جامعة كَربلاء

كُلية القانون

القسم الخاص

دور مبادئ الشريعة الاسلامية في انحلال عقد الزواج
(دراسة مقارنة بالشريعة الاسلامية)

رِسالةٌ مُقدمة إلى مجلس كُلية القانون / جامعة كَربلاء

وهي جزء من مُتطلبات نيل شهادة المْاجستير في القانون الخاص

كُتبت بوساطة الطالب

محمد جواد احمد هاشم الخفاجي

بإشراف

الدكتور عَبد الله عَبد الأمير طه العمّاري

أستاذ القانون المدني المْساعد

1445 هـ

2024م

بسم الله الرحمن الرحيم

{الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أو تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ..}

صدق الله العليّ العظيم

سورة البقرة : الآية (229)

إقرار المشرف

أشهد أن رسالة الماجستير الموسومة بـ (**دور مبادئ الشريعة الاسلامية في انحلال عقد الزواج – دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي**) المقدمة من قبل الطالب (**محمد جواد احمد**) إلى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء ، بوصفها جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، وقد جرت تحت اشرافي ورشحت للمناقشة، مع التقدير .

التوقيع :

الأسم : أ.م .د. عبدالله عبد الامير طه

الاختصاص : القانون المدني

جامعة كربلاء / كلية القانون

إقرار المقوم اللغوي

أشهد إني قرأت رسالة الماجستير الموسومة بـ (دور مبادئ الشريعة الإسلامية في إنحلال عقد الزواج - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) المقدمة من قبل الطالب (محمد جواد أحمد هاشم الخفاجي) إلى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء ، وقد وجدتها صالحة من الناحيتين اللغوية والتعبيرية ، بعد أن أخذ الطالب بالملاحظات المسجلة على متن الرسالة .

مع التقدير ...

٢٠٢٤/٢/١٣

التوقيع :

الاسم : أ.م.د. سهيلة خطاف عبد الكريم

الاختصاص العام : اللغة العربية

الاختصاص الدقيق : نحو

إقرار لجنة مناقشة

نشهد نحن أعضاء لجنة المناقشة إننا اطلعنا على هذه الرسالة الموسومة بـ (دور مبادئ الشريعة الإسلامية في انحلال عقد الزواج "دراسة مقارنة")، وناقشنا الطالب (محمد جواد احمد) على محتواها، وفيما له علاقة بها، ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون / فرع القانون الخاص وبدرجة ( ).

التوقيع :

الاسم: أ.د. اشواق عبدالرسول

(رئيساً)

التاريخ: / / 2024

التوقيع :

الاسم: أ.م.د. نبهل عبد شعيبث

(عضواً)

التاريخ: / / 2024

التوقيع :

الاسم: أ.م.د. وعود كاتب عبد

(عضواً)

التاريخ: ١٢ / ٢ / 2024

التوقيع :

الاسم: أ.م.د. عبدالله عبدالامير طه

(عضواً ومشرفاً)

التاريخ: / / 2024

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

التوقيع:

أ.د. باسم خليل نايل السعيدي

عميد كلية القانون / جامعة كربلاء

التاريخ: / / 2024

الإهـداء

إلى...

اهل بيت النبي جميعًا..... غاية الملهوف وسبيل من تفرَّقت به السبل.

شهداء العراق..... جميلكم أكبر منا جميعاً .

والديَّ العزيزين..... الأمان والحنان.

إخوتي وأخواتي..... قناديل رحلة الحياة.

كل من علمني حرفاً .....

كل من ساندني ولو بكلمة .....

أهدي لكم هذا الجهد حباً ورفعةً وكرامةً

الباحث

شكـر وعرفان

الحمدُ لله والشكر كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، عدد خلقه ورضا نفسه، وزنة عرشه، ومداد كُلمْاته الذي من عليّ بإنجاز هذه الرسالة، والصلاة والسلام على أفضل الخلق نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلمْ تسليماً كثيرًا.

أتوجه بالشكر والامتنان إلى الأستاذ الفاضل الدكتور (عبد الله عبد الأمير طه العماري) الذي كان خير معين لي على إتمام هذه الرسالة ؛ لمْا قدم لي من ملاحظات علمْية قيمة طيلة مدة كتابة الرسالة فله مني وافر الشكر والامتنان.

كما أتقدم بالشكر والامتنان إلى الأستاذ الجليل الدكتور (حيدر الشمري) لمْا أبداه لي من ملاحظات قيمة فجزاه الله عني أفضل الجزاء.

كما أتوجه بالشكر والامتنان إلى السادة أعضاء لجنة المْناقشة ؛ لتفضلهم قبول مناقشة رسالتي، وأخص منهم من تجشم عناء السفر، وهو يحمل في قلبه النية الصادقة لتقويم عملي، فلهم مني جزيل الشكر والامتنان.

كما أتوجه بالشكر والامتنان إلى جميع اساتذتي في كُلية القانون جامعة كربلاء، بفرعيها الخاص والعام، الذين كأن لهم الفضل في تدريسهم لي في مرحلة دراسة البكالوريوس والمْاجستير فجزاهم الله خير الجزاء.

كما اتقدم بالشكر الجزيل إلى موظفي مكتبة كُلية القانون جامعة كربلاء لمْساعدتهم لي في الحصول على المْصادر التي بها أنجزت هذه الرسالة.

كما أثني بالشكر والامتنان إلى موظفي مكتبة العتبة الحسينية المْقدسة ومكتبة العتبة العباسية المْقدسة ؛ لمْساعدتهم لي في الحصول على المْصادر القيمة فلهم مني وافر الشكر والامتنان.

كما أتوجه بوافر الشكر والامتنان إلى زميلي الاستاذ (مصطفى حسن الخفاجي) ؛ لمساعدته لي ومدّ يدّ العون في سبيل إتمام هذه الرسالة، جزاه الله خيرًا.

الباحث

الملخص

تُعدّ الأحوال الشخصية من أهم المواضيع التي تهم الانسان في كل عصر وزمان لمساهمة أحكامها في اخص خصوصياته، والتصاقها بكل جوانب حياته من قبل مولده وحتى بعد موته ؛ ولتنظيمها شؤون الأسرة التي ينشأ فيها التي تمثل اللبنة التي يقوم عليها المجتمع ؛ إذ يقوى بتماسكها ويضعف بانفصام عراها فعنيت الشريعة الاسلامية بها كما عززت العلاقة بين أفرادها بإقامتها على المودة والرحمة ؛ لذلك يعد قانون الأحوال الشخصية من أهم القوانين إن لم يكن أهمها على الاطلاق ؛ لما يرتب من حقوق وواجبات على جميع افراد الأسرة وبما إنّ أحكام الشريعة الاسلامية جاءت لعموم البشر من لدن اللطيف الخبير ؛ لذا دائما ما تثار مواضيع يكون محورها موقع أحكام الشريعة الاسلامية في المنظومات القانونية للدولة من هذه الموضوعات أحكام انحلال عقد الزواج في القانون العراقي.

إذ حرص المشرع العراقي كما فعل أغلب المشرعين في الدول الإسلامية وخاصة الدول العربية إلى تنظيم العلاقة بين الدين والدولة وبما إن أحكام انحلال عقد الزواج مستنبطة من الشريعة الاسلامية. وإنّ الدستور العراقي قد أشار إلى عدم جواز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الاسلام، ولكن عندما نظم المشرع العراقي أحكام انحلال عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية فإنه قد خرج عن هذا الحكم ونصّ على حالات خالف فيها أحكام الشريعة الاسلامية، كما أوجد حالات في التفريق القضائي لا تعرفها الشريعة الاسلامية بأن جعل القضاء هو الذي يتولى الطلاق بناءً على طلب أحد الزوجين ؛ لذا فإنّ هذا كله يثير العديد من الاشكاليات.

فقد تناول هذ البحث مسائل الطلاق بين مبادئ الشريعة الاسلامية وأحكام القانون من خلال التعرف على معنى الطلاق، وحكمه، ومشروعيته، والحكمة منه، فضلا عن الطلاق بإرادة الزوجة وبإرادة الزوج بين مبادئ الشريعة الاسلامية والقانون، كذلك تم التطرق إلى معنى الطلاق الاتفاقي وحكمه والحكمة منه، ودور مبادئ الشريعة الاسلامية في مقوماته، كذلك تطرق إلى ماهية التفريق القضائي ومدى سلطان الإرادة فيه ودور مبادئ الشريعة الاسلامية في حالات التفريق للضرر الواقع لكلا الزوجين، وفي حق طلب التفريق من قبل الزوجة في عدة حالات.

وللوقوف على حالات مخالفة القانون للشريعة من خلال المقترحات التي من خلالها يمكن أن يكون القانون أكثر ملاءمة لمبادئ الشريعة الاسلامية، وكذلك سوف نبين من خلال

الرسالة مواطن الاتفاق والاختلاف بين الشريعة الاسلامية وموقف المشرع العراقي وبيان الرأي الراجح.

فموضوع دور مبادئ الشريعة الاسلامية في إنحلال عقد الزواج له أهمية كبيره من الناحية العملية تستوجب البحث فيه، ولعل الدافع لهذه الدراسة هو قلة الدراسات المتعلقة بها إذ لم نجد بحثاً مستقلاً يتناول دور مبادئ الشريعة الاسلامية في انحلال عقد الزواج بصورة منفصلة، وإنما هناك بحوث تناولت جزئيات من هذا البحث، وبيان ما هو دور مبادئ الشريعة الاسلامية في صياغة أحكام انحلال عقد الزواج، فضلاً عن مدى التزام المشرع العراقي بها، وما هي النواقص والثغرات التي تعتري أحكام قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 التي تستوجب المراجعة والتعديل بما يتلاءم مع ثوابت الشريعة الاسلامية.

المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
المقدمة	**6 - 1**
الفصل الأول: احكام الطلاق بين مبادئ الشريعة الاسلامية وأحكام القانون	**86 - 7**
المبحث الأول: الطلاق بإرادة منفردة	**60 - 9**
المطلب الأول: الطلاق: المعنى، والحكم، ومشروعيته، والحكمة منها	**19 - 9**
الفرع الأول: معنى الطلاق وحكمه	**15 - 10**
الفرع الثاني: مشروعية الطلاق والحكمة منها	**19 - 15**
المطلب الثاني: الطلاق بإرادة الزوجة بين مبادئ الشريعة الاسلامية والقانون	**37 - 19**
الفرع الأول: الطلاق بإرادة الزوجة وفق مبادئ الشريعة الاسلامية	**31 - 20**
الفرع الثاني: دور مبادئ الشريعة الاسلامية في احكام الطلاق بإرادة الزوجة	**37 - 31**
المطلب الثالث: الطلاق بإرادة الزوج بين مبادئ الشريعة الاسلامية والقانون	**60 - 38**
الفرع الأول: الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون	**51 - 38**
الفرع الثاني: معايير الطلاق التعسفي وصوره	**60 - 51**
المبحث الثاني: أحكام الطلاق الاتفاقي بين الشريعة والقانون	**86 - 61**
المطلب الأول: معنى الطلاق الاتفاقي وحكمه والحكمة منه	**69 - 61**
الفرع الأول: معنى الطلاق الاتفاقي ومشروعيته	**65 - 62**
الفرع الثاني: حكم الطلاق الاتفاقي والحكمة منه	**69 - 66**

الموضوع	رقم الصفحة
المطلب الثاني: دور مبادئ الشريعة الاسلامية في مقومات الطلاق الاتفاقي	70 – 87
الفرع الأول: طبيعة الطلاق الاتفاقي وتكييفه شرعاً وقانوناً.	70 - 76
الفرع الثاني: مقومات الطلاق الاتفاقي بين الشريعة والقانون	76 - 86
الفصل الثاني: دور الشريعة الاسلامية في ترسيخ أحكام التفريق القضائي	87 - 127
المبحث الأول: دور مبادئ الشريعة في أحكام التفريق القضائي للضرر الواقع لكلا الزوجين	89 - 106
المطلب الأول: ماهية التفريق القضائي ومدى سلطان الإرادة فيه	89 - 96
الفرع الأول: معنى التفريق القضائي، وغايته، والدليل	90 - 92
الفرع الثاني: مدى سلطان الإرادة في التفريق القضائي	92 - 96
المطلب الثاني: دور مبادئ الشريعة الاسلامية في حالات التفريق للضرر الواقع لكلا الزوجين	97 - 106
الفرع الأول: التفريق للضرر المادي	97 - 101
الفرع الثاني: التفريق للخلاف أو الشقاق	101 - 106
المبحث الثاني: دور مبادئ الشريعةفي حق طلب التفريق من قبل الزوجة	107 - 127
المطلب الأول: أحكام التفريق بطلب من الزوجة لضرر الحرمان من النفقة بين الشريعة والقانون	107 - 116
الفرع الأول: أحكام التفريق بطلب من الزوجة لضرر الحرمان من النفقة وفق مبادئ الشريعة الاسلامية	108 - 114
الفرع الثاني: أحكام التفريق بطلب من الزوجة لضرر الحرمان من النفقة وفق قانون الأحوال الشخصية	115 - 116

الموضوع	رقم الصفحة
المطلب الثاني: أحكام التفريق بطلب من الزوجة لضرر الحرمان من المعاشرة الزوجية بين الشريعة والقانون	116 - 127
الفرع الأول: دور مبادئ الشريعةفي أحكام التفريق بطلب من الزوجة لضرر الحرمان من المعاشرة الزوجية بسبب البعد حقيقة	117 - 122
الفرع الثاني : التفريق بطلب من الزوجة لضرر الحرمان من المعاشرة الزوجية بسبب البعد حكما	112 - 127
الخاتمة	**128 - 133**
المصادر	**134 - 152**
Abstract	**i - ii**

المقدمة

المُقدمـــة

إنّ بحث موضوع دور مبادئ الشريعة الاسلامية في انحلال عقد الزواج دراسة مقارنة بالشريعة الاسلامية يقتضي تسليط الضوء على جوهر فكرة البحث وبيان موقف التشريع العراقي وموقف الشريعة الاسلامية، وتحديد أهميته، وأسباب اختياره، والمُشكُلة التي دعت إلى دراسته، كما يقتضي رسم هيكُلية ومنهج لبحثه؛ لذا قسمنا المُقدمة إلى محاورٍ عدة:

أولاً – التعريف بموضوع البحث

إنّ الأحوال الشخصية من أهم المواضيع التي تهم الانسان في كل عصر وزمان لمساهمة أحكامها بأخص خصوصياته والتصاقها بكل جوانب حياته من قبل مولده وحتى بعد مماته، ولتنظيمها شؤون الأسرة التي ينشأ فيها التي تمثل اللبنة التي يقوم المجتمع عليها ؛ إذ يقوى بتماسكها ويضعف بانفصام عراها فعنيت الشريعة الاسلامية بها، كما عززت العلاقات بين أفرادها بإقامتها على المودة والرحمة ؛ لذا يُعد قانون الأحوال الشخصية من أهم القوانين إن لم يكن أهمها على الإطلاق لما يرتب من حقوق وواجبات على جميع الأفراد الأسرة.

بما إنّ أحكام الشريعة الاسلامية جاءت لعموم البشر من لدن اللطيف الخبير، فهي نظام شامل للحياة وهذا دليل على عظمة الدين الإسلامي وسمو شريعته وسعة وشمول أحكامه التي تساير مصالح الناس وتلبي حاجاتهم في كل زمان ومكان ؛ لذا دائماً ما تثار مواضيع يكون محورها موقع أحكام الشريعة الاسلامية في المنظومات القانونية لأي دولة، والذي يتحدد على أساس التنظيم الدستوري لتلك الدول. وقد حرصت اغلب التشريعات في الدول الإسلامية عموماً والدول العربية على وجه الخصوص إشارة إلى مسألة تنظيم العلاقة بين الدين والدولة. ولا يخفى على أحد أن العراق أهم البلدان الإسلامية ؛ لذلك فإن دستوره النافذ لعام (2005) أشار إلى مسألة جوهرية تتعلق باختصاص السلطة التشريعية الأصيل الذي يتمثل بـ (عدم جواز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام) بعد أن قرر إنّ (الإسلام دين الدولة الرسمي وهو مصدر أساس للتشريع). لذا اعتبرت الشريعة الاسلامية أحد مصادر قانون الأحوال الشخصية العراقي ؛ إذ نصت المادة الأولى منه في الفقرة الثانية (أذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون).

أحكام انحلال عقد الزواج مستنبطة من الشريعة الاسلامية المتمثلة بالقران الكريم والسنة النبوية الشريفة، ولكن تشريع القوانين والتعديل عليها فيما يخص مختلف مجالات الحياة بما ينعكس تأثيره في العلاقات الاجتماعية بين افراد الأسرة والعلاقات الاجتماعية بينهم التي قد لا تنسجم مع المبادئ الثابتة في الشرع الحنيف التي نظمت الأحكام الشرعية بمختلف صورها وابوابها بشيء من التفصيل وأعطت صلاحية للمجتهد التصرف بما يتلاءم مع مقتضى الشرع فيما لا نص فيه. فعندما نظم المشرع العراقي أحكام انحلال عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية على الرغم من نص الدستور على أنه (لا يجوز سن قانون يتعارض مع أحكام ثوابت الإسلام) قد خرج عن هذا الحكم ونص على حالات خالف فيها أحكام انحلال عقد الزواج في الشريعة الاسلامية، كما أوجد حالات في التفريق القضائي لا تعرفه الشريعة الاسلامية بأن جعل القضاء هو الذي يتولى الطلاق بناءً على طلب أحد الزوجين.

ثانياً – أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في تناوله موضوع فقهي مهم له صله مباشرة بحياة الناس ؛ وذلك من خلال أهمية معرفة الأحكام الشرعية المتعلقة انحلال عقد الزواج ودورها في أحكام قانون الأحوال الشخصية العراقي الخاصة بانحلال عقد الزواج لبيان مواطن التوافق والاختلاف بينهما، والتي يمكن صياغتها بالتفصيل ،خطورة موضوع الطلاق على المجتمع وذلك من خلال وقوعه خلافاً لأحكام الشريعة الاسلامية في بعض الحالات عن طريق التفريق القضائي خلافاً لأحكام الطلاق في الإسلام. فضلا عن تسليط الضوء على موقف الشريعة من التفريق القضائي ومقارنته مع النظام القانوني لأحكام التفريق القضائي في قانون الأحوال الشخصية العراقي ؛ لبيان أوجه القصور فيه ومعرفة دور مبادئ الشريعة الاسلامية في ذلك. وكذلك تسليط الضوء على موقف الشريعة من الطلاق الاتفاقي ومقارنته مع النظام القانوني لأحكام الطلاق الاتفاقي في قانون الأحوال الشخصية العراقي لبيان أوجه القصور ومعرفة دور الشريعة في ذلك.

ثالثاً – إشكالية البحث

تدور اشكالية البحث حول تحليل ومعرفة ما هو دور الشريعة الاسلامية في صياغة أحكام قانون الأحوال الشخصية العراقي الخاصة بانحلال عقد الزواج المتمثلة بالطلاق والتفريق

القضائي ؛ كون هذه الأحكام تمس مصالح مهمة والتي يعود تأثيرها في المجتمع بشكل عام وفي الأسرة والفرد بشكل خاص.

رابعاً – منهجية البحث:

يتمثل موضوع البحث بدراسة تحليلية مقارنة بين أحكام قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنه 1959 وثوابت أحكام الشريعة الاسلامية لمعرفة دور مبادى الشريعة الاسلامية في صياغة نصوص أحكام قانون الأحوال الشخصية الخاصة بانحلال عقد الزواج ، من خلال المقارنة بين نصوص القانون العراقي المعمول به في المحاكم العراقية والأحكام الفقهية النظرية بعد دراسة المواد القانونية ذات الصلة بالموضوع، مع بيان مستندها الفقهي من خلال الدراسة النظرية.

خامساً – اهداف دراسة موضوع البحث

تهدف هذه الدراسة إلى ما يأتي:

1. البحث في موضوع دور مبادى الشريعة الاسلامية في صياغة أحكام انحلال عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية العراقي.
2. بيان مدى الفهم السليم للمشرع لثوابت أحكام الشريعة الاسلامية الخاصة بالطلاق والتفريق القضائي.
3. البحث في مدى التزام المشرع عند سن القوانين بعدم مخالفة الثوابت الخاصة في الطلاق التفريق القضائي.
4. معرفة النواقص والثغرات القانونية التي تعتري أحكام الأحوال الشخصية العراقي التي تستوجب المراجعة والتعديل بما يتلائم مع أحكام الشريعة الاسلامية.

سادساً – دراسات سابقة

بعد البحث والسؤال في حدود دراستنا لهذا الموضوع لم نعثر على دراسات سابقة تتناول موضوع (دور مبادئ الشريعة الاسلامية في انحلال عقد الزواج –دراسة مقارنة بالشريعة الاسلامية) إلا أنه يوجد بعض الأبحاث التي اختصت بدراسة بعض جزئيات هذا الموضوع منها:

1. **التفريق القضائي بين الزوجين – دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني** : رسالة ماجستير في الجامعة الإسلامية –غزة– (2004) من إعداد عدنان علي النجار، تناول فيها تناول موضوع التفريق القضائي بين الزوجين وتطبيقاته من خلال المقارنة بين الأحكام الفقهية والأحكام المعتمدة في المحاكم الشرعية في فلسطين.
2. **أثر التشريع الإسلامي في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959** : بحث منشور في مجلة الجامعة العراقية (2015) من إعداد غسان كريم عبد وحسين عبيد، والذي تناول فيه موقف الشريعة الاسلامية من بعض نصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي.
3. " **انحلال الرابطة الزوجية بين الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة الجزائري– دراسة مقارنة**" ، **(2013):** رسالة ماجستير في كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، من اعداد عبد الرحمن مقداش، عبارة عن دراسة مقارنة بين ما ورد في قانون الأسرة الجزائري من مواد متعلقة بطرق انحلال الرابطة الزوجية وآثارها وما جاء في الشريعة الاسلامية، اعتماداً على ما ذهب إليه فقهاء المذاهب الأربعة المعتمدة.

لكن هذه المؤلفات لم تبحث الموضوع بصورة خاصة، فقد اقتصرت في بعض الأحيان على النواحي الفقهية فقط وأحياناً على شرح قوانين الأحوال الشخصية من غير تعليق أو نقد ومن غير توضيح الإيجابيات والسلبيات ومواطن الضعف والقوة، كما يؤخذ على عليها بأنها لم تهتم بمحاولة سد الثغرات الموجودة في قوانين الاحوال الشخصية ولم تبحث في معرفة دور مبادئ الشريعة الاسلامية فيها.

سابعاً – هيكلية البحث

نظرًا لأهمية موضوع الدراسة قسمنا البحث إلى فصلين تسبقهما مُقدمة، نتناول في الفصل الأول احكام الطلاق بين مبادئ الشريعة الاسلامية وأحكام القانون وسنوضح ذلك من خلال مبحثين، نتناول في المْبحث الأول الطلاق بإرادة منفردة الذي يتضمن ثلاثة مطالب، المطلب الأول التعريف بمعنى الطلاق، وحكمه، ومشروعيته، والحكمة منه والمْطلب الثاني الطلاق بإرادة الزوجة بين مبادئ الشريعة الاسلامية والقانون، والمطلب الثالث الطلاق بإرادة الزوج بين مبادئ الشريعة الإسلامية والقانون. ونتناول في المبحث الثاني أحكام الطلاق الاتفاقي بين الشريعة

والقانون، إذ يتضمن مطلبين المطلب الأول معنى الطلاق الاتفاقي وحكمه والحكمة منه، والمطلب الثاني دور مبادئ الشريعة الإسلامية في مقومات الطلاق الاتفاقي.

أما الفصل الثاني سنتناول فيه دور مبادئ الشريعة في ترسيخ أحكام التفريق القضائي بين الزوجين سنوضح ذلك من خلال مبحثين أيضًا، نتناول في المْبحث الأول دور مبادئ الشريعة الاسلامية في أحكام التفريق القضائي للضرر الواقع لكلا الزوجين الذي يتضمن مطلبين، المطلب الأول ماهية التفريق القضائي ومدى سلطان الإرادة فيه، والمْطلب الثاني نتناول دور مبادئ الشريعة الإسلامية في حالات التفريق للضرر الواقع لكلا الزوجين، أما المبحث الثاني سنتناول دور مبادئ الشريعة في حق طلب التفريق من قبل الزوجة الذي يتضمن مطلبين، نتناول في المْطلب الأول أحكام التفريق بطلب من الزوجة لضرر الحرمان من النفقة بين الشريعة والقانون ، أما في المْطلب الثاني نتناول أحكام التفريق بطلب من الزوجة لضرر الحرمان من المعاشرة الزوجية بين الشريعة والقانون.

ثم أنهيت موضوع البحث بأهم النتائج والتوصيات التي تم التوصل اليها من خلال البحث.

وبعد فلا يسعني إلا أن أدعو الله تعالى بالتوفيق والسداد، وما كان صوابًا في الرسالة فمن الله تعالى، وما كان فيها من خطأ فمن نفسي.

والحمد لله ربّ العالمْين والصلاة والسلام على محمد وآله اجمعين.

الفصل الأول

احكام الطلاق بين مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكام القانون

- ❖ المبحث الأول: الطلاق بإرادة منفردة
- ❖ المبحث الثاني: أحكام الطلاق الاتفاقي بين الشريعة والقانون

الفصل الأول

مسائل الطلاق بين مبادئ الشريعة الاسلامية وأحكام القانون

تمهيد وتقسيم

يتم البحث في هذا الموضوع لتحديد إشكالات الطلاق التي يثيرها قانون الأحوال الشخصية العراقي اثناء تطبيقه ومحاولة وضع اقتراحات وحلول للتقليل من هذه الإشكالات والمحافظة على الأسرة ومن ثم المحافظة على المجتمع ككل ، والتعرف على مدى إلمام وإحاطة المشرع العراقي بموضوع الطلاق ومناقشة الفراغ التشريعي الموجود في نصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي، فضلاً عن معرفة دور الشريعة الاسلامية في صياغة هذه النصوص.

من جهة أخرى على الصعيد الاجتماعي تظهر أهمية الموضوع في التزايد المستمر لنسبة الطلاق في مجتمعنا ؛ مما يستدعي تفعيلاً للنصوص المتعلقة بالطلاق وأن يقوم المشرع بدوره في محاصرة هذه الظاهرة ليحمي الأسرة من التفكك على أن يكون ذلك في إطار الدين الإسلامي الذي يمثل مصدر للقانون العراقي. وللوصول إلى هذه الغاية سيتم تقسيم مسائل الطلاق بين مبادئ الشريعة الاسلامية وأحكام القانون في مبحثين نتعرض في المبحث الأول إلى بيان الطلاق بإرادة منفردة في مطلبين، عبر التطرق إلى الطلاق بإرادة الزوجة بين مبادئ الشريعة الاسلامية والقانون في المطلب الأول، وفي المطلب الثاني سنتناول الطلاق بإرادة الزوج بين مبادئ الشريعة الاسلامية والقانون. أما في المبحث الثاني فسيتم التعرض فيه إلى دور مبادئ الشريعة الاسلامية في أحكام الطلاق الاتفاقي في مطلبين نخصص المطلب الأول منه للطلاق الاتفاقي وفق مبادئ الشريعة الإسلامية، والثاني منه للطلاق الاتفاقي وفق أحكام قانون الأحوال الشخصية العراقي، وكما يأتي:

المبحث الأول: الطلاق بإرادة منفردة

المبحث الثاني: دور مبادئ الشريعة الإسلامية في أحكام الطلاق الاتفاقي

المبحث الأول

الطلاق بإرادة منفردة

صياغة أي مفهوم يقتضي التعرض لمعناه، وبيان مصدره، وأنواعه، والطلاق واحد من المواضيع المهمة التي تناولتها مبادئ الشريعة الاسلامية وقانون الأحوال الشخصية العراقي ولكن هناك اختلاف بينهما في بعض المواطن.

هذا يقتضي التعرض لصياغة مجموعة من المفاهيم المتعلقة به والتي من أبرزها بيان معناه اللغوي والاصطلاحي، فضلاً عن تتبع آراء ومواقف فقهاء المسلمين من بين المصادر المعتبرة لدى المذاهب المختلفة، وتحليل النصوص القانونية في قانون الأحوال الشخصية العراقي للوصول إلى نتائج صحيحة تصلح أن تكون قواع تأسس لمفهوم عام للطلاق. وهذا ما سيتم التعرض له في ثلاثة مطالب نتناول في الأول معنى الطلاق وحكمه ومشروعيته والحكمة منها، وفي الثاني الطلاق بإرادة الزوجة بين مبادئ الشريعة الاسلامية والقانون، أما المطلب الثالث فيتعرض إلى الطلاق بإرادة الزوج بين مبادئ الشريعة الاسلامية والقانون، وكما يأتي:

المطلب الأول: الطلاق: المعنى والحكم ومشروعيته والحكمة منها.

المطلب الثاني: الطلاق بإرادة الزوجة بين مبادئ الشريعة الإسلامية والقانون .

المطلب الثالث: الطلاق بإرادة الزوج بين مبادئ الشريعة الاسلامية والقانون .

المطلب الأول

الطلاق: المعنى والحكم ومشروعيته والحكمة منها

إن الطلاق هو الحل الأخير الذي يلجأ إليه الزوجين للحد من الشقاق الذي تنعدم فيه الغاية والهدف من الزواج وهذا ما سنعالجه في هذا المطلب ؛ إذ سيتم التعرض إلى معنى الطلاق وحكمه في الفرع الأول، ومشروعية الطلاق والحكمة منها في الفرع الثاني، وكما يلي:

الفرع الأول: معنى الطلاق وحكمه .

الفرع الثاني: مشروعية الطلاق والحكمة منها .

الفرع الأول

معنى الطلاق وحكمه

عند تناول أي مفهوم لابد من التعرض لمعناه الذي سنتناوله من الناحية اللغوية والاصطلاحية، وفي الجانب الاصطلاحي نبحث عنه في الشريعة والقانون، وكما يلي:

أولاً– المعنى اللغوي للطلاق:

الطلاق لغةً : الطاء واللام والقاف أصل صحيح مطرد واحد، وهو يدل على التخلية والإرسال، وجمعه: إطلاق، وهي كلمة مشتقة من الفعل الثلاثي طَلَقَ، وهو يدل على أما " التحرّر من الشيء والتحلّل منه: فيُقال: طلق المسجون؛ أي تحرّر من القيد، وطُلّقت المرأة من زوجها؛ أي تحلّلت منه، وخرجت عن عصمته" . أو " الانشراح والبسط والعطاء: وذلك حين يُقال: طلق يده بالخير؛ أي بسطها وبذلها للعطاء، وطلقه مالاً؛ أي أعطاه إياه." [1].

ثانياً – المعنى الاصطلاحي للطلاق

يكون البحث ببيان معنى الطلاق في الشريعة الاسلامية وقانون الأحوال الشخصية العراقي، وكما يلي:

1. معنى الطلاق في الشريعة الاسلامية:

معنى الطلاق في الاصطلاح فهو موافق لبعض مدلوله اللغوي ؛ لأن أهل اللغة يستعملونه بمعنى إزالة كل قيد معنوي أو حسي، أما الفقهاء يستعملونه في إزالة القيد المعنوي والذي يتمثل بفك الارتباط الخاص بين الرجل والمرأة الحاصل بعقد الزواج بلفظ طالق ونحوه. والطلاق عند الفقهاء متفق على معناه، " رفع قيد النكاح" [2] غير أن تفاصيله فيها خلاف، فقد تم تعريفه عند المحدثين على النحو الآتي :

---

(1) احمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، معجم مقاييس اللغة، ج3، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر للنشر، بيروت، 1399ه- 1979م، ص 420.

(2) شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج، ج3، ط1، 3، دار الكتب العلمية، تحقيق علي محمد معوض – عادل احمد عبد الموجود، 1415ه- 1994م، ص279.

أ- **معنى الطلاق عند الفقهاء القدامى:**

- **معنى الطلاق عند الحنفية:** بأنه " رفع القيد الثابت شرعاً بالنكاح بألفاظ مخصوصة في الحال والمال" ، وهو بذلك يتكون من مجموعة محترزات فقوله (شرعاً) يحترز بها عن القيد الحسي، وقوله (بالنكاح) يحترز به عن العتق، وقوله (بألفاظ مخصوصة) يخرج بها الفسخ، وقوله (في الحال) يقصد به البينونة الكبرى، و(المآل) إذا طلقها بينونة صغرى [1].

- **معنى الطلاق عند المالكية:** أما المالكية فعرفته " صفة حكيمة ترفع حلية متعة الزوج بزوجته موجبا تكررها مرتين للحر، ومرة لذي رق حرمها عليه قبل زوج" [2]. كما عرفوه بأنه " حل عقد النكاح على اعتبار الحال والمال" [3]. فتعريف الطلاق عند المالكية يبين عدد التطليقات التي تقع بلفظ الطلاق وما يتعلق بذلك من الرجعة وعدمها، فيملك الزوج الرجعة في البينونة الصغرى إذا طلقها واحدة ، أو اثنتين ولا يملكها في الثلاث.

- **معنى الطلاق عند الحنابلة:** بأنه " حل قيد النكاح، أو بعضه بوقوع ما يملكه من عدد الطلقات، أو بعضها" [4]. ويكون هذا الحل بإيقاع الزوج الطلاق على زوجته سواء استكمل الطلقات الثلاث أم أوقع بعضها؛ فهو تحريم بعد تحليل كما أن النكاح تحليل بعد تحريم [5].

- **معنى الطلاق عند الشافعية:** عرفه الشافعية بأنه: " حل قيد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه" [6]. فتعريف الشافعية يبين أن للطلاق ألفاظ مخصوصة يقع بها، ويلحق بالطلاق الخلع وتفريق

---

(1) شمس الأئمة محمد ب احمد بن ابي سهل السرخسي، المبسوط للسرخسي،ج5، دار المعرفة، بيروت-لبنان، 1414 ه- 1993 م، ص 198.

(2) صفاء السيد لولو الفار، أحكام الطلاق بالوسائل الحديثة دراسة فقهية مقارنة، بحث منشور في مجلة مجمع الشريعة الاسلامية، المجلد 6، العدد 35، كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، 2019، ص 170-171.

(3) السرخسي، المبسوط للسرخسي، ج5، المصدر السابق، ص 198.

(4) إبراهيم بن محمد بن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، 1997، ص249.

(5) منصور بن يونس بن صلاح الدي ابن حسن بن ادريس البهوتي الحنبلي، دقائق أُولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، ط1، عالم الكتب، بيروت – لبنان، 1414 ه- 1993 م، ص363.

(6) شمس الدين محمد بن أبي العباس احمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، ج6، ط اخيرة، دار الفكر، بيروت-لبنان، 1404ه- 1984م، ص279.

القاضي، ولا يلحق بألفاظ الطلاق فسخ عقد النكاح؛ لأن الطلاق إنهاء للآثار المترتبة على العقد، أما الفسخ فهو نقض لعقد الزواج [1].

- **معنى الطلاق عند الجعفرية بأنه:** " وهو إزالة قيد النكاح بغير عوض بصيغة طالق" [2]

يتضح مما سبق ما يلي:

- إنّ تعريف الحنفية للطلاق فيه تفصيل أكثر لأنواع الطلاق ؛ لأنه يبين إنّ الطلاق يزيل قيد الزواج ويرفعه في الحال إذا كان الطلاق ثلاثاً وفي المال إذا كان رجعياً.
- بين المالكية إنّ للطلاق صفة يتم بها،
- أضاف الشافعية والحنفية قيودا خاصة بألفاظ الطلاق،
- أما الحنابلة في تعريفهم للطلاق قيد يتعلق بعدد الطلقات التي يزيل بها عقد النكاح.
- أما بالنسبة إلى الجعفرية فأن انفصال الزوج عن زوجته يتحقق بإيقاع صيغة خاصة وبشروط خاصة.

ب- معنى الطلاق عند المحدثين من الفقهاء:

عرفه بعض المحدثين بأنه: " رفع قيد الزواج الصحيح، في الحال ، أو في المآل بلفظ يفيد ذلك صراحة أو كناية، أو ما يقوم مقام الكناية والإشارة" [3]. فهو يتكون من محترزات هي أنه (رفع قيد الزواج الصحيح) خرج به رفع قيد الزواج غير الصحيح حيث إنّ إنهائه يسمى فسخاً لا طلاقاً. (بلفظ يفيد ذلك صراحةً أو كناية): يفيد ذلك إنّ اللفظ الصريح لا يفيد سوى معنى الطلاق، أما الكناية فإنه يحتمل الطلاق وغيره، ولكن إذا اقترن بالنية فهو كالصريح [4].

---

(1) محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، شرح مختصر خليل للخرشي، وبهامش حاشية العدوي في الشريعةالمالكي، للإمام حبي الضياء سيد خليل، مطبعة محمد افندي مصطفى، مصر، 1324هـ، ص488.

(2) الشيخ زيد الدين العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، مجمع الفكر الاسلامي للنشر، مطبعة شريعت – قم، مجلد6، ط12، 1437هـ، ص11.

(3) بدران أبو العينين بدران، الشريعةالمقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، ج1، 1998م، ص302.

(4) بدران أبو العينين بدران، الشريعةالمقارن للأحوال الشخصية، المصدر السابق، ص302.

عند مقارنة معنى الطلاق في اللغة مع ما هو في الشريعة الاسلامية نجد إنّ الطلاق في اللغة، فهو أعمّ منه في الشريعة الاسلامية ؛ وذلك إنّ لفظ الطلاق يختص بالمرأة والإطلاق لغيرها إذا سرح، فيقال طلقت المرأة وأطلقت الأسير، والذي يترتب عليه اعتماد هذا الفرق من قبل الفقهاء في أحكام الطلاق بقولهم " بلفظ الطلاق يكون صريحاً ، وبلفظ الإطلاق يكون كناية" [1].

2. معنى الطلاق في القانون:

لكي نبين معنى الطلاق في القانون لابد من أن نتناوله أولاً في اطار الشريعةالقانوني وثانياً في اطار التشريع، وكما يلي:

كما بين معناه المشرع العراقي في المادة (34/ أولاً) من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 بأنه " رفع قيد الزواج من الزوج أو الزوجة إن وكلت به أو فوضت أو من القاضي ..." [2].

إنّ كثيراً من قوانين الدول العربية لم تعرف الطلاق ؛ لذا اعتقد البعض إنّ من الافضل أن يتجنبه المشرع العراقي أيضاً ؛ لأنه من اختصاص الفقهاء وليس من اختصاص المشرعين . إلّا أنه ما لوحظ على معنى الطلاق في إطار التشريع بأنه أشار إلى أنه " بالطلاق ترفع كل القيود المفروضة على الزوجة بموجب عقد الزواج ، أما في حالة الطلاق البائن ، أو في المال كما في الطلاق الرجعي، كما أنه أشار إلى الجهة التي لها الحق في إيقاع الطلاق على النحو الذي سيتم إيضاحه. مع ملاحظة أن المقصود من الطلاق هنا الطلاق الواقع بإرادة منفردة من احد اطراف العقد (الزوج– الزوجة) [3].

(1) زينب زكريا معابدة، حكمة مشروعية العدد والعدة في الطلاق، بحث منشور في مجلة دراسات، علوم الشريعةوالقانون، المجلد 45، العدد 4، ملحق 3، 2018، ص (43-54)، ص45.

(2) ينظر المادة (34/ أولاً)، قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959.

(3) د. حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في احكام الزواج والطلاق واثارهما في التشريع العراقي والشريعة الاسلامية، ط1، مطابع دار الوارث، كربلاء المقدسة، العراق، 1442 ه – 2020 م، ص 101.

إنّ ما يميز معنى الطلاق وفق التشريع عن ما هو في الشريعة الاسلامية هو أن " الأول أقر بوضوح إيقاع الطلاق من قبل الزوجة إذا فوضها الزوج حق تطليق نفسها، كما أقر ايقاع الطلاق من قبل القاضي وهذان الامران ليسا محل اتفاق بين الفقهاء [1]

أما الوصف الشرعي للطلاق تصرف شرعي يقوم به الزوج، وإن الأصل فيه الكراهة، أو خلاف الأولى، ولكن قد تعتريه الأحكام الخمسة حيث يكون واجباً ، أو حراماً ، أو مندوباً ، أو مكروهاً، أو مباحاً ، وذلك بالنظر إلى حالة الزوجين، أو سبب وقوعه، ويمكن بيان ذلك فيما يأتي:

أولاً – الطلاق واجب : في حالة علم الزوج إن بقاء هذه الزوجة معه يوقعه في محرم من نفقة، أو غيرها ، كما يكون الطلاق واجباً في حالة المولي بعد التربص إذا امتنع عن الوطء، وطلاق الحكمين في الشقاق إذا لم يجد سبيلاً للصلح بينهما [2].

ثانياً – الطلاق محرماً : هو الذي يخالف نص أو سنة مثل طلاق المرأة اثناء فترة الحيض ، أو طهر أتى الرجل فيه زوجته، أو طلاق المكروه ومثل طلاق الحكمين في الشقاق بين الزوجين إذا أرادا ذلك ، ومثل طلاق المولى بعد التربص أربعة أشهر إذا رفض أن يأتي زوجته وهو طلاق بدعي[3].

ثالثاً – الطلاق مكروها: إذا لم يكن من داعٍ إلى ما تقدم وقيل هو حرام في هذه الحال لما فيه من أضرار للزوجة من غير داع إليه. أي هو إذا كان الحال بينهما عامرة وكل واحد منهما قائم بحق صاحبه [4].

---

(1) فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (188) 1959 وتعديلاته، جامعة السليمانية – كردستان العراق، ط1، 2004، ص166.

(2) ابو محمد موفق الدين عبد الله بن محمد قدامة المقدسي الدمشقي الحنبلي، المغني، ج10، مكتبة القاهرة، 1388ه – 1968م، ص323. شمس الدين محمد بن أبي العباس احمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، ج6، ط 3، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 2003م، ص423.

(3) د. حيدر حسين كاظم، الشمري، المختصر في احكام الزواج والطلاق واثارهما في التشريع العراقي والشريعة الاسلامية، المصدر السابق، ص103.

(4) أبو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي، المبسوط في فقه الجعفرية، ج5، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، طهران – ايران، 1417ه، ص2،

رابعاً – الطلاق مندوب: كأن تكون الزوجة سيئة الخلق يخاف منها الوقوع في الحرام إذا استمرت عنده كأن تفرط الزوجة في واجباتها تجاه الله كالصلاة ونحوها إذا طلبت زوجته ذلك للشقاق، أي إذا كان الحال بينهما فاسدة بالشقاق وتعذر الانفاق وكل واحد منهما يعجز عن القيام بما يجب عليه فالمستحب الفرقة [1]

خامساً – الطلاق مباح: كأن تكون عشرة المرأة سيئة للغاية ؛ أو لأن الزوج لا يحب زوجته أو لا يطيقها ولا تطيب نفسه أن يتحمل نفقتها من غير الحصول على الاستمتاع [2].

الفرع الثاني

مشروعية الطلاق والحكمة منها

شرع الله عز وجل الطلاق كوسيلة وطريقة علاجية استثنائية لا يتم اللجوء إليها إلّا في حالة استعصاء الحياة الزوجية وبعد استنفاد كل محاولاًت الصلح، ويستمد الطلاق مشروعيته من أدلة بالقرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والاجماع، والتي يمكن توضيحها كما يأتي:

أولاً – القرآن الكريم: هنالك العديد من الآيات التي اشارت إلى الطلاق منها:

1. قوله عز وجل ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أو تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [3]
2. قوله عز وجل ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إذا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ﴾ [4]
3. قوله عز وجل ﴿وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته وكان الله واسعا حكيما ﴾ [5]
4. قوله عز وجل ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أو تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾[6]

---

(1) محمد كمال الدين امام، احكام الأحوال الشخصية للمسلمين-دراسة تاريخية وتشريعية وقضائية، ج2، منشأة المعارف بالإسكندرية للنشر، مصر، 2001، ص12.

(2) ابو البركات احمد بن محمد بن احمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك الى مذهب الامام مالك، ج2، دار المعارف، 1392ه، ص361.

(3) سورة البقرة (الآية 229).

(4) سورة الطلاق (الآية 1).

(5) سورة النساء (الآية 130).

(6) سورة البقرة (الآية 236).

ثانياً – السنة النبوية الشريفة: وردت أحاديث عدة في إباحة الطلاق، منها:

1. عن ابن عمر عن النبي(ﷺ) قال (أبغض الحلال إلى الله الطلاق) [1].
2. عن عبد الله بن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض، فذكر ذلك عمر لرسول الله (ﷺ) ، فقال (ﷺ): (مُره فلِيُرَاجِعْهَا، ثم لِيُمْسِكْهَا حتى تَطْهُرَ، ثم تَحِيضُ فَتَطْهُرَ، فإن بدا له أن يطلقها فليطلقها طاهرًا قبل أن يَمَسَّهَا، فتلك العِدَّةُ التي امر الله ان تُطلَق لها النساء) [2].
3. قول النبي محمد " (ﷺ)" (إنما الطلاق لمن اخذ بالساق) [3].

ثالثاً – الإجماع: أجمع الفقهاء المسلمون من زمن النبي (ﷺ) ليومنا هذا على مشروعية الطلاق المشتمل على شرائطه ووقوعه [4]. فقد تم الإجماع على أن للرجل أن يطلق زوجته، ولم ينكر هذا الصنيع أحد [5].

قال القرطبي: " دل الكتاب والسنة وإجماع الأمة على أن الطلاق مباح غير محظور" ، ونَقل قول ابن المنذر: " وليس في المنع منه خبر يثبت" [6].

رابعاً – المعقول: المعقول يؤيده، فأنه ربما فسدت الحال بين الزوجين، فيصير بقاء النكاح مفسدة محضة فضلاً عن كونه ضرراً مجرداً ، بإلزام الزوج النفقة السكنى وحبس المرأة مع سوء العشرة

---

(1) أبو داوود سليمان بن الأشعث بن اسحاق بن بشير الازدي السجستاني، شرح سنن ابي داود للعباد، ط1، ج2، دار طويق للنشر والتوزيع، الرياض- السعودية، حديث (2178)، 1429هـ، ص225.

(2) مسلم بن حجاج النيسابوري، صحيح مسلم، ج2، دار احياء التراث العربي، بيروت – لبنان، حديث (1471)، 1469 هـ، ص1098.

(3) ابو عبد الله محمد بن يزيد الربعي القزويني ابن ماجة، سنن ابن ماجة، ج1، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية ،حديث (2081)، 1430هـ – 2009م، ص650.

(4) د. حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في احكام الزواج والطلاق واثارهما في التشريع العراقي والشريعة الاسلامية، المصدر السابق، ص 102.

(5) ابو محمد موفق الدين عبد الله بن محمد قدامة المقدسي الدمشقي الحنبلي، المغني، ج10، المصدر السابق، ص82. معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، ج1، ط5، دار الوفاء، المنصورة - مصر، 1990، ص278.

(6) أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لإحكام القران، مراجعة وتعليق محمد إبراهيم الحفناوي، خرج أحاديثه محمود حامد عثمان،ج2، دار الحديث، القاهرة – مصر، 1423هـ – 2002م، ص111.

وخصومة دائمة من غير فائدة، فأقتضى ذلك شرع ما يزيل النكاح ؛ لتزول المفسدة الحاصلة منه.[1]

فإذا حصل الخصام بين الزوجين، وتعسر الإصلاح بينهما، فلا بد من اختيار أحد الأمور الثلاثة الآتية:

3. بقاء الحياة الزوجية مع النفرة والضغينة.
4. أن تبقى الزوجية قائمة مع التفريق بينهما جسدياً، فتصير المرأة كالمعلقة.
5. أن يفرق بينهما بالطلاق فيغنيهما الله من فضله بالزواج من زوج آخر، يجد عنده ما افتقده عند صاحبه الأول [2].

لا شك أن كل عاقل يرى أن التفريق بينهما في هذه الحال هو الأفضل، ليجد كل منهما حياته بعد ذلك، وهذا من باب درء المفاسد أولى من جلب المصالح.

على الرغم من حث الشريعة الاسلامية على الزواج وترغيبها فيه، وحرصها على قيام الرابطة الزوجية على أسس السكن والمودة والرحمة ودوامها على هذه الأسس، إلا أنها لم تغفل عن واقع النفوس وطبيعتها، وما قد يعتريها من تغيرات فقد يطرأ على القلوب ما يقلبها فتنقلب المحبة إلى بغض، والمودة إلى قطيعة فتستحكم النفرة ولا يمكن رأب الصدع ولا تعود الأسرة إلى صفوها. لذا يعد تشريع الطلاق من محاسن الشريعةالغراء ومن دلائل واقعيتها وعدم اغفالها مصالح الناس في مختلف ظروفهم واحوالهم [3]، وله أحكاماً عديدة منها:

1. **تحقيق المصلحة لكل من طرفي العلاقة الزوجية:** كأن يكون الزوج طالباً للنسل وزوجته عقيمة، وهو من أهم مقاصد الزواج، ولا يستطيع الزوج الجمع بين زوجتين والإنفاق على

---

(1) كريمة عبود جبر وعبد الهادي عبد الكريم، محددات الطلاق في الشريعة الاسلاميةة، حكمها والحكمة منها، بحث منشور في مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، المجلد 8، العدد2، 2009، ص 125.

(2) ابو محمد موفق الدين عبد الله بن محمد قدامة المقدسي الدمشقي الحنبلي، المغني، المصدر السابق، ج10، ص82. عبد الرحمن بن محمد بن احمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، الشرح الكبير على متن المقنع، تحقيق محمد شرف الدين خطاب، والسيد محمد السيد، وسيد إبراهيم صادق، ط1، دار الحديث، القاهرة - مصر، 1416ه – 1996م، ص73. محمد احمد مصطفى أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة - مصر، 1445ه – 1984م، ص 280.

(3) محمد عبد الرحمن الفقي المغاوري، سنية الطلاق وبدعيته وأثر كل منهما – دراسة مقارنة في الشريعة الاسلامية وبعض القوانين العربية، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية- مصر، 2011، ص 24.

كلتيهما، أو يكون عاجزاً عن ضم أخرى إليها وعن العدل بينهما، فإن استطاع كان الأفضل له شرعاً أن يبقيها في عصمته، وقد يكون بالزوج مرض أو عجز يمنعه النسل، والمرأة تتوق إلى تحقيق عاطفة الأمومة، ووجودها مع الزوج على حالته هذه إيذاء لها وحرمان من حاجتها، فيكون الطلاق محققاً لمصلحته [1].

2. **النفور القلبي بين الزوجين:** بما أن القلوب بيد الله ولا سلطان لأحد على كثير من شؤونها لذا قد تتنافر طباع الزوجين كل التنافر، أو يلقى في نفس أحدهما أو كليهما كراهة شديدة للآخر وتعجيز جمع الوسائل الإنسانية عن علاج هذه الحال.

3. **سوء العشرة بين الزوجين:** قد تفسد اخلاق أحد الزوجين، فلا يرعى لعقد الزواج عهدا ولا حرمة ويندفع في تيار الفسق والفجور كما أنه يصبح فضيحة الفضائح لكل من ينتمي إليه، وعجز جميع وسائل التقويم عن إصلاحه ورده إلى الطريق المستقيم. [2]

4. **الوقاية من الامراض:** قد يصاب أحدهما بمرض لا يستطيع معه دوام العشرة، وقد يكون بأحد الزوجين مرض معد، تتحول معه الحياة إلى نفور وخصام فيكون التفريق للوقاية من ذلك [3].

5. **عدم القدرة على الأنفاق على زوجته:** قد يكون الزوج معسراً بالنفقة، إذ تتضرر الزوجة بذلك، خصوصاً وإذا لم يكن لها مورد رزق غير نفقة الزوجية فيكون الفراق هو الحل المناسب [4].

مما سبق ذكره يمكن القول أن الإسلام شرع الطلاق للضرورة التي تحقق مصلحة الزوجين وتدفع الضرر عنهما فيكون الطلاق علاجاً نهائياً مر المذاق يحسم الخلاف بين

---

(1) أسماء عبد الله طباسي، احكام التفويض في الطلاق في الشريعة الاسلامية، رسالة ماجستير مقدمة الى الجامعة الإسلامية، فلسطين، 2009، ص16.

(2) محمود سمير عبد الفتاح، احكام الزواج والطلاق في التشريع الإسلامي (مع دراسة خاصة لمصادر التشريع)، مطبعة البحيرة، دون ذكر سنة الطبع، ص 218-219.

(3) عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الاسلامية، ج7، ط2، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2000، ص348.

(4) أسماء عبد الله طباسي، احكام التفويض في الطلاق في الشريعة الاسلامية، المصدر السابق، ص 16.

الزوجين، وذلك بعد فشل العلاج بالطرق المناسبة ؛ لذا فالإسلام لم يكن شغوفاً بالترغيب في الطلاق، ولا داعياً إلى الإكثار منه.

المطلب الثاني

الطلاق بإرادة الزوجة بين مبادئ الشريعة الاسلامية والقانون

إنّ كل شخص يملك تصرفاً من التصرفات القانونية له ان يتولاه بنفسه وله ان يوكل القيام به إلى شخص آخر، ومن نافلة القول إنّ الزوج يملك طلاق زوجته متى ما كان أهلاً لإيقاع الطلاق فحينئذ يقع الطلاق بكل ما يدل على إنهاء الرابطة الزوجية، فقط يكون هذا وللأخير أن ينيب الزوجة المراد إيقاع الطلاق عليها فتسمى الإنابة تفويضاً، وقد يكون المنيب غير الزوجة فتسمى الإنابة توكيلاً ولكل من التفويض والتوكيل أحكاماً خاصة بهما، ولهذا لو أمر الرجل زوجته بإيقاع الطلاق على نفسها كان هذا الأمر بالنسبة اليها تفويضاً، وقد اختلفت آراء فقهاء المسلمين [1]، وأحكام قانون الأحوال الشخصية العراقي في مشروعية التفويض بين مجيزٍ ورافضٍ لتمليك الزوج زوجته في طلاق نفسها لإباحة تمليك الزوج زوجته أمر نفسها. وللتفويض صيغ متعددة تدل عليه، فقد يكون بأحد الألفاظ الثلاثة اختياري نفسك، وأمرك بيدك، وطلقي نفسك.

كما اختلف الفقهاء في حكم الطلاق الواقع بالتفويض فمنهم من يرى أنه يقع رجعياً، بينما رأى آخرون أنه يقع بائناً وحسب ألفاظ الطلاق ونية الزوج.

لتسليط الضوء على النقاط المتقدمة ومعرفة دور الشريعة الاسلامية في أحكام قانون الأحوال الشخصية العراقي الخاصة بالتفويض ومدى تأثرها بوجهات الشريعة الاسلامية ، وزعنا الكلام فيه على فرعين تطرق الأول فيه إلى الطلاق بإرادة الزوجة وفق مبادئ الشريعة الاسلامية، والثاني دور مبادئ الشريعة الاسلامية في احكام الطلاق بإرادة الزوجة ، وكما يلي:

الفرع الأول: الطلاق بإرادة الزوجة وفق مبادئ الشريعة الاسلامية.

الفرع الثاني: دور مبادئ الشريعة الاسلامية في احكام الطلاق بإرادة الزوجة.

---

(1) محمد جواد مغنية، الشريعةعلى المذاهب الخمسة، ج2، ط1، مؤسسة دار الكتاب الاسلامية، بلا مكان طبع، 2006، ص163.

الفرع الأول

الطلاق بإرادة الزوجة وفق مبادئ الشريعة الاسلامية

إن إرادة الزوجة بالطلاق ليست مطلقة كما هو الحال في إرادة الزوج ؛ لأنه حق مُنح له، أما الزوجة فتكون إرادتها مقيدة ؛ لذا تحتاج اما تفويض أو توكيل من صاحب الحق وهو الزوج، والتي سيتم تناولها بالتفصيل وكما يأتي:

أولاً- تفويض الطلاق إلى الزوجة لتطليق نفسها من زوجها:

التفويض هو صورة من صور ممارسة الطلاق يمنحها الزوج إلى الزوجة. ويمكن تعريفه بأنه " تمليك الزوج زوجته بأن تطلق نفسها سواء أكان هذا التمليك حين عقد الزواج أي مقترنا بإيجاب وقبول أم بعده أي بعد قيام الزوجية" [1]. ووفق هذه الصورة المفوض يعمل بإرادة نفسه، إلا أن هذه الصورة من صور ممارسة الطلاق مختلف في مدى مشروعيتها في إيقاع الطلاق. أي تباينت مواقف فقهاء الإسلام من التفويض في الطلاق، فذهب بعضهم إلى عدم تنظيم التفويض في الطلاق من حيث تحديد معناه وبيان الأحكام الخاصة به، في حين ذهب البعض الآخر إلى النص على التفويض في الطلاق وبيان أحكامه ولتسليط الضوء على مواقف الفقهاء سنتطرق إلى اتجاهين: سنتناول في أولهما موقف المذاهب التي لم تتطرق إلى تحديد معنى التفويض في الطلاق والأحكام الخاصة به وخصصنا ثانيهما لموقف المذاهب التي عنيت بالتفويض ونظمت أحكامه.

1. **موقف المذاهب التي لم تُعنى التفويض وأدلتهم:** لم تعالج بعض المذاهب موضوع التفويض في الطلاق من حيث تحديد معناه وبيان الأحكام الخاصة به ومن هذه المذاهب:

أ- **مذهب الجعفرية:** لم يضع فقهاء الجعفرية معناً للتفويض ولعل سبب اعراضهم عن ذلك هو تبنيهم فكرة عدم جواز تفويض الطلاق إلى الزوجة ووردت نصوصهم بما يشير إلى ذلك، إذ جاء في المبسوط للطوسي ما نصه " فإذا أراد تفويض الطلاق اليها فعندنا لا يجوز على

(1) عبد الوهاب خلاف، الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية، ط2، دار القلم، دمشق- سوريا، 1990، ص149.

الصحة من المذهب [1]. كما ذهب السيد محمد الروحاني إلى الموقف ذاته إذ قال " ولو خير الزوج زوجته وقصد تفويض الطلاق إليها فاختارت نفسها بقصد الطلاق وقع الطلاق رجعياً وقيل لا يقع أصلاً وهو الاقوى" [2]. والمعنى نفسه أورده السيد السيستاني إذ قال " إذا خير الزوج زوجته وقصد تفويض الطلاق اليها فاختارت نفسها بقصد الطلاق لم يقع به الطلاق على الأظهر [3].

إذ يرى فقهاء الجعفرية أن المرأة ليس لها الحق في ان تختار نفسها في الطلاق، ومثل هذا الطلاق يقع عندهم باطلاً. إذ جاء في هذا المعنى في جواهر الكلام من كتب الجعفرية " فلاريب أن مذهب الجعفرية قديماً وحديثاً عدم التخيير" [4].

يستخلص مما تقدم أن الطلاق لا يقع عند فقهاء الجعفرية إذا خير الزوج زوجته فاختارت نفسها بقصد الطلاق.

ب- **مذهب الظاهرية:** سار الشريعةالظاهري على نهج الشريعةالإمامي في عدم معالجته موضوع التفويض وذلك لتبنيهم فكرة عدم مشروعية تفويض الزوج لزوجته في إيقاع الطلاق مطلقاً وإذا ما قام الزوج بتفويض زوجته بالطلاق واختارت تطليق نفسها من زوجها، فأن هذا الطلاق لا يقع ولا يرتب أي أثر عليه. فقد جاء في المحلى ما نصه " من جعل إلى امرأته أن تطلق نفسها، لم يلزم، ولا تكن طالقاً طلقت نفسها أو لم تطلق انما الطلاق جعله الله للرجال لا للنساء" [5]. ووفق هذا الاتجاه فإن البطلان مطلقا.

قد استند فقهاء الجعفرية وفقهاء الظاهرية عدم إباحة تفويض الزوج زوجته في طلاق نفسها بعدم الجواز بأدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية وسنبحثها فيما يأتي :

---

(1) أبو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي، المبسوط في فقه الجعفرية، المصدر السابق، ج5، ص29.
(2) محمد الحسيني الروحاني، منهاج الصالحين، ج2، ط2، مكتبة الالفين، بور سعيد - مصر، مسألة رقم 1355، 1994، ص235.
(3) علي الحسيني السيستاني (دام ظله)، منهاج الصالحين (المعاملات)، ج3، المؤسسة العلمية للمطبوعات، بيروت –لبنان، 1416ه، ص151. ابو القاسم الموسوي الخوئي، منهاج الصالحين، ج3، ط28، مطبعة مهر – قم، 1410، مسألة رقم (1430)، ص294.
(4) محمد حسن النجفي، جواهر الكلام، ج32، المكتبة الاسلامية، طهران – ايران، ص72.
(5) ابو محمد بن علي بن احمد بن حزم الاندلسي، المحلى بالأثار في شرح المجلي بالاختصار، ج9، دار ابن حزم للنشر، بيروت – لبنان، 2016، ص1787.

- **الأدلة من القرآن الكريم:** قوله تعالى " يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا * وَإِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالدَّارَ الْآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا *" [1].

وجه الدلالة من هذه الآية أن معنى تخيير هذه الآية إنما كان تخيير بين الدنيا والآخرة وليس تخيير طلاق [2]، وإن كان تخيير الطلاق إنما كان ذلك خاص بالنبي محمد(ﷺ) فلو أخترن انفسهن خيرهن أما غيره فلا يجوز له ذلك [3] ، وإن الله تعالى أمر نبيه (ﷺ) أن يطلقهن إذا اخترن الدنيا ولم يوجب ذلك وقوع الطلاق باختيارهن[4].

وقوله تعالى " وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا " [5] ، إذ تشير هذه الآية إشارة ضمنية إلى عدم جواز عمل أحد عن أحد، كما لا يجوز كلام أحد عن أحد [6]، لذا لا يجوز طلاق المرأة نفسها نيابة عن الزوج وأن فوضها بذلك.

- **الأدلة من السنة النبوية:** استدل بعضهم بالآثار المروية عن اهل البيت (عليهم السلام) ومنها رواية علي بن الحسين عن ابراهيم عن محرز قال: سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام، وأنا عنده فقال: رجل قال لامرأته: أمرك بيدك قال أنى يكون هذا والله يقول الرجال قوامون على النساء.

فضلاً عن رواية محمد بن علي عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (عليه السلام) أنه قال: ما للنساء والتخيير إنما ذلك شيء خص الله به نبيه (ﷺ)، كذلك رواية محمد بن علي عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال : قلت له ما تقول في رجل جعل أمر امرأته بيدها؟ قال: فقال لي : ولي الأمر من ليس أهله وخالف السنة ولم يجز النكاح.

---

(1) سورة الأحزاب، (الآيتان 28،29).
(2) ابو جعفر محمد بن الحسن الطوسي، التبيان في تفسير القرآن، ج8، ط1، حققه احمد حبيب قيصر العاملي، دار احياء التراث العربي، مكتب الاعلام الاسلامي، 1209ه، ص333.
(3) ابو علي الفضل بن الحسن الطبرسي، مجمع البيان في تفسير القرآن، ج8، ط1، حققه محسن الامين العاملي، مؤسسة الاعلمي، بيروت - لبنان، 1995، ص152.
(4) ابو بكر محمد بن علي الرازي الجصاص، احكام القرآن، ج3، ط1، حققه واخرجه عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 1994، ص468.
(5) سورة الانعام، (الآية 164).
(6) ابو محمد بن علي بن احمد بن حزم الاندلسي، المحلى بالأثار في شرح المجلي بالاختصار، المصدر السابق، ج9، ص 1787.

كذلك رواية حميد بن زياد عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله (عليه السلام) في الرجل إذا خير امرأته فقال: إنما الخيرة لنا ليس لأحد وإنما خير رسول الله (ﷺ) لمكان عائشة فاخترن الله ورسوله ولم يكن لهن أن يخترن غير رسول الله (ﷺ) [1].

وجه الاستدلال بهذه الأحاديث بمجموعها تخيير الزوجات بين الطلاق والبقاء على الزوجية إنما كان ذلك خاص برسول الله (ﷺ) عندما أمر الله تعالى بتخيير نساءه[2].

- **المعقول:** اذ من المعقول الطلاق على الإيلاء واللعان والظهار فلما كان الظهار والايلاء واللعان كلام، ولا يجوز أن يولي أحد أو يلاعن أو يظاهر عن أحد، كذلك الطلاق فهو كلام لا يجوز فيه الوكالة أو التفويض [3].

وجدير بالذكر أن هذا الرأي هو الآخر لم يسلم من الانتقادات التي وجهت إليه تتمثل بما يأتي:

أ- من أظهر ما يحتج به من أجاز تفويض الطلاق إلى الزوجة قوله تعالى: " يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا * وَإِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالدَّارَ الْآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا *" [4].
فالمتعة انما تكون بعد وقوع الطلاق واختيارهن الحياة للدنيا وزينتها في الآية الكريمة كناية عنه.

أما قوله عز وجل (وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا) فالمراد منه إخراجهن من بيوتهن بعد وقوع الطلاق [5].

---

(1) محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الفقه، ج22، دار احياء التراث العربي، بيروت – لبنان، ص92.
(2) زيد الدين العاملي، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، ج6، دار التفسير، قم - ايران، 1382هـ، ص150.
(3) ابو محمد بن علي بن احمد بن حزم الاندلسي، المحلى بالأثار في شرح المجلي بالاختصار، المصدر السابق، ج9، ص1774.
(4) سورة الأحزاب، (الآيتان 28،29).
(5) ابو بكر احمد بن علي الرازي الجصاص، المصدر السابق، ج3، ص4.

ب- أما بخصوص ما ورد بالسنة فإلى جانب الاحاديث التي استدل بها من قال بعدم التفويض فوجد احاديث أخرى تقابلها اجازت التفويض ومنها عن زرارة عن أبي جعفر قال : قلت له رجل خيّر امرأته قال إنما الخيار لها ما داما في مجلسهما فإذا تفرقا فلا خيار لها. وعن جعفر بن محمد عن زرارة عن إحدهما (عليهما السلام) قال إذا اختارت نفسها فهي تطليقه بائنة وإن اختارت زوجها فلا شيء. وكذلك عن الحسن ابن محبوب قال سمعت أبا جعفر (عليه السلام) يقول المخيرة تبين من ساعتها من غير طلاق ولا ميراث بينهما لأن العصمة قد بانت منها ساعة كان ذل منها ومن الزوج [1].

مما تقدم يتبين أن هذا الرأي هو الأجدر بالقبول من حيث عدم إباحة تفويض الزوج زوجته في طلاق نفسها إذ إن عدم جواز التفويض لا يحتاج إلى دليل لان آيتي التخيير لا تدلان على مجرد اختيار الزوجة نفسها يعني ايقاعها الطلاق. كذلك الأحاديث المروية عن الرسول (ﷺ) والتي منها قول عائشة " خيرنا رسول الله (ﷺ) فاخترناه فلم يكن طلاقاً " [2] ولو أخترن انفسهن لكان ذلك طلاقاً من غير حاجة إلى تفويض أو لفظ يدل على الطلاق، وإن وجدت أحاديث أخرى أجازت التفويض فإن هذا الأحاديث يمكن حملها على التقية أو إنها من خصوصيات النبي محمد(ﷺ) [3]. كما نجد في القرآن الكريم آيات كثيرة قطعية الدلالة على أن الرجل هو الذي يوقع الطلاق ومنها قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إذا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا* فإذا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أو فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ...) [4]. وقوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إذا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ...) [5].

(1) محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الفقه، المصدر السابق، ج 22، ص94-95.
(2) مسلم بن حجاج النيسابوري، صحيح مسلم، المصدر السابق، ج 4، ص 186.
(3) محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الفقه، المصدر السابق، ج 22، ص95.
(4) سورة الطلاق، (الآيتين1 ،2).
(5) سورة الاحزاب، (الآية 49).

2. موقف المذاهب التي عنيت التفويض وأدلتهم:

نظمت بعض المذاهب التفويض في الطلاق من حيث تحديد معناه وبيان الأحكام الخاصة به ومن هذه المذاهب هي:

أ- **المذهب الحنفي:** عبر فقهاء المذهب الحنفي عن التفويض وفقاً لما ما أورده ابن نجيم الحنفي في البحر الرائق شرح كنز الدقائق بأنه " المرأة تملك الطلاق بأمر زوجها"[1]. وفي ذات المعنى جاء في بدائع الصنائع للكاساني ما نصه " التفويض قول الرجل لامرأته أمرك بيدك وقوله أنت طالق أن شئت وما يجري مجراه وقوله طلقي نفسك" [2] .وفقاً لما تقدم نجد أن فقهاء الحنفية أجازوا تفويض الطلاق للزوجة صريحاً كان التفويض أم كناية ويراد بالتفويض تمليك الطلاق [3].

ب- **المذهب الشافعي:** مع ان فقهاء الشافعية، لم يخصصوا معناً للتفويض إلا أنهم عبروا عنها بلفظ " لو قال لامرأته اختاري أو أمرك بيدك فطلقت نفسها فقال ما أردت طلاقاً لا يكون طلاقاً إلا بأن يريده ولو ارادت طلاقاً فقالت فقد اخترت نفسي سئلت فإذا أرادت طلاقاً فهو طلاق وإن لم ترده فليس بطلاق ولا أعلم خلافاً انها ان طلقت نفسها قبل أن يتفرقا من المجلس وتحدث قطعاً لذلك أن الطلاق يقع" [4].

يبدو من النص أن تفويض الطلاق إلى الزوجة في المذهب الشافعي وتطليقها يتضمن القبول ولا يجوز لها تأخيره فلو أخرت بقدر ما ينقطع القبول عن الإيجاب ثم طلقت لم يقع [5].

---

(1) زين الدين بن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج4، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 1997، ص121.

(2) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج3، ط2، المكتبة الحبيبية، باكستان، 1989، ص113.

(3) محمد امين بن عمر عابدين، حاشية رد المحتار شرح تنوير الابصار، ج4، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت – لبنان، 1995، ص345.

(4) ابو ابراهيم اسماعيل بن يحيى المزني، مختصر المزني، ج1، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت- لبنان، 1410ه – 1990م، ص193.

(5) انغام محمود شاكر، مفهوم تفويض الطلاق إلى الزوجة (دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية وقوانين الأحوال الشخصية)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد7، العدد3، (587-622)، 2015، ص592.

ت- **المذهب المالكي:** لم يذكر فقهاء المذهب المالكي معنى معين للتفويض ولكن أوردوا ما يمكن أن يشير إليها بقولهم " ان فوض الزوج الطلاق أي إيقاعه لها " [1].

ث- **المذهب الحنبلي:** لم يعط فقهاء الحنابلة كذلك معناً محدداً وواضحاً للتفويض إلا أنهم تعرضوا إلى التفويض بمعنى " إنّ الزوج مخير بين أن يطلق بنفسه وبين أن يوكل فيه وبين أن يفوضه إلى المرأة" [2]. وقال ابن قدامة " أنه إذا قال لامرأته أمرك بيدك لها أن تطلق ثلاثاً وأن نوى أقل من ذلك هذا ظاهر المذهب لأنها من الكنايات الظاهرة" [3].

وقد استند فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية في إباحة تفويض الزوج زوجته في طلاق نفسها بأدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية وسنبحثها فيما يأتي:

- **الأدلة في القران الكريم:** ورد في القرآن الكريم نص يجيز للمرأة المفوضة تطليق نفسها في قوله تعالى " يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا * وَإِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالدَّارَ الْآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا " [4].

وجه الدلالة في هذه الآية الكريمة هو تخيير الزوجات بين البقاء على الزوجية وبين الطلاق [5]. فإن اخترن الدنيا وزينتها كن مختارات الطلاق لان الله تعالى قال: " إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا" . فجعل اختيارهن للدنيا اختياراً للطلاق ويدل قوله: " فتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ " فالمتعة إنما هي بعد اختيارهن للطلاق [6]. فإني امتعكن

(1) شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، دار احياء الكتب العربية، بلا مكان طبع، بلا سنة طبع، ص406.
(2) ابو محمد موفق الدين عبد الله بن محمد قدامة المقدسي الدمشقي الحنبلي، المغني، المصدر السابق، ج8، ص287.
(3) عبد الرحمن بن محمد بن احمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، الشرح الكبير على متن المقنع، ج8، ص306.
(4) سورة الاحزاب، (الآيتين28،29).
(5) ابي عبد الله محمد بن احمد الانصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 4، دار احياء التراث العربي، بيروت– لبنان ، 1985، ص170 .
(6) ابو بكر محمد بن علي الرازي الجصاص، احكام القرآن، المصدر السابق، ج 3، ص32.

ما أوجب الله على الرجال للنساء من المتعة عند فراقهم إياه بالطلاق [1] وقوله: " اسرحكن" انما المراد اخراجهن من بيوتهن [2].

- **الأدلة من السنة النبوية:** لقد استدل أصحاب هذا الاتجاه في قولهم بجواز التفويض إلى أدلة من السنة منها رواية شعيب عن الزهري قال أخبرني أبو سلمة عن عبد الرحمن أن عائشة قالت لما أمر رسول الله (ﷺ) بتخيير أزواجه بدأ بي فقال " أني ذاكر لك أمراً فلا عليك أن تعجلي حتى ستتأمري أبويك" [3] قالت : قد علم أن أبوي لم يكونا ليأمراني بفراقه قالت : ثم قال إن الله عز وجل قال : (يا أيها النبي قل لأزواجك) إلى تمام الآيتين فقلت له ففي أي هذا أستأمر أبوي فإني أريد الله ورسوله والدار الآخرة قالت ثم فعل أزواج النبي (ﷺ) مثل ما فعلت [4]، وجه الاستدلال بهذا الحديث ان رسول الله (ﷺ) خير نساءه وبدأ بعائشة فأنه خيرها بين البقاء أو الطلاق فاختارت البقاء بدليل قولها للرسول (ﷺ) في أي شيء استأمر أبوي فاني أريد الله ورسوله وقد علم أن أبوي لم يكونا ليأمراني بفراقه [5].

فضلاً عن رواية ابو زكريا بن ابي اسحاق الشافعي عن مالك بن نافع أن أبن عمر كان يقول إذا ملك الرجل امرأته فالقضاء ما قضت به إلا أن يناكرها الرجل فيقول لم أرد إلا تطليقة واحدة فيحلف على ذلك ويكون أملك بها ما كانت في عدتها. كذلك رواية عن عبد الله بن ذكوان عن القاسم بن محمد أن رجلاً جعل أمر امرأته بيدها فطلقت نفسها ألفاً فرفع ذلك إلى زيد بن ثابت فقال هي واحدة وهو أحق بها. ورواية أبو زكريا بن أبي اسحاق عن الشافعي عن مالك بن سعيد عن زيد بن ثابت عن خارجة بن زيد أنه أخبره إنه كان جالساً عند زيد بن ثابت فأتاه محمد بن ابي عتيق وعيناه تدمعان فقال له زيد بن ثابت ما شأنك ذلك فقال ملكت امرأتي أمرها

---

(1) ابو جعفر محمد بن جرير الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، حققه واخرجه صديق جميل العطار، ج2، دار الفكر للطباعة والنشر، 1995، ص187.

(2) ابو بكر محمد بن علي الرازي الجصاص، احكام القران، ج3، المصدر السابق، ص368.

(3) ابي عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم البخاري ، صحيح البخاري ، ج 6، دار الفكر للطباعة والنشر، اسطنبول، 1401ه- 1981م، ص 23.

(4) الحافظ ابو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، سنن الترمذي، ج 5، حققه بدر الوهاب عبد اللطيف، دار الفكر للطباعة والنشر، 1403ه – 1983م، ص 30.

(5) ابي بكر احمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 1424ه – 2003م، ص 348.

ففارقتني فقال له زيد ما حملك على ذلك فقال القدر فقال له زيد أرتجعها إن شئت فأن هي واحدة وأنت أملك بها [1].

وجه الدلالة من هذه الأحاديث أنه إذا ملك الرجل امرأته مرة واحدة فإن قضت فليس له من أمرها شيء وإن لم تقضِ فهي واحدة وأمرها إليه [2]

وجدير بالذكر أن الاتجاه قد تعرض إلى انتقادات تتمثل بما يأتي:

أ- من الآيات التي استند إليها أصحاب هذا الرأي قوله تعالى: " يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا * وَإِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالدَّارَ الْآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا " [3].

فهذه الآية المباركة وإن اجازت التفويض كان هذا التفويض من خصوصيات الرسول (ﷺ) ولو سلمنا بجواز التخيير فإن الآية تدل دلالة واضحة في أن التخيير كان بين الدنيا والآخرة[4].

ب- ما استند إليه أصحاب هذا الرأي من السنة ما ورد عن عائشة عن بدأ رسول الله (ﷺ) بتخييرها إذ توجد رواية اخرى عن الشعبي عن مسروق عن عائشة قالت خيرنا رسول الله (ﷺ) فاخترناه فلم يعدها علينا شيئاً [5]، ورواية اخرى عن مسروق عن عائشة قالت خير خير رسول الله (ﷺ) نساءه فلم يكن طلاقاً [6]، فهذه رواية معارضة لما ذكروا .

وفقا لما تقدم لا يمكن التسليم بهذا الاتجاه لتعرضه للعديد من الانتقادات.

(1) ابي بكر احمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، المصدر السابق، ج7، ص348.
(2) المصدر نفسه، ص349.
(3) سورة الأحزاب، (الآيتين 28-29).
(4) ابو جعفر محمد بن الحسن الطوسي، البيان في تفسير القرآن، المصدر السابق، ج8، ص333.
(5) جلال الدين السيوطي، سنن النسائي، ج6، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، 1930، ص161.
(6) مسلم بن الحجاج بن مسلم النيسابوري، صحيح مسلم، ج 4، المصدر السابق، ص186.

ثانياً- الحكم الشرعي للطلاق الواقع بإرادة الزوجة

اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية في حكم الطلاق الواقع بالتفويض، فذهب بعضهم إلى عدم وقوع الطلاق بالتفويض ومن ثم يكون الطلاق باطلاً لا يترتب عليه أي أثر في حين ذهب البعض الآخر إلى صحة الطلاق الواقع بالتفويض، لذا سنتطرق فيما يأتي لهذين الحكمين وكالآتي:

1. **مذهب المانعين من وقوع الطلاق بالتفويض:** ذهب فقهاء الجعفرية والظاهرية إلى أنه إذا خير الزوج امرأته بالطلاق فإن ذلك الخيار باطل لا يترتب عليه شيء سواء اختارت زوجها أم نفسها أوردت الخيار أم لم تختر شيء ، وفي هذا المعنى قال زين الدين بن علي العاملي ما نصه " ولو خيرها وقصد الطلاق فإن اختارته وسكت ولو لحظة فلا حكم وان اختارت نفسها في الحال تقع الفرقة بائنة ، وقيل تقع رجعية وقيل لا حكم له وعليه الأكثر" [1]. وفي ذات المعنى ذكر ابن حزم ما نصه : " ومن خير امرأته فاختارت نفسها أو اختارت الطلاق أو اختارت زوجها أو لم تختر شيء فكل ذلك لا شيء وكل ذلك سواء ولا تطلق بذلك ولا تحرم عليه ولا لشيء من ذلك حكم ولو كرر التخيير وكررت هي اختيار نفسها أم اختيار الطلاق ألف مرة وكذلك إن ملكها أمر نفسها أو جعل أمرها بيدها ولا فرق " [2].
2. **مذهب المجيزين بوقوع الطلاق بالتفويض:** ذهب جمهور الفقهاء إلى التفريق في حكم الطلاق الواقع بالتفويض بين ما إذا اختارت الزوجة زوجها أو ردت الخيار وبين ما إذا اختارت نفسها على النحو الآتي:

---

(1) زين الدين بن علي العاملي، مسالك الافهام إلى تفتيح شرائع الاسلام، ج9، مؤسسة المعارف الاسلامية، 1413ه، ص80.

(2) ابو محمد بن علي بن احمد بن حزم الاندلسي، المحلى بالأثار في شرح المجلي بالاختصار، المصدر السابق، ج10، ص186.

1. اذا اختارت الزوجة زوجها أو ردت الخيار لم يكن ذلك طلاقاً عند فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية وفقهاء الحنابلة والزيدية [1] وحجتهم في ذلك ما يلي:

أ- ما استدل إليه أصحاب هذا الرأي من السنة ما ورد عن عائشة قالت خير رسول الله (ﷺ) نساءه فلم يكن ذلك طلاقاً، ورواية اخرى عن مسروق عـــن عائشة قالت: خيرنا رسول الله (ﷺ) فاخترناه فلم يعدها علينا شيئاً [2].

ب- لأن التخيير إثبات الخيار والبقاء على النكاح واختارها زوجها دليل الإعراض عن ترك النكاح فكيف يكون طلاق [3].

ت- لأنه توكيل رده الوكيل أو تمليك لم يقبله المملك فلم يقع به شيء كسائر التوكيل والتمليك[4].

2. إذا اختارت نفسها فأن ذلك طلاقاً باتفاق جمهور الفقهاء إلا أنهم اختلفوا في الطلاق الواقع عند اختيارها نفسها على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب فقهاء الشافعية والحنابلة [5]، إلى أن الطلاق الواقع عند اختيارها نفسها واحده رجعية واحتجوا على ذلك بقولهم أن قول الزوج لزوجته اختاري تفويض مطلق فيتناول أقل ما يقع عليه الاسم وذلك طلقة واحدة ولا تكون بائنة ؛ لأنها طلقة بغير عوض لم يكمل بها العدد بعد الدخول فأشبه ما لو طلقها واحدة ولا تكون بائنة لأنها طلقة [6].

---

(1) شمس الدين السرخي، المبسوط للسرخسي، المصدر السابق، ج6، ص 210-211، علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، ج3، ص119. 14. ابو محمد موفق الدين عبد الله بن محمد قدامة المقدسي الدمشقي الحنبلي، المغني، المصدر السابق، ج8، ص288.

(2) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، ج3، ص119-120.

(3) جلال الدين السيوطي، سنن النسائي، المصدر السابق، ج6، ص161.

(4) ابو محمد موفق الدين عبد الله بن محمد قدامة المقدسي الدمشقي الحنبلي، المغني، المصدر السابق، ج8، ص289.

(5) المصدر نفسه، ص2.

(6) المصدر نفسه، ص 292-293.

القول الثاني: ذهب فقهاء الحنفية والزيدية إلى ان الطلاق الواقع عند اختيارها نفسها واحده بائنة واحتجوا على ذلك ؛ لأن اختيارها نفسها إنما يتحقق إذا زال ملك الزوج عنها وصارت مالكة أمر نفسها وذلك بالواحدة البائنة[1] ؛ لأن ما يملكه الزوج بنفسه يملك تمليكه من غيره[2]

القول الثالث: ذهب فقهاء المالكية إلى أن الطلاق الواقع عند اختيارها نفسها ثلاثاً إذا كانت مدخولاً بها فإذا قضت بأقل من الثلاث بطل تخييرها ؛ لأنها خرجت عما خيرها فيه بالكلية، وإن كانت غير مدخولاً بها وإن قالت اخترت واحدة أو اثنتين لزمه ما أراد كما يلزمه ما أرادت في التمليك مطلقاً[3].

الفرع الثاني

دور مبادئ الشريعة الاسلامية في احكام الطلاق بإرادة الزوجة

يصح أن يكون التفويض بكل صيغة تدل عليه إلا أننا عند الاستقراء وجد أن له ثلاثة ألفاظ اختاري نفسك، وأمرك بيدك، أو طلقي نفسك، فالزوجة حين إذا مخيرة بين ايقاع الطلاق الذي فوضه اليها الزوج وبين عدم إيقاعه ولا يشترط دائماً أن يكون الإيقاع في مجلس التفويض؛ لان ذلك يختلف باختلاف حقيقته وصيغه فقد يكون التفويض مطلقاً أو مؤقتاً بوقت معين أو فيه ما يدل على التعميم فكل منها له حكم خاص به وللإحاطة بجوانب هذا الموضوع نستعرض الآتي:

أولاً – حقيقة التفويض: اختلف الفقهاء في حقيقة تفويض الزوج زوجته طلاق نفسها بين التمليك والتوكيل والتخيير على ثلاثة اتجاهات وسنبحثها فيما يلي:

---

(1) شمس الدين السرخسي، ج 6، المصدر السابق، ص 212 ، الامام يحيى بن الحسين، الاحكام، ج 1، ط1، 1410ه – 1990م، ص427. محمد قدري باشا، شرح الاحكام الشرعية على مذهب الامام ابو حنيفة النعمان، مطبعة هندي، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 2014، ص58.

(2) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، ج3، ص117.

(3) شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المصدر السابق، ج2، ص410. مالك بن انس الاصبحي، المدونة الكبرى، ج 2، مطبعة السعادة، دار إحياء التراث العربي للنشر، بيروت - لبنان، 1323ه، ص382.

1. **الاتجاه الأول:** ذهب فقهاء الحنفية والشافعية في القول الجديد والزيدية إلى ان تفويض الزوج زوجته طلاق نفسها يعد تمليكاً وليس توكيلاً [1]. لذا يصفونه بتمليك الطلاق[2] والتمليك يعنى جعل الطلاق بيد الزوجة دون تخيير[3]، ويفرقونه بينه وبين التوكيل من جهة أن المالك يعمل برأي نفسه لأنه يملك ما يملكه الزوج بخلاف الوكيل فإنه يعمل برأي موكله [4] ؛ لأن الزوج لم يجعل إنشاء الطلاق حقاً للوكيل بل جعله بيده نيابة عنه[5]. لذا تطبق على التفويض أحكام التمليك سواء أكان بلفظ أمرك بيدك، وطلقي نفسك، أم أنت طالق وملكتك وغيرها أم بلفظ التخيير كقوله اختاري أم اختاري نفسك، وحينئذ يكون لازماً على الزوج ولا يملك الرجوع عنه ولا عزل من فوض إليه الطلاق كما أنه لا ينعزل بجنون من ملكه [6]. وكذلك لا يملك الزوج فسخ التفويض وعللوا ذلك:

أ- بأنه ملكها الطلاق ومن ملك غيره شيئاً فقد زالت ولايته من الملك فلا يملك ابطاله بالرجوع والنهي والفسخ هذا فضلاً عن الطلاق بعد وجوده لا يمكن الرجوع عنه أو فسخه ، وكذلك الحال بعد إيجابه ؛ لأن هذا النوع فيه معنى التعليق فلا يحتمل الرجوع فيه [7]

ب- لأن الزوجة بالتفويض تتصرف لنفسها برأيها وتدبيرها واختيارها كيف شاءت بمشيئة الإيثار فالزوج يملك التطليق بنفسه فيملك تمليك لغيره فصارت مالكة للطلاق بتمليك الزوج [8].

---

(1) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، ج3، ص113. يحيى بن شرف ابو زكريا النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج6، ط3، المكتب الإسلامي، بيروت – لبنان، 1412ه – 1991م، ص4.

(2) محمد امين بن عمر عابدين، حاشية رد المحتار شرح تنوير الابصار، المصدر السابق، ج3، ص345. شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج، المصدر السابق، ج 3، ص285.

3 د. احمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق واثارهما، دار الكتب القانونية ، مصر، 2004، ص9.

(4) محمد امين بن عمر عابدين، حاشية رد المحتار شرح تنوير الابصار، المصدر السابق، ج3، ص345.

(5) شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المصدر السابق، ج2، ص406.

(6) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، ج3، ص113. محمد امين بن عمر عابدين، حاشية رد المحتار شرح تنوير الابصار، المصدر السابق، ج3، ص34.

(7) د. احمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق واثارهما، المصدر السابق، ص883. شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج، المصدر السابق، ج3، ص285.

(8) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، ج3، ص 113.

2. **الاتجاه الثاني:** ذهب الحنابلة والشافعية في قول إلى أن تفويض الزوج زوجته طلاق نفسها توكيلاً وليس تمليكاً[1]. فالتوكيل يعني أن يوكل الزوج زوجته في طلاق نفسها[2]، وهنا تطبق أحكام الوكالة، ويكون تفويض الزوج لزوجته توكيلاً لأن الطلاق لا يصح تمليكه ولا ينتقل عن الزوج وانما ينوب فيه غيره فإذا استناب غيره منه كان توكيلاً فإذا ردت المرأة ما جعل إليها بطل كما تبطل الوكالة بفسخ الوكيل[3]. كما أنهم اشترطوا أن تكون الزوجة المفوض إليها الطلاق بالغة وعاقلة ، فالزوج له أن يجعل الأمر بيد من يصبح توكيله وهو العاقل أما الصغير أو المجنون فلا يصح أن يجعل الأمر بأيديهم فأن فعل وطلق أحد منهم لم يقع طلاقه لانهما ليسا من أهل التصرف، إلا أن الحنابلة ذهبوا إلى الرواية الصحيحة إلى أنه يصح تفويض الزوجة الصغيرة طلاق نفسها إذا عقلت الطلاق، ويقع الطلاق وإن لم تبلغ قياساً على أن طلاق الصبي المميز صحيح وفي رواية لا يقع طلاقها حتى تبلغ [4]

3. **الاتجاه الثالث:** ذهب المالكية إلى ان تفويض الزوج لزوجته طلاق نفسها يكون على أقسام فقد يكون توكيلاً أو تمليكاً واحياناً تخييراً وذلك على وفق الصيغة الدالة عليه. أما التخيير فيعني كل صيغة دالة على أن الزوج فوض لها البقاء على العصمة أو الذهاب عنه [5] ، فإن قال الزوج لزوجته اختاري أو اختاري نفسك اعتبر تخييراً[6] ، وليس له عندئذ الرجوع عن التخيير وليس له أن يناكر زوجته لأن معنى التخيير اعطاؤها الحق

(1) ابو ابراهيم اسماعيل بن يحيى المزني، مختصر المزني، المصدر السابق، ج3، ص 193.
(2) د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، ج1، مكتبة السنهوري، بغداد - العراق، 2012، ص128.
(3) ابو محمد موفق الدين عبد الله بن محمد قدامة المقدسي الدمشقي الحنبلي، المغني، المصدر السابق، ج8، ص288.
(4)ابو محمد موفق الدين عبد الله بن محمد قدامة المقدسي الدمشقي الحنبلي، المغني، المصدر السابق، ج8 ، ص 292-293.
(5) شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المصدر السابق، ج2، ص 406.
(6) احمد بن احمد الجنكي الشنقيطي، مواهب الجليل من ادلة خليل، ج5، دار احياء التراث العربي، قطر، 1986، ص 388.

في أن تقيم عنده أو تبين منه وهي لا تبين منه إلا بالواحدة فإذا أراد أن تبين منه جعل ذلك إليها في الثلاث [1] .

ثانياً – صيغ التفويض:

صيغ التفويض قد تكون بلفظ صريح كأن يقول الزوج لزوجته طلقي نفسك فإذا قالت الزوجة طلقت نفسي وقع الطلاق من غير حاجة إلى نية [2]. وقد تكون بلفظ كناية كأن يقول الزوج لزوجته اختاري نفسك أو أمرك بيدك أو أبيني نفسك فانه يحتاج إلى نية من الزوج ليصح التفويض عند الحنفية [3] والشافعية [4] والحنابلة ؛ لأنه ليس بصريح وإنما هو كناية فيفتقر إلى ما تفتقر إليه سائر الكنايات [5] وعند المالكية لا يحتاج إلى نية ؛ لأنه من الكنايات الظاهرة [6] فإذا أجابت الزوجة قائلة اخترت نفسي أو أبنت نفسي من غير نية وقع الطلاق عند الحنفية لأن الزوج علق الطلاق بفعل من جهتها فلم يفتقر إلى نيتها[7] ولا يقع عند الشافعية [8]، والحنابلة والزيدية ؛ لأن الزوجة موقع للطلاق بلفظ الكناية فافتقر إلى نيتها كالزوج إذ الطلاق لا يقع بهذا اللفظ وحده [9] ، وقد تكون صيغة الطلاق مطلقة أو مقيدة بزمن معين أو عامة في جميع الأزمان وقد يكون التفويض معلقاً على شروط وقد يكون مضافاً إلى زمن مستقبل وسنتناول كل نوع من هذه الأنواع فيما يأتي:

---

(1) مالك بن انس الاصبحي، المدونة الكبرى، المصدر السابق، ج2، ص273.
(2) د. جميل فخري محمد، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الشريعةوالقانون، ط 1، دار المكتبة الوطنية، الاردن ، 2008، ص256.
(3) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، ج3، ص113.
(4) يحيى بن شرف ابو زكريا النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المصدر السابق، ج6، ص46.
(5) عبد الرحمن بن محمد بن احمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، الشرح الكبير على متن المقنع، المصدر السابق،ج8، ص308.
(6) شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المصدر السابق، ج2، ص407.
(7) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، ج3، ص117.
(8) شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج، المصدر السابق، ج3، ص286.
(9) ابو محمد موفق الدين عبد الله بن محمد قدامة المقدسي الدمشقي الحنبلي، المغني، المصدر السابق، ج8، ص31.

1. **التفويض المطلق عن التقيد والتعميم** : فإذا كانت عبارة التفويض غير مقيدة بزمن معين وليس فيها ما يدل على التعميم في كل وقت فقد اختلف الفقهاء في حكمها على النحو الآتي:

أ- إذا كانت صيغة التفويض تدل على التخيير : كقوله اختياري نفسك دون أن يحدد زمناً معيناً ففي هذه الحالة لا تملك طلاق نفسها إلا في المجلس ، إذ يشترط لصحة اعتبار الطلاق الفورية في إيقاعه فلو قامت من المجلس أو تشاغلت عنه بكلام خارج عن موضوع التخيير بطل التخيير ولا خيار لها بعده وهذا مذهب الحنفية والحنابلة والمالكية في رواية والشافعية في القول الجديد) والزيدية [1] ، وحجتهم في ذلك ما روي عن سعيد بن المسيب إنه قال قضى عمر وعثمان في الرجل يخير أمراته إن لها الخيار ما لم يتفرقا وعن عبد الله بن عمر قال مادامت في مجلسها ولم يعرف لهم مخالفاً من الصحابة فكان إجماعاً ولأنه خيار تمليك فكان على الفور كخيار القبول في البيع [2]. وذهب المالكية في رواية [3] والشافعية في قول إلى أن التخيير على التراخي ولها الاختيار في المجلس وبعده ما ما لم يفسخ وبه قال بعض الفقهاء [4]، وحجتهم في ذلك قول النبي (ﷺ) لعائشة عندما خيرها " إني ذاكراً لكي أمراً فلا عليك إلا تعجلي حتى تستأمري أبوك" [5]. وقد اجيب عليه عليه بأن النبي (ﷺ) جعل لعائشة الخيار على التراخي وأما أمرك بيدك فهو توكيل والتوكيل يعم الزمان ما لم يقيده بقيد [6].

ب- أما إذا كانت عبارة التفويض تدل على التمليك أو المشيئة كأن يقول لها أمرك بيدك أو طلقي نفسك ، ففي هذه الحالة لا تملك طلاق نفسها إلا وهي في المجلس فلو قامت عن مجلس التفويض أو انشغلت عنه بكلام خارج عن موضوع التفويض بطل التفويض ولا خيار لها

(1) انغام محمود شاكر، مفهوم تفويض الطلاق إلى الزوجة، المصدر السابق، ص 602.
(2) شمس الأئمة محمد بن احمد بن ابي سهل السرخسي، المبسوط للسرخسي، المصدر السابق، ج6، ص21.
ص21.
(3) شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المصدر السابق، ج3، ص410.
(4) يحيى بن شرف ابو زكريا النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المصدر السابق، ج6، ص4.
(5) ابي عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم البخاري، صحيح البخاري، المصدر السابق، ج6، ص2.
(6) عبد الرحمن بن محمد بن احمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، الشرح الكبير على متن المقنع، المصدر السابق، ج8، ص309.

بعده وذلك عند الحنفية والمالكية والشافعية في القول الجديد والزيدية [1] ، وحجتهم في ذلك أن معنى التخيير هو مقصور على المجلس كقوله اختياري[2]. وذهب الحنابلة والمالكية في رواية والشافعية في قول إلى أنه لا يشترط الفورية في ايقاع الطلاق ولا تتقيد صحته بإيقاعه في مجلس التفويض ؛ لأنه في الحقيقة نوع توكيل في الطلاق فكان على التراخي كما لو جعل الرجل طلاق زوجته لأجنبي فله الرجوع في ذلك [3]

2. **التفويض المقيد بزمن معين:** إذا كانت صيغة التفويض مقيدة بزمن معين كما لو فوض الزوج زوجته طلاق نفسها خلال اسبوعين ، فالحكم هنا أن لها الخيار في تطليق نفسها خلال هذه المدة فان انقضت بطل تفويضها وان كانت غائبة عن مجلس التفويض فإن بلغها التفويض قبل مضي الوقت فلها إيقاع الطلاق فيما بقي من وقت التفويض، وإن بلغها بعد مضي وقت التفويض بطل التفويض باتفاق فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وفقهاء الزيدية[4].

3. **التفويض العام: إذا** كانت صيغة التفويض عامة في الزمان غير مقيدة بوقت معين كما لو قال لها اختاري إذا شئتِ أو طلقي نفسك متى شئتِ، أو أمرك بيدك متى شئت ، فللزوجة في هذه الحالة تطليق نفسها متى شاءت من دون أن تقيد بمجلس التفويض أو بوقت معين كما لا يتقيد بمجلس علمها إن كانت غائبة عن مجلس التفويض وهذا ما ذهب إليه فقهاء الحنفية المالكية والشافعية وفقهاء الحنابلة والزيدية [5].

4. **التفويض المعلق على شرط :** إذا كان التفويض معلقاً على شرط ملكت الزوجة الطلاق عند تحقق الشرط كأن يقول الزوج لزوجته أمرك بيدك ان قدم فلان ، أو طلقي نفسك إذا دخلت الدار أو اختاري نفسك إذا رجع فلان من سفره وقع الطلاق باتفاق فقهاء الحنفية والمالكية

(1) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، ج3، ص1.
(2) ابو محمد موفق الدين عبد الله بن محمد قدامة المقدسي الدمشقي الحنبلي، المغني، المصدر السابق، ج8، ص 287-288.
(3) ابو محمد موفق الدين عبد الله بن محمد قدامة المقدسي الدمشقي الحنبلي، المغني، المصدر السابق، ج8، ص301.
(4) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، ج3، ص16.
(5) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر نفسه ، ج3،ص113.

والحنابلة والزيدية [1]. ولكن لا يصح هذا النوع من التفويض المعلق عند الشافعية ؛ لأن التمليك لا يصح تعليقه [2]

5. التفويض المضاف إلى المستقبل: إذا كان التفويض مضافاً إلى زمن المستقبل جاز للزوجة تطليق نفسها إذا حل هذا الزمن كما لو قال الزوج لزوجته : إذا جاء عيد الفطر فأمرك بيدك، واختاري نفسك إذا جاء عيد الفطر أو طلقي نفسكِ إذا جاء عيد الفطر وهذا ما اتفق عليه فقهاء الحنفية والمالكية وفقهاء الحنابلة والزيدية [3]. ولكن لا يصح هذا النوع من التفويض عند الشافعية [4].

عند الرجوع إلى نصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي نجد أنها لم تشر إلى مسألة صيغ التفويض وحقيقته من حيث اعتباره تمليك أو تخيير أو توكيل وإنما تناولت التفويض بصورة مطلقة باستثناء مدونة الأسرة المغربية الصادرة 2004 التي أشارت بصريح نص المادة (89) إلى اعتبار التفويض تمليك إذ جاء فيها: " إذا ملك الزوج زوجته حق ايقاع الطلاق كان لها أن تستعمل هذا الحق عن طريق تقديم طلب إلى المحكمة طبقاً لأحكام المادتين (80،79) تتأكد المحكمة من توفير شروط التمليك المتفق عليها بين الزوجتين وتحاول الاصلاح بينهما طبقاً لأحكام المادتين (82،81) إذا تعذر الإصلاح تأذن المحكمة للزوجة بالإشهاد على الطلاق وتبت في مستحقات الزوجة والأطفال عند الاقتضاء تطبيقاً لأحكام المادتين (84 و 85) ولا يمكن للزوج أن يعزل زوجته من ممارسة حقها في التمليك الذي ملكها إياه" [5].

ثالثاً- الحكم القانوني للطلاق الواقع بإرادة الزوجة

عند الرجوع إلى موقف المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 من حكم الطلاق الواقع بالتفويض نجد أن نصوصه أطلقت الأمر في حكم الطلاق

(1) شمس الأئمة محمد بن احمد بن ابي سهل السرخسي، المبسوط للسرخسي، المصدر السابق، ج6، ص24.
(2) شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج، المصدر السابق، ج3، ص2.
(3) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، ج3، ص118.
(4) يحيى بن شرف ابو زكريا النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المصدر السابق، ج2، ص45.
(5) المادة (1/34) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959.

الواقع بالتفويض فلم تنص على كونه بائناً أو رجعياً[1]، إذ إنه أطلق الأمر في المادة (1/34) والتي جاء النص فيها : " الطلاق رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو من الزوجة إن وكلت أو فوضت أو من القاضي ولا يقع الطلاق إلا بالصيغة المخصوصة له شرعاً" .

بذلك فأن المشرع العراقي ترك تفصيل هذه المسألة إلى أحكام الشريعة الاسلامية التي تعتبره بائناً في بعض الحالات ورجعياً في حالات أخرى بل أن الزوجة نفسها تستطيع أن توقعه بائناً أو رجعياً حسب مصلحتها وحسبما فوضته ، وهذا ما قرره القضاء في العراق الذي يوقعه رجعياً إذا كان ذلك في مصلحة الزوجة كطلاق زوجة الغائب المفوضة بطلاق نفسها لاحتمال أن يعود الزوج وهي في عدتها فيراجعها.

(1) وفي هذا خلل يجب تداركه لان الزوجة التي تفوض بطلاق نفسها تفعل ذلك هاربة من ضرر وقع عليها من الزوج ولم تستفيد من هذا التفويض ما دام باستطاعة الزوج ان يراجعها في العدة ما دام الطلاق رجعياً، د.احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، المصدر السابق، ج1، ص1.

المطلب الثالث

الطلاق بإرادة الزوج بين مبادئ الشريعة الاسلامية والقانون

إذا كان الزواج عقدا رضائي لا يتم إلا برضا الطرفين وتطابق ارادتهما ولا يصح أن ينفرد بانعقاده طرف واحد بإرادته المنفردة سواء من جانب الرجل أم المرأة، فإن الأصل في ايقاع الطلاق في التشريع الإسلامي يرجع في الأصل إلى الزوج وحده لمباشرته وإيقاعه بإرادته المنفردة، دون حرمان المرأة من افتكاك الطلاق في حالات معينة، وهذا الحكم الاخير ما أخذ به المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية.

لقد شهدت مسألة الطلاق جدلاً كبيراً في العصر الحديث كنتيجة للتحولات الاجتماعية والاقتصادية ومصادقة الدول الإسلامية ومنها العراق على الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان، فضلاً عن إساءة بعض الأزواج وتعسفهم في استعمال حق الطلاق، وتبعات ذلك على الأسرة والأولاد؛ ظهرت أصوات تنادي بضرورة سحب هذا الحق من الزوج وإسناده إلى القضاء أو على الأقل الاعتراف فقط بالطلاق الذي يقع أمام القاضي، دون امتداد هذا الاعتراف للطلاق الشفهي الذي يوقعه الزوج كيفما يشاء. وهذا ما سنعالجه في هذا المطلب، إذ سيتم التطرق إلى الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون في الفرع الأول، وصوره ومعاييره بين الشريعة والقانون في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون

الفرع الثاني: معايير الطلاق التعسفي وصوره.

الفرع الأول

الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون

تحرم الشريعة الاسلامية استعمال الحق خارج الحدود الشرعية له، كما تحرم استعماله للإضرار بالغير، وقد تبنى القانون الوضعي نظرية التعسف في استعمال الحق التي وضعها الشريعةوالقضاء، ولم يتوان بعض المشرعين الأسريين في اعتبار الزوج المطلق بإرادته المنفردة متعسفاً إذا لم يكن له سبب معقول، وهذا يعني أن حق الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج مقيد بعدم

إساءة استعماله فلا يجوز لصاحب الحق إيقاعه وقت ما شاء، ومن دون وجه حق، فإذا تمادى الزوج وحاد عن الأسس الشرعية والقانونية في استعمال حقه للطلاق فهو بفعله هذا يعد متعسفاً ويترتب في ذمته تعويض زوجته عن الضرر الذي لحق بها ، وهذا ما يطلق عليه بالطلاق التعسفي، وهنا يُطرح التساؤل (متى يعد الزوج متعسفاً في استعمال حق الطلاق؟) ؛ لذلك يقتضي الأمر قبل الحديث عن الطلاق التعسفي إلقاء الضوء على التعسف في استعمال الحق في الشريعة الاسلامية والقانون، وكما يأتي:

أولاً – التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون

إن الشريعةالغراء هي شريعة عادلة وصالحة لكل زمان ومكان باعتبارها خاتمة الشرائع فقد جاءت بالنظم الحديثة لحماية الحقوق[1]، وإن الحق أمانة أساسية في يد المكلف التي ينبغي أن يكون وسيلة لتحقيق المصالح لا المفاسد والتعسف في استعمال هذا الحق من المحتمل ان يرد عليه ضرر للآخرين ولم يرد لفظ التعسف في خيارات الفقهاء وأصول الدين وإنما ورد بدلا عنه عبارتي " المضارة في الحقوق" [2] وكلمة " التعنت " في إفادة معنى الظلم الناتج عن إساءة استعمال الحق والتصرف فيه تصرفاً مخالفاً لمقصود الشارع من تشريعه ، وعلى الرغم من اقتراب مصطلحي التعنت والتعسف في الحقوق إلا أن مصطلح التعسف هذا الأكثر تداولاً[3]، ويتفق معنى التعنت و التعسف و لقد تم تعريف التعسف بأنه " مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون شرعا بحسب الأصل " [4].

مما سبق يتضح أن استعمال الحق بشكل ينتج عنه ضرر يكون الدافع لاستعماله المضارة بالآخرين، كما أن الشريعة الاسلامية حددت النظرية وأخذت بها منذ زمن بعيد ؛ لأن الإسلام ينهى عن التعسف والظلم وإلحاق الضرر بالآخرين، ودليل ذلك من القران الكريم والسنة النبوية

(1) سعادة بلحواربي، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2014، ص13.

(2) محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، تحقيق نايف بن أحمد الحمد، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1428ه، ص 310.

(3) محمد أحمد سراج، نظرية النصف في استعمال الحل من وجهة الشريعة الاسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص24.

(4) فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الاسلامية، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، 1988، ص383.

والإجماع وفقه الصحابة والأصول التشريعية والقواعد الفقهية التي تحرم التعسف وإلحاق الأذى بالآخرين، ومن هذه الأدلة:

أ- القران الكريم:

1. قال تعالى " وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أو سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا آيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا " [1] .

وجه الدلالة يكمن في أن الآية الكريمة حرمت ظلم الزوجة من قبل الزوج، فعلى الرغم من أن حق الزوج الطلاق والمراجعة، إلا أنه ليس من حقه أن يتعسف ويظلم زوجته ويقصد من إرجاعها الحاق الضرر بها، كأن يقصد أن يلحق الضرر بها ليأخذ منها أموالاً مقابل طلاقها، فهذا الفعل محرم ويؤيد ذلك ما قاله الصابوني في روائع البيان من وجود حرمة الإضرار بالزوجة لتفتدي نفسها من زوجها بالمال على الطلاق.

2. قال تعالى: " أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ " [2].

بذلك فأن المطلق بتضييقه على امرأته واسكانها معه من لا تحب للإضرار بها ودفعها للخروج من مسكنه، قد ناقض قصد الشارع من إباحته لهم السكنى مع بعضهما أثناء العدة، ومحاولة التقريب بينهما. فوجه الضرر في الآية الكريمة استعملت لمعنى انحراف صاحب الحق في ممارسة حقه عن غايته المشروعة بسوء نية للإلحاق الضرر برفيقه في الطرف الآخر للحق[3].

3. قال تعالى " فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِن كَانُوا أَكْثَرَ مِن ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أو دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ " [4] .

الوصية في الشريعة الاسلامية مباحة ويجب أن تكون مبنية على العدالة ولا يقصد منها بالورثة والجور عليهم وحرمانهم من حقهم في الإرث ؛ لذلك حرم الإسلام الوصية للوارث بحديث

(1) سورة البقرة، الآية 231.
(2) سورة الطلاق، الآية 6.
(3) عبير ربحي شاكر القدومي، " التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية"، ط1، دار الفكر ناشرون وموزعون، 2007، ص25.
(4) سورة النساء، (الآية 11).

الرسول (ﷺ) " لا وصية لوارث " ، ولو كان الشيء الموصى به قليل لاحتمالية ترتب عليه إضرار بالورثة وكذلك يجب أن لا يقصد في وصيته الضرر بالورثة وفي حال قصد ذلك أصبحت الوصية محرمة. إذ إن القصد معتبر في الشريعة الاسلامية، يقول الشاطبي: " إن الأعمال بالنيات والمقاصد معتبرة في التصرفات، من العبادات والعادات والأدلة على هذا المعنى لا تنحصر " [1].

4. قال تعالى: " وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ " [2]

إن الله تعالى نهى الكاتب والشاهد عن المضارة (بأن يعجلا عن مهم) [3]، ونهى المدين عن الإضرار بهما (بأن يدعو الشاهد إلى اثبات الشهادة واقامتها في حال عذر أو يضيق على الكاتب فيدعوه إلى الكتابة في وقت لا يتفرغ فيه) [4]

5. قال تعالى " وَالَّذِينَ اتَّخَذُوا مَسْجِدًا ضِرَارًا وَكُفْرًا وَتَفْرِيقًا بَيْنَ الْمُؤْمِنِينَ" [5].

أراد المنافقون أن يتواصلوا من خلال مسجد ضرار إلى ضرب الإسلام، فهم قصدوا قصداً غير صحيح فأرادوا أن يحققوا مصلحة غير مشروعة احتيالاً على إهدار مصالح مشروعة من قبل اتخاذهم المسجد للضرر. إذ يقول الزمخشري في الكشاف " اتخذوا المسجد مضارة لإخوانهم أصحاب مسجد قباء ومعازة وكفرا تقوية للنفاق بين المؤمنين ؛ لأنهم يصلون مجتمعين في مسجد قباء فيغتص بهم فأرادوا أن يتفرقوا عنه وتختلف كلمتهم" [6].

---

(1) احمد البريسوني، نظرية المقاصد عند الامام الشاطبي، ط2، دار العالمية للكتاب الإسلامي، 1992، ص322.

(2) سورة البقرة، (الآية282).

(3) أبو الفضل شهاب الدين السيد محمد الالوسي، روح المعاني في تفسير القران العظيم والسبع المثاني، المصدر السابق، ج3، ص61.

(4) أبو الفضل بن الحسن الطبرسي، مجمع البيان في تفسير القران، المصدر السابق، ج2، ص684.

(5) سورة التوبة، الآية 107.

(6) محمود بن عمر بن أحمد الزمخشري، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل، دار الكتاب العربي – بيروت، ج4، ط3، 1407 هـ، ص 376.

السنة النبوية:

1. عن ابن عباس رضي الله عنه قال الرسول (ﷺ) " لا ضرر ولا ضرار في الإسلام" [1]. يتمثل وجه الدلالة في الحديث أعلاه عن نهي النبي محمد (ﷺ) عن الحاق الضرر بالغير ابتداء، أو مقابلة الضرر بالضرر والمعنى (إن لا تدخل على أحد ضرر بحاله فالضرر ممنوع وكذلك إدخاله على الغير ممنوع) [2]، (ولما كانت النكرة في سياق النفي تدل على العموم) [3]، إذ إن قوله (ﷺ) لا ضرر يعم جميع أنواع الضرر إلا بدليل [4]. ولما كان التعسف في استعمال الحق إضراراً بالغير منع بنص الحديث الشريف فالحديث يعد كأصل للأمثلة المبثوثة في القران الكريم بالنهي عن الضرر في صور عدة ، وكأن هذا اللون جمع المتفرقات وأخذ كلي من الجزئيات وإجمال للتفصيلات [5].

2. عن النعمان بن بشير رضي الله عنه قال: قال (ﷺ) " مثل القائم في حدود الله والواقع فيها كمثل قوم استهموا فصار بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلها وكان الذين في أسفلها إذا اسقوا من الماء مروا على من فوقها، فقالوا: لو أنا خرقنا في نصيبنا خرقاً ، ولم نؤذِ من فوقنا، فأن تركوهم وما أرادوا هلكوا جميعاً ، وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعا" [6]. يتمثل وجه الدلالة من الحديث أعلاه هو عرض الرسول (ﷺ) في الحديث الشريف صورة لاستعمال الحق بغض النظر عن الأضرار المترتبة عليه واللاحقة بالغير، والإسلام وان أعطى الأفراد حقوقاً وحرص على عدم المساس بها وراعاها إلا أنه لم يتركها مطلقة بل راعي حق الجماعة فالفرد مقيد بتصرفه في حقه بعدم الاضرار بالجماعة، وبذلك يعد هذا الحديث تنبيه للجماعة على أهمية منع الأفراد من التصرف بحق بشكل يكون تأثيره سلبي

(1) أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، مسند الإمام أحمد بن حنبل، ج5، مؤسسة قرطبة - القاهرة، 1989م، ص325. 22. ابو عبد الله محمد بن يزيد الربعي القزويني ابن ماجة، سنن ابن ماجة، المصدر السابق، ج2، ص39.

(2) محمد زكي عبد البر، إساءة استعمال الحق في الشريعة الاسلامية، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الخامسة والخمسون، 1986، ص25.

(3) محمد بن عمر بن الحسين الرازي، المحصول في علم الأصول، ج2، ط2، مؤسسة الرسالة، 1992، ص343.

(4) محمد زكي عبد البر، إساءة استعمال الحق في الشريعة الاسلامية، المصدر السابق، ص 27.

(5) القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، المصدر السابق، ص 26.

(6) البخاري، صحيح البخاري، المصدر السابق، ج5، حديث 2493، ص132.

على المجموعة، فأن منعوهم: نجا الجميع وإن تركوهم هلك الجميع لارتباط المنافع فيما بينهم ارتباط لا ينفك [1].

وفقاً لما سبق أعلاه نجد أن الشريعة الاسلامية تحدثت عن مدلولات هذه النظرية وإن لم يسميها بهذا الاسم، وشرع لها الأحكام والحلول . وعليه تم تعريف التعسف في استعمال الحق في الشريعة الاسلامية بأنه " مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل" [2]. لذلك وضع فقهاء الشريعة معايير تمكن القضاة من تحديد ما إذا كان استعمال الحق تعسفا أو غير تعسف، ويمكن تقسيم هذه المعايير إلى معايير ذاتية أو شخصية ومعايير موضوعية مادية، فالمعايير الشخصية تتمثل في معيار قصد الإضرار ومعيار المصلحة غير المشروعة، أما المعايير الموضوعية فتتمثل في معيار انعدام التناسب بين صاحب الحق والضرر الذي يلحق بالغير ومعيار الضرر الفاحش [3].

أما فيما يتعلق بنظرية التعسف في استعمال الحق في القانون العراقي، فإنّ موقف المشرع العراقي هو على غرار موقف أغلب التشريعات العربية لم يعطِ تعريفاً لنظرية التعسف في استعمال الحق وإنما فقط أورد الحالات التي يعتبر الشخص فيها متعسفاً في استعمال حقه حيث وجد المشرع أنه من الضروري أن يضع حداً لاستعمال الحق من قبل صاحبه بما لا يؤثر على حقوق الآخرين ولابد أن لا يكون استعمال ذلك الحق الغاية منه الاضرار بالآخرين وإن لا تكون المصلحة التي يقصدها صاحب الحق قليلة الأهمية بالنسبة للضرر الذي يسببه استعمال الحق للآخرين وإن لا يكون استعمال الحق هادفاً إلى غايات غير مشروعة، وهذا ما أشار إليه القانون المدني العراقي المرقم 40 لسنة 1951 في المادة 6 (الجواز الشرعي نافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر)، والمادة 7 منه (1- من استعمل حقا استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان. 2 – ويصبح استعمال الحق غير جائز في الأحوال الاتية: أ- إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الإضرار بالغير. ب – إذا كانت المصالح

(1) عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، المصدر السابق، ص 29
(2) فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، المصدر السابق، ص295.
(3) جميلة الرفاعي، التعسف في استعمال الحق في الشريعةوالقانون، بحث منشر في مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد العشرون، العدد 3، 2005، ص238-241.

التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها) [1].

لا يقتصر التعسف في استعمال الحق على المسائل المدنية وإنما يتعدى ذلك إلى كثير من الجوانب الأخرى ، ومنها مسائل الأحوال الشخصية في مثال على ذلك استعمال الرجل حقه في الطلاق بدون أسباب معقولة ما يلحق الضرر بالزوجة ، فيكون متعسفاً في استعماله حقه فيناقض بذلك الحكمة من تشريع الطلاق وهذا ما سيتم التطرق إليه في الفقرات اللاحقة.

ثانياً – التعسف في استعمال الحق في واقعة الطلاق

حق الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج مقيد بعدم إساءة استعماله فلا يجوز لصاحب الحق إيقاعه وقت ما شاء، وبدون وجه حق، فإذا تمادى الزوج وحاد عن الأسس الشرعية والقانونية في استعمال حقه للطلاق فهو بفعله هذا يعد متعسفاً ويترتب في ذمته تعويض لزوجته عن الضرر الذي لحق بها، وهذا ما يسمى بالطلاق التعسفي.

ثالثاً– تعريف الطلاق التعسفي وبيان حكمه:

لا يوجد فيما تم الاطلاع عليه من كتب الفقهاء القدامى والمعاصرون وعلماء القانون وقوانين الأحوال الشخصية تعريفاً للطلاق التعسفي ؛ وذلك لأنها اقتصرت على بيان بعض صور التعسف في الطلاق واجتهادهم في ذكر بعض التدابير للحد من التعسف [2]، وبذلك فهو مصطلح حديث في تسميته، قديم في معناه يطلق على كل طلاق استبد به الزوج وتتأذى المرأة بسببه [3]. وعليه تم تعريفه بأنه " مناقضة قصد الشارع في إيقاع الطلاق أو رفع قيد النكاح حالاً أو مالاً بلفظ مخصوص" [4].

(1) القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
(2) جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعةوالقانون، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2009، ص196.
(3) سعاد مخالفية، حماية الاسرة من التعسف في استعمال الحق، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2016، ص11.
(4) جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الشريعةوالقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان – الاردن، 2009، ص213.

فمعنى " **مناقضة قصد الشارع في إيقاع الطلاق**" ، إذ إن قصد الشارع في إيقاع الطلاق هو الخلاص من الحياة الزوجية التي تعترضها بعض العوارض التي ينتج عنها عدم استقامة مصالح الأسرة وتستحيل فيها الحياة بين الزوجين والذي بموجبه تنقلب الحياة إلى جحيم لا يطاق يكتوي بنارها كل من الأبناء والآباء والمجتمع بأكمله فكان الطلاق أمر تحتمه الضرورة مع ما يترتب عليه من أضرار، وذلك دفعاً لضرر أشد وأكبر، فكل طلاق قصد المكلف فيه غير قصد الشارع، أو قصد به مجرد الاضرار، فهو غير مشروع لمخالفته قصد الشارع.

أما " **رفع قيد**" : فيشمل القيد الحسي والمعنوي.

والمقصود " **بقيد النكاح**" : قيد خرج به القيد الحسي والمعنوي بغير النكاح.

أما عن كلمتي **حالاً** : أي قيد يقصد به الطلاق البائن ؛ لأنه يرفع قيد النكاح في الحال، و**مالاً:** فيقصد به الطلاق الرجعي ؛ لأنه يرفع قيد النكاح في المال بعد انتهاء العدة [1].

كذلك عرف الطلاق التعسفي بأنه " إساءة استخدام الرجل لحقه في إيقاع الطلاق الموكل إليه شرعا" [2].

اما بالنسبة إلى المشرع العراقي فنجده تناول موضوع الطلاق التعسفي من خلال نص المادة (3/39) من قانون الأحوال الشخصية على أنه " إذا طلق الزوج زوجته وتبين للمحكمة أن الزوج متعسف في طلاقها وإن الزوجة أصابها ضرر من جراء ذلك تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويض يتناسب وحالته المادية ودرجة تعسفه يقدر جملة على أن لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة الأخرى" [3].

عليه فقد تبين لنا من نص المادة أعلاه ان المشرع العراقي لم يعطِ تعريفاً للطلاق التعسفي مما يستوجب معه الرجوع إلى القواعد العامة المتعلقة بنظرية التعسف في استعمال الحق كما ذكرنا سابقاً.

---

(1) نبيلة مشراوي وعائشة نويجم، الطلاق التعسفي في قانون الاسرة الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خضير بسكرة، 2022، ص30.

(2) رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الاسلامية، ط1، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2010، ص 904.

(3) المادة (3/39)، قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959.

رابعاً– حكم التعسف في استعمال حق الطلاق:

قبل التطرق إلى حكم التعسف في استعمال حق الطلاق لا بد من بيان الأصل في حكم الطلاق بين الحظر والإباحة، أي (هل الأصل في الطلاق الحظر أم الإباحة؟)، فقد اختلف فيه الفقهاء إلى مذهبين هما:

المذهب الأول: الأصل في الطلاق الإباحة: إن الأصل في الطلاق الإباحة وأنه مشروع في نفسه، إلا أن المنع فيه لغيره من الفساد والوقوع في المحرم وقد ورد هذا الرأي عن بعض علماء الحنفية [1]، وبعض المالكية [2]، وبعض الحنابلة [3]، إلا أن الحصفكي من الحنفية أشار إلى عدم وجود خلاف في المذهب الحنفي إذ إن اختلاف الحكم مبناه اختلاف الحيثية التي يبنى عليها الحكم، واستدلوا في ذلك بما يأتي:

أ- قوله عز وجل: (لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أو تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً)[4].

ووجه الدلالة أن نفي الجناح يقصد به نفي الإثم والحرج وهذا ينافي الحظر فكان مباحاً [5].

ب- قوله عز وجل: (الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أو تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ۗ) [6].

ت- قوله تعالى: {يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إذا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ} [7].

إن الآيتين السابقتين مطلقتان تقتضيان الإباحة [8].

---

(1) شمس الأئمة محمد بن احمد بن ابي سهل السرخسي، المبسوط للسرخسي، المصدر السابق، ج6، ص2. زين الدين بن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المصدر السابق، ج3، ص254-255

(2) ابو عبد الله محمد بن احمد الانصاري القرطبي، تفسير القرطبي، ج3، ط2، دار الكتب المصرية، القاهرة – مصر، 1384ه – 1964م، ص 126.

(3) ابو محمد موفق الدين عبد الله بن محمد قدامة المقدسي الدمشقي الحنبلي، المغني، المصدر السابق، ج7، ص277. علي بن سليمان المرداوي، الانصاف، ج8، ط1، تحقيق محمد حامد الفقي، دار احياء التراث، بيروت - لبنان، 1374ه – 1955م، ص429.

(4) سورة البقرة، (الآية 236).

(5) محمد احمد مصطفى أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المصدر السابق، ص 285.

(6) سورة البقرة، (الآية 229).

(7) سورة الطلاق، (الآية1).

(8) زين الدين بن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المصدر السابق، ج4، ص254.

ث- ما روي أن النبي(ﷺ) " طلق حفصة ثم راجعها" [1]، ويتمثل وجه الدلالة في أن الظاهر أن النبي طلقها من غير ريبة فقد أمره الله تعالى أن يراجعها لأنها صوامة قوامة[2].

ج- إطلاق قوله تعالى (إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ) [3]، والإطلاق يقتضي الإباحة.

هذا وقد نوقشت أدلة القائلين بالإباحة، وتم الرد عليها كما يأتي:

أ- إن الآية الأولى إنما تفيد نفي الجناح في تطليق غير المدخول بها، ولا يتعداه إلى كل طلاق[4].

ب-أما ما ورد من طلاق النبي (ﷺ) لحفصة فالحديث ضعيف، وعلى فرض صحته ينبغي أن يحمل على حاجة أو سبب عملا بالأدلة الأخرى، إذ إنه لم يرو في الخبر أن الرسول (ﷺ) طلقها من غير حاجة أو سبب فوجب حمله على الحاجة، تنزيها لفعل النبي (ﷺ) عن العبث [5].

ت-وأما الطلاق الوارد في الصحابة، فليس هناك ما يدل على أنه صدر لغير سبب، ولا يعقل أن يكون كذلك [6].

إذ قال القرطبي في تفسيره " دل الكتاب والسنة وإجماع الأمة على أن الطلاق يُباح لغير محظور، وقال ابن منذر ليس في منع الطلاق خبر يثبت" . فيما قال السرخسي: " وإيقاع الطلاق مباح وإن كان مبغضا في الأصل عند عامة العلماء" [7].

---

(1) أبو داوود سليمان بن الأشعث بن اسحاق بن بشير الازدي السجستاني، شرح سنن ابي داود للعباد، كتاب الطلاق باب (في المراجعة)، المصدر السابق، ج2، حديث رقم 2283، ص285. ابو عبد الله محمد بن يزيد الربعي القزويني ابن ماجة، سنن ابن ماجة، كتاب الطلاق، المصدر السابق، ج1، رقم 2016، ص 342.
(2) شمس الأئمة محمد بن احمد بن ابي سهل السرخسي، المبسوط للسرخسي، المصدر السابق، ج6، ص3.
(3) سورة الطلاق، (الآية 1).
(4) محمد احمد مصطفى أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المصدر السابق، ص285.
(5) ابو عبد الله محمد بن احمد الانصاري القرطبي، تفسير القرطبي، المصدر السابق، ج18، ص187.
(6) محمد احمد مصطفى أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المصدر السابق، ص285.
(7) محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الاسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05، دار الوعي للنشر والتوزيع، روبية- الجزائر، 2012، ص33.

وقال ابن تيمية: (لولا أن الحاجة داعية إلى الطلاق لكان الدليل يقتضي تحريمه، ولكن الله تعالى أباحه رحمة منه بعباده لحاجتهم إليه أحياناً) [1].

المذهب الثاني: الأصل في الطلاق الحظر: ذهب بعض الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى القول بأن الأصل في الطلاق الحظر وليس الإباحة وأنه لا يُباح إلا لضرورة وحاجة ملحة، مع اختلافهم في بعض الصور التي تبيح الطلاق، واستدلوا على ذلك بما يأتي:

أ- قوله عز وجل: (فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا) [2]. إذ تدل الآية الكريمة ان الله تعالى عد الطلاق من غير سبب مشروع بغيا وعدوانا، وفيه ظلم للزوجة لذا يعد محظورا.

ب- قوله عز وجل: (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ) [3]. وجه الدلالة من الآية الكريمة أن النكاح نعمة نعمة والطلاق قطع له وقطع النعمة غير جائز الا إذا زالت صفتها، كما يعد الطلاق قطع للنكاح الذي تعلقت به المصالح الدنيوية والدينية [4].

ت- قوله تعالى: (وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا) [5]. يتمثل وجه الدلالة من الآية السابقة ان الطلاق مع عدم الحاجة وبعد الطاعة بغي وظلم على الزوجة، وسبيل للفراق الظالم.

ث- قوله تعالى: (فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ) [6]. إذ تدل الآية الكريمة على ذم السحر لتسببه في التفرقة بين الزوجين [7].

---

(1) مسلم بن حجاج النيسابوري، صحيح مسلم، كتاب القيامة والجنة والنار، المصدر السابق، ج 2، ص 1292.

(2) سورة النساء، (الآية 34).

(3) سورة الروم، (الآية 21).

(4) زين الدين بن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المصدر السابق، ج 3، ص254. كمال ابن الهمام، فتح القدير، خرج أحاديثه عبد الرزاق المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ج3، 1995، ص446.

(5) سورة النساء، (الآية 34).

(6) سورة البقرة، (الآية 102).

(7) احمد ابن تيمية تقي الدين، مجموع الفتاوى، تحقيق عبد الرحمن العاصي الجندي، ج 33، مكتبة ابن تيمية، 1425 ه – 2004م، ص81.

ج–ما روي عن جابر بن عبد الله ان رسول الله ﷺ انه قال: " ان إبليسَ يضعُ عرْشَه على الماء، ثم يَبْعَث سَراياه، فأدْناهم منه منزِلةً أعظمُهم فتنةً، يجيء أحدهم فيقول: فعلتُ كذا وكذا، فيقول: ما صنعتَ شيئًا. قال: ثم يجيء أحدهم فيقول: ما تركتُه حتى فَرَّقتُ بينه وبين امرأتِه، قال: فيُدْنِيه منه ويقول: نعم أنت" [1]. إذ يتمثل وجه الدلالة من الحديث السابق بأن الطلاق أمر يوسوس به الشيطان ويسعى اليه، لذا لا بد من منعه.

ح– ما روي ابن عمر عن الرسول (ﷺ) أنه قال: " ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق" [2].وفي رواية أخرى عن ابن عمر ان النبي (ﷺ) قال: " أبغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق" [3].

إذ إن الحديث أعلاه يدلان على أن المراد بالحلال ما قابل الحرام، وهو الفعل الجائز أي المباح والمندوب والمكروه ولا يتناولان إلا المكروه بقرينة إضافة البغض إليه، والمباح والمندوب لا يوصفان بأن الله يبغضهما، فإن البغض يتنافى مع الطلب على سبيل الاستحسان، أو الطلب على سبيل التخيير بين الفعل والترك على وجه المساواة بينهما، وعليه فيكون المعنى أبغض المكروهات إلى الله الطلاق [4].

قد جاء في روضة الطالبين " وأما المكروه فهو الطلاق عند سلامة الحال" [5]، وعند الشافعية أن الأصل في الطلاق الحظر إذ قال ابن عابدين: " وأما الطلاق فإن الأصل فيه الحظر بمعنى أنه محظور ولا لعارض يبيحه وهو معنى قولهم الأصل فيه الحظر والإباحة للحاجة إلى الخلاص" [6].

(1) مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، المصدر السابق، ج2، ص322.
(2) أبو داوود سليمان بن الأشعث بن اسحاق بن بشير الازدي السجستاني، شرح سنن ابي داود للعباد، كتاب الطلاق باب (في كراهية الطلاق)، المصدر السابق، ج2، رقم 2178، ص255. ابو عبد الله محمد بن يزيد الربعي القزويني ابن ماجة، سنن ابن ماجة، كتاب الطلاق، المصدر السابق، ج1، رقم 2018، ص650.
(3) أبو داوود سليمان بن الأشعث بن اسحاق بن بشير الازدي السجستاني، شرح سنن ابي داود للعباد، كتاب الطلاق باب (في كراهية الطلاق)، ج2، المصدر السابق، رقم 2177، ص255.
(4) نبيلة مشراوي وعائشة نويجم، الطلاق التعسفي في قانون الاسرة الجزائري، المصدر السابق، ص33.
(5) يحيى بن شرف ابو زكريا النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المصدر السابق، ج6، ص463.
(6) محمد امين بن عمر عابدين، حاشية رد المحتار شرح تنوير الابصار، المصدر السابق، ج3، ص 251.

لذا فالراجح أن الأصل في الطلاق الحظر لعموم الأدلة التي تنفر من الفرقة وترغب في استقرارا الحياة الزوجية واستمرارها بشكل يتلائم وهدف الديمومة في الزواج [1].

مما سبق يتبين رجحان مذهب القائلين بأن الأصل في الطلاق الحظر، ما لم تَدْعُ إلى ذلك حاجة معتبرة شرعا أو ضرورة ملحة ؛ وذلك لقوة الأدلة على كراهية الطلاق والتحذير من ايقاعه ظلما، ولقرب هذه الأدلة من روح الشريعةومقاصدها. هذا فيما يتعلق ببيان حكم أصل الطلاق بين الإباحة والحظر. أما بالنسبة إلى " حكم الطلاق التعسفي" فلم يرد في كتب الفقهاء القدامى لفظ الطلاق التعسفي ولكنه مصطلح جديد، إذ تطرق الفقهاء المحدثون إلى الطلاق التعسفي في كتب الأحوال الشخصية، ولكنهم اختلفوا فيما بينهم على مذهبين، هل هناك تعسف في الطلاق أم لا؟ بناء على الاختلاف في حكم أصل الطلاق هل هو الحظر أم الإباحة؟ [2]:

المذهب الأول: ذهب بعض الفقهاء المحدثين إلى أنه لا يوجد تعسف في الطلاق وذلك استناداً أن الأصل في الطلاق الإباحة وأن الله عز وجل ملك الزوج حق الطلاق بالإرادة المنفردة فهو حر التصرف فيه وهو ما ذهب إليه بعض الحنفية[3].

المذهب الثاني: إذ ذهب عامة الفقهاء المحدثين ومنهم الحنفية[4] والمالكية[5] والشافعية[6]

(1) محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الاسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05، المصدر السابق، ص79.

(2) نبيلة مشراوي وعائشة نويجم، الطلاق التعسفي في قانون الاسرة الجزائري، المصدر السابق، ص33.

(3) محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، ج3، ط1، حققه وضبطه عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1423ه – 2002م، ص227. زين الدين بن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المصدر السابق، ج3، ص255.

(4) كمال ابن الهمام، فتح القدير، المصدر السابق، ج3، ص479. محمد بن عمر بن عبد العزيز الدمشقي الحنفي، حاشية رد المختار على لدر المختار شرح تنوير الابصار فقه ابو حنيفة، ج3، بيروت، دار الفكر للطباعة والنشر، 1421، ص228.

(5) ابو البركات احمد بن محمد بن احمد الدردير، الشرح الصغير على اقرب المسالك الى مذهب مالك، المصدر السابق، ج2، ص228.

(6) أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي، الحاوي الكبير، ج10، ط1، المحقق الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 1419ه- 1999م، ص535.

والحنابلة[1] إلى أن هناك تعسفاً في الطلاق إذا طلق الزوج زوجته دون مسوغ شرعي، مستدلين على ذلك بأن الأصل في الطلاق الحظر، سواء من قال منهم بأن الحظر ديانى أم قضائي[2].

من خلال ما سبق يتبين أن حكم الطلاق التعسفي هو نفسه حكم الطلاق وقسمه الفقهاء إلى قسمين هما الأصل فيه الإباحة " أجاز الطلاق التعسفي" ، ومن قال الأصل فيه الحظر" لم يجز الطلاق التعسفي" .

الفرع الثاني

معايير الطلاق التعسفي، وصوره

إن الطلاق الذي لا خلاف في وقوعه هو أن يطلق الزوج امرأته في طهر لم يمسها طلقة واحدة له صور وله معايير مختلفة، وقسمنا هذا الفرع إلى قسمين هما أولاً: معايير الطلاق التعسفي وفق معيارين هما: معايير شخصية وذاتية ومعايير مادية أو موضوعية وفي الفرع الثاني تطرقنا إلى صور الطلاق التعسفي من خلال أبرز صورتين هما طلاق لسبب غير معقول وطلاق المريض مرض الموت.

أولاً- معايير الطلاق التعسفي:

نصت المادة (7) من القانون المدني العراقي المرقم 40 لسنة 1951 على الحالات التي يشكل بها الاستعمال للحق خطأ أو غير جائز لاسيما في الحالات الآتية: (أ- إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير. ب – إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقا مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها) [3].

هذه الحالات عامة تشمل كل الحقوق وبما إنّ التعسف في الطلاق هو إساءة الحق في الطلاق بحيث يودي إلى الإضرار بالغير دون تحقيق فائدة لصاحب الحق أو لأن الفائدة أقل من

(1) ابو العباس احمد عبد الحليم بن تيمية الحراني، كتب ورسائل وفتاوي شيخ الاسلام ابن تيمية،ج32، ط2، تحقيق عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، مكتبة ابن تيمية، 1425ه – 2004م، ص293.

(2) محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي، وقانون الاسرة الجزائري المعدل بالامر2/5، المصدر السابق، ص85-86.

(3) القانون المدني العراقي المرقم 40 لسنة 1951.

الضرر اللاحق ، أو أن صاحبه قصد عند استعماله الإضرار بالغير، ويمكن تكييف المعايير كالآتي:

1. **المعايير الذاتية أو الشخصية** وتتمثل المعايير الذاتية أو الشخصية في معيارين اثنين هما: معيار قصد الإضرار، ومعيار المصلحة المشروعة، ويمكن توضيحها كما يأتي:

أ- معيار قصد الإضرار: يعد الشخص مسيئًا لاستعمال حقه إذا كان قصده الوحيد من ذلك هو الإضرار بالغير ؛ إذ لا يصحبه قصدٌ إلى شيءٍ آخر كتحقيق منفعة، ولو كانت قليلة فعندئذ لا ينطبق عليه هذا المعيار[1]. وقد حرّم الشارع الإضرار بالغير، بما جاء في قوله تعالى " وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا " [2].

يتعلق معيار قصد الاضرار بالقصد أو النية أي أن تكون نية الإضرار هي الباعث الوحيد لصاحب الحق في استعماله ، وذلك بأن يوقع الزوج الطلاق على زوجته قاصداً الإضرار بها بدافع الانتقام أو الكراهية أو... وهي مسألة نفسية يتعذر التدليل عليها والتي يمكن للقاضي استخلاصها من انعدام الفائدة الكلية من الزوج في إيقاع الطلاق، وبذلك فإن تطبيق هذا المعيار يتطلب الاستعانة بمعيار موضوعي الذي يمثل مسلك الرجل المعتاد في مثل هذا الموقف، وان مسلك الرجل الراشد هو " ألا يطلق إلا لسبب شرعي اقتضته الضرورة" ، وبذلك فإن انعدام هذا المبرر يجعل الطلاق تعسفياً [3].

مثال ذلك كأن يوقع الرجل الطلاق على زوجته بقصد حرمانها من الإرث أو يطلقها من دون أن توجد مصلحة يحققها من إيقاع الطلاق كل ذلك دلالة على قصد الإضرار بالزوجة والضرر ممنوع في حق الزوجة لقوله (ﷺ): " لا ضرر ولا ضرار" ومن الامثلة ايضا كأن

(1) توفيق عيسى حامد، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي أبو هاشم، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الاردنية، دون تاريخ، عمان، الاردن، ص97.
(2) سورة البقرة، (الآية 231).
(3) عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة بالشريعة الاسلامية، دار الخلدونية للطباعة والنشر والتوزيع، القبة، الجزائر، 2007، ص144-145.

ينوي المطلق الزواج بأخرى من دون مراعاة أحكام قانون الأحوال الشخصية في مسألة تعدد الزوجات[1].

ب- معيار المصلحة المشروعة: إن الله عز وجل شرع الطلاق، وجعله الزوج كحل نهائي لحياة زوجية عديمة التوافق مما يعني إن الاستمرار فيها مستحيلاً ، وإن بقائها مفسدة كبرى وضرراً ؛ لذا شرع عز وجل الطلاق لتحقيق مصلحة عند استحالة استمرار الحياة بين الزوجين، ولم يشرع عظيماً إلا لهذا القصد، وعند ايقاع الطلاق لغير هذا القصد يكون مناقضا لقصد الشارع من تشريع الطلاق وفقاً لـ " كل من ابتغى في تكاليف الشريعةغير ما شرعت له فقد ناقض الشريعةوكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل" [2]، كما أن إيقاعه من دون سبب يعتبر سعي في نقض مصلحة حفظ النسل والعرض[3].

2. **المعايير المادية** أو **الموضوعية:** والتي تتجسد في معيارين يتمثل الأول بمعيار رجحان الضرر على المصلحة واختلال التوازن بين المصالح المتعارضة، أما الثاني فهو معيار عدم مشروعية المصالح التي يرمي المطلق إلى تحقيقها والضرر الفاحش.

أ- معيار رجحان الضرر على المصلحة واختلال التوازن بين المصالح المتعارضة: قد اقر الشريعة الاسلامية هذا المعيار لتنسيق المصالح الفردية المتعارضة وخاصة العلاقات الجوارية التي لا شك في أن تنسيقها وتنظيمها والحفاظ على ذلك رعاية للصالح العام[4]. فضلاً عن كونه يهدف إلى مراعاة التوازن والتناسب بين المصالح المختلفة إذ لا يطغى جانب على آخر؛ لأن المصالح قد تشوبها مفاسدٌ تلحق بالآخرين، والفرد في تصرفه ليس مطلقاً عن القيود وانما تبقى مصلحة الجماعة التي يحيا من خلالها ملاحظة في تصرفه بحقه[5].

---

(1) عادل عيساوي، الحقوق المالية للمرأة في قانون الاسرة الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، الجزائر،2011، ص210.

(2) أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، الموافقات في اصول الفقه، ج2، ط1، تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، 1417ه – 1997م، ص331.

(3) جميل محمد فخري جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعةوالقانون، المصدر السابق، ص201.

(4) فتحي الدريني، النظريات الفقهية، ط2، منشورات جامعة دمشق، 1416ه – 1996م، ص137.

(5) عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، المصدر السابق، ص42.

وفقاً لما جاء في أعلاه فإنّ المطلق يعد متعسفاً إذا كانت المصالح التي يسعى إلى تحقيقها ذات اهمية نسبية قليلة إذ لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها وهذا المعيار يقوم على الموازنة بين المصلحة المقصودة والضرر الذي يصيب الغير، فإذا كانت المصلحة من دون الضرر بدرجة كبيرة كان استعمال حق الطلاق في هذه الحالة انحرافاً عن مسلك الرجل المعتاد فتتحقق المسؤولية وبمفهوم آخر ايقاع الزوج الطلاق بناءً على أسباب غير مقبولة ومن دون مبررات ودوافع للطلاق ؛ وذلك لدفع الضرر عن نفسه بالموازنة بين ما يترتب على الطلاق من مصالح وما ينتج عنه من مفاسد وأضرار تلحق بالزوجة[1]، نجد أن هذه المفاسد أكبر من المصلحة المرجوة من الطلاق والمراد تحقيقها ويكون الطلاق جلبا لضرر أكبر من الضرر المراد دفعه، وبذلك يكون الزوج متعسفا في استعمال حقه[2].

ب_ معيار عدم مشروعية المصالح التي يرمي المطلق إلى تحقيقها والضرر الفاحش: فإذا كان الزوج في طلاقه يبتغي تحقيق مصلحة غير مشروعة تخالف حكماً أو مقصداً شرعياً ، فإنه يكون متعسفاً فيه ؛ لأن الطلاق شرع لأنْ يكون حلا للخلافات الزوجية التي يتعذر معها استمرار الحياة الزوجية ولم يشرع إلا لهذا المقصد وايقاعه في غيره مخالف ومنافي لهدف الشارع منه[3].

يتبين من خلال المادتين(6 و7) من القانون المدني فإن المعايير التي يشكل بها الاستعمال التعسفي للحق خطا المشرع واتفق مع الشريعةفي المعيار الذاتي وأشار في الحالة الأولى إلى قصد الإضرار بالمطلقة ، وهو معيار ذاتي ينظر إلى المبادئ والمقصود والباعث الوحيد لصاحب الحق في استعماله يمكن للقاضي استخلاصه وقد تدل عليه قرائن أشار إليها المشرع في الحالة الثانية والثالثة، أما المعيار الموضوعي فاكتفى بالتنصيص على المعيار الذاتي

(1) نبيلة مشراوي وعائشة نويجم، الطلاق التعسفي في قانون الاسرة الجزائري، المصدر السابق، ص37.
(2) جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الشريعةوالقانون، المصدر السابق، ص 202.
(3) فتحي الدريني، النظريات الفقهية، المصدر السابق، ص138.

ولم يذكر المعيار المادي ، لوضوحه بسبب العلاقة السببية بين قصد الإضرار ووقوع الضرر لزوماً واطراداً [1].

وبالرجوع إلى قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1958 لا سيما المادة (52) منه، نجدها لم تنص على المعايير التي على أساسها يضبط لتعسف في الطلاق ، إلا أنه يفهم من خلالها أن المشرع ترك مسألة تحديد تعسف الزوج في إيقاع الطلاق للقاضي وذلك بإعمال سلطته التقديرية.

ثانياً- صور الطلاق التعسفي:

إن التعسف في استعمال حق الطلاق قد يكون له صور عدة ، ومع ذلك فقانون الأحوال الشخصية العراقي لم يذكرها تاركاً ذلك للسلطة التقديرية للقاضي، ومن خلال البحث وجد أن هناك صورتين بارزتين للطلاق التعسفي تتمثل بطلاق المريض مرض الموت والطلاق دون سبب معقول، لذا سيتم التطرق لهاتين الصورتين على سبيل المثال لا الحصر، وكما يأتي:

1. **طلاق المريض مرض الموت:** مرض الموت هو المرض الذي يخشى فيه من الموت ويحدث منه الموت غالباً أو يتصل به، وكان من الأمراض التي يغلب فيها الهلاك عادة، وقد اختلف في اماراته فقيل أن يلازم المريض الفراش، ألا يستطيع المشي إلا بمعين، ألّا يقدر على الصلاة قائماً ، ألّا يخرج من الدار أن كان رجلاً ، ألا تقوم بأعمالها في البيت إن كانت امرأة [2]، أي المرض الذي يعجز الإنسان عن القيام بمصالحه خارج البيت ويحول دون قيامه بواجباته، ويترتب عليه شرعاً تغيير في بعض أحكام من يصاب به حماية للغير من تصرفاته [3].

(1) سعيد طاري، التعسف في فرق الزواج واثاره، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة وهران، كلية العلوم الانسانية، 2013، ص21.
(2) محمد احمد مصطفى أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المصدر السابق، ص 319.
(3) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري – الزواج والطلاق، ج1، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر،1999، ص 244.

لا يتم التعرض لأحكام تصرفات المريض مرض الموت في المعاملات المالية إنما نبين مدى تأثير مرض الموت في الطلاق، فإذا طلق المريض مرض الموت زوجته ومات وهو في مرضه فأن كان الطلاق رجعياً فالزوجة ترثه ما دامت في العدة لأنها لا تزال زوجة، أما إذا كان الطلاق بائنا فالأصل أن لا ترث ؛ لأن الزوجة تبين بالطلاق البائن فلا ميراث [1].

لقد سمى الفقهاء من طلق زوجته بدون رضاها وهو مريض مرض الموت بقصد التهرب من ميراثها بطلاق الفار كما أنهم ردوا عليه قصده وذلك بتوريثها منه رغم البينونة التي حصلت بالطلاق ؛ لأن إيقاعه الطلاق صحيح إنما قالوا بميراثها منه على خلاف فيما بينهم [2]، إذ ذهب **الجعفرية** إلى أن زوجة المريض ترث زوجها ما دامت في العدة، فإذا مضت العدة فأنها ترث أيضاً ما لم تمض سنة على طلاقها فحينئذ لا ترثه أي أن " إذا طلق الرجل امرأته وهو مريض فأنهما يتوارثان ما دامت في العدة فإذا انقضت عدتها ورثته ما بينهما وبين سنة ما لم تتزوج ، فإن تزوجت فلا ميراث لها وإذا زاد على السنة يوم واحد لم يكن لها ميراث ولا فرق في جميع هذه الأحكام بين أن يكون التطليقة هي الأولى أو الثانية أو الثالثة [3].

فيما ذهب **الشافعية** إلى أنها ترث، لاعتبار الزوج فاراً من توريثها فيرد عليه سوء قصده، وبني على هذا القول روايتان، الأولى: إنها لا ترث إلا إذا كانت وفاته في عدتها من طلاقه، لبقاء حكم الزوجية بينهما. والثانية: إنها ترثه ولو توفي بعد انتهاء العدة ، ما لم تتزوج، وقيل ترث أبداً ؛ لأنها إنما ورثت لفراره، وذهبوا أيضاً إلى أن الزوج لو مات، بسبب غير مرضه لم ترث، وكذلك إذا سألته الطلاق فطلقها ؛ لأنه غير متهم [4]. أي أن اصحهما أن طلاق المريض كطلاق الصحيح والرواية الثانية يعد فيها المريض فارا وترثه زوجته [5].

---

(1) صبحي المحمصاني، فلسفة التشريع في الاسلام، دار الكشاف، بيروت – لبنان، 1952، 121.

(2) عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الاسلامية، ط2، دار الفكر، 1968، ص112.

(3) ابي جعفر محّمد بن منصور بن أحمد بن إدريس الحلّي، السرائر، ج1، مطبعة مؤسسة النشر الإسلامي، 1410ه، ص337.

(4) إبراهيم بن علي بن يوسف أبو إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج2، بيروت- لبنان، دار الفكر، ص25. ابو محمد موفق الدين عبد الله بن محمد قدامة المقدسي الدمشقي الحنبلي، المغني، المصدر السابق، ج2، ص268.

(5) أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 1416ه - 1986م، ص25.

أما **الحنفية** فقالوا ترث زوجة الفار ما دامت في العدة بشرط ان تكون أهلاً لإرثه من وقت إبانتها إلى وقت موته، مع ملاحظة أن الطلاق البائن يقع بأحكامه على زوجته من حين صدوره [1].

فيما ذهب **الحنابلة** إلى أن الزوجة ترث زوجها ما دامت في العدة من دون خلاف [2]، واختلفوا فيما لو انتهت العدة هل ترث أم لا على روايتين – الصحيح من المذهب إنها ترثه ما دامت لم تتزوج[3].

بينما يرى أصحاب المذهب **المالكي** أن الزوجة ترث زوجها إذا طلقها في مرض موته، ولو انقضت العدة وتزوجت غيره، ولو كان الطلاق برضاها واختيارها [4]. فقد قال مالك: " إن حق الزوجة في الميراث لا ينقطع ولو تزوجت قبل الموت ؛ لأن القصد الآثم مردود على صاحبه، وقد قصد حرمانها من الميراث فيرد عليه قصده وذلك بتوريثها كما لو لم يطلقها" [5]. كما جاء في شرح الحرشي: " وإذا طلق في مرضه المخوف ثم ماتت فيه فأن الرجل لا يرثها ولو طلقها مريضة ؛ لأنه هو الذي أسقط ما كان بيده" [6].

تتمثل خلاصة ما جاء في أعلاه أن الرجل إذا تعسف في طلاق زوجته فطلقها في مرض موته اعتبر الشارع ذلك فراراً من ميراث زوجته فرد عليه قصده بتوريثها منه.

أما القانون العراقي فقد ذهب إلى عدم وقوع طلاق المريض مرض الموت حيث نصّ على ذلك في المادة 35/ الفقرة 2 من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 على أنه: " لا يقع طلاق الأشخاص الآتي بيانهم: ... 2- المريض مرض الموت أو في حالة يغلب

(1) كمال ابن الهمام، فتح القدير، المصدر السابق، ج5، ص151. علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، المصدر السابق، ج3، ص218-220.
(2) إذ انه لا خلاف بين جميع الفقهاء ان الزوج لا يرث زوجته اذا ماتت وهي في العدة ان كان طلاقه طلاق فار.
(3) احمد ابن تيمية تقي الدين، مجموع الفتاوى، المصدر السابق، ج3، ص143.
(4) شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المصدر السابق، ج2، ص353.
(5) ابو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، ج2، دار الحديث، القاهرة – مصر، 1425ه – 2004م، ص68.
(6) محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، شرح مختصر خليل للخرشي، المصدر السابق، ج3، ص 155.

في مثلها الهلاك إذا مات في ذلك المرض أو تلك الحالة وترثه زوجته" [1] ، وهذا مخالف لإجماع فقهاء المسلمين لإجماعهم على وقوع الطلاق مع اختلافهم في استحقاق الزوجة للإرث.

لقياس التعسف في استعمال الحق في واقعة طلاق مرض الموت لا بد من تطبيق معايير التعسف في استعمال الحق على طلاق المريض مرض الموت لنتبين هل هو متعسف في استعمال حقه أم لا [2]:

ا. مناقضة قصد الشارع: لما كان طلاق المريض مرض الموت مناقضاً لقصد الشارع في تشريع الطلاق، وهو التخلص من حياة لم تعد تطاق، بل هو بحاجة إلى من يقف بجانبه ويؤنسه في مرضه فكان طلاقه مناقضاً لقصد الشارع .

ب . تمحض قصد الإضرار: لما كان ظاهراً من طلاقه لزوجته في مرض موته أنه لم يقصد سوى حرمانها من الميراث، وتوفير ذلك لأولاده، ولم يقم الدليل على أنه أراد غير ذلك، كان قصد الإضرار المحض بها واضحاً، تاركاً إياها من غير مال تنفق منه بعد وفاته وهي بحاجة إليه.

ج . عدم التناسب بين المصالح: لما كانت مصلحته من طلاق زوجته معدومة فهو لا يستفيد أبداً من حرمانها من الميراث فهو تارك المال وراء ظهره ملاق ربه ؛ ليحاسب على ما قدم في حياته، ولما كان الضرر الواقع على زوجته نتيجة حرمانها من الميراث فادحاً، لم يكن هناك تناسب بين المصالح فكان الطلاق في تلك الحالة تعسفاً.

2. **الطلاق دون سبب معقول:** إن فكرة الطلاق التعسفي كما اوضحنا قائمةٌ على أساس ومبدأ عدم وجود مبررٍ أو سببٍ معقول للطلاق، ولا يعني هذا عدم وجود سببٍ أصلاً للطلاق، بل لا يكاد يوجد طلاقٌ من غير سببٍ، ولكن هل هذا السبب معقول ومبرر لإنهاء الرابطة الزوجية المقدسة من فوق سبع سماوات؟ أم أنه سببٌ لا يعقل أن يكون دافعاً لإنهاء العلاقة الزوجية وهدماً للعش الزوجي ودعائمه؟ وقد اختلفت التفسيرات لحقيقة هذا السبب المعقول

(1) قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959، المادة 35، فقرة 2.

(2) ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلي، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الاسلاميةة والقانون الأردني، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس-فلسطين، 2011، ص 81.

وماهية الأسباب الأخرى إن وجدت [1]، وهذا الاختلاف يكمن سببه في اختلاف الأعراف والتقاليد الاجتماعية من مكانٍ لآخر وحتى البلد الواحد، ومن زمانٍ لآخر، ومن شخص لآخر، حيث يختلف مفهوم التعسف في إيقاع الطلاق بالنسبة إلى شخصين، وإن كانا يقيمان في البلد نفسه والفترة الزمنية ذاتها، بحسب اختلاف النشأة الاجتماعية لكل منهما [2].

فيُعد نشوز المرأة، وكذلك الإساءة للزوج بالسب والشتم والضرب، وإفساد العلاقة بينه وبين أهله، وارتكاب الفواحش، وتركها البيت للعمل بالمحال غير الشرعية، من الأسباب المعقولة للطلاق، فلا يدفع الزوج تعويضاً عن الطلاق لمثل هذه الأسباب [3]. كما يُعد متعسفا من طَلَّقَ زوجته بضغط من الغير، وكذلك لمن طلقها لعدم التكافؤ بينهما، فضلاً عن طلاق المريض زوجته في مرض الموت بقصد حرمانها من الميراث. ولا يُعد مثلاً العقم وضعف الكلام والسمع، والبله، عذراً شرعياً للطلاق ولا يجعل طلاق الرجل زوجته لهذه الأسباب طلاقاً مشروعاً غير متعسف فيه، إذ يجب على الزوج في مثل دعواه هذه التصرف مع زوجته بالمودة والرحمة كما أمر الله تعالى، إذ لا دخل لها في حالها [4].

بناءً على ما سبق يتضح أن هذا العنوان تندرج تحته صورٌ لا حصر لها. فكل طلاق وقع لسبب ما، وكان هذا السبب غير معقول لإنهاء الحياة الزوجية بقدسيتها، كان طلاقاً تعسفياً. ولم يتطرق الفقهاء القدامى لبيان الطلاق دون سبب معقول لعدم وقوعه في عصرهم لقوة الوازع الديني عند المسلمين. أما الفقهاء المحدثون فقد اختلفوا في اعتبار التعسف في الطلاق دون سبب معقول على رأيين هما:

- **الرأي الأول:** إذ ذهب أصحابه إلى القول بأن من طلق زوجته بغير حاجة أو سبب مشروع ومعقول لا يعد متعسفاً في استعمال حق الطلاق مع القول بأنه يكره الطلاق إذا كان من

(1) بسما حسين لافي الابراهيم، إجراءات الدعوى في الطلاق التعسفي، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الفقه، جامعة آل البيت، 2009، الاردن، ص48.

(2) نعيم إسماعيل معالله الدليمي، التعويض عن الطلاق التعسفي بين الشريعةوالقانون العراقي، بحث منشور في https//www.bibliotdroit.com/.

(3) ساجدة عفيف عتيلي، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الاسلاميةة والقانون الأردني، المصدر السابق، ص68.

(4) احمد محمد علي داود، القرارات الاستئنافية في الاحوال الشخصية، ج1، ط2، دار التأمين للنشر والتوزيع، ص213.

غير حاجة أو سبب مشروع بناء على أن الأصل في الطلاق الإباحة وإنه حق للزوج له حرية التصرف فيه.

- **الرأي الثاني:** إذ يرى أصحاب هذا الرأي أنه من طلق زوجته من غير سبب معقول أو مبرر شرعي فقد تعسف في استعمال حق الطلاق ؛ لأنه بذلك أضر بالزوجة وأهلها وأولاده فضلاً عن كونه ناقض مقصد الشارع في مشروعية الطلاق [1].

فإذا أقدم الزوج على طلاق زوجته دونما سبب معقول عد هذا الطلاق تعسفياً وتستحق حينئذ الزوجة المطلقة تعويضاً كي لا يغالي باستخدام هذا الحق، فإذا تبين للقاضي أن الزوجة قد لحقها ضرر بسبب هذا الطلاق جاز له أن يحكم لها على مطلقها بالتعويض، وهذا ما ذهبت إليه المادة 39 من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 88 لسنة 1959 بفقرته الثالثة " إذا طلق الزوج زوجته وتبين للمحكمة أن الزوج متعسف في طلاقها وأن الزوجة أصابها ضرر من جراء ذلك تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويض يتناسب وحالته المادية ودرجة تعسفه يقدر جملة على أن يتجاوز نفقتها مدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة الأخرى" .

(1) نبيلة مشراوي وعائشة نويجم، الطلاق التعسفي في قانون الاسرة الجزائري، المصدر السابق، ص39-40.

المبحث الثاني

أحكام الطلاق الاتفاقي بين الشريعة والقانون

بعد ما اتضح لنا أن الزواج عقد ملزم للجانبين، لذا فان اتفاق الزوجين على إنهاء الرابطة الزوجية لا تخرج عن طبيعة العقد، وبما أن هذا الاتفاق اقرته الشريعة الاسلامية كما أقرته القوانين الوضعية، فعليه لم يترك هذا الاتفاق مطلقاً لإرادة الزوجين، بل وضع له أسساً معظمها لصالح الزوجة لأنها الطرف الأضعف في هذه العلاقة، وفرض قيود على إرادة الزوجين منها يتعلق بما يبذل من الزوج للزوجة ومنها خاص بالأهلية، وتتمثل هذه الطريقة لإنهاء العلاقة الزوجية بالطلاق الاتفاقي (الخلع)، وهو فرقة يتفق عليها كلا الطرفين مقابل تنازل الزوجة عن حق لها عليه، أو التزامها بدفع عوض للزوج مقابل طلاقها ورجوع الزوجة إلى حريتها قبل الزواج، وهذا ما سيتم التعرض له في مطلبين نتناول في الأول معنى الطلاق الاتفاقي وشروطه وحكمه والحكمة منه، وفي الثاني دور مبادئ الشريعة الاسلامية في تحديد مقومات الطلاق الاتفاقي، وكما يأتي

المطلب الأول: معنى الطلاق الاتفاقي وحكمه والحكمة منه

المطلب الثاني: دور مبادئ الشريعة الاسلامية في مقومات الطلاق الاتفاقي

المطلب الأول

معنى الطلاق الاتفاقي وحكمه والحكمة منه

إن الفرقة بين الزوجين قد تحصل بإرادة منفردة وتسمى طلاقاً وهذا ما تم التعرض إليه سابقاً ، وقد تحصل بإرادة الزوجين وتسمى الطلاق الاتفاقي أو الخلع، وقد تحصل بإرادة المحكمة وتسمى تفريق قضائي، وهنا سيتم التطرق إلى النوع الثاني أي الطلاق الاتفاقي، إذ سيتم التعرض إلى معنى الطلاق الاتفاقي وشروطه في الفرع الأول، فضلاً عن حكمه والحكمة منه في الفرع الثاني، وكما يأتي:

الفرع الأول: معنى الطلاق الاتفاقي ومشروعيته

الفرع الثاني: حكم الطلاق الاتفاقي والحكمة منه

الفرع الأول

معنى الطلاق الاتفاقي ومشروعيته

قبل تناول موضوع الطلاق الاتفاقي لا بد من التعرض لمعناه أولاً، وكما يأتي:

أولاً: معنى الطلاق الاتفاقي (الخلع)

عُرف الخلع لغة بأنه: " خلع الشيء يخلعه خلعا واختلعه: كنزعه إلا أن في الخلع مهلة، وسوى بعضهم بين الخلع والنزع. وخلع النعل والثوب والرداء يخلعه خلعا: جرده، والخلعة من الثياب: ما خلعته فطرحته على آخر أو لم تطرحه" [1].

أما فيما يتعلق بتعريف الخلع فقها فقد عرفه الفقهاء بتعريفات متقاربة، فعرفه الجعفرية بعدة تعريف إذ قال العلامة الحلي بأنه " إزالة قيد النكاح بفدية" [2]. كما عرفوه بأنه " عبارة عن الطلاق الذي يقع بفدية من الزوجة التي تكره زوجها والفدية تكون بمقدار المهر أو أقل أو أكثر منه [3]، إذ يعد من اقسام الطلاق البائن الذى لا يجوز للزوج أن يرجع إلى المطلقة سواء أكانت لها العدة أم لا [4]. أما فقهاء الحنفية فقد عرفوه بأنه " إزالة ملك النكاح المتوقف على موافقة الزوجة بلفظ الخلع أو ما في معناه مقابل عوض [5]، أو هو إزالة النكاح ببدل بلفظ الخلع" [6].

فيما عرفه فقهاء الحنابلة: " هو فراق الزوج لزوجته مقابل عوض بألفاظ مخصوصة" [7]. أما فقهاء الشافعية فقد أعطوه معنى بأنه " الفرقة التي تقع بين الزوجين ولو بلفظ مفاده عوض يكون للزوج [8]. وقد عُرف الخلع من قبل فقهاء المالكية بشكل لم يميز بين الخلع وغيره من

---

(1) محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري، لسان العرب، ج8، نشر ادب الحوزة، قم – ايران، 1405ه، ص 76.

(2) ابو منصور الحسن بن يوسف العلامة الحلي، قواعد الاحكام في معرفة الحلال والحرام، ج3، ط1، مؤسسة النشر الإسلامي، قم – ايران، 1413ه، ص156.

(3) محمد حسن محمد النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، المصدر السابق، ج33، ص2.

(4) عبد الأعلى الموسوي السبزواري، مهذب الاحكام، ج26، مطبعة الناشر، 1976، ص51

(5) محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، المصدر السابق، ج 3، ص439.

(6) ابن همام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، فتح القدير، المصدر السابق، ج4، ص58.

(7) إبراهيم بن محمد بن مفلح، المبدع في شرح المقنع، المصدر السابق،ج7، ص219.

(8) ابو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المصدر السابق، ج2، ص50.

أسباب الإزالة " وهو أن تبذل المرأة العوض عن طلاقها أو إزالة العصمة مقابل عوض من الزوجة أو غيرها" [1].

قد سمي هذا النوع من الفرقة خلعاً لأن الله سبحانه وتعالى جعل كل من الزوجين لباساً للآخر ، فإذا افتدت الزوجة بنفسها مقابل مال تعطيه لزوجها ليطلقها وأجابها في ذلك فقد خلع كل منها صاحبه [2].

فيما يتعلق بتعريف الخلع قانونا فمن خلال ملاحظة نصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي نجد أن المشرع العراقي عرف الخلع في المادة (46) الفقرة (1) التي نصت على ان الخلع " هو إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو ما في معناه وينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي... " [3]، مع مراعاة أحكام المادة (39) من هذا القانون. التعريف السابق لا يختلف عن تعريف الشريعة الاسلامية للطلاق الاتفاقي، إلا إنه في القانون العراقي يتم بتراضي الزوجين أمام القاضي، وقد تأثر المشرع في ذلك برأي الحسن البصري الذي يقول : إن الطلاق الاتفاقي يجب أن يكون أمام القاضي[4] .

ثانياً – مشروعية الطلاق الاتفاقي

الأصل في مشروعية الطلاق الاتفاقي بين الزوجين هو القران الكريم والسنة النبوية والإجماع، وكما يأتي:

1. من القران الكريم

إذ جاء في الآية (229) من سورة البقرة قوله تعالى: ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا

(1) احمد بن غنيم بن سالم النفراوي، الفواكه الدوائي على رسالة ابن ابي زيد القرواني، ج2، دار الفكر، بيروت- لبنان، 1415ه، ص34.
(2) علياء باسم محمد علي المسعودي، توازن الحقوق بين الزوجين، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة كربلاء، 2023، ص120.
(3) قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959م المعدل.
(4) مصطفى إبراهيم الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق في شريعة السماء وقانون الأرض خلال أربعة آلاف سنة، ج2 ، مطبعة العاني، بغداد، 1984، ص169.

فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [1].

إن الآية الكريمة صريحة الدلالة فيما يخص حرمة أخذ الرجل الفدية من المرأة الا مع خوف عدم إقامة حدود الله عز وجل، فعندها يرفع الجناح في أخذ الفدية منها عند خوف التقصير في إقامة الحدود المحدودة في حقوق الزوجية، إذ يدل ذلك على شرعية الطلاق الاتفاقي في قبال أخذ الفدية وعدم التحديد، فيما تبذل من فداء حتى بأكثر مما بُذل لها من المهر خلافاً للعامة [2].

كذلك وردت آيات كريمة أخرى كقوله عز وجل: (وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أو إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ۚ وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ۗ) [3]. وقوله تعالى: (وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا ۚ أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا)[4].

2. السنة النبوية الشريفة

" عن عمرة بنت عبد الرحمن أن حبيبة بنت سهل اخبرتها إنها كانت عند ثابت بن قيس بن شماس وان رسول الله (ﷺ) خرج إلى صلاة الفجر، فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه، فقال رسول الله (ﷺ) : من هذه؟ فقالت أنا حبيبة بنت سهل يا رسول الله لا أنا ولا ثابت لزوجها، فلما جاء ثابت قال له رسول الله (ﷺ): هذه حبيبة قد ذكرت ما شاء الله أن يذكر، فقالت حبيبة: يا رسول الله كل ما أعطاني عندي، فقال رسول الله (ﷺ): خذ منها فأخذ منها وجلست في أهلها" [5].

إن تقريب الاستدلال بالرواية يتمثل بتصريحها بأن النبي (ﷺ) أمر ثابت بن قيس بن شماس أن يأخذ من زوجته فداء في قبال طلاقه لها كي يسرحها مما يدل على جواز أخذ الرجل

(1) سورة البقرة، (الآية 229).
(2) يوسف بن احمد البحراني، الحدائق الناضرة في احكام العترة الطاهرة، ج25، دار الاصول، مؤسسة النشر الاسلامي، ص571.
(3) سورة النساء، (الآية 158).
(4) سورة النساء، (الآية 20)
(5) ابي عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم البخاري، صحيح البخاري، المصدر السابق، ج9، ص 330.

الفداء، وجواز بذل المرأة المال للزوج إذا كرهته ليسرحها، ويعد أمر النبي (ﷺ) هذا دليل على مشروعية الخلع.

في رواية أخرى عن زرارة عن أبي جعفر الصادق سلام الله عليه قال: " لا يكون الخلع حتى تقول: لا أطيع لك أمراً ، ولا أبرأ لك قسماً ، ولا أقيم لك حداً فخذ مني وطلقني، فإذا قالت ذلك، فقد حل له أن يخلعها بما تراضياً عليه من قليل، أو كثير ولا يكون ذلك إلا عند سلطان، فإذا فعلت ذلك فهي ملك بنفسها من غير أن يسمي طلاقاً " [1].

في الرواية أعلاه دلالة واضحة على أن الخلع لو لم يكن مشروعاً لما صح وقوع الطلاق به، وعليه ان الطلاق الاتفاقي مشروع كما تواترت بذلك الأخبار.

3. الاجماع:

أجمع العلماء على مشروعية الطلاق الاتفاقي وإباحته عن الحاجة إليه كسوء العشرة وكره الزوجة لزوجها، ما عدا فقهاء الشافعية [2]، وقد استدلوا الفقهاء على مشروعية الطلاق الاتفاقي بالإجماع بين المسلمين كافة على مشروعية أصل الطلاق الاتفاقي وهو مسلم به. إذ قال صاحب الجواهر " شرعية الخلع ثابتة كتاباً ، وسنة، وإجماعاً من المسلمين" [3]. فيما قال مالك بن أنس: " لم ازل اسمع ذلك من أهل العلم وهو الأمر المجمع عليه عندنا" [4]. وقال الحنابلة: وهو قول عمر وعثمان ... ولم يعرف لهم في عصرهم مخالفاً فيكون إجماعاً " [5].

بعدما ذكرنا الروايات التي تدل على مشروعية الطلاق الاتفاقي فمن الواضح أن الإجماع المذكور سيكون مستنداً لها فهو من الإجماع المدركي الذي تكون حجيته بمقدار حجية المدرك والمصدر الذي تم اعتماده الروايات المتقدمة وغيرها.

---

(1) ابو جعفر محمد بن الحسن الطوسي، الاستبصار فيما اختلف من الاخبار، ج3، دار الكتب الاسلامية، نجف – العراق، 1957، ص318.

(2) محمد سمارة، احكام واثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008، ص308.

(3) محمد حسن النجفي، جواهر الكلام في شرائع الإسلام، ج33، دار الكتب الاسلامية، نجف – العراق، 1378ه – 1959م، ص 3.

(4) ابو محمد موفق الدين عبد الله بن محمد قدامة المقدسي الدمشقي الحنبلي، المغني، المصدر السابق، ج8، ص 184.

(5) كمال ابن الهمام، فتح القدير، المصدر السابق، ج1، ص213.

الفرع الثاني

حكم الطلاق الاتفاقي والحكمة منه

يقول رسول الله ﷺ: (إن أبغض الحلال عند الله الطلاق)، والطلاق الاتفاقي هو نوع من أنواع الطلاق أي انحلال الرابطة الزوجية لذلك سنبين حكمه في هذا الفرع التي شرع من أجلها الله تعالى الطلاق الاتفاقي، وكما يأتي:

أولاً – حكـم الطلاق الاتفاقي

اتفق الفقهاء على جواز الطلاق الاتفاقي من حيث الأصل [1]، لكنهم اختلفوا في حكمه من حالة إلى أخرى فهو تارة يكون جائزاً وتارة محرماً وتارة أخرى مكروها، والذي سيتم توضيحه كما يأتي:

1. متى يكون الطلاق الاتفاقي جائزا

يكون الطلاق الاتفاقي جائزا باتفاق علماء المذاهب الخمسة إذا كرهت المرأة زوجها فقد تبغض المرأة زوجها وتكره العيش معه لأسباب جسدية خلقية أو اخلاقية أو دينية أو صحية لكبر أو ضعف أو نحو ذلك وتخشى ألا تؤدي حق الله في طاعته ، فشرع لها الإسلام موازاة الطلاق الخاص بالرجل طريق للخلاص من الزوجية لدفع الحرج عنها ورفع الضرر، جاز لها أن تخالعه ببذل شيء من المال تفتدي به نفسها وتتخلص من الزواج [2]. كما روي عن الحسين بن سعيد، عن محمّد بن أبي عمير، عن جميل بن درَّاج، عن محمّد بن مسلم، عن أبي جعفر (عليه السلام) ، قال: إذا قالت المرأة لزوجها جملة: لا أُطيع لك أمراً، مفسّراً وغير مفسّر، حلَّ له ما أخذ منها، وليس له عليها رجعة [3].

---

(1) محمد بن عبد الرحمن، رحمة الامة، ط1، مؤسسة الريان، بيروت – لبنان، 1442 هـ - 2021 م، ص226، وفيه " الخلع مستمر الحكم بالإجماع ويحكى عن بكير بن عبد الله المزني ان قال الخلع منسوخ، وهذا ليس بشيء".

(2) عبد القادر حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 266-267.

(3) محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الفقه، المصدر السابق، ج22، ص279.

2. متى يكون الطلاق الاتفاقي محرما

يكون الخلع محرماً باتفاق علماء المذهب الجعفري والشافعي والحنبلي والحنفي والمالكي وذلك إذا عضل [1] الرجل زوجته وضرها [2] بالضرب والتضييق عليها، أو منعها من حقوقها ومن النفقة لتغني نفسها منه، وهذا يعتبر من كبار الذنوب. وقد اختلف الفقهاء في حكم الخلع مع وقوع معصية، إذ يرى كلا من الفقهاء الجعفرية والحنابلة حكم الخلع مع وجود معصية بأن هذا الأخير يكون باطل والعوض مردود وحجتهم في ذلك قوله تعالى: ﴿ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخف ألا يقيما حدود الله﴾ [3]. وكما روي عن محمّد بن عليٍّ بن الحسين عن النبي (ﷺ) في حديث أنه قال: ومن أضرّ بامرأة حتّى تفتدي منه نفسها، لم يرض الله له بعقوبة دون النار؛ لأنَّ الله يغضب للمرأة كما يغضب لليتيم، ألا ومن قال لخادمه، أو لمملوكه، أو لمن كان من الناس: لا لبّيك، ولا سعديك، قال الله له يوم القيامة: لا لبّيك، ولا سعديك، أتعس في النار، ومن ضارّ مسلماً فليس منّا، ولسنا منه" [4].

بينما قال الحنفية أن الحل في هذه الحالة يكون صحيحا ويحرم أخذ العوض [5]. فيما رأى المالكية أن وقوع الخلع مع معصية يجعل الخلع صحيحا يلزم به الزوج كما يرتب آثاره بحيث تبين منه في الدنيا والآخرة، ألا وإنَّ الله ورسوله بريئان ممّن أضرّ بامرأته حتّى تختلع منه المرأة[6].

---

(1) عضل عضل المرأة من الزوج أي حبسها، وهو منع المرأة ظلما من حقها في النفقة وحسن العشرة لقوله تعالى (فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن)، والعضل هو المنع.

(2) ضارها أن الرجل قد يضار امرأته ولا يحسن عشرتها كما أمره الله تعالى لقوله عز وجل (فلا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة).

(3) سورة البقرة، (الآية 229).

(4) محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الفقه، المصدر السابق، ج22، ص283.

(5) عبد الرحمن الجزيري، الشريعةعلى المذاهب الأربعة، ج4، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 2003، ص352

(6) محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، شرح مختصر خليل للخرشي، المصدر السابق، ج4، ص15. 18. ابو البركات احمد بن محمد بن احمد الدردير، الشرح الكبير على مختصر خليل مطبوع على حاشية الدسوقي، ج2، مطبعة عيسى الحلبي، مصر، ص 347.

3. متى يكون الطلاق الاتفاقي مكروها

يكون الطلاق الاتفاقي مكروها في حالة ما إذا كانت تسري الحياة عادية ما بين الزوجين بحيث يكون مستقيمين متعاشرين بالمعروف لما روى أبو داود والترمذي وابن ماجه عن ثوبان أنه قال: قال رسول الله ﷺ (أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة) [1].

وفي الكتب الفقهيّة كلام حول الطّلاق الاتفاقي، " هل يُشترط في الخلع كراهية الزوجة للزوج؟، أم إذا تراضيا على الخلع، وبذلت مالاً كي يطلّقها، والحال عامرة، والأخلاق ملتئمة بينهما، فهل تصحّ المخالعة؟

قال فقهاء الجعفرية: لا يصحّ الخلع، ولا يملك المطلّق الفدية، ولكن يصحّ الطّلاق، ويكون رجعيّاً مع اجتماع شرائطه؛ واستدلّوا بأحاديث عن أئمة أهل البيت [2]، وكما روي عن محمّد بن عليٍّ بن الحسين عن النبي (ﷺ) في حديث أنه قال: " وأيّما امرأة اختلعت من زوجها لم تزل في لعنة الله وملائكته ورسله والناس أجمعين ، حتّى إذا نزل بها ملك الموت قال لها : أبشري بالنار، فإذا كان يوم القيامة قيل لها: أدخلي النار مع الداخلين، ألا وإن الله ورسوله بريئان من المختلعات بغير حقّ" [3]. كما استدلوا بقوله تعالى: (فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ) [4]، حيث علّقت الآية جواز الفدية على الخوف من الوقوع في المعصية إذا استمرّت الزوجيّة.

أما فقهاء المذاهب الأربعة فقد قالوا: يصحّ الخلع، وتترتّب عليه جميع الأحكام والآثار، ولكنّهم قالوا: إنّه مكروه [5].

---

(1) محمد ناصر الدين الألباني، هداية الرواة إلى تخريج أحاديث المصابيح والمشكاة، ط1، دار ابن القيِّم للنشر والتوزيع، 1422ه – 2001م، ص3215، خشيش ابن اصرم، أرشيف ملتقى اهل الحديث، ج36، 1432ه، ص37.

(2) محمد جواد مغنية، الشريعةعلى المذاهب الخمسة، المصدر السابق، ص423.

(3) محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الفقه، المصدر السابق، ص283.

(4) سورة البقرة، (الآية 229).

(5) محمد جواد مغنية، الشريعةعلى المذاهب الخمسة، ص423.

ثالثاً – حكمة مشروعية الطلاق الاتفاقي

لقد جعل الشارع الحكيم الطلاق بيد الرجل، فله أن يوقعه إذ شعر أنه لا يتمكن من العيش بسعادة مع زوجته وأحس بنفرته من العشرة الزوجية معها. وبعد ما اعيته وسائل العلاج المتنوعة لإعادة الوفاق إلى حياتهما الزوجية فلا بأس بعد ذلك من الطلاق ؛ لأن القلوب بيد الرحمن يقلبها كيفما شاء ولا يستطيع أحد التحكم في مشاعر الناس وعواطفهم، وارغامهم على ما لا يرغبون به، حتى وإن نجح بعض الوقت إلا أنه لا يدوم ما لم تكن هناك رغبة حقيقية وصادقة وعاطفة وإحساس كبير نحو العمل الذي يقوم به سواء أكان زواجاً أم غيره [1].

المرأة إنسان مثل الرجل تملك مثلما يملك من مشاعر وعواطف، ربما تكون هي التي تحس بالنفرة من زوجها والحياة معه، وعند تعذر الوصول إلى حل لما بينهما من مشاكل باستخدام مختلف الطرق والوسائل، فأن الشارع الحكيم مثلما جعل الطلاق بيد الرجل ليتخلص منها إذا احس بنفرته منها وظن استحالة العيش معها، كذلك شرع تعالى الطلاق الاتفاقي للزوجة لتفتدي نفسها من زوجها ببذل ما قدمه لها من صداق أو زيادة عليه أو نقصان منه حسب الاتفاق، إذ قيل في معرض بيان هذه الحقيقة: " والشريعةإن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق فأنه جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك [2] المرأة. جعل الخلع بيد المرأة إذا فركت الرجل" [3].

بذلك فإنه تعالى شرع الطلاق الاتفاقي للزوجة إذا تخاصمت هي وزوجها وخافت من عدم إقامة حدود الله، لذلك جعل الطلاق الاتفاقي لرفع الضرر عن الزوجة التي لم تطق الحياة مع زوجها، وبذلك فهو يخلصها من الرابطة الزوجية كما أنه يجعل مصير المرأة بيدها . وبالعوض الذي تدفعه للزوج مقابل الطلاق الاتفاقي بواسطته تمكن الزوج من استرجاع ما أنفق عليها من مهر وتكاليف وزواج وما إلى ذلك [4].

---

(1) عامر سعيد الزيباري، احكام الخلع في الشريعة الاسلاميةة، ط1، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، 1997، ص63.

(2) فرك أبغض. قال ابن مسعود الحب من الله والفرك من الشيطان النهاية، ج3، لأبن الاثير، ص 441.

(3) ابو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المصدر السابق، ج2، ص 41.

(4) السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، دار الفتح، مصر، 2000، ص 191.

المطلب الثاني

دور مبادئ الشريعة الاسلامية في مقومات الطلاق الاتفاقي

لأجل استيعاب هذا الموضوع قدر الإمكان تمت معالجته في فرعين، خصصنا الفرع الأول لطبيعة الطلاق الاتفاقي وتكييفه شرعاً وقانوناً ، فيما كرسنا الفرع الثاني لمقومات الطلاق الاتفاقي بين الشريعة والقانون، وكالآتي:

الفرع الأول: طبيعة الطلاق الاتفاقي وتكييفه شرعاً وقانوناً .

الفرع الثاني: مقومات الطلاق الاتفاقي بين الشريعة والقانون.

الفرع الأول

طبيعة الطلاق الاتفاقي وتكييفه شرعا وقانونا

أولاً – طبيعة الطلاق الاتفاقي بين الشرع والقانون

سيتم توضيح طبيعة الطلاق الاتفاقي من الناحية الشرعية والقانونية، وكالاتي:

1. الطبيعة الشرعية للطلاق الاتفاقي

تنقسم ألفاظ الطلاق الاتفاقي قسمين منها ما هو صريح (خلعت، فسخت، فاديت)، ومنها ما هو كناية (باريتك، أبرأتك، أبنتك) [1]. فالصريح يقع به الطلاق بائن بدون نية، والكناية يقع بها طلاق بائن بنية الطلاق الاتفاقي. وبخصوص فقهاء الشريعة الاسلامية منهم من يرى بأن الطلاق الاتفاقي هو مجرد فسخ، ومنهم من يرى ان الطلاق الاتفاقي يترتب عليه طلاق يحسب من عدد الطلقات الثلاث التي يملكها الرجل [2].

ففقهاء المذهب الجعفري يرون أن الطلاق الاتفاقي هو من أقسام الطلاق البائن الذي ما لا يحق للزوج الرجوع فيه إلى المطلقة، سواء كان لها عدة أم لا [3] كما روي عن عليّ، عن

(1) عبد الرحمن الجزيري، الشريعةعلى المذاهب الأربعة، المصدر السابق، ص344.
(2) نور الهدى المستاري، الخلع – دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2014، ص43.
(3) عبد الأعلى الموسوي السبزواري، مهذب الاحكام، المصدر السابق، ج 26، ص 51.

أبيه، عن أبي عبد الله (عليه السلام) . في حديث . قال: فإذا قالت ذلك من غير أن يعلّمها حلّ له ما أخذ منها، وكانت تطليقة بغير طلاق يتبعها، وكانت بائناً بذلك، وكان خاطباً من الخطّاب.." [1]. كما أنه في الطلاق الاتفاقي يحق للمرأة أن ترجع عن البذل في العدة، وفي مثل هذه الحالة يكون الطلاق رجعي ويحق للزوج الرجوع فيه إلى زوجته [2] ، كما روي عن محمّد بن الحسن بإسناده عن أحمد بن محمّد بن عيسى، عن الرضا (عليه السلام) في حديث الخلع، قال: وإن شاءت أن يردَّ إليها ما أخذ منها، وتكون امرأته فعلت .." [3]، وكما روي عن فضل أبي العبّاس، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: " المختلعة إن رجعت في شيء من الصلح، يقول: لأرجعنَّ في بضعك" [4].

فيما يرى الحنابلة أن الخلع فسخ لا طلاق فلا ينقص به عدد الطلقات ما لم يكن بلفظ الطلاق أو ينوي به الطلاق أما الشافعية قالوا: إن فك الرابطة الزوجية تنقسم إلى قسمين: طلاق وفسخ والخلع عندهم هو طلاق [5]، ودليلهم ما روي عن ابن عباس في قصة امرأة ثابت بن قيس أن الرسول (ﷺ) جعل عدتها حيضة واحدة، لغرض براءة الرحم، وهذا دليل على أن الخلع فسخ وليس طلاق، ولو كان طلاقاً لأمرها النبي (ﷺ) أن تعتد بثلاث حيضات ليطول زمن الرجعة ويتمكن الزوج بعد التروي من مراجعة زوجته [6].

أما جمهور العلماء من المالكية، والاحناف فيقولون أن الطلاق الاتفاقي يقع به طلاق بائن، متى توافرت شروط الطلاق الاتفاقي ووقوع الطلاق البائن يكون بمجرد صدور صيغة الطلاق الاتفاقي ورضاء الزوجين دون حاجة إلى قضاء القاضي [7]، واستدل أصحاب هذا الرأي

---

(1) محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الفقه، المصدر السابق، ج22، ص284.

(2) عبد الأعلى الموسوي السبزواري، مهذب الاحكام، المصدر السابق، ج 26، ص 197.

(3) شهاب الدين أبو الفضل احمد بن علي بن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، ج3،ج8، ط1، مطبعة دائرة المعارف النظامية، 1325ه، ص332. الشيخ الطوسي، الاستبصار، ج3، تحقيق وتعليق السيد حسن الموسوي الخرسان، دار الكتب الاسلامية، 1956، ص318.

(4) شهاب الدين أبو الفضل احمد بن علي بن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، المصدر السابق، ج8، ص337.

(5) عبد الرحمن الجزيري، الشريعةعلى المذاهب الأربعة، المصدر السابق، ج4، ص 424.

(6) محمد عزمي البكري، موسوعة الشريعةوالقضاء -الأحوال الشخصية -، المجلد 4، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة – مصر، بلا سنة طبع، ص509.

(7) أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية، ج1، دار الكتب القانونية، مصر،2006 ، ص488.

الرأي بقوله عز وجل: (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) [1]، فالآية الكريمة فيها دليل على حصول البينونة بالطلاق الاتفاقي، فضلاً عن ما روي عن عمر بن الخطاب وعلى بن مسعود أن رسول الله (ﷺ) قال: (الخلع تطليقة بائنة) [2] وهم في ذلك يخالفون ما روي عن الإمام الشافعي من أن الخلع فسخ للزواج[3].

أهم هذه الآراء ما تقول أن الطلاق الاتفاقي هو طلاق بائن لا رجعة فيه للزوج وذلك أن الإسلام شرع الرجعية في الطلاق غير الطلاق الاتفاقي ليتدارك الزوج خطئه فقد يندم في فترة العدة أو يكون طلاقها لسبب قد يظهر له تفاهته فيراجعها ليستأنف مسيرة حياتهما ، أما الطلاق الاتفاقي فإنه قد يتم برضا الطرفين ودفعت المرأة المال لقاء تملك عصمتها بعد أن رأيت عدم جدوى العيش مع زوجها فإذا عادت إلى زوجها معنى ذلك لم يحقق الطلاق الاتفاقي مقصده.

2. الطبيعة القانونية للطلاق الاتفاقي

إن الطلاق الاتفاقي تقع به الفرقة بين الزوجين ويكون لهذا التفريق أثره المتميز عن أنواع الفرقة الأخرى كالطلاق الرجعي مثلاً ، إذ يتحقق الطلاق الاتفاقي وتترتب أحكامه إذا استعمل لفظ الخلع أو ما في معناه وكان في مقابله مال وتراضى عليه الطرفان في هذه الحالة يقع الطلاق الاتفاقي ويعد طلاق بائن ويسقط كل حق ثابت مما يتعلق بالزواج الذي وقع الطلاق الاتفاقي [4].

إذ أجاز المشرع العراقي للزوجة أن تخلع إذا ما بغضت الحياة مع زوجها وعجز الحكمان عن الصلح بينهما فيخلعها القاضي بعد أخذ رأي الحكمين على أن تدفع إليه ما قدمه من عاجل الصداق، عندما أخذ برأي جمهور الفقهاء وبالأخص المذهب الذي اخذ به المشرع العراقي وهو المذهب الحنفي وذلك في الفقرة (2) من المادة (46) من قانون الأحوال الشخصية التي نصت على أنه (ويقع بالخلع طلاقاً بائناً) [5]. إذ بالطلاق الاتفاقي تنقص عدد الطلقات التي يملكها

(1) سورة البقرة، (الآية 229).
(2) أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية، المصدر السابق، ج1، ص37.
(3) أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المصدر السابق، ج 2، 2، ص 72.
(4) أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية، المصدر السابق، ج1، ص42.
(5) المادة (46)، الفقرة (2)، قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 58 لسنة 1959.

الزوج على زوجته. وعليه يسوغ للمختلع أن يتزوج من مختلعته ثانية برضاها وبعقد ومهر جديدين[1] ، إلا أن تكون قد تطلقت منه لمرتين سابقتين وانقضت عدتها حينها تبين عنه بينونة كبرى فيحرم عليه الزواج منها[2] ، إلا بعد أن تنكح زوجاً غيره لقوله تعالى (فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّى تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ) [3]. وقد قضت المادة (47) من قانون الأحوال الشخصية النافذ بوجوب العدة الشرعية على الزوجة المختلعة [4] فور وقوع الطلاق الاتفاقي [5] إلا إذا وقع وقع هذا الطلاق قبل الدخول، إذ " لا عدة شرعية على طلاق الزوجة غير المدخول بها" حسب القرار 375/ عدة شرعية/ 2008 لمجلس القضاء الأعلى في العراق [6]. كما وقضت الفقرة (1) (1) من المادة (48) من القانون ذاته بأن عدة المطلقة ثلاث قروء[7] . وهذا ما استقر عليه القضاء العراقي إذ إنه حسب رأي محكمة التمييز الاتحادية، إن الطبيعة القانونية للطلاق الاتفاقي طبيعة مركبة فهو عقد يحتاج إلى ايجاب وقبول من الطرفين ولا ينعقد بإيجاب أحد الطرفين دون قبول الآخر وهو يعتبر في نفس الوقت طلاقاً بائناً . كما جاء في قرارها " الطلاق الخلعي الواقع بين الزوجين يكون طلاقاً بائناً ببينونة صغرى لا تحل له إلا بعقد جديد ومهر جديد وعلى الزوجة العدة الشرعية ثلاثة قروء اعتبارا من تاريخ الطلاق" [8]. هذا إن وقع الطلاق الاتفاقي بعد الدخول بالزوجة، أما إذا وقع قبل الدخول بها فلا عدة عليها.

---

(1) هذا ما عليه اجماع فقهاء المسلمين، وبه قضت المادة (38) (أ) من قانون الأحوال الشخصية "بينونة صغرى وهي ما جاز للزوج فيه التزوج بمطلقته بعقد جديد".

(2) ما قضت به المادة (38) (ب) من قانون الأحوال الشخصية العراقي " بينونة كبرى وهي ما حرم على فيه على الزوج التزوج من مطلقته التي طلقها ثلاثا متفرقات ومضت عدتها".

(3) سورة البقرة، (الآية 230).

(4) إذ نصت المادة (47) على تجب العدة على الزوجة في الحالتين الآتيتين 1- إذا وقعت الفرقة بينها وبين زوجها بعد الدخول سواء كانت عن طلاق رجعي أو بائن ببينونة صغرى أو كبرى أو تفريق أو متاركة أو فسخ أو خيار بلوغ.. 2- إذا توفى عنها زوجها ولو قبل الدخول به

(5) إذ نصت المادة (49) على تبتدئ العدة فوراً بعد الطلاق أو التفريق أو الموت ولو لم تعلم المرأة بالطلاق بالطلاق أو الموت.

(6) القرار 375/ عدة شرعية/ 2008 لمجلس القضاء الأعلى في العراق (www.hjc.iq).

(7) إذ نصت المادة (48) على ان عدة الطلاق والفسخ للمدخول بها ثلاثة قروء.

(8) القرار 386/ طلاق/ 2008 لمجلس القضاء الأعلى في العراق ((www.hjc.iq.).

ثانياً – تكييف الطلاق الاتفاقي وإلزام الزوج به

الطلاق الاتفاقي يعد يمين من جانب الزوج لأنه علق طلاق زوجته على قبول المال والتعليق يمينا، وهو معاوضة من جانب الزوجة لأنها التزمت بالمال مقابل خلاصها من الزوج لكنها ليست معاوضة محضة بل فيها معنى التبرع [1].

يترتب على تكييف الطلاق الاتفاقي بأنه يمين من جانب الزوج الأحكام الآتية:

- لا يملك الرجوع عن إيجابه إذا ابتدأ الزوج بالطلاق الاتفاقي، لأنه تعليق والتعليق لا يجوز الرجوع فيه حتى لو قام من مجلس الخلع بعد ايجابه ويظل إيجابه قائماً، فإذا قبلت الزوجة الطلاق الاتفاقي بعد الزوج كان قبولها صحيحاً ويقع الطلاق [2].
- جواز تعليق ايجاب الزوج بالخلع على شرط وجواز إضافته إلى زمن مستقبل.
- عدم اشتراط الزوج لنفسه الخيار في مدة يحددها إذا كان الإيجاب صادراً منه وإلا كان الشرط باطلاً دون الإيجاب، فإذا قبلت الزوجة وقع الخلع [3].

فيما يترتب على تكييف الطلاق الاتفاقي معاوضة من قبل الزوجة الأحكام الآتية:

- جواز رجوع الزوجة في الطلاق الاتفاقي إذا كان الايجاب صادراً منها قبل قبول الزوج ويبطل إيجابا بقيامها من المجلس [4].
- وجوب قبول الزوجة ان كانت حاضرة في المجلس، أما لو كانت غائبة فلا بد من قبولها في المجلس الذي تعلم فيه الطلاق الاتفاقي، فأن قامت من المجلس بعد إيجاب الطلاق الاتفاقي أو بعد علمها به بطل الايجاب، فإذا قبلت بعد ذلك لا يقع الطلاق ؛ لأن المعاوضات المالية تبطل بتفرق المتعاقدين بعد الإيجاب وقبل القبول [5].

---

(1) د. حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في احكام الزواج والطلاق واثارهما في التشريع العراقي والشريعة الاسلامية، المصدر السابق، ص 176.

(2) محمد سمارة، احكام واثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، المصدر السابق، ص308.

(3) د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح الأحوال الشخصية وتعديلاته، المصدر السابق، ج1، ص176.

(4) محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية، المكتبة العلمية، بيروت - لبنان، لبنان، 2007، ص330.

(5) عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في احكام الاسرة الإسلامية (الزواج – فرق الزواج – حقوق الأولاد الأولاد والأقارب)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1425ه – 2004م، ص 353.

- جواز اشتراط الزوجة لنفسها الخيار في مدة معلومة إذا كان الايجاب صادراً منها، ويكون لها الحق في الرجوع قبل قبول الزوج بهذا الإيجاب، ويجوز لها الخيار في هذه المدة، بمعنى أنها تقبل الطلاق الاتفاقي أو لا تقبل[1].
- عدم جواز تعليق الزوجة للطلاق الاتفاقي على شرط أو إضافته إلى زمن مستقبل إذا كان الإيجاب صادراً منها ؛ لأن الخلع في حقها معاوضة وتمليك، والتمليك لا تقبل التعليق أو الإضافة [2].

لما كان المشرع العراقي قد سكت عن تكييف الطلاق الاتفاقي، لذا يلزم القاضي بالرجوع إلى أحكام الفقرة (2) من المادة (1) والتي تنص على " إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون" ، والفقرة (3) من نفس المادة أعلاه من قانون الأحوال الشخصية والتي تنص على " تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والشريعة الاسلامية في العراق وفي البلاد الإسلامية الأخرى..." [3]، إذ إحالته الفقرة (2) إلى مبادئ الشريعة الاسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون، وأحالته الفقرة (3) إلى الأحكام التي أقرها القضاء الإسلامي في العراق أم في البلاد الإسلامية الأخرى التي تتقارب قوانينـها من القوانين العراقية.

لا يوجد خلاف بين فقهاء المذاهب الخمسة في أن الطلاق الاتفاقي متوقف على رضا الزوج، لذا فأن ما جاء به القانون مخالف لما اتفق عليه الفقهاء، وكان الأولى بالمشرع العراقي الا يلغي إرادة الزوج، وخاصة أن قانون الأحوال الشخصية قد فتح أبواباً أمام الزوجة للخلاص من حياة زوجية لا تطيقها، ففي الفقرة (2)، من المادة (43) اعطى القانون للزوجة غير المدخول بها طلب التفريق وبدون سبب يذكر، والزم القاضي بالحكم بالتفريق بعد أن ترد الزوجة إلى الزوج ما قبضته من مهر وجميع ما تكبده من أموال ونفقات ثابتة صرفها لأغراض الزواج[4]، واذا كانت الزوجة المدخول بها أو غير المدخول بها متضررة في العيش مع زوجها،

(1) د. حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في احكام الزواج والطلاق واثارهما في التشريع العراقي والشريعة الاسلامية، المصدر السابق، ص 177.
(2) محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلاميةة، المصدر السابق، ص 332.
(3) المادة (43)، الفقرة (2)، قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959.
(4) المادة (43)، الفقرة (2)، قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959.

فأن بإمكانها المطالبة بالتفريق بموجب أحكام التفريق للضرر المنصوص عليها في المادة (40)، ولا شك أن عبارة الضرر الوارد في هذه المادة تشمل الأذى الذي يصيب أي من الزوجين في الجسد أو العرض أو المال، وإذا كان بينها وبين الزوج شقاق أو خلاف فأن المادة (41) تحكم الموضوع وبإمكانها الخلاص من معاناتها، فضلاً عن ما ورد في المادة (43) المخصصة للأضرار الواقعة على الزوجة، والتي لم تترك ضرراً يمكن أن يلحق بالزوجة إلا وقد عالجها، فالحكمة في الطلاق الاتفاقي تكمن في أنه يفتح الباب للزوجين عموما وللزوجة خاصة للخلاص من الحياة الزوجية دون خصام يذكر، وهذا ما يتحقق بتوفر الرضا في الطرفين، وعلى هذا الأساس ذهب الفقهاء إلى أن الطلاق الاتفاقي لا يحتاج اللجوء إلى القضاء، أي إنه بالإمكان إجراء الطلاق الاتفاقي دون الذهاب إلى قاضي [1].

بعد ذلك فأن إلزام الزوج بالطلاق الاتفاقي إذا كان سليما في بعض الحالات كأن يسيء الزوج العشرة إلى درجة لا تطيق الزوجة العيش معه، فإن هذا الباب سيبقى مفتوحا لزوجة لا ترغب العيش مع زوجها لأسباب لا تبرر وضع الزوج في موقف يقلل من شأنه، فالقانون مطالب بحماية كرامة كلا الزوجين [2].

جدير بالذكر بعد التعديل الأخير وبعد أن سلب القانون من الزوج حق رد طلب الزوجة في المخالعة أصبح إطلاق عبارة الطلاق الاتفاقي على الخلع موضع نظر، إذ إنه من الممكن أن يكون اختياري وقد يكون إجباراً على الزوج.

الفرع الثاني

مقومات الطلاق الاتفاقي بين الشريعة والقانون

لقد كرسنا الفرع الثاني لمقومات الطلاق الاتفاقي وبحثنا فيه أركان الطلاق الاتفاقي، وشروطه، وكالآتي:

(1) ابو محمد موفق الدين عبد الله بن محمد قدامة المقدسي الدمشقي الحنبلي، المغني، المصدر السابق،ج7، ص52.

(2) فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، المصدر السابق، ص 265.

أولاً – اركان الطلاق الاتفاقي بين الشريعة والقانون

الركن عند فقهاء المسلمين هو " كل ما يتوقف عليه وجود الشي ويعتبر جزءاً من حقيقته وماهيته" [1]، وأركان الطلاق الاتفاقي عند فقهاء المذهب الجعفري والمالكي والشافعي والحنبلي تتمثل بخمسة أركان هي المختلع والمختلعة والصيغة والعوض والمعوض سوى الفقهاء الاحناف فللخلع عندهم ركنين –كسائر العقود– هما الإيجاب والقبول. فالطلاق الاتفاقي يعتمد على التراضي ومن ثم إذا صدر الإيجاب بالطلاق الاتفاقي من الزوج وجب قبول الزوجة كأن يقول لها خالعتك على كذا وذكر عوضاً، فإذا قبلت تم الطلاق الاتفاقي صحيحاً، فلا تقع الفرقة ولا يستحق الزوج العوض بدون رضا الزوجة ، إذ يستند أصحاب هذا الرأي إلى قوله تعالى: (فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ) [2]، وهذه الآية تدل على رفع الجناح عن الزوجين عند الافتداء ولم تتضمن أمراً للزوج بقبول الطلاق الاتفاقي، ويستندون أيضاً إلى قول الرسول (ﷺ) لثابت بن قيس: (اقبل الحديقة وطلقها تطليقه) [3] وهذا الأمر أمر إرشاد لا إلزام.

بتدقيق تعريف الطلاق الاتفاقي الوارد في الفقرة (1) من المادة (46) من قانون الأحوال الشخصية النافذ (الخلع... ينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي ...) [4] تبين أن المشرع قد أخذ باتجاه الشريعةالحنفي ولكنه أوجب إيقاع الطلاق الاتفاقي أمام القاضي [5]. لذا سنتطرق إلى رُكني الطلاق الاتفاقي وكالآتي:

1- **الإيجاب:** الإيجاب في الطلاق الاتفاقي " هو التعبير الصادر عن أحد الزوجين يعرض فيه حل الرابطة الزوجية القائمة بينهما لقاء عوض معين" [6]. ولا فرق بين أن يكون الإيجاب

(1) مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الشريعة الاسلامية في نسيجه الجديد، دار القلم، بيروت، 2008، ص254.
(2) سورة البقرة، (الآية 229).
(3) ناصر الدين الألباني، صحيح سنن النسائي،ج3، ط1، مكتبة المعارف، 1409ه – 1988م، ص 3463.
(4) المادة (46)، الفقرة (1)، قانون الأحوال الشخصية العراقي.
(5) عباس سهيل جيجان، الطلاق الخلعي، بحث منشور في مجلة المحقق للعلوم القانونية والسياسية، العدد 1، السنة 4، ص 285.
(6) ابن عبد البر القرطبي، الكافي في فقه اهل المدينة المالكي، ج2، ط1، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض-السعودية، 1978، ص593. ابو البركات احمد بن محمد بن احمد الدردير، الشرح الكبير على مختصر خليل مطبوع على حاشية الدسوقي، المصدر السابق، ج2، ص347.

صادراً من الزوج أو الزوجة [1] ؛ لأن الطلاق الاتفاقي من عقود المعاوضة التي يأخذ فيها كل من المتعاقدين مقابلاً لما أعطاه . ووفقاً لما قضت به المادة (46) من قانون الأحوال الشخصية: (يشترط لصحة الخلع أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق وإن تكون الزوجة محلا..) [2]، كما ينبغي أن يصدر الطلاق الاتفاقي من الزوج أو الزوجة نفسيهما فالقانون العراقي لا يعتد بالوكالة بالطلاق الاتفاقي، كما أنه لا يعتد بالخلع الواقع من الولي ؛ لأن الزوج هو الذي تكون عقدة النكاح بيده وهو من يملك حلها وليس الولي وهو ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الاسلامية[3] . لكن ليس هناك ما يمنع أن ينقل الإيجاب الصادر بالطلاق الاتفاقي من أحد الزوجين إلى الآخر شخص ثالث فحكمه هنا حكم الرسول بينهما ، كما أن من شروط الإيجاب بالطلاق الاتفاقي أن يكون صريحاً بلفظ الخلع كأن يقول الزوج لزوجته: خالعتك على كذا ، أو أن يكون بما في معناه مع انصراف النية أو القرينة إليه كأن يقول لها: بارأتك على كذا، أو خالعتك على كذا [4].

أما فيما يتعلق بشرط لفظ الخلع أن يكون منطوقاً به فقط أم يجوز أن يأتي بما يقوم مقامه من الكناية أو الإشارة فلم يرد نص صريح بجواز ذلك من عدمه في قانون الأحوال الشخصية العراقي لذلك تم العمل بالفقرة (2) من المادة (1) من القانون التي نصت على: " إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون" [5]، تحيلنا للأخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء بما يخص وقوع الطلاق بما يقوم مقام اللفظ من كتابة أو إشارة مفهومة لأنهم كيفوا الطلاق الاتفاقي على أنه طلاق من خلال اجازتهم وقوع الطلاق بالكتابة المستبينة [6]. ولم يشترطوا لوقوع الطلاق بالكتابة عدم قدرة

(1) احمد الكبيسي، مصدر سابق، 246
(2) المادة (46)، قانون الأحوال الشخصية العراقي.
(3) د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، ج1، ص 196.
(4) عبد المنعم عبد الوهاب العامر، احكام الخلع في القانون العراقي، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد 32، 2019، ص 67.
(5) المادة (1)، الفقرة (2)، قانون الأحوال الشخصية العراقي.
(6) الكتابة المستبينة هي الكتابة الظاهرة التي يبقى أثرها كالكتابة على الورق أو على الأرض بخلاف الكتابة على الهواء أو الماء التي تعد كتابة غير مستبينة.

المطلق على النطق، بل أجازوها مع قدرته عليه. كما ويقع عند الاحناف طلاق الأخرس عند عجزه عن الكتابة إذا كانت إشارته مفهومة، وعند الجعفرية ولو كان يحسن الكتابة [1].

كما يجب أن يتضمن ايجاب الطلاق الاتفاقي تحديد العوض بشكل نافياً للجهالة، إذ لا يجوز قانونا المخالعة على معدوم أو مجهول. ولا ضير من كون العوض اقل أو أكثر من مهر الزوجة وفقاً لما نصت عليه الفقرة (3) من المادة (46) " للزوج أن يخالع زوجته على عوض أكثر أو أقل من مهرها" [2]. فضلاً عن أنه تصح ان تكون النقود بدل من الخلع يصح أن يكون غيرها كذلك من كل ما يكون مال مقوماً أو منفعة تقابل بالمال [3].

2- **القبول:** القبول في الطلاق الاتفاقي يمكن أن يأتي من الزوج إذا كانت هي الموجبة بالخلع كما يمكن ان يأتي من الزوجة إذا وجه إليها الإيجاب به وسواء أكان القابل الزوج أم الزوجة فيجب أن يكون أهلاً له . فالطلاق الاتفاقي لا يلزم الزوجة إلا إذا كانت أهلاً للتبرع [4] ، كما يجب أن يقترن قبول الطلاق الاتفاقي بإيجابه في مجلس الايجاب أو مجلس العلم به، فإذا قامت الزوجة من أي من المجلسين ولم يصدر عنها ما يفيد القبول سقط الإيجاب بالطلاق الاتفاقي، ولا يرتب قبولها به لاحقاً أي أثر [5].

فضلاً عن ذلك فأن من شروط التعبير عن القبول أن يكون صريحاً قاطعاً في دلالته على قبول الايجاب سواء باللفظ الصريح أم بالكناية، وسواء بالكتابة أم بالإشارة المفهومة من الخرساء[6]، كما سبق بيانه في التعبير عن الإيجاب.

---

(1) د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، ج1، ص 195.

(2) عامر سعيد نوري الزيباري، احكام الخلع في الشريعة الاسلامية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الشريعةوالدراسات الإسلامية، جامعة ام القرى، المملكة العربية السعودية، 1982، ص 146.

(3) د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، المصدر السابق، ج1، ص 250.

(4) ان الجعفرية اشترطوا في الزوجة المختلعة جميع ما اشترطوه في المطلقة من كونها في طهر لم يواقعها فيه أذا كانت مدخولا بها وغير آيسة ولا حامل ولا صغيرة دون التسع، كما انهم اشترطوا حضور شاهدين عدلين في الخلع. محمد جواد مغنية، الشريعةعلى المذاهب الخمسة، المصدر السابق، ج2، ص426.

(5) عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، ج1، ط1، منشورات جامعة جيهان الاهلية، أربيل-العراق، 2011، ص136.

(6) عبد القادر حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، المصدر السابق، ص 212 .

كما يجب ان يتطابق القبول مع الإيجاب بشكل تام بأن يتضمن لفظ القبول صراحة أو ضمناً إعلان الموافقة على كل ما يتضمنه الإيجاب من عناصر ليقترن به وينعقد بهما الطلاق الاتفاقي. فمثلا لا يصح أن يقول لها خالعتكِ على الفين، فترد قبلتُ بألف [1].

كما ويجب أن يصدر القبول بالطلاق الاتفاقي من الزوجة نفسها ليصبح بذلها قانوناً، على أنه لا يمنع من أن يتولى الطلاق الاتفاقي عن الزوجة الصغيرة أو السفيهة أبوها بحسب ولايته عليها. وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز يبين هذه الحالة وكما يأتي: " يجوز لأبي الصغيرة أن يخلعها من زوجها، فأن خلعها بمالها أو بمهرها ولم يضمنه طلقت بائناً ، ولا يلزمها المال، ولا يلزمه، ولا يسقط مهرها. وان خلعها على مهرها أو على مال والتزم بأدائه من ماله للمخالع صح ووقعت الفرقة ولزمه المال أو قيمته إن استحق، ولا يسقط المهر بل تطالب به المرأة زوجها وهو يرجع به على أبيها أن كان الخلع على المهر" [2].

ثانياً- دور مبادئ الشريعة الاسلامية في شروط صحة الطلاق الاتفاقي

لكي يكون الطلاق الاتفاقي صحيحاً ينبغي توافر الشروط الآتية:

1- أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق الاتفاقي

اتفق الفقهاء المسلمين على اشتراط البلوغ والعقل في الزوج ما عدا الحنابلة فإنهم قالوا يصح الطلاق الاتفاقي من الصغير المميز كما يصح منه الطلاق، كما اتفقوا على صحة الطلاق الاتفاقي للسفيه بشرط أن يسلم عوض الطلاق الاتفاقي إلى وليه، وعلى صحة الطلاق الاتفاقي للمريض مرض الموت لأن طلاقه يصح عندهم [3]. وفي قانون الأحوال الشخصية العراقي يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق الاتفاقي إذا كان أهلاً لإيقاع الطلاق، وهو ما نصت عليه المادة (46) في الفقرة (2) منه: (يشترط لصحة الخلع أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق ...) [4].

(1) عبد المنعم عبد الوهاب العامر، احكام الخلع في القانون العراقي، المصدر السابق، ص 69.
(2) القرار 119/ ش/1972 منشور في مجلة القضاء تصدرها نقابة المحامين العراقيين، العددان 3 و4، س 27، تموز – ك1/ 1972، ص317.
(3) محمد جواد مغنية، الشريعةعلى المذاهب الخمسة، المصدر السابق، ص 426- 427.
(4) المادة (46)، الفقرة (2)، قانون الأحوال الشخصية العراقي.

ويقر الشريعة الاسلامية قاعدة بهذا الشأن تتمثل بـ : (كل من صح طلاقه صح خلعه) [1]، وينبني على ذلك وجوب أن يكون الزوج كامل الأهلية، فلا يصح الخلع من السكران والمجنون والمعتوه والمكره ومن كان فاقد التمييز من غضب أو مصيبة أو كبر أو مرض ... الخ[2] ؛ وسبب ذلك أن طلاقهم لا يقع، فلا يقع خلعهم من باب أولى ففاقد الأهلية أو ناقصها لا يقع طلاقه قانوناً، هذا ما أكدته المادة (35) من قانون الأحوال الشخصية العراقي التي نصت على أنه " لا يقع طلاق الأشخاص الآتي بيانهم: 1- السكران والمجنون والمعتوه والمكره ومن كان فاقد التمييز من غضب أو مصيبة مفاجئـة أو كبر أو مرض. 2- المريض مرض الموت أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك إذا مات في ذلك المرض أو تلك الحالة وترثه زوجته" [3].

مما يؤخذ على نص المادة اعلاه إنه لم يدرج الصغير ضمن الأشخاص الذين لا يقع طلاقهم، على الرغم من إن طلاقه لا يقع بإجماع فقهاء الشريعة الاسلامية، ولو كان المشرع قد أخذ برأي فقهاء الحنابلة الذين قالوا بان طلاق الصغير المميز يقع لأشارَ في النص المذكور إلى عدم وقوع طلاق الصغير غير المميز، وهذا إن كان يدل على شيء فإنه يدل على عدم تنبه المشرع إلى هذه الحالة.

2- إن تكون الزوجة أهلاً لإيقاع الطلاق الاتفاقي

اتفق فقهاء المذاهب الخمسة على وجوب كون الزوجة المخالعة عاقلة بالغة [4]، فضلاً عن اتفاقهم على بطلان خلع الصغيرة غير المميزة والمجنونة [5]، ولكنهم اختلفوا في مسالتين: الأولى الطلاق الاتفاقي للسفيهة والصغيرة المميزة والثانية الطلاق الاتفاقي للمريضة مرض الموت.

المسألة الأولى: الطلاق الاتفاقي للسفيهة والصغيرة المميزة

---

(1) شمس الأئمة محمد بن احمد بن ابي سهل السرخسي، المبسوط للسرخسي، المصدر السابق، ج6، ص 178. ابو محمد موفق الدين عبد الله بن محمد قدامة المقدسي الدمشقي الحنبلي، المغني، المصدر السابق، ج3، ص263.

(2) د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، المصدر السابق، ج1، ص 175.

(3) المادة (35)، قانون الأحوال الشخصية العراقي.

(4) محمد جواد مغنية، الشريعةعلى المذاهب الخمسة، المصدر السابق، ص426.

(5) ان ما نصت عليه المادة (95) مدني" تحجر المحكمة على السفيه وذوي الغفلة...". وجاء في المادة (109) مدني "السفيه المحجور هو في المعاملات كالصغير المميز...". فضلا عن ذلك فقد نصت المادة (110) مدني " ذو الغفلة حكمه حكم السفيه".

اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية في خلع السفيهة والصغيرة المميزة ولهم في ذلك ثلاثة أراء:

الرأي الأول: هو ما ذهب إليه الجعفرية والحنفية، قال الجعفرية لا يصح الخلع إلا إذا أذن لها الولي بدفع العوض من مالها الخاص وكان ذلك في مصلحتها. فيما قال الحنفية لا يصح خلع السفيهة أو الصغيرة المميزة إلا إذا أذن لها الولي والتزم بدفع عوض الخلع من ماله الخاص[1] .

الرأي الثاني: ما ذهب إليه المالكية والحنابلة، قال المالكية لا يصح خلع السفيهة أو الصغيرة المميزة وعندهم إن الملتزم بعوض الخلع يجب أن يكون أهلاً للتبرع غير محجوراً عليه لصغر أو جنون أو سفه[2]، وقال الحنابلة لو خالعت السفيهة أو الصغيرة لم يصح خلعها ولو أذن لها الولي[3].

الرأي الثالث: ذهب إليه الشافعية وعندهم لا يصح الخلع من السفيهة أو الصغيرة المميزة مطلقاً أذن لها الولي بذلك أو لم يأذن، ولكنهم قالوا خلع السفيهة جائز إذا خشي الولي عليها أو على مالها من زوجها دفعا للظلم عنها [4] .

وإن القانون العراقي يؤيد ويتوافق بالعمل مع رأي المالكية والحنابلة.

المسألة الثانية: الطلاق الاتفاقي للمريضة مرض الموت

أجمع فقهاء المذاهب الأربعة على صحة الطلاق الاتفاقي للمريضة مرض الموت ويلزمها البدل الذي قبلته [5]، فيما اختلفوا بما إذا بذلت أكثر من ثلث تركتها أو كان المبذول أكثر من ميراثه منها، ولهم فيه ثلاثة أراء:

الرأي الاول: وهو رأي الجعفرية والشافعية، وقال الجعفرية تخرج الزيادة من جميع مالها وعندهم لا يوجد فرق بين خلع المريضة والصحيحة استناداً إلى قوله عز وجل : (فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا

(1) عبد الرحمن الجزيري، الشريعةعلى المذاهب الأربعة، المصدر سابق، ص352.
(2) شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المصدر السابق، ج2، ص348.
(3) إبراهيم بن محمد بن مفلح، المبدع في شرح المقنع ، المصدر السابق، ج7، ص223.
(4) سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي المصري الشافعي، حاشية البجيرمي على الخطيب، ج3، دار الفكر، 1415ه – 1995م، ص445.
(5) محمد جواد مغنية، الشريعةعلى المذاهب الخمسة، المصدر السابق، ص426.

افْتَدَتْ بِهِ) [1]، أما الشافعية فقالوا يصح خلع المريضة إذا كان بمقدار مهر مثلها، وإن زاد على ذلك تخرج الزيادة من ثلث تركتها [2].

الرأي الثاني: يتمثل برأي الحنفية وعندهم إذا ماتت الزوجة المريضة أثناء العدة، فللزوج الأقل من نصيبه في ميراثها أو ثلث تركتها أو بدل الخلع، وذلك للمحافظة على حقوق الورثة لاحتمال أن تتواطأ الزوجة مع زوجها على الخلع فتسمي له بدلاً باهظاً يزيد على نصيبه في ميراثها، ويرى الأحناف إذا ماتت الزوجة بعد انقضاء العدة، فللزوج الأقل من بدل الخلع وثلث تركتها لأن ميراثه منها منتفي في هذه الحالة لانقطاع العلاقة الزوجية والتي تعد سبب الإرث [3].

الرأي الثالث: وهو رأي المالكية والحنابلة، قال المالكية إذا كان العوض أكثر من نصيبه في الميراث فللزوج بمقدار ميراثه ويرد الزيادة [4]، وقال الحنابلة يصح خلع المريضة إذا كان العوض بمقدار ميراثه منها فما دون، وإن خالعته بأكثر من مهر مثلها كان الفضل على مهر مثلها وصية معلقة على قبول ورثتها [5].

ونؤيد الرأي الاول وهو رأي الجعفرية والشافعية لان الدليل القرآني متمثلا بالآية الكريمة جاء مطلقا ولم يفرق بين الصحيحة والمريضة ولا يوجد دليل أخر يقيد من هذا الإطلاق.

إذ يشترط لصحة الطلاق الاتفاقي في القانون أن تكون الزوجة محلاً له، هذا ما صرحت به المادة (46) في الفقرة (2) من قانون الأحوال الشخصية العراقي بقولها: (يشترط لصحة الخلع... أن تكون الزوجة محلاً له) [6]، ولكي تكون الزوجة محلاً للخلع يلزم أن تكون أهلاً لإيقاعه وأن تكون الزوجية قائمة حقيقةً أو حكماً، والزوجة تكون أهلاً لإيقاع الخلع إذا كانت كاملة الأهلية بالبلوغ والعقل والاختيار، فلا يصح الخلع من المجنونة أو المعتوهة أو المحجور عليها لسفه [7]،

(1) سورة البقرة، (الآية 229).
(2) مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الشريعة الاسلامية في نسيجه الجديد، المصدر السابق، ص151- 152.
(3) محمد بن الحسن أبو عبد الله الشيباني، الحجة على أهل المدينة، ج4، ط3، المحقق مهدي حسن الكيلاني القادري، عالم الكتب، بيروت، 1403، ص97.
(4) شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المصدر السابق، ج2، ص3.
(5) أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج5، ط2، دار الفكر ، بيروت – لبنان، 1403ه – 1983م، 1983م، ص199. مصطفى إبراهيم الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق، المصدر السابق، ص150
(6) المادة (46)، الفقرة (2)، قانون الأحوال الشخصية العراقي.

[1]، لأن الخلع من جانب الزوجة معاوضة فيها معنى التبرع ولا يملك التبرع إلا من كان أهلاً له، وكون الزوجة أهلاً لإيقاع الخلع غير كاف لجعل الزوجة محلاً للخلع بل لابد أن تكون الزوجية ما زالت قائمة حقيقةً أو حكماً، وتكون الزوجية قائمة حقيقةً إذا كانت الزوجة من عقد زواج صحيح، لأن الخلع لا يقع في العقد غير الصحيح قانونا [2]، والزوجية تكون قائمة حكماً إذا كانت الزوجة معتدة من طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى، فيصح للزوج أن يخالع زوجته المطلقة أثناء مدة العدة لأن ملك النكاح يبقى فيه حكماً ، فلو انقضت العدة لم تكن الزوجة محلاً للخلع[3].

3. أن تكون صيغة الطلاق الاتفاقي بلفظ الخلع أو ما في معناه

من شروط صحة الطلاق الاتفاقي أن تكون صيغته بلفظ الخلع أو ما في معناه ، فإذا حصل التخالع مع ذكر البدل سوى كان بلفظ الخلع أو ما اشتق منه أو بلفظ يؤدي معناه الخلع كالمباراة أو الافتداء أو البيع والشراء، إذ يجوز عندهم أن تكون صيغة الطلاق الاتفاقي باللفظ الصريح أو باللفظ الكنائي كما هو الحال في الطلاق [4]، واللفظ يكون صريحاً إذا كان ظاهر المراد مكشوف المعنى عند السامع ويقع به الخلع بدون نية كقول الزوج لزوجته : خالعتك على كذا [5]، واللفظ يكون لفظ كناية إذا كان مستتر المراد وغير واضح المعنى ويستعمل في الخلع وفي غيره ، ولا يقع الخلع بلفظ الكناية إلا إذا اصطحب بالنية مثل قول الزوج لها : بارئتك أو ابنتك ونحوهما من كنايات الطلاق [6].

إذ قال فقهاء الجعفرية لا يقع الخلع بلفظ الكناية ويقع عندهم بلفظين فقط وهما الخلع والطلاق فإن شاء جمع بينهما كأن تقول الزوجة لزوجها بذلت لك كذا لتطليقي فيقول لها : خالعتك على ذلك فأنتِ طالق ، وإن شاء اكتفى بواحد منهما كان يقول لها : خالعتك على ذلك

(1) محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط4، الدار الجامعية، بيروت- لبنان،1983، ص 560.
(2) د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، المصدر السابق، ج1، ص44 - 45.
(3) محسن ناجي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، مطبعة الرابطة، بغداد -العراق، 1962، ص347.
(4) د. حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في احكام الزواج والطلاق، المصدر السابق، ص181.
(5) محمد سمارة، احكام واثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، المصدر السابق، ص309.
(6) د. أحمد بخيت الغزالي و د. عبد الحليم محمد منصور علي ، أحكام الأسرة في الشريعة الاسلامية وما يجري عليه العمل في مصر ودول مجلس التعاون الخليجي، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، 2009م، ص269 -270.

أو أنت طالق على ذلك[1]، وعند الحنفية والشافعية يمكن أن يكون الطلاق الاتفاقي بلفظ البيع أو الشراء كما لو قال لها: بعتكِ نفسكِ بكذا فتقول اشتريت[2]، أما إذا كانت الألفاظ المستعملة غير دالة على معنى الخلع فلا يقع فيها الخلع فإذا قال الزوج لزوجته : أنت طالق على كذا وقالت له قبلت كان طلاق على مال عند الحنفية لأن اللفظ لا يدل على معنى الخلع بل يدل على معنى الطلاق[3] ؛ لأنهم يفرقون بين الخلع والطلاق على مال عندما يكون العوض باطلاً ، وأما جمهور فقهاء المالكية والشافعية لا يفرقون بين هذين المصطلحين ولهما معنى واحد عندهم [4].

الطلاق الاتفاقي في القانون لا يكون صحيحاً مرتباً لآثاره إلا إذا كانت الألفاظ المستعملة في الخلع تدل على الخلع وتفيد معناه، وهذا ما أشارت إليه الفقرة (2) من المادة (46) من قانون الأحوال الشخصية العراقي (الخلع إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو ما في معناه ...) ، وعلى هذا فإن الطلاق الاتفاقي لا يقع إلا بالألفاظ التي تدل عليه كقول الزوج لزوجته : خالعتك على كذا فتقول هي قبلت أو الألفاظ التي تدل على معناه كقول الزوج لها: (بارئتك على كذا فتقول هي قبلت) [5].

4. أن يكون الطلاق الاتفاقي مقابل عوض

العوض في الطلاق الاتفاقي هو العوض الذي تلتزم به الزوجة لزوجها مقابل طلاقها وخلاصها منه. وعوض الخلع قد يكون المهر كله كما لو قالت الزوجة لزوجها: إخلعني على المهر الذي قبضته منك، وقد يكون مهرها المؤجل باعتباره ديناً في ذمة الزوج كما لو قالت: إخلعني على المهر المؤجل، ويصح أن يكون شيء أخر غير المهر على أن يكون هذا الشيء مما يقوم بالمال شرعاً أن يكون من النقود المتداولة بين الناس ويمكن أن يكون من كل مال متقوم أو منفعة تقوم بالمال كالمنقولات والعقارات وسكنى الدار أو زراعة الأرض لمده معينة وغيرها من

(1) علي الحسيني السيستاني (دام ظله)، المسائل المنتخبة "العبارات والمعاملات"، دار المؤرخ العربي، بيروت، 1996، ص372. صادق الحسيني الشيرازي، المسائل الإسلامية المنتخبة، ط17، دار الصادق للطباعة والنشر، كربلاء، ص400.

(2) محمد جواد مغنية، الشريعةعلى المذاهب الخمسة، المصدر السابق، ص427.

(3) محسن ناجي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المصدر السابق، ص48.

(4) محمد عزمي البكري، موسوعة الشريعةوالقضاء - الأحوال الشخصية، المصدر السابق، ص592

(5) عباس سهيل جيجان، الطلاق الخلعي، المصدر السابق، ص289.

منافع الأعيان أو الأشخاص [1]. واختلف الفقهاء في مقدار عوض الخلع ولهم في ذلك ثلاثة أراء، يرى فقهاء المذهب الحنبلي يجب أن لا يزيد عوض الخلع على مقدار المهر[2]، فيما يرى فقهاء المذهب الحنفي لا يجوز للزوج أن يأخذ من زوجته عوضاً على الخلع إذا كان هو السبب في الخلع[3]، وله أن يأخذ منها بقدر ما أعطاها من المهر إذا كانت هي الخلع لعدم قيامها بالحقوق الزوجية[4]، فيما يرى جمهور الفقهاء ليس للعوض في الخلع حد معين، فيجوز للزوج أن يأخذ من زوجته أي مبلغ يتفقا عليه سواء كان مساوياً للمهر أو اقل أو أكثر منه أو لقاء مال أو حق آخر[5]. وقد أخذ المشرع العراقي بالراي الأخير في الفقرة (3) من المادة (46) من قانون الأحوال الشخصية التي نصت على أنه (للزوج أن يخالع زوجته على عوض أكثر أو اقل من مهرها) وهو ذاته توجه القضاء العراقي.

أي أن مقدار عوض الخلع في القانون يتحدد بما يتفق عليه الزوج والزوجة ويجوز أن يكون بمقدار المهر أو اقل أو أكثر، وحسنا فعل المشرع في ذلك لأن بدل الخلع ما هو إلا عوض فيشبه سائر الأعواض في المعاملات الأخرى فتحديده يتم بما يتراضى عليه الزوجين.

(1) د. حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في احكام الزواج والطلاق، المصدر السابق، ص181.
(2) عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في احكام الاسرة الإسلامية، المصدر السابق، ص347.
(3) د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، المصدر السابق، ص177.
(4) أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية، المصدر السابق، ج1، ص565.
(5) محمد جواد مغنية، الشريعةعلى المذاهب الخمسة، المصدر السابق، ج2، ص423.

الفصل الثاني

دور الشريعة الاسلامية في ترسيخ أحكام التفريق القضائي

- **المبحث الأول: دور مبادئ الشريعة الاسلامية في التفريق القضائي بسبب الضرر.**

- **المبحث الثاني: دور مبادئ الشريعة الاسلامية في حق طلب التفريق من قبل الزوجة.**

الفصل الثاني

دور الشريعة الاسلامية في ترسيخ أحكام التفريق القضائي

تمهيد وتقسيم

إن كان معلومًا مدى امكانية أحد الزوجين بإنهاء العلاقة الزوجية بإرادته الخاصة، فإن التساؤل يُثار حول إمكانية حل هذا العقد بوساطة شخص آخر لم يكن طرفًا فيه ؛ إذ أباحت الشريعة الاسلامية في أحكامها إمكانية فك ارتباط الزوجين بإنهاء عقد الزواج، فأوجدت طريقًا ثالثاً يمكن من خلاله فسخ العقد بين الزوجين، لأسباب محددة، بطلب يتقدم به أحدهما إلى الحاكم الشرعي، وهذا الأسلوب اتبعته قوانين الأحوال الشخصية وحددت أحكامه، لذا سندرس في هذا الفصل دور أحكام الشريعة الاسلامية في التفريق القضائي نتيجة الضرر، وهو أحد أسباب طلب التفريق، والذي سنخصص المبحث الأول لبيانه من خلال التعرض إلى دور مبادئ الشريعة الاسلامية في التفريق القضائي بسبب الضرر، عبر مطلبين يتمثل الأول بماهية التفريق القضائي ومدى سلطان الإرادة فيه، أما المطلب الثاني فسنتناول دور الشريعة الاسلامية في حالات التفريق للضرر الواقع لكلا الزوجين. على أن يكون المبحث الثاني لحالة التفريق القضائي بطلب الزوجة من خلال التعرض إلى دور مبادئ الشريعة الاسلامية في حق طلب التفريق من قبل الزوجة في مطلبين سنتناول في الأول أحكام التفريق بطلب من الزوجة لضرر الحرمان من النفقة بين الشريعة والقانون، أما في الثاني أحكام التفريق بطلب من الزوجة لضرر الحرمان من المعاشرة الزوجية بين الشريعة والقانون، وكما يأتي:

المبحث الأول: دور مبادئ الشريعة الاسلامية في التفريق القضائي بسبب الضرر.

المبحث الثاني: دور مبادئ الشريعة الاسلامية في حق طلب التفريق من قبل الزوجة.

المبحث الأول

دور مبادئ الشريعة الاسلامية في التفريق القضائي بسبب الضرر

أرست مبادئ الشريعة الاسلامية قواعد سمحت عن طريقها للزوجة بطلب التفريق نتيجة إخلال الزوج بالحقوق المفروضة عليه، والتي يصبح معها من العسير استمرار العلاقة الزوجية، فتارة اجازت لها طلب التفريق لعدم الانفاق عليها وهذا مرده التزامات الزوج المالية، وأخرى بطلب التفريق لعدم المعاشرة الزوجية، أو استحالتها لأسباب ستذكر في موردها، وعليه يتناول هذا المبحث مسألة التفريق القضائي ودور الشريعة الاسلامية في أحكامه بمطلبين يتناول المطلب الأول ماهية التفريق القضائي ومدى سلطان الإرادة فيه، فيما يتطرق المطلب الثاني إلى دور الشريعة الاسلامية في حالات التفريق للضرر الواقع لكلا الزوجين، وكما يأتي:

المطلب الأول: ماهية التفريق القضائي ومدى سلطان الإرادة فيه

المطلب الثاني: دور الشريعة الاسلامية في حالات التفريق للضرر الواقع لكلا الزوجين

المطلب الأول

ماهية التفريق القضائي ومدى سلطان الإرادة فيه

قد يخضع ايقاع التفريق للسلطة التقديرية للقاضي، أو أن يرجع إلى الحالات المحددة على سبيل الحصر في القانون، وقد نظم المشرع العراقي حالات التفريق القضائي في المواد (40-45) من قانون الأحوال الشخصية بينهما سواء أكان قبل الدخول أم بعده [1]. وثمة جملة من الفروق بين التفريق والطلاق ذكرها العلماء في مصنفاتهم يمكن اجمالها في[2]:

1. إن الطلاق يكون بإرادة الزوج اختيارًا لا كرهًا، بينما يكون التفريق جبرًا حتى مع عدم رضاءه.

(1) المادة (41)، قانون الاحوال الشخصية العراقي.

(2) هادي حسين هادي الكرعاوي، التفريق القضائي- دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، مج2، ع4، 2010، ص105.

2. الطلاق إما أن يكون بائنًا أو رجعيًا، مع بعض الاستثناءات، أما التفريق فيقع في أغلب صوره بائنًا، محققًا بذلك الغرض من تشريعه، فالرجعي يحق للزوج فيه الرجوع، فإن رجع انتفت الحكمة والغرض من تشريعه.

هذا ما سيتم تناوله بالتفصيل في فرعين يتطرق الفرع الأول إلى التعريف بالتفريق القضائي ومشروعيته، أما الفرع الثاني فتطرق إلى مدى سلطان الإرادة في التفريق القضائي، وكالآتي:

الفرع الأول: التعريف بالتفريق القضائي ومشروعيته.

الفرع الثاني: مدى سلطان الإرادة في التفريق القضائي.

الفرع الأول

التعريف بالتفريق القضائي ومشروعيته

التفريق لغة مصدر " فرق" ، واصل الكلمة فرق بين الشيئين على وزن نصر، والفرقة اسم من فارقه مفارقة وفراقا [1] والفرق خلاف الجمع والاسم فرقة وتفريق، والمصدر فرقة للافتراق، وفارق الشيء باينه، والفرق بين الشيئين [2].

أما القضائي فنسبة إلى القضاء، فالياء ياء النسبة، والقضاء لغة مصدر قضى فيقال قضى قضاء، والقضاء لغة الحكم، واصله قضائي ثم همزت الياء، والجمع أقضية، ومن معاني القضاء القطع في الأمور، والقاضي القاطع للأمور المحكم لها، وأصل القضاء القطع والفصل، قال الأزهري القضاء في اللغة على وجوه مرجعها إلى انقطاع الشيء وتمامه وتأتي بمعنى الصنع والتقدير والحتم والأمر والقضاء والإنهاء والبيان، قال تعالى: ﴿وَلا تَعْجَلْ بِالْقُرْآنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يُقْضَى إِلَيْكَ وَحْيُهُ﴾ [3].

(1) زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، مختار الصحاح، ط5، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت، 1420ه – 1999م، ص 245.
(2) محمد بن مكرم بن علي ابن منظور، لسان العرب، ط3، دار صادر، بيروت – لبنان، 1414ه، ص34.
(3) أشرف يحيى رشيد العمري، "نظرية التفريق القضائي بين الزوجين"، دراسة تأصيلية ومقارنة، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005، ص11.

ويُلاحظ من مراجعة المعاجم اللغوية أن المعنى اللغوي للتفريق يراد به الفصل بين الشيئين والمباينة بينهما، وقد وردت شواهد في القرآن الكريم لمعنى الفرقة، إذ جاءت الفرقة بين الزوجين بمختلف اشتقاقاتها في ثلاثة مواضع هي:

الأول: قوله تعالى عن السحرة: ﴿فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ ۚ ﴾ [1]:

الثاني: قوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [2].

الثالث: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللَّهُ وَاسِعًا حَكِيمًا﴾ [3].

في الاصطلاح فإن التفريق القضائي هو " إنهاء الرابطة الزوجية بين الزوجين، ومنع الرجل من مقاربة زوجته، ويقع من قبل القاضي" . وهو إما أن يكون طلاقًا كالتفريق لعدم الإنفاق أو لعيوب أو للشقاق أو للغيبة.. أو يكون فسخًا للعقد من أصله كالعقد الفاسد عند بعض المذاهب، أو بسبب الردة أو إسلام أحد الزوجين وبقاء الآخر على الكفر[4].

الفرقة والتفريق مصطلحان فقهيان هما النتيجة العملية للتطليق أو الطلاق أو فسخ العقد، وقد اعتنى الفقهاء بتعريف الطلاق أكثر من اعتناءهم بتعريف الفرقة أو الفسخ، وبالجمل فإن الفرقة هي " رفع قيد الزواج حالًا أو مالًا ، أو هي ما تنحل به عقدة الزواج، فيقطع العلاقة الزوجية بين الزوجين" ، فالجعفرية يرون ان الفرقة هي فسخًا عندهم، كما سنأتي على بيانه في موضعه الخاص. أما الحنفية يرون أن الفرقة رفع لقيد النكاح، والشافعية يرون أنها حل لعقد النكاح أو تصرف للزوج يقطع النكاح، وهي عند المالكية صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجته، والحنابلة عندهم أنها حل قيد النكاح أو بعضه[5].

(1) سورة البقرة، (الآية 102).
(2) سورة الطلاق، (الآية 2).
(3) سورة النساء، (الآية 130).
(4) هادي حسين هادي الكرعاوي، التفريق القضائي دراسة مقارنة، المصدر السابق، ص104.
(5) أشرف يحيى رشيد العمري، نظرية التفريق القضائي بين الزوجين، المصدر السابق، ص11.

فالحياة الزوجية قد تتعكر ويصبح معها الاستمرار ضارًا بالزوج أو الزوجة، بل وقد يكون بقاءها أخطر من إنهاءها، وهُنا يأتي دور التفريق القضائي والذي يوقعه القاضي بناءً على طلب أحد الزوجين في الحالات التي يقررها القانون [1].

التفريق أيضًا وسيلة لإنقاذ المرأة من الظلم الذي قد تتعرض إليه، ولتمكينها من إنهاء الرابطة الزوجية جبرًا على الزوج، إن لم تُفلح الوسائل الاختيارية من طلاق أو خلع أو مباراة، كما إن فيها جانبًا تأديبيًا يتمثل في تأديب الزوج الذي لا يُراعي حقوق المرأة، وهو الحل الأمثل لمعالجة مشاكل التعسف ضد الزوجة، وإبقاء كيان الأسرة قويًا [2].

نرى أن فلسفة تشريع التفريق القضائي تنبع من فكرة العصمة والتي قد توضع بيد الزوج أو بيد الزوجة فيكون معها من المتعذر على الطرف الآخر الانفصال عن شريكه؛ وذلك حين لا يرغب الأخير بإيقاع الطلاق مع رغبة الطرف الأول فيه، فثمة قيود ومشاكل تنشأ عنها، فجاء التفريق القضائي لمواجهة تلك المشاكل التي تعتريه.

يجد التفريق القضائي أساسه في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 في المواد (40-45) -كما سبق وذكرنا- فأجاز لكل من الزوجين طلب التفريق عند قيام خلاف بينهما.

الفرع الثاني

مدى سلطان الارادة في التفريق القضائي

إن التفريق القضائي قد يقع ويكون منشأه التصرف الإرادي للشخص، وفي أحيان أخرى لا تكون بإرادة اي من الزوجين دخل في قيام أسبابه، وعنصر الإرادة هذا ينبغي بحثه بشيء من الدقة؛ بغية التمهيد للتعرف على الأسباب التي تُجيز التفريق القضائي.

(1) د. حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في أحكام الزواج والطلاق وآثارهما- في التشريع العراقي والشريعة الاسلامية، المصدر السابق، ص134.
(2) هادي حسين هادي الكرعاوي، التفريق القضائي- دراسة مقارنة، المصدر السابق، ص104.

إن مرد التفريق هو حصول الضرر لأحد الزوجين على الوجه الذي يصبح معه عدم جدوى الوسائل الأخرى في إزالة اثاره أو ايقافه، وهذا الضرر قد يكون إراديًا، أو قد يكون لا إراديًا:

أولاً- التفريق للضرر غير الإرادي: وهو الضرر الذي لا يكون لإرادة أي من الزوجين دخل في نشوئه بشكل مباشر أو غير مباشر؛ كالأمراض والعاهات والعلل[1]. فما مدى إمكانية طلب التفريق عن مثل هذه الحالات؟

اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية في جواز التفريق القضائي نتيجة الضرر غير الإرادي، على ثلاثة أقوال [2]:

1. المنع مطلقًا، لعدم وجود النص، حتى ذهبوا إلى وجود نصوص تؤيد دوام الزواج وعدم التفريق؛ لذا لا يحق لأي من الزوجين طلب التفريق بحجة الضرر، وتبنى هذا الاتجاه فقهاء الظاهرية وبعض الزيدية[3]، مستندين إلى أدلة اهمها:

أ- قوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ۚ﴾[4] فالضرر غير الإرادي ليس في وسع الانسان توقعه وغير خاضع لاختياره وإرادته، فليس من المنطق إن يُحاسب عليه بمقتضى هذه الآية، فضلاً عن أن الزواج الصحيح يثبت بكتاب الله وسنة نبيه ومن يفرق بين الزوجين تنطبق عليه الآية الكريمة: ﴿فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ ۚ﴾ [5]

ب- لا يوجد وقائع تاريخية يقضي فيها النبي بالتفريق مع عرض مثل هذه الوقائع عليه، ومنها قضية زوجة عبد الرحمن بن الزبير الذي كان مصابًا بالعنة ومع ذلك لم يفرق

(1) مصطفى ابراهيم الزلمي، احكام الزواج والطلاق في الشريعة الاسلامية المقارن ، المصدر السابق، ص146.

(2) يُراجع في بيان هذه التقسيمات د. مصطفى إبراهيم الزلمى، أحكام الزواج والطلاق في الشريعةالاسلام المقارن، المصدر السابق، ص418.

(3) ابو محمد بن علي بن احمد بن حزم الاندلسي، المحلى بالأثار في شرح المجلي بالاختصار، المصدر السابق، ج10، ص58.

(4) سورة البقرة، (الآية286).

(5) سورة البقرة، (الآية 102).

بينهما. وكذلك أن الزواج الصحيح لا ينتهي إلا بالطلاق أو الموت، ولا يوجد نص صريح على جواز إنهاء العلاقة الزوجية بغيرهما[1].

في سبيل مناقشة هذه الادلة يرد مؤيدي التفريق بأن قوله تعالى: (لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ۚ﴾ إنما هو حجة عليهم لا لهم لأن الله لا يكلف الزوج المتضرر أن يصبر على ضرر لا يستطاع معه استمرار الحياة الزوجية ، وإن التفريق بالضرر عمل بالكتاب والسنة، قال تعالى: ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ۚ﴾ [2] وقال الرسول (ﷺ) : " لا ضرر ولا ضرار في الاسلام" [3] . أما قوله تعالى: ﴿فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ ﴾ إنما ورد بشأن التفريق عن طريق السحر والدجل.

فيما يخص زوجة عبدالرحمن فهي لم تطلب التفريق والا لقضى به النبي؛ لان مهمته إزالة الضرر ورفع الظلم، فكان سؤالها عن حكم رجوعها إلى الزوج الاول إن طلقها عبدالرحمن بقرينة قوله (ﷺ): " لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك" أي حتى يتم الدخول[4].

ت- أما الاستصحاب الذي استندوا إليه فإنه يتعارض مع نص " لا ضرر ولا ضرار" وأمثاله، هذا وإن الاستصحاب يعمل به عند عدم وجود النص، وإذا تعارض معه يقدم عليه النص.

2. الجواز مطلقًا: وقد استند أصحاب هذا الاتجاه إلى القواعد العامة في الفقه: " لا ضرر ولا ضرار في الإسلام" [5] وبالقياس على خيار العيب في البيع، وبقول الصحابي بوصفه حجة، وهؤلاء هم جمهور المالكية[6] والحنابلة[7] والجعفرية[8]، مع اختلافهم في التفصيل:

أ- الجعفرية: والتفريق عندهم يعتبر فسخًا، وفقهاء الجعفرية كالجمهور حددوا العيوب المبررة للتفريق، فقد قال العاملي: والعيوب المجوزة لفسخ الزواج في الرجل خمسة: الجنون

(1) ابو محمد بن علي بن احمد بن حزم الاندلسي، المحلى بالأثار في شرح المجلي بالاختصار، المصدر السابق، ج10، ص109.
(2) سورة الحج، (الآية78).
(3) محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الفقه، المصدر السابق، ج26، ص14.
(4) ابي عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم البخاري، صحيح البخاري، المصدر السابق، ج6، 5346.
(5) محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، نيل الاوطار، ج6، ط1، تحقيق عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، مصر، 1413ه – 1993م، ص178.
(6) ابو بكر محمد بن علي الرازي الجصاص، احكام القرآن، المصدر السابق، ج1، ص425.
(7) ابو محمد موفق الدين عبد الله بن محمد قدامة المقدسي، المغني، ج8، ص168.
(8) جعفر بن حسن محقق الحلي، المختصر النافع في فقه الامامية، دار الكتب، مصر، 1981، ص191.

والجب والعنة والجذام والخصاء. وعيوب المرأة تسعة: الجنون والجذام والعمي والإقعاد والقرن والرتق والإفضاء والجنون والبرص[1]. ويشترط بهذه العلل توفر شروط:

- أن يكون الطلب بعد العلم بالعيب فورًا والا سقط حقه.
- إن كان السبب عنة يجب ألا تكون قد طرأت بعد الدخول ولو كان الدخول مرة واحدة، ومع ذلك يجب تأجيل التفريق لمدة سنة من حين الترافع.
- أما عيوب المرأة فإن كانت طارئة بعد العقد فلهم ثلاثة أقوال: (الاول: لا خيار له في طلب التفريق مطلقًا تمسكًا بأصالة العقد واستصحابًا لحكمه. الثاني: له الخيار مطلقًا عملًا بإطلاق بعض النصوص. أما الثالث: فليس له بعد الدخول ويحق له قبله)[2]

يستدل على التفريق القضائي عند الجعفرية من الحديث المروي عن الإمام الباقر عليه السلام: " من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يواري عورتها و يطعمها ما يقيم صلبها كان حقاً على الإمام أن يفرق بينهما" [3].

كما استند جمهور من الفقهاء على القواعد العامة الحاكمة لأفعال المكلفين عند عدم وجود الدليل التفصيلي، والتي منها قاعدة: " لا ضرر ولا ضرار" المروية عن النبي محمد (صلى الله عليه وسلم) والتي يستفاد منها التفريق في موارد قد نص عليها.

ب- المالكية: حددوا الأمراض والعيوب التي تبيح التفريق ومنها الجذام والبرص (مشتركة)، أو خاصة بالزوج كالعنة، أو تنفرد بها الزوجة كالرتق والقرن[4]. مع اشتراط عدة شروط:

- أن يكون السبب موجوداً عند العقد، فالأسباب الطارئة بعد الزواج لا تبرر التفريق باستثناء الجذام البين والبرص المضر[5].
- ألا يكون الطرف السليم عالمًا بالسبب قبل العقد أو راضياً به بعده.

---

(1) زين الدين بن علي العاملي، مسالك الافهام إلى تفتيح شرائع الاسلام، المصدر السابق، ج2، ص30-32. زيد الدين العاملي، الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، المصدر السابق، ج2، ص188.

(2) محمد أبو زهرة، مصطفى السباعي، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الاسلاميةة دراسة مقارنة، ط2، دار الفكر، 1986، ص 681.

(3) أبو جعفر محمد بن علي الشيخ الصدوق، من لا يحضره الفقيه، ج3، منشورات جماعة المدرسين في الحوزة العلمية في قم المقدسة، رقم الحديث 4529، 1404هـ، ص441.

(4) محمد بن علي بن محمد بن عبدالله الشوكاني، الدراري المضية شرح الدرر البهية، ط1، ج2، دار الكتب العلمية، 1407ه- 1987م، ص263. مالك بن أنس، الموطأ، ج2، دار إحياء التراث العربي، 1406ه – 1985م، بيروت – لبنان، ، ص526.

(5) محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، شرح مختصر خليل للخرشي، المصدر السابق، ج3، ص235.

- أن يؤجل التفريق لمدة سنة من تأريخ طلبه في كل مرض يرجى شفاؤه[1].

ت- الشافعية: أخذوا بتحديد الاسباب وحصروها في سبعة، مشتركة كالجنون والجذام والبرص، أو مختصة بالزوج كالعنة والجب ، أو تنفرد بها الزوجة كالرتق والقرن، واشترطوا شروط أبرزها: (يُطلب التفريق بعد العلم مباشرة وكل تأخير دون عذر يسقط هذا الحق قياسا على حق الخيار في البيع، وأن يكون التفريق بالعنة بعد تأجيل التفريق سنة، وأن لا يكون العنة حدثت بعد الدخول)[2] وبعد تحقق الشروط يتولى القاضي التفريق فان لم يوجد فللزوجة حق الفسخ[3].

ث- الحنابلة: لا خلاف عندهم في التفريق للعلل التناسلية المانعة من المعاشرة الزوجية، لكن إذا كان المانع موجودًا لدى الطرفين، ففي أحد القولين لهم لا يفرق بينهما. أما الأسباب الاخرى فلا خلاف أيضاً في التفريق عنها كالجذام والجنون والبرص[4]. واشترطوا شروطًا ثلاثة : أن يكون موجودًا حيث العقد ولا يعلم به الطرف السليم، فلو حدث بعدهما فهناك قولان أحدهما لا يجوز التفريق، وينبغي التأجيل لمدة سنة في التفريق للعجز الجنسي، وتقديم طلب من المتضرر يقتنع به القاضي بوجود الضرر[5].

ج- بينما أجازه فريق ثالث بحجة أن التفريق استثناء من قاعدة عدم انتهاء الزواج الا بالموت أو الطلاق، والاستثناء يكون للضرورة، والضرورات تقدر بقدرها، فما دام الزوج يملك سلطة الطلاق فلا ضرورة بالنسبة إليه خلافًا للزوجة.

---

(1) شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المصدر السابق، ج2، ص337.

(2) مصطفى ابراهيم الزلمي، احكام الزواج والطلاق، المصدر السابق، ص150.

(3) شمس الدين محمد بن أبي العباس احمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، المصدر السابق، ج6، ص302.

(4) محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج4، ط27، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان، 1415ه – 1994م، ص31.

(5) أبو النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج2، دار المعرفة، بيروت – لبنان، ص 78.

المطلب الثاني

دور الشريعة الاسلامية في التفريق القضائي للضرر الواقع لكلا الزوجين

بالرجوع إلى نصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 النافذ نجد أن اغلبها قد استلهم من الشريعة الاسلامية، وهي المصدر الأساس لهذا القانون، وعلى اساها بُنيت أحكامه.

إن الملاحظ لنص المادة الأولى من القانون المذكور في فقرتها الثانية يجدها قد جعلت من مبادئ الشريعة الاسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص قانون الأحوال الشخصية هي الواجبة التطبيق في حيال غياب النص التشريعي.

كما وجه المحاكم بالاسترشاد بالأحكام التي اقرها القضاء والشريعة الاسلامية سواء في العراق أم في البلدان الإسلامية الأخرى في قوانين أحوالها الشخصية.

لذا فإن الشريعة الاسلامية قد أدت دورًا متميزًا وبارزًا في قوانين الأحوال الشخصية في الدول الإسلامية، وفي التفريق القضائي وأحكامه أيضًا، ومنها حالة التفريق للضرر الذي يقع ويصيب أي من الزوجين؛ إذا سمحت هذه الأحكام بتقديم طلب لمن يروم الفرقة في حال حصول ضرر أصابه جراء هذه العلاقة وفي حالات محددة سنأتي على بيانها.

نرى أن نقسمها إلى قسمين نتطرق في الفرع الأول إلى حالات الطلاق للضرر المادي الذي يقع، فيما سيكون الثاني لطلب التفريق نتيجة الشقاق أو الخلافات التي تقع بين الزوجين.

الفرع الأول

التفريق القضائي للضرر المادي

أوجد قانون الأحوال الشخصية العراقي أسبابًا عدة للطلاق استنادًا لنص المواد (40-46) لمساعدة الزوجة على أنهاء الرابطة الزوجية أو الزوج رغم تمتعه بحق الطلاق المنفرد، ويمكن اجمالها فيما يلي[1]:

(1) المادة (40-46)، قانون الاحوال الشخصية العراقي.

أولاً– الضرر الذي يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية: وهذه الأضرار غير محددة على سبيل الحصر وترك المشرع للقاضي سلطة تقديرية في عد الفعل مضرًا من عدمه، ويشترط لهذا الضرر أن تتعذر معه استمرارية الحياة الزوجية.

قد ذكر المشرع في المادة(40) من القانون عدة أفعال على سبيل المثل لا الحصر عدها أضرارًا لا يمكن معها استمرار الحياة الزوجية، كالإدمان على المخدرات والمسكرات شريطة أن تثبت هذه الحالة بتقرير طبي من لجنة طبية رسمية مختصة، وأيضًا المقامرة لكن ينبغي أن تكون في بيت الزوجية كي تعد سببًا لطلب التفريق.

كما يتصل بهذه الحالة، الأضرار التي تصيب أولادهما، فيحق للزوج أو الزوجة طلب التفريق إن أصبح من المتعذر استمرار الحياة الزوجية بوئام ومحبة حين تمتد تلك الأضرار لأولادهما.

وبمقارنة أحكام الشريعة الاسلامية نجد أن هذه الحالة لم ترد كما هي، فالشريعة الاسلامية حددت أسباب التفريق على سبيل الحصر، ولعله أمر حسن كي يعرف كل منهما ما هو محذور عليه إتيانه وما يؤدي إلى تفريقهما.

ولعل هذه الحالة تدخل في الفسخ أكثر منها في التفريق؛ فكما هو معلوم أن الزوج يستطيع تطليق زوجته، فهي أن اضرت به جاز له إيقاع الطلاق، أما المرأة فلها حق الفسخ كما في الرواية المعروفة: " عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس: أتت النبي (ﷺ) فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله (ﷺ): أتردين عليه حديقته، قالت: نعم، قال رسول الله (ﷺ): أقبل الحديقة وطلقها تطليقة." [1]

فزوجة ثابت قد تضررت من زوجها فأجاز لها الرسول الأكرم أن تُرجع إلى زوجها ما قبضته منه، وعلى الأخير أن يُطلقها.

(1) ابي عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم البخاري، صحيح البخاري، المصدر السابق، ج6، حديث رقم (5273).

ثانياً– ارتكاب الخيانة الزوجية: فالخيانة الزوجية تعد سببا لطلب الفرقة، اما الاسلام فإنه قد عاقب عليها عقوبة رادة، لا يمكن التساهل بها وذلك استنادًا لقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِين﴾[1]

هذا وقد يتصور من هذا الحكم العام أن الزاني المحصن وغير المحصن حده واحد، لكن بالرجوع إلى السنة النبوية نجدها قد أفردت للمتزوج حكمًا آخر يتمثل في الرجم بالحصى حتى يموت، والأدلة عليه مستفيضة في الشريعة الاسلامية منها ما ثبت في حديث رجم ماعز ابن مالك، وحديث: رجم الغامدية، وحديث: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بثلاث» وذكر منها: «أو زنا بعد إحصان.» وعلى ذلك إجماع العلماء.[2]

في مدرسة أهل البيت فلا يختلف الامر عن باقي المذاهب الإسلامية، ويستندون في ذلك إلى جملة من أحاديث النبي والأئمة المعصومون كلها تؤكد ثبوت حد رجم المحصن وفق شروط محددة لذلك، ومنها: عن أبي عبد الله الصادق (عليه السلام) قال: الرجم حد الله الأكبر، والجلد حد الله الأصغر، فإذا زنى الرجل المحصن رجم ولم يجلد.»[3].

وبذلك نرى أن أحكام الشريعة الاسلامية في حد الزاني والزانية لا حاجة لها في طلب التفرقة كون العقوبة لا تترك مجالًا أو حاجة لطلب التفريق.

بالعودة إلى قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 نجده في المادة 377 منه قد أشار إلى عقوبة الزوجة الزانية بالحبس (أي بما لا يزيد عن خمس سنوات) هي ومن زنا بها، أما الزوج الزاني فإن عقوبته هي الحبس أيضًا شريطة أن يكون فعل الخيانة قد تم في منزل الزوجية، وهذا حقيقة أمر يدعو للدهشة، فهو ناهيك عن تراخيه في الحد ومعاقبة مقترفي هذه الجرائم التي لا يتوقف اثرها على الفرد بل يتعداه إلى المجتمع، نراه قد ميز في عقوبة الزوجة والزوج وذلك باشتراطه أن يأتي الزوج فعل الخيانة في منزل الزوجية أي إن كان خارجه فلا عقوبة عليه..

---

(1) سورة النور، (الآية 2).

(2) عبد الله ابن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، ج4، كتاب الحدود، فصل حد الرجم. دار الخير، 1998، ص338.

(3) محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الفقه، المصدر السابق، ج28، ص61.

وهذه المادة لا زالت محل نقد واستهجان لدى كافة الباحثين في هذا المجال ولا زالت الدعوات لتعديل هذه المادة مستمرة.

ثالثاً– إتمام عقد الزواج قبل اكمال سن الثامنة عشرة دون موافقة القاضي: إذ يحق لمن تزوج قبل اكمال سن الثامنة عشرة طلب التفريق، وهذا الحق لكلا الزوجين. وبمقارنة هذا الطريق مع الشريعة الاسلامية نجد خلاف واضح في سن البلوغ، وسن الزواج كما أنه محل خلاف بين الفقهاء أيضًا.

رابعًا– اجراء الزواج خارج المحكمة وبالإكراه وتم الدخول: إن اجراء الزواج خارج المحكمة شريطة ان يقترن بعيب الاكراه الذي يعد عيبًا من عيوب الارادة لذا فالرضا ينفي حق التفريق، ويشترط ايضًا ان يتم الدخول؛ لكن ماذا عن موقف فقهاء الشريعة الاسلامية؟

إن أحكام الشريعة الاسلامية لم تشترط مكانًا بذاته للزواج أو تسجيله مع كونه امرًا يضمن حقوق كلا الزوجين، اما الاكراه فإنه يؤثر على العقد ويؤدي إلى جواز طلب الفرقة وذلك على اراء.

إذ ذهب الحنفية إلى القول بأن الاكراه يحتمل الفسخ، أي يجوز لمن وقع عليه طلب فسخ العقد، أما القول الآخر فلجمهور الفقهاء؛ إذ ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الإكراه يؤدي إلى فساد عقد الزواج، والعقد غير لازم بعد زوال الاكراه ولا تترتب عليه اي اثار شرعية.[1]

أما الجعفرية فالقول عندهم أن الولي له حق تزويج الصغيرة دون إذنها أما إن كانت مكرهة فإنه يجب على الولي أن يبدأ بأخذ رأي المرأة ويعرف رضاها قبل العقد ، إذ إن الزواج معاشرة دائمة وشركه قائمة بين الرجل والمرأة ولا يدوم الوئام ويبقى الود والانسجام ما لم يعلم رضاها ومن ثم منع الشرع إكراه المرأة – بكراً كانت أو ثيباً – على الزواج واجبارها على من لا رغبة لها فيه وجعل العقد عليه قبل استئذانها غير صحيح ولها حق المطالبة بالفسخ إبطالاً لتصرفات الولي المستبد إذا عقد.

---

(1) أسامة ذيب سعيد مسعود، أثر الاكراه في عقد النكاح- دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية الاربعة وقانون الاحوال الشخصية الاردني، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس- فلسطين، 2006، ص96-98.

خامسًا– زواج الرجل بثانية دون إذن القاضي: جعل المشرع العراقي من الزواج بثانية سببًا لطلب الفرقة بين الزوجين وهو خلاف لما ذهبت إليه الشريعةالغراء؛ فبملاحظة الآية الثالثة من سورة النساء: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أو مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلَّا تَعُولُوا﴾[1].

هذه الآية واضحة الدلالة في جواز الزواج من أكثر من واحدة، ولم تشترط لذلك إذن الزوجة الأولى، إنما هنالك شرط واحد وهو العدالة، أي أن يعدل الزوج بين زوجاته وهذا من حق الزوجة الأولى والثانية، وهذا الحكم دخيل على مجتمعنا الإسلامي، وحتمًا يؤدي إلى تفكك الأسرة المسلمة فضلاً عن المشاكل الاجتماعية وكثرة الخيانة والعلاقات العابر سرًا وعلنًا خشية الزواج من ثانية، أو محاولة الحفاظ على اسرته خوفًا من طلب الفرقة من قبل الزوجة، في الوقت الذي ينبغي على الدولة أن تشجع وتساهم في شيوع ثقافة التعدد، درءًا للعلاقات غير المشروعة وحفاظًا على الأسرة وعلى افراد المجتمع، فلم يخق الله افواه جائعة دون طعام.

الفرع الثاني

التفريق للخلاف أو الشقاق

إن الغرض من بناء الحياة الزوجية تكوين وحدة اجتماعية صالحة قوامها التوافق والتعاطف والتراحم بين الزوجين واستثمارها بالنسل وتربية الأولاد والعناية بهم. ولكن قد تصبح الحياة الزوجية الهانئة بالشقاق والنزاع والخلافات المستمرة، جحيماً وبلاء، إذ إن بالشقاق أي الخلاف بين الزوجين يؤدي إلى الأضرار الكبيرة بهما ويتعداه إلى الأولاد، ويتعذر معه استمرار تلك العلاقة التي وصفها القران بالميثاق الغليظ[2]. ويقرر الله تعالى حكم الشقاق في محكم كتابه الكريم بقوله: { وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا أن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا أن اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا } [3].

يطلق هذا المفهوم عند علماء اللغة ويراد منه التفريق والخلاف، وأنه مشتق من الشق، وهو نصف الشيء، وعليه يكون الشقاق هو: غلبة العداوة والخلاف، بدليل الاستعمال القرآني في

(1) سورة النساء، (الآية 3).
(2) المادة (41)، قانون الاحوال الشخصية العراقي.
(3) سورة النساء، (الآية 30) .

قوله تعالى: ﴿ وَإِنَّ الظَّالِمِينَ لَفِي شِقَاقٍ بَعِيدٍ﴾[1] وهو مصدر على وزن (فعال) بالكسر. وقال ابن منظور: هو – أي الشقاق– العداوة بين فريقين، سمي شقاقا، لأن كل طرف قصد شقا، أي ناحية غير شق صاحبه[2].

الشقاق في اللغة " مأخوذ من فعل ما يشق ويصعب، فكأن كل واحد من الفريقين يحرص على ما يشق به على صاحبه، وأصل الشقاق أن يأخذ كل واحد منهما غير شق صاحبه– أي ناحية غير ناحيته وقيل الشقاق المنازعة، وقيل المجادلة، وقيل المخالفة والتعادي"[3].

أما في الاصطلاح فهو يطلق عند الفقهاء ويراد منه: " النزاع الشديد المستمر بين الزوجين لدرجة يتعذر معه استمرار العلاقة الزوجية الطيبة، باعتبار أن آثاره ولدت كراهة وتباغضا مستحكماٍ، وعليه عجز الحكماء عن رفعه بينهم، وهو هو يتم بأسباب كثيرة يحددها العرف والتي منها الضرب المبرح أو الشتم المقذع، أو الطعن بالكرامة، فعندئذ يتحقق التجريح إما بالقول أو بالفعل، ويحدث باستمراره نوع من الفجوة المؤدية إلى القطيعة والمحدثة للكراهة المانعة من استمرار الحياة الكريمة وهي العلة في تحققه ولا اعتبار بالمصاديق الخارجية المظهرة للشقاق والتي تتبدل بحسب تغير الأزمان وعليه يكون الضابط هو العرف في أن هذا اللفظ محقق للطعن و الإهانة أو لا يحقق" [4].

قد اتفق الفقهاء على بعض أحكام الشقاق، واختلفوا في أخرى[5]، وكما يأتي:

---

(1) سورة الحج، (الآية 53).

(2) هادي حسين الكرعاوي، هادي حسين هادي الكرعاوي، التفريق القضائي- دراسة مقارنة، المصدر السابق، ص120.

(3) أميرة محمد مغازي محمود، أحكام الشقاق بين الزوجين في ضوء الشريعة الاسلاميةة، كلية الدراسات الاسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، مج1، ع 33، 2017، ص311.

(4) هادي حسين الكرعاوي، هادي حسين هادي الكرعاوي، التفريق القضائي- دراسة مقارنة، المصدر السابق، ص120-121.

(5) ماهر أحمد السوسي، التفريق القضائي بين الزوجين، رسالة ماجستير، كلية الشريعةفي الجامعة الاسلامية، غزة – فلسطين، 2004، ص161-164.

أولاً– موضع الاتفاق: اتفق الفقهاء على جواز بعث الحكمين إذا وقع الشقاق بين الزوجين، وجهلت أحوالهما[1]، لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾[2].

ثانياً – موضع الاختلاف: اختلفوا فيما إذا كان للحكمين سلطة التفريق بين الزوجين بناء على طلب الزوجة، وذلك على قولين:

القول الأول: إن مهمة الحكمين الإصلاح بين الزوجين، ولا سلطة لهما في التفريق، إلا أن يكونا وكيلين عن الزوجين، وهذا ما ذهب إليه الحنفية، والشافعية[3]، واستندوا على الاصلاح بالقرآن والمعقول: { وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا أن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا أن اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا }[4]. ووجه الدلالة أن الله تعالى لم يُضيف إلى الحكمين إلا الاصلاح، وهذا مقتضى أن يكون ما وراء الاصلاح غير مفوض إليهما[5].

كذلك بالمعقول أن ليس للحاكم أن يطلق، ولا يبرئ من مالها، فلا يكون ذلك لنائبه؛ لأن البضع حق الزوج، والمال حق الزوجة، وهما رشيدان، فلا يجوز لغيرهما التصرف فيه إلا بتوكيل منهما[6].

القول الثاني: على الحكمين أن يجتهدا في الإصلاح ما أمكن، فإن تعذر ذلك، فرقا بينهما بعوض وغير عوض، ولا يحتاجان إلى توكيل الزوجين أو رضاهما، وهذا ما ذهب إليه

---

(1) كمال ابن الهمام، فتح القدير، المصدر السابق، ج4، ص244. ابو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المصدر السابق، ج3، ص185.

(2) سورة النساء، (الآية 35).

(3) ابو محمد موفق الدين عبد الله بن محمد قدامة المقدسي الدمشقي الحنبلي، المغني، المصدر السابق، ج10، ص264. شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج، المصدر السابق، ج3، ص261.

(4) سورة النساء، (الآية 35).

(5) أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي، مدارك التنزيل وحقائق التأويل، ج1، ط1، حققه وخرج أحاديثه يوسف علي بديوي، دار الكلم الطيب، بيروت، 1419ه – 1998م، ص329. 1ج/329. محمد علي الصابوني، روائع البيان تفسير آيات الأحكام، 1ج1، ط3، مكتبة الغزالي، دمشق، 1400ه – 1980م، ص472.

(6) كمال ابن الهمام، فتح القدير، المصدر السابق، ج4، ص244.

المالكية، والشافعي في مقابل الأظهر، وأحمد في الرواية الثانية[1]، واستدلوا بالقرآن والاثر والمعقول: أما القرآن ففي نفس الآية (35) من سورة النساء إن تعالى سماهما حكمين، ولم يعتبر رضى الزوجين؛ لأنهما حكمان لا وكيلان عمن بعثهما، ولا شاهدان[2].

كما استدلوا بالأثر؛ إذ روى أبو بكر بإسناده عن عبيده السلماني، أن رجلاً وامرأة أتيا الإمام علي (عليه السلام)، مع كل واحد منهما فئام من الناس، فقال الامام علي ﷺ ابعثوا حكماً من أهله، وحكماً من أهلها، فبعثوا للحكمين: هل تدريان ما عليكما من الحق؟ إن رأيتما أن تجمعا جمعتما، حكمين، ثم قال علي ﷺ وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما، فقالت المرأة : رضيت بكتاب الله على ولي، فقال الرجل : أما الفرقة فلا، فقال علي : كذبتَ حتى ترضى بما رضيتْ به[3]. إذ يتمثل وجه الدلالة في قول الامام علي ﷺ كذبت بما ترضى حتى رضيت به ما يدل على أنه أجبره على ذلك، فلا يتوقف حكم الحكمين على إذن الزوجين أو رضاهما.

أما المعقول فلا يمتنع أن تثبت الولاية على الرشيد عند امتناعه عن أداء الحق، كما يقضي الدين عنه ماله إذا امتنع، ويطلق الحاكم على المولى إذا امتنع[4].

بالرجوع إلى المشرع العراقي نجد أحكام التفريق قد بينتها المادة (41 و42) من قانون الأحوال الشخصية وذلك بأن اوجبت على القاضي ، حينما يتقدم إليه أحد الزوجين طالباً التفريق للشقاق والخلاف أن يتحقق أولاً من أسباب الخلاف، ويبذل جهده في اصلاحه ويحاول قدر الإمكان إزالتها، وتأجيل الدعوى مدة مناسبة – حيث لا يصح التسرع في هدم الأسرة – وهذا ما أشارت إليه الفقرة (2) من المادة (41) بقولها (على المحكمة اجراء التحقيق في أسباب الخلاف...) بالاستماع إلى البينات أو تدقيق أضابير الدعاوي المقامة أو جلب أوراق الدعاوي في محاكم أخرى وهكذا. ومن المعلوم بداهة أنه يقتضي تكليفه المدعي بيان ماهية الشقاق

---

(1) شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المصدر السابق، ج3، ص211. محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج3، ط1، دار الفكر، بيروت، 1404ه – 1984م، ص548. شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج، المصدر السابق، ج3، ص261.

(2) اسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القران العظيم، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، 1419ه، ص505. ابو محمد موفق الدين عبد الله بن محمد قدامة المقدسي، المغني، المصدر السابق، ج10، ص264.

(3) ابو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، المصدر السابق، ج6، ص512.

(4) ابو محمد موفق الدين عبد الله بن محمد قدامة المقدسي، المغني، المصدر السابق، ج10، ص264.

والوقائع التي يتضرر منها، وإعطاء المجال للطرف الآخر للإجابة عنها تصديقا أو نفيا فإذا ثبت للقاضي استمرار الشقاق وتعذر عليه إصلاح ذات البين وجب على القاضي اتباع الإجراءات التي رسمتها المادة (41) للتفريق للشقاق وهي[1]:

أن يطلب القاضي منهما تعين حكمين من أهل الزوجين، أي حكماً من أهل الزوجة وحكما من أهل الزوج – أن وجدا – وإذا تعذر تكلف المحكمة الزوجين فانتخاب حكمين من اقاربهما أو من غير الأهل من يتوسم فيه القدرة على الإصلاح، وقال تعالى: {وَمَنْ يُؤْتَ الْحِكْمَةَ فَقَدْ أُوتِيَ خَيْرًا كَثِيرًا}[2]، وإن لم يقم الزوجان بانتخاب الحكمين، انتخبتهما، فإن اختلف الحكمان في تحديد نسبة التقصير عين لهما القاضي حكماً ثالثاً.

ينبغي ملاحظة أنه يجب حضور الزوجين بالذات أمام المحكمة لانتخاب الحكمين لأنه لا يجوز للوكيل ذلك تطبيقا لنص الفقرة (2) من المادة (39) من القانون التي نصت على أن لا يعتد بالوكالة في إجراءات التحكيم – وأول هذه الإجراءات انتخاب الحكم. ولا بد من ملاحظة، أنه للمحكمة تحليف الحكمين اليمين على أن يقوما بمهمتهما بعدل وأمانة، وتفهم أسباب الخلاف والشقاق وتقصيهما والعمل على ازالتها 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 أسباب الخلاف وازالته 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 (1 و 2 و 3) من المادة (41) من القانون[3].

فيما تقوم وحدات البحث الاجتماعي في محاكم الأحوال الشخصية بدورها في حل الخلافات العائلية والتوفيق بين أطراف الدعوى من خلال استنباط العوامل المحركة والدافعة إلى ارتكاب السلوك أو التصرف غير المشروع، والتي يستخلصها الباحث أو الباحثة الاجتماعية من ظروف القضية. وعليه، فإذا فشلت مساعي الصلح أيضاً ، ومساعي الحكمين المعينين والحكم

(1) المادة (41)، قانون الاحوال الشخصية العراقي.
(2) سورة البقرة، (الآية 268).
(3) الفقرة (1 ،2 ،3)، المادة (41)، قانون الاحوال الشخصية العراقي.

الثالث وثبت للقاضي استمرار الخلاف والشقاق بين الزوجين، وعجزت المحكمة عن الإصلاح بينهما، وامتنع الزوج عن التطليق، حكمت المحكمة بالتفريق بينهما معتمدة التقارير التي حددت مدى التقصير ومصدره.

وهذا ما أوضحته الفقرة (٤ / أ) من المادة ذاتها (إذا ثبت للمحكمة استمرار الخلاف بين الزوجين وعجزت عن الإصلاح بينهما وامتنع الزوج عن تطليق فرقت المحكمة بينهما).

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

2- إذا كان التقصير من جانب الزوج فلها المهر المؤجل كله.

3- إذا كان التقصير واقعاً من الزوجين، كان التطليق بقسمة المهر المؤجل بينهما، إن كان الضرر الواقع من كل منهما على الآخر متكافئاً ، وبنسبة التقصير المنسوب لكل منهما[1] إذا كان الضرر متفاوتاً. فلو قال الحكمان أن نسبة التقصير من قبل الزوجة (30%) وتبيين أن مؤجل مهرها ثلاثة آلاف دينار فتسقط المحكمة (900) دينار منه .

4- إذا كان التقصير من جانب الزوجة، وتم التفريق قبل الدخول، فإذا تبين للحكمين أن الإساءة والتقصير من جانب الزوجة ألزمت برد ما قبضته من المهر المعجل .

5- إذا كان التقصير من جانب الزوج فلها نصف مهرها.

(1) قرار 1700/ شخصية / 83-1984 في 1984/2/7 ، مجموعة الأحكام العدلية الأعداد (1 و 2 و 3 و4) لسنة 1984.

المبحث الثاني

دور مبادئ الشريعةفي حق طلب التفريق من قبل الزوجة

تعد الزوجة الطرف الأكثر تطلعاً لمعرفة الحالات التي تجيز لها طلب التفريق، وذلك لالتزامها وتأثرها المباشر بالعقد وأحكامه، وعليه لا تملك وسيلة للخروج من حكم هذا العقد إلا أن يطلقها الزوج، أو تلجأ إلى القضاء لطلبه في حالة رفضه الطلاق، وهذا ما سيتناوله هذا المبحث من بيان للحالات التي يمكن للزوجة فيها طلب التفريق، فضلا عن موقف الفقهاء والمشرع العراقي منه ودور مبادئ الشريعة الاسلامية في صياغة أحكامه، إذ يتناول المطلب الأول التفريق بطلب من الزوجة لضرر الحرمان من النفقة، فيما يتناول المطلب الثاني التفريق بطلب من الزوجة لضرر الحرمان من المعاشرة الزوجية. وكما يأتي:

المطلب الأول: التفريق بطلب من الزوجة لضرر الحرمان من النفقة.

المطلب الثاني: التفريق بطلب من الزوجة لضرر الحرمان من المعاشرة الزوجية.

المطلب الأول

التفريق بطلب من الزوجة لضرر الحرمان من النفقة

يتناول هذا المطلب بيان مشروعية التفريق القضائي بسبب الإعسار بالنفقة، أو الحرمان منها ومنعها بأي سبب من الأسباب وموقف الفقهاء والمشرع العراقي منها، وذلك في فرعين يتناول الأول منهما التفريق بطلب من الزوجة لضرر الحرمان من النفقة وفق مبادئ الشريعة الاسلامية، فيما تطرق الفرع الثاني إلى التفريق بطلب من الزوجة لضرر الحرمان من النفقة. وكما يأتي:

الفرع الأول: التفريق بطلب من الزوجة لضرر الحرمان من النفقة وفق مبادئ الشريعة الاسلامية

الفرع الثاني: التفريق بطلب من الزوجة لضرر الحرمان من النفقة وفق قانون الأحوال الشخصية

الفرع الأول

التفريق بطلب من الزوجة لضرر الحرمان من النفقة وفق مبادئ الشريعة الاسلامية

المعروف عند الفقهاء أن النفقة تقسم على قسمين: النفقة واجبة كنفقة الزوجة والأبوين والأبناء وما عداها تكون مستحبة. ومن امثلة النفقة الواجبة هي نفقة الزوجة على زوجها والتي تتمثل بالطعام والكسوة والسكن كما قال حمزة بن عبد العزيز (إن النفقة الواجبة هي الإطعام والكسوة والسكن على قدر الزوجة وحال الزوج بالعدل، على أن الواجب من النفقة بحسب سد الخلة ما زاد فندب ما لم يبلغ حد الإسراف)[1]، وأن يستوعب كل احتياجاتها الضرورية المقومة لأصالة وجودها في حياة كريمة وبما يلائم شأنها ويحفظ كرامتها، وهذا ما يحققه العرف، وعندئذ يجب عليه أن يتوسل بوسائل الكسب المشروع الذي يوفر له من الموارد المالية ما يستطيع استيعاب نفقة من تجب عليه نفقته، وفي حال تقصيره بسبب أو بأخر تشتغل ذمته بقدر ذلك التقصير، ويجب عليه إفراغ ذمته من ذلك التقصير عند ارتفاع سببه، أما في حالة امتناعه فإن على الحاكم الشرعي نصحه وإرشاده إلى ضرورة الإنفاق على عائلته بشكل عام وزوجته بشكل خاص، بعد مطالبتها ورفع الدعوى من قبلها عليه[2].

إذ ذكر العلامة الحلي إن الزوجة لو استدانت نفقتها الواجبة وجب على الزوج دفع عوضه[3]، معللا دفع العوض بقوله: ((لأنه في الحقيقة دين عليه))[4] واستدل برواية عن الإمام الباقر (عليه السلام) بإسناده عن الإمام علي (عليه السلام) أنه قال: ((المرأة تستدين على زوجها وهو غائب، قال: يقضي عنها ما استدانت بالمعروف))[5].

النص أعلاه يعطي أهمية كبرى للنفقة الواجبة على الزوج والزوجة غير مسؤولة عن القضية المالية للأسرة، فقد حدد الإسلام بنظامه نوع هذه العلاقة، والرباط المقدس بتحديد شكل العلاقة المالية بين الزوجين بأدق التفاصيل.

---

(1) سلار، أبو يعلى حمزة بن عبد العزيز الدليمي، المراسم العلوية في الاحكام النبوية، تحقيق السيد محسن الحسيني الاميني، مطبعة امير – قم، ايران، 1414 ه، ص 124.

(2) هادي حسين الكرعاوي، التفريق القضائي- دراسة مقارنة، المصدر السابق، ص105.

(3) ابو منصور الحسن بن يوسف العلامة الحلي، قواعد الاحكام في معرفة الحلال والحرام، المصدر السابق، ج2، ص 102.

(4) ابو منصور الحسن بن يوسف العلامة الحلي، تذكرة الفقهاء، ج2، ط1، مطبعة مهر – قم، 1414ه، ص3.

(5) محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الفقه، المصدر السابق، ج21، ص513.

في حال امتناع الزوج عن النفقة الواجبة يحق للزوجة رفع أمرها إلى الحاكم الشرعي أو القضاء، ولكن لا تقبل دعواها إلا إذا أصر الزوج على عدم الإنفاق مع وجود المكنة لديه، أما إذا كان معسراً فيعد الزوج غير ممتنع عن دفع النفقة ويجب عليها أن تصبر. وقد اختلف الفقهاء في تحديد حكم طلب التفريق عند لجوء الزوجة إلى القضاء لرفع الضرر المتحقق نتيجة إصرار الزوج على عدم الإنفاق مع وجود المكنة لديه فمنهم من أجازه ومنهم من لم يجزه[1] وهذا ما سيتم تناوله وفق الآتي:

أولاً – جواز التفريق للحرمان من النفقة

إذا أعسر الزوج بنفقة زوجته ولم تصبر عليه، فلها أن تطلب التفريق الفضائي، إذ إن الامتناع عن الانفاق بعد مطالبة الحاكم الزوج وامتناعه عنه يكون رافعاً لسلطنته عليها ومقيدا للإطلاق الوارد في الحديث النبوي (الطلاق بيد من أخذ بالساق) [2] باعتبار تحقق المانع من استمرار العلاقة الزوجية؛ إذ يعد الزوج متعسفاً في استعمال هذا الحق، فعند ذلك ومن باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر يفرق القاضي بينهما، ولا يحمل إلزامها بالصبر عليه ؛ لأن ذلك ينافي القواعد العامة في الشريعة الاسلامية، وهذا ما ذهب إليه فقهاء الجعفرية المعاصرون وبعض من فقهاء الجعفرية القدامى [3] وجمهور الفقهاء من المالكية والشافعية[4] والحنابلة [5] . مستدلين بأدلة لإثبات مسلكهم الفقهي في صحة التفريق القضائي في هذه الحالة وهي من القران الكريم والسنة النبوية والاثر والمعقول، وكما يأتي:

1. القرآن الكريم:

- قوله تعالى: (وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا)[6] ووجه الدلالة أن الإمساك بالمرأة مع ترك الإنفاق عليها أو الامتناع عن ذلك يسبب لها ضرراً فلم يكن له امساكها[1].

---

(1) فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959، المصدر السابق، ص241.

(2) ابي بكر احمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، المصدر السابق، ج7، ص360.

(3) ابو منصور الحسن بن يوسف العلامة الحلي، مختلف الشيعة، ج7، ط1، 1413ه، ص327.

(4) شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج، المصدر السابق، ج3، ص442.

(5) شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج5، ط3، دار الفكر، 1412ه – 1992م، ص564. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج5، ط1، دار الفكر، بيروت – لبنان، 1417ه – 1997م، ص476.

(6) سورة البقرة، (الآية 231).

- قوله تعالى (فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أو تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ)[2] : إن الإمساك مع ترك الإنفاق ليس من الإمساك بمعروف، فيتعين التسريح بإحسان؛ لأن المخير بين أمرين إن عجز عن أحدهما تعين عليه الاخر[3].

2. السنة النبوية:

- ما روي عن رسول الله في صحيح البخاري (ﷺ) أنه قال: (افضل الصدقة ما ترك غني، واليد العليا خير من السفلى، وابأ بمن تعول، تقول المرأة: إما أن تطعمني وإما أن تطلقني...)[4]. ووجه الدلالة من الحديث أما أن تطعمني، وإما أن تطلقني، من قال يفرق بين الرجل وامرأته إذا أعسر بالنفقة واختارت الزوجة فراقه [5].
- استدل فقهاء الجعفرية من ذهب إلى جواز التفريق القضائي لعدم الإنفاق بالإضافة للأدلة القرآنية المتقدمة بأحاديث وردت عن أئمة أهل البيت (عليهم السلام) والتي منها:
  - عن ربعي بن عبد الله والفضيل بن يسار جميعاً، عن أبي عبد الله (عليه السلام) في قوله تعالى: (وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ)[6] ، قال: (إن أنفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوة وإلا فرق بينهما)[7]. فدلالة هذه الرواية بعد صحة سندها إلى الإمام الصادق إلى رسول الله (ﷺ)، على أن الامتناع عن الإنفاق سبب في التفريق بين الزوجين؛ لذا فهي تامة الدلالة على القول الفقهي المتقدم.
  - صحيحة أبي بصير. قال: سمعت أبا جعفر(عليه السلام) يقول: (من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يواري عورتها ويطعمها ما يقيم صلبها كان حقا على الإمام أن يفرق بينهما)[8].

---

(1) أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر السابق، ج11، ص455.

(2) سورة البقرة، (الآية 229).

(3) بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي، العدة شرح العمدة، ج2، دار الحديث، القاهرة، 1424ه – 2003م، ص577.

(4) ابي عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم البخاري، صحيح البخاري، (69) كتاب النفقات، (2) باب وجوب النفقة على الاهل، حديث رقم (5355)، المصدر السابق، ج4، ص 1724.

(5) علي بن احمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج10، دار الكتب السلفية، مصر، 1390ه، ص628.

(6) سورة الطلاق، (الآية 7).

(7) محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الفقه، المصدر السابق، ج21، ص507.

(8) شهاب الدين أبو الفضل احمد بن علي بن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، المصدر السابق، ج7، ص462.

هذه الرواية بعد تصحيح أعلام فقهاء المذهب[1] لها فدلالتها تامة على صحة التفريق لذات السبب.

3. الأثر:

- ما قاله أبو الدرداء: (سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال: أيفرق بينهما؟ قال نعم، قلت: سنة؟ قال سعيد سنة)[2]. يعني أنها عن سنة رسول الله (صلى الله عليه وسلم).

4. المعقول:

- إن الله تعالى قد فرض على الزوج نفقة امرأته، ومضت بذلك سنة رسول الله، فلم يكن له حبسها على نفسه يستمتع بها، ويمنعها عن غيره تستغني به، وهو مانع ما فرض لها عليه عاجز عن تأديته[3].
- إن النفقة حق مقصود لكل نكاح، فوجب أن يستحق الفسخ بإعوازه؛ كالاستمتاع من المجبوب والعنين[4].

إن القواعد العامة التي تعد تأصيلها بأدلة روائية تؤسس لثبوت الخيار لها بالفسخ عند عدم الإنفاق، إذ تنطبق قاعدة لا الضرر في هذا المورد خصوصا إذا علمنا بأن الضرر الأكبر يتسبب اليوم من عدم الإنفاق، إذ يعد المال شريان الحياة، وسبب في الانحراف، فلهذا من أجل صيانة المرأة، وضمان حقوقها يجبر الزوج على تأمين موارد الإنفاق عليها، وإلا فيفسخ العقد بينهما لاختلال أحد الحقوق الأساسية المترتبة للزوجة على الزوج بمقتضى العقد[5].

ثانياً – عدم جواز التفريق للحرمان من النفقة

(1) محمد حسن النجفي، جواهر الكلام، المصدر السابق، ج30، ص105.
(2) أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، المصدر السابق، ج2، ص263.
(3) أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، المصدر السابق ، ج5، ص115.
(4) أبو الحسن علي بن محمد بن محمد الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر السابق، ج11، ص455.
(5) هادي حسين هادي الكرعاوي، التفريق القضائي- دراسة مقارنة، المصدر السابق، ص 109.

لا يفرق بين الزوجين لعجزه عن النفقة، وتؤمر بالاستدانة عليه، وهذا ما ذهب إليه كثير من فقهاء الجعفرية[1]، وفقهاء المذهب الحنفي[2]، لقاعدة (الطلاق بيد من اخذ بالساق)[3] المنحصر بيد الزوج وإذ إنه لم يطلق بحسب فرض هذه الصورة لذا يجب على الزوجة أن تصبر وتبقى العلاقة الزوجية قائمة. وقد استدل أصحاب هذا الرأي بأدلة من القران الكريم والسنة والمعقول، وكما يأتي:

1. القران الكريم:

- قوله تعالى: (لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا)[4].

يتمثل وجه الدلالة من الآية الكريمة ان المعسر غير قادر على الانفاق فلا يكلف به، ولا يكون ظالما بعدم إيقاع الطلاق، فلا تظلمه بإيقاع الطلاق عليه[5]. وبالاستناد إلى دلالة الآية الكريمة أعلاه فقد اشتهر عند فقهاء الاحناف أنه لا يجوز التفريق القضائي لعدم الانفاق لأن الزوج أما معسر أو موسر، ففي الحالة الأولى لا ظلم بعدم الانفاق، أما في الحالة الثانية وكان ظالم بعدم الانفاق، فرفع الظلم لا يتعين بالتفريق بل قد يحدث بوسيلة الحبس أو الإرغام أو غيرها[6].

- قوله تعالى: (وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ...)[7].

يتمثل وجه الدلالة من الآية الكريمة أعلاه إن غاية ما يقال في نفقة الزوجة انها دين في ذمة الزوج، وعند الاعسار بها فتكون الزوجة مأمورة بالصبر حتى يحصل له يسار[8].

وبذلك نجد أن الاطلاق الوارد في الآيات الكريمة من حصر الطلاق بيد الزوج واعتبار ذلك من مختصاته، ولا يثبت المخصص إلا بدرجة ثبوت العام، لذا لم يعد عدم الانفاق مسوغاً للقاضي في التفريق، وعليه يستصحب بقاء العلاقة الزوجية في حال الشك في ارتفاعها عند عدم الانفاق ويجب عليها الصبر.

---

(1) أبو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي، المبسوط في فقه الجعفرية، المصدر السابق، ج6، ص21.
(2) علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق،ج4، ص 25. علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج2، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 1414ه – 1994م، ص163.
(3) ابي بكر احمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، المصدر السابق، ج7، ص360.
(4) سورة الطلاق، (الآية 7).
(5) ابو بكر محمد بن علي الرازي الجصاص، احكام القرآن، المصدر السابق، ج3، ص463.
(6) محمد امين بن عمر عابدين، حاشية رد المحتار شرح تنوير الابصار، المصدر السابق، ج2، ص903.
(7) سورة البقرة، (الآية 280).
(8) كمال ابن الهمام، فتح القدير، المصدر السابق، ج 4، ص 391.

2. السنة النبوية:

- عن جابر بن عبد الله، قال: دخل أبو بكر يستأذن على رسول الله (ﷺ)، فوجد الناس جلوسا ببابه، لم يؤذن لأحد منهم، قال: فأذن لأبي بكر، فدخل، ثم أقبل عمر، فاستأذن فأذن له، فوجد النبي ﷺ جالسا حوله نساؤه، واجما ساكتا، قال: فقال: لأقولن شيئا أضحك النبي (ﷺ)، فقال: يا رسول الله، لو رأيت بنت خارجة، سألتني النفقة، فقمت إليها، فوجأت عنقها، فضحك رسول الله (ﷺ)، وقال: «هن حولي كما ترى، يسألنني النفقة»، فقام أبو بكر إلى عائشة يجأ عنقها، فقام عمر إلى حفصة يجأ عنقها، كلاهما يقول: تسألن رسول الله (ﷺ) ما ليس عنده، فقلن: والله لا نسأل رسول الله (ﷺ) شيئا أبداً ليس عنده، ثم اعتزلهن شهرا – أو تسعا وعشرين[1].

وجه الدلالة من الحديث أنه لو كان التفريق بين الزوجين بسبب الإعسار جائزاً لما ساغ لأبي بكر وعمر ضرب ابنتيهما بحضرة الرسول (ﷺ)، لمطالبتهما له بالنفقة التي لا يستطيعها، ولما اعتزلهن النبي[2].

- استدل فقهاء الجعفرية على صحة عدم التفريق القضائي في حالة الامتناع عن الإنفاق بما روي عن الإمام علي (عليه السلام) أنه قال: (إن امرأة استعدت على زوجها أنه لا ينفق على عليها، وكان زوجها معسرا فأبى أن يحبسه، وقال (عليه السلام): إن مع العسر يسرا)[3]. إذ إن دلالة الحديث تتمثل بأن الإعسار لا يعد سبب في التفريق لذا فأن الإمام لم يضقِ عليه بالحبس وإنما أرشدها إلى التحلي بالصبر عليه عسى أن يفتح الله له فينفق عليها.

3. المعقول:

إن حق الزوج يبطل بالتطليق عليه، وحق المرأة يتأخر بعدمه، والأول أقوى في الضرر؛ لأن النفقة تصير ديناً بفرض القاضي، فيستوفي في الزمان الثاني، وفوت المال تابع في النكاح، فلا يلحق بما هو مقصود، وهو التناسل، فلا يقاس العجز عن الإنفاق على العجز عن الجماع في المجبوب والعنين[4]. ويتمثل وجه الاعتراض عليه بأن الضرر الذي يلحق بالمرأة

(1) مسلم بن حجاج النيسابوري، صحيح مسلم، المصدر السابق، ج10، ص64.
(2) فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، المصدر السابق، ص232.
(3) ابي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، تهذيب الاحكام، ج6، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت – لبنان، ص399.
(4) زين الدين بن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المصدر السابق، ج4، ص312.

بتأخير النفقة أعظم من ضرر الرجل بإبطال حقه؛ لتوقف الحياة على النفقة، ولأن عدمها قد يدفع المرأة إلى ارتكاب الفاحشة[1].

أما فقهاء الجعفرية الذين ذهبوا إلى هذا الرأي فقد صوره المحقق الحلي بقوله: (لو تجدد عجز الزوج عن الإنفاق هل يسلط على الفسخ؟ فيه روايتان أشهرهما انه ليس لها ذلك)[2]، وقد نسب الشهيد الثاني هذا القول إلى مشهور فقهاء الجعفرية خصوصا إذا علمنا إن اليسار النفقة ليس شرطا في لزوم العقد بل في كماله وتمامه، فلذلك لا يحق لها الفسخ عند انتفاءه بعد تمام أركان عقد الزواج[3].

عند مناقشة الأدلة من خلال مدارك الأحكام للقولين الفقهيين السابقين وجد أن روايات المسلك الأول تامة الدلالة وصحيحة الإسناد مع تعضدها بالقواعد العامة والسنة النبوية مما يعزز هذا المسلك خاصة وإن سبب التفريق واقعي. فضلاً عن أن ادلة المسلك الذي ذهب إلى عدم جواز التفريق بسبب عدم الانفاق غير تامة باعتبار أن الرواية اجنبية عن موضع الخلاف، كونها طلبت مقاضاته مع انه معسر وهو أمر خارج عن سلطته لعدم تقصيره لذلك خرجت عن محل النزاع.

على الرغم من القواعد العامة تامة إلا أن الاستدلال العقلي على خلافها، فضلاً عن وجود الأدلة اللفظية من السنة التي تنص على جواز التفريق في حالة عدم الانفاق، التي لا مناص من تطبيقها لذا يثبت خيار التفريق، لذا يعد هذا المسلك الفقهي هو الراجح بشرط عدم وجود من ينفق عليها، مع قطع السبل في إجباره على الإنفاق عليها[4].

(1) عدنان علي النجار، التفريق القضائي بين الزوجين – دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة ماجستير، كلية الفقه، الجامعة الإسلامية، غزة، 2004، ص139.
(2) زين الدين بن علي العاملي، مسالك الافهام إلى تفتيح شرائع الاسلام، المصدر السابق، ج2، ص22.
(3) هادي حسين هادي الكرعاوي، التفريق القضائي- دراسة مقارنة، المصدر السابق، ص110.
(4) هادي حسين هادي الكرعاوي، التفريق القضائي- دراسة مقارنة، المصدر السابق، ص111.

الفرع الثاني

التفريق بطلب من الزوجة لضرر الحرمان من النفقة وفق قانون الأحوال الشخصية

يرى المشرع العراقي أن نفقة الزوجة حقاً من حقوقها على الزوج، فإذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته مع وجوبه عليه فان كان له مال ظاهر يمكن أخذ النفقة منه بالطرق القضائية فليس للزوجة حق طلب التفريق بناء على أن لها حق استيفاء النفقة سواء أكان الزوج حاضرا أم غائبا[1]، أما إذا لم يكن له مال ظاهر فيمكن أخذ النفقة منه، فإن كان فقيراً أو مجهول المال كأن يكون قد أخفاه بحيث لا يعلم أحد مكانه . فقد اختلف الفقهاء في الحكم، إذ اعتمد فقهاء الجعفرية والحنفية المسلك الفقهي المتمثل بأنه للزوجة حق طلب التفريق لعدم الإنفاق سواء أكان عدم الإنفاق لامتناعه عن الإنفاق مع يسره أم لإعساره، ولها الحق في أن تطلب من القاضي الإذن بالاستدانة عليه أو حبسه[2]، وقد كان العمل في القانون العراقي وفق هذا الرأي قبل صدور قانون الأحوال الشخصية رقم (88) لسنة (1955)، إلا أنه عاد وأخذ بالرأي الذي ذهب إليه فقهاء الشافعية والمالكية والحنابلة والمتمثل بحق الزوجة في طلب التفريق إذا امتنع زوجها من الإنفاق مطلقاً[3] في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة (1959)، فقد نصت المادة الخامسة والأربعون على ما يأتي[4]:

1. للزوجة إن ترفع الدعوى بطلب التفريق من زوجها في الحالتين الآتيتين:

أ. امتناع الزوج عن الانفاق عليها دون عذر مشروع بعد إمهاله مدة أقصاها ستون يوما.

ب. تعذر تحصيل النفقة من الزوج لسبب غيبته أو فقدانه أو اختفاءه أو الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على السنة .

2. يعتبر تقريق القاضي في الحالتين المتقدمتين طلاقاً رجعياً .

من خلال ملاحظة ما تقدم يمكن التفريق بينهما إذ إن ما جاء به الحنفية والجعفرية يدل على عدم جواز التفريق إذا كان الزوج عاجزاً أو معسراً . أما ما جاء به الجمهور يدل على

---

(1) محمد جواد مغنية، الشريعةعلى المذاهب الخمسة، المصدر السابق، ج2، ص167

(2) كمال ابن الهمام، فتح القدير، المصدر السابق، ج4، ص201-202. مصطفى إبراهيم الزلمي، احكام الزواج والطلاق في الشريعة الاسلامية المقارن، مؤسسة نشر الثقافة القانونية للطباعة والنشر، 2001، ص 159-160.

(3) منصور بن يونس البهوتي، الروض المربع، بيروت، عالم الكتب، 1985، ص 416-417.

(4) المادة (45)، قانون الأحوال الشخصية العراقي.

جواز تفريق في حالة يسار الزوج وقدرته ولا تدل على جواز التفريق في حالة كونه معسراً أو عاجزا[1]. لذا فان الراجح هو القول بالتفصيل وهو جواز التفريق إذا كان الزوج موسراً وامتنع عن الإنفاق وقد ثبت عند القاضي قدرته على الإنفاق، وعدم جوازه إذا كان الامتناع مع إعسار الزوج وعجزه عنه[2]. وهو بما يتوافق مع روح التشريع الإسلامي العادل ومبادئه العامة وقواعده الثابتة، فإنه لا توجب الوفاء واقتسام الزوجين حلو الحياة ومرها. وجعل الصلة بين الزوجين صلة قائمة على المودة والرحمة لا صلة مادية خاليه من الوفاء والمروءة والمودة.

المطلب الثاني

التفريق بطلب من الزوجة لضرر الحرمان من المعاشرة الزوجية

تحرص الشريعةالسمحاء على استمرار الحياة الزوجية، بل تجعل مبدأ قيامها على التأبيد المفضي للسكينة والألفة، والاستقرار الروحي، هو أن هذه الحياة المائلة قد يعكر صفوها، وينغص عيشها الحرمان من المعاشرة الزوجية بسبب البعد حقيقة (لحبس الزوج أو الهجر أو عدم دعوة الزوجة للزفاف) أو البعد حكماً (العيوب الجنسية والمرضية) التي تلحق أضراراً جسيمة بالزوجة تستدعي الدفع والازالة . لذا جاءت أحكام الشريعةالغراء لمعالجة مثل هذه الحالات التي تصيب الزوجية والاضرار التي تنتج عنها، عن طريق ايجاد الحلول المناسبة والأحكام الكفيلة بمعالجتها. لذا يتناول هذا المطلب التفريق القضائي بطلب من الزوجة لضرر الحرمان من المعاشرة الزوجية وذلك في فرعين يتطرق الفرع الأول إلى التفريق بطلب من الزوجة لضرر الحرمان من المعاشرة الزوجية بسبب البعد حقيقة، فيما تطرق الفرع الثاني إلى التفريق بطلب من الزوجة لضرر الحرمان من المعاشرة الزوجية بسبب البعد حكماً، وكالآتي:

الفرع الأول: التفريق بطلب من الزوجة لضرر الحرمان من المعاشرة الزوجية بسبب البعد حقيقة.

الفرع الثاني: التفريق بطلب من الزوجة لضرر الحرمان من المعاشرة الزوجية بسبب البعد حكماً.

---

(1) فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، المصدر السابق، ص 243.

(2) مصطفى إبراهيم الزلمي، احكام الزواج والطلاق في الشريعة الاسلامية المقارن، المصدر السابق، ص 164.

الفرع الأول

التفريق بطلب من الزوجة لضرر الحرمان من المعاشرة الزوجية بسبب البعد حقيقة

يهدف هذا الفرع إلى بيان مشروعية التفريق القضائي بطلب من الزوجة لضرر الحرمان من المعاشرة الزوجية بسبب البعد حقيقة، وموقف الفقهاء والمشرع العراقي منها، وكما يأتي:

أولاً – التفريق لحبس الزوج

قد يحكم على الزوج بعقوبة سالبة للحرية ويودع الحبس مما يضر بالزوجة لحرمانها من المعاشرة الزوجية لذا قد يعطى الحق لها من قبل البعض بطلب التفريق وهو ما يسمى بالتفريق لحبس الزوج والذي عرف بأنه " حق الزوجة التي قيدت حرية زوجها دون إرادته، بحكم قضائي أو حجز أو ايداع تحفظي يطلب الفرقة من زوجها خشية من تضررها لعدم المعاشرة إذا طال تقييد الحرية المدة المحددة" [1]. وعموماً فأن الشريعة الاسلامية بخصوص جواز التفريق للحبس مختلف على قولين هما:

القول الأول: ما ذهب إليه مشهور فقهاء الجعفرية والشافعية والحنفية والحنابلة[2] يرى أصحابه أنه لا يحق للزوجة أن ترفع أمرها إلى القضاء طالبة التفريق من زوجها بسبب حبسه مهما طالت مدته، ولو لحقها الضرر بسبب ذلك، وسواء كان حبسه بعذر أو بدونه[3].

واستدل أصحاب هذا القول برأيهم بمجموعة حجج تتمثل بانعدام الدليل سواء من نص في القرآن أم السنة الشريفة أم من إجماع أم قول صحابي أم غيره على جواز مثل هذا الفرقة. معللين ذلك أن الدليل الشرعي في رفع العلاقة الزوجية منعدم فيستصحب بقاؤه إلا بإرادة الزوج استنادًا إلى قول الرسول الاكرم (ﷺ) (الطلاق لمن أخذ بالساق)[4]، وعليه فإن القاعدة العامة في

(1) د. حيدر حسين الشمري، المختصر في احكام الزواج والطلاق، المصدر السابق، ص164.
(2) محمد صادق الصدر، ما وراء الفقه، ج6، ط1، دار الأضواء، بيروت، 1996، ص233. أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المصدر السابق، ج2، ص146.
(3) علي الحسيني السيستاني (دام ظله)، منهاج الصالحين، المصدر السابق، ج3، مسالة 359، ص109. يحيى بن شرف ابو زكريا النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المصدر السابق، ج8، ص400.
(4) ابو عبد الله محمد بن يزيد الربعي القزويني ابن ماجة، سنن ابن ماجة، المصدر السابق، ج1، حديث رقم 1692، ص355.

مورد الشك استصحاب العلاقة الزوجية المتيقنة ولا يلتفت إلى رفعها للشك، لأننا نحتاج إلى يقين مثله، بالإضافة إلى سيرة المتشرعة المستمدة من سيرة رسول الله (ﷺ) حتى عصر الفقهاء في إبقاء العلاقة الزوجية في حالات السجن إذ لم يحدثنا التاريخ عن واحدة من هذه الحالات تم فسخها في عهده، وعليه فقد اشتهر وكاد أن يصل إلى حد الإجماع عدم أحقية الزوجة في طلب التفريق لهذا السبب.

القول الثاني: وهو ما صرح به بعض الحنابلة في بعض فتاويهم[1] ، ولكن تبناه المذهب المالكي والذي يرى بأن لزوجة المحبوس إذا تضررت من حبس زوجها أن ترفع أمرها إلى القاضي طالبة التفريق بينها وبين زوجها[2] مستندين إلى قاعدة نفي الحرج والضرر.

الظاهر من خلال الاطلاع على مبنى هذا القول الفقهي الذي يجيز التفريق بسبب السجن أنه يعتمد على القواعد العامة التي يبين فيها أن الضرر المتحقق على الزوجة نتيجة غيبة الزوج للسجن لابد من رفعه لقول الرسول (ﷺ): (لا ضرر ولا ضرار) إذ تعد هذه القاعدة مخصصة لحصر الطلاق بيد الزوج، وأيضاً أن سجنه يحدث في أغلب الأحيان تقصيره في الإنفاق عليها، وذلك لانقطاع أسباب الرزق لديه، وهذا ما أرغم الزوجة إلى طلب التفريق فعندئذ يجوز تفريقها، وهذا ما يرجع في تحديده إلى سلطة القاضي التقديرية في هذا المورد.

وفيما يتعلق برأي المشرع العراقي بخصوص احقية الزوجة في طلب التفريق لحبس الزوج فقد أخذ بالاتجاه الثاني إذ نصت المادة (43) أولاً (1) على أن للزوجة طلب التفريق عند توافر مجموعة من الأسباب أحداها (أذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة الحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه). ولتطبيق هذا النص يشترط توافر الآتي:

(1) شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المصدر السابق، ج2، ص431.

(2) احمد بن غنيم بن سالم النفراوي، الفواكه الدوائي على رسالة ابن ابي زيد القرواني، المصدر السابق، ج2، ص42. إبراهيم بن محمد بن مفلح، المبدع في شرح المقنع، المصدر السابق، ج7، ص198. احمد ابن تيمية تقي الدين، مجموع الفتاوى، المصدر السابق، ج5، ص482.

1. صدور حكم نهائي بالعقوبة بحق الزوج: ويجب أن تكون العقوبة سالبة للحرية (السجن– الحبس) أما عقوبة الإعدام أو الغرامة فلا يشملها النص إلا إذا استبدلت بعقوبة سالبة للحرية.
2. إن تكون مدة العقوبة السالبة للحرية ثلاث سنوات فأكثر فإن كانت أقل من ذلك لا يحق للزوجة أن تطلب التفريق[1] .
3. إن يكتسب قرار الحكم الدرجة القطعية فإن مجرد صدور حكم قطعي بالعقوبة مدة ثلاثة سنوات فاكثر يعطي الحق للزوجة بطلب التفريق حتى لو مضى شهراً على العقوبة وهو موقف غير محمود من المشرع إذ كان لابد من تقييد حق طلب التفريق بمرور سنة على تنفيذ العقوبة[2].

ثانياً – التفريق لهجر الزوج: قد يهجر الزوج زوجته وقد يتغيب عنها مدة من الزمن ما يؤدي إلى الإضرار بها وإيذائها جنسياً وإن كانت لديها الإمكانية المادية للعيش، ذلك أن الغريزة الجنسية لابد من إشباعها لذا شرع التفريق للهجر والذي عرف بأنه " الطلاق الذي يوقعه القاضي، بناء على طلب الزوجة عند ترك الزوج وطء زوجته أو المبيت عندها أو بهما معاً " [3]، وقد سلك الفقهاء المسلمين اتجاهين بخصوص التفريق لغيبة الزوج هما:

الاتجاه الأول: وهو ما ذهب إليه مذهب الجمهور المتمثل بموقف جمهور الجعفرية الذي ينص على أنه (إذا غاب الرجل عن زوجته وبلده غيبة طويلة وانقطعت اخباره ولم يعلم بموضعه من البلاد وعلمت المرأة بحياته وجب عليها الصبر إلى أن تعلم بموته أو بطلاقه إياها وإن طالت المدة)[4]، وكذلك الحنفية والشافعية[5] الذين يرون عدم جواز اعطاء حق طلب التفريق للزوجة حتى يتبين مصير الزوج أما بالوفاة أو الطلاق، مستدلين على ذلك بقول الرسول الاكرم (ﷺ)

(1) القرار التميزي العدد /3566/ هيئة الاحوال الشخصية /2012 التسلسل 4123 في 2012/6/24.
(2) إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في محكمة التمييز في محكمة الأحوال الشخصية، مطبعة اسعد، بغداد، 1989، ص64.
(3) علياء باسم المسعودي، توازن الحقوق بين الزوجين، المصدر السابق، ص137.
(4) محمد أمين زين الدين، كلمة التقوى، ج7، ط2، 1413 ه، ص 122. شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، مغني المُحتاج، المصدر السابق، ج2، ص397. ابو محمد بن علي بن حزم الاندلسي، المحلى بالأثار في شرح المجلي بالاختصار، المصدر السابق، ج10، ص134.
(5) أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، المصدر السابق، ج5، ص255. شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج، المصدر السابق، ج3، ص397. ابو محمد بن حزم الاندلسي، المحلى بالأثار في شرح المجلي بالاختصار، المصدر السابق، ج10، ص134.

(أنما الطلاق لمْن أخذ بالساق)[1]. فضلاً عن استدلالهم بما روي عن الإمام علي (عليه السلام) أنه قال: (امرأة المفقود هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق)[2].

الاتجاه الثاني: وهو ما ذهب إليه فقهاء الحنابلة والمالكية[3]، الذين يجيزون طلب الزوجة للتفريق لهجر الزوج عند تحقق الشروط، مستدلين بقوله عز وجل (وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا)[4]. التي تدل على أنه لا يجوز الضرر بالزوجة بإمساكها لتصبح كالمعلقة، وإن كان الإمساك بمعروف متعذر فالواجب هو التسريح بإحسان . فضلاً عن قوله تعالى (فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أو تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ)[5] التي تدل على إن غياب الزوج هو منافي للإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان فلا بد من وجود طريق لرفع الضرر عن الزوجة والذي لا يكون الا بالفرقة.

وفيما يتعلق برأي المشرع العراقي بخصوص التفريق لهجر الزوج فقد أخذ برأي أصحاب الاتجاه الثاني الذين ذهبوا إلى جواز طلب الزوجة التفريق للهجر وذلك في المادة (43) من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ التي نصت على أنه: (أولاً: للزوجة طلب التفريق عند توفر أحد الاسباب الآتية: 2. إذا هجر الزوج زوجته مدى سنتين فأكثر بلا عذر مشروع وان كان الزوج معروف الإقامة وله مال تستطيع الانفاق منه). مما يلاحظ على المشرع العراقي أنه استعاض على الغيبة بالهجر وإن كانا من حيث يؤديان الأمر ذاته.

فالهجر هنا يعني أن الزوج يترك زوجته ولا يعاشرها لمدة سنتين فأكثر من دون عذر مشروع كالسفر للدراسة أو العمل ولا يمنع طلب التفريق وجود مال تنفق على نفسها منه، كما يحق للزوجة طلب التفريق حتى لو كان الزوج معلوم المكان. لذا فالتفريق القضائي بسبب الهجر يتمثل بـ : " الطلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة، عند ترك الزوج وطء زوجته أو المْبيت أو بهما معاً " [6]، وقد أعطت المْادة أعلاه للزوجة حق طلب التفريق القضائي للهجر إذا كان له مقتضى شرعي أو قانوني ولا يحق لها طلب التفريق لعدم معاشرته

(1) ابو عبد الله محمد ابن ماجة، سنن ابن ماجة، المصدر السابق، ج1، رقم الحديث 2081، ص72.
(2) أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، المصدر السابق، ج7، رقم 12330، ص90.
(3) ابي القاسم محمد بن أحمد بن جزي المْالكي، القوانين الفقهية، ط1، الدار العربية للكتاب، 1982م، ص 211-112. علي بن سليمان المرداوي، الأنصاف، المصدر السابق، ج9، ص 288.
(4) سورة البقرة، (الآية 231).
(5) سورة البقرة، (الآية 229).
(6) د. حيدر حسين الشمري، المْختصر في أحكام الزواج والطلاق، المصدر السابق، ص149.

لها وقد اتجهت محكمة التمييز لنفس الاتجاه إذ جاء في قرار لها (عند عطف النظر على الحكم المُميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون ذلك أن دعوى المُدعية أنصبت على طلب التعويض المُادي والمُعنوي جراء هجرها وعدم معاشرته لها سبب لها أضرار نفسية وجسدية وبما أن التحقيقات من قبل المُحكمة انتهت إلى اصدار الحكم المُميز برد الدعوى وحيث إن الرابطة الزوجية مازالت قائمة ، وبما أن المُادة اباحت التفريق للهجر إن كان له مقتضى وبذلك تكون دعواها فاقدة لسندها القانوني وموجبة للرد)[1]، فضلاً عن ذلك يرى البعض أن الهجر يشمل أيضاً هجر الفراش ويمكن الاعتداد بصحة هذا الرأي على أساس قياس الهجر في الفراش على الهجر إلى مكان آخر لاشتراكهما في تضرر الزوجة.

قد أخذ القضاء العراقي بهذا الاتجاه فذهبت محكمة التمييز في قرار لها (لدى عطف المُحكمة وجد القرار غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون لأن الهجر الموجب للتفريق وفق أحكام الفقرة(2) من المادة(43/ أولاً) هو هجر الزوج لزوجته في فراش الزوجية مدة سنتين فأكثر بإرادته ، وذلك يستوجب وجود الزوجة في دار الزوجية واستعدادها للمُعاشرة الزوجية وتمكينها زوجها من نفسها وأن وجود الزوجة في دار أهلها بسبب خلافات مع الزوج يجعل حالة الهجر غير متحققة وفق ما تقدم ، وهذا ينطبق على موضوع الدعوى وحيث إن المُحكمة أصدرت حكمها المُميز دون مراعاة ما تقدم مما أخل بصحته لذا قرر نقضه وإعادة الدعوى إلى محكمتها لاتباع ما تقدم)[2].

بما أنه لا عذر للزوج وإن المُشرع العراقي يهدف إلى حماية المرأة بالدرجة الأولى، فأننا نؤيد ما ذهب إليه البعض من تعديل نص الفقرة (2) من المُادة (43) ليكون النص كما يأتي: (إذا هجر الزوج زوجته مدة سنة دون عذر مشروع، وأن كان الزوج معروف الإقامة، وله مال تستطيع الانفاق منه).

(1) قرار محكمة التمييز الاتحادية المُرقم (6653/ شخصية /2021 في 2021/11/4. غير منشور.
(2) قرار محكمة التمييز الاتحادية المُرقم (7072/شخصية/2021) في 2021/5/27. غير منشور.

ثالثاً- التفريق لعدم دعوة الزوجة للزفاف

ان حالة التفريق لعدم دعوة الزوجة للزفاف لا مثيل لها بالشريعة الاسلامية لأنها تدخل ضمن الغيبة أو الهجر أن تحققت شروطها، فيما تطرق المشرع العراقي إلى هذه الحالة في الفقرة (أولاً/3) من المادة (٤٣) من قانون الأحوال الشخصية على أنه للزوجة طلب التفريق عند توفر أحد الأسباب الآتية: (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)[1]. واشترط المشرع العراقي لتطبيق هذا النص ما يأتي [2]:

1. إن يكون هناك عقد زواج رسمي بين الزوج وزوجته أي أنه صادر من المحكمة المختصة أو حجة زواج ، وفيما يخص العقد الشرعي فيجب تصديقه قبل رفع دعوى التفريق.
2. إن تكون الزوجة غير مدخول بها من قبل الزوج وإلا سقط حقها بطلب التفريق. وهذا لا يعني إنها لابد أن تكون باكراً ، إذ قد تكون مطلقة وعقدت عقداً جديد.
3. إن تمضي مدة سنتين على العقد والزوج لم يدعو زوجته للزفاف. وإن جاء النص مطلق إلا أنه لا ينبغي أن يكون هذا الاحجام راجع الأسباب غير مشروعه أو غير مقبولة، كمرض الزوج أو سفره لأمر هام أو مرض الزوجة ولكن النص أشار إلى أنه لا يعتد بطلب الزوج زفاف زوجته إذا لم يكن قد اوفى بحقوقها الزوجية كمهرها إن اشترط التعجيل أو نفقتها.

الفرع الثاني

التفريق بطلب من الزوجة لضرر الحرمان من المعاشرة الزوجية بسبب البعد حكما

يتطرق هذا الفرع إلى بيان مشروعية التفريق القضائي بطلب من الزوجة لضرر الحرمان من المعاشرة الزوجية بسبب البعد حكماً ، وبيان دور مبادئ الشريعة الاسلامية في تحديد أحكامه، وكما يأتي:

(1) الفقرة (3)، المادة (43)، قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959.
(2) د. حيدر حسين الشمري، المختصر في احكام الزواج والطلاق، المصدر السابق، ص153-154.

أولاً – التفريق للعيوب الجنسية

في حالات قد يكون الزوج مصاب بعيب جنسي أو تناسلي يمنعه من القيام بواجباته الزوجية، سواء إن كان هذا العيب موجود قبل العقد ولمْ تعلمْ به الزوجة أم وقع بعد العقد، ولمْ ترضِ به الزوجة، وهو ما يسمى بحق الزوجة في طلب التفريق للعيوب الجنسية، والتي تعرف على أنها: " الأمراض والحالات التي يتعذر معها قيام الزوج بواجباته الزوجية فيما يخص المْعاشرة الجنسية سواء كان الزواج مصاب بها أم الزوجة أو كلاهما، مما يدفع الطرف الآخر إلى طلب التفريق[1]. وقد سلك الفقهاء المسلمين مسلكين بهذا الخصوص هما:

1. جواز التفريق للعلل الجنسية[2]: وهو يمثل اتجاه الجعفرية والمالكية والحنابلة والشافعية والأحناف الذين ذهبوا إلى جواز التفريق للأمراض الجنسية وقد استدلوا بجملة أدلة عززوا في بعضها ودعموا رأيهم، وردوا في بعضها على حجج أدلة الرأي الثاني وهي:

أ. قوله تعالى: (لَا يُكَلفُ اللَّهُ نَفْسًا إلأ وُسْعَهَا)[3]، فوجه الدلالة من الآية الكريمة على أنه لا يجبر الزوج المْتضرر من الصبر على الزوج الآخر على ضرر لا يستطيع معه استمرار الحياة الزوجية.

ب. قوله تعالى: (الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أو تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ)[4]، وقوله تعالى: (فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أو فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكُمْ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مَخْرَجًا)[5]. لا يكون مصداقا للقول بعدم جواز التفريق للعيوب لأن الإمساك بالمعروف لا يتحقق مع الأمراض المنفرة والمعدية، وبذلك فأن هذه الأمراض يوجب

(1) د. حيدر حسين كاظم الشمري، المْختصر في احكام الزواج والطلاق، المصدر السابق، ص154.
(2) أبو اسحاق إبراهيم الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المصدر السابق، ج2، ص48. محمد بن عبد الله الخرشي، شرح مختصر خليل للخرشي، المصدر السابق، ج3، ص235. أحمد بن قاسم العنسي الصنعاني، التاج المْذهب لأحكام المذهب، ج13، ط1، دار الحكمة اليمانية للطباعة والنشر والتوزيع، 1947، ص144.
(3) سورة البقرة، (الآية 286).
(4) سورة البقرة، (الآية 229).
(5) سورة الطلاق، (الآية 2).

معها التسريح بإحسان منعاً للضرر الواقع أو المتوقع، لأن المتوقع كالواقع واقعاً وشرعاً وعقلاً، وإن الضرر يجب أن يدفع بقدر الإمكان[1].

ت. إن التفريق للضرر عملاً بالسنة النبوية والقاعدة الفقهية المتمثلة بقول رسول الله (ﷺ): (لا ضرر ولا ضرار في الإسلام)[2]. وإن الاستصحاب الذي استند إليه أصحاب المسلك الفقهي الذي لا يجيز التفريق للعيوب الجنسية يتعارض مع القاعدة الفقهية أعلاه ، إذ إن الاستصحاب لا يعمل به إلا عند عدم وجود النص، وإذا تعارض معه يقدم عليه النص[3].

ث. إن زوجة عبد الرحمن لم تطلب من الرسول (ﷺ) التفريق بينها وبين زوجها العنين وإلا فرق الرسول بينهما لرفع الظلم وإزالة الضرر. إنما سؤالها يدور حول حكم رجوعها إلى زوجها الأول في حال طلقها عبد الرحمن بقرينة قول النبي محمد (ﷺ): (لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك)[4].

ج. الاستدلال بالمعقول وهو أن العيوب تمنع المقصود بعقد النكاح، وهو الوطء، أو توجب نفرة تمنع من قربان أحد الزوجين للآخر، فجاز رفعه لفقد المقصود؛ كالعيوب المؤثرة في المبيع[5].

على الرغم من أن أصحاب هذا الاتجاه أجازوا التفريق للعلل إلا أنهم اختلفوا فيما إذا كان هذا الحق للزوج أو للزوجة، فالبعض يعطي الحق للزوجة ؛ لأن الزوج يملك الحق في الطلاق إذا كان بها علة وهذا رأي الحنفية، بينما أعطى البعض الآخر حق طلب التفريق لكلا الزوجين ومنهم الجعفرية والمالكية[6].

---

(1) د. حيدر حسين الشمري، المصدر السابق، ص156.
(2) سبق تخريجه.
(3) مصطفى إبراهيم الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق، المصدر السابق، ص 362.
(4) ابي عبد الله محمد بن ابراهيم البخاري، صحيح البخاري، مصدر سابق، حديث رقم 5346.
(5) ابو بكر بن محمد تقي الدين الشافعي، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، ج2، ط1، دار الخير - دمشق، 1994م، ص60. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المصدر السابق، ج5، ص106.
(6) الشيخ زيد الدين العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، ج2، ص 188. أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن المحقق الحلي، شرائع الاسلام، ج2، ط2، 1409هـ، ص 30-32.

2. عدم جواز التفريق للعيوب الجنسية: ويمثل هذا الاتجاه رأي فقهاء الظاهرية[1] وبعض فقهاء الزيدية[2]، إذ لا يجوز لأحد الزوجين أن يطلب التفريق قضاء بحجة الضرر كما لا يجوز للقاضي الاستجابة لهذا الطلب. واستدلوا على مسلكهم الفقهي أعلاه بأدلة أهمها:

أ- قوله عز وجل: (لاَ يُكَلِّفُ اللّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا...)[3]. فالضرر غير الإرادي ليس في وسع الإنسان ولا يخضع لإرادته واختياره فلا يحاسب عليه بمقتضى الآية الكريمة[4]، وعليه لا يكلف الزوج المتضرر من الصبر على الزوج حامل العلة صبراً لا يمكن معه استمرار الحياة الزوجية.

ب- قول الإمام علي (عليه السلام): (إيما رجل تزوج امرأة مجنونة أو جذماء أو بها برص أو بها قرن فهي أمرأته أن شاء امسك وأن شاء طلق)[5].

ت- لا توجد سابقة قضائية عن الرسول (ﷺ) تقضي بالتفريق للعلل الجنسية أما قضية زوجة عبد الرحمن بن الزبير الذي كان مصاباً بالعنة فلم يفرق النبي (ﷺ) بينهما.

ث- إن الزواج الصحيح ينتهي بالطلاق أو وفاة أحد الزوجين فلا يوجد نص يشير إلى انتهاء الرابطة الزوجية بغير هذين الطريقين[6].

ج- إن القول بقياس العلة في الزواج على العلة بالبيع، وبذلك فأن تأييد جواز التفريق قول بعيد عن الصواب والسداد لإجماع فقهاء المسلمين على أنه لا يرد النكاح بكل علة ويرد به البيع[7].

المُشرع العراقي أخذ بالتوجه الأول، إذ أعطى الحق للزوجة في طلب التفريق للعلل في المادة (43) الفقرة(أولاً/4) إذ نصت على أن " 4- إذا وجدت زوجها عنينًا أو مبتلى بما لا

(1) ابو محمد بن حزم الاندلسي، المحلى بالأثار في شرح المجلي بالاختصار، المصدر السابق، ج10، ص209.

(2) احمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار، ج3، ط2، دار الحكمة اليمانية، صنعاء،1409 هـ – 1988م، ص 221.

(3) سورة البقرة، (الآية 286).

(4) مصطفى إبراهيم الزلمي، احكام الزواج والطلاق، المصدر السابق، ص147.

(5) أبو الحسن علي بن عمر الدار قطني البغدادي، سنن الدار قطني، كتاب النكاح، ج3، دار المعرفة، بيروت، 1386هـ ، ص267.

(6) د. حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في احكام الزواج والطلاق، المصدر السابق، ص155.

(7) ابو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المصدر السابق، ج2، ص41.

يستطيع معه القيام بواجبات الزوجية، سواء أكان ذلك لأسباب عضوية أو نفسية أو إذا أصيب بذلك بعد الدخول بها وثبت عدم إمكان شفائه منها بتقرير صادر عن لجنة طبية رسمية مختصة ، على أنه إذا وجدت المْحكمة أن سبب ذلك نفسي، فتؤجل التفريق لمدة سنة واحدة شريطة أن تمكن زوجها ن نفسها خلالها" [1].

يلاحظ أن المْشرع العراقي لمْ يحدد العيوب وإنما أشار إلى العنة وحسنًا فعل المْشرع لأن تحديد العيوب يؤدي إلى إعاقة تطبيق النص إذا استجدت علل جديدة، واشترط أن تؤدي الاصابة بهذه العلل إلى عدم استطاعة الزوج القيام بواجباته الزوجية سواء أكان المْرض نفسي أم عضوي، واشترط كذلك عدم إمكانية شفاء الزوج من هذه العلل تثبت بتقرير طبي صادر عن لجنة طبية مختصة [2].

يلاحظ على المْشرع العراقي إغفاله الإشارة إلى شرط عدم علمْ الزوجة بالعلة والعيب ورضاها بها وهو شرط أشار إليه الفقهاء المسلمين[3] وهذا يعني أن حق الزوجة في طلب التفريق حق ثابت سواء علمت بالعلة أم لمْ تعلمْ. وبذلك فأن شرط العلم والرضا في القانون العراقي غير موجودين وهذا يعني أن حق الزوجة في القانون العراقي في طلب التفريق قائم سواء علمت بالعلة أم لم تعلم أو رضيت به أم لم ترضِ.

ثانياً – التفريق للعيوب المرضية

قد يكون الزوج مصاب بمرض من الأمراض الجسمية لا الجنسية وبشكل يؤثر على علاقته الزوجية مما يتعذر معه استمرار العشرة بينهما، فللزوجة طلب التفريق لهذه العلة أو المْرض. وقد سلك الفقهاء المْسلمْين بنفس المسلك الذي اخذوه في العيوب الجنسية والذي أشرنا إليه بالتفصيل في أعلاه[4].

أما المْشرع العراقي فيلاحظ عليه أنه أخذ بالمسلك القائل بجواز حق الزوجة فقط في طلب التفريق وفق نص المْادة(43) الفقرة(أولاً/6) من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ

(1) المادة (43)، قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959.
(2) د. حيدر حسين الشمري، المْختصر في احكام الزواج والطلاق، المصدر السابق، ص157-158.
(3) أبو القاسم نجم الدين جعفر المحقق الحلي، شرائع الاسلام، المصدر السابق، ج2، ص32. الشيخ زيد الدين العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، المصدر السابق، ج2، ص126.
(4) د. حيدر حسين الشمري، المْختصر في احكام الزواج والطلاق، المصدر السابق، ص 162.

والذي هو: " اذا وجدت بعد العقد 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 المْحكمة بعد الكشف الطبي أن العلة يؤمل زوالها فتؤجل التفريق حتى زوال تلك العلة وللزوجة أن تمتنع عن الاجتماع بالزوج طيلة مدة التأجيل، أما إذا وجدت المْحكمة أن العلة لا يؤمل زوالها خلال مدة مناسبة وامتنع الزوج عن الطلاق وأصرت الزوجة على طلبها فيحكم القاضي بالتفريق" [1]. ولتطبيق النص أعلاه لابد من توافر مجموعة من الشروط تتمثل بالآتي[2]:

1. أن يصاب الزوج بعلة أو مرض من الامراض الجسمية: إذ يتبين من النص أن المْشرع لمْ يشير إلى هذه الأمراض على سبيل الحصر بل على سبيل المثال كالجذام أو البرص أو السل أو الزهري أو الجنون، وهذا موقف حسن من المْشرع لأنه يعطي المْجال لدخول امراض أخرى يشملها النص غير الواردة فيه.
2. أن تكون إصابة الزوج بعد عقد الزواج: في حال كانت قبل الزواج فلا يشملها النص.
3. أن تؤدي الإصابة إلى الأضرار بالزوجة وسوء المعاشرة الزوجية.
4. أن تكون العلة غير مؤمل شفاؤها، وقد أخذت محكمة التمييز بهذا الاتجاه فجاء في قرار لها (أن إصابة الزوج بالسكري وهو من الأمراض التي تعيق الانتصاب أو تضعفه وهو ما لا يرجى الشفاء منه). أما إذا وجدت المحكمة بعد الكشف الطبي أن العلة يؤمل زوالها فتؤجل التفريق حتى زوال تلك العلة[3].

ويلاحظ أن المشرع هنا لم يحدد مدة التأجيل بسنة كما فعل في فقرة (4) من هذه المادة ما يعني أن مدة التأجيل متروكة للمحكمة والتي وجد أنها يجب أن لا تزيد عن سنة قياساً على العلل التناسلية وهي بخلاف العنه النفسية ، فإن للزوجة أن تمتنع عن الاجتماع بالزوج طيلة مدة التأجيل ، أما إذا وجدت المحكمة أن العلة لا يؤمل زوالها خلال مدة مناسبة وامتنع الزوج عن الطلاق وأصرت الزوجة على طلبها فيحكم القاضي بالتفريق.

(1) المادة 43، قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959.
(2) هادي حسين الكرعاوي، التفريق القضائي، المصدر السابق، ص 119
(3) قرار محكمة التمييز الاتحادية المْرقم6320/ شخصية / 2016 في 2016/7/25. غير منشور.

الخاتمة

الخاتمة

الحمد لله أول محمود، وآخر معبود، وأقرب موجود، البدئ بلا معلوم لأزليته ولا آخر لأوليته، والموجود في كل مكان من غير عيان، والكائن قبل الكون دون كيان، والقريب من كل نجوى بغير تدان. أما بعد:

وفق ما بينا في دراسة موضوع دور مبادئ الشريعة الاسلامية في انحلال عقد الزواج توصلنا إلى العديد من النتائج والمقترحات التي يمكن بواسطتها حل اشكالية موضوع البحث، وكما يأتي:

أولاً – النتائج

1. الأصل في الطلاق ان يقع من قبل الزوج متى ما كان أهًلا له، إلا أنه استثناء قد يملك الزوج زوجته تطليق نفسها بالتفويض أو يوكل غيره في طلاقها، مع الجدير بالذكر أن إرادة الزوج مقيدة بعدم اساءة استعماله ، كما أن إرادة الزوجة بالطلاق ليست مطلقة تحت أي ظرف أو سبب ، فضلاً عن أن الأصل في الطلاق الحظر لعموم الأدلة التي تنفر من الفرقة وترغب في استقرار الحياة الزوجية واستمرارها.
2. إن المشرع العراقي حقق التوازن بالخلع الرضائي من خلال اشتراط موافقة الزوجين على إيقاعه أو اتفاقهما على مقدار البذل ؛ إذ لا يمكن أن ينفرد أحد الزوجين بالخلع ؛ لأنه عقد يحتاج إلى إيجاب وقبول ورضا ولا يشوبه عيب من عيوب الإرادة.
3. إن الطلاق لا يقع عند فقهاء الجعفرية إذا خير الزوج زوجته فاختارت نفسها بقصد الطلاق.
4. الطلاق الاتفاقي يعد يمينا من جانب الزوج، ومعاوضة من جانب الزوجة، كما أنه لا يقع بالعقد الفاسد.
5. اتفق فقهاء المذاهب الخمسة على أن الطلاق الاتفاقي متوقف على رضا الزوج، إلا أن المشرع العراقي جاء خلاف ذلك ، كما أنهم اتفقوا على أنه لا يتطلب الرجوع إلى القضاء، إلا أن المشرع العراقي اشترط عكس ذلك.

6. التعديل الأخير لقانون الأحوال الشخصية العراقي قد جعل الطلاق الاتفاقي من الممكن أن يكون اختياري ، أو قد يكون اجباري على الزوج ، كما أنه لا يقع بالوكالة حسب نصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ.
7. يجب أن يتضمن الايجاب بالطلاق الاتفاقي تحديد العوض بشكل نافياً للجهالة. وليصبح البذل قانوني في الطلاق الاتفاقي فأن القبول يجب أن يصدر من الزوجة نفسها، على أنه لا يمنع من أن يتولى الطلاق الاتفاقي عن الزوجة الصغيرة أو السفيهة ابوها بحسب الولاية عليها.
8. القانون العراقي أعطى للمرأة الحق في إيقاع الطلاق في حالات محددة.
9. المشرع العراقي لم يعطي تعريفا لنظرية التعسف في استعمال الحق، كما أن مصطلح الطلاق التعسفي مصطلح جديد.
10. خالف المشرع العراقي ما أجمع عليه الفقهاء على وقوع الطلاق مع اختلافهم في استحقاق الزوجة للإرث، كما أنه خالف أحكام الشريعة الاسلامية في حالة التفريق القضائي لعدم دعوة الزوجة للزفاف.
11. يقع الطلاق بإرادة الزوج اختيارا لا كرها، بينما يكون التفريق القضائي جبراً حتى مع عدم رضاه.
12. التفريق القضائي أما يكون طلاقاً كالتفريق لعدم الانفاق، أو يكون فسخاً للعقد من اصله كالعقد الفاسد.
13. خالف القانون العراقي الشريعة الاسلامية في حالة التفريق بسبب الخيانة الزوجية ؛ إذ عدها المشرع العراقي أحد اسباب التفريق القضائي، أما الإسلام فقد أقر عقوبات رادعة في القرآن الكريم.
14. هناك خلاف واضح في تحديد سن البلوغ بين الشريعة والقانون.
15. أخذ المشرع العراقي بما ذهب إليه كل من الشافعية والمالكية والحنابلة بحق الزوجة في طلب التفريق إذا امتنع زوجها من الانفاق مطلقاً.
16. إن الزواج الصحيح ينتهي بالطلاق أو وفاة أحد الزوجين، فلا يوجد نص في الشريعة الاسلامية يشير إلى إنهاء الرابطة الزوجية بغير هذين الطريقين.

17. إن المشرع العراقي لم يحدد العيوب الجنسية وإنما اشار إلى العيوب بصورة عامة على سبيل المثال وليس الحصر.

ثانياً – المقترحات

1. أعطى المشرع العراقي للزوجة حق طلب التفريق إذا حُكم على زوجها بعقوبة سالبة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر من تاريخ اكتساب القرار الدرجة القطعية من غير مضي مدة معينة ؛ لذا نقترح تعديل نص الفقرة (أولاً/1) من المادة (43) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959، لتكون بأنه (إذا حكم على الزوج بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه بعد مضي سنة من تنفيذ العقوبة).
2. في حالة هجر الزوج لزوجته من دون عذر مشروع لمدة سنتين فالمشرع العراقي أعطاها حق طلب التفريق، ولحمايتها من سوء نية الزوج ومراعاتها نقترح تعديل نص الفقرة (أولاً/2) من المادة (43) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959، لتكون (إذا هجر الزوج زوجته مدة سنة بلا عذر مشروع وكان الزوج معروف الإقامة وله مال تستطيع الانفاق منه).
3. يلاحظ أن المشرع العراقي أغفل الاشارة إلى شرط عدم علم الزوجة بالعلة في اعطائها حق طلب التفريق لوجود علة في الزوج ولكون ذلك يعد تدليس ؛ لذا نقترح تعديل نص الفقرة (أولاً/4) من المادة (43) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 (إذا وجدت زوجها عنينا أو مبتلى بما لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية سواء أكان ذلك لأسباب عضوية أم نفسية ... شرط عدم علمها بالعلة أو العيب ورضاها به)، أي على المشرع العراقي الإشارة إلى شرط علم الزوجة بالعلة والعيب والرضا بها.
4. أجمع الفقهاء على عدم وقوع طلاق الصغير ؛ لذا نقترح تعديل نص الفقرة (1) من المادة (35) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 لتكون (لا يقع طلاق الاشخاص الآتي بيانهم: السكران والمجنون و... والصغير).

5. أجمع الفقهاء على وقوع طلاق مريض مرض الموت ولكنهم اختلفوا في مسألة الإرث؛ لذا نقترح تعديل نص الفقرة (2) من المادة (35) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 لتكون (يقع طلاق المريض مرض الموت أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك ، أو إذا مات في ذلك المرض ، أو تلك الحالة وترثه زوجته ما لم تمضِ سنة على الطلاق شرط عدم الزواج بآخر خلال هذه السنة).
6. تحديد حالات التفريق على سبيل الحصر كما فعلت الشريعة الاسلامية ليعرف كلا الطرفين ما هو محذور عليه إتيانه وما يؤدي إلى تفريقهما.
7. حفاظاً على تماسك الأسرة والمجتمع والحد من جريمة الزنى نقترح تعديل نص الفقرة الثانية من المادة (377) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 لتكون (يعاقب بالعقوبة ذاتها الزوج الزاني) لتكون العقوبة ملحقة بالزوج في أي مكان يوقع بها جريمة الزنا وعدم اقتصار العقوبة على وقوع الخيانة في دار الزوجية.
8. تعديل سن البلوغ في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 بما يتناسب مع ما اتفق عليه فقهاء الشريعة الاسلامية.
9. كون الشريعة الاسلامية لم تشترط سوى عدالة الزوج بين زوجاته ؛ لذا نقترح تعديل نص الفقرة (4) من المادة (3) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 لتكون (لا يجوز الزواج بأكثر من واحدة إلّا بإذن القاضي ويشترط لإعطاء الإذن تحقيق شرط العدالة بين الزوجات).
10. تفعيل نص المادة (41) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 عمليا وتطبيقه.
11. من المنصف تقييد العوض بالبذل بحدود المهر ؛ وذلك توافقاً مع مبادئ الشريعة الاسلامية ومراعاة للضرورات الاقتصادية للزوجة ؛ إذ نقترح تعديل نص المادة (46) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 لتكون " إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو ما في معناه مقابل عوض مالي لا يتجاوز المهر المسمى إذا اتفق الزوجان أما إذا اختلفا وامتنع الزوج عن المخالعة فللزوجة أن تتنازل عن حقوقها الشرعية مقابل الطلاق دون موافقة الزوج" .

12. لكون المشرع جاء بصيغة التفريق القضائي عامة ومطلقة ومن أجل اعطاء فرصة للزوجين للرجوع ؛ لذا نقترح تعديل نص الفقرة (4/أ) من المادة (41) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 لتكون " إذا ثبت للمحكمة استمرار الخلاف بين الزوجين وإنها عجزت عن الإصلاح بينهما وامتنع الزوج عن التطليق فرقت المحكمة بينهما ويقع الطلاق بائن في هذه الحالة).

المصادر

المصادر

القران الكريم.

أولاً – كتب اللغة العربية:

1. أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، معجم مقاييس اللغة، ج3، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر للنشر ، بيروت، 1399هـ– 1979م.
2. زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، مختار الصحاح، ط5، المكتبة العصرية – الدار النموذجية، بيروت، 1420هـ – 1999م.
3. محمد بن عمر بن الحسين الرازي، المحصول في علم الأصول، ج2، ط2، مؤسسة الرسالة، 1992.
4. محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري، لسان العرب، ج8، نشر ادب الحوزة، قم – ايران، 1405هـ.

ثانياً – كتب التفسير:

1. أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدين النسفي، مدارك التنزيل وحقائق التأويل، ج1، ط1، حققه وخرج أحاديثه: يوسف علي بديوي، دار الكلم الطيب، بيروت، 1419هـ – 1998م.
2. أبو الفضل شهاب الدين السيد محمد الالوسي، روح المعاني في تفسير القران العظيم والسبع المثاني، ج3، دار احياء التراث العربي، بيروت.
3. أبو بكر محمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، ج3، ط1، حققه واخرجه: عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 1994.
4. أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي، التبيان في تفسير القرآن، ج8، ط1، حققه: احمد حبيب قيصر العاملي، دار احياء التراث العربي، مكتب الاعلام الاسلامي، 1209هـ.
5. أبو جعفر محمد بن جرير الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، حققه واخرجه صديق جميل العطار، ج2، دار الفكر للطباعة والنشر، 1995.

6. أبو علي الفضل بن الحسن الطبرسي، مجمع البيان في تفسير القرآن، ج8، ط1، حققه: محسن الامين العاملي، مؤسسة الاعلمي، بيروت – لبنان، 1995.

7. أبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القران، مراجعة وتعليق: محمد إبراهيم الحفناوي، خرج أحاديثه: محمود حامد عثمان،ج2، دار الحديث، القاهرة – مصر، 1423هـ – 2002م.

8. اسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القران العظيم، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، 1419هـ.

9. عبد الأعلى الموسوي السبزواري، مهذب الأحكام، ج26، مطبعة الناشر، 1976.

10. محمد علي الصابوني، روائع البيان تفسير آيات الأحكام، 1ج1، ط3، مكتبة الغزالي، دمشق، 1400هـ – 1980م.

11. محمود بن عمر بن أحمد الزمخشري، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل، دار الكتاب العربي – بيروت، ج4، ط3، 1407 هـ.

ثالثاً – كتب الحديث وشروحه:

1. أبو الحسن علي بن عمر الدار قطني البغدادي، سنن الدار قطني، كتاب النكاح، ج3، دار المعرفة، بيروت، 1386هـ.

2. أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف (مصنف عبد الرزاق)، تحقيق: حبيب الرحمن الاعظمي، ج7، ط2، المكتب الإسلامي، بيروت – لبنان، 1403هـ – 1983م.

3. أبو جعفر محمد بن علي الشيخ الصدوق، من لا يحضره الفقيه، ج3، منشورات جماعة المدرسين في الحوزة العلمية في قم المقدسة، 1404هـ.

4. أبو داوود سليمان بن الأشعث بن اسحاق بن بشير الازدي السجستاني، شرح سنن ابي داود للعباد، ط1، ج2، دار طويق للنشر والتوزيع، الرياض– السعودية، 1429هـ.

5. ابو عبد الله محمد بن يزيد الربعي القزويني ابن ماجة، سنن ابن ماجة، ج1، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، 1430هـ – 2009م.

6. ابي بكر احمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، ج7، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 1424هـ – 2003م.

7. ابي عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم البخاري، صحيح البخاري، ج 6، دار الفكر للطباعة والنشر، اسطنبول، 1401هـ- 1981م.

8. خشيش ابن اصرم، أرشيف ملتقى اهل الحديث، ج36، 1432هـ.

9. شهاب الدين أبو الفضل احمد بن علي بن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، ج3،ج8، ط1، مطبعة دائرة المعارف النظامية، 1325هـ.

10. الشيخ الطوسي، الاستبصار، ج3، تحقيق وتعليق: السيد حسن الموسوي الخرسان، دار الكتب الإسلامية، 1956.

11. علي بن احمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج10، دار الكتب السلفية، مصر، 1390هـ.

12. محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ج6، ط1، المكتب الاسلامي، بيروت – لبنان، 1399هـ – 1979م.

13. محمد ناصر الدين الألباني، هداية الرواة إلى تخريج أحاديث المصابيح والمشكاة، ط1، دار ابن القيِّم للنشر والتوزيع، 1422هـ – 2001م.

14. مسلم بن حجاج النيسابوري، صحيح مسلم، ج2، دار احياء التراث العربي، بيروت – لبنان، 1469 هـ.

15. ناصر الدين الألباني، صحيح سنن النسائي،ج3، ط1، مكتبة المعارف، 1409هـ – 1988م.

رابعاً – كتب الشريعة الاسلامية:

أ- مصادر الشريعةالجعفري:

1. ابو القاسم الموسوي الخوئي، منهاج الصالحين، ج3، ط28، مطبعة مهر – قم، 1410.

2. أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن المحقق الحلي، شرائع الاسلام، ج2، ط2، 1409هـ.

3. ابو جعفر محمد بن الحسن الطوسي، الاستبصار فيما اختلف من الاخبار، ج3، دار الكتب الإسلامية، نجف – العراق، 1957.

4. أبو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي، المبسوط في فقه الجعفرية، ج5، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، طهران – ايران، 1417هـ.

5. ابو منصور الحسن بن يوسف العلامة الحلي، تذكرة الفقهاء،ج2، ط1، مطبعة مهر – قم، 1414هـ.

6. ابو منصور الحسن بن يوسف العلامة الحلي، قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام، ج3، ط1، مؤسسة النشر الإسلامي، قم – ايران، 1413هـ.

7. ابو منصور الحسن بن يوسف العلامة الحلي، مختلف الشيعة، ج7، ط1، 1413هـ.

8. ابي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، تهذيب الأحكام، ج6، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت – لبنان.

9. جعفر بن حسن محقق الحلي، المختصر النافع في فقه الامامية، دار الكتب، مصر، 1981.

10. زين الدين بن علي العاملي، مسالك الافهام إلى تفتيح شرائع الاسلام، ج9، مؤسسة المعارف الإسلامية، 1413.

11. سلار، أبو يعلى حمزة بن عبد العزيز الديلمي، المراسم العلوية في الأحكام النبوية، تحقيق: السيد محسن الحسيني الاميني، مطبعة امير – قم، ايران، 1414 هـ، ص 124.

12. الشيخ زيد الدين العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، مجمع الفكر الاسلامي للنشر، مطبعة شريعت – قم، مجلد6، ط12، 1437هـ.

13. صادق الحسيني الشيرازي، المسائل الإسلامية المنتخبة، ط17، دار الصادق للطباعة والنشر، كربلاء.

14. علي الحسيني السيستاني (دام ظله)، المسائل المنتخبة " العبارات والمعاملات" ، دار المؤرخ العربي، بيروت، 1996.

15. علي الحسيني السيستاني (دام ظله)، منهاج الصالحين (المعاملات)، ج3، المؤسسة العلمية للمطبوعات، بيروت –لبنان، 1416هـ.

16.محمد الحسيني الروحاني، منهاج الصالحين، ج2، ط2، مكتبة الالفين، بور سعيد – مصر، 1994.

17.محمد أمين زين الدين، كلمة التقوى، ج7، ط2، 1413 هـ.

18.محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الفقه، ج22، دار احياء التراث العربي، بيروت – لبنان.

19.محمد جواد مغنية، الشريعةعلى المذاهب الخمسة، ج2، ط1، مؤسسة دار الكتاب الإسلامية، بلا مكان طبع، 2006.

20.محمد حسن النجفي، جواهر الكلام، ج32، المكتبة الإسلامية، طهران – ايران.

21.محمد حسن بن باقر النجفي، جواهر الكلام في شرائع الإسلام، ج33، دار الكتب الإسلامية، نجف – العراق، 1378هـ – 1959م.

22.يوسف بن احمد البحراني، الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة، ج25، دار الاصول، مؤسسة النشر الاسلامي.

ب- مصادر الشريعةالحنفي:

1. احمد بن احمد الجنكي الشنقيطي، مواهب الجليل من ادلة خليل، ج5، دار احياء التراث العربي، قطر، 1986.

2. الامام يحيى بن الحسين، الأحكام، ج 1، ط1، بدون مكان طبع، 1410هـ – 1990م.

3. جلال الدين السيوطي، سنن النسائي، ج6، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، 1930.

4. زين الدين بن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج4، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 1997.

5. السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، دار الفتح، مصر، 2000.

6. شمس الأئمة محمد بن احمد بن ابي سهل السرخسي، المبسوط للسرخسي،ج5، دار المعرفة، بيروت– لبنان، 1414 هـ– 1993 م.

7. عبد الرحمن الجزيري، الشريعةعلى المذاهب الأربعة، ج4، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 2003.

8. عبد الله ابن محمود بن مودود الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، ج4، كتاب الحدود، فصل حد الرجم. دار الخير، 1998.

9. علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج2، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 1414هـ – 1994م.

10. علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج3، ط2، المكتبة الحبيبية، باكستان، 1989.

11. كمال ابن الهمام، فتح القدير، خرج أحاديثه عبد الرزاق المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ج3، 1995.

12. محمد امين بن عمر عابدين، حاشية رد المحتار شرح تنوير الابصار، ج4، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت – لبنان، 1995.

13. محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، تحقيق: نايف بن أحمد الحمد، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1428هـ.

14. محمد بن الحسن أبو عبد الله الشيباني، الحجة على أهل المدينة، ج4، ط3، ، المحقق: مهدي حسن الكيلاني القادري، عالم الكتب، بيروت، 1403.

15. محمد بن علي بن محمد بن علي بن عبد الرحمن الحنفي الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، ج3، ط1، حققه وضبطه: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 1423هـ – 2002م.

16. محمد بن عمر بن عبد العزيز الدمشقي الحنفي، حاشية رد المختار على لدر المختار شرح تنوير الابصار فقه ابو حنيفة، ج3، بيروت، دار الفكر للطباعة والنشر، 1421هـ.

17. محمد قدري باشا، شرح الأحكام الشرعية على مذهب الامام ابو حنيفة النعمان، مطبعة هندي، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 2014.

ت- مصادر الشريعةالشافعي:

1. ابو ابراهيم اسماعيل بن يحيى المزني، مختصر المزني، ج1، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت- لبنان، 1410هـ - 1990م.
2. أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 1416هـ - 1986م.
3. أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي، الحاوي الكبير، ج10، ط1، المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 1419هـ- 1999م.
4. أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج5، ط2، دار الفكر ، بيروت – لبنان، 1403هـ - 1983م.
5. سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي المصري الشافعي، حاشية البجيرمي على الخطيب، ج3، دار الفكر، بيروت – لبنان، 1415هـ - 1995م.
6. شمس الدين محمد بن أبي العباس احمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج6، ط 3، دار الفكر، بيروت- لبنان، 1404هـ- 1984م.
7. شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج، ج3، ط1، تحقيق: علي محمد معوض - عادل احمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، 1415هـ- 1994م.
8. محمد بن عبد الرحمن، رحمة الامة، ط1، مؤسسة الريان، بيروت – لبنان، 1442 هـ - 2021 م.
9. يحيى بن شرف ابو زكريا النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق زهير الشاويش وعادل عبد الموجود، ج6، ط3، المكتب الإسلامي، بيروت – لبنان، 1412هـ - 1991م.

ث- مصادر الشريعةالمالكي:

1. ابن عبد البر القرطبي، الكافي في فقه اهل المدينة المالكي، ج2، ط1، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض- السعودية، 1978.

2. أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، الموافقات في اصول الفقه، ج2، ط1، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، 1417هـ – 1997م.

3. ابو البركات احمد بن محمد بن احمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الامام مالك، ج2، دار المعارف، مصر، 1392هـ.

4. ابو البركات احمد بن محمد بن احمد الدردير، الشرح الكبير على مختصر خليل مطبوع على حاشية الدسوقي، ج2، مطبعة عيسى الحلبي، مصر.

5. ابو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، دار الحديث، القاهرة – مصر، 1425هـ – 2004 م.

6. ابو عبد الله محمد بن احمد الانصاري القرطبي، تفسير القرطبي، ج3، ط2، دار الكتب المصرية، القاهرة – مصر، 1384هـ – 1964م.

7. ابي القاسم محمد بن أحمد بن جزي المُالكي، القوانين الفقهية، ط1، الدار العربية للكتاب، 1982م.

8. احمد البريسوني، نظرية المقاصد عند الامام الشاطبي، ط2، دار العالمية للكتاب الإسلامي، 1992.

9. أحمد بن قاسم العنسي الصنعاني، التاج المُذهب لأحكام المذهب، ج13، ط1، دار الحكمة اليمانية للطباعة والنشر والتوزيع، 1947.

10. شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، دار احياء الكتب العربية، بلا مكان طبع، بلا سنة طبع.

11. مالك بن انس الاصبحي، المدونة الكبرى، ج 2، مطبعة السعادة، دار إحياء التراث العربي للنشر، بيروت – لبنان، 1323هـ.

12. مالك بن أنس، الموطأ، ج2، دار إحياء التراث العربي، 1406هـ – 1985م، بيروت – لبنان .

13. محمد بن عبد الله الخرشي المالكي، شرح مختصر خليل للخرشي، وبهامش: حاشية العدوي في الشريعةالمالكي، للإمام حبي الضياء سيد خليل، مطبعة محمد افندي مصطفى، مصر، 1324هـ.

14. محمد بن علي بن محمد بن عبدالله الشوكاني، الدراري المضية شرح الدرر البهية، ط1، ج2، دار الكتب العلمية، 1407هـ- 1987م.

15. محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج3، ط1، دار الفكر، بيروت، 1404هـ – 1984م.

ج- مصادر الشريعةالحنبلي:

1. إبراهيم بن محمد بن مفلح، المبدع في شرح المقنع،ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1997.

2. ابو العباس احمد عبد الحليم بن تيمية الحراني، كتب ورسائل وفتاوي شيخ الاسلام ابن تيمية،ج32، ط2، ، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، مكتبة ابن تيمية، 1425هـ – 2004م.

3. أبو النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج2، دار المعرفة، بيروت – لبنان.

4. ابو بكر بن محمد تقي الدين الشافعي، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، ج2، ط1، دار الخير – دمشق، 1994م.

5. أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني، مسند الإمام أحمد بن حنبل، ج5، مؤسسة قرطبة – القاهرة، 1989م.

6. ابو محمد موفق الدين عبد الله بن محمد قدامة المقدسي الدمشقي الحنبلي، المغني، ج10، مكتبة القاهرة، 1388هـ – 1968م.

7. احمد ابن تيمية تقي الدين، مجموع الفتاوى، تحقيق عبد الرحمن العاصي الجندي، ج 33، مكتبة ابن تيمية، 1425 هـ – 2004م.

8. احمد بن غنيم بن سالم النفراوي، الفواكه الدوائي على رسالة ابن ابي زيد القرواني، ج2، دار الفكر، بيروت- لبنان، 1415هـ.

9. بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي، العدة شرح العمدة، ج2، دار الحديث، القاهرة، 1424هـ – 2003م.

10. شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج5، ط3، دار الفكر، 1412هـ – 1992م.

11. عبد الرحمن بن محمد بن احمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، الشرح الكبير على متن المقنع، تحقيق: محمد شرف الدين خطاب، والسيد محمد السيد، وسيد إبراهيم صادق، ط1، دار الحديث، القاهرة – مصر، 1416هـ – 1996م.

12. علي بن سليمان المرداوي، الانصاف، ج8، ط1، تحقيق محمد حامد الفقي، دار احياء التراث، بيروت – لبنان، 1374هـ – 1955م.

13. محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ج4، ط27، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان، 1415هـ – 1994م.

14. منصور بن يونس البهوتي، الروض المربع، بيروت، عالم الكتب، 1985.

15. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج5، ط1، دار الفكر، بيروت – لبنان، 1417هـ – 1997م.

16. منصور بن يونس بن صلاح الدي ابن حسن بن ادريس البهوتي الحنبلي، دقائق أُولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، ط1، عالم الكتب، بيروت – لبنان، 1414 هـ- 1993 م.

ح- مصادر الشريعةالظاهري:

1. ابو محمد بن علي بن احمد بن حزم الاندلسي، المحلى بالأثار في شرح المجلي بالاختصار، ج9، دار ابن حزم للنشر، بيروت – لبنان، 2016.

2. احمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار، ج3، ط2، دار الحكمة اليمانية، صنعاء،1409 هـ – 1988م.

خامساً – الكتب القانونية:

1. إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في محكمة التمييز في محكمة الأحوال الشخصية، مطبعة اسعد، بغداد، 1989.

2. د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، ج1، مكتبة السنهوري، بغداد – العراق، 2012.

3. د. أحمد بخيت الغزالي و د. عبد الحليم محمد منصور علي، أحكام الأسرة في الشريعة الاسلامية وما يجري عليه العمل في مصر ودول مجلس التعاون الخليجي، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، 2009م.

4. احمد محمد علي داود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية، ج1، ط2، دار التأمين للنشر والتوزيع.

5. د. احمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق واثارهما، دار الكتب القانونية ، مصر، 2004.

6. أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية، ج1، دار الكتب القانونية، مصر،2006.

7. أشرف يحيى رشيد العمري، نظرية التفريق القضائي بين الزوجين، دراسة تأصيلية ومقارنة، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005.

8. بدران أبو العينين بدران، الشريعةالمقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، ج1، 1998م.

9. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري – الزواج والطلاق، ج1، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر،1999.

10. جميل فخري محمد جانم، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الشريعة والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان – الاردن، 2009.

11. جميل فخري محمد جانم، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة والقانون، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2009.

12. د. جميل فخري محمد، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي في الشريعة والقانون، ط 1، دار المكتبة الوطنية، الاردن، 2008.

13. حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في أحكام الزواج والطلاق واثارهما في التشريع العراقي والشريعة الاسلامية، ط1، مطابع دار الوارث، كربلاء المقدسة، العراق، 1442 هـ – 2020م.

14. رسمية عبد الفتاح موسى الدوس، دعوى التعويض عن الطلاق التعسفي في الشريعة الاسلامية، ط1، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2010.

15. صبحي المحمصاني، فلسفة التشريع في الاسلام ، دار الكشاف، بيروت – لبنان، 1952.

16. عامر سعيد الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الاسلامية، ط1، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، 1997.

17. عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الاسلامية، ط2، دار الفكر، بيروت – لبنان، 1968.

18. عبد القادر حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.

19. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الاسلامية، ج7، ط3، مؤسسة الرسالة، لبنان، 2000.

20. عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية (الزواج – فرق الزواج – حقوق الأولاد والأقارب)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1425هـ – 2004م.

21. عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة الجزائري: دراسة مقارنة بالشريعة الاسلامية، دار الخلدونية للطباعة والنشر والتوزيع، القبة، الجزائر، 2007.

22. عبد الوهاب خلاف، الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية، ط2، دار القلم، دمشق– سوريا، 1990.

23. عبير ربحي شاكر القدومي، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية، ط1، دار الفكر ناشرون وموزعون، 2007.

24. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزامات، ج1، ط1، منشورات جامعة جيهان الاهلية، أربيل– العراق، 2011.

25. فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) 1959 وتعديلاته، جامعة السليمانية – كردستان العراق، ط1، 2004.

26. فتحي الدريني، النظريات الفقهية، ط2، منشورات جامعة دمشق، 1416هـ – 1996م.

27. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الاسلامية، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت– لبنان، 1988.

28. محسن ناجي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط1، مطبعة الرابطة، بغداد –العراق، 1962.

29. محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02/05، دار الوعي للنشر والتوزيع، روبية– الجزائر، 2012.

30. محمد أبو زهرة، مصطفى السباعي، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الاسلامية دراسة مقارنة، ط2، دار الفكر، 1986.

31. محمد أحمد سراج، نظرية النصف في استعمال الحل من وجهة الشريعة الاسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.

32. محمد احمد مصطفى أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة – مصر، 1445هـ – 1984م.

33. محمد سمارة، أحكام واثار الزوجية شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008.

34. محمد عبد الرحمن الفقي المغاوري، سنية الطلاق وبدعيته وأثر كل منهما – دراسة مقارنة في الشريعة الاسلامية وبعض القوانين العربية، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية– مصر، 2011.

35. محمد عزمي البكري، موسوعة الشريعةوالقضاء –الأحوال الشخصية –، المجلد الرابع، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة – مصر، بلا سنة طبع.

36. محمد كمال الدين امام، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين–دراسة تاريخية وتشريعية وقضائية، ج2، منشأة المعارف بالإسكندرية للنشر، مصر، 2001.

37. محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية، المكتبة العلمية، بيروت – لبنان، 2007.

38. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط4، الدار الجامعية، بيروت– لبنان،1983.

39. محمود سمير عبد الفتاح، أحكام الزواج والطلاق في التشريع الإسلامي (مع دراسة خاصة لمصادر التشريع)، مطبعة البحيرة، دون ذكر سنة الطبع.

40. مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الشريعة الاسلامية المقارن، مؤسسة نشر الثقافة القانونية للطباعة والنشر، 2001.

41. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الشريعة الاسلامية في نسيجه الجديد، دار القلم، بيروت، 2008.

42. مصطفى إبراهيم الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق في شريعة السماء وقانون الأرض خلال أربعة آلاف سنة، ج2 ، مطبعة العاني، بغداد، 1984.

43. معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، ج1، ط5، دار الوفاء، المنصورة – مصر، 1990.

سادساً – الرسائل والأطاريح الجامعية:

1. أسامة ذيب سعيد مسعود، أثر الاكراه في عقد النكاح– دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية الاربعة وقانون الأحوال الشخصية الاردني، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس– فلسطين، 2006.

2. أسماء عبد الله طباسي، أحكام التفويض في الطلاق في الشريعة الاسلامية، رسالة ماجستير مقدمة إلى الجامعة الإسلامية، فلسطين، 2009.

3. بسما حسين لافي الابراهيم، إجراءات الدعوى في الطلاق التعسفي، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الفقه، جامعة آل البيت، 2009، الاردن.

4. توفيق عيسى حامد، متعة الطلاق وعلاقتها بالتعويض عن الطلاق التعسفي أبو هاشم، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الاردنية، دون تاريخ، عمان، الاردن.

5. ساجدة عفيف محمد رشيد عتيلي، الطلاق التعسفي والتعويض عنه بين الشريعة الاسلامية والقانون الأردني، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس–فلسطين، 2011.

6. سعاد مخالفية، حماية الأسرة من التعسف في استعمال الحق، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2016.

7. سعادة بلحواربي، نظرية التعسف في استعمال الحق وتطبيقاتها في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2014.

8. سعيد طاري، التعسف في فرق الزواج واثاره، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة وهران، كلية العلوم الانسانية، 2013.

9. عادل عيساوي، الحقوق المالية للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، الجزائر،2011.

10. عامر سعيد نوري الزيباري، أحكام الخلع في الشريعة الاسلامية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة ام القرى، المملكة العربية السعودية، 1982.

11. عدنان علي النجار، التفريق القضائي بين الزوجين – دراسة فقهية مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، رسالة ماجستير، كلية الفقه، الجامعة الإسلامية، غزة، 2004.

12. علياء باسم محمد علي المسعودي، توازن الحقوق بين الزوجين، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة كربلاء، 2023.

13. ماهر أحمد السوسي، التفريق القضائي بين الزوجين، رسالة ماجستير، كلية الشريعةفي الجامعة الإسلامية، غزة – فلسطين، 2004.

14. نبيلة مشراوي وعائشة نويجم، الطلاق التعسفي في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خضير بسكرة، 2022.

15.نور الهدى المستاري، الخلع – دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2014.

سابعاً – البحوث العلمية:

1. أميرة محمد مغازي محمود، أحكام الشقاق بين الزوجين في ضوء الشريعة الاسلامية، كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، مج1، ع 33، 2017.
2. انغام محمود شاكر، مفهوم تفويض الطلاق إلى الزوجة (دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية وقوانين الأحوال الشخصية)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 7، العدد3، ص (587–622)، 2015.
3. جميلة الرفاعي، التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون، بحث منشر في مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد العشرون، العدد 3، 2005.
4. زينب زكريا معابدة، حكمة مشروعية العدد والعدة في الطلاق، بحث منشور في مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 45، العدد 4، ملحق 3، 2018.
5. صفاء السيد لولو الفار، أحكام الطلاق بالوسائل الحديثة دراسة فقهية مقارنة، بحث منشور في مجلة مجمع الشريعة الاسلامية، المجلد 6، العدد 35، كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، 2019.
6. عباس سهيل جيجان، الطلاق الخلعي، بحث منشور في مجلة المحقق للعلوم القانونية والسياسية، العدد 1، السنة 4.
7. عبد المنعم عبد الوهاب العامر، أحكام الخلع في القانون العراقي، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد 32، 2019.
8. كريمة عبود جبر وعبد الهادي عبد الكريم، محددات الطلاق في الشريعة الاسلامية، حكمها والحكمة منها، بحث منشور في مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، المجلد 8، العدد2، 2009.
9. محمد زكي عبد البر، إساءة استعمال الحق في الشريعة الاسلامية، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الخامسة والخمسون، 1986.

10. هادي حسين هادي الكرعاوي، التفريق القضائي- دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، مج2، ع4، 2010.

ثامناً- القوانين:

1. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 النافذ.
2. قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 المعدل والنافذ.
3. قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 النافذ.

تاسعا - القرارات القضائية:

- **القرارات القضائية المنشورة:**

1. القرار 119/ ش/1972 منشور في مجلة القضاء تصدرها نقابة المحامين العراقيين، العددان 3 و4، س 27، تموز – ك1/ 1972.
2. قرار 1700/ شخصية / 83-1984 في 1984/2/7 ، مجموعة الأحكام العدلية الأعداد (1 و 2 و 3 و4) لسنة 1984.
3. القرار 375/ عدة شرعية/ 2008 لمجلس القضاء الأعلى في العراق (www.hjc.iq).
4. القرار 386/ طلاق/ 2008 لمجلس القضاء الأعلى في العراق (www.hjc.iq).
5. القرار التميزي العدد /3566/ هيئة الأحوال الشخصية /2012 التسلسل 4123 في 2012/6/24.

- **القرارات القضائية غير المنشورة:**

1. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم:6320/ شخصية / 2016 في 2016/7/25.
2. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (6653/ شخصية /2021 في 2021/11/4.
3. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (7072/شخصية/2021) في 2021/5/27.

عاشرا- المواقع الالكترونية:

1. نعيم إسماعيل معالله الدليمي، التعويض عن الطلاق التعسفي بين الشريعة والقانون العراقي، بحث منشور على الرابط: https://www.bibliotdroit.com/.

Abstract

Personal status is considered one of the most important topics that concern a person in every era and time because its provisions contribute to his most intimate characteristics, and are connected to all aspects of his life from before his birth until after his death, and because it regulates the affairs of the family in which he grows up, which represents the building block upon which society is built, as it is strengthened by its cohesion and weakened by the separation of its bonds, so it meant Islamic Sharia has also strengthened the relationship between its members by establishing it on affection and mercy. Therefore, the Personal Status Law is considered one of the most important laws, if not the most important at all, because of the rights and duties it imposes on all family members, and since the provisions of Islamic Sharia came to all human beings from the Most Kind and All-Knowing, therefore Topics are always raised whose focus is the position of the provisions of Islamic Sharia in the state's legal systems. Among these topics are the provisions on the dissolution of the marriage contract in Iraqi law.

The Iraqi legislator, like most legislators in Islamic countries, especially Arab countries, was keen to regulate the relationship between religion and the state, since the provisions for the dissolution of the marriage contract are derived from Islamic law. The Iraqi Constitution has indicated that it is not permissible to enact a law that conflicts with the principles of Islamic law, but when the Iraqi legislator organized the provisions for the dissolution of the marriage contract in the Personal Status Law, he departed from this provision and stipulated cases in which it violated the provisions of Islamic Sharia, and also created cases of judicial separation. Islamic law does not specify that the judiciary is the one responsible for divorce at the request of one of the spouses, so all of this raises many problems.

This research addressed the issues of divorce between the principles of Islamic Sharia and the provisions of the law by

identifying the meaning of divorce, its ruling, its legitimacy, and the wisdom of it, as well as divorce by the will of the wife and by the will of the husband between the principles of Islamic Sharia and the law. The meaning of divorce by agreement, its ruling, and the wisdom of it were also addressed. The role of the principles of Islamic Sharia in its components. It also touched on the nature of judicial separation and the extent of the authority of will in it, and the role of the principles of Islamic Sharia in cases of separation due to the harm caused to both spouses, and in the right to request separation by the wife in several cases.

And to identify cases of the law violating Sharia through proposals through which the law can be more appropriate to the principles of Islamic Sharia. We will also show through research the areas of agreement and difference between Islamic Sharia and the position of the Iraqi legislator and state the preponderant opinion.

The topic of the role of the principles of Islamic Sharia in the dissolution of the marriage contract is of great importance from a practical standpoint that requires research into it. Perhaps the motivation for this study is the scarcity of studies related to it, as we did not find independent research that addresses the role of the principles of Islamic Sharia in the dissolution of the marriage contract separately, but there is research that deals with the details From this research, it is explained what is the role of the principles of Islamic law in formulating the provisions for the dissolution of the marriage contract, as well as the extent of the Iraqi legislator’s commitment to them, and what are the shortcomings and loopholes in the provisions of the Iraqi Personal Status Law No. (188) of 1959 that require review and amendment in a manner consistent with Principles of Islamic Sharia.

University of Karbala

College of Law

private law

The Role of Islamic Sharia principles in rulings on the dissolution of the marriage contract:

(A Comparative Study in Islamic Jurisprudence)

A Thesis Submitted to the Council of College of Law /

Kerbala University as a Partial Fulfillment for the Requirements of Master Degree in the Philosophy of Private Law

by:

Mohammed Jawad Ahmed Al-Kafajy

The supervisor:

Asst. Prof. Dr. Abdullah Abdul Amear Taha Al Ammari

Civil Law

(2024 A.D.) (1445 H.)