٠٩).
(١٨) المبسوط للسرخسي (٥/ ١٠٥-١٠٤).

وما استقر عليه القضاء في المملكة العربية السعودية يتفق مع ما تضمنته مسودة مدونة الأحكام القضائية المقترحة، ويتفق مع بعض التقنينات المعاصرة للدول العربية.

جاء في قانون الأحوال الشخصية الكويتي: في المادة (١٣٩) ما نصه: (لكل من الزوجين أن يطلب فسخ الزواج إذا وجد في الآخر عيبا مستحكما من العيوب المنفرة أو المضرة، أو التي تحول دون الاستمتاع سواء أكان العيب موجودا قبل العقد أم حدث بعده.

ويسقط حق كل منهما في الفسخ إذا علم بالعيب قبل العقد، أو رضي به صراحة بعده).

المبحث الثالث:

دور الخبرة في هذه الدعاوى

وفيه:

أثر الفحص الطبي قبل الزواج.

أثر التقدم الطبي على الكشف عن عيوب النكاح.

اتفق الفقهاء على مشروعية الرجوع لأهل الخبرة فيما يتعلق بالمسائل المتنازع عليها أمام القضاء[١٩]، ومن ذلك العيوب في النكاح، فمادامت العيوب غير منحصرة فسيحتاج القاضي لأهل الخبرة في التحقق من وجود العيب الذي لا يقر به من نسب إليه، كما سيحتاج لتقريرهم في كونه عيبا يمنع تمام المعاشرة أو ينفر أو يلحق الضرر.

ولا إشكال عند الفقهاء في مشروعية الرجوع إلى أهل الخبرة، وقد سأل عمر بن الخطاب رضي الله عنه حفصة بنت عمر رضي الله عنها: كم أكثر ما تصبر المرأة عن زوجها، فقالت: ستة أو أربعة أشهر، فقال عمر رضي الله عنه: لا أحبس الجيش أكثر من هذا[٢٠].

فرجوع عمر رضي الله عنه إلى حفصة رضي الله عنها في أمر يخص النساء لكونها أعلم بذلك من غيرها، دليل على مشروعية الرجوع لذوي الاختصاص وأصحاب الشأن.

وقد ذكر الفقهاء طرقا مختلفة للوقوف على عيوب النكاح، ومن ذلك: الجس على ثوب منكر الجبّ بظاهر اليد، النظر والتفحص في الجذام والبرص، وشهادة النساء على بكارة المرأة، وذلك بالنظر إليها إذا ادعى الزوج الوطء، وقالت إنها

---

(١٩) يُنظر: أهل الخبرة وأثرهم في الحكم القضائي محمد العجلان ص ٦٥، الاستعانة بأهل الخبرة عبدالعزيز الحجيلان ص ٢٩.

(٢٠) رواه عبد الرزاق في المصنف باب حق المرأة على زوجها وفي كم تشتاق برقم ١٢٥٩٣، والبيهقي في السنن الكبرى برقم١٨٣٠٧.

عذراء، ومطالبة الرجل بإخراج مائه واختباره بعد خلوته بزوجته[٢١]، وغير ذلك من الطرق.

كما نجد أن الفقهاء قرروا الرجوع لأهل الخبرة في إثبات العيب، وقبلوا شهادة النساء الثقات، وقول امرأة واحدة فيه[٢٢].

ويعتمد القضاء المعاصر الفحوص الطبية للتحقق من العيوب المدعاة في حال عدم الإقرار بها، ومن هذه الفحوص: تحليل الدم، وفحص المني، والفحص الداخلي للمرأة، والفحص بالأشعة.

فتحليل الدم يتبين به ما طرأ على الصحة العامة للشخص من مرض أو عارض أو نحوه، فإذا ادعى أحد الزوجين أن الآخر مصاب بالإيدز أو أحد الأمراض الوراثية المعدية مثلا، فإن ذلك يمكن التحقق منه بالتحليل المخبري.

وقد صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره التاسع في دولة الإمارات، بأن من حق السليم من الزوجين طلب الفرقة من الزوج المصاب بعدوى مرض نقص المناعة المكتسب الإيدز مرض معد، تنتقل عدواه بصورة رئيسة بالاتصال الجنسي[٢٣].

كما يمكن اكتشاف الأمراض الوراثية عن طريق فحص المني، ويمكن بذلك اكتشاف عقم الرجل؛ ويمكن بالفحص الداخلي: الاطلاع على العيوب الداخلية بإحدى وسائل الكشف كالفحص بواسطة منظار، ليتأكد من خلوه من

---

(٢١) يُنظر: فتح القدير (٤/ ٢٩٩)، بدائع الصنائع (٦/ ١٦٠)، الشرح الكبير (٢/ ٢٧٩) ،مواهب الجليل (٤/ ١٧)، روضة الطالبين (٣/ ١٧)، مغني المحتاج (٥/ ٤٥٣)، الإنصاف(٨/ ١٩١).
(٢٢) يُنظر: المحيط البرهاني(٣/ ٣٥٢)،الشرح الكبير(٢/ ٢٧٩)، روضة الطالبين (٣/ ١٧).
(٢٣) يُنظر: قرارات وتوصيات المجمع للدورات ،ص ٢٠٥،٢٠٦، ومجلة المجمع العدد التاسع ٢١٩٩.

الأورام، والتمزقات، والتشوهات، والالتصاقات والأمراض التي تثبت الانسداد فيه من الخارج، ويمكن من خلال الأشعة الطبية الكشف عن الأمراض الوراثية للزوجين.

وقال ابن قدامة عن المجبوب: (وإن اختلف الزوجان في القدر الباقي هل يمكن الوطء بمثله أو لا، رجع إلى أهل الخبرة في معرفة ذلك) (٢٤).

ونص صاحب المبدع أثناء حديثه عن عيب العنة بأنه يعمل ببينة أهل الخبرة فقال: (فإن كان للمدعي بينة من أهل الخبرة والثقة عمل بها) (٢٥).

وللعمل بقول الخبير في عيوب النكاح تطبيقات كثيرة، منها مثلا: الحكم رقم ١١٢/ ١٩ في ٢٦/ ٣/ ١٤٢٧هـ والذي تضمن في فذلكة الحكم: (وحيث جاء في الإفادة المذكورة بعاليه من المستشفى أن زوج المدعية مصاب بمرض الإيدز، وهو من الأمراض الخطيرة التي توجب نفرة من أصيب به من الزوجين من الآخر، ولما قرره أهل العلم أن مثل هذا العيب يثبت لكل واحد من الزوجين الفسخ ولو حدث بعد العقد والدخول، لذا ولطلب المدعية، فقد فسخت نكاحها من المدعى عليه).

والصك رقم ٣٤١٦٨٤٣٧ في ٢٢/ ٣/ ١٤٣٤هـ والذي قرر حاكم القضية فيه الكشف على المدعى عليه من قبل طبيبين مسلمين والإفادة عن حالته، فورده تقرير مستشفى الصحة النفسية المتضمن أن المذكور يعاني من ذهان فصامي مزمن مع ضلالات عظمة وهلاوس سمعية، وهو غير مستبصر بحالته، ولا يحسن التصرف في نفسه وشؤونه، ولذا تضمنت فذلكة الحكم: (وللإقرار بالمرض النفسي، مما أدى لعدم الاهتمام بزوجته وأبنائه، ولأنه يتعذر استمرار

---

(٢٤) المغني (١٠/ ٨٥).
(٢٥) المبدع (٧/ ١٠٢).

الحياة الزوجية والزوج بهذه الحالة، لذلك كله فقد فسخت نكاح المدعية من زوجها المدعى عليه).

والصك رقم ٣٣٤٥٥٧٤٩ في ١٦/ ١١/ ١٤٣٣هـ المصدق من محكمة الاستئناف بالقرار رقم ٣٤٢٢١٦٦٠ في ٢٥/ ٥/ ١٤٣٤هـ حيث طلبت المدعية فسخ نكاحها لكون زوجها عقيما، وقرر حاكم القضية فيه الكشف على المدعى عليه والإفادة عن حالته وهل هناك أمل في شفائه، فورده تقرير المستشفى المتضمن أن المذكور يعاني من متلازمة (كلينيفيلتر) وهي حالة دائمة لا شفاء منها ولم تنجح جميع الأسباب المعروفة طبيا لمحاولة المساعدة في حدوث الحمل، ولذا تضمنت فذلكة الحكم: (ولما تقرر من أن العقم يثبت به الخيار للمرأة وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم، ونظرا لأن العقم والحالة هذه عيب كاف في فسخ النكاح، لذلك كله فقد فسخت نكاح المدعية من زوجها المدعى عليه بلا عوض).

والصك رقم ٣٤٢٥٢٣٦٧ في ٢٦/ ٦/ ١٤٣٤هـ والمصدق من محكمة الاستئناف بالقرار رقم ٣٤٧٤٣١٦ في ١/ ١٢/ ١٤٣٤هـ طلبت فيه المدعية فسخ نكاحها من زوجها لإصابته بمرض نفسي، وقرر حاكم القضية فيه الكشف على المدعى عليه والإفادة عن حالته، فورده تقرير المستشفى المتضمن أن المذكور يعاني من عدم الاستيقاظ وصعوبات في النوم، وهلوسات سمعية، وشخصت حالته على أنها حالة انفصام في الشخصية ولذا تضمنت فذلكة الحكم: (ونظرا إلى أن استمرار الحياة الزوجية على هذا الوضع أمر لا تتحقق منه مقاصد النكاح في الشريعة الإسلامية من المودة والرحمة، والسكن وتربية الأولاد مع ما في ذلك من المضار النفسية والجسدية، ولأن الشريعة الإسلامية جاءت بإزالة الضرر فقد جعلت للمدعية فسخ نكاحها، فقالت: فسخت نكاحي).

والصك رقم ٣٩١٠٣٨٤١١ لعام ١٤٣٩هـ والذي طلبت فيه المدعية فسخ نكاحها من المدعى عليه لكونه لا يستطيع الجماع، لوجود عيب في عضوه الذكري يستحيل معه القيام بعملية الجماع، وقرر حاكم القضية فيه الكشف على المدعى عليه والإفادة عن حالته، فورده تقرير المستشفى المتضمن أن المذكور غير لائق طبيا أن يكون زوجا لها من ناحية المعاشرة الجنسية، ولذا تضمنت فذلكة الحكم: (ولطلب المدعية فسخ نكاحها من المدعى عليه، ولإنكار المدعى عليه ما جاء في دعوى المدعية من وجود عيب في عضوه الذكري، ولما جاء في تقرير المستشفى المشار له من أن المدعى عليه غير لائق طبيا من ناحية المعاشرة الجنسية، ولأن رأي الخبير معتبر والحالة هذه، لذلك كله فقد فسخت نكاح المدعية من زوجها المدعى عليه بغير عوض).

وما استقر عليه القضاء في المملكة العربية السعودية يتفق مع ما تضمنته مسودة مدونة الأحكام القضائية المقترحة، ويتفق مع عدد من التقنينات المعاصرة للدول العربية.

جاء في قانون الأحوال الشخصية الكويتي: في المادة (١٤٢) ما نصه: (يستعان بأهل الخبرة من الأطباء المسلمين في تحديد المدة المناسبة وفي معرفة العيوب التي يطلب الفسخ بسببها).

وجاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني: في المادة (١٣١) ما نصه: (إذا ظهر للزوجة قبل الدخول أو بعده أن الزوج مبتلى بعلة أو مرض لا يمكن الإقامة معه بلا ضرر كالجذام أو البرص أو السل أو الزهري أو الإيدز أو طرأت مثل هذه العلل والأمراض فلها أن تراجع القاضي وتطلب التفريق، والقاضي بعد الاستعانة بأهل الخبرة والاختصاص ينظر فإن كان يغلب على الظن تعذر الشفاء يحكم بفسخ عقد الزواج بينهما في الحال، وإن كان يغلب على الظن حصول

الشفاء أو زوال العلة يؤجل التفريق سنة واحدة فإذا لم تزل في هذه المدة ولم يرض الزوج بالطلاق وأصرت الزوجة على طلبها يحكم القاضي بالتفريق).

دور الفحص الطبي قبل الزواج:

يتم الآن الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، فلا يسوغ لمأذون الأنكحة إجراء عقد نكاح إلا بعد القيام بالفحص الطبي، وهو بلا شك يعطي تصورا عن الحالة الصحية لكل واحد من الزوجين، فإذا أقدم على الزواج مع علمه بمرض الطرف الآخر فإنه لا تسمع بعد ذلك دعواه بطلب الفسخ لوجود العيب لأنه قد تزوج عالما بالعيب راضيا به، ومن رضي بالعيب ودخل في العقد عالما به لا يثبت له خيار(٢٦).

والملاحظ أن الدعاوى بطلب فسخ النكاح للعيب تقلصت بعد الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج بشكل واضح، إلا أن الفحص الطبي منحصر بالكشف عن الأمراض الوراثية والمعدية، ولذلك فالواقع الآن أن دعاوى الفسخ بسبب العيب تكاد تتركز على ثلاثة أمور، وهي: الأمراض النفسية، والعقم وعدم الإنجاب، والعيوب الجسدية سواء كانت لا تزال قائمة أو أزيلت بعملية تجميلية.

فهل يمكن التحقق منها قبل إجراء عقد النكاح، وهل يكون مثل هذه الفحوص محققا لمصلحة راجحة أم لا.

خاصة أن الأمراض النفسية قد يصعب التحقق منها لمن لم يسبق له مراجعة العيادات النفسية وليس له تاريخ مرضي، وفي الكشف الجسدي عن العيوب البدنية إحراج واضح، وهذا مما يحتاج للتأمل.

---

(٢٦) المغني (١٠/ ٨٦).

أثر التقدم الطبي على الكشف عن عيوب النكاح:

الواقع القضائي وتطبيقاته تكشف بوضوح هذا الأثر، فإن من لم يقر بالعيب تتم إحالته للكشف الطبي مباشرة، وما يقرره الطبيب فالأصل فيه القبول، وبهذا فلم تعد المحكمة تضرب الأجل للعنين مثلا كما قرره الفقهاء، وذلك لأن ضرب الأجل كان لمقتضي، وهو التحقق من كونه مصابا بالمرض فعلا، لما تقرر في الماضي من تأثر البدن بحسب الفصول فقد يكون مزاجه متأثرا بالحر أو البرد وهو ليس عنينا فعلا، كما أن الطب القديم كان يقرر أيضا أنه لا يمكن أن يستمر المرض العارض أكثر من سنة، فإذا استمر دل على أنه ليس مرضا عارضا بل صفة أصلية في الشخص.

قال ابن قدامة: (ويؤجل سنة في قول عامة أهل العلم، وعن الحارث بن ربيعة أنه أجل عشرة أشهر. ولنا: قول من سمينا من الصحابة، ولأن هذا العجز قد يكون لعنة، وقد يكون لمرض، فضربت له سنة لتمر به الفصول الأربعة، فإن كان من يبس زال في فصل الرطوبة، وإن كان من رطوبة زال في فصل الحرارة، وإن كان من انحراف مزاج زال في فصل الاعتدال. فإذا مضت الفصول الأربعة، واختلفت عليه الأهوية فلم تزل، علم أنه خلقة

وحكي عن أبي عبيد، أنه قال: أهل الطب يقولون: الداء لا يستجن في البدن أكثر من سنة، ثم يظهر) [٢٧].

والطب الآن يستطيع الكشف عن الأمرين بشكل قاطع بدون هذا التأجيل.

---

(٢٧) المغني (١٠/ ٨٤).

كما أن طرق الكشف والتحقق التي يذكرها الفقهاء في الأمراض الأخرى، استغني عنها بما هو أليق بالطرفين، وأدق في نتيجته، وأقطع للتهمة.

المبحث الرابع:

آثار ثبوت العيب وفيه مسألتان:

الأولى: الفسخ.

الثانية: العوض ورده.

المسألة الأولى: أثر ثبوت العيب في فسخ النكاح:

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على جواز فسخ النكاح بين الزوجين للعيوب[٢٨].

وذهب ابن حزم إلى أنه لا يشرع فسخ النكاح بالعيب مطلقا[٢٩].

واستدل بأنه لم يثبت دليل صحيح في هذا الأمر من كتاب الله أو عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أو صحابته، فالأصل بقاء النكاح ولا يزول إلا بدليل على إزالته.

ويمكن أن يجاب على ذلك بورود الآثار عن الصحابة رضي الله عنهم بفسخ النكاح بالعيب[٣٠].

والمختار هو قول الجمهور، وهو أن خيار الفسخ يثبت لكل واحد من الزوجين، كما أن المختار أن أي عيب يُنفّر الزوج الآخر يفسخ به النكاح، وعلى هذا استقر العمل القضائي كما سبق.

قال ابن القيم رحمه الله: (والقياس: أن كل عيب يُنفّر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة، يوجب الخيار وهو أولى من البيع، كما أن الشروط المُشترطة في النكاح أولى بالوفاء من شروط البيع، وما ألزم الله ورسوله مغروراً قط، ولا مغبوناً بما غُر به وغبن به، ومن تدبر مقاصد الشرع في مصادره وموارده وعدله وحكمته وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول وقربه من قواعد الشريعة)[٣١].

---

(٢٨) البحر الرائق (٤ / ١٢٦) ، شرح الخرشي (٢ / ٧٣) ، مغني المحتاج (٣ / ٢٠٢)، شرح منتهى الإرادات (٥/ ٢٠٨-٢٠١).

(٢٩) المحلى (١٠/ ١٠٩).

(٣٠) الموطأ (٢/ ٧٥٢)، سنن الدارقطني (٣/ ١٨٧).

(٣١) زاد المعاد (٥/ ١٦٣).

ولهذا الاختيار الذي استقر عليه القضاء تطبيقات كثيرة جدا، وجميع ما استعرضناه سابقا تضمن الحكم فسخ النكاح عند ثبوت العيب، إلا لمانع كثبوت الرضا به بعد العلم به.

الفسخ حكم:

قرر الفقهاء أن فسخ النكاح بالعيب لا يكون إلا بحكم قاض[٣٢] قال في شرح منتهى الإرادات[٣٣]: (ولا يصح فسخ من له الخيار بلا حكم حاكم؛ لأنه فسخ مجتهد فيه أشبه الفسخ للإعسار بالنفقة؛ لأنه متفق عليه فيفسخه أي: النكاح؛ الحاكم بطلب من له الخيار، أو يرده، أي: الفسخ؛ إلى من له الخيار فيفسخه ويكون كحكمه على ما يأتي في كتاب القضاء).

وعند الشافعية وجه غير مرجح في أن لكل من الزوجين الفسخ، قال في مغني المحتاج: (ويشترط في الفسخ بعيب العنة رفع إلى حاكم جزما ليفعل ما سيأتي بعد ثبوتها، وكذا سائر أي باقي العيوب السابقة، يشترط في الفسخ بكل منها الرفع إلى الحاكم في الأصح؛ لأنه مجتهد فيه، فأشبه الفسخ بالإعسار، والثاني: لا، بل لكل منهما الانفراد بالفسخ كالرد بالعيب) [٣٤].

وعند الحنفية رواية: أن الفرقة تقع باختيار الزوجة نفسها بانتهاء المدة المضروبة في العنة بدون قضاء، وهو ظاهر الرواية[٣٥].

ويشترط المالكية أن يحكم القاضي بالفرقة بعد اختيار المرأة الفسخ، رفعا للخلاف، والحكم عندهم هنا إنما هو للإشهاد والتوثيق، لا لوقوع الطلاق؛ لأنه وقع بقولها[٣٦].

---

(٣٢) ينظر: المبسوط للسرخسي (٥/ ١٣١)، شرح التلقين (٢/ ٧٩٤)، مغني المحتاج (٤/ ٣٤٠)، كشاف القناع (١١/ ٤١٢ -٤١٣).

(٣٣) (٥/ ٢٠٩ ، ٢١٠).

(٣٤) (٤/ ٣٤٤) ، وينظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين (٧/ ١٨٠).

(٣٥) البحر الرائق (٤ / ١٢٥).

(٣٦) الشرح الكبير (٢ / ٢٨٢ ـ ٢٨٣).

والعمل القضائي مستقر على أن فسخ النكاح بالعيب لا يكون إلا بحكم قاض، ولكن القضاة على منهجين في هذا، فمنهم من يرد الفسخ للمدعي به إذا ثبت موجبه ليكون الفسخ من قبله، كما في القضية المحكوم فيها بالصك رقم: ٣٤٢٥٢٣٦٧ في ٢٦/ ٦/ ١٤٣٤هـ.

والغالب أن يفسخ الحاكم بنفسه فيصرح بقوله: فسخت النكاح كما في غالب القضايا التي سبق عرضها، وهما منهجان مقبولان.

وإنما الإشكال أن من القضاة إذا قرر فسخ النكاح قد لا يعبر بقوله: فسخت، وإنما يقول: حكمت بفسخ النكاح، مثل القضية رقم: (٣٤٨٧٣١٤).

لأن الحكم يحتاج لمن ينفذه، فيفتقر وقوع الفسخ إلى فسخ من طالب الفسخ، فإذا لم يرصد حاكم القضية بعد تعبيره بذلك فسخ من له الخيار، وقع التردد لدى من يطالع الحكم هل تم الفسخ أم لا، مع أن من يعبر بقوله حكمت بالفسخ إنما يقصد أنه فسخ فعلا، ولا يقصد أن شخصا سيتولى الفسخ، وما دام اللفظ قد يحصل منه إشكال وقد يفهم على غير المقصود فاستعمال اللفظ الصريح أولى، وعلى كل حال إذا كانت الجهات التي ستطلع على صك الفسخ، من جهات التدقيق، وجهات إثبات الحالة المدنية، ومأذوني الأنكحة، ونحوهم يعرفون المقصود فإن الإشكال يكون أيسر.

نوع الفرقة:

استقر القضاء على أن الفرقة الحاصلة بسبب العيب: فسخ، يحصل به البينونة الصغرى، ولا يحسب من عدد الطلقات، ويسقط المهر قبل الدخول فلا يتنصف كالطلاق، وهو مذهب الشافعية والحنابلة كما تقدم، أما الحنفية والمالكية فالفسخ بالعيب عندهم طلاق بائن[٣٧].

ولذا ينص القضاة على ذلك بعد الحكم بالفسخ ببيان العدة وثبوت البينونة.

---

(٣٧) البحر الرائق (٤ / ١٢٥)، الشرح الكبير (٢ / ٢٨٢ ـ ٢٨٣) ، مغني المحتاج (٣ / ٢٠٧) .

المسألة الثانية: أثر ثبوت العيب في رد العوض:

في الجملة فإنه إذا فسخ النكاح بالعيب قبل الدخول، فلا مهر عند جمهور الفقهاء، سواء كان الفسخ من الزوج أو الزوجة، وذهب الحنفية إلى أن الزوجة تستحق نصف المهر(٣٨).

وإن كان بعد الدخول ثبت المهر للمرأة ورجع الزوج به على من غره(٣٩).

ولبعض الفقهاء تفصيلات أو اتجاهات أخرى مثل ثبوت مهر المهر وليس المسمى، ومثل التفصيل إذا وقع العقد بحضور المرأة فيرجع عليها مباشرة وإذا لم تكن حاضرة فيرجع على وليها، ونحو ذلك.

والعمل القضائي مستقر على ما تقرر في المذهب الحنبلي، قال البهوتي: (فإن فسخ النكاح قبل دخول: فلا مهر لها، سواء كان الفسخ من الزوج أو الزوجة...ولها أي: لزوجة فسخت لعيب زوجها أو فسخ هو لعيبها بعد دخول أو خلوة ونحوهما مما يقرر المهر؛ المسمى في عقد كما لو طرأ العيب بعد الدخول؛ لأنه يجب بالعقد ويستقر بالدخول فلا يسقط بحادث بعده، ولذلك لا يسقط بردتها، ولا بفسخ من جهتها، ويرجع زوج به أي بنظير مسمى غرمه، لا إن أبرأ منه على مغر له، من زوجة عاقلة وولي ووكيل) (٤٠).

وقد وقفت على قضية فسخ القاضي النكاح فيها بطلب المرأة بسبب عقم الزوج، وقال في فذلكة حكمه: (وحيث إن العقم عيب، ووجود العيب يوجب الخيار،

---

(٣٨) الكافي لابن عبد البر(٢/ ٥٦٥)، مغني المحتاج (٤/ ٣٤٣)، كشاف القناع (١١/ ٤١٣ -٤١٤).
(٣٩) مواهب الجليل (٣/ ٤٩٢-٤٩١)، روضة الطالبين (٧/ ١٨٢-١٨٠)، كشاف القناع (١١/ ٤١٣ -٤١٤).
(٤٠) شرح المنتهى (٥/ ٢١٠).

وحيث استعدت المدعية ببذل الصداق المسمى في العقد، فقد فسخت عقد نكاح المدعية من زوجها المدعى عليه على المهر المسمى في العقد)[٤١].

والملاحظ أن القاضي اعتبر العقم عيبا، وأثبت الخيار به، فكان مقتضى ثبوت العيب أن يكون الفسخ بلا عوض، وإلا فإن ما أجراه في القضية من الفحص الطبي والتحقق من كون المرأة ليست عقيما أيضا، وما عرضه من اختيار كون العقم عيبا، كل ذلك لا فائدة منه، إذ كان يمكنه فسخ النكاح بالمخالعة دون الحاجة لجميع ما أجراه، ولم أقف لما يبرر ذلك.

(٤١) جرى عرض الحكم في مجلة العدل، العدد: الخامس عشر، رجب سنة ١٤٢٣هـ.

الخاتمة

الخاتمة

استعرض البحث عددًا من المسائل وبين ما استقر عليه العمل القضائي فيها، وما صدر فيها من أنظمة وتعليمات منظمة للعمل:

١- فتناول الجهة التي انعقد لها الاختصاص في سماع دعاوى فسخ النكاح بالعيب، نوعا ومكانا.

٢- كما تناول الخلاف في عيوب النكاح هل هي محصورة بعيوب معينة كما هو قول جمهور الفقهاء، أو لا تحصر بعيوب معينة

٣- وناقش الخلاف فيمن يثبت له حق الفسخ، هل هو للزوجين جميعا أو للمرأة فقط.

٤- وبين دور الخبرة في إثبات العيوب والفصل في هذه الدعاوى.

٥- وأثر الفحص الطبي قبل الزواج في الحد من هذه الدعاوى.

٦- وأثر التقدم الطبي على الكشف عن عيوب النكاح.

٧- كما قرر آثار ثبوت العيب، من الفسخ وكيفية إيقاعه، وما يترتب على ذلك من ثبوت للعوض أورده.

وكان المقصد من البحث بيان ما عليه واقع القضاء في المملكة العربية السعودية في هذا النوع من القضايا، وهو ما يرجو الكاتب أنه قد خدمه بوجه ما، والله الموفق.

المراجع

الاختيارات الفقهية لابن تيمية للبعلي.

أهل الخبرة وأثرهم في الحكم القضائي، د.محمد العجلان.

الاستعانة بأهل الخبرة، د. عبدالعزيز الحجيلان.

الإنصاف للمرداوي.

البحر الرائق لابن نجيم.

بدائع الصنائع للكاساني.

حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار).

روضة الطالبين للنووي.

زاد المعاد في هدي خير العباد لابن القيم.

سنن الدارقطني .

السنن الكبرى للبيهقي.

الشرح الكبير للدردير.

شرح الخرشي على مختصر خليل.

شرح التلقين للمازري.

شرح منتهى الإرادات للبهوتي.

فتح القدير لابن كمال الهمام.

قرارات مجمع الفقه الإسلامي.

الكافي لابن عبد البر.

كشاف القناع للبهوتي.

مجموع فتاوى ورسائل سماحة الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ.

المبسوط للسرخسي.

المصنف لعبد الرزاق.

المحيط البرهاني، محمود بن مازة البخاري.
المبدع في شرح المقنع لابن مفلح.
المغني لابن قدامة.
المحلى لابن حزم.
الموطأ للإمام مالك.
المبسوط للسرخسي.
مغني المحتاج للخطيب الشربيني.
مواهب الجليل للحطاب.
نيل الأوطار للشوكاني.

الدوريات:

جريدة أم القرى العدد ٣٢ الصادرة بتاريخ ١٦ / ١ / ١٣٤٤ هـ .
مجلة مجمع الفقه الإسلامي العدد التاسع.
مجلة العدل، العدد الخامس عشر، رجب سنة ١٤٢٣هـ.

القوانين:

نظام المرافعات الشرعية.
نظام القضاء.
قانون الأحوال الشخصية الأردني.
قانون الأحوال الشخصية الكويتي.
القانون الموحد للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية (وثيقة مسقط).

الفهرس

المقدمة. ٢

التمهيد: ويتضمن: الاختصاص في دعاوى فسخ النكاح بالعيب. ٥

المبحث الأول: عيوب النكاح بين الحصر والاطلاق. ١١

المبحث الثاني: من يثبت له حق الفسخ. ١٩

المبحث الثالث: دور الخبرة في هذه الدعاوى، ويتضمن: ٢٢

أثر الفحص الطبي قبل الزواج. ٢٨

أثر التقدم الطبي على الكشف عن عيوب النكاح. ٢٩

المبحث الرابع: آثار ثبوت العيب، ويتضمن: ٣١

المسألة الأولى: الفسخ. ٣٢

المسألة الثانية: العوض ورده. ٣٤

الخاتمة. ٣٧

الفهرس ٣٩