التطليـــق للعقم ــ دراسة فقهية وقانونية مقارنة

أ. مريم سليمان سعيد ــ قسم الشريعة ــ كلية القانون ـ جامعة الجفارة

الملخّـــص:

يكشـــف هـــذا البحث القانونـــي عن الواقـــع الاجتماعـــي المرتبط بالحياة الزوجية واستقرارها، قال تعالى في سورة الشورى : ﴿ **لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَآءُ يَهَبُ لِمَن يَشَآءُ إِنَـاثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَآءُ الذُّكُورَ أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَـاثًا وَيَجْعَلُ مَن يَشَآءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ**﴾ (الآية [47]) ، فالعقم وعدم القدرة على الإنجاب سواء كان سببه العيوب التي ذكرها الفقهاء، أم غيرها من الأمراض المعاصرة التي لم تعرف سابقاً، فقد اهتمت الشريعة الإسلامية بالأسرة وعقد النكاح و تعزيز العلاقة الأسرية, وإبراز مقاصد النكاح فيه من المودة والسكينة والنسل، ومن هذا المنطلق سلطتْ الباحثة الضوء على العقم من حيث مفهومه وأسبابه، والآراء الفقهية فيه، ورؤيته من الجوانب المختلفة، وحكم الفرقة به بين الزوجين المتضررين، ومن له حق المطالبة بالطلاق، ووضحتْ رؤية قوانين الأحوال الشخصية المختلفة في العقم، والآثار المترتبة على الفرقة منه.

ولتحقيق هذا البحث اتخذتْ الباحثة المنهجي الوصفي والمقارن لتحقيق نصوص المادة الفقهية ، وضبطها حتى توصلتْ إلى أهم النتائج، ومن أهمها: إن الشريعة الإسلامية اهتمت بهذا الأمر، وكانت السبّاقة إليه، وأعطت للمرأة الخيار في حق طلب الطلاق مع ضمان حقوقها، كما أن معظم قوانين الأحوال الشخصية أخذت بالآراء الفقهية المعتبرة ،وبالقواعد العامة في العيوب عند العلم بها قبل عقد النكاح أو عدم العلم بها، ورتبت عليه أحكامه وــ أيضاً ــ فيما يتعلق بالرضا بالعيب، أو عدم الرضا به إذا تمّ الدخول، فالخيار بين الفسخ، أو عدمه يتعلق بمسألة العلم بالعيب والرضا به، كما أن التدليس وإخفاء العيب يعطي للطرف المتضرر في حالة عدم الرضا بالعيب الحق في إنهاء عقد النكاح مع ضمان حقوقه، ومن خلال هذه النتائج توصلتْ الباحثة إلى أهم التوصيات ومنها: الاهتمام بالفحوصات الطبية والعلاج قبل الزواج وعرض الأمر على أهل الاختصاص، وخاصةً مع تقدم الطب والتطور في الفحوصات

والأجهزة والمعامل الخاصة بعلاج العقم والأمراض المتعلقة به، كما يجب نشر التوعية الأسرية للمقبلين على الزواج بعدم التدليس والخداع ،وأن يكون كل من الرجل والمرأة صريحاً باتجاه الآخر إن كان به عيباً وخاصةً الخفية منها .

الكلمات المفتاحيـــة : العقم ـ التطليق ـ الفقه ـ القانون .

المقدمـــــة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين،

وبعد :

فإن ـ الله تعالى ـ استخلفنا في أرضِ وبوأنا فيها، وشرع الحدود لأجل المحافظة على أرواح الناس وأنسابهم، وهذا لا يتحقق إلا بشريعتنا الإسلامية التي جعلت الناس شركاء، وآذنت لهم باكتسابها، ووضحت لهم ضوابط كسبها، فمن بينها النكاح فهو من أهم مقاصده وغايته النسل، وهى رغبة عميقة في النفس البشرية، ولذلك حث الإسلام على الزواج ليزداد النسل، بدليل قوله ـ تعالى- :﴿ **يَأَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا**﴾ (الآية رقم [1] سورة النساء) ، فالنفس البشرية قد ألهمها الله غرائز ماسة لإشباعها، ومن أهمها حفظ النوع والنسل؛ لإيجاد جيل قوي يُسهم في بناء المجتمع الإسلامي.

أسباب اختيار البحث :

إن أكثر المشـــكلات التي تثور في الحياة ويتعين التعرض لمناقشتها حق زوجة الرجل العقيم في التطليق للعيب عليه بسبب العقم، والإجابة على التساؤل، هل عقم الرجل من العيوب المستحكمة، والتي تعطـي الزوجة الحق في طلب الطلاق للعيب؟

فالزواج يطرأ عليه ما يعكر صفوه، مرض أحد الزوجين بمرض تناسلي يصعب، أو يطول، أو يستحيل شفائه، وهذه العيوب التي يصاب بها الرجل والمرأة سواء كونها عيوب تناسلية ،أم جنسية، أم منفرة، أم مخوفة، فهي مسببة للعقم وتمنع النسل، والبحث في آراء الفقهاء وقانون الأحوال الشخصية في ما يتعلق بطلب التفريق بين الزوجين بسبب عقم أحدهما، سواء لم يعلم به الآخـــر حين العقد، أم علم به بعد العقد ولم يرض به.

إشكالية البحث وتساؤلاته :

أصعبُ ما يكون على المرء انعدام نسله والوقوف أمام سعادته من العقم الداء العضال الذي يكدر الحياة، ويجعلها غير مضطربة، فالعقم يصيب به أحد الزوجين، فهل يُعد من هذه العيوب المنفرة، أم من الأمراض المخوّفة ؟ والتي لا يتم بها مقصود النكاح، وهل العقم في أحد الزوجين عيباً يجيز طلب الفرقة؟ وهل فرقته تطليقا أم فسخا ؟ ومن صاحب الحق من الزوجين في طلب التفريق؟ فهل العقم نتيجة حاصلة للعيوب التي ذكرها الفقهاء أم أنه عيبا آخر يتحد مع العيوب في النتيجة ويختلف عنها كونه مرض يمكن العلاج منه؟

وتمثلت إشكالية البحث في التساؤلات الآتية:

ما طبيعة العقم وما أنواعـــه ؟ هل يعد العقم عيباً من العيـــوب التي يجيز بها طلب الفرقة ؟ وما موقف الفقه والقانون منه ؟ ومن له الحـق في طلب الفرقة من الزوجين؟ وما الآثار التي تترتب على التطليق للعقم ؟

أهداف البحث :

يهدف البحث إلى الآتـــي :

ـ تحديد طبيعة العقم، وأنواعه.

ـ معرفة العقم عيباً من العيوب التي يجيز بها طلب الفرقة.

ـ التعرف على مواقف الفقهاء، وقوانين الأحوال الشخصية العربية وعلى الأخص القانون الليبي.

ـ معرفة الآثار والحقوق المترتبة على التطليق للعقم.

ثانياَ ـ أهمية الموضوع :

تكمن أهمية البحث في الكشف عن الأبعاد الاجتماعية التي تؤثر على النسل، فالعقم داءً وعلةً معروفان منذ القدم ويصاب به الذكر والأنثى على حد سواء، وذكر في القرآن الكريم في قصتين لنبيين كريمين هما سيدنا زكريا، وإبراهيم اللذين رزقهما الله ـ سبحانه وتعالى ـ وهما قد بلغا من العمر عتيا، ولما تحدثت الفقهاء عن العقم في عيب العنين القليل منهم أشار إلى العقم.

وكما أن لتقدم العلمي والتطور التقني في الطب دوراً في عالج الكثير من حالاته، سواء بالعلاج الدوائي أم الجراحة، أم التلقيح الصناعي والذي يدخل في مشروعية طلب العلاج والتداوي، والاستعانة بالله الذي خلق الداء.

الدراسات السابقة .

-1 دراســـــة: سعيد عبد الملك عبد القادر، لعام 1993م وعنوانها :التفريق بين الزوجين للعيوب، الجامعة الأردنية، تهدف الدراسة إلى بيان سبب واحد من أسباب التفريق بين الزوجين، تناول الباحث السبب من الناحية الفقهية فقط دون عقد مقارنة مع أي تقنين وضعي.

حدود نطاق الدراسة:

العقم أخذ نصيبه في الدراسة من الناحية الطبية والعلاجية، وكتبت فيه الأبحاث الكثيرة في أسبابه، وأنواعه، وعلاج بعض حالاته، ولكن من الناحية القانونية والفقهية لم يعط له نصيباً، وبخاصة عندما يكون من العيوب وأحد أسباب الفرقة بين الزوجين، ولذا سأبحث في هذا الجانب الفقهي والقانوني الذي يمثل فراغا، فهل العقم يعد عيبا من العيوب التي يحق معه طلب التطليق بين الزوجين أحدهما ابتلاه الله بهذا العيب، ومع أن الكثير من حالاته أصبح له علاجا عدا المستعصي منه (العقم المطلق)، ولذا سأبحث الفرقة(التطليق) للعقم باعتباره عيباً.

منهج البحث :

تطلَّبت طبيعة هذا البحث الاعتماد على المنهج الوصفي، والاستقرائي، والمقارن في الفقه الإسلامي مع بيان أدلة الفقهاء والرأي الراجح، وبيان سبب الترجيح. واتبعت في دراستي لهذا البحث هيكلية تتكون من مقدمةٍ، وتمهيد، ومبحثين، وكل مبحث إلى مطلبين، ثم ختمت بخاتمة ذكرت فيها النتائج والتوصيات، واعتمدت على أمات كتب الفقه القديمة، إلى جانب الكتب المعاصرة للجمع بين الأصالة والمعاصرة، إلى جانب تخريج الأحاديث.

التمهيد ــ مفهوم العُقمُ وأسبابه

أولا ــ التعريف بالعُقمُ لغةً: العَقمُ والعُقمُ هزمة تقع في الرحم فلا تقبل الولد، فيقال: رحم عقما وعقمتُ عُقمت الرحم عًقما، والأصل فى معنى العُقم: اليبس المانع من قبول الأثر. قال ابن العربي: امرأة عقيم من نسوة عقائم، وقال ابن الاثير:" والمرأة عقيم

ومعقومة والرجل عقيم ومعقوم، ورحم معقومة: أي مسدودة لا تلد ومصدره العقم "[1]، ويرادف لفظ العقم ـ أيضاـ العَقر والعُقر ـ ويعني العقم استعقام الرحم، وهو أن لا تحمل، وقد عقرت المرأة وهى عاقر، وعَقر الرجل مثل المرأة، والعاقر التي لا تحمل، ورجل عاقر وعقير لا يولد له بيَّن العقر[2].

ثانيا ـ التعريف بالعقم اصطلاحاً : عُرف العقم بتعريفات عدة منها : "العقم هو العجز عن الإخصاب الذي يتوقف على قدرة من الذكر والأنثى على إنتاج خلايا تناسلية، ثم قدرة هذه الخلايا على الاتحاد حتى الحمل" [3] ، وهناك تعريف آخر للعقم وهو: "العجز عن الانجاب لوجود علة، أوعيب بالزوجين معاً، أو بأحدهما وهما في سن يمكن الإنجاب به عادة "[4].

ثالثا ـ التعريف بالعقم، وأسبابه طبياً:

أ ـ التعريف بالعقم طبيا : لقد عرف الأطباء العقم بتعريفات متعددة منها: "العقم، هو عدم القدرة على الإنجاب"[5] ، وعرف ـ أيضا ـ " بأنه عدم القدرة على إنجاب النسل"[6] وترى الباحثة العقم هو، عدم حصول الحمل بعد مدة طويلة من الزواج.

ب ـ أسباب العقم عند الزوجين طبياً:

1ـ اسباب العقم عند المرأة طبياً: تختلف أسباب العقم عند المرأة باختلاف أنواعه كما تنقسم أسبابه إلى عدة أقسام، وهى:

ـ الأسباب التي تعود إلى عدم قدرة المبيضين على إفراز البويضات منها التهاب المبيضين، وأورام المبيضين لاضطراب إفراز الهورمونات.

ـ الاسباب التي تمنع إخصاب البويضة ومنها :

ـ ضيق المهبل ، زيادة حموضة المهبل، انسداد القناة الرحمية، وجود أورام في الرحم، إقلاب الرحم، انسداد قناة فالوب، وجود أجسام مضادة في جسم المرأة.

ـ الأسباب التي تمنع اللقيحة من الانغراس في الرحم، أو تحول دون بقائها منغرسة فيه، منها عيوب الرحم الخلقية، والرحم الطفلي، أو عدم نمو الرحم، والأشكال الغير طبيعية للرحم، وجود أورام عضلية أو ليفية في الرحم، وعدم قابلية الغشاء المبطن للرحم لاستقبال الليقيحة ومعظم هذه الأسباب يتم علاجها إما بالعقاقير، أو الجراحة، وـ أيضا ـ بالتلقيح الداخلي، وبالتلقيح الخارجي (أطفال الأنابيب)[7].

2ـ أسباب العقم عند الرجل : تختلف أسباب العقم عند الرجل باختلاف أنواعه، وتنقسم إلى الآتي :

ـ الأسباب التي تعود إلى فشل الخصية في إنتاج الحيوانات المنوية مطلقاً، أو فشلها في إنتاج العدد الكافي منها للإخصاب، ومنها الخصاء، وعدم تكوّن الخصي وانعدام وجودها، وضمور الخصي: وذلك لأسباب خلقية أو غير خلقية، وعدم نزول الخصتين في كيس الصفن، والتهاب الخصي.

ـ الأسباب التي تعود لعدم قدرة الحيوانات المنوية على الخروج من الاحليل منها، وانسداد الحبل المنوي، والعمليات الجراحية الفاشلة، والأمراض السل والسيلان، وعيوب خلقية في الحبل المنوي.

ـ الأسباب التي تعود لعدم قدرة الرجل على إدخاله الحيوانات المنوية داخل مهبل المرأة منها، والعنة أي العجز الجنسي، والقدف المبكر، وانعدام القدف، والقدف العكسي.

ـ الأسباب التي تعود لوجود عيب في السائل المنوي، هناك مواصفات معينة يجب أن تتوافر في السائل المنوي حتى يستطيع الحوين إخصاب البويضة منها، وكمية السائل المنوي، وحموضة السائل المنوي، لزوجة السائل المنوي، عدد الحوينات المنوية، ونسبة الأشكال الطبيعية للحوينات المنوية، هذه المواصفات لها دور في الاخصاب(8)

المبحث الأول ــ حكم التطليق للعقم وصاحب الحق فيه:

تُعد مســـــألة العقم من القضايا التي تناولها الفقه الإســـلامي، حيث تتعلق بمسائل الطّـــلاق، والزواج، وحقـــوق الزوجين وتختلف الآراء الفقهيـــة حول العقـــم وتأثيره على العلاقـــة الزوجية، مما يستدعي دراســـة دقيقة لمواقف الفقهاء، فهل بحثه الفقهاء كما هو الشأن مع العيوب الأخرى، أم في نظرهم ليس عيباً يستوجب طلب الفرقة والخيار؟،وخاصةً أن العقمَ المستحكم الذي لا علاج له أشد أنواع العيوب ضرراً؛ لأن فيه إخلال بمقصد النسل من الزواج، بخلاف العيوب الأخرى التي مع الجراحة والعلاج يمكن الشفاء منها العيوب الجنسية المعروفة عند الزوج والزوجة .

المطلب الأول ـ حكم التطليق للعقم في الفقه والقانون:

أولاً ـ موقف الفقهاء من التطليق للعقم : يرى الفقهاء أن العيوب التي تجيز طلب التفريق بين الزوجين، إما أن تكون جنسية أو منفرة أو مخوفة، فهل العقم من هذه الأنواع؟

العقم رغم توفر فيه المتعة كاملة ولكن دون إنسال يختلف عن تلك الأنواع؛ لأن غاية الزواج وهدف الزوجين أسمى من أن يكون متعة لا ثمرة لها، وحيث إن الزواج في الإسلام والشرائع عقد مقدس ليكون نواة لأسرة طيبة، فإذا تعذر ذلك لكون أحد الزوجين عقيماً لن يرى له ذريةً، مما يعدُّ العقم عيباً لا يقل أهمية عن سائر العيوب الأخرى، هذا إن لم يكن من أعظمها شأناً (9) ، فهل التفريق في هذه الحالة مصلحة مؤكدة لكلا الزوجين بكون عقم أحد الزوجين سبباً مبرراً للتفريق؟.

ولما كان العقم نتيجة للعيوب التي اهتم بها الفقهاء، فقد اختلفوا في حكم التفريق للعقم على مذهبين:

المذهب الأول، يرى أصحابه عدم جواز التفريق للعقم: لا يعد العقم عيباً في الزوجين، ولا يفسخ به النكاح، وهذا باتفاق المذاهب الفقهية الأربعة: الحنفية[10]، والمالكية (11)، والشافعية (12)، والحنابلة(13) وذلك؛ لأن العقم لا يمنع الاستمتاع، ولا يخشى تعديه (14) فيرى أصحابه من الفقهاء عدم جواز التفريق للعيوب مطلقاً، كما حصروا العيوب بعدد معين ليس منها العقم. جاء في حاشية الدسوقي (15) " ولا يضر عدم النسل كالعقم" (16)، وهو رأي الحطاب (17) إذ يقول: " وأما العقم فالظاهر أنه لا يجب إخبارها به؛ لأنه ليس بعيب يوجب الخيار؛ ولأنه لا يقطع به فلعله يولد له من هذه وإن لم يولد له من غيرها والله أعلم"(18) ، وبه قال الماوردي(19):" فلو كانت عاقرا لا تلد، أو كان الزوج عقيما لا يولد له فلا خيار فيه لواحد منهما "(20).

ويرى هؤلاء الفقهاء عدم التفريق للعقم، والأدلة التي استدلوا بها الآتي:

1- إن المقصود من الزواج هو الاستمتاع وليس التناسل، وعقم لأحد الزوجين لا يخل بهذا المقصد.

2- إن العقم ليس بيد الإنسان بل بيد الله كما في قوله – تعالى- :﴿ **لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَآءُ يَهَبُ لِمَن يَشَآءُ إِنَـاثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَآءُ الذُّكُورَ أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَـاثًا وَيَجْعَلُ مَن يَشَآءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ**﴾ [سورة الشورى الآية[46-47]، وبذلك

فالإنجاب وعدمه يتعلق بقدرة الله وبعلمه، وليس للإنسان دخل فيه، وبالتالي فلا يجوز التفريق؛ لأن الله لا يكلف الإنسان مالا يقدر عليه .

3ـ يستدل أصحاب هذا الرأي على أن الرجلَ يولد له من امرأة، ولا يولد له من امرأة أخرى، فهو عيب غير مقطوع به، وـ أيضا ـ قد يزول العقم في وقت من الأوقات، و يولد للإنسان وهو شيخ، ولا يولد له وهو شاب، فقد ولد لسيدنا إبراهيم ـ عليه السلام ـ وزوجته سارة بعد أن كبرا في السن، وكذلك لسيدنا زكريا عليه السلامَ بعد أن اشتعل رأسه شيبا وبلغ من العمر عتيا. ولم يردوا دليلاً من الكتاب ولا السنة، ولا الاجماع على جواز التفريق، وإنما من القياس فقد قاسوا ذلك على المرأة الآيسة، فالمرأة الآيسة التي لا تلد لا يجوز التفريق بينها وبين زوجها(21)

المذهب الثانـــــي : يرى أصحابه جواز التفريق للعقم: يعدُ العقم عيباً في الزوجينِ ويفسخ به النكاح، وذلك لأن النسل من مقاصد النكاح وهذا المذهب ينقسم إلى فريقين :

الفـريق الأول ـ الفقهاء الذين نصوا صراحة على جواز التفريق للعقم وهم: الخليفة الراشدي عمر بن الخطاب فقد نقل ابن سيرين، أن" عمر بن الخطاب بعث رجلاً على بعض السعاية، فتزوج امرأة وكان عقيما فلما قدم ذكر له، فقال له: هل أخبرتها أنك عقيماً، قال: لا، قال: أعلمها ثم خيرها"[22]. نقل ابن قدامة عن الحسن البصري قوله: "إذا وجد الأخر عقيماً يخيير"[23] ويرى ابن تيميةَ أن تخيير المرأة في التفريق عند عقم الرجل إذ يقول:" ترد المرأة بكل عيب ينفر عن كمال الاستمتاع، ولو بان الزوج عقيماً فقياس قولنا بثبوت الخيار للمرأة، أن لها حقاً في الولد؛ ولهذا قلنا: لا يعزل عن الحرة إلا بإذنها، وعن الإمام أحمد ما يقتضيه" [24].

الفريق الثانـــــي ـ الفقهاء الذين أجازوا التفريق مع وضع ضوابط للعيوب المجيزة للتفريق، والتي من بينها العقم**:** الإمام الزهري: يجيز رد النكاح بكل داء عضال يصعب شفاؤه، والعقم مرض، وفي بعض حالاته يصعب علاجه[25] وابن القيم: يعد كل عيب منفر لا يحصل منه مقصود النكاح يجوز التفريق من أجله، وبما أن العقم يخل بمقصد النسل؛ بل يفوته فيعده منفراّ، فينفر الرجل من الزواج من المرأة العقيمة، وكذلك المرأة[26] واستدل على ذلك بما روى عن عمر بن الخطاب، كما أنه أجاز التفريق للعمى والعرج والخرس والطرش[27]، وهذه عيوب أقل ضرراً على الزوجين من العقم، فهو من باب أولى. فابن تيميةَ : يعدُّ كل عيب يمنع المقصود من

النكاح عيباً يجوز التفريق لأجله، وقد نص ابن تيميةَ صراحة على إعطاء المرأة الحق بالتفريق لعقم زوجها؛ لأن جانب الضرر أكبر عندما يكون زوجها عقيماً والعكس إذا كانت المرأة عقيمة فلزوج أن يتزوج عليها بدل من فراقها وخاصة إنها عقيم[28].

ـ يجوز للمرأة طلب التفريق لكل عيب في زوجها لا يمكن المقام معه بالضرر، والعقم تتضرر منه المرأة بإشباع غريزة الأمومة[29].

وأدلة هذا الفريق ترى:

1- إن الإسلام يحث على التكاثر وزيادة النسل بقوله ﷺ: " تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم" [30] والعقم يحول دون ذلك.

2- **من الآثار:** ما روي عن عمر بن الخطاب، فوجه الاستدلال، أن عمر بن الخطاب: قد أمر الرجل العقيم أن يعلم زوجته بعقمه ويخيرها، وهذا دليلاً على اعتبار العقم عيباً للرجل والسكوت عنه تدليساً، ويخيرها إن شاءت البقاء، وإن رغبت الفراق فلها ذلك، ولما أمر عمر الرجل بذلك كان بمحضر الصحابة ولم ينكروا ذلك عليه [31].

3- **الأدلة القياسية:** أن الفقهاء أجازوا التفريق بين الزوجين للعيوب أقل ضرراً من العقم مثل: الباسور، والناصور، والقروح السيالة فيكون جواز التفريق للعقم من باب أولى[32].

4- إن النسلَ مقصدُ من مقاصد النكاح في الشريعة الإسلامية، والعقم يحول دون ذلك، فبقاء الزوجة مع زوجها العقيم إضراراً بها وظلما لها والضرر يزال، والظلم ينبغي رفعه، وذلك بإعطاء المرأة حق الخيار بطلب التفريق[33].

5- في بعض أنواع التفريق للعقم مصلحة لكل من الزوجين .

ثالثا ـ الترجيـــح، والرأي المختار: الرأي المختار والمرجح هو القائل بجواز التفريق للعقم، وأن أدلته أقوى حجة وأقرب إلى روح الشريعة ومقاصدها، وذلك للأسباب الآتية:

1- إن العلل التي علل بها الفقهاء ـ الذين لا يعدون العقم عيباً ـ في حصر العيوب متوفرة في العقم وهو نتيجة لها، ففقهاء الأحناف والشافعية عللوا حصر العيوب بأنها تخل بمقصد النكاح الأساسي وهو النسل، وأما الحنابلة، فأنها تخل بمقصد الاستمتاع، والمالكية عللوا حصر العيوب بالتي تخفى فهذه العلل موجودة في العقم استنباطاً

وتحقيقاً لمناط العلة، فالعقم يخل بمقصد النكاح الأساسي وإن كان لا يخل بمقصد الاستمتاع، ويعد من العيوب الخفية التي لا تعرف إلا بالزواج .

2- قياس العقم على العزل فالمالكية أجازوا للمرأة طلب التفريق للضرر من عزل الزوج عنها؛ وذلك لمنع الحمل لحرمانها من الولد، وكذلك عقم الزوج يحرمها من الولد، فيقاس العقم على العزل ومع أن العزل يمنع كمال الاستمتاع ويخل بمقصد الاحصان، أما العقم، فيخل بمقصد النسل وطلب التفريق منه من باب أولى والفقهاء أقروا للمرأة حق الولد، وعقم الزوج يحول دون ذلك وعدم التفريق ظلماً لها.

3- أجاز جمهور الفقهاء التفريق بعيوب العنة، والخصاء، والجب، والقرن، والرتق، وهذه عيوب جميعها تربطها علاقة وثيقة بالعقم وعدم الانجاب[34].

ثانياً ـ موقف القانون من التطليق للعقم:

قانون الأحوال الشخصية الليبي رقم(10لسنة1984م) [35]: في القانون الليبي، وتعديلاته نصت المادة رقم[42] بعنوان: التطليق للعيوب في فقرة (أ) (لكل من الزوجين أن يطلبا التفريق إذا وجد بالآخر عيباً لا يتم به مقصود الزواج وغايته، أو وجد به عيباً سواء كان قائما قبل العقد ولم يعلم به طالب التفريق، أم حدث بعد العقد و رضى به صراحة أم دلالة فلا يجوز له طلب التفريق)، فقرة (ب) (فإذا تم الزواج وهو عالم به أو حدث بعد العقد ورضى به صراحةً أو دلالة فلا يجوز له طلب التفريق). فهل قانون الأحوال الشخصية الليبي يعدُّ عيباً كما نص عليه القانون العراقي صراحة، أم أن صياغة القانون الليبي تحمل في طياتها أن العقم عيبا يجيز التفريق وإن لم ينص صراحة؟

من نص المادة لاحظ أن المشـــرع الليبي لم ينص على العيوب بذكر تعدادها، أو تصنيفها، ولم يحدد العيوب سواء كانت جنسية، أو عقلية أو جسدية، كما حددها الفقهاء، بل المشرع بصياغته هذه يتميز بالمرونة، وهو بهذا يضع قاعدة عامة للعيوب جعل لها ضابطاً وهو(العيب الذي لا يتم به مقصد الزواج وغايته) فكل عيب لا يتم به مقصود النكاح يستوجب به حق طلب التفريق (التطليق)، والعقم يخل بمقصد النسل، وهو من مقاصد النكاح، فيدخل في هذه العيوب ويجـــوز طلب التفريق به، وقد أعطى الخيار فيه للزوجين على حد سواء، وبهذا فقد وضع المشرع قيداً، وهو أن العيوب الحاصلة قبل العقد وقبل الدخول، أو بعده، وكان الطرف الآخر علم بها، ولم يرض فله

الحق في طلب التفريق، فعدم العلم بالعيب قبل العقد أو بعده فيه تدليس، أما العلم بالعيب بعد العقد والدخول والرضا به صراحةً أو دلالة، فإن حقه يسقط في طلب التفريق .

وأخذ القانون الليبي برأي فقهاء الحنابلة الذي لا يفرق بين عيب وآخر؛ لأن المقصود من النكاح هو المساكنة والمودة والنسل والرحمة والمؤانسة، فكل ما من شأنه الاخلال بهذه المقاصد، فهو مفوت للإمساك بإحسان ومبيحاً لطلب التطليق، وهذا ما نصت عليه [المادة42] ذكرته آنفاً[36]؛ ولكن هل عيب العقم من العيوب التي يمكن للطرف الآخر أن يعلمها قبل الدخول أم بعده؟

وللإجابة على التساؤل إذا كان العقم نتيجة العيوب الجنسية؛ فإنه يمكن علمها قبل العقد، أما إذا كان نتيجة الأمراض والأورام الخفية التي تصاب بها المرأة أمراض الرحم والمبايض، أو التي يصاب بها الرجل ضعف الحيوانات المنوية، أو قلتها فإن هذه العيوب لا تعلم إلا بعد الدخول، فإذا علم أحد الزوجين أن الآخر عقيماً ولم يرض بعقمه يحق له طلب التطليق للعقم[37]، ويجب أن يستعان بأهل الخبرة الطبية في ذلك، فإذا تبين للمحكمة أن العقم الذي طلب التفريق بسببه مما يمكن شفائه خلال فترة معقولة من الزمن، فإن للقاضي السلطة التقديرية في أن يؤجل لمدة سنة قبل أن تحكم المحكمة بالتطليق؛ وذلك للتداوي والعلاج، فإذا مضت السنة المضروبة أجلا لتلك القضية، ولم يحدث الشفاء من العقم وأصر الطرف الآخر على التفريق، حكم القاضي بالتطليق، والطلاق الذي يوقعه القاضي يعد طلاقا بائنا.

كما أن صياغة نص [المادة 42] مُحكمة اشتملت على قاعدة عامة، وضابط للعيوب، وهو كل عيب لا يتم به مقصد النكاح فهو من العيوب المستحكمة، وبهذا الضابط يستطيع القاضي أن يقيس عليه أي عيب آخر لم يذكره الفقهاء ,فهذه المرونة فسحة تمكن القضاة من الاجتهاد والقياس وعلى القاضي ألا يتمسك بحرفية النص كما جاء في حكم للمحكمة الجزئية بقولها:" إن القانون رقم (10لسنة84م) لم يتضمن عيب عدم الإنجاب ـ العقم ـ بل إن الذرية هي هبة الله، وما جرى به العرف فلا يعد عدم القدرة على الإنجاب عيباً وضرراً لكل من الزوجين "[38].

فكيّفت المحكمة الواقعة طلاق لضرر؛ لأن الشقاق والنفور قد استحكم مما يستحيل معه دوام العشرة وحكمت بموجب نص (المادة 39ف ب) مع اسقاط حقوق المرأة

باعتبارها طلبت بالتطليق للعقم من زوجها، فتم الطعن فيه لدى محكمة الاستئناف الابتدائي، التي نقضت الحكم وحسنا فعلت، وذلك للخطأ في تطبيق القانون، والفساد في الاستدلال[39].

وإن كان المشـــرّع الليبي لم ينص صراحةً على جميع العيوب، فلا يعني ذلك أن يفهم من النص بأن عدم ذكر العقم لا يعد عيباً، فصياغة النص التي لم تحصر العيوب تدل على غير ذلك، وعلى القاضي أن يجتهد في العيوب التي لا تحقق أي مقصد من مقاصد النكاح فيعده عيباً، فالعقم ينتفي معه النسل وهو من مقاصد عقد النكاح .ولذا نصت بعض القوانين العربية صراحة على العقم .

قوانين الأحوال الشخصية العربية : نص قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188 لسنة 1959م) صراحة على جواز التفريق للعقم في نص[المادة 43] المعدلة بالقانون (رقم21 لسنة 1978م) وهو القانون الوحيد الذي عد العقم من العيوب صراحة إذ نص:" أولا: للزوجة طلب التفريق عند توفر أحد الأسباب .... ذكرت في البند الخامس، إذا كان الزوج عقيماً، أو ابتلى بالعقم بعد الزواج ولم يكن لها ولد منه على قيد الحياة "[40] ، وفي قانون الأحوال الشخصية السوري رقم (59لسنة 1953م المعدل) فإن مواد التفريق للعيب حصرت العيوب المجيزة لطلب التفريق بالعلل المانعة من الدخول وبالجنون فقط، وأعطت حق طلب التفريق للزوجة دون الزوج، و نصت[المادة 105] " للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها في الحالتين :

1 ـ إذا كان فيه إحدى العلل المانعة من الدخول بشرط سلامتها منها.

2 ـ إذا جن الزوج بعد العقد"[41].

وأما قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم [51 لسنة 1984م] وتعديلاته فقد نصت المادة[139] على ما يلي :

" لكل من الزوجين أن يطلب فسخ الزواج، إذا وجد في الآخر عيباً مستحكما من العيوب المنفرة، أو المضرة، أو التي تحول دون الاستمتاع سواء أكان العيب موجوداً قبل العقد، أم حدث بعده، و يسقط حق كل منهما في الفسخ إذا علم بالعيب قبل العقد، أو رضى به صراحة بعده".وبينت المذكرة الإيضاحية للقانون أنه إذا وجد أحد الزوجين في الآخر علة جسيمة، كالجذام، والبرص، أو جنسية كالعنة، والجب في الرجل، والقرن، والرتق في المرأة، أو عقلية ـ كالجنون- فقد اختلف الفقهاء في جواز فسخ

الزواج ، وذهب في معيار العيوب مذهب ابن القيم، فبين أن العيوب المقصودة هنا، هي كل عيب ينفر الزوج الآخر, أو يتضرر، أو يمنع الاستمتاع؛ لأنه حينئذ لا يحصل به مقصود الزواج من المودة والرحمة، والسلف لم يخصوا ذلك بعيب دون عيب، فعمر بن الخطاب – رضي الله عنه - يأمر بتخيير زوجة العقيم، وأجل مجنونا سنة ليفيق، أو يفرق بينه وبين امرأته، والإمام الزهري يرد بكل داء عضال، وابن القيم يرى الاقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة أو ثمانية، دون ما هو أولى منها أو مساو لها فلا وجه له[42].

ويفهم أن القانون الكويتي يجيز التفريق للعقم؛ لأن نص المادة عام يشمل بعمومه العقم، فهو من العيوب المنفرة، ويجوز للرجل طلب التفريق للعقم، وكذلك المرأة، وأما في مدونة الأحوال الشخصية المغربية، فقد نصت [المادة 54] :

1- إذا وجدت الزوجة بزوجها عيباً مستحكماً، لا يمكن البرء منه كالجنون، والجذام، والبرص، والسل، فلها أن تطلب من القاضي تطليقها منه، سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم يعلم به، أم حدث بعد العقد ولم ترض به، يؤجله القاضي سنة، فإن برء منه وإلا طلقها عليه.

2- يستجاب لطلب المرأة دون تأجيل في عيوب الفرج التي لا يرجى برؤها، إذا تزوجته

عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحةً أو دلالة بعد علمها فليس لها طلب التطليق لأجله وفي ذلك يستعان بأهل الخبرة من الأطباء في معرفة العيب .

3- إذا كان بالزوجة عيب كالجنون، والجذام، والبرص، وداء الفرج المانع من الوطء، أولذته، وعلم الزوج به قبل الدخول فله الخيار أن يشاء طلق زوجته، وإن شاء ردها واسترد ما زاد على أقل المهر عرفا إن كانت غرته، وإن كان الغار وليها رجع عليه بما دفعه.

وليست عيوب الزوج التي تسوغ طلب التطليق محصورة, وإنما المدار على كون العيب مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل, ولا تستطاع العشرة معه إلا بضرر أيا كان نوعه.

يتضح من نصوص، إنها لم تستمد أحكام التفريق للعيب من مذهب واحد، بل تعددت المذاهب، ووضعت ضابطا للعيوب يجوز فيها للمرأة طلب التفريق من أجلها،

والضابط هو كل عيب مستحكم بالرجل لا يمكن البرء منه، أو منحه مدة سنة ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر.

فالمصدر التاريخي لهذا النص هو مذهب الإمام الزهري، ومحمد بن الحسن .فالإمام الزهري يرد بكل داء عضال ، وهو الذي يغلب الأطباء ولا علاج له، وهذا يشمل العقم الذي يعد من العيوب المستحمكة التي لا يمكن البرء منه في بعض أنواعه، وفي بعضه يمكن بعد مدة تزيد على سنة، وتجيز للمرأة طلب التفريق للعقم، ولا تجيز للرجل طلب التفريق لعقم زوجته[43].

وقانون الاحوال الشخصية الاردني رقم [36 لسنة 2010م.] في المادة [136] للزوجة القادرة على الإنجاب إن لم يكن لها ولد ولم تتجاوز خمسين سنة من عمرها، حق طلب فسخ عقد زواجها، إذا ثبت بتقرير طبي مؤيد بالشهادة عقم الزوج وقدرة الزوجة على الإنجـاب، وذلك بعد مضي خمس سنوات من تاريخ دخوله بها .

المطلب الثاني ــ صاحب الحق بطلب التفريق للعقم وشروطه:

هل حق طلب التطليق للعقم المرأة، أو للرجل أو،حق للزوجين معًا؟ وبماذا أخذ القانون الليبي والقوانين العربية ؟.

أولا **ـ صاحب الحق بطلب التفريق للعقم عند الفقهاء:** اختلف الفقهاء في ذلك إلى فريقين على النحو الآتي :

1- **الفريق الأول،** يرى أن حق التفريق للعقم خاص بالزوجة دون الزوج، وقال به من الأحناف محمد بن الحسن، ومن الفقهاء المعاصرين الدكتور عبدالعزيز الخياط، ومحمد عقلة، ومحمد شفقة, ومصطفى أحمد فتحي **واستدلوا في ذلك:** بأن عمر بن الخطاب أمر بتخير زوجة العقيم، وإعطاء الخيار للمرأة هو إزالة الضرر بسبب عقم الزوج وذلك بطلب التطليق للعقم، أما الرجل فيستطيع أن يلبي غريزة الأبوة بالزواج من إمراة أخرى، أو أن يطلق زوجته.

2- **الفريق الثاني،** يرى أن حق طلب التطليق للعقم مشترك بين الزوجين، وقال به ابن تيميهَ، وابن القيم، والمالكية، والشافعية، والقاضي شريح، والإمام الزهري، ومن المعاصرين عبدالرحمن الصابوني، ومحمد مدكور **واستدلوا في ذلك** بأن عقم أي من الزوجين يقف حائلاً دون تحقيق هدف الزواج، وهو النسل ولا فرق بين الزوج والزوجة، وجاءت نصوص كثيرة تحث على الزواج من المرأة الولود وتنهي عن

الزواج من المرأة العقيم، وهى من قبيل التفضيل، وحب النسل غريزة موجودة في الإنسان، ويكون ذلك بالزواج، فإذا كان أحد الزوجين عقيماً، فإنه يسبب ضرر للطرف الآخر، والضرر يزال، وهذه القاعدة لا تفرق بين الرجل والمرأة [44].

ـ الرأي الراجح والمختار: رأي الفريق الذين يقصرون حق طلب التفريق للعقم على المرأة أقرب إلى الواقع؛ لأن الزوج يستطيع تلبية رغبته في الأبوة بزواج من أخرى، أو أن يطلق زوجته العقيم؛ لأن العقم لا يفوت على الرجل مقصد الاحصان، وإن فوت عليه النسل ـــ فإن الرجل يجوز له التفريق للعيب الرتق والقرن؛ لأن فيهما فوات مقصد الاحصان فالضرر الواقع عليه من الرتق والقرن شديد وأكبر من عقم الزوجة ـــ وأرى زواجه من امرأة أخرى مع الزوجة العقيم أفضل وأخف ضرراً من إعطاء الرجل حق التفريق لعقم الزوجة, وخاصةً إذا كانت الزوجة صغيرة في السن؛ لأن طلاقها ربما يقعها في المحظور, وهذا فيه مفاسد، ودرء المفاسد أولى من جلب المنافع ويعد النسل مقصد من مقاصد النكاح في الشريعة، والعقم من أحد الزوجين يحول دون تحقيق هذا المقصد، مع أن بقاء الزوجة مع زوجها العقيم إضرارا لها، ورفع الظلم عن المرأة يكون بإعطائها حق الخيار بطلب التفريق.

ثانياً ـ صاحب الحق بطلب التطليق للعقم في القانون:

1ـ صاحب الحق بطلب التطليق الزوجة : تفاوت القوانين فيما بينها بخصوص إعطاء حق خيار طلب التطليق للعقم، فأعطى القانون العراقي والسوري والأردني والمغربي والمصري للمرأة أن تطلب حق التطليق للعيب، فأخذت هذه القوانين بالمذهب الحنفي الذي يجيز للمرأة ذلك كما أن بعض القوانين نصت على ترجيعه لأهل الخبرة، حيث يقدرون المرض، فإن كان يرجى منه الشفاء فيؤجل القاضي التفريق، وإلا فرق في الحال، كما ورد في مدونة الأحوال الشخصية المغربية بقولها: " يستعان بأهل الخبرة من الأطباء في معرفة العيب " ،وكذلك القانون الأردني بقوله : " والقاضي بعد الاستعانة بأهل الخيرة ينظر" ،وكذلك في القانون العراقي، وفي القانون الكويتي "إذا كانت العيوب المذكورة غير قابلة للزوال تفسخ المحكمة الزواج في الحال وإن كان زوالها ممكنا حكمت به المحكمة ، تؤجل القضية مدة مناسبة فإذا لم يزل العيب خلالها، وأصر طالب الفسخ، زوالها ممكنا حكمت به المحكمة.

وإذا لم يزل العيب خلالها، وأصر طالب الفسخ، يستعان بأهل الخبرة من الأطباء المسلمين في تحديد المدة المناسبة وفي معرفة العيوب التي يطلب الفسخ بسببها. [45]

2ــ صاحب الحق في طلب التطليق لكل من الزوجين: يعطي القانون الليبي حق طلب التطليق للعيب لكل من الزوجين أخذاً برأي المالكية، والحنابلة، والشافعية[46] كما أن القانون الليبي لم ينص على الخبرة الطبية في العيوب، ومع ذلك تبقى المسألة تقديرية للقاضي، ويعد هذا قصورا في القانون الليبي .

وفي رأي الباحثة أن الخبرة والتقارير الطبية في عيب العقم والعيوب الأخرى ضرورية جداً، ومن أدلة الإثبات المهمة في القضية؛ حيث إن التقرير الطبي دليل يلزم الاعتماد عليه في مثل هذه المسائل، ومن الأمور التي يعتمد عليها كذلك، طول مدة الزواج باعتباره قرينة على صحة الدليل فلو الزوجة ــ مثلا ــ تقدمت بدعوى للتطليق لعقم زوجها، وكانت مدة زواجها عشرة سنوات دون إنجاب، فهذه قرينة على العقم، وخاصةً مع الخبرة الطبية.

وترى الباحثة أن نص [المادة42] تنقصه صياغة النص على المدة والخبرة، فجاءت المادة خالية من ذلك، ويفهم بأنها مسألة تقديرية لقاضي الموضوع ،ومن السلطات التقديرية للمحكمة.

ومن الملحوظ أن المحكمة لها أن تستعين بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها، وفي تقدير المدة المناسبة للشفاء، مع مراعاة إسلام الطبيب لتوافر الثقات المسلمين ذوي الاختصاص، عملاً بمذهب مالك وجمهور المجتهدين

الفرع الثاني ـ الشروط الواجب توفرها في طالب التفريق للعقم :

من النصوص الفقهية والقانونية يمكن إبراز أهم الشروط التي يلزم توفرها في طالب التطليق للعيب وهي:

1- يجب ألا يكون طالب التفريق للعقم عقيماً؛ لأن في مشروعية الخيار يطلب التفريق للعيب، لإزالة الضرر الواقع على أحد الزوجين ألا يكون المطالب عقيماً[47].

2- العلم بالعيب قبل العقد، أو الرضا به بعد العلم به على التفريق؛ لأن العلم بالعقم يختلف أثره على التفريق حسب نوعه، فإذا كان العقم مطلقاً وعلمت به الزوجة ـ مثلا ـ فلا خيار لها في التفريق، وأما إذا كان العقم نسبياً، فإنه يأخذ حكم العنة، والأخذ برأي جمهور الفقهاء استثناء العنة من شرط العلم بالعيب.

3- عدم التأخير بطلب التطليق للعيب بعد العلم به، فهل التفريق للعيب يجب على الفور، أم على التراخي اختلف الفقهاء فيه، وبذلك يكون طلب التفريق يثبت في العقم على التراخي؛ وذلك لأن العقم يشبه العنة، ولأن العقم في بعض أنواعه يمكن علاجه[48].

4- يجب ألا يكون قد ولد لطالب التفريق للعقم ولد من الزوج الآخر. واشترط القانون العراقي هذا الشرط بقوله :" إذا كان الزوج عقيماً أو أبتلى بالعقم بعد الزواج، ولم يكن لها ولد منه على قيد الحياة" .

5- مُضي سنتان على الدخول بالزوجة قبل طلب التطليق للعقم وهذا الشرط استنبطناه من تعريف الأطباء للعقم، كما يرى البعض يكفي خمس سنوات على عدم الإنجاب بعد الزواج[49], والمدة على عدم الإنجاب يجب إحالتها على أهل الاختصاص من الأطباء.

6- يجب أن يكون طالب التطليق للعقم في سن يمكنه الإنجاب به, فإن المرأة إذا بلغت سن اليأس فلا يحق لها طلب التطليق للعقم، وقد اشترط القانون الأردني قبل بلوغ المرأة سن الخمسين.

ونص فقهاء المالكية، والحنفية، والحنابلة، على وجوب إمهال المعيب مدة من الزمن، والإمهال هو تأجيل التطليق بين الزوجين بعد ثبوت وجود العيب، والقصد هو زوال العيب، أو الشفاء منه ..

ونصت معظم القوانين على شــرط الإمهال ومدته سنة، ومن القوانين التي نصت عليه القانون الأردني ،والسوري، والمغربي، والكويتي ،أما القانون العراقي فقد نص على الإمهال حتى زوال العلة في العيب القابل لشفاء، وأما في العيب الغير قابل للشفاء فلا تأجيل فيه. وفي عيب العقم النسبي القابل للشفاء، فيرجع فيه إلى أهل الطب والاختصاص والخبرة، فيكون إمهال الرجل مدة من الزمن في حالة قابليته لشفاء، أما في حالة العقم المطلق الذي لا شفاء منه فلا إمهال له، وتبدأ مدة الإمهال من تاريخ ثبوت العيب عند القاضي وليس من تاريخ رفع الدعوى[50].

وفي المذكرة التوضيحية للقانون الكويتي ترى أن المحكمة لها، أن تستعين بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها، وفي تقدير المدة المناسبة للشفاء، مع مراعاة إسلام الطبيب لتوافر الثقات المسلمين ذوي الاختصاص، عملاً بمذهب مالك وجمهور المجتهدين.

المبحث الثاني ـ الآثار المترتبة على التطليق للعقم:

إذا عد العقم عيباً من العيوب التي يجوز التفريق من أجلها، والحكم بالتفريق بين الزوجين لوجود هذا العيب، فيلزم معرفة الآثار المرتبة على ذلك، فيمكن تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين كالآتي:

المطلب الأول ـ معرفة نوع الفرقة:

أولاً ــ نوع الفرقة عند الفقهاء : اختلف العلماء في نوع الفرقة التي يتم بها التفريق للعيب، فمن هذه الآثار معرفة نوع الفرقة للعقم هل هي طلاق أم فسخ ؟اختلف العلماء في نوع الفرقة على مذهبين:

المذهب الأول، أن التفريق للعيب يعد طلاقاً بائنا، وبهذا قال به الحنفية، والمالكية واستدلوا على ذلك: بأنه يجب على الزوج أن يمسك زوجته بالمعروف، أو يسرحها بإحسان، فإذا كان الزوج عاجزاً على الإنجاب لم يكن إمساكه بمعروف، فيتعين التسريح بإحسان على الزوج، أي يجب أن يطلقها، فإذا لم يقم به الزوج ناب القاضي منابه، فيحكم بالطلاق[51].

فالأحناف يقـــررون أن القاعدة عندهم في النكاح الصحيح التام النافذ اللازم، لا يقبل الفسخ ووجود عيب بالزوج لا يؤثر على صحة العقد، فهو عقد صحيح نافذ لازم، فلا يقبل فيه الفسخ، أما جعل الطلقة بائنة فعللوا ذلك بأن الغرض من هذا التفريق تخليص المرأة من الزوج ورفع الضرر، ودفع الظلم عنها وهذا لا يحصل إلا بالطلاق البائن؛ لأنه لو كان رجعياً فإن الزوج من حقه إرجاعها من غير رضاها، فيحتاج إلى التفريق

المذهب الثاني، تقع الفرقة بين الزَوجينِ بالعيبِ فسخاً لا طلاقاً، وهذا مذهب الشافعية[52] والحنابلة[53] واستدلوا على ذلك: بأن التفريق للعيب إنما هو خيار لأجل العيب، والخيار يعطي صاحبه حق الفسخ قياسا على العيب في المبيع؛ وذلك لأنه عيب يمنع غالب المقصود بالعقد، فجاز أن يثبت به خيار الفسخ[54]. كما أن الطلاق خاص بالفرقة التي يوقعها الزوج تصدر منه ويتلفظ بها، والزوج لم يلفظ بالطلاق عند إيقاع الفرقة للعقم؛ بل من قبل القاضي وتكون الفرقة رغم أنفه، فتكون فسخاً [55].

ثانيا ـ نوع الفرقة في القانون: في قوانين الأحوال الشخصية العربية، أي القانون اللبناني، والسوري، والأردني، والمغربي، والمصري، والسوداني، نصت على أن التطليق للعيب والعقم طلاقا بائنا، وأما في القانون الليبي، فقد حددت [المادة 30]

الحالات التي يكون فيها الطلاق غير بائنا، ولم يذكر من ضمنها التطليق للعيب والعقم، فيكون الطلاق للعيب هو طلاقا بائنا ،و في القانون الكويتي، فجعل التطليق للعيب والعقم فسخا ،وجاء في المذكرة التوضيحية ،وقد رئي من التيسير والعدل أن يكون التفريق للعيب فسخا لا طلاقاً محضا، طبقاً لمذهب الشافعي وأحمد، فلا ينقص به عدد الطلقات، ولا يترتب عليه من الآثار المالية إلا ما يترتب على الفسخ مما تقدم بيانه في الأحكام العامة. .

المطلب الثاني ـ الحقوق المترتبة على التطليق للعقم:

يترتب على التطليق والفرقة للعقم بين الزوجين حقوقاً للزوجة على زوجها.

أولا ـ حق المهر، لقد اختلف الفقهاء على حكم المهر الذي تستحقه المرأة إذا كانت الفرقة بعد الدخول، بسبب عيب الزوج على مذهبين:

المذهب الأول ،أن يكون لها المهر المسمى كاملاً، إن كان قد خلا بها، وهو رأي الأحناف [56] والمالكية [57] والحنابلة[58] والأدلة على ذلك مِنَ الكِتابِ في قوله تعالى : ﴿ **وَإِنْ أَرَدْتُمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا**﴾ النساء: الآية[20،21].

ووجه الدلالةِ مِن الآيةِ الكريمة: العموم في قوله :﴿ فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾.أي: إلَا ما خصه دليل. وقوله:﴿ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾؛ لأنه نكاح صحيح وجد بأركانه وشروطه، فترتّب عليه أحكام الصحة، وكما أن المهر يجِب بالعقد ويستقر بالخلوة فيه مسمى صحيح وقد تأكد، فلا يسقط بحادث بعده، فالفرقة لعيب الزوج تمت بعد الدخول في نكاح صحيح .

المذهب الثاني: لها مهر المثل، وقال به الشافعية[59]، والحنابلة[60] في قول

استدلوا أن فسخ العقد للعيب رفع للعقد من أصله، فيرجع كل طرف من أطراف العقد إلى حقه، فإن تلف فإلى بدل حقه، فإذا فسخ الزواج لعيب في الزوج رجع الزوج لعين حقه وهو المهر المسمى والزوجة ترجع إلى بدل حقها وهو مهر المثل؛ لأنه يتعذر ارجاع حقها لها بعد الدخول، أما إذا كانت الفرقة لعيب الزوجة بعد الدخول، فيجب لها المهر المسمى، وفي رأي آخر مهر المثل، وإذا حدث العيب بعد الوطء لها مهر المسمى، وإذا كان العيب قديماً، أو مقارناً للعقد فلها مهر المثل وهو رأي الشافعية

والحنابلة، ويرى الحنابلة، وابن تيميةَ لها مهر المسمى ناقصاً بنسبة نقص مهر المثل؛ لأجل العيب إلى مهر المثل كاملاً [61].ولذلك فإن المرأة إذا طلبت التفريق للعقم وحكم لها القاضي، فإذا كانت الفرقة، فتستحق المرأة المهر المسمى كاملاً، وأما إذا كان الزوجان سليمين؛ ولكن لا يمكن أن يتم الإنجاب بينهما، وهو ما يسمى بالعقم البيولوجي، فإذا تزوج أي منهما فأنجب وولد له، فإن طلبت المرأة التفريق وحكم لها القاضي بذلك، فما هو المهر الذي تستحقه الزوجة ؟ ،فالسبب هنا ليس خاصا بأحد الزوجين دون الآخر، بل مشترك بينهما وبالتالي فإن من العدل أن يخفف عن الزوج في المهر, بأن تستحق في هذا النوع من العقم نصف المهر المسمى؛ لأن الزوج ليس عقيماً.

ثانياً ـ حق نفقة العدة : اختلف الفقهاء في استحقاق المتفرقة من زوجها للعيب لنفقة العدة على مذهبين:

المذهب الأول، لا تستحق المرأة نفقة العدة, وذهب إلى ذلك الجمهور من المالكية،[62]والشافعية،[63] والحنابلة[64]. **وأدلة الجمهور** أقوى بأن لا نفقة عدة للبائن للحديث فاطمة بنت قيس، وبناءً على ذلك فإن المفترقة عن زوجها بسبب عقمه لا تستحق نفقة عدة أخذاً برأي جمهور الفقهاء، إذا عد الفرقة للعيب طلاقاً، أما إذا عد الفرقة فسخاً، فإن المفسوخ نكاحها لا تستحق نفقة عدة ـ أيضا ـ لإنقطاع أثر النكاح بالفسخ؛ لأن الفسخ نقض للعقد ورفع له أصله .المذهب الثاني، تستحق المرأة نفقة عدة، وقال الأحناف به [65]. وأخذ به معظم قوانين الأحوال الشخصية.

ثالثاً ـ قوانين الأحوال الشخصية:

قانون الأحوال الشخصية الليبي رقم10 لسنة 1984م، في [المادة 51] يرى أن تحدد المحكمة المختصة في حالة وقوع الطلاق نفقة الزوجة المطلقة أثناء عدتها.

وفي القانون الأردني رقم 36لسنة 2010م، [المادة151] تنص: على تجب على الزوج نفقة معتدته من طلاق أو فسخ.[المادة 152] أ- نفقة العدة كالنفقة الزوجية ويحكم بها من تاريخ وجوب العدة إذا لم يكن للمطلقة نفقة زوجية مفروضة فإذا كان لها نفقة فإنها تمتد إلى انتهاء العدة على أن لا تزيد مدة العدة على سنة . ب- لا تسمع دعوى نفقة العدة بعد مرور سنة على تبليغ الزوجة الطلاق .وفي القانون السوري رقم 4 لسنة 2019م [المادة 117] : نصت إذا طلق الرجل زوجته بإرادته المنفردة دونما

سبب معقول ومن غير طلب منها استحقت تعويضاً من مطلقها بحسب حاله وبما لا يتجاوز نفقة ثلاث سنوات لأمثالها فوق نفقة العدة وللقاضي أن يحكم به جملة أو مقسطاً بحسب مقتضى الحال.

وفي القانون الكويتي [رقم51 لسنة 1984م] في [م162] تنص: على تجب النفقة للمعتدة من طلاق، أو فسخ، أو من دخول في زواج فاسد، أو بشبهة و[م163] تعتبر نفقة العدة دينا في ذمة الرجل من تاريخ وجوبها، ولا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء، ويراعى في فرضها حاله يسراً وعسراً.والقانون العراقي رقم[188لسنة 1959م] تنص المادة[50]: تجب نفقة العدة للمطلقة على زوجها الحي ولو كانت ناشزا، فقد نصت هذه القوانين على استحقاق المرأة نفقة العدة سواء كانت العدة من طلاق أم فســـخ.

الخاتمة:

في نهاية البحث توصلت الباحثة إلى ـ أهم النتائج الآتية:

1- إن العقم من العيوب التي تؤثر على استمرارية عقد النكاح.

2- تباين الآراء الفقهية حول مسألة العقم وتأثيره على عقد النكاح، إذ ينظر الفقهاء إلى العقم عيباً يبرر طلب الطلاق أو فسخ النكاح، فالحنفية يشترطون أن يكون العيب منفراً من الزواج ويعدون العقم من العيوب، والمالكية يرون أن العقم عيب يستوجب الفسخ إذ لم يكن الطرف الآخر عالما به أثناء العقد، والشافعية والحنابلة يؤكدان على ضرورة الإخبار بالعقم قبل الزواج ويعدونه سببا للفسخ إذا لم يكن معلوم.

3- تختلف قوانين الأحوال الشخصية العربية حول كيفية التعامل مع مسألة العقم، فبعض القوانين تأخذ آراء الفقهاء بعين الاعتبار وتعطي الخيار للمرأة بطلب التطليق مع ضمان حقوقها المالية في حالة الزوج كان عقيماً، وفي البعض الآخر مثل: القانون الليبي، والعراقي أعطى للزوجين الخيار.

4- حكم الفرقة في العقم اختلف فيها الفقهاء بين الفسخ والطلاق البائن .

5- التشديد على أهمية العلم بالعيوب وعدم التدليس قبل الزواج، وأن يتعامل الزوجان بحكمة وصبر.

6- مشورة قول أهل الخـــبرة من الطب والاستعانة بهم في الحالات التي تقبل العلاج والشـــفاء من العقم، وقياس العقم على العنة، ويمنـــح الزّوج مدة عام من قبل القاضي للعلاج .

7- مشـــروعية التداوي والعلاج وخاصةً مع التطور في الطب والأجهزة والمعامل الطبية يُسهم في استمرار الحياة الزوجية ويقلل من حالات الانفصال؛ بسبب العقم الذي يمكن البرء منه.

التوصيات :

وبناءً على النتائج، قدم البحث توصيات لمعالجة هذا العيب ، منها :

1- إنشاء عيادات خاصة لعلاج العقم، بإشراف الدولة ومساعدة الأزواج الذين لديهم عقم سببه أمراض في تلقي العلاج في هذه العيادات، حيث إن تكاليف علاج العقم مكلف جداً، وقد تفشل محاولات الحقن المجهري عدة مرات.

2- نشر التوعية الأسرية، وخاصةً للمقبلين على الزواج وتوجيههم بضرورة إجراء الكشوفات التي تظهر سلامتهم من العيوب، ومصارحة الطرف الأخر وعدم التدليس عليه

3ـ حماية المرأة العقيمة بإصدار القوانين التي تحفظ لها كرامتها في الحياة الكريمة .

4- حماية الرجل العقيم بإصدار قانون بعدم قبول طلب الزوجة التطليق إذا بلغت سن الأربعين .

الهوامـــــش:

القرآن الكريم ، برواية قالون عن نافع .

1 ـ لسان العرب، المادة :ع ق م ،دار صادر، بيروت، ط1،(د، س)،المجلد 12، ص413.

2 ـ ينظر: المرجع نفسه، المجلد 4 ، ص591.

3ـ محمد سلام مذكور، مقال بعنوان العقم والتعقيم، مجلة العربي، العدد (176)،1973م، ص16.

4ـ زياد صبحي علي، أحكام عقم الانسان في الشريعة،ط1995،1م،ص49.

5- محمد رفعت، العقم عند النساء والرجال أسبابه وطرق علاجه، دار الهلال، بيروت، ط1، ،1986،ص9
6 ـ عبد المحسن بيرم، الموسوعة الطبية العربية، دار القادسية، بغداد، ص 238.
7 ـ سبيروفاخوري، العقم عند الرجال والنساء، دارالعلم،بيروت،ط1988،5،ص354.
8ـ ينظر: المرجع نفسه، ص571.
9 ـ عبدالرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، دار الفكر، بيروت لبنان، ط8، ج2 ص772 .
10 ـ ينظر: أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (المتوفى: 370 هـ)، شرح مختصر الطحاوي ،المحقق: د.عصمت الله عنايت الله محمد ،دار البشائر الإسلامية، ط 1، 1431 هـ - 2010 م، ج4 ص373.
11 ـ ينظر: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (المتوفى: 1230هـ)،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر،(د ط)،(د س) ،ج2 ص 278.
12 ــ أبوزكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي(المتوفى: 676هـ)،روضة الطالبين وعمدة المفتين،تح:زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت ـ لبنان، ط3، 1412هـ ــ 1991م ،ج7 ص178.
13 ـ منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى (المتوفى: 1051هـ) ، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات ،عالم الكتب ط1، 1414هـ - 1993م ،ج2 ص679.
14 ـ ينظر: المرجع نفسه، ج2 ص679 .
15 ـ ينظر: الدسوقي، أبوعبدالله محمد بن عرفة الدسوقي المصري، أخذ عن المنير، ولازم الصعيدي العدوي، اشتغل بالتدريس والإفتاء حتى وفاته سنة 1230هـ، وصلى عليه في الأزهر ومن أشهر كتبه: حاشية الدسوقي، ينظر: شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، محمد سالم مخلوف (المتوفى: 1360هـ)علق عليه: عبد المجيد خيالي، دار الكتب العلمية، لبنان،ط1424،1 هـ- 2003م، (ص361).
16 ـ ينظر: المرجع نفسه ،ج2 ص 278.
17 ـ ينظر: الحطاب، أبوعبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن الرعيني المعروف بالحطاب، فقيه مالكي من العلماء المتصوفين، أصله من المغرب، ولد سنة 902هـ ،واشتهر بمكة، ومات في طرابلس الغرب سنة 954هـ،أخذ عن والده، وروى عن النويري، والقلقشندي، وأخذ عنه التاجوري وولده يحيى، ومن كتبه: تحرير الكلام، ومواهب الجليل ينظر: نيل الابتهاج بتطريز الديباج، أحمد بابا بن أحمد بن التنبكتي، (المتوفى: 1036هـ)، عناية وتقديم:د.عبدالحميد عبد الله الهرامة، دار الكاتب، طرابلس – ليبيا، ط2، 2000 م، ص592.
18 ـ ينظر: أبوعبدالله، محمد بن عبد الرحمن المغربي الحطاب (المتوفى954هـ)، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دارالفكر، بيروت ،1398ه،ج 3 ، ص404.
19 ـ ينظر: الماوردي، أبوالحسن علي بن محمد بن حبيب القاضي من فقهاء الشافعية،ولد سنة 364هـ بالبصرة، من كتبه: الحاوي الكبير، والاحكام السلطانية، توفى سنة450هـ ينظر: تاج الدين بن علي بن عبد الكافي السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، هجر للطباعة، ط (2)، 1413هـ، تح : د. محمود محمد الطناحي ،ج5 ص267.
20 ــ ينظر: الماوردي، أبوالحسن علي بن محمد بن حبيب البغداد، الحاوي الكبير، تح: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، دارالكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط (1)، 1419 هـ ــ1999 م ج9ص341.
21 ـ مرجع سابق ، ص185.
22 ـ ابن القيم، محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة ،بيروت، ط(14)، 1407هـ - 1986م، تح: شعيب الأرناؤوط ،ج5/ص163 .
23ـ ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي (المتوفى: 620هـ) المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل ،مكتبة القاهرة ،(بدون طبعة)،1388هـ - 1968م، ج7 ص168.

24 ـ ينظر: ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحنبلي،(المتوفى: 728هـ) الفتاوى الكبرى، دار الكتب العلمية، (ط1)، 1408هـ ـ1987م، ج5ص 464.
25 ـ ينظر: ابن القيم، المرجع نفسه ، ج5 ص163
26 ـ ينظر: ابن القيم ،مرجع نفسه، ج5 ص163.
27 ـ ينظر: ابن القيم، المرجع نفسه، ج5 ص163.
28 ـ ينظر: ابن تيمية، مرجع سابق ،ج5ص 464.
29ـ علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني (المتوفى: 587هـ)،بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت،ط (2)، 1406هـ ـ 1986م ج2ص327.
30ـ ينظر: أبو دواد سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق محمد محي الدين عبدالحميد، دارالفكر،(د.ط)، (د،س).كتاب النكاح، باب النهي من تروج من لم تلد من النساء، رقم الحديث 3026، حديث حسن .
31 ـ ابن القيم , مرجع سابق ،ج 5 ص163.
32 ـ ينظر: ابن قدامة ، مرجع سابق ، ج7ص186.
33 ـ ينظر: الصابوني، المرجع السابق، ج2 ص673.
34 ـ ينظر: زياد صبحي علي، ص 193.
35ـ قانون الأحوال الشخصية الليبي رقم 10لسنة 1984م، نشر في الجريدة الرسمية لسنة 1984م، العدد [16] ،السنة الثانية والعشرون، بتاريخ 1984/4/19م.
36 ـ عبدالسلام العالم، شرح قانون الزواج والطلاق الليبي، منشورات الجامعة المفتوحة،(د،ط) ، (د.ت) ص279
37 ـ زكي الدين شعبان، الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، جامعة قاريونس، (ط6) ،1993م، ص487.
38ـ ينظر: الحكم الجزئي رقم 872،لسنة1997م، محكمة باب بن غشير الجزئية،(حكم غير منشور).
39 ـ ينظر: الحكم الاستئنافي رقم 106 لسنة 1998م، محكمة الاستئناف طرابلس،(حكم غير منشور).
40 ـ ينظر: الوقائع العراقية، العدد (280)، تاريخ:1959/30/12، الجزء:(1)مجموعة القوانين والانظمة، تاريخ:1959، ص889.
41 ـ ينظر: قانون الأحوال الشخصية السوري، رقم 59 لسنة 1953م المعدا بالقانون رقم 4 لسنة 2019م
42 ـ ينظر المادة رقم [142] من القانون رقم 51 لسنة 1984م، والمذكرة الإيضاحية نشر بالجريدة الرسمية – الكويت اليوم – العدد 1570 بتاريخ24 شوال 1404هـ الموافق 1984/7/23م السنة الثلاثون، ص 169 ،وعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1996م، والمنشور في الكويت اليوم، الجريدة الرسمية، العدد 276،السنةالثانية والأربعون،ص1 والقانون رقم 29 لسنة 2004م والمنشور في الكويت اليوم، الجريدة الرسمية، العدد 664 ،السنة الخمسون، وبالقانون رقم 66 لسنة 2007م المنشور في الجريدة الرسمية – الكويت اليوم – العدد 852 السنة الرابعة والخمسون.
43 ـ ينظر أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، مكتبة المعارف،1984،(ط1)، ج1 ص345.
44 ـ ينظر: زياد صبري، مرجع سابق ، ص 204.
45 ـ ينظر: المذكرة الإيضاحية نشر بالجريدة الرسمية – الكويت اليوم – العدد 1570 بتاريخ24 شوال 1404هـ الموافق 1984/7/23م السنة الثلاثون، ص 169
46 ـ ينظر: الصابوني، مرجع سابق، ص 655.
47 ـ ينظر:: الصابوني ، المرجع نفسه، ص 673.
48 ـ ينظر: زياد صبحي، ص 210 .

49 ـ ينظر: الصابوني ، ص 673.
50 ـ ينظر: زياد صبحي، ص211 .
51 ـ ينظر: الصابوني، ص 642 ،643.
52 ـ ينظر: النووي، ج7ص176.
53 ـ الحجاوي، أبو النجا موسى بن أحمد بن موسى بن سالم (المتوفى: 968هـ)،الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، المحقق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي ،دار المعرفة ، بيروت ـ لبنان (د،ط)، (د،ت) ج5/ ص113.
54 ـ ينظر: الماوردي ،ج 9 ص339.
55 ـ ينظر: زياد صبحي، ص 224 .
56 ـ ينظر : الكاساني، ج 2 ص 326
57 ـ أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري (توفى897)، التاج والإكليل لمختصر خليل(897) ،دار الفكر، بيروت، (د،ط) 1398هـ.ج3 ص 482.
58 ـ أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة (المتوفى: 620هـ)،الكافي في فقه الإمام أحمد ،دار الكتب العلمية ، ط(1) ،1414 هـ - 1994 م ،ج3 ص44 .
59ـ ينظر: الماوردي، ج9 ص 344.
60 ـ ينظر :الماوردي، ج3 ص 291.
61ـ ينظر: زياد صبحي، ص234 .
62 ـ ينظر: الحطاب ، ج 4 ص19.
63ـ ينظر : النووي ، ج6 ص66
64 ـ ينظر: ينظر :الماوردي، ج3 ص 291.
65 ـ ينظر: أبي سهل السرخسي، شمس الدين أبو بكر محمد بن ، المبسوط ، دراسة وتحقيق: خليل محي الدين الميس، دار الفكر ، بيروت، لبنان ،ط(1)، 1421هـ 2000م، ج5ص132.