**جمهورية العراق**

**وزارة التعليم العالي والبحث العلمي**

**جامعة القادسية**

**كلية: القانون**

**بحث حول**

**التفريق القضائي وتطبيقاته بين الشريعة والقانون**

**(بحث مقدم الى مجلس كلية القانون/جامعة القادسية وهو جزء من متطلبات نيل درجة البكالوريوس في القانون)**

**مقدم من قبل الطالب**

**رسل حاكم داخل**

**بأشراف الاستاذة**

**م.م هدى سعدون**

**1439هـ 2018م**

**الآية**

**بسم الله الرحمن الرحيم**

**((إن الله لا يغير ما بقوم حتى يغيروا ما بأنفسهم))**

**صدق الله العلي العظيم**

**سورة الرعد**

**آية 11**

**الإهداء**

**إلى : الذي لولاه لما مسكت أناملي قلماً... عنوان التفاني والإيثار...**

**ومنبت العز والعنفوان... والدي الحبيب(حفضه الله)..**

**إلى : التي كلما نطقت شفاها كانت بالدعاء لنا... نبع الحنان الصافي...**

**ورمز التفاني والتضحية... وعنوان المحبة والإخلاص.. والدتي الحنون..**

**إلى: من أشد بهم أزري ... عنوان المحبة...**

**أعز ما في الحياة .........اخوتي وأصدقائي**

**إلى: الشموع التي انارت طريقي وزينت دربي........**

**صانعي الاجيال وبناة المجتمع ............اساتذتي الافاضل**

**إلى: من أرتوت الأرض بدمائهم ............ شهداء العراق الأبرار**

**وبالأخص إلى ارواح شهداء مدينتي الحبيبة**

**أهدي هذا الجهد المتواضع.**

**الشكر والتقدير**

**الحمد لله الذي انار لنا درب العلم والمعرفة وعاننا على هذا الواجب ووفقنا الى انجاز هذا العمل .**

**نتوجه بجزيل الشكر والامتنان الى كل من ساعدنا من قريب او بعيد على انجاز هذا العمل .**

**وفي تذليل ما واجهنا من صعوبات ونخص بالذكر الاستاذة ( هدى سعدون ) التي لم تبخل علينا في توجيهاتهُا ونصائحهُا التي كانت عوناً لنا في اتمام هذا البحث .**

**ولا يفوتنا ان نشكر جميع الكادر التدريسي في كلية القانون .**

**ومن الله التوفيق**

**مشكلة البحث:**

ازدادت حالات التفريق في السنوات الأخيرة بشكل يبعث على القلق، ولاسيما إنَّ التفريق عواقب غير محمودة على المستويين الفردي والاجتماعي، إنَّ مبعث القلق نابع من حقيقة إنَّ تماسك المجتمع وسلامته وإمداده بأعضاء جدد يبدأ من عتبة الأسرة فهي حجر الزاوية في البنية الاجتماعية، وهي الأساس الذي يقوم عليه المجتمع الكبير، وأنَّ التفريق ومشكلات أخرى تعصف بأسرة اليوم تشكل معاول هدم في جدار المجتمع، خاصة عندما يتعلق الأمر بضحايا التفريق مثل: الأطفال الذين يحصدون نتائج ما يفعله الكبار، وإنَّها حقاً لمفارقة غريبة أنْ يعتدي الكبار على حقوق الصغار دون أنْ يكون للأخيرين كلمة ورأي في الموضوع.

تتحدد مشكلة هذا البحث في زيادة حالات التفريق الكثيرة بعد زواج التي يكون فيها الزواج لم يمتد في أغلب الأحوال إلاَّ سنوات معدودة أو ربما أشهر أو حتى أقل من ذلك، في المجتمع ومع شيوع اعتقاد بأنَّ حالات التفريق كهذا قليلة ونادرة، إلاَّ إنَّ من يقوم بزيارة إلى محاكم الأحوال الشخصية سيفاجأ بعدد حالات التفريق المبكر التي يتعامل معها القضاة بشكل شبه يومي، ما يدفع إلى التساؤل عمَّا إذا كان الأمر ظاهرة تستحق الدراسة أم أنَّها حالات فردية ومحدودة تحدث هنا وهناك ومن ثم لا يوجد ما يبعث على القلق بشأنها.

- أهمية البحث:

1- يعدّ البحث الحالي إضافة نظرية للأبحاث العراقية المهتمة بالمشكلات الزوجية التي تؤدي بالزوجين إلى التفريق وإنهاء الحياة الزوجية لاسيما في الوقت الحالي على أساس أنَّ مشكلة التفريق قد درست سابقاً وقدمت لها الحلول المناسبة، ومن يحاول دراستها حالياً سوف لا يأتي بجديد.

2-  يعدّ البحث الحالي محاولة للتعرف على الاسباب الزوجية المرتبطة بالمرحلة الأولى من الزواج والتي تسهم في حدوث التفريق عموماً والطلاق المبكر على وجه الخصوص.

**أهداف البحث:**

يهدف البحث إلى:

1- التعرف على اسباب التفريق عامة والأسباب التي تقف خلفها.

2- التعرف على الآثار التي تؤدي على التفريق ومصير

4- وضع التوصيات التي من شأنها أنْ تعالج هذه المشكلة أو تحد من آثارها على الفرد والمجتمع.

- منهج البحث:

كلمة (منهج) هي ترجمة للكلمة الانجليزية (Method) أو وللكلمة الفرنسية((Méthode؛ وللكلمة نظائرها في مختلف اللغات. واستعملها أفلاطون (427-322 ق.م) بمعنى البحث أو النظر أو المعرفة المكتسبة من تعامل الإنسان مع الواقع؛ واستخدمه أرسطو بمعنى البحث نفسه.

واعتمدنا في هذا البحث على المنهج الوصفي Method descriptiveالذي يعرف بأنَّه أسلوب من أساليب التحليل المركز على معلومات كافية ودقيقة عن ظاهرة أو موضوع محدد، أو فترة أو فترات زمنية معينة، وذلك من أجل الحصول على نتائج علمية، ثم تفسيرها بطريقة موضوعية، بما ينسجم مع المعطيات الفعلية للظاهرة. ويمكن تعريفه بأنَّه وصف دقيق وتفصيلي لظاهرة أو موضوع محدد على صورة نوعية أو كمية رقمية، فالتعبير الكيفي يصف الظاهرة ويوضح خصائصها، أمَّا التعبير الكمي فيعطينا وصفاً رقمياً يوضح مقدار هذه الظاهرة أو حجمها ودرجة ارتباطها مع الظواهر المختلفة الأخرى، وقد يقتصر هذا المنهج على وضعٍ قائم في فترة زمنية محددة أو تطويراً يشمل عدة فترات زمنية(5).

وهذا البحث يعدّ من البحوث الوصفية التي تعتمد الوصف الكيفي للظاهرة أو الموضوع المطروح، وعليه فقد تم تجميع شتات الأفكار والمعلومات المحيطة به من عدة مراجع علمية للوقوف على حقيقة الأسباب التي تقف خلف ظهوره بهذه الصورة، آملين في الوقت نفسه من الباحثين في هذا الشأن إغناء هذا البحث وتدعيمه بوجهات النظر المتباينة حوله من خلال بحوثهم العلمية لاسيما إذا تناولت الجوانب الميدانية للموضوع.

**المقدمة**

قضت حكمة الشريعة على أن يكون الطلاق بيد الزوج، ومع هذا فقد اقتـضت عدالتها أن تمنح الزوجة حق المطالبة بالطلاق في الحال الذي لا يبقى لكرامتهـا وحقها وجود ، وأوجبت على القاضي أن يجيبها إلى طلبها في مثل هـذا الحـال، ولأهمية التفريق في تنظيم الحياة الإنسانية والوقوف في وجه من يحاول التعـسف في استخدام حقه باسم القيمومة، والتقصير في أداء حقوق المـرأة. فكـان سـببا لاختيار هذا البحث، وللوقوف على عدالة الشريعة الإسلامية ، ودقتها وعمقها فـي النظم والتنظيم . فهي محاولة للوقوف على بيان أراء المذاهب الإسلامية ، وأدلتها فـي حكـم التفريق بين الزوجين، والانطلاق منه في بيان أقربها إلى الواقع ، مع الحاجة التامة اليوم في ارفاد القانون المدني للاحكام الشرعية وعدم الانجـرار الـى القـوانين الغربية. ولم اعثر بحدود تتبعي القاصر على من تصدى للبحـث فـي التفريـق بـين الزوجين عند تحقق موضوعه وعلى مستوى الدراسات الشرعية بشكل يجمع بـين المذاهب الاسلامية مقارنة مع الدراسات القانونية علـى الـرغم مـن ان اغلـب الدراسات السابقة على مستوى البحث القانوني فقط؛ لان مساحة النظر فيه معطـاة الى القاضي بحسب نظره مع مرونة التشريع لديه، وهذا بعكسه الى حد مـا فـي التشريع الاسلامي؛ لذلك كان هناك نوع من الاحجام عن البحث في هكذا مواضيع لكن الحاجة تدفعنا الى البحث فيها؛ لانها تمثل حاجة ماسة خاصة مع تعسف الرجل في استخدام سلطته وقوامته على النساء.  ([[1]](#footnote-1))

**المبحث الاول**

**مفهوم التفريق القضائي**

**المطلب الاول :**

**تعريف التفريق القضائي**

يعرف التفريق : بأنَّه "انفصال الزوجين عند استحالة استمرار الحياة المشتركة بينهما، وتختلف مدة الانفصال حسب درجة التفريق الذي .

والتفريق قانوناً هو طريقة لانحلال الزواج في حياة الزوجين لإثر حكم قضائي يصدر بناءً على طلب أحدهما أو كليهما لسبب من الأسباب التي حددها القانون.

ويعرف التفريق اجتماعياً بأنَّه ظاهرة اجتماعية تنبع من المجتمع، وتنجم عن علاقات اجتماعية غير سليمة. والتفريق مرض اجتماعي خطير إذ أنَّه يعني تحطيم الزواج والأسرة والروابط الأساسية للمجتمع ويكون ثمناً للزواج غير المرغوب فيه ويعدّ نقيض الزواج. ([[2]](#footnote-2))

وينظر علماء النفس إلى التفريق على أنَّه اضطراب نفسي ناتج عن عدم التلاؤم بين الزوجين والذي يكون بسبب الصعوبات التي تواجه الحياة الزوجية التي يُعبر عنها عادة بعدم التكيف. ([[3]](#footnote-3))

**التعريف اللغوي**

لغة: الفَرْقة: خلاف الـجمع، فَرَقه يَفْرُقُه فَرْقاً، وفَرَّقه، وقـيل: فَرَقَ للصلاح فَرْقاً، وفَرَّق للإِفساد  تَفْرِيقاً، وانْفَرَقَ الشيء وتَفَرَّقَ وافْتَرَقَ.

والتَّفَرّقُ والافْتِراقُ سواء، ومنهم من يجعل التَّفَرّق للأَبدان والافْتِراقَ فـي الكلام؛ يقال فَرَقْت بـين الكلامين فافْترقا، وفَرَّقْتُ بـين الرجلـين فَتَفَرَّقا، وقوله تعالى :﴿ وَإِذْ فَرَقْنَا بِكُمْ الْبَحْرَ ﴾(البقرة:50)؛ معناه شققناه. والفِرْقُ: القِسْم، والـجمع أَفْراق.

والفِرْقُ: الفِلْقِ من الشيءِ إِذا انْفَلَقَ منه، ومنه قوله تعالى:﴿ فَانفَلَقَ فَكَانَ كُلُّ فِرْقٍ كَالطَّوْدِ الْعَظِيمِ﴾(الشعراء:63) أَراد فانْفَرَقَ البحرُ فصار كالـجبال العِظام وصاروا فـي قَرَاره. ([[4]](#footnote-4))

والفُرْقة: مصدر الافْتِراق. قال الأَزهري: الفُرْقة اسم يوضع موضع الـمصدر الـحقـيقـي من الافْتِراقِ.

و فَارَقَ الشيءَ مُفارَقةً وفِراقاً: بايَنَهُ، والاسم الفُرْقة. وتَفَارَق القومُ: فَارَقَ بعضهم بعضاً. وفَارَقَ فلان امرأَته مُفَارقةً وفِراقاً: بايَنَها[[1]](http://noursalam.free.fr/b9.1.htm" \l "_ftn1" \o ").

اصطلاحا :انحلال رابطة الزواج , والفصل والمباينة بين الزوجين , سواء أكانت بطلاق أم بغيره. ([[5]](#footnote-5))

        وعلى هذا الأساس يمكننا أن نعرف التفريق القضائي بأنه تطليق القاضي لأحد الأزواج من زوجه الآخر ولو كان ذلك بدون رضاه بناءً على أسباب معينة نص عليها القانون، على اعتبار أن القانون أعطى للزوج حق إنهاء الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة عن طريق إيقاع الطلاق كما ذكرنا أعلاه . وفي المقابل فإنه أعطى لكل من الزوج أو الزوجة الحق في طلب التفريق من القاضي في حالة قيام أسباب معينة تجعل الحياة الزوجية مستحيلة بين الطرفين . ([[6]](#footnote-6))

**التعريف القانوني للتفريق القضائي**

**التفريق القضائي :** وهو وضع حدا لزواج يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية مسايرا بذلك مبادئ العدالة وتماشيا مع روح الشريعة الاسلامية والعصر فاناب القاضي محل الزوج وخوله حق ايقاع الطلاق بدلا عنه وهذا مايسمى بالتفريق القضائي فهو تطليق الزوجة من زوجها بواسطة القضاء اذا توفر احد اسباب التفريق المنصوص عليها حصرا في القانون اعلاه ويتم التفريق دون رضا الزوج وموافقته ورغما عنه فالقاضي يمارس نيابه قانونية. ([[7]](#footnote-7))

هنا خولت له بموجب القانون باعتباره صاحب الولاية العامة فيملك تطليق الزوجة من زوجها حسب اسباب التفريق المنصوص عليها في المواد (40و41و42و43) من القانون اعلاه وهنا اهم ماورد فيها (لكل من الزوجين، طلب التفريق ([[8]](#footnote-8))

**المطلب الثاني**

**اسباب طلب التفريق القضائي**

**أسباب التفريق القضائي**

         إن أسباب التفريق القضائي 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 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 اعتبار 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 , وعلى هذا الأساس فقد عالج المشرع العراقي بعض هذه الحالات في قانون الأحوال الشخصية المرقم 188 لسنة 1959 في المواد الأربعين بجميع فقراتها والماد 43 بفقراتها وغيرها من المواد ، لذا سنتناول في هذا المطلب الحالات التي أوردها المشرع العراقي كسبب من أسباب التفريق القضائي

2- اسباب تتعلق بالزوجة

كانت للمشرع العراقي التفاته تستحق الثناء حينما حدد بعض الحالات التي تتعلق بالزوجة في طلب التفريق وذلك لحمايتها من الجور الذي قد يلحق بها كونها مازالت في ظل المجتمع كائن ينظر إليه بنظرة المشفق الذي يوحي بضعفها وهذه النظرة مازالت قائمة حتى عند طلب الزواج إذ لا يرى البعض من الزواج إلى إشفاق عليها أو إنها تمثل حاجة الدار إلى من يعمل فيه على خلاف الغرض السماوي والوضعي من رابطة الزواج وفي قرار لمحكمة الأحوال الشخصية الذي رفضت فيه منح الإذن بزوجة ثانية بسبب تقديم الزوج تبريرات تقلل من شأن الزوجة وعلى وفق الأسباب الواردة فيه، وحدد القانون هذه الحالات في المادة (43) ([[9]](#footnote-9)) التي ستكون محور هذا البحث لان معظم ما يتعلق بالعنف الأسري سنجده متجسد في أحكام هذه المادة وهذه الأسباب من الممكن أن تجمل في أربعة أبواب رئيسية وكما يلي:ـ ([[10]](#footnote-10))

1. الحرمان من النفقة
2. الحرمان من المعاشرة الزوجية
3. الحرمان من الإنجاب
4. طلب الزوجة إذا لم يتم الدخول بينهم ( الزفاف)

‏وفي القانون العراقي

أولا : الفقرة (٤) "اذا وجدت زوجها عنينا أو مبتلى بما لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية ، سواء أكان ذلك لأسباب عضوية أو نفسية ، آم اذا أصيب بذلك بعد الدخول بها وثبت عدم امكان شفائه منها بتقرير صادر عن لجنة طبية رسمية مختصة ، على آنه اذا وجدت المحكمة أن سبب ذلك نفسي ، فتؤجل التفريق لمدة سنة واحدة ، شريطة أن تمكن زوجها من نفسها خلالها ‏" .

‏ويلاحظ أن النص يشمل بعض الأمراض الجنسية الحاصلة قبل العقد ، أو بعده ، سواء أكانت عضوية آم نفسية أو التي تصيب بها بعد الدخول ء أو العلة الطارئة. وعلى ذلك ، فاذا وجدت الزوجة زوجها مصابا بمرض العنة- هو عدم القدرة الجنسية- مثلا وقت النكاح أو لم يستطع الدخول بها دخولا حقيقيا لسبب يتعلق بجهازه التناسلي وهو نوعان ، عضوي ، أي مرض فعلي في الجهاز التناسلي أو نفسي ، أي ليس به علة بدنية أو عضوية بل نفسية كالخوف أو الخجل مثلا ولم تكن تعرف بعنته وقت النكاح فلها أن تطلب التفريق بدعوى ترفعها للقاضي. وعلى القاضي أن يتأكد من عدم امكانية شفائه بتقرير صادر من اللجنة الطبية المختصة بذلك(2). ‏آما اذا تبين للمحكمة ، أن العلة نفسية أو يحتاج الى مدة فتؤجل التفريق لمدة سنة واحدة شريطة أن تمكن زوجها من الاتصال بها خلال تلك الفترة . وبعدها تقرر المحكمة رد الدعوى أن دخل بزوجته أو التفريق أن لم يستطع الدخول بها . ([[11]](#footnote-11))

‏ثانيا : ونصت الفقرة (٥) من المادة ذاتها " اذا كان الزوج عقيما أو ابتلى بالعقم بعد الزواج ولم يكن لها ولد على قيد الحياة " وقد جعلت هذه الفقرة ، عقم الزوج ، سببا مبررا لطلب الزوجة التفريق سواء أكان عقيما أم ابتلى بالعقم بعد الزواج لكي لا تحرم الزوجة من اشباع عاطفة الأمومة في نفسها . بيد أن المشرع منع حق المرآة بطلب التفريق لعقم الزواج اذا أثمر الزواج ولو ولدا واحدا ذكرا آم أنثى وبقي على قيد الحياة . ولا مجال لتطبيق هذه الفقرة اذا كانت الزوجة عقيما فلا يحق للزوج طلب التفريق وانما له اقامة دعوى طلاق على وفق المادة (٣٩) من القانون . ويثبت العقم بالإحالة الى معهد الطب العدلي . والمراد بالعقم هنا الذي لا يؤمل شفاؤه أما إذا تضمن التقرير امكان الشفا ، خلال مدة معينة فلا يحكم القاضي بالتفريق . ([[12]](#footnote-12))

‏ثالثا : آما الفقرة (٦) من هذه المادة نفسها ، فقد جعلت العلة التي لا يمكن معها معاشرته بلا ضرر سببا للتفريق بقولها : " اذا وجدت بعد العقد ، أن زوجها مبتلي بعلة لا يمكن معها معاشرته بلا ضرر ، كالجذام أو البرص أو السل أو الزهري أو الجنون أو آنه قد أصيب بعد ذلك بعلة من هذه العلل أو ما يماثلها ، على آنه اذا وجدت المحكمة بعد الكشف الطبي ، أن العلة يؤمل زوالها ، فتؤجل التفريق حتى زوال تلك العلة ، وللزوجة أن تمتنع عن الاجتماع بالزوج طيلة مدة التأجيل ، آما اذا وجدت المحكمة ، أن العلة لا يؤمل زوالها خلال مدة مناسبة وامتنع الزوج عن الطلاق وأصرت الزوجة على طلبها ، فيحكم القاضي بالتفريق. ([[13]](#footnote-13))

‏لقد بينت هذه الفقرة أن من أهم الحالات التي يتعذر أو يتعسر فيها استمرار الحياة الزوجية ، وجود علة في الزوج لا يؤمل زوالها . والفقرة جعلت العلة المبررة لطلب التفريق ، شاملة للعلل العقلية-كالجنون والعنة والخبل والصرع- وللعلل العضوية الجسيمة- كالجذام والبرص والسل الرئوي- والعلل الجنسية- كالجب والعنة والخصاء والزهري . . . وما الى ذلك من العيوب(3) التي تمنع من الاستمتاع أو تنفر الآخر.

وقد جعلت هذه الفقرة ، من حق القاضي ، أن يحكم بالتفريق ، متى ثبت لديه بالكشف الطبي أن العلة لا يمكن زوالها ولا يرجئ منها برئ ولم يوافق الزوج على الطلاق وأصرت الزوجة على طلبها عندئذ يحكم القافي بالتفريق. أما إذا كانت العلة يمكن البرء منها أو يؤمل زوالها ، فإن على القاضي أن يؤجل القضية مدة مناسبة حتى زوال تلك العلة. ولا تجبر الزوجة على الاجتماع بالزوج خلال فترة التأجيل ، ونرى أن يحدد المشرع فترة التأجيل على الأقل سنة تبدأ من تاريخ ثبوت العلة كما هو الحال في بعض القوانين العربية . ([[14]](#footnote-14))

‏هذا ولا بد من ملاحظة أنه إذا حصلت العلة بعد العقد ، وعلمت الزوجة بالعيب وصدر منها ما يدل على رضاها ، أو قبلت بالزوج وهي عالمة بحاله قبل العقد أو بعده. ورضاها سواء أكان صراحة أم دلالة فإنه يسقط حقها في طلب التفريق لتلك العلة التي علمت ورضيت بها . وكذلك إذا كان الزوج عالما بالعيوب (غير الخفية) فليس له طلب الفخ أو التريق. ‏وقد استحدث المشرع العراقي هذا السبب في التعديل الثاني رقم (٢١) لسنة1978 ‏لقانون الأحوال الشخصية ، غير أنه جعل هذا الحق للزوجة فقط ، وكان الأولى به أن يجعله للزوجين معا كما فعلت بعض القوانين (5) ومثلت الفقرة (٦) الأمراض والعلل التي تعد سببا للتفريق وهي العلل التي لا يمكن أن تكون معها المعاشرة الزوجية بلا ضرر. وكان الأجدر بالمشرع أن يطلق أسباب التفريق ولا يحصرها بعدد ، ما دام لم يلتزم برأي مذهب معين ، وعلى هذا جرى القضاء العراقي. ‏هذا وأن الأمراض والعلل كالعنة والجنون والسل الرئوي والعقم والزهري يستند في إثباتها إلى رأي الأطباء المختصين أو التحليلات المرضية. ([[15]](#footnote-15))

**المبحث الثاني**

**موقف القانون والشريعة من التفريق القضائي**

**المطلب الاول : موقف القانون من التفريق القضائي**

**الفرع الاول قواعد القانون العراقي التي نظمت احكام التفريق القضائي**

بين المشرع الاسباب التي تبيح حق طلب التفريق في نص المادة (43 ) حيث حددت هذه المادة اثنتى عشرة حالة يكون اللجوء الى القضاء بطلب التفريق القضائي وتشتمل هذه الحالات حالة الحكم على الزوج بعقوبة مقيدة للحرية وهجر الزوج ، وعدم طلب الزوجة للزفاف خلال سنتين من تاريخ العقد ، وحالة ابتلاء الزوج بمرض عضوي او نفسي لايستطيع معه القيام بواجباته الزوجية ، وحالة كون الزوج عقيما ، وحالة ابتلاء الزوج بعلة لايمكن للزوجة معها معاشرته بدون ضرر كالجذام والبرص ، وحالة تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيبه وحالة امتناع الزوج عن تسديد النفقة المتراكمة المحكوم بها ، وحالة التفريق قبل الدخول ، وحالة اقامة الزوج خارج القطر ، وحالة الزوج المفقود ([[16]](#footnote-16))

ولنا على هذا النص ملاحظتين : ـ

**الملاحظة الاولى : ـ** تتعلق بنص الفقرة ( أولا /1 ) والتي جاء فيها ( للزوجة حق طلب التفريق عند توافر احد الاسباب الاتية : ـ

1 ـ اذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية ثلاث سنوات فأكثر ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه ) ([[17]](#footnote-17))

وبموجب هذا النص للزوجة ان ترفع امرها الى القضاء طالبة التفريق عند الحكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية لمدة ثلاث سنوات فأكثر. ([[18]](#footnote-18))

ومعلوم ان الحياة الزوجية انما تبنى على المودة والرحمة لقوله تعالى (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ) وبالتالي فإننا نرى بان القولباعطاء الزوجة حق طلب التفريق بسبب حبس الزوج بعد مضي المدة التي اشار اليها النص فيه هدم للحياة الزوجية وقطع لكل سبل المودة والرحمة التي تنشأ بين الزوجين اثناء الحياة الزوجية ([[19]](#footnote-19))

ومن جانب آخر فأن على الزوجة بعد حبس زوجها ان تكون وفية وان تعمل على الانصراف الى رعاية شؤن بيته وتربية اطفاله وحماية امواله لا ان تبادر الى طلب التفريق من زوجها لتضيف الى مرارة والم سجنه الما جديدا يتمثل بفقد زوجته وضياع اسرته ([[20]](#footnote-20))

وواضح من النص ان المشرع العراقي اعطى للزوجة حق طلب التفريق بمجرد صدور الحكم على زوجها ، وكان الافضل لو ان المشرع قد اعطى هذا الحق للزوجة بعد مرور سنة على تنفيذ الحكم تحسبا لاحتمال الافراج عنه بصدور عفو عن المسجونين او نحوه  .

وهو ما أخذ به المشرع المصري في القانون رقم ( 1929 ) حيث نص على إنه **"لزوجة المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب إلى ألقاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه ([[21]](#footnote-21))**

كما يلاحظ ان المشرع المصري إستخدم تعبير ( المحكوم عليه نهائيا ) وهو تعبير أكثر دقة من التعبير الذي إستخدمه المشرع العراقي ( إذا حكم على زوجها ) لإن حق التفريق يجب أن لا يعطى إلا بعد إستنفاذ كل طرق الطعن في الحكم وإكتسابه الدرجة القطعية  ([[22]](#footnote-22))

ويرى بعض الفقهاء إنه لايكفي مجرد حبس الزوج للقول باعطاء الزوجة حق طلب التفريق ، وإنما لابد أن يكون من شأن حبس الزوج أن تتعرض معه الزوجة للضرر أو ألخطر كما لو كانت الزوجة لاتزال شابة لاتأمن على نفسها من الوقوع في الفتنة

وإذا سلمنا باعطاء الحق للزوجة بطلب التفريق القضائي بسبب حبس زوجها فاننا نقترح إعادة صياغة الفقرة (اولا /1 ) لتكون صياغتها على النحو الآتي : ـ

(إذا حكم على زوجها بحكم نهائي بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر ، بعد مرور سنة على إكتساب الحكم الدرجة القطعية ، ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه) ([[23]](#footnote-23))

ومن جهة أخرى كان الافضل أن لايعطي المشرع العراقي هذا الحق للزوجة إذا كانت المدة المتبقية لخروج الزوج من الحبس مدة قصيرة يحددها المشرع ، وهو ما أخذ به المشرع الاماراتي حيث نص في الفقرة (2 ) من المادة ( 131 ) على إنه **"في الحالتين السابقتين يشترط للحكم للزوجة الا يخرج الزوج أثناء نظر الدعوى او أن لايبقى من مدة حبسه أقل من ستة أشهر ([[24]](#footnote-24))**

**الملاحظة الثانية : ـ** وتتعلق هذه الملاحظة بنص الفقرة ( 8 ) من المادة ( 43 ) والتي تنص على إنه **"إذا تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيبه أو فقده أو إختفائه أو الحكم عليه مدة تزيد على سنة "** وبموجب هذا النص أعطى المشرع العراقي للزوجة حق طلب التفريق في حالة تعذر حصولها على نفقتها من زوجها المتغيب أو المفقود أو المخفي أو المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية لمدة تزيد على سنة .

وفي هذا النص أخذ المشرع العراقي برأي جمهور الفقهاء اللذين أجازوا للزوجة حق طلب التفريق من زوجها للاسباب التي أشار إليها النص . ([[25]](#footnote-25))

ويبدو لنا أنه كان ألأفضل أن لايعطي المشرع للزوجة حق طلب التفريق في الحالات المشار إليها في النص ، وإنما يعطيها حق رفع أمرها إلى ألقضاء للحصول على هذه النفقة ، أو أن يعطيها حق الاستدانة على زوجها لحين بيان مصيره أو خروجه من الحبس وهو الرأي الذي قال به فقهاء الحنفية وهو رأي جدير بأن يأخذ به المشرع العراقي لسببين هما : ـ

**اولا : ـ** ان هذا الرأي يؤدي الى المحافظة على أسرة الغائب او المفقود او المسجون ويدفع عن هذه الاسرة كل المشاكل التي يمكن ان تنجم عن هدم العلاقة الزوجية بسبب التفريق ويقوي اواصر هذه العلاقة ، فالاسرة هي نواة المجتمع وبصلاحها يصلح المجتمع وبفسادها يفسد ، لذا كان على المشرع ان يعمل جاهدا في احكامه على ([[26]](#footnote-26)) المحافظة على الاسرة وان لايصدر نصوصا قانونية تساعد في هدمها وضياعها ، الا في الحالات التي لايوجد فيها حلول أخرى . ([[27]](#footnote-27))

**ثانيا : ـ** من خلال التمعن في الحالات التي أشار اليها النص وهي حالة الفقد والتغيب والاختفاء والحبس مدة تزيد على سنة ، ويلاحظ إن بعض هذه الحالات ربما لايكون للزوج يد في حصولها اذ قد يكون الفقد في حادث أو حرب ، وكذلك بالنسبة للتغيب والاختفاء ([[28]](#footnote-28))

كما يمكن أن يكون الحبس ناتجا عن فعل غير عمدي وإنما عن خطأ صادر عن الزوج . وإنطلاقا من ذلك فإن إعطاء الزوجة حق طلب التفريق في مثل هذه الحالات يمثل عقابا للزوج عن أمر ربما لم يكن مريدا له .

وتنص بعض القوانين على إنذار الزوج في حالة الغيبة وتمهله أجلا يحدده القاضي يلزم الزوج خلالها أما بالاقامة مع زوجته أو نقلها اليه او تطليقها ، وبوجوب التحري عن الزوج والبحث عنه قبل الحكم للزوجة بالتفريق. ([[29]](#footnote-29))

**الفرع الثاني**

**قواعد القوانين العربية من التفريق القضائي**

مضمون مواد القانون السوري:

إذا ادعى أحد الزوجين إضرار الآخر به، جاز له طلب التفريق من القاضي (م١/١١٢) وإذا ثبت الإضرار، وعجز القاضي عن الإصلاح فرق بينهما، وذلك بطلقة ابنة (م ٢/١١٢ ( وإذا لم يثبت الضرر يؤجل القاضي المحا كمة مدة لا تقل عن شهر. فإن أصر المدعي على الشكوى بعث القاضي حكمين من أهل الزوجين، وإلا ممن يرى القاضي فيه قدرة على أن يقوما بمهمتهما الإصلاح بينهما، وحلفهما يمينا بعدل وأمانة (م ٣/١١٢) وعلى الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين، ثم يجمعها في مجلس تحت إشراف القاضي (م ١/١١٣) ولا يؤثر في التحكيم تخلف أحد الزوجين عن الحضور بعد تبليغه (م ٢/١١٣) وعمل هو محاولة الإصلاح بين الزوجين، فإذا عجزا الحكمين

أولا - ١٤ - عنه وكانت الإساءة أو أكثرها من الزوج قررا التفريق بطلقة ابئنة

(م ١/١١٤)وإذا كانت الإساءة من الزوجة أو مشتركة بين الزوجين قررا التفريق على تمام المهر أو على جزء منه بحسب مدى الإساءة ([[30]](#footnote-30))

(م ٢/١١٤.( نصت مواد قانون الأحوال الشخصية على (المادة ١١٢ ) إذا ادعى أحد الزوجين إضرار الآخر به بما لا يستطاع معه دوام العشرة يجوز له أن يطلب من القاضي التفريق ([[31]](#footnote-31))

(المادة ١١٣ )على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين وأن يجمعاهما في مجلس تحت إشراف القاضي لا يحضره إلا الزوجان ومن يقرر دعوته الحكمان.

(المادة ١١٤) يبذل الحكمان جهدهما في الإصلاح بين الزوجين فإذا عجزا عنه وكانت الإساءة أو أكثرها من الزوج قررا التفريق بطلقة ابئنة.

(المادة ١١٥ )على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى القاضي ً و للقاضي أن يحكم بمقتضاه أو ولا يجب أن يكون معللا يرفض التقرير ويعين في هذه الحالة وللمرة الأخيرة حكمين آخرين. ([[32]](#footnote-32))

**مضمون القانون الاردني**

الحالات التي تجيز للزوج طلب التفريق القضائي وفق قانون الأحوال الشخصية الاردني

الحالات الواردة في قانون الاحوال الشخصية التي أعطت الزوج حق طلب التفريق على أساسها هي:

1. التفريق للشقاق والنزاع وذلك وفق المادة ( 126).
2. التفريق للعيوب [الجنسية](file:///C:\لوصول) أو المنفرة وذلك وفق المادة ( 132) .
3. التفريق لاباء الزوجة الاسلام اذا كانت غير كتابية وفقا للمادة (140) .
4. التفريق بسبب ردة الزوجة وفقا للمادة (142) .
5. التفريق للعان وذلك وفق المادة (165) .
6. التفريق للفقد وذلك وفق المادة ( 177 )
7. التفريق للإكراه وذلك وفق المادة ( 31 )
8. التفريق لمخالفة الشرط وذلك وفق المادة ( 37 ) .

ويلاحظ أن القانون قد أخذ بمبدأ التوسع في اختيار الحالات ، وذلك لوضع الخيارات العديدة أمام المجتمع والقضاء لمعالجة أي إشكاليات محتملة بين الزوجين وبما يضمن العدالة بينهما في تعدد الحالات المجيزة للتفريق ، أخذا بعين الاعتبار الالتزامات الملقاة على كل طرف لأن السماح لأي طرف بطلب الفرقة هو فرع عن إخلال الأخر بالتزاماته تجاهه ولذا سنلحظ أن الحالات التي تجيز التفريق للمرأة هي أكثر من تلك التي في جانب الزوج . حيث أسس الفقهاء الحالات على أن الزوج يملك الفرقة بنفسه بالطلاق ويتمكن من إزالة الضرر الواقع عليه بذلك ، فلا داعي للتوسع في لجوئه إلى القضاء في أمر هو يملكه بينما الزوجة على النقيض من ذلك .

أسباب لجوء الزوجة إلى التفريق القضائي وفق القانون الاردني

الزوجة تلجأ للتفريق بواسطة القضاء لعدة أسباب منها :

الأول : أنها لا تملك حل عقدة النكاح بحكم الأصل ، حيث أن المالك لحل عقدة النكاح بشكل منفرد هو الزوج لانه صاحب الحق الأصيل في ذلك.

الثاني : عدم تمليك أو تفويض الزوج لها طلاق نفسها سواء بالعقد أو بعده ، بمعنى أن الزوج لم يعطها هذا الحق الذي يملكه لكي تطلق نفسها نيابة عنه .

الثالث : عدم إجابة الزوج طلب المرأة التفريق أو الطلاق ؛ سواء كان مأمورا بالإجابة شرعا لوجود السبب أو غير مأمور ، فعدم إجابة الزوج لطلب المرأة هو الذي يدفعها إلى القضاء بغية إلزام الزوج بإجابة الطلب أو الحكم بالفرقة جبرا عنه .

الرابع : تلجأ الزوجة أحيانا للقضاء من أجل المحافظة على حقوقها المالية والتي أنشأها عقد الزواج، حيث ترفض الزوجة أحيانا الوصول إلى اتفاق رضائي مع الزوج على الطلاق حفاظا على تلك الحقوق ،مع أن الزوج قد يعرض الموافقة على الطلاق مخالعة رضائية أو على مال أو مقابل الإبراء بنوعيه الخاص والعام .

الحالات التي تجيز للزوجة طلب التفريق القضائي وفق قانون الأحوال الشخصية الاردني

نص قانون الأحوال الشخصية الأردني على الحالات التي تجيز للمرأة طلب الفرقة قضائيا ، وقد توسع القانون في الحالات المجيزة وهي تقريبا جميع الحالات الممكنة وفق مجموع أقوال الفقهاء في المذاهب الأربعة ولم يتقيد القانون بمذهب معين في اختيار الحالات .

والحالات هي كما يلي :

1. التفريق لعدم الكفاءة وفق المادة (22) .
2. التفريق للإكراه وذلك وفق المادة ( 31 ).
3. التفريق لمخالفة الشرط وذلك وفق المادة ( 37 ) .
4. التفريق للافتداء ( الخلع ) وفق المادة (114) .
5. التفريق لعدم الانفاق وفق المادة (115) .
6. التفريق للغياب وفق المادة (119) .
7. التفريق للهجر وفق المادة ( 122) .
8. التفريق للايلاء والظهار وفق المادة (123) .
9. التفريق للحبس وفق المادة ( 125) .
10. التفريق للشقاق والنزاع وذلك وفق المادة ( 126).
11. التفريق للعيوب [الجنسية](file:///C:\لوصول) أو المنفرة وذلك وفق المواد ( 128-131) .
12. التفريق لجنون الزوج وفق المادة (135) .
13. التفريق لعقم الزوج وفق المادة ( 136 ) .
14. التفريق للعجز عن دفع المهر قبل الدخول وفق المادة ( 139) .
15. التفريق لاباء الزوج الاسلام وفقا للمادة (140) .
16. التفريق بسبب ردة الزوج وفقا للمادة (142) .
17. التفريق للفقد وذلك وفق المادة ( 143 ) .

**المطلب الثاني :**

**موقف الشريعة الاسلامية من التفريق القضائي**

اتفق أئمة المذاهب الأربعة على التفريق بعيبين، وهما الجب، والعنة، واختلفوا في عيوب أخرى على آراء أربعة:

**الأول: رأي أبي حنيفة، وأبي يوسف: ([[33]](#footnote-33))**

لا فسخ إلا بالعيوب الثلاثة التناسيلة، وهي:(الجب، والعنة، والخصاء)، إن كانت في الرجل؛ لأنها عيوب غير قابلة للزوال (عيوب مستحكمة)، فالضرر فيها دائم، ولا يتحقق معها المقصود الأصلي من الزواج وهوالتوالد والتناسل والإعفاف عن المعاصي، فكان لابد من التفريق.

أما العيوب الأخرى من جنون أوجذام أوبرص أورتق أوقرن، فلا فسخ للزواج بسببها إن كان بالزوجة، ولا إن كانت بالزوج، ولا خيار للآخر بها.وهذا هوالصحيح عند الحنفية.

وقال محمد: للزوجة الخيار، أوالفسخ إن كانت هذه العيوب بالزوج، ولا خيار للزوج إن كانت بالزوجة، وبه يتفق الحنفية على أنه لا خيار للزوج في فسخ الزواج بسبب عيوب الزوجة مطلقا، واختلفوا في الخيار بعيوب الزوج.

**والعيوب عند الشافعية سبعة، وهي:**

الجب، والعنة، والجنون، والجذام، والبرص، والرتَق، والقَرَن، ويمكن أن يكون في كل من الزوجين خمسة، الأولان في الرجل والأخيران في المرأة، والثلاثة الوسطى مشتركة بينهما، ولا فسخ بالبخر، والصنان، والاستحاضة، والقروح السيالة، والعمى، والزمانة، والبله، والخصاء، والإفضاء، ولا بكونه يتغوط عند الجماع؛ لأن هذه الأمور لا تفوت مقصود النكاح. ([[34]](#footnote-34))

والعيوب عند المالكية ثلاثة عشر عيباً:

أربعة مشتركة بين الرجل والمرأة: الجنون، والجذام، والبرص، والعَذيْطَة(خروج الغائط أوالبول عند الجماع)ويقال للمرأة عِذيوطة، وللرجل عِذْيوط.

وأربعة تختص بالرجل، وهي: الخصاء، والجَبّ، والعُنَّة، والاعتراض (عدم القدرة على الاتصال الجنسي لمرض أونحوه).

وخمسة تختص بالمرأة، وهي: الرتق، والقرن، والبخر (نتن الفرج)، والعَفَل (غدة تمنع ولوج الذكر أورغوة تمنع لذة الوطء)، والإفضاء (اختلاط القُبُل أي مسلك الذكر بمجرى البول أوالغائط).

وليس من العيوب: القرع، ولا السواد، ولا إن وجدها مفتضة من الزنا على المشهور، وليس منها العمى، والعور، والعرج، والزمانة، ولا نحوها من العاهات، إلا إن اشترط السلامة منها. ([[35]](#footnote-35))

**الثالث: رأي أحمد:**

يفسخ النكاح بالعيوب التناسلية (أوالجنسية)، أوالعيوب المنفرة، أوالعيوب المستعصية كالسل، والسيلان، أوالزهري، ونحوها، مما يعرف عن طريق أهل الخبرة.

والعيوب عندهم ثمانية:

ثلاثة يشترك فيها الزوجان، وهي: الجنون، والجذام، والبرص.

واثنان يختص بهما الرجل، وهما:الجب، والعنة.

وثلاثة تختص بالمرأة، وهي: الفتق (اختلاط مجرى البول والمني)، والقرن، والعفل.

والقاضي أبويعلى جعل القرن، والعفل شيئاً واحداً فتكون العيوب سبعة.

قال أبوالخطاب:ويتخرج على ذلك من به الباسور، والناسور، والقروح السيالة في الفرج؛ لأنها تثير نفرة، وتتعدى نجاستها. ([[36]](#footnote-36))

ورجح الحنابلة أنه يثبت الخيار للرجل بقروح سيالة في فرج المرأة، وبباسور، وناسور، ونحوهما.

وليس من العيوب المجوزة للفسخ: القرع، والعمى، والعرج، وقطع اليدين، والرجلين؛ لأنه لا يمنع الاستمتاع، ولا يخشى تعديه.

**الرابع: رأي الزهري، وشريح، وأبي ثور، واختاره ابن القيم ([[37]](#footnote-37))**

يجوز طلب التفريق من كل عيب منفر بأحد الزوجين، سواء أكان مستحكماً، أم لم يكن كالعقم، والخرس، والعرج، والطرش، وقطع اليدين، أوالرجلين، أوإحداهما؛ لأن العقد قد تم على أساس السلامة من العيوب، فإذا انتفت السلامة فقد ثبت الخيار، ولما روى أبوعبيد، عن سليمان بن يسار: "أن ابن سندر تزوج امرأة وهو خصي، فقال له عمر: أعلمتها؟، قال: لا، قال: أعلمها، ثم خيرها ([[38]](#footnote-38))

والذي أميل له: رأي الحنابلة؛ لعدم تحديد العيوب، ولأنهم قصروا جواز الفسخ على العيب الذي لا تتم معه مقاصد الزواج على وجه الكمال، وهذا هوالمتفق مع مقتضى عقد الزواج، وقواعد الشريعة السامية. ([[39]](#footnote-39))

قيود الفرقة بالعيب:

اتفق الفقهاء على أن الفرقة بالعيب تحتاج إلى حكم القاضي وادعاء صاحب المصلحة؛ لأن التفريق بالعيب أمر مجتهد فيه ومختلف فيه بين الفقهاء، فيحتاج إلى قضاء القاضي لرفع الخلاف، ولأن الزوجينيختلفان في ادعاء وجود العيب وعدم وجوده، وفي أنه يجوز التفريق به أولا يجوز، وقضاء الحاكم يقطع دابر الخلاف، والقول قول منكر العلم بالعيب، مع يمينه، في عدم علمه بالعيب؛ لأنه الأصل.

وإذا تبين أن الزوج مجبوب، فرق القاضي بين الزوجين في الحال ولم يؤجله؛ لعدم الفائدة في التأجيل. ([[40]](#footnote-40))

أما العنِّين، والخصي، فيؤجله الحاكم سنة من تاريخ الخصومة، أي الدعوى والترافع، عند الحنفية والحنابلة، لاحتمال أن تثبت قدرته على الجماع في أثناء السنة على مرور([[41]](#footnote-41)) الفصول، والتأجيل سنة مروي عن عمر، وعلي، وابن مسعود، وتبدأ السنة عند الشافعية، والمالكية من وقت القضاء بالتأجيل، عملاً بقضاء عمر الذي رواه الشافعي، والبيهقي. ([[42]](#footnote-42))

فإذا ادعى الزوج أثناء السنة حدوث الجماع:

ففي رأي الحنفية، والحنابلة:

إن كانت المرأة ثيباً، فالقول قول الزوج بيمينه؛ لأن الظاهر يشهد له؛ لأن الأصل السلامة من العيوب، والقول لمن يشهد له الظاهر بيمينه، فإن حلف رفضت دعوى الزوجة، وإن امتنع عن الحلف، خيرها القاضي بين البقاء معه على هذه الحال وبين الفرقة، فإن اختارت الفرقة فرق بينهما، وإن كانت بكراً عذراء نظر إليها النساء، ويقبل قول امرأة واحدة، والأولى عند الحنفية إراءتها لامرأتين، فإذا قالتا: هي بكر، بقي التأجيل لنهاية السنة لظهور كذبه، وإن قالتا: هي ثيب، حلّف الزوج، فإن حلف لاحق لها، وإن نكل بقي التأجيل سنة، فإن شهدت النساء، وإلا فالقول قولها.

وقال المالكية:

إن ادعى الوطء في مدة السنة، صدق الزوج بيمينه، وإن نكل عن اليمين حَلَفت الزوجة: إنه لم يطأ، وفرق بينهما قبل تمام السنة إن شاءت.

أما إن كان العيب غير الجب أوالعنة أوالخصاء، ففي رأي المالكية، إن كان العي لا يرجى زواله بالعلاج، فرق القاضي بين الزوجين في الحال، وإن كان يرجى زواله بالعلاج، أجل القاضي التفريق لمدة سنة إن كان العيب من العيوب المشتركة بين الرجل والمرأة كالجنون، والجذام، والبرص.

وإن كان من العيوب الخاصة بالمرأة فيؤجل التفريق بالاجتهاد حسبما تقتضي حالة العلاج من العيب، وإن ادعت المرأة أنها برئت من عيبها صدقت بيمينها. ([[43]](#footnote-43))

**نتائج البحث:**

1. يظهر من خلال إمعان النظر في مطالب البحث مجموعة من النتائج تعد هـي الثمرة الحقيقية لهذا البحث ومن أهمها
2. المعروف إن فقهاء المسلمين قد حصروا إنهاء العلاقة الزوجية بيد الزوج أصلاَ والاستثناء لا يرد ألا في حالات خاصة ومضيقة تتضرر فيهـا الزوجـة مـع ضبطه بنظر الحاكم
3. إن أغلب صور التفريق القضائي لو تمت بتمام موجبها كانـت الفرقـة بـين الزوجين بائنة لتحقيق الغرض من التفرقة إذ لو كانت رجعية فبرجوع الـزوج ينتفي الغرض من التفرقة، أما في الطلاق البائن لا يحق له الرجوع إلاّ برضا طرفي العقد
4. إن أغلب الفقهاء عندما ذهبوا إلى جواز التفريق القضائي كان مستندهم فـي معظم الأحيان القاعدة الفقهية التي أسسها رسول االله (صـلى االله عليـه وآلـه وسلم) بقوله : ((لا ضرر ولا ضرار))
5. المعروف إن المشرع في القانون الوضعي قد أعطى مساحة واسعة للقاضـي وأطلق له الصلاحيات فلذلك حيث تحقق المقتضي بحسب العـرف ومقتـضى العدالة سوف يطبقه وعليه كثرت صور التفريق القضائي عندهم، أما في الفقه الإسلامي فحيث الحرج من تولي منصب القضاء لعظمة مسؤوليته وإنـه مـن مختصات الأنبياء ولا يعطى لغيرهم إلا بالنيابة والتطبيق لما ورد عنه (صـلى االله عليه وآلة وسلم) حيث حصر التطليق بيد الزوج مـع نـدرة المخـصص فعندئذ تتضيق صور التفريق القضائي
6. المسموح وبحدود الروايات الصادرة عن المعصوم إن التفريق لا يتم إلاّ بعـدم الإنفاق أو العيب المفضي لقيام الزوج بالمهام الجنسية فلذلك اشـتهر عنـدهم حصر التفريق بهاذين الموردين وندر عند المتقدمين غيرها من الصور ،أمـا بعض المتأخرين والمعاصرين ممن استطاع تأويل النصوص أن يوسع دائـرة التفريق بما يشمل الشقاق والغيبة والسجن مثلاَ.

**التوصيات**

التوصيات : بعد الوقوف على عدد من الحقائق؛ فإن الحاجة تدعو إلى تسجيل بعض التوصـيات وهي كما يلي

1. من واجب القائمين على تقنين الأحكام الشرعية، والعاملين فـي هـذا المجـال، وضـع مذكرات تفسيرية للقوانين المعمول بها، وأخذ ذلك بعين الاعتبار عند تغيير القوانين
2. إن قانون الأحوال الشخصية، هو البقية الباقية المستمدة من أحكام الشريعة؛ لذا فإن مـن واجب طلبة العلم الشرعي، وخاصة المنتسبين إلى قسم القضاء، النهوض بهـذا القـانون، وإجراء أبحاث ودراسات على أقسامه المختلفة؛ لإخراجها في ثوب جديد، يتناسب وتغيـر الزمان والأحوال، مراعين في ذلك عدم الخروج عن الأصول الشرعية
3. يبدو واضحاً في هذا الزمان، حجم الغزو الفكري والثقافي، الذي يحاول الغرب من خلاله التأثير على مفاهيم المرأة المسلمة؛ لتغيير عاداتها ومعتقداتها؛ لذا فإن من واجب العلمـاء التصدي لهذه الهجمة المجنونة، من خلال إصدار الأبحاث والنشرات والمقالات التي تـرد هذه الهجمة وتظهر مكانة المرأة في الإسلام
4. إن لجهاز التعليم دوراً كبيراً في بناء المجتمع؛ لذا فإن من واجب المسؤولين عـن هـذا الجهاز، العمل على تطوير مناهجه، بما يتناسب مع حاجة المجتمع المسلم، وأقترح لـذلك ما يلي

أ ـ تخصيص مادة تربوية إسلامية، تهتم بالعلاقات الأسرية عموماً، وتدرس لطلبـة وطالبات الصف التاسع

ب ـ تقرير مادة تربوية، تدرس لطلبة وطالبات الصف العاشر، يرسخ مـن خلالهـا مبدأ التعاون والتكافل بين الزوجين، ثم بيان ما على كل منهما نحـو الآخـر مـن منظـور إسلامي

1. من واجب المسؤولين في المؤسسات التعليمية والاجتماعية والأهلية؛ كالجامعات ومجالس الطلبة، وجمعية الشابات المسلمات، العمل على تفعيل الدور التعاوني بينها وبين المحـاكم الشرعية لما فيه صالح الأسرة والمجتمع .

**الخاتمة**

بعد أن أنهينا بعون من الله وتوفيق منه هذا البحث المتواضع فإننا نشير الى إن هذا البحث جاء نتيجة للدراسة المعمقة للاحكام التي جاء بها قانون الاحوال الشخصية العراقي في المسائل التي تناولها البحث حيث تبين لنا مدى الخلل الذي يشوب صياغة بعض النصوص التشريعية . وهو أمر كما أشرنا طبيعي إذ نادرا ما نجد تشريعا معينا يخلو من النقص والخلل فسمة البشر النقص والخطأ .

ونحن بدورنا ندعو المشرع العراقي الى محاولة ألاخذ بالملاحظات التي أوردناها على بعض نصوص القانون ، وإعادة صياغتها وفقا للمقترحات ألتي أوردناها أو وفقا لنظرة جديدة للمشرع في هذه النصوص بما يساهم في صنع قانون محكم ودقيق ونحن مع تواضع الجهد المبذول في هذا البحث ألا إننا نأمل في أن يكون هذا البحث نقطة إنطلاق ينطلق من خلالها غيرنا من الباحثين لإكمال هذا الجهد والبحث عن مسائل أخرى ربما لم نستطع ألالمام بها . وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

**المصادر و المراجع**

**اولاً : القرءان الكريم**

نص المادة (45) من قانون الأحوال الشخصية [يعتبر التفريق في الحالات الواردة في المواد (الأربعين ، والحادية والأربعين ، والثاني والأربعين ، والثالثة والأربعين طلاقاً بائناً بينونة صغرى .

1. د. فاروق عبد الله كريم ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي ، طبع جامعة السليمانية عام 2004 ، ص193 .
2. السيد سابق ، فقه السنة ، المجلد الثاني ، الجزء 6 ، الطبعة الرابعة ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان – بيروت ، 1983 ، ص241 .
3. سورة البقرة ، الآية 229 .
4. زكريا الأنصاري ، فتح الوهاب ، الجزء السادس ، الطبعة الأولى ، دار الكتاب العلمية ، لبنان – بيروت، 1997 ، ص124
5. فؤاد إفرام البستاني ، منجد الطلاب ، الطبعة الحادية عشرة ، دار المشرق ، لبنان – بيروت ، 1971 ، ص423 .
6. د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، الطبعة الخامسة ، القاهرة عام 1992 ، المجلد الأول ، ص133 .
7. المحامي جمعة سعدون الربيعي ، المرشد إلى إقامة الدعاوى الشرعية وتطبيقاتها العملية ، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2006 ، ص648 .
8. القاضي عبد القادر إبراهيم علي ، خلاصة محاضرات في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته ألقيت على طلاب المعهد القضائي ، 2006 ، ص76 .
9. المادة 43 من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 ب- تعتد زوجة المفقود بعد الحكم بالتفريق أربعة أشهر وعشرة أيام .
10. القاضي عبد القادر إبراهيم علي ، خلاصة محاضرات في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته ألقيت على طلاب المعهد القضائي ، 2006 ، ص76 .
11. د. احمد الكبيسي ، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته ، الزواج والطلاق واثارها ، الجزء الأول ، مطابع التعليم العالي في الموصل ، لسنة 2007 ، ص155 .
12. د. رمضان علي السيد الشرنباصي والدكتور جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، القسم الثاني ، الطبعة الأولى ، 2006 ، ص145.
13. المادة الثالثة والأربعون الفقرة أولاً البند 1 من قانون الأحوال الشخصية النافذ في إقليم كردستان -العراق.
14. القرار المرقم /213/الهيأة الشخصية الأول/2009 ت /2697 في 29/9/2009 ، غير منشور .
15. المادة (2) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 .
16. القرار المرقم /213/الهيأة الشخصية الأول/2009 ت /2697 في 29/9/2009 ، غير منشور .
17. المادة (2) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 .
18. محمد جواد مغنية ، أصول الإثبات في الفقه الجعفري ، ص23 ، نقلاً عن : كتاب المحامي جمعة سعدون الربيعي ، المرشد إلى إقامة الدعوى الشرعية وتطبيقاتها العملية ، الطبعة الثانية ، بغداد ، 2006 ، ص5.
19. المحامي جمعة سعدون الربيعي ، المرشد إلى إقامة الدعاوى الشرعية وتطبيقاتها العملية ، المصدر السابق ، ص5 .
20. عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية ، الطبعة الثانية ، مطابع الإسكندرية ، القاهرة ، 1987 ، ص560 .
21. القرار التمييزي المرقم 2127/شخصية أولى/2009 – ت/2525 غير منشور .
22. القاضي مدحت المحمود ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 ، الجزء الأول ، بغداد ، 1994 ، ص12 .
23. المحامي جمعة السعدون ، المصدر السابق ، ص151 .
24. القرار التمييزي ، العدد 3502/شخصية أولى/2005 – ت/102-23/1/2006 غير منشور .
25. القرار التمييزي المرقم 411/شخصية أولى/2009 – ت1294 – 24/3/2009 غير منشور.
26. المادة (9) من قانون الرسوم العدلية وتعديلاته رقم 114 لسنة 1981 .
27. القرار التمييزي المرقم 410/هيأة الأحوال الشخصية الأولى/ 2009 – ت344 في 26/1/2009 غير منشور .
28. المادة (105 و106) من قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1976 .
29. القرار التمييزي المرقم 428/شخصية أولى/2009 – ت /453 في 3/3/2009 غير منشور .
30. السيد سابق ، فقه السنة ، المجلد الثاني ، الجزء 6 ، الطبعة الرابعة ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان – بيروت ، 1983 ، ص241 .
31. محمد جواد مغنية ، أصول الإثبات في الفقه الجعفري ، ص23 ، نقلاً عن : كتاب المحامي جمعة سعدون الربيعي ، المرشد إلى إقامة الدعوى الشرعية وتطبيقاتها العملية ، الطبعة الثانية ، بغداد ، 2006 ، ص5.
32. المحامي جمعة سعدون الربيعي ، المرشد إلى إقامة الدعاوى الشرعية وتطبيقاتها العملية ، المصدر السابق ، ص5 .
33. المادة 43 من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 ب- تعتد زوجة المفقود بعد الحكم بالتفريق أربعة أشهر وعشرة أيام .
34. زكريا الأنصاري ، فتح الوهاب ، الجزء السادس ، الطبعة الأولى ، دار الكتاب العلمية ، لبنان – بيروت، 1997 ، ص124 . () المحامي جمعة سعدون الربيعي ، المرشد إلى إقامة الدعاوى الشرعية وتطبيقاتها العملية ، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2006 ، ص648 .
35. د. رمضان علي السيد الشرنباصي والدكتور جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، المصدر السابق ، ص125.
36. الألوسي: أبو الفضل شهاب الدين السيد محمود الألوسـي، ت – ١٢٧٠هــ، روح المعاني في تفسير القـرآن العظـيم، والـسبع المثـاني، ط . ١٣٩٨هـ ـ ١٩٧٨م، دار الفكر ـ بيروت
37. الجصاص: الأمام أبو بكر أحمد الرازي الجصاص، ت ـ ٣٧٠هــ ، أحكـام ١ القرآن، راجعه رشيد رضا: الإمام محمد رشيد رضا، تفسير المنار، ط . الهيئة المصرية العامـة للكتب . ٥ .السايس: الشيخ محمد على السايس، تفسير آيات الأحكام، ط . محمـد علـى صبيح .
38. صدقي محمد جميل، ط .١٤٢١ هـ – ٢٠٠١م، دار الفكر ـ بيروت
39. الرازي: الإمام محمد فخر الدين الرازي، ت – ٦٠٤ هــ، التفـسير الكبيـر ومفاتيح الغيـب ، ط . ١٤٠١ هــ ـ ١٩٨١ م، دار الفكـر ـ ١ بيروت
40. رشيد رضا: الإمام محمد رشيد رضا، تفسير المنار، ط . الهيئة المصرية العامـة للكتب . ٥ .السايس: الشيخ محمد على السايس، تفسير آيات الأحكام، ط . محمـد علـى صبيح .

**الدساتير**

1. القانون الاساسي العراقي لعام 1925
2. الدستور الاردني لعام 1998
3. الدستور العراقي لعام 2005
4. الدستور السوري 2012
5. الدستور المصري 2014

1. () نص المادة (45) من قانون الأحوال الشخصية [يعتبر التفريق في الحالات الواردة في المواد (الأربعين ، والحادية والأربعين ، والثاني والأربعين ، والثالثة والأربعين طلاقاً بائناً بينونة صغرى] . [↑](#footnote-ref-1)
2. ()د. فاروق عبد الله كريم ، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي ، طبع جامعة السليمانية عام 2004 ، ص193 . [↑](#footnote-ref-2)
3. ()السيد سابق ، فقه السنة ، المجلد الثاني ، الجزء 6 ، الطبعة الرابعة ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان – بيروت ، 1983 ، ص241 . [↑](#footnote-ref-3)
4. () سورة البقرة ، الآية 229 . [↑](#footnote-ref-4)
5. () زكريا الأنصاري ، فتح الوهاب ، الجزء السادس ، الطبعة الأولى ، دار الكتاب العلمية ، لبنان – بيروت، 1997 ، ص124 [↑](#footnote-ref-5)
6. ()فؤاد إفرام البستاني ، منجد الطلاب ، الطبعة الحادية عشرة ، دار المشرق ، لبنان – بيروت ، 1971 ، ص423 . [↑](#footnote-ref-6)
7. () د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، الطبعة الخامسة ، القاهرة عام 1992 ، المجلد الأول ، ص133 . [↑](#footnote-ref-7)
8. () المحامي جمعة سعدون الربيعي ، المرشد إلى إقامة الدعاوى الشرعية وتطبيقاتها العملية ، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2006 ، ص648 . [↑](#footnote-ref-8)
9. () القاضي عبد القادر إبراهيم علي ، خلاصة محاضرات في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته ألقيت على طلاب المعهد القضائي ، 2006 ، ص76 . [↑](#footnote-ref-9)
10. () المادة 43 من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 ب- تعتد زوجة المفقود بعد الحكم بالتفريق أربعة أشهر وعشرة أيام . [↑](#footnote-ref-10)
11. () القاضي عبد القادر إبراهيم علي ، خلاصة محاضرات في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته ألقيت على طلاب المعهد القضائي ، 2006 ، ص76 . [↑](#footnote-ref-11)
12. ()د. احمد الكبيسي ، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته ، الزواج والطلاق واثارها ، الجزء الأول ، مطابع التعليم العالي في الموصل ، لسنة 2007 ، ص155 . [↑](#footnote-ref-12)
13. () القاضي عبد القادر إبراهيم علي ، المصدر السابق ، ص77 . [↑](#footnote-ref-13)
14. () د. رمضان علي السيد الشرنباصي والدكتور جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، القسم الثاني ، الطبعة الأولى ، 2006 ، ص145. [↑](#footnote-ref-14)
15. () المادة الثالثة والأربعون الفقرة أولاً البند 1 من قانون الأحوال الشخصية النافذ في إقليم كردستان -العراق. [↑](#footnote-ref-15)
16. () القرار المرقم /213/الهيأة الشخصية الأول/2009 ت /2697 في 29/9/2009 ، غير منشور . [↑](#footnote-ref-16)
17. () المادة (2) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 . [↑](#footnote-ref-17)
18. () القرار المرقم /213/الهيأة الشخصية الأول/2009 ت /2697 في 29/9/2009 ، غير منشور . [↑](#footnote-ref-18)
19. () المادة (2) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 . [↑](#footnote-ref-19)
20. () محمد جواد مغنية ، أصول الإثبات في الفقه الجعفري ، ص23 ، نقلاً عن : كتاب المحامي جمعة سعدون الربيعي ، المرشد إلى إقامة الدعوى الشرعية وتطبيقاتها العملية ، الطبعة الثانية ، بغداد ، 2006 ، ص5. [↑](#footnote-ref-20)
21. () المحامي جمعة سعدون الربيعي ، المرشد إلى إقامة الدعاوى الشرعية وتطبيقاتها العملية ، المصدر السابق ، ص5 . [↑](#footnote-ref-21)
22. () عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية ، الطبعة الثانية ، مطابع الإسكندرية ، القاهرة ، 1987 ، ص560 . [↑](#footnote-ref-22)
23. () القرار التمييزي المرقم 2127/شخصية أولى/2009 – ت/2525 غير منشور . [↑](#footnote-ref-23)
24. ()القاضي مدحت المحمود ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 ، الجزء الأول ، بغداد ، 1994 ، ص12 . [↑](#footnote-ref-24)
25. ()المحامي جمعة السعدون ، المصدر السابق ، ص151 . [↑](#footnote-ref-25)
26. () القرار التمييزي ، العدد 3502/شخصية أولى/2005 – ت/102-23/1/2006 غير منشور . [↑](#footnote-ref-26)
27. ()القرار التمييزي المرقم 411/شخصية أولى/2009 – ت1294 – 24/3/2009 غير منشور. [↑](#footnote-ref-27)
28. () المادة (9) من قانون الرسوم العدلية وتعديلاته رقم 114 لسنة 1981 . [↑](#footnote-ref-28)
29. ()القرار التمييزي المرقم 410/هيأة الأحوال الشخصية الأولى/ 2009 – ت344 في 26/1/2009 غير منشور . [↑](#footnote-ref-29)
30. ()المادة (105 و106) من قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1976 . [↑](#footnote-ref-30)
31. () القرار التمييزي المرقم 428/شخصية أولى/2009 – ت /453 في 3/3/2009 غير منشور . [↑](#footnote-ref-31)
32. ()السيد سابق ، فقه السنة ، المجلد الثاني ، الجزء 6 ، الطبعة الرابعة ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان – بيروت ، 1983 ، ص241 . [↑](#footnote-ref-32)
33. () محمد جواد مغنية ، أصول الإثبات في الفقه الجعفري ، ص23 ، نقلاً عن : كتاب المحامي جمعة سعدون الربيعي ، المرشد إلى إقامة الدعوى الشرعية وتطبيقاتها العملية ، الطبعة الثانية ، بغداد ، 2006 ، ص5. [↑](#footnote-ref-33)
34. () المحامي جمعة سعدون الربيعي ، المرشد إلى إقامة الدعاوى الشرعية وتطبيقاتها العملية ، المصدر السابق ، ص5 . [↑](#footnote-ref-34)
35. () المادة 43 من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 ب- تعتد زوجة المفقود بعد الحكم بالتفريق أربعة أشهر وعشرة أيام . [↑](#footnote-ref-35)
36. () زكريا الأنصاري ، فتح الوهاب ، الجزء السادس ، الطبعة الأولى ، دار الكتاب العلمية ، لبنان – بيروت، 1997 ، ص124 . [↑](#footnote-ref-36)
37. () المحامي جمعة سعدون الربيعي ، المرشد إلى إقامة الدعاوى الشرعية وتطبيقاتها العملية ، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2006 ، ص648 . [↑](#footnote-ref-37)
38. () د. رمضان علي السيد الشرنباصي والدكتور جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، المصدر السابق ، ص125. [↑](#footnote-ref-38)
39. () الألوسي: أبو الفضل شهاب الدين السيد محمود الألوسـي، ت – ١٢٧٠هــ، روح المعاني في تفسير القـرآن العظـيم، والـسبع المثـاني، ط . ١٣٩٨هـ ـ ١٩٧٨م، دار الفكر ـ بيروت [↑](#footnote-ref-39)
40. () الجصاص: الأمام أبو بكر أحمد الرازي الجصاص، ت ـ ٣٧٠هــ ، أحكـام ١ القرآن، راجعه رشيد رضا: الإمام محمد رشيد رضا، تفسير المنار، ط . الهيئة المصرية العامـة للكتب . ٥ .السايس: الشيخ محمد على السايس، تفسير آيات الأحكام، ط . محمـد علـى صبيح . [↑](#footnote-ref-40)
41. () صدقي محمد جميل، ط .١٤٢١ هـ – ٢٠٠١م، دار الفكر ـ بيروت [↑](#footnote-ref-41)
42. () الرازي: الإمام محمد فخر الدين الرازي، ت – ٦٠٤ هــ، التفـسير الكبيـر ومفاتيح الغيـب ، ط . ١٤٠١ هــ ـ ١٩٨١ م، دار الفكـر ـ ١ بيروت [↑](#footnote-ref-42)
43. () رشيد رضا: الإمام محمد رشيد رضا، تفسير المنار، ط . الهيئة المصرية العامـة للكتب . ٥ .السايس: الشيخ محمد على السايس، تفسير آيات الأحكام، ط . محمـد علـى صبيح . [↑](#footnote-ref-43)