DOI:10.52113/uj05/024-17/1894-1904 ISSN : 2072-6317(P) - 2572-5440(O)

جامعة المثنى / كلية التربية للعلوم الانسانية

مجلة اوروك للعلوم الانسانية

موقع المجلة : www.muthuruk.mu.edu.iq

عيب العقم و أثره في التفريق القضائي بين القانون والفقه الاسلامي

ولاء عادل عجيل*

جامعة المثنى / كلية القانون

معلومات المقالة

تاريخ المقالة :

تاريخ الاستلام: 2024/7/28

تاريخ التعديل : 2024/10/16

قبـول النشـر: 2024/11/18

متوفر على النت: 2024/12/27

الكلمات المفتاحية :

التفريق ،العقم ،الزوجة ،العيب

الملخص

يعد الزواج بين رجل وامرأه من الروابط المقدسة لغرض تكوين اسرة ، لكن قد يصاب أحد الزوجين بالعقم مما يعكر صفو الحياة الزوجية ويهدد لم شملها ، وانقسم الفقه إلى اتجاه مؤيد إلى طلب التفريق لعيب العقم واتجاه معارض ، المشرع العراقي منح الزوجة فقط الحق في التماس التفريق لعيب العقم دون الزوج ، وهذا ما يتميز به المشرع العراقي ، مع بيان العقم وفق متطلبات واليات، وهل أن العقم موجود اساساً تعلم به الزوجة أم لا , أم حصل لاحقاً , هل توجد اطفال بين الزوجين , على ضوء ذلك تتنظم نتائج على التفريق لعيب العقم إذا وقع التفريق بين الزوجين، وعلى هذا يقسم البحث الى مبحثين المبحث الاول مفهوم التفريق لعيب العقم ، والثاني احكام التفريق لعيب العقم.

©جميع الحقوق محفوظة لدى جامعة المثنى 2024

المقدمـة:

أولاً :موضوع البحث

يعد الزواج بين الرجل والمرأة من الامور السامية والاهداف المقدسة، لكن قد تعتريه امور تعكر صفو الحياة الزوجية ومنها عيب العقم ، والذي يلعب دور بالغ في عصف استقرار الاسرة , وربما يؤدي إلى طلب التفريق ،لأن الارض تحتاج إلى استخلاف وبدون النسل تنتهي الحياة ، وينقطع اسم الشخص غير الولود ، وحالة العقم هل هي قديمة أي قبل الزواج تعلم بها الزوجة أم لا , أم حدثت بعد الزواج لأي سبب , هل توجد اطفال لدى الزوجين أم لا , مدة الزواج , كل هذه تكون مدار تأكيد من قبل المحكمة عند نظر دعوى التفريق بين الزوجين لعيب العقم باعتباره من الاضرار التي توجب التفريق.

ثانيا: اهمية البحث

يعد عيب العقم من الامور الهامه كونه يؤثر على الحياة الزوجية ويقطع النسل وبانه احد الاسباب الموجبة لطلب التفريق ، كما للإنجاب دور كبير في حياة الفرد والمجتمع ، والمجتمع الاسلامي له دور كبير في توطيد الاسرة وديمومتها .

ثالثا: اشكالية البحث

يعد العقم أحد الاسباب التي تؤدي إلى النفرة بين الزوجين وتؤدي إلى الطلاق، إلا أنَّ المذاهب الفقهية جميعها لم تتطرق اليها بصورة كافية كبقية العيوب الموجبة لطلب التفريق بين الزوجين، كذلك المشكلة الرئيسة اختلاف المذاهب الفقهية حول موضوع عيب العقم وتباينهم في طلب التفريق بسببه من عدمه ، والمشرع العراقي منح الزوجة الحق في طلب التفريق لعيب العقم دون الزوج . وهل أن وقت تحقق العقم له تأثير في

*الناشر الرئيسي : E-mail : walaaadil@mu.edu.iq

طلب التفريق , كذلك وجود أو عدم وجود العلم لدى الزوجة له تأثير في اعتبار العقم عيب يوجب التفريق .

رابعاً: منهجية البحث

نتخذ في بحثنا هذا المنهج التحليلي، أي تحليل النصوص الشرعية والقانونية، وتحليل اراء المذاهب الفقهية .

خامساً: خطة البحث

تناولنا في بحثنا لعيب العقم واثره في التفريق القضائي في مبحثين الاول يتطرق الى مفهوم التفريق لعيب العقم وذلك في مطلبين الاول يتناول تعريف عيب العقم والمطلب الثاني تمييزه عن غيرة ، فيما تناولنا في المبحث الثاني احكام التفريق لعيب العقم ، وذلك في مطلبين المطلب الاول في اجراءات التفريق المتعلقة بعيب العقم ، والمطلب الثاني اثار التفريق القضائي لعيب العقم . وكالآتي

المبحث الاول

مفهوم التفريق لعيب العقم

التفريق لغة مصدر فرق والفرق خلاف الجمع ، ومنه تفرق والافتراق التخفيف في الكلام يقال فرقت بين الكلاميين وفرقت بين الرجلين تفرقا(ابن منظور,2004, ص184) ، وتفرق الرجلان أي ذهب كل منهما في طريق(ابا حبيب, 1988, ص547) ، وقوله تعالى (الطلاق مرتان فإمساك بمعروف او تسريح بإحسان)(سورة البقرة , الآية 229).

التفريق اصطلاحا : رفع حلية متعة الزوج بزوجته(الانصاري , 1993, ص184) , والتفريق يكون بناء على طلب الزوج أو الزوجة إلى القاضي ويتم التفريق عن طريق القضاء .

وعليه نقسم هذا المبحث على مطلبين , نتناول في المطلب الأول تعريف عيب العقم , فيما نخصص المطلب الثاني لتميزه عن غيره.

المطلب الاول

تعريف عيب العقم

العقم لغتاً من عاب الشي عيبا(الفيروز,2008, ص1240).

أما العيب اصطلاحا هو النقص البدني أو العقلي الذي هو نقص مادي أو معنوي يعتري أحد الزوجين فيسبب ضيق للزوج الآخر ، من جراء حرمانه من الحصول على مقاصد الزواج والتمتع بالحياة الزوجية , ومن أجل ذلك اعطى الشارع الاسلامي حق تطليق المرأة نفسها(الشافعي , بدون سنة نشر,ص426) ، وعرف ايضاً بأنه "عجز حقيقي أو حكمي ظني عن انجاب الزوجين معا أو احدهما، والزوجة في سن يمكنها الانجاب عادة "(منصور , بدون سنة نشر , ص70) , وقد قيل امرأة عقيم ورجل عقيم لا يولد ويقال للعقيم قد عقمت ، المرآه التي لا تولد يقال لها عاقر وكلمة عقيم اوسع من العاقر فكل عقيم عاقر لكن ليس كل عاقر عقيم .

ومن خلال التعريف اعلاه يتضح بأنه تعريف طبي لأن الفقهاء لم يضعوا تعريف محدد اصطلاحا فلم يخرجوا عن معناه اللغوي والشرعي وذلك لعدم جزم الموضوع هذا إلا بالموت , وقد يصيب أحد الزوجين أو كلاهما ، وإذا توفر قد لا يرجى شفاؤه ، أما عبارة في سن يمكنها الانجاب يتضح من التعريف أنه لا يشمل الآيسة تحت مفهوم العقم .

وقد جاءت تعريفات عديدة للعيب كل تعريف منها حسب نوع العقد قد يكون عقد بيع ،أو ربما عقد زواج . وقد ذكرت في القران الكريم في مواضع عديدة منها قوله تعالى " قال رب

"هب لي من لدنك ذرية طيبة انك سميع الدعاء " (سورة الصافات الآية 100), وقولة تعالى "ويزوجهم ذكراناً واناثاً ويجعل من يشاء عقيماً إنَّه عليم قدير "(سورة الشورى ,الآية 50) , و قوله تعالى "ويأتيهم عذاب يوم عقيم "(سورة الحج, الآية 55)".

قد يخلط بين مفهومي العقم والعقر من حيث اوجه الاختلاف بينهما العقم اوسع من العقر والبحوث الطبية سميت بالعقم لأنه محدد بفترة زمنية , إذ أنْ العقر ليس نفسه العقم فالعقمة هو استعقام الرحم أما العقر فهو عاقر أي لم يلد ، و كلمة العاقر لمن بلغ سن معين يصعب عليه الانجاب إلا بمعجزة كما

DOI:10.52113/uj05/024-17/1894-1904

ذكر بالقران الكريم لما حصل مع زوجة النبي ابراهيم (عليه الصلاة والسلام) قوله تعالى (قالت يا ويلتي أألد وأنا عجوز وهذا بعلي شيخاً أنَّ هذا لشيء عجيب)(سورة الذاريات, الآية 29), أما عقيم صفة لمن خلق ولا ينجب اطفالاً لحكمة ارادها الله .

وقد يصنف الاطباء العقم إلى عقم نسبي ويعني وجود عوائق تعيق الحمل يمكن علاجها وينقسم بدورة إلى عقم اولي وعقم ثانوي والعقم الاولي هو عدم المقدرة على الانجاب في النساء والرجال , أي عدم حصول الحمل مطلقا بعد الزواج والنوع الثاني من العقم النسبي هو العقم الثانوي وهو عدم القدرة على الانجاب بالرغم من الحمل مسبقاً ،أما النوع الآخر من انواع العقم يسمى العقم المطلق , وهو عدم حصول حمل مطلقا لعلل لا تداوى كعدم توافر رحم او مبايض أو حالات مرضية ضئيلة الحصول (حمودي , بدون سنة نشر, ص157) ، وللعقم اسباب منها انتشار الامراض الجنسية غير الشرعية ومنها انتشار استعمال اللوالب ، وانتشار الاجهاض نتيجة انتشار الزنا بشكل كبير، والسل والجماع اثناء الحيض مما يؤدي إلى حصول جرثومة تؤدي إلى العقم ، والتهابات الجهاز التناسلي ، وتأخير سن الزواج , والتعقيم بربط الانابيب وقطعها(السلطان ,1996, ص153) .

المطلب الثاني

تمييزه عن غيره

قد يختلف عيب العقم عن العيوب الأخرى الموجبة لطلب التفريق بين الزوجين فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (43) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل على أنَّه (للزوجة طلب التفريق إذا كان الزوج عقيماً أو ابتلى بالعقم بعد الزواج ولم يكن لها ولد منه على قيد الحياة) . ويتشابهن من حيث النتيجة انهما لا تلد.

ويتضح من هذه المادة أنها وضعت شروط لاعتبار العقم سبباً يوجب التفريق منها 1- أنْ يكون الزوج عقيماً دون الزوجة 2- أنْ يكون عقيماً قبل الزواج ولا تعلم بذلك الزوجة 3- قد أصابه العقم بعد الزواج لأي سبب كان 4- ليس للزوجة ولد منه 5- أنْ يكون الولد منه على قيد الحياة.

كذلك نص المادة (40) من قانون الاحوال الشخصية العراقي لكل من الزوجين طلب التفريق عند توفر أحد الأسباب الآتية :

1- إذا أضر أحد الزوجين بالزوج الآخر أو بأولادهما ضرر يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية ، ويعد من قبل الاضرار الادمان على تناول المسكرات والمخدرات على أنْ تثبت حالة الادمان بتقرير من لجنة طبية رسمية , ويعد كذلك من قبل الاضرار ممارسة الاقمار في بيت الزوجية .
2- إذا ارتكب الزوج الآخر الخيانة الزوجية ويكون من قبل الخيانة الزوجية ممارسة الزوج فعل اللواط بأي وجه من الوجوه .
3- إذا كان عقد الزواج قد تم قبل اكمال أحد الزوجين الثامنة عشر دون موافقة القاضي .
4- إذا كان الزواج قد عقد خارج المحكمة عن طريق الاكراه وتم الدخول .
5- إذا تزوج الزوج زوجة ثانية بدون اذن المحكمة ، ويقع الطلاق به بائن .

يتضح من نص المادة اعلاه أنَّ القانون نص بصورة صريحة على مفهوم الضرر بعبارة إذا أضر , وجاءت المادة لتشمل الضرر الذي يصيب كلا الزوجين أو اولادهما أي قد تندرج المادة تحت مفهوم عدم الاستقرار الاسري والتعنيف والتفكك والذي بدوره إذا استمرت الحياة الزوجية يؤدي إلى تهديم كيان الأسرة ، أو قد يؤدي إلى مشاكل نفسية قد يعاني منها الاطفال مستقبلا لذا المشرع اعطا الحق في طلب التفريق القضائي لعيب الضرر ، وجاءت المادة المواقف التي توجب التفريق على سبيل المثال وليس بصورة حصرية .

DOI:10.52113/uj05/024-17/1894-1904

معظم التشريعات لم تضع تعريف محدد للتفريق بعيب الضرر وإنما اعطت امثلة فالضرر لغتاً من الضر ضد النفع ويأتي بمعنى الهزال والمضر خلاف المنفعة(ابن منظور, 2004, ص32) .

المشرع العراقي عدً مزاولة الاقمار من قبيل الضرر وأنَّه حصر مزاولة الاقمار في منزل الزوجية(المادة 40 من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959المعدل) , وكان علية أنْ يضعه بصورة مطلقة في أي محل تتم فيه المزاولة قال تعالى " إنما الخمر والميسر والانجاس والازلام رجسا من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون "(سورة المائدة, الآية90) ، والضرر قد يلحق بالغير قد يكون مادي أو ادبي فالضرر المادي يكون في جسم الانسان أو أمواله , أما الضرر الادبي في شرف الانسان أو سمعته أو شعورة كالضرر الذي يلحقه أحد الزوجين بالأخر كالقذف والتشهير ، وشرط الضرر أنْ يكون محقق غير محتمل الحدوث ، فتوقع الضرر لا ينهض بإقامة الدعوى .

ويجب أنْ يكون الضرر معروف غير مجهول وعلى المدعي البينة لكي يتاح للطرف الاخر الدفاع عن نفسه ، ويحتم التقيد على الطرفين بما تضمن العقد وأي خروج عن مقتضاه يعد من قبل الضرر الذي يوجب فيه التفريق القضائي .

ويتشابه عيب العقم مع عيب الضرر في أنَّ كلاهما يقع تحت مفهوم العيب ، ويتخالفان في أنَّ عيب الضرر يتيح للزوجين حق التماس التفريق , بينما عيب العقم يتاح التماس التفريق للزوجة فقط , ويتخالفان ايضاً في كون التفريق للضرر غالبا يكون ارادي , بينما التفريق لعيب العقم غير ارادي أي الامر خارج عن إرادة الشخص .

هنالك بعض العيوب تؤدي إلى النفرة بين الزوجين وعدم حدوث الاستمتاع منها الجذام والبرص أو امراض جلدية اخرى أو أي عيب في الجسم يؤدي إلى النفور وعدم الاستمتاع من الطرف الآخر ، والفارق بين عيب العقم والعيوب الأخرى أنَّ عيب العقم يمنع النسل بينما العيوب الأخرى لا تمنع النسل لكن لا تحقق الاستمتاع والحالتين تندرج تحت مفهوم العيب .

والتعريف الاصطلاحي للضرر هو الاذى الذي يصيب الانسان في جسمه أو ماله أو عواطفه أو كرامته أو شرفه أو أي معنى آخر من المعاني التي يحرص الناس عليها(مرقص, 1992, ص133) .

ويعرف ايضاً بأنَّه ايذاء الزوج لزوجته أو الزوجة لزوجها سواء بالقول أو الفعل والايذاء وعدم النفقة ويشترط في الضرر الذي يؤدي التفريق القضائي أنْ يكون جسيماً بحيث يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية فهنا يجوز للمتضرر من الزوجين طلب التفريق من القاضي وذلك هو التفريق القضائي القائم على الضرر(الربيعي, 2006, ص648) .

المبحث الثاني

احكام التفريق لعيب العقم

لكلا الزوجين الحق في طلب التفريق عند قيام ما نصت عليه المادة (40) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959، واعطى المشرع العراقي الحق للزوجة في طلب التفريق عند قيام عيب العقم وفق اجراءات معينة ويترتب على التفريق لعيب العقم اثار ، وهذا ما تناولناه في المبحث الثاني في مطلبين الاول الاجراءات المتعلقة لعيب العقم ، فيما يخص المطلب الثاني اثار التفريق لعيب العقم وكما يلي :

المطلب الاول

الاجراءات المتعلقة بعيب العقم

نصت الفقرة (5) من المادة 43 من قانون الأحوال الشخصية العراقي " إذا كان الزوج عقيما أو ابتلى بالعقم بعد الزواج ، ولم يكن لها ولد منه على قيد الحياة ".

يتضح من نص المادة اعلاه أنَّه جاء عام غير مقيد بفترة زمنية محددة وأعطى الحق للزوجة في طلب التفريق , إذا توافر هذا السبب , لكن بشرط لم يثمر الزواج بولد حي ، لكن هذه المادة لم تقدم حق للرجل الذي زوجته عقيماً أن يقيم دعوى التفريق لعقم الزوجة ، وإنما يقيم دعوى طلاق وفق نص المادة (39) من قانون الاحوال الشخصية العراقي ، دعاوى التفريق ، ومنها:

DOI:10.52113/uj05/024-17/1894-1904

أولاً : اثبات عقمه عن طريق تقارير طبية واختلفت التشريعات بدورها كون العقم حاصل قبل الزواج أو بعده(المادة (114) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي الفقرة 2 " اذا اثبت بتقرير طبي عقم الآخر بعد زواج دام خمس سنوات وبعد العلاج الطبي وبشرط عدم وجود اولاد لطلب الفسخ وإنْ لا يجاوز عمره اربعين سنة), وذهب المشرع العراقي وفق نص المادة 43 من قانون الاحوال الشخصية العراقي الفقرة الخامسة منه " أنْ يكون الزوج عقيماً أو ابتلى بالعقم بعد الزواج".

ثانياً: هو عدم تعاف المصاب في العقم , لا يتأمل شفاؤه ، ولكي تقام الدعوى ، أنْ تثبت اصابة الزوج أو الزوجة بالعقم اصابة فعلية وبصورة دائمة وليست مؤقته ، وقد اختلفت القوانين حول ذلك.

وذهب المشرع العراقي بإعطاء الحق للزوجة في طلب التفريق لعيب العقم ، لكن لم يورد امكانية الشفاء من عدمه(المادة 43 /اولا /5 من قانون الاحوال الشخصية العراقي التي تنص على أنه " للزوجة طلب التفريق إذا كان الزوج عقيماً...".)، ونرى توجه المشرع العراقي حول هذه المسالة كان صائب لأنه إذا كان ممكن شفاؤه فيعد مرض جنسي طارئ ولا يدخل تحت مفهوم العيب الموجب لطلب التفريق القضائي .

والشرط الثالث أنْ يكون مقدم طلب الدعوى القضائية صاحب الحق واختلف الفقهاء بعضهم ومنهم الحنابلة وابن القيم(بن ابي بكر, 1994, ص166) ذهبوا إلى اعطاء الحق للزوجين باعتبار أنَّ اعطاؤه للزوجة فقط يسلب حق الزوج كون الاثار المترتبة مختلفة في طلب الطلاق من قبل الزوج عنها في طلب التفريق بسبب عيب الطرف الآخر ، وذهب اتجاه آخر من الفقهاء ومنهم الحنفية والاباضية(طفيش, بدون سنة نشر, ص356)، في اعطاء الحق للزوجة فقط في امكانية طلب التفريق القضائي إذا ابتلى زوجها بعيب العقم .

ونرى أنْ يتم اعطاء الحق للزوجين معاً حق طلب التفريق القضائي لعيب العقم كون الأمر يخص الطرفين , وأنَّ الزوجة لا تجبر على الانتظار سنين لترجي شفاء الزوج لأنها محددة في مدة زمنية وينتهي سن انجابها ، وتدخل مرحلة سن الياس .

والسؤال الذي يثور هنا هل يحق للزوجة طلب التفريق مع امكانية الحصول على طفل عن طريق الانابيب أو التلقيح الصناعي(النجار , 2015, ص330) , كما يمكن علاج العقم عن طريق علاج الرجل والمرأة أو الاثنين معا ، عن طريق الادوية أو الهرمونات ، التلقيح الصناعي ، أو التكنلوجيا المساعدة على تناسل (ART)(مقالة حول العقم منشورة على الموقع الالكتروني : http//gynuity.org/assets/resources/infertility-Arabic.pdf تاريخ الزيارة ،2023/11/22).

إنَّ مسالة الانجاب عن طريق طفل الانابيب , أو التلقيح الصناعي لا يمنع من طلب التفريق لعيب العقم(قرار محكمة التميز الاتحادية رقم 1000،الهيئة الاستئنافية ، نقلا عن لفته هامل العجيلي ،المختار من قضاء محكمة التميز الاتحادية ،القسم المدني ،ج3 ، 2017 ص68)، ويكون اثبات العقم بالتحويل إلى معهد الطب العدلي وهنا المعني بالعقم الذي لا يمكن شفاؤه ، لكن إذا ثبت الاطباء يمكن شفاؤه ، فلا يقام السبب الداعي إلى طلب التفريق لعيب العقم ، ثم ارسال الزوج إلى لجنة طبية مختصة وتقام الاجراءات عن طريق دعوى إلى المحكمة من قبل الطرف المتضرر .

وقد اختلف الفقه الاسلامي بدوره , قسم يحث على التأني(البهوتي , 2008, ص410) ، والآخر على اتخاذ القرار على الفور، إذ ذهب الحنفية والحنابلة والزيدية على التأني لكن بعد تخيير القاضي يثبت فورا(النووي, 1991, ص180) , لكن المالكية والشافعية والامامية ذهبوا إلى طلب التفريق على الفور باستثناء العنه ورايهم أنَّ العنه تكون مع امرأة دون سواها ، والاجراء الثاني هو الاحالة إلى لجنة طبية مختصة ، إذ تقوم المحكمة بإرسال المدعى عليه بالعقم إلى لجان طبية لإثبات عقمه ، وهذا الأمر واجب ويتم بعد ذلك تقرير طبي من اللجان الطبية التي تكون بدورها رسمية .

DOI:10.52113/uj05/024-17/1894-1904

أنْ المشرع العراقي لم ينص على ذلك بصورة صريحة إذ إنَّه موضوع طبي خالص ، لكنه نص بصورة ضمنية عن طريق الطعن بالدعوى إذا لم توجه الحالة إلى لجنة طبية مختصة، وبعد التأكيد من قبل اللجان الطبية على وجود العقم تعطى مهلة لعله يرجى معافاته ، فتؤجل التفريق بين الزوجين حسب ما نصت عليه المادة 43 من قانون الاحوال الشخصية العراقي والتي يقصد بها العيوب بصورة عامة .

اختلف الفقه بدوره بين مؤيد ومعارض في أنَّ التقرير الطبي بعد صدوره من اللجان الطبية هل يحتاج إلى حكم قاضي أم لا , نرى أنْ يتم بحكم قضائي بعد ورود التقارير الطبية التي تثبت حالة العقم .

المطلب الثاني

اثار التفريق القضائي لعيب العقم

بعد أنْ يتم التفريق لعيب العقم وحصول الطلاق بتفريق من القاضي , يترتب عليه اثار تكسب حق للطرف المتضرر سواء كان الزوج أم الزوجة ، السؤال الذي يدور هل التفريق الحاصل بعد عيب العقم هو طلاق ، أم فسخ ، اختلف الفقهاء حول المسالة فذهبوا الحنفية(الهمام , بدون سنة نشر, ص30), والمالكية باعتباره طلاق ، لأنهم عدو عيب العقم من العيوب التي لا تمنع من أغراض الزواج إذ يستطيع كل من الزوجين في الاستمتاع في الطرف الآخر إذ لا يعد عندهم من العيوب المعتبرة التي تعيق الجماع والمنفرة للطرف الآخر كالرتق والجب أو التي تعيق المتعة كالفتق والإفضاء والبخر ، أو العيوب الباقية التي تسفر الى النفور كالجذام والبرص والامراض التناسلية الاخرى , وعده فقط من العيوب التي تمنع استمرار النسل ، لكن لا تعيق الجماع ولا تولد نفور للطرف الآخر.

أما الشافعية(الشيرازي , بدون سنة نشر, ص420), والحنابلة والزيدية اعتبروه فسخ ، ووجه استدلالهم أنَّ التفريق يقع غصباً على الزوج وليس بإرادته اذن هو فسخ وليس طلاق ، فأعطوا حق للمتضرر الخيار بطلب فسخ الزواج وهذا ما اخذ به بعض الصحابة واللذين اخذوا بجواز خيار الفسخ للزواج باعتباره من منفرات أحد الزوجين من الطرف الأخر ، ومنه لا يؤدي إلى الوصول إلى غايات الزواج واستمتاع كل من الطرفين بالأخر ، إذ قال البصري " إذا وجد الأخر عقيماً يخير" (القدامة , 1997,ص433) ، فاعتبروه فسخاً مثل فسخ عقد البيع.

بينما ذهب قانون الاحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984 , إذ نصت المادة 139 بانه يعد فسخ " لكل من الطرفين أنْ يطلب فسخ الزواج" ، كذلك قانون الاحوال الشخصية الاماراتي القانون الاتحادي رقم 28 لسنة 2005 ذهب بالأخذ بذلك حسب نص المادة 115 الفقرة رقم 2 " التفريق في هذا الفصل فسخ " .

نصت المادة 45 من قانون الاحوال الشخصية العراقي على أنه " يعد التفريق الحاصل في المواد اربعين إلى ثلاثة واربعون بائن بينونة صغرى" اي يجوز للزوج أنْ يتزوج طليقته بموجب عقد جديد ، يفهم من اعلاه أنَّ المشرع العراقي كان موافق لما ذهب إليه الحنفية والمالكية والذي اعتبروه بائن بينونه صغرى ، وهنالك فرق كبير بين التفريق الحاصل باعتباره فسخ أو باعتباره طلاق، الفسخ يرفع العقد لتوافر خلل فيه ، بينما الطلاق يرد على عقد صحيح ، الطلاق حينما يصبح بائن ينهي عقد الزواج ، بينما الفسخ فلا ينهي الزواج في المآل كونه نقض ورفع للعقد(الفتلاوي, مهدي, بدون سنة نشر, ص138) ، الفسخ حين وقوعه قبل الدخول يسقط مهر المرأة ، بينما إذا وقع بعد الدخول فيسمى لها مهر المثل، بينما الطلاق حين وقوعه قبل الدخول فتأخذ المرأة نصف المسمى ، ووقوع الطلاق بعد الدخول فتأخذ المرأة المهر المسمى .

يتضح أنَّ المشرع عدَّ التفريق الناتج عن عيب العقم طلاق لأنه من باب الضرر الموجب للتفريق وليس فسخ ، ونرى أنه فسخ وليس طلاق ، لان الطلاق متعلق بعدد الطلقات، بينما الفسخ لا ينقص من عدد الطلقات ، والحقوق المترتبة على الطلاق مختلفة عن التي بدورها مترتبة على الفسخ .

DOI:10.52113/uj05/024-17/1894-1904

أما عن حقوق الزوجة الناتجة عن التفريق بسبب العقم سواء كان عدة أو مهر أو سكن ، فقد اختلف الفقهاء في استحقاق المهر بعد أو قبل الدخول بسبب عيب العقم ، فاذا كان العيب في الزوج فقد ذهبوا المالكية والحنابلة والشافعية والحنابلة والامامية بأنَّ المرأة لا تستحق المهر قبل الدخول ، بينما ذهبوا الحنفية(الكاساني, 1986, ص303) ، اذا سمي لها المهر فلها المهر المسمى وان لم يسمى لها مهر فلها متعة، قبل الدخول ، بينما إذا حصل التفريق بعد الدخول بسبب الزوج اختلف الفقهاء حول ذلك إلى اتجاهين اتجاه ذهبوا بأن لها مهر المسمى وهم الحنفية والمالكية والشافعية والزيدية ، الاتجاه الثاني ذهبوا بأنَّ لها مهر المثل وهم الشافعية والامامية والحنابلة أما إذا كان التفريق بسبب عيب العقم بسبب الزوجة فذهب الشافعية والمالكية والحنابلة والامامية والزيدية والاباضية إذا كان قبل الدخول ، فيعد تدليس فليس لها مهر , أما إذا كان التفريق بسبب الزوجة وكان حاصلا بعد الدخول ، فذهب اتجاه بأنَّ لها مهر المسمى ومنهم الشافعية والحنابلة والمالكية(الرعيني , 1995, ص412) ، واتجاه يذهب بأنَّ لها مهر المثل إذا كان العيب قديم واصحاب هذا الاتجاه هم الحنابلة والشافعية , ولها مهر المسمى إذا العيب حصل بعد الدخول. أما عن العدة الشرعية فقد ذهب اتجاه إلى أنَّ الزوجة تستحق نفقة عدة وهذا ما اخذ به الحنفية(الكاساني ,1986, ص86) ، فقد استدلوا بقوله تعالى (اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وإنْ كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن)(سورة الطلاق, الآية 1). أما الاتجاه الآخر وهو ما أخذ به الشافعية والمالكية والزيدية والحنابلة , إذ ذهبوا بأنْ الزوجة لا تستحق نفقة العدة , واستدلوا اهل هذا الاتجاه بقوله تعالى (وإنَّ كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن)(سورة الطلاق الآية 6) اي فسروا بأنَّ المقصود بالنفقة بالآية الحامل فقط أما غيرها فلا تستحق.

ومن يطلقها زوجها لعيب العقم فيثور سؤال هل تستحق الزوجة خلال فترة العدة الحق في السكنى أم لا ، ذهب الحنفية والشافعية والمالكية بأنها تستحق السكنى خلال فترة العدة ، وقد استدلوا بقوله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من بيوتهن ولا يخرجن)(سورة الطلاق, الآية 6) ، أما الحنابلة والامامية والزيدية والاباضية ذهبوا بأنَّ الزوجة لا تستحق السكنى خلال فترة العدة إذا تم تطليقها لعيب العقم ، وكان دليلهم من القرآن قولة تعالى (اسكنوهن من حيث سكنتم من بيوتهن ولا يخرجن) اي تسكن الزوجة محل وجود الزوج .

الخاتمة

اولا: النتائج

1- إنَّ عيب العقم عيب قديم ليس معاصر واهتمت به الشرائع القديمة من اكثر الفقهاء اعطوا الحق في التفريق القضائي للمتضرر.

2- لم يورد تعريف محدد من الفقهاء لكن يفهم من خلال نصوصهم العقيم من لا ولد له ،لعيب العقم ، وقد تم تعريفة طبيا وكان لديهم محدود بفترة زمنية محددة .

3- هنالك مصطلح شبيه بالعقم الا وهو العقر ، ولكل منهم معنى محدد حيث يخص العقر الزوجة ، اما العقم فمصطلح يندرج كلا من الزوج والزوجة تحت مفهومه.

4- العقم قد يكون من قبل الزوج وقد يكون من قبل الزوجة ،وقد يكون مشترك ، وقد يكونا اصحاء ضمن التقارير الطبية ،ولم يثبت ما يجعلهما عقيمان .

5- العقم يكون على نوعين نسبي ومطلق ،ومحور بحثنا هو عيب العقم المطلق.

ثانياً: التوصيات

1- نقترح على المشرع اعطاء حق للزوج في طلب التفريق لعيب العقم وليس حصره للزوجة فقط، كون الاثار المترتبة على الحق

DOI:10.52113/uj05/024-17/1894-1904

في التطليق الذي يملكه الزوج مختلف تماما عن الاثار المترتبة على التفريق لعيب العقم وهذا اجحاف في حق الزوج.

2-يجب أخذ فحوصات وتقارير طبية كاملة ووافيه قبل عقد الزواج ، تؤيد كون الزوجان لم يصب احدهما أو كلاهما بعيب العقم ، لتلافي هذه المشكلة مستقبلا .

3-نقترح إضافة فقرة بأنْ يكون طالب التفريق بسبب عيب العقم يكون قادر على الانجاب ،وادراج فقرة ايضا بأنَّ الزوجة قد تكون لا تعلم قبل العقد بوجود عيب العقم ،أو عدم وجود ما يؤيد رضاها بذلك .

المصادر

اولا: القرآن الكريم

ثانيا: الكتب اللغوية

1- ابي منصور محمد بن احمد الازهر، تهذيب اللغة ،الجزء1، لسان العرب ،الدار المصرية .

2- جمال الدين محمد مكرم ،ابن المنظور ، لسان العرب ،الطبعة الاولى ،المطبعة المصرية ،2004 .

3- سعدي ابا حبيب ،القاموس الفقهي لغتا واصطلاحا ، الطبعة الاولى ،دار الفكر ، سوريا ، 1988 .

4- محمد بن يعقوب الفيروز ابادي مجد الدين ،القاموس المحيط ،دار الحديث القاهرة ،سنة 2008 .

ثانيا: الكتب القانونية

1- ابو اسحاق ابراهيم بن علي يوسف الشيرازي ،المهذب في فقه الامام الشافعي ،دار الكتب العالمية، الجزء الثاني .

2- ابو عبد الله شمس الدين محمد بن محمد عبد الرحمن الحطاب الرعيني ، مواهب الجليل في شرح مختصر الخليل ،الطبعة الاولى ،دار الكتب العلمية ،بيروت لبنان ،1995،الجزء الخامس .

3- المغني لابن القدامة ، الجزء 10 ، دار عالم الكتب، الطبعة الاولى،1997 .

4- بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الشافعي، المنثور في القواعد الفقهية ،الطبعة الثانية ،شركة الكويت ،الجزء 2.

5- حمد بن يوسف طفيش ،شرح النيل وشفاء العليل ، بلا طبعه ،مكتبة الارشاد ، بلا سنة نشر، الجزء 11.

6- جمعة سعدون الربيعي ،المرشد الى اقامة الدعاوي الشرعية وتطبيقاتها العلمية ،الطبعة الثانية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2006 .).

7- زياد طارق حمودي نجم ،مشكلة العقم وعدم الاخصاب (دراسة فقهية طبيه) ،مجلة الجامعة العربية ،كلية العلوم الاسلامية ،جامعة الانبار ،العدد 48 ،الجزء 3، بدون سنة نشر.

8- د سليمان مرقص ، الوافي في شرح القانون المدني ، الطبعة الخامسة ،القاهرة ، سنة1992م , المجلد الاول.

9- شمس الدين ابي عبد الله محمد بن ابي بكر ابن قيم الجوزي الدمشقي ، زاد المعاد في هدي خير العباد ،الطبعة السابعة والعشرون ،مؤسسة الرسالة ، بيروت ،مكتبة المنار، سنة 1994 م ،الجزء 5 ،ص166 .

10- كمال ابن الهمام، فتح القدير على الهداية ،السعودية ،الجزء .

11- علاء الدين ابي بكر مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ،الطبعة الثانية ،دار الكتب العلمية بيروت لبنان ،1986،الجزء2.

12- محمد الانصاري ابو عبد الله ، شرح حدود المعرقة ،دار الغرب الاسلامي ، 1993.

DOI:10.52113/uj05/024-17/1894-1904

13- د .محمد خالد منصور ،الاحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الاسلامي ، دار النفائس ، بيروت .

14- محي الدين بن شرف النووي ، روضة الطالبين وعمدة المفتين الطبعة الثالثة ، المكتب الاسلامي ، بيروت 1991م ،الجزء 7.

15- منصور بن يونس البهوتي الحنبلي ،كشاف القناع عن الاقناع ، الطبعة الأولى وزارة العدل ،السعودية ، الجزء 11 ، سنة ،2008 .

16- د ياسر عبد الحميد النجار ،اسباب العقم في الشريعة والطب وحكم علاجه (دراسة فقهية مقارنة)،جامعة الازهر ، بالدهقلية العدد3 ،الجزء الاول ، سنة 2015.

17- د. يوسف يعقوب السلطان ، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي ، تقنيات الطب البيولوجية وحقوق الانسان ,ادارة التأليف ،والترجمة والنشر ،ط1 ،1996.

ثالثاً: القرارات القضائية

قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 1000،الهيئة الاستئنافية منقول ،نقلا عن القاضي لفته هامل العجيلي

المواقع الالكترونية :

http//gynuity.org/assets/resources/infertility-Arabic.pdf

القوانين:

قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959.

قانون الاحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984

قانون الاحوال الشخصية الاماراتي الاتحادي رقم 28 لسنة2005

Sources

First: The Holy Quran

Second: Linguistic books

1-Gamal al-Din Muhammad Makram, Ibn al-Manzur, Lisan al-Arab, first edition, Egyptian Press, 2004 .

2-Saadi Aba Habib, The Fiqh Dictionary of Linguistics and Terminology, first edition, Dar Al-Fikr, Syria, 1988.

3-Muhammad bin Yaqoub Al-Fayrouz Abadi, Majd Al-Din, Al-Qamoos Al-Muhit, Dar Al-Hadith, Cairo, 2008.

4-Abu Mansour Muhammad bin Ahmed Al-Azhar, Refinement of Language, Part 1, Lisan Al-Arab, Al-Dar Al-Misriyah .

Second: Legal books

1- Muhammad Al-Ansari Abu Abdullah, Explanation of the Borders of Al-Mu'araqah, Dar Al-Gharb Al-Islami, 1993.

2- Badr Al-Din Muhammad bin Abdullah bin Bahadur Al-Shafi'i, Al-Manthur fi Al-Qawaa' al-Fiqhiyyah, second edition, Kuwait Company, Part 2.

3- Dr. Muhammad Khaled Mansour, Medical Rulings Related to Women in Islamic Jurisprudence, Dar Al-Nafais, Beirut.

4-Ziad Tariq Hamoudi Najm, The Problem of Infertility and Infertility (A Medical Jurisprudential Study), Arab League Journal, College of Islamic Sciences, Anbar University, Issue 48, Part 3, without year of publication.

5- Biological medical techniques and human rights, translated by Dr. Yousef Yacoub Al-Sultan, Kuwait Foundation for the Advancement of Sciences, Department of Authorship, Translation and Publishing, 1st edition, 1996.

6- Dr. Suleiman Morcos, Al-Wafi in Explanation of Civil Law, fifth edition, Cairo, year 1992, first volume.

7- Jumaa Saadoun Al-Rubaie, The Guide to Establishing Legal Claims and Their Scientific Applications, second edition, Legal Library, Baghdad, 2006.) Dr. Suleiman

DOI:10.52113/uj05/024-17/1894-1904

of Imam Al-Shafi'i, International Book House, Part Two.
17- Aladdin Abi Bakr Masoud Al-Kasani Al-Hanafi, Bada'i' Al-Sana'i' fi Arranging Al-Shara'i, second edition, Dar Al-Kutub Al-Ilmiyyah, Beirut, Lebanon, 1986, Part 2, p. 303.
18- Abu Abdullah Shams al-Din Muhammad bin Muhammad Abdul Rahman al-Hattab al-Ra'ini, Mawahib al-Jalil fi Sharh Mukhtasar al-Khalil, first edition, Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, Beirut, Lebanon, 1995, Part Five.
19- Al-Mughni by Ibn al-Qudama, Part 10, Dar Alam al-Kutub, first edition, 1997.
20- Aladdin Abi Bakr Masoud Al-Kasani Al-Hanafi, Bada'i' Al-Sana'i fi Arranging Al-Shara'i, second edition, Dar Al-Kutub Al-Ilmiyyah, Beirut, Lebanon, 1986, Part 2, p. 303.
21- Abu Abdullah Shams al-Din Muhammad bin Muhammad Abdul Rahman al-Hattab al-Ra'ini, Mawahib al-Jalil fi Sharh Mukhtasar al-
Khalil, first edition, Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, Beirut, Lebanon, 1995, Part Five.

Third: Judicial decisions

Federal Court of Cassation Decision No. 1000, Appellate Body, copied, quoting Judge Lafta Hamel Al-Ajili .

Laws:

Iraqi Personal Status Law No. 188 of 1959.

The defect of infertility and its impact on the judicial distinction between law and jurisprudence Islamic

Walaa Adil Ajeel

Al-Muthanna University / College of Law

Abstract:

Morcos, Al-Wafi in Explanation of Civil Law, fifth edition, Cairo, year 1992 AD, first volume, p. 133.
8- Jumaa Saadoun Al-Rubaie, The Guide to Establishing Legal Claims and Their Scientific Applications, second edition, Legal Library, Baghdad, 2006.
9- Shams al-Din Abi Abdullah Muhammad bin Abi Bakr Ibn Qayyim al-Jawzi al-Dimashqi, Zad al-Ma'ad fi Huda Khair al-Ibbad, twenty-seventh edition, Al-Resala Foundation, Beirut, Al-Manar Library, year 1994 AD, Part 5, p. 166.
10- Hamad bin Yusuf Tfayesh, Explanation of the Nile and the Shifa of the Ailing, out of print, Al-Irshad Library, without year of publication, Part
11-Dr. Yasser Abdel Hamid Al-Najjar, causes of infertility in Sharia and medicine and the ruling on its treatment (a comparative jurisprudential study), Al-Azhar University, Dahqalia, Issue 3, Part One, 2015.
12- An article about infertility published on the website: http://gynuity.org/assets/resources/infertility-Arabic.pdf
13- Mansour bin Yunus Al-Bahuti Al-Hanbali, Scouts of Persuasion, first edition, Ministry of Justice, Saudi Arabia, Part 11, year 2008.
14- Muhyiddin bin Sharaf al-Nawawi, Rawdat al-Talibin wa Umdat al-Muftinin, third edition, Al-Maktab Al-Islami, Beirut 1991 AD, Part 7.
15- Kamal Ibn Al-Hammam, Fath Al-Qadir 'ala Al-Hidaya, Saudi Arabia, Part.
16- Abu Ishaq Ibrahim bin Ali Yusuf Al-Shirazi, Al-Muhadhdhab fi the Jurisprudence

DOI:10.52113/uj05/024-17/1894-1904

Marriage between a man and a woman is considered a sacred bond for the purpose of nurturing his family, but one of the spouses may become infertile, which disturbs the marital life and threatens its reunification Jurisprudence was divided into a direction that supported the request for separation due to the defect of infertility, and a direction opposed. The Iraqi legislator granted the right to the wife only to seek separation due to the defect of infertility, but not the husband. This is what distinguishes the Iraqi legislator, with evidence of the status of infertility in accordance with the requirements and mechanisms, and regulates the consequences of separation due to the defect of infertility if Separation occurred between the spouses, and accordingly the research is divided into two sections, the first section is the concept of separation due to the defect of infertility, and the second section is the provisions of separation due to the defect of infertility .

Keywords: Infertility ، The wife ، The defect ، Disperse.

DOI:10.52113/uj05/024-17/1894-1904