التغرير في العيوب
دراسة مقارنة

د. نشوان محمد سليمان رنا سعد شاكر
جامعة الموصل / كلية الحقوق

المقدمة:

أدى تطور الحياة، والبعد عن الأزمان الفاضلة، وكثرة التعقيدات والمشكلات التي امتاز بها زماننا، إلى بروز مشكلة هددت عقد الزواج وجعلته إلى عدم الاستقرار أقرب، ألا وهي مشكلة التغرير في العيوب التي تطرأ على عقد الزواج فتنحرف به عن مقصوده وتخرم ركناً معتبراً فيه، ألا وهو الرضا، فقد يؤدي التغرير في كثير من الأحيان إلى انقطاع الحياة الزوجية، وما يترتب على ذلك من ضياع للأولاد وهدم للأسرة، فتشب المشاكل الاجتماعية التي لها آثار نفسية على الزوجين والأبناء، ولست بالتي أزعم أن هذه المشكلة من نتاج عصرنا بكل جوانبها، بل هي ممتدة ضربت جذورها منذ القدم، ولكن الأمر الذي استجد هو التفنن الغريب الذي أحدثه بعض الناس للتغرير بالعاقد الآخر، والتوسع في هذا الأمر توسعاً ملحوظاً حتى بات الأمر مشكلاً على كثير من الناس، فقيام بعض الأزواج بالتغرير وإخفاء العيوب عن بعضهم، دون وازع ديني أو أخلاقي يشكل خطر كبير .

لذلك حفلت الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية بأدق التفاصيل الممكنة فيما يتعلق بالزواج، فجسّدا الزواج بالبعد الواقعي لاستمرارية البنية البشرية التي جعلها الشارع مقصداً لإعداد الأجيال السليمة الخالية من

الأمراض، فتأمن بذلك تتابع الأجيال جيلاً بعد جيل، ولذلك فإن إصابة أحد الزوجين بمرض أو عيب لهُ بعد سلبي على طرفي العلاقة من ناحية وعلى نسلهما من ناحية أُخرى، مما يخل بحكمة الزواج ومقاصده.

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية الموضوع في النقاط الآتية:

- تأثر الزواج تأثراً واضحاً عند حدوث التغرير في العيوب.
- انتشار عقود الزواج التي تقع تحت تأثير التغرير في العيوب.
- ارتفاع نسب الطلاق وبشكل ملحوظ، ولعل أهم أسبابها ابتداء النكاح بالكذب والتغرير بدلاً من ابتدائه بالصدق والتبيين.
- معالجة مسألة التغرير في العيوب معالجة موضوعية سليمة من الناحية الشرعية والقانونية، بدلاً من المعالجة التي تبناها المشرع العراقي من خلال الرجوع إلى الفقه الإسلامي باعتباره المصدر الأساس لقانون الأحوال الشخصية العراقي، وكذلك من خلال الاسترشاد بالقوانين العربية المقارنة التي عالجت هذه المسالة.
- البحث في دور المحاكم وسلطتها، وما هي نسبة الدعاوى الخاصة في هذه المسألة.

فرضية البحث:

تكمن فرضية البحث في الإجابة عن العديد من التساؤلات من ذلك:

- ما هي العيوب المبيحة لفسخ الزواج؟
- وما هو حكمها؟
- وما حكم التغرير فيها؟
- من يملك حق طلب التفريق للعيب؟
- هل كان المشرع العراقي موفقا في معالجته لهذه المسألة؟

- هل جاء موقف المشرع العراقي في ذلك موافقا لموقف الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية المقارنة؟

منهجية البحث:

ستكون منهجية بحثنا على النحو الآتي:

الاعتداد بالمنهج التأصيلي، وذلك عن طريق تسليط الضوء على المسائل التي يكون فيها للتغرير في العيوب أثر على الزواج وإرجاع هذه المسائل إلى التأصيل الفقهي لها إن وجد.

إتباع المنهج المقارن، وذلك بمقارنة موقف قانون الأحوال الشخصية العراقي مع التشريعات (الأردني، المغربي، القطري)، وذلك لأن التشريع الأردني يحيل إلى المذهب الحنفي عند عدم وجود النص، أما المشرع المغربي فإنه يحيل إلى المذهب المالكي في حالة انعدام النص، أما المشرع القطري فيحيل إلى المذهب الحنبلي عند انعدام النص، عليه سوف نبين موقف هذه التشريعات من أثر التغرير في العيوب في عقد الزواج، مع محاولة تصويب النصوص القانونية والترجيح بينها، واقتراح النصوص القانونية الأكثر ملائمة للمجتمع العراقي.

إتباع المنهج التطبيقي، من خلال إبراز موقف القضاء في العراق وفي قضاء القوانين العربية محل المقارنة كلما كان ذلك ممكننا، كونه يمثل الجانب العملي في بيان أثر هذه العيوب.

خطة البحث:

المبحث الأول: ماهية التغرير.

المطلب الأول: مفهوم التغرير.

المطلب الثاني: أركان وشروط التغرير وحكمه.

المطلب الثالث: أنواع التغرير.

المبحث الثاني: ماهية العيوب المبيحة للفسخ وأحكام التغرير بها.

المطلب الأول: ماهية العيوب المبيحة للفسخ.

المطلب الثاني: أحكام التغرير بالعيوب.

الخاتمة: (النتائج والتوصيات).

المبحث الأول
ماهية التغرير

حرص الشارع الحكيم على تنظيم عقود الناس واستقرار معاملاتهم دفعاً للنزاع بينهم، كما احترم الإرادة بجعل الرضا مناط شريعة المتعاقدين، ونهاهم عن أكل المال بغير وجه الحق، إلا أن يكون عن تراضٍ ورغبةٍ، وفي ذلك قال تعالى: **((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ))**[1]، ومع ذلك فقد يشوب إرادة المتعاقدين التغرير والذي هو أحد عيوب الإرادة، فما هو التغرير؟ وما هي أحكامهُ؟ هذا ما سنحاول بيانهُ في ثنايا هذا المبحث، بذلك سنقسمه على ثلاثة مطالب وفق الآتي:

المطلب الأول: مفهوم التغرير.

المطلب الثاني: أركان وشروط التغرير وحكمه.

المطلب الثالث: أنواع التغرير.

المطلب الأول
مفهوم التغرير

نتناول في هذا المطلب تعريف التغرير في اللغة والاصطلاح، ومن ثم نبين الفرق بينه وبين ما يشتبه به من المصطلحات، لذا سنقسمهُ على فرعين:

الفرع الأول: تعريف التغرير.

الفرع الثاني: الفرق بين التغرير وما يشتبه به.

[1] سورة النساء الآية (29).

الفرع الأول

تعريف التغرير

للتغرير معانٍ ثلاث، معنى لغوي بينه أهل اللغة، واصطلاحي بينه الفقهاء، وقانوني بنص القانون الوضعي، لغرض الإحاطة بهذه المعاني سنقسم هذا الفرع على وفق الآتي:

أولاً: التغرير لغةً.

التغرير مأخوذ من الفعل غَرَ: غَرَرَ، يغرهُ، غراً، وغروراً، وغِرةً،[1] وقد ورد التغرير على عدة معانٍ وكما يلي:

الخداع: غَرَرَ يغرهُ، غراً وغروراً، وغِرةً، خدعهُ وأطعمهُ بالباطل[2]، وجاء في قوله تعالى: ((يَا أَيُّهَا الْإِنْسَانُ مَا غَرَّكَ بِرَبِّكَ الْكَرِيمِ))[3]، أي ما خدعك وسول لك حتى أضعت ما وجب عليك.[4]

الخطر: حيث قيل الغرر: الخطر، ونهى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) عن بيع الغرر، وهو مثل بيع السمك في الماء والطير في الهواء.[5]

الغفلة: قيل الغِرة: الغفلة، والغار: الغافل،[6] تقول منه اغتررت يا رجل، واغترهُ: أي أتاهُ على غفلة منه.[7]

وقيل الغرر ما يكون مجهول العاقبة لا يُدرى أيكون أم لا.[8]

---

(1) محمد بن مكرم الأفريقي المصري ابن منظور، لسان العرب،ج37، دار الحديث، القاهرة، بلا سنة نشر، ص3233.

(2) مجد الدين الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ط2، دار إحياء التراث العربي،2003، ص418؛ صالح العلي الصالح، أمينة الشيخ، المعجم الصافي في اللغة العربية، مطبعة المشرق الأوسط، الرياض، بلا سنة نشر، ص458.

(3) سورة الانفطار/ الآية (6).

(4) محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج3، ط1، دار الكتب العربية، بيروت، بلا سنة نشر، ص443.

(5) محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، بلا سنة نشر، ص471-472.

(6) احمد المقري الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرفاعي ، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994 ص444-445.

(7) إسماعيل بن حماد الجوهري، مصدر سابق، ج2، ص768***** ليس بمصدر سابق.

(8) علي بن محمد علي الجرجاني، كتاب الفروع للجرجاني، دار الكتاب العربي، بيروت، 2002، ص68.

وورد بمعنى الشيطان، حيث قيل الغرور الشيطان[1]، ومنه قوله تعالى:

((وَلَا يَغُرَّنَّكُمْ بِاللَّهِ الْغَرُورُ)).[2]

وأخيراً ورد التغرير على معنى حمل النفس على الغرر.[3]

وإزاء هذه التعريفات اللغوية للتغرير يتضح لنا أن التغرير هو: الخداع والجهل بالأمور.

ثانياً: التغرير اصطلاحاً.

نظرية التغرير هي الأبرز في الفقه الإسلامي منها عن نظرية الغلط، كون التغرير بخلاف الغلط ليس أمراً نفسياً يقتصر على شخص من وقع فيه بل يتخذ وسائل مادية (إيجابية) من السهل إثباتها، وقد عُرف التغرير بتعريفات عدة منها:

- (حمل المتعاقد على معاوضة بطريقة باطلة تجعلهُ يظن أنها في مصلحته وترغبهُ فيها والواقع غير ما يظن)[4].
- (إيقاع المتعاقد في غلط يدفعهُ إلى التعاقد)[5].
- (إغراء المتعاقد وخديعته ليأخذ المعقود عليه وهو يعتقد أنه قد أخذه بأقل من قيمته أو أن به فوائد كثيرة أشتراه من أجلها بينما الواقع غير ذلك)[6].

---

(1) محمد بن أبي بكر الرازي، مصدر سابق، ص471-472.
(2) سورة لقمان / الآية (33) .
(3) محمد بن أبي بكر الرازي، مصدر سابق، ص472؛ إسماعيل بن حماد الجوهري، مصدر سابق، ج2، ص768.
(4) علي الخفيف، مختصر أحكام المعاملات الشرعية،ط4، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، 1952، ص139.
(5) د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج1، دار المعارف، مصر، 1976، ص146.
(6) محمد سلام مدكور، التشريع الإسلامي، ط2، بلا مكان نشر،1959، ص516.

- (استعمال الطرق الاحتيالية لحمل الشخص على التعاقد ظناً منه أن العقد في مصلحته مع أن الواقع خلاف ذلك)[1].
- (هو استخدام احد العاقدين أساليب خداع فعلية أو قوليه لإيهام العاقد الأخر غير الواقع وحملهُ على إبرام العقد)[2].
- يبدو بعد التأمل في التعريفات المذكورة سابقاً بعض الملاحظات والمتمثلة في الآتي:

❖ أهم ملاحظة يتوجب لفت النظر لها، هي أن التعريفات السابقة وردت عامة، فلم يرد تعريف بخصوص التغرير في الزواج والخلع.

❖ إن بعض هذه التعريفات قد حصرت التغرير في التغرير الحاصل في عقد البيع، ومن ذلك ما ورد في التعريفين (1،3).

❖ اقتصار بعضها على نوعين من أنواع التغرير دون النوع الثالث، حيث اقتصر كل من التعريفين (4،5) على نوعي التغرير القولي والفعلي أي الذي يتخذ فيه التغرير الموقف أو الأسلوب الإيجابي دون أن يتطرقا إلى التغرير الذي يحصل نتيجة الكتمان أي بمجرد اتخاذ الموقف السلبي.

❖ نرى أن التعريف (2) وافق الصواب بورودهِ عاماً شاملاً جامعاً ومانعاً لكل أنواع التغرير الذي من الممكن أن يقع به أحد المتعاقدين، دون اقتصاره على عقد دون غيره، فقد يكون عقد بيع أو زواج أو خلع وغيره.

---

[1] د. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ط3، مطبعة العاني، بغداد، 1967، ص356.

[2] د. كفاح عبد القادر الصُوري، التغرير وأثره في العقود، ط1، دار الفكر، عمان، 2007م، ص46.

وبدورنا نتفق معه لكونه أقرب التعريفات للمعنى الذي نبتغيه من التغرير في الزواج والخلع.

ثالثاً: التغرير قانوناً.

لم يرد في القانون المدني العراقي ما يشير إلى تعريف التغرير، ويحمد المشرع العراقي على ذلك كون التعريفات اختصاص الفقهاء والشراح لا القانون، ووافق المشرع العراقي في ذلك كلاً من المشرعين المغربي والقطري.

بينما نجد أن المادة (143) من القانون المدني الأردني نصت على أن

(التغرير هو أن يخدع احد العاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به لغيره)، والمشرع في ذلك وافق تعريفات الفقهاء المحدثين.[1]

ومما تجدر الإشارة إليه هو عدم ورود تعريف خاص للتغرير في الزواج والخلع عند الفقهاء القدامى والمعاصرين، وكذلك الحال في نصوص القوانين الوضعية محل المقارنة.

وبدورنا يمكننا تعريف التغرير في الزواج والخلع بأنه (إيقاع أحد المتعاقدين (الزوج أو الزوجة أو وليهما) في غلط يدفعه إلى عقد الزواج أو الخلع والذي ما كان ليبرمه لغيره).

شرح التعريف:

(إيقاع أحد المتعاقدين): مصطلح إيقاع ورد شامل لكل أنواع التغرير سواء القولي أو الفعلي أم مجرد الكتمان.

[1] د. كفاح عبد القادر الصوري، مصدر سابق، ص47.

(في غلط): فالمتعاقد الذي كان ضحية التغرير لم يكن على علم بحقيقة المعقود عليه بناء على التغرير الواقع عليه من المتعاقد الآخر، وهذه نقطة الفصل بين التغرير والغلط.

(يدفعه إلى عقد الزواج أو الخلع): حيث اقتصر التغرير في هذه الجزئية على التغرير الحاصل في عقدي الزواج والخلع، حيث إنّ قبول المتعاقد على عقد الزواج أو الخلع جاء نتيجة التغرير الذي وقع به.

(والذي ما كان ليبرمه لغيره): وهذا دليل لأثر التغرير على عقدي الزواج أو الخلع، فالتغرير أوقع بالمغرر به ودفعه إلى التعاقد، ولولا هذا التغرير لما أقبل العاقد على عقد الزواج أو الخلع.

علماً أن التغرير مثلما يقع من أحد المتعاقدين قد يقع من الغير، بشرط علم أحد المتعاقدين به والموافقة عليه، فقد يقع من الأولياء وغيرهم.

الفرع الثاني
الفرق بين التغرير وما يشتبه به

لم يقتصر إطلاق لفظ التغرير على أساليب الخداع، بل وردت مصطلحات عديدة تدل علية، ومن بينها التدليس، الغلط، والغرر، فكان لابد من بيان معنى كل مصطلح من المصطلحات أعلاه لمعرفه مدى اختلافها عن التغرير، بذلك سنقسم هذا الفرع على وفق الآتي:

أولاً: الفرق بين التغرير والتدليس.

لبيان الفرق بين التغرير والتدليس لابد من معرفة معنى كل منهما، وسبق لنا بيان معنى التغرير، وبقي البحث في معنى التدليس، ومن ثم بيان وجه الاختلاف بينه وبين التغرير، وهذا ما سنبينه في النقاط الآتية:

تعريف التدليس:

للتعرف على مفهوم التدليس لابد من تعريفه في اللغة ومن ثم في الاصطلاح، وهو ما سنتناوله في الآتي:

التدليس لغةً:

ورد التدليس في اللغة على معانٍ عدة منها:

- الظلمة والسواد: يقال دلس، الدلسُ والدلسة: الظلمة.[1]

[1] ابن منظور، مصدر سابق، ج17، ص1408 ؛ أبي منصور محمد الأزهري، تهذيب اللغة، ج12، الدار المصرية، بلا سنة نشر، ص362.

- الخداع أو الخديعة: يقال فلان لا يدالس ولا يوالس: أي لا يخادع ولا يغدر، والمدالسة المخادعة.[1]
- الكتمان: فالتدليس كتمان عيب السلعة عن المشتري،[2] يقال دلس في البيع وفي كل شيء إذا لم يبين عيبه.[3]

إذاً فمعنى التدليس يدور حول الخداع والكتمان.

التدليس اصطلاحاً:

لم يخرج معنى التدليس الاصطلاحي عن معناه اللغوي، حيث عُرف بأنه: كتمان العيب في البيع وسائر العقود [4]، وهناك من عرف التدليس في الزواج بأنه (كتمان احد الزوجين عيباً فيه عن الآخر، أو إخباره له بما ليس فيه، تغريراً وخداعاً للوصول إلى مقصوده بالزواج)[5].

الاختلاف بين التغرير والتدليس:

يكمن الاختلاف بين التغرير والتدليس، في أن التدليس لا يخرج عن إخفاء العيب بأي وسيلة حتى يوقع المتعاقد ويحمله على اعتقاد عدم وجود العيب ويقبل العقد، وبذلك يبدو أن التغرير أعم من التدليس[6]، كون التغرير قد يكون باتخاذ موقف سلبي كالتدليس فيقتصر على مجرد الكتمان أو باتخاذ موقف إيجابي بالتغرير ألقولي أو الفعلي .

---

(1) ابن منظور، مصدر سابق، ج17، ص1408؛ مجد الدين الفيروزآبادي، مصدر سابق، ص557 ؛ جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، ط1، المؤسسة الجامعية، 1998، ص484.

(2) الطاهر احمد الرازي، مصدر سابق، ص215 ؛ مجد الدين الفيروزآبادي، مصدر سابق، ص557 .

(3) أبي منصور الأزهري، مصدر سابق، ج12، ص362.

(4) د. عباس حسنى محمد، العقد في الفقه الإسلامي، ج1، ط1، بلا مكان نشر، 1993، ص210.

(5) بسام موسى النزلي، أحكام صور التدليس المعاصرة في عقود الزواج، رسالة ماجستير في الفقه المقارن مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون، غزة، 2010، ص26.

(6) رحمة محمود خالد عبد الله، أثر التغرير على عقد النكاح، رسالة ماجستير في الفقه المقارن مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية، غزة، 2011، ص5.

ثانياً : الفرق بين التغرير والغلط

تقدم لنا بيان معنى كل من الغلط والتغرير في اللغة والاصطلاح، لذا سنقتصر في هذه الجزئية على بيان وجه الاختلاف بين التغرير والغلط .

فالغلط يحدث عندما يكون المتعاقد قد وقع في وهم من تلقاء نفسه دون أن يكون للغير دخل في وقوعه بمثل هذا الغلط، فالتغرير ليس كالغلط بالشيء ذهنياً الذي ينطوي عليه الضمير وقد يعلم به المتعاقد الآخر أو لا يعلم.[1]

إذاً فوجه الاختلاف بين الغلط والتغرير يكمن في النقاط الآتية :

من السهل إثبات الغلط إذا كان مصحوباً بالتغرير، وذلك لأن الطرق التي تستعمل في التغرير عادةً ما تكون طرق مادية يسهل إثباتها، على عكس الغلط الذي من الصعب تبينه وإثباته.

التغرير يصح أن يكون سبباً في إلزام التعويض وذلك إلى جانب إبطال العقد، بينما من غير الجائز التعويض عن الغلط.[2]

إن نقطة الفصل بين التغرير والغلط تكمن في وجود تدخل من الغير، فمتى انتفى أي تدخل للغير في حمل المتعاقد على إبرام العقد قام عيب الغلط، ومتى تم إثبات أي نشاط من الغير ولو بمجرد الكتمان كان ذلك تغريراً.

فالغلط إما أن يكون تلقائياً وقع به الشخص من تلقاء نفسه، وأما أن يكون ناشئاً بناءً على تغرير من الغير.

ثالثاً : الفرق بين التغرير والغرر.

لبيان وجه الاختلاف بين التغرير والغرر لابد من معرفة معنى كل منهما في اللغة وفي الاصطلاح، وسبق لنا بيان معنى التغرير ن لذا سنتطرق

---

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، مصدر سابق، ج1، ص149.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، مصدر سابق، ج1، ص147 ؛ د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني، ج1،ط2، دار ابن الأثير، جامعة الموصل، 2011، ص91.

لمعنى الغرر، ومن ثم نوضح وجه الاختلاف بينه وبين التغرير، وذلك على وفق الآتي:

تعريف الغرر:

للغرر معانٍ في اللغة وفي الاصطلاح، وهذا ما سنتناول بيانه على وفق الفقرات الآتية:

الغرر لغةً:

سبق بيانه عند الحديث عن معنى التغرير في اللغة.

الغرر اصطلاحاً:

قيل في تعريف الغرر: هو ما خفيت عاقبته، وطويت مغبته أو أنطوى أمره، وقيل أنه ما تردد بين السلامة والعطب، والغرر من التغرير، والمغرر بالشيء، المخاطر، والمخاطر: المتردد بين السلامة والعطب، وهذا هو الذي طويت عاقبته.[1] فالغرر يدور حول الجهالة واستتار العاقبة.

الاختلاف بين التغرير والغرر

يفترق التغرير عن الغرر بشكلٍ جليٍ في أمرين هما:

الأول: من جهة المتعاقدين.

فالتغرير يكون نتيجة استعمال أساليب الخداع قولية كانت أو فعلية أو بمجرد الكتمان من قبل احد المتعاقدين تجاه الآخر، ففي التغرير احد العاقدين يعلم بالخداع والغش بينما يجهله الآخر،

أما الغرر فالمتعاقدان سواء بالجهالة في حقيقة الأمر.[2]

(1) ابن تيمية، العقود، بلا مكان وسنة نشر، ص225.
(2) د. كفاح عبد القادر الصوري، مصدر سابق، ص58.

الثاني: من جهة الحكم.

ففي التغرير يكون العقد صحيحاً مع الخيار للمغرور، أما الغرر ففيه العقد غير صحيح وذلك فيه حقاً لله سبحانه وتعالى فلا يجوز إسقاطه.[1]

المطلب الثاني
أركان وشروط التغرير وحكمه

نبحث في هذا المطلب أركان التغرير، والشروط الواجب توافرها فيه، ومن ثم نفرد فرعاً للتكلم عن حكم التغرير، بذلك سنقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع:

الفرع الأول: أركان التغرير
الفرع الثاني: شروط التغرير
الفرع الثالث: حكم التغرير في العقد

الفرع الأول
أركان التغرير

للتغرير أركان يقوم عليها، لذا فإن هذا الفرع معقود لبيان أركان التغرير، بذلك سنقسمه على وفق الآتي:

[1] رحمة محمود خالد عبد الله، مصدر سابق، ص6.

أولاً: المُغرر.

وهو من يقوم بإغراء العاقد الآخر وخديعته، بإحدى أساليب الخداع المتاحة، أو دفع الغير إلى ذلك مع علمه بوجود العيب في المعقود عليه.[1]

ثانياً: المُغرر عليه.

هو العاقد الذي حُمِل على العقد بطريقة باطلة يظن أنها في مصلحته[2]، فهو من وقع عليه التغرير وكان جاهلا بوجوده.

ثالثاً: محل التغرير.

هو الشيء الذي وقع عليه التغرير، والذي جاء وصفه مخالفاً للوصف المتفق عليه في العقد سواء أكان عقد بيع أو زواجاً أو خلعاً وغيره.

رابعاً: وسائل التغرير.

وهي الطرق أو الأساليب الخداعية والتي تكون في ذاتها كفيلة في إيقاع المتعاقد الآخر في الغرر، والتي تضفي صفات مفقودة في المعقود عليه من شأنها دفع المتعاقد على قبول العقد.

وهذه الوسائل قد تكون إيجابية كما في التغرير الفعلي والقولي، وقد تكون سلبية كما في التدليس والمتمثل في مجرد الكتمان.[3]

(1) محمد سلام مدكور، مصدر سابق، ص516.
(2) علي الخفيف، التشريع الإسلامي، ط2، بلا مكان نشر، 1959، ص139.
(3) د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، مصدر سابق، ج1، ص148.

الفرع الثاني
شروط التغرير

للتغرير شروط ينبغي توافرها للقول بوجوده، بذلك سنتناول في هذا الفرع الشروط التي من الواجب توافرها في التغرير، لذا سنقسمه على وفق الآتي:

الشرط الأول: وجود تحايل غير مشروع، يتحلل هذا الشرط إلى عنصرين:

1-العنصر المادي:

ويتحقق ذلك بالقيام بأعمال أو اتخاذ مظاهر خارجية يعد القيام بها أو اتخاذها خطأً تقصيراً،[1] وقد يكون عن طريق الكذب الذي يكون كافياً للقول بوجود التغرير متى ألبس هذا الكذب على المتعاقد الحقيقة عليه، فدفعه على التعاقد غشاً وتضليلاً[2]، كما ويتحقق التغرير عن طريق مجرد الكتمان وذلك بكتمان ما يجب قوله وبالتالي يعد ذلك السكوت امتناعاً غير مشروع.[3]

وللكتمان شروط من الواجب توافرها للقول بتحقق التغرير عن طريقه وهي[4]:

- أن الأمر المكتوم على درجة من الخطورة.
- أن يكون العاقد المُغرِر على علم به ويعتزم كتمانه.
- أن يجهله العاقد المدلس عليه ولم يستطع أن يتبينه من طريق آخر.

---

(1) د. مصطفى محمد الجمال، د. جلال العدوى، أصول المعاملات، مطابع سليم، الإسكندرية، بلا سنة نشر، ص212.
(2) د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، مصدر سابق، ج1، ص148.
(3) د. مصطفى محمد الجمال، د. جلال العدوى، مصدر سابق، ص212.
(4) د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، مصدر سابق، ج1، ص148.

2-العنصر النفسي (المعنوي):

ويتمثل في نية التضليل للوصول إلى الغرض الغير مشروع، واستظهار وقائع الاحتيال المكونة للتغرير مسألة وقائع يستقل بها قاضي الموضوع، أما الفصل فيما إذا كانت هذه الوقائع تعد من الطرق الاحتيالية المكونة للتدليس أو لا تعد كذلك فهو مسألة قانون تفصل فيه محكمة التمييز،[1] ومثال ذلك كتمان احد الزوجين عن الآخر عيباً فيه على درجة من الخطورة وهو يعلم ولديه نية إلى إيقاع المتعاقد الآخر في الغرر.

الشرط الثاني: أن يكون التغرير هو الدافع إلى التعاقد.

لا يكفي لتحقق التغرير المفسد للإرادة أن يكون هناك طرق وأساليب احتيالية اتخذها المغرر، بل لابد بالإضافة إلى ذلك أن يؤدي هذا التحايل بإيقاع المتعاقد في غلط يؤثر في إرادته فيفسدها[2]، والمسألة في ذلك تعد مسألة واقع تخضع لسلطة القاضي التقديرية ليبت فيها وفقاً لحالة المتعاقد الشخصية، مسترشداً في ذلك بما تعارف عليه الناس في معاملاتهم، فذلك معيار شخصي يؤخذ فيه بحالة المتعاقد الشخصية [3]، وفي رأي فريق من الفقهاء أنه يجب التفرقة بين التغرير الدافع وهو الذي يجعل العقد موقوفاً وبين التغرير غير الدافع وهو الذي يغري بقبول شروط أبهظ وهذا لا يكون سبباً لتوقيف العقد.[4]

الشرط الثالث: أن يكون التغرير صادراً من المتعاقد الآخر أو الغير.

[1] د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ج1، ص89.
[2] د. مصطفى الجمال، د. جلال العدوى، مصدر سابق، ص214.
[3] د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، مصدر سابق، ج1، ص148.
[4] عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ج1، ص90.

إن الأصل في التغرير أن يكون صادراً من احد المتعاقدين أو من نائبه[1]، ولكن من الممكن صدور التغرير من غير المتعاقدين كالسماسرة[2]، أو الأولياء في الزواج، ولكن بشرط علم احد المتعاقدين بالتغرير الصادر من الغير أو أن يكون متواطئاً معه فينخدع به المتعاقد الآخر[3]، فليس للمتعاقد الذي وقع في الغرر أن يطالب بإبطال العقد إلا إذا اثبت أن العاقد الآخر كان على علم أو من المفروض عليه حتماً أن يعلم بهذا التغرير.[4]

الفرع الثالث
حكم التغرير في العقد

اختلف الفقهاء في حكم التغرير، فانقسموا على رأيين:

الرأي الأول:

ذهب إلى أن التغرير بمفرده لا أثر له في العقد مطلقاً ما لم يكن مصحوباً بالغبن،[5] فالعقد صحيح حتى مع وجود التغرير بموجب هذا الرأي.

الرأي الثاني:

ذهب إلى أن التغرير متى أدى إلى تضليل العاقد وإيهامه بوجود صفة معينة كانت سبباً لقبول المتعاقد الآخر بالعقد، فيثبت الحق في هذه الحالة للمغرور فسخ العقد، بشرط أن لا يكون الوصف الفائت مما يُدرك بالعيان

(1) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ج1، ص90.
(2) د. بدران أبو العينين بدران، الشريعة الإسلامية، مكتبة كريدية إخوان، بيروت، بلا سنة نشر، ص310.
(3) د. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مصدر سابق، ص357.
(4) د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، مصدر سابق، ج1، ص148.
(5) الإمام محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، 1977، ص461 ؛ محمد سلام مدكور، مصدر سابق، ص517 ؛ د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ج1، ص91.

والمشاهدة، فمتى كان من السهل إدراك الوصف الفائت بالمشاهدة انتفى حق الفسخ،[1] ويُؤيد هذا الرأي حديث التصرية، حيث جاء في قوله (صلى الله عليه وسلم): ((من أشترى شاه مصراة فهو بخير النظرين، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها، وصاعاً من تمر، لا سمراء))[2].

وبدورنا نتفق مع أصحاب الرأي الثاني في أن التغرير عيب كافٍ لوحدة لفسخ العقد متى كان الوصف الفائت على درجة من الخطورة والجسامة، بحيث لو علم بها المتعاقد المغرور لما أقدم على العقد، وخاصة أن اشتراط الغبن مع التغرير إذا كان يتفق وطبيعة عقد البيع، فمن غير الممكن تصور الغبن في عقد الزواج، لذا فإن الرأي الثاني يتماشى مع ما نبتغيه من التغرير في الزواج والخلع.

وفي القانون نجد أن المشرع العراقي لم يعتبر التغرير والغبن عيبين مستقلين بل جعلهما عيباً واحداً، وبالتالي فإن العقد لا يكون موقوفاً على إجازة العاقد المغرور إلا إذا صاحب التغرير الغبن الفاحش، وبهذا فإن موقف المشرع العراقي جاء موافقاً لأصحاب الرأي الأول في عدم كافية التغرير لوحده بجعله سبباً لفسخ العقد، وفي ذلك فقد نصت المادة (121- ف1) على انه (إذا غرر احد المتعاقدين بالآخر وتحقق في أن في العقد غبناً فاحشاً كان العقد موقوفاً على إجازة العاقد المغبون....).

ووافقه في ذلك المشرع الأردني،[3] أما المشرعين المغربي والقطري قد اتخذا موقفاً مخالفاً لموقف المشرعين العراقي والأردني، ففي قانون الالتزامات والعقود المغربي نجد أن الفصل (52) نص على أن (التدليس يخول الإبطال، إذا كان ما لجأ إليه من الحيل أو الكتمان احد المتعاقدين أو نائبه أو شخص

---

[1] د. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مصدر سابق، ص358-359 ؛ د. بدران أبو العينين بدران، الشريعة الإسلامية، مصدر سابق، ص312.

[2] أخرجه: الإمام أبي الحسين مسلم بن حجاج النيسابوري، صحيح مسلم، ط1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 2002، كتاب البيوع، باب حكم بيع المصراة، رقم الحديث (1524).

[3] نصت المادة (145) من القانون المدني الأردني على أنه (إذا غرر احد العاقدين بالآخر وتحقق أن العقد تم بغبن فاحش كان لمن غرر به فسخ العقد).

أخر يعمل بالتواطؤ معهُ قد بلغت في طبيعتها حداً بحيث لولاها لما تعاقد الطرف الآخر....)، أما المادة (134- ف1) من القانون المدني القطري نصت على أنه (يجوز طلب إبطال العقد للتدليس لمن جاء رضاءهُ نتيجة حيل وجهت إليه بقصد تغريره ودفعه إلى التعاقد، إذا أثبت أنه ما كان يرتضي العقد على نحو ما ارتضاه لولا خديعة الحيل)، والمشرعين المغربي والقطري وافقا في هذا أصحاب الرأي الثاني، وهما في ذلك وافقا الصواب.

المطلب الثالث
أنواع التغرير

للتغرير ثلاثة أنواع، فقد يكون التغرير باستعمال طرق احتيالية وهذا ما يسمى بالتغرير الفعلي، وقد يكون بمجرد الكذب وهو ما يدعى بالتغرير القولي، كما قد يقع التغرير عن طريق محض الكتمان وهو ما يسمى بالتدليس، بذلك فإن هذا المطلب معقود لبيان أنواع التغرير، لذا سنقسمه على ثلاثة فروع وفق الآتي:

الفرع الأول: التغرير الفعلي.
الفرع الثاني: التغرير القولي.
الفرع الثالث: التغرير بمحض الكتمان.

الفرع الأول
التغرير الفعلي

يتحقق التغرير الفعلي بقيام احد العاقدين بطرق احتيالية يقصد بها تضليل العاقد الآخر وخداعه في حقيقة المعقود عليه لحمله على العقد،[1] ففي التغرير الفعلي يجعل احد العاقدين العاقد الآخر يظن في المعقود عليه خلاف الواقع، وذلك عن طريق قيامه بفعل يحمله على ذلك.[2]

بذلك فإن التغرير الفعلي هو (فعل يقوم به البائع لإظهار المعقود عليه على غير حقيقته، وإيهام المشتري بكمال الشيء المتعاقد عليه)[3].

والتغرير الفعلي كما يقع في عقود المعاوضات كذلك من الممكن تصوره في عقد الزواج بل من الممكن تعدي ذلك إلى الخطبة، ومثاله تغرير الخاطب بمخطوبته بأن يغير لون شعره كي يخفي كبر سنه، وفي ذلك ورد عن عائشة (رضي الله عنها) قالت: قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم): ((أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد اضربوا عليه بالدفوف، وليولم احد ولو بشاه، فإذا خطب أحدكم امرأة وقد خضب بالسواد فليعلمها ولا يغرنها))[4].

وبالمقابل فقد تضر المخطوبة بالخاطب فتوهمه غير الواقع وتظهر على غير حقيقتها، كما في تغيير لون الشعر أو توصيله أو تغيير لون العين وغيرها من الأفعال التي تظهر الشخص على غير حقيقته وتؤدي إلى إيقاع المتعاقد بالتغرير،[5] فعن أسماء بنت أبي بكر قالت جاءت امرأة إلى النبي (صلى الله عليه وسلم) فقالت يا رسول الله إن لي ابنة عريساً أصابتها حصبة

---

(1) د. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مصدر سابق، ص356.
(2) د. بدران أبو العينين بدران، الشريعة الإسلامية، مصدر سابق، ص311.
(3) د. كفاح عبد القادر الصوري، مصدر سابق، ص63.
(4) أخرجه: جلال الدين السيوطي، الجامع الصغير،ج1، ط1، دار الفكر، بيروت، بلا سنة نشر، ص182، (وزاد عليه البيهقي واضربوا عليه بالغربال).
(5) د. كفاح الصوري، مصدر سابق، ص92.

فتمرق شعرها أفاصله فقال: ((لعن الله الواصلة والمستوصلة))[1]، فذلك يدل على التغرير الفعلي .

الفرع الثاني
التغرير القولي

وهو ما يحدث بمجرد الكذب، فمتى أدى الكذب إلى خداع المتعاقد الآخر وإلحاق الضرر به كان ذلك تغريراً يوجب الخيار،[2] وكما يقع التغرير ألقولي من العاقد قد يقع من الغير متى كان من شأنه إغراء المتعاقد وحمله على قبول العقد، ومن أمثلة ذلك ما يسمى في الفقه بيع الأمانة.[3]

وورد عن المالكية بأنه (ومن الغرور القولي صيرفي نقد دراهم بغير اجر هي طيبة وهو يعلم خلاف ذلك وإعارة شخص لآخر إناء مخروقاً وهو يعلم به وقال إنه صحيح فتلف.....)[4].

إذاً فالتغرير القولي ينطوي على كذب في الثمن أو وصف المعقود عليه،[5] ويجد التغرير القولي مجاله في عقدي الزواج والخلع كما في التغرير بالكفاءة في عقد الزواج، والتغرير في بدل الخلع.

---

(1) أخرجه: احمد بن الحسن بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، ج2،تحقيق محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، 1994، كتاب الصلاة، باب لا تصل المرأة شعرها، رقم الحديث (4397)، ص446.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، مصدر سابق، ج1، ص165.

(3) د. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مصدر سابق، ص357.

(4) محمد عرفة الدسوقي، أبي البركات سيدي احمد الدردير، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، تحقيق محمد عليش، دار إحياء الكتب العربية، بلا سنة نشر، ص116 .

(5) د. كفاح الصوري، مصدر سابق، ص96.

الفرع الثالث
التغرير بالكتمان

مثلما يقع التغرير بأساليب إيجابية تتطلب من المغرور القيام بعمل أو قول شيء معين، كذلك فهو يمكن أن يقع بمحض الكتمان وهو عمل سلبي محض[1]، وصورة ذلك التغرير في الفقه الإسلامي تعرف بتدليس العيب فهو عمل سلبي يقوم بمجرد سكوت المتعاقد عن بيان ما يعرفه من عيب في المعقود عليه وعدم التصريح بالحقيقة للمتعاقد الآخر، وقد اتفق الفقهاء على تحريم هذا النوع من التدليس واعتبروه من قبيل الغش والخداع، حيث ورد عن الحنفية (وكتمان عيب السلعة حرام، وكتمه من الغش المحرم)[2].

ويؤيد ذلك ما ورد في الأحاديث النبوية الشريفة من تحريم كتمان العيب فعن عقبة بن عامر (رضي الله عنه) قال: سمعت رسول الله (صلى الله عليه وسلم) يقول: ((المسلم أخو المسلم ولا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً فيه عيب إلا بينه له))[3]، وعن حكيم بن حزام عن النبي (صلى الله عليه وسلم) قال: ((البيعان بالخيار ما لم يفترقا فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما وإن كتما وكذبا محقت بركة بيعهما))[4]، وفي ذلك دليل على تحريم الكتمان ووجوب بيان العيب في المعقود عليه.

---

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، مصدر سابق، ج1، ص169.

(2) زين الدين ابن نجيم الحنفي ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج6، ط2، دار المعرفة، بيروت، بلا سنة نشر، ص38.

(3) أخرجه: ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي الشافعي المصري، البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، ج6، ط1، دار الهجرة، الرياض، بلا سنة نشر، كتاب البيوع، باب خيار المجلس والشرط وما يتصل بهما، ص546.

(4) أخرجه : أبي عبد الله محمد البخاري، صحيح البخاري، ط1، دار الجيل، بيروت، 2005، كتاب البيوع، باب إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا، رقم الحديث (2079)، ص406 ؛ الإمام أبي الحسن مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، تحقيق محمد عبد الباقي، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2006، كتاب البيوع، باب الصدق في البيع والبيان، رقم الحديث (1532)، ص660.

وفي القانون نجد أن المشرع العراقي والمغربي والقطري لم ينظما في نصوصهما أنواع التغرير، بينما نظمه المشرع الأردني حيث نصت المادة (144) من القانون المدني الأردني على أنه (يعتبر السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة تغريراً إذا ثبت أن المغرور ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة) وهو في وافق الصواب.

المبحث الثاني
العيوب المبيحة للفسخ وأحكام التغرير بها

حفلت الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية بأدق التفاصيل الممكنة فيما يتعلق بالزواج، فجسّدا الزواج بالبعد الواقعي لاستمرارية البنية البشرية التي جعلها الشارع مقصداً لإعداد الأجيال السليمة الخالية من الأمراض، فتأمن بذلك تتابع الأجيال جيلاً بعد جيل، ولذلك فإن إصابة احد الزوجين بمرض أو عيب لهُ بعد سلبي على طرفي العلاقة من ناحية وعلى نسلهما من ناحية أُخرى، مما يخل بحكمة الزواج ومقاصده، وقد يقوم احد الزوجين متعمداً بإخفاء عيب أو مرض فيه تدليساً بصاحبه وتغريراً بسلامته من هذه الأمراض، فما هي العيوب المبيحة لفسخ الزواج؟ وما هو حكمها؟ وما حكم التغرير فيها؟ هذا ما سنحاول توضيحه في ثنايا هذا المبحث والذي سنقسمهُ على مطلبين وفق الآتي:

المطلب الأول: ماهية العيوب المبيحة للفسخ.

المطلب الثاني: أحكام التغرير بالعيوب.

المطلب الأول
ماهية العيوب المبيحة للفسخ

تتنوع العيوب والأمراض التي قد يصاب بها الإنسان إلى أنواع عدة، منها المزمنة وغير المزمنة، ومنها المعدية وغير المعدية، ومنها ما يختص بالرجال ومنها ما تختص به النساء، وهناك ما يشترك به كلاهما، لذا سنعمل في هذا المطلب على تسليط الضوء على بيان مفهوم هذه العيوب، وماهية

الأمراض التي تعد عيباً، ومن ثم نتطرق إلى بيان مشروعية الفسخ بهذه العيوب، ومن يملك الحق فيها، بذلك سنقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع وفق الآتي:

الفرع الأول : مفهوم العيب.
الفرع الثاني : مشروعية التفريق للعيب.
الفرع الثالث : الطرف الذي يملك التفريق للعيب.

الفرع الأول
مفهوم العيب

نتناول في هذا الفرع بيان تعريف العيب، ومن ثم توضيح الأمراض التي تعد عيباً، وسنقسمه على وفق الآتي:

أولاً: تعريف العيب.

للعيب معانٍ في اللغة بينها أهل اللغة، ومعانٍ في الاصطلاح بينها الفقهاء القدامى والمعاصرون، لذا سنتناول في هذه الفقرة تعريف العيب في اللغة وفي الاصطلاح وفق الآتي:

العيب لغةً:

ورد العيب على عدة معانٍ منها: عيب، والعاب، والعيب، والعيبة: الوصمة.[1]

وورد العيب على معنى الخاصة وموضع السر، فجاء (الأنصار كرشي وعيبتي)، أي خاصتي وموضع سري، والعرب تكني عن القلوب والصدور بالعياب لأنها مستودع السرائر.[2]

كما ورد العيب على أنه مستودع الثياب، فالعياب مستودع الثياب،[3] والعيبة: ما يُجعل فيه الثياب.[4]

فالمعنى الذي نجده اقرب لنا هو أن العيب الوصمة، حيث قيل وعاب الشيء والحائط عيباً: صار ذا عيب، وعبته أنا، وعيبه وتعيبه : نسبته إلى العيب، وجعله ذا عيب، وجاء في قوله تعالى: ((فَأَرَدتُّ أَنْ أَعِيبَهَا))[5]، أي اجعلها ذات عيب.[6]

العيب اصطلاحاً:

تعددت تعريفات الفقهاء للعيب، حيث عُرفَ بأنهُ: (ما لا تستقيم معهُ الحياة الزوجية ويكون سبباً يستوجب التفريق)[7]، وكما عُرف على أنهُ (نقصان

(1) ابن منظور، مصدر سابق، م.ج4، ص3183 ؛ مجد الدين الفيروزآبادي، مصدر سابق، ص1164 .
(2) محمد الجزري ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، ط1، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 1421هـ، ص653.
(3) محمد الجزري ابن الأثير، مصدر سابق، ص653.
(4) الطاهر احمد الرازي، مصدر سابق، ص446.
(5) سورة الكهف / الآية (79).
(6) ابن منظور، مصدر سابق، م.ج4، ص3184.
(7) د. عبد الكريم زيدان، المفصل، ج9، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993، ص12 ؛ رأفت محمود
عبد الرحمن حمبوظ، التفريق للعيب في القانون الجديد، بحث منشور على شبكة الانترنيت على الموقع: www.naseemalsham.com تاريخ الزيارة 2014/7/25

(نقصان بدني أو عقلي في أحد الزوجين يجعل الحياة الزوجية غير مثمرة وقلقة لا استقرار فيها)[1].

من التعريفات أعلاه يبدو أن الفقهاء القدامى قصروا العيوب في الزواج على العيوب الجنسية التي تمنع الوطء والاستمتاع، وهم بذلك حصروا العيوب المبيحة لفسخ الزواج، بينما الفقهاء المعاصرون جاءت نظرتهم للعيب أعم وأشمل حيث عدوا كل نقص عند أحد الزوجين يسبب النفرة ويمنع استقرار الحياة الزوجية بجعلها مضطربة يعتبر عيباً مبيحاً للفسخ، وهم في موقفهم هذا وافقوا الصواب.

[1] ماجد هادي، محمد هادي، الفسخ بين الزوجين بسبب العيب، بحث منشور في المؤتمر العلمي الثاني لكلية العلوم الإسلامية، 11-4/12/ 2012، ص2144؛ رحمة محمود خالد، مصدر سابق،ص42.

ثانياً : الأمراض التي تعد عيباً

أطلق الفقهاء مصطلح العيوب على بعض الأمراض التي وجدوا بأنها مبيحة لفسخ الزواج، وقد اختلف الفقهاء في الأمراض التي تعد من العيوب والتي بالتالي تكون مبيحة لفسخ الزواج، فانقسموا على الآراء الآتية:

الرأي الأول:

ذهب الحنفية إلى حصر العيوب في الزوج فقط، والعيوب المبيحة للفسخ عندهم هي (العنة(1)، الجب(2)، الخصاء(3)، التأخذ(4) والخنوثة(5))(6)، وبذلك يبدو أن الحنفية قصروا العيوب على العيوب الجنسية التناسلية والتي تحول بين الزوجين وهذه عيوب مستحكمة غير قابلة للزوال.[7]

(1) العنين: هو من لا يقدر على الجماع لمرض أو كبر سن أو يصل إلى الثيب دون البكر، ينظر: علي بن محمد الجرجاني، مصدر سابق، ص67.

(2) الجب: قطع الذكر من أصله أو قطع بعضه، ينظر: أ. د. عبد الكريم اللاحم، المطلع على دقائق زاد المستقنع، م.ج1، دار الكنوز، إشبيليا، 2010، ص407.

(3) الخصاء: قطع الخصيتين مع جلدتهما، ينظر: أ. د. عبد الكريم اللاحم، مصدر سابق، م. ج1، ص407.

(4) التأخذ : هو العاجز عن الجماع كالعنين، ينظر: علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج2، تحقيق علي معوض وآخرون، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا سنة نشر، ص327.

(5) الخنوثة: هو الشخص الذي لهُ آلتا الرجال والنساء أو ليس لهُ شيء منهما أصلاً، ينظر: علي بن محمد الجرجاني، مصدر سابق، ص44.

(6) علاء الدين الكاساني الحنفي، مصدر سابق، ج2، 327.

(7) د. عبد الحكم فودة، أ. منذر عبد العزيز الشمالي، أحكام الزواج والطلاق في المذهبين السني والجعفري، بلا مكان نشر، 2011، ص390.

الرأي الثاني:

قسم أصحاب هذا الرأي العيوب إلى أربعة عشر عيباً، منها ما هو خاص بالرجال وهي: الجب، الخصاء، العنة، والاعتراض،(1) وخمسة خاصة بالمرأة وهي: الرتق، القرن، العفل الإفضاء، والبخر[2]، وهناك من العيوب ما يشترك به كل من الرجل والمرأة وهي: الجنون[3]، الجذام[4]، البرص[5]، العذيطة[6]، والخنوثة، وهذا رأي المالكية[7].

الرأي الثالث :

ذهب أصحاب هذا الرأي من الشافعية إلى حصر العيوب في سبعة منها ما اختص بالرجال: كالجب والعنة، ومنها ما اختص بالنساء: كالرتق والقرن، أما العيوب المشتركة بينهما فهي: الجنون والجذام والبرص[8].

(1) الاعتراض: عدم انتشار الذكر، ينظر: محمد عرفة الدسوقي، مصدر سابق، ج2، ص278.
(2) الرتق: انسداد الفرج باللحم، القرن: شيء يبرز في فرج المرأة من لحم أو عظم، العفل: لحم ينبت في الفرج وقيل أنهُ رغوة تحدث في الفرج عند الجماع، الإفضاء: اختلاط مسلك النكاح بالبول، البخر: الرائحة الكريهة أو نتن فرجها أو الفم، ينظر: محمد عرفة الدسوقي، مصدر سابق، ج2، ص278.
(3) الجنون: هو اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادراً، ينظر: ينظر: علي بن محمد الجرجاني، مصدر سابق، ص33.
(4) الجذام: علة تتآكل منها أعضاء الجسد، من أعراضها ظهور بقع حمراء أو بنية اللون على الجلد، يقترن بها فقدان الإحساس ببعض أعضاء الجسم، ينظر: احمد بن محمد بن احمد الشويكي، التوضيح في الجمع بين المقنع والتنقيح، تحقيق : ناصر بن عبد الله بن عبد العزيز الميمان، ط3، دار المكتبة العلمية، بلا مكان نشر، 1998، ص979.
(5) البرص: مرض يُحدث في الجسم قشراً أبيض يسبب حكاً، ينظر : محمد بن جمال الدين المكي العاملي، مصدر سابق، ج5، ص382.
(6) العذيطة: التغوط عند الجماع، ينظر : محمد عرفة الدسوقي، مصدر سابق، ج2، ص278.
(7) محمد عرفة الدسوقي، مصدر سابق، ج2، ص278.
(8) زكريا الأنصاري، مصدر سابق، ج4، ص212.

الرأي الرابع :

ذهب الحنابلة إلى أن العيوب المبيحة للفسخ تُقسم على ثلاثة أقسام منها ما هو خاص بالرجال : وهي الجب والعنة، ومنها ما يختص بالنساء : وهي الرتق والقرن والعفل، وهنك ما يشترك به كلاهما : مثل الجنون والبرص والجذام[1]، وهناك من ذهب إلى أن العيوب المشتركة لا تقتصر على العيوب أعلاه بل هناك عيوب مشتركة أُخرى كما في استطلاق البول، واستلاق النجو، والباسور والناسور والبخر.[2]

الرأي الخامس :

ذهب أصحاب هذا الرأي من الإمامية إلى حصر العيوب المبيحة للفسخ على وفق الأتي: عيوب الرجل أربعة : الجنون والخصاء والعنن والجب، عيوب المرأة أربعة : الجنون والجذام والبرص والقرن والإفضاء والعمى والإقعاد.[3]

(1) علاء الدين أبو الحسن سليمان الماوردي، مصدر سابق، ج2، ص1398-1399.
(2) استطلاق البول: عدم التحكم في إمساكه، استلاق النجو: عدم التحكم في إمساك الغائط، الباسور: خراج يكون داخل الشرج، الناسور: خراج يكون خارج الفرج، ينظر: أ. د. عبد الكريم اللاحم، مصدر سابق، م.ج1، ص433.
(3) أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي، المختصر النافع في فقه الإمامية، ط3، دار الأضواء، بيروت، 1985، ص210.

الفرع الثاني
مشروعية التفريق للعيب

اختلفت أراء الفقهاء في جواز التفريق للعيب، فانقسموا على رأيين وفق الأتي:

الرأي الأول :

ذهب أصحاب هذا الرأي من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والإمامية إلى مشروعية فسخ الزواج بسبب العيب.[1]

وجه الاستدلال :

دل على مشروعية الفسخ للعيب القران الكريم والسنة النبوية الشريفة والإجماع والمعقول، وإليك تفصيل ذلك:

القران الكريم:

جاء في قوله تعالى: ((فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ))[2]، فأوجب الله تعالى على الزوج الإمساك بالمعروف أو التسريح بإحسان، ومعلوم أن استيفاء النكاح عليها مع كونها محرومة الحظ من الزوج ليس من الإمساك بمعروف في شيء فتعين عليه التسريح بإحسان، فإن سرح بنفسه وإلا أناب القاضي منابه في التسريح.[3]

([1]) علاء الدين الكاساني، مصدر سابق، ج2، ص322 ؛ علي العدوي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، ج3، دار الفكر، بيروت، 1101هـ، ص243-244 ؛ زكريا الأنصاري، مصدر سابق، ج4، ص212، أبي النجا موسى الحجاوي، زاد المستقنع في اختصار المقنع، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص76؛ ابو القاسم جعفر الحلي، مصدر سابق، ص211 .

([2]) سورة البقرة / الآية (229).

([3]) علاء الدين الكاساني، مصدر سابق، ج2، ص323.

السنة النبوية الشريفة:

عن زيد بن كعب بن عجرة عن أبيه قال: تزوج رسول الله (صلى الله عليه وسلم) العالية من بني غفار فلما دخلت عليه ووضعت ثيابها رَأى بكشحها بياضاً، فقال النبي (صلى الله عليه وسلم) البسي ثيابكِ والحقي بأهلك.[1]

ففي الحديث أعلاه دلالة على أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) رد المرأة من بني غفار بالعيب، فذلك دليل على مشروعية الفسخ للعيوب.

عن أبي هريرة (رضي الله عنه) قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم) : ((....وفر من المجذوم كما تفر من الأسد))[2].

الأثر، فقد روي عن عمر (رضي الله عنه) أنه قال: (أيما امرأة غُر بها رجل، بها جنون أو جذام أو برص، فلها مهرها مما أصاب منها وصداق (المهر) الرجل على من غره)[3].

الإجماع:

أجمع الصحابة رضوان الله عليهم على التفريق عندما يكون الزوج عنيناً.[4]

(1) الإمام محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، ج3، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2008، ص138.

(2) أخرجه: الأمام الحافظ أبي عبد الله محمد البخاري، مصدر سابق، كتاب الطب، باب الجُذام، رقم الحديث (5707)، ص1158.

(3) موطأ مالك ؛ الشوكاني ؛ نيل الأوطار، نقلاً عن : د. عبد الكريم زيدان، المفصل، مصدر سابق، ج9، ص16.

(4) د. عبد الكريم زيدان، المفصل، مصدر سابق، ج9، ص16.

المعقول:

اتفق العلماء على أن موضوع عقد الزواج هو تحليل الاستمتاع، فكل عيب يمنع من موضوع العقد يثبت فيه الفسخ للطرف المتضرر.[1]

الرأي الثاني:

ذهب ابن حزم الظاهري في هذا الرأي إلى أنه (لا يُفسخ النكاح بعد صحته بجذام حادث، ولا ببرص كذلك، ولا بجنون كذلك، ولا بأن يجد بها من هذه العيوب و بأن تجده هي كذلك)[2]، وبذلك يبدو أن ابن حزم الظاهري ذهب إلى عدم مشروعية فسخ الزواج بسبب العيب،[3] وبهذا الرأي قال أيضاً عمر بن عبد العزيز والشوكاني.[4]

وجه الاستدلال:

القرآن:

قال تعالى: ((لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا وُسْعَهَا))[5]، فعيب الزوج كالعنة ليست بيده وغير خاضعة لإرادته، فلا يُحاسب عليها قضاءً ولا ديانةً.[6]

السنة:

عن عروة بن الزبير أن عائشة زوج النبي (صلى الله عليه وسلم) أخبرته: أن رفاعة القرطبي طلق امرأته فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير،

(1) رحمة محمود، أثر التغرير على عقد النكاح، رسالة ماجستير في الفقه المقارن مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2011، ص47.
(2) أبي محمد علي بن حزم الظاهري، المحلى في شرح المجلى بالحجج والآثار، ج9، بيت الأفكار الدولية بلا سنة نشر، ص279.
(3) د. مصطفى الأتروشي، أحكام الزواج والطلاق في فقه الإمام ابن حزم الظاهري، دار قنديل، عمان، 2010، ص360.
(4) د. عبد الكريم زيدان، المفصل، مصدر سابق، ج9، ص13.
(5) سورة البقرة / الآية (286).
(6) د. مصطفى الأتروشي، مصدر سابق، ص361.

فجاءت إلى النبي (صلى الله عليه وسلم) فقالت: يا رسول الله: إنها كانت تحت رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات، فتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير وإنه والله ما معهُ إلا مثل الهدبة وأخذت بهدبة من جلبابها، فتبسم رسول الله (صلى الله عليه وسلم) ضاحكاً وقال: (لعللك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك)[1].

وبدورنا نرى أن الرأي الجدير بالتأييد هو الرأي الأول وذلك للأسباب الآتية:

- اتفاق أصحاب المذاهب الخمسة على مشروعية فسخ الزواج للعيب، مع قوة الأدلة التي استندوا إليها واتفاقها مع المنطق.
- ضعف الأدلة التي استند إليها ابن حزم الظاهري، حيث رُدَ على استدلاله بحديث (حتى تذوقي عسيلته...) فهو إشعار بإمكان ذلك وسياق الخبر يعطي بأنها شكت منه عدم الانتشار، فعلقه رسول الله على الإمكان وهو جائز الوقوع فكأنه قال : اصبري حتى يأتي منهُ ذلك.[2]
- كما أن استقرار الحياة الزوجية وديمومتها يفرض خلو الزوجين ما يمنع من تهديد دوامها كالعيوب التي يكون لها تأثير ملحوظ عليها، لهذا جاز طلب التفريق لوجودها .

وقد جاء موقف التشريعات المقارنة موافقاً لموقف أصحاب الرأي الأول من جمهور الفقهاء.[3]

([1])أخرجه: أبي عبد الله البخاري، مصدر سابق، كتاب الطلاق، باب من جوز الطلاق ثلاث، رقم الحديث (5260)، ص 1075.

([2])د. عبد الكريم زيدان، المفصل، مصدر سابق، ج9، ص14.

([3])راجع المادة (43ف1 – 65) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، والمادة (113 -122) من قانون الأحوال الشخصية الأردني، والمادة (107 -112) من مدونة الأسرة القطرية، والمادة (123-128) من قانون الأسرة القطرية .

الفرع الثالث
الطرف الذي يملك التفريق للعيب

اتفق جمهور الفقهاء على جواز التفريق للعيب، لكنهم اختلفوا فيمن يثبت له هذا الحق، أهو الزوج أم الزوجة، فجاء قولهم على رأيين:

الرأي الأول :

ذهب كل من الحنفية والنخعي والثوري إلى أن جواز التفريق للعيب تملكه الزوجة وحدها دون الزوج.[1]

وجه الاستدلال:

عن أبي مسعود (رضي الله عنه) أنه قال: (لا ترد الحرة عن عيب). عن علي (رضي الله عنه) قال: إذا وجد بامرأته شيئاً من هذه العيوب فالنكاح لازم له، إن شاء طلق وإن شاء أمسك[2].

إن الزوج يملك حق الطلاق، فيمكنه أن يطلق زوجته المعيبة أو يتزوج عليها فيدفع الضرر عن نفسه، وذلك بخلاف الزوجة.[3]

وبهذا الرأي أخذ المشرع العراقي حيث نصت المادة (43) على أنه (أولاً: للزوجة طلب التفريق عند توافر احد الأسباب الآتية:

([1])علاء الدين الكاساني، مصدر سابق، ج2، ص325؛ د. عبد الكريم زيدان، المفصل، مصدر سابق،ج9، ص18.

([2]) سبل السلام، ج3، ص180، نقلا عن : د. عبد الكريم زيدان، المفصل، مصدر سابق، ج9، ص19.

([3]) د. مصطفى الزلمي، أحكام الزواج والطلاق، ط5، بلا مكان نشر، 2012، ص162 ؛ ماجد هادي، محمد هادي، الفسخ بين الزوجين بسبب العيب، بحث منشور في المؤتمر العلمي الثاني لكلية العلوم الإنسانية، 11-12-14 / 2012، ص2148.

- إذا وجدت زوجها عنيناً أو مبتلى بما لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية سواء أكان ذلك لأسباب عضوية أو نفسية.
- إذا كان الزوج عقيماً أو ابتلى بالعقم بعد الزواج.
- إذا وجدت بعد العقد أن زوجها مبتلى بعلة لا يمكن معها معاشرته بلا ضرر).

الرأي الثاني :

أثبت أصحاب هذا الرأي حق طلب التفريق للعيب لكلا الزوجين، وبهذا قال جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والامامية [1].

وجه الاستدلال :

أولاً : السنة النبوية الشريفة:

عن زيد بن كعب قال : تزوج رسول الله (صلى الله عليه وسلم) امرأة من بني غفار، فرأى بكشحها بياضاً فقال لها النبي (صلى الله عليه وسلم) (البسي ثيابك والحقي بأهلك)[2].

عن أبي هريرة (رضي الله عنه) قال : قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم): ((... وفر من المجذوم كما تفر من الأسد)[3].

(1) جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق : د. محمد أبو الأجفان، أ . عبد الحفيظ منصور، ج2، ط1، دار الفكر الإسلامي، 1995، ص67 ؛ ابي إسحاق الشيرازي، المهذب، ج2، دار الفكر، بيروت، بلا سنة نشر، ص450 ؛ بهاء الدين المقدسي، العدة شرح العمدة، مكتبة الرياض الحديثة، بلا سنة نشر ، ص388 ؛ أبي جعفر علي الطوسي، النهاية في مجرد الفقه والفتاوى، ط2، دار الكتاب العربي، بيروت ، ص485.

(2) سبق تخريجه (ص171).

(3) سبق تخريجه (ص171)..

ثانياً : الأثر

عن سعيد بن المسيب عن عمر (رضي الله عنه) أنه قال في العنين : (يؤجل سنة، فإن قدر عليها وإلا فرق بينهما، ولها المهر، وعليها العدة)[1].

عن جابر بن زيد قال: أربع لا تجوز في بيع ولا نكاح المجنونة والمجذومة والبرصاء والعفلاء، ومثل هذا روي عن علي وابن عباس (رضي الله عنهما)[2].

ثالثاً : القياس:

قاسوا النكاح على البيع، فكما يثبت الخيار بالعيب في البيع فكذلك يجوز فسخ النكاح بين الزوجين للعيب.[3]

رابعاً : المعقول:

بما أن الزوجين طرفان في عقد الزواج فيجب أن يتساويا في حق الفسخ للعيب، وكون الزوج يملك حق الطلاق لا يمنع من تملكه حق آخر فيه باعتبار آخر[4]، فالزواج ينصرف إلى السلامة، فهو كالمشروط عرفاً، وما ألزم الله ولا رسوله مغروراً قط ولا مغبوناً بما غُر به أو غُبِن[5].

ووافق كل من التشريعات المقارنة الأردني والمغربي والقطري أصحاب الرأي الثاني من الجمهور، وذلك بجعل التفريق للعيب حق لكلا الزوجين، ففي

(1) أخرجه : احمد بن الحسن بن علي بن موسى أبي بكر البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، ج7، تحقيق محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة ، 1994، رقم الحديث (14067)، ص227.
(2) أخرجه : البيهقي، مصدر سابق، ج7، ص215.
(3) ماجد هادي، محمد هادي، مصدر سابق، ص2147.
(4) د. عبد الكريم زيدان، المفصل، مصدر سابق، ج9، ص20.
(5) ماجد هادي، محمد هادي، مصدر سابق، ص2147.

قانون الأحوال الشخصية الأردني نصت المادة (113) على أن (للمرأة السالمة من كل عيب يحول دون الدخول بها أن تراجع القاضي وتطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا علمت أن فيه علة تحول دون بنائه بها كالجب والعنة والخصاء ولا يسمع طلب المرأة التي فيها عيب من العيوب كالرتق والقرن)، ونصت المادة (117) على أنه (للزوج حق طلب فسخ عقد الزواج إذا وجد في زوجته عيباً جنسياً مانعاً من الوصول إليها كالرتق والقرن أو مرضاً منفراً بحيث لا يمكن المقام معها عليه بلا ضرر ولم يكن الزوج قد علم به قبل العقد أو رضي به بعده صراحةً أو ضمناً)، وقد خالف المشرع الأردني في ذلك رأي الحنفية الذين لم يجيزوا التفريق لعيب الزوجة، وفي مدونة الأسرة المغربية نجد أن المادة (107) نصت على أنه (تعتبر عيوباً مؤثرة على استقرار الحياة الزوجية وتخول طلب إنهائها:

- العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية
- الأمراض الخطيرة على حياة الزوج الآخر أو على صحته، التي لا يرجى الشفاء منها داخل سنة).

كما وعالج التشريع القطري ذلك في المادة (123) والتي نصت (لكل من الزوجين طلب التفريق لعيب أو مرض مستحكم، يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، ولا يرجى برؤه منه، أو يرجى بعد مضي أكثر من سنة عقلياً كان المرض أو عضوياً أُصيب به قبل العقد أو بعده).

وبدورنا نؤيد ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني ومن وافقهم من التشريعات المقارنة، وندعو المشرع العراقي إلى إعادة معالجة ذلك في نص يعطى فيه لكلا الزوجين حق طلب التفريق وفق شروط وإجراءات محددة مسبقاً يسير عليها من يريد طلب التفريق للعيب .

المطلب الثاني
أحكام التغرير بالعيوب

تتنوع الأمراض والعيوب التي قد يصاب بها الإنسان فهي لا تقع تحت حصر، فمنها الخطير ومنها البسيط الذي ليس له أثر على الحياة الزوجية، وقد يقوم أحد الزوجين بإخفاء مرض فيه عن صاحبه تدليساً عليه أو تغريراً به، وتقدم لنا بيان الأمراض التي تعد عيباً عند الفقهاء المسلمين القدامى والتي وردت على سبيل الحصر لا المثال، وسنتناول في هذا المطلب حكم التغرير بالعيوب والأمراض عند القائلين بحصر هذه العيوب، وكذلك بيان حكم التغرير بالأمراض والعلل التي انتشرت حديثاً، وبيان شروط وإجراءات التفريق لتلك العيوب والأمراض، ومن ثم نسلط الضوء على الآثار المترتبة على ذلك التفريق، عليه سنقوم بتقسيم هذا المطلب على ثلاثة فروع :

الفرع الأول : حكم التغرير بالعيوب

الفرع الثاني : شروط وإجراءات التفريق للعيب

الفرع الثالث : أثار التفريق للعيب

الفرع الأول
حكم التغرير بالعيوب

نتناول في هذا الفرع ضابط العيوب والأمراض التي يفسخ بها الزواج، ومن ثم ننتقل إلى بيان حكم التغرير فيها في الفقه والقانون، بذلك سنقسم هذا الفرع وفق الآتي:

أولاً : ضابط العيوب والأمراض التي يفسخ بها الزواج في الفقه.

من خلال إمعان النظر فيما تقدم لنا، يتبين أن الفقهاء المسلمين انقسموا على قسمين، منهم من ذهب إلى حصر العيوب المبيحة للفسخ عند التغرير بها، ومنهم من ذهب إلى عدم حصرها، وإليك تفصيل ذلك:

القسم الأول:

اتفق جمهور الفقهاء من أصحاب هذا الرأي على حصر العيوب التي يفسخ بها الزواج، فمثل هذه العيوب يجب بيانها عند عقد الزواج، وإلا عد ذلك الكتمان تغريراً بالطرف الآخر.[1]

القسم الثاني:

في هذا القسم لا تقع العيوب والأمراض تحت حصر، وإنما كل عيب أو مرض يكون فاحش ويسبب حرجاً وعنتاً للزوج الأخر، بأن يكون منفراً عن

(1)الكاساني، مصدر سابق، ج2، ص327 ؛ محمد عرفة الدسوقي، مصدر سابق، ج2، ص278 ؛ زكريا الأنصاري، مصدر سابق،ج4، ص212 ؛ أ.د عبد الكريم اللأحم، مصدر سابق، م.ج1،ص433 ؛ أبو القاسم جعفر بن الحسن الحلي، مصدر سابق، ص210 ؛ غادة علي عبد الشهيد علي هيبة، العيوب الموجبة لفسخ عقد الزواج دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص486.

كمال الحياة الزوجية، يعد عيب يوجب التغرير فيه الفسخ، وهذا ما رفع لواءهُ ابن القيم الجوزية، والزهري، ومحمد بن الحسن وابن تيمية، حيث ورد عنهم:

قال ابن القيم: (أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحل به مقصود النكاح من المودة والرحمة يوجب الخيار، وهو أولى من البيع)[1].

وقال محمد بن الحسن : (لها الخيار إذا كان على حال لا تطيق القيام معه)[2]،

أما الزهري فذهب إلى أنه : (يُرد النكاح من كل داء عضال)[3].

وأخيراً ذهب ابن تيمية: (وترد المرأة بكل عيب ينفر من كمال الاستمتاع).[4]

وبذلك يبدو أن كل مرض أو عيب منفر ومؤذي لأحد الزوجين أو الأبناء يجيز الفسخ عند التغرير به باتجاه الطرف الآخر أو التدليس عليه بكتمان ذلك العيب أو المرض، ومن تلك الأمراض والعيوب والتي ذاع انتشارها في الوقت الراهن: العمى أو الطرش أو التشوهات الجسدية أو الإدمان[5]، بالإضافة إلى العقم.[6] والأمراض الوراثية[7]،[8] والتهاب الكبد

([1])محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني، مصدر سابق، ج3، ص138.

([2])السرخسي، مصدر سابق ن ج5، ص75.

([3])ابن حزم، المحلى، مصدر سابق، ج10، ص112.

([4])ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ج5، بلا مكان وسنة نشر، ص464.

([5]) رحمة محمود خالد، مصدر سابق، ص51.

([6])العقم : عند الأطباء هو فشل الحمل بعد مرور سنة كاملة من المعاشرة الزوجية، ينظر : ماهر احمد السوسي، حق الزوجة في فسخ النكاح بسبب عقم زوجها، بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية، المجلد الرابع عشر، العدد الأول، 2006، ص3، منشور على موقع http//www.ingzaza.edu.ps/are/resrarch تاريخ الزيارة 2014/7/27.

([7]) المرض الوراثي : هو تفاعل تركيب عاملي نادر (الإيل) ينتج عنه مظاهر سيئة التلاؤم في البيئات التي تعطي فيها التراكيب العاملة الطبيعية أو العادية مظاهر غير مرضية، ينظر : منال محمد رمضان هاشم العشي، أثر الأمراض الوراثية على الحياة الزوجية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية، غزة، 2008، ص40.

([8]) الايدز : (مصطلح اختصار لعبارة متلازمة نقص المناعة المكتسبة) وهو مرض يسبب للمصابين به فقدان القدرة على مقاومة الإصابات بسبب ضعف أجهزة المناعة لديهم أو انهيارها مما يجعلهم للأمراض، ينظر : تقرير منشور على شبكة الانترنيت على الموقع from . scuegypt .edu – eg / attach/ community – bestife – AIDS – ar . bdf تاريخ الزيارة 28/ 12/ 2014.

الوبائي[1]، ومرض الثلاسيميا[2]، وكذلك الأمراض النفسية والصرع، وغيرها من من الأمراض التي لها تأثير على الحياة الزوجية والنسل.

وإن حكم التغرير بهذه الأمراض يختلف بمدى تأثر حياة الزوج الآخر به أو انتقاله إلى النسل، فمتى كان المرض أو العيب فاحشاً ذا أثر ملحوظ على الحياة الزوجية ويسبب عنتاً وحرجاً للطرف الآخر، أعطى الحق للطرف المغرر به أو المدلس عليه طلب التفريق بسبب ذلك العيب أو المرض، ومثال ذلك مرض الايدز، بينما إذا كان المرض لا يؤذي الطرف الآخر وليس فيه نفرة ولا ينتقل إلى النسل، فلا يعطي التغرير به الحق للطرف الآخر بطلب التفريق، مثال ذلك الحرق البسيط في الجسم أو الأمراض العارضة، وذلك لأن عقد الزواج مبني على المكارمة والمسامحة بين الزوجين .

ثانياً : موقف التشريعات المقارنة.

موقف قانون الأحوال الشخصية العراقي:

نصت المادة (43) على أنه: (أولاً: للزوجة طلب التفريق عند توافر أحد الأسباب الآتية:

4-إذا وجدت زوجها عنيناً أو مبتلى بما لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية، سواء كان ذلك لأسباب عضوية أو نفسية، أو إذا أُصيب بذلك بعد الدخول بها، وثبت عدم إمكان شفائه منها بتقرير صادر من لجنة طبية رسمية مختصة، على أنه إذا وجدت المحكمة أن سبب

(1) التهاب الكبد الوبائي : هو احد أنواع الالتهابات التي قد تصيب الكبد ويرمز له بأحد الأحرف الآتية (أ- ب- ج- د)، ينظر : مستشفى الملك فيصل التخصصي ومركز الأبحاث، التهاب الكبد الوبائي، 2010، ص4.

(2) الثلاسيميا : هو اضطراب وراثي يحدث في خلايا الدم، ويوصف بانخفاض مستوى الهيموجلونين وانخفاض عدد كريات الدم عن المعدل الطبيعي، ينظر : اليوم العالمي للثلاسيميا، 2013، (حق الرعاية الصحية الجيدة لكافة مرضى الثلاسيميا الكبرى وغيرها)، تقرير منشور على شبكة الانترنيت على الموقع www.moh.gov.sa .تاريخ الزيارة 2014/7/27.

ذلك نفسي فتؤجل التفريق لمدة سنة واحدة، شريطة أن تمكن زوجها من نفسها خلالها .

5-إذا كان الزوج عقيماً، أو أُبتلي بالعقم بعد الزواج ولم يكن لها ولد منه على قيد الحياة .

6-إذا وجدت بعد العقد أن زوجها مبتلى بعلة لا يمكن معها معاشرته بلا ضرر، كالجذام أو البرص أو السل أو الزهري أو الجنون،، أو أنه قد أُصيب بعد بذلك بعلة من هذه العلل أو ما يماثلها، على أنه إذا وجدت المحكمة بعد الكشف الطبي أن العلة يؤمل زوالها، فتؤجل التفريق حتى زوال تلك العلة، وللزوجة أن تمتنع عن الاجتماع بالزوج طيلة مدة التأجيل، أما إذا وجدت المحكمة أن العلة لا يؤمل زوالها خلال مدة مناسبة وامتنع الزوج عن الطلاق وأصرت الزوجة على طلبها، فيحكم القاضي بالتفريق) .

الملاحظات حول المادة (43):

- أبرز ملاحظة يجب لفت النظر لها هي: أن المشرع العراقي قد تناول حكم التغرير بالعيوب والأمراض ضمنياً وبشكل غير مباشر، حيث لم يشر إلى مصطلح التغرير، ولكن إمعان النظر في الفقرتين (4و6) يبين ذلك، حيث نصتا على أنه (إذا وجدت...) فذلك دليل على انعدام العلم بالمرض أو العلة. أشارت الفقرات (4-5-6) إلى حق الزوجة في طلب التفريق دون الزوج، والمشرع في ذلك وافق رأي الحنفية، وكان الأجدر بالمشرع أن يأخذ برأي الجمهور بجعل حق التفريق حق مشترك لكلا الزوجين،[1] ونرى بأن تضاف فقرة إلى نص المادة (43) فـ4 و 6 تتمثل في الآتي (لكلا الزوجين، أو إذا وجد أحد الزوجين صاحبهُ مبتلى بما لا يستطيع معه ....) مع إبقاء فقرة (5) الخاصة بالعقم خاصة بالزوجة فقط وذلك لان الزوج يملك حق الزواج بزوجة أُخرى .
- لم يحدد المشرع الأمراض والعلل التي تجيز التفريق على سبيل الحصر بل أوردها على سبيل المثال، وبذلك أبقى المشرع الباب مفتوحاً لدخول أمراض أُخرى، وهو يحمد على موقفه هذا .
- جعل المشرع حق التفريق ثابتاً للزوجة سواء حصل ذلك العيب قبل العقد أم بعده .
- قيد القانون حق طلب الزوجة بالتفريق بسبب عقم الزوج أن لايكون للزوجة ولد منه على قيد الحياة، وكان الأجدر بالمشرع أن يطلق

(1) د. احمد علي الخطيب وآخرون، مصدر سابق، القسم الثاني، ص156 ؛ حيدر حسين كاظم الشمري، قانون الأحوال الشخصية العراقي بين المقتضى والمبتغى والبديل، العدد السابع، كلية القانون، جامعة كربلاء، 2008، ص205 .

الأمر بأن لا يكون لها ولد على قيد الحياة سواء من الزوج ذاته أو من غيره.[1]

- وأخيراً جعل القانون هذا الحق غير قابل للسقوط مع دوام عدم إمكانية الشفاء من تلك العلة، وأوجب إثبات ذلك بتقرير طبي صادر عن لجنة طبية رسمية، وفي ذلك وافق المشرع الصواب .

وبالنسبة لموقف القضاء نجد أن رئاسة محكمة استئناف نينوى الاتحادية قد أصدرت حكماً يقضي (بالتفريق بين المدعية وأبن المدعى عليه كونه متخلفاً عقلياً وسبب لها ضرراً جسيماً لا تستطيع معه الاستمرار بالحياة الزوجية)[2]، من الحكم أعلاه يتبين أنه أيد موقف المشرع بإعطاء الحق للزوجة بطلب التفريق متى وجدت زوجها مبتلى بعلة كالجنون، وقد أُرسلت اضبارة الحكم أعلاه إلى محكمة التمييز الاتحادية والتي قضت بوجوب التحقق عن تاريخ الحالة المرضية، وإذا ما كانت الزوجة على علم بذلك المرض، فاتضح أن الجنون سابق على عقد الزواج وأن أهل الزوج لم يعلموا الزوجة بجنون الزوج وأنهم قد غرروا بها ودلسوا عليها ذلك المرض وذكروا أن ابنهم أخرس وأبكم وغير مجنون، وبما أن مرض الزوج لا يؤمل شفاؤهُ وسبب ضرر للزوجة لذا قررت محكمة التمييز الحكم بالتفريق .

وفي موقف أخر للقضاء نجد أن محكمة التمييز الاتحادية قد أصدرت قراراً يقضي (بالتفريق بين المدعي وزوجته المدعى عليها وذلك لأنها قد أجريت عمليات نسائية عديدة منها رفع الرحم قبل أن تتزوج، وأنه قد أكتشف هذه الحالات بعد الزواج، وأنه قد تضرر من هذا الزواج واعتبرت المحكمة أن

(1) د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته ، ج1، بلا مكان وسنة نشر، ص166.

(2) حكم صادر عن رئاسة محكمة استئناف نينوى الاتحادية، العدد 233/س/2011، بتاريخ 2011/10/3 غير منشور .

ذلك طلاق بائنٌ ببينونة صغرى...)[1]، يبدو أن قرار محكمة التمييز جاء مخالفاً لما نصت عليه المادة (43 فـ4و5و6) والتي أعطت للزوجة دون الزوج حق التفريق بينما نجد أن القرار أعلاه ذهب إلى التفريق بين الزوج وزوجته بسبب إخفاء الزوجة على زوجها وتدليسها عليه بأنها قد أجرت عمليات من ضمنها رفع الرحم والتي من المؤكد أنها تؤثر سلباً على الحياة الزوجية، ونرى أن القرار أعلاه وافق الصواب لأن الزوج قد تضرر من ذلك التغرير فيه .

موقف قانون الأحوال الشخصية الأردني:

أعطى المشرع الأردني الحق لكلا الزوجين بطلب التفريق، متى غرر أحدهما الآخر بالعيوب المبيحة للتفريق، حيث نصت المادة (113) على أنه (للمرأة السالمة من كل عيب يحول دون الدخول بها أن تراجع القاضي وتطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا علمت أن فيه علة تحول دون بنائه بها كالجب والعنة والخصاء ولا يسمع طلب المرأة التي فيها عيب من العيوب كالرتق والقرن)، ونصت المادة (116) على أنه (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 طرأت مثل هذه العلل والأمراض فلها أن تراجع القاضي وتطلب التفريق ...)، أما المادة (117) عالجت حالة التغرير بالزوج حيث نصت على أن (للزوج حق طلب فسخ عقد الزواج إذا وجد في زوجته عيباً جنسياً مانعاً من الوصول إليها كالرتق والقرن أو مرضاً منفراً بحيث لا يمكن القيام معها عليه بلا ضرر ولم يكن الزوج قد علم به قبل العقد أو رضي به بعدهُ صراحةً أو ضمناً)، بذلك يبدو أن التشريع الأردني بالإضافة

(1) قرار صادر عن محكمة التمييز الاتحادية، العدد/6000/هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية /2012/ ت 6210، بتاريخ 2012/8/8، غير منشور .

إلى إعطائه الحق لكلا الزوجين بطلب التفريق بسبب العيوب والأمراض، فهو كذلك لم يورد تلك الأمراض على سبيل الحصر بل على سبيل المثال، وهو في هذا وافق الصواب .

موقف مدونة الأسرة المغربية:

عالج التشريع المغربي حكم التغرير في العيوب في مادتين، حيث نصت المادة (63) على أنه (يمكن ... أو المدلس عليه من الزوجين بوقائع كان التدليس بها هو الدافع إلى قبول الزواج ....أن يطلب فسخ الزواج قبل البناء وبعده خلال أجل لا يتعدى شهرين ... ومن تاريخ العلم بالتدليس مع حقه في طلب التعويض)، أما المادة (108) ذهبت إلى أنه (يشترط لقبول طلب أحد الزوجين إنهاء علاقة الزوجية للعيب:

- ألا يكون الطالب عالماً بالعيب حين العقد،
- ألا يصدر من الطالب ما يدل على الرضى بالعيب بعد العلم بتعذر الشفاء).

من المادتين أعلاه يبدو أن المشرع المغربي، أعطى للمدلس عليه مرة الحق في فسخ الزواج، ومرة أخرى الحق في طلب التفريق، ولكنه أعطى الحق في طلب الفسخ في حالة التغرير بشكل عام سواء في العيوب أو غيرها، أما عند إعطائه لحق التفريق فقد خص هذا الحق بالتفريق بسبب التغرير بالعيوب، وبما أن النص الخاص يقيد العام فنص المادة (108) يقيد نص المادة (63) وبالتالي فإن الفرقة الواقعة بالعيب هي طلاق لا فسخ، وبالنسبة لموقف القضاء فيتجسد في الحكم الصادر عن ابتدائية السلطات قسم قضاء الأسرة والذي ورد في حيثياته ما يلي : (حيث تهدف الدعوى إلى فسخ الزواج للتدليس، وحيث ادعى الزوج المدعي أن زوجته ترفض معاشرته دائماً وهو الأمر الذي أكدته الزوجة خلال جلسات البحث التي أُجريت معها، وحيث أن من أهم أسباب الزواج التناسل وتحقيق الرغبة الجنسية، لتهدأ النفوس وتستقيم،

مما يشكل معه عدم تمكين الزوجة نفسها ضرراً بالغاً لا يمكن أن تستمر معه العلاقة الزوجية، وحيث أن رفع هذا الضرر يستلزم الإجابة لطلب الزوج)[1]، من الحكم أعلاه يبدو أن المحكمة قضت بفسخ الزواج للتدليس، على اعتبار أن الزوجة كانت على علم بحالها قبل إبرام عقد الزواج بعدم طاقتها على المعاشرة الزوجية، وهي مع ذلك كتمت عيبها وأخفته على الزوج الذي لم يكتشفه إلا بعد الزواج، وهذا ما يشكل أحد أهم تطبيقات صور التدليس في إخفاء الوقائع عن الطرف الآخر بحيث لو علم بها لما أقدم على إبرام عقد الزواج.[2]

موقف قانون الأسرة القطرية:

نصت المادة (123) من التشريع القطري على أن (لكل من الزوجين طلب التفريق لعيب أو مرض مستحكم، يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، ولا يرجى برؤه أو يرجى بعد مضي أكثر من سنة، عقلياً كان المرض أو عضوياً ...)، بذلك يبدو أن التشريع القطري أعطى لكلا الزوجين الحق في طلب التفريق للعيب الذي خفي على الطرف الآخر، ولم يورد العيوب المبيحة للفسخ تحت حصر، ويحمد المشرع القطري على موقفه هذا .

(1) حكم صادر عن ابتدائية السلطات، قسم قضاء الأسرة، عدد 29/08 في الملف الشرعي رقم 1363/7، بتاريخ 2008/11/3، نقلاً عن خالد التومي، مصدر سابق، ص4 .

(2) خالد التومي، ما مدى إعمال عيوب الإرادة في مدونة الأسرة المغربية، بحث منشور على شبكة الانترنيت على الموقع، htt://www.morocdoit.com، ص4.

الفرع الثاني
شروط وضوابط التفريق للعيب

وضع الفقهاء والتشريعات الوضعية شروطاً وإجراءات أوجبوا السير عليها لجواز التفريق للعيب، وسنقتصر على بيان تلك الشروط بالجملة دون تفصيلٍ تجنباً للإطالة، وهذا ما سنتناوله على وفق الآتي:

لا يحدث التفريق تلقائياً بل لابد من شروط ينبغي توافرها، وهذه الشروط تتمثل فيما يلي:

أولا: أن يكون العيب فاحشاً:

وذلك بأن يكون من الأمراض أو العلل التي أثبت الطب أنها تسبب خطراً على حياة أحد الزوجين أو نسلهما، كما في الأمراض الوراثية ومرض نقص المناعة (الايدز) والثلاسيميا وغيرها[1]، وقد أشار إلى ذلك المادة (43 ف 4و5) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، اما المشرع الأردني فقد عالج ذلك في المواد (115-119)، وعالجها التشريع المغربي في المادتين (107 و111)، بينما عالج التشريع القطري ذلك في المادة (126) .

ثانياً : أن يكون العيب موجوداً قبل العقد:

لأن حدوثه بعد عقد الزواج ليس فيه تغريرٌ، كون التغرير يحدث عندما يخفي أحد الطرفين عن الآخر عيبه ليحمله على إبرام عقد الزواج، وبالنسبة لموقف التشريعات،فلم يشترط المشرع العراقي هذا الشرط، بينما نص على هذا الشرط المشرع الأردني، حيث نصت المادة (114) على أنه (الزوجة التي تعلم قبل عقد الزواج بعيب زوجها المانع من الدخول أو التي ترضى بالزوج بعد الزواج مع العيب الموجود يسقط حق اختيارها ....)، ونصت المادة (117) على أنه (ولم يكن الزوج قد علم به قبل العقد أو رضي به بعده صراحة أو ضمناً)، وفي التشريع المغربي نصت المادة (108) على أنه (1- ألا يكون الطالب عالماً بالعيب حين العقد) ووافقه في ذلك التشريع القطري.[2]

ثالثاً: أن لا يكون أحد الزوجين عالماً بالعيب وقت العقد أو قبله:

لأن العلم بالعيب يسقط حق طلب التفريق، لأن قبول الزواج مع العلم رضا منه بالعيب[3]، ما عدا العنة فيثبت فيها الحق للمرأة المطالبة بالتفريق

(1) ماجد هادي، ومحمد هادي، مصدر سابق، ص2150.
(2) راجع المادة (124) من قانون الأسرة القطرية .
(3) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9، ط4، دار الفكر المعاصر، دمشق، 1997، ص7054.

وإن كانت على علم بها قبل العقد، كون العنة تحصل للرجل تجاه امرأة وقد لا تحصل
تجاه أخرى[1]، وعالجت التشريعات ذلك، حيث نصت (114و117) من قانون الأحوال الشخصية الأردني على ذلك، والمادة (108) من المدونة المغربية، وتقابلها المادة (124) من التشريع القطري، أما التشريع العراقي لم يعالج ذلك.

رابعاً: عدم الرضا بالعيب بعد العلم به:

سواء قبل العقد أم بعده، صراحةً أو دلالةً، فالرضا صراحة يتمثل بقوله رضيت بالعيب، ودلالة بالتمكين من المعاشرة الزوجية، فذلك يسقط حق طلب التفريق[2]، وقد نصت التشريعات المقارنة عدا التشريع العراقي على ذلك.[3]

خامساً: أن لا يكون بالطرف الطالب التفريق عيب:[4]

فإذا كان طالب التفريق مصاباً بنفس العيب الذي في الطرف المقابل، فليس له حق التفريق كما في الرتقاء مع العنين، أما عند اختلاف العيب كما في العنين مع البرصاء فكل واحد منهما بالخيار، وكما يثبت الخيار عندما تكون ذات العلة في أحدهما فاحشة وفي الآخر سطحية وبسيطة[5]، ولم يتناول التشريع العراقي هذا الشرط بالتنظيم، وذلك لأنه حصر حق التفريق بالزوجة فقط، وهو غير موفق في موقفه هذا، أما المشرع الأردني فقد نص على هذا الشرط في المادة (113) والتي ذهبت إلى أنه (...ولا يسمع طلب المرأة التي فيها عيب من العيوب كالرتق والقرن)، ووافق التشريعان المغربي والقطري موقف المشرع العراقي في عدم النص على هذا الشرط .

(1) د. محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، ط3، دار الثقافة، عمان، 2010، ص322.
(2) رأفت محمود عبد الرحمن، مصدر سابق، ص2.
(3) راجع المادة (114و117) من قانون الأحوال الشخصية الأردني، والمادة (108) من مدونة الأسرة المغربية، والمادة (124) من قانون الأسرة القطرية .
(4) د. احمد الخطيب وآخرون، مصدر سابق، القسم الثاني، ص157.
(5) د. محمد سمارة، مصدر سابق، ص322.

سادساً: أن يكون العيب دائماً:

أي أن يثبت بقرار من لجنة طبية رسمية عدم إمكانية الشفاء، لعدم جواز التفريق لعيب غير دائم[1]، وقد نصت على هذا الشرط المادة (43- ف4و6) من قانون الأحوال الشخصية العراقي ووافقه في ذلك التشريعات الأردني والمغربي والقطري.[2]

سابعاً: وجوب تقديم طلب ممن تضرر بالعيب:

لأن التفريق للعيب لا يحصل إلا بقضاء القاضي، فلابد من وجود خصومة من طالب التفريق إلى القاضي، فالتفريق يتوقف على الدعوى والإثبات، ويثبت العيب بإقرار أحد الزوجين أو بتقرير صادر من لجنة طبية رسمية[3]، وقد عالجت التشريعات المقارنة هذا الشرط في تشريعاتها.[4]

الفرع الثالث

الآثار المترتبة على التفريق بسبب التغرير بالعيب

نتناول في هذا الفرع نوع الفرقة التي تقع بسبب التغرير بالعيوب أهي فسخ أم طلاق ؟ ومن ثم ننتقل إلى المهر الواجب للزوجة عند التفريق، بذلك سنقسم هذا الفرع على فقرتين:

([1]) د. احمد الخطيب، مصدر سابق، القسم الثاني، ص157 ؛ د. محمد سمارة، مصدر سابق، 323 .

([2]) راجع المادة (115 -116) من قانون الأحوال الشخصية الأردني، والمادة (107) من مدونة الأسرة المغربية، والمادة (123) من قانون الأسرة القطرية .

([3]) د. احمد علي الخطيب وآخرون، مصدر سابق، القسم الثاني، ص157 ؛ د. محمد سمارة ، مصدر سابق، ص323 ؛ ماجد هادي، محمد هادي، مصدر سابق، ص2150.

([4]) راجع المادة (43 ف4-6) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، والمادة (113-122) من قانون الأحوال الشخصية الأردني، والمادة (107-111) من مدونة الأسرة المغربية، والمادة (123-127) من قانون الأسرة القطرية .

أولاً : نوع الفرقة الواقعة.

اختلف الفقهاء المسلمون في نوع الفرقة الواقعة بسبب العيب، أهي فسخ أم طلاق، فجاء قولهم على رأيين وفق الآتي:

الرأي الأول:

ذهب أصحابه إلى أن الفرقة الواقعة بسبب العيب هي فرقة طلاق، وأن هذا الطلاق هو طلاق بائن، وهذا رأي الحنفية والمالكية.[1]

الرأي الثاني:

قيل فيه أن الفرقة الواقعة بسبب العيب هي فرقة فسخ لا طلاق، وذهب إلى ذلك كل من الشافعية والحنابلة والامامية.[2]

وبالنسبة لموقف القوانين المقارنة، ففي قانون الأحوال الشخصية العراقي نجد أن المادة (45) نصت على أنه (يعتبر التفريق في الحالات الواردة في المواد "الأربعون والحادية والأربعون والثانية والأربعون والثالثة والأربعون" طلاقاً بائناً ببينونة صغرى)، فالمشرع العراقي اعتبر الفرقة الواقعة بسبب التغرير في العيوب طلاقاً بائناً ببينونة صغرى، ووافقه في ذلك المشرع الأردني حيث نصت المادة (133) على أنه (الحكم الصادر بالتفريق يتضمن الطلاق البائن).

ولكن يؤخذ عليه عدم تحديده لنوع هذه البينونة أهي صغرى أم كبرى، والمشرعان في ذلك وافقا أصحاب الرأي الأول من المالكية والحنفية، أما التشريع المغربي فقد أورد نص عام للتدليس وذهب إلى أن نوع الفرقة فيه هي الفسخ وذلك ما نصت عليه المادة (63) منه، كما وأورد نصّاً خاصّاً للتفريق

(1) الكاساني، مصدر سابق، ج2، ص325-326 ؛ أبي القاسم محمد بن احمد بن جزي الكلبي المالكي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب مالك، تحقيق، أ . د. محمد بن سيدي محمد مولاي، بلا مكان وسنة نشر ، ص355 ؛ الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، بلا سنة نشر، ص69.

(2) زكريا الأنصاري، مصدر سابق، ج4، ص213 ؛ أبن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ص622 ؛ محمد بن جمال الدين مكي العاملي، مصدر سابق، ج5، ص380.

بالعيوب وذهب إلى أن الفرقة فيه هي الطلاق وذلك ما وتضمنته المادة (109) منه، وبما أن الخاص يقيد العام فيعمل بمقتضى المادة (109).

وبالنسبة للتشريع القطري فإنه ألتزم جانب الصمت فلم يحدد نوع الفرقة الواقعة بسبب العيب، وبذلك يتم الإحالة إلى نص المادة (3) والتي تحيل فيما لم يرد بشأنه نص إلى الراجح من المذهب الحنبلي، والمذهب قد اعتبر فرقة العيب هي فرقة فسخ. وبدورنا نرى أن نوع الفرقة الواقعة بسبب العيب تختلف فيما إذا كانت من جانب الزوجة أم من جانب الزوج، فإذا كانت الفرقة بطلب من الزوجة فالفرقة طلاق، أما إذا كانت الفرقة من جانب الزوج فالفرقة فسخ[1].

ثانياً : المهر في التفريق للعيب:

يختلف المهر الواجب للمرأة عند التفريق للعيب باختلاف ما إذا كان التفريق قبل الدخول أم بعده، وإليك تفصيل ذلك:

التفريق قبل الدخول:

اختلف الفقهاء في المهر الواجب قبل الدخول فانقسموا على رأيين:

الرأي الأول:

قال به الحنفية، حيث ذهبوا إلى استحقاق نصف المهر قبل الدخول للزوجة، وذلك لأن الفرقة كانت بسبب الزوج.[2]

الرأي الثاني:

اتفق فيه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والامامية على سقوط المهر قبل الدخول.[3]

---

(1) تأيداً لرأي الأستاذ رئيس محكمة الاستئناف بشار الجبوري عن طريق زيارة ميدانية لحكمة الموصل .

(2) الكاساني، مصدر سابق،ج2، ص326 ؛ د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مصدر سابق، ج9، ص7056.

(3) أبي القاسم الكلبي الغرناطي، مصدر سابق، ص355 ؛ أبي إسحاق الفيروزآبادي الشيرازي، مصدر سابق، ج2، ص48 ؛ ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ص622 ؛ الطوسي، النهاية في مجرد الفقه والفتاوي، مصدر سابق، ص486 ؛ د. محمد الحسن مصطفى البغا، الفسخ بعيوب الزوجين، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 24، العدد الأول، 2008، ص562.

يلاحظ أن فقهاء أصحاب الرأي الثاني لم يبينوا ما إذا كان التفريق بسبب عيب الزوج أم الزوجة.

وبدورنا نتفق مع أصحاب الرأي الأول، وذلك لأن الزوجة لم يكن لها يد في ذلك الطلاق، فالزوج هو المغرر أو المدلس على عيبه عن الزوجة.

أما إذا كانت الزوجة هي المغررة أو المدلسة على عيبها عن الزوج فيسقط المهر.

التفريق بعد الدخول:

اتفق الفقهاء المسلمون على استحقاق المرأة للمهر بعد الدخول إلا أنهم اختلفوا في مقدار ما تستحقه المرأة من المهر أهو المسمى أم مهر المثل فانقسموا على الآراء الآتية:

رأي الحنفية:

قالوا باستحقاق المرأة لكامل المهر وعليها العدة.[1]

رأي المالكية:

فرق المالكية بين إن كان التفريق بسبب عيب الزوج أم بسبب عيب الزوجة، حيث قالوا: إذا كانت هي المدلسة وجاء الفراق من قبلها، فلا شيء لها من المهر، وإن كان الرد بسبب عيب الزوج فيجب لها المهر المسمى إذا كان يُتصوَّر وطؤه كمجنون ومجذوم وأبرص، أما إذا كان لا يُتصور وطؤه كالمجبوب والعنين والخصي فلا مهر لها.[2]

رأي الشافعية :

ذهب الشافعية إلى استحقاق المرأة لمهر المثل بالدخول.[3]

(1) الكاساني، مصدر سابق، ج2، ص326.
(2) محمد عرفة الدسوقي، مصدر سابق، ج2، ص286.
(3) أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، بيت الأفكار الدولية، عمان، بلا سنة نشر، ص938 ؛ الشيرازي، مصدر سابق، ج2، ص48.

رأي الحنابلة:

ذهبوا إلى استحقاق المرأة المهر المسمى لأنه نكاح صحيح فوجب المسمى فيه، وللزوج الرجوع بالمهر على من غره لما روي عن عمر (رضي الله عنه) أنه قال (أيما رجل تزوج امرأة بها جنون أو جذام أو برص فمسها فلها صداقها، غرم على وليها، ولأنه غرهُ في النكاح ...)[1].

رأي الامامية:

قالوا باستحقاق المرأة للمهر بما استحل من فرجها، وله أن يرجع على وليها بالمهر الذي أعطاها إذا كان الولي عالماً بحالها، وإن لم يكن عالماً بحالها لم يكن عليه شيء.[2]

وفي القوانين محل المقارنة، يبدو أن المشرع العراقي لم ينظم نصاً يعالج فيه المهر الواجب في التفريق للعيوب، وبالتالي يتم الإحالة إلى المادة (1ف2) ووافقه في ذلك المشرع الأردني والقطري، أما في التشريع المغربي نجد أن المادة (109) نصت على أنه (لا صداق في حالة التطليق للعيب عن طريق القضاء قبل البناء ويحق للزوج بعد البناء أن يرجع بقدر الصداق على من غرر به، أو كتم عنه العيب قصداً).

وحبذا لو ينظم المشرع العراقي نصاً يبين فيه المهر الواجب للمرأة مع تفصيله إذا ما كان التفريق قبل الدخول أم بعده، وكذلك إذا ما جاءت الفرقة بسبب عيب الزوج أم الزوجة.

(1)ابن قدامة المقدسي، الكافي، مصدر سابق، ص622.
(2)الطوسي، النهاية في مجرد الفقه والفتاوى، مصدر سابق، ص485-486.

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين وبعد ...

فإننا وبعد إتمام هذه الدراسة، والبحث في التغرير في العيوب في الفقه الإسلامي والقانون، نُجمل أفكار هذا البحث ونعرض موجزاً للنتائج والاستنتاجات مع صفوة المقترحات والحلول والمتمثلة بالتوصيات.

أولاً: النتائج.

بعد البحث في موضوع التغرير في العيوب توصلنا إلى النتائج الآتية:

- التغرير هو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد، أما التغرير في العيوب هو إيقاع أحد المتعاقدين (الزوج أو الزوجة أو الولي) في غلط يدفعه إلى عقد الزواج والذي ما كان ليبرمه لغيره .
- هناك اختلاف بين كل من التغرير والتدليس والغلط والغرر.
- اختلف الفقهاء في حكم التغرير في العقد فمنهم من اشترط أن يكون مصحوباً بالغبن ليكون مؤثّراً، ومنهم من عده سبباً كافياً لفسخ العقد متى أدى إلى تضليل العاقد وإيهامه.
- للتغرير ثلاثة أنواع، قولي وفعلي، وتغرير بمحض الكتمان (التدليس) .
- اختلف الفقهاء في العيوب التي يفسخ بها الزواج، فمنهم من حصرها وحددها بعيوب معينة، ومنهم من ذهب إلى عدم تحديدها .
- تعد أمراض عصرنا الخطيرة كالايدز والتهاب الكبد الوبائي وغيرها التي تهدد حياة الإنسان وتضر بالنسل عيوباً يفسخ بها الزواج .
- اختلفت التشريعات الوضعية المقارنة فيما يتعلق بمن يملك حق طلب التفريق للعيوب، فجعل المشرع العراقي هذا حقاً خالصاً للزوجة من دون الزوج، في حين أعطى التشريعات الأردني والمغربي والقطري هذا الحق لكلا الزوجين.

- وضع كل من الفقهاء والتشريعات الوضعية شروطاً وضوابط لجواز التفريق للعيوب .

ثانياً: التوصيات.

بعد عرض النتائج التي عملنا على استخلاصها من هذه الدراسة، نقترح على المشرع تنظيم نص يعالج التغرير في العيوب يكون على وفق الآتي:

- لكلا الزوجين المغرر بهما بوقائع كان التغرير فيها الدافع على عقد الزواج، أن يطلب فسخ الزواج خلال أجل لا يتعدى الشهرين من تاريخ العلم بالتغرير، مع الحق في طلب التعويض إذا كان له مقتضى.
- وفي حالة حمل الزوجة يترك للقاضي تقدير حالة سقوط حق الزوجة بالفسخ من عدمه وفقاً لمصلحة الصغير ومدة خطورة وتأثير وقائع التغرير التي كانت الدافع على قبول الزوجة بالزوج).
- نقترح على المشرع إضافة فقرة على نص المادة (43) فـ4و6 تتمثل في الأتي: (لكلا الزوجين، أو إذا وجد أحد الزوجين صاحبه مبتلى بعلة بما لا يستطيع معه .....).

هذه هي أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها في هذه الدراسة.

وبعد فإن الأمل في الله يحدوني أن أكون قد وفقت في هذه الدراسة، فإن يكن هذا فَمِنَ الله عز وجل، وإن تكن الأخرى فمن نفسي، وحسبي إخلاص النية، والكمال لله والعصمة لرسله الكرام، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى اله وصحبه وسلم .

المصادر

أولا: كتب الحديث:

1- احمد بن الحسن بن علي بن موسى أبي بكر البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، 1994 .

2- الأمام الحافظ أبي عبد الله محمد البخاري، صحيح البخاري، ط1، دار الجيل، بيروت، 2005.

3- الإمام محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، 2008.

4- مسلم بن الحجاج أبو الحسن النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق محمد عبد الباقي، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2006.

ثانياً: كتب المعاجم اللغوية:

5- أبو منصور محمد احمد الأزهري، تهذيب اللغة، الدار المصرية، بلا سنة نشر.

6- أبي هلال الحسن بن عبد الله بن سهل العسكري، معجم الفروق اللغوية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2009.

7- احمد بن محمد علي المقري الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرفاعي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.

8- الأمام مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، ط1، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 1421هـ.

9- الطاهر احمد الرازي، مختار القاموس، الدار العربية للكتاب، ليبيا، تونس، بلا سنة نشر.

10- جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، ط1، المؤسسة الجامعة، 1998.
11- صالح العلي الصالح، أمينة الشيخ سليمان الأحمد، المعجم الصافي في اللغة العربية، مطبعة الشرق الأوسط، الرياض، بلا سنة نشر.
12- علي بن محمد بن علي، كتاب الفروع للجرجاني، دار الكتاب العربي، بيروت، 2002.
13- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، القاموس المحيط، ط2، دار إحياء التراث العربي، 2003.
14- محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، بلا سنة نشر.
15- محمد بن مكرم الأفريقي المصري، لسان العرب، دار الحديث، القاهرة، بلا سنة نشر.
16- محمد مرتضى بن محمد الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا سنة نشر.

ثالثا : كتب الفقه الإسلامي:

أ– الفقه الحنفي:

17- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق علي محمد معوض وآخرون، دار الكتب العلمية، بيروت، بلا سنة نشر .

ب– الفقه المالكي:

18- ابن القاسم محمد بن احمد بن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص ذهب مالك، تحقيق أ.د. محمد بن سيدي محمد مولاي، بلا مكان وسنة نشر.

19- جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق د. محمد أبو الأجفان، أ. عبد الحفيظ منصور، ط1، دار الغرب الإسلامي، 1995.

20- علي العدوي، الخرشي على مختصر سيدي خليل، دار الفكر، بيروت، 1101هـ.

21- شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، أبي البركات سيدي احمد الدردير، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، تحقيق محمد عليش، دار إحياء الكتب العربية، بلا سنة نشر.

ج– الفقه الشافعي:

22- أبو إسحاق إبراهيم علي بن يوسف الشيرازي، المهذب، دار الفكر، بيروت، بلا سنة نشر.

23- أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، بيت الأفكار الدولية، عمان، بلا سنة نشر.

24- زكريا الأنصاري، حاشية العلامة سليمان الجمل على شرح المنهج، دار الفكر، بلا سنة نشر .

د– الفقه الحنبلي:

25- أبو الحسن علي بن سليمان الماوردي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام احمد بن حنبل، تحقيق محمد حامد الفقيه، دار إحياء التراث العربي، بلا سنة نشر.

26- أبي النجا موسى الحجاوي، زاد المستقنع في اختصار المقنع، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.
27- احمد بن محمد بن احمد الشوكاني، التوضيح في الجمع بين المقنع والتنقيح، تحقيق ناصر بن عبد الله بن عبد العزيز الميمان، ط3، دار المكتبة العلمية، 1998.
28- بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي، العدة شرح العمدة، مكتبة الرياض الحديثة، بلا سنة نشر.
29- أ.د. عبد الكريم بن محمد اللاحم، المطلع على دقائق زاد المستقنع، دار كنوز إشبيليا، 2010.
30- موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام احمد بن حنبل، ط1، دار بن حزم، بيروت، 2003.

هـ- الفقه الإمامي:

31- أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي، المختصر النافع في فقه الإمامية، ط3، دار الأضواء، بيروت، 1985.
32- أبي جعفر محمد بن الحسن علي الطوسي، النهاية في مجرد الفقه والفتاوى، ط2، دار الكتاب العربي، بيروت، 1980.

و- الفقه الظاهري:

33- الإمام العلامة أبو محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الأندلسي الشهير بابن حزم الظاهري، المحلى في شرح المجلى بالحجج والآثار، بيت الأفكار الدولية، بلا سنة نشر.
34- د. مصطفى محمد أمين الاتروشي، أحكام الزواج والطلاق في فقه الإمام ابن حزم الظاهري، دار قنديل، عمان، 2010.

رابعاً: كتب قانونية وأحوال شخصية.

35- ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، بلا مكان وسنة نشر .

36- د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، بلا مكان وسنة نشر.

37- بدران أبو العينين بدران، الشريعة الإسلامية، مكتبة كريدية إخوان، بيروت، بلا سنة نشر.

38- د. عبد الحكم فودة، أ. منذر عبد العزيز الشمالي، أحكام الزواج والطلاق في المذهبين السني والجعفري وأحكام القضاء، بلا مكان نشر، 2011.

39- د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار المعارف، مصر، 1967.

40- د. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ط3، مطبعة العاني، بغداد، 1967.

41- د. عبد الكريم زيدان، المفصل، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993.

42- د. عبد المجيد وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني، ط2، دار ابن الأثير، جامعة الموصل، 2011.

43- علي الخفيف، مختصر أحكام المعاملات الشرعية، ط4، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، 1952.

44- غادة علي عبد الشهيد علي هيبة، العيوب الموجبة لفسخ عقد الزواج، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.

45- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، بلا سنة نشر.

46- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، 1977.

47- محمد سلام مدكور، التشريع الإسلامي، ط2، بلا مكان نشر، 1959.
48- د. محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، ط3، دار الثقافة، عمان، 2010.
49- د. مصطفى الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، ط5، بلا مكان نشر، 2012.
50- نور الدين أبو لحية، الضوابط الشرعية لحماية الزواج، بلا مكان وسنة نشر.
51- د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط4، دار الفكر المعاصر، دمشق، 1997.

خامساً : الرسائل والأطاريح.

52- رحمة محمود خالد عبد الله، أثر التغرير على عقد النكاح، رسالة ماجستير في الفقه المقارن مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2011.
53- منال ميسر نايف الفارس، فسخ عقد الزواج، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2012.

سادسا : البحوث والدوريات.

54- حيدر حسين كاظم الشمري، قانون الأحوال الشخصية العراقي بين المقتضى والمبتغى والبديل، بحث منشور في مجلة كلية القانون، جامعة كربلاء، العدد (7)، 2008.
55- ماجد هادي، محمد هادي، الفسخ بين الزوجين بسبب العيب، بحث منشور في المؤتمر العلمي الثاني لكلية العلوم الإنسانية، 11-2012/4/12.

56- مستشفى الملك فيصل التخصصي ومركز الأبحاث، إلتهاب الكبد الوبائي، 2010.

سابعاً : القوانين.

57- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المنشور بالوقائع العراقية بالعدد (15-3) في 1951/9/8، ص243.

58- القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 المنشور

*****

59- قانون الالتزامات والعقود المغربي رقم (10110140) لسنة 2011 المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد (5980) بتاريخ سبتمبر 2011، ص4678.

60- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 المنشور بالوقائع العراقية بالعدد (280) في 1959/12/30.

61- مسودة قانون الأحوال الشخصية الجعفري لسنة 2013

62- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (61) لسنة 1976 المنشور

63- مسودة قانون الأحوال الشخصية الأردني لسنة 2010

64- مدونة الأسرة المغربية المرقمة (22و4-1و1) الصادر في 3 فبراير لسنة 2004 الصادر بالجريدة الرسمية بالعدد (5148) في 5 فبراير 2004، ص418.

65- قانون الأسرة القطرية رقم (22) لسنة 2006 المنشور

66- القانون المدني القطري رقم (22) لسنة 2004 المنشور

ثامناً : القرارات القضائية الغير منشورة

67- حكم صادر عن محكمة الأحوال الشخصية في الشرقاط رقم الدعوى 317/ ش/ 2013 في 2013/7/1.

68- حكم صادر عن رئاسة محكمة استئناف نينوى الإتحادية، العدد 233/س/2011، بتاريخ 2011/10/3.

تاسعاً: القرارات القضائية منشورة

69- حكم صادر عن ابتدائية السلطات قسم قضاء الأسرة العدد 29/08 في الملف الشرعي رقم 1363/7 في 2008/11/3.

عاشراً: مواقع الانترنيت.

70- www.ingzaza.edn.ps/are/resarchingzaza.edn.ps/

71- are/resarch .2014/7/27 تاريخ الزيارة

72- www. Naseemalsham. Com.*-

73- www. Mogh .gov .sa .*-

74- from .scuegypt .edu – eg /attach/ community – bestife –*AIDS – ar . pdf.

75- www. Morocdoit.com.*

76-

المستخلص

اختلفت التشريعات الوضعية فيمن يملك حق طلب التفريق للعيوب، فجعل المشرع العراقي هذا حق خالص للزوجة من دون الزوج، في حين أعطت التشريعات الأردني والمغربي والقطري هذا الحق لكلا الزوجين.

أما الاختلاف في الفقه يدور حول العيوب التي يفسخ بها الزواج، فمنهم من حصرها وحددها بعيوب معينة، ومنهم من ذهب إلى عدم تحديدها، والأرجح هو عدم تحديد العيوب، كون الأمراض والعيوب لا تقع تحت حصر، كما وأن الجدير بالتأييد هو إعطاء حق الفسخ للعيوب لكلا الزوجين وليس جعله محصور بالزوجة فقط.

Abstract

To be different the status legislations within who own truth to ask for separation for faults to make Iraqi draft law this pure truth for wife without husband, where's to give legislations Jordanian and Maghrebi and Qatari this truth for both of them.

However the difference in doctrine about faults which to revoke marriage. Some of them limited by specific faults and the other went not to limit and most probably it not to limit faults, being disease and faults not to set under corner.

As that worthy of confirmation is to give the repeal for truth both of them and not to make limit for wife only.