المقدمة

الحمد لله رب العالمين الأول قبل الإنشاء، والآخر بعد فناء الأشياء، والعليم القادر والحي القيوم الذي لا تأخذه سنة ولا نوم، والواحد الأحد الفرد الصمد الذي لم يلد ولم يولد ولم يكن له كفوا أحد، وإذا أراد شيئاً قال له كن فيكون ويجعل له أسباباً وعللاً.

والصلاة والسلام على خلاصة العباد وأفضل المؤمنين بالله المصطفين الأخيار، من أنبياء الله ورسله وأولياءه ومعرفي دينه الأطهار، وبالخصوص خاتمهم وسيدهم محمد (عليه أفضل الصلاة والسلام). أما بعد....

يعد الزواج بين الرجل والمرأة من الأهداف السامية والروابط المقدسة في المجتمع، ووضعت له الكثير من الأحكام والقواعد التي تنظم العلاقة مع بعضهما وداخل الأسرة، لكن مع قدسية هذه الرابطة ومكانتها فإن هذه المجتمعات أدركت إن هناك بعض الأمور والأحداث والمشاكل التي قد تعتريها وتجعل من استمرارها مصدراً للشقاء والخصام وتصبح جحيماً يخرجها عن إطارها الذي عرفت به من كونها نظاماً إجتماعياً قائماً على المودة والحب والرحمة والتعاطف بين الزوجين، وغايتها إنشاء الأسرة أو العائلة، وللعلة هذه ظهرت الحاجة إلى حل هذا الرباط المقدس، فحلها خير من بقائها لما يعتريها من تنافر أو تخاصم قد يؤدي إلى عواقب لا تحمد ليس على الزوجين فقط بل تتعدى إلى أولادهما والمجتمع بشكل عام، فالطلاق أو التفريق القضائي بين الزوجين شرع لغاية وحاجة إنسانية وهو إستثناء على الأصل الذي هو الزواج ودوام الحياة الزوجية، ولكن الذي نراه اليوم في مجتمعاتنا، أن الطلاق والتفريق القضائي بات مشكلة اجتماعية سائدة اتسع نطاقها بشكل كبير وأصبحت ظاهرة خطيرة، وللتصدي لهذه الظاهرة لابد من دراستها وتحليلها ومعرفة أسبابها وأسباب إستفحالها ثم وضع الحلول التي تعالجها أو تحد منها، إضافة إلى تهيئة الوسائل والأدوات والإمكانيات اللازمة لهذا الغرض، وهذه ليست مسؤولية الدولة لوحدها بل يشترك في هذه المسؤولية كل فئات المجتمع بما فيه منظمات ومؤسسات مدنية ورجال دين وأكاديميين ومختصين، وإن مجلس القضاء العراقي كان له الدور الرائد في هذا المجال حيث بادر إلى اتخاذ الكثير من الإجراءات وإصدر الكثير من التوجيهات والتعليمات للمؤسسات القضائية ورجال القضاء للحد من هذه الظاهرة كما بينه القاضي ضياء كاظم الكناني في محكمة الأحوال الشخصية في الرصافة.

وشاءت حكمة الله أن يكون الطلاق بيد الرجل يوقعه بإرادته المنفردة دون المرأة ما لم يوكلها أو يفوضها به الزوج؛ لأن المرأة تحكمها العاطفة وتلك ميزتها، والعاطفة إذا سيطرت على الأمور الخطرة قد تضر، والطلاق أخطر ما يكون لأنه يؤدي إلى هدم الأسرة، ولأن المرأة تغضب بسرعة فتظن أن حياتها أصبح جحيما، فلو جعل الطلاق بيدها ما نظرت في عواقبه، كما أن الرجل وحده الذي يتحمل التبعات المالية فقد يفكر قبل الإقدام على الطلاق بين التبعات المالية المترتبة عليه والحاجة الدافعة إلى الطلاق فيرجح الأولى على الثانية،

لهذه الأسباب وغيرها جعل الطلاق بيد الرجل، والإسلام الذي جعل الطلاق بيد الرجل لم يهمل المرأة إطلاقاً فأجاز لها ما شعرت بكراهية استمرار الحياة الزوجية أن تلجأ إلى القضاء لطلب حل الرابطة الزوجية، وهذا ما استنبطه الكثير من الفقهاء المسلمين من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة التي سياتي ذكرها. فإن للمرأة الحق في حل الرابطة الزوجية ولكن هذا الحق مقيد بوجوب رفع الأمر إلى القضاء وأستحصال على حكم قضائي بحل الرابطة الزوجية في الحالات التي يرى القاضي ما يوجب حل هذه الرابطة، لذا فإن موضوع التفريق القضائي سيجد فيه كلاً من الزوجين الأسباب التي يحق معها طلب التفريق، فتجد المرأة خاصة ما يدفع عنها الظلم الواقع عليها، وإزالة الضرر الذي يلحقها، برفع أمرها إلى القاضي؛ وذلك لأن عقد النكاح بيد الرجل فلا تملك المرأة معه كثيراً من الأسباب الموجبة للتفريق، وأيضاً فإن المرأة عرضة للظلم في هذا الباب، بسبب جهالتها بالأسباب الواقعة من الزوج كغيابه ونحو ذلك، فإذا ما وجد القاضي الأسباب التي يسوغ التفريق معها بين الزوجين يحكم بالتفريق بينهما، وهذا ما سنبينه ونوضحه إن شاء الله تعالى في هذا البحث الذي حاولت فيه جمع أسباب التفريق بين الزوجين في القانون العراقي بمقتضى نظر الفقه الإسلامي، مع أخذ عينة في البحث وهي محافظة دهوك.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في أن النظام الإجتماعي في تغير مستمر ومتسارع والقانون لابد من أن يواكب هذا التغيير غير أن هذا التلازم الضروري ليس على القدر الكافي للوفاء بهذه المتغيرات، هذا من جهة، ومن جهة اخرى أن القواعد المتعلقة بالتفريق جاءت بصورة تحتاج إلى تعديل وتصويب وتقويم أدق، وللنظر إلى أحكامها مرة أخرى، بالإضافة إلى غياب المعيار الدقيق لما يعتبر سبباً للتفريق وما لا يعتبر، جعل المشرعين يتبعون أسلوب التعديلات المتوالية لقوانين الأحوال الشخصية فيما يتعلق بحالات التفريق القضائي، دون مراعاة لمقاصد العلاقات الزوجية التي دعت إليها الشريعة الإسلامية في حماية حقوق الزوجين، كما إن حالات التفريق القضائي بدت بشكل واسع في محافظة دهوك بشكل غير مسبوق وخاصة في السنوات الأخيرة بسبب التغييرات الإقتصادية والإجتماعية التي يشهدها المجتمع، لذا سوف نعالج هذه المشاكل في هذا البحث.

أسئلة البحث:

١-ما مدى سلطة المحكمة في محافظة دهوك في التفريق وما هو مصدر هذه السلطة؟ وما هي المبادئ القانونية المتعلقة بذلك؟

٢-ما هي أكثر الأحكام أو الأسباب التي فرقت بها المحكمة بين الزوجين في محافظة دهوك؟

٣-ما هي أسباب التفريق العائدة إلى الزوج وما هو موقف القانون العراقي والفقه الإسلامي من هذه الأسباب والأحكام المتعلقة بالتفريق القضائي بين الزوجين؟

٤-ما هي الأسباب المشتركة بين الزوجين الموجبة للتفريق وما هو موقف القانون العراقي والفقه الإسلامي من هذه الاسباب والأحكام المتعلقة بالتفريق الزوجين؟

أهداف البحث:

١-بيان سلطة المحكمة في التفريق بين الزوجين ومصدر هذه السلطة.

٢-بيان أكثر أسباب التفريق القضائي بين الزوجين في محاكم محافظة دهوك.

٣-دراسة موقف القانون العراقي لأسباب وأحكام التفريق القضائي بين الزوجين العائدة إلى الزوج، وتحليلها فقهياً.

٤-دراسة موقف القانون العراقي لأسباب وأحكام التفريق القضائي بين الزوجين والتي تكون هذه الأسباب مشتركة بين الزوجين، المتمثلة في الشقاق وسوء العشرة، ومن ثم تحليلها فقهياً.

أهمية البحث:

حاجة طلاب العلم والقانون عامة والقضاة خاصة، إلى بيان الراجح والمرجوح من أسباب التفريق القضائي بين الزوجين وجمعها في مكان واحد، واستفادة المحاكم الشرعية من هذا البحث وخاصة محاكم الأحوال الشخصية في العراق والأقليم. ومن ثم فإن حكومة إقليم كردستان العراق قد أعاد النظر في بعض احكام التفريق المنصوص عليها في القانون رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ بصياغة جديدة تلائم مع التحولات الإجتماعية والاقتصادية والسياسية التي يمر بها الإقليم فكان لابد من إلقاء الضوء على إتجاه المشرعين في الإقليم.

حدود البحث:

المحور الأول: القانون العراقي بأخذ (قانون الأحول الشخصية العراقي مع الإشارة إلى التعديلات التي أقامت بها حكومة إقليم كردستان العراق) وتحليلها فقهياً.

المحور الثاني: أخذ (محاكم محافظة دهوك) (العراق) أنموذجاً في الدراسة وذلك بأخذ بيانات التفريق القضائي من محكمة الإستئناف في محافظة دهوك من سنة (٢٠٠٨ إلى نهاية ٢٠١٢) مع أخذ نماذج من القرارات الحاسمة في التفريق، على انني في دراستي لم أتكلم في جميع حالات التفريق لأن هذه الحالات كثيرة ومتنوعة فلم يسعنا الوقت لبحثها جميعاً وانما اخترنا ما هو غالب منها في التطبيق العملي وخاصة في محافظة دهوك، كما إننا لم نتطرق إلى جميع القوانين وإنما وقع إختياري على القانون العراقي فقط.

منهج البحث:

أولاً: المنهج المكتبي الذي هو عبارة عن جمع المعلومات عن قضية التفريق بين الزوجين في القرآن والحديث وآراء العلماء والفقهاء والقانون العراقي ومحاكم محافظة دهوك.

ثانياً: منهج تحليل المعلومات: بعد جمع المادة العلمية عن موضوع التفريق بين الزوجين سأذكر المواد القانونية لهذه الأسباب وسأقوم بشرحها، ومن ثم سوف أقوم بتحليلها من منظور الشريعة الإسلامية، مع الإشارة إلى عدم التعصب بحق المرأة، وعدم الإنحيازية أو العاطفة حتى يكون البحث علمياً تعم به الفائدة المرجوة منها.

ثالثاً: منهج ميداني وذلك بالبحث في محاكم محافظة دهوك عن البيانات والمواد المتعلقة بالقانون عن قضية التفريق القضائي بين الزوجين لمدة خمسة سنوات، وأخذ نماذج من القرارات الحاسمة في التفريق بين الزوجين.

إجراءات البحث:

١-عزو الآيات إلى سورها في متن الرسالة.

٢-تخريج جميع الأحاديث والآثار الموجودة في الرسالة، نخرج ما جاء من الحديث من الكتب الستة، فإذا كان الحديث في الصحيحين نقتصر عليهما، وإن كان في أحدهما نقتصر عليه دون ذكر حكم الحديث لأن كليهما اشترطا الصحة في التصنيف، فإن لم نجد الحديث في الصحيحين نخرجه من بقية الستة.
٣-شرح الغريب من الألفاظ، ونعزو المعاني اللغوية إلى مصادرها الأصلية، أما المعاني الإصطلاحية الفقهية نأخذ من كتب المذاهب فضلا عن كتب شروح الحديث.

٤-إذا وجد كلاما مهما يخدم الرسالة ولم نجد هذا الكتاب مطبوعا نعتمد على ما توفر من أقراص ليزرية نشير إليها بهذه الطريقة: مجلة مجمع الفقه الإسلامي: ٢/١٦٨٤١، نقلاً عن قرص المكتبة الشاملة، الرابعة.

الدراسات السابقة:

كتاب (المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية) للدكتور عبد الكريم زيدان، يعتبر هذا الكتاب موسوعة في مجال أحكام المرأة حيث إنه جاء في عشرة أجزاء، وقد تطرق المؤلف في كتابه هذا في الجزء السابع منه في الباب الثاني المتعلق بفرق الزواج إلى جوانب كثيرة، حيث قسم هذا الباب إلى ثمانية عشر فصلا، واحتوى على مواد علمية غنية وكل فصل فيه ذات علاقة مباشرة بموضوع بحثي، منها تقسيم فرق الزواج إلى الطلاق والخلع والإيلاء والظهار واللعان والتفريق للشقاق والتفريق للضرر والتفريق لفقدان الزوج أو لغيبته والتفريق لعدم الإنفاق والتفريق للغبن في المهر أو للإعسار به والتفريق لعدم الكفاءة والتفريق للعيب والتفريق لخيار العتق والتفريق بسبب إباء الإسلام والتفريق بسبب ردة أحد الزوجين والتفريق لعدم الوفاء بالشرط، وبين المؤلف أحكام التفريق بشيء من التفصيل وما يتعلق به من مسائل وأقوال الفقهاء وأدلتهم، فكان هذا الكتاب عونا لي في بحثي لهذا الموضوع.

(**التفريق القضائي للضرر دراسة مقارنة**) للباحث: رعد ياسين عباس: رسالة علمية نال بها الطالب ماجستير في الفقه والقانون بإشراف الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي،١٤٠٧هـ-١٩٨٧م، جامعة بغداد كلية القانون والسياسة، وهذه الرسالة قيمة جدا تحدث فيها الطالب عن التفريق للضرر، حيث تكلم في الباب الأول عن: التفريق القضائي للضرر اللاإرادي، حيث قسمها إلى فصول، وتكلم فيها عن الضرر المعنوي للضرر اللاإرادي، والضرر المادي اللاإرادي، ومن ثم تكلم في الباب الثاني عن الضرر الإرادي المادي والمعنوي، والباحث رسالته مقارنة بالقانون العام ولم يخصص قانونا ثابتاً في الرسالة، والباحث لم يأت بنماذج عن هذه القضايا لكي تتوضح الصورة للقارئ ولم يستعن بأي بيانات من المحكمة لكي يتأكد من الدراسة التي قارن بها القانون مع الفقه الإسلامي، والقانون العراقي قام بتحديثات في المواد المتعلقة بالتفريق القضائي، وكذلك الإقليم إقليم كردستان العراق، ولم تذكر في رسالته لأنها قبل حوالي خمسة وعشرين سنة، إلا أن رسالته قيمة جدا وتعتبر من الرسائل المتوسطة حيث تبلغ عدد صفحاتها حوالي ٢٩٨ صفحة تقريبا.

(**الإيضاح في معرفة أحكام النكاح**) محمد متولي الصباغ، وفيه فصل تحت عنوان الطلاق ومن ضمنها نوع الفرقة التي يفرق بها القاضي، بين فيه أنه لما كان الطلاق بيد الرجل فان الإسلام لم يهمل المرأة في هذا الامر، بل منحها الحق في طلب التفريق، وأوجب على القاضي الإجابة لطلبها وذلك في الحالات التي يسوغ فيها طلب ذلك، والباحث ذكر الكثير من الحالات وأهمل بعضها مثل التفريق بسبب الغيبة والفقد والحبس وغيرها من الحالات إلا أن هذا الكتاب من الكتب القيمة جداً، وسيكون بحثي مكملاً لهذا الكتاب.

(**التفريق القضائي بين الزوجين دراسة مقارنة بين المذاهب الأربعة**) الباحث: حسن عثمان أحمد، نوع الرسالة ماجستير كلية الدراسات الإسلامية والعربية، الجامعة الأمريكية المفتوحة، حيث قسم الباحث رسالته إلى مقدمة وثلاثة فصول وخاتمة، ونتائج، الفصل الأول التمهيدي في ماهية الزواج وأنواع الفرقة، حيث ذكر في المبحث الأول تعريف الزواج وحكمته وحكمه، وفي المبحث الثاني أهم أسباب الخلافات الزوجية، وقسمها إلى مطالب: أما المبحث الثالث: ذكر الفرقة بين الزوجين وتقسيمها إلى طلاق وفسخ، وقسمها إلى مطالب أيضاً، أما الفصل الثاني: فذكر الباحث التفريق القضائي بين الزوجين بالخلع، المبحث الأول: ذكر تعريف الخلع، ومشروعيته، وحكمه ووقته ومشروعية الخلع، أما المبحث الثاني فقد ذكر أركان الخلع وشروط كل ركن والخلع عند القاضي، وفي المبحث الثالث ذكر آثار الخلع، أما المبحث الرابع فقد ذكر الخلع قبل العمل بالقانون رقم (١) سنة ٢ م، والخلع في ظل القانون الحالي رقم (١) لسنة ٢ م، وفي الفصل الثالث ذكر التفريق القضائي بين الزوجين للضرر، حيث ذكر في المبحث الأول تعريف الضرر (أنواعه وشروطه)، وفي المبحث الثاني ذكر التفريق القضائي بين الزوجين بضرر العيوب، وقد قسمها إلى أربعة مطالب، أما المبحث الثالث فتحدث عن التفريق القضائي بين الزوجين بضرر الإعسار عن النفقة، أما المبحث الرابع والأخير فقد ذكر الباحث التفريق القضائي بين الزوجين بضرر الشقاق.

(**أسباب الفرقة في الأسرة المسلمة وعلاجها من منظور إسلامي"بانكوك نموذجا"**) الباحث: شادا سينج ساوانج، نوع الرسالة ماجستير، كلية معارف الوحي والعلوم الإنسانية، الجامعة الإسلامية العالمية – ماليزيا، حيث تكلم البحث عن نظرة الشريعة الإسلامية إلى الفرقة في الفصل الثاني، حيث عرف الفرقة وبين أنواعها، وبين الفرق بين الطلاق والفسخ، ومن ثم تكلم عن الفرقة التي تتوقف على القضاء والتي لا تتوقف عليه، ومن ثم بين أسباب الفرقة بين الزوجين في ولاية بانكوك والآثار المترتبة عليها، وتعد هذه الرسالة قيمة جدا ولها فائدتها القيمة على ولاية بانكوك والمسلمين فيها وطلاب العلم خاصة.

(**المرأة بين الفقه والقانون**) الدكتور الشيخ مصطفى السباعي، ١٩٩٩م، في البداية تكلم المؤلف عن تطور حقوق المرأة عبر التاريخ، ومن ثم عن وضع المرأة المسلمة عبر التاريخ، إبتداءاً من الزواج إلى الطلاق، حيث ذكر المبادئ العامة عن الطلاق، حيث ذكر الحكمة من جعل الطلاق بيد الرجل، وذكر أنواع الطلاق، وذكر اشتراط المرأة جعل الطلاق بيدها، ومن ثم ذكر الأسباب التي تعطي المرأة الحق في طلب الطلاق من القاضي، إلا أنه مر عليها مرور الكرام ولم يذكر التفاصيل اختصرها في عدة صفحات، إلا أنها من الكتب الرائعة والقيمة وتبلغ عدد صفحاتها حوالي ٢٦٤ صفحة، لذا فإن بحثي سيكون مكملا لهذا الكتاب الرائع.

(**موقف الفقه الإسلامي من التعديلات التي أجريت على قانون الأحوال الشخصية في إقليم كردستان العراق–دراسة مقارنة**) للباحث: سعدالدين ملا عبد الله بلبيتاني: رسالة علمية نال بها الطالب درجة الدكتوراه في الفقه الإسلامي، ١٤٣٢هـ–٢٠١١م، إشراف: جمال محمد فقي رسول باجلان، كلية العلوم الإسلامية–جامعة صلاح الدين–أربيل–العراق، الرسالة قيمة جدا حيث تكلم الطالب فيها عن موقف الفقه الإسلامي عن التعديلات التي أجريت على قانون الأحوال الشخصية في إقليم كردستان العراق فقط، حيث تكلم عن جميع التعديلات في الأحوال الشخصية ولم يخصص موضوعا ثابتاً ولم يأت بنماذج القرارات المعدلة من قبل الإقليم في محاكم الأحوال الشخصية في الإقليم، إلا ان الباحث اختصر كثيرا في موقف الفقه الإسلامي من هذه التعديلات، حيث تحتاج إلى توسعة أكثر، إلا أنها رسالة جيدة وقيمة ومتوسطة تبلغ عدد صفحاتها حوالي ٣٠٠ صفحة.

(**الصور التي ينقض فيها الحاكم النكاح بين الزوجين**) للدكتور عبده بن عبد الله الأهدل، وهو منشور في مجلة البحوث الإسلامية – العدد السابع والخمسون للعام ١٤٢٠هـ، وقد تناول فيه الصور التي ذكرها الفقهاء للتفريق، دون استقصاء للجزئيات والإجراءات، مكتفياً بذكر الأقوال، وبعض الأدلة، دون ترجيح، أو مقارنه بالواقع التطبيقي، إلا فيما ندر.

(**التفريق بين الزوجين للغيبة**) د. عبد العزيز بن محمد بن عثمان الربيش، أستاذ الفقه المشارك بجامعة الملك سعود –فرع القصيم، ملخص البحث: جعله الباحث في مقدمة وخاتمة وأربعة مباحث: المبحث الأول: في تعريف وتحديد مصطلح "الغيبة" وقد حدد الباحث مصطلح "الغيبة" الذي يدور عليه البحث وهو من غادر

موطنه إلى موطن آخر ولم يعد إليه لفترة وحياته معلومة ومكانه معروف ويمكن الاتصال به وهذا هو "الغائب" المبحث الثاني: في اختلاف الفقهاء في التفريق بين الزوجين للغيبة وتبين للباحث رجحان قول من قال بالتفريق بين الزوجين للغيبة إذا تضررت الزوجة من هذه الغيبة وطالبت بالفرقة وتوفرت شروط التفريق. المبحث الثالث: في شروط التفريق بين الزوجين للغيبة عند من يقول بجوازها وتوصل الباحث إلى أن الذين قالوا بالتفريق بين الزوجين للغيبة وهم المالكية والحنابلة اشترطوا شروطاً لابد من توفرها قبل التفريق منها شروط اتفقوا عليها، ومنها ما اشترطه الحنابلة ومنها ما اشترطه المالكية والحنابلة واختلفوا فيها، كما ترجح لدى الباحث رجحان قول المالكية، وهو أنه لا يشترط للتفريق أن تكون الغيبة لعذر. المبحث الرابع: في نوع الفرقة للغيبة.وتبين للباحث رجحان قول من قال إن الفرقة فسخ وليس طلاقاً.

(**التفريق بين الزوجين بسبب حبس الزوج، في الفقه الإسلامي، والمعمول به في المحاكم الشرعية في الضفة الغربية**) للباحث: محمود عباس صالح أبو عيسى، رسالة علمية نال بها الطالب درجة الماجستير في الفقه والتشريع،١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م، إشراف: الدكتور مروان القدومي، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس-فلسطين، والرسالة قيمة جدا تكلم فيها الباحث حكمة الإسلام من تشريع الزواج وإباحة الطلاق، وعن التفريق بسبب الحبس فقط ولم يتطرق إلى باق الأسباب، حيث تكلم في الفصل الأول التفريق بين الزوجين بسبب الحبس في الفقه الإسلامي، حيث تناول فيها عن مفهوم الحبس ومكان ومدة الحبس في الشريعة الإسلامية، ومن ثم عن نوع الفرقة، ومن ثم في الفصل الثاني تكلم عن التفريق للحبس في القانون الفلسطيني، حيث تناول فيها عن النصوص القانونية وشروح النصوص وشروطها، والرسالة قيمة جدا حيث تبلغ عدد صفحاتها حوالي ٢٧٥ صفحة.

(**التفريق بين الزوجين بحكم القاضي**) للدكتور: سعود بن مسعد بن مساعد الثبيتي، إلا أن الباحث اقتصر في بحثه على المذهب الحنبلي فقط ولم يذكر أسباب التفريق التي يراها أصحاب المذاهب الأخرى حيث قال: أما الفرق التي لا يراها الحنابلة داخلة في التفريق بحكم القاضي فلم أذكرها، والرسالة كلها فقهية ليست قانونية.

(**تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة**) أ. دربة أمين، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة (الجزائر)، تكلم الباحث عن القانون الواجب التطبيق، إنعقاد الزواج وإنحلاله، وعليه قسم الباحث هذا البحث إلى مبحثين، تطرق في المبحث الأول للقانون الواجب التطبيق على الزواج وآثاره، وفي المبحث الثاني تعرض للقانون الذي يسري على انحلال الزواج وآثاره، حيث ذكر الباحث حقوق المرأة في طلب الطلاق وقارنها بالقوانين الأخرى، إلا أنه لم يذكر الأوجه التي تحق للمرأة فيها طلب الطلاق من المحكمة، إلا ان هذا البحث قيم جداً وتبلغ عدد صفحاته حوالي ٢٥٤صفحة لذا سيكون بحثي مكملا له.

(**كثرة ظاهرة الطلاق دراسة ميدانية في محكمة الاحوال الشخصية في دهوك**) للباحث: أ.م.د. مصطفى محمد امين، وقد قسم الباحث البحث الى ثلاثة مباحث: المبحث الاول: تعريف الطلاق ومشروعيته والحكمة منه ويتكون المبحث الى مطلبين: المطلب الاول: تعريف الطلاق لغة وشرعا، المطلب الثاني: مشروعيته والحكمة منه، اما المبحث الثاني: اسباب الطلاق وعلاج هذه الاسباب وقد قسمه الى ثلاثة مطالب: المطلب الاول: الحقوق الزوجية، المطلب الثاني: اسباب الطلاق عامة وفي محكمة دهوك خاصة المطلب الثالث: علاج اسباب الطلاق، اما في المبحث الثالث: الطلاق في محكمة دهوك كنموذج لاصغر محافظة عراقية ، وقد قسمه الى مطلبين: المطلب الاول: نسب الطلاق في محكمة دهوك، المطلب الثاني: نماذج من دعاوى الطلاق في محكمة دهوك.

(**التفريق القضائي بين الزوجين بسبب الإعسار بين التراث الفقهي والواقع المعاصر**) الباحث: خالد تؤسامي، رسالة علمية نال بها الطالب درجة الماجستير، في كلية المعارف والوحي والعلوم الإنسانية، الجامعة الإسلامية العالمية – ماليزيا، سلطت هذه الرسالة الضوء على موضوع التفريق بين الزوجين بسبب الإعسار، مع ربط الموضوع بواقع الحياة المعاصرة، حيث ذكر مشروعية النفقة الزوجية ومقدارها ووقت استحقاقها في الفقه، وذكر أنواع الإعسار، ومن ثم ذكر الآثار المترتبة على التفريق القضائي بسبب الإعسار.

(**التفريق بين الزوجين للضرر في الفقه الإسلامي**) للباحث: علي عبد الله الضلعي، رسالة ماجستير، تاريخ الإقرار ٢٠٠٣م، حيث قسم البحث إلى مقدمة وبابين وخاتمة، حيث ذكر في الباب الأول: عن الفرقة للضرر الواقع على أحد الزوجين أو غيرهما في الفقه الإسلامي فقط دون القانون، وقد جعلها في خمسة فصول، الفصل الأول تكلم فيه عن التفريق للعيب، والفصل الثاني عرض فيه للتفريق بخيار البلوغ أو الإفاقة، وبين في الثالث التفريق بسبب فوات الكفاءة، وتناول في الرابع التفريق للضرر والشقاق، وخصص الخامس للتفريق بسبب الخيانة الزوجية. اما الباب الثاني: الفرقة للضرر على الزوجة، وقد قسمها إلى خمسة فصول أيضاً، تحدث في الأول عن التفريق للضرر بسبب كراهية الزوج، وبحث في الثاني عن التفريق للضرر بسبب امتناع الزوج عن الوطء بيمين، وأوضح في الثالث التفريق بسبب إمتناع المظاهر عن التكفير، وأفرد الرابع للكلام عن التفريق بسبب فقد الزوج أو غيابه، وتطرق في الخامس للتفريق للضرر بسبب إمتناع الزوج عن الإنفاق أو تسليم المهر، الخاتمة: ذكر فيها أهم النتائج التي توصل إليها.

(**التفريق بين الزوجين قضاء بسبب العيوب والأمراض**) للباحث: حمزة رقيق جلول، رسالة ماجستير، اشراف الدكتور عارف علي عارف، تاريخ الإقرار سنة ٢٠٠٥، كلية معارف الوحي والعلوم الإنسانية، الجامعة الإسلامية العالمية ماليزيا، حيث قسم الباحث البحث الى أربعة فصول وتكلم فيها عن العيوب والأمراض التي توجب الفرقة بين الزوجين وبين أحكامها ومشروعية التفريق بينهما قضاء، الرسالة قيمة جداً وتبلغ عدد

صفحاتها حوالي ١٣٠ صفحة، إلا أن الباحث تكلم عن سبب واحد للتفريق بين الزوجين حيث اختصر على العيوب والامراض ولم يلجأ إلى الأسباب الأخرى لذا سيكون بحثي مكملا لهذا البحث.

(**الطلاق دراسة تحليلية تطبيقية إحصائية إقليم بني ملال نموذجا ٢٠٠٥-١٩٩٠**) من إعداد الباحث: مولاي عبد الرحمان تحت إشراف الدكتور: علي أبو العكيك، السنة الجامعية ٢٠٠٥ – ٢٠٠٦، بحث لنيل الإجازة في القانون الخاص، حيث ذكر الباحث في الفصل الأول: نظرة عامة عن الطلاق، حيث ذكر مفهوم الطلاق وشروطه، والحكمة من مشروعيته. وصيغة الطلاق، وأقسام الطلاق وحالات التطليق، وأنواع الطلاق. ومن ثم ذكر التطليق بأسباب أخرى، أولا: طلب التطليق للإخلال بشرط في عقد الزواج أو الضرر. ثانيا: التطليق لعدم الإنفاق. ثالثا: التطليق للغيبة. رابعا: التطليق بسبب العيب. خامسا: التطليق للإيلاء أو الهجر. ومن ثم ذكر أهم أسباب الطلاق بإقليم بني ملال، وهذا البحث له قيمته العلمية العالية من بين البحوث، وسيكون بحثي على محافظة دهوك في إقليم كردستان العراق.

(**مقالات قانونية كل شيء عن الطلاق والتفريق والمخالعة في سؤال وجواب**) **ما التفريق وهل معاملة التفريق بين الزوجين غير الطلاق؟ ومتى يكون؟** حيث نشرت بتاريخ: ٢٠٠٧/٨/١٦. في موقع المركز السوري للاستشارات والدراسات القانونية.حيث تحدث المقال عن: أنه للقاضي التفريق بين الزوجين بناء على طلب أحدهما في الحالات التالية: ١-التفريق للعلل والعيوب والأمراض. ٢-التفريق للغيبة. ٣-التفريق لعدم الإنفاق. ٤-التفريق للشقاق بين الزوجين. ٥-طلاق التعسف، ومن ثم تحدث المقال عن اخلاف المخالعة عن الطلاق وهل تحفظ المخالعة حقوق المرأة كمقدم ومؤخر الصداق والنفقة مثل ما يحدث عندما يقع الطلاق؟ وهل تختلف المخالعة عن الخلع؟

(**مقال عن: من يحق له طلب التفريق بين الزوجين**) د. نايف بن جمعان الجريدان، مقال تم نشره في هذه النافذة بعنوان التفريق بين الزوجين لوجود عيب بأحدهما، أضيف في ١٩/٠٥/١٤٣٥ الموافق ٢٠/٠٣/٢٠١٤ -٠٩:١٣ في موقع الملتقى الفقهي، حيث قال الباحث: أن الذين قالوا بثبوت التفريق بين الزوجين بسبب العيب هم جمهور الفقهاء وهم على اتفاق في ذلك، أما مسألة من له حق طلب التفريق التي سألت عنها فقد اختلفوا فيها على قولين: القول الأول: ذهب الحنفية رحمهم الله إلى أن الذي يثبت له حق التفريق بالعيب هو الزوجة فقط، أما الزوج فلا يثبت له ذلك؛ لأنه يمكنه دفع الضرر عن نفسه بالطلاق، أما الزوجة فلا يمكنها دفع الضرر عن نفسها إلا بإعطائها حق طلب التفريق؛ لأنها لا تملك الطلاق، القول الثاني: وهو قول الأئمة الثلاثة: مالك، والشافعي، وأحمد رحمهم الله ، القاضي بأن طلب التفريق بالعيب ثابت لكل من الزوجين؛ لأن كلا منهما يتضرر بالعيب ، ويجد فيه نُفرة من الآخر تمنعه من قربانه بالكلية ، ويخاف السليم منها العدوى إلى نفسه ونسله، والمجنون يخاف منه الاعتداء. وأما اللجوء إلى الطلاق فيؤدي

إلى إلزام الزوج بكل المهر بعد الدخول وبنصفه قبله، وفي التفريق يُعفى الزوج من نصف المهر قبل الدخول وبعده، يجب لها المسمى عند المالكية والحنابلة ومهر المثل عند الشافعية.

(**مقال عن: فك الرابطة الزوجية بإرادة الزوجة التطليق للضرر المعتبر شرعا**) تم نشره في منتديات ستار تايمز أرشيف الشؤون القانونية، بتاريخ / ٢٠٠٩/٤/١١، حيث قال الباحث: أنه أجمع العلماء على أنه لا يجوز أن يسيء الزوج إلى زوجته في المعاملة ولا أن يؤذها بالقول، وهذه مبادئ قررها الإسلام، لكن مع هذا جعل الإسلام للزوج الحق في تأديب زوجته فله ولاية تأديبها إذا خالفته ولم تطعه فيما يجب عليها طاعته شرعا، ولكن إذا تجاوز هذا التأديب حده على نحو يسيء للزوجة ويؤذيها في المعاشرة بالقول أو بالفعل بأن كان يضربها ضربا مبرحا، أو يشتمها أو يحملها على فعل غير مباح شرعا، فهل يجوز للزوجة أن تطلب من المحكمة التطليق في مثل هذه الأحوال؟ والضرر هو إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل، وهو كل ما يجاوز حق التأديب المباح شرعا، ولا تقدر الزوجة الصبر عليه، ويستحيل معه دوام العشرة الزوجية، أما معيار تقدير تضرر الزوجة فهو معيار شخصي يختلف من امرأة لأخرى، باختلاف البيئة والثقافة والعمل والوسط الاجتماعي، ولا يشترط تكراره، إذ يكفي أن يتسبب فيه الزوج ولو لمرة واحدة، وكل ذلك متروك لتقدير قاضي الموضوع، فإذا تضررت الزوجة من تصرفات زوجها التي تتنافى مع مقتضى الشرع وأهداف عقد الزواج فلها أن ترفع أمرها إلى القاضي لتطلب التطليق.

(**مقال عن: التفريق بين الزوجين للعقم**) بقلم: الشيخ د. ثقيل بن ساير الشمري، تم نشره في مجلة العرب، بتاريخ / ٢٠١٣/٧/٢٦. حيث ذكر الباحث أن التفريق بين الزوجين للعيوب من المسائل التي بحثها الفقهاء وبينوا أحكامها، وما يصلح منها سبباً للتفريق وما لا يصلح. وبعد الاطلاع على أقوالهم يتلخص لنا من ذلك ثلاثة أقوال: الأول: لم يجز التفريق للعيب والمرض إلا إذا اشترط أحد الزوجين خلو الآخر من العيب، وهذا هو مذهب الظاهرية. الثاني: أجاز للزوجة حق طلب التفريق ولم يجزه للزوج، وقال أصحاب هذا القول: إن الزوج يكفيه ما بيده من عصمة النكاح، بينما الزوجة لا تستطيع أن تتخلص مما هي فيه إلا بطلب الفسخ، وقال بهذا الحنفية. الثالث: أجاز لكلا الزوجين حق طلب التفريق إذا وجد في صاحبه عيباً، وهذا هو قول جمهور الفقهاء على اختلاف بينهم في عدد وحصر تلك العيوب، وبما أن العيوب التي ذكرها الفقهاء سبباً للتفريق بين الزوجين ليست محصورة فيما ذكروه، لأنه لم يرد في الحصر كتاب ولا سنة ولا إجماع، بدليل عدم اتفاقهم على تلك العيوب. وقد اختار الباحث القول الذي يرى أن للزوجة طلب الفسخ في حالة عقم زوجها، ودليلنا على ذلك ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه بعث رجلاً على السقاية فأتاه فقال: تزوجت امرأة، فقال له عمر: «أخبرتها أنك عقيم لا يولد لك» قال: لا. قال عمر «فأخبرها وخيرها»، ووجه الاستدلال من هذا الأثر أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه اعتبر السكوت عن العقم تدليساً لا يصح إخفاؤه، ولهذا أمره أن يذهب لزوجته ويخبرها بأنه عقيم، ويخيرها فإن شاءت البقاء وإن رغبت في الفراق فليفارقها، لأن النسل أهم المقاصد التي شرع لها النكاح.

(**مقال عن: الطلاق القضائي عسير**) بقلم: المحامي مزيد اليوسف، تم نشره في موقع مزيد اليوسف، بتاريخ / ٠٧ يونيو ٢٠١٠، حيث بين الباحث أن إجراءات دعوى الطلاق للضرر والتي تلجأ إليها الزوجة أمام المحاكم الكويتية، للخلاص من عرى زواج استحالت فيه العشرة، تمر بإجراءات طويلة جداً ومعقدة، وقد لا تنقضي في معظم الحالات قبل مضي أكثر من عامين من تاريخ رفعها، فدعوى الطلاق للضرر تبدأ بصحيفة ترفع أمام محكمة الأحوال الشخصية، وتعلن للزوج، ثم وبعد أن يأخذ الزوج فرصته بالدفاع، تتولى المحكمة عرض الصلح على الزوجين، فإن رفض الزوجان الصلح أو أحدهما صار الأمر إلى تعيين حكم من أهل الزوجة وحكم من أهل الزوج، ليبحثا أسباب الشقاق بين الزوجين، ويقدما تقريرهما إلى عدالة المحكمة بالرأي الذي توصلا إليه من حيث المسيء منهما للآخر، ثم يأتي من بعد تقرير هذين الحكمين، فصل تعيين حكم ثالث من قبل المحكمة، كي يتولى مهمة ترجيح أحد التقريرين على الآخر، ثم من بعد هذا كله، من الممكن أن تحيل المحكمة القضية للتحقيق ليقدم كل من الزوجين المتخاصمين شهوده على إساءة الطرف الآخر، هذا ومن بعد مرور القضية بكل ما سبق من إجراءات، يصير حكم محكمة الدرجة الأولى في طلب الزوجة تفريقها قضائياً عن زوجها، والذي قد ينتهي في حالات ليست بالقليلة إلى رفض طلب الزوجة، متى لم تجد المحكمة أسباباً كافية للتفريق بين الزوجين، أما إن استجابت المحكمة لطلب الزوجة بالتفريق القضائي بينها وبين زوجها، فإن القضية لا تنتهي عند هذا الحكم، بل يعاد بحثها من جديد أمام محكمة الاستئناف عند طعن الزوج على الحكم الصادر بتفريق زوجته منه، وبعد أن تستنفد محكمة الاستئناف تنقيبها عن حقيقة المسيء من الزوجين، وفي حال أنها أيدت الحكم الأول بالتفريق، فإنه سيكون على الزوجة الانتظار مرة أخرى حتى يصدر حكم من محكمة التمييز بتأييد التفريق القضائي، وهي أعلى محكمة في سلم التقاضي الموضوعي، وذلك متى طعن الزوج على حكم محكمة الدرجة الثانية أمام هذه المحكمة، وأخيراً فإن أيدت محكمة التمييز الحكم المطعون فيه، فإنه من هذا التاريخ فقط تصير الزوجة طالقاً بائناً من زوجها، ويكون عليها من تاريخ هذا الحكم البدء بحساب عدتها بعد تفريقها بكلمة القضاء عن زوجها. (**مقال عن: الشقاق بين الزوجين في غير بلاد المسلمين**) بقلم الشيخ مصطفى بن عبد الرحمن الشنضيض، تم نشره في موقع المجلس الإسلامي المغربي في اسكندنافيا، تاريخ النشر: ٢٠١٤/٤/٩. حيث تحدث المقال عن التفريق للشقاق، وبعض صور الشقاق، وكيفية التطليق للشقاق؟ والإجراءات العملية للتفريق للشقاق في غير بلاد المسلمين، ومن تحدث عن التطليق للضرر تعريفه وصورته، والتطليق للضرر في قوانين الدول الإسلامية والإجراءات العملية للتطليق للضرر في غير بلاد المسلمين. **خلاصة الدراسات السابق:** تختلف دراستي عن باق الدراسات من محاور عدة وهي أنها أولاً دراسة في القانون العراقي مع الإشارة إلى تعديلات إقليم كردستان العراق وتحليلها فقهيا، وبيان للإختلاف بين القانون العراقي وتعديلات الإقليم وأيهما أفضل للتطبيق على الواقع لقضايا التفريق بين الزوجين، وتختلف أيضاً عن باق الدراسات بأنها غنية بأمثلة حقيقية في الواقع عن قضايا التفريق بين الزوجين في محافظة دهوك العراق، حيث قام الباحث بالبحث في مكاتب الباحث الإجتماعي ومكتب الإحصاء في محكمة الأحوال الشخصية في محافظة دهوك والتي عددها تسعة محاكم، عن بيانات وأسباب التفريق القضائي

في هذه المحافظة، ومن ثم قام الباحث بالنظر في هذه القضايا والقرارات الحاسمة في التفريق بين الزوجين ليرى ما هي أكثر الأسباب التي يحصل فيها التفريق بين الزوجين في هذه المحافظة، ووضع حد لهذه الظاهرة وإعطاء حلول لها.

محاور البحث:

يتكون البحث من فصل تمهيدي، وثلاثة فصول دراسية، واثنا عشر مبحثاً، وخاتمة، وملاحق، ومصادر ومراجع، وفهرس الموضوعات.

الفصل التمهيدي: المقدمة، مشكلة البحث، أسئلة البحث، أهداف البحث، أهمية البحث، حدود البحث، منهج البحث، إجراءات البحث، الدراسات السابقة.

الفصل الأول: سلطة المحكمة في التفريق بين الزوجين، المبحث الأول: سلطات محاكم الأحوال الشخصية في العراق، المبحث الثاني: محاكم محافظة دهوك، المبحث الثالث: مفهوم التفريق القضائي.

الفصل الثاني: أسباب التفريق القضائي العائدة إلى الزوج، المبحث الأول: غيبة الزوج وأثرها في التفريق بين الزوجين، المبحث الثاني: فقدان الزوج وأثره في التفريق بين الزوجين، المبحث الثالث: الحبس وأثره في التفريق بين الزوجين، المبحث الرابع: نوع الفرقة الحاصلة بسبب الفقد والغياب والحبس، المبحث الخامس: التفريق بسبب عدم الإنفاق.

الفصل الثالث: التفريق القضائي بين الزوجين بسبب الشقاق، المبحث الأول: موقف القانون العراقي من التفريق للشقاق، المبحث الثاني: موقف الفقه الإسلامي من التفريق للشقاق، المبحث الثالث: موقف الفقه والقانون من نوع الفرقة الحاصلة بسبب الشقاق، المبحث الرابع: نماذج عن حكم المحكمة في التفريق القضائي بين الزوجين للشقاق.

الخاتمة وفيها: أهم النتائج والتوصيات.

الملاحق، والمصادر والمراجع، فهرس الموضوعات.

الفصل الأول

سلطة المحكمة في التفريق بين الزوجين ومشروعيتها في الفقه الاسلامي

تمهيد عن: السلطة القضائية

مهمة القضاء الأساسية تحقيق العدل في المجتمع وتطبيق وتفسير القوانين على الحالات التي تعرض أمامه وحماية الحريات العامة وحقوق المواطنين، ويتمتع القضاء في الدولة القانونية باستقلال عن باقي السلطات في الدولة حتى يتمكن من تحقيق مبدأ المساواة أمام القانون، ويباشر عمله بحيادية، بما يضمن حسن سير العدالة. وتتكون هذه السلطة من الهيئات القضائية من المحاكم على أختلاف أنواعها ودرجاتها وهيئات الإدعاء العام والإشراف العدلي. ويمارس القضاء رقابته بموجب الدستور على السلطتين التشريعية والتنفيذية من خلال المحكمة الاتحادية العليا والسلطة القضائية تستمد قوتها من الدستور لأن الدستور يتضمن فقرات تختص بالسلطات حيث أن السلطات تكون منفصلة وأن المحكمة هو المرجع الأساسي والوحيد للفصل بين المتخاصمين حسب الدستور، ولكون الدستور هو المنظم من قبل مؤسسة مستقلة فقوتها هي القوة التي تكون على رأس الهرم في الدولة والسلطة القضائية تنفصل في المنازعات حتى بين مؤسسات الدولة عليه، فإن قوتها قوة مستمدة من الدستور ولها مجموعة من القوانين الخاصة المتعلقة بها، والقضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون، وإن مجلس القضاء هو أعلى سلطة قضائية في الإقليم ويشكل برئاسة رئيس محكمة تمييز إقليم كوردستان ـ العراق وعضوية نواب الرئيس ورئيس هيئة الإشراف القضائي ورئيس الإدعاء العام ورؤساء محاكم الإستئناف في الإقليم أو من ينوب عنهم، وإن هيئة الأحوال الشخصية: تختص بالنظر في الأحكام والقرارات الصادرة من محاكم الأحوال الشخصية والمواد الشخصية طبقاً لأحكام القانون. وتنعقد محكمة الأحوال الشخصية من قاض واحد وتختص بالنظر في مسائل الأحوال الشخصية وفقاً لأحكام القانون، وتشكل في مركز كل محافظة محكمة للمواد الشخصية للمسيحيين والأزديين والديانات الأخرى وتنعقد من قاض واحد وتختص بقضايا المواد الشخصية لهم ويجوز تشكيلها في مراكز الأقضية والنواحي ببيان يصدره رئيس مجلس القضاء عند الإقتضاء.

قانون رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٧ قانون السلطة القضائية لإقليم كوردستان ـ العراق [١].

المادة ١٤/ أولاً: من قانون السلطة القضائية لإقليم كوردستان ـ العراق

محكمة الإستئناف هي: الهيئة القضائية العليا لمحاكم محافظة واحدة أو أكثر وتتألف من رئيس وعدد من نواب الرئيس والقضاة وتمارس الإختصاصات المعينة لها بموجب القانون.

ثانياً: تشكل محاكم الإستئناف على الوجه الآتي:

---

(١) المصدر وقائع كردستان / رقم العدد:٧٦ /تاريخ:٢٠٠٧/١١/٢٦ / قانون رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٧ **قانون السلطة القضائية لإقليم كوردستان ـ العراق**، رقم التشريع ٢٣، تاريخ التشريع ٢٠٠٧/١١/١٥، عدد الصفحات: ١٧ / رقم الصفحة:٢١، قرار، رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٧.

١. محكمة إستئناف منطقة أربيل وتشمل محاكم محافظة أربيل ومركزها مدينة أربيل.
٢. محكمة إستئناف منطقة دهوك وتشمل محاكم محافظة دهوك ومركزها مدينة دهوك.
٣. محكمة إستئناف منطقة كركوك وتشمل محاكم محافظة كركوك ومركزها مدينة السليمانية مؤقتاً.
٤. محكمة إستئناف منطقة السليمانية وتشمل محاكم محافظة السليمانية ومركزها مدينة السليمانية.

المادة ٣٥/ من قانون السلطة القضائية لإقليم كوردستان . العراق

أولاً: يعين القاضي وفق الشروط التالية:

١-أن يكون حاصل على شهادة بكالوريوس في القانون أو ما يعادلها.

٢-الممارسة الفعلية بعد التخرج من كلية القانون مدة لا تقل عن عشر سنوات لوظيفة محقق عدلي أو المعاون القضائي أو الكاتب العدل أو المنفذ العدل أو مديرية رعاية القاصرين أو في دائرة التسجيل العقاري أو الممارسة الفعلية للمدة المذكورة لمهنة المحاماة أو الموظفين الحقوقيين العاملين في قسم الحقوق في الدوائر والمؤسسات الرسمية الذين مثلوا أمام المحاكم بما لا يقل عن خمسة دعاوي في السنة وتكون مدة الممارسة الفعلية في الوظائف المذكورة خمس سنوات إذا كان قد حصل على شهادة الماجستير في القانون وثلاث سنوات إذا كان قد حصل على شهادة الدكتوراه في القانون سواء كانت الممارسة قبل الحصول على الشهادتين أو بعدهما.

٣-ألا يقل عمره عن (٣٠) ثلاثين سنة.

٤-أن يكون عراقياً.

٥-أن يجيد اللغة الكردية والعربية قراءة وكتابة.

٦-أن يجتاز اختباراً شفوياً وتحريرياً أمام مجلس القضاء.

٧-يجب أن يكون سالماً من العاهات البدنية التي تعيق ادائه لواجبه.

٨-أن يتمتع بالسمعة والسيرة الحسنة.

٩-أن يتعهد بعدم ممارسة العمل الحزبي بعد تعيينه.

١٠-أن لايكون محكوماً عليه بجناية عمدية غير سياسية أو جنحة مخلة بالشرف.

المبحث الأول

سلطات محاكم الأحوال الشخصية في العراق

المطلب الأول: سلطات وإختصاصات محاكم الأحوال الشخصية العراقية.

بعد تأسيس الدولة العراقية، كانت المحاكم الشرعية قبل أن يتغير اسمها إلى محاكم الأحوال الشخصية تعتمد على المذهب الشخصي للمسلمين المتداعين وتصدر قرارها وفقاً لما تنص عليه فتاوى ومقررات هذا المذهب، عبر العودة إلى النصوص المدونة في الكتب الفقهية، والى الفتاوى في المسائل المختلف عليها، ويستعان في اغلب الاحيان بالمراجع الدينية لهذا المذهب، أو بالعودة إلى قضاء المحاكم في البلاد الإسلامية. كما كانت في محكمة التمييز هيئة تمييزية للجعفرية وهيئة تمييزية للسنة فيما يخص دعاو الأحوال الشخصية، وهذا ينسحب على عمل المحاكم الشرعية التي تقضي وفقاً لمذهب المتداعين، والتي تحدده المناطق الجغرافية وتعمل على تكريس المذهبية واللجوء إلى التحايل على المذاهب بين المتداعين.

بعد ثورة الرابع عشر من تموز١٩٥٨ ألفت وزارة العدل العراقية بتاريخ ٧شباط١٩٥٩ لجنة لوضع لائحة الأحوال الشخصية استمدت مبادئها مما هو متفق عليه من احكام الشريعة، وما هو مقبول من قوانين البلاد الإسلامية، وما استقر عليه القضاء الشرعي في العراق، واستطاعت اللجنة صياغة مشروع قانون للأحوال الشخصية والذي عرف بقانون رقم ١٨٨ ل سنة١٩٥٩. واشتمل القانون على أهم أبواب الفقه في الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية الجامعة لمسائل الزواج والطلاق والولادة والنسب والحضانة والنفقة والوصية والميراث.

أخذ هذا القانون أحكامه من جميع المذاهب الإسلامية وجرى تطبيق أحكامه دون النظر إلى مذهب العراقي المسلم حيث أن القانون المذكور يشكل حالة وسطية وشاملة يتم تطبيقها على عموم المسلمين العراقيين والاجانب المسلمين في العراق طبقاً لنص الفقرة (١) من المادة الثانية من القانون المذكور ونصه "تسري احكام هذا القانون على العراقيين إلا ما استثني منهم بقانون خاص ". بينما تم العمل في قضايا الأحوال الشخصية للمسيحيين وإليهود بموجب لوائحهم الخاصة وفق دياناتهم وتختص بالنظر في قضاياهم محاكم البداءة باعتبار انها محاكم المواد الشخصية التي تختص بالنظر في قضاياهم وإصدار الأحكام وفقاً لذلك [٢].

---

(٢) الاستاذ المساعد الدكتور مصطفى محمد امين الاتروشي: ٢٠١٣م، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته النافذة في الإقليم، د.ط، العراق، دهوك، ص١.

أما الصابئة المندائيون والإيزيديون فلا يشملها إختصاص القانون بحجة عدم وجود لوائح شخصية تخصهم على الرغم من ان لكل منهما دينه الخاص ولوائحه الشخصية التي تصلح بأن يتم إعتمادها في الأحكام الشرعية وفق دينه المعترف به في العراق إذا ما جرى الأخذ بمبدأ الإختصاص .

لقد أكدت لائحة الأسباب الموجبة لصدور قانون الأحوال الشخصية على حقيقة كون ما وجد في تعدد مصادر القضاء وإختلاف الأحكام ما يجعل حياة العائلة غير مستقرة وحقوق الفرد غير مضمونة، فكان هذا دافعاً للتفكير بوضع قانون يجمع فيه أهم الأحكام الشرعية المتفق عليه .

وفي الوقت نفسه أشارت الفقرة الثانية من المادة الأولى إلى انه "**إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون**" وهذا يعني ان القانون المذكور لا يدعو إلى التقيد بفقه مذهب معين، بل تجاوز ذلك إلى الأستفادة من مبادئ الشريعة بشكل عام [٣].

إختصاص محكمة الأحوال الشخصية:

نصت المادة (٢٦) من قانون التنظيم القضائي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ على تشكيل محكمة الأحوال الشخصية أو أكثر في كل مكان فيه محكمة بداءة.

وقد حصر قانون المرافعات المدنية إختصاصات المحكمة المذكورة بالمنازعات الخاصة بالزواج وإنحلاله والآثار الناشئة عنه في المواد (٢٩٩ – ٣١٠) بالنظر بالأمور الآتية:

١-الزواج وما يتعلق به من مهر ونفقة ونسب وحضانة وفرقة وطلاق وسائر الأمور الزوجية (م٣٠٠/١).

٢-الولاية والوصاية والقيومة والوصية ونصب القيم أو الوصي وعزله ومحاسبته والإذن بالتصرفات الشرعية والقانونية (م٣٠٠/٢) على أن يتم التقيد بالأحكام الواردة في قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠م.

٣-التولية على الوقف الذري ونصب المتولي وعزله ومحاسبته وترشيح المتولي في الوقف أو المشترك (م٣٠٠/٣) إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك.

---

(٣) انظر: الدكتور محمد أمين الاتروشي: شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته النافذة في الإقليم، ص٢.

٤-الحجر ورفعه وإثبات الرشد (م٣٠٠/٤) وعلى المحكمة عند إصدارها قرارا بالحجر إخبار مديرية رعاية القاصرين عملا بالمادة (٨٢) من قانون رعاية القاصرين.

٥-إثبات الوفاة وتعيين الحصص الإرثية في القسامات الشرعية وتوزيعها بين الورثة (م٣٠٠/٥).

٦-المفقود وما يتعلق به (٣٠٠/٦) مع مراعاة إختصاصات مديرية رعاية القاصرين بشأن المفقود الواردة بالمادة (٨٥ وما بعدها) قاصرين.

٧-تنظيم حجج الوصايا والوقف والحجج الأخرى التي تختص بها وتسجيلها وفق القانون وتصادق على الوكالات بالدعاوى التي تقام لديها (م٣٠١).

٨-الحكم بصفة مستعجلة بنفقة مؤقتة أو تعيين أمين على المحضون المتنازع على حضانته يقوم برعايته والمحافظة عليه ... والأمور المستعجلة الداخلة في إختصاصها (م٣٠٢).

٩-إيقاع الحجر متى توافرت أسبابه دون خصومة أحد، أما الخصم في رفع الحجر فهو القيم (م٣٠٧/١).

١٠-تختص بتحرير التركة إذا لم يكن بين الورثة قاصر عملا بحكم المادة (٣٠٥/٢) المعدلة (٧٢) من قانون رعاية القاصرين، حيث جعلت تحرير التركة وتصفيتها من إختصاص المديرية اعلاه إذا كان بين الورثة قاصر.

حيث ألغي قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٠٣ لسنة ١٩٨٨ قسم شؤون التركات في المديرية أعلاه واناط تحرير التركات بمحاكم الأحوال الشخصية بعد تاريخ نشر القرار أعلاه في ١٩٨٨/٢/٥ بالعدد (٣١٨٨/ الوقائع العراقية).

١١-إصدار الإذن للأوصياء على الصغار والقيمين على المحجورين بالتصرفات في أموالهم.

١٢-دعاوى اجور المحاماة ومصاريف الدعاوى المقامة امامها.

١٣-النظر بالدعاوى التي تنص القوانين الأخرى على إختصاص محاكم الأحوال الشخصية فيها ومن ذلك:

أ-تبديل الدين من غير الإسلام إلى الإسلام. اما العكس فلا يجوز لأنه كفر وإرتداد عن الإسلام (م٢١/٢) [٤].

ب-نصب القيم على السجين (السجن لأكثر من خمس سنوات) والمحكوم بالإعدام والإذن للقيم بالتصرفات في أموال السجين (م٩٧ و٩٨ ق.ع.ع).

ج-الإعتراض على قرار لجنة الأسرة المتضمن عدم منح راتب الرعاية الإجتماعية وفق المادة (١٩/ثانيا) والتي تنص على (لصاحب الطلب الإعتراض على قرار اللجنة خلال شهرين من تاريخ التبليغ به لدى محكمة الأحوال الشخصية المختصة ويعد الإعتراض من القضايا المستعجلة) وكذلك تنظر المحكمة في الإعتراض وفقا للمادة ١٨١ من قانون المرافعات المدنية ولها الحكم بتأييد قرار لجنة الأسرة أو إبطاله [٥].

الإختصاص المكاني القاعدة العامة هو ان تقام دعاوى الأحوال الشخصية في محل إقامة المدعى عليه والإستثناء هو:

١-يجوز إقامة الدعوى في محكمة محل العقد.

٢-ويجوز أن تقام دعوى الفرقة والطلاق في إحدى هاتين المذكورتين. (أي محكمة محل العقد ومحكمة محل إقامة المدعى عليه) أو المحكمة التي حدث فيها سبب الدعوى.

٣-تقام دعوى نفقة الأصول أو الفروع أو الزوجات في محكمة محل إقامة المدعى عليه أو المدعي.

٤-تختص محكمة محل اقامة المتوفى الدائم في إصدار القسامات الشرعي ولا يوجد إختصاص لمحاكم الأحوال الشخصية في تسجيل الزواج وتصديقه وإصدار الحجج الشرعية الخاصة بالولاية والوصاية والوقف وغيرها. ويجوز الاتفاق على خلاف قواعد الإختصاص المكاني كونها ليست من النظام العام. ويجب ان يتم الدفع بعدم الإختصاص المكاني قبل التعرض لموضوع الدعوى وإلا سقط الحق. مع وجوب الأحتفاظ بالرسوم القضائية المدفوعة فيما لو قررت المحكمة الإحالة [٦].

---

(٤) قانون الأحوال الشخصية العراقية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٢ المعدل.

(٥) من قانون الرعاية الإجتماعية رقم ١٢٦ لسنة ١٩٨٠.

(٦) انظر: الدكتور مصطفى محمد أمين الأتروشي: شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته النافذة في الإقليم، ص٥.

المطلب الثاني

المواد القانونية المتعلقة بالتفريق القضائي في القانون العراقي [٧].

إن أسباب التفريق القضائي القائم على الضرر كثيرة ولم ترد على سبيل الحصر وإنما وردت في القانون العراقي على سبيل المثال فالضرر قد يندرج تحت مفهوم العيب الجسماني الذي قد يؤثر على استمرار الحياة الزوجية وقد يندرج الضرر تحت مفهوم الهجر والغيبة والفقد التي تجعل الحياة الزوجية مستحيلة لما يسببه للزوج الآخر من ضرر ، وقد يندرج الضرر تحت مفهوم عدم الإنفاق أي عدم إنفاق الزوج على زوجته على إعتبار أن الزوج هو المكلف شرعاً وقانوناً في الإنفاق على زوجته ، وقد يندرج الضرر تحت مفهوم العنف الأسري وما قد يصيب الزوجة أو الزوج من ضرر من جراء هذا العنف الذي قد ينصب على أحد الزوجين أو على أولادهما وكذلك الشقاق، وعلى هذا الأساس فقد عالج المشرع العراقي بعض هذه الحالات في قانون الأحوال الشخصية المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ في المواد (٤٠إلى٤٥) بفقراتها وغيرها من المواد، لذا سنتناول في هذا المطلب الحالات التي أوردها المشرع العراقي كسبب من أسباب التفريق القضائي القائم على الضرر وهي كالآتي :

فالمادة الأربعون من قانون الأحوال الشخصية أجازت لكلا الزوجين طلب التفريق القضائي عند توفر أحد الأسباب التالية:

١-إذا أضر أحد الزوجين بالزوج الآخر أو بأولادهما ضرراً يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية ويعتبر من قبيل الإضرار، الإدمان على تناول المسكرات أو المخدرات، على أن تثبت حالة الإدمان بتقرير من لجنة طبية رسمية مختصة، ويعتبر من قبل الإضرار كذلك ممارسة القمار في بيت الزوجية.

٢-إذا ارتكب الزوج الآخر الخيانة الزوجية، ويكون من قبيل الخيانة الزوجية ممارسة الزوج فعل اللواط بأي وجه من الوجوه.

٣-إذا كان عقد الزواج، قد تم قبل إكمال أحد الزوجين الثامنة عشرة دون موافقة القاضي.

---

(٧) القاضي /نائب المدعي العام: نعمان ثابت حسن، **التفريق القضائي القائم على الضرر في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩**، الجزء الأول، مجلة التشريع والقضاء، مجلة فصلية.

أجازت هذه الفقرة لأي من الزوجين بعد إتمامه السن القانونية إقامة دعوى التفريق إذا جرى عقد النكاح خارج المحكمة دون موافقة القاضي وقبل إكمال سن الثامنة عشرة.

٤-إذا كان الزواج قد جرى خارج المحكمة عن طريق الإكراه، وتم الدخول.

٥-إذا تزوج الزوج بزوجة ثانية بدون إذن من المحكمة وفي هذه الحالة لا يحق للزوجة تحريك الدعوى الجزائية، بموجب الفقرة (١) من البند (آ) من المادة الثالثة من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ بدلالة الفقرة ٦ من المادة الثالثة من هذا القانون(١٦).

المادة الحادية والأربعون:

١-لكل من الزوجين طلب التفريق عند قيام خلاف بينهما سواء أكان ذلك قبل الدخول أم بعده.

٢-على المحكمة اجراء التحقيق في أسباب الخلاف فإذا ثبت لها وجوده تعين حكما من أهل الزوجة وحكما من أهل الزوج-إن وجدا-للنظر في إصلاح ذات البين، فإن تعذر وجودهما كلفت المحكمة الزوجين بانتخاب حكمين، فإن لم يتفقا انتخبتهما المحكمة.

٣-على الحكمين أن يجتهدا في الإصلاح، فإن تعذر عليهما ذلك رفعا الأمر إلى المحكمة موضحين لها الطرف الذي ثبت تقصيره فإن اختلفا ضمت المحكمة لهما حكما ثالثاً.

٤-أ-إذا ثبت للمحكمة استمرار الخلاف بين الزوجين وعجزت عن الإصلاح بينهما وامتنع الزوج عن التطبيق، فرقت المحكمة بينهما.

ب-إذا تم التفريق بعد الدخول، يسقط المهر المؤجل، إذا كان التقصير من جانب الزوجة سواء كانت مدعية أم مدعى عليها، فإذا كانت قد قبضت جميع المهر تلزم برد ما لا يزيد عن نصفه، أما إذا ثبت أن التقصير واقع من الطرفين، فيقسم المهر المؤجل بينهما بنسبة التقصير المنسوب لكل منهما.

ج-إذا تم التفريق قبل الدخول وثبت التقصير من جانب الزوجة تلزم برد ما قبضته من مهر معجل.

المادة الثانية والأربعون:

إذا ردت دعوى التفريق لأحد الأسباب المذكورة في المادة الأربعين من هذا القانون لعدم ثبوته واكتسب قرار الرد درجة البتات ثم أقيمت دعوى ثانية بالتفريق لنفس السبب فعلى المحكمة أن تلجأ إلى التحكيم وفقاً لما ورد في المادة الحادية والأربعين.

المادة الثالثة والأربعون:

أولاً-للزوجة طلب التفريق عند توفر أحد الأسباب الآتية:

١-إذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

أما قانون الأحوال الشخصية في إقليم كردستان – العراق عدل النص الخاص بالحبس وأصبح كالآتي: [إذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر بعد مضي سنة على التنفيذ ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه].

٢-إذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين فأكثر بلا عذر مشروع، وإن كان الزوج معروف الإقامة، وله مال تستطيع الإنفاق منه.

أما قانون الأحوال الشخصية في إقليم كردستان-العراق عدل هذا الإتجاه وجعله كالآتي [إذا هجر الزوج زوجته مدة سنة فأكثر بلا عذر مشروع ولو كان الزوج معروف الإقامة وله مال تستطيع الإنفاق منه].

٣-إذا لم يطلب الزوج زوجته غير المدخول بها للزفاف خلال سنتين من تاريخ العقد، ولا يعتد بطلب الزوج زفاف زوجته إذا لم يكن قد أوفى بحقوقها الزوجية.

٤-إذا وجدت زوجها عنيناً أو مبتلى بما لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية، سواء كان ذلك لأسباب عضوية أم نفسية، أم إذا أصيب بذلك بعد الدخول بها وثبت عدم إمكان شفائه منها بتقرير صادر عن لجنة طبية رسمية مختصة، على أنه إذا وجدت المحكمة أن سبب ذلك نفسي، فتؤجل التفريق لمدة سنة واحدة شريطة أن تمكن زوجها من نفسها خلالها.

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

٦-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 أصيب بعد ذلك 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، أما إذا وجدت المحكمة أن العلة لا يؤمل زوالها خلال مدة مناسبة وامتنع الزوج عن الطلاق وأصرت الزوجة على طلبها، فيحكم القاضي بالتفريق.

٧-إذا امتنع الزوج عن الإنفاق عليها دون عذر مشروع بعد إمهالها مدة أقصاها ستون يوماً.

٨-إذا تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيبه أو فقده أو اختفائه أو الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على السنة.

٩-إذا امتنع الزوج عن تسديد النفقة المتراكمة المحكوم بها بعد إمهاله مدة أقصاها ستون يوماً من قبل دائرة التنفيذ.

ثانياً-للزوجة الحق في طلب التفريق قبل الدخول، وفي هذه الحالة على المحكمة أن تقضي بالتفريق، بعد أن ترد الزوجة إلى الزوج ما قبضته من مهر وجميع ما تكبده من أموال ونفقات ثابتة صرفها لأغراض الزواج.

ثالثاً-أ-للزوجة العراقية طلب التفريق عن زوجها المقيم خارج القطر بسبب تبعية جنسيتهُ لدولة أجنبية إذا مضى على إقامته في الخارج مدة لا تقل عن ثلاث سنوات بسبب منعه أو امتناعه من دخول القطر.

ب-يعتبر تأييد الجهة الرسمية المختصة بإقامة الزوج في الخارج لأغراض هذه الفقرة بديلاً عن إجراءات تبليغه بلائحة الدعوى وموعد المرافعة على أن يتم نشر الحكم الصادر على الزوج في إحدى الصحف المحلية.

رابعاً:

١-لزوجة المفقود الثابت بصورة رسمية أن تطلب من المحكمة التفريق عن زوجها بعد مرور أربع سنوات على فقدانه وعلى المحكمة أن تتثبت من استمرار الفقدان بالطريقة نفسها التي ثبت بها فقدانه ثم تصدر حكمها بالتفريق.

٢-تعتد زوجة المفقود بعد الحكم بالتفريق أربعة أشهر وعشرة أيام.

المادة الرابعة والأربعون:

يجوز إثبات أسباب التفريق بكافة وسائل الإثبات بما في ذلك الشهادات الواردة على السماع، إذا كانت متواترة، ويعود تقديرها إلى المحكمة، وذلك بإستثناء الحالات التي حدد القانون وسائل معينة لإثباتها.

المادة الخامسة والأربعون:

يعتبر التفريق في الحالات الواردة في المواد (الأربعين، والحادية والأربعين، والثانية والأربعين، والثالثة والأربعين)، طلاقاً بائناً بينونة صغرى.

المبحث الثاني

محاكم محافظة دهوك

المطلب الأول: نبذة عن محافظة دهوك ومحاكمها.

تعد محافظة دهوك واحدة من المحافظات الأربعة الأساسية في جنوب كردستان–العراق، حيث ترتبط بها تسعة أقضية وهي آميدي وزاخو وسيميل وآكري وشيخان وبردرش وسرسنك وديرلوك وقسروك موقع محافظة دهوك هو شمال غرب إقليم كوردستان وشمال العراق. يبلغ تعداد نفوس محافظة دهوك حوالي ١٠٠٠,٠٠٠نسمة، وتبلغ مساحة المحافظة (١٠٧١٥) كم^{٢} [٨].

وتعد مدينة دهوك حديثة المنشئ، ويبدأ تاريخها الحديث من سبعينات القرن الماضي لتتحول شيئا فشيئا إلى مدينة وتظهر عليها سمات المدن، ولكن عندما نتطلع إلى تاريخها القديم فسوف نرى بأنها كانت من أقدم الأماكن التي استوطنت بالسكان في المنطقة، حيث مرت عليها عدة حضارات. وهذا ما ظهر بالفعل عندما قام وفد من جامعة وارشو في بولونيا برئاسة البروفسور (كوسولوسكي) بأعمال التنقيب والبحث في قرية نمريكي الواقعة في ناحية فايدة في جنوبي مدينة دهوك وشرق نهر دجلة عام ١٩٨٥، حيث وصلوا إلى نتيجة مفادها ان تاريخ المنطقة يرجع إلى ثمانية الالاف عام قبل الميلاد وكانت هناك حياة في تلك الأزمنة على هذه الدروب [٩].

والشعب في دهوك يتحدثون اللغة الكردية التي هي جانب من لغات الهندو أوروبية. ولهم ملابسهم الكردية الخاصة بهم وبتراثهم الجميل، تحولت مدينة دهوك عام ١٨٥٠ إلى ناحية وعام ١٨٧٣ إلى قضاء تابعة للموصل، وفي١٩٦٩ إلى محافظة مستقلة.

تاريخ محاكم دهوك العراق لقاء مع القاضي (محمد علي البريفكاني) في منزله بتاريخ ٢٠١٣/٨/١ [١٠].

---

(٨) منتديات أهل الأنبار: المنتديات التاريخية: منتدى **تأريخ المدن والأقضية والقرى والنواحي** تحديث الصفحة تاريخ محافظات العراق الثماني عشر المصدر: http://www.ahlalanbar.net/showthread.php?t=١٠٢٩٢١#ixzz٢f٥Uc٢lsw. والموسوعة الجغرافية/المجلة الجغرافية. نافذة الجغرافيين العرب، منتدى الجغرافية الإقليمية، قسم **جغرافية آسيا**، جميع الحقوق محفوظة لمنتدى الموسوعة الجغرافية © م٢٠٠٩ – ٢٠١١م، http://www.٤geography.com/vb/showthread.php?t=١٤٨٦.

(٩) المديرية العامة للسياحة في دهوك كردستان العراق: **تاريخ مدينة دهوك**: http://duhoktourism.org/ar/service/%D٨٪AA%.

(١٠) القاضي شيخ محمد علي البريفكاني ولد في عام ١٩٣٠ في مدينة دهوك درس الإبتدائية في دهوك والمتوسطة والإعدادية في الموصل وبعدها درس كلية الحقوق في بغداد سنة ١٩٤٩–١٩٥٤ حيث تخرج سنة ١٩٥٤ عمل موظفا في وزارة الداخلية ثم عين مديرا لناحية بارزان خلال

أولاً: فترة الخلافة العثمانية: خلال فترة الخلافة العثمانية كان في مدينة دهوك قاضي شرعي تركي الجنسية يقوم بفض الخلافات بين المتخاصمين وكان القاضي الشرعي يلبس الملابس الخاصة بالعلماء الشرعيين أي لباس الأئمة والخطباء.

ثانياً: العهد الملكي: وفي سنة ١٩٢٩ تم إنشاء أول محكمة في مدينة دهوك وكانت تسمى (محكمة الصلح) أي محكمة البداءة حيث كانت لديها صلاحيات النظر في محاكم الجنح والشرعية والأحوال المدنية وصلاحيات كاتب العدل ومنفذ العدل وكانت تابعة لمحكمة إستئناف محافظة الموصل.

ثالثاً: العهد الجمهوري: أي بعد تحول العراق إلى جمهورية ففي سنة ١٩٦٩ أصبحت محكمة بداءة دهوك إلى (محكمة جنايات دهوك) في البداية كانت محكمة جنايات دهوك برئاسة قاضي يسكن مدينة الموصل والأعضاء كانوا من مدينة دهوك وكان من بينهم شيخ بشير البريفكاني، حيث كان الحكام والقضاة يسكنون محافظة الموصل ويأتون في الأسبوع مرة واحدة إلى محافظة دهوك لتشكيل محكمة الجنايات.

وفي بداية عام ١٩٧٠ ترأس محكمة جنايات دهوك شخصية كردية وكان أول كردي يرأس محكمة جنايات دهوك وكان اسمه (رشيد عبد القادر)، وكان من مدينة أربيل، وفي عام ١٩٧٢ كان من بين أعضاء محكمة جنايات دهوك قاضي كردي اسمه (جلال امين عبد الرحمن)، ومن سنة ١٩٧٥ إلى ١٩٩٣ كان رئيس المحكمة الجنائية قاضي كردي اسمه (وريا) من مدينة اربيل.

وفي سنة ١٩٩٢ انفصلت محكمة دهوك عن محكمة إستئناف محافظة الموصل وأصبحت تابعة لمحكمة إستئناف محافظة اربيل.

وفي ٢٠٠٨/٤/٦ أصبحت محكمة إستئناف محافظة دهوك تابعة لمجلس قضاء إقليم كردستان العراق.

وهناك تسعة محاكم كلها تابعة لمحافظة دهوك وهي:

أعوام ١٩٥٥ إلى عام ١٩٥٨ من قبل وزير الداخلية وتنقل في عدة مدن عراقية بصفة مدير ناحية، وفي عام ١٩٦٨ عين قائمقاما في شنكال ثم نقل إلى محافظة الديوانية، ثم عزل من منصبه وعين موظفا في الموصل في دائرة الشرطة، وفي عام ١٩٧١ نقل إلى وزاة العدل حيث عين كاتبا للعدل في الموصل، وفي عام ١٩٧٦ عين قاضياً في محكمة العمادية، ومن ثم نقل إلى مدينة دهوك حيث عين قاضياً في محكمة البداءة وعضو في محكمة جنايات دهوك، في نهاية عام ١٩٨٧ تقاعد عن وظيفة القاضي لأسباب صحية، خلال سنوات التقاعد عمل كمحامي في محكمة دهوك، ثم اعيد إلى الخدمة مرة ثانية في عام ١٩٩٣ حيث عين رئيساً لمحكمة جنايات دهوك ونائب رئيس لمحكمة إستئناف دهوك، بقي كرئيس لمحكمة جنايات دهوك لمدة سبع سنوات.

١-محكمة دهوك. ٢-محكمة زاخو. ٣-محكمة سميل. ٤-محكمة العمادية. ٥-محكمة ديرلوك. ٦-محكمة عقرة. ٧-محكمة بردرش. ٩-محكمة قسروك [١١].

(١١) يونس مصطو خمو: مسؤول قسم الإحصاء في رئاسة محكمة إستئناف دهوك، إقليم كردستان العراق.

المطلب الثاني

بيانات التفريق القضائي في محكمة إستئناف دهوك:

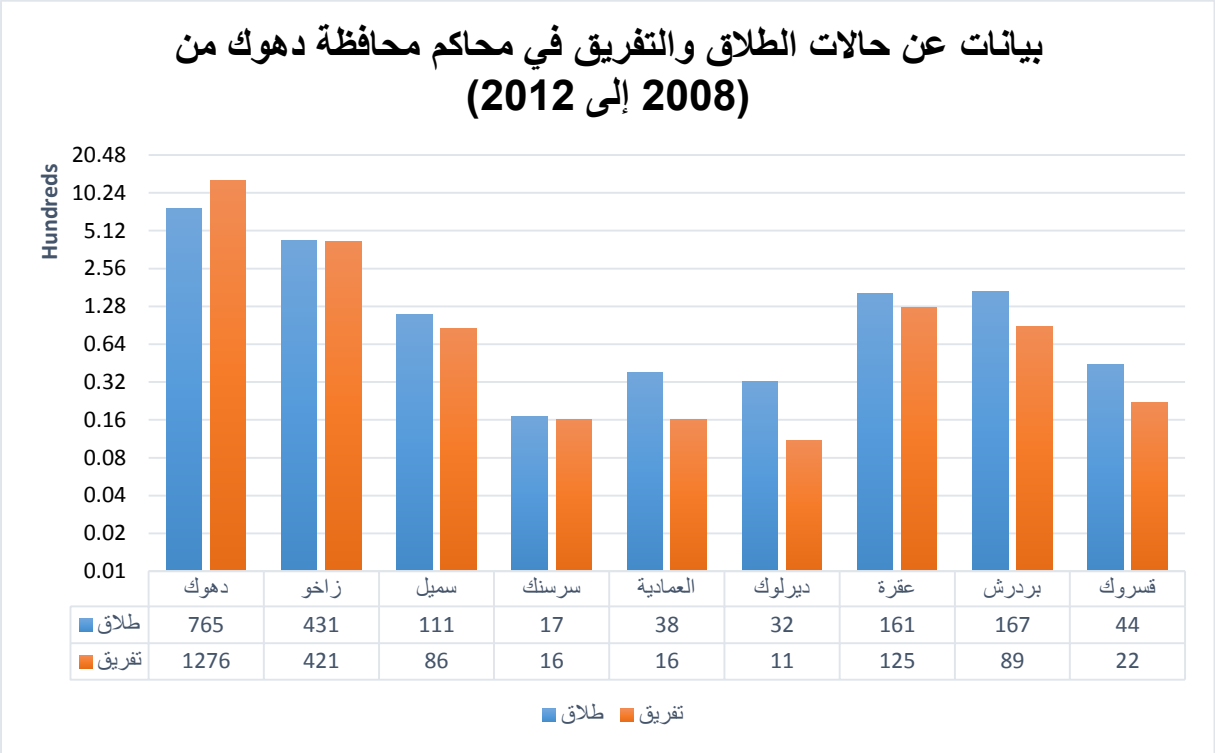
من خلال الأطلاع الذي قام به الباحث على الإحصائيات من مكتب الباحث الإجتماعي وقسم الإحصاء في محكمة الأحوال الشخصية في دهوك نلاحظ أن هناك زيادة كبيرة في نسبة الطلاق والتفريق القضائي ما بين عام ٢٠٠٨ و٢٠١٢ حيث سجلت إحصائية عام ٢٠٠٨ الدعاوى المحسومة بـ (٥١٠) دعوى تم حسمها في حين نجد أن إحصائية عام٢٠٠٩ سجلت زيادة في هذا العدد حيث سجلت (٥٦٤) دعوى محسومة، وفي عام ٢٠١٠ سجلت زيادة في هذا العدد أيضاً حيث سجلت (٦٨٤) دعوى محسومة، وفي عام ٢٠١١ سجلت زيادة أخرى حيث سجلت (٧١٢) دعوى محسومة، وفي عام ٢٠١٢ سجلت نسبة أعلى من السنوات الأخرى حيث سجلت (٩١٣) دعوى محسومة، وهذا يعني أنه لمدة خمس سنوات وصلت حالات الطلاق والتفريق إلى (٣٣٨٣) حالة، أخذ التفريق منها حوالي (١٨٣٧) حالة بحد ذاتها، وإن هذه الزيادة مستمرة تبعاً لزيادة عدد سكان المحافظة بال إضافة إلى الظروف العامة للبلد.

وأكد رئيس محكمة الإستئناف في محافظة دهوك الحاكم (محمدأمين شرفاني) إن حالات الزواج وصلت إلى (١٣٨٤٩) حالة في سنة (٢٠١٢)، في حين كانت (١١٤٤٦) حالة في سنة (٢٠١١) أي ازدادت بنسبة (٢١%) وإن حالات الطلاق في سنة (٢٠١٢) وصلت إلى (٩١٣) حالة، في حين كانت (٧١٢) حالة في سنة (٢٠١١) أي ازدادت بنسبة (٢٨%) كما تشير البيانات [١٢].

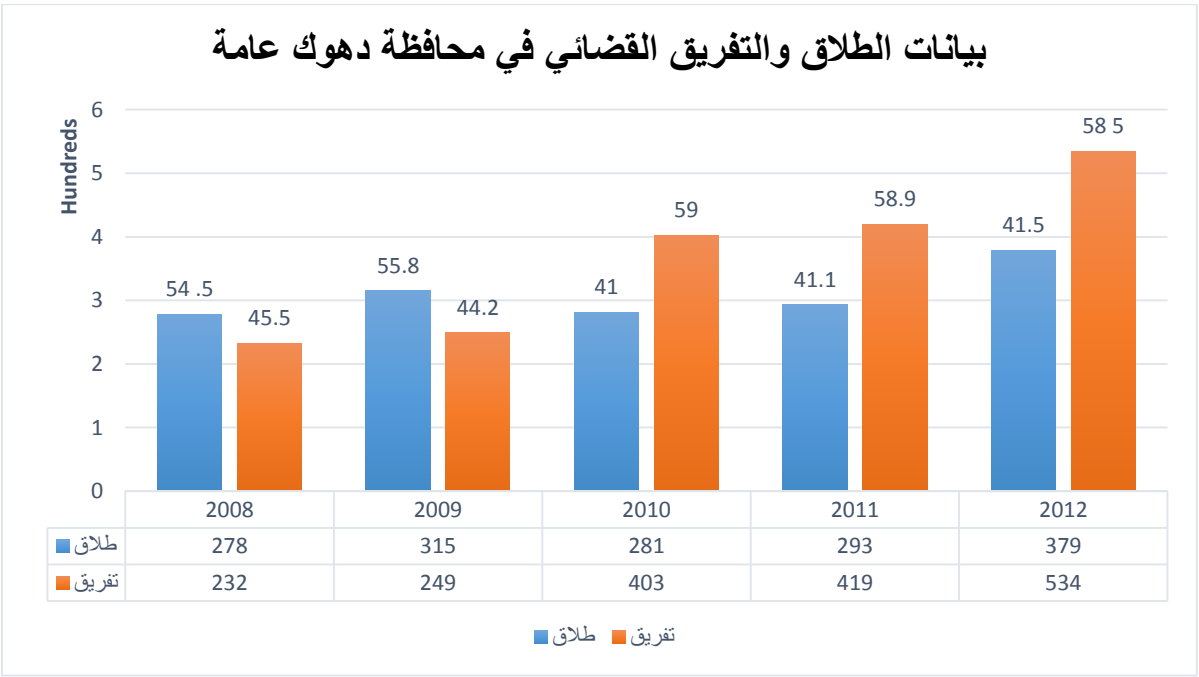
وإليك الرسوم البيانية لعدد حالات الطلاق والتفريق القضائي في محاكم محافظة دهوك:

(١٢) كاروان نجيب: الحاكم محمد أمين شرفاني رئيس محكمة إستئناف دهوك، لجريدة (ئةفرو) أي (اليوم) العدد (١١١٠) الأربعاء ٢٠١٣/١/٢٣م، ص١، www.evropress.org.

الجدول الأول: بينات حالات الطلاق والتفريق في جميع محاكم دهوك والتي عددها تسعة محاكم [١٣].



الجدول الثاني: بيانات الطلاق والتفريق القضائي بشكل عام في محافظة دهوك [١٤].



(١٣) قسم الإحصاء في رئاسة محكمة إستئناف دهوك، إقليم كردستان العراق.

(١٤) قسم الإحصاء في رئاسة محكمة إستئناف دهوك، إقليم كردستان العراق.

وهذا يعني أنه معدل حالات الطلاق في محافظة دهوك لمدة خمس سنوات هو ٤٦,١٣% مقارنة بالتفريق القضائي الذي حصل على نسبة ٥٣,٨٧%.

وينتقد قاضي محكمة الأحوال الشخصية القاضي إبراهيم إسماعيل خوشناو، موقف بعض منظمات حقوق المرأة في المنطقة، مؤكداً أنها تدفع النساء إلى هاوية الطلاق، عبر دعواتها الغير المدروسة لتحرر المرأة من التزاماتها، على حد قوله. وعلى الحكومة، والجهات المختصة، أن تراعي قضية الطلاق بجدية من ناحية إستقصاء أسبابها الحقيقية، ووضع برامج للمعالجة، ويبدوا أن أول طرق العلاج، البحث عن مخرج لأزمة الإسكان في إقليم كردستان، التي ربما تحد من الظاهرة. وتنشط المنظمات المعنية بالأسرة، والمرأة في محاولة للبحث عن أسباب للظاهرة، وعلاجها، وهناك من قال بأن أسباب الطلاق يعود إلى الزواج المبكر للفتيات، واللواتي ليس لديهن فكرة واضحة عن الزواج، وواجباته، والمسؤولية الأسرية، وهو ما تنجم عنه مشكلات تؤدي إلى الطلاق. لكن نائب رئيس محكمة الإستئناف في أربيل، القاضي عبد الباسط فرهادي، يرى أن منع الطلاق أمر غير ممكن، لكن الممكن هو العمل على الحد من معدلاته المرتفعة، بالنظر إلى ما له من تداعيات خطيرة تؤثر فيما بعد على الأطفال. ويعتبر القاضي فرهادي، أن الحروب المتتالية أدت إلى الكثير من المشاكل الإجتماعية في العراق، ومنها الطلاق، لافتاً إلى أن سوء إستعمال أجهزة الإتصالات، وبث المعلومات كالهواتف النقالة، والإنترنت وغيرها من الأسباب، بات يسبب مشاكل في الأسر تصل في أحيان كثيرة إلى الطلاق [١٥].

(١٥) عيسى السيد جعفر: جميع الحقوق محفوظة لجريدة البينة ٢٠٠٥م، تحقيقات: كردستان العراق... مشاكل الزواج والطلاق في تزايد مستمر، http://www.al-bayyna.com/modules.php?name=News&file=article&sid=١٧٨٩٤.

المبحث الثالث

مفهوم التفريق القضائي

المطلب الأول: مفهوم التفريق القضائي في القانون العراقي.

إن إنحلال الرابطة الزوجية قد يكون بالفسخ أو بالطلاق الذي يوقعه الزوج أو بالتفريق الإتفاقي وهو ما يعرف بالخلع أو بالتفريق القضائي وهو موضوع بحثنا هذا، وكل ما ذكر من أوجه إنحلال الرابطة الزوجية يعد طلاقاً وهذا ما أشارت إليه المادة (٤٥) من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

وعلى هذا الأساس فقد عرف بعض شراح قانون الأحوال الشخصية التفريق القضائي بأنه (حل قيد الزواج بطلاق يوقعه القاضي بناءً على طلب الزوج أو الزوجة عند تحقق الأسباب القانونية) [١٦].

وعلى هذا الأساس سنتناول تعريف الطلاق لغةً وإصطلاحاً على إعتبار أن التفريق القضائي ما هو إلا بطلاق صادر بحكم من القاضي كالآتي:

أولاً-التعريف اللغوي للطلاق:

الطلاق لغة كلمة مشتقة من أصل الفعل الثلاثي طَلّقَ ومعناه في اللغة (إخلاء السبيل، والمرأة تطلق طلاقاً فهي طالق وطالقة غدا. والطالق من الإبل ناقة ترسل في الحي ترعى من جانبهم أي حوإليهم حيث شاءت، ولا تعقل إذا راحت ولا تنحي في المسرح، وأطلقت الناقة وطلقت هي أي حللت عقالها فأرسلتها. ورجل مطلاق ومطليق أي كثير الطلاق للنساء) وذكر كذلك بأن الطلاق مأخوذ من الإطلاق، وهو الإرسال والترك تقول: أطلقت الأسير، إذا حللت قيده وأرسلته [١٧].

ثانياً-التعريف الإصطلاحي للطلاق:

([١٦]) القاضي /نائب المدعي العام: نعمان ثابت حسن، **التفريق القضائي القائم على الضرر في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩**، الجزء الأول، مجلة التشريع والقضاء، مجلة فصلية.

([١٧]) انظر: الرازي؛ زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (ت ٦٦٦هـ): ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م، مختار الصحاح، المحقق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية-الدار النموذجية-بيروت-صيدا-ط٥، باب الطاء، ج١/ص٤٠٣. وانظر: إبن منظور الأفريقي المصري؛ ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم: ١٤٠٥هـ، **لسان العرب**، دار إحياء التراث العربي-بيروت-ط١، ج١٠/ص٢٣١. وانظر: ود.أحمد مختار عبد الحميد عمر (ت ١٤٢٤هـ): ١٤٢٩هـ -٢٠٠٨م، **معجم اللغة العربية المعاصرة**، عالم الكتب-ط١، باب الطاء فصل الطاء واللام والقاف، ج٢/ص١٤١١.

الطلاق إصطلاحاً يكون على معنيين أحدهم: حل عقدة النكاح والآخر بمعنى الترك والإرسال، فمن الفقهاء من عرفه بأنه (رفع قيد النكاح بلفظ مخصوص صريحاً أو كفاية أو إشارة) [١٨].

ثالثاً: الطلاق في القانون العراقي: كما عرفه المشرع العراقي في المادة الرابعة والثلاثين من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ بأنه: (رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو من الزوجة إن وكلت به أو فوضت أو من القاضي).

فكثير من قوانين الدول العربية لم تعرف الطلاق واعتقد انه كان من الأفضل أن يتجنبه المشرع العراقي أيضاً لأنه من إختصاص الفقهاء وليس من إختصاص المشرعين.

أما الفقهاء المعاصرون فقد عرفوا الطلاق بأنه: حل العصمة الزوجية [١٩]، ومنهم قال: بأنه الصيغة الدالة على إنهاء الحياة الزوجية في الحال والمآل الصادرة من أهله في محله قاصداً لمعناه أمام الشهود [٢٠]. كما إن إطلاق لفظ النكاح عند (الفقهاء) أو الزواج في قانون الأحوال الشخصية العراقي من دون تقييده بالصحيح كما فعل الفقهاء المعاصرون محل نظر لأن الطلاق لا يكون إلا في عقد النكاح أو الزواج الصحيح من دون الفاسد والباطل لأن العقد الفاسد ينتهي بالفسخ [٢١]، والعقد الباطل ينتهي بالمتاركة [٢٢].

أما بالنسبة لتعريف الطلاق من قبل المشرع العراقي فإن ما يميز هذا التعريف عن التعريف الشرعي هو أنه أقر بوضوح إيقاع الطلاق من قبل الزوجة إذا فوضها الزوج حق تطليق نفسها، كما أقر إيقاع الطلاق من قبل القاضي وهذان الأمران ليسا محل إتفاق بين الفقهاء [٢٣].

---

(١٨) السيد سابق، ١٩٨٣م، فقه السنة، دار الفكر-لبنان-بيروت-ط٤، المجلد الثاني، ج٦/ص٢٨٣.

(١٩) انظر: جابر بن موسى بن عبد القادر بن جابر أبو بكر الجزائري: ١٩٢١م: **النكاح والطلاق أو الزواج والفراق**، الناشر: مطابع الرحاب-المدينة المنورة-السعودية-ط٢، ص١٥.

(٢٠) انظر: د. عبد الرحمن الصابوني: ١٩٦٨م، **مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية**، دار الفكر-بيروت-لبنان-ط٣، ج١/ص٧٤.

(٢١) النكاح الفاسد ينتهي بالفسخ فإن هذا لا يمنع من أن ينتهي النكاح الصحيح بالفسخ أيضا في حالة عدم الوفاء بما اشترطه أحد الزوجين، ومجمل الكلام أن الطلاق لا يكون إلا مع النكاح الصحيح أما الفسخ فقد يكون كليهما، انظر: د. عبد الرحمن الصابوني: ص٧٥.

(٢٢) انظر: فاروق عبد الله كريم: ٢٠٠٤م، **الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) ١٩٥٩ وتعديلاته**، جامعة السليمانية-كردستان العراق-ط١، ١٦٥.

(٢٣) انظر: د. فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) ١٩٥٩ وتعديلاته، ص١٦٦.

وبعد هذه الدراسة حول تعريف الطلاق والتفريق فإن ما يميز التفريق عن الطلاق بما يلي:[٢٤].

١-في التفريق الزوج لا يتلفظ بصيغة الطلاق بل يقع بقرار من القاضي، أما في الطلاق لابد وأن يتلفظ الزوج بصيغة الطلاق المخصوصة شرعا.

٢-التفريق لا يشترط فيه الأشهاد إذا كان عقد زواج الطرفين تم على وفق أحكام المذهب الجعفري، بينما في الطلاق يعتبر من أركان صحة وقوعه عند الإمامية.

٣-التفريق لا يشترط فيه طهر الزوجة عند وقوعه، بينما يعد من شروط صحته عند الطلاق عند الإمامية.

٤-الطلاق يقع من حين التلفظ بصيغته الشرعية، بينما في التفريق أثر إنحلال الرابطة يقع أعتبارا من تاريخ صدور قرار الحكم القضائي بالتفريق.

٥-يشترط عند الطلاق حضور الزوج في مجلس الطلاق، بينما لا يشترط ذلك في التفريق، إذ من الممكن أن يصدر قرار التفريق دون حضور الزوج أو حتى علمه به عندما تكون المرافعة في الدعوى غيابية.

٦-من الممكن إستئناف الحياة الزوجية دون عقد أو مهر جديد في الطلاق الرجعي، بينما في التفريق يعتبر الطلاق بائن ولا يحق للطرفين الرجوع إلى بعضهم إلا بعقد ومهر جديدين.

---

(٢٤) سالم روضان الموسوي: **حق الزوجة في طلب التفريق بسبب العنف الأسري**، الحوار المتمدن-العدد: ٣١٢٧-٢٠١٠-٩-١٧-٢٢:٣٢، المحور: حقوق المرأة ومساواتها الكاملة في كافة المجالات، من موقع الحوار المتمدن.

المطلب الثاني

مفهوم التفريق القضائي ومشروعيته في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: مفهوم التفريق القضائي:

أولاً: التفريق لغة: مصدر فرق، الفاء والراء والقاف، أصل صحيح يدل على تمييز وتزين بين شيئين، والفرقة مصدر الإفتراق، وفارق الشيء مفارقة وفراقاً، أي باينه، وتفارق القوم: فارق بعضهم بعضاً، وفارق فلان امرأته مفارقة وفراقاً: باينها، وفرقت بين الشيئين افرق فرقاً وفرقاناً، وفرقت الشيء تفريقاً وتفرقة، [٢٥].

ويلاحظ من مراجعة المعاجم اللغوية إن المعنى اللغوي للتفريق يراد به الفصل بين الشيئين والمباينة بينهما، وقد وردت شواهد في القرآن الكريم لمعنى الفرق حيث وردت الفرقة بين الزوجين بمختلف إشتقاقاتهما اللفظية في ثلاث مواضع هي:

الأول: قوله تعالى:{ فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ }[البقرة:١٠٢].

الثاني: قوله تعالى: {فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أو فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ }[الطلاق:٢].

الثالث: قوله تعالى:{وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا }[النساء:١٣٠].
ثانياً: التفريق إصطلاحاً

الفرقة والتفريق مصطلحان فقهيان هما النتيجة العملية للطلاق أو التطليق أو فسخ العقد، وقد إعتنى الفقهاء بتعريف الطلاق أكثر من إعتنائهم بتعريف الفرقة أو الفسخ، ولذا فسنحاول الوصول إلى معنى الفرقة اصطلاحاً من خلال نظرة الفقهاء إلى معنى الطلاق.

وعرفه بعض الفقهاء فقالوا:

([٢٥]) أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (ت ٣٩٣هـ)، ١٤٠٧هـ -١٩٨٧م، **الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية**، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين-بيروت-ط٤، باب القاف فصل الفاء، ج٤/ص١٥٤٠. وأبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا: ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، **معجم مقاييس اللغة**، المحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر-بيروت-لبنان، باب الفاء، الفاء، الراء، القاف، ج٤/ص٤٩٣. وانظر: د.أحمد مختار عبد الحميد عمر معجم اللغة العربية المعاصرة، باب الطاء فصل الفاء والراء والقاف، ج٣-ص٣٧٤٥.

هو إنحلال الرابطة الزوجية، والفصل والمباينة بين الزوجين، سواء كان بطلاق أم غيره، أو هو إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناءً على طلب أحدهما لسبب ما، كالشقاق والضرر وعدم الإنفاق والغياب [٢٦].

والفرقة بالمجمل رفع قيد النكاح حالاً أو مآلاً، أو ما تنحل به عقدة النكاح فينقطع به ما بين الزوجين من علاقة زوجية. فالحنفية يرون أن الفرقة رفع لقيد النكاح [٢٧]، وعند المالكية هي صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجته، أو رفع القيد الثابت بالنكاح [٢٨]، والشافعية يرون أنها حل لعقد النكاح أو تصرف للزوج يقطع النكاح [٢٩]، أما الحنابلة فالفرقة عندهم تعني حل قيد النكاح أو بعضه [٣٠].

وأشار ابن نجيم [٣١]، في تعليقه على تعريف الحنفية للطلاق منتقداً إياه، إنه يتضمن نوعي الفرقة من الطلاق والفسخ، والتفريق الذي انتقده يشملهما فإن ذلك يخدم موضوعنا بالإعتبار الكلي ليكون من التعريفات العامة للفرقة بنوعيها التطليق والفسخ، لأن ابن نجيم بتعليقه قد أشار إلى المعنى المراد للفرقة عند الحنفية بنوعيها وهو ما نريد التوصل إليه، وقد استخدم الفقهاء كابن نجيم وابن الهمام [٣٢]، لفظ التفريق مرادفاً

([٢٦]) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت: ١٤٠٤-١٤٢٧هـ، **الموسوعة الفقهية الكويتية**، مطابع دار الصفوة-مصر-ط١، ج٣٢/ص١٠٧.

([٢٧]) زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (ت ٩٧٠هـ)، د.ت، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، دار الكتاب الإسلامي-ط٢، ج٣/ص٢٥٢.

([٢٨]) انظر: الحطاب الرعيني، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، (ت ٩٥٤هـ): ١٤٢٣هـ -٢٠٠٣م، **مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل**، المحقق: زكريا عميرات، عالم الكتب-بيروت-طبعة خاصة، ج٥/ص٢٦٨. ومحمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني: (ت١١٢٢هـ)، ١٤١١هـ، **شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك**، دار الكتب العلمية-بيروت، ج٣/ص٢١٦.

([٢٩]) انظر: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ)، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٥م، **منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه**، المحقق: عوض قاسم أحمد عوض، دار الفكر-بيروت، ط١، ج١/ص٢٢٦.

([٣٠]) انظر: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (ت ٨٨٥هـ): د.ت، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط٢، ج٨/ص٤٢٩.

([٣١]) ابن نجيم هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم (٩٧٠ هـ -١٥٦٣م): فقيه حنفي، من العلماء، مصري الجنسية، له تصانيف، منها (الأشباه والنظائر -ط) في أصول الفقه و (البحر الرائق في شرح كنز الدقائق -ط) فقه، ثمانية أجزاء، منها سبعة له والثامن تكملة الطوري، و (الرسائل الزينية -ط) ٤١ رسالة، في مسائل فقهية، و (الفتاوى الزينية -ط)، نقلا عن: الأعلام للزركلي.

([٣٢]) ابن الهمام هو محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود الكمال ابن الهمام السيواسى الأصل ثم القاهرى الحنفى، (٧٩٠- ٨٦١)، ولد سنة ٧٩٠ تسعين وسبعمائة وقدم القاهرة صغيرا وحفظ عدة من المختصرات وعرضها على شيوخ عصره، ثم شرع في الطلب فقرأ على بعض أهل بلده بعد أن عاد إليها ثم رجع إلى القاهرة فقرأ على العز ابن عبد السلام والبساطى والشمنى والجلال الهندى والولى العراقى والعز ابن جماعة، وصنف التصانيف النافعة : كشرح الهداية في الفقه، والتحرير في أصول الفقه، والمسايرة في أصول الدين، وجزء في حديث كلمتان خفيفتان ي اللسان، ومات في يوم الجمعة سابع رمضان سنة ٨٦١ إحدى وستين وثمان مائة بمصر.

للتطليق فقد جعلا قول القاضي للزوجين فرقت بينكما عند إباء الزوج الإسلام حال إسلام زوجته وبعد اللعان جعلا ذلك من الطلاق.

بعد عرض تعريفات العلماء للتفريق وبعد الدراسة فيها فإنه يبدوا أن التعريف الذي سأذكره تعريف جمع بين التعريفات السابقة ليكون التعريف على النحو التالي: التفريق هو: انحلال رابطة الزوجية وانقطاعها بسبب من الأسباب التي توجب الحكم بذلك.

ثالثاً: القضاء لغةً

القضاء مصدر قضى، وهو القطع والفصل ويأتي بمعنى الحكم أيضاً، يقال قضى بين الخصمين: أي حكم بينهما وقضي له، أي حكم له، وقضى بكذا: أي حكم بكذا [٣٣]. وأيضاً تأتي بمعنى الحكم والجمع الأَقْضِيَةُ والقَضِيَّةُ مثله والدمع القَضَايَا وقَضَى يقضي بالكسر قَضَاءً أي حكم ومنه قوله تعالى: {وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ}[الاسراء:٢٣]، وقوله تعال: {وَقُضِيَ بَيْنَهُمْ بِالْحَقِّ وَقِيلَ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ} [الزمر:٧٥]، والمعنى فصل بين أهل الجنة والنار، أو بين الأمم ورسلهم، ومصدر القضاء فيهم بما يستحقون قضائه بالحق، وعلى مجازاته الذين أساءوا بما عملوا، ومجازاته الذين أحسنوا بالحسنى [٣٤].

رابعاً: القضاء إصطلاحاً:

لقد تعددت تعريفات الفقهاء الإصطلاحية للقضاء ولن أفصل فيها وساكتفي بما يخدم غرض البحث من ذكرها وذلك بالإشارة إلى بعض التعريفات لدى المذاهب المختلفة التي تعطي القارئ تصوراً عاما عن المعنى المراد، ومن هذه التعريفات:

١-عرفه الحنفية بأنه: فصل الخصومات وقطع المنازعات [٣٥].

([٣٣]) مجمع اللغة العربية بالقاهرة: إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، د.ت، **المعجم الوسيط**، دار الدعوة-دط، ج٢/ص٧٤٢.

([٣٤]) د. محمد سيد طنطاوى (شيخ الأزهر) ١٤٣١هـ-٢٠١٠م: د.ت، **التفسير الوسيط للقرآن الكريم**، د.ط.ن، ج١٢/ص٢٥٢.

([٣٥]) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (ت ١٢٥٢هـ): ١٤١٢هـ -١٩٩٢م، **رد المحتار على الدر المختار**، دار الفكر-بيروت-ط٢، ج٥/ص٣٥٢.

٢-المالكية قالوا بأنه: الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام [٣٦].

٣-وذهب الشافعية إلى أنه: إلزام من له إلزام بحكم الشرع [٣٧]، أو هو فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى [٣٨]، وهذا التعريف هو المختار، لأن فيه الفصل في معنى الخصم والقيام به بالحكم.

٤-وعرفه الحنابلة بأنه: "الإلزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومات" [٣٩].

ثم إن القضاء الشرعي أصل المحاسن ومجمعها ومشعب المكارم ومنشؤها، لما أن المراد منه نيابة الله تعالى ونيابة رسوله عليه السلام، فإن القضاء بالحق من أقوى الفرائض بعد الإيمان وهو أشرف العبادات. وبه أمر كل نبي مرسل صلوات الله سبحانه وتعالى عليهم أجمعين. لأن المقصود منه إظهار العدل ورفع الظلم من الظالم وإيصال الحق إلى المستحق والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر [٤٠].

خامساً: مفهوم التفريق القضائي

من خلال العرض السابق لمفردات الموضوع ومعانيها، وللوصول إلى المعنى المراد على هيئة تعريف كامل وجامع، فلا بد أن يكون التعريف المراد من المعنى حل العقد أو رفع العقد أو قطع العلاقة الزوجية، كما لا بد أن يدخل فيه فعل القاضي وهو واحد من أمرين إما رفع العقد أو قطعه، أو تقرير ثبوت إنتهائه أو

---

(٣٦) الحطاب الرُّعيني المالكي؛ شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، (ت ٩٥٤هـ): ١٤١٢هـ-١٩٩٢م، **مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل – الرعيني**، دار الفكر، بيروت-لبنان-ط٢ ج٦/ص٨٦. وصالح بن عبد السميع الآبي الأزهري (ت ١٣٣٥هـ): د.ت، **الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني**، المكتبة الثقافية-بيروت-د.ط، ج١/ص٦٠٤.

(٣٧) سليمان بن محمد بن عمر البُجَيْرَمِيّ المصري الشافعي (ت ١٢٢١هـ): ١٤١٥هـ-١٩٩٥م، **تحفة الحبيب على شرح الخطيب = حاشية البجيرمي على الخطيب**، دار الفكر-بيروت-د.ط، ج٤-ص٣٧٨. وأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي (ت٩٧٤هـ): ١٣٥٧هـ -١٩٨٣م، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، المكتبة التجارية الكبرى-مصر-د.ط، ثم صورتها دار إحياء التراث العربي-بيروت، ج١٠/ص١٠١.

(٣٨) سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري، المعروف بالجمل (ت ١٢٠٤هـ): د.ت، **حاشية الجمل على شرح المنهج**، دار الفكر-بيروت-د.ط، ج٥/ص٣٣٥. وشمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت ٩٧٧هـ): ١٤١٥هـ-١٩٩٤م، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، دار الكتب العلمية-بيروت-ط١، ج٦/ص٢٥٧.

(٣٩) برهان الدين؛ إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق (ت ٨٨٤هـ): ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م، **المبدع في شرح المقنع**، دار عالم الكتب-الرياض-د.ط، ج١٠/ص٣. وانظر: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (ت١٠٥١ هـ): ١٤٠٢هـ، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر-بيروت-د.ط، ج٦/ص٢٨٥.

(٤٠) انظر: قاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي الرومي الحنفي (ت ٩٧٨هـ): ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م، **أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء**، المحقق: يحيى حسن مراد، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان-د.ط، ج١/ص٨٣.

انقطاعه، ولا بد كذلك من شمول التعريف لإنتهاء الحل بين الزوجين في الحال أو المآل لإعتبارات نوعي الطلاق الرجعي والبائن، كما يدخل فيه تعريف القاضي، للدلالة على الفعل القضائي الملزم.

أما المعنى الكامل للتفريق القضائي فإنه بعد البحث والتنقيب في مؤلفات القدامى فقد تبين أن المفهوم العام للتفريق القضائي هو أحد معنيين:

الأول: حل العلاقة الزوجية بأمر القاضي بناءً على طلب الزوجة [٤١].

الثاني: قطع النكاح بين الزوجين بأمر القاضي بناءً على طلب أحدهما [٤٢].

أما مفهومه في المؤلفات الحديثة هو: إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناءً على طلب أحدهما لسبب، كالشقاق والضرر وعدم الإنفاق، أو بدون طلب من أحد حفظاً لحق الشرع، كما إذا ارتد أحد الزوجين [٤٣].

([٤١]) انظر: عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (ت ٧٤٣ هـ): ١٣١٣هـ-١٨٩٢م، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي**، المطبعة الكبرى الأميرية –بولاق-القاهرة-ط١، ج٢/ص٢٦٧.

([٤٢]) انظر: محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، باب ما جاء في الخلع، ج٣/ص٢٧٨.

([٤٣]) انظر: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج٢٩/ص٦-٧.

الفرع الثاني

مشروعية التفريق القضائي

بعد تتبع الأدلة في كتب التشريع الإسلامي وجدت أن التفريق بأنواعه ثبتت مشروعيته بالكتاب والسنة النبوية والإجماع والمعقول وسأورد الأدلة الواردة في الموضوع بشكل مختصر.

أولاً: مشروعية التفريق من القرآن الكريم:

١-قوله تعالى:{ وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا }[النساء:١٣٠].

وجه الدلالة: إذا تعذر الإتفاق فإنه لا بأس بالفراق، فقال: {وَإِنْ يَتَفَرَّقَا} أي: بطلاق أو فسخ أو خلع أو غير ذلك {يُغْنِ اللَّهُ كُلا} من الزوجين {مِنْ سَعَتِهِ} أي: من فضله وإحسانه الواسع الشامل. فيغني الزوج بزوجة خير له منها، ويغنيها من فضله وإن انقطع نصيبها من زوجها، فإن رزقها على المتكفل بأرزاق جميع الخلق [٤٤].

٢-قوله تعالى: {فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أو تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ}[البقرة:٢٢٩].

وجه الدلالة: روى هشام بن عروة عن أبيه قال: كان الرجل يطلق ناسياً، إنْ راجع إمرأته قبيل أن تنقضي عدتها كانت إمرأته، فغضب رجل من الأنصار على إمرأته، فقال لها: لا أقربك ولا تختلين مني، قالت له كيف؟ أطلقك فإذا دنا أجلك راجعتك، فشكت زوجها إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فأنزل الله تعالى: {الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ} الآية، فجعل الطلاق ثلاثا لارجعة فيه بعد الطلقة الثالثة، حتى تنكح زوجا غيره، فله أن يطلقها مرتين وفي الثالثة إما أن يمسكها ويعاشرها بالمعروف وإما أن يفارقها بإحسان [٤٥].

٣-قوله تعالى:{ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا }[البقرة:٢٣١].

وجه الدلالة: (ولا تمسكوهن ضراراً) كما كانت تفعل الجأهلية من طلاق المرأة حتى يقرب إنقضاء عدتها ثم مراجعتها لا عن حاجة ولا لمحبة ولكن لقصد تطويل العدة وتوسيع مدة الإنتظار ضراراً (لتعتدوا) أي لقصد

---

(٤٤) عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله السعدي (ت ١٣٧٦هـ): ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م، **تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان**، المحقق: عبد الرحمن بن معلا اللويحق، مؤسسة الرسالة-ط١، ج١/ص١٠٧.

(٤٥) الماوردي؛ أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، (ت ٤٥٠هـ): **تفسير الماوردي = النكت والعيون**، المحقق: السيد ابن عبد المقصود بن عبد الرحيم، دار الكتب العلمية -بيروت — لبنان-د.ط، ج١/ص٢٩٤.

الإعتداء منكم عليهن والظلم بهن (ومن يفعل ذلك) أي الإمساك المؤدي للضرار (فقد ظلم نفسه) لأنه عرضها لعقاب الله وسخطه في ضمن ظلمه لهن، فإن الذي يأتي بما نهى الله عنه يعرض نفسه للعقاب[٤٦].

ثانياً: مشروعية التفريق من السنة النبوية:

١-عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: إن ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله: "أتردين عليه حديقته قالت: نعم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لثابت "إقبل الحديقة وطلقها تطليقه" وفي رواية أن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بينهم [٤٧].

وجه الدلالة: أن هذا الحديث أصل فى الخلع، وعليه جمهور الفقهاء، قال مالك: ولم أزل أسمع ذلك من أهل العلم، وهو الأمر المجتمع عليه عندنا أن الرجل إذا لم يضر بالمرأة ولم يسىء إليها ولم تؤت من قبله، وأحبت فراقه، فإنه يحل له أن يأخذ منها كل ما أفتدت به، كما فعل النبى (صلى الله عليه وسلم) فى إمرأة ثابت [٤٨].

٢-عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال النبيﷺ: " أفضل الصدقة ما ترك غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول" [٤٩]، تقول المرأة إما أن تطعمني وإما أن تطلقني ويقول العبد أطعمني واستعملني **وجه الدلالة**: دل هذا الحديث على جواز التفريق لعدم الإنفاق وكذلك لأي عذر يضر بالحقوق الزوجية [٥٠].

ثالثًا: مشروعية التفريق بالإجماع:

---

(٤٦) البخاري القِنَّوجي؛ أبو الطيب محمد صديق خان بن حسن بن علي ابن لطف الله الحسيني (ت ١٣٠٧هـ): ١٤١٢هـ -١٩٩٢م، **فتحُ البيان في مقاصد القرآن**، المكتبة العصريَّة-بَيروت-د.ط، ج٢/ص٢٨.

(٤٧) حديث الصحابي ابن عباس رضي اللع عنهما: أخرجه البخاري: كتاب الطلاق: باب الخلع وكيفية الطلاق فيه، ٢٠٢١/٥، ح(٤٩٧١).

(٤٨) ابن بطال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك (ت ٤٤٩هـ): ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م، **شرح صحيح البخارى لابن بطال**، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد-السعودية-الرياض-ط٢، باب الخلع وكيفية الطلاق فيه، ج٧/ص٤٢١.

(٤٩) حديث الصحابي أبي هريرة رضي الله عنه: أخرجه البخاري: كتاب النفقات: باب وجوب النفقة على الأهل والعيال،٢٠٤٨/٥، ح(٥٠٤٠).

(٥٠) انظر: ابن بطال، شرح صحيح البخارى، ج٧/ص٥٣١.

أجمع العلماء على أنه إذا كان الرجل مجبوبا أو عنينا ونكح امرأة ولم تعلم فإن للمرأة الخيار فإن اختارت الفراق فرق الحاكم بينهما [٥١].

رابعًا: مشروعية التفريق من المعقول:

إن المعقول والذي يرفضه العقل بداهة أن يكون التفريق بين الزوجين لسبب من الأسباب الدنيوية كالتفريق لعدم الكفاءة والتفريق للعيب والتفريق لغيبة الزوج والتفريق لعدم الإنفاق وللشقاق فمن الأولى أن يكون التفريق لحق الله التفريق بحكم الشرع.

كما إن أسمى غايات النكاح أن يجد كل من الزوجين في صاحبه سكناً لروحه وجسده، الأمر الذي يترتب عليه بناء المجتمع وحفظ النوع البشري، قال تعالى:﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إليها وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[الروم:٢١]، لكن الحياة الزوجية لا تخلو من الشقاق، فيبدأ بالإرشاد والنصح ثم الهجر ثم الضرب غير مبرح فالحكمين، فإذا نفذ صبر الزوجين أو أحدهما و أصبحت العلاقة الزوجية جحيماً لايطاق، وأمست لاتحقق المقاصد المرجوة منها فإن الشارع لا يأمر بالإبقاء على هذه العلاقة بل يفصل في ذلك بما فيه المصلحة العامة، وذلك بالإذن بالفراق إذا تمحض طريقاً للمصلحة وليستأنف كل من الزوجين حياته بروابط زوجية جديدة تناسبه، وتحقق مقاصد الشارع لقوله تعالى:﴿ وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾ [النساء:١٣٠].

(٥١) أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (ت ٣١٩هـ): ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، **الإجماع**، المحقق: فؤاد عبد المنعم أحمد، دار المسلم للنشر والتوزيع-ط١، رقم الإجماع ٣٥٨، ج١/ص٧٩.

الفصل الثاني

أسباب التفريق القضائي العائدة إلى الزوج وموقف الفقه الإسلامي بالنسبة إليها

المبحث الأول

غيبة الزوج وأثرها في التفريق بين الزوجين

المطلب الأول: موقف قانون الأحوال الشخصية العراقي من الغيبة:

عالج المشرع العراقي بعد صدور القانون رقم (٨٨) لسنة (١٩٥٩)، مسألة غيبة الزوج بكل حكمة وخصص لها مادة مستقلة وفي داخلها عدة فقرات كلها تعالج غيبة الزوج فقد نصت المادة (٤٣/أولاً) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أنه يجوز للزوجة طلب التفريق عند توافر أحد الأسباب الآتية [٥٢].

٢-إذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين فأكثر بلا عذر مشروع، وإن كان الزوج معروف الإقامة، وله مال تستطيع الإنفاق منه. في القانون المعمول به في العراق غير إقليم كردستان العراق لأنه تم التعديل فيه.

٣-إذا لم يطلب الزوج زوجته غير المدخول بها للزفاف خلال سنتين من تاريخ العقد، ولا يعتد بطلب الزوج زفاف زوجته، إذا لم يكن قد أوفى بحقوقها الزوجية [٥٣].

الفقرة الثانية من المادة (٤٣/أولا) يقصد بالهجر ترك الزوج زوجته وعدم معاشرته لها مدة سنتين فأكثر بلا عذر مشروع كالسفر للدراسة أو للعمل، ولا يمنع طلب التفريق كونها تحصل على نفقتها، لأن الغاية من هذه الفقرة هي نفس الغاية من الفقرة السابعة [٥٤]، كما لا يمنع طلب التفريق كون الزوج معروف الإقامة. ويرى بعض القضاة أن الهجر هنا يشمل الهجر في الفراش أيضاً لكن منطوق النص لا يؤيد هذا التفسير، إذ لو كان كذلك لورد النص بعبارة (ولو كان مقيما معها) غير أن من الممكن القول بصحة هذا التفسير على أساس قياس الهجر في الفراش على الهجر إلى مكان آخر لإشتراكهما في فوات المعاشرة وتضرر الزوجة من ذلك؟

وأخذ على هذه الفقرة ما يأتي:

---

(٥٢) **قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته.**

(٥٣) ألغيت هذه الفقرة في إقليم كردستان العراق وأوقف العمل بحكمه لأنها نوع من الهجر ولهذا ألغاه المشرع لأنه لا قيمة لطلب الزوج الزفاف بها وهو لم يوف إليها حقوقها ولم يهيء لها بيتاً مناسباً ولم يسلمها مهرها وهكذا، ولم نقف عليه لأن ما يلغى لا يوقف عليه إلا أن الإلغاء في مكانه ويدخل تحت الضرر للهجر كما ورد في الفقرتين الأولى والثانية.

(٥٤) الفقرة السابعة: إذا إمتنع الزوج عن الإنفاق عليها دون عذر مشروع، بعد إمهاله مدة أقصاها ستون يوماً.

١-أنها قيدت الهجر بكونه بلا عذر، فما دام المنظور إليه في الحكم هو تضرر الزوجة، لذا كان من الحكمة جعل الهجر سبباً لجواز طلب التفريق بقطع النظر عن كونه بعذر أو بدون عذر.

٢-إن المشرع أهمل مسألة الإنذار والإعذار.

٣-إن بعض الفقهاء فضلوا تحديد المدة بسنة واحدة ما دام الزوج لا عذر له.

التعديل

أتى القانون الجديد المعمول به حاليا في إقليم كردستان العراق بهذا التعديل: (إذا هجر الزوج زوجته مدة سنة فأكثر بلا عذر مشروع ولو كان الزوج معروف الإقامة وله مال تستطيع الإنفاق منه).

لذا فإن تبديل السنتين بسنة واحدة خطوة جيدة قام بها إقليم كردستان ما دام الزوج لا عذر له، والمشرع يهدف إلى حماية المرأة.

وبعد النظر تبين انه القانون العراقي يعطي للزوجة صراحة الحق في طلب التفريق للحرمان من المعاشرة الزوجية في حالتين هما حالة الزوج الحاضر الذي ترك معاشرة زوجته، وحالة الزوج الغائب المعروف الحال سواء كان معروف الإقامة أم مجهول الإقامة [٥٥]، ويبدو أن المشرع العراقي استعمل مصطلح (الهجر) بدلاً من الغيبة إذ استعمل مصطلح إذا هجر الزوج زوجته، ولم يستعمل إذا غاب الزوج عن زوجته في حين ان الفقه الإسلامي أستعمل مصطلح الغيبة والفقد في هذه الحالات إلا الحنفية حيث استعملوا مصطلح الفقد بدل الغيبة، ولا شك أن الفقدان هو إحدى حالات الهجر، والهجر عند المشرع العراقي أعم من الفقد والغيبة. ويلاحظ: أن المشرع قد ساوى بين حالة الحرمان بسبب إمتناع الزوج الحاضر عن معاشرة زوجته، وبين الحرمان بسبب الغيبة في الحكم عندما اشترط في الحالتين مرور سنتين على الحرمان حتى يكون للزوجة الحق في طلب التفريق، وذلك في القانون رقم (٨٨) لسنة (١٩٥٩)، إلا أن القانون المعدل في الإقليم هو الأقرب إلى الصواب لأنه أقرب إلى المذهب المالكي والحنبلي ففيهما إذا كان مصدر الحرمان هو إمتناع الزوج الحاضر عن معاشرة زوجته فيجب أن لا تقل هذه المدة عن أربعة أشهر أما إذا كان الحرمان بسبب الغيبة فلا تقل هذه المدة عن ستة أشهر في المذهب الحنبلي وعن سنة في المذهب المالكي وهذا ما سأبينه في المطالب القادمة إن شاء الله.

---

(٥٥) المادة (٨٥) من قانون رعاية القاصرين: الغائب هو الشخص الذي غادر العراق أو لم يعرف له مقام فيه مدة تزيد عن السنة دون أن تنقطع اخباره وترتب على ذلك تعطيل مصالحه ومصالح غيره.

المطلب الثاني

موقف الفقه الإسلامي من التفريق لغيبة الزوج.

الفرع الأول: تعريف الغيبة

أولاً: الغيبة لغةً: مصدر غيب، غاب الشيء يغيب غيبا وغيبة وغيابا بالكسر وغيوبا ومغيباً بعد فهو غائب والجمع غُيَّبٌ وَغُيَّابٌ وَغَيْبٌ مِثْلُ رُكَّعٍ وَكُفَّارٍ وَصَحْبٍ وَغَابَ الْقَمَرُ وَالشَّمْسُ غِيَابًا وغيبوبة وتغيب مِثْلُ غَابَ أَيْضًا وَهُوَ التواري، وَأَغَابَتْ الْمَرْأَةُ بِالْأَلِفِ غَابَ زوجها فهي مُغِيبٌ وَمُغِيبَةٌ وَغَيَابَةُ الْجُبِّ بِالْفَتْحِ قَعْرُهُ وَالْجَمْعُ غَيَابَاتٌ [٥٦].

ولم يضع الفقهاء للغيبة تعريفاً إصطلاحياً إلا أنهم استعملوا كلمة الغيبة في تواري الرجل، وبعده عن زوجته مكتفين بدلالة المعنى اللغوي على استعمالهم لها، ورتبوا على ذلك أحكامهم الفقهية، منها: حق المرأة في التفريق إذا غاب عنها زوجها، وأحكاما أخرى.

ولدى مراجعتي لكتب الفقه وكلام الفقهاء أستطيع ان استنتج تعريفاً إصطلاحياً للغيبة وهي: أن يكون الرجل في موضع لا يسهل إحضاره أمام القاضي، ومراجعته فيما تدعيه عليه زوجته، بشرط أن يكون في غير بلده ومسافة القصر وأبعد. وسواءً أكان غائباً عن البلد حقيقة، أم كان مختفياً في البلد نفسه، وسواء أكانت غيبته عن البلد مسافة قصر الصلاة أم كانت دونها، غير إن من الفقهاء من يرى أن الرجل لا يكون غائباً إلا إذا كان خارج بلدته التي يقيم فيها زوجته، على أن تكون تلك الغيبة مسافة القصر أو أكثر، وهذا الرأي هو الأوجه؛ لأن المختفي في البلد ليس غائباً بمعنى كلمة الغياب.

وبحسب استقراء الباحث تبين أن الغيبة أنواع:

أولاً: غيبة غير منقطعة: وهي سفر الزوج إلى مكان قريب لا مشقة في الوصول إليه، أو بعيد ولكن تصله الرسائل.

([٥٦]) أبو العباس؛ أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، (ت ٧٧٠هـ): د.ت، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، المكتبة العلمية–بيروت–د.ط، كتاب الغين، ج٢/ص٤٥٧.

ثانياً: غيبة منقطعة: هي الغيبة إلى مكان لا يدري أين هو، أو إلى مكان يتعذر السفر إليه، أو لا تصل إلى الغائب الرسائل المرسلة إليه.

ثالثاً: غيبة لا يدري فيها الغائب أحي هو أم ميت، وهو ما يسمى بالمفقود.

الفرع الثاني

أقوال الفقهاء في التفريق بين الزوجين بسب الغيبة:

إذا غاب الزوج بعذر مشروع ولم يقدر على العودة إلى أهله لأسباب قاهرة كأن ينقطع الطريق أو انقطعت المواصلات أو فرض عليه الإقامة الجبرية أو اضطر إلى البقاء لإكمال الدراسة أو لإكمال الصفقة أو غير ذلك فعلى المرأة أن تصبر على غيابه وينفق عليها أهل الزوج وتحسب عليه لحين عودته، أما إذا رأت الزوجة أنها تتضرر بسبب الغيبة، فقد اختلف الفقهاء في طلبها التفريق عند القاضي على قولين:

القول الأول: ليس للزوجة طلب التفريق لغياب زوجها، ولا تعتد ولا تنكح أبداً حتى يأتيها اليقين بأن زوجها قد مات، أو حتى يموت أقرانه ويغلب على الظن موته، أو أنه قد طلقها، وذلك للمحافظة على العلاقة الزوجية ولعدم قيام الدليل الشرعي على حق التفريق، وهذا ما ذهب إليه الحنفية والشافعية، وابن حزم الظاهري [٥٧]، وجمهور الزيدية [٥٨]. وقال ابن حزم: "من فقد فعرف أين موضعه، أو لم يعرف سواء في حرب، أم في غيره –وله زوجة أو أم ولد وأمة ومال، لم يفسخ بذلك نكاح امرأته أبداً، وهي امرأته حتى يصح موته أو تموت هي، لذا لايجوز فسخ نكاح أحد بغيبته، ولا تجب عليها عدة من لم يصح موت زوجها، ولا يطلق أحد عن غيره"، ولا حجة في أحد دون الله تعالى ورسوله، ولا يحل تحريم فرج اباحه الله للزوج، وتحليله لمن حرمه الله عليه من سائر الرجال بغير قرآن ولا سنة [٥٩].

القول الثاني: يحق للزوجة طلب التفريق لغياب زوجها، ولا فرق في نوع الغيبة بين ان تكون بعذر أو بدون عذر، وهذا ما ذهب إليه المالكية، والجعفرية [٦٠]، وبعض فقهاء الزيدية، والشافعي في قوله القديم وسعيد بن

([٥٧]) علاء الدين؛ أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (ت ٥٨٧هـ): ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، دار الكتب العلمية-بيروت-ط٢، ج٦/ص١٩٦. وابن الهمام؛ كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي (ت ٨٦١هـ): د.ت، **فتح القدير**، دار الفكر-د.ط، ج٦/ص١٤٥. والشافعي؛ أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (ت ٢٠٤هـ): ١٤١٠هـ-١٩٩٠م، **الأم**، دار المعرفة-بيروت-د.ط، ج٥/ص٢٥٥. والنووي؛ أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ): ١٤١٢هـ-١٩٩١م، **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي-بيروت-دمشق-عمان-ط٣، ج٨/ص٤٠٠. وانظر: المرداوي الدمشقي، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، ج٩/ص١٠٢. وأبو محمد علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (ت ٤٥٦هـ): د.ت، **المحلى بالآثار**، دار الفكر-بيروت-د.ط، ج٩/ص٣١٦.

([٥٨]) مصطفى إبراهيم الزلمي: ٢٠١١م، **أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن دراسة مقارنة بالقانون**، المؤسسة الحديثة للكتاب-ط١، ص١٧٢.

([٥٩]) ابن حزم الأندلسي: المحلى بالآثار، ج٩/٣١٦.

([٦٠]) عبد الكريم الحلي: د.ت، **الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية**، دار الرقي-بيروت-لبنان-د.ط، ص١٨٥.

المسيب [٦١]، أما الحنابلة فإنهم ذهبوا إلى جواز التفريق للغيبة إذا كانت بدون عذر مقبول، فإن كانت لعذر فلا تفريق بسببها [٦٢].

أدلة المانعين للتفريق

أولاً: استدلوا بما روى عن الْمُغِيرَةِ بْنِ شُعْبَةَ رضي الله عنه قال: قال رَسُولَ اللَّهِﷺ: (إمرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان) [٦٣].

وجه الدلالة: هو إن الأصل بقاء النكاح وفي الحديث دلالة على ثبوته ولا يرتفع النكاح إلا بالبيان والبيان يحصل بأمور هي: إما صحة طلاقة أو ردته أو موته بيقين أو بينة أو بلوغه من العمر الذي لا يعمر فيه أحد [٦٤].

ثانياً: عن علي رضي الله عنه قال في امرأة المفقود: " امرأة ابتليت فلتصبر لا تنكح حتى يأتيها يقين موته " [٦٥].

ثالثا: أن النكاح ثابت باليقين والموت في حيز الأحتمال فاليقين لا يزول بالشك، فاذا كان التفريق بسبب فقد الزوج، والمفقود كما سيأتي في المبحث الثاني هو الغائب الذي لايعرف حياته أم مماته، فكيف بالغائب الذي عرف حياته بل في كثير من الأحيان يعرف مكانه وهناك إتصال بينه وبين زوجته.

([٦١]) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت ١٢٣٠هـ): د.ت، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، دار الفكر-د.ط، ج٢-ص٥٠٨. والحطاب الرُّعيني المالكي؛ شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، (ت ٩٥٤هـ): ١٤١٢هـ-١٩٩٢م، **مواهب الجليل في شرح مختصر خليل**، دار الفكر-ط٣، ج٤/ص١٩٩.

([٦٢]) ابن قدامة المقدسي؛ أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، (ت ٦٢٠هـ): ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، **عمدة الفقه**، المحقق: أحمد محمد عزوز، المكتبة العصرية-بيروت-د.ط، ج١/١٤٩. وأبو القاسم عبد الله بن الحسين ابن الجلاب البصري، تحسين بن سالم: ١٤٠٨هـ-١٩٨٧م، **التفريع**، دار الغرب الإسلامي-بيروت-ط١، ج٢/ص٩٣.

([٦٣]) حديث الصحابي المغيرة بن شعبة: أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: كتاب العدد: باب من قال امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها يقين وفاته، ٤٤٥/٧، ح(١٥٣٤٢)، وقال الزيلعي في نصب الراية: (حديث ضعيف): ٤٧٣/٣، نصب الراية لأحاديث الهداية، عبد الله بن يوسف أبو محمد الزيلعي، تحقيق: محمد يوسف البنوري، دار الحديث مصر، ١٣٥٧هـ.

([٦٤]) شرف الدين الحسين بن أحمد السياغي: د.ت، **الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير**، مكتبة المؤيد-الطائف-د.ط، ج٤/ص٤٢٨.

([٦٥]) الأثر مروي عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه: أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: كتاب العدد: باب من قال بتخير المفقود إذا قدم بينها وبين الصداق ومن أنكره: ٤٤٦/٧، ح(١٥٣٥١)، وقال هو عن علي مشهور.

رابعاً: واستدل الشافعي في قوله الجديد بالقياس على قسمة ماله؛ إذ لا يجوز الحكم بموته في قسمة أمواله وكذلك لا يجوز الحكم بموته في نكاح زوجته [٦٦].

خامساً: تمسك جمهور فقهاء الزيدية بالقاعدة التي وردت عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ أن رسول الله قال: (إنما الطلاق لمن أخذ بالساق) [٦٧]، وبان الزواج الثابت بالكتاب والسنة لا ينتهي إلا بالطلاق أو الموت [٦٨].

سابعاً: استدلوا بالاستصحاب وذلك أن النكاح عرف ثبوته بالعقد، والغيبة لا توجب الفرقة، والموت فيها شك، وحيز الاحتمال؛ لذا لا يزول اليقين بالشك.ويقوي هذا القول رجوع عمر رضي الله عنه إلى قول علي رضي الله عنه [٦٩].

مناقشة الأدلة:

١-ويمكن الرد على إستدلالهم، بقول الرسول (صلى الله عليه وسلم) في امرأة المفقود إنها امرأته حتى يأتيها البيان أنه أخرجه البيهقي بإسناد ضعيف وقد ضعفه الزيلعي في نصب الراية.

٢-ويمكن الرد على إستدلالهم، بالاثر المروي عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه قول مجتهد وقول المجتهد غير ملزم للخصم.

٣-ويمكن الرد على إستدلالهم، بالقياس على قسمة أموال المفقود..... إن من الفقهاء من لا يفرق في المفقود بين قسمة تركته وحق زوجته في طلب التفريق، ثم إن في عدم إعطاء الزوجة حق التفريق يعرضها إلى الفتنة وفي هذا ضرر اشد من قسمة أمواله.

أدلة القول الثاني: المجيزين للتفريق

استدل المجيزون للتفريق بمجموعة أدلة منها:

([٦٦]) أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (ت ٤٧٦هـ): **المهذب في فقة الإمام الشافعي**، دار الكتب العلمية بيروت-لبنان، ج٣/ص١٤٨-١٦٤. وشيخ السلام؛ زكريا الأنصاري(ت٩٢٦هـ): ١٤٢٢هـ-٢٠٠٠م، **أسنى المطالب في شرح روض الطالب**، دار الكتب العلمية –بيروت-ط١، ج٣/ص٤٠٠.

([٦٧]) حديث الصحابي ابن عباس رضي الله عنهما: أخرجه ابن ماجة في سننه: كتاب الطلاق: باب طلاق العبد: ٦٧٢/١، ح(٢٠٨١)، وقال ابن حجر في التلخيص الحبير: (وفي اسناده ابن لهيعة وهو ضعيف): ٤٧٣/٣، ح(١٦١٢).

([٦٨]) انظر: مصطفى ابراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن دراسة مقارنة بالقانون، ص١٧٣.

([٦٩]) انظر: ابن نجيم المصري، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**: ج٥/ص١٧٨.

أولاً: قوله تعالى:{ الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أو تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ}[البقرة:٢٢٩]، وقوله تعالى:{ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أو سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا}[البقرة:٢٣١].

وجه الدلالة من الآيتين: كان الناس في إبتداء الإسلام يطلقون مِنْ غير حصر ولا عدد، وكان الرجل يطلق امرأته، فإذا قاربت إنقضاء عدتها راجعها، ثم طلقها كذلك ثم راجعها يقصد بذلك (مضارتها)، فنزلت هذه الآية: {الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ}، يعني: الطلاق الذي يملك الرجعة عقيبه مرتان، وقوله تَعَالَى: {فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ}، قِيلَ: أراد بالإمساك الرجعة بعد الثانية والصحيح أن المراد منه الإمساك بعد الرجعة يعني إذا راجعها بعد الطلقة الثانية فعليه أن يمسكها بالمعروف والمعروف كل ما يعرف في الشرع من أداء الحقوق والواجبات [٧٠].

لذا فإن غيبة الزوج فيها إمساك بغير المعروف فيتعين التسريح بالإحسان لفوات حقها بالوطء كالتفريق بالعنة، وما دام الزوج غير موجود فالقاضي يكون ولي الزوج المفقود ويحق له التفريق.

ثانياً: استدلوا بعموم رواية عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ، «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِﷺ: قَضَى أَنْ لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» [٧١].

وجه الدلالة: من الحديث إن المرأة تتضرر بالإنتظار والضرر محرم شرعاً، وفي رواية أخرى عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ، مَنْ ضَارَّ ضَارَّهُ اللَّهُ، وَمَنْ شَاقَّ شَاقَّ اللَّهُ عَلَيْهِ» [٧٢].

ثالثا: ما جاء في الأثر عن عمر رضي الله عنه فيما روى أبو حفص عن زيد بن أسلم: بينما عمر بن الخطاب يحرس بالمدينه فمر بامرأة وهي تقول:

تَطَاوَلَ هَذَا اللَّيْلُ وَاسْوَدَّ جَانِبُه ... وَطَالَ عَلَي أَنْ لَا خَلِيلَ أُلَاعِبُهُ

فَوَاللَّهِ لَوْلَا خَشْيَةُ اللَّهِ وَالْحَيَا ... لَحَرَّكَ مِنْ هَذَا السَّرِيرِ جَوَانِبُهُ

ولكن عقلي والحياء يكفيني ... وأكرم بعلي أن تنال مراكبه

([٧٠]) محيي السنة؛ أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي (ت ٥١٠هـ): ١٤٢٠هـ، **معالم التنزيل في تفسير القرآن = تفسير البغوي**، المحقق: عبد الرزاق المهدي، دار إحياء التراث العربي–بيروت–ط١، ج١/ص٣٠٤.

([٧١]) حديث الصحابي عبادة بن الصامت رضي الله عنه: أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: كتاب اداب القاضي: باب ما لا يحتمل القسمة: ١٣٣/١٠، ح(٢٠٢٣٠)، قال الزيلعي في نصب الراية: قال ابن عساكر في اطرافه: (وأظن إسحاق لم يدرك جده) ٤٤٥/٤، وقال البوصيري في مصباح الزجاجة: (هذا اسناد رجاله ثقات إلا انه منقطع): ٢٩/٢.

([٧٢]) حديث الصحابي أبا سعيد الخدري رضي الله عنه: أخرجه الحاكم في المستدرك: كتاب البيوع: ٦٦/٢، ح(٢٣٤٥)، وقال هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه.

فسأل عنها عمر فقيل له هذه فلانة زوجها غائب في سبيل الله فأرسل إليها امرأة تكون معها وبعث إلى زوجها، ثم دخل على حفصة فقال يا بنية كم تصبر المرأة عن زوجها؟ فقالت سبحان الله مثلك يسأل مثلي عن هذا فقال لولا أني أريد النظر للمسلمين ما سألتك قالت خمسة أشهر أو ستة أشهر فوقت للناس في مغازيهم ستة أشهر يسيرون شهرا ويقيمون أربعة ويسيرون شهراً راجعين [٧٣].

وجه الدلالة: أن توقيت عمر للجند بستة أشهر يعني بمفهوم المخالفة عدم جواز الغيبة فيما زاد عليها فإن زاد عليها كان متعدياً يجب رده.

رابعاً: القياس على الايلاء والعنة.

وجه الدلالة: أنه إذا جاز الفسخ لتعذر الوطء بالعنة، وتعذر النفقة بالإعسار، فيكون جواز التفريق بالغيبة أولى لتعذر الجميع أو أحدهما كفوات حق الوطء بالعنة لإشتراك العلة، وهذا ما يعرفه الأصوليون بدليل فحوى الخطاب.

خامساً: إذا طالت مدة الغيبة وكانت المرأة تتضرر بترك النكاح فالفسخ لذلك جائز وإذا جاز الفسخ للعنة فجوازه للغيبة الطويلة أولى لأنه قد عُلم من نصوص الكتاب والسنة تحريم الإمساك ضرارا والنهي للأزواج عن الضرار فوجب دفع الضرار عن الزوجة بكل ما هو ممكن ولم يقيدوها بمدة معينة [٧٤].

مناقشة الأدلة:

١-ويمكن الرد على إستدلالهم، بقوله تعالى: {فامساك بمعروف أو تسريح باحسان}، بان المقصود بالتسريح هو الطلاق الذي يوقعه الزوج ولما كان الزوج المخاطب بالاية غائبا فلا يسرى عليها حكمها [٧٥].

([٧٣]) الأثر مروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: أخرجه سعيد بن منصور في سننه: باب الغازي يطيل الغيبة على أهله: ٢/٢١٠، ح(٢٤٦٣)، الجوزجاني؛ أبو عثمان سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني (ت ٢٢٧هـ): ١٤٠٣هـ-١٩٨٢م، **سنن سعيد بن منصور**، المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي، الدار السلفية –الهند-ط١.

([٧٤]) أبوالطيب محمد صديق خان بن حسن بن علي ابن لطف الله الحسيني البخاري القِنَّوجي (ت ١٣٠٧هـ): د.ت، **الروضة الندية شرح الدرر البهية**، دار المعرفة-د.ط، ج٢/ص٥٦. والمؤلف نفسه في كتاب: ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م، **الروضة الندية (ومعها: التعليقاتُ الرَّضية على «الرَّوضة النَّديَّة»)**، التعليقات بقلم: العلامة المحدِّث الشيخ محمَّد نَاصِر الدّين الألبأني، ضبط نصَّه، وحقَّقه، وَقَام على نشره: علي بن حسَن بن علي بن عَبد الحميد الحَلبيُّ الأثريّ، دَارُ ابن القيِّم-الرياض-ط١، ودار ابن عفَّان-القاهرة، ج٢/ص٢٦١.

([٧٥]) أحمد حسن الطه: ١٩٨٥م، **أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية**، وزارة العمل والشؤون الإجتماعية، المركز القومي للبحوث الإجتماعية والجنائية، ص٦٦.

٢-ويمكن الرد على إستدلالهم، بالأثر المنقول عن عمر بأنه قول مجتهد وقول المجتهد غير ملزم.

٣-ويمكن الرد على إستدلالهم، بالقياس على الإيلاء والعنة، أنه قياس مع الفارق لأن الإيلاء كان طلاقا معجلا في الجأهلية فاعتبر في الشرع طلاقا مؤجلا، كذلك لا يمكن القياس على العنة؛ لأن الغائب غالبا ما يعود، اما العنة فقلما تزول بعد استمرارها فكانت عودة الغائب أرجى من زوال العنة وإذا ثبت التفريق بالعنة فهذا لا يعني أن يثبت بالغيبة أيضاً [٧٦].

أسباب اختلاف الفقهاء في التفريق لهذا النوع من الضرر:

١-التعارض بين الإستصحاب والقياس، وذلك ان الإستصحاب يقضي إلا تنحل الرابطة الزوجية إلا بالموت أو الطلاق حتى يدل الدليل على غير ذلك. أما القياس فهو تشبيه الضرر الناشيء من الهجر بالضرر الناشيء من العنة [٧٧].

٢-أختلاف الفقهاء في نظرتهم إلى المعاشرة الجنسية هل هي حق لكل من الزوجين في مواجهة صاحبه بحيث يكون لكل منهما مطالبة الآخر بالوطء، أو هي حق خالص للزوج وواجب على الزوجة ولا تجب على الزوج قضاء إلا مرة واحدة.

٣-التعارض بين قضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه وعلي بن ابي طالب رضي الله عنه في التفريق لهذ النوع من الضرر.

الترجيح:

الباحث يميل إلى ترجيح القول المجيز للزوجة طلب التفريق لغياب زوجها، وهو قول المالكية والحنابلة ولهذا أخذ التعديل به لتفصيله الأحوال أكثر من المذاهب الأخرى، وذلك للأسباب الآتية:

([٧٦]) أبو الحسن برهان الدين؛ علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني (ت٥٩٣هـ): د.ت، **الهداية في شرح بداية المبتدي**، المحقق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي-بيروت-لبنان، ج٢/ص٤٢٤.

([٧٧]) ابن رشد؛ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت ٥٩٥هـ): ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، **بداية المجتهد**: دار الحديث-القاهرة-د.ط، ج٣/ص٧٥.

١-ليس عند المانعين للتفريق أدلة قوية بعدم جواز التفريق للغياب، خاصة وأن عدم التنصيص على أمر من الأمور لا يقوى على المنع منه، وخاصة عندما تكون مسائل إجتهادية كاجتهاد بعض الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين.

٢-إن القائلين بالتفريق لهم من الأدلة القوية التي توافق ما جاءت به الشريعة الغراء، إذ ليس من الممكن لشريعة جاءت لتحقيق مصالح العباد من الضروريات والحاجيات والتحسينيات، أن تعجز عن إزالة الضرر الواقع على المرأة جراء غياب زوجها، أو أن تتركها تتعرض للفتنة، مع القدرة على تحصينها.

٣-إن حكم التفريق للغياب، تتنازعه ثلاث مفاسد، يقابلها ثلاث مصالح، وذلك على النحو التالي: الأولى: مفسدة تدخل على الزوج بحل نكاحه، ويقابل ذلك مصلحته في الإبقاء على النكاح.

الثانية: مفسدة تدخل على المرأة لما يلحق بها من الضرر لغياب زوجها، ويقابل ذلك مصلحتها في رفع الضرر، ومنحها الفرصة للزواج من رجل يعفُها ويحصنها.

الثالثة: فهي المفسدة التي تدخل على المجتمع بتفشي الرذيلة، جراء ارتكاب المرأة للفاحشة، بسبب غياب زوجها، وتركه لها دون إشباع رغباتها وشهواتها، إلا من رحم الله من المؤمنات الطاهرات، ويقابل ذلك مصلحة المجتمع في العيش حياة طاهرة نقية بعيداً عن إنتشار الفاحشة، ولا يكون ذلك إلا بقيام كل فرد في المجتمع بما عليه من حقوق تجاه الآخرين، وأولى الناس بذلك الزوجان لأنهما أساس الأسرة والأسرة أساس المجتمع.
٤-إن إعطاء حق الزوجة بالتفريق للغياب وإعطائها الحق القانوني لا يعني بالضرورة جبرها فمن الممكن أن ترغب في البقاء منتظرة الأمل في أن ترجع إليها زوجها، فلصاحب كل حق استخدام حقه أو التنازل عنه فالأولى إعطاء الزوجة هذا الحق وترك الخيار لها.

المطلب الثالث

نماذج عن حكم المحكمة في التفريق لغياب الزوج:

نصت المادة (٤٣/أولاً-٢-٣) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أنه يجوز للزوجة طلب التفريق عند توافر أحد الأسباب الآتية:

٢-إذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين فأكثر بلا عذر مشروع، وإن كان الزوج معروف الإقامة، وله مال تستطيع الإنفاق منه. في القانون المعمول به في العراق غير إقليم كردستان العراق لأنه تم التعديل فيه.

٣-إذا لم يطلب الزوج زوجته غير المدخول بها للزفاف خلال سنتين من تاريخ العقد، ولا يعتد بطلب الزوج زفاف زوجته، إذا لم يكن قد أوفى بحقوقها الزوجية.

١-تشكلت محكمة الأحوال الشخصية في دهوك برئاسة القاضي السيد طاهر سليمان خليل المأذون باسم الشعب وأصدرت قرارها الآتي:

المدعية: (ع-م-ل) / وكيلاها المحاميان/ (م-ن-ك)، (ي-س-ب).

المدعى عليه: (ص-ق-ت) / وكيله المحامي/ (ت-ي-ب).

القرار:-

أدعى وكيل المدعية بأن المدعى عليه زوج موكلته الداخل بها شرعا بموجب عقد الزواج الصادر من هذه المحكمة ولقيامه **بتركها منذ أكثر من سنتين** بلا عذر مشروع عليه طلب دعوة المدعى عليه للمرافعة والحكم بالتفريق بين موكلته وزوجها المدعى عليه إستناداً لأحكام المادة ٤٣/اولاً-٢، من قانون الأحوال الشخصية ..... واستمعت المحكمة إلى البينة الشخصية للمدعية المدونة ضبطاً في جلسة المرافعة والتي جاءت مؤيدة لدعوى المدعية ولاقرار وكيل المدعى عليه بدعوى المدعية وعدم ممانعته من اصدار قرار بالتفريق ولكون من حق الزوج طلب التفريق إذا هجرها زوجها أكثر من سنة بلا عذر مشروع وان كان

الزوج معروف الإقامة وله مال تستطيع الإنفاق منه، ولكل ما تقدم وبالطلب **قرر الحكم بالتفريق القضائي بين المدعية وزوجها المدعى عليه واعتبارها طلاقاً بائناُ بينونة صغرى**.....الخ [٧٨].

٢-تشكلت محكمة الأحوال الشخصية في دهوك برئاسة القاضي السيد طاهر سليمان خليل المأذون باسم الشعب وأصدرت قرارها الآتي:

المدعية: (س-و-ق) / وكيلاها المحامي/ (ح-ن-ك).

المدعى عليه: (س-ص-ر) / وكيله المحامي/ (ا-ي-ط).

القرار:-

أدعى وكيل المدعية بأن المدعى عليه زوج موكلته الداخل بها شرعا بموجب عقد الزواج الصادر من هذه المحكمة ولوجود خلافات بينهما **وتركه المدعية منذ أكثر من عشر سنوات** بحيث يتعذر معه الاستمرار بالحياة الزوجية لذا طلبت دعوته للمرافعة والحكم بالتفريق بين موكلته وزوجها المدعى عليه إستناداً لأحكام المادة ٤٣/اولاً-٢، من قانون الأحوال الشخصية ..... واستمعت المحكمة إلى البينة الشخصية للمدعية المدونة ضبطاً في جلسة المرافعة والتي جاءت مؤيدة لدعوى المدعية ولاقرار وكيل المدعى عليه بدعوى المدعية وعدم ممانعته من إصدار قرار بالتفريق ولكون من حق الزوج طلب التفريق إذا هجرها زوجها أكثر من سنة بلا عذر مشروع وان كان الزوج معروف الإقامة وله مال تستطيع الإنفاق منه، ولكل ما تقدم وبالطلب **قرر الحكم بالتفريق القضائي بين المدعية وزوجها المدعى عليه وإعتبارها طلاقاً بائناُ بينونة صغرى**.....الخ [٧٩].

٣-تشكلت محكمة الأحوال الشخصية في دهوك برئاسة القاضي السيد جاسم محمد مصطفى المأذون باسم الشعب وأصدرت قرارها الآتي:

المدعية: (ش-ق-أ) / وكيلاها المحاميان/ (م-ر-ي)، (س-م-ك).

المدعى عليه: (ك-م-و) / وكيله المحامي/ (ل-ز-خ).

([٧٨]) قرار صادر من محكمة إستئناف منطقة دهوك، محكمة الأحوال الشخصية، إقليم كردستان / العراق، انظر في الملاحق.

([٧٩]) قرار صادر من محكمة إستئناف منطقة دهوك، محكمة الأحوال الشخصية، إقليم كردستان / العراق، انظر في الملاحق.

القرار:-

إدعت المدعية بواسطة وكيلاها بأن المدعي عليه زوجها الداخل بها شرعا وأنه قد **تركها أكثر من أربع سنوات** وبدون عذر مشروع، وعليه طلبت دعوته للمرافعة والحكم بالتفريق بينهما إستناداً لأحكام المادة ٤٣/اولاً-٢، من قانون الأحوال الشخصية ..... واستمعت المحكمة إلى البينة الشخصية للمدعية المدونة ضبطاً في جلسة المرافعة والتي جاءت مؤيدة لدعوى المدعية ولاقرار وكيل المدعى عليه بدعوى المدعية وعدم ممانعته من اصدار قرار بالتفريق ولكون من حق الزوج طلب التفريق إذا هجرها زوجها أكثر من سنة بلا عذر مشروع وإن كان الزوج معروف الإقامة وله مال تستطيع الإنفاق منه، ولكل ما تقدم وبالطلب **قرر الحكم بالتفريق القضائي بين المدعية وزوجها المدعى عليه وإعتبارها طلاقاً بائناً بينونة صغرى**.....الخ [٨٠].

٤-تشكلت محكمة الأحوال الشخصية في دهوك برئاسة الحاكم السيد: حسين صالح إبراهيم، المأذون يالقضاء باسم الشعب وأصدرت قرارها الآتي:

المدعية: (هـ-م-ع)، وكيلها المحامي: (ع-ع-م).

المدعى عليه: (ب-ن-ش)، دهوك.

القرار:-

لأدعاء وكيل المدعية بأن المدعى عليه هو زوج موكلته غبر الداخل بها شرعاً بموجب عقد الزواج الصادر من محكمة الأحوال الشخصية **وانه لم يطلبها للزفاف** حتى الآن ولم يبدي استعداده لهذا الغرض. وطلب دعوته للمرافعة والحكم بالتفريق بينهما إستناداً للمادة (٤٣/ثالثاً) أحوال الشخصية، وبنتيجة المرافعة الغيابية العلنية بحق المدعى عليه بعد تبليغه إعلاناً في صحيفتين محليتين، والأطلاع على عقد زواج المتداعيين المشار إليه أعلاه، والبينة الشخصية بجلسة المرافعة المؤيد للأدعاء ولثبوت عدم طلب المدعى عليه لزوجته المدعية (غير المدخول بها) للزفاف خلال المدة القانونية بالبينة الشخصية المشار إليها، عليه ولما تقدم **قررت المحكمة بالتفريق بين المتداعيين أعلاه قبل الدخول وإعتباره طلاقاً بائناً بينونة صغرى** للمرة الأولى بحيث لا تحل

(٨٠) قرار صادر من محكمة إستئناف منطقة دهوك، محكمة الأحوال الشخصية، إقليم كردستان / العراق، انظر في الملاحق.

المدعية للمدعى عليه إلا بعقد ومهر جديدين ولا عدة على المدعية لعدم الدخول بها ويجوز لها الزواج بآخر بعد أكتساب القرار الدرجة القطعية [٨١].

(٨١) قرار صادر من محكمة إستئناف منطقة دهوك، محكمة الأحوال الشخصية، إقليم كردستان / العراق، انظر في الملاحق.

المبحث الثاني

فقدان الزوج وأثره في التفريق بين الزوجين

المطلب الأول: موقف القانون العراقي من التفريق لفقدان الزوج:

عالج المشرع العراقي بحكمة وأعتمد في تشريعه على الشريعة الإسلامية في حكم زوجة المفقود فقد نصت الفقرة (رابعا) من المادة (٤٣) على:

١-لزوجة المفقود الثابت فقدانه بصورة رسمية أن تطلب من المحكمة التفريق عن زوجها بعد مرور أربع سنوات على فقدانه وعلى المحكمة أن تثبت من استمرار الفقدان بالطريقة نفسها التي ثبت بها فقدانه ثم تصدر حكمها بالتفريق.

٢-تعتد زوجة المفقود بعد الحكم بالتفريق أربعة أشهر وعشرة أيام.

ورد تعريف للمفقود في الفقرة الأولى من المادة (٣٦) من القانون المدني وهو: من غاب بحيث لا يعلم أحي هو أم ميت يحكم بكونه مفقوداً بناءً على طلب كل ذي شأن، وجاء في الفقرة الثانية من المادة المذكورة، أحكام المفقود تخضع لقانون الأحوال الشخصية.كما ورد تعريف للمفقود أيضاً في المادة (٨٦) من قانون رعاية القاصرين: المفقود هو الغائب الذي انقطعت أخباره ولا تعرف حياته أو مماته، وقد نظم هذا القانون حالة الإعلان عن المفقود، والحالات التي تحكم المحكمة بموت المفقود. وورد أيضاً تعريف المفقود العسكري في قانون الخدمة والتقاعد العسكري رقم (١) لسنة ١٩٧٥ في المادة ٢٠/١ المفقود: العسكري الذي فقد ولا يعلم مصيره أثناء قيامه بالواجب أو بسببه [٨٢].

أقول: ان المشرع العراقي أخذ برأي المذهب المالكي الذي حدد لزوجة المفقود أربع سنوات، ثم تعتد بعدها أربعة أشهر وعشرا، ثم يحق لها الزواج بعد ذلك وسيأتي بيانه في المطلب القادم، لكن المشرع لم ينص على أنواع المفقود هل هو كل من لا يعرف اقامته وحياته من موته، او كما فصل فقهاء المالكية والحنابلة كما مر

([٨٢]) رعد ياسين عباس: ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م، رسالة ماجستير عن: **التفريق القضائي للضرر دراسة مقارنة**، بإشراف الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي، جامعة بغداد كلية القانون والسياسة، ص٢٥٥.

ذكره. وإنما نص القانون على أنه بعد اصدار قرار من المحكمة بفقد شخص فيجب على المرأة ان تنتظر أربع سنوات بغض النظر عن السبب أو كيفية الفقد.

وكان من الواجب على المشرع العراقي أن يراعي مسألة الإنذار والإعذار؛ لأنه قد يتغير الوضع لو أن القاضي أنذر الزوج المعلوم الإقامة إن لم يرجع لمدة كذا من الزمن يحدده القاضي فإن زوجته سوف تبان منه ولن يكون له الحق في طلبها إن لم يعد ولن يستطيع منعها؛ لأن القضاء سوف يقوم بالتفريق بينهما.

كما ننصح المشرع العراقي أن يأخذ براي المالكية والحنابلة بما يخدم الزوجين، وعدم لحاق الضرر بكليهما، تنتظر الزوجة أربع سنين إذا كان الفقد ظاهرها في السلامة، أما لو كان ظاهرها الهلاك فيحدده القاضي ويضع مدة لبيان آية من الزوج ويجري البحوث والحصول على الأدلة الكافية فإن لم يجد فرق بينهما وفق ما يراه القاضي جيداً للزوجة لكيلا تضرر بالإنتظار والملل والقلق النفسي والوحدة بما يسبب لها مشاكل نحن في غنى عنها لا هي تعرف أنها في عصمة زوج أو بدون زوج.

المطلب الثاني

موقف الفقه الإسلامي من التفريق لفقدان الزوج

الفرع الأول: تعريف الفقدان:

أولاً: الفقدان لغةً: الفقدان مصدر فقد، أفقدَ يُفقد، إفقادًا، فهو مُفقِد، والمفعول مُفقَد، أفقد الشَّيءَ: وجده مفقودًا، قال تعالى {قَالُوا وَأَقْبَلُوا عَلَيْهِمْ مَاذَا تَفْقِدُونَ}[يوسف:٧١]، يقال أولاد الفقيد-الفقيد الرَّاحل، مجهول المصير، جندي مفقود-أسرى مفقودون، المرأة تَفْقِد ولدَها أو بعلها، وَيُقَال فقد الصّديق فَهُوَ فَاقِد وَالْمَفْعُول مَفْقُود وفقيد، ويقال: أفقد الله زوجته أي أماتها [٨٣].

ثانياً: الفقدان إصطلاحاً

لم يتفق الفقهاء على تعريف محدد فيما بينهم على تعريف الفقدان فكل منهم أختار تعريفاً على حسب علمه وفقهه لذا سوف نستعرض بعض هذه التعاريف ونضعها في تعريف واحد جامع مانع.

أولاً: الحنفية: فقد عرف الحنفية الفقدان بأنه: هو الغائب الذي لا يُدرى حياته ولا موته ولا مكانه، أو هو غائب لم يدري أحي هو فيتوقع قدومه، أم ميت أودع اللحد في القبر، أو هو الذي غاب عن بلده بحيث لا يعرف أثره ومضى على ذلك زمان ولم يظهر أثره، [٨٤]، كما عرفه الإمام السرخسي بقوله: "المفقود اسم

([٨٣]) رينهارت بيتر آن دُوزِي (ت ١٣٠٠هـ): ١٩٧٩م-٢٠٠٠م، **تكملة المعاجم العربية**، نقله إلى العربية وعلق عليه: جـ ١ -٨: محمَّد سَليم النعَيمي، جـ ٩، ١٠: جمال الخياط، وزارة الثقافة والإعلام-الجمهورية العراقية-ط١، باب الفاء ج٨/ص٩٦. وانظر: د.أحمد مختار، معجم اللغة العربية المعاصرة، باب الفاء، فصل الفاء والقاف والدال، ج٣/ص١٧٢٨. ونشوان بن سعيد الحميرى اليمني (ت ٥٧٣هـ): ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م، **شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم**، المحقق: د حسين بن عبد الله العمري، دار الفكر المعاصر-بيروت-لبنان-ط١، ودار الفكر-دمشق-سورية، باب الفاء والقاف وما بعدهما، الأفعال الزائدة، ج٨/ص٥٢٣٨. وانظر: أحمد بن فارس بن زكريا: **معجم مقاييس اللغة**، ج٤/ص٤٤٣. وانظر: مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، باب الفاء، ج٢/ص٦٩٧. ومرتضى الزَّبيدي؛ محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني (ت ١٢٠٥هـ): د.ت، **تاج العروس من جواهر القاموس**، دار الهداية-د.ط، ج/ص٥٠١.

([٨٤]) انظر: محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي (ت ٥٤٠هـ): ١٤١٤هـ -١٩٩٤م، **تحفة الفقهاء**، دار الكتب العلمية-بيروت -لبنان-ط٢، ج٣/ص٣٤٩. والسيواسي؛ كمال الدين محمد بن عبد الواحد (ت٦٨١هـ): د.ت، **شرح فتح القدير**، دار الفكر-بيروت-لبنان-د.ط، ج٦/ص١٤١-١٤٢. وانظر: ابن عابدين؛ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (ت١٢٥٢هـ): ١٤١٢هـ-١٩٩٢م، **حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، دار الفكر-بيروت-ط٢، ج٤/ص٢٩٢. وانظر: مجد الدين أبو الفضل الحنفي؛ عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي (ت ٦٨٣هـ): ١٣٥٦هـ-١٩٣٧م، **الاختيار لتعليل المختار**، عليها تعليقات: الشيخ محمود أبو دقيقة (من علماء الحنفية ومدرس بكلية أصول الدين سابقا)، مطبعة الحلبي-القاهرة-د.ط، ج٣/ص٣٧.

لموجود هو حي بأعتبار أول حياته، ولكنه خفي الأثر كالميت باعتبار مآله، وأهله في طلبه يجدون ولخفاء مستقره لا يجدون فقد انقطع عليهم خبره واستتر عليهم أثره، وبالجد ربما يصلون إلى المراد وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التناد" (٨٥).

ثانياً: المالكية: فقد عرفه المالكية بأنه: من انقطع خبره ممكن الكشف عنه، فيخرج الأسير؛ لأنه لم ينقطع خبره، ويخرج المحبوس الذي لا يستطاع الكشف عنه، والمفقود هو الذي يعمى خبره ولو عرف البلد الذي نزع إليه وغاب خبره كان مفقوداً، والمفقود هو الذي لا يبلغه سلطان ولا كتاب سلطان فيه، قد أضل أهله وإمامه في الأرض، لا يدري أين هو، وقد تلوموا لطلبه والمسألة عنه فلم يوجد فذلك هو المفقود الذي يضرب له الإمام (أي يضرب له مده) (٨٦).

ثالثاً: الشافعية والحنابلة: فقد عرفه الشافعية بقولهم إن الفقدان هو: من غاب عن وطنه، وطالت غيبته، وانقطع خبره، وجهل حاله، فلا يعرف أحي هو، أم ميت؟، والمفقود في جوف البلد أو في السفر وفي القتال ومن انكسرت سفينته ولم يعلم حاله (٨٧).

اعتمد الحنابلة على التعريف اللغوي للمفقود (٨٨).

رابعاً: الظاهرية: المفقود عند ابن حزم هو: "مَنْ فُقِدَ فَعُرِفَ أَيْنَ مَوْضِعُهُ، أو لَمْ يُعْرَفْ فِي حَرْبٍ فُقِدَ، أو فِي غَيْرِ حَرْبٍ" (٨٩). والذي يظهر من هذه التعريفات أن جميعها تحمل معنى واحداً، وهو الغياب، وجهل الحال أي الموضع والحياة والموت والمكان.

---

(٨٥) شمس الأئمة السرخسي؛ محمد بن أحمد بن أبي سهل (ت ٤٨٣هـ): ١٤١٤هـ-١٩٩٣م، **المبسوط**، دار المعرفة-بيروت-د.ط، ج١١/ص٣٤.

(٨٦) انظر: ابن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ج٢/ص٤٧٩. وانظر: الحطاب الرُّعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج٤/ص١٥٥. وأبو محمد عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفزي، القيرواني، المالكي (ت ٣٨٦هـ): ١٩٩٩م، **النَّوادر والزِّيادات على مَا في المدَوَّنة من غيرها من الأُمهاتِ**، دار الغرب الإسلامي-بيروت-ط١، ج٥/ص٢٤٥.

(٨٧) انظر: النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج/ص٤٠٠. والجمل؛ سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري (ت١٢٠٤هـ): د.ت، **فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل**، دار الفكر-بيروت-لبنان-د.ط، ج٤/ص٤٥٧. والدكتور مُصطفى الخِنْ، الدكتور مُصطفى البُغا، على الشّرْبجي: ١٤١٣هـ -١٩٩٢م، **الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى**، دار القلم-دمشق-ط٤، ج٥/ص١٣١.

(٨٨) انظر: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج٤/٤٦٤.

(٨٩) ابن حزم الأندلسي: المحلى بالآثار، ج٩/ص٣١٦.

الراجح من هذه التعاريف والله أعلم هو التعريف الأول للحنفية، وهو الغائب الذي لا يُدرى حياته ولا موته ولا مكانه، أو هو غائب لم يدري أحي هو فيتوقع قدومه، أم ميت أودع اللحد في القبر، أو هو الذي غاب عن بلده بحيث لا يعرف أثره ومضى على ذلك زمان ولم يظهر أثره؛ لأنه التعريف المانع الجامع، لأن فيه شروط المفقود ولدلالته على المراد مع وجازته وهو الجهل بمكانه، الجهل بحياته، مضي الزمان على هذا الحال فالمفقود هو نوع من أنواع الغائب والغيبة أعم وأشمل.

والذي يظهر من هذه التعريف أن القانون يتفق مع الفقه الإسلامي في تعريف المفقود من ناحية إنقطاع أخباره وعدم المعرفة بكونه حياً أو ميتاً والجهل بحاله.

الفرع الثاني

أنواع المفقود:

ذهب جمهور الحنفية والشافعية والظاهرية إلى عدم تقسيم المفقود إلى أنواع ولم يفرقوا بين أحوال الفقد بل قالوا إن كل من غاب عن أهله وبلده أو أسره العدو ولم يُدرَ أحي هو أم ميت، ولا يعلم مكانه ومضى على ذلك زمان فهو مفقود بهذا الإعتبار، سواء كان ذلك في دار الحرب أو دارالسلام أو في صف القتال في المعركة أو انكسرت سفينته ولم يعلم حاله فالحكم في الكل سواء وتنطبق عليهم الأحكام نفسها، وذهب إلى هذا الرأي جماعة من الصحابة والتابعين نذكر منهم: عمر بن الخطاب وعثمان وعلي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر وعطاء والزهري وعمر بن عبدالعزيز وغيرهم رضي الله عنهم أجمعين [٩٠]. ويحكم القاضي بموته بعد تسعين سنة من يوم ولد، أو يقدر بموت أقرانه من أهل بلده، ثم تعتد زوجته للوفاة من وقت الحكم بموته، وهذا ما ذهب إليه الحنفية [٩١].

أما الشافعية فلا يحكم القاضي بموت المفقود حتى تقوم بينة بموته، أو تمضي مدة يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقها، فيجتهد الحاكم ويقضي بموته، وبانقضاء المدة يجوز لامرأته الزواج من غيره [٩٢].

وذهب المالكية والحنابلة وسعيد بن المسيب وغيرهم إلى التفريق بين حال وأخرى فليس لكل من غاب عن أهله ووطنه الحكم نفسه، فمن فقد في صف القتال في المعركة أو في حال غرق السفينة ولم ينج منها إلا القليل، يختلف حكمه عمن خرج للتجارة أو طلب العلم وطال مكثه وانقطعت أخباره.

أولاً: أنواع المفقود عند الحنابلة

١-مفقود في غيبة ظاهرها السلامة: كمن سافر للتجارة أو طلب العلم، أو السياحة ويلحق به الأسير؛ لأنه معلوم من حاله أنه غير قادر على المجيء. تنتظر به تسعين سنة من يوم ولادته لأن الغالب أن لايعيش أكثر

---

(٩٠) انظر: ابن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، ج٩/ص٣١٦.

(٩١) المولى خسرو؛ محمد بن فرامرز بن علي (ت ٨٨٥هـ): د.ت، **درر الحكام شرح غرر الأحكام**، دار إحياء الكتب العربية-بيروت-د.ط، ج٢/ص١٢٨.

(٩٢) أبو يحيى السنيكي؛ زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين (ت ٩٢٦هـ): ١٤١٧هـ -١٩٩٧م، **منهج الطلاب في فقه الإمام الشافعي رضي الله عنه**، المحقق: صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية-بيروت-ط١، ج١/ص٩٩.

من هذه المدة، وهذا هو المذهب وقد نص عليه الإمام أحمد رحمه الله، وهذا القول هو أشهر الروايتين عن الإمام أحمد، والرواية الثانية أن ينتظر أبداً فلا يقسم ماله ولا تتزوج امرأته حتى يثبت يقين موته [٩٣].

٢-مفقود في غيبة ظاهرها الهلاك: وهو كمن فقد بين أهله ليلاً أو نهاراً، أو فقد بين الصفين في القتال، أو انكسر بهم مركب فينجو بعضهم ويغرق الآخرون أو في مفازة مهلكة، تنتظر تتمة أربع سنين [٩٤].

ثانياً: أنواع المفقود عند المالكية [٩٥].

فأقسام المفقود خمسة:

١-مفقود في بلاد المسلمين زَمَنِ الْوَبَاءِ: تعتد زوجته عدة الوفاة بعد ذهاب الوباء لغلبة الظن بموته.

٢-مفقود في بلاد المسلمين فِي غَيْرِ زَمَنِ الْوَبَاءِ: تعتد زوجته عدة الوفاة بعد التأجيل أربع سنوات.

٣-وَمَفْقُودٌ فِي أَرْضِ الشِّرْكِ: حكمه حكم الأسير تبقى زوجيتهما لإنتهاء مدة التعمير.

٤-مفقود في حروب المسلمين بعضهم مع بعض: تعتد زوجته عدة الوفاة بعد إنفصال الصفين إذا شهدت البينة أنه حضر صف القتال، وإلا حكمه كالمفقود في بلاد الإسلام المتقدم ذكره.

٥-مفقود في حروب المسلمين والكفار: تعتد زوجته عدة الوفاة بعد سنة إعتبارا من رفع الأمر إلى القضاء عند بعض وبعد نظر القاضي في شأنه والسؤال والتفتيش عنه بحيث يغلب على ظنه عدم حياته عند بعض الآخرين.

---

(٩٣) شمس الدين المقدسي؛ محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، الرامينى ثم الصالحي الحنبلي (ت٧٦٣هـ): ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م، **كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي**، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة-ط١، ج٨/ص٤٥. وابن ضويان؛ إبراهيم بن محمد بن سالم (ت١٣٥٣هـ): **منار السبيل في شرح الدليل**، المحقق: زهير الشاويش، الطبعة: السابعة ١٤٠٩ هـ-١٩٨٩م، الناشر: المكتب الإسلامي، ج٢-ص٨٧.

(٩٤) انظر: شمس الدين المقدسي، كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي، ج٨/ص٤٥. وبرهان الدين؛ **المبدع في شرح المقنع**، ج٦/ص٢٠١.

(٩٥) الصاوي المالكي؛ أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، (ت١٢٤١هـ): **بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الإمام مَالِكٍ)**، دار المعارف-د.ط، ج٢/ص٦٩٣. وانظر: ابن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٢/ص٤٧٩. وانظر: أبو عبد الله المواق المالكي؛ محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي (ت٨٩٧هـ): ١٤١٦هـ-١٩٩٤م، **التاج والإكليل لمختصر خليل**، دار الكتب العلمية-بيروت-لبنان-ط١، ج٥/ص٤٩٥. وانظر: أبو الحسن برهان الدين، الهداية في شرح بداية المبتدي، ج٢/ص٤٢٤.

ونقل ابن حجر قولاً للإمام سعيد بن المسيب في حكم المفقود بقوله: "إذا فقد في الصف عند القتال تربص امرأته سنة، وإذا فقد في غير الصف فأربع سنين" [٩٦].

(٩٦) أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي (ت٨٥٢هـ): ١٣٧٩هـ، **فتح الباري شرح صحيح البخاري**، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، عليه تعليقات العلامة: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، دار المعرفة-بيروت-د.ط، ج٩/ص٤٣٠.

الفرع الثالث

أقوال الفقهاء في التفريق بسبب الفقد:

إن فقدان الزوج يدل على غيبته، فكل مفقود غائب، وليس كل غائب مفقوداً، وعليه فإن الأحكام الخاصة بطلب التفريق للغيبة، تختلف عن الأحكام الخاصة بطلب التفريق للفقد. اختلف الفقهاء في جواز التفريق للفقد على قولين:

القول الأول: ليس لامرأة المفقود طلب التفريق، ولا يفرق بينهما، وإن طلبت ذلك، إلا أن يتبين موته أو طلاقه أو يبلغ سن التعمير [٩٧]، وهذا ما ذهب إليه الحنفية [٩٨]، والشافعية في الجديد، وأحمد في رواية لو كان ظاهر غيبته السلامة، وابن حزم، والزيدية، والشيعة الإمامية [٩٩]. قال الزيلعي [١٠٠]، "إن المفقود: هو غائب لم يدر أثره حي في حق نفسه فلا تنكح عرسه ولا يقسم ماله ولا تنفسخ إجازته" [١٠١]. وقال النووي: أنه لا يجوز لها أن تنكح غيره حتى يتحقق موته أو طلاقه ثم تعتد [١٠٢].

القول الثاني: يحق لامرأة المفقود طلب التفريق من زوجها، وتجاب إليه بعد تربص المدة المطلوبة، وهذا ما ذهب إليه المالكية، والشافعية في القديم، والحنابلة عندما يكون ظاهر غيبته الهلاك [١٠٣]، وقالوا بأن زوجة

([٩٧]) يراد بسن التعمير المدة التي تغلب على الظن وفاته فيها، واختلف الفقهاء في تحديد مدة التعمير، فمنهم من جعلها سبعون سنة، ومنهم من ترك أمرها للقاضي يجتهد فيها ومنهم من جعلها بمائة وعشرين سنة، ومنهم من جعلها تسعين سنة.

([٩٨]) أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيبأني (ت١٨٩هـ): ١٤٠٣هـ، **الحجة على أهل المدينة**، المحقق: مهدي حسن الكيلاني القادري، عالم الكتب-بيروت-ط٣، ج٤/ص٥٠.

([٩٩]) أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيدي اليمني الحنفي (٨٠٠هـ-١٣٩٧م): ١٣٢٢هـ، **الجوهرة النيرة**، المطبعة الخيرية-ط١، ج١/ص٣٦٠. وانظر: ابن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، ج٩/ص٣١٦. والطوسي الشهير؛ عبد العظيم البكاء: د.ت، **الوسيلة**، مطبعة الادب-النجف-د.ط، ص٣٨٣-٣٨٤. وانظر: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج٥/ص٤٢٣.

([١٠٠]) عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي: فقيه حنفي (٧٤٣ هـ-١٣٤٣م)، (شارح الكنز). قدم القاهرة سنة ٧٠٥ هـ فأفتى ودرس، ونشر الفقه، وانتفع به الناس، وتوفي فيها ودفن بالقرافة. له «تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق -ط» ست مجلدات، فقه، و «تركة الكلام على أحاديث الأحكام» و «شرح الجامع الكبير» فقه، وهو غير جمال الدين الزيلعي «عبد الله» صاحب «نصب الراية» نقلا عن: الأعلام للزركلي، المكتبة الشاملة، الموافقة للمطبوع.

([١٠١]) انظر: فخر الدين الزيلعي الحنفي: **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي**، ج٣/ص٣١٠.

([١٠٢]) انظر: النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج٨/ص٤٠٠.

([١٠٣]) انظر: ابن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٢/ص٤٧٩. وانظر: عبد الرحمن النفزي القيرواني المالكي، النَّوادر والزِّيادات على مَا في المدَوَّنة من غيرها من الأُمهاتِ، ج٥/ص٢٤٥. والنووي: روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج٨/ص٤٠٠. وانظر: شيخ السلام؛ زكريا الأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج٣/ص٤٠٣. وانظر: الماوردي؛ أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي (ت٤٥٠هـ): **كتاب الحاوى الكبير . الماوردى**، دار الفكر-بيروت-د.ط، ج١١/ص٧١٤. وانظر: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج٤/ص٤٦٥. وانظر: شمس الدين المقدسي، كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع

المفقود لها الحق في طلب التفريق، ولها أن ترفع أمرها إلى القاضي وينظر في أمرها وبعد أن يثبت أنها زوجة المفقود وأنها لا تزال في عصمته لم يطلقها، بل يأمرها، وبعد أن يفحص القاضي عن أخباره ويسأل عن آثاره وبعد مضي المدة المطلوبة يأمرها ان تعتد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً ثم تحل للزواج ثانية.

فإن طالبت بالتفريق ومضى على فقده مدة معينة ثم مضت عدتها تزوجت بمن تشاء، فإنه ليس لأحد من أهلها أو أهل الزوج المفقود حق الإعتراض عليها، لأنه لا يوجد رأي سائغ في المسألة وهو رأي المالكية وايدها الحنابلة في المفقود الذي يفقد في ظروف يغلب على الظن فيها هلاكه، مثل أولئك الذين اختطفهم جيش الحكومة العراقية فيما يسمى بالأنفال [١٠٤].

أدلة القول الأول: المانعين للتفريق

استدل المانعون للتفريق بمجموعة أدلة منها:

أولاً: ما روى المغيرة بن شعبة أن رسول اللهﷺ قال: (امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان) [١٠٥].

ثانياً: عن علي -رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: في إمرأة المفقود هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق، وروى عبد الرحمن بن ابي ليلى أن عمر -رضي الله عنه-كان يقول يفرق بينه وبين امرأته إذا مضت أربع سنين ثم رجع إلى قول علي رضي الله عنه [١٠٦].

ثالثاً: واستدلوا بما فهموه من عموم النصوص المتعلقة بالأزواج، من وجوب الإنفاق وأحكام الإيلاء واللعان والظهار وإيقاع الطلاق. فقد أورد الشافعي ذلك، وقال: "فلم يختلف المسلمون فيما علمته في أن ذلك لكل زوجة، على كل زوج غائب أو حاضر ولم يختلفوا في أن لا عدة على زوجة إلا من وفاة أوطلاق" [١٠٧]، قال

لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي، ج٨/ص٤٥. وانظر: برهان الدين، المبدع في شرح المقنع، ج٦/ص٢٠٢. وانظر: ابن ضويان، منار السبيل في شرح الدليل، ج٢/ص٨٧.

([١٠٤]) محمد أحمد الطزني: د.ت، **حكم زوجات المفقودين في كارثة ما يسمى بالأنفال**، مطبعة جامعة صلاح الدين-اربيل-العراق، ص٩٣.

([١٠٥]) حديث الصحابي المغيرة بن شعبة رضي الله عنه: أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: كتاب العدد: باب من قال امراة المفقود امرأته حتى يأتيها يقين موته: ٤٤٥/٧، ح(١٥٣٤٢)، وقال الزيلعي في نصب الراية: الحديث ضعيف لضعف سوار بن المصعب، وكذلك محمد بن شرحبيل،٤٧٣/٣.

([١٠٦]) الأثر مروي عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه: أخرجه عبد الرزاق بن همام الصنعاني في مصنفه: كتاب الطلاق: باب التي لا تعلم مهلك زوجها: ٩٠/٧، ح(١٢٣٣٠).

([١٠٧]) الشافعي: الأم، ج٥/ص٢٥٥.

الله تعالى:{ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوف وَاللَّهُ بِما تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ}[البقرة:٢٣٤].

وجه الإستدلال بهذه العمومات هو أنها لم تستثن من الأزواج مفقوداً ولا موجوداً [١٠٨].

ثالثاً: المعقول: استدلوا بالمعقول من وجهين:

أولاً: إن نكاح الغائب ثابت يقيناً، ومحض غيبته ليس سبباً موجباً للتفريق، وموته في حيز الإحتمال ومشكوك فيه، واليقين لا يزال بالشك [١٠٩].

ثانياً: لا يوجد نص في الكتاب أو السنة بجواز التفريق لأجل الغيبة، فلم يوجد ما يصح أن ينبني عليه التفريق [١١٠].

المجيزين للتفريق

أولاً: قوله تعالى: {الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أو تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ} [البقرة:٢٢٩].

وجه الدلالة: {فَإِمْسَاك} أَيْ فَعَلَيْكُمْ إمْسَاكهنَّ بَعْده بِأَنْ تُرَاجِعُوهُنَّ {بِمَعْرُوفٍ} مِنْ غَيْر ضِرَار [١١١]، وقوله تعالى: {فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أو فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ} [الطلاق:٢].

وجه الدلالة: {بمعروف} وهو ألا يريد بالرَّجعة ضرارها {أو فارقوهنَّ بمعروف} أي: اتركوهن حتى تنقضي عدتهن فتبين ولا تضروهن [١١٢]، وقوله تعالى: {فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أو سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ} [البقرة:٢٣١].

([١٠٨]) ناصر الدين أبو سعيد عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازي البيضاوي (ت٦٨٥هـ): ١٤١٨هـ، **أنوار التنزيل وأسرار التأويل**، المحقق: محمد عبد الرحمن المرعشلي، دار إحياء التراث العربي-بيروت-ط١، ج١/ص١٤٥.

([١٠٩]) ابن نجيم المصري؛ زين الدين بن إبراهيم بن محمد، (ت٩٧٠هـ): ١٤١٩هـ-١٩٩٩م، **الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِيْ حَنِيْفَةَ النُّعْمَانِ**، دار الكتب العلمية-بيروت-لبنان-ط١، ج١/ص٥١.

([١١٠]) انظر: ابن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، ج٩/ص٣٢٧.

([١١١]) جلال الدين محمد بن أحمد المحلي (ت٨٦٤هـ) وجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (ت٩١١هـ): د.ت، **تفسير الجلالين**، دار الحديث-القاهرة-ط١، ج/ص٤٩.

([١١٢]) أبو الحسن علي بن أحمد بن محمد بن علي الواحدي، النيسابوري، الشافعي (ت٤٦٨هـ): ١٤١٥هـ، **الوجيز في تفسير الكتاب العزيز**، تحقيق: صفوان عدنان داوودي، دار القلم-الدار الشامية-دمشق-ط١، بيروت، ج١/ص١١٠٧.

وجه الدلالة: فَأَمْسِكُوهُنَّ اي فعليكم بعد ما قرب إنقضاء مدة العدة أن تراجعوهن فيها وتمسكوهن بِمَعْرُوفٍ مستحسن عقلا وشرعا،{ أو سَرِّحُوهُنَّ وفارقوهن بِمَعْرُوفٍ} حتى لا يتضررن بطول المدة وَعليكم أن لا تُمْسِكُوهُنَّ ضِراراً أى لمجرد أن تضروهن لِتَعْتَدُوا [١١٣].

وجه الدلالة: من كل هذه النصوص أن الله تعالى أمر الأزواج كافة بإحدى حالتين تجاه زوجاتهم، فإما أن يمسكوهن زوجات لهم، وإما ان يفارقوهن بمعروف وحسن معاملة في كلتا الحالتين من الوفاة والفراق، أما ترك الزوجة معلقة محجوزة على مفقود لا يعرف حاله ولا ماله وسد أبواب الأمل في وجهها إلى أجل غير مسمى أشد أنواع التعليق الذي نهى الله سبحانه عنه من كان قريبا من زوجته فكيف بمن لا تعلم عنه شيئاً، حيث قال تعالى:{ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ } [البقرة:٢٣١].

وجه الدلالة: فلا تميلوا، أي عن امرأة كل الميل فتتركوا المستطاع من القسط فَتَذَرُوها أي: التي ملتم عنها كَالْمُعَلَّقَةِ بين السماء والأرض. لا تكون في إحدى الجهتين. لا ذات زوج ولا مطلقة [١١٤]، قوله: {فَتَذَرُوهَا كالمعلقة} وهي المرأة التي لا هي أيّم أي لا زوج لها فتطلب الزواج، ولا هي متزوجة فتستمتع بوجود زوج، ويحجزها الرجل دون أن يمارس مسئوليته عنها [١١٥].

ثانياً: ومن مبادئ الشريعة الإسلامية القطعية منع الضرر من الوقوع، ورفعه إذا وقع [١١٦]، عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " لا ضرر ولا ضرار " [١١٧]، وعن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (فذكره) وزاد: من ضار ضاره الله ومن شاق شاقه الله [١١٨]، (لا ضرر) أي لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئا من حقه (ولا ضرار) فعال بكسر أوله أي لا يجازي من ضره

([١١٣]) الشيخ علوان؛ نعمة الله بن محمود النخجواني (ت٩٢٠هـ): ١٤١٩هـ-١٩٩٩م، **الفواتح الإلهية والمفاتح الغيبية الموضحة للكلم القرآنية والحكم الفرقانية**، دار ركابي للنشر-الغورية-مصر-ط١، ج١/ص٧٩.

([١١٤]) الحلاق القاسمي؛ محمد جمال الدين بن محمد سعيد بن قاسم (١٣٣٢هـ-١٩١٤م): ١٤١٨هـ، **محاسن التأويل**، المحقق: محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلميه-بيروت-ط١، ج٣/ص٣٦٤.

([١١٥]) محمد متولي الشعراوي (ت١٤١٨هـ): ١٩٩٧م، **تفسير الشعراوي – الخواطر**، مطابع أخبار اليوم-د.ط، ج٥/ص٢٦٩٠.

([١١٦]) محمد رشيد بن علي رضا بن محمد شمس الدين بن محمد بهاء الدين بن ملا علي خليفة القلموني الحسيني (١٣٥٤هـ): ١٤٠٤هـ، **حقوق النساء في الإسلام وحظهن من الإصلاح المحمدي العام**، تعليق: محمد ناصر الدين الألبأني، المكتب الإسلامي-بيروت-د.ط، ج١/ص٦١.

([١١٧]) سبق تخريجه:٤٩.

([١١٨]) سبق تخريجه:٤٩.

بإدخال الضرر عليه [١١٩]، والحاكم وضع لرفع المضارة في الإيلاء والظهار، وهذا أبلغ والفسخ مشروع بالعيب ونحوه.

وهذا أحسن الأقوال وما سلف عن علي وعمر أقوال موقوفة. وَفِي الْإِرْشَادِ لِابْنِ كَثِيرٍ عَنْ الشَّافِعِيِّ بِسَنَدِهِ إلى أَبِي الزِّنَادِ قَالَ سَأَلْت سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيِّبِ عَنْ الرجل لَا يَجِدُ مَا يُنْفِقُ عَلَى امْرَأَتِهِ قَالَ يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا [١٢٠]. فإذا كان التفريق جائزاً لعدم قدرة الرجل على الإنفاق على زوجته لدخوله في باب الضرر فيكون التفريق للفقد أولى من التفريق بسبب عدم وجود النفقة للزوجة؛ وذلك لأن الفقد يعدم كله. وعن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فإنها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشرا ثم تحل [١٢١].

رابعاً: إن للمرأة الخروج من النكاح بالجب والعنة لفوات الإستمتاع، وهو هنا حاصل؛ لأن الفقد يمنع الاستمتاع والعشرة من أصلها.

الترجيح:

الرأي الراجح والله أعلم هو ما ذهب إليه المالكية ومن وافقهم بأن لامرأة المفقود الحقَّ في طلب التفريق من زوجها بعد تربص المدة المطلوبة، فإذا أنتهت مدة التربص ولم يعد المفقود يصدر القاضي حكماً ويبلغها بأن تعتد عدة وفاة وبعدها يحل لها الزواج إن شاءت، وليس لأحد إجبارها على البقاء وحيدة تتقلب بين وحشة الفقد ومرارة الإنتظار إلى أجل غير معلوم.

([١١٩]) زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري (ت١٠٣١هـ): ١٣٥٦هـ، **فيض القدير شرح الجامع الصغير**، المكتبة التجارية الكبرى-مصر-ط١، ج٦/ص٤٣١.

([١٢٠]) الصنعاني؛ محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني(ت١١٨٢هـ): د.ت، **سبل السلام**، دار الحديث-د.ط، ج٢/ص٣٠٤.

([١٢١]) الأثر مروي عمر بن الخطاب رضي الله عنه: أخرجه الإمام مالك في الموطأ: كتاب الطلاق: باب عدة التي تفقد زوجها: ٨٢٨/٤، ح(٢١٣٤).

المطلب الثالث

عودة الزوج المفقود:

الفرع الأول: عودة المفقود في القانون العراقي:

عندما ترفع زوجة المفقود الداخل بها شرعا أمرها إلى القضاء مطالبة رفع الضرر عنها تنظر المحكمة في طلبها بعد التثبت من زوجيتها للمفقود (بعقد نكاح رسمي أو قرار إثبات الزوجية أو حجة زواج قديم) وإنها لاتزال في عصمته ولم يطلقها، يتأكد من استمرارية حالة الفقدان بنفس الطريقة التي ثبت بها الفقدان أي إذا كان المفقود مدنيا فتجري الشرطة المحلية التحقيق باستمرار فقدانه وعدم ظهور الدليل على وفاته أو حياته وتقوم المحكمة بالإعلان عنه بالصحف المحلية وفقا لحكم المادة (٨٧) من قانون رعاية القاصرين، أما إذا كان المفقود عسكريا أو من قوى الأمن الداخلي فإن المحكمة تسأل آمري تأهيل الأسرى والمفقودين وتعتمد جوابها، أي أن القاضي لا ينظر بطلب الزوجة إلا بعد التحقيق وتثبيت الزوجية والدخول وبقائها وحقيقة حال الزوج، انه مفقود حقيقة واستمرار حالة الفقدان، ويحكم القاضي بالتفريق بينهما رفعا للضرر الذي أصابها ويأمرها بأن تعتد عدة الوفاة التقديرية (أربعة أشهر وعشرة أيام) من تاريخ الحكم زيادة في الحيطة، ٢-تعتد زوجة المفقود بعد الحكم بالتفريق اربعة أشهر وعشرة ايام.

وإرسالها إلى محكمة التمييز وفقا لأحكام المادة (٣٠٩) مرافعات لأجراء التدقيقات التمييزية عليها وبعد اكتساب الحكم الدرجة القطعية يجوز لها أن تتزوج إن شاءت. مع العرض إن العدة أعلاه البالغة ((١٣٠) يوم ليست عدة وفاة وان توافقتا في المدة بل انها مدة منصوص عليها في المصادر الفقهية الإسلامية وتعتبر دليلا على وفاء زوجة المفقود .

وقد عالج القرار عودة المفقود حيا بعد الحكم بالتفريق فتعود إليه زوجته خلال عدتها ما لم تتزوج من آخر غير عالم بحياة الزوج الأول، أي إذا عاد المفقود قبل دخول الثاني بها فهي زوجة المفقود العائد والعكس صحيح مع عدم علم الثاني بحياة المفقود، أما إذا كان الثاني عقد عليها بعد عدتها ولم يدخل بها فهنا تعود للأول، وأما إذا تزوجها الثاني وهو عالم بحياة الأول فإنه يفرق بينهما وهي لزوجها الأول [١٢٢].

([١٢٢]) القرار ٦٢ في ١٩٩٤/٦/٦ المنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٣٥١٤ في ١٩٩٤/٦/١٣(تفريق زوجة المفقود).

الفرع الثاني

عودة المفقود في الشريعة الإسلامية:

إذا عاد الزوج المفقود قبل مضي المدة المحددة شرعاً لتربص المرأة أو قبل انتهاء عدتها بعد تفريق القاضي لها فإنها زوجته، لأن التفريق لم يقع، ولكن بعد رجوع الزوج المفقود وبعد إنتهاء المدة المحددة وبعد مضي العدة بعد التفريق، فما حكم هذا التفريق؟ اختلف الفقهاء على عدة آراء:

المسألة الأول: رجوع الزوج وزوجته لم تتزوج

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه إذا رجع الزوج المفقود حياً ولم تتزوج الزوجة بزوج آخر بالرغم من صدور الحكم بالتفريق بينهما، ففي هذه الحالة له الحق في مراجعتها، وترجع الزوجة إلى الزوج المفقود، فهي زوجته بنكاحها الأول، أي لا تحتاج إلى عقد نكاح جديد، فهي زوجته وهو أحق بها [١٢٣].

المسألة الثانية: رجوع الزوج المفقود بعد أن تزوجت زوجته وقبل الدخول بها.

إذا عاد الزوج المفقود فوجد أن زوجته قد تزوجت بعد عدتها وقبل الدخول بها، ففي هذه المسألة إختلف الفقهاء فيما بينهم على قولين:

---

(١٢٣) شهاب الدين المالكي؛ عبد الرحمن بن محمد بن عسكر البغدادي (ت ٧٣٢هـ): د.ت، **إرْشَادُ السَّالِك إلى أَشرَفِ المَسَالِكِ فِي فقهِ الإمام مَالِك**، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده-مصر-ط٣، ج١-ص٦٥. وانظر: مَالِكِ بْنِ أَنَسٍ الأَصْبَحِيِّ (ت٢٤٤هـ): د.ت، **الْمُوَطَّأ**، تحقيق: الدكتور بشار معروف، دار الغرب الإسلامي-بيروت-د.ط، ج٢-ص٨٨. وانظر: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت ١٧٩هـ): ١٤١٢هـ، **موطأ الإمام مالك**، المحقق: بشار عواد معروف -محمود خليل، مؤسسة الرسالة-د.ط، باب عدة التي تفقد زوجها، رقم الباب (١٦٥١)، ج١-ص٦٣٥. والنووي: **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، ج٨/ص٤٠٢. وانظر: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج٥/ص٤٢١-٤٢٥.

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية [١٢٤]، والمالكية في رواية [١٢٥]، والشافعية [١٢٦]، والحنابلة [١٢٧]، والظاهرية [١٢٨]، إلى أنها ترجع إلى زوجها وينقطع نكاح الثاني.

القول الثاني: ذهب المالكية في رواية عندهم، إلى أن الزوجة لا ترجع إلى الزوج المفقود ويكون الزوج الثاني أحق بها لأنها خرجت من نكاح الغائب بالتربص والإعتداد. وقال الإمام مالك رحمه الله: "وإن تزوجت بعد أنقضاء عدتها، فدخل بها أو لم يدخل بها، فلا سبيل لزوجها الأول إليها " [١٢٩] وقال وَذَلِكَ الأمر عِنْدَنَا. وبعد إستقراء آراء العلماء من المذاهب المختلفة وأدلتهم ظهر للباحث أن ما ذهب إليه الجمهور أقرب للصواب؛ وذلك لأن النكاح أصلاً للزوج الأول والتفريق القضائي فسخ للنكاح الأول وليس طلاقاً، ولهذا يستمر النكاح الأول لقوله تعالى:{ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا}[البقرة:٢٢٨]، ولأنه لا يخرج عن كونه نكاحاً طرأ على عقد نكاح صحيح بضرب من الإجتهاد، لذلك ترجع إلى زوجها الأول، وخاصة أنه لم يدخل بها الزوج الثاني بعد وليس عنده أولاد منها. والله اعلم.

المسألة الثالثة: حق رجوع الزوج المفقود بعد أن تزوجت زوجته ودخل بها الزوج الثاني.

اختلف الفقهاء على ثلاثة مذاهب:

([١٢٤]) انظر: شمس الأئمة السرخسي، **المبسوط**، ج١١/ص٣٧.

([١٢٥]) انظر: أبو عبد الله المواق المالكي، **التاج والإكليل لمختصر خليل**، ج٤/ص١٥٨.

([١٢٦]) الماوردي؛ أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، (ت ٤٥٠هـ): ١٤١٩هـ-١٩٩٩م، **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني**، المحقق: الشيخ علي محمد معوض -الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية-بيروت-لبنان-ط١، ج١١/ص٣٢٠.

([١٢٧]) انظر: ابن قدامة المقدسي؛ أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي (ت ٦٢٠هـ): ١٣٨٨هـ-١٩٦٨م، **المغني لابن قدامة**، مكتبة القاهرة-د.ط، ج٩/ص١٣١.

([١٢٨]) انظر: ابن حزم الأندلسي، **المحلى بالآثار**، ج٩/ص٣٢٧.

([١٢٩]) مالك بن أنس الأصبحي المدني (ت ١٧٩هـ): **شرح الموطأ**، [الكتاب مرقم آليا، رقم الجزء هو رقم الدرس -١٨٧ درسا] نقلاً من قرص المجموعة الشاملة الموثوقة الموافقة للمطبوع، ج١٠٠/ص١٤. ومالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت ١٧٩هـ): ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، **الموطأ**، المحقق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية-أبو ظبي-الإمارات-ط١، ج٤/ص٨٢٨. وانظر: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (المتوفى: ٤٦٣هـ): ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م، **الاستذكار**، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية-بيروت-ط١، ج٦/ص١٣٠.

المذهب الأول: أن الزوج الأول المفقود الذي عاد يخير بين أخذ زوجته فتكون زوجته بالعقد الأول، ولا يحتاج الزوج الثاني إلى طلاقها لأن نكاحه كان باطلاً في الباطن، وبين أخذ صداقها وتكون زوجة للثاني، وهو ما ذهب إليه عمر وعثمان رضي الله عنهما [١٣٠]، وهو مذهب الحنابلة [١٣١].

وعن سعيد بن المسيب عن عمر رضي الله عنه: في امرأة المفقود قال: "إن جاء زوجها وقد تزوجت خُيِّرَ بين امرأته وبين صداقها فإن أختار الصداق كان على زوجها الآخر وإن اختار امرأته اعتدت حتى تحل ثم ترجع إلى زوجها الأول وكان لها من زوجها الآخر مهرها بما أستحل من فرجها" [١٣٢].

المذهب الثاني: ذهب الشافعية في الجديد عندهم إلى أن الزوج الأول المفقود أحق بزوجته من الثاني، ولا تخيير لها بدليل:

روى عن الشافعية في الجديد عندهم: إذا بَان الزوج حياً بعد أن نكحت فالزوج الأول باق على زوجيته لكن لا يطؤها حتى تعتد من الثاني [١٣٣].

وبعض متأخري أصحاب الإمام أحمد قالوا إن التخيير مخالف للقياس "وَالقياس أنها باقية على نكاح الأول" [١٣٤].

المذهب الثالث: ذهب المالكية إلى أن الزوج الثاني أحق بالزوجة من الزوج الأول العائد من الغياب وذلك بعد دخول الثاني عليها، بدليل: (قَالَ مَالِكٌ: وإن تزوجت بعد إنقضاء عدتها فدخل بها زوجها أو لم يدخل

---

(١٣٠) ابن تيمية؛ تقي الدين أبو العَباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد (ت ٧٢٨هـ): ١٤٢٢هـ، **جامع المسائل لابن تيمية**، تحقيق: محمد عزير شمس، دار عالم الفوائد–ط١، ج١/ص٤٧.

(١٣١) انظر: ابن قدامة المقدسي، **المغني لابن قدامة**، ج٨/ص١٣٤. وانظر: شمس الدين؛ عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي (ت ٦٨٢هـ): د.ت، **الشرح الكبير على متن المقنع**، أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا صاحب المنار، دار الكتاب العربي–د.ط، ج٩/ص١٢٣. ومصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيبأنى مولدا ثم الدمشقي الحنبلي (ت ١٢٤٣هـ): ١٤١٥هـ–١٩٩٤م، **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**، المكتب الإسلامي–ط٢، ج٥/ص٥٧٠.

(١٣٢) الأثر مروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: كتاب العدد: باب من قال بتخيير المفقود إذا قدم بينها وبين الصداق ومن أنكره: ٤٤٦/٧، ح (١٥٩٨١).

(١٣٣) العلامة محمد الزهري الغمراوي (ت ١٣٣٧هـ): د.ت، **السراج الوهاج على متن المنهاج**، مطبعة البابي الحلبي، دار المعرفة–بيروت، ج١/ص٤٥٤.

(١٣٤) ابن تيمية؛ تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (ت ٧٢٨هـ): ١٤١٦هـ–١٩٩٥م، **مجموع الفتاوى**، المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف–المدينة النبوية–المملكة العربية السعودية–د.ط، ج٢٠/ص٥٧٦.

فلا سبيل لزوجها الأول إليها قال مالك: وذلك الأمر عندنا) [١٣٥]. وهذا أحب ما سمعت إلي في هذا. وعن سعيد عن عمر بن عامر عن حماد عن إبراهيم عن علي رضي الله عنه كان يقول هو أحق بها دخل أو لم يدخل بها [١٣٦].

الترجيح:

الراجح والله اعلم هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثالث، فزواج المرأة من الرجل الثاني بني على إنتهاء علاقتها من الزوج الأول بناء على قرار القاضي الشرعي بموت الزوج الأول، وأعتدت المرأة منه ثم عقد عليها الزوج الثاني عقد زواج صحيح ودخل بها دخولا شرعيا صحيحا، وربما تحمل منه وتكون اما لأولاده، وتبقى معه سنين، فليس من المعقول أنه بعد ظهور الزوج الأول يلغى كل ذلك، وترجع إلى زوجها الأول وكأنه لم يحدث شيء مع هذه المرأة، فإذا قلنا برجوع الزوجة لزوجها الأول دفاعا عن حقوق الزوج الأول فأين حقوق المرأة؟ هل هي مجرد سلعة لكي نقول لها: إن الحياة الزوجية التي تعيشينها الآن مع الزوج الثاني كلها ملغاة، وعليك الرجوع للزوج الأول، وما هو مصير الأولاد من الزوج الثاني إذا كان لديها أولاد منه؟ وأخيرا إذا كنا ندافع عن حقوق الزوج الأول فاين حقوق الزوج الثاني؟ أليس هو تزوج زواجا صحيحا ودخل بامرأة تحل له شرعا، وربما أصبح أبا لأولاد منها، فهل من المعقول أن نقول له إن حياتك هذه كلها ملغية من اجل حق الزوج الأول، إذا اين حقوقه؟ اعتقد ان أي رأيي يخالف هذا الرأي الذي رجحناه سيؤدي بعدم زواج زوجة المفقود، لأن أي رجل لا يقبل أن يتزوج امرأة ويبني معها أسرة وبيتا، وهذا البيت معرض للأنهيار في لحظة ظهور الزوج الأول ومطالبته بزوجته، فلهذا يرى الباحث أن الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثالث، والله أعلم. هذا من ناحية إذا كان الزوج المفقود قد إختفى بإرادته ولم يكن عنده أولاد.

أما من ناحية أخرى إذا كان الزوج المفقود أو الغائب معذورا ولم يكن بإرادته فقده أو غيابه وكان عنده أولاد فأين حقوق الزوج الأول؟ ما دمنا نتكلم عن الحقوق؛ لأنه فقدانه أوغيابه كان خارجاً عن إرادته. أعتقد أنه من الأصوب أنه إذا وجدت مثل هذه الحالة أن يكون الخيار بيد المرأة، تختار من تشاء من الزوجين، لإنها في كلتا الحالتين لها أولاد من الزوجين، وقد تزوجت زواجاً صحيحاً مع كلا الزوجين. وذلك أخذا بالمصالح

([١٣٥]) أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي (ت ٤٧٤هـ): ١٣٣٢هـ، **المنتقى شرح الموطإ**، مطبعة السعادة-بجوار محافظة مصر-ط١، ج٤/ص٩٣.

([١٣٦]) انظر: أبو عمر القرطبي، **الاستذكار**، ج٦/ص١٣٦.

المرسلة، وخاصة أنه لم يرد نص صريح لا من الكتاب ولا من السنة في حكم رجوع الزوج المفقود أو الغائب، إنما كلام الفقهاء كله إجتهاد، والله أعلم.

المبحث الثالث

الحبس وأثره في التفريق بين الزوجين

المطلب الأول: موقف القانون العراقي من التفريق لحبس الزوج:

فقد نصت المادة (٤٣/أولاً) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أنه يجوز للزوجة طلب التفريق عند توافر أحد الأسباب الآتية:

١-إذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

المادة الثالثة والأربعون من المواد التي تعطي للزوجة حق التفريق فالفقرة الأولى تعطي الحق للزوجة المحبوس زوجها بعقوبة مقيدة لمدة ثلاث سنوات فأكثر وأكتساب هذا الحكم الدرجة القطعية، وتطلب التفريق بعد مرور ثلاث سنوات على حبس الزوج والمشرع في الإقليم إقليم كردستان العراق قد الغى الفقرة الأولى من المادة ٤٣ وقد عدل المدة وأعطى المرأة حق التفريق بعد مضي سنة على سجن الزوج ولو كانت مدة حكمه ثلاث سنوات فالتعديل الجديد أكثر ملائمة من القانون القديم؛ لأن القانون القديم أعطى الزوجة حق طلب التفريق بمجرد صدور الحكم على الزوج وهكذا الحكم بالنسبة للفقرة الثانية [١٣٧]، فقد قلل المدة من سنتين إلى سنة عند الهجر بخلاف التعديل فقد أصاب في ذلك؛ لأنه ولربما يصدر افراج أو عفو كما هو شائع في المناسبات العامة مثل الأعياد حيث يصدر فيه عفو للمحكومين [١٣٨].

ويرى الباحث إنه من الأفضل للقانون العراقي أن يراعي بعض المواد القانونية التي تعطي للزوج المحبوس الحق في زيارة أهله لمدة أسبوع كل شهرين ونصف فمن الأفضل مراعاة هذا الزوج فمن الممكن أن يكون للزوج مال تستطعيع الزوجة الإنفاق منه، والفترة التي يذهب فيها المحبوس إلى أهله قد يكون كافياً لسد الفراغ عند هذه الزوجة طبعاً وهذه الدرجات متفاوتة ولكن يجب أن يكون هناك بحث ودراسة في الموضوع لإنه بإعتقادي

([١٣٧]) إذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين فأكثر بلا عذر مشروع، وإن كان الزوج معروف الإقامة، وله مال تستطيع الإنفاق منه هذا في القانون القديم. أما **القانون الجديد** فقد اتى بهذا التعديل: (إذا هجر الزوج زوجته مدة سنة فأكثر بلا عذر مشروع ولو كان الزوج له مال تستطيع الإنفاق منه).

([١٣٨]) انظر: سعدالدين ملا عبد الله بلبيتاني: ١٤٣٢هـ-٢٠١١م، **موقف الفقه الإسلامي من التعديلات التي أجريت على قانون الأحوال الشخصية في إقليم كردستان العراق-دراسة مقارنة**، إشراف: جمال محمد فقي رسول باجلان، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية-جامعة صلاح الدين-أربيل-العراق-د.ط، ص٢٢٣.

أن الزوج المحبوس لمدة ثلاث سنوات وفقاً لتلك المواد التي تعطيه الحق في مراجعة أهله، يجب أن يكون هناك قانون خاص لهذا النوع من الحكم. أما ما يتعلق بالمواد التي لا تعطي الحق للزوج المحبوس مراجعة أهله فإننا نتفق مع القانون العراقي في أن يكون حق التفريق للزوجة بعد مضي سنة من حكمه ولو كان مدة حكمه ثلاث سنوات، وهذا يتفق مع المذهب المالكي الذي يعطي للزوجة الحق أيضاً بالتفريق بعد سنة، هذا والله أعلم.

المطلب الثاني

موقف الفقه الإسلامي من التفريق لحبس الزوج:

الفرع الأول: تعريف الحبس

أولاً: الحبس لغةً: مصدر حبست وحبس، يقال حبس الهواء أو حبس الدابة على غير علف، ويقال حُبِس حتَّى قتل، وحَبَسَ اللِّصَّ، ويقال أحبس القط أي منعه من الخروج، وإذا حبس الرجل الرجل قيل حبسه وإذا فعل به فعلا عرضه به لأن يحبس قيل أحبسه، والحَبْس والمِحْبِس: موضعان للمحبوس، فالمِحْبِس يكون سِجْناً ويكون فعلاً كالحَبْس. والحَبيس: الفَرَس: يُجْعَل في سبيل الله. والحِباس: شيء يُحْبَس به نحو الحِباس في [المِزْرَفة] يحبس به فضول الماء، ويقال أيضاً: حبست الشَّيْء أحبسه حبسا إذا منعته عَن الْحَرَكَة. وأحبست الدَّابَّة إحباسا إِذا جعلته حَبِيسًا فَهُوَ محبس وحبيس [١٣٩].

والسِجْنُ لغةً: (سَجَنَ) السين والجيم والنون أصل واحد، وهو الحبس. يقال سجنته سجناً. والسجن: المكان يسجن فيه الإنسان. قَالَ اللَّهُ جَلَّ ثَنَاؤه فِي قِصَّةِ يُوسُفَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: {قَالَ رَبِّ السِّجْنُ أَحَبُّ إِلَيَّ مِمَّا يَدْعُونَنِي إليه} [يوسف:٣٣].

([١٣٩]) أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي (ت٣٢١هـ): ١٩٨٧م، **جمهرة اللغة**، المحقق: رمزي منير بعلبكي، دار العلم للملايين-بيروت-ط١، ج١/ص٢٧٧. ابن السكيت؛ أبو يوسف يعقوب بن إسحاق (ت٢٤٤هـ): ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م، **إصلاح المنطق**، المحقق: محمد مرعب، دار إحياء التراث العربي-بيروت-ط١، ج١/ص٢٧. وانظر: ابن السكيت الاهوازي(ت٢٤٤هـ): ١٤١٢هـ، **ترتيب إصلاح المنطق**، رتبه وقدم له وعلق عليه: الشيخ محمد حسن بكائى، مجمع البحوث الإسلامية إيران-مشهد-ط١، ج١/ص١٢٠. ومحمود السعران: ١٩٩٧م، **علم اللغة مقدمة للقارئ العربي**، دار الفكر العربي-القاهرة-ط٢، ج١/ص١٢٧. وانظر: أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي (ت٣٢١هـ): د.ت، **الإشتقاق**، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، مكتبة الخانجي-القاهرة-ط٢، ج١/ص١٢٦. وانظر: أبو الفتح عثمان بن جني الموصلي (ت٣٩٢هـ): ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م، **سر صناعة الإعراب**، دار الكتب العلمية بيروت-لبنان-ط١، ج٢/ص٥٠. وانظر: جلال الدين السيوطي؛ عبد الرحمن بن أبي بكر (ت٩١١هـ): ١٤١٨هـ-١٩٩٨م، **المزهر في علوم اللغة وأنواعها**، دار الكتب العلمية-بيروت-ط١، ج١/ص٣٣٥. وانظر: عبد الملك بن محمد بن إسماعيل أبو منصور الثعالبي (ت٤٢٩هـ): ١٤٢٢هـ-٢٠٠٢م، **فقه اللغة وسر العربية**، المحقق: عبد الرزاق المهدي، دار إحياء التراث العربي-بيروت-ط١، ج١/ص٢١٦. وانظر: أبو محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري (ت٢٧٦هـ): د.ت، **الجراثيم**، حققه: محمد جاسم الحميدي، وزارة الثقافة-دمشق، ج١/ص٤٣٨. وانظر: الشيخ بيت الله بيات: ١٤١٧هـ-١٩٩٧م، **معجم الفروق اللغوية الحاوي لكتاب ابي هلال العسكري**، مكتبة الخانجي-القاهرة-ط١، مؤسسة النشر الإسلامي-قم-إيران-ط٣، ج١/ص٢٤. وانظر: أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري (ت١٧٠هـ): د.ت، **كتاب العين**، المحقق: د. مهدي المخزومي، د. إبراهيم السامرائي، مكتبة الهلال-د.ط، ج٣/ص١٥٠.

الحبسُ. والسَجْنُ بالفتح المصدر. وقد سَجَنَهُ يَسْجُنُهُ: أي حبَسَه وحَبسه فِي سجن [١٤٠]، ويقال: حَكَمَ القاضي على المجرم بالسِّجن [١٤١].

وبذلك يتبين لنا من الناحية اللغوية أن السجن والحبس بمعنى واحد.

ثانياً: الحبس إصطلاحاً: قليل من العلماء من عرَّف الحبس، فَالْحَبْسُ هُوَ: تَعْوِيقُ الشَّخْصِ وَمَنْعُهُ مِنَ التَّصَرُّفِ بِنَفْسِهِ وَالْخُرُوجِ إلى أَشْغَالِهِ وَمُهِمَّاتِهِ الدِّينِيَّةِ وَالإجتماعية وَلَيْسَ مِنْ لَوَازِمِهِ الْجَعْل فِي بُنْيَانٍ خَاصٍّ مُعَدٍّ لِذَلِكَ، بَل الرَّبْطُ بِالشَّجَرَةِ حَبْسٌ، وَالْجَعْل فِي الْبَيْتِ أو الْمَسْجِدِ حَبْسٌ [١٤٢].

وعرفه الكاساني بقوله: الْمَحْبُوسُ هو الذي مُنع عَنْ الْخُرُوجِ إلى أَشْغَالِهِ وَمُهِمَّاتِهِ [١٤٣].

وقد وردت الإشارة إلى كلمة السجن في القرآن الكريم في قصة سيدنا يوسف (عليه السلام) عند قوله تعالى﴿ يَا صَاحِبَيِ السِّجْنِ أَأَرْبَابٌ مُتَفَرِّقُونَ خَيْرٌ؟ أَمِ اللهُ الوَاحِدُ القَهّار ﴾[يوسف:٣٩]، وكانت هذه الآية حول رؤيا لسيدنا يوسف (عليه السلام)، وقوله تعالى أيضا:﴿ قَال رَبِّ السجنُ أحَبُّ إليَّ ممّا يَدْعُونَنِي إليه... ﴾[يوسف:٣٣].

---

(١٤٠) انظر: أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ج٥/ص٢١٢٣. وانظر: أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ج٣/ص١٣٧. وانظر: أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيد المرسي (ت٤٥٨هـ): ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م، **المحكم والمحيط الأعظم**، المحقق: عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية-بيروت-ط١، ج٧/ص٤٦. وانظر: أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيد المرسي (ت٤٥٨هـ): ١٤١٧هـ-١٩٩٦م، **المخصص**، المحقق: خليل إبراهيم جفال، دار إحياء التراث العربي-بيروت-ط١، ج٣/ص٣٣٧. وانظر: ابن القطاع الصقلي؛ علي بن جعفر بن علي السعدي (ت٥١٥هـ): ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م، **كتاب الأفعال**، عالم الكتب-ط١، ج٢/ص٩١.

(١٤١) الدكتور أحمد مختار عمر (٢٠٠٣م): ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م، **معجم الصواب اللغوي دليل المثقف العربي**، عالم الكتب-القاهرة-ط١، باب ٢٩٣٦، ج١/ص٤٣٨.

(١٤٢) انظر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج١٦/ص٢٨٢.

(١٤٣) انظر: الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٧/ص١٧٤.

الفرع الثاني

أقوال الفقهاء في التفريق بين الزوجين للحبس

القول الأول: لا يحق للمرأة أن ترفع أمرها إلى القضاء طالبة التفريق من زوجها بسبب حبسه مهما طالت مدته، ولو لحقها الضرر بسبب ذلك، وسواء كان حبسه بعذر أم بغير عذر وهذا ما ذهب إليه الحنفية والشافعية والظاهرية [١٤٤].

القول الثاني: ذهب المالكية والحنابلة إلى أن لزوجة المحبوس إذا تضررت من حبس زوجها أن ترفع أمرها إلى القاضي طالبة التفريق بينها وبين زوجها [١٤٥]، ولم يصرح بذلك إلا بعض الحنابلة في بعض الفتاوى.

أدلة الفريقين:

أدلة الفريق الأول: استدل الحنفية والشافعية على عدم جواز طلب المرأة التفريق بينها وبين زوجها المحبوس بما يلي:

١-بما روي عن المغيرة بن شعبة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان"[١٤٦]، وإذا كان هذا في امرأة المفقود فالتي غاب عنها زوجها والحبس أولى بالإنتظار حتى يرجع [١٤٧].

٢-الأخذ بالأصل أن الطلاق لا يملك إيقاعه إلا الزوج فقط من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الطلاق لمن أخذ بالساق"[١٤٨]، فلا يملكه القاضي.

---

(١٤٤) انظر: أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفى بدر الدين العينى (ت٨٥٥هـ): ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م، **البناية شرح الهداية**، دار الكتب العلمية-بيروت-لبنان-ط١، ج٧/ص٣٥٨-٣٦٦. وانظر: أكمل الدين؛ أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتي (ت٧٨٦هـ): د.ت، **العناية شرح الهداية**، دار الفكر-بيروت-د.ط، ج٦/ص١٤١. وانظر: النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج٨/ص٤٠٠. وانظر: ابن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، ج٩/٣١٦.

(١٤٥) أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي (ت١١٢٦هـ): ١٤١٥هـ-١٩٩٥م، **الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني**، دار الفكر-بيروت-د.ط، ج٢/ص٤٢.

(١٤٦) سبق تخريجه: ٤٧.

(١٤٧) السرطاوي؛ د. محمود علي: ١٤١٧هـ-١٩٩٧م، **شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني**، دار الفكر-عمان-ط١، ص٤٦٨.

(١٤٨) سبق تخريجه:٤٨.

٣- لم يردَ نصٌّ من كتاب الله أو سنةِ نبيه صلى الله عليه وسلم، أو فعلٌ من الصحابة أو نقْلٌ عنهم بجواز التفريق لأجل الحبس أو الغيبة، فلم يوجد ما يصح أن يبنى عليه التفريق.

٤-واستدل الزيدية بما روي عن علي رضي الله عنه قال: هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق [١٤٩]. فالإنتظار بحق الزوجة المحبوس زوجها أولى [١٥٠].

أدلة الفريق الثاني: لا يوجد في مذهب الإمام مالك التطليق لحبس الزوج، إلا أنه لما كان المناط في تطليق القاضي الزوجة لغيبة زوجها عنها مدة سنة فأكثر في مذهب المالكية ومدة ستة أشهر فأكثر عند الحنابلة هو تضرر الزوجة من بُعْدِ زوجها عنها فإن هذا المعنى موجود ومتحقق في زوجة المحبوس، فلا يختلف حال زوجة المحبوس عن حال زوجة الغائب سنة فأكثر، في أن مَقامَها وزوجها بعيدًا عنها زمنًا طويلاً أمرٌ فيه إلحاق الضرر بها في الأعم الأغلب ولذلك يكون مبنى التفريق عندهم بسبب الحبس هو الضرر الواقع على الزوجة بسبب حبس زوجها [١٥١]، ولعل التفريق عندهم بسبب الحبس هو الضرر الواقع على الزوجة بسبب حبس زوجها، ولعل النصوص الآتية من أقوال فقهاء المالكية والحنابلة تشير إلى عِلَّة الضرر وكيف تتحقق في زوجة المحبوس، وكيف تكون سببًا للتفريق، ومن أقوالهم ما يلي: أولاً: يقول الدسوقي: "الحاصل أنه إذا حلف ليعزلن عن زوجته زمنا يحصل بها ضررها أو حلف لا يبيت عندها أو ترك وطأها ضرراً من غير حلف أو أدام العبادة وتضررت الزوجة من ترك الوطأ وأرادت الطلاق فإن الحاكم يجتهد في طلاقها عليه ومعنى الإجتهاد في الطلاق عليه ان يجتهد في ان يطلق عليه فوراً بدون أجل، ولا يطلق على من ترك الوطأ لغيبته إلا إذا طالت مدة الغيبة وذلك كسنة فأكثر" [١٥٢]. ويقول ابن عرفة [١٥٣] السنتان والثلاثة ليست بطول بل لابد من الزيادة عليها ولا بد أن تخشى الزنا على نفسها ويعلم ذلك منها وتصدق في دعواه حيث طالت مدة الغيبة. والشاهد في كلام الدسوقي الأول أنَّ تضرر الزوجة من ترك زوجها الوطء لأي سبب من الأسباب عِلَّةٌ تجيز

([١٤٩]) سبق تخريجه:٤٧.

([١٥٠]) انظر: الصنعاني، سبل السلام، ج٣/ص٢٠٨.

([١٥١]) انظر: الحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، ج٥/ص٤٩٧. ومحمود عباس صالح أبو عيسى: ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م، **التفريق بين الزوجين بسبب حبس الزوج، في الفقه الإسلامي، والمعمول به في المحاكم الشرعية في الضفة الغربية**، رسالة الماجستير في الفقه والتشريع، إشراف: الدكتور مروان القدومي، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس-فلسطين-د.ط، ص٥٢.

([١٥٢]) انظر: ابن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٢/ص٤٣١.

([١٥٣]) هو الإمام العلامة المحقق القدوة النظار أبو عبد الله محمد بن محمد بن محمد الورغمي شيخ الإسلام العالم المبعوث على رأس المائة الثامنة كما قال السيوطي في نظمه، المالكي عالم المغرب الشهير المعروف بابن عرفة، ويسمى الورغمي، نسبة إلى لو رغمة قرية من أفريقية، قد عرف منذ صغره بالجد والاجتهاد والمطالعة والمذاكرة، وقد ألّف تآليف عجيبة كمختصره الفقهي الذي لم يسبق به في تهذيبه

طلب التفريق، وفي كلامه الثاني أن الغيبة إذا طالت سنة فأكثر وتضررت الزوجة وخشيت على نفسها الزنا عّلة تجيز التفريق وكلاهما ينطبق على الزوج المحبوس [١٥٤].

ثانياً: واستدلوا بقول الرسولﷺ: لا ضرر ولا ضرار من ضار ضره الله ومن شاق شق الله عليه [١٥٥]، للقاعدة الفقهية (الضرر يزال) [١٥٦]، أَي: تجب إِزَالَته [١٥٧]، ويمكن إزالة هذا الضرر بالتفريق، والدليل في هذا الكلام كون المحبوس تاركًا للوطء الذي قد ينتج عنه الضرر المنشئ للزنا.

ثالثاً: قال ابن تيمية: وحصول الضرر للزوجة بترك الوطء مقتض للفسخ بكل حال سواء كان بقصد من الزوج أم بغير قصد ولو مع قدرته وعجزه كالنفقة وأولى للفسخ بتعذره في الإيلاء إجماعاً [١٥٨].

وبعد النظر في أدلة الفريقين الحنفية والشافعية والفريق الآخر المالكية والحنابلة يرى الباحث أنه لا حجة للحنفية والشافعية في منعهم، وذلك للأسباب التالية:

أولاً: إن الدليل الأول الذي استدلوا به ساقط، وذلك لأن الحديث؛ كما ذكر الصنعاني، ضعيف [١٥٩]، وبذلك لا ينتهض حجة لقولهم.

وجمعه وأبحاثه الرشيقة وحدوده الأنيقة، وتأليفه في المنطق فيه من القواعد والفوائد على صغر جرمه ما يعجز عنه الفحول ، وتأليفه في الأصل ين وغيرهما من أماليه الحديثية والقرءانية والحكم الشرعية، ولد سنة ست عشرة وسبعمائة ، وتفقه ببلاده على قاضي الجماعة أبي عبد الله بن عبد السلام الهواري شارح ابن الحاجب الفرعي ،وعنه أخذ الأصول وقرأ القراءات على أبي عبد الله محمد بن محمد بن حسن بن سلامة الأنصاري، قد صنف بعضا من الموسوعات العلمية النافعة منها : المختصر الكبير، في الفقه، ومختصر الفرائض للحوفي، والمختصر الشامل، في علم التوحيد، والحدود الفقهية، والمبسوط، في علم الفقه، في سبعة مجلدات، والطرق الواضحة في عمل المناصحة، وغير = =ذلك من التآليف الأخرى.وله أيضا كما قال السخاوي كتاب في الفقه سماه المختصر يبلغ عشرة أسفار أو دونها جامع لغالب أمهات المذهب والنوازل والفروع الغريبة وكثرة البحث، توفي ابن عرفة في ٢٠ جمادى الثانية عام ٨٠٣هـ.

(١٥٤) انظر: محمود عباس صالح أبو عيسى، التفريق بين الزوجين بسبب حبس الزوج، ص٥٣.

(١٥٥) سبق تخريجه:٤٩.

(١٥٦) انظر: تاج الدين؛ عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (ت٧٧١هـ): ١٤١١هـ-١٩٩١م، **الأشباه والنظائر**، دار الكتب العلمية-بيروت-ط١، ج١/ص٤١. وانظر: جلال الدين السيوطي؛ عبد الرحمن بن أبي بكر (ت٩١١هـ): ١٤١١هـ-١٩٩٠م، **الأشباه والنظائر للسيوطي**، دار الكتب العلمية-بيروت-ط١، ج١/ص٧.

(١٥٧) علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (ت٨٨٥هـ): ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م، **التحبير شرح التحرير في أصول الفقه**، المحقق: د. عبد الرحمن الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراح، مكتبة الرشد-السعودية-الرياض-ط١، ج٨/ص٣٨٤٦. وانظر: علي جمعة محمد عبد الوهاب: ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م، **المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية**، دار السلام-القاهرة-ط٢، ج١/ص٣٣٧.

(١٥٨) تقي الدين؛ أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (ت٧٢٨هـ): ١٤٠٨هـ-١٩٨٧م، **الفتاوى الكبرى لابن تيمية**، دار الكتب العلمية-ط١، ج٥/ص٤٨٢. وانظر: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (ت٧٢٨هـ): ١٤١٨هـ، **المستدرك على مجموع فتاوى شيخ الإسلام**، طبعه: محمد بن عبد الرحمن بن قاسم، د.ن-ط١، ج٤/ص٢١٨.

(١٥٩) انظر: الصنعاني: سبل السلام، ج٣/ص٢٠٩.

ثانياً: الدليل الثاني الذي استدلوا به فهو في حق الموالي وأسيادهم، ويدلُّ على ذلك مناسبة الحديث [١٦٠]، أنه أتى النبيَّ صلى الله عليه وسلم رجلٌ فقال: يا رسول الله إن سيدي زوجني أمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها فصعد النَّبِيُّ -صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -المنبر فقال: يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده من أمته ثم يريد أن يفرق بينهما "إِنَّمَا الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ" [١٦١].

ثالثاً: إن الدليل الثالث الذي استدلوا به لا ينتهض حُجَّة لقولهم، وذلك لأن الأمور المستجدة تكون دومًا بحاجة إلى حكم شرعي، وليس معنى أنه إن لم يَرِدْ نصٌّ من كتاب الله أو سنة نبيه صلى الله عليه وسلم أو فعل من الصحابة أنَّه ليس هناك حُكْم، فبذلك تتعطَّل الكثير من الأحكام في الأمور المستجدَّة.

رابعاً: واستدلال الزيدية بقول علي رضي الله عنه قول مجتهد فلا إلزام فيه.

ويبدو للباحث أن الراجح والأولى بالأخذ والله أعلم هو قول المالكية والحنابلة القائلين بجواز التفريق للحبس لِمَا في قولهم من تحقيقٍ للمصلحة ورفع للضرر الواقع على الزوجة نتيجة بعد زوجها عنها وذلك خشية الوقوع في الزنا إستناداً إلى القاعدة الفقهية (لا ضرر ولا ضرار) و (الضرر يزال).

([١٦٠]) فخر الدين الزيلعي الحنفي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، ج٢/ص١٩٦.

([١٦١]) سبق تخريجه: ٤٨.

المطلب الثالث

نماذج عن حكم المحكمة في التفريق لحبس الزوج.

فقد نصت المادة (٤٣/أولاً) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أنه يجوز للزوجة طلب التفريق عند توافر أحد الأسباب الآتية:

١-إذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

التعديل: إذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر بعد مضي سنة على التنفيذ ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

النماذج:

١-تشكلت محكمة الأحوال الشخصية في دهوك برئاسة الحاكم السيد: حسين صالح إبراهيم، المأذون بالقضاء باسم الشعب وأصدرت قرارها الآتي:

المدعية: (ع-ز-ي)، وكيلاها المحاميان: (ح-ز) و (د-م).

المدعى عليه: (ك-ع-م)، محكوم مودع في مديرية إصلاح الكبار في دهوك.

القرار:-

الأدعاء وكيلا المدعية بأن المدعى عليه هو زوج موكلتها الداخل بها شرعاً بموجب عقد الزواج الصادر من محكمة الأحوال الشخصية، ونظراً لصدور حكم على المدعى عليه من محكمة جنايات دهوك **بعقوبة مقيدة للحرية بالسجن المؤبد** وفق المادة (٤٠٦) عقوبات وقد مضى على تنفيذ الحكم أكثر من سنة، لذا طلبا دعوة المدعى عليه للمرافعة والحكم بالتفريق بينهما إستناداً للمادة (٤٣/أولاً) أحوال الشخصية المعدل وتحميله المصاريف وأتعاب المحاماة وبنتيجة المرافعة الحضورية العلنية، والإطلاع على عقد زواج المتداعيين، وقرار الحكم الرقم (٤٦٦)، الصادر من محكمة جنايات دهوك المتضمن الحكم على المدان (ك-ع-م) بالسجن المؤبد وفق المادة (٤٠٦/١/ز) عقوبات والمكتسب الدرجة الدرجة القطعية، ولأقرار المدعى عليه بالزوجية والدخول

والبنوة وبكونه محكوماً بالسجن المؤبد ومضى على تنفيذ الحكم بحق أكثر من سنتين عن قطعية وفق المادة (٤٠٦) وأنه يرفض التفريق، ولأقرار المتداعيين بعدم وقوع طلاق سابق بينهما، ولأقرار المدعية بأنها بحالة طهر وغير حامل ومن ذوات الحيض المنتظم، وتقرير البحث الإجتماعي المتضمن إصرار المدعية على التفريق، ولتنازل المدعية عن مهرها المؤجل والنفقة الماضية ونفقة العدة، وحيث أن من الأسباب القانونية التي تبرر للزوجة طلب التفريق القضائي (إذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر ومضي سنة على التنفيذ (المادة ٤٣/أولاً/ أحوال الشخصية المعدل) ولتوافر الشروط القانونية التي تتطلها المادة المذكورة في دعوى المدعي، وحيث أن هذا الحق ثابت للزوجة قانوناً لأن مدة الحكم بالعقوبة هي مدة طويلة تطول معها غيبة الزوج، وأن من الثابت تضرر الزوجة المدعية من هذه العقوبة والغيبة، وبما أن المادة (٤٣/أولاً) قد اعتبرت حبس الزوج مدة ثلاث سنوات فأكثر ضررا في حد ذاته يحق معه للزوجة طلب التفريق، ونظراً لصدور حكم جزائي بات بحق المدعى عليه، عليه ولكل ما تقدم **قررت المحكمة الحكم بالتفريق** بين المدعية (ع-ز-ي) وزوجها المدعى عليه (ك-ح-م) بتاريخ ٢٠١٢، **وإعتباره طلاق بائن بينونة صغرى** للمرة الأولى بحيث لا تحل المدعية للمدعى عليه إلا بعقد ومهر جديدين وعلى المدعية التزام العدة الشرعية لثلاثة قروء إعتباراً من تاريخ الحكم وليس لها الزواج بآخر إلا بعد إنتهاء العدة واكتساب القرار الدرجة القطعية [١٦٢].

٢-تشكلت محكمة الأحوال الشخصية في دهوك برئاسة القاضي السيد جاسم محمد مصطفى المأذون باسم الشعب وأصدرت قرارها الآتي:

المدعية: (ع-م-ل).

المدعى عليه: (ص-ق-ت).

القرار:-

لإدعاء المدعية بأن المدعى عليه زوجها الداخل بها شرعا ولهما من الفراش الزوجية طفلين ولكون المدعى عليه **محكوم عليه لمدة تزيد عن ثلاث سنوات** عليه طلبت دعوته للمرافعة والحكم بالتفريق بينهما، إستناداً لأحكام المادة ٤٣/ أولاً، من قانون الأحوال الشخصية ..... ولكون مدة محكوميته أكثر

(١٦٢) قرار صادر من محكمة إستئناف منطقة دهوك، محكمة الأحوال الشخصية، إقليم كردستان / العراق، انظر في الملاحق.

من ثلاث سنوات وحيث إن من حق الزوجة طلب التفريق إذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر بعد مضي سنة على التنفيذ عليه **قررت المحكمة الحكم بالتفريق بين المدعية والمدعى عليه وإعتبارها طلاقاً بائناُ بينونة صغرى**.....الخ [١٦٣].

(١٦٣) قرار صادر من محكمة إستئناف منطقة دهوك، محكمة الأحوال الشخصية، إقليم كردستان / العراق، انظر في الملاحق.

المبحث الرابع

نوع الفرقة الواقعة بسبب الغيب والفقد والحبس

المطلب الأول: الموقف الفقهي من نوع الفرقة الواقعة بالتفريق للغيبة والفقد والحبس.

اختلف الفقهاء المسلمون في تفريق القاضي للفقد والغيبة والحبس هل هو طلاق ام فسخ؟

الرأي الأول: أن الفرقة الواقعة بالفقد والغيبة المنقطعة والحبس يعد فسخاً وهذا ما ذهب إليه الحنابلة [١٦٤]، يقرر الحنابلة قاعدة أن كل طلاق لا يوقعه الزوج فهو فسخ [١٦٥]، ولتأكيد كون الفرقة بسبب الحبس فسخًا عند الحنابلة نجد ذلك في نصوصهم، ومن ذلك يقول ابن قدامة: "فإن غاب – أي الزوج–أكثر من ذلك – أي من ستة أشهر–لغير عذر فقال بعض أصحابنا يراسله الحاكم فإن أبي أن يقدم فسخ نكاحه [١٦٦].

الرأي الثاني: إن الفرقة الواقعة بالفقد والغيبة المنقطعة والحبس يعد طلاقاً رجعياً وهذا ما ذهب إليه المالكية في رأي، ويؤخذ هذا الحكم من فقهاء المالكية إذ انهم جعلوا فرقة الغائب والمفقود كفرقة المولي، ونوع الفرقة الواقعة بالإيلاء عند المالكية طلاق رجعي قال ابن عبدالبر [١٦٧]، وإذا طال المسافر الغيبة عامداً للضرر أمرنا بالقدوم على امرأته فإن أبى فرق الحاكم بينهما؛ لأن العلة عدم الوطء، فسواء وجد ذلك بيمين أم بغير يمين كما يطلق على المولي [١٦٨].

وأخذ بهذا الرأي قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٠٩/ف٢) والتي جاء فيها التفريق للغيبة والحبس يعد طلاقاً رجعياً إذا رجع الغائب أو أطلق السجين والمرأة في العدة حق له مراجعتها.

---

(١٦٤) انظر: ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، ج٨/ص١٣٠.

(١٦٥) انظر: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج٥/ص٣٦٨.

(١٦٦) انظر: ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، ج٧/ص٣٠٥.

(١٦٧) يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي المالكي، أبو عمر: من كبار حفاظ الحديث، مؤرخ، أديب، بحاثة.يقال له حافظ المغرب. ولد بقرطبة سنة (٣٦٨هـ-٩٧٨م)، ورحل رحلات طويلة في غربي الاندلس وشرقيها. وولي قضاء لشبونة وشنترين. وتوفي بشاطبة سنة (٤٦٣هـ-١٠٧١م)، من كتبه «الدرر في اختصار المغازي والسير –ط» و «العقل والعقلاء» و «الاستيعاب –ط» مجلدان، في تراجم الصحابة، و «جامع بيان العلم وفضله –ط» و «المدخل» في القرآت، و «بهجة المجالس وأنس المجالس، نقلا عن: الأعلام للزركلي.

(١٦٨) أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري القرطبي (ت٤٦٣هـ): ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م، **الكافي في فقه أهل المدينة**، المحقق: محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة–الرياض–المملكة العربية السعودية–ط٢، ج٢/ص٦٠٣.

الرأي الثالث: إن الفرقة الواقعة بالفقد والغيبة المنقطعة والحبس يعد طلاقاً بائناً بينونة صغرى وهذا ما ذهب إليه المالكية في رأي آخر، إلى أن الفرقةُ تعد طلاقًا إذا كانت فرقة من نكاح صحيح شرعًا بناء على سبب لا يستوجب حرمة مؤبدة بين الزوجين، سواء أكانت من قِبَل الزوج أم نائبه أمْ مِن قِبَل الزوجة، أم كانت من قِبَل القاضي، وعلى ذلك فإن التفريق بسبب حبس الزوج وغيبته عن زوجته غيبة تتضرر بها الزوجةُ تعَدُّ طلاقًا، يقول صاحب مواهب الجليل: "كل طلاق يحكم به الإمام فهو بائن إلا المولي والمعسر بالنفقة [١٦٩].

والطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة إذا كان بسبب عيب في الزوج أو للشقاق والنزاع بين الزوجين أو لتضرر الزوجة من غيبة الزوج أو حبسه؛ لأن التجاء الزوجة إلى القضاء لا يكون إلا لرفع الضرر عنها، وحسم النزاع بينها وبين زوجها ولا يتحقق هذا إلا بالطلاق البائن الذي لا يملك الزوج بعده أن يعيد زوجته إلى الزوجية إلا برضاها [١٧٠].

([١٦٩]) انظر: الحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، ج٥/ص٢٩.

([١٧٠]) انظر: محمود عباس صالح أبو عيسى، التفريق بين الزوجين بسبب حبس الزوج، ص٧٢.

المطلب الثاني

موقف القانون العراقي من نوع الفرقة الواقعة باالتفريق للفقد والغيبة والحبس:

أما المشرع العراقي فقد جعل نوع الفرقة الواقعة بالتفريق للفقد والغيبة والحبس طلاقاً بائناً ببينونة صغرى، ففي المادة (٤٥) من قانون الأحوال الشخصية العراقي التي جاء فيها، يعتبر التفريق في الحالات الواردة في المواد (الحادي والأربعين والثانية والأربعين والثالثة والأربعين طلاقاً بائناً ببينونة صغرى.

الترجيح:

وبعد عرض آراء الفقهاء وموقف القانون العراقي من الفقد والغيبة والحبس على نوع الفرقة فإننا نؤيد الرأي القائل بجعل الفرقة الواقعة بالتفريق للفقد والغيبة والحبس فرقة طلاق رجعي، للأسباب الآتية:

١-إذا جعلنا الفرقة طلاقاً بائناً أو فسخاً فإن رجوع الغائب ورغبته بإرجاع زوجته يحتاج إلى مهر وعقد جديد، والقول بجعلها طلاقاً رجعياً لا يوجب ذلك.

٢-إن الزوجة قد تضررت بسبب هذا الغياب، فإذا جعلنا الفرقة طلاقاً بائناً ببينونة صغرى أو فسخاً وتوفي عنها زوجها خلال فترة العدة فلا يجعلها تغنم بالميراث، لإنقطاع سببه، وإذا جعلنا الفرقة طلاقاً رجعياً غنمت بالميراث إذا توفي عنها زوجها في أثناء فترة العدة.

وبناءً على الأسباب التي جعلتنا نرجحه، فإننا نوصي المشرع العراقي أن ينتهج منهج المشرع السوري بجعل الفرقة بهذه الأسباب طلاقاً رجعياً بدلاً من جعلها طلاقاً بائناً ببينونة صغرى.

المبحث الخامس

التفريق بين الزوجين لعدم الإنفاق

المطلب الأول: موقف القانون العراقي من التفريق لعدم الإنفاق:

أولاً: تعريف النفقة في القانون

اسم لما يصرفه الإنسان على من يعوله من زوجته وأولاده وأقاربه، والنفقة التي تعنينا هي نفقة الزوجة فهي: اسم لما يصرفه الزوج على زوجته [١٧١].

وعرفها آخر بأنها: ما ينفقه الزوج على زوجته مما تحتاج إليه من طعام وكسوة ومسكن وخدمة وأثاث وكل ما يلزمها على جهة الكفاية وعلى ما يجري به عرف الناس [١٧٢].

لم يكن في العراق قبل صدور قانون الأحوال الشخصية رقم (١١٨) لسنة (١٩٥٩) للزوجة أي حق بأن تطلب التفريق لعدم الإنفاق عليها؛ لأن العمل في القضاء العراقي كان وفق المذهبين الحنفي والجعفري اللذين لم يجيزا للزوجة طلب التفريق لهذا السبب.

ولكن بعد صدور هذا القانون أصبح للزوجة الحق في طلب التفريق لعدم الإنفاق اخذاً برأي الجمهور [١٧٣].

والحالات التي تخص التفريق لعدم الإنفاق كانت عبارة عن حالتين فقط وموجودة ضمن أحكام المادة الثالثة والأربعين وكما يأتي: المادة الثالثة والأربعون–اولاً–للزوجة طلب التفريق عند توافر أحد الأسباب الآتية:

١–٢–٣–٤–٥–٦،

٧–إذا امتنع الزوج عن الإنفاق عليها دون عذر مشروع، بعد امهاله مدة أقصاها ستون يوماً.

٨–إذا تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيبه أو فقده أو اختفائه أو الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على سنة.

---

(١٧١) انظر: فاروق عبد الله كريم: الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) ١٩٥٩ وتعديلاته، ص١٣٩.

(١٧٢) انظر: أحمد الكبيسي: ١٩٧٢م، **الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته**، مطبعة الإرشاد–بغداد–ط٢، ص١٣٥.

(١٧٣) انظر: أحمد الكبيسي: الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، ص٢٦١.

وقد أضاف التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية الصادر بموجب القانون رقم ٢١ لسنة ١٩٨٧حالة جديدة للتفريق القضائي بسبب عدم الإنفاق وأصبحت تحت تسلسل رقم ٩ ضمن المادة الثالثة والأربعين المنوه عنها أعلاه [١٧٤]، وهذه الحالة هي:

٩-إذا امتنع الزوج عن تسديد النفقة المتراكمة المحكوم بها، بعد إمهاله مدة أقصاها ستون يوماً من قبل دائرة التنفيذ، وهكذا أصبحت الفقرات ٧ -٨ — ٩ من المادة الثالثة والأربعين أولاً تخص التفريق بسبب عدم الإنفاق.

واللافت للإنتباه أن المشرع العراقي لم ينص على حق الزوجة بالتفريق لعسره بدفع النفقة؛ لأن الفقرة السابقة أعطت حق التفريق لعدم الإنفاق إذا كان إمتناع الزوج عن أداء النفقة دون عذر مشروع، والإعسار بالنفقة عذر مشروع قال تعالى:﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾[البقرة:٢٨٠]، وعددت الفقرة الثامنة الأسباب الموجبة للتفريق لعدم الإنفاق ولم تبين حالة الإعسار، وأعطت الفقرة التاسعة الحق إذا امتنع الزوج عن النفقة المتراكمة فقط وليس النفقة الجارية، ولهذا ندعو المشرع العراقي إلى إضافة عبارة (أو إعساره) إلى البند الثامن من المادة (٤٣/أولاً) من قانون الأحوال الشخصية العراقي لتكون بالصياغة الآتية:

"إذا تعذر تحصيل النفقة من الزوج لتغيبه أو فقده أو إختفائه أو إعساره أو الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على سنة".

كما أنه أجمعت المذاهب الإسلامية التي اجازت التفريق لعدم الإنفاق إن النفقة الموجبة للتفريق هي النفقة الحاضرة وليست الماضية، بإستثناء القانون العراقي الذي أجاز للزوجة طلب التفريق إذا امتنع الزوج عن تسديد النفقة المتراكمة المحكوم بها.

كما إن إمهال الزوج قبل الحكم بالتفريق في المذهب المالكي يمهل الزوج مدة معينة قبل الحكم بالتفريق وحسب إجتهاد القاضي، وعند الشافعية والحنابلة قولان: أحدهما يفرق القاضي في الحال، والثاني يمهل الزوج ثلاثة أيام، وفي القانون العراقي لا تزيد على ستين يوماً.

([١٧٤]) نشر القانون رقم (٢١) في الوقائع العراقية، العدد (٢٦٣٩) في ١٩٧٨/٢/٢٠.

المطلب الثاني

موقف الفقه الإسلامي من التفريق لعدم الإنفاق:

الفرع الأول: تعريف النفقة

أولاً: تعريف النفقة لغةً: مُشْتَقَّةٌ مِنْ النِّفَاقِ وَهُوَ الْهَلَاكُ يُقَالُ نَفَقَ فَرَسُهُ إذَا هَلَكَ سُمِّيَتْ بِذَلِكَ لِمَا فِيهَا مِنْ صَرْفِ الْمَالِ ومأخوذ من أنفق، مَا أنفق، وَالْجمع: نفاق، وَأنْفق المال: صرفه. وَفِي التَّنْزِيل: { وَإِذَا قِيلَ لَهُمْ أَنْفِقُوا مِمَّا رَزَقَكُمُ اللَّهُ}[يس:٤٥] أَي: أَنْفقُوا فِي سَبِيل الله وأطعموا وتصدقوا، وأنفقوا: نفقت أَمْوَالهم، ونفق مَاله ودرهمه وَطَعَامه نفقا ونفاقا، ونفق، أنْفق نَفَقَة، وَأنْفق الْقَوْم: نفقت سوقهم، ويقال أنفق ماله على نفسه وأنفق التاجر وأنفق ماله على تعليم أولاده، ويقال: بارك الله لناشر الكتاب في ماله، الذي أنفق منه على إصدار الكتاب بهذا القدر من الإتقان [١٧٥]، وفي الحديث عن أمية مولاة رسول اللهﷺ قالت: كنت أحب على رسول الله وضوؤه فدخل رجل فقال: اوصني فقال: (..... وأَنْفِقْ عَلَى أهلكَ مِنْ طَوْلِكَ) [١٧٦]، ويقال: أنفق منَ المال الحلال.

([١٧٥]) انظر: أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيد المرسي، المحكم والمحيط الأعظم، ج٦/ص٤٤٧. وانظر: محمد بن فتوح بن عبد الله بن فتوح بن حميد الأزدي الميورقي الحَمِيدي أبو عبد الله بن أبي نصر (ت٤٨٨هـ): ١٤١٥هـ- ١٩٩٥م، **تفسير غريب ما في الصحيحين البخاري ومسلم**، المحقق: الدكتورة: زبيدة محمد سعيد عبد العزيز، مكتبة السنة-القاهرة-مصر-ط١، باب رقم ٥٥، ج١/ص١١٩. وانظر: الزمخشري جار الله؛ أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد (ت٥٣٨هـ): ١٤١٩هـ-١٩٩٨م، **أساس البلاغة**، تحقيق: محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية-بيروت-لبنان-ط١، ج١/ص٢١٢. وانظر: شمس الدين؛ محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل البعلي (ت٧٠٩هـ): ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م **المطلع على ألفاظ المقنع**، المحقق: محمود الأرناؤوط وياسين محمود الخطيب، مكتبة السوادي-ط١ ج١/ص٢.

([١٧٦]) حديث الصحابية امية مولاة رسول الله، رضي الله عنها: أخرجه الطبراني في المعجم الكبير: في مسند النساء: باب الالف امية مولاة رسول الله صلى الله عليه وسلم: ١٩٠/٢٤، ح(٢٠٥٠٠)، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد: (فيه يزيد بن سنان الرهاوي وثقه البخاري وغيره والأكثر على على تضعيفه وبقية رجاله ثقات: ٢٥٢/٤.

ثانياً: النفقة إصطلاحاً: هي إستحقاق النفقة بنسب أو سبب [١٧٧]، أو ما يتوقف عليه بقاء شيء من نحو مأكول وملبوس وسكنى [١٧٨].

أو هي كفاية من يمونه خبزا وأدما وكسوة ومسكنا وتوابعها [١٧٩].

فإذاً لا خلاف بين الشريعة والقانون على تعريف النفقه وعلى أنها واجبة على الزوج في توفير ما تحتاج إليه الزوجة من طعام وكسوة ومسكن وخدمة وكل ما يلزم لها بحسب العرف.

([١٧٧]) انظر: أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيدي اليمني الحنفي، الجوهرة النيرة، ج٢/ص٨٣. والقرافي؛ أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي (ت٦٨٤هـ): ١٩٩٤م، **الذخيرة**، دار الغرب الإسلامي-بيروت-ط١، ج٤/ص٤٦٥. وانظر: محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي (ت١٢٩٩هـ): ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م، **منح الجليل شرح مختصر خليل**، دار الفكر-بيروت-د.ط، ج٤/ص٣٨٥. وانظر: النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج٩/ص٤٠. وانظر: تقي الدين الشافعي؛ أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن بن حريز بن معلى الحسيني الحصني (ت٨٢٩هـ): ١٩٩٤م، **كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار**، المحقق: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، دار الخير-دمشق-ط١، ج١/ص٤٣٧.

([١٧٨]) داماد أفندي؛ عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده (ت١٠٧٨هـ): **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**، دار إحياء التراث العربي-د.ط، ج١/ص٤٨٤. وانظر: عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي (ت١٢٩٨هـ): د.ت، **اللباب في شرح الكتاب**، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية-بيروت-لبنان-د.ط، ج٣-ص٩١. وانظر: ضياء الدين الجندي المالكي المصري؛ خليل بن إسحاق بن موسى (ت٧٧٦هـ): ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م، **مختصر العلامة خليل**، المحقق: أحمد جاد، دار الحديث-القاهرة-ط١، ج١/ص١٣٦. وانظر: برهان الدين، المبدع في شرح المقنع، ج٧/ص١٤١.

([١٧٩]) انظر: شرف الدين أبو النجا؛ موسى بن أحمد بن موسى الحجاوي المقدسي، ثم الصالحي (ت٩٦٨هـ): د.ت، **الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل**، المحقق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة بيروت-لبنان-د.ط، ج٤/ص١٣٦. وانظر: شرف الدين أبو النجا؛ موسى بن أحمد بن موسى الحجاوي المقدسي، ثم الصالحي (ت٩٦٨هـ): د.ت، **زاد المستقنع في اختصار المقنع**، المحقق: عبد الرحمن بن علي بن محمد العسّكر، دار الوطن للنشر-الرياض-د.ط، ج١/ص٢٠٢. وانظر: مرعي بن يوسف بن أبي بكر بن أحمد الكرمى المقدسي الحنبلى (ت١٠٣٣هـ): ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، **دليل الطالب لنيل المطالب**، المحقق: أبو قتيبة نظر محمد الفاريابي، دار طيبة-الرياض-ط١، ج١/ص٢٨٩. وانظر: البهوتى الحنبلى؛ منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس (ت١٠٥١هـ): د.ت، **الروض المربع شرح زاد المستقنع، ومعه: حاشية الشيخ العثيمين وتعليقات الشيخ السعدي**، دار المؤيد-مؤسسة الرسالة-د.ط، ج١/ص٦١٨.

الفرع الثاني

حكم النفقة

لا خلاف بين الفقهاء بالإجماع على وجوب نفقة الزوجة على زوجها، وهي واجبة بالكتاب والسنة والإجماع والقياس:

أولاً: الكتاب:

١-قوله تعالى:{ لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إلا مَا آتَاهَا }[الطلاق:٧].

وجه الدلالة: أي لينفق الزوج على زوجته وعلى ولده الصغير على قدر وسعه حتى يوسع عليهما إذا كان موسعا عليه، ومن كان فقيرا فعلى قدر ذلك، فتقدر النفقة بحسب الحالة من المنفق والحاجة من المنفق عليه بالإجتهاد على مجرى حياة العادة [١٨٠].

٢-قوله تعالى: {وعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ}[البقرة:٢٣٣].

وجه الدلالة: يجب على الوالد الذي ينسب إليه الابن وعنده غريزة حب الولد أن يرزقهن ويكسوهن أجرة لهن على الإرضاع [١٨١]، بما هو متعارف بدون إسراف ولا تقتير لتقوم بخدمته حق القيام [١٨٢].

٣-قوله تعالى: {الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ} [النساء:٣٤].

---

(١٨٠) شمس الدين القرطبي؛ أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي (ت ٦٧١هـ): ١٣٨٤هـ-١٩٦٤م، **الجامع لأحكام القرآن = تفسير القرطبي**، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية-القاهرة-ط٢، ج١٨/ص١٧٠. وانظر: وهبة بن مصطفى الزحيلي: ١٤١٨هـ، **التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج**، دار الفكر المعاصر-دمشق-ط٢، ج٢٨/ص٢٨٤.

(١٨١) انظر: الحجازي؛ محمد محمود: ١٤١٣هـ، **التفسير الواضح**، دار الجيل الجديد-بيروت-ط١٠، ج١/ص١٥١.

(١٨٢) انظر: محمد علي الصابوني: ١٤١٧هـ-١٩٩٧م، **صفوة التفاسير**، دار الصابوني-القاهرة-ط١، ج١/ص١٣٥.

وجه الدلالة: الرجال لهم حق الرعاية للنساء، والقيام بشئونهن بما أعطاهم الله من صفات تهيئهم للقيام بهذا الحق، وبسبب أنهم هم الذين يكدّون ويكدحون لكسب المال الذي ينفقونه على الأسرة [١٨٣].

ثانياً: السنة

١-عن جابر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺخطب الناس فقال (اتقوا الله فى النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن أن لايوطئن فرشكم احداً تكرهونه فإن فعلن فاضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف) [١٨٤].

٢-عن عائشة رضي الله عنها: إن هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما اخذت منه وهو لا يعلم فقال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف [١٨٥]، يعني من طعام وشراب فقط، ليس من أجل أنها تدخر وتجمع وتنفق على الناس فليس لها ذلك، فعلى تلك المرأة الراعية ان تصون مال الزوج، وتنصح الزوج بعدم الإسراف والتبذير، وتأمر بالمعروف وتنهى عن المنكر بحيث إنها تحافظ على بيتها [١٨٦].

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم أذن لها بأن تأخذ من مال أبي سفيان الذي يكون تحت يدها، وتنفق به على نفسها وولدها، ولكن ذلك الإنفاق وذلك الأخذ يكون بالمعروف، فلا يكون فيه تقتير ولا تبذير وإسراف، وإنما تأخذ كفايتها على قدر الحاجة دون أن تزيد في ذلك [١٨٧].

([١٨٣]) لجنة من علماء الأزهر: **تفسير المنتخب**، مصدر الكتاب: موقع التفاسير، http://www.altafsir.com، ج١/ص١٣٥. وانظر: جابر بن موسى بن عبد القادر بن جابر أبو بكر الجزائري: ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م **أيسر التفاسير لكلام العلي الكبير**، مكتبة العلوم والحكم-المدينة المنورة-المملكة العربية السعودية-ط٥، ج١/ص٤٧٢. وانظر: إبراهيم بن إسماعيل الأبياري (ت١٤١٤هـ): ١٤٠٥هـ، **الموسوعة القرآنية**، مؤسسة سجل العرب-د.ط، ج٩/ص٣٠٤. وانظر: الأنجري الفاسي الصوفي؛ أبو العباس أحمد بن محمد بن المهدي بن عجيبة الحسني (ت١٢٢٤هـ): ١٤١٩هـ،١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م، **البحر المديد في تفسير القرآن المجيد**، المحقق: أحمد عبد الله القرشي رسلان، الدكتور حسن عباس زكي، دار الكتب العلمية-بيروت-ط٢، ج١/ص٤٩٨.

([١٨٤]) حديث الصحابي جابر بن عبد الله رضي الله عنه: أخرجه الإمام مسلم في صحيحه: كتاب الحج: باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم: ٨٨٦/٢، ح(١٢١٨).

([١٨٥]) حديث السيدة عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها: أخرجه البخاري: كتاب النفقات: باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة ان تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف: ٢٠٥٢/٥، ح(٥٠٤٩).

([١٨٦]) انظر: الشيخ الطبيب أحمد حطيبة: د.ت، **شرح رياض الصالحين**، مصدر الكتاب: دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية، http://www.islamweb.net، د.ط، ج٥٢/ص٣.

([١٨٧]) عبد المحسن بن حمد بن عبد المحسن بن عبد الله بن حمد العباد البدر(ت١٤١٨هـ): **شرح سنن أبي داود**، مصدر الكتاب: دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية، http://www.islamweb.net.

٣-عن معاوية القشيري قال: أتيت رسول الله ﷺ قال: فقلت: ما تقول في نسائنا؟ قال: (أطعموهن مما تأكلون، واكسوهن مما تكتسون ولا تضربوهن ولا تقبحوهن) [١٨٨].

ثالثاً: الإجماع

أجمعت الأمة على وجوب نفقة الزوجة على زوجها، منذ عصر الرسولﷺ ولم يختلف أحد من الفقهاء ولا من العلماء المعاصرين ولا رجال القانون على ذلك، وأنه إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته بدون حق شرعي كان ظالماً وفرض القاضي نفقتها عليه إذا طلبت ذلك [١٨٩].

رابعاً: القياس

إذا من القواعد المقررة فقهاً: إن من حبس لحق غيره فنفقته واجبة على ذلك الغير، فالوالي والوزير والقاضي وغيرهم من العاملين في الدولة لمنفعة المجتمع تجب نفقاتهم في بيت المال أو ما يسمى وزارة المالية، بقدر كفايتهم، وإذا كانت الزوجة حبست نفسها للقيام على البيت ورعاية شؤونه وفرغت نفسها لمنفعة زوجها، فتكون نفقتها واجبة عليه، وقال ابن قدامة: "أَنَّ الْمَرْأَةَ مَحْبُوسَةٌ عَلَى الزَّوْجِ، يَمْنَعُهَا مِنْ التَّصَرُّفِ وَالِإكْتِسَابِ، فَلَا بُدَّ مِنْ أَنْ يُنْفِقَ عَلَيْهَا، كَالْعَبْدِ مَعَ سَيِّدِهِ؛ لأن النَّفَقَةَ جَزَاءُ الِإحْتِبَاسِ" [١٩٠].

أما سبب وجوب نفقة الزوجة على زوجها فهو العقد الصحيح، لكن بشرط وجود الإحتباس، ودخولها في طاعته ليتمكن من جني ثمرات زواجه وأستيفاء حقوق الزوجية، أما إذا كان العقد فاسداً فلا نفقة للزوجة؛ لأن العقد الفاسد لا يوجب نفقة ويكون الواجب عليهما حينئذ أن يتفرقا في الحال فانتفى بذلك حق الإحتباس أيضاً [١٩١].

([١٨٨]) حديث الصحابي معاوية القشيري رضي الله عنه: أخرجه أبو داود في سننه: كتاب النكاح: باب في حق المرأة على زوجها: ٢/٢١٠، ح(٢١٤٦)، وقال الالبأني في صحيح سنن ابي داود: حديث صحيح: ٦/٣٦١.

([١٨٩]) عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي (١٣٩٢هـ-١٩٧٢م): ١٣٩٧هـ، **حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع**، د.ن-ط١، ج٧-ص١٠٨.

([١٩٠]) ابن قدامة المقدسي: المغني لابن قدامة، ج٨/ص١٩٥. والمنهاجي الأسيوطي القاهري الشافعي؛ شمس الدين محمد بن أحمد بن علي بن عبد الخالق (ت٨٨٠هـ): ١٤١٧هـ-١٩٩٦م، **جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود**، حققها وخرج أحاديثها: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، دار الكتب العلمية-بيروت-لبنان-ط١، ج٢/ص١٧١.

([١٩١]) انظر: أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، ص١٣٦.

الفرع الثالث

آراء الفقهاء في التفريق لعدم الإنفاق.

هل في حرمان الزوج زوجته من النفقة يعطي لها الحق في طلب التفريق؟ أم عليها أن تصبر وتشارك زوجها آلام الفقر كما شاركته لذة الغنى؟ هنا اختلف الفقهاء في التفريق لعدم الإنفاق إلى أربعة آراء:

الرأي الأول: ليس للزوجة طلب التفريق لعدم الإنفاق أياً كان المصدر أو السبب.

الرأي الثاني: للزوجة الحق في طلب التفريق لعدم الإنفاق أياً كان المصدر أو سبب الحرمان.

الرأي الثالث: للزوجة الحق في طلب التفريق لعدم الإنفاق إذا كان السبب عجز الزوج أو إعساره.

الرأي الرابع: للزوجة الحق في طلب التفريق لعدم الإنفاق إذا كان السبب تعنت الزوج أو غشه.

وسنتولى بيان هذه الآراء وأهم الأدلة التي استدلوا بها ومناقشتها قدر الإمكان.

الرأي الأول: ليس للزوجة طلب التفريق لعدم الإنفاق أياً كان المصدر أو السبب:

وأصحاب هذا الرأي هم الحنفية والظاهرية وجمهور الزيدية:

ففقهاء المذهب الحنفي قالوا بعدم جواز التفريق لعدم الإنفاق سواء كان ذلك بسبب عجز الزوج، أو تعنته، وسواء كان حاضراً أم غائباً، أو له مال ظاهر أو لم يكن، وإنما على الزوجة أن تنفق من مالها أوتطلب إلى القاضي ان يفرض لها النفقة ويأذن لها بالأستدانة، ثم ترجع على زوجها بما أنفقت حين يساره وجاء في مجمع الأنهر (ولا يفرق القاضي بين الزوجين لعجزه عن النفقة ولا بعدم ايفاء الزوج حال كونه غائباً عنها ولو كان موسراً لأن العجز عن الإنفاق لا يوجب الفراق [١٩٢]، ومن أعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه [١٩٣]. وفائدة ان القاضي يأمر الزوجة بالأستدانة هو رجوع الدائن على الزوج مباشرة، أما إذا لم يأمرها القاضي بالأستدانة فلا يستطيع الدائن الرجوع مباشرة على الزوج وإنما له الرجوع على الزوجة ومن

([١٩٢]) انظر: داماد أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج٢/ص١٨٢.

([١٩٣]) انظر: أبو الحسن برهان الدين، الهداية في شرح بداية المبتدي، ج٢/ص٢٨٧. وانظر: لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي: ١٣١٠هـ، **الفتاوى الهندية**، دار الفكر-بيروت-ط٢، ج١/ص٥٥٠.

ثم هي ترجع على الزوج [١٩٤]. وليس للقاضي حبس الزوج إذا كان مصدر الحرمان لعجزه؛ لأنه لم يكن ظالماً ليرد ظلمه وإنما كان عدم إنفاقه بعذر وهو عجزه [١٩٥].

أما إذا كان مصدر الحرمان لتعنت الزوج لم يفرق القاضي بينهما، وإنما يبيع ماله عليه ويصرفه في نفقتها إن كان له مال ظاهر، أما إذا لم يكن له مال ظاهر فيحبسه القاضي حتى ينفق عليها ولا يفرق [١٩٦]، وإذا كان مصدر الحرمان لغياب الزوج فليس للزوجة حق التفريق، فإن كان له مال ظاهر أخذت منه واذا لم يكن له مال ظاهر ولم يترك لها النفقة فقد كان أبو حنيفة يقول للقاضي أن يأمر الزوجة بالاستدانة عليه ، ثم رجع الإمام أبو حنيفة عن هذا القول لأن فيه قضاء على الغائب وليس للقاضي ذلك [١٩٧]، وهذا يعني أن الزوجة التي غاب عنها زوجها ولم يترك لها نفقة ولم يكن له مال ظاهر ليس لها الحق للألتجاء إلى القضاء لطلب التفريق أو الأستدانة على زوجها لانه ليس لها حق التفريق أصلاً للحرمان من النفقة وليس لها حق طلب الاستدانة لأن طلب الاستدانة لا يكون إلا إذا ثبت عجز الزوج والعجز لا يكون إلا اذا كان الزوج حاضراً. وأزاء هذا الحرج رأى بعض فقهاء الحنفية أنه إذا ما رفعت الزوجة أمرها إلى القضاء لطلب التفريق فعلى القاضي أن يكتب إلى قاض آخر من مذهب آخر يرى التفريق فيفرق بينهما وهذا كله تحقيقاً لغاية الشرع ومقاصدها، وهو حفظ حقوق المرأة وصيانتها.

أما الظاهرية فقالوا: ليس للمرأة الحق في طلب التفريق لعدم الإنفاق أياً كان مصدر هذا الحرمان سواء كان لعجز الزوج أم لتعنته وسواء كان حاضراً أم غائباً.

فإذا كان مصدر الحرمان تعنت الزوج ولم يكن له مال ظاهر فعلى الزوجة أن تنفق على نفسها وما تنفقه يكون ديناً في ذمة زوجها، أما اذا كان له مال ظاهر فلها أن تأخذ منه بمقدار حقها ولو بدون علمه لتنفق على نفسها، وإذا كان مصدر الحرمان عجز الزوج وكانت الزوجة فقيرة فإن كان له مال ظاهر اخذت منه بمقدار حقها وإذا لم يكن له مال ظاهر انفقت على نفسها وما تنفقه يكون دينا في ذمة زوجها، أما إذا

([١٩٤]) انظر: داماد أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج٢/ص١٨٢-١٨٣.

([١٩٥]) انظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج٥/ص٣٣٧.

([١٩٦]) انظر: ابن الهمام فتح القدير، ج٤/ص٣٩٠.

([١٩٧]) انظر: شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج٥/ص٣٤٢.

كانت الزوجة غنية كلفت بالإنفاق على زوجها الفقير ما لم يكن للزوج ولد أو والد فنفقته عليهم أو له ولكن كانا فقيرين ولا ترجع الزوجة بما أنفقت على زوجها ما دام معسراً [١٩٨].

أما جمهور الزيدية: فإن أكثر فقهاء الزيدية قالوا ليس للزوجة الحق في طلب التفريق للحرمان من النفقة أياً كان مصدر هذا الحرمان [١٩٩].

ولكننا مع ذلك نرى أن الفقهاء الذين قالوا بجواز التفريق لعدم الإنفاق لم يتفقوا في السبب، فمنهم من قال إذا كان السبب عجز الزوج، ومنهم من قال إذا كان السبب تعنت الزوج، وهناك من أجاز التفريق لعدم الإنفاق أياً كان السبب [٢٠٠].

الأدلة التي استدل بها أصحاب الرأي الأول:

١-قوله تعالى:{ لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إلا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا }[الطلاق:٧].

وجه الدلالة: أن الزوج لَمْ يكلفه الله النفقة في هذه الحال فقد ترك ما لا يجب عليه ولم يأثم بتركه فلا يكون سبباً للتفريق [٢٠١].

٢-قوله تعالى: {وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ} [النور:٣٢].

وجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى ندب إلى النكاح حال الفقر فلا يصح أن يكون الفقر سبباً للتفريق بين الزوجين.

---

(١٩٨) انظر: ابن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، ج٩/ص٢٥٤.

(١٩٩) أحمد بن قاسم اليماني الصنعاني: ١٩٤٧م، **التاج المذهب لأحكام المذهب**، دار احياء الكتب العربية-ط١، ج٢/ص٢٨٦.

(٢٠٠) السيد محسن الحكيم: ١٣٦٦هـ، **منهاج الصالحين**، مطبعة الزهراء-النجف-العراق-ط١، ج٢/ص١٦١.

(٢٠١) ابن قيم الجوزية؛ محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين (ت٧٥١هـ): ١٤١٥هـ-١٩٩٤م، **زاد المعاد في هدي خير العباد**، الطبعة: السابعة والعشرون، مؤسسة الرسالة-بيروت-مكتبة المنار الإسلامية-الكويت-ط٢٧، ج٥/ص٤٦٢. وانظر: الجصاص؛ أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (ت٣٧٠هـ): ١٤٠٥هـ، **أحكام القرآن**، المحقق: محمد صادق القمحاوي، عضو لجنة مراجعة المصاحف بالأزهر الشريف، دار إحياء التراث العربي-بيروت-د.ط، ج٥/ص٣٦١. وانظر: أبو القاسم؛ محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي (ت ٧٤١هـ): ١٤١٦هـ، **التسهيل لعلوم التنزيل**، المحقق: الدكتور عبد الله الخالدي، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم-بيروت-ط١، ج٢/ص٣٨٧.

٣-قوله تعالى: {وإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلى مَيْسَرَةٍ} [البقرة:٢٨٠].

وجه الدلالة: ذو عسرة يدخل تحته كل معسر بما فيهم الزوج المعسر، ومن اعسر فيجب تأخيره وامهاله وهذا الحكم عام في كل دين، والنفقة ما هي إلا دين للزوجة على زوجها وقد أمر الله صاحب الدين أن ينظر المعسر إلى ميسرته فكانت الزوجة مأمورة بانظار الزوج إلى الميسرة بنص القرآن [٢٠٢].

٤-عن عائشة رضي الله عنها: ان هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما اخذت منه وهو لا يعلم فقال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف [٢٠٣].

وجه الدلالة: أن الرسولﷺ أمر زوجة أبي سفيان أن تأخذ من ماله ما يكفيها وولدها من غير اذنه، ولو صح التفرقي لعدم النفقة لما أمرها الرسول بذلك.

٥-أن الصحابة كان فيهم المعسر والموسر وكان معسروهم أضعاف موسريهم ومع ذلك لم ترفع قط امرأة واحدة أمرها إلى الرسولﷺ طالبة التفريق بإعسار، فدل ذلك على عدم جواز التفريق [٢٠٤].

٦-ذكر صاحب المحلى قولاً للحسن البصري رحمه الله " أنه قال في الرجل يعجز عن نفقة امرأته؟ قال: تواسيه تتقي الله عز وجل وتصبر وينفق عليها ما استطاع" [٢٠٥].

٧-أن في إلزام الفسخ إبطال حقه بالكلية وفي إلزام الإنظار عليها والإستدانة عليه تأخير حقها ديناً عليه وإذا دار الأمر بينهما كان التأخير أولى فالضرر الذي يترتب على التفريق أشد من الضرر الذي يترتب التأخير في الإنفاق؛ لأن النفقة تكون ديناً في ذمة الزوج وتستوفى في المستقبل [٢٠٦].

مناقشة الأدلة:

١-ويمكن الرد على إستدلالهم، بقوله تعالى: (لينفق ذو سعة من سعته .....) بأن هذه الآية بينت أن النفقة التي تجب للزوجة على زوجها تكون حسب حالته المالية وليس فيها ما يدل على عدم جواز التفريق.

---

(٢٠٢) انظر: ابن الهمام، فتح القدير، وجاء فيه (وَغَايَةُ النَّفَقَةِ أَنْ تَكُونَ دَيْنًا فِي الذِّمَّةِ وَقَدْ أَعْسَرَ بِهَا الزَّوْجُ فَكَانَتْ الْمَرْأَةُ مَأْمُورَةً بِالْإِنْظَارِ)، ج٤/ص٣٩١.

(٢٠٣) سبق تخريجه: ٩٤.

(٢٠٤) انظر: ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج٥/ص٤٦٣.

(٢٠٥) ابن حزم الأندلسي: المحلى بالآثار، ج٩/ص٢٦١.

(٢٠٦) انظر: ابن الهمام، فتح القدير، ج٤/ص٣٩١.

٢-رد على إستدلالهم بقوله تعالى: (وإن كان ذو عسرة .....) بأن هذه الآية بينت حكم المعسر دون الموسر فهي جاءت بدليل خاص بالمعسر والخاص لا يثبت به حكم عام يشمل الموسر والمعسر.

٣-ويمكن الرد على إستدلالهم، بحديث عائشة رضي الله عنها بأن امرأة أبي سفيان لم تطلب التفريق بل استفتت الرسولﷺ في أخذها المال بدون علم ابي سفيان.

٤-ويمكن الرد على إستدلالهم، بأن الصحابة كان فيهم المعسر و .....، بأن عدم وجود واقعة للتفريق لا يدل على عدم جواز التفريق فالتفريق لا يكون إلا بالطلب ثم إن زوجات الصحابة لم يعدمن كلياً من النفقة.

٥-ويمكن الرد على إستدلالهم، بالأثر المروي عن الحسن البصري بأنه قول مجتهد فقط.

٦-ويمكن الرد على إستدلالهم أن في إلزام الفسخ إبطال حقه .....، يرد عليه بأن العكس هو الصحيح فضرر التفريق أخف من ضرر التأخير لأن الزوجة تستطيع أن تعيش بلا معاشرة زوجية ولكنها لا تستطيع ان تعيش بدون نفقة.

الرأي الثاني: للزوجة الحق في طلب التفريق لعدم الإنفاق أياً كان المصدر أو سبب الحرمان.

وأصحاب هذا الرأي هم المالكية وبعض فقهاء الحنابلة وبعض الجعفرية على التفصيل الآتي:

أولاً: في المذهب المالكي للزوجة حق طلب التفريق لعم الإنفاق سواء كان السبب عجز الزوج أم تعنته وسواء كان حاضراً أم غائباً.

فإذا كان السبب هو إعسار الزوج فهي بالخيار إن شاءت أقامت معه ورضيت بإعساره، وإن شاءت طلبت التفريق، فإذا اختارت التفريق ولم يثبت الزوج عسر حاله أمره القاضي بالنفقة أو الطلاق، فإن امتنع عن الطلاق أو الإنفاق يمهله مدة ثم يطلق عليه، وقيل لا يمهل بل يطلق عليه في الحال، وهو المعتمد في المذهب المالكي [٢٠٧]، وجاء في المعونة "إذا اعسر بالنفقة ولم ترض بالمقام معه ضرب له أجل فإن انفقت وإلا طلقت عليه" [٢٠٨]، لقوله تعالى:{ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ }[الطلاق:٦] ففي إمساكه إياها بغير إنفاق

([٢٠٧]) انظر: ابن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٢/ص٥١٨.

([٢٠٨]) القاضي عبد الوهاب البغدادي: د.ت، **المعونة على مذهب عالم المدينة**، تحقيق حميش عبد الحق، مكتبة نزار مصطفى الباز-د.ط، ج٢/ص٧٨٤.

إضرار بها وتضييق عليها، ومخالفة للآية الكريمة:{ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أو تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ} [البقرة:٢٢٩] أما إذا ثبت الزوج عسره فلا يأمر القاضي بالنفقة اذ لا فائدة في ذلك بل يأمره بالطلاق فإن أبى أمهله مدة للإنفاق عليها، فإن امتنع طلق عليه بعد إنتهاء الاجل وقيل يطلق في الحال [٢٠٩]. والحكم نفسه إذا كان عدم الإنفاق بسبب تعنت الزوج وقيل يسجن حتى ينفق عليها وإذا سجن ولم ينفق طلق عليه القاضي في الحال [٢١٠]. وإذا كان عدم الإنفاق هو بسبب غياب الزوج فإن القاضي يطلق عليه لعسره، ويثبت عسره إذا لم يكن له مال يقابل النفقة أو تعلم غيبته، أو كان غائباً أكثر من عشرة أيام، أما إذا كانت غيبته قريبة كثلاثة أيام فإنه يرسل إليه إما بالنفقة أو الطلاق [٢١١]، هذا إذا لم يكن للزوج مال ظاهر، أما إذا كان له مال ظاهر، أخذت الزوجة النفقة منه، بعد أن يؤجله القاضي مدة لعله ينفق على زوجته خلالها، وكذلك الحال إذا كان لزوجها دين عند الناس، أو وديعة أودعها لديهم، فإن القاضي يفرض لها نفقتها من ذلك الدين أو الوديعة ولا يطلق [٢١٢].

ثانياً: أما فقهاء المذهب الحنبلي فإنهم يرون أنه إذا كان عدم الإنفاق لعسر الزوج، فالزوجة مخيرة بين الصبر على ذلك أو الفراق، جاء في الإنصاف: (وإن أعسر بنفقتها أو ببعضها أو بالكسوة وكذا ببعضها خيرت بين فسخ النكاح والمقام [٢١٣]. أما إذا كان عدم الإنفاق لتعنت الزوج فإن تمكنت الزوجة من أن تاخذ من ماله ما يكفيها فلا يثبت لها حق التفريق فإن لم تتمكن رفعت أمرها إلى القاضي فيأمره بالإنفاق فإن امتنع حبسه، وإذا صبر على الحبس أخذ القاضي النفقة منه وإلا طلق عليه [٢١٤].

وإذا كان عدم الإنفاق بسبب غياب الزوج ولم يكن له مال ظاهر ولم يقدر القاضي على أخذ النفقة فلها الخيار [٢١٥].

([٢٠٩]) انظر: أبو الحسن؛ علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي (ت١١٨٩هـ): ١٤١٤هـ-١٩٩٤م، **حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الربأني**، المحقق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر-بيروت-د.ط، ج٢/ص١٣٤.

([٢١٠]) آسو سردار رشيد: ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م، **التفريق للضرر دراسة مقارنة**، إشراف الأستاذ الدكتور: فاروق عبد الله كريم، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة-جامعة السليمانية-كردستان العراق-د.ط، ص٨٨.

([٢١١]) محمد بن عبد الله الخرشي: ١٣٠٦هـ، **شرح مختصر خليل للخرشي**، وبهامشه: حاشية العدوي (في الفقه المالكي)، للإمام أبي الضياء سيد خليل، مطبعة: محمد أفندي مصطفى-بمصر-د.ط، ج٣/ص١٩٨.

([٢١٢]) انظر: ابن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٢/ص٥٢٠.

([٢١٣]) المرداوي الدمشقي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج٩/ص٣٨٣.

([٢١٤]) انظر: ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، ج٨/ص٢٠٥.

([٢١٥]) انظر: شرف الدين أبو النجا، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج٤/ص١٤٧.

ثالثاً: ذهب بعض فقهاء الجعفرية إلى أن الزوجة لها الحق في طلب التفريق لهذا النوع من الضرر لما روي عن أبي جعفر الصادق عليه السلام أنه قال من كانت عنده امرأة فلم يكسيها ما يواري عورتها، ويطعمها ما يقيم صلبها كان حقاً على الإمام أن يفرق بينهما [٢١٦].

الأدلة التي استدل بها أصحاب الرأي الثاني:

١-قوله تعالى:{ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أو تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ }[البقرة:٢٢٩]، فإمساك الزوجة مع ترك الإنفاق عليها ليس إمساكاً بمعروف فيتعين التسريح [٢١٧].

٢-عن أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم (أفضل الصدقة ما ترك غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وأبدأ بمن تعول) [٢١٨]. تقول المرأة إما أن تطعمني وإما أن تطلقني ويقول العبد أطعمني واستعملني ويقول الابن أطعمني إلى أن تدعني ..... [٢١٩].

٣-عَنْ عُمَرَ رضي الله عنه أنه كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم أن يأخذوهم بأن ينفقوا أو يطلقوا فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا [٢٢٠].

٤-سئل سعيد بن المسيب في الرجل لا يجد ما ينفق على أهله قال يفرق بينهما [٢٢١].

مناقشة الأدلة:

([٢١٦]) محمد جواد مغنيه: د.ت، **فقه الإمام الصادق**، دار العلم للملايين-بيروت-د.ط، ج٦/ص٥٤.

([٢١٧]) انظر: ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، ج٨/ص٢٠٤.

([٢١٨]) حديث الصحابي ابي هريرة رضي الله عنه: أخرجه البخاري: كتاب النفقات: باب وجوب النفقة على الأهل والعيال: ٢٠٤٨/٥، ح(٥٠٤٠).

([٢١٩]) محمد بن فتوح الحميدي، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م، **الجمع بين الصحيحين البخاري ومسلم**، تحقيق: د. علي حسين البواب، دار ابن حزم-لبنان-بيروت-ط٢، باب رقم (٢٤٩٦)، ج٣/ص١٧٦.

([٢٢٠]) العسقلاني؛ أحمد بن علي بن حجر (ت٨٥٢هـ): ١٣٤٧هـ، **بلوغ المرام من أدلة الأحكام**، المحقق: محمد حامد الفقي، المطبعة السلفية-مصر-د.ط، ج١/ص٢٢٣.

([٢٢١]) انظر: العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، ج١/ص٢٢٣.

١-ويمكن الرد على إستدلالهم بقول أبو هريرة رضي الله عنه..... بأنه ليس حديث للرسولﷺ وانما من عند ابي هريرة رضي الله عنه، فقد قيل له هل سمعت هذا من الرسولﷺ قال لا هذا من كيس أبي هريرة أي عقله وفطنته، وإذا لم يكن من قول الرسول، لم يكن حجة، فبطل الأحتجاج بهذا الخبر [٢٢٢].

٢-كما ويمكن الرد على إستدلالهم، بالأثر المروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه بأنه لا حجة فيه، لأن عمر لم يخاطب بذلك الأغنياء على النفقة وليس في خبر عمر حكم المعسر بل قد صح عنه إسقاط طلب المرأة للنفقة إذا أعسر بها الزوج [٢٢٣].

٣-أما بالنسبة إلى الأثرين المرويين عن سعيد بن المسيب فإن الفقهاء قالوا بأنه قد صح عن سعيد بن المسيب رحمه الله قولان: أحدهما يجبر على مفارقتها والآخر يفرق بينهما وهما مختلفإن فأيهما السنة وأيهما كان خلاف السنة، فالآخر خلاف السنة بلا شك ولم يقل سعيد بن السيب أنها سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وحتى لو قال لكان مرسلاً لا حجة فيه [٢٢٤].

الرأي الثالث: للزوجة الحق في طلب التفريق لعدم الإنفاق إذا كان السبب عجز الزوج أو اعساره. وأصحاب هذا الرأي هم المالكية وبعض فقهاء الشافعية، ورأي لأحد فقهاء الحنابلة على التفصي الآتي:

إن الخيار ثابتٌ في الإعسار في النفقة قالوا: إن أصول الشريعة دالة على دفع الضرر، ولا يمكن للحياة الزوجية أن تكون حياة زوجية والمرأة معذبة في عصمة الرجل، ولا يمكن أن تقوم المرأة بحقوق الرجل والرجل لا يقوم بحقوقها في النفقات، وهذا تكليف بما لا يطاق؛ لما فيه من الحرج والمشقة، ومعلوم أن المرأة إذا أعسرت ولم تجد طعاماً -خاصة إذا كان عندها أولاد-ربما تعرضت للحرام لأجلهم، وتعرضت للضرر في دينها وفي عرضها، ومن هنا قالوا: إن الإعسار يوجب ثبوت الخيار.

وقالوا: إذا كانت الشريعة أعطت المرأة حق الخيار في عيوبٍ تكون في الزوج، مثل عيوب الجماع إذا طرأت، فمن باب أولى في عيوب النفقة؛ لأن النفقة أعظم ضرراً وأشد خطراً من عيوب النكاح، فمن هنا قالوا: يثبت الخيار للمرأة، ونقول لها إذا أعسر زوجها ولم ينفق عليها: إن شئت صبرت وإن شئت طلبت فسخ النكاح، فإن اختارت فسخ النكاح ورفعت الأمر للقاضي فإنه يوقف الزوج ويقول له: يا هذا، هل تستطيع أن تنفق

([٢٢٢]) عبد العزيز بن مرزوق الطّريفي: ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م، **التحجيل في تخريج ما لم يخرج من الأحاديث والآثار في إرواء الغليل**، مكتبة الرشد-الرياض-ط١، ج١/ص٤٨١.

([٢٢٣]) انظر: آسو سردار رشيد، التفريق للضرر دراسة مقارنة، ص٨٩.

([٢٢٤]) انظر: ابن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، ج٩/ص٢٥٨.

على زوجك؟ فإن قال: لا أستطيع، ثبت عند القاضي إعساره وعدم قيامه بحق نفقة زوجته، فحينئذٍ يحكم بفسخ النكاح بينهما [٢٢٥].

فإذا عجز الزوج الحاضر عن نفقة زوجته وثبت عجزه بالبينة الشرعية، فالزوجة في الخيار إن شاءت طلبت التفريق، وإن شاءت صبرت وأنفقت على نفسها، وتصبح النفقة ديناً في ذمة الزوج [٢٢٦].

أما إذا لم يكن له مال ظاهر فإن كان ماله غائباً مسافة القصر فأكثر فلها الفسخ، وان كان دون مسافة القصر فلا فسخ لها ويؤمر الزوج بأحضاره بسرعة، أما إذا كان عدم الإنفاق لتعنت الزوج فليس لها حق طلب التفريق لذلك وإنما لها ان تاخذ من ماله ولو بدون رضاه وإن لم تستطع رفعت أمرها إلى القاضي ليفرض لها النفقة هذا إذا كان الزوج حاضراً وله مال ظاهر [٢٢٧].

الأدلة التي استدل بها أصحاب الرأي الثالث:

١-قوله تعالى:{ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أو تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ}[البقرة:٢٢٩].

وجه الدلالة: أن الله -عز وجل-خير الأزواج بين الإمساك بمعروف، والفراق بمعروف، فمن لم يتيسر له الأول تعين عليه الثاني، ولا شك أن المعسر الذي لا يجد ما ينفقه على زوجته، لا يستطيع الإمساك بمعروف، فحينئذ يتعين عليه الفراق بمعروف، فإن لم يفعل ثبت للزوجة حق المطالبة به [٢٢٨].

٢-عن أبي الزناد، قال: سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على زوجته أيفرق بينهما؟ قال: نعم قلت: سنة؟ قال: سنة [٢٢٩].

---

(٢٢٥) انظر: محمد بن محمد المختار الشنقيطي: د.ت، **شرح زاد المستقنع**، المكتبة الشاملة، الإصدار الرابع المنقح والموافق للمطبوع، دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية، http://www.islamweb.net ج٣٣٧/ص١٠.

(٢٢٦) انظر: شهاب الدين الرملي؛ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة (ت١٠٠٤هـ): ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، دار الفكر-بيروت-ط أخيرة، ج٧/ص٢١٢.

(٢٢٧) شمس الدين؛ محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت ٩٧٧هـ): د.ط، **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع**، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر-بيروت-د.ط، ج٢-ص٤٨٨.

(٢٢٨) انظر: العسقلاني؛ أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت٨٥٢هـ): ١٤١٩هـ-١٩٨٩م، **التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير**، دار الكتب العلمية-بيروت-ط١، ج٤/ص٢٦.

(٢٢٩) الأثر مروي عن سعيد بن المسيب رضي الله عنه: أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: كتاب النفقات: باب الرجل لا يجد نفقة امراته: ٤٦٩/٧، ح(١٥٤٨٥): قال الالبأني في ارواء الخليل: هذا إسناد ظاهره الحسن، ولكنه قد أعل بعلة خفية: ٢٢٩/٧.

٣-القياس على العيوب لما ثبت للزوجة حق طلب التفريق لعيب في زوجها وعجزه عن المعاشرة الجنسية فالأولى لها أن يثبت لها هذا الحق عند الحرمان من النفقة، لأن الضرر الناشيء من الحرمان من النفقة أشد من الضرر النشيء من وجود عيب في الزوج، لانه إذا ثبت لها الفسخ بالعجز عن الوطء والضرر فيه اقل فلإن يثبت بالعجز عن النفقة والضرر فيه أكثر أولى؛ ولأن البدن يبقى بلا وطء ولا يبقى بلا قوت فجواز الفسخ للحرمان من النفقة أولى [٢٣٠].

مناقشة الأدلة:

١-ويمكن الرد على إستدلالهم، بالحديث المروي عن أبي هريرة رضي الله عنه بأنه فيه دلالة واضحة على أن طلب التفريق لا يكون إلا إذا كان الحرمان من النفقة لعجز الزوج، بل يفهم منه بأن للزوج طلب التفريق أياً كان مصدر الحرمان، ومن ثم إن الحديث ضعفه الألباني [٢٣١].

٢-ويمكن الرد على إستدلالهم، بالقياس على العيوب بأنه قياس مع الفارق لأن العجز عن النفقة إنما يكون عن المال والمال تابع في باب النكاح والعجز عن الوصول إلى المرأة لوجود عيب إنما يكون عن المقصود بالنكاح وهو التناسل ولا يلزم من جواز الفرقة بالعيب جوازها في النفقة [٢٣٢].

الرأي الرابع: للزوجة الحق في طلب التفريق لعدم الإنفاق إذا كان السبب تعنت الزوج أو غشه.

وأصحاب هذا الرأي بعض فقهاء المالكية والشافعية وابن القيم من الحنابلة وبعض فقهاء الجعفرية:

أولاً: الحنابلة

إذا امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته مع يساره وقدرته على الإنفاق ورافعته زوجته إلى الحاكم فإنه يأمره بالإنفاق ويجبره عليه، فإن رفض حبسه الحاكم، فإن صبر على الحبس اخذ الحاكم النفقة من ماله، فإن لم يجد له إلا عروضاً أو عقاراً باعها لأخذ النفقة من أثمانها، وإن غيب أمواله وصبر على الحبس ولم يجد

---

(٢٣٠) انظر: أبو اسحاق الشيرازي، المهذب في فقة الإمام الشافعي، ج١/ص١٩٦.

(٢٣١) انظر: محمد ناصر الدين الألبأني (ت ١٤٢٠هـ) ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م، **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**، إشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي-بيروت-ط٢، باب (٢١٦١)، ج٧-ص٢٢٩.

(٢٣٢) انظر: ابن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، ج٩/ص٢٦٠. وجاء فيه (فأَنْتُمْ تقولون عَلَى أَنَّهُ إذا وَطِئَهَا مَرَّةً ثُمَّ عَنَّ عَنْهَا أَنَّهُ لَا يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا فَيَلْزَمُكُمْ أَنْ لَا تُفَرِّقُوا بَيْنَ مَنْ أَنْفَقَ عَلَيْهَا مَرَّةً وَاحِدَةً فَأَكثر ثُمَّ أُعْسِرَ بِنَفَقَتِهَا؟ فَيَلْزَمُكُمْ أَنْ لَا تُفَرِّقُوا بَيْنَهُمَا.

الحاكم له مالاً ظاهراً يستطيع اخذ النفقة منه فللزوجة الحق في التفريق بطلب فسخ النكاح وهو أختيار بعض الحنابلة [٢٣٣].

وقد رجح الإمام ابن قدامة الحنبلي القول بحقها في الفسخ محتجاً بأن الإنفاق عليها من مال الزوج متعذر، فكان لها الخيار كما في حال اعسار الزوج، بل هذا أولى بالفسخ فإنه اذا جاز الفسخ على العاجز عن الإنفاق وهو معذور فعلى الموسر الممتنع اولى، ولأن في الزام الزوجة بالصبر ضرراً عليها يمكن ازالته بالفسخ فوجبت ازالته به، ولأن الإعسار جوز الفسخ لتعذر الإنفاق، وهذا المعنى تعذر الإنفاق حاصل في الموسر الممتنع فيجب القول بجواز الفسخ في حقه أيضاً، وقول البعض بأن الموسر يحتمل أن ينفق فيما بعد، يرد عليه: وكذلك المعسر يحتمل أن يغنيه الله تعالى أو يقترض فينفق، فاستويا في الإحتمال فينبغي أن يستويا في الحكم وهو جواز الفسخ لعدم الإنفاق [٢٣٤].

ثانياً: الشافعية

وعندهم إذا كان الزوج الحاضر موسراً وامتنع من الإنفاق لم يثبت للزوجة حق فسخ النكاح على القول الأصح في المذهب معللين ذلك بأنتفاء إعسار الزوج المثبت للزوجة حق طلب التفريق بفسخ النكاح، وبأن الزوجة يمكنها تحصيل نفقتها بنفسها إن استطاعت بأن تاخذ من مال زوجها ما يكفيها لنفقتها، وإن لم تستطع رفعت أمرها إلى القاضي ليحصل لها نفقتها من زوجها بأن يضيق عليه بالحبس لحمله على الإنفاق، وعلى القول الثاني المرجوح في مذهب الشافعية لها حق التفريق وفسخ النكاح لحصول الضرر لها بأمتناعه من الإنفاق مع قدرته عليه [٢٣٥].

ثالثاً: المالكية

قالوا، إذا لم ينفق الزوج على زوجته بالرغم من يساره وحضوره ورفعت الزوجة أمرها إلى القاضي، فقيل:

([٢٣٣]) انظر: ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج٥/ص٤٥٩-٤٦١. وانظر: ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، ج٨/٢٠٦.

([٢٣٤]) انظر: ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، ج٨/ص٢٠٦.

([٢٣٥]) انظر: شمس الدين، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج٥/ص١٧٦-١٨٠.

يعجل القاضي عليه الطلاق، وقيل: يحبس، وإذا حبس ولم ينفق طلق القاضي عليه، قالوا: وهذا كله إذا لم يكن له مال ظاهر يمكن تحصيل النفقة منه [٢٣٦]. ومعنى ذلك إذا كان له مال ظاهر يمكن تحصيل النفقة منه، فإن القاضي لا يجيب طلبها في التفريق وإنما يأمر بأستحصال النفقة من ماله الظاهر.

رابعاً: الجعفرية

إذا امتنع القادر على النفقة على الإنفاق جاز للزوجة أن ترفع أمرها إلى الحاكم فيلزمه إما بالإنفاق أو الطلاق، ولا فرق في ذلك بين الحاضر والغائب، وجاء في فقه الإمام الصادق: للزوجة طلب التفريق إذا كان الحرمان بتعنت الزوج [٢٣٧].

الأدلة التي استدل بها أصحاب الرأي الرابع:

١-قوله تعالى:{ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إلا وُسْعَهَا}[البقرة:٢٨٦].

٢-قوله تعالى:{ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إلى مَيْسَرَة } [البقرة:٢٨٠].

ويمكن الرد على هذا الإستدلال بأنه الآية الأولى حجة بيد الزوجة، وأن الآية الثانية جاءت بحكم خاص بالمدين المعسر في المعاملات المالية والحكم الخاص لا يسرى على العام فلا يشمل الزوج المعسر [٢٣٨].

مناقشة آراء الفقهاء:

استعرضنا فيما سبق آراء الفقهاء، ويبدو لنا أن أختلافهم في التفريق لهذا النوع من الضرر هو عدم وجود نص صريح يجيز التفريق لا في القرآن ولا في السنة، فجاء إجتهادهم على أربعة آراء، فمن تمسك بالنص قال بعدم جواز التفريق، ومن قال إن علة التفريق هي ضرر المرأة وسوء قصد الزوج قال بالتفريق مطلقاً، ومن قال إن علة التفريق هي ضرر المرأة فقط قال بالتفريق من الزوج العاجز الفقير دون الزوج المتعنت القادر لانه يمكن تأمين النفقة منه عن طريق القضاء، ومن قال إن علة التفريق هي سوء قصد الزوج قال بالتفريق من الزوج الظالم المتعنت دون الفقير لأنه معذور، والذي نراه هو: لما كانت النفقة واجبة للزوجة على زوجها جزاء

([٢٣٦]) الدكتور عبد الكريم زيدان: ١٤١٣هـ-١٩٩٣م، **المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية**، مؤسسة الرسالة-بيروت-ط١، ج٨/ص٤٨٤.

([٢٣٧]) منذر عبد العزيز الشمالي: ٢٠٠٦م، **الأحوال الشخصية في الفقه الجعفري**، الفقه والقضاء، شركة جلال للطباعة-د.ط، ص٢١٢.

([٢٣٨]) انظر: رعد ياسين عباس، التفريق القضائي للضرر دراسة مقارنة، ص١٩٨.

لاحتباسها فحرمانها منها لظلم الزوج وتعنته ضرر عليها والله تعالى يقول: (ولا تضاروهن)، ثم هي غير معاشرة بالمعروف والله يقول: (وعاشروهن بالمعورف)، بل هي ممسكة ضراراً والله يقول: (ولا تمسكوهن ضراراً)، والرسول ﷺ يقول: (لا ضرر ولا ضرار)، فحرمان الزوجة من حقها في طلب التفريق من الزوج الظالم المتعنت يتعارض مع روح التشريع القاضي بإزالة الضرر ورفع الغبن فإذا امتنع الزوج عن الطلاق لإزالة الضرر فوجب أن يقوم القاضي منابه لما له من ولاية شرعية بإزالة الضرر بالتفريق عقاباً للزوج الظالم المتعنت الذي قصد الاضرار بزوجته.

أما إذا كان الحرمان من النفقة لفقر الزوج وعجزه، فالذي نراه عدم جواز التفريق، لأن الزوج هنا لم يظهر ظلمه وسؤ قصده بإضرار زوجته وان على الزوجة ان تشارك زوجها في فقره كما شاركته في غناه وإن الحياة الزوجية ليست مالاً فقط وإنما هي مودة ومحبة وتعاون وان الفقر ليس بعيب وإنما العيب ان تتخلى المرأة عن زوجها في وقت هو أشد الحاجة إليها وإن على المجتمع ان يتكفل بإعالة هذه الأسرة الفقيرة حفاظاً عليها من التفكك والأنهيار، والقول بعكس ذلك يجعل من الرابطة الزوجية رابطة مادية أكثر مما هي رابطة روحية فتكون عرضة للتقلبات الإقتصادية والسياسية في مدى أنحلالها أو بقائها فلو أن كل رجل افتقر طلبت امرأته التفريق لعم البلاء وتفاقم الشر ولكان الفراق بيد أكثر النساء فمن الذي لم تصبه عسرة وتعوزه النفقة أحيانا. لذا نرى أن الراجح والله أعلم هو ما ذهب إليه ابن حزم الظاهري بأن الزوجة الغنية القادرة على الإنفاق على زوجها الفقير لما في ذلك من تكافل وتعاون في بناء الأسرة.

المطلب الثالث

نوع الفرقة الواقعة بسبب عدم الإنفاق:

الفرع الأول: الموقف الفقهي من نوع الفرقة الواقعة بالتفريق لعدم الإنفاق.

اختلف الفقهاء المسلمون في تكييف الفرقة الواقعة بالتفريق لعدم الإنفاق إلى رأيين:

الرأي الأول: ذهب أصحاب الرأي الأول إلى أن الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق هي فسخ، وذهب إلى هذا الرأي الشافعية والحنابلة.

فمن نصوص الشافعية ما جاء في الأم للشافعي: "إذا لم يجد ما ينفق عليها أن تخير بين المقام معه وفراقه فإن إختارت فراقه فهي فرقة بلا طلاق، لأنها ليست شيئاً أوقعه الزوج ولا جعل إلى أحد إيقاعه" [٢٣٩]، وجاء في مغني المحتاج: "ليست هذه الفرقة (أي الفرقة لعدم الإنفاق) فرقة طلاق بل فسخ" [٢٤٠]، ومن نصوص الحنابلة ما جاء في المغني لابن قدامة: إذا ثبت الفسخ بالعجز عن الوطء والضرر فيه أقل، لإنه إنما هو فقد لذة وشهوة ويقوم البدن بدونهما، فلئن يثبت الفسخ بالعجز عن النفقة التي لا يقوم البدن إلا بها أولى [٢٤١]، وجاء في الإنصاف للمرداوي: "ولا يجوز الفسخ في ذلك (أي لعدم الإنفاق) إلا بحكم" [٢٤٢].

الرأي الثاني: ذهب أصحاب الرأي الثاني إلى الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق هي طلاق والطلاق الواقع بها طلاق رجعي وهذا ما ذهب إليه المالكية.

ومن نصوص المالكية في ذلك ما جاء في حاشية العدوي: "وإذا طلقت عليه يكون رجعياً ولو أوقعه الحاكم ولا تصح رجعته لها إلا إذا وجد يسارأ ظن معه دوام القدرة على الإنفاق" [٢٤٣].

([٢٣٩]) انظر: الشافعي، الأم، ج٥/ص٩٨.

([٢٤٠]) انظر: شمس الدين، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج٥/ص١٧٧.

([٢٤١]) انظر: ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، ج٨/ص٢٠٤.

([٢٤٢]) المرداوي الدمشقي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج٨/ص٢٠٠.

([٢٤٣]) انظر: أبو الحسن، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الربأني: ج٢/ص٦٨.

وجاء في حاشية الدسوقي: "وكل طلاق أوقعه الحاكم كان بائناً إلا طلاق المولي المعسر بالنفقة فإنه يكون رجعياً" (٢٤٤).

وجاء في الثمر الداني شرح ريسالة القيرواني: "وطلاقه يكون رجعياً ولو أرفعه الحاكم ولكن لا تصح رجعته لها إلا إذا وجد يساراً يظن معه دوام القدرة على الإنفاق" (٢٤٥).

وبعد عرض هذين الرأيين نود أن نوضح مسالة وهي أن التفريق لعدم الإنفاق إذ يعد فسخا لا يحسب من عدد الطلاقات التي يملكها الزوج على زوجته وإذا عد طلاقا حسب من عدد الطلاقات، ورأي المالكية بوقوع الطلاق رجعياً غير متحقق في كل الأحوال؛ لأن النفقة تجب من تاريخ العقد الصحيح وليس من الدخول فإذا لم ينفق الزوج على زوجته حتى وإن لم يدخل بها جاز للزوجة أن تطلب التفريق لعدم الإنفاق فاذا أجيب لطلبها في هذه الحالة لا يمكن شرعا أن يعد التفريق لعدم الإنفاق طلاقا رجعيا لانه وقع قبل الدخول وما يقع قبل الدخول من طلاق يكون بائنا ببينون صغرى لعدم وجوب العدة أستنادا إلى قوله تعالى:﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ﴾[الأحزاب:٤٩].

كما إن الزوجة حتى إن كان مدخولا بها وسبق أن طلقها زوجها مرتين فإنها في هذه الحالة إذا طلبت بالتفريق لعدم الإنفاق فسيكون الطلاق بائنا ببينونة كبرى وليس رجعيا لوقوعه للمرة الثالثة وبذلك لا يستطيع الزوج أن يراجه زوجته حتى وإن أثبت يساره وتمكن من الإنفاق على زوجته خلال فترة العدة.

إذاً نستخلص أن رأي المالكية بقولهم بوقوع الطلاق رجعيا يكون في حالة ما إذا كانت الزوجة مدخولا بها وطالبت الزوجة بالتفريق لعدم الإنفاق للمرة الأولى أو الثانية فقط.

أما رأي الشافعية والحنابلة الذين يعدون التفريق لعدم الإنفاق فسخاً وهذا لا يؤدي إلى إنقاص عدد الطلاقات التي يملكها الزوج على زوجته إلا أن الزوج لا يستطيع أن يراجع زوجته إلا بعقد ومهر جديدين، فلو اخذنا بهذا الرأي فربما تكون الفرقة بينهما دائمة إذا ما نظرنا إلى المسالة من جانب الزوج، فالزوجة ما طالبت بالتفريق إلا لعدم الإنفاق عليها لعسر زوجها بنفقتها، فكيف يستطيع أن يراجعها بعد ذلك بعقد ومهر

(٢٤٤) ابن عرفة الدسوقي المالكي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٢/ص٢١٦.

(٢٤٥) انظر: صالح بن عبد السميع الآبي الأزهري، الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج١/ص٤٥٥.

جديدين وهذ يتطلب أيضا إنفاقاً قد يفوق ما كان مطلوبا منه من إنفاق على زوجته قبل المطالبة بفسخ نكحها.

لذا نعتقد أنه من المصلحة أن نأخذ بالرأيين معا ويكون ذلك بأن نأخذ برأي المالكية وجعل التفريق لعدم الإنفاق طلاقا رجعيا إذا كان بعد الدخول للمرة الأولى أو الثانية، أما إذا طالبت بالتفريق للإعسار وكان قد وقع عليها طلاقان سابقان فنأخذ برأي الشافعية والحنابلة بجعل الفرقة فسخاً حتى لا تبين الزوجة من زوجها بينونة كبرى فربما يتمكن الزوج من مراجعة زوجته إذا تيسر بمهر وعقد جديدين من غير اشتراط تحليلها فيكون ذلك أهون الشرين عليها.

وهذا فيه يسر للزوج والزوجة ورفع الحرج وهو الذي تدعوا إليه الشريعة الإسلامية قال الله تعالى:﴿ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ﴾[المائدة:٦]، وقال:﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [البقرة:١٨٠]، وقال:﴿ يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا﴾[النساء:٢٨].

الفرع الثاني

موقف القانون العراقي من نوع الفرقة الواقعة بسبب عدم الإنفاق.

إن قانون الأحوال الشخصية العراقي جاء بحكم غريب لم يقره مذهب من قبله ولا قانون، إذ جعل ما يقع بالتفريق لعدم الإنفاق في حالة تعنت الزوج عن الإنفاق من دون حالة إعساره بالنفقة طلاقاً بائناً ببينونة صغرى، وهذ ما نصت عليه المادة (٤٥) من القانون أعلاه ما يأتي: يعتبر التفريق في الحالات الواردة في المواد (الأربعين والحادية والأربعين والثانية والأربعين والثالثة والأربعين)، طلاقاً بائناً ببينونة صغرى، وحالة التفريق لعدم الإنفاق كما بينا سابقاً مذكور في المادة (٤٣/أولاً) في الفقرات (٧،٨،٩).

ومما يذكر أن التفريق لعدم الإنفاق كان بعد التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية يعتبر طلاقاً رجعياً.

كما لو أعتبرنا التفريق وفق الفقرة (٨) من المادة الثالثة والأربعين اولاً طلقة رجعية فهو الأصوب لإعطاء الزوج فرصة لإستئناف الحياة الزوجية، إذا عاد الزوج الغائب أو ظهر المختفي أو عاد المفقود أو أطلق المحبوس وأبدى إستعداده للإنفاق على زوجته وأثبت يساره وكل ذلك بشرط ان تكون الزوجة في العدة، أما إذا كانت قد انتهت عدتها فلا يجوز للزوج نكاح زوجته إلا بمهر وعقد جديدين وبرضائها أيضاً؛ لأن الطلاق الرجعي ينقلب إلى طلاق بائن بمضي العدة الشرعية للزوجة ودون حصول المراجعة خلالها.

وأن نجعل التفريق فسخاً إذا كان قد وقع على الزوجة طلاقان سابقان مع فتح باب الرجعة للزوج إذا ما قبلت الزوجة بالرجوع إلى زوجها مع إعساره بنفقته وتعليق الرجعة ما لم يستعد الزوج بالإنفاق عليها خلال فترة العدة.

كما إن كلمة (صغرى) الواردة في المادة الخامسة والأربعين قد تضعنا في بعض الأحيان أمام إشكال شرعي وقانوني، لأنه قد يكون التفريق الواقع لعدم الإنفاق مسبوقاً بطلقتين أخريين، وبالتالي يصبح التفريق هنا كطلقة بائنة بالبينونة الكبرى، لذا يرى إنه من الأصوب إضافة عبارة ما لم يكن مسبوقاً بطلقتين إلى نهاية المادة الخامسة والأربعين من القانون تلافياً لهذا الأشكال الشرعي والقانوني.

المطلب الرابع

نموذج عن حكم المحكمة من التفريق لعدم الإنفاق:

الحالات التي تخص التفريق لعدم الإنفاق هي المادة الثالثة والأربعون-أولاً-للزوجة طلب التفريق عند توافر أحد الأسباب الآتية:

٧-إذا امتنع الزوج عن الإنفاق عليها دون عذر مشروع بعد إمهالها مدة أقصاها ستون يوماً.

٨-إذا تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيبه أو فقده أو إختفائه أو الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على السنة.

٩-إذا امتنع الزوج عن تسديد النفقة المتراكمة المحكوم بها بعد إمهاله مدة أقصاها ستون يوماً من قبل دائرة التنفيذ.

النماذج:

١-تشكلت محكمة الأحوال الشخصية في دهوك برئاسة الحاكم السيد: حسين صالح إبراهيم، المأذون يالقضاء باسم الشعب وأصدرت قرارها الآتي:

المدعية: (ن-ح)، وكيلها المحامي: (ع-س).

المدعى عليه: (ذ-م)، وكيله المحامي: (ت-ش).

القرار:-

الأدعاء المدعية بأن المدعى عليه زوجها الداخل بها شرعاً ولها منه بنت واحدة **وأنه لا يقدم لها ولأبنتها أية مصاريف**، لذا طلبت دعوى للمرافعة والحكم بالتفريق بينهما، ..... وقدمت المحكمة النصح والإرشاد للمتداعيين للعدول عن الطلاق فأصرا عليه لعدم الإنسجام، .....ولما تقدم قررت المحكمة الحكم بإيقاع الخلع بين المتداعيين أعلاه، **وإعتباره (طلاق بائن بينونة صغرى)** للمرة الأولى بحيث لا تحل المدعية للمدعى عليه إلا بعقد ومهر جديدين وعلى المدعية التزام العدة الشرعية لثلاثة قروء

إعتباراً من تاريخ الحكم حتى تنقضي على الوجه الشرعي، وليس لها الزواج بآخر إلا بعد إنتهاء العدة وأكتساب القرار الدرجة القطعية [٢٤٦].

٢-تشكلت محكمة الأحوال الشخصية في دهوك برئاسة الحاكم السيد: جاسم محمد مصطفى، المأذون يالقضاء باسم الشعب وأصدرت قرارها الآتي:

المدعية: (س-ش)، وكيلاها المحاميان: (ع-س)، (ق-ع).

المدعى عليه: (ي-هـ)، وكلائه المحامون: (ت-ش)، (ث-ح)، (ك-و).

القرار:-

أدعى وكيلا المدعية بان المدعي هو زوج موكلتهم الداخل بها شرعا وإنه **ممتنع عن الإنفاق عليها منذ حوالي ثلاثة اشهر عليه طلبا دعوة المدعي عليه للمرافعة والحكم بإلزامه بدفع النفقة الماضية والمستمرة** للمدعية.....ولكون نفقة كل إنسان من ماله إلا الزوجة فنفقتها على زوجها من حين العقد الصحيح، ولما تقدم قررت المحكمة وبالطلب الحكم بإلزام المدعى عليه بدفع مبلغ إجمالي قدره (٢٠٠٠٠٠) مائتي ألف دينار عن إجمالي النفقة الماضية للمدعية .....الخ [٢٤٧].

([٢٤٦]) قرار صادر من محكمة إستئناف منطقة دهوك، محكمة الأحوال الشخصية، إقليم كردستان / العراق، انظر في الملاحق.

([٢٤٧]) قرار صادر من محكمة إستئناف منطقة دهوك، محكمة الأحوال الشخصية، إقليم كردستان / العراق، انظر في الملاحق.

الفصل الثالث

التفريق القضائي بين الزوجين بسبب الشقاق وسوء العشرة

تمهيد:

قد تصبح الحياة الزوجية الهانئة جحيما وبلاء بسبب الشقاق والنزاع والخلافات المستمرة، وحيث الشقاق اي الخلاف بين الزوجين يؤدي إلى الإضرار الكبيرة بهما ويتعداه إلى الأولاد ويتعذر معه الاستمرار بالحياة الزوجية، وقد ضمن المشرع العراقي نص الفقرة (١) من المادة ٤١ الحق لكل من الزوجين طلب التفريق عند قيام الخلاف بينهما بحيث يتعذر معه الاستمرار بالحياة الزوجية سواء كان قبل أم بعد الدخول. ولئن كان الزوج يملك حق الطلاق بأراداته المنفردة فإنه لا يصح أن يمنع عنه حق طلب التفريق للشقاق. والخلاف كي لا تتخذ الزوجة وسيلة لإجباره على الطلاق، والحقيقة إن إعطاء الزوج هذا الحق سوف يخفف من تحمل الأعباء المادية كباقي المهر وطلب التعويض فضلا عن خسارة زوجته.

ولما كان الشقاق أو الخلاف معناه: أن الطرفين يشتركان في سبب الخلاف والإساءة والأضرار بالأخر قولا أو فعلا بحيث لا يمكن مع هذه الاضرار استمرار الحياة الزوجية اي ان الخلاف بلغ حدا من الجسامة والخطورة بحيث لم يعد معه إمكان استمرار بقاء العلاقة الزوجية بينهما فيتعين على القاضي حينما يتقدم إليه أحد الزوجين طالبا التفريق للشقاق والخلاف أن يتحقق أولا من أسباب الخلاف ويبذل جهده في اصلاحه ويحاول قدر الامكان ازالتها وتأجيل الدعوى مدة مناسبة، حيث لا يصح التسرع في هدم الأسرة ، وهذا ما أشارت إليه الفقرة (٢) من المادة ٤١. حيث يتم الإستماع للبينات أو تدقيق أضابير الدعاوى المقامة بينهما أو جلب أوراق الشكاوى في محاكم أخرى وغيرها.

ومن البديهي إنه يقتضي تكليف المدعي ببيان ماهية الشقاق والوقائع التي يتضرر منها وإعطاء المجال للطرف الاخر للإجابة عنها تصديقا أو نفيا فاذا ثبت للقاضي استمرار الشقاق وتعذر عليه إصلاح ذات البين وجب على القاضي إتباع الإجراءات المرسومة في المادة أعلاه للتفريق للشقاق وهي:

أن يطلب القاضي منهما تعيين حكمين من أهل الزوجين أي حكم من أهل الزوجة وحكم من أهل الزوج إن وجدا – وإذا تعذر تكلف المحكمة الزوجين بأنتخاب حكمين من أقاربهما أو من غير الأهل ممن يتوسم فيه القدرة على الإصلاح، وإن لم يقم الزوجان بأنتخاب الحكمين، انتخبتهما المحكمة، فإن اختلف الحكمان في تحديد نسبة التقصير عين القاضي لهما حكما ثالثا. وينبغي ملاحظة أنه يجب حضور الزوجين بالذات أمام المحكمة لإنتخاب الحكمين؛ لأنه لا يجوز للوكيل ذلك تطبيقا لنص الفقرة (٢) من المادة (٣٩) أحوال والتي نصت على أنه لا يعتد بالوكالة في إجراءات التحكيم وأول هذه الإجراءات هي إنتخاب الحكم. ولابد من ملاحظة أنه للمحكمة حق تحليف الحكمين اليمين (أخذ بذلك بعض القضاة في العراق، مع العرض إن

قانون الأحوال الشخصية المصري رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أخذ بذلك) على أن يقوما بمهمتهما بعدل وأمانة وتفهم أسباب الخلاف والشقاق وتقصيهما والعمل على إزالتها وضرورة بذل جهودهما من خلال جمع الطرفين في مقابلة عائلية وتقصي الحقائق ويأمرانهما بحسن المعاشرة. وتوجيه الحكمين بأن لا يتسرعا في إنهاء مهمتهما ولا يماطلا، وأن يعملا على تقصي اسباب الخلاف وإزالته وتحديد من هو المسيء من الزوجين ونسبة التقصير بحياد، فإن تعذر عليهما ذلك رفعا الأمر إلى القاضي موضحين له الطرف الذي يثبت تقصيره من خلال التقارير التي تقدم.

وهذه الإجراءات نصت عليها الفقرات (١و٢و٣) من المادة ٤١. وتقوم وحدات البحث الإجتماعي في محاكم الأحوال الشخصية بدورها في حل الخلافات العائلية والتوفيق بين أطراف الدعوى من خلال إستنباط العوامل المحركة والدافعة إلى أرتكاب السلوك أو التصرف غير المشروع والتي يستخلصها الباحث أو الباحثة الإجتماعية من ظروف القضية.

وعليه إذا فشلت مساعي الصلح ومساعي الحكمين والحكم الثالث وثبت للقاضي استمرار الشقاق والخلاف بين الزوجين وعجزت المحكمة عن الإصلاح بينهما وامتنع الزوج عن التطليق، حكمت المحكمة بالتفريق بينهما معتمدة التقارير التي حددت مدى التقصير ومصدره.

وعالجت المادة (٤١/٤/ب) أحوال، الحالات التالية:

١-إذا كان التقصير من جانب الزوجة وتم التفريق بعد الدخول، يسقط المهر المؤجل، وذا كانت الزوجة قد قبضت جميع المهر فإنه يحكم عليها برد ما لا يزيد على نصف المهر للزوج.

٢-إذا كان التقصير من جانب الزوج وتم التفريق بعد الدخول فلها المهر المؤجل كله.

٣-إذا كان التقصير واقعا من الزوجين، كان التطليق بقسمة المهر المؤجل بينهما ان كان الضرر الواقع من كل منهما على الآخر متكافئا، وبنسبة التقصير المنسوب لكل منهما إذا كان الضرر متفاوتا (القرار التمييزي ١٧٠٠/ش/٨٣-١٩٨٤ في ١٩٨٤/٢/٧)، فلو قال الحكمان إن نسبة التقصير من قبل الزوجة (٢٠%) وتبين إن مؤجل مهرها ثلاثة الاف دينار فتسقط المحكمة (٦٠٠) دينار منه.

٤-إذا كان التقصير من جانب الزوجة وتم التفريق قبل الدخول، فإذا تبين للحكمين إن التقصير من جانب الزوجة، ألزمت برد ما قبضته من المهر المعجل.

٥-إذا كان التقصير من جانب الزوج وتم التفريق قبل الدخول فلها نصف مهرها.

المبحث الأول

موقف القانون العراقي من التفريق للشقاق

المطلب الأول: موقف القانون من التفريق.

لم يكن في العراق قبل صدور القانون (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) المعدل حق طلب التفريق؛ ذلك لأن العمل في المحاكم العراقية قبل صدور هذا القانون كان وفقاً لمذهبي الحنفية والجعفرية، اللذين لم يأخذا بالتفريق لهذا النوع من الضرر [٢٤٨]، وكل ما كان عليه العمل هو أنه إذا اشتكى أحد الزوجين عن أضرار الآخر به فعلى القاضي أن يتخذ كل الوسائل اللازمة للإصلاح بينهما بما في ذلك بعث الحكمين ومهمة الحكمين هي الإصلاح، ولكن بعد صدور القانون (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) المعدل أخذ المشرع العراقي بالتفريق لهذا النوع من الضرر من مذهب الإمام مالك ومن قول الإمام الشافعي ورواية الإمام أحمد.

وجاءت أحكام التفريق لهذا النوع من الضرر في المواد (٤٠ -٤١-٤٢) على النحو الآتي:

المادة الأربعون: لكل من الزوجين طلب التفريق عند توفر أحد الأسباب الآتية:

١-إذا أضر أحد الزوجين بالزوج الآخر أو بأولادهما ضرراً يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية ويعتبر من قبيل الإضرار، الإدمان على تناول المسكرات أو المخدرات، على أن تثبت حالة الإدمان بتقرير من لجنة طبية رسمية مختصة، ويعتبر من قبل الإضرار كذلك ممارسة القمار في بيت الزوجية.

نصت الفقرة أعلاه من المادة الأربعين من قانون الأحوال الشخصية إلى مفهوم الضرر بشكل واضح وصريح وبعبارة (إذا أضر) وجاءت الفقرة أعلاه لتشمل الضرر الذي يصيب الزوج الآخر وكذلك الضرر الذي قد يصيب أولادهما، وحسناً فعل المشرع العراقي كونه جعل الضرر الذي يمتد إلى الأولاد سبب من أسباب التفريق لما قد يؤدي هذا الضرر من التأثير السلبي على حياة الأولاد ومستقبلهم، ولحماية هؤلاء الأولاد أعطى المشرع للزوج أو الزوجة طلب التفريق حفاظاً على مستقبل أولادهم خشية أن يؤدي الضرر المستمر عليهم إلى إنحرافهم أو وضعهم تحت ضغط نفسي قد يؤثر على حياتهم المستقبلية، كما نلاحظ أن الفقرة أعلاه تنطوي تحت مفهوم العنف الأسري وما قد يسببه من أذى للزوج أو الزوجة، وأوردت الفقرة أعلاه حالات جاءت على سبيل المثال وليس الحصر ومنها الإدمان على المسكرات والمخدرات وكذلك ممارسة القمار في بيت

([٢٤٨]) انظر: أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، ص٢٤٥.

الزوجية، ويؤخذ على العبارة الأخيرة بأن المشرع العراقي حصر ممارسة القمار في بيت الزوجية والأجدر أن يكون النص مطلقاً بممارسة القمار في أي مكان كان لما يسببه هذا الفعل من أذى حقيقي يلحق بمن يمارسه وبأفراد أسرته، وكذلك الإدمان على المخدرات والمسكرات.

ذكرنا بأن الفقرة أعلاه جاءت بأمثلة للضرر كالسكر والإدمان على المخدرات ولعب القمار ولم تأتِ على سبيل الحصر، ويعتبر من قبيل الضرر الأعتداء على النفس بالضرب والسب والشتم وتقدير جسامة هذه الأفعال يعود لتقدير القاضي، على ضوء شخصية المتضرر منها بأعتبار أن معيار الضرر هو معيار شخصي وليس موضوعي [٢٤٩].

المادة الحادية والأربعون:

١-لكل من الزوجين طلب التفريق عند قيام خلاف بينهما، سواء أكان ذلك قبل الدخول أم بعده.

٢-على المحكمة اجراء التحقيق في أسباب الخلاف، فاذا ثبت لها وجوده تعين حكماً من أهل الزوجة وحكماً من أهل الزوج إن وجدا للنظر في إصلاح ذات البين، فإن تعذر وجودهما كلفت المحكمة الزوجين بانتخاب حكمين، فإن لم يتفقا انتخبتهما المحكمة.

٣-على الحكمين ان يجتهدا في الإصلاح، فإن تعذر عليهما ذلك رفعا الأمر إلى المحكمة موضحين لها الطرف الذي ثبت تقصيره، فإن اختلفا ضمت المحكمة لهما حكماً ثالثاً.

٤-أ: إذا ثبت للمحكمة استمرار الخلاف بين الزوجين، وعجزت عن الإصلاح بينهما، وامتنع الزوج عن التطليق، فرقت المحكمة بينهما.

المادة الثانية والأربعون: إذا ردت دعوى التفريق لأحد الأسباب المذكورة للمادة الأربعين من هذا القانون لعدم ثبوته واكتسب قرار الرد درجة البتات، ثم أقيمت دعوى ثانية بالتفريق لنفس السبب فعلى المحكمة أن تلجأ إلى التحكيم وفقاً لما ورد في المادة الحادية والأربعين.

والملاحظ من النصوص المذكورة أن المشرع العراقي في الوقت الذي نص في الفقرة الأولى من المادة الأربعين على إعتبار الضرر الذي تعذر معه استمرار الحياة الزوجية سبباً من الأسباب التي تبرر طلب التفريق عاد

([٢٤٩]) القاضي عبد القادر إبراهيم علي، ٢٠٠٦، **خلاصة محاضرات في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته**، ألقيت على طلاب المعهد القضائي، ص٧٦.

ونص في المادة الحادية والأربعين على اعتبار الخلاف (الشقاق) سبباً آخر من الأسباب التي تبرر طلب التفريق وهذا يعني أن المشرع العراقي جعل كل من (الضرر والشقاق) سببين مستقلين للتفريق، وخصص لكل سبب احكاماً مستقلة عن الآخر، إذ يكفي للحكم بالتفريق وفقاً لأحكام (ف ١ من المادة ٤٠) مجرد ثبوت الضرر الذي يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية بينما لا يجوز الحكم بالتفريق وفقاً لأحكام المادة (٤١) إلا بعد تعيين حكمين وعجزهما عن الإصلاح، وأعتبر المشرع من تكرر الدعوى المقامة وفقاً لأحكام (ف ١ من م ٤٠) لعدم ثبوت الضرر قرينة على وجود الخلاف بين الزوجين (م٤٢) ، فيصار في هذه الحالة إلى تطبيق أحكام المادة (٤١)، هذه الأحكام استحدثها المشرع بعد التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية، ويبدو أن إتجاه المشرع العراقي في جعل الضرر والشقاق سببين مستقلين للتفريق لا يجد له أساساً في المذاهب الإسلامية، التي استمد المشرع أحكام التفريق لهذا النوع من الضرر منها كما لم تذهب إلى ذلك القوانين العربية، فالضرر اعم مطلقاً من الشقاق، والشقاق هو صورة من صور الضرر، وأخص منه، وإن السبب الحقيقي في التفريق هو ليس الشقاق وانما الضرر الناشئ عن الشقاق، ومما يؤيد قولنا ما جاء في كتب الفقهاء المسلمين، جاء في التاج والأكليل على أنه شقاق الزوجين إذا ثبت فيه ظلم أحدهما على الآخر حكم القاضي بدرء ظلم الظالم منهما، وإن أشكل الأمر فلم يعلم هل الضرر منها أو منه بأن أدعت الضرر وتكررت الشكوى ولم تثبت ذلك أو أدعى كل منهما الضرر وتكررت منه الشكوى ولم تكن له بينة أسكنهما الحاكم بين قوم صالحين، إن لم تكن بينهم ليظهر لهم الحال فيخبر الحاكم بذي الضرر، ثم ان أستمر الإشكال والنزاع بعث الحاكم حكمين من أهلهما [٢٥٠]، ففي هذه النصوص الفقهية دلالات واضحة على أن الشقاق صورة من صور الضرر، وإن السبب الحقيقي في التفريق هو الضرر الناشئ عن الشقاق وليس الشقاق بذاته. والضرر قد عرفه بعض فقهاء القانون بأنه: الأذى الذي يصيب الإنسان في جسمه أو ماله أو عواطفه أو كرامته أو شرفه أو أي معنى آخر من المعاني التي يحرص الناس عليها [٢٥١]. وبهذا يمكن أن تعرف الضرر بأنه إيذاء الزوج لزوجته أو الزوجة لزوجها سواء بالقول مثل القذف والسب والتشهير أم بالفعل مثل الضرب والإيذاء وعدم النفقة ويشترط في الضرر الذي يؤدي إلى التفريق القضائي أن يكون جسيماً بحيث يتعذر معه

---

(٢٥٠) انظر: الصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الإمام مَالِكٍ)، ج٢/ص٥١٢.

(٢٥١) د. سليمان مرقس: ١٩٩٢م، **الوافي في شرح القانون المدني**، القاهرة–ط٥، ج١/ص١٣٣.

استمرار الحياة الزوجية، فهنا يجوز للطرف المتضرر من الزوجين طلب التفريق من القاضي وذلك هو التفريق القضائي القائم على الضرر [٢٥٢].

ونقترح هنا حذف الفقرة الأولى من المادة (٤١)؛ لأن هذه الفقرة تدخلنا ضمناً تحت أحكام الفقرة الأولى من المادة الأربعين؛ لأن الشقاق هو صورة من صور الضرر، فلا يصح الكلام عن الضرر بصورة عامة ثم تخصيص فقرة مستقلة للكلام عن صورة من صوره، فالفقرة الأولى للمادة (٤١) جاءت مطلقة في كل ضرر يدعيه أحد الزوجين من الآخر، سواء كان ضرراً ناشئاً عن الشقاق أو إعتداء أحد الزوجين عن الآخر بالسب أم الضرب أو الإهانة أم تبديد أمواله أم سرقتها أم غيرها من الصور على أن الضرر كان ناشئاً عن الشقاق فيجب إرسال حكمين بين الزوجين، وهذا ما أتفق عليه الفقهاء المسلمين عملاً بقوله تعالى:﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[النساء:٣٥].

أما إذا كان الضرر ناشئاً من غير شقاق، فلا يصار إلى إرسال الحكمين إلا في قول لدى المالكية.

خلاصة القول إن الخلاف المبرر للتفريق انما هو ذلك الذي تصبح فيه الحياة الزوجية خالية من معانيها المقدسة، وآمالها السعيدة، وتفتقر إلى أي من معنى من معاني الزواج ومقاصده، ويصير الزوجان إلى حالة البغض والكراهية، وعدم الأكتراث ببعضهما، فإذا تشاقا الزوجان، وظهرت العداوة بينهما، وزال الأحترام، وطغى الخلاف على علاقتهما وحرص كل منهما على فعل ما يشق على نفس صاحبه، فهو الشقاق المبرر للتفريق، أما مجرد نشوز الزوجة وكرهها لزوجها فليس من الشقاق المبرر للتفريق [٢٥٣].

وقد ذهبت محكمة التمييز في قرار مهم لها إلى هذا المعنى مؤكدة عليه بقولها إن الشقاق بين الزوجين تستخلصه المحكمة من جملة وقائع مختلفة في وقت أو أوقات مختلفة، ولا يتوقف على واقعة معينة منفردة في وقت معين، ويمكن أن يستظهر الشقاق من السلوك العام للشخص، وللمحكمة أن تبني حكمها على الوقائع التي تدل

([٢٥٢]) جمعة سعدون الربيعي: ٢٠٠٦م، **المرشد إلى إقامة الدعاوى الشرعية وتطبيقاتها العملية**، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية-بغداد-ط٢، ص٦٤٨.

([٢٥٣]) الدكتور أحمد الكبيسي: ١٩٧٧م، **الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون**، مطبعة عصام-بغداد-د.ط، ص٢٨٨.

على الشقاق، ولا معقب لحكمها بذلك، بأعتبارها تستقل في تقدير الأدلة الواقعية ما دامت ركنت في ذلك إلى أسباب سائغة ومقبولة قانوناً [٢٥٤].

[٢٥٤] قرار محكمة التمييز المرقم (١٠٣) هيئة عامة ثانية، ١٩٧٤م، ١٩٧٤/٨/٦م، المنشور في مجلة النشرة القضائية، العدد الثالث، السنة الخامسة، ص٨٩.

المطلب الثاني

بعث الحكمين والإجراءات المتعلقة به:

نصت الفقرة الثانية من المادة (٢/٤١) من قانون الأحوال الشخصية على ما يلي:

٢-على المحكمة اجراء التحقيق في أسباب الخلاف، فاذا ثبت لها وجوده تعين حكماً من أهل الزوجة وحكماً من أهل الزوج إن وجدا للنظر في إصلاح ذات البين، فإن تعذر وجودهما كلفت المحكمة الزوجين بأنتخاب حكمين فإن لم يتفقا أنتخبتهما المحكمة.

فبموجب هذه الفقرة يجب على المحكمة أن تتقصى أسباب الخلاف والشقاق بين الزوجين، فإذا ثبت لها وجود خلاف مبرر للتفريق وفق التفصيل الذي سبق بيانه عندئذ تركن إلى تعيين أو انتخاب الحكمين، أما إذا لم يتأكد لها وجود مثل هذا الشقاق فعليها أن ترد الدعوة، وأهم طرق إثبات الخلاف هي الإقرار والبينة بما في ذلك الشهادة على السماع واليمين، أما بالنسبة إلى إجراءات بعث الحكمين فقد أوجب المشرع العراقي على المحكمة بعد أن يثبت لها وجود الخلاف المبرر للتفريق أن تعين حكماً من أهل الزوجة وحكماً من أهل الزوج إن وجدا للنظر في إصلاح ذات البين فيما بين الزوجين المتخاصمين، فإن تعذر وجودهما كلفتهما المحكمة بانتخاب حكمين، فإن لم يتفقا انتخبتهما المحكمة، ومما تجدر الإشارة إليه هنا أن إجراءات بعث الحكمين تختلف في حالة ما إذا كانت المرافعة حضورية عنها فيما كانت غيابية.

١-حالة المرافعة الحضورية:

إذا حضر الزوجان بنفسيهما جلسات المرافعة أو بواسطة وكيليهما فيجب على المحكمة أن تعين حكماً من أهل الزوجة وحكماً من أهل الزوج وجهة الأهل تشتمل عادة الأبوين والأجداد والأعمام والأخوال، فعين القاضي من هؤلاء من يراه صالحاً للقيام بهذه المهمة دون أن يكون ملزماً برأي الزوجين، فقد يختار القاضي العم ويعينه بينما يختار الزوج خاله مثلاً، وهذا هو المفهوم من عبارة (تعين حكماً) الواردة في الفقرة ٢ من المادة ٤١ من القانون والتي تعني القاضي في الدلالة [٢٥٥]، واذا تعذر بعث الحكمين من الأهل عندئذ يصار إلى انتخابهما من الأجانب، وهذا مستفاد من جملة (فإن تعذر وجودهما كلفت المحكمة الزوجين بانتخاب

([٢٥٥]) مهدي صالح خلف: ١٩٨٥م، **التفريق للضرر والشقاق، دراسة مقارنة**، بحث مطبوع على آلة الرونيو ومقدم إلى المعهد القضائي، ص١٤٤.

حكمين)، أي حكمين من غير الأهل، والحكمة من تقديم المشرع للأهل على الأجانب، هو إن الأهل والأقارب عموماً أعرف ببواطن الأمور والأحوال، والأسباب التي أدت إلى حصول الشقاق والعداوة بين الزوجين، كما إن نفوس الزوجين تسكن إلى الأقارب عادة وتطمئن لهم، فيبوحان لهم ما في دواخلهم من الحب والكراهية، أو إرادة الفرقة أو الصحبة، وقد أستقر القضاء على هذا المبدأ أيضاً [٢٥٦].

اما إذا تعذر تعيين الحكمين من الأهل ولم يتفق الزوجان على أنتخاب الحكمين من غير الأهل فإن المحكمة هي التي تقوم بأنتخاب الحكمين، وهذا يستفاد من عبارة فإن لم يتفقا أنتخبتهما المحكمة، الواردة في نهاية الفقرة ٢ من المادة ٤١ من القانون.

٢-حالة المرافعة الغيابية:

عندما تجري المرافعة غيابياً بحق أحد الزوجين فليس بمقدور المحكمة ان تكلف الطرف الغائب ببيان الحكم من أهله، لكنها تستطيع أن تتحرى عن أهل الخصم الغائب عن طريق مختار المحلة أو الجيران، ثم تعيين من تراه مناسباً في حالة وجود الأهل، وبعكسه تعين المحكمة من تراه لائقاً من غير الأهل، أي من الأجانب، ولم يذكر المشرع العراقي الشروط الواجب توفرها في الحكمين، لكن بعض قوانين الدول العربية تعرضت إلى تلك الشروط، وبالرجوع إلى اراء الفقهاء نجد أنهم قد أوجبوا توافر شروط خاصة في الحكمين. ويبدو إنه قد اختلف الفقهاء في بعض الشروط إلا أنهم أجمعوا على وجوب توافر شروط أو صفات معينة في الحكمين تؤهلهم للإضطلاع بشرف هذا الخطاب الرباني، وخطورة المهمة الملقاة على عاتقهما سواء بالجمع أم التفريق، ومن هم هذه الصفات: العدالة والرشد والفقه بأحكام الشقاق والأهتداء إلى المقصود من بعثهما، والمقصود بالفقه بأحكام الشقاق هو أن يكون عالماً بأحكام الشقاق والنشوز بين الزوجين، ومدركاً بالمهمة الملقاة على عاتقه، علماً ان من الفقهاء من قال بجواز تحكيم من لم يكن عالماً بذلك، ولكن أوجب عليه أن يسأل أهل الذكر، لأنه إذا كان جأهلاً بأركان المهمة الموكلة إليه، لم يتمكن من القيام بها على الوجه المطلوب، وهي مهمة عزيزة وغالية، أظهر الله سبحانه وتعالى سمو منزلتها في كتابه العزيز حيث يقول تبارك وتعالى:﴿ لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ إلا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أو مَعْرُوفٍ أو إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا﴾[النساء:١١٤]، وما روى: عَنْ أَبِي الدَّرْدَاءِ قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ -

---

([٢٥٦]) قرار محكمة تميز العراق (٦٦) ١٩٦٢م، في ١٩٦٢/٦/٢٣م، المتضمن: (ليس للقاضي تعيين الحكمين من غير أهل الزوجين إلا إذا تعذر وجودهما ولم يتفق الزوجان على تعيينهما) ينظر: باقر خليل الخليلي: ١٩٦٤م، **تطبيقات قانون الأحوال الشخصية المعدل**، مطبعة الارشاد-بغداد-د.ط، ص١٧٧.

صلى الله عليه وسلم قال: (ألا أُخْبِرُكُمْ بِأَفْضَلَ مِنْ دَرَجَةِ الصِّيَامِ وَالصَّلاَةِ وَالصَّدَقَةِ قَالُوا بَلَى. قَالَ (صلاح ذات البين فإن فساد ذات البين هي الحالقة) [٢٥٧].

وقد أوجب المشرع على الحكمين أن يلتقيا بالزوجين المتخاصمين وهذا مستفاد من عبارة (للنظر في إصلاح ذات البين)، كما استقر القضاء العراقي على هذا المبدأ [٢٥٨]، وعمل الحكمين مع الزوجين المشاقين ليس بالهين، فهما يشقيان طريقها بالصدع وسط جو متوتر مشحون، إشكل تعيين المسيء فيهم، وكل من الزوجين يدعي إساءة الآخر، وحينما يباشر الحكمان عملهما يجب عليهما أن يضعا نصب أعينهما الصلح أولاً، فهي الغاية المنشودة ووسيلتهما في ذلك أن يعمد كل حكم بتحري أحكام الشقاق وشكوى صاحبه فيعمل على إزالتها بتذكيره بالحقوق الزوجية ورعايتها وحسن المعاشرة ويخوفه من عذاب الله إذا كان ظالماً جاحداً لحقوق صاحبه، ثم يجتمع الحكمان بعد تحري أسباب الشقاق والخلاف من الزوجين ومن أقاربها أو جيرانهما إن امكن، ويتذاكران فيما بينهما ولا يخفي أحدهما عن الآخر شيئاً، ويعاودا البحث مع الزوجين، لا سيما من يجدا عنده تعنتاً، فإن أفلح بالصلح فهو خير، وإن تعذر حددا الطرف المسيء منهما ودرج إساءته ورفعا الأمر إلى القاضي، وهذا هو مفهوم الفقرة (٣)من المادة (٤١) من القانون.

ويمكن للقاضي أن يحدد مدة لعمل الحكمين [٢٥٩]، وإذا اختلف الحكمان في تحديد الطرف المسيء ودرجة إساءته ضم القاضي إليهما حكماً ثالثاً، ومهمته لا تختلف عن مهمة الحكمين السابقين، ولا تقل أهمية عنهما أيضاً، إذ عليه أن يلتقي بالزوجين وبحكميهما ويحاول جاهداً إصلاح ذات البين فيما بين الزوجين المتخاصمين، فإذا أفلح كان بها، واذا عجز عن الإصلاح رفع تقريره إلى القاضي موضحاً الطرف المسيء ودرجة إساءته والعبرة فيما يتفرق عليه اثنان من الحكمين [٢٦٠]، أما إذا لم يتفق الحكم الثالث مع أي من الحكمين وكان لكل واحد منهم رأي فالعبرة فيما يراه الحكم الثالث، فمثلاً إذا رأى حكم الزوجة إن الزوج هو الطرف المسيء ونسبة تقصيره هي ١٠٠% وقال حكم الزوج إن الزوجة هي سبب الشقاق والخلاف ويقع على عاتقهما نسبة التقصير كله، أي نسبة ١٠٠% أيضاً، أما الحكم الثالث فقال إن سبب الخلاف

([٢٥٧]) حديث الصحابي ابي الدرداء رضي الله عنه: أخرجه الترمذي في جامعه: كتاب صفة القيامة والرقائق والورع: ٦٦٣/٤، ح(٢٥٠٩)، وقال هذا حديث صحيح.

([٢٥٨]) انظر: آسو سردار رشيد، التفريق للضرر دراسة مقارنة، ص٤٧.

([٢٥٩]) انظر: مهدي صالح خلف، التفريق للضرر والشقاق، دراسة مقارنة، ص١٥٤.

([٢٦٠]) قرار محكمة تمييز العراق المرقم (٢٨٤١/شرعية/١٩٧٠) في ١٩٧١/١/٤م، والذي جاء فيه (... إذا ضم القاضي حكماً ثالثاً إلى الحكمين في دعوى التفريق فالعبرة بما يتفق عليه اثنان منهما حول إمكانية أو تعذر الإصلاح بين الزوجين ومن هو المقصر). القرار منشور في مجلة النشرة القضائية، العدد الأول، لسنة ١٩٧٢م، ص٧٢.

والشقاق يشترك فيه الزوجان، وحدد نسبة تقصير الزوجة بأربعين في المائة، ونسبة تقصير الزوج ستون في المائة، فإن المحكمة تأخذ برايه.

الخلاصة:

أولاً:

١-إن دعوى التفريق للخلاف تقام من أحد الزوجين على الآخر، سواء كان هناك دخول أم لا، بشرط أن يكون العقد صحيحا.

٢-وقد رسمت المادة (٤١) أحوال آليات حددت طريق السير في التفريق للخلاف، ويجب النظر أولاً إلى نص الفقرة (١) من المادة أعلاه والعمل بها ثم العمل بعدئذ بالفقرة (٢)، وإن إثبات الخلاف يكون بكافة طرق الاثبات، والخلاف يجب أن يكون مستمرا إلى حين إقامة الدعوى وليس خلافا قديما وانتهى في فترة ما الخلاف يكون مستحكم ومستمر.

٣-إن إمتناع الزوج عن التطليق يتم من خلال سؤال المحكمة له: هل تريد أن تطلق؟ فإن قام بالتطليق وتلفظ صيغة الطلاق فهنا يعتبر الطلاق رجعي وذلك لكوننا قد عدنا للأصل (أصل الطلاق).

٤-كل طلاق ببذل هو بائن (وهذه قاعدة عامة) فما دامت الزوجة قد بذلت للزوج جزء من مهرها والمتمثل بنسبة تقصيرها فهنا يعد طلاقا بائنا.

٥-الخلاف يستثنى من إثباته باليمين، لكون اليمين توجه في حال وجود دين بالذمة، ومحكمة التمييز رأت إن محكمة الموضوع هي التي تستنبط وجود الخلاف.

٦-الضم بحكم ثالث لغرض الترجيح، أي يؤيد أحد الرأيين للمحكيين في الإصلاح وتحديد نسبة المقصرين ومن ثم إعطاء رأي للمحكمة، وفي حالة خلاف رأي الحكم الثالث مع رأي المحكمين فهنا – على رأي الأستاذ سالم الموسوي – يتم تكليف الطرفين بأنتخاب محكمين جدد، وفي محكمة الأحوال الشخصية في الكاظمية كان العمل جاري بالدعاوى المماثلة هو الأخذ برأي الحكم الثالث وإهمال رأي أو تقرير المحكمين الاثنين. وإن التناقض بين تقرير المحكمين الاثنين يستوجب إهمالهما وتكليفهما مع الحكم الثالث بأعداد ورفع تقرير مشترك. فإذا ثبت التقصير من جانب الزوجة فهنا يسقط من المهر المؤجل ما يقابل تلك النسبة.

٧-إذا قامت الزوجة بعد التفريق القضائي عادت للزوج ثم قامت برفع دعوى للخلاف لغرض التفريق، فإن دعواها واجبة الرد؛ لأن المادة (٤١) احوال اشترطت استمرار الخلاف وإن العدة إلى الحياة الزوجية يعد بمثابة إنهاء الخلاف.

ثانياً: المادة ٤٢

أرتباط متكامل بين هذه المادة والمادة (٤١) أحوال، حيث لا يتعين على القاضي أن يتحقق من أسباب الخلاف ولا يكلف المدعي بتقديم ما يؤيد ثبوت الضرر أو الخلاف وإنما يجب على القاضي القيام بإجراءات التحكيم وعلى النحو المفصل في المادة (٤١) أحوال.

إن تكرار إقامة الدعوى وللسبب نفسه يؤكد على وجود الخلاف والضرر والشقاق الذي يهدد استمرار الحياة الزوجية، ونرى أنه كان من الأجدر ترك فترة زمنية كافية لا تقل عن سنة مثلا بين أكتساب الحكم برد الدعوى للدرجة القطعية لإعطاء فرصة للتفكير وعدم أستغلال النص بإقامة الدعوى الأولى على نحو شكلي وتعمد ردها بعدم الإثبات ورفض التحليف وصولا إلى إقامة الدعوى ثانية.

المطلب الثالث

الباحث الاجتماعي.

إن قانون الأحوال الشخصية العراقي لم يعالج آلية عمل الباحث الإجتماعي وبقيت هذه الحالة لسنوات عديدة وهذا الأمر كان يؤثر على دور الباحث الإجتماعي في أداء أعماله إلى أن جاءت قواعد تنظيم البحث الإجتماعي رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ والتي صدرت إستناداً لأحكام الأمر (٣٥) لسنة ٢٠٠٣ والأمر رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٤ والتي كانت خطوة تقدمية لتنظيم أعمال الباحث الإجتماعي في محاكم الأحوال الشخصية ومحاكم المواد الشخصية ومحاكم الأحداث المرتبطة بمجلس القضاء الأعلى والتي اعتبرت نافذة من تاريخ ٢٠٠٨/١/١٥ وحددت أعمال البحث الإجتماعي بما يتناسب مع واقع حال المحاكم وجعلت للباحث دور فعال ومهم حيث جاء بقرار لمحكمة التمييز الأتحادية على ضوء طعن نائب المدعي العام بقرار الحكم بالتفريق حيث جاء القرار التمييزي بما يلي [كان المتعين على المحكمة التقيد بقواعد تنظيم البحث الإجتماعي رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ وإرسال المتداعين على البحث الإجتماعي لذا قرر نقض الحكم المميز وإعادة الدعوى إلى محكمتها لإتباع ما تقدم وصدر القرار بالاتفاق] [٢٦١].

وجاءت قواعد تنظيم البحث الإجتماعي رقم ١ لسنة ٢٠٠٨ بأربعة عشر قاعدة يمكن إجمالها بما يلي:

أولاً-تشكل هيأة للبحث الإجتماعي ترتبط في الدائرة الإدارية في مجلس القضاء الأعلى يرأسها موظف بدرجة مدير حاصل على شهادة جامعية أولية في العلوم الإجتماعية والنفسية ولديه خبرة لا تقل عن عشر سنوات وتسمى (هيأة البحث الاجتماعي).

ثانياً-يشكل مكتب للبحث الإجتماعي في كل محكمة من محاكم الأحوال الشخصية ومحاكم المواد الشخصية ومحاكم الأحداث، ويتكون المكتب من باحث إجتماعي أو أكثر وعند تعددهم يرأسهم الباحث الإجتماعي الأقدم.

ثالثاً-يرتبط منتسبو مكتب البحث الإجتماعي إدارياً بالقاضي الأول في المحكمة وفنياً بهيأة البحث الإجتماعي.

رابعاً-يتم تعيين ونقل الباحث الإجتماعي بالتنسيق مع هيأة البحث الاجتماعي.

([٢٦١]) انظر: القاضي: نائب المدعي العام، نعمان ثابت حسن، التفريق القضائي القائم على الضرر في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩، الجزء الثاني، مجلة التشريع والقضاء، مجلة فصلية.

خامساً–يشترط فيمن يعين أو ينسب إلى العمل في مكتب البحث الإجتماعي: أن يكون حاصلاً على شهادة جامعية أولية أو شهادة الدبلوم من المعاهد الفنية في أختصاص الخدمة الإجتماعية وعلم النفس وعلم الإجتماع، أن لايقل عمره عن ٢٥ سنة ويفضل من كان متزوجاً، أن يكون مؤهلاً لأعمال البحث الإجتماعي ولديه أستعداد شخصي لذلك.

سادساً–تتولى هيأة البحث الإجتماعي المهام الآتية: الإشراف الفني على عمل مكاتب البحث الإجتماعي والباحثين الإجتماعيين، رفع التوصيات المتعلقة بترقية وترفيع ونقل وتنسيب الباحثين الإجتماعيين، إعداد الدورات والندوات المتعلقة لرفع الكفاءة والمهارة للباحثين الإجتماعيين العاملين في مكاتب البحث الإجتماعي، إعداد الدراسات والبحوث اللازمة لمعالجة المشاكل الإجتماعية التي تظهر من خلال عمل مكاتب البحث الإجتماعي، إعداد جداول إحصائية شهرية وفصلية وسنوية تتعلق بعمل مكاتب البحث الإجتماعي وتقدم إلى رئيس مجلس القضاء الأعلى، رفع التوصيات إلى رئيس مجلس القضاء الأعلى المتعلقة بتطوير العمل في مكاتب البحث الإجتماعي.

سابعاً–يتولى مكتب البحث الإجتماعي في المحكمة ما يلي: القيام بالبحث الإجتماعي في محاكم الأحوال الشخصية ومحاكم المواد الشخصية في دعاوى الطلاق والتفريق والنفقة والمطاوعة والحضانة والنشوز ومعاملات الإذن بالزواج من زوجة أخرى والقيمومة والمعاملات والدعاوى الأخرى التي ترى المحكمة ضرورة إجراء البحث الإجتماعي فيها، القيام بالبحث الإجتماعي في قضايا محاكم الأحداث.

ثامناً–تحال الدعاوى والمعاملات المذكورة في الفقرة (سابعاً) من هذه المادة على مكتب البحث الإجتماعي وتؤشر في سجل أساس المحكمة.

تاسعاً–يقدم المكتب رأيه في الدعوى أو المعاملة موضوع البحث الإجتماعي إلى المحكمة أو القاضي المختص مع مراعاة أن لايحدد عمل الباحث الإجتماعي بسقف زمني قدر الإمكان.

عاشراً–لا يجوز تحديد موعد للمرافعة في الدعوى المحالة إلى البحث الإجتماعي فيما يتعلق بدعاوى الأحوال الشخصية إلا بعد أنتهاء البحث وتقديم التوصية التي يراها الباحث الإجتماعي.

حادي عشر–على الباحث الإجتماعي إجراء البحث الإجتماعي الميداني عند الضرورة.

ثاني عشر–تلتزم مكاتب البحث الإجتماعي بالتوجيهات الصادرة من هيأة البحث الإجتماعي.

ثالثا عشر–تتولى رئاسة محاكم الإستئناف في كل منطقة توفير المكان المناسب والمستلزمات الضرورية اللازمة لعمل البحث الاجتماعي.

رابع عشر–تنفذ القواعد المذكورة آنفاً ويعمل بها من تاريخ صدورها.

وهناك مؤهلات علمية ومهنية يجب أن يتمتع بها الباحث الإجتماعي منها:

أولاً: المؤهلات العلمية والمهنية للباحث الجتماعي [٢٦٢].

١–أن يحمل الباحث الإجتماعي المؤهلات العلمية الأكاديمية منها والتطبيقية والتي تتجسد في الحصول على شهادة البكالوريوس أو الدبلوم العالي أو الماجستير أو الدكتوراه شريطة أن تكون هذه الدرجات العلمية صادرة من معهد أو كلية أو جامعة معترف بها سواء كانت داخل العراق أم خارجه.

٢–أن يكون الباحث الإجتماعي ملماً بموضوعات خدمة الفرد وخدمة الجماعة وتنظيم المجتمع وإدارة المؤسسات الإجتماعية والبحث الإجتماعي بصفته النظرية والتطبيقية.

٣–أن يكون خبيراً في العلاقات الإنسانية وطرق التعامل مع الأفراد والجماعات الصغيرة والكبيرة ليتمكن من تعميق العلاقة الإنسانية بين الأفراد والمجتمع من جهة وبين الجماعات والمنظمات والمجتمع من جهة أخرى.

٤–أن يكون الباحث الإجتماعي خبيراً في السلوك الإجتماعي من حيث أنماطه وأسبابه ونتائجه وكيفية تنميتهُ وتطويره نحو الأحسن والأفضل وأن يكون ضليعاً في عمليات تنظيم المجتمع الخاصة بالإستفسار والعمل مع المواطن ومنظمات المجتمع المدني وفهم أهمية المشاركة الإنسانية في تخطيط وتنفيذ مشاريع التنظيم.

٥–أن يعتمد الباحث الإجتماعي السلوك المهني في تعامله مع الأفراد والجماعات، أي أن يحافظ على سمعة المهنة وتقاليدها ويحاول رفع مستواها وتطويرها وأن لايفشي أسرار الأفراد والمنظمات والمؤسسات للآخرين مهما تكن الأسباب والإعتبارات والظروف.

٦–أن يكون صادقاً وأميناً ومخلصاً في عمله ودقيقاً في أداء مهامه وحريصاً على سمعة دائرته، وأن يكون قادراً على الفصل بين أموره ومشاكله الشخصية وبين واجباته المهنية والتزاماته الإدارية.

([٢٦٢]) انظر: القاضي: نائب المدعي العام، نعمان ثابت حسن، التفريق القضائي القائم على الضرر في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩، الجزء الثاني، مجلة التشريع والقضاء، مجلة فصلية.

٧-أن يحترم الإنسان ويكرمه ويوفي بأرتباطاته مع أبناء مجتمعه ويصون مشكلات زملائه والحالات المعروضة عليه ويحافظ على أسرار المهنة.

٨-أن يكون قادراً على التفاعل المهني والإنساني الحي مع الأختصاصيين الآخرين الذين يشاركون معه في عمليات تنظيم المجتمع كالسياسي والمشرع القانوني والقاضي والمخطط الإداري.

٩-ضرورة المشاركة في الإجتماعات والمؤتمرات والنقابات المهنية وترك دور إيجابي فيها ليوسع من قدراته وخبراته في مجال عمله.

١٠-أن يسعى إلى تقديم الدراسات والبحوث يستعرض فيها أهم المشاكل التي تواجه الفرد والمجتمع ويسعى كذلك إلى وضع الحلول الجدية للتخلص أو التقليل من آثار تلك المشاكل.

١١-أن يسعى إلى تنظيم علاقات متوازنة مع أبناء مجتمعه ومع المحيط الذي يعمل فيه، وأن لايكون صلب في تعامله مع الآخرين ولا لين معهم فالموازنة في العلاقات ضرورية لتمكن الباحث الإجتماعي من أداء عمله والنجاح فيه.

١٢-أن يسعى الباحث الإجتماعي إلى زيادة الوعي الثقافي والإجتماعي والتوعية الفكرية لأفراد المجتمع من خلال الندوات واللقاءات عبر وسائل الإعلام من صحافة وتلفزيون وإذاعة، وعن طريق المؤسسات التعليمية بالإضافة إلى طباعة المنشورات والبوسترات التوجيهية حول أهمية الأسرة والروابط الأسرية ودورها في تعزيز المجتمع.

ثانياً: دور الباحث الإجتماعي في دعاوى التفريق القضائي [٢٦٣]:

للباحث الإجتماعي دور مهم وواسع في دعاوى التفريق القضائي المعروضة على القضاء من خلال قيامه بمقابلة الطرفين المتخاصمين لمحاولة الوقوف على الأسباب الحقيقية التي دفعت أحدهما بطلب التفريق القضائي والعمل على حل هذه المشاكل من خلال تقريب وجهات نظر الطرفين وإصلاح ذات البين، وهذا يعتمد على ما يتمتع به الباحث من خبرة بكافة نواحي الحياة الإجتماعية والإقتصادية والثقافية والدينية هذه الخبرة المتأتية من الدراسة الأكاديمية إضافة إلى الخبرة العملية لما اطلع عليه لكثير من الأسباب والمشاكل التي أدت

([٢٦٣]) انظر: القاضي: نائب المدعي العام، نعمان ثابت حسن، التفريق القضائي القائم على الضرر في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩، الجزء الثاني، مجلة التشريع والقضاء، مجلة فصلية.

إلى أنهيار الحياة الزوجية، والغاية الأساسية التي يطمح إليها الباحث الإجتماعي هو الحفاظ على الروابط الأسرية خصوصاً عند وجود أطفال بين الزوجين المتخاصمين لمحاولة الابتعاد عن الطلاق أو التفريق الذي يؤدي إلى التفكك الأسري وما له من سلبيات على المجتمع بأعتبار الأسرة هي النواة الأساسية لهذا المجتمع. وإن فكرة الباحث الإجتماعي تعتمد على محورين أساسيين المحور الأول هو أن مكتب الباحث الإجتماعي أمام محاكم الأحوال الشخصية يعتبر نقطة التقاء بعد انقطاع أو طول هجر بين الزوجين. وما يسببه الأنقطاع من زيادة عمق المشاكل بين الزوجين لهذا فإن التقاء الزوجين أمام الباحث الإجتماعي يكون المهمة الأساسية لمجابهة هذه المشاكل ومواجهتها تحت إشراف الباحث الإجتماعي للسعي إلى حلها والقضاء عليها وإعادة المياه إلى مجاريها، والمحور الثاني يعتمد على خبرة الباحث الإجتماعي ومدى إدراكه للموضوع وأسلوبه في إصلاح ذات البين من خلال تشخيصه السليم لسبب المشكلة التي دفعت الزوج أو الزوجة إلى إقامة دعوى التفريق والعمل بالتعاون مع طرفي العلاقة الزوجية على حل هذه المشكلة.

لذا يمكن أعتبار الباحث الإجتماعي في محاكم الأحوال الشخصية الخطوة الأخيرة في محاولة إصلاح ذات البين، وهذا يعكس مدى أهمية هذه الخطوة لذا يجب على الباحث الإجتماعي بذل قصارى جهده وخبرته في الحالة المعروضة عليه.

المبحث الثاني

موقف الفقه الإسلامي من التفريق بين الزوجين بسبب الشقاق.

المطلب الأول: الشقاق مفهومه وأسبابه أو صوره.

الفرع الأول: مفهوم الشقاق

أولاً: اللغة: أصل الشقاق داء يكون بالدواب وهو يشقق؛ يأخذ في الحافر، أو الرسغ يكون فيهما منه صدوع، وشقَّ الحافر والرسغ أصابه شَقاق، وكل شقٍ في جلد عن داء فهو شِقاق، والشقاق بين الزوجين مخالفة كل واحد منهما صاحبه مأخوذ من الشق وهو الناحيه كأن كل واحد منهما قد صار في ناحية وقيل للعداوه شقاق لهذا المعنى، ويقال: الشقاق العداوة بين فريقين ، والخلاف بين اثنين، يسمى ذلك شقاقاً؛ لأن كل فريق من فرقتي العداوة قصد شِقّاً أَي: نَاحيَة غير شِقِّ صاحبِهِ [٢٦٤]، وقال الله تعالى:﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا﴾ [النساء:٣٥]، أي خلاف بينهما يقال شاقه مشاقة وشقاقاً أي خالفه وحقيقته أن يصير هذا في شق ذاك في شق بالكسر أي ناحية وأصله النصف فإن الشيء إذا شق شقين صار نصفين [٢٦٥].

ثانياً: الشقاق في الإصطلاح

ليس للشقاق تعريف خاص في إصطلاح الفقهاء غير إن المفسرين تناولوه بتعريفات تُقارب ما عرفناه في اللغة، ومن هذه التعاريف:

([٢٦٤]) أبو الفتح ناصر الدين بن عبد السيدبن علي بن المطرز(ت٦١٠هـ): ١٩٧٩م، **المغرب في ترتيب المعرب**، تحقيق: محمود فاخوري وعبد الحميد مختار، مكتبة أسامة بن زيد–حلب–ط١، ج١/ص٤٥١. وانظر: الرازي؛ **مختار الصحاح**، ج١/ص١٦٧. وانظر: مرتضى الزَّبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج٢٥/ص٥٢٣. وأبو منصور؛ محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي (ت٣٧٠هـ): ٢٠٠١م، **تهذيب اللغة**، المحقق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي–بيروت–ط١، باب القاف والشين، ج٨/ص٢٠٥. وانظر: إبن منظور الافريقي المصري؛ **لسان العرب**، ج٤/ص٢٣٠١. وانظر: د.أحمد مختار، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج٢/ص١٢٢٣.

([٢٦٥]) انظر: نجم الدين النسفي؛ عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل أبو حفص (ت٥٣٧هـ): ١٣١١هـ، **طلبة الطلبة**، المطبعة العامرة–مكتبة المثنى–بغداد–د.ط، كتاب الصلح، ج١/ص١٤٤. وانظر: أبو البقاء الحنفي؛ أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي (ت١٠٩٤هـ): د.ت، **الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية**، المحقق: عدنان درويش، محمد المصري، مؤسسة الرسالة–بيروت–د.ط، فصل الشين، ج١/ص٥٤١.

منهم من قال: الشقاق المنازعة فهو مأخوذ من فعل ما يشق ويصعب، فكأن كل واحد من الفريقين يحرص على ما يشق على صاحبه [٢٦٦]، وقيل: الشقاق: المجادلة، والمخالفة، والتعادي [٢٦٧]، وأصله من الشق، وهو الجانب فكأن كل واحد من الزوجين في شق غير شق صاحبه، وقيل إن الشقاق مأخوذ من فعل ما يشق ويصعب فكأن كل واحد من الزوجين يحرص على ما يشق على صاحبه فصار كل واحد منهما في شق بالعداوة والمباينة [٢٦٨]. أو هو كل ما يعكر صفو العلاقة الزوجية من خلافات أو هو النزاع الشديد بسبب الطعن في الكرامة [٢٦٩].

([٢٦٦]) انظر: شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج٢/ص١٤٣.

([٢٦٧]) انظر: الراغب الأصفهانى؛ أبو القاسم الحسين بن محمد (ت٥٠٢هـ): ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م، **تفسير الراغب الأصفهاني**، تحقيق ودراسة: د. محمد عبد العزيز بسيوني، الطبعة الأولى: كلية الآداب-جامعة طنطا-مصر-ط١، ج٣/ض١٢٢٦.

([٢٦٨]) انظر: الماوردي، كتاب الحاوى الكبير . الماوردى، ج٩/ص١٤١٩.

([٢٦٩]) وهبة بن مصطفى الزحيلي: ١٩٩٠م، **الفقه الإسلامي وأدلته**، دار الفكر-بيروت –لبنان-ط٢، ص٥٢٧.

الفرع الثاني

أسباب وصور الشقاق بين الزوجين.

تمهيد:

الشقاق بين الزوجين قد يظهر بأن تنشز المرأة عن زوجها، أو يتعد هو عليها، أو لا يظهر من فيهما المعتدي على الآخر وأصل كلمة النشوز في قوله تعالى:﴿ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فإن أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا ۞ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أهلهِ وَحَكَمًا مِنْ أهلهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ [النساء:٣٤-٣٥]، قبل أن نبدأ بذكر الأسباب لابد لنا من أن نعرف النشوز ما هو النشوز؟

أولاً: النشوز لغةً: مصدر نشَزَ: النَشْزُ والنَشَزُ: المكان المرتفع. وجمع النَشْزِ نُشوزٌ، وجمع النَشَزِ أنشاز ونشاز ونَشَزَ يَنْشُزُ نُشُوزاً أَشْرفَ على نَشَزٍ من الأرضِ ونَشَزَ الشيءُ يُنْشِزُ نُشُوزاً ارْتَفَعَ وتَلٌّ نَاشِزٌ مُرْتَفِعٌ ونَشَزَ في مَجْلِسِه يَنْشُزُ ارْتَفَعَ قَلِيلاً، وفي التَّنْزِيلِ ﴿وإذا قيل انشزوا فانشزوا﴾[المجادلة:١١]، ونُشُوزُ الْمَرأَة: اسْتِعصاؤُها على زَوْجِها، وَقَالَ أَبُو إِسْحَاق: النُّشُوزُ يَكون من الزَّوْجَين، وَهُوَ كَراهةُ كُلِّ واحدٍ مِنْهُمَا صاحِبَه، واشْتِقَاقُه من النَّشَز، وَهُوَ مَا ارْتَفَع من الأَرْض، ونشوز الزَّوْجَيْنِ أَي تَعَالَى أَحدهمَا على الآخر وإضراره بِهِ وعصيانه لَهُ [٢٧٠].

ثانياً: النشوز إصطلاحاً: جاء في التفسير الكبير لابن تيمية: النشوز هو أن تنشز المرأة عن زوجها فتنفر عنه، بحيث لا تطيعهُ إذا دعاها للفراش، أو تخرج من منزله بغير إذنه، ونحو ذلك مما فيه امتناع عما يجب عليها من طاعته [٢٧١].

([٢٧٠]) انظر: أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ج٣/ص٨٩٩. وانظر: محمد رواس قلعجي-حامد صادق قنيبي: ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م، **معجم لغة الفقهاء**، دار النفائس-بيروت-ط٢، ج١/ص٤٧٢. وانظر: أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيد المرسي، المحكم والمحيط الأعظم، ج٨/ص١٠. وانظر: الزمخشري جار الله؛ أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد (ت٥٣٨هـ): د.ت، **الفائق في غريب الحديث والأثر**، المحقق: علي محمد البجاوي، دار المعرفة-لبنان-ط٢، ج٣-ص٩٥. وانظر: أبو منصور، تهذيب اللغة، ج١١/ص٢٠٩. وانظر: أبو الفضل؛ عياض بن موسى بن عياض بن عمرون اليحصبي السبتي (ت٥٤٤هـ): د.ت، **مشارق الأنوار على صحاح الآثار**، المكتبة العتيقة ودار التراث-بيروت-د.ط، ج٢/ص٢٩.

([٢٧١]) انظر: شيخ الإسلام؛ ابن تيمية: ١٤٠٨هـ-١٩٩٨م، **التفسير الكبير**، تعليق: عبد الرحمن تقي الدين أحمد بن عبد الحليم، دار الكتب العلمية-بيروت-لبنان-ط١، ج٣/ص٢٣٨.

وقال ابن كثير في تفسيره: النشوز هو "الإرتفاع، فالمرأة الناشز هي المرتفعة على زوجها، التاركة لأمره، المعرضة عنه، والمبغضة له" [٢٧٢]، وفسره الطبري بقوله: قوله "نشوزهن" فإنه يعني: استعلائهن على أزواجهن، وأرتفاعهن عن فرشهم بالمعصية منهن، والخلاف عليهم فيما لزمهن من طاعتهم فيه، بغضًا منهن وإعراضًا عنهم [٢٧٣].

وعلى ذلك: فإن النشوز يكون من الزوجة، أو من الزوج، أو منهما معًا، فنشوز الزوجين هو: كراهية كل منهما صاحبه: وهو المسمى بالشقاق. وهذا النوع من النشوز أشارت إليه الآية الكريمة:﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أهلهِ وَحَكَمًا مِنْ أهلهَا﴾[النساء:٣٥]، ونشوز الزوج: سوء عشرته لها ببغضها وضربها، وهو ما أشار إليه قوله عزوّجل:﴿ وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أو إِعْرَاضًا﴾ [النساء:١٢٨]، أما النشوز عند الفقهاء فهو الخروج عن طاعة الزوج بمنعه الوطء، أو الخروج بغير إذنه، أو الامتناع من الدخول لغير عذر أو تغلق الباب في وجهه ونحو ذلك، أو هي معصية الزوج فيما فرض الله عليها من طاعات [٢٧٤].

ثالثاً: النشوز في القانون: لم يرد في قانون الأحوال الشخصية تحديد لحقيقة المقصود بالنشوز ولعل هذا السكوت يعود إلى كثرة وتباين الحالات التي تدخل ضمن مفهوم النشوز بحيث يصعب جمعها في تعريف واحد، غير أن ذلك لم يمنع بعض القوانين كقانون الأحوال الشخصية السوري من بيان المقصود بالزوجة الناشز إذ نصت المادة (٧٥) منه على ما يأتي:

(الناشزة هي التي تترك دار الزوجية بلا مسوغ شرعي أو تمنع زوجها من الدخول إلى بيتها قبل طلبها النقل إلى بيت آخر) [٢٧٥].

([٢٧٢]) ابن كثير؛ أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (ت٧٧٤هـ): ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م، **تفسير القرآن العظيم**، المحقق: سامي بن محمد سلامة، دار طيبة-القاهرة-ط٢، ج٢/ص٢٩٤.

([٢٧٣]) انظر: أبو جعفر الطبري؛ محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي (ت٣١٠هـ): ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م، **تفسير الطبري = جامع البيان في تأويل آي القرآن**، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر-السعودية-ط١، ج٦/ص٦٩٧.

([٢٧٤]) انظر: ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، ج٧/ص٣١٨. وانظر: شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج٦/ص٣٨٧. وانظر: الجعلي؛ عثمان بن محمد حسنين البري: ١٤١٥هـ ١٩٩٥م، **سراج السالك شرح أسهل في مذهب الإمام مالك**، دار الفكر-بيروت-لبنان-د.ط، ج٢/ص٨٣.

([٢٧٥]) انظر: فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) ١٩٥٩ وتعديلاته، ص١٤٧.

وهذه التعريفات كلها متقاربة تدور حول معصية الزوجة لزوجها فيما يجب عليها من الطاعة: كأن تمتنع عنه إذا دعاها إلى فراشه، أو تجيبه متبرمة كارهة، أو تخرج من بيته بغير إذنه، أو تمتنع عن الأنتقال معه إلى سكن مثلها، أو من السفر معه.

وبذلك يمكن ملاحظة الصلة الوثيقة بين المعنى اللغوي والمعنى الإصطلاحي، فالمعنيان يلتقيان في صفات أساسية: وهي الترفع والتعالي والغلظة، ومخالفة طبائع الأشياء.

أما أهم صور وأسباب الشقاق بين الزوجين فهي كالتالي:

١-أن تتعدى الزوجة على زوجها نشوزاً.

٢-أن يتعدى الرجل على زوجته نشوزاً أو إعراضاً.

٣-إذا نَسب كل واحدٍ الآخر إلى التعدي، ولم يعرِف الحاكم المتعدي منهما.

على التفصيل الآتي:

أولاً: أن تتعدى الزوجة على زوجها نشوزاً.

أن يوجد منها أمارات النشوز قولا أو فعلا بأن تُجيبه بكلامٍ خَشِن بعد أن كان ليناً، أو يجد منها إعراضاً، وعبوساً بعد طلاقه، ولطف، في هذه المرتبة أرشد الله الأزواج السير في مراحل الإصلاح في ذكاء وحنكة ليكتشف سر فتور الزوجة ونفورها، فربما تكون العلة منه، فإن أبدت أسباباً وإرادة أزال شكايتها وأجابتها إلى مرامها في حدود الشريعة، حفاظاً على بيت الزوجية من الأنهيار، وتلبية لنداء الشريعة الآمرة بحسن العشرة، وسلوك منهج اللين والفضل ثم الوعظ والتذكير تنفيذاً لقوله تعالى:﴿ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ﴾[النساء:٣٤]، ولكنه لا يهجرها ولا يضربها.

ثانياً: أن يتعدى الرجل على زوجته نشوزاً أو إعراضاً.

فينظر هنا إن منعها حقاً كنفقة أو قسم أو كان يسيء خلقه ويؤذيها ويضربها ويشتمها بلا سبب ألزمه الحاكم توفية حقها [٢٧٦].

([٢٧٦]) انظر: النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج٧/ص٣٧٠.

وهذا ما أثبته الباحث في البحث بعد أن بحث في مكاتب الباحث الإجتماعي وقسم الإحصاء في محكمة إستئناف محافظة دهوك بعد عرض مجموعة من القرارات الحاسمة في التفريق للشقاق وتبين فيها أن الزوج يقوم بضرب زوجته ويشتمها ولا يقوم بواجبه اتجاه زوجته ويحرمها من أبسط حقوقها بحيث لا تستطيع الزوجة الاستمرار معه في الحياة الزوجية لكونها تضررت معه ضرراً يمنعها من استمرار الحياة الزوجية، وقد تبين من خلال البحث أن هناك نسبة كبيرة للتفريق تحصل بسبب تعدي الزوج على زوجته.

أما إن كان لا يمنعها حقا، ولا يؤذيها بضرب ونحوه لكن يكره صحبتها، فيرغب عنها ويعرض عنها لمرضٍ أو لكبرٍ ولا يدعوها إلى فراشه أو يهم بطلاقها أو غير ذلك فلا شيء عليه ولا بأس أن تتنازل له عن بعض حقِّها تسترضِيه بذلك لقوله تعالى:﴿ وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أو إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فإن اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾ [النساء:١٢٨].

ذكر ابن كثير: أن رافع بن خديج الأنصاري وكان من أصحاب النبيﷺ كانت عنده امرأة حتى إذا كبرت تزوج عليها فتاة شابة وآثر عليها الشابة فناشدته الطلاق فطلقها تطليقة ثم أمهلها حتى إذا كادت تحل راجعها ثم عاد فآثر عليها الشابة فناشدته الطلاق فقال له: ما شئت إنما بقيت لك تطليقة واحدة فإن شئت استقررت على ما ترين من الأثرة وإن شئت فارقتك، فقالت: لا بل أستقر على الأثرة فأمسكها على ذلك فكان ذلك صلحهما [٢٧٧].

وعَنْ عَائِشَةَ رضي الله عنها: وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا قالت هي المرأة تكون عند الرجل لا يستكثر منها فيريد طلاقها ويتزوج غيرها تقول له أمسكني ولا تطلقني ثم تزوج غيري فأنت في حل من النفقة عليّ والقسمة لي [٢٧٨]، فذلك قوله تعالى: {فَلا جُناحَ عَلَيْهِما أَنْ يُصْلِحا بَيْنَهُما صُلْحاً وَالصُّلْحُ خَيْرٌ} [النساء:١٢٨].

ثالثاً: إذا نَسب كل واحد الآخر إلى التعدي، ولم يعرِف الحاكم المتعدي منهما.

([٢٧٧]) انظر: ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج٢/ص٤٢٩.

([٢٧٨]) حديث السيدة عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها: أخرجه البخاري: كتاب النكاح: باب المرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا: ١٩٩٨/٥، ح(٤٩١٠).

علمنا أن الله عز وجل أذن في نشوز المرأة بالعظة، والهِجرة، والضرب، ولنشوز الرجل بالصلح، فإذا خافا إلا يقيما حدود الله؛ فلا جناح عليهما فيما أفتدت به، ونهى إذا أراد الزوج إستبدال زوج مكان زوج أن يأخذ مما أتاها شيئا [٢٧٩].

واختلف الفقهاء عند ظهور هذه الحالة بين الزوجين في معالجتها فمنهم من قال بتنصيب مشرف ثقة قبل بعث الحكمين، يراقب ويكشف حالهما، ومنهم من قال ببعث الحكمين فوراً وبدون تنصيب المشرف الثقة وتفصيل ذلك سيأتي في المطلب الثالث:

[٢٧٩] انظر: الشافعي، الام، ج٥/ص٢٠٨.

المطلب الثاني

إجراءات علاج الشقاق.

تميهد:

الإسلام دين عظيم، يؤكد في كل تشريعاته ومبادئه أنه من عند الله العليم الحكيم، وأنه الأعدل والأقوم، من أجل حياة إنسانية كريمة، وهذا ما نجده في طريقة معالجته لحالة النشوز (نشوز الزوجة)، حيث تقوم على أساس الوقاية، ودفع الأسباب المؤدية إليه.

فإن وقع النشوز كان علاجه بأسلوب متدرج يتناسب مع طبيعة المرأة وأصل فطرتها، ومراعاة مصلحة الأسرة في ضرورة إحلال الوئام مكان الخصام.

قال سيد قطب (رحمه الله): "والمنهج الإسلامي لا ينتظر حتى يقع النشوز بالفعل، وتعّلق راية العصيان، وتسقط مهابة القوامة... فالعلاج حين ينتهي الأمر إلى هذا الوضع قّلما يجدي، ولابد من المبادرة في علاج مبادئ النشوز قبل إستفحاله؛ لأن مآله إلى فسادٍ في هذه المنظمة الخطيرة (يقصد الأسرة)، لا يستقر معه سكن ولا طمأنينة ولا تصلح معه تربية، ولا إعداد للناشئين في المحضن الخطير" [٢٨٠].

فالأمر –إذن–خطير، ولابد من المبادرة بأتخاذ الإجراءات المتدرجة في علاج علامات النشوز منذ أن تلوح من بعيد.... وفي سبيل صيانة المؤسسة من الفساد أو الدمار، أبيح للمسؤول عنها أن يزاول بعض أنواع التأديب المصْلحة في حالات كثيرة.... لا للإنتقام، ولا للإهانة، ولا للتعذيب ...ولكن للإصلاح، ورأب الصدع، في هذه المرحلة المبكرة من النشوز.

ومن أبرز وسائل الإسلام في الوقاية من النشوز ما يأتي مختصراً:

١–الأختيار الحسن على أساس الخلق والدين. ٢–فهم كلا الزوجين طبيعة الآخر.

٣–معرفة الأحكام التي تنظم الحقوق والواجبات الشرعية بين الزوجين.

([٢٨٠]) سيد قطب؛ إبراهيم حسين الشاربي (ت١٣٨٥هـ): ١٤١٢هـ، **في ظلال القرآن**، دار الشروق–بيروت–القاهرة–ط١٧، ج٢/ص٦٥٣.

٤-معرفة أسباب الفتور في عاطفة أيٍّ من الزوجين تجاه الآخر.

٥-الصراحة والوضوح في حل الخلافات الأسرية.

أما الوسائل التي ذكرتها الآية، لمعالجة مشكلة النشوز والشقاق هي أربع وسائل في قوله تعالى:﴿ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ **فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ** فإن أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا ۞ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا **فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا** إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ [النساء:٣٤].

الفرع الأول

إجراءات قبل الشقاق:

١-الوعظ والنصح:

دليله قوله تعالى:﴿ وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ﴾[النساء:٣٤]، والوعظ هو الحد الأدنى للتأديب، وأولى خطوات علاج نشوز الزوجة، والحد الأعلى للتأديب هو الضرب غير المبرح.

"والوعظ والإرشاد يختلف باختلاف حال المرأة، فمنهن من يؤثر في نفسها التخويف من الله –عزوجل وعقابه على النشوز، ومنهن من يؤثر في نفسها التهديد والتحذير من سوء العاقبة في الدنيا، كشماتة الأعداء والمنع من بعض الرغائب، كالثياب الحسنة والحليّ، والرجل العاقل لا يخفى عليه الوعظ الذي يؤثر في قلب امرأته" [٢٨١].

يعقب الدكتور عبد الكريم زيدان حول هذا الموضوع فيقول:

يجب على الزوج أن يشعر زوجته في وعظه إياها أنه يريد الخير لها، ويقيها الضرر والشر بسبب تقصيرها فيما أوجبه الله له عليها من حقوق.... كما إن الموعظة الحسنة يجب أن تثير عواطفها وأحاسيسها نحو زوجها شريك حياتها، وإنه لا يليق بها أن يصدر منها ما يزعجه ولا يسرّه، وإن العشرة بالمعروف هي شأن الزوجات القانتات الحافظات للغيب، ثم ينبغي أن يكون الوعظ سرًّا فيما بينه وبينها، لا بحضور أهلها، ولا بحضور أهله... ثم يجب أن يكون الوعظ هينًا لطيفًا رقيقًا، خاليًا من التعنيف والغلظة والشدة وروح الإستعلاء، وعلى كل حال فالوعظ المؤثر متروك لفطنة الزوج، وحسن سياسته مع زوجته، وعدم جرح شعورها بإظهار العنف والتسلط عليها، والتعسف في أستعمال حقه عليها في التأديب [٢٨٢].

٢-الهجر في المضجع:

إذا لم تنفع الموعظة الحسنة في إصلاح الزوجة الناشز، فإن الزوج يباح له أن يلجأ إلى الوسيلة الثانية، وهي الهجر في المضجع، وهي وسيلة أعلى درجة من الوعظ في إظهار غضبه منها، وعدم تسليمه لها بهذا السلوك،

([٢٨١]) محمد رشيد بن علي رضا بن محمد شمس الدين بن محمد بهاء الدين بن ملا علي خليفة القلموني الحسيني (ت١٣٥٤هـ): ١٩٩٠م، **تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار)**، الهيئة المصرية العامة للكتاب-د.ط، ج٥/ص٥٩.

([٢٨٢]) انظر: الدكتور عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ج٧/ص٣١٣.

وإعلان قدرته على الإستغناء عنها إن هي استمرت في عصيانها دون وجه حق. قال تعالى:﴿ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ﴾ [النساء:٣٤].

تعددت الأقوال في معنى الهجر في المضجع وكيفيته على عدة أقوال:

أحدها: ألا يجامعها، وهو قول ابن عباس، وسعيد بن جبير، **والثاني**: ألا يكلمها ويوليها ظهره في المضجع، وهو قول الضحاك، والسدي، **والثالث**: أن يهجر فراشها ومضاجعتها وهو قول الضحاك، والسدي، **والرابع**: يعني وقولوا لهن في المضاجع هُجراً، وهو الإغلاظ في القول، وهذا قول عكرمة، والحسن، **والخامس**: هو أن يربطها بالهجار وهو حبل يربط به البعير ليقرها على الجماع، وهو قول أبي جعفر الطبري [٢٨٣].

نميل إلى ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من أن المقصود بالهجر هو مضاجعتها في فراش واحد مع ترك الجماع؛ لأنه الأقرب لتحقيق الهدف والغاية من أستخدام هذه الوسيلة، ويشهد لذلك ظاهر الآية، فلو أراد الهجر لذات المضجع ومكان النوم لقال: "واهجروا مضاجعهن"، ثم إن هجر الفراش أو الحجرة أو البيت زيادة في العقوبة لم يأذن بها الله، ويفوت الحكمة من وراء هذا الإجراء، والله أعلم.

٣-الضرب غير المبرّح:

وهذه هي الوسيلة الثالثة من وسائل علاج نشوز الزوجة، التي أباحها الشرع للزوج، والدرجة الثالثة من درجات التأديب، التي لا يصار إليها إلا بعد فشل الوسائل الأخرى من موعظة حسنة، وهجر في المضجع، فتكون من باب المثل القائل: "آخر الدواء الكي".

وفيما يلي دراسة لهذه الوسيلة:

مع أن الشرع الحنيف رخص للزوج استخدام الضرب كوسيلة من وسائل التأديب لزوجته، إلا أنه لم يترك الأمر هكذا دون ضوابط أو شروط، وبالتالي حدد شروطًا للضرب لا ينبغي للزوج أن يتجاوزها وإلا أصبح متعديًا وظالمًا.

ومن أهمها ما يأتي:

---

(٢٨٣) انظر: الماوردي، تفسير الماوردي = النكت والعيون، ج١/ص٤٨٢.

١-ألا يكون الضرب مبرّحًا: لأن المقصود ضرب التأديب والإصلاح.

والضرب المبرّح: هو الشديد، وما يعظم ألمه عرفًا، وهو الفادح الذي يخشى تلف النفس منه أو تلف عضو أو تشويهه.

وغير المبرّح: هو: غير المؤثر، الذي لا يكسر عظمًا ولا يشين جارحة.

قال صاحب بدائع الصنائع: "فإن تركت النشوز وإلا ضربها عند ذلك ضربًا غير مبرّح، ولا شائن" (٢٨٤).

وجاء في حاشية العدوي: "قوله خفيفًا أي غير مبرّح، وهو الذي لا يكسر عظمًا، ولا يهشم لحمًا، ولا يشين جارحة" (٢٨٥).

قال القرطبي: "والضرب في هذه الآية —"هو ضرب الأدب غير المبرّح، وهو الذي لا يكسر عظمًا ولا يشين جارحة كاللكزة ونحوها؛ فإن المقصود منه الصلاح لا غير". وأضاف: "قال عطاء: قلت لابن عباس: ما الضرب غير المبرّح؟ قال: السواك ونحوه" (٢٨٦).

٢-ألا يضرب الوجه ولايقبّح:

والدليل على هذا الشرط هو الحديث الذي رواه البيهقي عن حكيم بن معاوية القشيري عن أبيه قال: قلت يا رسول الله ما حق زوجة أحدنا عليه قَالَ: (أَنْ تُطْعِمَهَا إِذَا طَعِمْتَ وَتَكْسُوَهَا إِذَا اكْتَسَيْتَ وَلاَ تَضْرِبَ الْوَجْهَ وَلاَ تُقَبِّحَ وَلاَ تَهْجُرَ إلا فِي الْبَيْتِ) (٢٨٧).

وجه الدلالة: يعني: إذا ضرب الضرب السائغ الذي هو مأذون له فيه فإنه لا يضرب الوجه؛ وذلك لأن الوجه فيه العينان وفيه الأنف وفيه الأذنان وفيه الفم واللسان، فيترتب على ذلك تعطيل شيء من هذه المنافع إذا حصل التعدي على المرأة بالضرب في وجهها. ثم إن الوجه لا يضرب في جميع الأحوال، وذلك في حق الرجال

---

(٢٨٤) انظر: الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٢/ص٣٣٤.

(٢٨٥) انظر: أبو الحسن، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الربأني، ج١/ص٤١.

(٢٨٦) انظر: شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن = تفسير القرطبي، ج٥/ص١٧٢.

(٢٨٧) حديث الصحابي معاوية القشيري رضي الله عنه: أخرجه أبو داود في سننه: كتاب النكاح: باب في حق المرأة على زوجها: ٢/٢١٠، ح(٢١٤٤)، قال الالبأني في غاية المرام: صحيح، ١/١٥٣.

وحق النساء، والحديث هو في معاملة الرجال للنساء، ولكنه يشمل غير النساء، كما في تأديب الأولاد ونحو ذلك، فيتقى الوجه لما يخشى أن يترتب على ضربه من تعطيل المنافع التي فيه.

٣-ألا يكون الضرب مخوفًا على المقاتل:

كالفؤاد والخاصرة: أو أن يوالي الضرب في مكان واحد، وهذا النوع من الضرب لا يقل خطورة عن الضرب المبرّح، فهو ضرب على المناطق الخطرة القاتلة، والتي يُخاف منها الهلاك. ثم إن استمرار الضرب في مكان واحد غالبًا ما يؤدي إلى التلف وإنْهار الدم. ولأن الضرب الذي لا يكسر عظمًا، ولا يشين جارحة قد يكون مخوفًا، كاللكمة على القلب أو على الثديين.

وقال ابن قدامة: "وعليه أن يتجنب الوجه والمواضع المخوفة؛ لأن المقصود التأديب لا الإتلاف" [٢٨٨].

٤-أن يغلب على ظنّ الزوج أن الضرب مفيد في زجر الزوجة:

لأن الضرب وسيلة لإصلاحها، وزجرها عن نشوزها وعصيانها، وليس هدفًا في ذاته، فمتى فقد فاعليته في العلاج أصبح استخدامه عبثًا بلا مبرر، إلا بقصد التشفيّ والإيذاء. ومتى كان كذلك أصبح حراماً.

وأما الضرب فلا يجوز إلا إذا ظن إفادته لشدته [٢٨٩]، أما إذا علم أنه لا يفيد فيحرم؛ لأنه عقوبة مستغنى عنها [٢٩٠].

٥-أن يرفع الضرب عن الزوجة إذا عادت عن النشوز وأطاعت زوجها.

فالضرب وسيلة، لا غاية وهدف، وهو لرد الزوجة إلى طاعة زوجها، ومتى حصل المراد منه فيجب أن يتوقف، وإلا أصبح عدوانًا وظلمًا؛ وذلك لقوله سبحانه:﴿ فإن أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾ [النساء:٣٤].

وجاء في تفسير الطبري: "أي: بعد وعظ المرأة وهجرها في المضجع، وضربها ضربًا غير مبرح، فإن أطاعت زوجها، وقامت بالواجب عليها في حقه، فلا يجوز له أن يطلب طريقًا آخر إلى إيقاع الأذى والمكروه بها، ولا

---

(٢٨٨) ابن قدامة المقدسي: المغني لابن قدامة، ج٧/ص٣١٨.

(٢٨٩) انظر: ابن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٢/ص٣٤٣.

(٢٩٠) انظر: شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج٦/ص٣٩١.

يجوز أن يلتمس سبيلا إلى ما لا يحلّ له من بدنها ومالها بالعلل والحجج، كأن يقول لها، وهي مطيعة له: إنكِ لست تحبيني، وإنك لي مبغضة، فيضربها أو يؤذيها عند ذلك [٢٩١].

والخلاصة: إن الضرب مباح ومأذون فيه متى توفرت دواعيه، وهو هنا (نشوز الزوجة).

ولكّنه تركٌ للأولى وهو عدم الضرب، أما إذا لم يوجد سبب شرعي للضرب، كأن يكون للتشفي والأذى، فإنه يكون منهيًّا عنه ومحرّمًا.

جاء في تفسير ابن العربي تعقيب لطيف حول موضوع الضرب: "قال عطاء: لا يضربها وإن أمرها ونهاها فلم تطعه، ولكن يغضب عليها". ثم علق على قول عطاء فقال: "هذا من فقه عطاء، فإنّه من فهمه بالشريعة، ووقوفه على مظانّ الإجتهاد، علم أن الأمر بالضرب ها هنا أمرُ إباحة، ووقف على الكراهية من طريق أخرى، فأباح وندب إلى ذلك، وإن في الهجر لغاية الأدب" [٢٩٢].

([٢٩١]) محمد بن جرير الطبري: ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م، **جامع البيان في تأويل القرآن**، مؤسسة الرسالة-الرياض-ط١، ج٨/ص٣١٦.

([٢٩٢]) القاضي بن العربي؛ محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الأشبيلي المالكي (ت٥٤٣هـ): ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م، **أحكام القرآن**، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان-ط٣.

الفرع الثاني

إجراءات بعد الشقاق: بعث الحكمين

أولاً: إن القائلين بالمشروعية اختلفوا بعد ذلك: هل بعث الحكمين يعد وجوباً أو ندباً؟ على قولين:

القول الأول: وجوب بعث الحكمين:

وهذا قول جمهور الفقهاء والمفسرين إستدلالا بالأمر الوارد في قوله تعالى (فابعثوا حكما من أهله وحما من أهلها)، وهي محكمة غير منسوخة، ولأنه من باب دفع الظلامات.

وقد نص عليه فقهاء المالكية والشافعية:

جاء في التاج والإكليل: " إذا اختلف الزوجان وخرجا إلى ما لا يحل من المشاتمة والوثوب كان على السلطان أن يبعث حكمين ينظران في أمرهما، وإن لم يرتفعا ويطلبا ذلك منه فلا يحل أن يتركهما على ما هما عليه من المآثم وفساد الدين " [٢٩٣].

وقال الإمام الشافعي: " فإذا ارتفع الزوجان المخوف شقاقهما إلى الحاكم فحق عليه أن يبعث حكما من أهله وحكما من أهلها"[٢٩٤].

القول الثاني: إستحباب بعث الحكمين:

([٢٩٣]) أبو عبد الله المواق المالكي: التاج والإكليل لمختصر خليل، ج٥/ص٢٦٤.

([٢٩٤]) الشافعي: الأم، ج٥/ص٢٠٨.

وهو وجه للشافعية والإمامية [٢٩٥]، واستدلوا لذلك بما يلي:

١-قالوا إ ن الأصل في هذا الأمر هو الإستحباب.

٢-إن الأمر المقصود فيه بالبعث في الآية الكريمة هو للإرشاد والنصح فقط.

٣-إن بعث الحكمين من الأمور الدنيوية التي لا يظهر إرادة الوجوب منه سبحانه وتعالى فيها. والذي يبدو للباحث: أن القول بالوجوب هو الأولى والراجح وذلك للأسباب الآتية:

١-إن الله تعالى قال:﴿ فَابعثُواْ ﴾، والراجح عند جمهور الأصوليين إن الأصل في الأمر الوجوب ويصرف إلى الاستحباب بقرينة. وبناء على ذلك، فإنه يجب حمل الأمر على الوجوب سواءكان قد ورد من الشارع أو من غيره إلا ما خرج بدليل، ويدل على ذلك كانوا يسمعون الأمر من إجماع الصحابة على أن الأمر يقتضي الوجوب.

٢-إن مهمة القاضي هي رفع الجور عن الناس وأمرهم بالمعروف ونهيهم عن المنكرات، وهذا الخصام الحاصل بين الزوجين يجب على القاضي معالجته، حفاظاً على الأسرة وحقوقها، وطريقة علاج هذا الخصام بينها القرآن الكريم ببعث الحكمين، فوجب حمل البعث على الوجوب لا على غيره.

٣-إستدراكا لعدم زيادة حالات الطلاق بسبب غياب التحكيم وعدم مقدرة الإصلاح بالطرق الأخرى التي سلكت، يظهر أن الإصلاح محصور في بعث الحكمين فيتعين الوجوب.

ثانياً: اختلف العلماء في تعيين الذي يبعث الحكمين، تبعاً لاختلافهم في المخاطب بقوله تعالى:﴿ وإِن خِفتُم ... فَابعثُوْا ﴾، على خمسة أقوال:

القول الأول: المخاطب هو السلطان أو الحاكم ومثله القاضي:

وهو رأي جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، والزيدية، وأكثر الإمامية، وهو قول سعيد بن جبير، والضحاك [٢٩٦].

([٢٩٥]) انظر: النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج٧/ص٣٧١.

([٢٩٦]) انظر: الجصاص، أحكام القرآن، ج٣/ص١٥٠. وانظر: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت ١٧٩هـ): ١٤١٥هـ-١٩٩٤م، **المدونة**، دار الكتب العلمية-بيروت-ط١، ج٢/ص٢٦٧. وانظر: الشافعي، الأم، ج٥/ص١٢٥. وانظر: شمس الدين، مغني المحتاج

القول الثاني: المخاطب هما الزوج والزوجة:

وهو قول علي، وقول ابن عباس، والحسن، والسدي رضي الله عنهم [٢٩٧]، ومال إليه الشافعي في قول [٢٩٨]، والمذهب عند الإمامية [٢٩٩].

القول الثالث: المخاطب هم أقرباء الزوجين:

وهو قولٌ لبعض المالكية، وقول مرجوح لبعض الشافعية، وقول عند الإمامية، ورواية عن السدي [٣٠٠].

القول الرابع: المخاطب الوليان إذا كان الزوجان محجورين:

نقل ابن العربي قولاً لمالك: وأما قول مالك إنه قد يكون الوليان فصحيح، ويفيده لفظ الجمع فيفعله السلطان تارة ويفعله الوصي أخرى وإذا أنفذ الوصيان حكَمين فهما نائبان عنهما، فما أنفذاه نَفَذ كما لو أنفذه الوصيان [٣٠١].

القول الخامس: المخاطب كلُ شخص من صالحي الأمة: وهو قول الرازي [٣٠٢]، وذلك لأن قوله: {خِفْتُمْ} خطاب للجميع.

إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج٤/ص٤٢٨. وانظر: أبو اسحاق الشيرازي، المهذب في فقة الإمام الشافعي، ج٢/ص٤٨٧. وانظر: ابن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، ج٩/ص٢٤٦. وانظر: ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، ج٧/ص٣٢٠. وانظر: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج٥/ص٢١١. وعماد الدين الكيا الهراسي الشافعي؛ علي بن محمد بن علي، أبو الحسن الطبري (ت٥٠٤هـ): ١٤٠٥هـ، **أحكام القرآن**، المحقق: موسى محمد علي وعزة عبد عطية، دار الكتب العلمية-بيروت-ط٢، ج٢-ص٤٥١. والطوسي؛ أبو جعفر محمد بن الحسن بن على (ت٤٦٠ هـ): **التبيان**، مكتبة يعسوب الدين، ج٣-ص١٩٢،

[٢٩٧] انظر: محمد بن جرير الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، ج٨/ص٣٢٠.

[٢٩٨] انظر: الشافعي، الأم، ج٥/ص١٢٤.

[٢٩٩] انظر: الفاضل الهندي؛ الشيخ محمد بن الحسن الأصفهاني: د.ت، **كشف اللثام عن قواعد الأحكام**، مركز البيت العالمي للمعلومات، http://www.al-shia.com/html/ara، ج٧/ص٥٢١.

[٣٠٠] انظر: شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، ج٥/ص١٧٥. وانظر: شمس الدين، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج٤/ص٤٢٨. والشيخ محمد حسن النجفي (ت١٢٦٦هـ): د.ت، **جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام**، حققه وعلق عليه: محمود القوچاني عنى بتصحيحه: العالم الفاضل السيد إبراهيم الميانجى، موقع طهران، http://www.yasoob.com المطبعة الإسلامية-إيران-طهران، ج٣١/ص٢١٥. وانظر: الألوسي؛ أبو المعالي محمود شكري بن عبد الله بن محمد بن أبي الثناء الألوسي (ت ١٣٤٢هـ): د.ت، **روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني**، دار إحياء التراث العربي-بيروت-د.ط، ج٥/ص٢٦.

[٣٠١] انظر: القاضي بن العربي، أحكام القرآن ج١/ص٥٣٩.

[٣٠٢] انظر: فخر الدين الرازي؛ أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي (ت٦٠٦هـ): ١٤٢٠هـ، **مفاتيح الغيب = التفسير الكبير**، دار إحياء التراث العربي-بيروت-ط٣، ج١٠/ص٧٤.

الترجيح:

الذي يظهر لنا بعد عرض هذه الأقوال أن الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور؛ لأن ظاهر الآية الكريمة يرجح أن الخطاب الإلهي موجه إلى الحكام أو القضاة، حيث إن الحاكم أو القاضي هو الناظر بين الزوجين، والمانع من التعدي والظلم، والحكام والقضاة بإمكانهم إزالة الشقاق بما يرونه ملائما ومناسبا، وإلزام الزوجين به، نظرا لما خول إليهم من سلطة، هذا والله أعلم.

ثالثاً: شروط الحكمين:

إن عموم ما هو مطلوب عند اختيار الحكمين قبل خوض التفصيل في شروطهما أن يكونا من أهل الخبرة، والحكمة، والصلاح، والمعرفة بشئون الصلح؛ لنحفظ البيوت والأسر من التصدع، والأطفال من التشرد؛ فالإسلام حريص على دعم الأسرة، وقيامها على المودة، والرحمة، والألفة، كما إن الإسلام أمر بالصبر، والصفح، وحسن الخُلق، والعشرة بالمعروف بين الزوجين.

لذلك نجد أن الفقهاء اتفقوا على وجوب توافر بعض الشروط في الحكمين، واختلفوا في بعضها.

أولاً: مواطن الاتفاق:

اتفق الفقهاء على شروط الإسلام والعدالة والحرية والتكليف (العقل والبلوغ) والأمانة والتقوى والأهتداء للمقصود لما بعِثا إليه، واتفقوا على عدم اشتراط الإجتهاد، فمنهم من نص على ذلك ومنهم من لم يذكره في شروط الحكمين [٣٠٣].

ثانياً: مواطن الإختلاف: اختلفوا في الذكورة:

يرجع سبب الخلاف في شرط الذكورة إلى اختلاف الفقهاء في كون الحَكمان حاكمين أم وكيلين؛ وعليه فقد اختلف الفقهاء في شرط الذكورة على أربع أقوال:

([٣٠٣]) انظر: النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج٧/ص٣٧١. وانظر: المرداوي الدمشقي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج٨/ص٣٧٩. وانظر: ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، ج٧/ص٣٢١.

القول الأول: تشترط الذكورة مطلقاً؛ سواء كانا حاكمين أم وكيلين فلا يجوز تحكيم المرأة ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وقول عند الإمامية [٣٠٤]. قال الإمام مالك في المدونة: " ليست المرأة من الحكام" [٣٠٥].

حجتهم في ذلك:

١-إن التحكيم يحتاج فيه إلى الرأي والنظر في الجمع والتفريق ولا يصلح لذلك إلا ذكران [٣٠٦].

٢- لم يول النبيﷺ ولا أحد من خلفائه، ولا من بعدهم امرأة قضاء، ولا ولاية بلد ولو جاز ذلك لم يخل منه جميع الزمان غالبا [٣٠٧].

٣-إن المرأة مأمورة بالتحرز من مخاطبة الرجال فهي ليست كالرجل؛ لأنها ناقصَة العقل، قليلة الرأي، غير أهل لحضور مجتمع الرجال، ومحافل الخصوم، وهذا مما يضيع الحياء.

القول الثاني: شرط الذكورة واجب إذا قلنا إن الحكمين حاكمان ومندوب إذا قلنا وكيلان.

([٣٠٤]) انظر: مالك بن أنس، المدونة، ج٢/ص٢٦٧. وانظر: النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج٧/ص٣٧١. وانظر: الماوردي، كتاب الحاوى الكبير . الماوردى، ج٩/ص١٤٢٥. وانظر: شمس الدين، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج٤/ص٤٢٩. وانظر: الفاضل الهندي، كشف اللثام عن قواعد الأحكام، ج٧/ص٥٢٣.

([٣٠٥]) مالك بن أنس: المدونة: ج٢/ص٢٦٧.

([٣٠٦]) انظر: ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، ج٧/ص٣٢١.

([٣٠٧]) البهوتى الحنبلى؛ منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس (ت١٠٥١هـ): ١٤١٤هـ-١٩٩٣م، **دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات**، عالم الكتب-بيروت-ط١، ج٣/ص٤٩٢.

ذهب إلى هذا القول بعض الشافعية ومنهم الحناطي [٣٠٨]، والزركشي من الحنابلة [٣٠٩]، إذ قال: بجواز أن يكون الحَكم أنثى على اعتبار أنهما وكيلان وذكر ذلك أيضاً عن ابن جرير الطبري أنه لا تشترط الذكورية لتولي التحكيم [٣١٠]، وهو مذهب الإمامية والزيدية [٣١١].

القول الثالث: لا تشترط الذكورة إلا فيما لا تقبل شهادة المرأة فيه فيجوز التحكيم للمرأة فيما تقبل شهادتها فيه فأهلية القضاء –عندهم –تدور مع أهلية الشهادة، فما يقبل شهادة المرأة فيه يجوز أن تتوّلى القضاء فيه، وما لا فلا، ذهب إلى هذا القول الحنفية، وكذلك ذهب بعض المالكية إلى جواز تحكيم المرأة [٣١٢].

وقال ابن نجيم:"المرأة تصلح سلطاناً أو قاضية في الجملة" [٣١٣].

وقال البلخي: "ولو أن امرأة استقضيت، جاز قضاؤها في كل شيء إلاالحدود، والقصاص" [٣١٤].

القول الرابع: جواز تحكيم المرأة مطلقاً سواء فيما تقبل شهادتها فيه أم لا:

ذهب إلى هذا القول الحنفية [٣١٥]، والظاهرية، فقد قال ابن حزم الظاهري: " وجائز أن تلي المرأة الحكْم " [٣١٦]، حجتهم في ذلك:

([٣٠٨]) الحناطي (توفي بعد ٤٠٠هـ) وهو الحسين بن محمد بن عبد الله، وقيل: ابن الحسن، أبو عبد الله، الحناطي الطبري الشافعي. فقيه، محدث، قدم بغداد، وحدث بها عن عبد الله بن عدي وأبي بكر الإسماعيلي وغيرهما، روى عنه أبو منصور محمد بن أحمد بن شعيب الروياني، والقاضي أبو الطيب وغيرهما. من تصانيفه: (الكفاية في الفروق)، و (الفتاوى). نقلاً من: تقي الدين ابن قاضي شهبة؛ أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر الأسدي الشهبي الدمشقي (ت٨٥١هـ): ١٤٠٧هـ، **طبقات الشافعية**، المحقق: د. الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب–بيروت–ط١، ج١/ص١٨٠. وانظر: أبو زكريا محيي الدين يحي بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ): د.ت، **تهذيب الأسماء واللغات**، تحقيق: شركة العلماء بمساعدة إدارة الطباعة المنيرية، دار الكتب العلمية–بيروت–لبنان–د.ط، ج٢/ص٢٥٤. وانظر: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج٥/ص٢١١.

([٣٠٩]) انظر: المرداوي الدمشقي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج٨/ص٣٨٠.

([٣١٠]) انظر: ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، ج٧/ص٣٢٠.

([٣١١]) انظر: محمد بن جمال الدين مكي العاملي الشهيد الأول، وزين الدين بن علي بن أحمد العاملي الجبعي الشهيد الثاني: د.ت، **الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية**، دار التعارف للمطبوعات–بيروت–لبنان–د.ط، ج٥/ص٣٢٢.

([٣١٢]) انظر: ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج٧/ص١٥١. وانظر: أبو الوليد، المنتقى شرح الموطإ، ج٤/ص١١٣.

([٣١٣]) ابن نجيم المصري: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج٢/ص١٥١.

([٣١٤]) انظر: نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، ج٣/ص٣٦١.

([٣١٥]) انظر: ابن قدامة المقدسي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، ج٢/ص٢٩٠، وانظر: ابن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، ج٨/ص٥٢٧.

([٣١٦]) ابن حزم الأندلسي: المحلى بالاثار: ج٨/ص٥٢٧.

١-إنها صالحة لتولي القضاء فمن باب أولى يجوز لها التحكيم [٣١٧].

٢-أن الغرض من الأحكام تنفيذ القاضي لها، وسماع البينة عليها، والفصل بين الخصوم فيها وذلك ممكن من المرأة كإمكانه من الرجل [٣١٨].

٣-ولأن المرأة يجوز أن تكون مفتية فيجوز أن تكون قاضية [٣١٩].

الرأي الراجح: بعد تحرير المسألة يتبين للباحث أن القول الثالث وهو قول الحنفية الذين قالوا لا تشترط الذكورة إلا فيما لا تقبل شهادة المرأة فيه هو الراجح؛ فيجوز التحكيم للمرأة فيما تقبل شهادتها فيه وهو الرأي الأقوى من بين الأقوال مع ضرورة الاستفادة ما أمكن في الجانب التطبيقي للتحكيم بالقول الأول الذي ينص على إشتراط الذكورة مع محاولة دفع التعارض بينهما فيما يخدم الواقع وذلك للأسباب التالية:

١-امتياز القول الثالث بالوسطية، والاستفادة من القدرات النسائية.

٢-إن عمر رضي الله عنه قد ولَّى الشفاء وهي أم سليمان بنت أبي حثمة سوق المدينة، ولا بد لوالي السوق من الحكم بين الناس، ولو في صغار الأمور [٣٢٠].

٣-قضاء المرأة وتحكيمها على ما هو الحال عليه في القوانين الحديثة بما في ذلك غالبية قوانين الدول الإسلامية كما سنبين في المبحث الثاني من هذا الفصل.

٤-أما عن مقصود الباحث في دفع التعارض بين اشتراط الذكورة وعدم اشتراطه؛ فهو أن يكون حَكم المرأة أنثى، وحَكم الرجل ذكر؛ لأن الاختلاط بين المرأة الحكم والخصوم الذي رفضه مشترط والذكورة لا تقل خطراً عن اختلاط الحَكم الذكر بالزوجة الأنثى، ثم إن الزوجة لا تجد حرجاً في مصارحة الحَكم بأسباب الشقاق إن كان الحَكم أنثى.

٥-الخلوة بين الحَكم والمرأة حرام فإذا كان حكم المرأة أنثى زالت الحرمة.

([٣١٧]) انظر: ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج٥/ص٤٢٨.

([٣١٨]) انظر: شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج١٣/ص١٨٣.

([٣١٩]) انظر: ابن قدامة المقدسي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، ج٢/ص٢٩٠.

([٣٢٠]) انظر: ابن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، ج٨/ص٥٢٧.

المطلب الثالث

آراء الفقهاء في التفريق بين الزوجين للشقاق

اختلف الفقهاء في التفريق للشقاق على رأيين:

الرأي الأول: ليس للزوجين حق طلب التفريق.

الرأي الثاني: للزوجين حق طلب التفريق.

أسباب الأختلاف:

١-إن الأصل في الطلاق هو بيد الرجل أو من يخوله وليس لغيره حق إيقاعه.

٢-الاختلاف في تفسير سلطة الحكمين التي وردت في قوله تعالى:﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أهلهِ وَحَكَمًا مِنْ أهلهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ [النساء:٣٥]، فمن قال إن سلطة الحكمين هي الإصلاح فقد رفض التفريق بين الزوجين، ومن قال إن سلطتهما تمتد إلى التفريق قال بجواز التفريق بين الزوجين.

الرأي الأول: ليس للزوجين حق طلب التفريق.

يرى أصحاب هذا الرأي أن إذا ما تضرر أحد الزوجين تضرراً مادياً لإعتداء الزوج الآخر عليه فليس له الحق في طلب التفريق لأن في التفريق ضرراً أشد من بقاء الرابطة الزوجية، ولأن الأصل في الطلاق هو بيد الزوج وليس للقاضي ولا لغيره حق الحكم في التفريق في هذا النوع من الضرر، وإن للزوج المتضرر أن يرفع أمره إلى القضاء وعلى القاضي أن يتخذ كل الوسائل اللازمة لرفع الضرر عدا التفريق، وإذا بعث القاضي حكمين لإصلاح ذات البين فإن مهمتهما تقتصر على الإصلاح فقط وليس لهما أن يفرقا إلا بتوكيل من الزوجين، فالحكمان ما هما إلا وكيلان عن الزوجين وليس للوكيل أن يتجاوز حدود وكالته إلا إذا أذن له موكله بالتفريق، فعندئذ يكون لهما أن يفرقا فتكون سلطتهما مستمدة من الزوجين بموجب الوكالة. وأصحاب هذا الرأي هم:

الحنفية والشافعي في أحد قوليه، والإمام أحمد في إحدى روايتيه، والظاهرية والجعفرية، على التفصيل الاتي:

الحنفية: قال الجصاص، فقال اصحابنا: ليس للحكمين أن يفرقا إلا برضا الزوجين؛ لأن الحاكم لا يملك ذلك فكيف يملكه الحكمان، وإنما الحكمان وكيلان لهما، أحدهما وكيل المرأة والأخر وكيل الزوج [٣٢١]. الإمام الشافعي في أحد قوليه في المهذب، واختلف قوله في الحكمين، فقال في أحد القولين: هما وكيلان، فلا يملكان التفريق إلا بأذنهما؛ لأن الطلاق إلى الزوج وبذل المال إلى الزوجة، فلا يجوز إلا باذنهما [٣٢٢]. الإمام أحمد في إحدى الروايتين: جاء في المغني: أنهما وكيلان لهما، لا يملكان التفريق إلا بأذنهما، وجاء في الإنصاف: أعلم إن الصحيح في المذهب إن الحكمين وكيلان عن الزوجين، لا يرسلان إلا برضاهما وتوكلهما، فإن امتنع من التوكيل لم يجبرا عليه [٣٢٣].

الظاهرية: قال ابن حزم الظاهري: "ليس في الآية ولا في شيء من السنن إن للحكمين أن يفرقا ولا للحاكم، فصح أنه لا يجوز أن يطلق أحد على أحد، ولا أن يفرق بين رجل وامرأته إلا حيث جاء النص بوجوب فسخ النكاح فقط ولا حجة في قول أحد دون الله ورسوله" [٣٢٤].

ويستنتج من النصوص الفقهية المتقدمة التي قيدت التفريق بإذن الزوجين ورضائهما والتوكيل ان القاضي كالحكمين ليس له سلطة التفريق ما دام الأذن في التفريق شرط لصحته من قبل الزوجين.

الجعفرية: عند الجعفرية ان مهمة الحكمين هي الإصلاح وليس لهما حق التفريق إلا باذن الزوج في الطلاق وإذن الزوجة في البذل إن كان خلعاً، ولكن عند الجعفرية إن بعث الحكمين يكون على سبيل التحكيم لا التوكيل لأن الله خاطب ببعث الحكام وجعلهما حكمين، ولو كان توكيلاً لخاطب به الزوجين، وكذلك استدلوا بقوله تعالى:﴿ فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أهلهِ﴾، وهذا ظاهر في التحكيم لانه لم يقل (فابعثوا وكيلاً) ثم ان الخطاب إذا ورد مطلقاً فيما طريقه الأحكام كان منصرفاً إلى الائمة والقضاة [٣٢٥].

استدل أصحاب هذا الرأي على ان سلطة الحكمين هي الإصلاح وليست التفريق بما يلي:

([٣٢١]) انظر: الجصاص، أحكام القرآن، ج٣/ص١٥٢.

([٣٢٢]) النووي؛ أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ): د.ت، **المجموع شرح المهذب ((مع تكملة السبكي والمطيعي))**، دار الفكر-بيروت-د.ط، ج١٦-ص٤٥١.

([٣٢٣]) انظر: ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، ج٧/ص٣٢٠.

([٣٢٤]) ابن حزم الأندلسي: المحلى بالآثار، ج٩/ص٢٤٧.

([٣٢٥]) انظر: أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي: د.ت، **المختصر النافع في فقه الإمامية**، دار الكتاب العربي-مصر، ص١٩١.

١-قوله تعالى:﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أهلهِ وَحَكَمًا مِنْ أهلهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾[النساء:٣٥].

وجه الدلالة: ان المخاطب بهذا الاية هما الزوجان، فهما المكلفإن ببعث الحكمين، ويكون بعثهما للإصلاح؛ لأن الله سبحانه وتعالى يقول:﴿ إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ ، فالضمير في بينهما راجع على الزوجين، أي أن يوفق الله بين الزوجين إن أرادا إصلاحاً [٣٢٦]، وعليه فإن مهمة الحكمين هي الإصلاح وليس التفريق [٣٢٧]، ولو كان لهما ذلك لقال الله إن يريدا فرقة، فبعث الزوجين للحكمين لا يكون إلا بتوكيل منهما وعلى الوكيل أن لايتجاوز حدود ما وكل به وهو الإصلاح إلا إذا أذن له موكله [٣٢٨].

٢-قوله تعالى:﴿ وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إلا عَلَيْهَا﴾[الانعام:٦٤].

وجه االدلالة: إن كل شخص يلتزم بتصرفه ولا يلتزم بتصرف غيره، فصح أنه لا يجوز أن يطلق أحد على أحد، ولا أن يفرق بين الرجل وامرأته إلا حيث جاء النص في وجوب فسخ النكاح فقط، فحيث لا نص في التفريق، فعليه لا يجوز التفريق لا من القاضي ولا من غيره [٣٢٩].

٣-عن ابن سيرين عن عبيدة قال: أتى علياً رجل وامرأته مع كل واحد منهما فئام من الناس، فقال علي: ما شأن هذين؟ قالوا بينهما شقاق، قال: {فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أهلهِ وَحَكَماً مِنْ أهلهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلاحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا}، فقال علي: هل تدريان ما عليكما؟ عليكما إن رأيتما أن تجمعا أن تجمعا وإن رأيتما أن تفرقا أن تفرقا، فقالت المرأة رضيت بكتاب الله، فقال الرجل أما الفرقة فلا، فقال علي كذبت والله لا تنفلت مني حتى تقر كما اقرت [٣٣٠].

وجه الدلالة: ليس للحاكم أن يبعث حكمين دون موافقة الزوجين، ولو كان الحكم إلى علي رضي الله عنه دون الرجل والمرأة لبعث هو حكمين ولم يقل ابعثوا حكمين، فدل ذلك إن الحكمين وكيلان عن الزوجين، فليس لهما سلطة التفريق إلا برضاهما.

([٣٢٦]) انظر: ابن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، ج٩/ص٢٤٧.

([٣٢٧]) انظر: الجصاص، أحكام القرآن، ص١٥٠-١٥٢.

([٣٢٨]) انظر: الشافعي، الأم، ج٥/ص١٢٤.

([٣٢٩]) انظر: ابن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، ج٩/ص٢٤٧-٢٤٨.

([٣٣٠]) الأثر مروي عن علي رضي الله عنه: أخرجه النسائي في سننه: كتاب المزارعة: باب الشقاق بين الزوجين: ١١/٣، ح(٤٦٧٨)، وقال ابن حجر في التلخيص الحبير: (إسناده صحيح): ٤٣١/٣.

أما قول علي (رضي الله عنه) للزوج: (والله لا تنفلت مني حتى تقر كما اقرت)، فيدل على إن الزوجة قد رضيت بتحكيم الحكمين فلا بد من رضا الزوج أيضاً، فبذلك يكون الحكمان وكيلين ليس لهما سلطة التفريق، ولو لم يكونا وكيلين لما طلب علي موافقة الزوج على الحكم، أي لقال له: لا ابالياأقررت أم سكت. وأمر الحكمين بأن يحكما بما رأيا.

٤-إن في التفريق إخراج ملك من صاحبه بدون رضاه، وهذا لا يجوز لأن الطلاق من حق الزوج وبذل المال من حق الزوجة، فليس لحكم الزوج إيقاع الطلاق عنه إلا برضاه، وليس لحكم الزوجة اخذ شيء من مهرها إلا برضاها، والقول بخير ذلك يعتبر من قبيل أكل أموال الناس بالباطل، قال الجصاص: فالقائل بأن للحكمين أن يخلعا بغير توكيل من الزوج مخالف لنص الكتاب، قال الله تعالى:﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إلا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾[النساء:٢٩].

مناقشة الأدلة:

١-رد على إستدلالهم بقوله تعالى:﴿ فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أهلهِ.....﴾، بأن المخاطب بهذه الآية هما غير الزوجين، إذ لو كان المخاطب هما الزوجان لقال تعالى: فابعثا ولم يقل فابعثوا، وإذا كان المخاطب غير الزوجين فكيف يكون ذلك بتوكيلهما، أما قوله تعالى:﴿ إِنْ يُرِيدَا إِصْلاحاً...﴾، فالمقصود بذلك إن يريدا الحكمان إصلاحاً وليس الرجل والمرأة [٣٣١].

٢-رد على إستدلالهم في الأثر المنقول عن علي رضي الله عنه بأن المقصود به إن علياً رد على الزوج على تركه الرضا بما في كتاب الله، وأمره أن يرجع إليه كما يجب على كل مسلم، وليس فيه دلالة على رضا الزوج بالتحكيم [٣٣٢].

٣-رد على إستدلالهم بأن الطلاق حق الزوج وبذل المال حق الزوجة، في التفريق ضرر؛ لأنه فيه إخراج ملك من صاحبه، فليس للحاكم ولا لغيره حق إيقاع الطلاق وبأن هناك حالات يطلق فيها القاضي على الزوج كما في التفريق في العيوب وهي متفق عليها عند جمهور فقهاء المسلمين. ثم إن هذا الدليل خاص بالخلع فلا يقوم دليل على عدم جواز التفريق مطلقاً.

([٣٣١]) انظر: رعد ياسين عباس، التفريق القضائي للضرر دراسة مقارنة، ص١٤١.

([٣٣٢]) انظر: القاضي بن العربي، أحكام القرآن ج١/ص٥٣٩.

الرأي الثاني: للزوجين الحق في طلب التفريق:

يرى أصحاب هذا الرأي إذا ما تضرر أحد الزوجين تضرراً مادياً لأعتداء الزوج الآخر عليه ورفع أمره إلى القضاء فعلى القاضي أن يتخذ الوسائل اللازمة للإصلاح بين الزوجين، فإن تعذر ذلك وأستمر الإعتداء بينهما أرسل القاضي حكمين، ومهمة الحكمين هي الإصلاح بين الزوجين، فإن تعذر فرقا بينهما، وأصحاب هذا الرأي هم المالكية والشافعي في أحد قوليه والإمام أحمد والزيدية على التفصيل:

المالكية: أجاز المالكية للزوج إذا إعتدى عليها الزوج بالضرب أو التصرف في أموالها بصورة غير مشروعة وتضررت من جراء ذلك أن تطلب التفريق من القاضي، فإذا أثبتت ذلك أمام القاضي ولو لمرة واحدة على المشهور طلقها القاضي عليه طلقة بائنة [٣٣٣]، أما إذا لم تثبت الضرر وتكررت الشكوى أو حصل التشاجر بين الزوجين بأن إعتدى أحدهما على الآخر ولم يثبت أي منهما المسيء بعث القاضي حكماً من أهلها وحكماً من أهله [٣٣٤]، ومهمة الحكمين الإصلاح ، فإن تعذر عليهما ذلك فرقا بينهما ونفذا حكمهما، وإن م يرض به الزوجان والقاضي أو كان الحكم مخالفاً لمذهب القاضي؛ لأن الحكمين طريقهما الحكم وليس الوكالة [٣٣٥]، ويشترط لنفاذ حكمهما في الطلاق ألا يزيد على طلقة واحدة، وإلا فلا ينفذ الزائد على الواحدة، لأن الزائد خارج عن معنى الإصلاح الذي بعثا إليه [٣٣٦].

الشافعي في القول الثاني: جاء في المهذب، وقال في القول الآخر: هما حاكمان فلهما أن يفعلا ما يريان من الجمع والتفريق بعوض وغير عوض، لقوله عز وجل: ﴿ فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أهلهِ وَحَكَماً مِنْ أهلهَا﴾، فسماهما حكمين ولم يعتبر رضا الزوجين [٣٣٧].

الإمام أحمد في الرواية الثانية: جاء في المغني: إنهما حاكمان ولهما أن يفعلا ما يريان من جمع وتفريق بعوض وغير عوض، ولا يحتاجان لتوكيل الزوجين ولا رضاهما [٣٣٨].

([٣٣٣]) انظر: ابن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٢/ص٣٤٣. وانظر: أحمد محمد المومني: ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م، **الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع**، دار المسيرة-عمان-ط١، ص١٠٨.

([٣٣٤]) انظر: الصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الإمام مَالِكٍ)، ج٢/ص٥١٣.

([٣٣٥]) انظر: ابن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٢/ص٣٤٤.

([٣٣٦]) انظر: أبو اسحاق الشيرازي، المهذب في فقة الإمام الشافعي، ج٢/ص٤٨٨.

([٣٣٧]) انظر: النووي، المجموع شرح المهذب ((مع تكملة السبكي والمطيعي))، ج١٦/ص٤٥٢.

([٣٣٨]) انظر: ابن قدامة المقدسي، المغني لابن قدامة، ج٧/ص٣٢٠.

الزيدية: جاء في البحر الزخار، وعليهما – أي الحكمين–بعد مخاصمة كل من الزوجين أن يجتهدا في الجمع بالتراضي، فإن تعذر فالفرقة على عوض أو غيره حسبما يريان [٣٣٩].

واستدل أصحاب هذا الرأي:

١–قوله تعالى:﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أهلهِ وَحَكَمًا مِنْ أهلهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[النساء:٣٥].

وجه الدلالة: إن المخاطب بهذه الآية هما الحكام، هم المكلفون ببعث الحكمين وليس الزوجان؛ لأن الخطاب غير موجه إليهما، فلا يصح الكلام في توكيلهما، ومما يؤكد هذا قوله تعالى:﴿ إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا ﴾، أي إن يريد الحكمان إصلاحاً، فأسند الإرادة إلى الحكمين، وليس إلى الوكيلين لأن الوكيل يعبر عن إرادة موكله، ويستمد سلطته منه، ولما كان موكله غير مخاطب بهذه الآية فمن أين يستمد إرادته إذاً [٣٤٠].

٢–إن الله سبحانه وتعالى سمى المبعوث حكماً، فدل ذلك على أنهما حاكمين وليسا وكيلين، ولو كانا وكيلين لقال تعالى (فليبعث وكيلاً من أهله ولتبعث وكيلاً من أهلها)، ثم إن لكل من الوكيل والحكم أسماً ومعنى في الشريعة، فإذاً بين الله معنى كل منهما فلا ينبغي أن يركب معنى أحدهما على الآخر [٣٤١].

٣–ما روي عن علي رضي الله عنه في الأثر المتقدم ذكرإ انه قال للحكمين: (هل تدريان ما عليكما؟ عليكما إن رأيتما أن تجمعا أن تجمعا، وإن رأيتما أن تفرقا أن تفرقا) [٣٤٢].

وجه الدلالة: إنه لو كان المبعوثان وكيلين عن الزوجين لما قال لهما علي أتدريان ما عليكما؟! إنما كان ليقول لهما: أتدريان بما وكلتما؟ فدل على أن المبعوثين حكمان وليسا وكيلين [٣٤٣].

([٣٣٩]) أحمد بن يحيى بن المرتضى: **البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار**، د.ط.ن، ص٩٠.

([٣٤٠]) انظر: ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج٥/ص١٧٢.

([٣٤١]) انظر: القاضي بن العربي، أحكام القرآن لابن العربي، ج١/ص٥٣٩.

([٣٤٢]) سبق تخريجه: ١٠٤.

([٣٤٣]) انظر: محمد بن جرير الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، ج٨/ص٣٢١. وانظر: مالك بن أنس الأصبحي المدني، شرح الموطأ، ج١٠١/ص٢٦.

٤-إن سلطة الحكمين مستمدة من سلطة القاضي، والقاضي يملك التفريق في كثير من الحالات، كالتفريق من العيوب والإيلاء، فإرسال الحكمين من قبله إنما يستمدان سلطتهما منه، فيكون لهما سلطة التفريق نيابة عنه [٣٤٤].

مناقشة الأدلة:

١-رد على إستدلالهم بقوله تعالى:﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا﴾، بأن المخاطب بهذه الآية غير الحكام وإنما الزوجان، وإن الضمير في قوله تعالى:﴿ إِنْ يُرِيدَا إِصْلاحاً﴾، يرجع إلى الزوجين وليس إلى الحكام.

٢-رد على إستدلالهم أن الله سمى المبعوث حكماً فدل ذلك على أنهما حكمان وليس وكيلين، لأن التسمية لا تغير المعنى، فتسمية المبعوث حكماً تأكيد للوكالة التي فوضت إليه.

٣-أما إستدلالهم بما روي عن علي فإن ابن حزم قد رد عليه في المحلى بقوله: "وهذا خبر لا يصلح لأنه لم يأت إلا منقطاً، ورويناه عن ابن عباس أيضاً من طريق يحي بن عبد الحميد، وهو ضعيف" [٣٤٥].

مناقشة اراء الفقهاء:

استعرضنا فيما مضى آراء الفقهاء في التفريق بهذا النوع من الضرر وأدلتهم وقلنا إن اهم أسباب إختلاف الفقهاء في هذا الموضوع هو إختلافهم في مدى سلطة الحكمين، فمن قال إنهما وكيلان قال ليس لهما سلطة التفريق إلا بأذن الزوجين، لأن الوكيل يستمد سلطته من موكله ولا يجوز أن يتجاوز حدود الوكالة. وعليه تكون مهمة الحكمين هي الصلاح وليس التفريق.

ومن قال إنهما حكمان وليسا وكيلين قال إن سلطتهما تمتد إلى التفريق فيمضيان ما يريانه من طلاق أو خلع، فينفذ ذلك عليهما رضياه أو أبياه، وقد إستدل كل فريق بأدلة تسند آرائهم، وقد سبق أن بحثنا ذلك، وفي رأي الباحث إن الأدلة التي استدل بها كل فريق مساوية لأدلة الفريق الآخر في الحتمية، فالآيات المتقدمة محتملة لإسناد رأي الفريقين ذلك لأن المخاطب بالآية يحتمل أن يكون الزوجين، ويحتمل أن يكون الحكام، وإن الضمير في قوله تعالى: (إن يريدا اصلاحاً) يحتمل أن يكون راجعا إلى الزوجين، ويحتمل أن يكون راجعاً إلى الحكام، وعليه لما كانت الآية محتملة لكلا الفريقين ولم يصح عن الرسول صلى الله عليه وسلم في هذه

([٣٤٤]) انظر: شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، ج٥/ص١٧٧.

([٣٤٥]) ابن حزم الأندلسي: المحلى بالآثار، ج٩/ص٢٤٧.

المسألة شيء فينبغي الرجوع إلى ما روي عن المجتهدين إلى هذه المسألة، وقد رأينا أن كلا الفريقين قد استنبط من الأثر المروي عن علي رضي الله عنه ما يؤيد رأيه وما استنبطه من هذا الأثر يحتمل أن يكون ما قصده علي رضي الله عنه وبذلك يضعف الأحتجاج به، ثم إنه قول مجتهد، وقول المجتهد لا يكون حجة على الآخر، كما أن كلا الفريقين قد استدل بالقياس، وعرفنا كيف أن كل منهما ضعف إحتجاج الآخر بهذا الدليل، ولكن إذا كانت أدلة كلا الفريقين متساوية في التفريق بهذا النوع من الضرر فهذا لا يعني القبول بكلا الرأيين، فنحن نرجح الرأي القائل بجواز التفريق إذا اضفنا إلى أدلتهم الحقيقية التالية: هي: إن إعتداء أحد الزوجين على الآخر وحصول التشاجر بينهما بلا شك يفوت مقصود الزواج من الألفة وحسن المعاشرة، وفي ذلك ضرر، وقد نهى الله ورسوله عن الإضرار في مواضع كثيرة، منها قوله تعالى:﴿ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا﴾، وقوله صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار)، وكل هذا يدل على وجوب إزالة الضرر، وإذا كان خير وسيلة لإزالة الضرر هي التفريق وجب عندئذ التفريق بين الزوجين، واذا قيل إن الضرر يمكن ازالته بغير التفريق وذلك بأن يؤخذ من الظالم حق المظلوم وتبقى الحياة الزوجية، قلنا إن هذا الطريق غير سليم؛ لأنه إذا كان يتصور في عقود الأموال كعقد البيع فإنه لا يتصور في عقد الزواج القائم على حسن المعاشرة وإحترام كل من الزوجين للآخر.

المبحث الثالث

موقف الفقه والقانون من نوع الفرقة الحاصلة بسبب الشقاق

المطلب الأول: موقف القانون العراقي من نوع الفرقة الواقعة بسبب الشقاق

أعتبر المشرع العراقي الفرقة للخلاف والشقاق طلاقاً بائناً بينونة صغرى إستناداً لأحكام المادة الخامسة والأربعين من القانون [٣٤٦]، والحكمة من كونها بائنة هو لمنع الزوج من إرجاعها إلى عصمته، فقد شرع التفريق لدرء الفساد بين الزوجين وتخليصهما من حياة زوجية ثبت عدم جدواها، ورابطة لم يعد لها إحترام أو قيمة.

فليس أمام الزوج إذا أراد أن يعيد زوجته إلى عصمته إلا أن يكون ذلك برضاها، وبعقد جديد أما إذا أعتبرنا التفريق طلاقاً رجعياً وفق المادة الحادية والأربعين من القانون فقد يراجع الزوج زوجته خلال فترة عدتها الشرعية، فيعود الشقاق، ولا يرتفع الضرر عن الزوجة فيصبح الإجراء عديم الجدوى والفائدة [٣٤٧]. ويرى الباحث إنه كان من الأصوب أن تتضمن المادة (٤٥) من القانون عبارة: (ما لم يكن مسبوقاً بطلقتين)، إذ قد يكون الطلاق الذي يوقعه القاضي وفق أحكام المادة الحادية والأربعين مسبوقاً بطلقتين أخريين، فيصبح الطلاق حينئذ بائناً بينونة كبرى [٣٤٨]، فنكون أما إشكال شرعي وقانوني نحن في غنى عنه.

([٣٤٦]) نص المادة الخامسة والأربعين من قانون الأحوال الشخصية العراقي: (يعتبر التفريق في الحالات المبينة في المواد ٤٠-٤١-٤٢-٤٣-٤٤-٤٥، طلاقاً بائناً بينونة صغرى.

([٣٤٧]) انظر: آسو سردار رشيد، التفريق للضرر دراسة مقارنة، ص٤٩.

([٣٤٨]) الفقرة (٣) من المادة السابعة والثلاثين من قانون الأحوال الشخصية العراقي نصها: (المطلقة ثلاثاً متفرقات تبين من زوجها بينونة كبرى). وكذلك (ف٢/ب) من المادة الثامنة والثلاثين نصها: (بينونة كبرى: وهي ما حرم فيه على الزوج التزوج من مطلقته التي طلقها ثلاثاً متفرقات ومضت عدتها).

المطلب الثاني

آراء الفقهاء في نوع الفرقة الواقعة بسبب الشقاق.

تبين مما تقدم أن الحكمين يسعيان للإصلاح بين الزوجين، فإن هما عجزا عن هذا الإصلاح حكما بالتفريق بين الزوجين، فإذا كان كذلك فما هو نوع هذه الفرقة التي يوقعها الحكمان: هل هي فرقة بائنة أم رجعية؟ وهل هي واحدة أم أكثر؟

– أما نوع الفرقة التي يوقعها الحكمان، فذهب المالكية إلى أن التفريق للشقاق طلاق بائن.قال الشيخ الدردير:" (ونفذ طلاقهما) أي الحكمين ويقع بائنا ولو لم يكن خلعا " [٣٤٩].

ويقول ابن العربي:

إذا حكما بالفراق فإنه بائن لوجهين، أحدهما كلي والآخر معنوي:

أما الكلي: فكل طلاق ينفذه الحاكم فإنه بائن.

أما المعنوي: فإن المعنى الذي لأجله وقع الطلاق هو الشقاق، ولو شرعت فيه الرجعة لعاد الشقاق كما كان أول دفعة، فلم يكن ذلك يفيد شيئا فامتنعت الرجعة لأجله [٣٥٠].

– وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنهما إن فرقا بخلع فطلاق بائن، وإن فرقا بطلاق فهو طلاق.

وهذا مبناه على كون فرقة الخلع على المذهبين تقع بائنة [٣٥١].

– وأما عن كون هذا التفريق بواحدة أو أكثر، فالذي ذكره الشافعية، والظاهر من رأي المالكية أنها واحدة، ولا يلزم الزوجان أكثر من ذلك، حيث إن طلاق الواحدة هو طلاق السنة، كما إن الحكمين إنما دخلا لمصلحة الزوجين وليست الزيادة على واحدة من مصلحتهما:

([٣٤٩]) انظر: ابن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٢/ص٢٤٤.

([٣٥٠]) انظر: الجصاص، أحكام القرآن، ج١/ص٥٤٢.

([٣٥١]) انظر: الماوردي، كتاب الحاوى الكبير . الماوردى، ج١٠/ص٦-١١. وانظر: أبو البركات مجد الدين؛ عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد، ابن تيمية الحراني (ت٦٥٢هـ): ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م، **المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، مكتبة المعارف-الرياض-ط٢، ج٢/ص٤٥.

جاء في مغني المحتاج: " ...بعث القاضي حكما من أهله وحكما من أهلها للنظر في أمرهما بعد إختلاء حكمه به وحكمها بها ومعرفة ما عندهما في ذلك ولا يخفى حكم عن حكم شيئا إذا اجتمعا ويصلحا بينهما أو يفرقا بطلقة إن عسر الإصلاح" (٣٥٢).

وفي المدونة:" قال مالك: لا يكون لهما أن يخرجاها من يده بغير طلاق السنة، وهي واحدة لا رجعة له فيها حكما عليهما فيه بمال أو لم يحكما فيه؛ لأن ما فوق واحدة خطأ وليس بالصواب وليس بمصلح لهما أمرا والحكمان إنما يدخلان من أمر الزوج والزوجة فيما يصلح لهما وله جعلا " (٣٥٣).

وقال الشيخ الدردير: " لا ينفذ ما زاد على الواحدة؛ لأن الزائد خارج عن معنى الإصلاح الذي بعثا إليه فللزوج رد الزائد (وتلزم) الواحدة (إن اختلفا في العدد) بأن أوقع أحدهما واحدة والثاني اثنتين أو ثلاثا لأتفاقهما على الواحدة" (٣٥٤).

---

(٣٥٢) انظر: شمس الدين، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج٤/ص٤٢٨. وانظر: شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج٦/ص٣٩٢.

(٣٥٣) مالك بن أنس: المدونة، ج٢/ص٢٦٨.

(٣٥٤) ابن عرفة الدسوقي المالكي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٢/ص٣٤٥.

المبحث الرابع

نماذج عن حكم المحكمة في التفريق للشقاق:

١-تشكلت محكمة الأحوال الشخصية في دهوك برئاسة الحاكم السيد: حسين صالح إبراهيم، المأذون يالقضاء باسم الشعب وأصدرت قرارها الآتي:

المدعية: (ع-أ-ق)، وكيلاها المحاميان: (ع-ج) و (م-ع).

المدعى عليه: (ق-س)، وكيله المحامي: (أ-م).

القرار: -لأدعاء وكيلا المدعية بأن المدعى عليه زوج موكلتهما الداخل بها شرعاً، ونظراً **للضرر الذي يسببه المدعى عليه لها مما يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية**. لذا طلبا دعوته للمرافعة والحكم بالتفريق بينهما للضرر إستناداً للمادة (٤٠/أولاً) أحوال الشخصية، وبنتيجة المرافعة الحضورية العلنية، ولتحديد وكيل المدعية الضرر (**بقيام المدعى عليه بضرب المدعية وسبها وشتمها مما يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية**)، وعقد زواج المتداعيين الصادر من محكمة الأحوال الشخصية، ولإقرار وكيل المدعى عليه بالزوجية والدخول وبدعوى المدعية والضرر المدعى به وان لا مانع من إيقاع التفريق ولأقرار وكيلا الطرفين بعدم وقوع طلاق سابق بين المتداعيين، عليه ولما تقدم **قررت المحكمة الحكم بالتفريق بين المتداعيين** أعلاه **وإعتباره طلاقاً بائناً بينونة صغرى** للمرة الأولى بحيث لا تحل المدعية للمدعى عليه إلا بعقد ومهر جديدين وعليها إلتزام العدة الشرعية لثلاثة قروء اعتباراً من تاريخ الحكم وليس لها الزواج بآخر إلا بعد أنتهاء العدة وإكتساب القرار الدرجة القطعية [٣٥٥].

٢-تشكلت محكمة الأحوال الشخصية في دهوك برئاسة الحاكم السيد: حسين صالح إبراهيم، المأذون يالقضاء باسم الشعب وأصدرت قرارها الآتي:

المدعية: (ب-ر-و)، وكيلاها المحاميان: (ك-ج) و (ط-ش).

المدعى عليه: (ث-ق)، وكيلته المحامية: (س-ع).

القرار: -لأدعاء وكيلا المدعية بأن المدعى عليه زوج موكلتهما الداخل بها شرعاً..... وان المدعى عليه كان قد طلقها خارج المحكمة وتم تصديق الطلاق امام هذه المحكمة إلا ان الطرفين تصالحا واستئأنفا الحياة الزوجية خلال فترة العدة، وبعد ذلك **استمر المدعى عليه في الاعتداء على موكلتها بالضرب والسب والشتم مما أدى إلى الإضرار بها ضررا يستحيل معه استمرار الحياة الزوجية بينهما.**

([٣٥٥]) قرار صادر من محكمة إستئناف منطقة دهوك، محكمة الأحوال الشخصية، إقليم كردستان / العراق، انظر في الملاحق.

لذا طلبا دعوة المدعى عليه للمرافعة والحكم بالتفريق بينهما للضرر إستناداً للمادة (٤٠/أولاً) أحوال الشخصية، وبنتيجة المرافعة الحضورية العلنية، عليه ولما تقدم **قررت المحكمة الحكم بالتفريق بين المتداعيين أعلاه وإعتباره طلاقاً بائناً بينونة صغرى** للمرة الأولى بحيث لا تحل المدعية للمدعى عليه إلا بعقد ومهر جديدين وعليها إلتزام العدة الشرعية لثلاثة قروء إعتباراً من تاريخ الحكم وليس لها الزواج بآخر إلا بعد انتهاء العدة وأكتساب القرار الدرجة القطعية.....الخ.

٣-تشكلت محكمة الأحوال الشخصية في دهوك برئاسة الحاكم السيد: محمود محمد محمود، المأذون يالقضاء باسم الشعب وأصدرت قرارها الآتي:

المدعية: (ف-ت-م)، وكيلائها المحامون: (غ-هـ) و (ن-ش) و (ك-ض).

المدعى عليه: (ص- ع).

القرار: -لأدعاء المدعية على لسان وكيلها بأن المدعى عليه زوجها الداخل بها شرعاً وقانوناً، ونظراً لكونه أضر بها ضرراً يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية. لذا طلبا دعوته للمرافعة والحكم بالتفريق بينهما للضرر إستناداً للمادة (٤٠/أولاً) أحوال الشخصية، وبنتيجة المرافعة الحضورية العلنية..... واستمعت المحكمة إلى البينة الشخصية للمدعية والتي أيد فيها الشهود **قيام المدعى عليه باساءة معاملة المدعية وضربها والإعتداء عليها بالسب والإهانة إضافة إلى قيامه بجلب أصدقائه إلى البيت ولعب القمار فيه حتى ساعات متأخرة من الليل** وحرمانها من أبسط حقوقها وأخذ راحتها في بيت الزوجية وتهديدها في حالة قيامها باخبار أحد من أهلها بتصرفاته..... فقد ثبت للمحكمة من خلال تلك الوقائع والبينة الشخصية بأن ما قام به المدعى عليه يعتبر تصرفا مسيئاً ومشيناً للأخلاق والسلوك ومخالفاً للشرع والقانون ويخدش الناموس والإعتبار ومن شأن التأثير على سمعة المدعية بين أهلها وأقاربها ويعتبر من قبيل الإضرار المستمر الذي يرقى للضرر ولتحديد وكيل المدعية الضرر (بقيام المدعى عليه بضرب المدعية وسبها وشتمها مما يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية)، وعقد زواج المتداعيين الصادر من محكمة الأحوال الشخصية، ولأقرار وكيل المدعى عليه بالزوجية والدخول وبدعوى المدعية والضرر المدعى به وان لا مانع من إيقاع التفريق ولأقرار وكيلا الطرفين بعدم وقوع طلاق سابق بين المتداعيين، عليه ولما تقدم **قررت المحكمة الحكم بالتفريق بين المتداعيين** أعلاه **وإعتباره طلاقاً بائناً بينونة صغرى** للمرة الأولى بحيث لا تحل المدعية للمدعى عليه إلا بعقد ومهر جديدين وعليها إلتزام العدة الشرعية لثلاثة قروء اعتباراً من تاريخ الحكم وليس لها الزواج بآخر إلا بعد انتهاء العدة وأكتساب القرار الدرجة القطعية.

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين وبعد:

فإنه في ختام إعداد وعرض هذه الدراسة أسأل الله العلي القدير أن أكون قد وفقت فيما أردت أن أصل إليه من خلال هذا العمل، وكل صنع البشر يعتريه النقص والخلل، فالكمال لله وحده، والعصمة لمن عصم من خلقه بأمره وتقديره، فما أصبت فيه فذلك بفضل من الله وهدايته، وما جانبت فيه الصواب فالقصور من نفسي، وهو تسديد ومقاربة أملاً في الخير والفلاح.

في نهاية هذه الرسالة أذكر أهم النتائج التي توصلت إليها منها:

١-إن السلطة القضائية تستمد قوتها من الدستور؛ لأن الدستور يتضمن فقرات تختص بالسلطات حيث إن السلطات تكون منفصلة وان المحكمة هي المرجع الأساسي والوحيد للفصل بين المتخاصمين حسب الدستور، والقضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون.

٢-إن محكمة الأحوال الشخصية استمدت سلطتها في التفريق بين الزوجين مما هو متفق عليه من مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية، وما هو مقبول من قوانين البلاد الإسلامية، وما استقر عليه القضاء الشرعي في العراق، وقد أخذ هذا القانون أحكامه من جميع المذاهب الإسلامية وجرى تطبيق أحكامه دون النظر إلى اختلاف المذاهب الناشئة وهذا ما أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة الأولى إلى أنه "إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون" حيث إن القانون المذكور يشكل حالة وسطية وشاملة يتم تطبيقها على عموم المسلمين العراقيين والاجانب المسلمين في العراق طبقاً لنص الفقرة (١) من المادة الثانية من القانون المذكور ونصه "تسري أحكام هذا القانون على العراقيين إلا ما استثني منهم بقانون خاص ". بينما تم العمل في قضايا الأحوال الشخصية للمسيحيين واليهود بموجب لوائحهم الخاصة وفق دياناتهم وتختص بالنظر في قضاياهم محاكم البداءة باعتبار انها محاكم المواد الشخصية التي تختص بالنظر في قضاياهم واصدار الأحكام وفقاً لذلك.

٣-حصر قانون المرافعات المدنية إختصاصات محكمة الأحوال الشخصية بالمنازعات الخاصة بالزواج وما يتعلق به من مهر ونفقة ونسب وحضانة وفرقة وطلاق وسائر الأمور الزوجية وانحلاله والآثار الناشئة والولاية

والوصاية والقوامة والوصية ونصب القيم أو الوصي وعزله ومحاسبته والإذن بالتصرفات الشرعية والقانونية، والحجر ورفعه وإثبات الرشد، والمفقود وما يتعلق به، وغيرها من القضايا.

٤-مرت محكمة الأحوال الشخصية في محافظة دهوك بخمسة مراحل حيث بدأ أولاً في فترة الخلافة العثمانية، وثانياً فترة العهد الملكي، ففي سنة ١٩٢٩ تم إنشاء أول محكمة في مدينة دهوك، وكانت تسمى (محكمة الصلح) أي محكمة البداءة، وثالثاً العهد الجمهوري، ففي سنة ١٩٦٩ أصبحت محكمة بداءة دهوك إلى (محكمة جنايات دهوك) وكانت تابعة لمحافظة الموصل، ورابعاً وفي سنة ١٩٩٢ انفصلت محكمة دهوك عن محكمة إستئناف محافظة الموصل وأصبحت تابعة لمحكمة استئناف محافظة أربيل، وخامساً وفي الأخير بتاريخ ٢٠٠٨/٤/٦م أصبحت محكمة استئناف محافظة دهوك تابعة لمجلس قضاء إقليم كردستان العراق.
٥-على ضوء الإحصائية والدعاوى والقرارات الحاسمة في التفريق القضائي بين الزوجين في محافظة دهوك تم تحديد أهم العوامل التي تؤدي إلى ازدياد ظاهرة الطلاق والتفريق في مدينة دهوك وتم ترتيب هذه العوامل إلى عوامل ذاتية وأخرى موضوعية.

أولاً-العوامل الذاتية التي تؤدي إلى زيادة ظاهرة الطلاق والتفريق القضائي:

أ-عدم التفاهم والانسجام بالأفكار:

فسجل هذا العامل أعلى مستوى عن بقية عوامل الطلاق حيث إنه يشكل جملة من الأسباب المثيرة للتفريق القضائي بين الزوجين وبذلك يمكن إعتباره لوحده السبب الرئيسي والمحفز القوي للطلاق في حالة أختلاف أو عدم التفاهم في الأفكار.

ب-عدم الإدراك لمسؤلية الزواج، وصعوبة تحمل المسؤولية، والشك المستمر في الطرف الآخر، والخداع والكذب المستمر، وفقدان الثقة وعدم الأحترام، وعدم الأستقرار النفسي لأحد الطرفين، وضعف أوقوة شخصية أحد الطرفين، وثراء أحد الزوجين وطمع الآخر فيه.

ثانياً-العوامل الموضوعية المسببة للتفريق والطلاق.

تدخل الأهل المستمر، والحاجة الإقتصادية والقدرة على الصرف، وعدم الحفاظ على أسرار الزوجية، وطبيعة العمل أو المهنة، والفارق في التحصيل الأكاديمي للزوجين، وأختلاف الثقافة والطبقة الاجتماعية وعامل البيئة الاجتماعية المحيطة بالعائلة وعوامل أخرى.

٦-وصلت عدد حالات الطلاق والتفريق والخلع في محافظة دهوك سنة (٢٠٠٨) إلى (٥١٠) حالة، وفي (٢٠٠٩) (٥٦٤) حالة، وفي (٢٠١٠) (٦٨٤) حالة، وفي (٢٠١١) (٧١٢) حالة، وفي (٢٠١٢) (٩١٣) حالة، وهذا يعني أنه لمدة خمس سنوات وصلت حالات الطلاق والتفريق إلى (٣٣٨٣) حالة، أخذ التفريق منها حوالي (١٨٣٧) حالة بحد ذاتها أي حوالي ٥٤%، في وقت تتراوح نسبة السكان في محافظة دهوك حوالي المليون نسمة.

فإذاً ازدادت حالات الطلاق في محافظة دهوك من سنة ٢٠٠٨ إلى سنة ٢٠١٢، حوالي ٤٠%، وإن أكثر نسبة تفريق حصلت في محافظة دهوك كانت بسبب الشقاق حوالي ٦٣%، ومن ثم يأتي الهجر والغياب والحبس بنسبة ٢٤% وفي الأخير يأتي عدم الإنفاق بنسبة ١٣%.

٧-ذهب المشرع العراقي إلى أنه إذا كان مصدر الحرمان من المعاشرة الزوجية هو غياب الزوج فيجب أن لاتقل مدة الغياب عن سنتين حتى يكون للزوجة الحق في طلب التفريق، أما في إقليم كردستان العراق تكون المدة سنة واحدة، وهو الأقرب إلى الفقه الإسلامي فعند المالكية لا تقل هذه المدة عن سنة، وعند الحنابلة يجب أن لاتقل مدة الغياب عن ستة أشهر حتى يكون للزوجة الحق في طلب التفريق.

٨-إذا كان مصدر الحرمان من المعاشرة الزوجية هو فقدان الزوج فإن المشرع العراقي أخذ برأي المذهب المالكي الذي حدد لزوجة المفقود أربع سنوات، ثم تعتد بعدها أربعة أشهر وعشرا، ثم يحق لها الزواج بعد ذلك، لكن المشرع لم ينص على أنواع المفقود، كما فصل فقهاء المالكية والحنابلة.

٩-إذا كان مصدر الحرمان من المعاشرة الزوجية هو امتناع الزوج الحاضر عن معاشرة زوجته فيجب أن لاتقل المدة عن سنتين في القانون العراقي حتى يكون للزوجة الحق في طلب التفريق، وهذا مخالف لما هو معتمد في الذهب المالكي والحنبلي. فقد ذهب الفقهاء إلى أنه يجب أن لاتقل المدة عن أربعة أشهر حتى يكون للزوجة الحق في طلب التفريق. أما القانون المعدل في الإقليم: فإنه إذا هجر الزوج زوجته مدة سنة فأكثر بلا عذر مشروع ولو كان الزوج معروف الإقامة وله مال تستطيع الإنفاق منه، وهو أقرب إلى المذهب المالكي والحنبلي.

١٠-نص القانون العراقي إلى أنه إذا عاد المفقود تستمر زوجته لها ما لم تتزوج ويتم دخول الثاني بها حقيقة غير عالم بحياة الأول. أما في الشريعة الإسلامية إذا رجع الزوج المفقود ولم تتزوج زوجته بعد فإنها زوجته وهذا ما ذهب إليه جميه الفقهاء المسلمين، أما إذا تزوجت زوجته وقبل دخول الثاني عليها فأكثريتهم يرجعونها إلى الزوج الأول، أما إذا دخل بها الثاني فإنه الزوج الأول يخير بين أخذ زوجته وبين صداقها، ويقول الإمام مالك:

أنه سواءً دخل بها الثاني أم لم يدخل بها فهي للزوج الثاني، وهذا فيه محل نظر.

١١-الغائب هو من لم يكن مع أهله أو غاب عنهم غيبة تستدعي رفع الزوجة أمرها إلى القاضي بعدم النفقة أو غيرها، وغالبا ما يكون معلوم المكان أو الجهة أو يصل منه خبر، وأما المفقود فهو الذي يغيب فينقطع أثره ولا يعلم له خبر.

١٢-استعمل المشرع العراقي مصطلح (الهجر) بدلاً من الغيبة، في حين ان الفقه الإسلامي استعمل مصطلح الغيبة والفقد في هذه الحالات إلا الحنفية حيث استعملوا مصطلح الفقد بدل الغيبة.

١٣-إذا كان مصدر الحرمان من المعاشرة الزوجية هو حبس الزوج فإن المشرع العراقي أجاز للزوجة طلب التفريق في المادة الثالثة والأربعون فهي من المواد التي تعطي للزوجة حق التفريق فالفقرة الأولى تعطي الحق للزوجة المحبوس زوجها بعقوبة مقيدة لمدة ثلاث سنوات فأكثر وأكتساب هذا الحكم الدرجة القطعية، وتطلب التفريق بعد مرور ثلاث سنوات على حبس الزوج والمشرع قد عدل المدة واعطى المرأة حق التفريق بعد مضي سنة على سجن الزوج ولو كانت مدة حكمه ثلاث سنوات فالتعديل الجديد أكثر ملائمة من القانون القديم لأن القانون القديم أعطى الزوجة حق طلب التفريق بمجرد صدور الحكم على الزوج.

١٤-أهمل المشرع العراقي مسألة الإنذار والإعذار، الذي خالف به المذاهب الإسلامية التي قالت بالتفريق للضرر الناشئ من الحرمان من المعاشرة الزوجية بأنه لا يجوز الحكم بالتفريق إلا بعد اعذار الزوج الذي يمكن الاتصال به إما بالعودة إلى زوجته أو نقلها إليه أو طلاقها، فإن أبى طلق عليه القاضي.

١٥-أجاز القانون العراقي للزوجة طلب التفريق إذا امتنع الزوج عن تسديد النفقة المتراكمة المحكوم بها. وأجمعت المذاهب الإسلامية إن النفقة التي تبرر طلب التفريق هي النفقة الحاضرة أما النفقة الماضية فلا تبرر التفريق وإنما تكون ديناً في ذمة الزوج وتستوفى بالطرق المقررة لإستيفاء الديون.

١٦-حدد القانون العراقي مدة معينة للزوج قبل الحكم بالتفريق لعدم الإنفاق وهي لا تزيد على ستين يوماً، وفي المذاهب الإسلامية يكون حسب اجتهاد القاضي.

١٧-إن اختلاف الفقهاء في التفريق لعدم الإنفاق هو عدم وجود نص صريح يجيز التفريق أو يمنعه لا في القرآن ولا في السنة.

١٨-من ضمن الأسباب التي أشارت إليها المادة الأربعون من قانون الأحوال الشخصية كسبب من أسباب التفريق هو ممارسة القمار في بيت الزوجية ويؤخذ على ذلك أن المشرع العراقي حصر ممارسة القمار في بيت الزوجية، والأجدر أن يكون النص مطلقاً بممارسة القمار في أي مكان كان لما يسببه هذا الفعل من أذى حقيقي يلحق بمن يمارسه وبأفراد أسرته لذا نوصي بتعديل هذا النص وعدم حصر فعل ممارسة القمار في بيت الزوجية كسبب من أسباب التفريق القضائي.

١٩-عند وقوع خلاف بين الزوجين فيحق لهما طلب التفريق سواءً قبل الدخول أم بعد الدخول، ويجب إجراء التحقيق في أسباب الخلاف، فاذا ثبت لها وجوده تعين حكماً من أهل الزوجة وحكماً من أهل الزوج إن وجد، للنظر في اصلاح ذات البين، فإن تعذر وجودهما كلفت المحكمة الزوجين بانتخاب حكمين، فإن لم يتفقا انتخبتهما المحكمة، وهذا ما ذهب إليه المشرع العراقي، الذي تطابق مع المذاهب الإسلامية.

٢٠-ذهب القانون العراقي إلى أنه على الحكمين أن يجتهدا في الإصلاح، فإن تعذر عليهما ذلك رفعا الأمر إلى المحكمة موضحين لها الطرف الذي ثبت تقصيره، فإن اختلفا ضمت المحكمة لهما حكماً ثالثاً. وإذا ثبت للمحكمة استمرار الخلاف بين الزوجين، وعجزت عن الإصلاح بينهما، وامتنع الزوج عن التطليق، فرقت المحكمة بينهما.

٢١-لا يقدم الحكمان على التفريق بين الزوجين إلا بعد اليأس من الإصلاح التي هي مهمتهما الكبرى لاسيما إن كان النشوز من الزوجة، ثم بعد ذلك رأى الحكمان التفريق عند فقدان الأمل في الإصلاح بينهما فرقا على عوض تعطيه المرأة إن كان النشوز منها، وإن كان النشوز والظلم من قبل الزوج فلا يجوز له أخذ شيء مما أعطاه للمرأة.

٢٢-جعل القانون العراقي كلاً من (الضرر والشقاق) سببين مستقلين للتفريق، وخصص لكل سبب احكاماً مستقلة عن الآخر، ويبدو أن إتجاه المشرع العراقي في جعل الضرر والشقاق سببين مستقلين للتفريق لا يوجد له أساس في المذاهب الإسلامية، التي استمد المشرع أحكام التفريق لهذا النوع من الضرر منها، فالضرر أعم مطلقاً من الشقاق، والشقاق هو صورة من صور الضرر، وأخص منه، وإن السبب الحقيقي في التفريق ليس الشقاق وإنما الضرر الناشئ عن الشقاق، وهذا مخالف للشريعة التي جعلت الشقاق صورة من صور الضرر والضرر أعم مطلقاً من الشقاق فلم تجعل المذاهب التي قالت بالتفريق لهذا النوع من الضرر كلا من الشقاق والضرر سببين مستقلين وإنما جعلتهما سببا واحداً إذ إن الشقاق لا تأييد له من دون الضرر.

٢٣-التفريق للضرر كقاعدة عامة يقع طلاقاً بائناً بينونة صغرى عند القانون العراقي، وإن إتجاه المشرع العراقي في نوع الفرقة يعد إتجاهاً خاطئاً لكونه لا تكون في مصلحة الزوجين؛ لأنه لو اعتبرنا التفريق وفق الفقرة (٨) من المادة الثالثة والأربعين أولاً طلقة رجعية فهو الأصوب لإعطاء الزوج فرصة لإستئناف الحياة الزوجية، إذا عاد الزوج الغائب أو ظهر المختفي أو عاد المفقود أو أطلق المحبوس وأبدى إستعداده للإنفاق على زوجته واثبت يساره وكل ذلك بشرط أن تكون الزوجة في العدة، أما إذا كانت قد انتهت عدتها فلا يجوز للزوج نكاح زوجته إلا بمهر وعقد جديدين وبرضائها أيضاً، لأن الطلاق الرجعي ينقلب إلى طلاق بائن بمضي العدة الشرعية للزوجة ودون حصول المراجعة خلالها، وأن نجعل التفريق فسخاً إذا كان قد وقع على الزوجة طلاقان سابقان مع فتح باب الرجعة للزوج إذا ما قبلت الزوجة بالرجوع إلى زوجها مع إعساره بنفقته وتعليق الرجعة ما لم يستعد الزوج بالإنفاق عليها خلال فترة العدة، كما ان كلمة (صغرى) الواردة في المادة الخامسة والأربعين قد تضعنا في بعض الأحيان أمام إشكال شرعي وقانوني، لأنه قد يكون التفريق الواقع لعدم الإنفاق مسبوقاً بطلقتين أخريين، وبالتالي يصبح التفريق هنا كطلقة بائنة بالبينونة الكبرى، لذا يرى إنه من الأصوب إضافة عبارة ما لم يكن مسبوقاً بطلقتين إلى نهاية المادة الخامسة والأربعين من القانون تلافياً لهذا الاشكال الشرعي والقانوني.

وفي الفقه الإسلامي يكون نوع الفرقة طلاقا بائناً عند فقهاء الحنفية وكذلك عند المالكية بإستثناء التفريق للضرر الناشئ من الحرمان من النفقة فيقع طلاقاً رجعياً أما باقي المذاهب فيقع التفريق فسخاً في جميع صوره.

٢٤-إن من أهم أسباب اختلاف الفقهاء في التفريق القضائي، هو عدم وجود نص صريح قطعي لا في القرآن ولا في الأحاديث النبوية الشريفة يدل على جواز التفريق أو منعه وإن كل ما قيل في قضايا التفريق هي أقوال صدرت من الصحابة مما تختلف فيها ثبوت تخريجه أو دلالتها.

٢٥-إن جميع الفقهاء الذين قالوا بالتفريق جعلوا علة الحكم هي الضرر فإذا تحقق الضرر حكم بالتفريق أما إذا لم يتحقق الضرر فلا يصار إلى التفريق إستناداً إلى القاعدة الأصولية التي تقضي إن الحكم يدور مع علته وجودا وعدما، وعلة الحكم بالتفريق هي الضرر.

التوصيات:

أولاً: توصيات للقانون العراقي:

١-نوصي القانون العراقي بأن يراجع نصوصه المتعلقة بالتفريق بين الزوجين، وأن يقوم بتعديلات في بعض المواد القانونية، وينتهج نهج القانون الجديد المعمول به حاليا في إقليم كردستان العراق في قضية هجر الزوج زوجته؛ لأن تبديل السنتين بسنة واحدة خطوة جيدة قام بها إقليم كردستان ما دام الزوج لا عذر له، والمشرع يهدف إلى حماية المرأة، وكذلك قضية حبس الزوج، وذلك بأن يحق للزوجة طلب التفريق بعد مضي سنة واحدة على الحكم.

٢-من الواجب على المشرع العراقي أن يراعي مسألة الإنذار والإعذار في قضية الزوج المفقود كما ننصح المشرع العراقي أن يأخذ براي المالكية والحنابلة تنتظر الزوجة أربع سنين إذا كان الفقد ظاهرها في السلامة، أما لو كان ظاهرها الهلاك فيحدده القاضي ويضع مدة لبيان آية من الزوج.

٣-ونوصي القانون العراقي أن يراعي بعض المواد القانونية التي تعطي للزوج المحبوس الحق في زيارة أهله فمن الأفضل مراعاة هذا الزوج فمن الممكن أن يكون للزوج مال تستطيع الزوجة الإنفاق منه، والفترة التي يذهب فيها المحبوس إلى أهله قد يكون كافياً لسد الفراغ عند هذه الزوجة طبعاً وهذه الدرجات متفاوتة ولكن يجب أن يكون هناك بحث ودراسة في الموضوع لأنه بأعتقادنا أن الزوج المحبوس لمدة ثلاث سنوات وفقاً لتلك المواد التي تعطيه الحق في مراجعة أهله، يجب أن يكون هناك قانون خاص لهذا النوع من الحكم.

٤-نوصي المشرع العراقي أن يراجع في المواد المتعلقة بنوع الفرقة بين الزوجين؛ لأنها تسبب الضرر لهما. للأسباب الآتية:

أ-إذا جعلنا الفرقة طلاقاً بائناً أو فسخاً فإن رجوع الغائب ورغبته بإرجاع زوجته يحتاج إلى مهر وعقد جديد، والقول بجعلها طلاقاً رجعياً لا يوجب ذلك.

ب-إن الزوجة قد تضررت بسبب هذا الغياب، فإذا جعلنا الفرقة طلاقاً بائناً ببينونة صغرى أو فسخاً وتوفي عنها زوجها خلال فترة العدة فلا يجعلها تغنم بالميراث، لانقطاع سببه، وإذا جعلنا الفرقة طلاقاً رجعياً غنمت بالميراث إذا توفي عنها زوجها في أثناء فترة العدة.

٥-نوصي المشرع العراقي عدم حصر ممارسة القمار في بيت الزوجية، والأجدر أن يكون النص مطلقاً بممارسة القمار في أي مكان كان لما يسببه هذا الفعل من أذى حقيقي يلحق بمن يمارسه وبأفراد أسرته لذا نوصي بتعديل هذا النص وعدم حصر فعل ممارسة القمار في بيت الزوجية كسبب من أسباب التفريق القضائي.

ثانياً: أهم التوصيات لمحافظة دهوك للحد من ظاهرة التفريق بين الزوجين ما يلي:

١-على الحكومة، والجهات المختصة، أن تراعي قضية الطلاق بجدية من ناحية إستقصاء أسبابها الحقيقية، ووضع برامج للمعالجة، ويبدوا إن أول طرق العلاج، البحث عن مخرج لأزمة الإسكان في إقليم كردستان، التي ربما تحد من الظاهرة. وتنشط المنظمات المعنية بالأسرة، والمرأة في محاولة للبحث عن أسباب للظاهرة، وعلاجها.

٢-تقديم الدعم الكامل للباحث الإجتماعي لما لهُ من دور واسع في دعاوى التفريق القضائي من خلال تهيئة المكان المناسب لعمل الباحث الإجتماعي وزيادة كادر الباحث الإجتماعي في محاكم الأحوال الشخصية ومنحه الوقت المناسب لنظر الحالة المعروضة عليه من أجل تمكين الباحث من القيام بدوره الصحيح في دراسة الحالة المعروضة أمامه وتشخيص المشكلة بين الطرفين من أجل وضع الحلول الملائمة لحل هذه المشكلة وتقريب وجهات نظر طرفي النزاع ومحاولة لم شمل العائلة قبل أن تتوسع المشاكل بين الزوجين.

٣-نوصي المنظمات المعنية بحقوق المرأة أن تقوم بدور فعال للحد من ظاهرة الطلاق وذلك من خلال ندوات إجتماعية للنساء عامة عبر وسائل الإعلام وغيرها من الوسائل وتقديم محاضرات عن الحقوق الزوجية وحقوق العائلة وتربية الأطفال، وحق الزوج منا على زوجته.

٤-التوعية بأسس الأختيار الصحيحة أمر لازم لسلامة الأسرة من التصدع، ومعرفة الزوج للزوجة، ونظر كل منهما للآخر أمر ندب إليه الشرع.

٥-العمل على أستحداث مادة دراسية أو جزء من مادة للتوعية بكل ما يتصل بالحياة الزوجية، مثل: حسن أختيار الشريك أو الشريكة، وواجبات الزوج والزوجة، ومعالجات الشرع عند الخلاف، حكمة مشروعية الطلاق وأحكامه، وذلك في مراحل التعليم بداية من المرحلة الإعدادية وحتى الجامعية.

٦-إقامة دورات للشباب من الجنسين يقوم بها أهل الإختصاص لتوعية الشباب وتثقيفه قبل الزواج، وإعدادهم لتحمل مسؤوليات الزواج وتبعاته، وتربية الأولاد، ومعاملة الزوجين. ويقوم العلماء في هذه الدورات بإيقاظ الحس الديني لديهم، وتذكيرهم أن كل هذه الأمور مسؤوليات إلهية يحاسب عليها الطرفان، فيثابون أو يعاقبون.

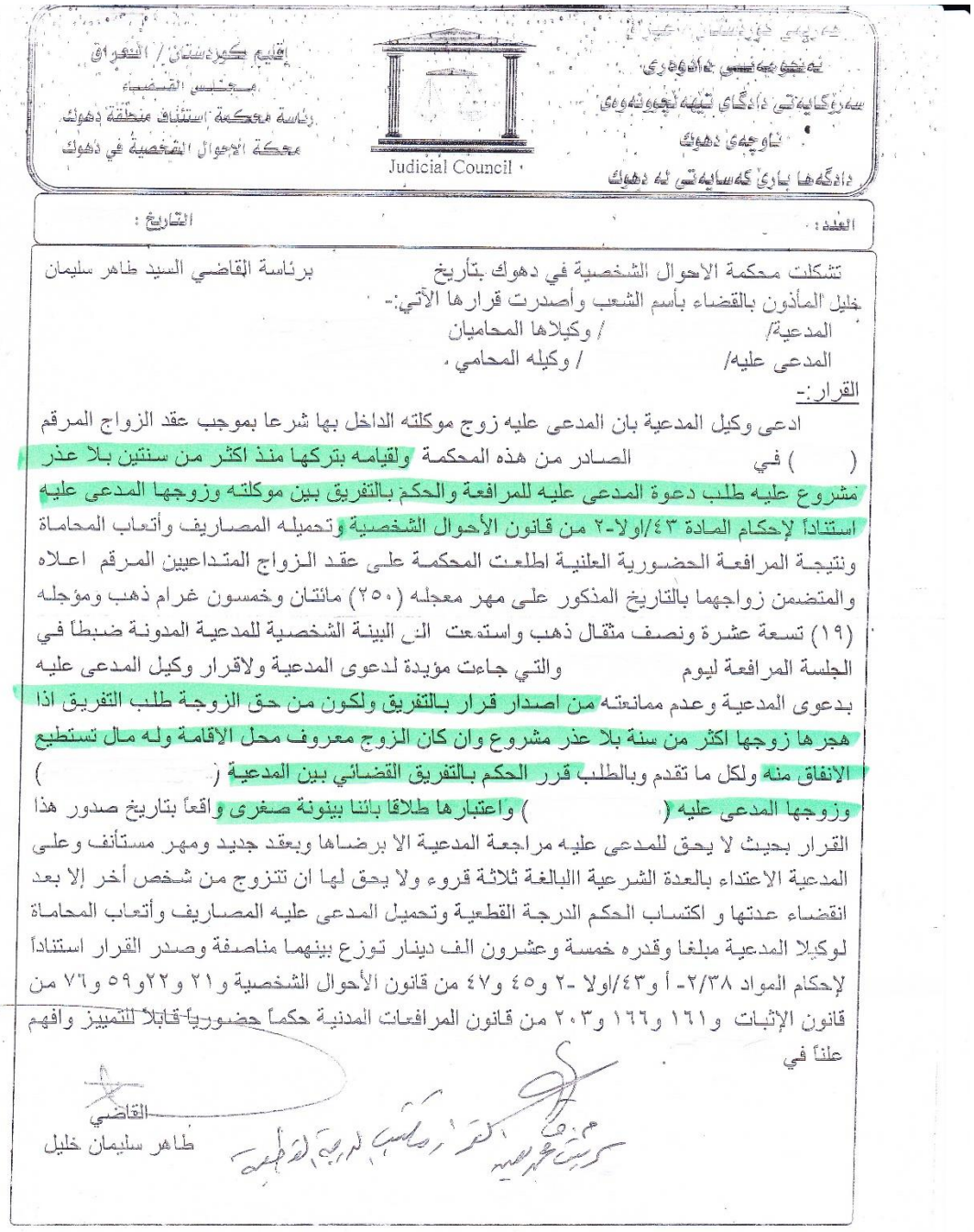
٧-إشتمال خطب الجمعة على العناية بالحياة الزوجية، وحض الزوج على الإحسان لأهله، والزوجة على طاعة زوجها مع التذكير بأن الطلاق شرع حلا لمن ليس له حل سواه، وأنه قد يكون في بعض الأحيان حراماً.

٨-على وسائل الإعلام الأهتمام بالبرامج التي تعنى بالشؤون الأسرية، وأن تستقطب الإذاعة، وكذا التلفزيون أهل الإختصاص ليقدموا للمتزوجين النصح لإقامة حياتهم الأسرية على التقوى والتعاون وحسن المودة، الأمر الذي يبعد شبح الطلاق.

الملاحق:

صور نماذج القرارات الحاسمة في التفريق بين الزوجين في محافظة دهوك.

١-



إقليم كوردستان / العراق
مجلس القضاء
رئاسة محكمة استئناف منطقة دهوك
محكمة الاحوال الشخصية في دهوك

Judicial Council

العدد : التاريخ :

تشكلت محكمة الاحوال الشخصية في دهوك بتأريخ برئاسة القاضي السيد طاهر سليمان خليل المأذون بالقضاء بأسم الشعب وأصدرت قرارها الآتي:-

المدعية/ / وكيلاها المحاميان

المدعى عليه/ / وكيله المحامي ،

القرار:-

ادعى وكيل المدعية بان المدعى عليه زوج موكلته الداخل بها شرعا بموجب عقد الزواج المرقم ( ) في الصادر من هذه المحكمة ولقيامه بتركها منذ اكثر من سنتين بلا عذر مشروع عليه طلب دعوة المدعى عليه للمرافعة والحكم بالتفريق بين موكلته وزوجها المدعى عليه استناداً لإحكام المادة ٤٣/اولا-٢ من قانون الأحوال الشخصية وتحميله المصاريف وأتعاب المحاماة ونتيجة المرافعة الحضورية العلنية اطلعت المحكمة على عقد الزواج المتداعيين المرقم اعلاه والمتضمن زواجهما بالتاريخ المذكور على مهر معجله (٢٥٠) مائتان وخمسون غرام ذهب ومؤجله (١٩) تسعة عشرة ونصف مثقال ذهب واستدعت الى البينة الشخصية للمدعية المدونة ضبطاً في الجلسة المرافعة ليوم والتي جاءت مؤيدة لدعوى المدعية ولاقرار وكيل المدعى عليه بدعوى المدعية وعدم ممانعته من اصدار قرار بالتفريق ولكون من حق الزوجة طلب التفريق اذا هجرها زوجها اكثر من سنة بلا عذر مشروع وان كان الزوج معروف محل الاقامة وله مال تستطيع الانفاق منه ولكل ما تقدم وبالطلب قرر الحكم بالتفريق القضائي بين المدعية ( ) وزوجها المدعى عليه ( ) واعتبارها طلاقا بائنا ببينونة صغرى واقعاً بتاريخ صدور هذا القرار بحيث لا يحق للمدعى عليه مراجعة المدعية الا برضاها وبعقد جديد ومهر مستأنف وعلى المدعية الاعتداء بالعدة الشرعية البالغة ثلاثة قروء ولا يحق لها ان تتزوج من شخص أخر إلا بعد انقضاء عدتها و اكتساب الحكم الدرجة القطعية وتحميل المدعى عليه المصاريف وأتعاب المحاماة لوكيلا المدعية مبلغا وقدره خمسة وعشرون الف دينار توزع بينهما مناصفة وصدر القرار استناداً لإحكام المواد ٢/٣٨- أ و٤٣/اولا -٢ و٤٥ و٤٧ من قانون الأحوال الشخصية و٢١ و٢٢و٥٩ و٧٦ من قانون الإثبات و١٦١ و١٦٦ و٢٠٣ من قانون المرافعات المدنية حكماً حضورياً قابلاً للتمييز وافهم علناً في

القاضي

طاهر سليمان خليل

هەرێمی کوردستان / عێراق
ئەنجومەنی دادوەری
سەرۆکایەتی دادگای تێهەڵچوونەوەی
ناوچەی دهوك
دادگەها بارێ کەسایەتی لە دهوك

Judicial Council

إقليم كوردستان / العراق
مجلس القضاء
رئاسة محكمة استئناف منطقة دهوك
محكمة الأحوال الشخصية في دهوك

العدد:

التاريخ

تشكلت محكمة الأحوال الشخصية في دهوك بتأريخ برئاسة القاضي السيد طاهر سليمان خليل المأذون بالقضاء بأسم الشعب وأصدرت قرارها الآتي:-

المدعية/ / وكيلها المحامي

المدعى عليه/ / وكيله المحامي

القرار:-

ادعت المدعية بواسطة وكيلها بان المدعى عليه زوج موكلها الداخل بها شرعاً بموجب عقد زواج المرقم ( ) في الصادر من هذه المحكمة ولوجود خلافات بينهما وتركه المدعية منذ اكثر من عشر سنوات بحيث يتعذر معه الاستمرار بالحياة الزوجية، لذا طلبت دعوته للمرافعة ومن ثم الحكم بالتفريق بينهما وتحميله المصاريف واتعاب المحاماة. وللمرافعة الحضورية العلنية اطلعت المحكمة على مستند عقد زواج المتداعيين المرقم اعلاه و المتضمن زواجهما على مهر معجله (٢٠٠٠) الفين دينار عراقي ومؤخره (١٩.٥) تسعة عشرة ونصف مثقال ذهب، كلفت المحكمة وكيل المدعية بحصر دعواه بواقعة الترك او الخلاف ولحصره الدعوى بواقعة الترك استمعت المحكمة الى البينة الشخصية للمدعية المدونة ضبطا في جلسة المرافعة ليوم والمؤيدة لدعوى المدعية وحيث ان للزوجة حق طلب التفريق اذا هجرها زوجها مدة سنة فأكثر بلا عذر مشروع استنادا لاحكام المادة ٤٣/اولا-٢ من قانون الاحوال الشخصية حتى وان كان للزوج مال يمكن للزوجة الانفاق منه، ولاقرار وكيل المدعى عليه بدعوى المدعية وطلبه اتخاذ الايجاب القانوني وبعد ان تأكدت المحكمة كون المدعية في حالة طهر ومن ذوات الحيض المنتظم وليست بحامل ولثبوت دعواها بالاقرار والبينة الشخصية عليه ولما تقدم وبالطلب قررت المحكمة الحكم بالتفريق بين المدعية ( )والمدعى عليه(زوجها)( ) واعتبار هذا التفريق طلاقا بائنا بينونة صغرى بحيث لا يحل احدهما للاخر الا بعقد جديد ومهر مستأنف وعلى المدعية الالتزام بعدتها الشرعية البالغة ثلاثة قروء اعتباراً من تاريخ الحكم . وليس لها الزواج من رجل اخر الا بعد انقضاء عدتها الشرعية و اكتساب قرار الحكم درجة القطعية وتحميل المدعى عليه المصاريف القضائية واتعاب المحاماة لوكيل المدعية مبلغا قدره (٢٠٠٠٠) عشرون الف دينار وصدر القرار استناداً لإحكام المواد (٤٣/اولا-٢و٤٧و٤٨) أحوال الشخصية و(١٦١و١٦٦و١٦٩) مرافعات مدنية و(٢٢و٥٩و٧٦) إثبات و(٣٥) من قانون المحاماة حكماً حضوريا مكتسبا الدرجة القطعية لتنازل الطرفان عن طرق الطعن التمييزي وافهم علنا في

القاضي
طاهر سليمان خليل

القرار اكتسب الدرجة القطعية

معاون القاضي
هەڤيم فائق حمدي

هەرێمی کوردستان / عێراق
ئەنجومەنی دادوەری
سەرۆکایەتی دادگای تێهەڵچوونەوەی
ناوچەی دهوك
دادگەها باریّ کەسایەتی لە دهوك

Judicial Council

إقليم كوردستان / العراق
مجلس القضاء
رئاسة محكمة استئناف منطقة دهوك
محكمة الأحوال الشخصية في دهوك

العدد :

التاريخ :

تشكلت محكمة الأحوال الشخصية في دهوك بتأريخ برئاسة القاضي السيد جاسم محمد مصطفى المأذون بالقضاء بأسم الشعب وأصدرت قرارها الآتي:-

المدعية/ / وكيلاها المحاميان

المدعى عليه/ / وكيله المحامي

القرار:-

ادعت المدعية بواسطة وكيلاها بان المدعى عليه زوجها الداخل بها شرعا وانه قد تركها اكثر من اربع سنوات وبدون عذر مشروع عليه طلبت دعوته للمرافعة وعنها الحكم بالتفريق بينهما استنادا لاحكام المادة ٤٣ من قانون الاحوال الشخصية وتحميله المصاريف واتعاب المحاماة. وللمرافعة الحضورية العلنية اطلعت المحكمة على عقد زواج المتداعيين المرقم ( ) في الصادر من هذه المحكمة والمتضمن زواجهما على مهر معجل قدره (١٠.٠٠٠) عشرة الاف دينار عراقي ومؤجله (٣٤٠) ثلاثمائة واربعون غرام ذهب ولاستماع المحكمة الى البينة الشخصية للمدعية والمدونة ضبطا في جلسة المرافعة ليوم والمؤيدة لادعاء المدعية ولاقرار وكيل المدعى عليه بدعوى المدعية جملة وتفصيلا وبعدم ممانعة موكله من الاستجابة لطلب المدعية في جلسة المرافعة ليوم ولإصرار المدعية على دعواها ولكون من حق الزوجة طلب التفريق اذا هجرها زوجها مدة سنة فأكثر بلا عذر مشروع وان كان الزوج معروف محل الاقامة وله مال تستطيع الانفاق منه ولثبوت الدعوى عليه قررت المحكمة وبالطلب الحكم بالتفريق بين المدعية ( ) والمدعى عليه ( ) واعتبارها طلاقا بائنا بينونة صغرى اعتبارا من تاريخ صدور هذا القرار في بحيث لا يحق للمدعى عليه مراجعة المدعية الا برضاها وبعقد جديد ومهر مستأنف وعلى المدعية الالتزام بعدتها الشرعية البالغة (ثلاثة قروء) وان لا تتزوج من شخص آخر الا بعد اكتساب الحكم الدرجة القطعية وانقضاء عدتها وتحميل المدعى عليه المصاريف واتعاب المحاماة لوكيل المدعية مبلغا وقدره خمسة وعشرون الف دينار وصدر القرار استنادا للمواد ٤٣و٤٥و٤٧و٤٨و٤٩ من قانون احوال الشخصية و٢٢و٥٩و٧٦ اثبات و١٦١و١٦٦و٢٠٣مرافعات و٣٥ محاماة حكما حضوريا قابلا للتمييز وافهم علنا في

القاضي
جاسم محمد مصطفى

إقليم كوردستان / العراق
مجلس القضاء
رئاسة محكمة استئناف منطقة دهوك
محكمة الاحوال الشخصية في دهوك

Judicial council

هەرێمی کوردستان / عێراق
ئەنجومەنی دادوەری
سەرۆکایەتی دادگای تیهەڵچوونەوەی ناوچەی دهۆک
دادگای باری کەسایەتی لە دهۆک

العدد: / /
التاريخ: / /
٢٧ك / /

تشكلت محكمة الاحوال الشخصية في دهوك بتاريخ: / /
برئاسة الحاكم السيد: حسين صالح ابراهيم المأذون بالقضاء باسم الشعب وأصدرت قرارها الاتي:-

المدعية/ وكيلها المحامي
المدعى عليه/ دهوك

القرار: لأدعاء وكيل المدعية بأن المدعى عليه هو زوج موكلته غير الداخل بها شرعاً بموجب عقد الزواج المرقم في / / والذي لم يطلبها للزفاف لحد الآن ولم يبدي أستعداده لهذا الغرض. وطلب دعوته للمرافعة والحكم بالتفريق بينهما استناداً للمادة ٤٣/ ثالثاً أحوال شخصية وتحميله المصاريف واتعاب المحاماة. وبنتيجة المرافعة العلنية بحضور المدعية بعد تبليغه اعلاناً في صحيفتين محليتين هما صحيفة ئ.ق.ر بالعدد في / / اعلان وصحيفة و.ر بالعدد في / / اعلان، والملاحق على عقد زواج المدعين المشار اليه اعلاه، والبينة الشخصية المقامة بجلسة المرافعة اليوم / / اعلان المؤيدة للأدعاء، وثبوت عدم طلب المدعى عليه لزوجته المدعية غير الموصوفة بها للزفاف خلال المدة القانونية بالبينة الشخصية المشار اليها عليه ولما تقدم قررت المحكمة الحكم بالتفريق بين المدعين اعلاه قبل الدخول واعتباره طلاقه بائنة بينونة صغرى لكرة زوجي بحيث لا تحل المدعية للمدعى عليه المرتجعة بعقد ومهر جديدين ولا عدة على المدعية لعدم الدخول بها ويجوز لها الزواج بآخر بعد اكتساب القرار الدرجة القطعية، وتحميل المدعى عليه المصاريف واتعاب محاماة وكيل المدعية

يتبع القرار ظهر الورقة.

تابع القرار الحكم

مبلغ عشرون الف دينار . وصدر القرار استناداً لأحكام المواد ٤٣/أولاً/٣ و٤٥ أحوال شخصية و١٤ و٢٢ و٧٦ و٧٨ أثبات و١٦١ و١٦٦ مرافعات مدنية و٣٥ محاماة ، حكماً غيابياً بحضور المدعى عليه قابلاً للاعتراض والتمييز وافهم علناً في ١٢/ /٢٠١٢م

القاضي
حسين صالح ابراهيم
Husseen.S. Ibraheem

إقليم كوردستان / العراق
مجلس القضاء
رئاسة محكمة استئناف منطقة دهوك
محكمة الاحوال الشخصية في دهوك

Judicial council

هەرێمی کوردستان / عێراق
ئەنجومەنی دادوەری
سەرۆکایەتی دادگای تیهەڵچوونەوەی ناوچەی دهۆک
دادگای باری کەسایەتی لە دهۆک

العدد: / / ص ١ التاريخ: / / م / / ٢٠١٧ك

تشكلت محكمة الاحوال الشخصية في دهوك بتاريخ:

برئاسة الحاكم السيد: حسين صالح ابراهيم المأذون بالقضاء باسم الشعب وأصدرت قرارها الاتي:-

المدعية / وكيلها المحامية [illegible]

المدعى عليه / محكوم موقوف في مديرية امن الكبانى دهوك

القرار:- لدى دعاوى وكيلة المدعية بأن المدعى عليه هو زوج موكلتها الداخل بها شرعاً بموجب عقد الزواج المرقم في / / الصادر من محكمة الأحوال الشخصية في [illegible]، ونظراً لصدور حكم على المدعى عليه من محكمة جنايات دهوك بتاريخ بعقوبة مقيدة للحرية بالسجن المؤبد وفق المادة ٤٠٦ عقوبات وصدق على تنفيذ الحكم لمدة سنة... لذا طلبا وعوة المدعى عليه للمرافعة والحكم بالتفريق بينهما أستناداً للمادة ٤٣/ أولاً / ١ أحوال شخصية المعدل وتحميل المدعى عليه أتعاب المحاماة. وبنتيجة المرافعة الحضورية العلنية، والاطلاع على عقد زواج المتداعيين المشار اليه أعلاه، وقرار الحكم المرقم / / هـ / / الصادر من محكمة جنايات دهوك المتضمن الحكم على المدان بالسجن المؤبد وفق احكام المادة ٤٠٦/ ١/ ز عقوبات والمكتسب الدرجة القطعية، وأقرار المدعى عليه بالزوجية والدخول والبنوة وبكونه محكوماً بالسجن المؤبد وصدق على تنفيذ الحكم لمدة اكثر من سنتين عملاً بحكم المادة ٤٠٦ ج منع وأنه يرفض التفريق، وأقرار المتداعيين بعدم وقوع الطلاق بينهما، وأقرار المدعية بأنها بحالة طهر وغير حامل وبعد دراسة الملف المنظم، وتقرير البحث الاجتماعي المؤرخ في / / المتضمن أصرار المدعية على التفريق، ولسؤال المدعية عن مهرها المؤجل والنفقة الماضية ونفقة العدة)، وحيث أن سبب الدعوى القانونية التي تبرر للزوجة طلب

يتبع

تابع القرار

التفريق القضائي (إذا حكم على زوج بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر وحقق سنة على التنفيذ) (المادة ٤٣/أولاً/١ أحوال شخصية المعدل) ولتوافر الشروط القانونية التي تشملها المادة المذكورة في دعوى المدعية، وحيث إن هذا الحكم ثابت للزوجة قانوناً لأن مدة الحكم بالعقوبة هي مدة طويلة تطول لحين غيبة الزوج عنها، ولما كان ثابت تضرر الزوجة المدعية من هذه العقوبة والغيبة، وبما أن المادة ٤٣/أولاً/١ أحوال شخصية قد اعتبرت حبس الزوج مدة ثلاث سنوات فأكثر ضرراً في حد ذاته يجوز معه للزوجة طلب التفريق، ونظراً لصدور حكم جزائي بات بحق المدعى عليه وكل ما تقدم قررت المحكمة الحكم بالتفريق بين المدعية « ومدعى عليه » بتاريخ ٥/١١/٢٠١٤ واعتباره طلاقاً بائناً بينونة صغرى للمرة الأولى بحيث لا تحل المدعية للمدعى عليه إلا بعقد وصداق جديدين وعلى المدعية ألتزام العدة الشرعية لثلاثة قروء واعتباراً من تاريخ الحكم في ٥/١١/٢٠١٤ وليس لها الزواج بآخر إلا بعد انتهاء العدة وإكتساب القرار الدرجة القطعية، وتحمل المدعى عليه المصاريف واتعاب محاماة وكيل المدعية مبلغ عشرة آلاف دينار مناصفة بينهما. وصدر القرار وفقه حواد ٤٣/أولاً/١ و٤٥ أحوال شخصية و١٤ و٥٩ أثبات و١٦١ و١٦٦ مرافعات مدنية و٣٥ محاماة، حكماً حضورياً بحق المدعية قابلاً للتمييز وافهم علناً في ٥/١١/٢٠١٤.

القاضي
حسين صالح إبراهيم
Husseen S. Ibraheem

الكاتب المدعية الحاضرة

المتعاون القضائي

العدد :

تشكلت محكمة الأحوال الشخصية في دهوك بتأريخ برئاسة القاضي السيد جاسم محمد مصطفى المأذون بالقضاء بأسم الشعب وأصدرت قرارها الآتي:-

المدعية/

المدعى عليه/

القرار:-

لادعاء المدعية بان المدعى عليه زوجها الداخل بها شرعا ولهما من الفراش الزوجية طفلين ( ) ولكون المدعى عليه محكوم عليه لمدة تزيد عن ثلاث سنوات عليه طلبت دعوته للمرافعة وعنها الحكم بالتفريق بينهما استنادا لاحكام المادة ٤٣/اولا من قانون الاحوال الشخصية وللمرافعة الحضورية العلنية ولاقرار المدعى عليه بالزوجية والدخول وبنوة الاطفال وبمدة محكوميته والبالغة اكثر من ثلاث سنوات وبانقضائه حوالي سنتين منها في الحبس وعدم رغبته بالتفريق من المدعية واطلعت المحكمة على عقد زواج المتداعيين المرقم في الصادر من هذه المحكمة والمتضمن زواجهما على مهر معجله (١٠٠٠٠٤٠) مليون دينار ومؤجله (١٩.٥) تسعة عشرة ونصف مثقال ذهب كما اطلعت المحكمة على عدد من القرارات الصادرة من محكمة جنح دهوك والتي ادين فيها المدعى عليه منها القرار المرقم ( ) في /٢٠١١ وفيها تم الحكم عليه لمدة سنة، وكذلك القرار المرقم في ٢٠١٢/٣/١٨ وفيها تم الحكم عليه لمدة عشرة اشهر والقرار المرقم في ٢٠١٢/٦/٢٦ وفيها تم الحكم عليه لمدة ثمانية اشهر وكذلك القرار المرقم ٢٠١١ في ٢٠١١/١١/٣ والمتضمن الحكم عليه بالحبس البسيط لمدة ستة اشهر، كما اطلعت المحكمة على تقرير الباحث الاجتماعي المرقم في والمتضمن عدم تمكنه من التوصل الى نتيجة مرضية بين الطرفين وذلك لاصرار المدعية على التفريق ولكون مدة محكوميته اكثر من ثلاث سنوات وحيث ان من حق الزوجة طلب التفريق اذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر بعد مضي سنة على التنفيذ عليه قررت المحكمة الحكم بالتفريق بين المدعية ( ) والمدعى عليه ( ) واعتبار هذا التفريق طلاقا بائنا بينونة صغرى بحيث لا تحل المدعية للمدعى عليه الا بعقد جديد ومهر مستأنف وعلى المدعية الالتزام بالعدة الشرعية البالغة ثلاثة قروء وليس لها الزواج من رجل اخر الا بعد انتهاء عدتها واكتساب قرار الحكم الدرجة القطعية وصدر القرار استنادا لاحكام المواد (٢٢و٥٩) اثبات و(١٦١و١٦٦و٢٠٣) مرافعات و(٤٣/اولا) احوال شخصية حكما حضوريا قابلا للتمييز وافهم علنا في

القاضي
جاسم محمد مصطفى

هەرێمی کوردستان / عێراق
ئەنجومەنی دادوەری
سەرۆکایەتی دادگای تێهەڵچوونەوەی
ناوچەی دهوك
دادگەها یاریّ کەسایەتی لە دهوك

Judicial Council

إقليم كوردستان / العراق
مجلس القضاء
رئاسة محكمة استئناف منطقة دهوك
محكمة الاحوال الشخصية في دهوك

العدد :

التاريخ : .

تشكلت محكمة الأحوال الشخصية في دهوك بتأريخ برئاسة القاضي السيد جاسم محمد مصطفى المأذون بالقضاء بأسم الشعب وأصدرت قرارها الآتي:-

المدعية/ / وكلائها المحاميان و و

المدعى عليه/ / وكيلاه المحاميان و

القرار:-

ادعت المدعية بواسطة وكلائها بأن المدعى عليه زوجها الداخل بها شرعاً وقد تركها بلا نفقة او منفق شرعي منذ تاريخ تركها في لذا طلبت دعوته للمرافعة والحكم بإلزامه بتأديته لها نفقتها الماضية والمستمرة. وللمرافعة الحضورية العلنية قررت المحكمة فرض نفقة مؤقتة للمدعية قدره (١٠٠) مائة الف دينار عملا باحكام المادة ٣١ من قانون الاحوال الشخصية تابعا لنتيجة الحكم من حيث احتسابه ورده ولاطلاع المحكمة على عقد زواج المتداعيين المرقم ( ) في / /٢٠١٢ الصادر محكمة الاحوال الشخصية في سميل والمتضمن زواج المتداعيين على مهر معجله (١٥٠) مائة وخمسون غرام ذهب عيار ٢١ مقبوض ومؤجله (١٩) تسعة عشرة مثقال ذهب عيار ٢١ غير مقبوض ولاقرار المدعى عليه بالزوجية والدخول وعدم الانجاب وللبينة الشخصية للمدعية والمدونة ضبطا في جلسة المرافعة ليوم والمؤيدة للادعاء وقد انتخبت المحكمة خبير قضائي محلف لتقدير النفقة الماضية والمستمرة للمدعية والذي قدم تقريره المؤرخ في . . ولعدم اعتراض الطرفين على المبلغ المقدر من قبل الخبير ولما كانت نفقة الزوجة تجب على زوجها من حين العقد الصحيح ولو كانت مقيمة في بيت اهلها الا اذا طلبها الزوج بالانتقال الى بيته فأمتنعت بغير حق وان نفقة الزوجة الغير الناشز دينا في ذمة الزوج من وقت امتناعه الانفاق عليها، ولما تقدم ولثبوت الدعوى وبالطلب قررت المحكمة الحكم:١- بالزام المدعى عليه / بتأديته للمدعية (سليمان) مبلغا قدره (٦٠.٠٠٠) ستون الف دينار كنفقة ماضية لها للفترة من ولغاية تاريخ اقامة الدعوى في وهو عن نفقة (١٨)يوما وكذلك الحكم لها بنفقة مستمرة بمعدل (١٠٠.٠٠٠) مائة الف دينار شهريا اعتبارا من تاريخ اقامة الدعوى في بعد خصم ما دفعه المدعى عليه من نفقة مؤقتة والمقدرة من قبل هذه المحكمة في جلسة والبالغة (١٠٠) مائة الف دينار عراقي شهريا وتحميل المدعى عليه المصاريف واتعاب المحاماة لوكلاء المدعية مبلغا قدره ثلاثون الف دينار يوزع بينهما مناصفة وصدر القرار استنادا لاحكام المواد و(٢٢و٥٩ و٧٦و١٤٠) اثبات و(١٦١و١٦٦و٢٠٣) مرافعات المدنية و ٣٥ محاماة المعدل و (٢٣و٢٤) قانون احوال شخصية و٣٥ محاماة، حكما حضوريا قابلا للتمييز وافهم علنا في

القاضي
جاسم محمد مصطفى

-٨

إقليم كوردستان / العراق
مجلس القضاء
رئاسة محكمة استئناف منطقة دهوك
محكمة الاحوال الشخصية في دهوك

هەریمی کوردستان / عیراق
ئەنجومەنی دادوەری
سەرۆکایەتی دادگای تایبەتچوونەوەی
ناوچەی دهوك
دادگەها بارێ کەسایەتی لە دهوك

العدد :

التاريخ :

تشكلت محكمة الأحوال الشخصية في دهوك بتأريخ / برئاسة القاضي السيد جاسم محمد مصطفى المأذون بالقضاء بأسم الشعب وأصدرت قرارها الآتي:-

المدعية/ / وكيلاها المحاميان

و

المدعى عليه/ / وكلاءه المحامون كل من

و و

القرار:-

أدعى وكيلا المدعية بأن المدعى عليه هو زوج موكلتهم الداخل بها شرعاً وانه ممتنع عن الانفاق عليها منذ حوالي ثلاثة اشهر عليه طلبا دعوة المدعى عليه للمرافعة والحكم بإلزامه بدفع النفقة الماضية والمستمرة للمدعية. وللمرافعة الحضورية العلنية ولاطلاع المحكمة على مستند عقد زواج المتداعيين المرقم في /-/٢٠١٢ الصادر من هذه المحكمة ولاقرار المدعى عليه بدعوى المدعية وعدم ممانعته من دفع نفقتها الماضية والمستمرة وللاتفاق الحاصل بين المتداعيين حول اجمالي النفقة الماضية والمستمرة في جلسة هذا اليوم ولكون نفقة كل انسان من ماله الا الزوجة فنفقتها على زوجها من حين العقد الصحيح ولما تقدم قررت المحكمة وبالطلب الحكم بالزام المدعى عليه بدفع مبلغ قدره (٢٠٠.٠٠٠) مائتي الف دينار عن اجمالي النفقة الماضية للمدعية ( ) للفترة من / /٢٠١٢ ولغاية اقامة هذه الدعوى وكذلك الزامه بدفع مبلغ قدره (١٠٠.٠٠٠) مائة الف دينار كنفقة شهرية للمدعية اعتبارا من تاريخ اقامة هذه الدعوى في وتحميل المدعى عليه المصاريف واتعاب المحاماة لوكيلا المدعية المحاميان

و

مبلغا قدره عشرون الف دينار توزع بينهم مناصفة وصدر القرار استنادا لاحكام المواد (٢٣و٢٤) احوال شخصية و(٢٢و٥٩) اثبات و(١٦١و١٦٦و٢٠٣) مرافعات و ٣٥ محاماة حكما حضوريا قابلا للتمييز وافهم علنا في

القاضي
جاسم محمد مصطفى

هەرێمی کوردستان / عێراق
ئەنجومەنی دادوەری
سەرۆکایەتی دادگای تێهەڵچوونەوەی ناوچەی دهۆک
دادگای باری کەسایەتی لە دهۆک

Judicial council

إقليم كوردستان / العراق
مجلس القضاء
رئاسة محكمة استئناف منطقة دهوك
محكمة الاحوال الشخصية في دهوك

العدد: / / ص ا التاريخ: / / ٢٠٢٢ / /

تشكلت محكمة الاحوال الشخصية في دهوك بتاريخ: / /
برئاسة الحاكم السيد: هـ ـيثم صالح ابراهيم المأذون بالقضاء باسم الشعب وأصدرت قرارها الاتي:-

المدعية / وكيلها المحامي /
المدعى عليه / وكيله المحامي /

القرار: لدى الادعاء المدعية بانه المدعى عليه زوجها الداخل بها شرعاً ولها منه بنت واحدة وانه لا يقدم لها وابنتها أية مصاريف ... وتقدم بطلب انشاء البيت والطرد وهامة الدار... لذا طلبت دعوتة للمرافعة والحكم بالتفريق بينهما. وبنتيجة المرافعة الحضورية العلنية والاطلاع على عقد زواج المدعية المؤرخ في / / الصادر من محكمة الاحوال الشخصية في ، ولرؤية تقادم المدعين بالذات على ايقاع الطلاق الخلعي بينهما قابل تنازل المدعية عن مهرها المؤجل والنفقة الماضية ونفقة العدة ولبسها قلب الدعوى الى طلب التفريق للضرر الى طلب ايقاع الطلاق الخلعي وذلك بجلسة / / ، ولرؤية المدعى عليه بالزوجية والدخول والبنوة وان لا مانع من ايقاع الطلاق الخلعي على التنازل المذكور اعلاه، وتقرير البحث الاجتماعي المؤرخ في / / ، ولرؤية الطرفين بعدم وقوع الطلاق بينهما، قررت المحكمة النصح والارشاد للمدعية للعدول عن الطلاق فأصرت على ايقاع الطلاق الخلعي بينهما، ولرؤية المدعية بأنها بحالة طهر وغير حامل وسبق وان اجريت لها الجبائر المنظم، ولتلفظ المدعية بصيغة الخلع امام المحكمة بجلسة ، ولما تقدم قررت المحكمة الحكم بايقاع الطلاق الخلعي بين المدعية اعلاه بتاريخ واعتباره طلاقاً بائناً بينونة صغرى للمرة الاولى بحيث لا تحل المدعية للمدعى عليه الا بعقد ومهر جديدين وعلى المدعية التزام العدة الشرعية ثلاثة قروء اعتباراً من تاريخ الحكم حضورياً قابلاً للتمييز والوجه الشرعي

حسين صالح ابراهيم
Husseen S. Ibraheem

إقليم كوردستان / العراق
مجلس القضاء
رئاسة محكمة استئناف منطقة دهوك
محكمة الاحوال الشخصية في دهوك

Judicial council

هەرێمی کوردستان / عێراق
ئەنجومەنی دادوەری
سەرۆکایەتی دادگای تێپەڕبوونەوەی ناوچەی دهۆک
دادگای باری کەسایەتی لە دهۆک

العدد: / / ص ع

التاريخ: / / ٢٠١٧

تابع القرار

وليس لها الزواج بآخر الا بعد انتهاء العدة واكتساب القرار الدرجة القطعية، وتحميل كل طرف المصاريف التي تكبدها لأغراض الدعوى لدى المحكمة، تشبيت اطلاع لايجيلي احد الزوجين كاسباً للدعوى. وصدر القرار استناداً للمواد ٤٦ من أصول محاكمات الأحوال الشخصية و ٤٢ و ٥٩ ثبات و ٥٩/ ١ و ١٦١ و ١٦٦ من إثبات مدنية حكماً حضورياً بحق المرافعة قابلاً للتمييز وافهم علناً في / / ٢٠١٧م

القاضي
حسين صابر إبراهيم
Husseen S. Ibraheem

إقليم كوردستان / العراق
مجلس القضاء
رئاسة محكمة استئناف منطقة دهوك
محكمة الاحوال الشخصية في دهوك

Judicial council

هەرێمی کوردستان / عێراق
ئەنجومەنی دادوەری
سەرۆکایەتی دادگای تێپەڕچوونەوەی ناوچەی دهۆک
دادگای باری کەسایەتی لە دهۆک

العدد: / /
التاريخ: / /
٢٧ك

تشكلت محكمة الاحوال الشخصية في دهوك بتاريخ: / /
برئاسة الحاكم السيد: حيدر صالح ابراهيم المأذون بالقضاء باسم الشعب وأصدرت قرارها الاتي:-

المدعية / وكيلها المحامية
المدعى عليه / وكيله المحامي

القرار :- لدى الدعاء وكيلة المدعية بأن المدعى عليه زوجها الداخل بها شرعاً .. ونظراً للضرر الذي يسببه المدعى عليه لها مما يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية. لذا طلبا دعوته للمرافعة والحكم بالتفريق بينهما للضرر استناداً للمادة (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية، وبنتيجة المرافعة الحضورية العلنية، ولتحديد وكيلة المدعية الضرر بقيام المدعى عليه بضرب المدعية وسبها وشتمها مما يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، وعقد زواج المتداعيين المؤرخ في / / الصادر من محكمة الأحوال الشخصية في ، ولدى قرار وكيل المدعى عليه بالزوجية والدخول وبدعوى المدعية والضرر المدعاة وان لا مانع من ايقاع التفريق، ولأقوال وكيلا الطرفين لعدم وقوع الصلح بينهما بين المتداعيين، عليه ولما تقدم قررت المحكمة الحكم بالتفريق بين المتداعيين اعلاه واعتباره طلاقاً بائناً بينونة صغرى للمرة الأولى بحق المدعية للمدعى عليه الزوج بعقد ومهر جديدين وعليها التزام العدة الشرعية لثلاثة قروء اعتباراً من تاريخ الحكم في ولها الزواج بآخر بعد انتهاء العدة واكتساب القرار الدرجة القطعية، وتحميل المدعى عليه المصاريف واتعاب محاماة وكيلة المدعية مبلغ ثلاثون الف دينار مناصفة بينهما. وصدر القرار وفق المواد ٤٠/١ و٤٥ الأحوال شخصية والمواد ٥٩ أثبات و١٦١ و١٦٦ مرافعات مدنية و٣٥ محاماة، حكماً حضورياً بوجه المدعى عليه قابلاً للتمييز وافهم علناً في

إقليم كوردستان / العراق
مجلس القضاء
رئاسة محكمة استئناف منطقة دهوك
محكمة الاحوال الشخصية في دهوك

Judicial council

هەرێمی کوردستان / عێراق
نەنجومەنی دادوەری
سەرۆکایەتی دادگای تێپەڕبوونەوەی ناوچەی دهۆک
دادگای باری کەسایەتی لە دهۆک

العدد: ٢٠١٧/ /

التاريخ: / /٢٠١٧م
٢٧ك / /

تشكلت محكمة الاحوال الشخصية في دهوك بتاريخ: / /٢٠١٧
برئاسة الحاكم السيد: هيڤي صالح ابراهيم المأذون بالقضاء باسم الشعب وأصدرت قرارها الاتي:-

المدعية / وكيلها المحامي
المدعى عليه / وكيله المحامي

القرار: الادعاء وكيلا المدعية بأن المدعى عليه زوج موكلتهما الداخل بها شرعاً بموجب عقد الزواج المرقم ٩٠/ الصادر من محكمة الاحوال الشخصية في اكشيخان بتاريخ / ٩٠، وان المدعى عليه كان قد طلق خارج المحكمة بتاريخ / ١١٧٠ وتم تصديق الطلاق امام هذه المحكمة الا ان الطرفين تصالحا واستأنفا الحياة الزوجية خلال فترة العدة، وبعد ذلك استمر المدعى عليه في الاعتداء على موكلتهما بالضرب والسب والشتم مما أدى الى الاضرار بها ضرراً يستحيل معه استمرار الحياة الزوجية بينهما. لذا طلبا دعوة المدعى عليه للمرافعة والحكم بالتفريق بينهما للضرر استناداً للمادة ١/٤٠ أحوال شخصية وتحميله المصاريف واتعاب المحاماة. ونتيجة المرافعة الحضورية العلنية، والاطلاع على عقد الزواج المشار اليه اعلاه، وقرار المحكم المرقم / ١١٠ في / ١١٠ الصادر من هذه المحكمة والمكتسب الدرجة القطعية والمتضمن الحكم بثبوت الطلاق الرجعي للمرة الاولى الذي أوقعه المدعى عليه على المدعية بتاريخ ١١٧٠، ولاقرار وكيلة المدعى عليه بالزوجية والدخول وبواقعة الضرر وان الاصلح هو ايقاع التفريق بين الطرفين واقرار المدعية بدعوى المدعية، ولاقرار الطرفين بوقوع طلاق رجعي بينهما وللمرة الاولى، ولاقرار المدعية بأنها بحالة طهر وغير حامل ومن ذوات الحيض المنتظ عليه ولما تقدم قررت المحكمة الحكم بالتفريق بين المتداعيين اعلاه واعتباره طلاقه بائن بينونة صغرى للمرة الثانية بحيث لا تحل المدعية للمدعى عليه الا بعقد

يتبع القرار بظهره كورمة-

تابع لقرار المحكم

/ ١٤٣٦هـ
/ ٢٠١٤م

ومهر جديدين وعليها التزام العدة الشرعية لثلاثة قروء اعتباراً من تاريخ الحكم
في / ١٤٣٦هـ وليس لها الزواج بآخر الا بعد انتهاء العدة والكتابة
القرار الدرجة القطعية، وتحميل المدعى عليه المصاريف واتعاب محاماة وكيل المدعية
مبلغ ثلاثون الف دينار مناصفة بينهما. وصدر القرار استناداً لأحكام
المواد ٤٠/١ و٤٥ أحوال شخصية و١٠٢ و٢٢ و٥٩ إثبات و٢١١ و١٦٦
مرافعات مدنية و٣٥ محاماة، حكماً حضورياً بحق الطرفين قابلاً للتمييز
وافهم علناً في / ١٤٣٦هـ.

القاضي
حسين صالح ابراهيم
Husseen S. Ibraheem

/ ١٤٣٦هـ

القرار مكتسب الدرجة القطعية

المحرون القضائي
بدليو أحمد ملحي

/ ١٤٣٦هـ

هەرێمی کوردستان / عێراق
نەنجومەنی دادوەری
سەرۆکایەتی دادگای تێهەڵچوونەوەی ناوچەی دهۆک
دادگای باری کەسایەتی لە

Judicial council

إقليم كوردستان / العراق
مجلس القضاء
رئاسة محكمة استئناف منطقة دهوك
محكمة الاحوال الشخصية في

العدد: ١ / ١ / محـ١

التاريخ: / / ٢٠١٧م
/ / ٢٧ك

تشكلت محكمة الاحوال الشخصية في: دهوك بتاريخ: / / ٢٠١٧

برئاسة الحاكم السيد: محمود محمد محمود المأذون بالقضاء باسم الشعب وأصدرت قرارها الاتي:-

المدعية :- وكيلها المحامي ريبوار م

المدعى عليه :-

القرار :-

لدى عام المدعية على لسان وكيلها بان المدعى عليه هو زوجها الحاصل بينهما شرعاً وقانوناً وبظرف الاشهر اخذ بها ضرراً يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية لذا طلبت دعوته للمرافعه والحكم بالتفريق بينهما للعذر استناداً لاحكام الفقره (آ) من المادة (٤٠) من قانون الاحوال الشخصية وتحمل المصاريف والاتعاب ، وبشقة المرافعة الحضورية والعلنية اطلعت المحكمة على عقد زواج المتداعين المرقم / الصادر من محكمة / / واستنعت المحكمة الى البينة الشخصية للمدعية المدونة ضبطاً في جلسة / / والتي ابدت فيها الشهود قيام المدعى عليه باساءة معاملة المدعية ضربها واعتدائه عليها بالضرب والاهانة اضافة الى قيامه بجلب الصرقائق الى البيت ومعاشرة لعب القمار ضجة بساعات متأخرة من الليل ومرحانها سباب شتم وقذف واخذ اعراض بين الزوجين وتهديدها في حالة قيامها باخبار احد من اهلها بتصرفاته . ولدفع وكيل المدعية بوجود شكاوى جزائية سجلت بين الطرفين لدى مخفر حالة دهوك

القاضي
محمود محمد محمود
Mahmood M. Mahmood

تميز

تابع القرار

ولغرض اتمام المحكمة تحقيقاتها الاصولية في الدعوى، فقد جلبت الدعوى الكزائية المرقمة ج/١٠٤ والدعوى الكزائية ج/١٠٤ والملحقة لها مركز شرطة حالطا ودققت محتويات تلك الدعاوى وصورضوئيا وتأيد لها صحة اقوال المدعيه وشهادة الشهود المدونة اقوالهم ضمنها صحة قبل السيد قاضي التحقيق المختص ... قياما المدعى عليه بتهديد المدعيه عن طريق الهاتف النقال والاطلاع على تسجيل المكالمات الصوتية التي تم تفريغ محتوياتها بموجب محاضر الضبط المرفقة وصدور امر قبض بحق المتهم فيها وفق المادة الثانية من قانون رقم ٦ لسنة ٢٠٠٨ اتصالات (المدعى عليه في هذه الدعوى)، من كل ذلك فقد ثبت للمحكمة من خلال تلك الوقائع والبينة الشخصية بان ما قام به المدعى عليه يعتبر تصرفاً سيئاً وشيناً للاخلاق والسلوك ومخالفاً للشرع والقانون ويدعو الى الاستهجان والاستنكار ومن شأنه التأثير على سمعة المدعيه بين الناس واقاربها ويعتبر من قبيل الاضرار المعنوي الذي يرقى للضرر الذي يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية ويستوجب فسخ عقد الزوجية، وطالما عجزت الادعاء العام والذي طلبت فيها اتخاذ الاجراءات القانونية، ولثبوت دعوى المدعيه، واستنادا الى ما تقدم وبالطاب قررت المحكمة الحكم بالتعريف

القاضي
محمود محمد محمود
Mahmood M Mahmood

تبع

إقليم كوردستان / العراق
مجلس القضاء
رئاسة محكمة استئناف منطقة دهوك
محكمة

Judicial council

هەرێمی کوردستان / عێراق
ئەنجومەنی دادوەری
سەرۆکایەتی دادگای تێپەڕچوونەوەی ناوچەی دهۆک
دادگای

العدد : / /

التاريخ : / / ٢٠١٧م
/ / ٢٧ك

ص ٢

تابع القرار

بين المدعية ( ) وزوجها المدعى عليه ( )

واعتباره طلاقا بائنا بينونة صغرى للمرة الاولى اعتبارا من تاريخ صدور هذا الحكم بحيث لا يحل له الرجوع اليها بعقد جديد ومهر جديد وموافقتها والزام المدعية بدفع الرسم البالغ قدره (٢٥٠٠) دينار عراقي وعشرة دنانير اجور نشر اعتبارا من تاريخ صدور الحكم في ٢٠١٧/٤/١ وليس لها الزواج من رجل آخر الا بعد انتهاء عدتها وكتاب قرار الحكم الى المديرية العامة لشؤون المدعى عليه الصادر في ٢٠١٧/٤/١ وتحميل المدعى عليه المصاريف واتعاب المحاماة للوكلاء المدعية المبينين

وتاينا

مبلغا مقداره (١٥٠٠) خمسة عشر الف دينار توزع بينهم بالتساوي وصدر القرار استنادا لاحكام المواد (٤٠ و ٤٣ و ٤٤) من قانون الاحوال الشخصية المعدل و (٢٢٥ و ٧٦ و ٥٩) من قانون الاثبات و (١٥ و ١٦٦ و ١٧٧ و ٢٠٤) من قانون المرافعات المدنية و (٢٥) من قانون المحاماة حكما حضوريا قابلا للتمييز بحق المدعية وغيابيا قابلا للاعتراض والتمييز بحق المدعى عليه افهم علنا في ٢٠١٧/٤/١

القاضي
محمود محمد محمود
Mahmood M. Mahmood

المصادر والمراجع

القرآن الكريم

١- ابن السكيت الاهوازي(ت٢٤٤هـ): ١٤١٢هـ، ترتيب اصلاح المنطق، رتبه وقدم له وعلق عليه: الشيخ محمد حسن بكائى، مجمع البحوث الإسلامية إيران-مشهد-ط١.

٢- ابن السكيت؛ أبو يوسف يعقوب بن إسحاق (ت٢٤٤هـ): ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م، إصلاح المنطق، المحقق: محمد مرعب، دار إحياء التراث العربي-بيروت-ط١.

٣- ابن بطال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك (ت ٤٤٩هـ): ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م، شرح صحيح البخارى لابن بطال، تحقيق: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد-السعودية-الرياض-ط٢.

٤- ابن تيمية الحراني؛ تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (ت٧٢٨هـ): ١٤١٨هـ، المستدرك على مجموع فتاوى شيخ الإسلام، طبعه: محمد بن عبد الرحمن بن قاسم، د.ن-ط١.

٥- ابن تيمية الحراني؛ تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني الحنبلي الدمشقي (ت٧٢٨هـ): ١٤٠٨هـ-١٩٨٧م، الفتاوى الكبرى لابن تيمية، دار الكتب العلمية-ط١.

٦- ابن تيمية الحراني؛ تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني (ت ٧٢٨هـ): ١٤١٦هـ-١٩٩٥م، مجموع الفتاوى، المحقق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف-المدينة النبوية-المملكة العربية السعودية-د.ط.

٧- ابن تيمية الحراني؛ تقي الدين أبو العَباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد (ت ٧٢٨هـ): ١٤٢٢هـ، جامع المسائل لابن تيمية، تحقيق: محمد عزير شمس، دار عالم الفوائد-ط١.

٨- ابن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد (ت ٤٥٦هـ): د.ت، المحلى بالآثار، دار الفكر-بيروت-د.ط.

٩- ابن ضويان؛ إبراهيم بن محمد بن سالم (ت١٣٥٣هـ): منار السبيل في شرح الدليل، المحقق: زهير الشاويش، الطبعة: السابعة ١٤٠٩ هـ-١٩٨٩م، الناشر: المكتب الإسلامي.

١٠- ابن عابدين؛ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (ت ١٢٥٢هـ): ١٤١٢هـ -١٩٩٢م، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر-بيروت-ط٢.

١١- ابن عابدين؛ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي (ت١٢٥٢هـ): ١٤١٢هـ-١٩٩٢م، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار الفكر-بيروت-ط٢.

١٢- ابن قدامة المقدسي؛ أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، (ت ٦٢٠هـ): ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، عمدة الفقه، المحقق: أحمد محمد عزوز، المكتبة العصرية-بيروت-د.ط.

١٣- ابن قدامة المقدسي؛ أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي (ت ٦٢٠هـ): ١٣٨٨هـ-١٩٦٨م، المغني لابن قدامة، مكتبة القاهرة-د.ط.

١٤- ابن قيم الجوزية؛ محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين (ت٧٥١هـ): ١٤١٥هـ-١٩٩٤م، زاد المعاد في هدي خير العباد، الطبعة: السابعة والعشرون، مؤسسة الرسالة-بيروت-مكتبة المنار الإسلامية-الكويت-ط٢٧.

١٥- ابن كثير؛ أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي (ت٧٧٤هـ): ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م، تفسير القرآن العظيم، المحقق: سامي بن محمد سلامة، دار طيبة-القاهرة-ط٢.

١٦- ابن منظور الافريقي المصري؛ ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم: ١٤٠٥هـ، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي-بيروت-ط١.

١٧- ابن نجيم المصري؛ زين الدين بن إبراهيم بن محمد (ت٩٧٠هـ): ١٤١٩هـ-١٩٩٩م، الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِيْ حَنِيْفَةَ النُّعْمَانِ، دار الكتب العلمية-بيروت-لبنان-ط١.

١٨- أبو البركات مجد الدين؛ عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد، ابن تيمية الحراني (ت٦٥٢هـ): ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مكتبة المعارف-الرياض-ط٢.

١٩- أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيد المرسي (ت٤٥٨هـ): ١٤١٧هـ-١٩٩٦م، المخصص، المحقق: خليل إبراهيم جفال، دار إحياء التراث العربي-بيروت-ط١.

٢٠- أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيد المرسي (ت٤٥٨هـ): ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م، المحكم والمحيط الأعظم، المحقق: عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية-بيروت-ط١.

٢١- أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا: ١٣٩٩هـ -١٩٧٩م، معجم مقاييس اللغة، المحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر-بيروت-لبنان.

٢٢- أبو الفتح ناصر الدين بن عبد السيدبن علي بن المطرز(ت٦١٠هـ): ١٩٧٩م، المغرب في ترتيب المعرب، تحقيق: محمود فاخوري وعبد الحميد مختار، مكتبة أسامة بن زيد-حلب-ط١.

٢٣- أبو القاسم عبد الله بن الحسين ابن الجلاب البصري، تحسين بن سالم: ١٤٠٨هـ-١٩٨٧م، التفريع، دار الغرب الإسلامي-بيروت-ط١.

٢٤- أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي: د.ت، المختصر النافع في فقه الإمامية، دار الكتاب العربي-مصر.

٢٥- أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي (ت ٤٧٤هـ): ١٣٣٢هـ، المنتقى شرح الموطإ، مطبعة السعادة-بجوار محافظة مصر-ط١.

٢٦- أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيدي اليمني الحنفي (٨٠٠هـ-١٣٩٧م): ١٣٢٢هـ، الجوهرة النيرة، المطبعة الخيرية-ط١.

٢٧- أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي (ت٣٢١هـ): ١٩٨٧م، جمهرة اللغة، المحقق: رمزي منير بعلبكي، دار العلم للملايين-بيروت-ط١.

٢٨- أبو بكر محمد بن الحسن بن دريد الأزدي (ت٣٢١هـ): د.ت، الاشتقاق، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، مكتبة الخانجي-القاهرة-ط٢.

٢٩- أبو عبد الله المواق المالكي؛ محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي (ت٨٩٧هـ): ١٤١٦هـ-١٩٩٤م، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية-بيروت-لبنان-ط١.

٣٠- أبو محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري (ت٢٧٦هـ): د.ت، الجراثيم، حققه: محمد جاسم الحميدي، وزارة الثقافة-دمشق.

٣١- الأبياري ابراهيم بن إسماعيل (ت١٤١٤هـ): ١٤٠٥هـ، الموسوعة القرآنية، مؤسسة سجل العرب-د.ط.

٣٢- أحمد الكبيسي: ١٩٧٢م، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، مطبعة الإرشاد-بغداد-ط٢.

٣٣- أحمد الكبيسي: ١٩٧٧م، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، مطبعة عصام-بغداد-د.ط.

٣٤- أحمد بن غانم (أو غنيم) بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهري المالكي (ت١١٢٦هـ): ١٤١٥هـ-١٩٩٥م، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر-بيروت-د.ط.

٣٥- أحمد بن قاسم اليماني الصنعاني: ١٩٤٧م، التاج المذهب لأحكام المذهب، دار احياء الكتب العربية-ط١.

٣٦- أحمد بن يحيى بن المرتضى: البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، د.ط.ن.

٣٧- أحمد حسن الطه: ١٩٨٥م، احكام المفقود في الشريعة الإسلامية، وزارة العمل والشؤون الاجتماعية، المركز القومي للبحوث الإجتماعية والجنائية.

٣٨- أحمد محمد المومني: ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م، الأحوال الشخصية فقه الطلاق والفسخ والتفريق والخلع، دار المسيرة-عمان-ط١.

٣٩- أحمد مختار عبد الحميد عمر (ت ١٤٢٤هـ): ١٤٢٩هـ -٢٠٠٨م، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب-ط١.

٤٠- أحمد مختار عمر (٢٠٠٣م): ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م، معجم الصواب اللغوي دليل المثقف العربي، عالم الكتب-القاهرة-ط١.

٤١- آسو سردار رشيد: ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م، التفريق للضرر دراسة مقارنة، إشراف الأستاذ الدكتور: فاروق عبد الله كريم، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة-جامعة السليمانية-كردستان العراق-د.ط.

٤٢- الألباني؛ محمد ناصر الدين الألباني (ت ١٤٢٠هـ) ١٤٠٥هـ-١٩٨٥م، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، إشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي-بيروت-ط٢.

٤٣- الآلوسي؛ أبو المعالي محمود شكري بن عبد الله بن محمد بن أبي الثناء (ت ١٣٤٢هـ): د.ت، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، دار إحياء التراث العربي-بيروت-د.ط.

٤٤- الأنجري الفاسي الصوفي؛ أبو العباس أحمد بن محمد بن المهدي بن عجيبة الحسني (ت١٢٢٤هـ): ١٤١٩هـ،١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م، البحر المديد في تفسير القرآن المجيد، المحقق: أحمد عبد الله القرشي رسلان، الدكتور حسن عباس زكي، دار الكتب العلمية-بيروت-ط٢.

٤٥- البابرتي؛ أكمل الدين؛ أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي (ت٧٨٦هـ): د.ت، العناية شرح الهداية، دار الفكر-بيروت-د.ط.

٤٦- باقر خليل الخليلي: ١٩٦٤م، تطبيقات قانون الأحوال الشخصية المعدل، مطبعة الارشاد-بغداد-د.ط.

٤٧- البجيرمي؛ سليمان بن محمد بن عمر البُجَيْرَمِيّ المصري الشافعي (ت ١٢٢١هـ): ١٤١٥هـ-١٩٩٥م، تحفة الحبيب على شرح الخطيب = حاشية البجيرمي على الخطيب، دار الفكر-بيروت-د.ط.

٤٨- البخاري القِنَّوجي؛ أبو الطيب محمد صديق خان بن حسن بن علي ابن لطف الله الحسيني (ت ١٣٠٧هـ): ١٤١٢هـ -١٩٩٢م، فتحُ البيان في مقاصد القرآن، المكتبة العصريَّة-بَيروت-د.ط.

٤٩- برهان الدين؛ إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق (ت ٨٨٤هـ): ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م، المبدع في شرح المقنع، دار عالم الكتب-الرياض-د.ط.

٥٠- البصري؛ أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي (ت١٧٠هـ): د.ت، كتاب العين، المحقق: د. مهدي المخزومي، د. إبراهيم السامرائي، مكتبة الهلال-د.ط.

٥١- البعلي؛ شمس الدين محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل البعلي (ت٧٠٩هـ): ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م المطلع على ألفاظ المقنع، المحقق: محمود الأرناؤوط وياسين محمود الخطيب، مكتبة السوادي-ط١.

٥٢- البغدادي؛ شهاب الدين المالكي عبد الرحمن بن محمد بن عسكر البغدادي (ت ٧٣٢هـ): د.ت، إرْشَادُ السَّالِك إلى أَشرَفِ المسَالِكِ فِي فقهِ الإمام مَالِك، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده-مصر-ط٣.

٥٣- البغوي؛ محيي السنة؛ أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي (ت ٥١٠هـ): ١٤٢٠هـ، معالم التنزيل في تفسير القرآن = تفسير البغوي، المحقق: عبد الرزاق المهدي، دار إحياء التراث العربي-بيروت-ط١.

٥٤- البهوتى الحنبلى؛ منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس (ت١٠٥١هـ): د.ت، الروض المربع شرح زاد المستقنع، ومعه: حاشية الشيخ العثيمين وتعليقات الشيخ السعدي، دار المؤيد-مؤسسة الرسالة-د.ط.

٥٥- البهوتى الحنبلى؛ منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس (ت١٠٥١هـ): ١٤١٤هـ-١٩٩٣م، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، عالم الكتب-بيروت-ط١.

٥٦- البهوتي؛ منصور بن يونس بن إدريس (ت١٠٥١ هـ): ١٤٠٢هـ، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر-بيروت-د.ط.

٥٧- تقي الدين ابن قاضي شهبة؛ أبو بكر بن أحمد بن محمد بن عمر الأسدي الشهبي الدمشقي (ت٨٥١هـ): ١٤٠٧هـ، طبقات الشافعية، المحقق: د. الحافظ عبد العليم خان، عالم الكتب-بيروت-ط١.

٥٨- تقي الدين الشافعي؛ أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن بن حريز بن معلى الحسيني الحصني (ت٨٢٩هـ): ١٩٩٤م، كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار، المحقق: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، دار الخير-دمشق-ط١.

٥٩- جابر بن موسى بن عبد القادر بن جابر أبو بكر الجزائري: ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م أيسر التفاسير لكلام العلي الكبير، مكتبة العلوم والحكم-المدينة المنورة-المملكة العربية السعودية-ط٥.

٦٠- جابر بن موسى بن عبد القادر بن جابر أبو بكر الجزائري: ١٩٢١م: النكاح والطلاق أو الزواج والفراق، الناشر: مطابع الرحاب-المدينة المنورة-السعودية-ط٢.

٦١- الجصاص؛ أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي (ت٣٧٠هـ): ١٤٠٥هـ، أحكام القرآن، المحقق: محمد صادق القمحاوي، عضو لجنة مراجعة المصاحف بالأزهر الشريف، دار إحياء التراث العربي-بيروت-د.ط.

٦٢- الجعلي؛ عثمان بن محمد حسنين البري: ١٤١٥هـ ١٩٩٥م، سراج السالك شرح أسهل في مذهب الإمام مالك، دار الفكر-بيروت-لبنان-د.ط.

٦٣- جلال الدين محمد بن أحمد المحلي (ت٨٦٤هـ) وجلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (ت٩١١هـ): د.ت، تفسير الجلالين، دار الحديث-القاهرة-ط١.

٦٤- الجمل؛ سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري (ت ١٢٠٤هـ): د.ت، حاشية الجمل على شرح المنهج، دار الفكر-بيروت-د.ط.

٦٥- الجمل؛ سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري (ت١٢٠٤هـ): د.ت، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل، دار الفكر-بيروت-لبنان-د.ط.

٦٦- الجوزجاني؛ أبو عثمان سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني (ت ٢٢٧هـ): ١٤٠٣هـ-١٩٨٢م، سنن سعيد بن منصور، المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي، الدار السلفية —الهند-ط١.

٦٧- الحجازي؛ محمد محمود: ١٤١٣هـ، التفسير الواضح، دار الجيل الجديد-بيروت-ط١٠.

٦٨- الحطاب الرعيني المالكي، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، (ت ٩٥٤هـ): ١٤٢٣هـ -٢٠٠٣م، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، المحقق: زكريا عميرات، عالم الكتب-بيروت-طبعة خاصة.

٦٩- الحطاب الرعيني المالكي؛ شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، (ت ٩٥٤هـ): ١٤١٢هـ-١٩٩٢م، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل — الرعيني، دار الفكر، بيروت-لبنان-ط٢.

٧٠- الحطاب الرعيني المالكي؛ شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، (ت ٩٥٤هـ): ١٤١٢هـ-١٩٩٢م، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر-ط٣.

٧١- الحلاق القاسمي؛ محمد جمال الدين بن محمد سعيد بن قاسم (١٣٣٢هـ-١٩١٤م): ١٤١٨هـ، محاسن التأويل، المحقق: محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلميه-بيروت-ط١.

٧٢- الحموي؛ أبو العباس أحمد بن محمد بن علي الفيومي (ت ٧٧٠هـ): د.ت، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية-بيروت-د.ط.

٧٣- الحميري؛ نشوان بن سعيد الحميرى اليمني (ت ٥٧٣هـ): ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م، شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، المحقق: د حسين بن عبد الله العمري، دار الفكر المعاصر-بيروت-لبنان-ط١، ودار الفكر-دمشق-سورية.

٧٤- الخرشي؛ محمد بن عبد الله: ١٣٠٦هـ، شرح مختصر خليل للخرشي، وبهامشه: حاشية العدوي (في الفقه المالكي)، للإمام أبي الضياء سيد خليل، مطبعة: محمد أفندي مصطفى-بمصر-د.ط.

٧٥- داماد أفندي؛ عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده (ت١٠٧٨هـ): مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي-د.ط.

٧٦- الدسوقي؛ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت ١٢٣٠هـ): د.ت، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر-د.ط.

٧٧- الرازي؛ زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي (ت ٦٦٦هـ): ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م، مختار الصحاح، المحقق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية-الدار النموذجية-بيروت-صيدا-ط٥.

٧٨- الرازي؛ فخر الدين أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي (ت٦٠٦هـ): ١٤٢٠هـ، مفاتيح الغيب = التفسير الكبير، دار إحياء التراث العربي-بيروت-ط٣.

٧٩- الراغب الأصفهاني؛ أبو القاسم الحسين بن محمد (ت٥٠٢هـ): ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م، تفسير الراغب الأصفهاني، تحقيق ودراسة: د. محمد عبد العزيز بسيوني، الطبعة الأولى: كلية الآداب-جامعة طنطا-مصر-ط١.

٨٠- رعد ياسين عباس: ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م، رسالة ماجستير عن: التفريق القضائي للضرر دراسة مقارنة، بإشراف الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي، جامعة بغداد كلية القانون والسياسة.

٨١- الرملي؛ شهاب الدين شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة (ت١٠٠٤هـ): ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر-بيروت-ط أخيرة.

٨٢- رينهارت بيتر آن دُوزِي (ت ١٣٠٠هـ): ١٩٧٩م-٢٠٠٠م، تكملة المعاجم العربية، نقله إلى العربية وعلق عليه: ج-١-٨: محمَّد سَليم النعَيمي، جـ-٩-١٠: جمال الخياط، وزارة الثقافة والإعلام-الجمهورية العراقية-ط١.

٨٣- الزرقاني؛ محمد بن عبد الباقي بن يوسف: (ت١١٢٢هـ)، ١٤١١هـ، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، دار الكتب العلمية-بيروت.

٨٤- الزمخشري؛ جار الله أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد (ت٥٣٨هـ): ١٤١٩هـ-١٩٩٨م، أساس البلاغة، تحقيق: محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية-بيروت-لبنان-ط١.

٨٥- الزمخشري؛ جار الله أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد (ت٥٣٨هـ): د.ت، الفائق في غريب الحديث والأثر، المحقق: علي محمد البجاوي، دار المعرفة-لبنان-ط٢.

٨٦- الزيلعي؛ عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (ت ٧٤٣ هـ): ١٣١٣هـ-١٨٩٢م، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية -بولاق-القاهرة-ط١.

٨٧- زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (ت ٩٧٠هـ)، د.ت، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي-ط٢.

٨٨- زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ثم المناوي القاهري (ت١٠٣١هـ): ١٣٥٦هـ، فيض القدير شرح الجامع الصغير، المكتبة التجارية الكبرى-مصر-ط١.

٨٩- سالم روضان الموسوي: حق الزوجة في طلب التفريق بسبب العنف الاسري، الحوار المتمدن-العدد: ٣١٢٧-٢٠١٠-٩-١٧-٢٢:٣٢، المحور: حقوق المرأة ومساواتها الكاملة في كافة المجالات، من موقع الحوار المتمدن.

٩٠- السبتي؛ أبو الفضل؛ عياض بن موسى بن عياض بن عمرون اليحصبي (ت٥٤٤هـ): د.ت، مشارق الأنوار على صحاح الآثار، المكتبة العتيقة ودار التراث-بيروت-د.ط.

٩١- السبكي؛ تاج الدين؛ عبد الوهاب بن تقي الدين (ت٧٧١هـ): ١٤١١هـ-١٩٩١م، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية-بيروت-ط١.

٩٢- السرخسي؛ شمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي سهل (ت ٤٨٣هـ): ١٤١٤هـ-١٩٩٣م، المبسوط، دار المعرفة-بيروت-د.ط.

٩٣- السرطاوي؛ د. محمود علي: ١٤١٧هـ-١٩٩٧م، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، دار الفكر-عمان-ط١.

٩٤- سعدالدين ملا عبد الله بلبيتاني: ١٤٣٢هـ-٢٠١١م، موقف الفقه الإسلامي من التعديلات التي أجريت على قانون الأحوال الشخصية في إقليم كردستان العراق-دراسة مقارنة، إشراف: جمال محمد فقي رسول باجلان، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإسلامية-جامعة صلاح الدين-أربيل-العراق-د.ط.

٩٥- السعدي؛ عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله السعدي (ت ١٣٧٦هـ): ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، المحقق: عبد الرحمن بن معلا اللويحق، مؤسسة الرسالة-ط١.

٩٦- السمرقندي؛ محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين (ت ٥٤٠هـ): ١٤١٤هـ -١٩٩٤م، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية-بيروت -لبنان-ط٢.

٩٧- السنيكي؛ أبو يحيى زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري (ت ٩٢٦هـ): ١٤١٧هـ -١٩٩٧م، منهج الطلاب في فقه الإمام الشافعي رضي الله عنه، المحقق: صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية-بيروت-ط١.

٩٨- السيد سابق، ١٩٨٣م، فقه السنة، دار الفكر-لبنان-بيروت-ط٤، المجلد الثاني.

٩٩- سيد قطب؛ إبراهيم حسين الشاربي (ت١٣٨٥هـ): ١٤١٢هـ، في ظلال القرآن، دار الشروق-بيروت-القاهرة-ط١٧.

١٠٠- السيد محسن الحكيم: ١٣٦٦هـ، منهاج الصالحين، مطبعة الزهراء-النجف-العراق-ط١.

١٠١- السيواسي؛ ابن الهمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي (ت ٨٦١هـ): د.ت، فتح القدير، دار الفكر-د.ط.

١٠٢- السيواسي؛ كمال الدين محمد بن عبد الواحد (ت٦٨١هـ): د.ت، شرح فتح القدير، دار الفكر-بيروت-لبنان-د.ط.

١٠٣- السيوطي؛ جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر (ت٩١١هـ): ١٤١١هـ-١٩٩٠م، الأشباه والنظائر للسيوطي، دار الكتب العلمية-بيروت-ط١.

١٠٤- السيوطي؛ جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر (ت٩١١هـ): ١٤١٨هـ-١٩٩٨م، المزهر في علوم اللغة وأنواعها، دار الكتب العلمية-بيروت-ط١.

١٠٥- الشافعي؛ أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (ت ٢٠٤هـ): ١٤١٠هـ-١٩٩٠م، الأم، دار المعرفة-بيروت-د.ط.

١٠٦- الشربيني؛ شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت ٩٧٧هـ): ١٤١٥هـ-١٩٩٤م، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية-بيروت-ط١.

١٠٧- الشربيني؛ شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (ت ٩٧٧هـ): د.ط، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر-بيروت-د.ط.

١٠٨- شرف الدين أبو النجا؛ موسى بن أحمد بن موسى الحجاوي المقدسي، ثم الصالحي (ت٩٦٨هـ): د.ت، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، المحقق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة بيروت-لبنان-د.ط.

١٠٩- شرف الدين أبو النجا؛ موسى بن أحمد بن موسى الحجاوي المقدسي، ثم الصالحي (ت٩٦٨هـ): د.ت، زاد المستقنع في اختصار المقنع، المحقق: عبد الرحمن بن علي بن محمد العسّكر، دار الوطن للنشر-الرياض-د.ط.

١١٠- شرف الدين الحسين بن أحمد السياغي: د.ت، الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير، مكتبة المؤيد-الطائف-د.ط.

١١١- الشعراوي؛ محمد متولي الشعراوي (ت١٤١٨هـ): ١٩٩٧م، تفسير الشعراوي — الخواطر، مطابع أخبار اليوم-د.ط.

١١٢- الشنقيطي؛ محمد بن محمد المختار: د.ت، شرح زاد المستقنع، المكتبة الشاملة، الإصدار الرابع المنقح والموافق للمطبوع، دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية، http://www.islamweb.net.

١١٣- الشيباني؛ أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد (ت١٨٩هـ): ١٤٠٣هـ، الحجة على أهل المدينة، المحقق: مهدي حسن الكيلاني القادري، عالم الكتب-بيروت-ط٣.
١١٤- شيخ الإسلام؛ ابن تيمية: ١٤٠٨هـ-١٩٩٨م، التفسير الكبير، تعليق: عبد الرحمن تقي الدين أحمد بن عبد الحليم، دار الكتب العلمية-بيروت-لبنان-ط١.
١١٥- شيخ السلام؛ زكريا الأنصاري(ت٩٢٦هـ): ١٤٢٢هـ-٢٠٠٠م، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتب العلمية —بيروت-ط١.
١١٦- الشيخ الطبيب أحمد حطيبة: د.ت، شرح رياض الصالحين، مصدر الكتاب: دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية، http://www.islamweb.net، د.ط.
١١٧- الشيخ بيت الله بيات: ١٤١٧هـ-١٩٩٧م، معجم الفروق اللغوية الحاوي لكتاب ابي هلال العسكري، مكتبة الخانجي-القاهرة-ط١، مؤسسة النشر الإسلامي-قم-إيران-ط٣.
١١٨- الشيخ محمد حسن النجفي (ت١٢٦٦هـ): د.ت، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، حققه وعلق عليه: محمود القوچانى عنى بتصحيحه: العالم الفاضل السيد إبراهيم الميانجى، موقع طهران، http://www.yasoob.com المطبعة الإسلامية-إيران-طهران.
١١٩- الشيرازي البيضاوي؛ ناصر الدين أبو سعيد عبد الله بن عمر بن محمد (ت٦٨٥هـ): ١٤١٨هـ، أنوار التنزيل وأسرار التأويل، المحقق: محمد عبد الرحمن المرعشلي، دار إحياء التراث العربي-بيروت-ط١.
١٢٠- الشيرازي؛ أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف (ت ٤٧٦هـ): المهذب في فقة الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية بيروت-لبنان، ج٣/ص١٤٨-١٦٤.
١٢١- الصابوني؛ محمد علي الصابوني: ١٤١٧هـ-١٩٩٧م، صفوة التفاسير، دار الصابوني-القاهرة-ط١.
١٢٢- صالح بن عبد السميع الآبي الأزهري (ت ١٣٣٥هـ): د.ت، الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، المكتبة الثقافية-بيروت-د.ط.
١٢٣- الصاوي المالكي؛ أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي (ت١٢٤١هـ): بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لِمَذْهَبِ الإمام مَالِكٍ)، دار المعارف-د.ط.
١٢٤- الصقلي؛ علي بن جعفر بن علي السعدي (ت٥١٥هـ): ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م، كتاب الأفعال، عالم الكتب-ط١.
١٢٥- الصنعاني؛ محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني(ت١١٨٢هـ): د.ت، سبل السلام، دار الحديث-د.ط.

١٢٦- ضياء الدين الجندي المالكي المصري؛ خليل بن إسحاق بن موسى (ت٧٧٦هـ): ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م، مختصر العلامة خليل، المحقق: أحمد جاد، دار الحديث-القاهرة-ط١.

١٢٧- الطبري؛ أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي (ت٣١٠هـ): ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م، تفسير الطبري = جامع البيان في تأويل آي القرآن، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر-السعودية-ط١.

١٢٨- الطبري؛ عماد الدين الكيا الهراسي الشافعي علي بن محمد بن علي، أبو الحسن الطبري (ت٥٠٤هـ): ١٤٠٥هـ، أحكام القرآن، المحقق: موسى محمد علي وعزة عبد عطية، دار الكتب العلمية-بيروت-ط٢.

١٢٩- الطبري؛ محمد بن جرير الطبري: ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م، جامع البيان في تأويل القرآن، مؤسسة الرسالة-الرياض-ط١.

١٣٠- الطريفي؛ عبد العزيز بن مرزوق: ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م، التحجيل في تخريج ما لم يخرج من الأحاديث والآثار في إرواء الغليل، مكتبة الرشد-الرياض-ط١.

١٣١- الطوسي الشهير؛ عبد العظيم البكاء: د.ت، الوسيلة، مطبعة الادب-النجف-د.ط.

١٣٢- الطوسي؛ أبو جعفر محمد بن الحسن بن على (ت٤٦٠ هـ): التبيان، مكتبة يعسوب الدين.

١٣٣- عبد الرحمن الصابوني: ١٩٦٨م، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دار الفكر-بيروت-لبنان-ط٣.

١٣٤- عبد الغني بن طالب بن حمادة بن إبراهيم الغنيمي الدمشقي الميداني الحنفي (ت١٢٩٨هـ): د.ت، اللباب في شرح الكتاب، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العلمية-بيروت-لبنان-د.ط.

١٣٥- عبد الكريم الحلي: د.ت، الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية، دار الرقي-بيروت-لبنان-د.ط.

١٣٦- عبد الكريم زيدان: ١٤١٣هـ-١٩٩٣م، المفصل في احكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة-بيروت-ط١.

١٣٧- عبد الله بن يوسف أبو محمد الزيلعي: ١٣٥٧هـ، نصب الراية لأحاديث الهداية، تحقيق: محمد يوسف البنوري، دار الحديث-مصر.

١٣٨- عبد المحسن بن حمد بن عبد المحسن بن عبد الله بن حمد العباد البدر(ت١٤١٨هـ): شرح سنن أبي داود، مصدر الكتاب: دروس صوتية قام بتفريغها موقع الشبكة الإسلامية، http://www.islamweb.net.

١٣٩- عبد الملك بن محمد بن إسماعيل أبو منصور الثعالبي (ت٤٢٩هـ): ١٤٢٢هـ-٢٠٠٢م، فقه اللغة وسر العربية، المحقق: عبد الرزاق المهدي، دار إحياء التراث العربي-بيروت-ط١.

١٤٠- العدوي؛ أبو الحسن علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي (ت١١٨٩هـ): ١٤١٤هـ-١٩٩٤م، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، المحقق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر-بيروت-د.ط.

١٤١- العسقلاني؛ أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني (ت٨٥٢هـ): ١٤١٩هـ-١٩٨٩م، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، دار الكتب العلمية-بيروت-ط١.

١٤٢- العسقلاني؛ أحمد بن علي بن حجر (ت٨٥٢هـ): ١٣٤٧هـ، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، المحقق: محمد حامد الفقي، المطبعة السلفية-مصر-د.ط.

١٤٣- العسقلاني؛ أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي (ت٨٥٢هـ): ١٣٧٩هـ، فتح الباري شرح صحيح البخاري، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، عليه تعليقات العلامة: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، دار المعرفة-بيروت-د.ط.

١٤٤- علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (ت ٨٨٥هـ): د.ت، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط٢.

١٤٥- علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (ت٨٨٥هـ): ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م، التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، المحقق: د. عبد الرحمن الجبرين، د. عوض القرني، د. أحمد السراح، مكتبة الرشد-السعودية-الرياض-ط١.

١٤٦- علي جمعة محمد عبد الوهاب: ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م، المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية، دار السلام-القاهرة-ط٢.

١٤٧- عيسى السيد جعفر: جميع الحقوق محفوظة لجريدة البينة ٢٠٠٥م، تحقيقات: كردستان العراق... مشاكل الزواج والطلاق في تزايد مستمر، http://www.al-bayyna.com/modules.php?name=.

١٤٨- العيني؛ أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفى بدر الدين (ت٨٥٥هـ): ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م، البناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية-بيروت-لبنان-ط١.

١٤٩- الغرناطي؛ أبو القاسم؛ محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي (ت ٧٤١هـ): ١٤١٦هـ، التسهيل لعلوم التنزيل، المحقق: الدكتور عبد الله الخالدي، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم-بيروت-ط١.

١٥٠- الغمراوي؛ محمد الزهري الغمراوي (ت ١٣٣٧هـ): د.ت، السراج الوهاج على متن المنهاج، مطبعة البابي الحلبي، دار المعرفة-بيروت.

١٥١- الفارابي؛ أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري (ت ٣٩٣هـ)، ١٤٠٧هـ -١٩٨٧م، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين-بيروت-ط٤.

١٥٢- فاروق عبد الله كريم: ٢٠٠٤م، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) ١٩٥٩ وتعديلاته، جامعة السليمانية-كردستان العراق-ط١.
١٥٣- الفاضل الهندي؛ الشيخ محمد بن الحسن الأصفهاني: د.ت، كشف اللثام عن قواعد الأحكام، مركز البيت العالمي للمعلومات، http://www.al-shia.com/html/ara.
١٥٤- قاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي الرومي الحنفي (ت ٩٧٨هـ): ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، المحقق: يحيى حسن مراد، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان-د.ط.
١٥٥- القاضي بن العربي؛ محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي (ت٥٤٣هـ): ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م، أحكام القرآن، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان-ط٣.
١٥٦- القاضي عبد الوهاب البغدادي: د.ت، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق حميش عبد الحق، مكتبة نزار مصطفى الباز-د.ط.
١٥٧- القاضي: عبد القادر إبراهيم علي، ٢٠٠٦، خلاصة محاضرات في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته، ألقيت على طلاب المعهد القضائي.
١٥٨- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته.
١٥٩- قانون الأحوال الشخصية العراقية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٢ المعدل.
١٦٠- قانون الرعاية الإجتماعية رقم ١٢٦ لسنة ١٩٨٠.
١٦١- قانون رقم (٢١) في الوقائع العراقية، العدد (٢٦٣٩) في ١٩٧٨/٢/٢٠.
١٦٢- قرار ٦٢ في ١٩٩٤/٦/٦ المنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٣٥١٤ في ١٩٩٤/٦/١٣(تفريق زوجة المفقود).
١٦٣- قرار محكمة التمييز المرقم (١٠٣) هيئة عامة ثانية، ١٩٧٤م، ١٩٧٤/٨/٦م، المنشور في مجلة النشرة القضائية، العدد الثالث، السنة الخامسة.
١٦٤- قرار محكمة تمييز العراق (٦٦) ١٩٦٢م، في ١٩٦٢/٦/٢٣م.
١٦٥- قرار محكمة تمييز العراق المرقم (٢٨٤١/شرعية/١٩٧٠) في ١٩٧١/١/٤م، القرار منشور في مجلة النشرة القضائية، العدد الأول، لسنة ١٩٧٢م.
١٦٦- القرافي؛ أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي (ت٦٨٤هـ): ١٩٩٤م، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي-بيروت-ط١.

١٦٧- القرطبي؛ ابن رشد أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد (ت ٥٩٥هـ): ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، بداية المجتهد: دار الحديث-القاهرة-د.ط.

١٦٨- القرطبي؛ أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري (المتوفى: ٤٦٣هـ): ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م، الاستذكار، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية-بيروت-ط١.

١٦٩- القرطبي؛ أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمري (ت٤٦٣هـ): ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م، الكافي في فقه أهل المدينة، المحقق: محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة-الرياض-المملكة العربية السعودية-ط٢.

١٧٠- القرطبي؛ شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي (ت ٦٧١هـ): ١٣٨٤هـ-١٩٦٤م، الجامع لأحكام القرآن = تفسير القرطبي، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية-القاهرة-ط٢.

١٧١- القلموني؛ محمد رشيد بن علي رضا بن محمد شمس الدين بن محمد بهاء الدين بن ملا علي خليفة (١٣٥٤هـ): ١٤٠٤هـ، حقوق النساء في الإسلام وحظهن من الإصلاح المحمدي العام، تعليق: محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي-بيروت-د.ط.

١٧٢- القلموني؛ محمد رشيد بن علي رضا بن محمد شمس الدين بن محمد بهاء الدين بن ملا علي خليفة (ت١٣٥٤هـ): ١٩٩٠م، تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار)، الهيئة المصرية العامة للكتاب-د.ط.

١٧٣- القنوجي؛ أبو الطيب محمد صديق خان بن حسن بن علي ابن لطف الله الحسيني البخاري (ت ١٣٠٧هـ): د.ت، الروضة الندية شرح الدرر البهية، دار المعرفة-د.ط.

١٧٤- القنوجي؛ أبو الطيب محمد صديق خان بن حسن بن علي ابن لطف الله الحسيني البخاري (ت ١٣٠٧هـ): ١٤٢٣هـ-٢٠٠٣م، الروضة الندية (ومعها: التعليقاتُ الرَّضية على «الرَّوضة النّديَّة»)، التعليقات بقلم: العلامة المحدِّث الشيخ محمَّد نَاصِر الدّين الألبَاني، ضبط نصَّه، وحقَّقه، وَقَام على نشره: علي بن حسَن بن علي بن عَبد الحميد الحَلبيُّ الأثريّ، دَارُ ابن القيِّم-الرياض-ط١، ودار ابن عفَّان-القاهرة.

١٧٥- القيرواني؛ أبو محمد عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفزي، المالكي (ت ٣٨٦هـ): ١٩٩٩م، النَّوادر والزِّيادات على مَا في المدَوَّنة من غيرها من الأُمهاتِ، دار الغرب الإسلامي-بيروت-ط١.

١٧٦- كاروان نجيب: الحاكم محمد أمين شرفاني رئيس محكمة إستئناف دهوك، لجريدة (ئةفرو) أي (اليوم) العدد (١١١٠) الأربعاء ٢٠١٣/١/٢٣م، www.evropress.org.

١٧٧- الكاساني؛ علاء الدين؛ أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي (ت ٥٨٧هـ): ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية-بيروت-ط٢.

١٧٨- الكفوي؛ أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي (ت١٠٩٤هـ): د.ت، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، المحقق: عدنان درويش، محمد المصري، مؤسسة الرسالة-بيروت-د.ط.

١٧٩- لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي: ١٣١٠هـ، الفتاوى الهندية، دار الفكر-بيروت-ط٢.

١٨٠- لجنة من علماء الأزهر: تفسير المنتخب، مصدر الكتاب: موقع التفاسير، http://www.altafsir.com.

١٨١- مَالِكِ بْنِ أَنَسٍ الأَصْبَحِيِّ (ت٢٤٤هـ): د.ت، الْمُوَطَّأ، تحقيق: الدكتور بشار معروف، دار الغرب الإسلامي-بيروت-د.ط.

١٨٢- مالك بن أنس الأصبحي المدني (ت ١٧٩هـ): شرح الموطأ، [الكتاب مرقم آليا، رقم الجزء هو رقم الدرس -١٨٧ درسا] نقلاً من قرص المجموعة الشاملة الموثوقة الموافقة للمطبوع.

١٨٣- مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت ١٧٩هـ): ١٤١٢هـ، موطأ الإمام مالك، المحقق: بشار عواد معروف -محمود خليل، مؤسسة الرسالة-د.ط.

١٨٤- مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت ١٧٩هـ): ١٤١٥هـ-١٩٩٤م، المدونة، دار الكتب العلمية-بيروت-ط١.

١٨٥- مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني (ت ١٧٩هـ): ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، الموطأ، المحقق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية-أبو ظبي-الإمارات-ط١.

١٨٦- الماوردي؛ أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي (ت٤٥٠هـ): كتاب الحاوى الكبير . الماوردى، دار الفكر-بيروت-د.ط.

١٨٧- الماوردي؛ أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، (ت ٤٥٠هـ): تفسير الماوردي = النكت والعيون، المحقق: السيد ابن عبد المقصود بن عبد الرحيم، دار الكتب العلمية - بيروت — لبنان-د.ط.

١٨٨- الماوردي؛ أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، (ت ٤٥٠هـ): ١٤١٩هـ-١٩٩٩م، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، المحقق: الشيخ علي محمد معوض -الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية-بيروت-لبنان-ط١.

١٨٩- مجمع اللغة العربية بالقاهرة: إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، د.ت، المعجم الوسيط، دار الدعوة-دط.

١٩٠- محمد أحمد الطزني: د.ت، حكم زوجات المفقودين في كارثة ما يسمى بالأنفال، مطبعة جامعة صلاح الدين-اربيل-العراق.
١٩١- محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي (ت١٢٩٩هـ): ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر-بيروت-د.ط.
١٩٢- محمد بن جمال الدين مكي العاملي الشهيد الأول، وزين الدين بن علي بن أحمد العاملي الجبعي الشهيد الثاني: د.ت، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، دار التعارف للمطبوعات-بيروت-لبنان-د.ط.
١٩٣- محمد بن فتوح الحميدي، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م، الجمع بين الصحيحين البخاري ومسلم، تحقيق: د. علي حسين البواب، دار ابن حزم-لبنان-بيروت-ط٢.
١٩٤- محمد بن فتوح بن عبد الله بن فتوح بن حميد الأزدي الميورقي الحَمِيدي أبو عبد الله بن أبي نصر (ت٤٨٨هـ): ١٤١٥هـ- ١٩٩٥م، تفسير غريب ما في الصحيحين البخاري ومسلم، المحقق: الدكتورة: زبيدة محمد سعيد عبد العزيز، مكتبة السنة-القاهرة-مصر-ط١.
١٩٥- محمد جواد مغنيه: د.ت، فقه الإمام الصادق، دار العلم للملايين-بيروت-د.ط.
١٩٦- محمد رواس قلعجي-حامد صادق قنيبي: ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس-بيروت-ط٢.
١٩٧- محمد سيد طنطاوى (شيخ الأزهر) ١٤٣١هـ-٢٠١٠م: د.ت، التفسير الوسيط للقرآن الكريم، د.ط.ن.
١٩٨- محمود السعران: ١٩٩٧م، علم اللغة مقدمة للقارئ العربي، دار الفكر العربي-القاهرة-ط٢.
١٩٩- محمود عباس صالح أبو عيسى: ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م، التفريق بين الزوجين بسبب حبس الزوج، في الفقه الإسلامي، والمعمول به في المحاكم الشرعية في الضفة الغربية، رسالة الماجستير في الفقه والتشريع، إشراف: الدكتور مروان القدومي، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس-فلسطين-د.ط.
٢٠٠- المديرية العامة للسياحة في دهوك كردستان العراق: تاريخ مدينة دهوك: http://duhoktourism.org/ar/service/%D٨٪AA%.
٢٠١- مرتضى الزَّبيدي؛ محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني (ت ١٢٠٥هـ): د.ت، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية-د.ط.
٢٠٢- مرعي بن يوسف بن أبي بكر بن أحمد الكرمي المقدسي الحنبلي (ت١٠٣٣هـ): ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، دليل الطالب لنيل المطالب، المحقق: أبو قتيبة نظر محمد الفاريابي، دار طيبة-الرياض-ط١.

٢٠٣- المرغيناني؛ أبو الحسن برهان الدين؛ علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني (ت٥٩٣هـ): د.ت، الهداية في شرح بداية المبتدي، المحقق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي-بيروت-لبنان.

٢٠٤- مصطفى ابراهيم الزلمي: ٢٠١١م، احكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن دراسة مقارنة بالقانون، المؤسسة الحديثة للكتاب-ط١.

٢٠٥- مُصطفى الخِنْ، الدكتور مُصطفى البُغا، على الشّرْبجي: ١٤١٣هـ-١٩٩٢م، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى، دار القلم-دمشق-ط٤.

٢٠٦- مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيبانى مولدا ثم الدمشقي الحنبلي (ت ١٢٤٣هـ): ١٤١٥هـ-١٩٩٤م، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي-ط٢.

٢٠٧- مصطفى محمد امين الاتروشي: ٢٠١٣م، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته النافذة في الإقليم، د.ط، العراق، دهوك.

٢٠٨- المقدسي؛ شمس الدين عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي (ت ٦٨٢هـ): د.ت، الشرح الكبير على متن المقنع، أشرف على طباعته: محمد رشيد رضا صاحب المنار، دار الكتاب العربي-د.ط.

٢٠٩- المقدسي؛ شمس الدين محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، الرامينى ثم الصالحي الحنبلي (ت٧٦٣هـ): ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م، كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي، المحقق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة-ط١.

٢١٠- منتديات أهل الأنبار: المنتديات التاريخية: منتدى تأريخ المدن والأقضية والقرى والنواحي تحديث الصفحة تاريخ محافظات العراق الثماني عشر المصدر: http://www.ahlalanbar.net/showthread.php?t=١٠٢٩٢١#ixzz٢f٥Uc٢lsw. الموسوعة الجغرافية/المجلة الجغرافية. نافذة الجغرافيين العرب، منتدى الجغرافية الإقليمية، قسم جغرافية آسيا، جميع الحقوق محفوظة لمنتدى الموسوعة الجغرافية © م٢٠٠٩ – ٢٠١١م، http://www.٤geography.com/vb/showthread.php?t=١٤٨٦.

٢١١- منذر عبد العزيز الشمالي: ٢٠٠٦م، الأحوال الشخصية في الفقه الجعفري، الفقه والقضاء، شركة جلال للطباعة-د.ط.

٢١٢- المنهاجي الأسيوطي القاهري الشافعي؛ شمس الدين محمد بن أحمد بن علي بن عبد الخالق (ت٨٨٠هـ): ١٤١٧هـ-١٩٩٦م، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، حققها وخرج أحاديثها: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، دار الكتب العلمية-بيروت-لبنان-ط١.

٢١٣- مهدي صالح خلف: ١٩٨٥م، التفريق للضرر والشقاق، دراسة مقارنة، بحث مطبوع على آلة الرونيو ومقدم إلى المعهد القضائي.
٢١٤- الموصلي؛ أبو الفتح عثمان بن جني (ت٣٩٢هـ): ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م، سر صناعة الإعراب، دار الكتب العلمية بيروت-لبنان-ط١.
٢١٥- الموصلي؛ مجد الدين أبو الفضل عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي (ت ٦٨٣هـ): ١٣٥٦هـ-١٩٣٧م، الاختيار لتعليل المختار، عليها تعليقات: الشيخ محمود أبو دقيقة (من علماء الحنفية ومدرس بكلية أصول الدين سابقا)، مطبعة الحلبي-القاهرة-د.ط.
٢١٦- المولى خسرو؛ محمد بن فرامرز بن علي (ت ٨٨٥هـ): د.ت، درر الحكام شرح غرر الأحكام، دار إحياء الكتب العربية-بيروت-د.ط.
٢١٧- النجدي؛ عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي النجدي (١٣٩٢هـ-١٩٧٢م): ١٣٩٧هـ، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، د.ن-ط١.
٢١٨- النخجواني؛ الشيخ علوان نعمة الله بن محمود (ت٩٢٠هـ): ١٤١٩هـ-١٩٩٩م، الفواتح الإلهية والمفاتح الغيبية الموضحة للكلم القرآنية والحكم الفرقانية، دار ركابي للنشر-الغورية-مصر-ط١.
٢١٩- النسفي؛ نجم الدين عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل أبو حفص (ت٥٣٧هـ): ١٣١١هـ، طلبة الطلبة، المطبعة العامرة-مكتبة المثنى-بغداد-د.ط.
٢٢٠- نعمان ثابت حسن، القاضي /نائب المدعي العام: التفريق القضائي القائم على الضرر في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩، الجزء الأول، مجلة التشريع والقضاء، مجلة فصلية.
٢٢١- النووي؛ أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (ت ٦٧٦هـ)، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٥م، منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، المحقق: عوض قاسم أحمد عوض، دار الفكر-بيروت، ط١.
٢٢٢- النووي؛ أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف (ت٦٧٦هـ): د.ت، تهذيب الأسماء واللغات، تحقيق: شركة العلماء بمساعدة إدارة الطباعة المنيرية، دار الكتب العلمية-بيروت-لبنان-د.ط.
٢٢٣- النووي؛ أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ): ١٤١٢هـ-١٩٩١م، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي-بيروت-دمشق-عمان-ط٣.
٢٢٤- النووي؛ أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ): د.ت، المجموع شرح المهذب ((مع تكملة السبكي والمطيعي))، دار الفكر-بيروت-د.ط.
٢٢٥- النيسابوري؛ أبو الحسن علي بن أحمد بن محمد بن علي الواحدي، النيسابوري، الشافعي (ت٤٦٨هـ): ١٤١٥هـ، الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، تحقيق: صفوان عدنان داوودي، دار القلم-الدار الشامية-دمشق-ط١.

٢٢٦- النيسابوري؛ أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر (ت ٣١٩هـ): ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، الإجماع، المحقق: فؤاد عبد المنعم أحمد، دار المسلم للنشر والتوزيع-ط١.

٢٢٧- الهروي؛ أبو منصور؛ محمد بن أحمد بن الأزهري (ت٣٧٠هـ): ٢٠٠١م، تهذيب اللغة، المحقق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي-بيروت-ط١.

٢٢٨- الهيتمي؛ أحمد بن محمد بن علي بن حجر (ت٩٧٤هـ): ١٣٥٧هـ -١٩٨٣م، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى-مصر-د.ط، ثم صورتها دار إحياء التراث العربي-بيروت.

٢٢٩- وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت: ١٤٠٤-١٤٢٧هـ، الموسوعة الفقهية الكويتية، مطابع دار الصفوة-مصر-ط١.

٢٣٠- وقائع كردستان / رقم العدد:٧٦ /تاريخ:٢٠٠٧/١١/٢٦ / قانون رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٧ قانون السلطة القضائية لإقليم كوردستان . العراق، رقم التشريع ٢٣، تاريخ التشريع ٢٠٠٧/١١/١٥، عدد الصفحات: ١٧ / رقم الصفحة:٢١، قرار، رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٧.

٢٣١- وهبة بن مصطفى الزحيلي: ١٤١٨هـ، التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، دار الفكر المعاصر-دمشق-ط٢.

٢٣٢- وهبة بن مصطفى الزحيلي: ١٩٩٠م، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر-بيروت –لبنان-ط٢.

٢٣٣- يونس مصطو خمو: مسؤول قسم الإحصاء في رئاسة محكمة إستئناف دهوك، إقليم كردستان العراق.