جامعـه كربـلاء

كليـة القـانون

القسم الخـاص

دور السياسـة التشريعية للحـد من انحلال الرابطة الزوجيـة

(دراسـة مقـارنـة)

أطروحة مقدمة إلى مجلس كلـية القـانون جامعـة كـربلاء

كجزء من متطلبات نيل شهـادة الدكتوراه في القانون الخـاص

كتبت بواسطة الطـالب

حسين كنـعان فلـيح

بإشـراف

الأستاذ الدكتور

حيدر حسين كاظم الشمري

الأستاذ الدكتور

مكي عبد مجيد الربيعي

٢٠٢٥م

١٤٤٦هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

"وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ۖ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا"

صدق الله العلي العظيم

سورة النساء: الآية (٣٤)

إقـــرار المشرف

أشهد بأن اطروحة الدكتوراه بـــ (دور السياسة التشريعية للحد من انحلال الرابطة الزوجية - **دراسة مقارنة**) المقدمة من قبل الطالب (**حسين كنعان فليح**) إلى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء بوصفها جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص ، وقد جرت تحت اشرافي ورشحت للمناقشة ، مع التقدير .

التوقيع :

الأسم أ.د. حيدر حسين كاظم

الاختصاص : القانون المدني

كلية القانون / جامعة كربلاء

التوقيع :

الأسم أ.د. مكي عبد مجيد

الاختصاص :

كلية القانون / جامعة كربلاء

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

إقرار المقوم اللغوي

تحية طيبة...

أشهد إني قرأت أطروحة الدكتوراه الموسومة (دور السياسة التشريعية للحد من انحلال الرابطة الزوجية_ دراسة مقارنة) المقدمة من قبل الطالب (حسين كنعان فليح) إلى مجلس كلية القانون_ جامعة كربلاء وقد وجدتها صالحة من الناحيتين اللغوية والتعبيرية بعد أن أخذ الطالب بالملاحظات المسجلة على متن الاطروحة مع التقدير...

التوقيع

الاسم: أ.د أسعد عباس كاظم المياحي.

الاختصاص العام: لغة عربية.

الاختصاص الدقيق: نحو

إقرار لجنة مناقشة

نشهد نحن أعضاء لجنة المناقشة إننا اطلعنا على هذه الاطروحة الموسومة بـ (دور السياسة التشريعية للحد من انحلال الرابطة الزوجية "دراسة مقارنة")، وناقشنا الطالب (حسين كنعان فليح) على محتواها، وفيما له علاقة بها، ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الدكتوراه في القانون / فرع القانون الخاص وبدرجة (ممتاز).

التوقيع :

الاسم: أ.د. علي شاكر عبد القادر

(رئيساً)

التاريخ: / /٢٠٢٥

التوقيع :

الاسم: أ.د. عادل ناصر حسين

(عضواً)

التاريخ: / /٢٠٢٥

التوقيع :

الاسم: أ.د. اشواق عبد الرسول

(عضواً)

التاريخ: / /٢٠٢٥

التوقيع :

الاسم: أ.م.د عدنان هاشم جواد

(عضواً)

التاريخ: / /٢٠٢٥

التوقيع :

الاسم : أ.م.د. عبد الله عبد الأمير طه

(عضواً)

التاريخ : / /٢٠٢٥

التوقيع :

الاسم : أ.م. حيدر حسين كاظم

(عضواً ومشرفاً)

التاريخ : / /٢٠٢٥

التوقيع:

الاسم : أ.د. مكي عبد مجيد

(عضواً ومشرفا)

التاريخ : / /٢٠٢٥

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

التوقيع:

أ.د. احمد شاكر سلمان

عميد كلية القانون / جامعة كربلاء

التاريخ: ١٨ / ٩ / ٢٠٢٥

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

إهداء

إلى الذي أمطر جبينه رحيقا أستمد منه قوتي

إلى الذي أنار دربي بالأمل

... والدي حفظه الله...

إلى التي زرعتني في الحياة بذرة وسقتني من دمها قطرة بعد قطرة

إلى من إيمانها قبسا وصبرها عونها

إلى أعز الناس إلى قلبي وروحي

...والدتي حفظها الله ...

إلى رفيقة دربي وانيسة روحي

...زوجتي الغالية حفظها الله...

إلى فؤاد قلبي وثمرة حياتي

...طفلتي الغالية مريم حفظها الله...

الباحث

شكر وعرفان

الشكر لله ذي المن والإحسان والطول والامتنان، والقدرة والسلطان، مدبر الأمور بحكمته، ومنشئ الخلائق بقدرته، وأفضل الصلاة والسلام على أشرف الخلق وأعز المرسلين، صاحب المقام المحمود، سيدنا ونبينا محمد (ﷺ) وعلى آله الطيبين الطاهرين.

اعترافا بفضلهما وتعبيراً عن كل معاني الامتنان والعرفان والاعتزاز أتقدم بالشكر الجزيل إلى المشرفان كل من الأستاذ الدكتور (حيدر حسين الشمري) والأستاذ الدكتور (مكي عبد مجيد الربيعي) اللذان نهلت من علمهما واخلاقهما.

وأتقدم بالشكر إلى أستاذتي في كلية القانون، جامعة كربلاء لتمسكهم بالموضوعية وحرصهم على العلم وحراسة الحكم القانوني من الخطأ أو الزلل، كما وأتقدم إلى أساتذتي كوكبة الأشراف وحملة الألطاف السادة أعضاء لجنة المناقشة بالشكر الجزيل وأسمى آية الحب والمودة وأتقدم لهم بالامتنان لتشذيب الاطروحة وتقويمها.

والشكر موصول إلى القاضي (رحيم الجوراني) نائب رئيس محكمة استئناف واسط الاتحادية والقاضي (فلاح وناس) رئيس الهيئة الاستئنافية الاصلية في واسط لما أبدياه من رحابة صدر في المقابلات الشفهية، كما وأشكر أستاذنا الدكتور (مصطفى راشد الكلابي) رئيس قسم القانون العام في كلية القانون_ جامعة واسط لما أبداه من توجيهات قيمة في المسائل الجنائية. والشكر الموصول إلى الموظفين في رواق صرح العلم مكتبات كليات القانون على جهودهم المبذولة في توفير المصادر للطالب.

وآجل آيات الشكر إلى أهلي _أبي وأمي وأخوتي_ الذين قدموا لي دعمهم المادي والمعنوي لإنجاز متطلبات هذه الاطروحة، كما وأشكر كل من ساعد وساهم في إنجاز هذا البحث، واسأل الله أن يجعل أيامهم مليئة بكل خلق وإبداع والروائع المدهشة.

الباحث

المحتويات

ت	الموضوع	رقم الصفحة
١	الشكر والتقدير	I
٢	المحتويات	V-II
٣	المخلص باللغة العربية	VI
٤	المقدمة	١-٦
٥	الفصل الاول: سياسة الحد من التفريق القضائي	٧-٩٤
٦	المبحث الأول: السياسة الإجرائية للحد من التفريق القضائي.	٩-٣١
٧	المطلب الأول: التأهيل الشخصي للمقبلين على الزواج	٩-٢٠
٨	الفرع الاول: مفهوم التأهيل الشخصي	١٠-١٤
٩	الفرع الثاني: الموقف الشرعي والقانوني من برامج التأهيل	١٥-٢٠
١٠	المطلب الثاني: الفحص الطبي	٢١-٣١
١١	الفرع الاول: مفهوم الفحص الطبي	٢١-٢٧
١٢	الفرع الثاني: فاعلية الفحص الطبي	٢٨_٣١
١٣	المبحث الثاني: السياسة التقييدية للحد من التفريق القضائي	٣٢_٩٤
١٤	المطلب الاول_ الحد من التفريق للضرر اللاإرادي	٣٢_٥٨
١٥	الفرع الاول_ الحد من التفريق للعيوب المؤثرة في النسل	٣٣_٤٦

١٦	الفرع الثاني_ الحد من التفريق للعيوب المؤثرة في الرابطة المشتركة.	٣٤_٥٨
١٧	المطلب الثاني: الحد من التفريق للضرر الإرادي	٥٩_٩٤
١٨	الفرع الاول: الحد من التفريق للضرر الناشئ عن السلوك السلبي	٥٩_٧٧
١٩	اولا_ الحد من التفريق للحرمان من المعاشرة	٦٠-٧٢
٢٠	الحالة الاولى_ الحد من التفريق للحبس	٦٠_٦٧
٢١	الحالة الثانية_ الحد من التفريق للفقدان	٦٨_٧٢
٢٢	ثانياً- الحد من التفريق لعدم الانفاق	٧٣_٧٧
٢٣	الفرع الثاني_ الحد من التفريق للضرر الناشئ عن السلوك الايجابي	٧٨_٩٤
٢٤	اولا_ الحد من التفريق الثابت لكلا الزوجين	٧٨_٨٩
٢٥	الحالة الاولى_ الحد من التفريق للاعتداء بالقول والفعل	٧٨_٨٢
٢٦	الحالة الثانية_ الحد من التفريق للخيانة الزوجية	٨٣_٨٤
٢٧	الحالة الثالثة_ الحد من التفريق لزواج القاصر	٨٥_٨٧
٢٨	الحالة الرابعة_ الحد من التفريق لزواج المكره	٨٨_٨٩
٢٩	ثانياً_ الحد من التفريق الثابت للزوجة (التفريق للزواج بثانية)	٩٠_٩٤
٣٣	الفصل الثاني_ سياسة الحد من الانحلال الارادي	٩٥-١٨٧
٣٤	المبحث الأول- السياسة الموضوعية للحد من الانحلال الإرادي	٩٧-١٥٢

٣٥	المطلب الأول_ الانحلال الارادي من جهة الزوج	٩٧-١١٩
٣٦	الفرع الأول_ حواجز الطلاق الزمانية	٩٨-١٠٨
٣٧	أولا- مراعاة الحالة النسائية	٩٨-١٠٤
٣٨	ثانيا- الاشهاد على الطلاق	١٠٥-١٠٨
٣٩	الفرع الثاني_ حواجز الطلاق العددية	١٠٩-١١٩
٤٠	أولا- نطاق صيغة الطلاق	١٠٩-١١٣
٤١	ثانيا- طلاق الثلاث من غير تخلل رجعة	١١٤-١١٩
٤٢	المطلب الثاني_ الانحلال الارادي من جهة الزوجة	١٢٠-١٥٢
٤٣	الفرع الأول- الحد من الخلع	١٢٠-١٤١
٤٤	أولا- التدابير الوقائية	١٢١-١٣٦
٤٥	ثانيا_ التدابير العلاجية	١٣٧-١٤١
٤٦	الفرع الثاني- الحد من الفسخ لعدم تنفيذ الشرط	١٤٢-١٥٢
٤٧	أولا- مسقطات الفسخ لعدم تنفيذ الشرط	١٤٢-١٤٨
٤٨	ثانيا- منح القاضي سلطة تعديل الشرط المقترن بعقد الزواج	١٤٩-١٥٢
٤٩	المبحث الثاني- السياسة المالية للحد من الانحلال الإرادي	١٥٣-١٨٧
٥٠	المطلب الأول- حق الزوجة المطلقة في السكنى	١٥٣-١٧٥
٥١	الفرع الأول- شروط حق الزوجة المطلقة في السكنى	١٥٤-١٦٣
٥٢	الفرع الثاني- موانع استحقاق الزوجة المطلقة لحق السكنى	١٦٣-١٧٥
٥٣	المطلب الثاني- التعويض عن الطلاق التعسفي والمهر المقوم بالذهب	١٧٦-١٨٧

٥٤	الفرع الأول- التعويض عن الطلاق التعسفي	١٧٦-١٨١
٥٥	الفرع الثاني- المهر المقوم بالذهب	١٨٢-١٨٧
٥٦	الخاتمة	١٨٨-١٩٨
٥٧	أولا- النتائج	١٨٨-١٩٠
٥٨	ثانيا- التوصيات	١٩٠-١٩٨
٥٩	قائمة المصادر والمراجع	١٩٩- ٢١٣
٦٠	الملخص بالغة الانكليزية	A

الملخص

لو تأملنا في عملية انحلال الرابطة الزوجية لرأينا تشريعها يأتي كرخصة واستثناء لإنقاذ الاسرة من التحطم والتشرد، لذلك فأن الشريعة الإسلامية وقبل كل شيء وجهت المجتمع بوضع الحواجز والقيود أمام الزوجين لتقيد رغبتهما في تحقيق أنهاء عقد الزواج، وعلى ذات النهج سارت التشريعات القانونية، وإن مشرعي قانون الأحوال الشخصية في هذا المضمار يعملون على محورين: الأول:- يتمثل بترسيخ المبادئ والقيم الايجابية التي تساهم في ارتقاء الاسرة ولم شملها و عدم تشتتها. و الثاني:- يتمثل بوضع القيود والحواجز في طريق الزوجين لتقييد رغبتهما في تحقيق إنهاء عقد الزواج، وأن محل الدراسة هو المحور الثاني المتمثل بالقيود التشريعية للحد من انحلال الرابطة الزوجية. ونتيجة ما تقدم فأن القانون الوضعي سيكون الأداة التي تحقق الهدف المنشود أو الأداة التنفيذية في السياسة التشريعية للحد من انحلال الرابطة الزوجية. وإزاء ذلك نجد بأن مشرعي قانون الأحوال الشخصية قد وضعوا مجموعة من القواعد التي تنظم انحلال عقد الزواج بشكل عام، وسبل الحد من الانفصال بشكل خاص، بغية الحد من عملية الانفصال أو تخفيضها إلى ادنى حد ممكن، وذلك عن طريق صياغة هذه القواعد صياغة واضحة ودقيقة وبلغة قانونية سليمة ونصوص متسلسلة يكمل بعضا البعض الأخر، إلا أنه مع هذا الجهد الذي يبذله واضعوا هذا القانون في ضمان سلامة نصوصه وأحكامه نجد في مقابل ذلك إن النفس البشرية مجبولة على النقص والخطأ والنسيان، لذلك كان من النادر أن نجد قانون متكاملاً يخلو من النقص أو الخطأ، ومن هنا فقد وجدنا من خلال المقاربة والمقايسة بين موقف قانون الأحوال الشخصية العراقي والتشريعات محل المقارنة، بأن سياسة المشرع العراقي تتسم بالإطلاق حيث اجازت طلب الانفصال بمجرد تحقق السبب الموجب للفرقة من دون قيود تضيق من نطاقه، وبالعكس من ذلك نجد بأن التشريعات المقارنة تشددت حيال هذا الأمر ففرضت عليه قيود وتدابير عدة وأن بيان ذلك هو ما ركزنا عليه وحاولنا معالجته في ثنايا البحث.

المقدمة

المقدمة

الحمد لله ذي المن والإحسان والطول والامتنان، والقدرة والسلطان، مدبر الأمور بحكمته، ومنشئ الخلائق بقدرته، وأفضل الصلاة والسلام على أشرف الخلق وأعز المرسلين، صاحب المقام المحمود، سيدنا ونبينا محمد (ﷺ) وعلى آله الطيبين الطاهرين، من أجل إعطاء فكرة واضحة عن موضوع البحث فإننا سنقسم مقدمته إلى النقاط الأتية:-

اولاً_ جوهر فكرة البحث:-

إن القانون يعد اداة لتحقيق اهداف اجتماعية و اقتصادية و سياسية، وهذا يتطلب أن يكون لدى المشرع واضع القاعدة القانونية تصور مسبق عن هذا الهدف أو الغاية المراد تحقيقها، فالقانون هو اختيار أو موقف القابض على السلطة من الامور الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في المجتمع بغية تنظيمها أو تغيرها، ولذلك يجب أن يكون لكل مشرع سياسة في مجال اقامة القانون تحدد، الاهداف والغايات التي يجب أن يحققها القانون الوضعي، ولذلك يطلق على هذه السياسة اسم (السياسة التشريعية) فهي مكنة وفن تحديد الاهداف التي يجب أن يحققها القانون. وإن انحلال الرابطة الزوجية تعد من الاهداف و الغايات التي يسعى المشرع جاهداً إلى معالجتها والحد منها، عن طريق تحديد ما يراد تبديله أو تغييره أو تنظيمه بواسطة القانون، فالقانون الوضعي سيكون الأداة التي تحقق الهدف المنشود أو الأداة التنفيذية للسياسة التشريعية. وإن مشرعي قانون الأحوال الشخصية في هذا المضمار يعملون على محورين متوازيين: الأول:- ترسيخ المبادئ والقيم الايجابية التي تساهم في ارتقاء الاسرة وعدم تشتتها، و الثاني:- يتمثل بوضع القيود والحواجز في طريق الزوجين لتقييد رغبتهما في تحقيق انهاء عقد الزواج، وهذا المحور يمثل الدور التقييدي في السياسة التشريعية.

ونتيجة ما تقدم فقد وضع مشرع قانون الاحوال الشخصية مجموعة من القواعد والاليات، التي تضمن تحقيق غاية الزواج والحد من الانفصال، فضلا

عن صياغة هذه القواعد صياغة واضحة ودقيقة وبلغة قانونية سليمة ونصوص متسلسلة يكمل بعضها البعض الأخر، إلا أنه مع هذا الجهد الذي يبذله واضعوا هذا القانون فقد تبين لنا من خلال المقاربة والمقايسة بين نصوص قانون الاحوال الشخصية العراقي والتشريعات محل المقارنة مدى قصور سياسة المشرع العراقي في الحد من انحلال عقد الزواج، وأن بيان ذلك هو ما ركزنا عليه وحاولنا معالجته في ثنايا البحث.

ثانياً_ أهمية البحث:-

إن للبحث دوراً مهماً على الصعيدين النظري والعملي معاً:

فعلى الصعيد النظري:- إن موضوع دور السياسة التشريعية للحد من إنهاء الرابطة الزوجية يحتاج إلى دراسة معمقة في النصوص التي نظمت انحلال عقد الزواج، بغية الوقوف على المواطن التي اجاد فيها المشرع وتلك التي اخفق فيها ومن ثم اقتراح الحلول والتوصيات القانونية الملائمة التي يكون الهدف منها معالجة مواطن الضعف والخلل في قانون الاحوال الشخصية العراقي.

اما على الصعيد العملي:- إن مسألة انحلال الرابطة الزوجية كثيرة الحصول في الواقع العملي، ولا ابلغ في الدلالة على ذلك ما شهدته المحاكم من ارتفاع كبير في نسب انحلال عقد الزواج، وأن هذا الامر يعد مسألة خطيرة؛ لأن انحلال الزواج يرتب اثاراً سلبية متعدية، فالضرر الناشئ عن انحلال عقد الزواج لا يقتصر على اطراف العقد، بل يتعدى إلى الأولاد، وأسرة الزوجين بشكل خاص، والمجتمع بشكل عام، ومن المسلم به بأن هذه التبعات السلبية (المادية والمعنوية) تجعل من دور السياسة التشريعية في الحد من انحلال الرابطة الزوجية، موضوعاً ذا طابع عملي؛ لأنه يعالج مشكلة واقعية خطيرة، فضلا عن كونه يساهم في المحافظة على كيان الاسرة والمجتمع.

ثالثاً_ أهداف البحث:-

١. إن المجتمع الاسلامي مثل أعلى لجميع الأمم وعليه أن يكون قدوة وأنموذجاً يحتذى به فيما يتعلق بالأسرة والزواج وما قد يطرأ بعد ذلك من طلاق وانفصال، إذ ينبغي أن تنخفض هذه الظاهرة إلى ادنى المعدلات وهذه الغاية تعد من الأهداف الجوهرية التي تسعى الدراسة إلى تحقيقها.
٢. إن الحفاظ على تماسك الأسرة ولم شملها وعدم تشتتها لا يكتب له النجاح إلا عن طريق القانون، فالقانون الوضعي سيكون الأداة التي تحقق الهدف المنشود، وإزاء ذلك يهدف البحث إلى تحسين النظام القانوني الخاص بالأسرة لغرض تحقيق غاية الزواج والحد من الانفصال.

رابعاً_ إشكالية البحث:-

تتجسد الإشكالية الأساسية التي يثيرها موضوع البحث ونحاول عن طريقه معالجتها بالتركيز على بيان دور السياسة التشريعية للحد من انحلال الرابطة الزوجية، ومن هذا المنطلق فأن السياسة التشريعية الناجحة في الأعم الأغلب تعتمد على قاعدة الوقاية خير من العلاج، ولذلك اتجهت التشريعات المقارنة إلى فرض قيود وقائية تسبق عملية انحلال الرابطة الزوجية نحو التأهيل الشخصي للمقبلين الزواج، بينما هذا الدور نجده غائباً عن سياسة المشرع العراقي. وفضلا عن ذلك إن سياسة التشريعات المقارنة فرضت على كل سبب من أسباب أنهاء عقد الزواج قيود وحواجز عدة لتقيد رغبة الزوجين في تحقيق انهاء عقد الزواج، وبالعكس من ذلك نجد أن نصوص قانون الاحوال الشخصية العراقي تتسم بالإطلاق، حيث تجيز طلب الانفصال بمجرد تحقق السبب الموجب للفرقة. وعلاوة على ذلك إن انحلال عقد الزواج هو رخصة واستثناء من الأصل، ولذلك اشارت التشريعات المقارنة في اغلب حالات انهاء عقد الزواج، إلى الأسباب التي تؤدي إلى سقوط استعمال هذه الرخصة، وهذا الأمر لم يلتفت اليه المشرع العراقي. وكذلك تقتضي السياسة الناجحة عدم فتح باب التفريق على مصرعيه من قبل المشرع وعدم سماح القضاء بالتفريق لأسباب يمكن مواجهتها بطرق أخرى، نحو سقوط التفريق للعقم إذا ثبت امكانية الانجاب عن طريق

وسائل الاجناب الاصطناعية وما تقدم فأن إشكالية البحث الأساسية تتمثل بكون الشريعة الإسلامية والتشريعات المقارنة فرضت قيود عدة على انحلال الرابطة الزوجية وهذا الامر لم يلتفت له المشرع العراقي الا في نطاق ضيق.

خامساً_ الدراسات السابقة:-

بعد الاطلاع على فهارس المكتبات حول المراجع و اطاريح الدكتوراه ورسائل الماجستير والبحوث، التي تناولت دور السياسة التشريعية في الحد من انحلال الرابطة الزوجية، تبين لدينا الدراسات السابقة لهذا الموضوع ولغاية اعداد هذه الاطروحة تتمثل بالاتي:

١. دارسة الدكتور حيدر حسين كاظم الشمري_ جامعة كربلاء/ كلية القانون بتاريخ (٢٠٢١) بحث بعنوان **(المعالجة التشريعية للحد من ظاهرة الطلاق في العراق)** وتهدف هذه الدراسة إلى بيان وسائل الحد من ظاهرة الطلاق في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) حيث ركزت على التدابير المالية الناشئة بعد انحلال عقد الزواج بكافة أنواعها (التعويض عن الطلاق التعسفي والمهر المقوم بالذهب وحق الزوجة المطلقة في السكنى وحق المهر ونفقة العدة) وتوصلت هذه الدراسة إلى أن التدابير المذكورة أعلاه لا تتعارض مع ثوابت الإسلام فضلا عن كونها تساهم بشكل فعال في التقليل من ظاهرة الطلاق.
وتتشابه دراسة استاذنا الدكتور حيدر الشمري مع هذه الدراسة في بيان دور التدابير المالية للحد من ظاهرة الطلاق، ولكن تختلف عنها من حيث الاستيعاب والشمول إذ تناولت دراستنا جميع صور أنهاء الرابطة الزوجية ولم تكن قاصرة على الطلاق، فضلا عن ذلك بينت الدراسة التدابير (الاجرائية والموضوعية والمالية) للحد من انحلال الرابطة الزوجية.

٢. دارسة الدكتورة نادية خير الدين_ كلية الحقوق/ جامعة الموصل بتاريخ (٢٠٢٣) بحث بعنوان **(دور الفقه والقانون في الحد من وقوع الطلاق_ دراسة مقارنة)**. وتهدف هذه الدراسة إلى بيان دور الفقه والقانون للحد

مـن ظـاهرة الطـلاق حيـث ركـزت هـذه الدراسـة علـى الوسـائل الوقائيـة والعلاجيـة الـواردة فـي الفقـه الاسـلامي والتشـريعات المقارنـة وتتمثـل بـ(بحسـن اختيـار شـريك الحيـاة والفحـص الطبـي قبـل الـزواج وتوعيـة المقبلـين علـى الـزواج والاصـلاح بـين الـزوجين والاجـازة المنزليـة للسـجين والاشـهاد علـى الطـلاق وطـلاق الـثلاث مـن غيـر تخللـه رجعـة) وتوصـلت هـذه الدراسـة إلـى إن التـدابير الـواردة فـي الشـريعة الإسـلامية والقـوانين المقارنـة تسـاهم بشـكل فعـال للحـد مـن ظـاهرة الطـلاق فضـلا عـن التوصـية على ضرورة أخذ المشرع العراقي بالتدابير المذكورة.

وتتشـابه دراسـة الـدكتورة ناديـة خيـر الـدين مـع هـذه الدراسـة فـي بيـان دور التـدابير المشـار اليهـا أعـلاه للحـد مـن انحـلال عقـد الـزواج وكـذلك تتشـابه معهـا مـن حيـث التركيـز علـى الوسـائل والتـدابير الـواردة فـي الفقـه الإسـلامي والقـوانين محـل المقارنـة، ولكـن تختلـف عنهـا مـن حيـث الاسـتيعاب والشـمول إذ تناولـت هـذه الدراسـة كـل صـورة مـن صـور انحـلال عقـد الـزواج علـى حـدى وبينـت الحلـول والتـدابير التـي يمكـن ان تسـاهم فـي الحـد منهـا ولـم تكـن قاصرة على موضوع الطلاق.

سادساً_ منهج البحث:-

سـنتبع فـي هـذا البحـث منهجـاً ثلاثيـاً إذ سـيكون منهجـاً تحليليـاً تأصـيلياً مقارنـاً فـي الوقـت ذاتـه. حيـث سـنقوم بتحليـل كـل مـا يـرد مـن رأي فقهـي أو نـص تشـريعي أو حكـم قضـائي ونتناولـه بالبحـث والدراسـة. كمـا سـيكون منهجـاً تأصـيلياً مـن خـلال رد الفـروع إلـى أصـولها. وأخيـراً سـيكون منهجـاً مقارنـاً عـن طريـق المقارنـة بـين الفقـه الإسـلامي والتشـريعات القانونيـة. وأمـا بخصـوص الفقـه الإسـلامي فقـد أخـذت المـذاهب الإسـلامية الخمسـة: الإماميـة، والاحنـاف، والمالكيـة، والشـافعية، والحنابلـة، مـع الاشـارة عنـد الحاجـة إلـى موقـف فقهـاء المـذهب الظـاهري. وأمـا بخصـوص التشـريعات القانونيـة: فبـدأت بقـانون الأحـوال الشخصـية العراقـي رقـم (١٨٨) لسـنة (١٩٥٩)، ثـم قـانون الأحـوال الشخصـية الإمـاراتي رقـم (٢٨) لسـنة (٢٠٠٥)، وبعـده مدونـة الأسـرة المغربيـة رقـم (٧٠) لسـنة (٢٠١٦)، وأخيـراً قـانون الأحـوال

الشخصية الأردني رقم (١٥) لسنة (٢٠١٩). مع الإشارة في بعض مواطن البحث إلى قانون الأسرة الايراني في القانون المدني لسنة (١٩٢٨).

سابعاً_ هيكلية البحث:-

من اجل الاحاطة بجميع معطيات البحث المختلفة وبما يتفق مع خصوصيته، قمنا بتقسيمه على فصلين وبالشكل الاتي:

الفصل الاول:- ويتضمن بيان سياسة الحد من التفريق القضائي من خلال تقسيمه على مبحثين: خصصنا المبحث الاول لبيان دور السياسة الاجرائية للحد من انحلال الرابطة الزوجية من خلال تقسيمه على مطلبين: خصصنا المطلب الأول لدراسة برامج التأهيل الشخصي للمقبلين على الزواج. اما المطلب الثاني فخصصناه لدراسة الفحص الطبي قبل الزواج.

اما المبحث الثاني فخصصناه لبيان دور السياسة التقييدية للحد من التفريق القضائي من خلال تقسيمه على مطلبين خصصنا المطلب الاول لسياسة الحد من التفريق للضرر اللاإرادي. اما المطلب الثاني فخصصنا لسياسة الحد من التفريق للضرر الإرادي.

الفصل الثاني :- ويتضمن بيان سياسة الحد من الانحلال الإرادي من خلال تقسيمه على مبحثين: خصصنا المبحث الاول للقيود الموضوعية والذي بدوره ينقسم على مطلبين خصصنا المطلب الاول لدراسة قيود الانحلال الارادي من جهة الزوج. وخصصنا المطلب الثاني لقيود الانحلال الارادي من جهة الزوجة.

اما المبحث الثاني فخصصنا لدراسة القيود المالية من خلال تقسيمه على مطلبين خصصنا المطلب الاول لدراسة حق الزوجة المطلقة في السكنى. اما المطلب الثاني فخصصنا للتعويض عن الطلاق التعسفي والمهر المقوم بالذهب.

ثم أنهينا بحثنا بخاتمة تتضمن مجموعة من النتائج التي توصلنا اليها، فضلاً عن مجموعة من المقترحات التي نرى ضرورة الأخذ بها.

الفصل الأول

سياسة الحد من التفريق القضائي

الفصل الاول

سياسة الحد من التفريق القضائي

تمهيد وتقسيم:

لما كان الزواج عقداً مقدساً وميثاقاً شرعياً غليظاً بين الزوجين مدى الحياة، غايته تكوين الأسرة على أسس مستقرة، فقد حثت الشريعة الإسلامية على حسن المعاشرة والمعاملة الحسنة والمودة والرحمة، حرصً على بقاء تلك الرابطة، وإن النظام الإسلامي يسعى جاهداً إلى حماية الأسرة؛ لأنها نواة المجتمع التي إذا ما صلحت صلح المجتمع بأسره، وأن ضمان الأسرة وصيانتها يقتضي عدم فتح باب التفريق على مصرعيه من قبل المشرع وعدم سماح للقضاء بالتفريق لأسباب يمكن مواجهتها بطرق أخرى، وإن المعيار الدقيق لاعتبار كل سبب مبرر للتفريق هو كونه منشأ لضرر يكدر صفوة الحياة الزوجية بحيث يقتنع الزوجان والحكمان والقضاء بأنه لا سبيل لإزالته سوى التفريق. ولما كان التفريق القضائي هو اخر الحلول التي يلجأ اليها القضاء، فأن العقل يأبى أن ينهار على رؤوس الزوجين والاولاد بلحظة واحدة بناء استغرق اكماله سنوات بكلفة باهظة. ونتيجة ما تقدم سعت التشريعات القانونية إلى تبني تدابير إجرائية وقائية يمكن ان تساهم في تحقيق غاية الزواج، والحد من الانفصال، ومن هذه السياسات التي تبنتها التشريعات القانونية، سياسة التأهيل الشخصي للمقبلين على الزواج، وسياسة الفحص الطبي قبل الزواج وفضلا عن الدور الوقائي أعلاه عملت التشريعات القانونية عند معالجة كل سبب من أسباب التفريق القضائي الى احاطته بجملة من القيود والتدابير، بغية الحد من هذه العملية أو تخفيضها إلى ادنى المعدلات، ومن هذا المنطلق فأن بيان دور السياسة التشريعية للحد من التفريق القضائي يستلزم تقسيم دراسة هذا الفصل على مبحثين: نخصص المبحث الاول لدارسة :- السياسة الاجرائية للحد من التفريق القضائي. ثم نخصص المبحث الثاني لدراسة :- السياسة التقييدية للحد من التفريق القضائي.

المبحث الاول

السياسة الإجرائية للحد من التفريق القضائي

لما كان الزواج عقداً مقدساً وميثاقاً شرعياً بين الزوجين مدى الحياة، غايته تكوين الأسرة على أسس مستقرة، فقد حثت الشريعة الإسلامية على حسن المعاشرة والمعاملة الحسنة والمودة والرحمة، حرصاً على بقاء تلك الرابطة المقدسة. و هذه الغاية لا تتحقق إلا إذا التزم الزوجان بالحقوق والواجبات التي يفرضها عقد الزواج؛ لأن الإخلال بها يجعل من الرابطة المشتركة وسيلة غير فعالة، ومن أبرز الأسباب التي تخل بتطبيق هذه الحقوق والواجبات ، هو جهل الافراد لواجبات الحياة الزوجية هذا من جهة، ومن جهة أخرى قد يكون الاخلال بواجبات العلاقية الزوجية نتيجة إصابة شريك الحياة، بعيب أو علة تمنع من تحقيق مقصود الزواج، ونتيجة ما تقدم سعت التشريعات القانونية جاهدة للحد من هذا المحذور، عن طريق تبني قيود إجرائية وقائية يمكن ان تساهم في تحقيق غاية الزواج، والحد من الانفصال، ومن هذه السياسات التي تبنتها التشريعات القانونية، سياسة التأهيل الشخصي للمقبلين على الزواج، وسياسة الفحص الطبي قبل الزواج، وإزاء ذلك سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين: نخصص الأول للتأهيل الشخصي للمقبلين على الزواج، و الثاني للفحص الطبي قبل الزواج.

المطلب الأول

التأهيل الشخصي للمقبلين على الزواج

إن مسألة انحلال عقد الزواج تعد ظاهرة عالمية، إذ تعاني معظم المجتمعات من ارتفاع ملحوظ في نسب الانفصال بين الزوجين، وإزاء ذلك بادرت كثير من الدول إلى تصميم برامج تأهيلية تساعد الشركاء المقبلين على الزواج في فهم مسؤوليات الزواج وأبعاده وتقبل الآخر ومهارات التواصل وإدارة الخلافات، بغية الحد من الانفصال، ولغرض بيان فاعلية برامج التأهيل كسياسة وقائية للحد من انحلال الرابطة الزوجية، يستلزم تقسيم هذا المطلب على فرعين: نخصص الفرع الأول:- لمفهوم التأهيل الشخصي، ثم نخصص دراسة الفرع الثاني:- للموقف الشرعي والتشريعي من برامج التأهيل الشخصي.

الفرع الأول

مفهوم التأهيل الشخصي للمقبلين على الزواج

من المسلم به إن المجتمع الاسلامي مثل أعلى لجميع المجتمعات فيما يتعلق بالأسرة والزواج وما قد يطرأ بعد ذلك من طلاق وانفصال، إذ ينبغي أن تنخفض فيه هذه الظاهرة إلى ادنى المعدلات، وهذا لا يتيسر إلا من خلال إدراك الازواج لمسؤولياتهم المتقابلة ومسؤولياتهم ازاء الابناء، وكثير ما نشاهد إن اغلب المشاكل التي تعاني منها الأسرة وقد تؤدي إلى الطلاق، سببها جهل الافراد لواجبات الحياة الزوجية[١]. وهنا يقول علماء الاجتماع "في السنوات السابقة كان زواج الإنسان دليلا على أنه أصبح ناضجًا أما اليوم فإن الإنسان لابد أن يصبح ناضجًا كي يتزوج"[٢].

ونتيجة ما تقدم طرحت فكرة تدعو إلى ضرورة تأهيل الاشخاص المقبلين على الزواج، والعمل على توعيتهم بأسس الحياة الزوجية ، ومهارة تجاوز الخلافات والمشكلات والحد منها، وترجع فكرة إرشاد المقبلين على الزواج إلى ثلاثينيات القرن العشرين، في الولايات المتحدة الأمريكية، و تطورت هذه الفكرة وانتهجت منهجاً عليما في سبعينيات القرن نفسه، وأعقب ذلك ظهور برامج تحضرية للمقبلين على الزواج حتى يومنا هذا[٣].

ويُعرف برنامج التأهيل بأنه " برنامج مخطط ومنظم ومحدد بفترة زمنية، يتضمن مجموعة من الدورات التدريبية التي تهدف إلى تبصير المقبل على الزواج بكيفية إدارته لحياته الزوجية في شتى المجالات الشرعية، الاجتماعية،

---

(١)_الشيخ حسين انصاريان، الاسرة ونظامها في الأسلام،ط٣، مؤسسة انصاريان للطباعة و النشر، ايران، شارع الشهداء، ٢٠١٠، ص١ وما بعدها.

(2)_Maria Kefalas, Marriage is more than being together, The meaning of Marriage among young adults in the United States, Network on Translition to Adulthood Research Network sept, 2005, p. 7.

(٣)_ د.يوسف عطية حسن كليبي،اشتراط دورة تأهيلية للمقبلين على الزواج،المجلة الدولية للدراسات الاسلامية المتخصصة، العدد ١، ٢٠١٩، ص٣٩.

النفسية، الاقتصادية، الصحية، الجنسية"[١]. وعرفها البعض بأنها :"عملية تهدف إلى نقل المعرفة للشخص المتدرب لغرض اكتساب المهارات والسلوكيات التي تحتاجها العلاقة الزوجية الناجحة"[٢].

يتضح مما تقدم بأن برامج التأهيل تمثل عملية نقل المعرفة، لغرض توجيه افكار الشخص في كيفية التعامل السليم مع شريك الحياة بشكل خاص، وادارة الأسرة بشكل عام، وعند التأمل في برامج التأهيل نلاحظ بأنها تأخذ صور واشكال متنوعة، ولعل أهمها البرامج الاتية:

١_ برنامج تعزيز العلاقة: وهذا البرنامج تبناه عالم الاجتماع (غيرني) من جامعة ولاية بنسلفانيا وعمل على تطويره عام (١٩٧٨). ويعد من أوائل البرامج الاستشارية لما قبل الزواج، ويستند في عمله على تعزيز الجوانب الإيجابية في العلاقة بين الشركاء قبل الزواج عن طريق تسع مهارات هي :"العطاء، الرعاية، الصدق، الانسجام والتناغم، التفاهم، الثقة، المشاركة والشفافية"[٣]. و الهدف من هذا البرنامج هو امتلاك الشركاء المهارات التسعة مما يمكنهم من التحكم بشكل أفضل في الخلافات والضغوطات التي تمر به علاقتهم . ولقد تم فحص فاعلية هذا البرنامج من خلال دراسات مختلفة، أكدت وجود تقدم كبير في مهارات الاتصال وجودة العلاقة بين الشركاء الذين تقدموا لهذا البرنامج مقارنة بآخرين لم يتقدموا للبرنامج[٤].

---

(١)_ د.منصور عبد الرحمن، د.مشاري بن عبد الهادي، البرنامج الارشادي، قبل الزواج،مجلة دفاتر مخبر المسألة التربوية في الجزائر في ظل التحديات الراهنة، عدد ١، ٢٠١٥، ص١٩.

(٢)_غيداء عبد الله الجويسر، عبيد علي عيطان، دور برامج التأهيل في التوعية بالتخطيط للزواج وبناء الأسرة، مجلة جامعة الملك عبد العزيز،عدد١، ٢٠١٣،ص١٣١.

(3) Yadapanah,effectiveness of the premarital education,iran,thran,2014,p5.

(4) Stahmann, Premarital counseling, a focus for family therapy, Journal of Family Therapy,2000,p. 116.

٢_ البرنـامج الوقـائي وتعزيـز العلاقـة: وهـذا البرنـامج تبنـاه عـالم الاجتمـاع (ماركمـان) من جامعـة دنفر حيث ركز على الجوانب السلبية في العلاقات الزوجيـة والتـي تسـاهم فـي الانفصـال أو الطـلاق . ويركـز هـذا البرنـامج بشـكل اساسـي علـى مهـارة :(احتـواء الشـركاء للخلافـات) ويعـد هـذا البرنـامج مـن البـرامج الوقائيـة التـي تحـد مـن الطـلاق، وقـد تمـت عـدة دراسـة لغـرض تقيـيم فاعليتـه، واثبـت انـه برنـامج نـاجح، لأنـه يقدم نتـائج جيدة من ناحيـة التواصـل الإيجـابي بين الأزواج، وديمومة الزواج والرضى[١].

٣_ برنـامج التقيـيم الشخصـي قبـل الـزواج: صـمم هـذا البرنـامج علـى يـد عـالم الاجتمـاع (أولسـن) مـن جامعـة منيسـوتا عـام (١٩٧٧)، وتـم تحديثـه عـام (٢٠٠٨). ويهـدف هـذا البرنـامج إلـى تطـوير مهـارات الحـوار بـين المتقـدمين سـواء اكـانوا متـزوجين ام خـاطبين، ويركـز هـذا البرنـامج علـى سـتة جوانـب رئيسـة وهـي: (بنـاء جوانـب القـوة والتطـوير، الاتصـال، حـل الخلافـات، وكيفيـة الـتحكم بالضـغوطات ، التخطيط المالي وترتيب الأهداف) [٢].

٤_ برنـامج البدايـة الذكيـة: وهـذا البرنـامج قامـت بتقديمـه الحكومـة الماليزيـة للمقبلين علـى الـزواج وكذلك المتـزوجين حديثا ويتضـمن ثـلاث مجموعـات اساسية يرتكـز عليهـا :(المجموعـة الأولـى تتعلـق بالـدين والأخـلاق، المجموعـة الثانيـة تتحـدث عـن الاتصـال والتواصـل، الصـحة و إدارة المـوارد الماليـة، والمجموعـة الثالثـة تتنـأول إدارة الخلافـات وتحـديات الـزواج)[٣]. ويهـدف البرنـامج إلـى تقديم

---

(1)_Laurenceau ،Community-Based Prevention of Marital , Journal of Consulting and Clinical Psychology, 2004,p 933-943.

(2)_ Vail, Reducing the Divorce Rate Among Christians in America, Premarital Counseling a Prerequisite for Marriage, Master Thesis Liberty University Baptist Theological Seminary, North Carolina, USA,2012,p122_130.

(3)_ Carroll,evaluating the effectiveness of premarital education,research house , America,2003,p55.

المعرفة والمهارة للتحضير للزواج، وتهيئتهم للسلوكيات الإيجابية، وبناء قاعدة آمنة لاستكشاف أنفسهم وشركائهم . وعند إنجاز مواضيع البرنامج يتم إصدار شهادة توثق أن حاملها قد التحق بهذا البرنامج[١]. وبعد أن قامت الحكومة الماليزية باعتمادها فكرة رخصة الزواج الاجبارية للمقبلين على الزواج، فأنها قللت بذلك نسبة الطلاق من (% 32 إلى% 8)[٢].

٥_ برامج التأهيل في الوطن العربي: تتفاوت برامج التأهيل الشخصي في الوطن العربي بين التطبيق ضمن مؤسسات اهلية، وبين مطالبات لتبنيها من قبل الحكومة، وإزاء ذلك اصبح هناك وعياً في البلاد العربية، بأهمية هذه البرامج، لكن الذي يظهر أن البلاد العربية تغييب عنها التخصصية وكذلك المنهج العلمي الذي تستند عليه البرامج، ناهيك عن العشوائية وعدم توحيد الجهود،[٣] سواء أكانت حكومية، أم مؤسسات اهلية وشخصية[٤].

ومن كل ما تقدم يرى الباحث أن برامج تأهيل المقبلين على الزواج، يكتب لها النجاح، وتحدث تأثير في الفرد المُتدرب، إذا استندت على القيم التي نص عليها الدين، فالأديان عموما عبارة عن مجموعة القيم التي تحدد سلوك

---

(١)_ سارة محمد عبد الرحمن،برنامج مقترح للمقبلين على الزواج،رسالة ماجستير قدمت الى كلية النجاح، فلسطين،٢٠١٧، ص ١٣_١٦.

(٢)_ د.يوسف عطية حسن كليبي،مصدر سابق،ص٤٠.

(٣)_ سارة محمد عبد الرحمن،مصدر سابق،ص١٩.

(٤)_ وفي العراق تجدر الإشارة إلى مؤسسة (مصباح الحسين للاغاثة والتنمية) التي تأسست بتاريخ (٢٠١٧/٨/٤) في محافظة (كربلاء) بتوجيه من المرجع الديني السيد (صادق الشيرازي) ومن ضمن اهداف هذه المؤسسة تقديم (برنامج تأهيل الزوجين قبل الزواج لتحقيق هدف سامي يسد الطريق امام الخلاف الذي ينتج تقاطع في مستقبل الحياة الزوجية عبر برامج تأهيلية مكثفة وفق منهجية علمية رصينة من خلال الاستعانة بنخبة من المدربين المختصين). نقلا عن الموقع الرسمي للمؤسسة المذكورة. https,misbahalhussein.com تاريخ الزيارة (٢٠٢٤/٧/١٥) الساعة (٨:٥٨م).

الفـرد وتوجهـه بمجموعـة مـن الأوامـر والنـواهي تضـبط بهـا سـلوكه مـن خـلال العقوبات التي تنجر عن ذلك السلوك[١].

وللـدين وخاصـة فـي مجتمعنـا العربـي المسـلم، مكانـة عاليـة فـي سـلم المعـايير المتحكمـة فـي الافعـال الفرديـة والجماعيـة، وبالتـالي فـأن ارتبـاط بـرامج التأهيـل بالـدين، لـيس رغبـة ذاتيـة أو امـلاً فلسـفيا، وإنمـا هـي حقيقـة واقعيـة، فالـدين هـو مصدر اساسي ومهم في تحريك سلوك الفرد.

(١)_ مـراد زعيمـي، علـم الاجتمـاع، رؤيـة نقديـة، مؤسسـة الزهـراء للفنـون الشعبية،الجزائر،٢٠٠٤،ص٢٢٧.

الفرع الثاني

الموقف الشرعي والقانوني لبرامج التأهيل الشخصي

وبعد استعراض ماهية الدورات التأهيلية للمقبلين على الزواج وبيان ما توصلت إليه الدراسات من أهمية هذا الأمر، يبقى السؤال الآتي،هل يجيز الشرع استحداث شرطاً جديداً على شروط النكاح لم ينص عليه القرآن الكريم والسنة النبوية؟ لغرض بيان ذلك سوف نستعرض موقف الفقه الإسلامي ومن ثم التشريعات القانونية وعلى النحو الاتي:

أولا_ موقف الفقه الإسلامي:- يبدو بأن فقهاء المسلمين لم يبينوا حكم ذلك سواء بالجواز أو المنع، وازاء ذلك سوف نحاول بيان مشروعية برامج التأهيل عن طريق القواعد الكلية، وبالشكل الاتي:

١_ القواعد الفقهية:-

من القواعد الفقهية التي يستدل بها على مشروعية برامج التأهيل للمقبلين على الزواج، هي قاعدة **(الدفع اقوى من الرفع)**[١]. وقد استعمل الفقهاء هذه القاعدة في اتقاء الشر ومنعه، والحرمان من الأمر، وطلب الكف عنه[٢]. وعند التأمل في هذه القاعدة نلاحظ بأنها تعد من الادوات الوقائية في السياسة الشرعية لا سيما في مسائل الاسرة، لأنها تدعو الى الاخذ بالسبل الوقائية قبل وقوع الامر، فالبلاء اذا وقع يصبح من الصعب رفعه[٣]. ويرى الباحث أن أحكام الشريعة الاسلامية في الاعم الاغلب تعتمد على سياسة الوقاية خيراً من العلاج ، ولو سحبنا هذا الكلام على موضوع برامج التأهيل قبل الزواج، سنجد بأن هذه

---

(١)_ جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الاشباه والنظائر،ط١،دار الكتب العلمية،١٩٨٣،ص٣٩.

(٢)_أبو البقاء الكفوي، الكليات، ط٢، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٨، ص٤٥٠.

(٣)_أحمد موسى عبد الرحمن، قاعدة الدفع أولى من الرفع وتطبيقتها الفقهية، اطروحة دكتوراه قدمت الى جامعة العلوم الاسلامية العالمية، كلية الدراسات العليا، الاردن، ٢٠٢٢. ص١٩٣ ومابعدها.

البرامج تعد من ابرز المصاديق لقاعدة الدفع أولى من الرفع، فهي تساهم وبشكل واضح في الوقاية من انحلال عقد الزواج.

٢_ القواعد المنطقية:-

المنطق هو "الة قانونية تعصم مراعاتها الذهن من الخطأ"[١]. وحتى يعصم المنطق الذهن من الخطأ ومن ثم يصل إلى نتيجة صحيحة لابد من توافر شروط ثلاثة: احدها أن لا يكون الفكر، جاهلا أو متعصبا أو متطرفا. ثانيها ترتيب المعلومات (أي المقدمات) بشكل صحيح وهو ما يعبر عنه بالهيأة. واخيراً اختيار المعلومة الصحيحة وهو ما يعبر عنه بالمادة[٢].

ومن المسلم به أن علم المنطق يعالج موضوعات ثلاثة وهي : (التعريف، ومنهاج البحث، والاستدلال)[٣]، وأن القسم الأخير وهو الاستدلال يأخذ صور واشكال متنوعه، ومن هذه الاقسام الاستدلال التجريبي، وهو طريقة من طرق البحث تقوم على الملاحظة والتجربة بهدف الوصول إلى حكم عام على الظاهرة موضوع البحث، ولذلك يطلق عليه المنهج الاستقرائي. وفي ضوء ذلك يمكن تعريف الاستقراء بأنه: " العملية التي ينتقل فيها الباحث من بحث حالات جزئية بحثاً تجريبياً إلى حكم عام ينطبق على الحالات الماثلة والحالات المماثلة لها"[٤]. ولو سحبنا هذا الكلام على موضوع التأهيل الشخصي، سوف يتضح لنا أن هناك الكثير من الدراسات الاستقرائية التي أُجريت على عينة من المتدربين، أكدت وجود تقدم كبير في مهارات الاتصال وجودة العلاقة بين

---

(١)_ محمد رضا المظفر،المنطق،مؤسسة التاريخ العربي،بيروت،لبنان، دون ذكر سنة نشر،ص٥.

(٢)_ د. محمد على الصافوري، مقدمات في المنطق القانوني، مكتبة الكتب العربي المعارف العامة،دون ذكر سنة نشر، ص٩_١٨.

(٣)_ عبد الهادي الفضلي،خلاصة المنطق،مكتبة كرار الساعدي،النجف الاشرف،سوق الحويش، ١٣٨٩هـ، ص ٨.

(٤)_ د. محمود السقا،المنطق القانوني والمنطق القضائي، دار الثقافة العربية،مصر، القاهرة،٢٠٠١،ص٢٩ ومابعدها.

الشركاء الذين تقدموا لهذا البرنامج مقارنة بآخرين لم يتقدموا للبرنامج[١]. ونتيجة ما تقدم يمكن القول بأن برامج التأهيل للمقبلين على الزواج تستمد حجيتها من المنهج التجريبي.

وفضلا عن كل ما تقدم يرى الباحث أن الاساس الشرعي لبرامج التأهيل قبل الزواج يستند إلى قوله تعالى**"وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ۖ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا"**[٢].

ويتضح من الآية المباركة أن الاسلوب الامثل والاول في حل الخلافات مابين الازواج يتمثل بالموعظة، ومن المسلم بأن هذا الاسلوب يكون له الأثر الفعال، في حال كان الشخص يتملك المعرفة اللازمة في مشاكل الأسرة وكيفية مواجهتها، وأن هذا الامر هو ما تسعى برامج التأهيل الشخصي إلى تحقيقية.

وكذلك تستند هذه البرامج إلى قوله تعالى: **" وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ"**[٣].

ويتضح من الآية المباركة أن هناك ثلاثة عناصر اساسية لنجاح العلاقة الزوجية وهي: (السكينة والمودة والرحمة). وقبل الاستدلال بهذه الآية المباركة يثار تساؤل مفاده هل كل زواج يتم بين شخصين تحصل فيه السكينة والمودة والرحمة ؟ وإذا كان الجواب على هذا السؤال بنعم، فلماذا يحصل الشقاق والنشوز وغيرها من المشاكل الحاصلة بين الزوجين؟ الجواب على ذلك يبدو بأن الله تعالى، هو الجاعل للمودّة بين الزوجين، ولكن كثرة الذنوب بينهما وظلم أحدهما للأخر، لمن أعظم موجبات سلب هذه المودة المجعولة فيحل محلها البغض والنفور لأتفه الأسباب بما يؤدي إلى الطلاق أو العيش المنغص بين

---

(١)_ ينظر ما تقدم أنواع برامج التأهيل، ص ٣ وما بعدها من هذه الاطروحة.

(٢)_ اية رقم (٣٤) من سورة النساء المباركة.

(٣)_ أية رقم (٢١)، من سورة الروم المباركة.

الـزوجين[١]. ومـن هـذا المنطلـق فـأن السـكينة والمـودة والرحمـة هـي مسـألة جعليـة مـن الله المتعـال، ولكـن يتوقـف بقائهـا علـى التعامـل السـليم مـع شـريك الحيـاة، وأن هذا الأمر هو ما تسعى دورات التأهيل إلى تحقيقه.

ثانياً_ موقف التشريعات المقارنة:

أمـا بخصـوص موقـف التشـريعات القانونيـة المقارنـة مـن مسـألة تأهيـل المقبلـين للـزواج، نجـد بـأن قـانون الأحـوال الشخصـية الأردنـي رقـم (١٥) لسـنة (٢٠١٩) قـد انفـرد بـالنص علـى هـذه الـدورات فـي الإجـراءات الخاصـة بتوثيـق عقـد الـزواج، ولا ابلـغ فـي الدلالـة علـى ذلـك مـا قضـت بـه المـادة (٣٦_ فقـرة ط) بأنـه: " لقاضـي القضـاة وبموجـب تعليمـات يصـدرها لهـذه الغايـة إجـراء دورات لمـن يرغـب من المقبلين على الزواج" .

ويتضـح مـن الـنص المتقـدم بـأن القـانون الأردنـي أكـد بشـكل صـريح وقـاطع علـى جـواز أجـراء دورات تأهيليـة للمقبلـين علـى الـزواج، ولكـن عنـد التأمـل فـي الـنص المتقـدم نلاحـظ بـأن اجـراء هـذه الـدورات هـو أمـر جـوازي ولـيس وجـوبي، لأنـه يتوقـف علـى رغبـة الاشـخاص المقبلـين علـى الـزواج، غيـر أن دائـرة قاضـي القضـاة فـي الأردن جعلـت هـذه الـدورات وجوبيـة للفئـات العمريـة دون الثامنـة عشـر. وفضـلا عـن ذلـك أكـد مـدير المعهـد القضـائي الشـرعي بـأن دورات تأهيـل المقبلـين علـى الـزواج التـي يشـرف عليهـا المعهـد القضـائي بالتعـاون مـع مديريـة الإصـلاح الأسـري، هـو برنـامج وطنـي تـم تصـميمه بالتعـاون مـع المؤسسـات الأكاديميـة الرسـمية وغيـر الرسـمية وعـدد مـن المختصـين المعنيـين بشـؤون الأسـرة؛ بهـدف إكسـاب المشـاركين حزمـة مـن المعلومـات الشـرعية والقانونيـة، فضـلا عـن إكسـابهم المهـارات اللازمـة لفهـم طبيعـة العلاقـة الزوجيـة والأسـرية، وكيفيـة إدارة الغضـب، وتجـاوز النـزاع الأسـري. وعـلاوة علـى ذلـك أن برنـامج تأهيـل المقبلـين علـى الـزواج الـذي أعدّتـه دائـرة قاضـي القضـاة، يتضـمن محـاور شـرعية وقانونيـة ونفسـية واجتماعيـة ومالـية وصـحية، بهـدف رفـع مسـتوى الـوعي بمنظومـة الحقـوق

(١)_الشيخ حبيب الكاظمي،قبسات، ط١،مكتبة سلمان المحمدي،بغداد،العراق،٢٠١٣،ص١٨٠.

والواجبات الزوجية، وإكساب المشتركين بالبرنامج مهارات التواصل الأسري الفعّال داخل الأسرة، وتمكّينهما من التعامل معها بالشكل الصحيح[١]. هذا و تجدر الاشارة إلى أن دائرة قاضي القضاة قد اصدرت تعليمات خاصة بدورات المقبلين على الزواج[٢].

---

(١)_ وكالة الأنباء الاردنية، دورات المقبلين على الزواج تشهد إقبالا لافتا من المستهدفين وذويهم، مقالة منشورة على الموقع الأكتروني، https://petra.gov.jo/Include/InnerPage.jsp?ID، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٣/٢٦. الساعة التاسعة من مساء يوم الاحد.

(٢)_ أصدرت دائرة قاضي القضاة تعليمات دورات المقبلين على الزواج لسنة ٢٠٢٣ بموجب الفقرة (ط) من المادة (٣٦) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٥) لسنة ٢٠١٩،=

= المنشورة في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٠٢٣ /٤/٢ ونصت على مايلي:

المادة (١): تسمى هذه التعليمات تعليمات دورات المقبلين على الزواج لسنة ٢٠٢٣ ، ويعمل بها من تاريخ نشرها في الجريدة الرسمية.

المادة (٢): تعقد دورات للمقبلين على الزواج وفقا لأحكام هذه التعليمات تهدف إلى إكسابهم المهارات والمعرفة الأساسية اللازمة لحفظ كيان الأسرة واستقرارها وإنجاحها وتقوية أواصرها.

المادة (٣):

أ- يتولى معهد القضاء الشرعي تنفيذ دورات المقبلين على الزواج .

ب- تتولى اللجنة العلمية في معهد القضاء الشرعي اعتماد منهاج الدورات ووسائلها والمواد العلمية ومتطلبات اجتيازها.

المادة (٤):

أ- تعقد دورات المقبلين على الزواج للراغبين بالمشاركة فيها .

ب- على الرغم مما ورد في الفقرة (أ) من هذه المادة تطبق على المقبلين على الزواج ممن لم يتم الثامنة عشرة من عمره الأحكام المنصوص عليها في التعليمات الصادرة بموجب المادة (١٠) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٥) لسنة (٢٠١٩).

المادة (٥):

أ- تعقد هذه الدورات في مقر معهد القضاء الشرعي أو في أي مكان آخر يعتمده قاضي القضاة لهذه الغاية.

ب- يكون التدريب إما وجاهياً أو عن بعد أو بشكل مدمج.

المادة (٦) : تراعى احتياجات الأشخاص ذوي الإعاقة في عقد الدورات

أما بخصوص باقي التشريعات المقارنة فلم نجد بين طياتها اشارة لبرامج تأهيل الأشخاص المقبلين على الزواج، وإزاء ذلك ندعوا المشرع العراقي إلى تبني فكرة تأهيل المقبلين على الزواج كسياسة إجرائية وقائية؛ إذ تساهم بشكل مؤثر في تحقيق أهداف الزواج بشكل عام، والحد من انحلال عقد الزواج بشكل خاص. ويمكن أن نلخص كل ما تقدم بالعبارة الأتية: من الضروري على الشخص قبل الدخول في الحياة الزوجية أن يأخذ دورات تدريبية، تبين له كيفية التعامل السليم مع شريك الحياة، وكيفية تربية الأطفال.

المادة (٧): لقاضي القضاة اعتماد جهات محلية مختصة لإعطاء الدورات ومنح الشهادات على أن يكون التنفيذ تحت إشراف معهد القضاء الشرعي وبموجب مذكرات تفاهم تعقد مع تلك الجهات.

المادة (٨): وتعتمد الأسس المالية النافذة في معهد القضاء الشرعي للإنفاق على الدورات.

المطلب الثاني

الفحص الطبي للمقبلين على الزواج

إن مسألة الفحص الطبي قبل الزواج ذات أهمية بالغة في حياة كل إنسان ووسيلة لوقاية الأسرة والمجتمع من الأمراض المختلفة ، وتوجه الطرفين إلى حياة زوجية مستقرة في مختلف النواحي حتى أنه من الناحية الصحية التي لا يمكن معرفتها إلا بعد إجراء التحاليل ، فضلا عن أن العلم بالعيوب والعلل قبل الزواج له دور مهم في تحريك احكام التفريق القضائي، ومن هذا المنطلق فأن بيان دور الفحص الطبي كسياسة وقائية للحد من انحلال الرابطة الزوجية، يستلزم تقسيم هذا المطلب على فرعين: نخصص الفرع الأول:- لماهية الفحص الطبي قبل الزواج، ونبين في الفرع الثاني:- فاعلية الفحص الطبي.

الفرع الأول

ماهية الفحص الطبي

إن بيان ماهية الفحص للمقبلين على الزواج يستلزم تعريفه وإعطاء صورة واضحة عنه، عن طريق تقسيم هذا الفرع على فقرتين مستقلتين وبالشكل الاتي:

أولا_ تعريف الفحص الطبي: إن الوقوف على تعريف الفحص الطبي، يستلزم منا تحديد المعنى اللغوي ومن ثم المعنى الاصطلاحي وبالشكل الاتي:

١_ المعنى اللغوي: يتكون مصطلح الفحص الطبي من كلمتين مركبتين هما: (الفحص) و (الطبي). اما الفحص: فهو البحثُ و التنقيبُ و الكشفُ و شدَّةُ الطلب خلال كل شيء تقول :فَحصتُ عن فلان و فحصتُ عن أمره لأعلم كُنهَ حالهِ، و يقال فاحصني فلان فحاصًا كأن كل واحد منها يفحصُ عن عيب صاحبه و عن سره[١].

([١])_ ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي،لسان العرب،ط٣،ج٧، دار صادر، بيروت،١٩٩٣،ص٦٣.

وأما كلمة الطبي : فهي مأخوذة من الطب و هو تخصص علمي، و معناه اللغوي جاء من طبّ فلان، أي حذق و مهر، و طبّ المريض أي داواه و عالجه .[١] و منه جاء الطبيبُ أي الحاذق بالأمور و العارف بها[٢].

٢_ المعنى الاصطلاحي: فقد عُرف الفحص الطبي في اصطلاح أهل الطب بأنه: "الكشف الذي يجريه الطبيب للمريض بقصد معرفة العلة والوصول إلى تشخيص المرض,ويتضمن الكشف معاينة علامات المرض وأعراضه ،وغالبا ما يستكمل ببعض الفحوصات المخبرية أو غيرها من الوسائل التي تساعد الطبيب في الوصول إلى التشخيص"[٣]. ويلاحظ بأن التعريف المتقدم ركز على بيان الية الفحص الطبي، وليس حقيقة الفحص الطبي وذاتيته.

أما في اصطلاح أهل الفقه فقد عرفه البعض بأنه " معرفة الحاملين لأمراض وراثية، في مجموعة عرقية معينة أو في بلد معين حتى يتجنب ظهور الأمراض الوراثية"[٤]. ويتضح من هذا التعريف بأنه جعل من الفحص الطبي قاصراً على مسألة الكشف عن الأمراض الوراثية فقط، بيد أن نطاقه أوسع من ذلك. وعرفه رأي في الفقه بأنه: "مجموعة من الفحوصات المخبرية و السريرية التي يقترح عملها على أي شريكين قبل ارتباطهما بعقد الزواج وذلك لتقديم النصح لهما بهدف الوصول إلى حياة زوجية سعيدة و أطفال أصحاء و بالتالي أسرة سلمية و مجتمع سليم"[٥]. وعرفه رأي أخر في الفقه بأنه: "مجموعة من الإرشادات

---

(١)الفيروز آبادي،محمد بن يعقوب ،ط٨،القاموس المحيط،مؤسسة الرسالة ،بيروت ،٢٠٠٥،ص٦٢٥.

(٢)_ ابراهيم انس واخرون، المعجم الوسيط، ط٤، مكتبة الشروق، مصر، ٢٠٠٤، ص٦٧٦.

(٣)_كنعان أحمد محمد، الموسوعة الطبية الفقهية،ط٣، دار النفائس، لبنان، ٢٠١٠، ص٥٥.

(٤)_ د. ناصر الميمان، نظرة فقهية للارشاد الجيني، بحث منشور في مجلة جامعة ام القرى لعلوم الشريعة واللغة، العدد ٢٠، ص٤٨٩.

(٥)_ عبد المجيد القضاة، الفحص الطبي قبل الزواج، المكتبة الوطنية، عمان، ٢٠٠٣، ص٩.

النفسية والثقافية والاجتماعية، والفحوصات الطبية الإكلينيكية (التاريخ المرضي والعائلي، والفحص السريري، وفحوص المختبر) لكل من الرجل والمرأة قبل عقد الزواج، تهدف الى اعطاء استشارات ونصائح كاملة للمتقدمين على الزواج، فضلا عن التعرف على الحالة الصحية العامة، ومن ثم العمل على وقايتهما ووقاية ذريتهما من انتقال الأمراض المعدية والوراثية"[١].

ويبدو بأن التعريف الأخير قد وسع من نطاق الفحص الطبي، وهذا توجه مرغوب فيه وهو ما يميل اليه الباحث؛ لأن الفحص الطبي غير قاصر على عملية التشخيص فقط، بل فضلا عن ذلك يشمل التأهيل والارشاد النفسي والصحي.

ثانياً_ نطاق الفحص الطبي:

عند التأمل في الفحوصات الطبية التي تجري قبل الزواج، نلاحظ بأنها تأخذ صور واشكال متنوعة وبالشكل الآتي:

النوع الأول_ الامراض الوراثية: وهي مجموعة غير متجانسة من الأمراض المزمنة ذات الاعراض الصحية المستعصية على العلاج الناجح، يتم توارثها من الوالدين إلى الأبناء عن طريق المادة الوراثية، وتمثل طيفاً عريضاً من الأمراض يكون في أحد طرفيها اعتلال المادة الوراثية بنسبة ضئيلة، وفيها تكون العوامل المعدية النسبة الغالبة، وفي الجانب الأخر تمثل الاعتلالات الوراثية الغالبية للأسباب المرضية، وهذه الامراض أما ان يكون سببها أمراض متعلقة بالكروموسومات، أو امراض ناتجة عن خلل في الجينات، أو اسباب أخرى ناتجة عن تفاعل العوامل البيئية مع العوامل الوراثية [٢].

([١])_ د.عبد الفتاح أحمد أبو كليلة، الفحص الطبي قبل الزواج، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٨، ص٦٦.

([٢])_ د. محسن بن على الحازمي، أمراض الدم الوراثية، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الاسلامي، السنة الثامنة عشرة، العدد عشرون، ٢٠٠٥، ص٢٨٩.

النوع الثاني_ الامراض المعدية: وهي مجموعة من الامراض التي تنتقل عادة عن طريق العلاقة الجنسية، سواء كانت بين رجل وامرأة ، أو بين رجل ورجل، أو بين امرأة وامرأة[١]. ومن امثلة هذه الامراض: (فيروس نقص المناعة الايدز ومرض الزهري)[٢].

النوع الثالث_ العيوب: وهي النقص البدني أو العقلي في أحد الزوجين أو كلاهما والذي يمنع من تحصيل مقاصد الزواج، والتمتع بالحياة الزوجية[٣]. وهذه العيوب تأخذ صور واشكال متنوعة، منها عيوب خاصة بالرجل نحو: (العنة، والجب)[٤]. ومنها عيوب خاصة بالمرأة نحو: (الرتق، والقرن)[٥]. ومنها عيوب مشتركة بين الرجل والمرأة نحو: (الجنون، والعقم)[٦].

([١])_ د. فاطمة عبد الخالق، التقدم في أمراض النساء، ط٢، جامعة المنوفية، مصر، ٢٠٠٢، ص١٦٦.

([٢])_ **الايدز:** "هو مرض خطير، يتسم بظهور أعراض سريرية ناشئة عن عوز مكتسب في المناعة الخلوية، ويؤدي في الغالب إلى وفاة المصاب به". ينظر: د. غسان جعفر، أمراض العصر، ط١، دار المناهل للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ٢٠٠٣، ص١٩٧. **اما الزهري:** " فهو مرض ينتقل بين الافراد عن طريق العلاقات الجنسية، وتسببه جرثومة خاصة يطلق عليها اللولبيات الشاحبة، ومن بين اعراضه ظهور قرحة صغيرة على الشفتان وسقف الحلق، أو العضو التناسلي الذكري أو الأنثوي". ينظر: سيبرو فاخوري، موسوعة المرأة الطبية، ط٦،دار العلم للملايين، بيروت، لبنان ، ٢٠٠٦، ص٢٥٧.

([٣])_ معوض عبد التواب، الصيغ الشرعية لدعاوى الاحوال الشخصية،ط٢، دار الوفاء، المنصورة، ١٩٨٨، ص١٤٠.

([٤])_**العنة:** وهو مرض مانع من انتشار العضو بحيث لا يقدر معه على الايلاج. **أما الجب:** فهو قطع الذكر بحيث لم يبق منه ما يمكنه الوطء به. ينظر: الكركي،جامع المقاصد،(٢٢/١٣).

([٥])_ **الرتق:** هو انسداد مدخل الفرج، فلا يستطاع جماعها. **أما القرن:** ويقال له العفل وهو لحم أو غدة أو عظم ينبت في فم الرحم فيمنع من الوطء. ينظر: ياسين عيسى العاملي، الاصطلاحات الفقهية،ط١، مكتبة الكلمة الطيبة، بغداد، العراق، ٢٠١٢، ص ٩٥، ١٦٧.

([٦])_ **الجنون:** هو اختلال في العقل. ينظر: الكركي،جامع المقاصد،(١٣/ ٢٢٢). **أما العقم:** " فهو عجز يقيني، أو ظني، عن الإنجاب من الزوجين أو احدهما ، والزوجة في سن يمكنها

النـوع الرابـع_ الآفـات الاجتماعيـة: ومـن القضـايا التـي يمكـن أن يكشـف عنهـا الفحـص الطبـي قبـل الـزواج مسـألة الادمـان علـى المخـدرات والمـواد الكحوليـة. ولهذا النـوع مـن الفحوصـات فوائـد عـدة لعـل اهمهـا، علـم الخاطـب بصـفات وخصـال شـريك الحيـاة الـذي يريـد الاقتـران بـه، وفضـلا عـن ذلـك أن اجـراء الفحـص الطبـي الالزامـي لهـذه الآفـات قبـل الـزواج، يعـد سياسـة وقائيـة للحـد مـن ظـاهرة انتشـار المخدرات.

أمـا بخصـوص موقـف التشـريعات المقارنـة، فنجـد أن مسـألة الفحـص الطبـي قبـل الـزواج اصـبحت مـن المبـادئ المسـتقرة التـي نصـت عليهـا اغلـب التشـريعات، غيـر أنهـا اختلفـت فـي محـل الفحـص الطبـي ونطاقـة. ومـن هـذا المنطلـق نـص قـانون الاحـوال الشخصـية العراقـي رقـم (١٨٨) لسـنة (١٩٥٩) فـي المـادة (٢/١٠) الخاصـة ببيـان تسـجيل عقـد الـزواج علـى القـول بأنـه: " يرفـق البيـان بتقريـر طبـي يؤكـد سـلامة الـزوجين مـن الامـراض السـارية والموانـع الصـحية وبالوثـائق الاخـرى التي يشترطها القانون".

ويتضـح مـن الـنص المتقـدم أن المشـرع العراقـي لـم يحـدد ماهيـة الامـراض التـي يسـتلزم الكشـف عنهـا فـي الفحـص الطبـي، الامـر الـذي عجـل بتشـكل لجنـة مختصة من قبل وزارة العدل والصحة والتي اصدرت التعليمات الاتية:

أ- يقصـد بـالموانع الصـحية الـواردة فـي الفقـرة (٢) مـن المـادة العاشـرة مـن قـانون الأحـوال الشخصـية رقـم (١٨٨) لسـنة (١٩٥٩) مـا يـأتي: الأمـراض التناسلية السارية، والجذام، والتدرن الرئوي في حالته الفعالة.

ب- العقلية: وتشمل الامراض والعاهات العقلية[١].

الإنجـاب بـه عـادة". ينظـر: د. محمد خالـد، الاحكـام الطبيـة المتعلقـة بالنسـاء،ط٢،دار النفائس،عمان،الاردن،١٩٩٩،ص٧٢.

(١)_ صـدرت هـذه التعليمـات مـن اللجنـة المؤلفـة مـن قبـل وزارتـا العـدل والصـحة، بموجـب الامـر (٤٤٣) والمـؤرخ فـي ١٩٦٠/٢/٢٥. نقـلا عـن د. أحمـد الكبيسـي، الـوجيز فـي شـرح قانون الأحوال الشخصية،ج١،العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، دون ذكر سنة نشر، ص٥٨.

ويرى الفقه العراقي أن هذه الخطوة مهمة من حيث المبدأ، ومن حيث الهدف، إلا أنها جاءت سهلة إذ يمكن التحايل عليها وتطبيقها شكلياَ، وهو ما يجري الأن بالفعل، وهذا يقتضي أن تكون هذه الفقرة أكثر صراحة وجدية، فيوكل الأمر إلى مؤسسة أو لجنة طبية ونحو ذلك مما يجعل الفحص الطبي حقيقة نافعة وناجحة، واعية وواقية[١].

أما بخصوص قانون الأحوال الشخصية الأردني فنجد بأنه لم ينص على مسألة الفحص الطبي قبل الزواج، غير أنه اشار إلى ذلك في النظام الخاص بالفحص الطبي رقم (٥٧) لسنة (٢٠٠٤) والذي نص في المادة (٢/ فقرة أ) على أن المراد بالفحص الطبي قبل الزواج هو: " الفحص المخبري لمرض فقر دم البحر المتوسط (الثلاسيميا)". ويتضح من هذا النص بأنه جعل الفحص الطبي قبل الزواج قاصراً على مرض (الثلاسيميا)[٢].

ونصت مدونة الاسرة المغربي رقم (٧٠) لسنة (٢٠١٦) في المادة (٦٥/ ٤) الخاصة بالإجراءات الادارية والشكلية لعقد الزواج على: "تقديم شهادة طبية لكل واحد من الخطيبين يحدد مضمونها وطريقة اصدارها بقرار مشترك لوزيري العدل والصحة". ويتضح من هذا النص بأن المشرع المغربي أحال الامر الى الجهات المختصة لتحديد نطاق الفحص الطبي، وهذا الامر هو ما سارت عليه التشريعات المقارنة اعلاه، غير ان الفقه المغربي انتقد موقف المشرع؛ لأنه اشترط تقديم شهادة طبية، وهذه الشهادة غير كافية، فكان الاجدر به أن يشترط تقديم تقرير طبي، وفضلا عن ذلك أن المشرع المغربي لم يكون

---

(١)_ المصدر السابق، ص٥٨ وما بعدها.

(٢)_ **الثلاسيميا:** هو من اكثر الامراض انتشارا في العالم، خاصة بلدان البحر المتوسط والشرق الأوسط وشرق اسيا، وينتج هذا المرض عن نقص سلاسل الببيتيد المكونة للهيموجلوبين، ولهذا المرض اثار خطيرة على الذرية. ينظر: د. نذير ياسمينة، أهمية التشخيص الجيني الدوري عند الحوامل بالثلاسيميا للحد من الاصابات الخلقية، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق، المجلد الخامس عشر، العدد الثاني، ١٩٩٩، ص٥٧.

موقفه واضحاً في قصده بالفحص الطبي، فهل يشمل جميع الامراض المعدية والامراض الجنسية التي تؤثر على العلاقة الزوجية وذريتهم أم لا؟[١].

بينما نجد أن قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم (٢٨) لسنة (٢٠٠٥) قد نص في المادة (٢/٢٧) على أنه: " يشترط لإجراء عقد الزواج تقديم تقرير صادر من لجنة طبية مختصة يشكلها وزير الصحة، يفيد الخلو من الأمراض التي نص هذا القانون على طلب التفريق بسببها". ويبدو من النص المتقدم أن سياسة المشرع الإماراتي تعتبر الفحص الطبي سياسة وقائية للحد من التفريق القضائي، لأنه اشترط ان يشتمل الفحص الطبي على الامراض التي يجوز طلب التفريق بسببها، وفضلا عن ذلك اشترط صدور الفحص الطبي من لجنة طبية مختصة. وهذا ما اكدته المذكرة الايضاحية لقانون الاحوال الشخصية الإماراتي، بأن الفحص الطبي قبل الزواج يهدف إلى تفادي ما قد ينشئ من خلافات، أو ينتج من أمراض بسبب الجينات الوراثية، أو يكشف من انواع الأمراض المعدية أو الخطيرة أو المانعة من استقرار الحياة الزوجية، أو العوامل المسببة لأمراض وعلل في الأجيال القادمة، والتي يجوز لأحد الطرفين طلب التفريق بسببها، فقد اشترط الفقرة الثانية من المادة المذكورة اعلاه، ضرورة أجراء فحص طبي سابق للزواج، ويتوقف أجراء العقد على صدور الشهادة الطبية التي تفيد خلو الخاطبين من تلك الامراض والعيوب، ومنعاً للتلاعب في الشهادات، فقد أسندت هذه الفقرة امر اصدار شهادات الخلو من الامراض إلى لجنة طبية مختصة يشكلها وزير الصحة[٢]. ويرى الباحث أن توجه السياسة التشريعية في قانون الاحوال الشخصية الإماراتي، للتأكيد على شمول الفحص الطبي للعيوب التي يجوز طلب التفريق بسببها يعد توجه مرغوب فيه وله اهمية كبيرة في الحد من انحلال الرابطة الزوجية، وهذا ما سنبينه في الفرع التالي.

---

(١)_ أحمد نصر الجندي، شرح مدونة الاسرة المغربي،دار الكتب القانونية، المجلة الكبرى، مصر،٢٠١٠، ص١٠٣. وينظر: أحمد ابلش،حماية الاسرة،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٢، ص١٤.

(٢)_ المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مصدر سابق ، ص٦٥.

الفرع الثاني

فاعلية الفحص الطبي

إن الفحص الطبي للمقبلين على الزواج يعد من المبادئ المستقرة التي نصت عليها التشريعات المقارنة ، فضلا عن كونه مطبق في اكثر دول العالم؛ وذلك لما يتمتع به من فوائد ومزايا عدة، لعل اهمها ما يأتي:

أولا_ عن طريق الفحص الطبي قبل الزواج، يمكن الكشف عن الامراض بصفة عامة، والامراض المؤثرة في العلاقة الزوجية بصفة خاصة، لا سيما الوراثية أو تلك الأمراض المعدية أو المنقولة جنسياً، وعليه فأن المقبلين على الزواج يكون لهم علم بالأمراض الوراثية أو المعدية (لهم أو للذرية) إن وجدت ، فتتسع لهم دائرة الخيارات في عدم الأنجاب أو عدم إتمام الزواج، لذلك يساهم الفحص الطبي في الوقاية من الامراض الوراثية، التي تهدد الاسرة بشكل خاص والمجتمع بشكل عام[١].

ثانياً_ ضمان عدم تضرر كل من الخاطبين نتيجة معاشرة الاخر جنسيا بعد الزواج، والتأكد من سلامتهما من الامراض الجنسية والمعدية وغيرها من الوبائيات، ويضمن كذلك عدم تضرر صحة المرأة أثناء الحمل وبعد الولادة نتيجة اقترانها بالزوج المأمول، ويمكن ذلك بإجراء الفحوصات المناعية للإيدز والزهري والسيلان وغيرها[٢].

ثالثاً_ أن الفحص الطبي يحقق مقصود الزواج في الإسلام والقانون وهو والتأبيد، فإذا تبين بعد الزواج أن احد الزوجين مصاب بمرض فإن هذا قد يكون سبب في إنها الرابطة الزوجية لعدم قبول الطرف الاخر به[٣].

---

(١)_د.عبد الفتاح أحمد أبو كليلة، مصدر سابق، ص٦٦.

(٢)_د.صفوان محمد عضيبات، الفحص الطبي قبل الزواج دراسة شرعية وقانونية،ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠٠٩، ص٨٨.

(٣)_د.عبد الفتاح أحمد أبو كليلة، مصدر سابق، ص٦٧.

رابعا_ بالفحص الطبي يتأكد المقبلين على الزواج من قدرتهما على الانجاب، وعدم وجود عقم في شريك الحياة الذي يريد الزواج به، وبذلك يقدم كل منهما على الزواج وهو مطمئن بأنه سيكون له أولاد، لأن وجود العقم في أحد الزوجين قد يكون من أهم اسباب النزاع بين الزوجين، لما في كل واحد منهما عاطفة الابوة والامومة ، وبالتالي يؤدي الأمر في نهاية المطاف إلى الانفصال[١].

خامساً_ بالفحص الطبي قبل الزواج يتم التقليل من ولادة أطفال مشوهين أو معاقين والذين يسببون متاعب لأسرهم والمجتمع[٢].

سادسا_ عند التأمل في الفحص الطبي قبل الزواج، سوف نجد بأنه يؤدي وظيفة استعلامية، إذ يمكن عن طريقه اعلام الخاطبين بالوضع الصحي لشريك الحياة المراد ابرام عقد الزواج معه، وأن العلم بالوضع الصحي لشريك الحياة قبل الزواج له دور مؤثر في تحريك احكام التفريق القضائي؛ لأن ابرام العقد مع العلم بوجود العيب، يدل على الرضا وتأكيده؛ وأن الرضا بالعيب يعد سبب من أسباب سقوط حق المطالبة بالتفريق القضائي، وهنا سيتضح لنا دور الفحص الطبي كسياسة وقائية للحد من انحلال الرابطة الزوجية[٣].

ومن كل ما تقدم يمكن القول بأن الفحص الطبي قبل الزواج يساعد على الرضا وتأكيده، لأنه إذا تم الفحص الطبي وظهر أن احدهما مصاب بعيب أو مرض ما، ورضى به الطرف الأخر، فأن ذلك يساعد على معيشة هنيئة، والتقبل لوضع الطرف الأخر، فضلا عن أن الفحص الطبي ولما يؤديه من وظيفة استعلامية يعد سبباً من اسباب سقوط الحق في التفريق القضائي للعيوب، ونتيجة ما تقدم يعد الفحص الطبي سياسة وقائية فعالة للحد من انحلال عقد الزواج، ومن هذا المنطلق ندعو المشرع العراقي إلى التأكيد على جدية الفحص الطبي، من

---

(١)_ علاق عبد القادر، الفحص الطبي قبل الزواج، أطروحة دكتوراه قدمت إلى جامعة أو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسة، تلمسان، الجزائر،٢٠١٣، ص١٣٤.

(٢)_د.عبد الفتاح أحمد أبو كليلة، مصدر سابق، ص٦٦.

(٣)_ سنبين في المباحث القادمة من الاطروحة، وبشكل تفصيلي اثر العلم في التفريق للعيوب.

خلال اسناد الامر إلى لجنة طبية مختصة يشكلها وزير الصحة، وفضلا عن ذلك التأكيد على شمول الفحص الطبي للعيوب التي يجوز طلب التفريق بسببها ؛ وإزاء ذلك نتقرح على المشرع العراقي تنظيم مسألة الفحص الطبي للمقبلين على الزواج في قانون مستقل[١].

([١])- ونقترح ان يكون القانون بالشكل الاتي:

المادة (١): يسمى هذا النظام (نظام الفحص الطبي للمقبلين على الزواج) ويعمل به بعد ثلاثين يوماً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

المادة(٢):يكون لهذه الكلمات والعبارات التالية حيثما وردت في هذا النظام المعاني المخصصة لها ادناه مالم تدل القرينة على غير ذلك:

أ- الوزارة: وزارة الصحة.

ب- الوزير: وزير الصحة.

ت- الفحص الطبي: مجموعة من الإرشادات النفسية والثقافية والاجتماعية، والفحوصات الطبية الإكلينيكية (التاريخ المرضي والعائلي، والفحص السريري، وفحوص المختبر) لكل من الرجل والمرأة قبل عقد الزواج، تهدف الى اعطاء استشارات ونصائح كاملة للمتقدمين على الزواج، فضلا عن التعرف على الحالة الصحية العامة، ومن ثم العمل على وقايتهما ووقاية ذريتهما من انتقال الأمراض المعدية والوراثية.

ث- مسؤول الفحص الطبي: لجنة طبية مختصة يشكلها وزير الصحة، في أحد المراكز التابعة لوزارة الصحة في محافظة بغداد وباقي المحافظات.

المادة (٣): يهدف هذا القانون إلى: إنشاء برنامج وقائى وتعليمى وذو أهمية مجتمعية ويهدف إلى تعزيز صحة المجتمع والحفاظ عليه. كما يهدف برنامج الفحص الطبى قبل= =الزواج إلى إلزام المقبلين على الزواج بإجراء فحوصات طبية للحصول على شهادة طبية ونفسية واجتماعية، بهدف التنبؤ بوجود أمراض وراثية أو مناعية قد تنتقل إلى النسل مستقبلا، أو الأمراض المعدية التى تنتقل بين الزوجين، وذلك للحد من خطر الإصابة بالأمراض الوراثية المنتشرة والحد من التفريق للعيوب من خلال:

أ- الكشف عن حالة الشخص الحامل للمرض الوراثى لدى الأفراد المقبلين على الزواج.

ب- وزيادة التوعية بأهمية الفحص الطبى ما قبل الزواج، وتقديم الاستشارات الطبية حول الأمراض الوراثية.

ت- معرفة كل من الطرفين بالحالة الصحية للطرف الآخر ، بما في ذلك العيوب التي نص القانون على جواز التفريق بسببها.

ث- الارشاد والتأهيل النفسى والاجتماعى للمقبلين على الزواج.

المادة (٤): يجب على كلا الشريكين المقبلين على الزواج إجراء فحوصات وتحاليل برنامج الفحص الطبى الشامل قبل الزواج بمدة كافية - تحددها التعليمات الصادرة عن الوزير- بما يمكنهما من إتمام كورس العلاج فى حالة وجود أمراض يمكن علاجها.

المادة (٥):

أ- إذا كان أى من المقبلين على الزواج حاملا لأحد جينات الأمراض الوراثية التى تؤثر على نسلهما أو كان أحدهما حاملا لها، ولم تظهر عليه أعراض الإصابة، وكان الآخر غير حامل لأى من هذه الأمراض؛ فلهم الحرية فى إتمام الزواج من عدمه بعد حضور جلسة توعية بطب الأسرة حول أثار ذلك على صحتهما وعلى نسلهما .

ب- إذا اختار الشخص اتمام الزواج وفقا للفقرة السابقة، فأنه يكون قد اسقط حقه في طلب التفريق القضائي.

المادة (٦): تمتنع وزارة الصحة حالة التأكد من إصابة أى من الزوجين بالإيدز عن منحهما شهادة الفحص الطبى الشامل. وعليها إبلاغ الطرف الآخر بذلك عن طريق السلطات المختصة.

المادة (٧): يحق للطبيب الذى يجرى الفحص أن يقرر عمل فحوصات إضافية إذا تطلبت الحالة ذلك للوصول إلى تشخيص محدد، على أن تتحمل الجهة طالبة الفحوصات الإضافية كافة التكاليف الخاصة بهذه الفحوصات، وأن تتم هذه الفحوصات طبقا للسياسات والنظم فى إطار القواعد المعمول بها فيهذا الشأن .

المادة (٨): يمنح الخاضعون لأحكام هذا القانون شهادة تبين إذا كان الزواج صحى أو غير صحى كما يمنح شهادة تفيد اجتياز دورة التأهيل النفسى والاجتماعى. وتبين التعليمات الصادرة من الوزير بيانات تلك الشهادات.

المادة (٩): لا يجوز للمأذون إبرام عقد الزواج، كما لا يجوز لأى جهة أخرى توثيقه إلا بعد تقديم الشهادة المشار إليها فى المادة السابقة، فإن كانت نتيجة الشهادة أن الزواج غير صحى أرفق معها إقرار من الطرفين بعلمهما وموافقتهما على إتمام عقد الزواج .

المادة (١٠): يعاقب المأذون أو الموثق الذى يخالف أحكام المادة ٩ بالحبس مدة لا تتجاوز سنة والغرامة التي لا تقل عن خمسة ملايين دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين.

المادة (١١): كل من يخالف احكام هذا النظام يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في قانون الصحة العامة والقوانين الاخرى النافذة المفعول".

المبحث الثاني

السياسة التقييدية للحد من التفريق القضائي

إن التشريعات القانونية تعمل عند معالجة كل سبب من أسباب التفريق القضائي الى احاطته بجملة من القيود والتدابير، بغية الحد من هذه العملية أو تخفيضها إلى ادنى المعدلات وعند التأمل في أسباب التفريق القضائي نجد بأنها قائمة على أساس فكرة الضرر، وأن الاستقراء التام يقضي بأن الأسباب المضرة المبررة للتفريق تنقسم على قسمين: الأول- الأسباب الارادية كعدم الانفاق والاعتداء بالضرب ونحو ذلك، والثاني- الأسباب اللاإرادية كالعلل والامراض. ومن هذا المنطلق فأن بيان دور السياسة التقييدية للحد من التفريق القضائي يستلزم تقسيم دراسة هذا المبحث على مطلبين: نخصص المطلب الاول:- لسياسة الحد من التفريق للضرر اللاإرادي. ثم نخصص المطلب الثاني:- لسياسة الحد من التفريق للضرر الإرادي.

المطلب الاول

سياسة الحد من التفريق للضرر اللاإرادي

الضرر اللاإرادي هو الذي لا يكون لإرادة احد الزوجين دور في حدوث مصدره، لا مباشرة ولا تسبباً كالأمراض التناسلية أو غير التناسلية من الامراض البدنية المعدية أو المنفرة او الأمراض العقلية او العاهات المستديمة، وغيرها مما لا يرجى شفاؤها، ويتعذر معها استمرار الحياة الزوجية[١]. ولذلك فأن هذا النوع من الضرر يرتبط بمسألة التفريق للعيوب، وعند التأمل في هذه العيوب، وعلى وجه الخصوص من حيث تأثيرها في غاية الزواج. سيتضح لنا بأن (العقم) يعد من العلل المؤثر في انجاب النسل. أما باقي العيوب فأن تأثيرها يظهر بشكل واضح على الرابطة المشتركة بين الزوجين. ولذلك سوف نقسم هذا المطلب على فرعين نبين في الفرع الاول:- سياسة الحد من التفريق للعيوب المؤثرة في النسل. ثم نبين في الفرع الثاني:- سياسة الحد من التفريق للعيوب المؤثرة في الرابطة المشتركة .

([١])_ د. مصطفى أبراهيم الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق، مصدر سابق، ص٤٦٣.

الفرع الاول

الحد من التفريق للعيوب المؤثرة في النسل

إن العيوب المؤثرة في النسل تطلق ويراد بها عيب العقم وهو عجز يقيني أو ظني عن الإنجاب، من الزوجين أو احدهما ، مع استكمال المتعة الجنسية بين الزوجين، والزوجة في سن يمكنها الإنجاب به عادة[١]. ومن هذا المنطلق فأن بيان دور السياسة التقييدية للحد من التفريق للعقم، يقتضي تقسيم هذا الفرع على فقرتين: نخصص الاولى:- لحكم التفريق للعقم، ثم نبين في الثانية:- قيود التفريق للعقم.

اولا_ حكم التفريق للعقم

لغرض بيان حكم التفريق للعقم سوف نستعرض موقف الفقه السلامي، ومن ثم التشريعات القانونية، والقضاء.

١_ موقف الفقه الإسلامي: اختلف فقهاء المسلمين بخصوص مسألة التفريق للعقم، وظهر نتيجة هذا الاختلاف اتجاهان:

الاول_ الاتجاه المانع: وهذا الاتجاه تبناه جمهور فقهاء المسلمين، وتذهب اصحابه إلى عدم جواز طلب فسخ الزواج بسبب العقم؛ وذلك لأن العقم لا يؤثر على معاشرة الرجل لزوجته جنسياً، كما أن عدم الإنجاب لا يحول دون وجود المودة والسكينة بينهما، فيتحقق مقصود الزواج بدون الإنجاب، وفضلا عن ذلك أن مسألة العقم لا يمكن القطع بها فلعل الشخص يولد له من امرأة وأن لم يولد له من غيرها، فهي مسألة مرتبطة بمشيئة الله تعالى، وعلاوة على ذلك أن العيوب المجوزة للفسخ محددة بالدليل الشرعي، ولم يكن العقم من بينها[٢].

---

(١)_ د.طلال خلف حسين، العقم بين الشريعة والطب،مجلة اداب الفراهيدي، العدد:٢٧ ، أيلول ، ٢٠١٦،ص١٨٠.

(٢)_الشيخ الفاضل محمد النكراني،تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة،كتاب النكاح،ط١، دار اعتماد، قم،١٤٢١هـ، ص٣٩٥. وينظر: علاء الدين بن ابي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع،ط٢، ج٣، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٤هـ،ص٥٩٦. وينظر: ابي

الثاني_ الاتجاه المجيز: وهذا الاتجاه يمثل رأي القاضي شريح، وابن شهاب الزهري، وأبي الثور، والحسن البصري، وابن القيم من فقهاء الحنابلة[١]. وتذهب اصحابه إلى أن العقم يعد من العيوب التي تجوز طلب فسخ الزواج، وهذا الاتجاه يستند على ما رواه ابن سيرين: **" أن عمر بن الخطاب بعث رجلاً على السعاية، فأتاه فقال: تزوجت، فقال عمر: أخبرتها أنك عقيم لا يولد لك؟ قال لا، قال: فأخبرها وخيرها"**[٢]. وهذه الرواية هي عمدة الادلة التي تمسك بها اصحاب هذا الاتجاه، وعند التأمل فيها نلاحظ بأن الشخص كان يعلم قبل الزواج بأنه عقيم، وشاهد الكلام ما ورد في الرواية من عبارة **(أخبرتها أنك عقيم لا يولد لك)**. وهذا الاستدلال يوصلنا إلى نتيجة مفادها أن التفريق في هذه الحالة قاصراً على مسألة اخفاء العقم مع العلم به، أو كما يعبر عنه فقهاء المسلمين بالتدليس[٣]، وبالتالي فأن العقم الطارئ على العقد أو السابق عليه مع الجهل بوجوده، لا يُجوز التفريق، وهذا اقصى ما يمكن ان تتحمله الرواية.

٢_ موقف التشريعات المقارنة: أما بخصوص موقف التشريعات المقارنة، فنجد أن بعض التشريعات أخذت برأي جمهور فقهاء المسلمين القائل بعدم جواز طلب التفريق للعقم، وهذا الاتجاه هو موقف مدونة الاسرة المغربية التي نصت

عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الجليل، ط١، ج٩، دار عالم الكتب، القاهرة، مصر، ٢٠٠١، ص٢٠. وينظر: محمد بن ادريس الشافعي، الام، ط١، ج٦، دار الوفاء للطباعة والنشر، المنصورة، ٢٠٠١، ص١١١ وما بعدها. وينظر: ابي محمد بن عبد الله بن محمد المعروف بأبن قدامة، المغني، ط١، ج٧، مكتبة القاهرة، مصر، ١٩٨٩، ص١٨٦.

(١)_ ابن قدامة، المغني، (١٨٦/٧). و ينظر: محمد بن ابي بكر بن أيوب بن القيم الجوزية، زاد المعاد. ط١،ج٥، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٩٩٦، ص١٦٥ وما بعدها.

(٢)_ أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، كتاب النكاح، ط١، ج٦، دار التأصيل، ٢٠١٥، حديث عدد: ١٠٣٤٧، ص١٦٣.

(٣)_ **المراد بالتدليس:** السكوت عن العيب الخارج عن الخلقة مع العلم به، أو دعوى صفة كمال مع عدمها. ينظر: زين الدين الحر العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ط١٣،ج٣، مجمع الفكر الاسلامي، قم، ١٤٣٧هـ، ص٢٩٥ وما بعدها.

في المادة (١٠٧) على أنه: "تعتبر عيوبا مؤثرة على استقرار الحياة الزوجية وتخول طلب انهائها: ١_ العيوب المانعة من المعاشرة الجنسية. ٢_ الأمراض الخطيرة على حياة الزوج الأخر أو على صحته التي لا يرجى الشفاء منها داخل سنة". ويتضح من هذا النص بأن سياسة المشرع المغربي قصرت التفريق، على العيوب المؤثرة في العلاقة الجنسية، والامراض الخطيرة على حياة الزوج الأخر. وأن هاذين المعيارين لا ينطبقان على العقم؛ لأنه غير مانع من المعاشرة الجنسية، ولا يعد وجوده خطر على حياة الزوج الأخر[١].

أما باقي التشريعات المقارنة، فقد اخذت بالاتجاه القائل بجواز طلب التفريق لعلة العقم، وهذا التوجه يمثل موقف قوانين الاحوال الشخصية لكل من دولة: العراق، والإمارات، والأردن، إذ اجازت طلب التفريق للعقم، وفقاً لقيود وضوابط محددة سنشير لها في الفرع القادم.

٣_ موقف القضاء: عند التأمل في موقف القضاء، نجد بأن توجه قضاء محكمة تمييز العراق كان مستقراً على أن العقم لا يعد من العيوب المجوزة لطلب التفريق، إذ قضت هذه المحكمة في حكماً لها بأن: " العقم ليس من أسباب التفريق؛ لأن المقصود من التفريق هو ما يمنع المقاربة والنكاح والدخول وليس المقصود منه عدم إنجاب الاطفال"[٢]. وقضت المحكمة نفسها في قرار أخر لها بأن: " العقم ليس من أسباب التفريق شرعاً وقانوناً"[٣].

ويتضح مما تقدم بأن القضاء العراقي قبل تعديل قانون الأحوال الشخصية، لم يكن يعتبر العقم من اسباب التفريق، لا شرعاً ولا قانوناً، بمعنى أن القضاء العراقي كان يأخذ برأي جمهور فقهاء المسلمين القائل بعدم جواز طلب

---

(١)_ د. محمد الازهر، شرح مدونة الاسرة المغربي،ط٧، الدار البيضاء، المغرب، ٢٠١٥، ص٢٦٨ وما بعدها.

(٢)_ أنظر حكمها المرقم: ٨٠/ شرعية/ بتاريخ: ١٥_٢_١٩٧٠. نقلا عن القاضي جاسم جزاء جافر هورامي، الجامع لأهم مبادئ قضاء محكمة تمييز العراق لأكثر من ستة عقود، ط١، ج١، مكتبة يدكار، السليمانية، العراق، ٢٠١٩،ص٢٣١.

(٣)_ أنظر حكمها المرقم: ١٠٢/ شخصية شرعية ثانية/ بتاريخ: ١٩٧٤. نقلا عن المصدر السابق، ص٢٣٢.

التفريق للعقم. غير أن هذا التوجه تغير بعد تعديل قانون الاحوال الشخصية الذي اجاز طلب التفريق للعقم[١]، ونتيجة ذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية في حكم لها بأن: " ثبوت عدم قدرة الزوج على الأنجاب حسب تقرير اللجنة الطبية يجعل من حق الزوجة طلب التفريق القضائي"[٢].

وقضت محكمة النقض المغربية في حكماً لها بأن: "العقم الطبيعي لا يعد سبب من اسباب التطليق، إلا إذا ثبت أن العقم حصل بفعل الزوج، قاصداً الاضرار بزوجته حتى لا تنجب منه"[٣]. ويتضح من هذا الحكم بأن القضاء المغربي لا يعتبر العقم الطبيعي من اسباب التفريق، الا اذا تعمد الزوج احداث العقم، لغرض الاضرار بزوجته، فهنا سيكون التفريق على اساس الضرر العمدي، فضلا عن ذلك أن هذا التوجه يتفق مع القانون المغربي، الذي لا يعد العقم من اسباب التفريق.

وبعد الفراغ من بيان حكم التفريق للعقم، يرى الباحث بأن العقم لا يعد سبب من أسباب التفريق، إلا إذا تعمد الشخص اخفائه، فهنا سيكون التفريق على اساس التدليس؛ والسبب في ذلك أن العقم مسألة متعلقة بمشيئة الله تعالى، وهناك قاعدة في اصول الفقه مفادها: (أن الانسان لا يمدح و لا يذم على الافعال المجبر عليها، وليس لاختياره دور فيها)[٤]، وبالتالي لا يمكن اعتبار العقيم مقصراً لكي نبرر طلب التفريق منه، وفضلا عن ذلك أن العقم لا يمنع من المعاشرة الجنسية، وليس في وجوده ضرراً على حياة الزوج الاخر، وعلاوة على ما تقدم أن مسألة

---

(١)_ اضاف المشرع العراقي العقم إلى اسباب التفريق، بموجب القانون رقم (٢١) لسنة (١٩٧٨) قانون التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) المنشور في الوقائع العراقية عدد: (٢٦٣٩) في تاريخ: ٢٠_٢_١٩٧٨.

(٢)_ أنظر حكمها المرقم: ٣٨٧٣/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/ بتاريخ : ٢٠١٣. نقلا عن القاضي قاسم فخري الربيعي، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية،ط٢،ج١،دار الرايحين، بغداد، العراق،٢٠١٧،ص٩٢.

(٣)_ أنظر حكمها المرقم: ٧٧٥/ شرعي/ بتاريخ ١٤_٩_١٩٩٩. نقلا عن موقع اجتهادات محكمة النقض المغربية، تاريخ الزيارة: ٢٣_٤_٢٠٣٣.

(٤)_ الشيخ فاضل الصفار، المهذب في اصول الفقه،ط٢، مكتبة العلامة بن فهد الحلي، كربلاء المقدسة،٢٠١٦، ص١٤٥.

العقم يمكن التثبت منها قبل الزواج عن طريق الفحص الطبي. وإذا كانت السياسة التشريعية للاتجاه المجيز، تراعي البعد العاطفي الخاص بإشباع غريزة الأمومة عند الزوجة ، فلابد أن تكون هذه السياسة مقيدة بحدود وضوابط معينة توازن ما بين البعد العاطفي والمضار المترتبة على انهاء عقد الزواج، وهذا ما سنبينه في الفقرة القادمة.

ثانيا_ قيود التفريق للعقم:_

إن التشريعات المقارنة عندما اجازت للزوجة طلب التفريق للعقم، فأنها في الوقت نفسه تشددت حيال هذا الأمر ففرضت عليه تدابير وحواجز عدة، وإزاء ذلك سوف نستعرض النصوص القانونية لهذه التشريعات، حتى نسلط الضوء على القيود والحواجز التي جاءت بها ،مع بيان موقف المشرع العراقي منها، ومن هذا المنطلق نص قانون الاحوال الشخصية العراقي في المادة (٤٣/ اولا/ ٥) على حق الزوجة في طلب التفريق إذ: " كان زوجها عقيم، أو ابتلى بالعقم بعد الزواج، ولم يكن لها ولد منه على قيد الحياة". وكذلك نص قانون الاحوال الشخصية الإماراتي في المادة (١١٤/ ف٢) على حق الزوجين في طلب التفريق "إذا ثبت بتقرير طبي عقم الآخر، بعد زواج دام خمس سنوات، وبعد العلاج الطبي، وبشرط عدم وجود أولاد لطالب الفسخ، وأن لا يجاوز عمره أربعين سنة". وفي السياق نفسه نص قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة (١٣٦) منه بالقول: "للزوجة القادرة على الأنجاب إن لم يكن لها ولد ولم تتجاوز الخامسة والأربعين سنة شمسية من عمرها حق طلب فسخ عقد زواجها إذا ثبت بتقرير طبي مؤيد بالشهادة عقم الزوج وقدرة الزوجة على الانجاب وذلك بعد مضي خمس سنوات من تاريخ دخوله بها".

ومن خلال المقاربة والمقايسة ما بين سياسة المشرع العراقي وباقي التشريعات المقارنة التي اجازت التفريق للعقم، نجد بأن التشريعات المقارنة فرضت قيود وحواجز عدة على مسألة التفريق للعقم ، وجاءت سياستها على النحو الآتي:-

القيد الأول_ أن لا يكون للزوجة ولد:-

أن الفلسفة التي أعطي من أجلها حق التفريق للعقم، هي لإرضاء غريزة الأمومة عند الزوجة، وبالتالي فأن علة التفريق للعقم تنتفي اذا كان لها ولد، ولا

يهم سواء أكان هذا الولد من زوجها الحالي، أم كان لها ولد من زواج سابق؛ لأن إرضاء غريزة الأمومة يتحقق بكلا الحالتين[١].

و بخصوص موقف التشريعات المقارنة من هذا القيد، نجد بأن المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية قيد حالة العقم بأن لا يكون للزوجة ولد من زوجها العقيم فقط، عندما استعمل عبارة **(ولم يكن لها ولد منه على قيد الحياة)**[٢]، ويرى الفقه بأنه كان من الاجدر بالمشرع العراقي أن يطلق الامر، فيقيد حقها بطلب التفريق بأن لا يكون لها ولد من أي زوج كان[٣]. وهذا الامر تنبهت له التشريعات المقارنة، فقيدت حق الزوجة بأن لا يكون لها ولد من أي زوج كان، وهذا ما نص عليه قانون الاحوال الشخصية الإماراتي عندا استعمل عبارة **(وبشرط عدم وجود أولاد لطالب الفسخ)**[٤]. كما واكد عليها قانون الأحوال الشخصية الأردني عندما استعمل عبارة **(إن لم يكن لها ولد)**[٥]. وهذه العبارات جاءت مطلقة والمطلق يجري على اطلاقه، أي أن حق الزوجة في طلب التفريق يسقط مادام لها ولداً سواء أكان هذا الولد من زوجها الحالي أم من زواج السابق، وأن هذا التوجه في سياسة التشريعات المقارنة يعد توجه مرغوب فيه؛ لأنه يوازن ما بين حماية البعد العاطفي للمرأة والتضيق من نطاق التفريق للعقم.

اما بخصوص موقف القضاء، فنجد بأن محكمة التمييز الاتحادية قد قضت في حكماً لها بأن: " للزوجة الحق في طلب التفريق إذا كان زوجها عقيم

---

(١)_د. فاروق عبد الكريم، الوسيط في شرح قانون الشخصية العراقي، ط٤، مكتبة يكدار، العراق، ٢٠٢٠، ص٢٨٤ وما بعدها.

(٢)_ الواردة في المادة (٤٣/ اولا/ ٥) من قانون الاحوال الشخصية العراقي، سالفة الذكر.

(٣)_ د. أحمد الكبيسي، الوجيز شرح قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته،ج١، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، دون ذكر سنة النشر، ص١٦٦.

(٤)_الواردة في المادة (٢/١١٤) من قانون الاحوال الشخصية الإماراتي سالفة الذكر.

(٥)_المنصوص عليها في المادة (١٣٦) من قانون الأحوال الشخصية الأردني المذكورة اعلاه.

أو ابتلى بالعقم بعد الزواج ولم يكن لها ولد منه..."[١]. ويتضح من هذا الحكم بأنه اشترط لطلب التفريق أن لا يكون للزوجة ولد من زوجها العقيم فقط، وكان الأجدر بالقضاء العراقي أن يطلق الأمر فيقيد حق الزوجة في طلب التفريق بأن لا يكون لها ولد من أي زوج كان. وإزاء ذلك ندعو المشرع العراقي الى حذف قيد (منه) الوارد في الفقرة اعلاه، لتصبح العبارة مطلقة وبالشكل الاتي: (ولم يكن لها ولد على قيد الحياة).

القيد الثاني_ أن تكون الزوجة قادرة على الانجاب:

لا يكفي لطلب التفريق أن يكون الزوج عقيماً، بل يشترط في الوقت نفسه أن تكون الزوجة قادرة على الانجاب؛ لأن اشتراط كون الزوجة قادرة على الانجاب يعد قيداً معتبراً في حكم التفريق، لأن النص أعطى الزوجة حق التفريق لغاية تتمثل بحقها في الانجاب واشباع غريزة الامومة، فإذا كانت هي السبب في ذلك أو مشتركة في العقم مع الزوج، فأن مبررات طلب التفريق تنتفي[٢].

و بخصوص موقف التشريعات المقارنة من هذا القيد، نجد بأن قانون الأحوال الشخصية الأردني قد أنفرد بالتأكيد عليه عندما استهل نص المادة (١٣٦) المذكورة اعلاه بعبارة **(للزوجة القادرة على الأنجاب)**. بينما اهملت باقي التشريعات المقارنة هذا القيد ومن ضمنها القانون العراقي، على الرغم من أهمية هذا القيد في التفريق للعقم؛ لأنه ليس من العدل أن تطالب الزوجة بالتفريق من زوجها المصاب بالعقم والذي يحول دون تحقيق مقصد الزواج من التناسل

([١])_انظر حكمها المرقم: ٧٥٩/ احوال شخصية_ تفريق/ تاريخ اصدار الحكم: ٢١_٤_٢٠٠٨. نقلا عن القاضي عدنان مايح، مبادئ الأحوال الشخصية،ط١،ج١، مكتبة الصباح، بغداد، ٢٠١٥، ص١٣٠.

([٢])_ استاذنا الدكتور حيدر حسين كاظم الشمري، د. صفاء متعب الخزاعي،التفريق القضائي للإيذاء الجنسي الواقع بين الزوجين، مصدر سابق، ص٩٢.

وانجاب النسل، وفي الوقت نفسه فيها علة مماثلة تحول دون تحقيق تلك المقاصد[١].

أما بخصوص موقف القضاء، فنجد بأن محكمة التمييز الاتحادية العراقية قد راعت هذا القيد، فقضت في حكماً لها بأن: " مطالبة الزوجة بالتفريق لعقم زوجها وعدم قدرته على الأنجاب، يقتضي أن تكون لها القابلية على ذلك، وحيث أن المحكمة أصدرت حكمها المميز دون مراعاة ذلك مما اخل بصحته لذا قرر نقضه"[٢]. وقضت المحكمة نفسها في قرار اخر لها بأن: "المحكمة قد قضت بالتفريق لعدم الانجاب، بحجة عدم وجود اطفال لها، دون أن تلاحظ بأن عدم انجاب الاطفال قد يكون من جانب الزوج أو من جانب الزوجة، ولا يمكن تقدير ذلك إلا بتقرير طبي صادر من لجنة طبية مختصة"[٣].

ويتضح مما تقدم بأن محكمة التمييز الاتحادية، اشترطت لقبول دعوى التفريق لعقم الزوج، أن تكون الزوجة قادرة على الانجاب، وهذا التوجه لهذه المحكمة الموقرة يعد توجه مرغوب فيه، ولذلك ندعو المشرع العراقي إلى تبني هذا القيد.

القيد الثالث_ تحديد السن الأعلى لطلب التفريق:

وكنتيجة حتمية على القيد السابق، يشترط أن لا تكون الزوجة طالبة التفريق قد دخلت في سن اليأس[٤]، والذي يترتب عليه انقطاع الاخصاب لدى

---

(١)_ محسن شفيق ناجي، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي،ط١، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٦٢، ص٣٧٧.

(٢)_ أنظر حكمها المرقم:٢٠١٠/ تسلسل: ٢١٥٠/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/ بتاريخ: ٢٠٢٣، قرار غير منشور.

(٣)_ انظر حكمها المرقم: ١١٢٠/ شخصية/ بتاريخ: ٢٢_١_١٩٨٧. نقلا عن مجلة الاحكام العدلية، العدد ٣، السنة التاسعة، ١٩٨٧.

(٤)_ **سن اليأس:** هو انقطاع الطمث لدى المرأة، ودخولها إلى فترة انعدام الخصوبة، ويبدأ انقطاع الطمث من سن(٤٠) سنة إلى سن (٥١) سنة. وقد يحصل الانقطاع قبل ذلك بسبب التعرض لعلاج اشعاعي أو كيميائي أو بعد الخضوع لجراحة استئصال المبيضين. ينظر: د.

المرأة، وهذا القيد معتبر في التفريق للعقم، ونتيجة ذلك اشترط القانون الإماراتي في المادة (٢/١١٤) سالفة الذكر **(أن لا يجاوز عمره أربعين سنة)**. وهنا أكدت المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي بأن القانون لم يعطِ حق التفريق للعقم بشكل مطلق، بل قيده بقيود عدة ومن هذه القيود عدم مجاوزة طالب الفسخ لسن الاربعين[١]. وفي السياق نفسه سار قانون الأحوال الشخصية الأردني، في المادة (١٣٦) المذكورة اعلاه غير أنه قيد عمر الزوجة بأن **"لم تتجاوز الخامسة والأربعين سنة شمسية من عمرها"**. أما موقف المشرع العراقي، فيلاحظ بأنه كما لم يتطرق لقيد القدرة على الانجاب، كذلك أهمل قيد الحد الاعلى لسن طلب التفريق للعقم.

أما بالنسبة لموقف القضاء فنجد بأن محكمة التمييز الاتحادية العراقية قد التفتت إلى هذا القيد، فقضت في حكماً لها بأن: " الغاية من اعطاء الحق للزوجة في طلب التفريق للعقم، لكي لا تحرم من اشباع عاطفة الامومة في نفسها، وهذا الهدف لا يمكن تحقيقه وفق اقرار المميزة من كونها دخلت سن اليأس فتكون المصلحة التي تبتغيها المميزة من اقامة الدعوى قد أنتفت"[٢]. وهذا التوجه في قضاء هذه المحكمة المحترمة، يعد توجاً سليماً في تطبيق القانون، ومن هنا ندعو المشرع العراقي بأن يشترط في طلب التفريق للعقم، عدم دخول الزوجة سن اليأس.

ان ماكغريغر، ترجمة هنادي مزبودي، سن اليأس والعلاج الهرموني البديل، مكتبة الملك فهد ، الرياض، ١٤٣٤هـ، ص١.

(١)_ المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، ملحق مجلة الشريعة والقانون،العدد السادس والعشرون،إبريل، ٢٠٠٦ ، ص ٢٠٣.

(٢)_ ينظر حكمها المرقم: ٦٠١/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/ تاريخ القرار: ٢٠١٨/٢/١٤. نقلا عن المحامي رحيم العتابي، المختار من قضاء محكمة التمييز قسم الاحوال الشخصية ، ط١، ج٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٩، ص٢٠.

القيد الرابع: مرور مدة على الزواج:

ويرى رأي في الفقه الاسلامي المعاصر أن من القيود المعتبرة على طلب التفريق للعقم، أن يمضي على عقد الزواج وامكان الدخول ما لا يقل عن اربع سنوات كحد ادنى، وهي مدة كافية للتثبت من العقم، ومن رغبة الزوجة في طلب التفريق والاصرار عليه[١]. وهذا القيد معتبر وقد أخذ به كل من قانوني الأحوال الشخصية الإماراتي والاردني، إذ اشترطا لطلب التفريق للعقم، مضي مدة خمس سنوات على عقد الزواج[٢]. اما قانون الأحوال الشخصية العراقي فلم ينص عليه، وإزاء ذلك ندعوا المشرع العراقي إلى تبني هذا القيد واشتراط مضي مدة خمس سنوات على عقد الزواج لغرض طلب التفريق للعقم، لما له من دور مؤثر في التضييق من نطاق التفريق للعقم.

القيد الخامس: عدم امكانية الشفاء من العقم:

لا يكفي لطلب التفريق أن يكون الزوج عقيماً، بل تشترط بعض القوانين فضلا عن ذلك عدم امكانية الشفاء من العقم بعد الخضوع لعلاج طبي، فأن ثبوت عدم إمكانية الشفاء من العقم يعد قيد اساسي للتفريق؛ لأن حالة العقم تكون موضوع تحقيق واثبات عند النظر في دعوى التفريق لهذا السبب عن طريق الكشف الطبي على الزوج على أن يتضمن التقرير عدم إمكان زوال حالة العقم حسب نتائج الفحوص المختبرية[٣]

و بخصوص موقف التشريعات المقارنة من هذا القيد، نجد بأن قانون الأحوال الشخصية الإماراتي قد انفرد بالنص عليه عندما استعمل عبارة **(وبعد**

([١])_د. عبد الكريم زيدان، المفصل في احكام المرأة والبيت المسلم،ط١، ج٩، مؤسسة الرسالة،بيروت،١٩٩٣، ص٤٠.

([٢])_ وهذا القيد ورد في المادة (٢/١١٤) من قانون الاحوال الشخصية الأماراتي. والمادة (١٣٦) من قانون الاحوال الشخصية الأردني، المشار اليهما مسبقاً.

([٣])_ القاضي ربيع محمد الزهاوي، التفريق القضائي للعنة والعقم والعلل،ط١، دار السنهوري، بغداد، ٢٠١٩، ص١٤٥.

العلاج الطبي) الواردة في المادة (١١٤_ ٢) المذكورة اعلاه، وهذا ما أكدته المذكرة الايضاحية لقانون الاحوال الشخصية الإماراتي، بأن القانون فرض قيود عدة على التفريق للعقم، ومن ضمنها عدم القابلية على الشفاء بعد الخضوع لعلاج طبي[١].

اما بخصوص موقف القضاء فنجد بأن محكمة التمييز الاتحادية قد أكدت على هذا القيد في مناسبات عدة إذ قضت في حكماً لها بأنه: " على المحكمة مفاتحة معهد الطب العدلي للتأكد من أن المدعى عليه هل يعتبر عقيم وفقاً للوصف المذكور في التقرير أم لا، وهل أنه بحاجة إلى علاج، والاستيضاح منها عن مدة العلاج في حال امكانية ذلك"[٢]. وقضت المحكمة نفسها في قرار اخر لها بأن: " رد دعوى المدعية الطالبة بالتفريق للعقم، يعد صحيحاً وموافقاً للقانون، لأن الثابت من التقرير الطبي أن المدعى عليه مصاب بالعقم الذي يقبل العلاج بصورة مستمرة، وكان من المناسب قانونا افهام المدعى عليه بلزوم مراجعة الطبيب المختص لغرض وصف العلاج لحالته المرضية والاستمرار على العلاج بصورة مستمرة"[٣]. ويتضح مما تقدم بأن القضاء العراقي التفت إلى مسألة امكانية شفاء الشخص المصاب بالعقم، وهذا التوجه يحسب للقضاء العراقي، وإزاء ذلك ندعوا المشرع العراقي إلى تبني هذا القيد.

القيد السادس: الإنجاب الاصطناعي:

المراد بالإنجاب الاصطناعي " ادخال حيوانات منوية مستخرجة من الزوج في الجهاز التناسلي للزوجة بهدف الاخصاب والانجاب، ولا يتم ذلك عن طريق الجماع المباشر بين الزوج والزوجة وإنما بحقن السائل المنوي بطريقة

---

(١)_ المذكرة الايضاحية لقانون الأحوال الشخصية الأماراتي، مصدر سابق، ص ٢٠٣.

(٢)_ ينظر حكمها المرقم: ٥١٨٧/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية، بتاريخ: ١٦_١٠_٢٠١١. نقلا عن القاضي ربيع محمد الزهاوي، عالم دعاوى محاكم الاحوال الشخصية، ط١، دار السنهوري، بغداد، ٢٠١٣، ص٧٧.

(٣)_انظر حكمها المرقم: ١٤١٣/شخصية/ بتاريخ ١٩٩٣. نقلا عن مجلة الاحكام العدلية، العدد ٣، السنة التاسعة، ص٥٢.

اصطناعية بواسطة المحقن المخصص لذلك، ويلجأ الطبيب إلى هذه الطريقة في حالة الفشل في معالجة العقم، وكتدبير مساعد للحصول على الطفل"[١]. ومن هذا المنطلق فقد شهد الطب الحديث تطوراً هائلاً في علاج العقم ومساعدة الذين لا يتسنى لهم الإنجاب بصورة طبيعية، وقد استحدثت خلال العقود الأخيرة طرق وأساليب متنوعة فتحت أفاقاً واسعة أمام الأزواج المحرومين من الأطفال، وأتاحت للكثيرين منهم فرصة الأنجاب باتباع الوسائل الصناعية[٢]. ومع حصول هذه التطورات يثار السؤال الآتي، هل يعد الانجاب عن طريق وسائل الانجاب الاصطناعية قيد في التفريق القضائي للعقم ام لا؟ يبدو أن التشريعات المقارنة لم تبين حكم ذلك، وعند التأمل في موقف القضاء العراقي، نجد بأنه اختلف في هذا الامر وظهر نتيجة هذا الاختلاف اتجاهان:

الاتجاه الاول_ ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية العراقية في حكماً لها بأن:" تحقق الانجاب عن طريق تقنية اطفال الانابيب لا يمنع الزوجة من طلب التفريق وفق المادة ٤٣/ فقرة ٥ من قانون الاحوال الشخصية"[٣]. وقضت المحكمة نفسها في قرار اخر لها بأن: " للزوجة طلب التفريق إذا كان زوجها عقيماً أو ابتلى بالعقم بعد الزواج، اما مسألة امكان ان يحصل الانجاب عن طريق تقنيات طفل الانابيب فأن ذلك لا يحول دون حق الزوجة في طلب التفريق"[٤]. ويتضح مما تقدم بأن أمكانية الإنجاب عن طريق وسائل الانجاب الاصطناعية، لا يؤثر على حق الزوجة في طلب التفريق.

---

(١)_استاذنا الدكتور حيدر حسين كاظم الشمري، إشكاليات الرحم البديل وإثبات النسب في صور الإخصاب الاصطناعي،ط١، المركز القوي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، ٢٠١٦، ص١٥.

(٢)_ السيد محمد رضا السيستاني، وسائل الإنجاب الصناعية،ط٤، دار المؤرخ العربي، بيروت لبنان، ٢٠١٦، ص٥.

(٣)_ انظر حكمها المرقم: ٧٥٩/ شخصية/ بتاريخ ٢١_٦_٢٠١٢. نقلا عن القاضي ربيع محمد الزهاوي، النادر والمهم في قضاء محاكم الاحوال الشخصية، مصدر سابق، ص٢٥٨.

(٤)_ انظر حكمها المرقم: ٧٥٩/ احوال شخصية_ تفريق/ تاريخ اصدار الحكم: ٢١_٤_٢٠٠٨. نقلا عن القاضي عدنان مايح،مصدر سابق، ص١٣٠.

الاتجاه الثاني_ وهذا الاتجاه يمثل التوجه الأخير لمحكمة التمييز الاتحادية، إذ قضت في حكماً لها بأنه: "إذا بين التقرير الطبي بأن الزوج لديه ضعف في السائل المنوي، ويمكن الاستفادة من تقنية اطفال الانابيب، فأن حكم المحكمة برد دعوى طلب التفريق للعقم يكون صحيحاً"[١]. ويتضح مما تقدم بأن توجه القضاء العراقي، يذهب إلى أن امكانية الانجاب عن طريق وسائل الانجاب الاصطناعية، يعد مانع من سماع دعوى التفريق للعقم، وهذا التوجه يعد من اهم السياسات في الحد من التفريق للعقم، سيما في الوقت الحالي وبفضل ما وصل اليه الطب الحديث من تطور هائل. ولذلك ندعو المشرع العراقي إلى تبني هذا القيد ضمن الاحكام الخاصة بالعقم. هذا وتجدر الاشارة إلى إن ذلك لا يعني بأن الزوجة مجبرة على استخدام هذه الوسيلة للإنجاب، وكل ما في الامر هو سقوط الحق في طلب التفريق اذا ثبت امكانية تحقق الانجاب عن طريق وسائل الانجاب الاصطناعية.

ومن كل ما تقدم فقد تبين لنا بأن التشريعات المقارنة امتازت سياستها بالتشدد حيال مسألة التفريق للعقم، ففرضت عليه قيود وحواجز عدة، لغرض الحد أو التقليل من حالات التفريق للعقم، وبالمقابل نجد بأن سياسة المشرع العراقي جاءت عكس ذلك، فكانت الفقرة (٥) من المادة (٤٣) تتسم بالإطلاق، حيث اجازت للزوجة طلب التفريق متى شاءت، وإزاء ذلك ندعوا المشرع العراقي إلى تبني القيود المذكور اعلاه ضمن الاحكام الخاصة بالتفريق للعقم، وعلى ذات النهج الذي سارت عليه التشريعات المقارنة.

([١])_ انظر حكمها المرقم: ٧٠٥٠/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/ تاريخ اصدار الحكم: ٢٠١٦. نقلا عن المحامي رحيم حرجان عودة، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية_ قسم الاحوال الشخصية، مكتبة الصباح، بغداد، ٢٠١٧، ص٣٤.

الفرع الثـانـي

الحد من التفريق للعيوب المؤثر على الرابطة المشتركة

إن العيـوب المـؤثرة فـي الرابطـة المشـتركة بـين الـزوجين تُطلـق ويـراد بهـا: "الـنقص البـدني أو العقلـي فـي أحـد الـزوجين أو كلاهمـا والـذي يمنـع مـن تحصـيل مقاصـد الـزواج، والتمتـع بالحيـاة الزوجيـة"[١]. ومـن هـذا المنطلـق فـأن بيـان دور السياسـة التشـريعية للحـد مـن التفريـق لهـذا النـوع مـن العيـوب، يسـتلزم تقسـيم هـذا الفـرع علـى فقـرتين: نخصـص الاولـى:_ لحكـم التفريـق للعيـوب. و نعـالج فـي الفـرع في الثانية:_ قيود الحد من التفريق للعيوب المؤثرة في الرابطة المشتركة.

اولا_ حكم التفريق للعيوب المؤثرة في الرابطة المشتركة:-

لغـرض بيـان حكـم التفريـق للعيـوب المـؤثرة فـي الرابطـة الزوجيـة، سـوف نستعرض موقف الفقه الإسلامي، ومن ثمة التشريعات المقارنة والقضاء.

١_ موقـف الفقـه الإسـلامي: أختلـف فقهـاء المسـلمين بخصـوص حكـم التفريـق للعيوب، وظهر نتيجة هذا ثلاثة اتجاهات:

الاول_ الاتجـاه المـانع: وتبنـاه (ابـن حـزم الظـاهري) و(الشـوكاني)، وهـذا الاتجـاه تـذهب أصـحابه، إلـى أن الـزواج لا يمكـن فسـخه للعيـب، سـواء أكانـت هـذه العيـوب تناسـلية، ام جسـدية؛ وذلـك لأن الـزواج عقـد يفيـد الـدوام والاسـتمرار، فـلا يمكـن فسـخه إلا بـدليل شـرعي، ولـم يثبـت الـدليل علـى ذلـك. فضـلا عـن ضـعف الادلـة التـي تمسك بها الاتجاه القائل بجواز الفسخ[٢].

الثـاني_ الاتجـاه الوسـط: وهـو مـذهب جمهـور الفقهـاء، وهـو وسـط بـين المـذاهب، فلم يمنعوا الرد بالعيب مطلقا ، ولم يجيزوا الرد بأي عيب قد تنفر منه النفس ، بل

([١])_ معـوض عبـد التواب،الصـيغ الشـرعية لـدعاوى الاحـوال الشخصـية،ط٢،دار الوفـاء، المنصورة،١٩٨٨، ص١٤٠.

([٢])_ أبـو محمد علـي بـن محمد بـن سـعيد بـن حـزم الاندلسـي، المحلـى بالاثـار،ط٣،ج١٠، دار الكتـب العلميـة، بيـروت، لبنـان، ٢٠٠٩، ص١٠٩. وينظـر: محمد بـن علـي بـن عبـد الله الشـوكاني، نيـل الاوطار من اسرار منتقى الاخبار،ط١، ج٦، دار الحديث، مصر، ١٩٩٣، ص١٥٧.

حصروا التفريق في عيوب معينة، ومع اتفاقهم على جواز التفريق بين الزوجين بسبب العيوب، إلا أنهم اختلفوا في حدودها[١].

الثالث_ الاتجاه الموسع: وتبناه (أبن تيمية) و(أبن القيم الجوزية) من فقهاء الحنابلة، وذهبا إلى أن الاقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة أو ثمانية دون ما هو أولى منها أو مساوٍ لها فلا وجه له، فالعمى والخرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين والرجلين أو أحدهما، أو كون الرجل كذلك من أعظم المنفرات ، والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه، ولا يحصل به مقصود النكاح من المودة والرحمة يوجب الخيار[٢].

([١])_ **في الفقه الامامي** العيوب المجوزة للفسخ هي: " ١_ عيوب مشتركة وهي: الجنون. ٢_ عيوب خاصة بالرجل وهي: والخصاء، والجب، والعنن. ٣_ عيوب خاصة بالمرأة وهي: البرص، والجذام، والافضاء، والقرن، والعرج البين، والعمى" ينظر : العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، (٢٨٨/٣).

وفي الفقه الحنفي العيوب المجوزة للفسخ هي: " الجب، والعنة، والخصاء". ينظر: برهان الدين ابي المعالي محمود بن صدر الشريعة بن مازة البخاري، المحيط البرهاني، ط١،ج٤، مؤسسة نزيه كركي، بيروت، لبنان، ٢٠٠٤، ص٢٣٨.

وفي الفقه المالكي العيوب المجوزة للفسخ هي: " الجنون، والجذام، والبرص، و عيب الفرج". ينظر: ابي سعد محمد الازدي القيرواني، التهذيب في اختصار المدونة، ط١،ج٢، دار البحوث للدراسات الاسلامية، الإمارات، دبي، ٢٠٠٢، ص١٧٧.

وفي الفقه الشافعي العيوب المجوزة للفسخ هي: " ١_ عيوب مشتركة وهي: الجنون، والجذام، والبرص. ٢_ عيوب خاصة بالرجل وهي: العنة، والجب. ٣_ عيوب خاصة بالمرأة وهي: الرتقاء، والقرناء". ينظر ابي اسحاق بن الفيروز ابادي الشيرازي، المهذب في فقه الامام الشافعي،ط٢،ج٢، دار بن حزم، بيروت، لبنان، ١٩٥٢،ص٤٩.

وفي الفقه الحنبلي العيوب المجوزة للفسخ هي: "١_ عيوب مشتركة وهي: الجنون، الجذام، البرص، والبخر، والناصور. ٢_ عيوب خاصة بالرجل وهي: العنة، والجب، والخصاء. ٣_ عيوب خاصة بالمرأة وهي: والرتق، والعفل، والقرن". ينظر: أحمد بن عبد الله البعلي، الروض الندي،ط١،ج٢، دار النوادر، دمشق، ٢٠١٢، ص٧٤٠.

([٢])_ أبن القيم الجوزية،زاد المعاد،(١٦٦/٣). وينظر: أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني أو العباس، الاختيارات الفقهية لشيخ الاسلام ابن تيمية، ط١، مجمع الفقه الاسلامي، جدة،٢٠١٤، ص٢٢٢ ومابعدها.

٢_ موقف التشريعات المقارنة: أن جواز التفريق للعيوب يعد من المبادئ المستقرة في التشريعات المقارنة، ومن هذا المنطلق أكد قانون الأحوال الشخصية العراقي على حق الزوجة في طلب التفريق، إذا وجدت أن زوجها عنين أو مبتلى بما لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية. أو مصاب بعلة لا يمكن معها معاشرته بلا ضرر، كالجذام، والبرص، أو ما يماثلها[١]. ويبدو بأن المشرع العراقي لفق هذا النص من مختلف فقهاء المذاهب الإسلامية بما في ذلك أبن القيم القائل بأن العيوب غير محصورة[٢].

كذلك نجد بأن قانون الأحوال الشخصية الإماراتي قد أعطى الحق في طلب التفريق إذا وجد بالزوج الأخر علة منفرة أو مضرة كالجنون والجذام والبرص أو مانعة من المتعة الجنسية كالعنة[٣]. ويبدو من المذكرة الإيضاحية القانون بأنه أخذ برأي أبن القيم القائل بأن العيوب غير محصورة، ومعيار العلل المقصودة هنا: كل عيب ينفر الزوج الآخر، أو يتضرر، أو يمنع المتعة الجنسية[٤].

وايضاً أكدت مدونة الاسرة المغربية على حق الزوجة في طلب التفريق للعيوب، إذا كانت العيوب مؤثرة على استقرار الحياة الزوجية، وهي تكون كذلك إذا كانت مانعة من المعاشرة الجنسية، أو فيها خطر على حياة الزوج الاخر[٥]. ويبدو بأن القانون المغربي وضع قاعدة عامة في التفريق للعيوب، مفادها جواز

---

(١) أنظر الفقرتين الرابعة والسادسة في البند (اولا) من المادة (٤٣) من هذا القانون.

(٢) د. أحمد الكبيسي،مصدر سابق،ص ١٦٤ وما بعدها.

(٣) أنظر المادة (١١٢/ ف١) من هذا القانون.

(٤) المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي،مصدر سابق،ص١٩٩.

(٥)_ ينظر المادة (١٠٧) من هذا القانون.

التفريق إذا كان العيب مؤثراً في المعاشرة الجنسية، أو فيه خطر على حياة الشخص الاخر، ما يعني بأن العيوب غير محددة على سبيل الحصر[١].

كما ذهب قانون الأحوال الشخصية الأردني إلى حق الزوجة في طلب التفريق إذا وجدت زوجها مبتلى بعله أو مرض لا يمكن الإقامة معه بلا ضرر كالجذام أو البرص أو الإيدز، أما وجود عيب كالعمى والعرج في الزوج فلا يوجب التفريق[٢]. ونتيجة ذلك فأن القانون الأردني أورد العيوب على سبيل المثال لا الحصر، كالجذام والبرص، وأضاف القانون مرض الإيدز، وكل عيب آخر تتوافر فيه الشروط التي تجيز للزوجة طلب التفريق، أما عيوب الزوج التي معها يمكن أن تقيم الزوجة بلا ضرر كالعمى والعرج فلا توجب التفريق[٣].

٣_ موقف القضاء: يبدو أن توجه القضاء مستقر على أن العيوب المجوزة للتفريق غير محددة، ولا ابلغ في الدلالة على ذلك ما قضت به محكمة تمييز العراق في حكماً لها بأن: "قانون الأحوال الشخصية لم يحدد العلل التي تسوغ للزوجة أن تطلب التفريق بسببها إذا أبتلى بها الزوج وترك للقاضي المجال في استظهار العلة والضرر"[٤]. كذلك قضت محكمة الاستئناف المغربية بتطوان في حكماً لها بأن: " المشرع اشترط في التطليق للعيوب أن يكون من شأن وجودها التأثير على استقرار الحياة الزوجية، أو أن تكون أمراض خطيرة على حياة الزوج الاخر أو على صحته، ويترك تحديد ذلك إلى الخبير المختص بناء على

---

(١)_ د. فوزي أكرم، شرح مدونة الاسرة المغربي، ط١، دار طنجة، المغرب، ٢٠١٩، ص٧٥.

(٢) أنظر المادة (١٣١) من هذا القانون.

(٣) د.أحمد محمد حسن القضاة، ،مصدر سابق،ص١٨٧ وما بعدها.

(٤) أنظر حكمها المرقم:٢١٣٩/شرعية/١٩٧٠.نقلا عن القاضي جاسم جزاء جافر هورامي،ج١،مصدر سابق، ص١٢٥.

أمر المحكمة"[١]. وقضت محكمة الاستئناف الشرعية الاردنية في حكماً لها بأن: " رد الدعوى المدعية لكون عيب البهاق غير مسموع، يعد غير صحيح، لأن لكل من الرجل والمرأة طلب الفسخ إذا وجد أحدهما بالأخر عيباً جنسيا، أو منفرا"[٢].

ويتضح مما تقدم بأن القضاء سار على نهج التشريعات المقارنة من حيث التأكيد على أن العيوب التي تجيز طلب التفريق، واردة على سبيل المثال لا الحصر، ويترك تقدير الوقائع إلى سلطة القاضي التقديرية. وإذا كان التفريق للعيوب من المبادئ المستقرة في الفقه الإسلامي والتشريعات المقارنة والقضاء، فهل يعد التفريق بها مطلقاً أم ترد عليه قيود يمكن أن تضيق من نطاقه؟ الجواب على ذلك سوف نبينه في الفقرة.

١. ([١])_ أنظر حكمها المرقم: ٤٩، عدد: ٢٠٣. تاريخ اصدار الحكم: ٢٦_٢_ ٢٠٠٦. نقلا عن موقع اجتهادات محكمة النقض المغربية/ http://www.juris.courdecassation.ma/.

([٢])_ انظر حكمها المرقم:٣٩٢٠٤. تاريخ اصدار الحكم: ٧_٨_١٩٩٥. نقلا عن القاضي أحمد محمد علي داود، مصدر سابق ص٣٣٤.

ثانيا_ قيود التفريق للعيوب المؤثرة في الرابطة المشتركة:-

إذا كان التفريق للعيوب من المسائل الثابتة شرعاً وقانوناً، فأن فقهاء المسلمين والتشريعات المقارنة قد تشددت حيال هذا الأمر ففرضت عليه قيود وحواجز يمكن أن تضيق من نطاق التفريق، وهذه القيود على النحو الاتي:

القيد الاول_ عدم العلم والرضا بالعيب:

اتفق فقهاء المسلمين على أن ثبوت حق التفريق للعيب في احد الزوجين، يشترط فيه أن لا يكون طالب التفريق قد علم بالعيب ورضي به، فإذا كان يعلم بالعيب وثبت حصول الرضا به، فأن خيار التفريق يسقط، وأن الرضا قد يكون صريحاً كما لو قال الزوج السليم رضيت بالعيب، وقد يكون الرضا ضمني، كما لو علم بالعيب قبل الزواج ومع ذلك ابرم العقد، أو صدر منه اي سلوك يدل على الرضا نحو تمكين الزوج السليم نفسه للزوج المصاب بعيب، بل ويعتبر السكوت مع العلم بالعيب قرينة على الرضا به[١].

وبخصوص موقف التشريعات المقارنة تجاه هذا القيد، نجد بأن قانون الاحوال الشخصية العراقي قد أهمل الاشارة إليه، ما يعني بأن حق الزوجة في طلب التفريق يبقى قائماً حتى لو علمت بالعيب ورضيت به[٢]. أما باقي التشريعات المقارنة فقد أكدت عليه بشكل صريح وقاطع، إذ نص قانون الاحوال الشخصية الاماراتي في المادة (١١٢) على أنه: " ٢ -ويسقط حقه في الفسخ إذا علم بالعلة قبل العقد أو رضي بها بعده صراحة أو دلالة. ٣ -على أن حق الزوجة

---

(١)_ ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، (٢٣٥/٢). وينظر: الدسوقي،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،(٢٧٧/٢). وينظر: الشيرازي، المهذب،(٤٢٨/١٥). وينظر: ابن قدامة، المغني، (٦٥٤/٦). وينظر: محمد جواد مغنية، الفصول الشرعية على مذهب الامامية،ط٢، المكتبة الاهلية، بيروت،لبنان،١٩٦١، ص٧٦.

(٢)_ استاذنا الدكتور حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في أحكام الزواج والطلاق واثارهما،مصدر سابق، ص١٥٨ وما بعدها.

في طلب الفسخ للعلة المانعة من المتعة الجنسية لا يسقط بحال". ويتضح من هذا النص بأن سياسة المشرع الإماراتي، تذهب إلى إن علم أحد الزوجين بعيب الاخر حين العقد، أو رضاه من صراحة او دلالة بعد العقد، مسقط لحقه في طلب الفسخ، ويستثنى من ذلك العيب الجنسي المانع من الرجل فأنه لا يسقط حق الزوجة ولو كانت عالمة وراضية بالعيب[١].

وعلى ذات النهج سارت مدونة الاسرة المغربية عندما نصت في المادة (١٠٨) بأنه يشترط لقبول طلب أحد الزوجين إنهاء العلاقة الزوجية للعيب: "١_ ألا يكون الطالب عالماً بالعيب حين العقد. ٢_ ألا يصدر من الطالب ما يدل على الرضا على العيب بعد العلم بتعذر الشفاء". ويتضح من هذا النص بأن العلم والرضا بالعيب، يعد من اسباب سقوط حق التفريق، ولا يهم سواء كانت هذه العيوب تناسلية ام جسدية، عكس القانون الإماراتي الذي استثنى العيوب المانعة من المتعة الجنسية.

وفي السياق نفسه نص قانون الاحوال الشخصية الأردني في المادة (١٢٩) منه بأن: "الزوجة التي تعلم قبل عقد الزواج بعيب زوجها المانع من الدخول بها، أو التي ترضى بالعيب صراحة أو دلالة بعد العقد يسقط حقها في طلب التفريق ما عدا العنة فإن العلم بها قبل عقد الزواج لا يسقط حقها ولو سلمت نفسها إليه". ويتضح من هذا النص بأن حق الزوجة في طلب التفريق للعيب يسقط، إذا كانت عالمة بالعيب قبل العقد، أو رضيت ببقاء الزواج مع وجود العيب، ويستثنى من ذلك مرض العنة فأن حق الزوجة في التفريق لا يسقط ولو سلمت نفسها اليه[٢]. ويرى الباحث أن استثناء العنة هو استثناء مؤقت وليس دائم؛ لأن العنة[٣] قد تكون لأسباب نفسية، وبالتي لا يمكن التثبت منها الا

([١])_ المذكرة الايضاحية لقانون الاحوال الشخصية الإماراتي، مصدر سابق، ص ٢٠٠.

([٢])_ د. محمد أحمد حسن القضاة، مصدر سابق، ص١٨٥.

([٣])_ **العنة:** هو مرض مانع من انتشار العضو بحيث لا يقدر معه على الايلاج. ينظر: علي بن الحسن الكركي،جامع المقاصد،ط١،ج١٣،،مؤسسة ال البيت،بيروت،لبنان،٢٠٠٨، ص ٢٢ .

بعد تمكين الزوجة من نفسها للزوج خلال اجل محدد لغرض الاختبار، فإذا انقضى الاجل وثبت بشكل قاطع أن الزوج عنين، فأن رضا الزوجة بالبقاء معه بعد انقضاء مدة الاختبار، يعد سبب من اسباب سقوط حقها في التفريق.

أما بخصوص موقف القضاء من هذا القيد، فنجد بأن محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية قد قضت في حكماً لها بأنه: " يشترط لطلب الزوج فسخ عقد الزواج للعيب ، ألا يكون عالماً به قبل العقد، ولم يرض به بعده لا صراحة ولا ضمناً"[١].

وقضت محكمة الاستئناف المغربية بطنجة في حكماً له بأن: "الحكم بالتفريق جاء صحيحاً؛ لأن المستأنفة لم تكن عالمة بالعيب حين العقد، ولم يصدر منها ما يدل على الرضا بعد العلم بالعيب"[٢].

وعلى ذات النهج قضت محكمة النقض الإماراتية في حكماً لها بأن: "الزوج إذا علم بأن الزوجة مصابة بمرض يوجب الخيار، ثم تلذذ بها بعد ذلك أو سكت زمنا عد ذلك دليل على رضاه بحالتها ويسقط حقه في طلب فسخ الزواج لذلك المرض"[٣]. وقضت المحكمة نفسها في قرار أخر لها بأن: " حق الطاعن في طلب فسخ عقد الزواج بسبب مرض الصرع أيا كان وجه الرأي في ثبوت وجوده أو ثبوت الخيار به، قد سقط بسبب سكوته بعد العلم به سكوتا يدل على أنه رضى به"[٤].

أما بخصوص موقف القضاء العراقي، فلم يطلع الباحث على حكم قضائي يسقط حق الزوجة في طلب التفريق إذا ما علمت بالعيب ورضيت به،

([١])_ انظر حكمها المرقم: ٣٧٦١٧، في ١٩٩٥. نقلا عن أحمد محمد علي داود، ج١، مصدر سابق، ص٣٣٤.

([٢])_ أنظر حكمها المرقم: ٣٤١، الصادر بتاريخ ٢٠_٤_٢٠٠٦. قرار غير منشور.

([٣])_ أنظر حكمها المرقم: ٩٠، نقض ابو ظبي، الصادر بتاريخ ٦_٤_٢٠٠٨. نقلا عن المستشار مصطفى عبيد، مصدر سابق، ص٣٠٩.

([٤])_ أنظر حكمها المرقم: ٥٧، الصادر بتاريخ ٢٩_٤_٢٠٠٩. نقلا عن المصدر السابق، ص٣٠٩.

وإزاء ذلك ندعوا المشرع العراقي إلى تبني سياسة الفقه الاسلامي والتشريعات المقارنة، التي تجعل من العلم والرضا بالعيب مسقطاً لحق التفريق القضائي.

القيد الثاني_ اشتراط الفورية:

وهذا القيد يتعلق بمسألة استعمال الحق في طلب التفريق القضائي، وهنا يثار تساؤل هل التفريق للعيوب هو على الفور ام على التراخي؟ هنا اختلف فقهاء المسلمين وظهر نتيجة هذا الاختلاف اتجاهان:

الاتجاه الاول_ تبناه فقهاء الاحناف والمالكية والحنابلة، وهذا الاتجاه لا يشترط اصحابه الفورية في طلب التفريق للعيب، فيجوز استعمال هذا الخيار على الفور أو على التراخي، ويبقى هذا الخيار قائما ولا يسقط مهما طال الزمن، ولعل هذا الاتجاه يتمسك بأطلاق الادلة، التي لم تحدد طلب التفريق للعيوب بوقت معين، وبالتالي لا يسقط الخيار إلا بالعلم والرضا بالعيب فقط[١]. وفضلا عن ذلك يذهب رأي في الفقه المعاصر في تأييد هذا الرأي إلى القول بأن التفريق لخيار العيب هو رخصة لمستحقه من الزوجين، وقد يحتاج مستحق هذه الرخصة لا سيما الزوجة إلى التأمل والصبر والانتظار إلى بعض الوقت لمصلحة يراها صاحب حق الفسخ، وفضلا عن ذلك لا يترتب على التراخي ضرر[٢].

الاتجاه الثاني: وتبناه فقهاء الامامية والشافعية، وهذا الاتجاه تذهب اصحابه إلى أن خيار العيب على الفور، فلو أخر من إليه الفسخ عالماً مختاراً، بطل خياره على الفور، وهذا الاتجاه يرى بأن هذه المسألة من قبيل دوران الامر بين ضررين وتعارضهما؛ فأن ضرر طالب الفسخ يعارض ضرر صاحب العيب على فرض التراخي؛ فهنا سيبقى كالمعلق، ولا سيما إذا طال زمان فلا يدري ايبقى على زواجه، ام لا بد من اختيار زوج أخر، وهذا ضرر عظيم. وفي

---

(١)_ كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن همام، شرح فتح القدير،ط١، ج٣، المطبعة الكبرى الاميرية، مصر، ١٣١٦هـ، ص٢٦٤. وينظر: الحطاب الرعيني، مواهب الجليل، (٥/ ١٤٤) وما بعدها. وينظر: ابن قدامة، المغني، (٦٥٤/٦).

(٢)_ د. عبد الكريم زيدان، مصدر سابق، ص٥٤ وما يعدها.

تعارض الضررين لا بد من الجمع بدفعهما مهما امكن، وهنا يمكن ذلك عن طريق القول بالفورية، فضرر الزوج السليم يندفع بها، كما أن ضرر صاحب العيب يندفع بها، هذا من جانب ومن جانب أخر فأن المراد بالفورية هنا هي الفورية العرفية وليس اللغوية، أي يجوز له تأخير طلب الفسخ لغرض المشورة والسؤال وهذه المدة يرجع تقديرها إلى العرف[١].

أما بخصوص موقف التشريعات المقارنة العربية، فلم تبين أن كان التفريق للعيوب على الفور أم على التراخي، ما ينعي الرجوع إلى الفقه الإسلامي لتحديد ذلك. بينما نجد ان قانون الاسرة (في القانون المدني الإيراني) قد نص في المادة (١١٣١) منه على أن: "خيار الفسخ فوري، فإن لم يفسخ الزواج من قبل الطرف الذي لديه الحق بالفسخ بعد اطلاعه على سبب الفسخ سقط خياره بالفسخ بشرط علمه بحق الفسخ و فوريته، ويرجع الى العرف والعادة لتحديد المدة اللازمة لإمكانية الاستفادة من خيار الفسخ"[٢]. ويتضح من هذا النص بأن خيار العيب على الفور، بشرط العلم بحق الفسخ و فوريته، وفضلا عن ذلك بين النص ان المراد بالفورية هي الفورية العرفية، وبالتالي يترك تقدير المدة التي يجب أن يتم الفسخ خلالها إلى العرف والعادة.

أما بخصوص موقف القضاء من هذا القيد، فنجد بأن محكمة التمييز العراقية اعتبرت التفريق للعيب غير مقيد بمدة، حيث قضت في حكماً لها بأن: " القانون لم يشترط مدة زمنية محددة لإقامة دعوى التفريق للعيب، أو مرور

(١)_ الشيخ ناصر مكارم الشيارزي، أنوار الفقاهة، ط١، ج٣، دار نشر الامام علي عليه السلام، قم، ايران،١٤٣٢هـ، ص٦٩ وما يعدها. وينظر الشربيني، مغني المحتاج،(٢٧٠/٣).

(٢)_ القانون المدني الايراني ملحقاً به قانون المسؤولية المدنية، ترجمة عمار عبد الحسين قاسم، ط٢، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠٢١، ص٤٩٨.

الزمان المانع من سماعها، وحيث أن المحكمة لم تارع ما تقدم مما اخل بصحة الحكمة المميز"[١].

ونتيجة ما تقدم فأن الباحث يميل إلى الرأي القائل بأن خيار العيب على الفور بمعناه العرفي؛ لأن انحلال عقد الزوج هو رخصة واستثناء من الاصل ومن ثم يجب ان تكون هذه الرخصة في حدود وضوابط معينة، فضلا عن أن هذا الرأي يؤدي إلى استقرار العلاقة الزوجية ويحمي التوقعات المشروعة، وبالوقت نفسه يؤدي إلى التضيق من نطاق انحلال عقد الزواج.

القيد الثالث_ تجديد الزواج بعد التفريق للعيب:

وبموجب هذا القيد إذا حصل التفريق القضائي بين الزوجين لأحد العيوب المجوزة للتفريق، ثم تم تجديد العقد بينهما مرة اخرى، فأنه لا يجوز طلب التفريق لذات العيب. وهذا القيد أنفرد قانون الاحوال الشخصية الأردني بالتأكيد عليه، ولا ابلغ في الدلالة على ذلك ما نصت عليه المادة (١٣٧) منه بالقول: "إذا جدد الطرفان العقد بينهما بعد التفريق بسبب العيب أو العلة فليس لأي منهما طلب التفريق للسبب نفسه". ويتضح من النص المتقدم بأن المشرع الأردني سعى جاهداً للحد من التفريق القضائي، وإزاء ذلك منع طلب التفريق مرة اخرى لنفس العيب بين الزوجين إذا تم تجديد العقد بينهما بعد التفريق، وهذا القيد يطبق على جميع انواع العيب بما في ذلك العقم[٢]. ويبدو بأن هذا القيد يعد تطبيقاً لما سبقه، من أن العلم بالعيب والرضا به يعد سبب من اسباب سقوط حق المطالبة بالتفريق القضائي، غير أن المشرع الاردني اراد التأكيد على مسألة التضيق من انهاء عقد الزواج إلى ابعد حد ممكن، فنص عليه بشكل صريح. وتجدر الاشارة إلى ان هذا الامر لا يمكن تطبيقه في قانون الأحوال الشخصية العراقي، لأنه كما

---

(١)_ ينظر حكمها المرقم:٦٦٤٠/ هيئة الاحوال الشخصية/ بتاريخ ٢٠١٣. نقلا عن القاضي ربيع محمد الزهاوي، النادر والمهم في قضاء محاكم الاحوال الشخصية، مصدر سابق،ص٢٥٩. وما بعدها.

(٢)_ د. أحمد علي جردات، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية الاردني،ط١، ج١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠١٢، ص ٢٦٨.

بينا سابقاً، أن المشرع العراقي لا يعتبر العلم والرضا بالعيب سبباً من اسباب سقوط حق التفريق، وهذا الامر يجعل من عقد الزواج معرض لخطر الانحلال بمجرد ان يطالب الزوج السليم انهاء العلاقة الزوجية.

وبعد ان فرغنا من بيان القيود التي ترد على مسألة التفريق للعيوب، يمكن ان نستنتج من نصوص قانون الاحوال الشخصية العراقي، بأن سياسة المشرع العراقي في الاعم الاغلب جاءت مطلقة حيث تجيز طلب التفريق للعيوب بمجرد تحقق السبب الموجب للفرقة ، بينما نجد إن سياسة التشريعات المقارنة قد تميزت في فرض قيود عدة على مسألة التفريق للعيوب، سواء اكانت هذه العيوب مؤثرة في النسل أم مؤثرة في الرابطة المشتركة، وإزاء ذلك ندعو المشرع العراقي إلى معالجة مسألة التفريق للعيوب ضمن مادة مستقلة، والنص في فقرة خاصة على القيود الوقائية والعلاجية التي اشرنا لها؛ لغرض الحد أو تخفيض من مسألة انحلال عقد الزواج إلى ادنى حد ممكن.

المطلب الثـانـي

الحد من التفريق للضرر الإرادي

يقصد من الضرر الإرادي ما يكون منشأوه عملاً قولياً او فعلياً لأحد الزوجين أو كلاهما مباشرة أو تسببا، سواء أكان الضرر ماديا كالضرر المترتب على عدم الأنفاق ، ام معنويا كالحرمان من التمتع الجنسي[١]. وعند التأمل في صور الضرر الإرادي نجد بأن قسماً منها يكون منشأوه السلوك السلبي الصادر من احد الزوجين كالحرمان من النفقة والمعاشرة. اما القسم الاخر فنجد بأن اساسه السلوك الايجابي كالاعتداء على شريك الحياة بالقول والفعل. وفي ضوء ذلك سوف نقسم هذا المطلب على فرعين: نبين في الفرع الاول:- سياسة الحد من التفريق للضرر الناشئ عن السلوك السلبي. ومن ثم نبين في الفرع الثاني:- سياسة الحد من التفريق للضرر الناشئ عن السلوك الايجابي.

الفرع الاول

التفريق للضرر الناشئ عن السلوك السلبي

المقصود من الضرر الناشئ عن السلوك السلبي، ما يكون اساسه امتناع الزوج عن عمل ملزم به شرعاً وقانونا مباشرة او تسبباً، ويمكن ان يتحقق ذلك في حالتين، الأولى الحرمان من المعاشرة، والثانية الحرمان من النفقة، ولكل من الحالتين سياسة خاصة للحد من التفريق القضائي للضرر الناشئ عنها، وإزاء ذلك سوف نقسم هذا الفرع على فقرتين: نخصص الاولى:- لقيود التفريق للحرمان من المعاشرة. ونخصص الثانية:- لقيود التفريق للحرمان من النفقة

---

(١)_ د. مصطفى الزلمي، مدى سلطان الأرادة في الطلاق، مصدر سابق، ص ٤٣٠.

اولا_ قيود التفريق للحرمان من المعاشرة:_

إن الأسباب التي تؤدي إلى حرمان الزوجة من حق المعاشرة تأخذ صور متنوعة، وما يهمنا من ذلك مسألة الحرمان من المعاشرة بسبب حبس الزوج، وحالة عودة الزوج المفقود ومن هذا المنطلق سوف نقسم هذا الفرع على فقرتين: نخصص الأولى لمسألة الحد من التفريق للحبس و الثانية لعودة الزوج المفقود.

الفقرة الأولى: الحد من التفريق للحبس:

إن بيان دور السياسة التشريعية في الحد من التفريق للحبس، يقتضي أن نبين حكم التفريق للحبس اولا، ومن ثم قيود الحد من التفريق لحبس الزوج ثانياً.

١_ حكم التفريق للحبس:_

إن حكم التفريق للحبس لا اثر له في حدود التتبع فيما بين ايدينا من اخبار، وتبعاً لذلك لم اجد من الفقهاء من تعرض لحكم المحبوس، وإنما غلب على مسائل الفقهاء الحديث عن حالة الغائب والمفقود، ويستثنى من ذلك بعض فقهاء الإمامية المعاصرين، الذين اختلفوا في حكم التفريق للحبس وكانوا على أتجاهين:

الأول: الاتجاه المانع: وتبناه (السيد الخوئي) و(السيد السيستاني)، وهذا الاتجاه ذهبا اصحابه إلى أن زوجة المحبوس ليس لها الحق في طلب التفريق وأن كان زوجها المحبوس لا يرجى أطلاقه من الحبس أبداً[١].

الثاني: الاتجاه المجيز: تبناه (السيد محمد صادق الصدر)، وذهب إلى أن زوجة المحبوس يجوز لها طلب التفريق، إذا كان زوجها المحبوس لا يرجى أطلاقه من الحبس أبداً[٢].

([١]) السيد الخوئي،منهاج الصالحين،ج٢،دار المرتضى،بيروت، لبنان،٢٠١٥،ص٣٠٠. وينظر السيد السيستاني ، منهاج الصالحين،(١٧٨/٣).

([٢]) السيد الشهيد محمد الصدر،مسائل وردود،ج٣،دار ومكتبة البصائر،بيروت ،لبنان،٢٠١٠، ص١٠٩.

أما بخصوص موقف التشريعات المقارنة، فقد اتفقت على أن حبس الزوج، يعد من الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التفريق، غير أنها اختلفت في حدود ذلك سعة وضيقا، كما سنبينه في الفقرة التالية.

٢_ قيود التفريق للحبس:

أن حق الزوجة في طلب التفريق لحبس الزوج، يعد من المبادئ المستقرة في التشريعات المقارنة، وهذا المبدأ أكد عليه قانون الاحوال الشخصية على العراقي إذ نص في المادة (٤٣/ف١) على حق الزوجة في طلب التفريق : "إذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه". كذلك أكد عليه قانون الأحوال الشخصية الإماراتي عندما نص في المادة (١٣١)على أنه: " ١_لزوجة المحبوس المحكوم عليه بحكم بات بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر أن تطلب من المحكمة بعد مضي سنة من حبسه التطليق بائناً ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه". وايضا أكدت مدونة الاسرة المغربية في نص المادة (١٠٦) على حق الزوجة في طلب التفريق للحبس : "إذا حكم على الزوج المسجون بأكثر من ثلاث سنوات سجناً او حبساً، جاز للزوجة أن تطلب التطليق بعد مرور سنة من اعتقاله، وفي جميع الأحوال يمكن أن تطلب التطليق بعد مرور سنتين على اعتقاله". وأشار قانون الأحوال الشخصية الاردني إلى هذا الحق عندما نص في المادة (١٢٥) على أنه: "لزوجة المحبوس المحكوم عليه بحكم قطعي بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من تاريخ حبسه وتقيد حريته فسخ عقد زوجها منه ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه فإذا أفرج عنه قبل صدور حكم الفسخ يرد الطلب".

وعند التأمل في النصوص القانونية المذكورة اعلاه نجد بأن التشريعات المقارنة فرضت قيوداً وحواجز عدة على مسألة التفريق للحبس لاوجود لها في قانون الاحوال الشخصية العراقي وجاءت سياستها على النحو الاتي:

القيد الاول: مرور مدة معينة على حبس الزوج:

إن هذا القيد يهدف إلى عدم التسرع في اعطاء الزوجة طلب التفريق للحبس، وإنما يشترط مرور مدة زمنية على حبس الزوج[١]. وعند التأمل في النصوص المذكور اعلاه، نلاحظ بأن قوانين الأحوال الشخصية لكل من دولة: الإمارات، و الأردن، والمغرب، قد اشترطت لغرض طلب الزوجة التفريق القضائي للحبس، أن تمضي سنة كاملة على حبس الزوج من تاريخ تنفيذ الحكم، وبالتالي لا تقبل دعوى الزوجة في طلب التفريق للحبس إذا اقيمت قبل انقضاء هذه المدة.

بينما نلاحظ بأن المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية قد اهمل هذا القيد ، وهنا يرى الفقه العراقي بأنه يأخذ على المشرع العراقي مسارعته إلى منح الزوجة حق التفريق بمجرد صدور الحكم على الزوج بالحبس، و كان الأولى به أن لا يمنحها هذا الحق إلا بعد مرور زمن معين على تنفيذ الحكم الصادر على الزوج ؛ احتياطاً للحالات التي يفرج فيها عن الزوج بعد مضي مدة قليلة من المدة المحكوم بها عليه لهذا السبب أو ذلك ما هو شائع في المناسبات العامة حيث يصدر عفو عن المحكومين[٢]. وقد يكون خروج الزوج بعد مدة قليلة من حبسه نتيجة أعادة المحاكمة كما لو بني الحكم على شهادة الزور أو أي سبب اخر من اسباب أعادة المحاكمة. وإزاء ذلك فأن تقيد حق الزوجة بطلب التفريق للحبس بعدة مرور مدة معينة، يعد من السياسات الوقائية المعتبرة، ولذلك ندعوا المشرع العراقي إلى اشتراط مرور سنة كاملة على حبس الزوج، لكي تقبل دعوى الزوجة في طلب التفريق للحبس.

---

(١)_ محمد أحمد حسن القضاة، مصدر سابق، ص١٤٨.

(٢)_ د. أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون،ج١، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، دون ذكر سنة النشر، ص ٢٥٩.

القيد الثاني_ مدة العقوبة:

ذكرنا في بداية الحديث أن فقهاء المسلمين لم يبينوا حكم التفريق للحبس، باستثناء رأي في الفقه الامامي المعاصر الذي أجاز للزوجة طلب التفريق إذا كان زوجها المحبوس لا يرجى أطلاقه من الحبس أبداً. أما بخصوص موقف التشريعات المقارنة فعند التأمل في النصوص المذكورة اعلاه نجد بأن توجه قوانين الاحوال الشخصية لكل من دولة: العراق والإمارات والأردن، قد حددت المدة التي تجيز للزوجة طلب التفريق **(بثلاث سنوات فأكثر)**. بينما نجد بأن قانون الاحوال الشخصية المغربي اشترط لطلب التفريق أن يحكم على الزوج **(بأكثر من ثلاث سنوات)**، ما يعني بأن العقوبة إذا كانت ثلاث سنوات أو اقل فلا يجوز طلب التفريق في القانون المغربي، بخلاف التشريعات المقارنة الاخرى التي تجيز ذلك[١].

هذا وتجدر الإشارة إلى إن قانون الاحوال الشخصية العراقي قبل التعديل كان يشترط لطلب التفريق للحبس أن يحكم على الزوج بعقوبة مقيدة للحرية **(مدة خمس سنوات فأكثر)**[٢]. ومن هذا المنطلق يرى الباحث بأن توجه قانون الاحوال الشخصية العراقي قبل التعديل كان توجهاً مرغوباً فيه وجدير بالتأييد؛ لأنه يساهم في تضيق نطاق التفريق القضائي، أما جعل مدة التفريق للحبس (بثلاث سنوات) فهي مدة قصيرة، وإذا كان توجه التشريعات القانونية يستند في ذلك على اساس أن حبس الزوج (مدة ثلاث سنوات) يترتب عليه فوات حق الزوجة بالتمكين، ومن ثم وقوعها في حرج بسبب ذلك ، فأن هذا التوجه يمكن الاعتراض عليه؛ لأن اعطاء الزوجة حق طلب التفريق لا يحل مشكلة التمكين فهي ستضل قائمة حتى وإن طلبت التفريق، إلا إذا تزوجت بعد الانفصال وهو

---

(١)_ استاذنا الدكتور حيدر حسين كاظم الشمري، د. صفاء متعب الخزاعي، التفريق القضائي للإيذاء الجنسي، مصدر سابق، ص١٤٠.

(٢)_ تم تعديل مدة التفريق للحبس من (خمس سنوات) إلى (ثلاث سنوات) بموجب القانون رقم (٢١) لسنة (١٩٧٨) قانون التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) المنشور في الوقائع العراقية عدد: (٢٦٣٩) في تاريخ: ٢٠_٢_١٩٧٨.

مجرد احتمال قد يتحقق أو لا، والقاعدة الاصولية تقضي بأنه إذا حضر الاحتمال بطل الاستدلال، أما الزوج المحبوس فأن أجله مؤكد الانقضاء ومن ثم يعود لزوجته. ولذلك ندعو المشرع العراقي إلى تعديل مدة العقوبة المجوزة لطلب التفريق وجعلها (خمس سنوات) كما كان عليه الوضع قبل تعديل قانون الاحوال الشخصية.

القيد الثالث_ أن لا تبقى مدة قصيرة على اكمال العقوبة:

وهذا القيد مفاده بأن حق الزوجة في طلب التفريق يسقط، إذا لم يبقى على اكمال العقوبة سوى مدة قصيرة، وعند التأمل في موقف التشريعات المقارنة من هذا القيد، نلاحظ بأن قانون الاحوال الشخصية الإماراتي قد انفرد بالتأكيد عليه، ولا ابلغ في الدلالة على ذلك ما نصت عليه الفقرة (٣) من المادة (١٣١) من هذا القانون بأنه: " في الحالتين السابقتين يشترط للحكم للزوجة ألا يخرج الزوج من السجن أثناء نظر الدعوى أو ألا يبقى من مدة حبسه أقل من ستة أشهر".

ويتضح من النص المتقدم بأنه اشترط لطلب الزوجة التفريق للحبس، أن لا يخرج الزوج من السجن أثناء نظر الدعوى، أو لم يبقى من مدة حبسه أقل من ستة أشهر[١]. والحق ان هذا التوجه في سياسة المشرع الإماراتي يعد توجه مرغوب فيه، لما له من دور مؤثر في التقليل من حالات التفريق للحبس؛ فضلا عن ذلك أن بقاء مدة ستة اشهر على انقضاء العقوبة يعد سبب مبرر لرفض طلب التفريق للحبس؛ لأن الزوجة التي تريد الانفصال على امل الاقتران بزوج اخر، قد تستغرق اكثر من هذه المدة، لأنها تحتاج اولا إلى اقامة دعوى التفريق وبعد الحصول على حكم التفريق الذي يستغرق ايام ليست بقليلة، عليها أن تلتزم بالعدة الشرعية، ثم بعد ذلك يمكن لها أن تقترن بزوج اخر، وهذه الاجراءات المطولة لو تأملنا فيها سنجد يقينا بأنها تتجاوز الستة اشهر.

([١])_ المذكرة الإيضاحية لقانون الاحوال الشخصية الإماراتي، مصدر سابق، ص ٢٢٧.

القيد الرابع_ الإجازة المنزلية:

المراد بالإجازة المنزلية الخروج المُرخص به أثناء تنفيذ العقوبة السالبة للحرية، وفقاً لشروط وضوابط يحددها القانون، على أن لا تحتسب فترة الإجازة من مدة المحكومية. ومن هذه المنطلق فأن منح إجازة مؤقته للسجين، تعد من أبرز السياسات للحد من التفريق للحبس، فضلا عن كون هذه السياسة تؤهل المحكوم للاندماج من جديد مع العالم الخارجي، وهذا الأمر يتفق مع التوجه العالمي لحقوق الانسان[1]. ونتيجة ما تقدم فقد استجاب المشرع العراقي لهذا التوجه العالمي، واجاز منح النزيل إجازة منزلية مؤقته وفقاً لشروط وضوابط محددة، ولا ابلغ في الدلالة على ذلك ما نص عليه قانون اصلاح النزلاء والمودعين العراقي رقم (١٤) لسنة (٢٠١٨) في المادة (٣٠) على أنه: " لمدير عام دائرة الاصلاح العراقية واصلاح الاحداث بعد موافقة الوزير المختص منح اجازة منزلية لا تزيد مدتها على خمسة ايام كل ثلاثة اشهر للنزيل والمودع من العراقيين عدا ايام السفر وفقا للشروط الاتية:

اولا: ان لا يكون محكوما عليه:

ا. بجريمة ماسة بأمن الدولة الداخلي او الخارجي. ب. بجريمة ارهابية او جريمة غسيل الاموال. جـ. بجريمة سرقة . د. بجريمة مخلة بالشرف . هـ. بجريمة قتل غير متنازل عنها. و. اي جريمة اخرى معاقب عنها بالإعدام او السجن المؤبد.

ثانيا: ان لا يكون مجرما عائدا.

ثالثا: ان لا تكون ذمته المالية مشغولة لدوائر الدولة والقطاع العام في القضية المحكوم بسببها .

رابعا: ان تقدم عنه كفالة شخصية ومالية ضامنة يحدد مبلغها الوزير المختص

([1])_ مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الانسان، حقوق الانسان والسجون، منشورات الأمم المتحددة، سلسلة التدريب المهني رقم ١١، ٢٠٠٤، ص ١١٠.

خامسا: ان يكون قد امضى في اقسام اصلاح النزلاء والمودعين ربع مدة محكوميته بعد طرح التخفيضات ومدة الافراج الشرطي التي يستحقها بشرط ان لا تقل تلك المدة عن ١ سنة واحدة.

سادسا: ان يتأكد حسن سلوكه في قسم اصلاح النزلاء والمودعين وجدارته للتمتع بالإجازة .

سابعا: ان لا تتعرض حياة النزيل والمودع الى الخطر بسبب تمتعه بالإجازة المنزلية، وان لا يؤثر على امن المؤسسة الاصلاحية.

ونصت المادة (٣١) من القانون نفسه على أنه: " اذا تأخر النزيل والمودع الذي تنتهي اجازته المنزلية عن الالتحاق بقسم اصلاح النزلاء والمودعين مدة تزيد على ٣ ثلاثة ايام ، من تاريخ انتهاء اجازته ، لسبب يقرر المدير العام المختص مشروعيته ، تضاف مدة التأخير الى مدة محكوميته ، اما اذا قرر المدير العام المختص عدم مشروعية السبب فتضاف مدة التأخير الى مدة محكوميته ، ويحرم من الاجازة المنزلية"[١].

ويتضح مما تقدم بأن قانون اصلاح النزلاء قد بين بشكل واضح ومفصل الحدود والضوابط لمنح الاجازة المنزلية للسجين، فضلا عن تحديد الضمانات التي تكفل عودته ومنها وجود كفيل ضامن، وهذا التوجه في سياسة المشرع العراقي يعد توجه مرغوبه فيه؛ لأنه يساهم بشكل فعال في الحد من التفريق القضائي للحبس والذي تدور علته حول فوات حق الزوجة في التمكين، وفضلا عن ذلك يتفق هذا التوجه مع المبادئ العالمية التي تدعوا إلى تأهيل السجين للاندماج مع العالم الخارجي، وعلاوة على ما تقدم يشترط لمنح الاجازة التأكد من حسن سلوك السجين وجدارته للتمتع بالإجازة، وهذا الامر سيكون حافز للسجين بتحسين سلوكه، سيما وأن الغرض من العقوبة اصلاح الجاني. وبالرغم من هذه الأهمية فأن هذا النص لا وجود له في التطبيق العملي، ولعل الصعوبة في ذلك هو اشتراط موافقة الوزير، ويرى البحث بأن الاسلم هو جعل هذا الامر

---

(١)_ نشر قانون اصلاح النزلاء والمودعين رقم (١٤) لسنة (٢٠١٨) في جريدة الوقائع العراقية، عدد ٤٤٩٩، بتاريخ ٢٠١٨/٧/١٦.

من صلاحية المحكمة التي اصدرت العقوبة السالبة للحرية، فضلا عن مقر الادعاء العام ودائرة اصلاح النزلاء المودع فيها السجين؛ لأنهم الاقرب إلى تقدير الوقائع وتحقيق العدالة؛ لأن تحقيق العدالة يتم عن طريق تطبيق القانون الوضعي، وعليه فأن القضاء لا يطبق القوانين فحسب وإنما يحقق العدالة من خلال تطبيق القانون، فالتطبيق العادل للقوانين هو المهمة الأساس للقضاء[١].

(١)_ د. منذر الشاوي، مدخل في فلسفة القانون،ط١، دار الذاكرة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠١١، ص٢١١.

الفقرة الثانية: عودة الزوج المفقود:

من المشاكل العملية التي تواجه الرابطة الزوجية مسألة عودة الزوج المفقود[١] بعد الحكم بموته، فضلا عن الانتقادات التي توجه الى سياسة المشرع العراقي في كيفية معالجة هذه المسألة ولغرض بيان ذلك سوف نستعرض موقف فقهاء المسلمين ومن ثم التشريعات المقارنة والقضاء:-

أولاً_ موقف فقهاء المسلمين: لا يوجد اختلاف بأن المفقود إذا عاد وكانت زوجته في العدة فأنه يستطيع مرجعتها إن أراد ذلك[٢]. غير أن الاختلاف قائم بخصوص عودة المفقود بعد انقضاء عدة زوجته فهل يحق له مراجعتها أم أنه يخير بينها وبين مهرها، وهنا اختلف فقهاء المسلمين على ثلاثة اتجاهات:

الأول: الاتجاه المضيّق: وتبناه فقهاء الإمامية فذهبوا إلى أن زوجة المفقود إذا عاد زوجها قبل أن تنقضي عدتها جاز له أن يراجعها فهي امرأته وعنده عليها تطليقتين، وان أنقضت العدة قبل أن يجيء أو يراجع فقد حلت للأزواج ولا سبيل للزوج الأول عليها، ومن ثم تستحق الزوجة كامل مهرها؛ لأنها بعد العدة قد بانت منه بحكم الشرع[٣].

---

(١) وعرف القانون المدني العراقي في المادة (٣٦) منه بأن المفقود هو: "من غاب بحيث لا يعلم أحي هو أم ميت يحكم بكونه مفقودا بناء على طلب كل ذي شأن". كما وعرفه قانون رعاية القاصرين العراقي رقم (٧٨) لسنة (١٩٨٠) في المادة (٨٦) بأنه: "الغائب الذي انقطعت أخباره ولا تعرف حياته أو مماته". ويبدو أن التعريف الذي أورده قانون رعاية القاصرين أقرب للصواب من التعريف الذي أورده القانون المدني؛ لأن اشتراط طلب ذوي الشأن لكي يعد الشخص مفقود، أمر خارج عن صلب التعريف وكان من الأفضل على المشرع تجنبه. ينظر د.حميد سلطان،حق زوجة المفقود في طلب التفريق القضائي،مجلة العلوم الإنسانية،كلية التربية صفي دين الحلي،العدد الأول:المجلد الأول،٢٠٠٩،ص١١٩.

(٢) وأن عدة زوجة المفقود هي أربعة أشهر وعشرة أيام، وهذه العدة تجب على الزوجة سواء عند التفريق أو الحكم بموته. مالك بن أنس،المدونة الكبرى،(٣١/٢). الشافعي ،الأم، (٦١٠/٦). محمد صادق الحسيني،فقه الصادق،(٣٢٥/٣٤).

(٣) الشهيد الثاني،الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية،(٣٧٧/٣) وما بعدها.

الثاني: الاتجاه الوسط: تبناه فقهاء المالكية والحنابلة، وهذا الاتجاه ذهب أصحابه إلى أن المفقود إذا قدم بعد انقضاء عدة زوجته ولم تقترن بزواج ثانٍ، أو تزوجت ولم يدخل بها الثاني، فإن زوجها المفقود يكون أحق بها، أما إذا دخل بها الثاني، فقد ذهب فقهاء المالكية إلى أنها بانت من الأول، وتستحق جميع مهرها، وذهب فقهاء الحنابلة إلى أن المفقود في هذه الحالة يخير ما بين زوجته وصداقها فأن أختارها فهي زوجته، وإلا فهي زوجة الثاني[١].

الثالث: الاتجاه الموسع: وتبناه فقهاء الأحناف والشافعية، وذهبوا إلى أن الزوج المفقود إذا عاد كان أحق برجعة زوجته سواء دخل بها الزوج الثاني أم لا؛ لأن الأخير في هذا الحال قد عقد على زوجة الغير، وأن المحصنات من المحرمات[٢].

ثانياً_ موقف التشريعات المقارنة: أما بخصوص موقف التشريعات المقارنة فنجد بأن قانون الأحوال الشخصية الإماراتي قد نص على أن: "المفقود إذا ظهر حياً عادت إليه زوجته في الأحوال الآتية: أ_ إذا لم يدخل بها الزوج الثاني في نكاح صحيح. ب_ إذا كان زوجها الثاني يعلم بحياة زوجها الأول"[٣].

ويتضح من هذا النصح بأن زوجة المفقود إذا تزوجت بعد انقضاء العدة بزوج آخر وحصل الدخول بينهما، فأنها تبقى على عصمة الزوج الثاني. ولا يفسخ زواجهما بظهور زوجها السابق الذي كان مفقوداً. أما إذا لم تتزوج من غيره أو تزوجت ولم يدخل بها الثاني في نكاح صحيح أو كان زوجها الثاني يعلم بحياة

---

(١) ينظر الحطاب الرعيني،مواهب الجليل،(٥٠٠/٥). وينظر الشيخ إبراهيم بن سالم بن ضويان ،منارالسبيل في شرح الدليل،ج٢،ط١،المطبعة الهاشمية،دمشق،١٣٧٨هـ،ص٨٩.

(٢) ينظر شمس الدين السرخسي،المبسوط،ج١١،دار المعرفة،بيروت،بدون ذكر سنة نشر،ص٣٧. وينظر الشافعي ،الأم، (٦١٠/٦).

(٣) الفقرة (١) من المادة(٢٣٩) من هذا القانون.

الـزوج الأول، أو كـان الـزوج الثـاني قـد تزوجهـا فـي أثنـاء عـدة الـزوج الأول فإنهـا تعود للأول[١].

كـذلك نـص قـانون الأحـوال الشخصـية الأردنـي بـأن المفقـود إذا تحققـت حياتـه بعـد الحكـم بوفاتـه تعـود زوجتـه إلـى عصـمته مـا لـم تتـزوج ويقـع الـدخول بهـا[٢]. وذات الحكم أخذت به مدونة الاسرة المغربية[٣]

اما بخصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي فقد نص على أنه:

١. "لزوجـة المفقـود الثابـت فقدانـه بصـورة رسـمية أن تطلـب مـن المحكمـة التفريق عن زوجها بعد مرور أربع سنوات على فقده...

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

٣. إذا عـاد المفقـود بعـد الحكـم بـالتفريق تسـتمر زوجيتـه لهـا مـا لـم تتـزوج ويـتم دخول الثاني حقيقة غير عالم بحياة الأول"[٤].

وهـذا الـنص يبـين أن المفقـود إذا عـاد حيـاً فـي مـدة العـدة، فـإن زوجتـه تعـود إليـه، وكـذلك تعـود إليـه إذا عـاد بعـد انقضـاء عـدتها ولـم تتـزوج، أو تزوجـت ولـم يـدخل بهـا الثـاني. أمـا إذا دخـل بهـا الثـاني فقـد انقطعـت علاقتهـا بـالمفقود، وأصـبحت زوجـة الثـاني[٥]. و يلاحـظ بـأن الفقـرة(٣) مـن الـنص المتقـدم قـد الغيـت[٦]، مـا يعنـي بـأن

---

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي،مصدر سابق،ص٣٧٣.

(٢) الفقرة (ب) من المادة (٢٥٣) من هذا القانون.

(٣) المادة (٧٥) من هذا القانون.

(٤) الفقرة (رابعاً) من المادة (٤٣) من هذا القانون.

(٥) القاضيان محمد حسن كشكول،عباس السعدي،شرح قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ و تعديلاته،العاتك،القاهرة،بدون ذكر سنة نشر،ص١٦٢.

(٦) بموجب المادة (١) من قانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٩٤،التي نصت بأنه: "يلغى البند ٣ من الفقرة رابعاً من المادة ٤٣ من قانون الاحوال الشخصية العراقي ذي الرقم ١٨٨لسنة ١٩٥٩". ونشر في الوقائع العراقية بتاريخ ١٩٩٤،عدد:٣٥٣٨.

المفقود إذا عاد بعد انقضاء عدة زوجته لا يستطيع الرجوع بها سواء تزوجت بآخر أم لا. ولكن هل يستطيع المفقود الرجوع بزوجته إذا عاد أثناء مدة العدة؟

يبدو بإن الأمر لا يخلو من صعوبة؛ لأن هذا القانون جعل التفريق القضائي يعد طلاق بائناً[١]، ما يعني بأن الزوج المفقود حسب قانون الأحوال الشخصية العراقي لا يستطيع الرجوع بزوجته حتى لو عاد أثناء مدة العدة، وهذا الأمر مخالف لموقف فقهاء المسلمين والتشريعات المقارنة.

ثالثا_ موقف القضاء: لقد بين القضاء في الكثير من المرات أثر رجوع المفقود على استمرار زوجيته، وحدود ذلك. فقد قضت محكمة التمييز بأنه: "إذا أظهرت وقائع الدعوى أن زوجة المفقود تزوجت من شقيق المفقود وهي مازالت في عصمة زوجها المفقود، فإن زواجها هذا باطل شرعاً وقانوناً لأن المفقود يعد حيا ما لم يحكم بوفاته"[٢].

ومما تقدم يتضح بأن الاقتران بزوجة لا تزال على ذمة زوجها المفقود يعد زواجاً باطلاً، مادام لم يصدر قرار يقضي بموت المفقود.

وقضى في قرار آخر لنفس المحكمة بأن: "الحكم بموت المفقود يستوجب إلزام زوجته بالعدة الشرعية البالغة أربعة أشهر وعشرة أيام وعدم جواز اقترانها بزوج آخر إلا بعد انقضائها واكتساب الحكم الدرجة القطعية"[٣]. وتأكد في قرار

---

(١) فقد نصت المادة (٤٥) من قانون الاحوال الشخصية العراقي على أنه: "يعتبر التفريق في الحالات الواردة في المادة الأربعون، والحادية والأربعون، والثانية والأربعون، والثالثة والأربعون، طلاقاً بائناً بينونة صغرى"

(٢) أنظر حكمها المرقم:٥٥/موسعة أولى/١٩٩٠.نقلا عن القاضي ربيع محمد الزهاوي،حوار بين قرار القاضي
والمبدأ التمييزي والشروحات،السنهوري،بغداد،٢٠١٩،ص٥٩٩.

(٣) أنظر حكمها المرقم:٩٤٥٥/هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٨. نقلا عن القاضي قاسم فخري الربيعي،مصدر سابق،ص١٩١.

آخر لتلك المحكمة بأن: "للمفقود حق الرجوع بزوجته إذا عاد قبل أن تنقضي عدتها عملا بالقانون رقم ٢٥سنة ١٩٩٤"[١].

وهذا القرار يوضح بأن القانون ذي العدد اعلاه الغى حق المفقود في الرجوع بزوجته إذا عاد بعد انقضاء العدة، بينما يحق له الرجوع بزوجته إذا عاد أثناء مدة العدة، لأنها عدة رجعية، ويبدوا أن هذا القرار يتعارض مع المادة (٤٥) من قانون الأحوال الشخصية العراقي التي جعلت التفريق القضائي طلاقاً بائناً.

بينما قضت محكمة التمييز الاتحادية العراقية في قرار أخر لها بأن: "التفريق بين المدعية وزجها المفقود يعد طلاق بائناً بينونة صغرى ولا يجوز الرجوع إلا بعقد ومهر جديدين ولزوم المدعية عدتها الشرعية البالغة أربعة اشهر وعشرة أيام"[٢].

ومن كل ما تقدم نستنتج بأن المشرع العراقي وحسب المادة (٤٥) اعتبر التفريق للفقدان طلاق بائن ما يعني بأن المفقود لايستطيع الرجوع بزوجته إذا عاد أثناء مدة العدة وهذا الامر لم يقل به احد لان عدة المفقود هي مزيج من عدة الوفاة والطلاق الرجعي وإزاء ذلك نقترح على المشرع العراقي ان ينص على حق الزوج المفقود في الرجوع بزوجته مالم تقترن بزواج اخر سواء دخل بها الاخير ام لا لان هذا الامر يؤدي إلى استقرار الاوضاع القانونية.

---

(١) أنظر حكمها عدد:٨٠٩/شخصية/٢٠٠٠.نقلا عن القاضي ربيع محمد الزهاوي،حوار بين قرار القاضي والمبدأ التمييزي والشروحات،مصدر سابق،ص٥٩٧.

(٢) ينظر حكمها المرقم:٣٤١/شخصية/٢٠١٣. قرار غير منشور.

ثانيا:- قيود التفريق للحرمان من النفقة:_

لما كان الهدف الأساس من الزواج هو العيش المشترك بين الزوجين، فإنه يترتب على ذلك التزام الزوج بالإنفاق على زوجته، و من هنا نفهم بأن المراد بالنفقة التزام الزوج تجاه زوجته بإعاشتها أثناء مدة قيام الزوجية[١]. ونتيجة ما تقدم فأن النفقة هي حق المرأة في الحياة المتعارفة والتي بدونها تمنح حق طلب التفريق القضائي، وأن التفريق القضائي لعدم الأنفاق يعد من المبادئ المستقرة في التشريعات القانونية، ولكن بالمقابل فأن هناك قيود وضوابط معينة يمكن أن ترد على مسألة التفريق لعدم الانفاق وبالشكل الاتي:

١_ التفريق لعدم تسديد الزوج النفقة المتراكمة:

وهذه الحالة نص عليها قانون الأحوال الشخصية العراقي في الفقرة (٩) من المادة (٤٣) والتي اكدت بأن للزوجة طلب التفريق: " إذا امتنع الزوج عن تسديد النفقة المتراكمة المحكوم بها، بعد امهاله مدة اقصاها ستون يوما من قبل دائرة التنفيذ". ويتضح من النص المتقدم بأن للزوجة طلب التفريق، إذا كان لها دين نفقة ماضية في ذمة الزوج ولم يقم بتسديدها بعد امهاله مدة اقصائها ستون يوما من دائرة التنفيذ، وأن حق الزوجة في طلب التفريق يبقى قائما حتى وأن استمر الزوج بالإنفاق على زوجته، مادام لم يسدد النفقة الماضية المتراكمة[٢].

ويبدو بأن هذا التوجه في سياسة المشرع العراقي محل انتقاد؛ إذ يرى رأي في الفقه بأن المشرع العراقي قد انفرد باستحداث حالة لا وجود لها في الفقه الاسلامي ولا في اي قانون اخر ، وإزاء ذلك يقترح حذف هذه الفقرة؛ لأن المشرع العراقي اقر طرقاً قانونية وقضائية لاستيفاء الديون ، فلا مبرر لاعتبار دين الزوجة على الزوج سببا للتفريق القضائي ما دام الزوج مستمر بالإنفاق

(١)_ السيد محمد الصدر، ماوراء الفقه، ط٣، ج٦، دار المحبين، قم، ايران، ٢٠٠٧، ص٢٧٣.

(٢)_ أحمد نصر الجندي، شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١، ص١٢٣.

عليها[١]. والحق أن هذا الرأي جدير بالتأييد إذ يمكن للزوجة أن تستوفي دين النفقة وفقا للطرق الخاصة بتحصيل الديون، فضلا عن أن التوسع في حالات التفريق يعد توجه غير مرغوب فيه، وهذا ما يؤخذ على سياسة المشرع العراقي، ولذلك نتفق مع الرأي القائل بحذف الفقرة (٩) من المادة (٤٣) لكون هذا الرأي يساهم في تقليل حالات التفريق القضائي.

٢_ نوع الفرقة في التفريق لعدم الانفاق:

عند الرجوع إلى فقهاء المسلمين، وعلى وجه الخصوص الاتجاه القائل بجواز التفريق لعدم الانفاق، نجد بأنهم اختلفوا بخصوص نوع الفرقة المترتبة على عدم الأنفاق، وظهر نتيجة هذا الاختلاف قولان:

الاول_ قول فقهاء الشافعية والحنابلة: وذهبوا إلى أن الفرقة المترتبة على عدم الانفاق تعد طلاقاً رجعياً إذا اوقعه الزوج بناء على طلب القاضي، مالم يكن مكملا للثلاث، وفي احال امتناعه عن الطلاق، وقام القاضي بالتطليق عليه، فأن هذه الفرقة تعد فسخاً؛ لأنها بحكم القاضي وكل ما يوقعه القاضي فهو فسخاً للزواج[٢].

الثاني_ قول فقهاء المالكية: وهذا الاتجاه ذهب اصحابه إلى أن الفرقة المترتبة على عدم الانفاق، هي طلاقاً رجعياً، غير أن الزوج لا يتمكن من مراجعة زوجته إلا اذا اثبت قدرته على الأنفاق؛ لان الطلقة التي اوقعها امام القاضي لدفع ضرر الفقر، وبالتالي لا يمكن ان يراجع زوجته إلا بزوال موجب الفرقة[٣].

---

(١)_ د. مصطفى الزلمي، مدى سلطان الارادة في الطلاق، مصدر سابق، ص ٤٦٦.

(٢)_ الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، (٤٤٢/٣). وينظر ابن قدامة، المغني، (٢٠٦/٨).

(٣)_الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، (١٩٨/٤).

وبخصوص موقف التشريعات المقارنة، فنجد بأن المشرع العراقي قد انفرد باعتبار التفريق لعدم الانفاق طلاق بائنا[١]، وكانت هذه الفرقة قبل التعديل طلاقاً رجعياً[٢] وهو الاصوب فلعل الزوج يعود أو يسدد اثناء العدة فيراجع زوجته[٣]،وفضلا عن ذلك أن اعتبار التفريق لعدم الانفاق طلاقاً رجعياً، له دور مهم في دعم استمرار الحياة الزوجية ورعاية مصلحة الاولاد إن وجدوا، فكثيراً ما يندم الزوج الممتنع عن الانفاق تعنتا ، أو قد يفضل الله على الزوج العاجز عن الانفاق بعد الطلاق وخلال فترة العدة ، فإعطاء المجال للرجعة اولى من سد الباب بوجه استئناف الحياة الزوجية مع التعهد بالاستمرار بالنفقة[٤].

أما باقي التشريعات المقارنة فقد اتفقت على أن التفريق لعدم الانفاق يعد طلاقاً رجعياً، ومن هذا المنطلق نص قانون الأحوال الشخصية الاماراتي المادة (١٢٧) على أنه: " للزوج أن يراجع زوجته أثناء العدة إذا اثبت يساره، واستعد للإنفاق بدفعه للنفقة المعتادة و إلا كانت الرجعة غير صحيحة". ونصت المادة (١٢٨) من القانون نفسه على أنه: " إذا تكرر رفع الدعوى لعدم الانفاق أكثر من مرتين وثبت للمحكمة في كل منهما عدم الانفاق وطلبت الزوجة التطليق لعدم الانفاق طلقها القاضي عليه بائنا".

ويتضح مما تقدم بأن القانون الإماراتي تدرج في نوع الفرقة، إذ يمكن للزوج وفقا للمادة (١٢٧) ان يراجع زوجته في العدة إذا ثبت يسارة واستعد للإنفاق بدفعه النفقة المعتادة إلى خزانة المحكمة او تسليمها للزوجة، والا كانت الرجعة غير صحيحة. ولكن إذا تكرر رفع الدعوى لأكثر من مرتين وطلبت

---

(١)_ ينظر المادة (٤٥) من قانون الاحوال الشخصية العراقي.

(٢)_ تم تعديل نوع الفريق لعدم الانفاق من كونها طلاق رجعي إلى طلاق بائن، موجب القانون رقم (٢١) لسنة (١٩٧٨) قانون التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) المنشور في الوقائع العراقية عدد: (٢٦٣٩) في تاريخ: ٢٠_٢_١٩٧٨.

(٣)_ د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية مصدر سابق، ص١٦٩.

(٤)_ د. مصطفى الزلمي، احكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي والقانون، ط١، دار احسان للنشر والتوزيع، كردستان العراق، ٢٠١٤، ص ٢٠٥.

الزوجة التفريق، وتحققت المحكمة من توافر الشروط، فعند اذ تحكم المحكمة بالتفريق، ويكون طلاقاً بائنا[١].

ونصت مدونة الاسرة المغربية في المادة (١٢٢) على أنه: " كل طلاق قضت به المحكمة فهو بائن، إلا في حالتي التطليق للإيلاء وعدم الأنفاق". ويتضح من هذا النص بأن كل تفريق يقع عن طريق القاضي يعد طلاق بائن، إلا إذا كان التفريق للإيلاء او عدم الانفاق فهنا يعد التفريق طلاق رجعي.

و كذلك نص قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة (١١٨) على أنه: " أ. تطليق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعياً إذا كان بعد الدخول ما لم يكن مكملاً للثلاث أو قبل الدخول، أما إذا كان قبل الدخول فيقع بائناً.

ب. إذا كان الطلاق رجعياً فللزوج مراجعة زوجته أثناء العدة ويحكم بصحة الرجعة إذا أرجعها خلال العدة ودفع نفقة ثلاثة أشهر مما تراكم لها عليه من نفقتها وقدم كفيلاً بنفقتها المستقبلية، فإذا لم يدفع النفقة أو لم يقدم كفيلاً فلا تصح الرجعة".

ويتضح من النص المتقدم بأن التفريق لعدم الانفاق يقع رجعيا وللزوج مراجعة زوجته أثناء العدة بدون عقد ومهر جديدين، ولكن يشترط حتى يحكم بصحة الرجوع اثناء العدة أن يدفع الزوج نفقة ثلاثة أشهر مما تراكم عليه من نفقتها من تاريخ رفع الدعوى، وعليه تقديم كفيل بنفقتها المستقبلية، فإذا لم يدفع للزوجة النفقة، او لم يقدم كفيلاً فلا تصح الرجعة[٢].

ونتيجة ما تقدم ندعوا المشرع العراقي إلى تعديل نوع الفرقة الخاصة بالتفريق لعدم الانفاق، ليجعلها طلاقاً رجعيا، مع تعهد الزوج بالاستمرار بالنفقة كشرط لصحة الرجعة.

---

(١)_المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مصدر سابق، ص٢٢٣.

(٢)_ د. محمود على السرطاوي، شرح قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم (١٥) لسنة (٢٠١٩)، دار الفكر، عمان، الاردن، ٢٠٢١، ص ٤٠٥.

٣_ تفضيل الذكور على الاناث للعمل في القطاع العام والخاص:

لو تأملنا في نظام تكوين الأسرة، سنجد بأن هناك التزامات مالية عدة تفرض على الزوج، وتبدء هذه الالتزامات بوجوب دفع المهر وتجهيز مستلزمات الزواج، وبعد ذلك يلتزم الزوج بتقديم النفقة للزوجة بكافة عناصرها من مأكل وملبس ومسكن واجرة تطبيب، فضلا عن نفقة الاولاد أن وجدوا، ونتيجة ما تقدم فأن هذه الالتزامات الكبيرة الموضوعة على عاتق الزوج، تبرر تفضيل الذكور على الاناث للعمل في القطاع العام والخاص، ويستثنى من ذلك الوظائف التي تحتاج إلى تدخل العنصر النسائي كبعض التخصصات الطبية، ويبدو بأن هذا التفضيل يقوم على اساس مبدأ (العدل والمساواة)؛ لأن معنى المساواة هو التوازن بين الحقوق والالتزامات، بحيث لا تزيد التزامات كل صنف من الذكر والانثى على حقوقه، و إلا ظلمه المجتمع، مالم يكن التزام باردته الحرة، وكذلك لا تزيد حقوقه عن التزاماته، وإلا يعد ظالماً وغاصباً للزيادة من الحقوق على حساب أفراد المجتمع. أما العدالة فهي إعطاء كل ذي حق ما يستحق من الثواب أو العقاب[١]. ولعل هذا المعنى للعدل والمساواة يتفق مع روح الشريعة الاسلامية وجوهرها، ولا ابلغ في الدلالة على ذلك مسألة إعطاء الذكر ضعف الانثى من الميراث[٢]. ومما تقدم فأن سياسة تفضيل الذكور على الاناث في تولي الوظائف العامة، تترتب عليها فائدتان عمليتان: الفائدة الاولى_ الحد من مسألة التفريق لعدم الانفاق. و الفائدة الثانية_ معالجة ظاهرة التأخر في سن الزواج؛ لأن السبب الرئيس في عزوف الشباب عن الزواج هو غياب فرصة العمل. وإزاء ذلك ندعوا السلطات المختصة في الحكومة العراقية إلى تبني هذا المقترح، مع ملاحظة ان المقصود بتفضيل الذكور على الاناث في العمل ، هو اعطاء النسبة الاكبر للذكور مع بقاء نسبة معقولة للإناث .

---

(١)_ د. مصطفى الزلمي، فلسفة الشريعة، ط١، دار احسان، كردستان، ٢٠١٤، ص١٢٩.

(٢)_ قال تعالى " يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ". الاية رقم (١١) من سورة النساء.

الفرع الثـاني

التفريق للضرر الناشئ عن السلوك الايجابي

المـراد بالضـرر الناشـئ عـن السـلوك الايجـابي، هـو كـل سـلوك قـولي أو فعلـي صـادر مـن أحـد الـزوجين تجـاه الـزوج الاخـر، ويترتـب عليـه أذى سـواء أكـان هـذا الأذى ماديـا أم معنويـا. وقـد عـالج المشـرع العراقـي احكـام هـذا النـوع مـن الضـرر ضـمن المـادة الاربعـين مـن قـانون الأحـوال الشخصـية، حيـث اورد خمسـة حـالات يجـوز فيهـا طلـب التفريـق وعنـد التأمـل فيهـا نلاحـظ بـأن اغلـب الحـالات يكـون التفريـق فيهـا لكـلا الـزوجين كمـا هـو الحـال فـي مسـألة التفريـق للاعتـداء علـى الـزوج الاخـر والخيانـة الزوجيـة ومسـألة زواج القاصـر والمكـره، امـا الحالـة الاخيـرة وهـي مسـألة التفريـق للـزواج بثانيـة فـأن هـذا الحـق فـي طلـب التفريـق يكـون قاصـراً علـى الزوجـة ومـن هـذا المنطلـق فـأن بيـان القيـود الـوراد علـى التفريـق للحـالات المـذكورة اعـلاه يسـتلزم تقسـيم هـذا الفـرع علـى فقـرتين: نخصـص الفقـرة الاولـى:- لقيـود التفريـق الثابـت لكـلا الـزوجين. فيمـا نخصـص الفقـرة الثانيـة:- لقيـود التفريق الثابت للزوجة.

اولا_قيود التفريق الثابت لكلا الزوجين:-

لغـرض بيـان القيـود الـواردة علـى التفريـق الثابـت لكـلا الـزوجين سـوف نستعرض كل حالة من الحالات التي تجيز التفريق على حدى وبالشكل الاتي:

الصورة الأولى_ التفريق للاعتداء على الزوج الاخر:

عـالج المشـرع العراقـي احكـام التفريـق للاعتـداء فـي المـادة (٤٠/ف١) مـن قـانون الأحـوال الشخصـية التـي أجـازت لكـلا الـزوجين طلـب التفريـق : " إذا اضـر احـدها بـالأخر أو بأولادهـا ضـرر يتعـذر معـه اسـتمرار الحيـاة الزوجيـة، ويعتبـر مـن قبيـل الاضـرار الادمـان علـى تنـاول المسـكرات أو المخـدرات، علـى أن يثبـت حالـة الادمـان بتقريـر صـادر مـن لجنـة طبيـة رسـمية مختصـة ويعتبـر و يعتبـر مـن قبيل الضرر كذلك ممارسة فعل القمار في بيت الزوجية".

ويتضح من النص المتقدم بأن المشرع اكد على حق الزوجين في طلب التفريق للضرر، وهنا يتعين على القاضي حينما يتقدم أليه أحد الزوجين، طالباً التفريق للضرر أن يتحقق من أن الضرر الذي يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، فإذا ثبت للمحكمة أن الضرر لا يمكن معه استمرار الحياة الزوجية وبقائها، فعندئذ يحكم القاضي بالتفريق[١]. وهذا التوجه في التفريق للضرر يعد من المبادئ المستقرة في التشريعات المقارنة، غير أن هناك ملاحظتين يمكن أن ترد على سياسة المشرع العراقي وهما:

الملاحظة الاولى: كان الاجدر بالمشرع العراقي أن لا يكتفي بأثبات وجود الضرر للحكم بالتفريق، بل يشترط فضلاً عن ذلك عرض الصلح على الزوجين خلال مدة محددة، فإذا لم ينجح الصلح عرضت المحكمة النزاع على حكمين بغية الوصول إلى حقيقة امكانية استمرار العلاقة الزوجية من عدمها، وبعد كل ذلك إذا فشلت هذه المساعي تصدر المحكمة حكمها بالتفريق بين الزوجين[٢]. وإزاء ذلك يقول أحد الفقهاء بأن الأمر يقتضي عدم اعتبار الاسباب المبررة للتفريق الزامية للقاضي ، بل يجب أن يمنح سلطة تقديرية مطلقة لاعتبار التفريق اخر العلاج يلجا إليه ، مستفيدا من خبرته الطويلة، مستضيئا بآراء الفقهاء النيرة، ومستعينا في الاصلاح بجهود الحكمين والباحث الاجتماعي[٣].

بينما نجد بأن باقي التشريعات المقارنة لم تكتفِ بأثبات وجود الضرر للحكم بالتفريق، بل اشترط فضلا عن ذلك تعذر الاصلاح، ولا ابلغ في الدلالة

---

(١)_ القاضي حسن كشكول، القاضي عباس السعدي، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) وتعديلاته، المكتبة القانونية، بغداد، شارع المتنبي، دون ذكر سنة النشر، ص١٥٢.

(٢)_ استاذنا الدكتور حيدر حسين كاظم الشمري، التفريق للضرر الواقع من الزوجين بين الشرائع السماوية والتشريعات الوضعية، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ٢٠١٩، ص ٣٧، ٨٥.

(٣)_ د. مصطفى ابراهيم الزلمي، احكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي والقانون، مصدر سابق، ص١٥٨.

علـى ذلـك مـا نـص عليـه قـانون الأحـوال الشخصـية الإمـاراتي فـي المـادة (١١٧) بأنه: "

١. لكل من الزوجين طلب التطليق للضرر الذي يتعذر معه دوام العشرة بالمعروف بينهما ولا يسقط حق أي منهما في ذلك، ما لم يثبت تصالحهما.
٢. تتولى لجنة التوجيه الأسري وفقاً للمادة (١٦) من هذا القانون الإصلاح بين الزوجين، فإن عجزت عنه عرض القاضي الصلح عليهما، فإن تعذر وثبت الضرر حكم بالتطليق".

ويتضح من النص المتقدم بأنه يتعين على القاضي حين يعرض عليه أحد الزوجين طالباً التفريق للضرر أن يتثبت من نوع الضرر الذي يتعذر معه دوام العشرة بين الزوجين، فليس كل ضرر يتيح طلب التفريق هذا من جهة، ومن جهة أخرى فأن الحق في طلب التفريق يسقط إذا ثبت الصلح بين الزوجين، ومن القرائن الدالة على الصلح حصول التمكين بعد الضرر، وإذا لم يثبت الصلح بين الزوجين، عرض النزاع على لجنة التوجيه الاسري وهي لجنة مختصة لفض النزاعات بين الزوجين بالطرق الودية، فإذا عجزت هذه اللجنة عن تسوية النزاع، عرض القاضي الصلح مرة اخرى على الزوجين وبعد أن يعجز عن الصلح ويثبت الضرر، يحكم القاضي بالتفريق بين الزوجين[١].

وكذلك نص قانون الاحوال الشخصية الأردني في المادة (١٢٦) على أنه: "لأي من الزوجين أن يطلب التفريق للنزاع والشقاق إذا ادعى ضرراً لحق به من الطرف الآخر يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، سواء كان الضرر حسياً كالإيذاء بالفعل أو بالقول أو معنوياً، ويعتبر ضرراً معنوياً أي تصرف أو سلوك مشين أو مخلٍ بالأخلاق الحميدة يلحق بالطرف الآخر إساءة أدبية، وكذلك إصرار الطرف الآخر على الإخلال بالواجبات والحقوق الزوجية المشار إليها في الفصل الثالث من الباب الثالث من هذا القانون بحيث:

([١])_ المذكرة الأيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مصدر سابق، ص٢١٢.

أ. إذا كان طلب التفريق من الزوجة، وتحقق القاضي من صحة ادعائها، بذلت المحكمة جهدها في الإصلاح بينهما، فإذا لم يمكن الإصلاح أنذر القاضي الزوج بأن يصلح حاله معها وأجل الدعوى مدة لا تقل عن شهر، فإذا لم يتم الصلح بينهما وأصرت الزوجة على دعواها أحال الأمر إلى حكمين.

ب. إذا كان المدعي هو الزوج وأثبت وجود النزاع والشقاق، بذلت المحكمة جهدها في الإصلاح بينهما، فإذا لم يمكن الإصلاح أجل القاضي الدعوى مدة لا تقل عن شهر أملاً بالمصالحة، وبعد انتهاء الأجل إذا لم يتم الصلح وأصر الزوج على دعواه، أحال القاضي الأمر إلى حكمين".

ويتضح مما تقدم بأن المشرع الأردني عالج التفريق للضرر ضمن الاحكام العامة للنشوز، على اعتبار أن كلا الامرين فيهما ضرراً وان تفاوت درجته، ونتيجة ذلك بين النص المتقدم بأن القانون أعطى الحق لأي من الزوجين في طلب التفريق إذا لحقه ضرر مادي أو معنوي، وسواء أكان طلب التفريق مقدم من الزوجة أو الزوج، فأن المحكمة عليها ان تبذل الجهد في الاصلاح بين الزوجين، فأن تعذر الاصلاح أنذر القاضي الطرفين بإصلاح الحال والعمل على ازالة الخلاف بينهما، وعندها يؤجل النظر في الدعوى مدة لا تقل عن شهر، فأن لم يتصالحا أثناء هذه المدة واصر رافع الدعوى على طلب التفريق، احال القاضي الأمر إلى حكمين، وبعد كل ذلك إذا لم يتصالح الزوجين، تحكم المحكمة بالتفريق بينهما[١].

ونتيجة ما تقدم ندعوا المشرع العراقي إلى تعديل الفقرة (١) من المادة (٤٠)على غرار قانون الاحوال الشخصية الاردني، الذي لم يكتفِ بأثبات الضرر للحكم بالتفريق، بل اعطى للقاضي سلطة واسعة للإصلاح بين الزوجين، فأن لم يفلح ذلك انذر الزوجين بإصلاح الحال خلال مدة لا تقل عن شهر، وهذه المدة تعد خطوة مهمة في سياسة المشرع الأردني؛ لأن طالب

([١])_ د. عمر سليمان الاشقر، الواضح في شرح قانون الاحوال الشخصية الاردني، ط٨، ج١، دار النفائس، عمان، الاردن، ٢٠٢١، ص٣٠٤ وما بعدها.

التفريق نفسه قد يهدأ، فيعدل عن قراره بعدما يأخذ الفرصة الكافية للتأمل في النتائج السلبية التي تترتب على التفريق، سيما إذا كان لديه اولاًد.

الملاحظة الثانية: أن المشرع العراقي في الفقرة المذكورة اعلاه اعتبر من قبيل الاضرار **(الادمان على تناول المسكرات أو المخدرات).** وهذا الأمر لم تنص التشريعات العربية عليه كسبب من اسباب التفريق هذا من جهة، ومن جهة أخرى نلاحظ بأن المشرع أعطى الحق في طلب التفريق بمجرد أثبات حالة ادمان الزوج الأخر على تناول المواد المخدرة او المسكرة[1]، وكان الأجدر بالشرع العراقي ان يشترط اعطاء المشكو منه مدة محددة لغرض محاولة ترك تعاطي هذه المواد المذكورة او عرضه على لجنة طبية لغرض التشافي من حالة الادمان، فإذا لم ينتهي بالرغم من ذلك فعندئذ يحق طلب التفريق، وهذا الامر أخذ به القانون المدني الإيراني، إذ نص في المادة (١١٣٠/ف٢) على حق الزوجة في طلب التفريق إذا: " أدمن الزوج على احد أنواع المواد المخدرة أو المشروبات الكحولية... وامتنع عن تركها أو عدم أمكانية إجباره على تركها في المدة اللازمة لترك الاعتياد حسب تشخيص الطبيب. فإن لم يلتزم الزوج بعد ذلك أو بعد ترك الإدمان عاد مجدداً لتعاطي المواد المذكورة يجري الطلاق بناء على طلب الزوجة". يتضح من النص بأن المشرع الإيراني لم يستعجل منح الزوجة طلب التفريق للإدمان على تناول المؤثرات العقلية والمواد المسكرة، وانما اشترط تحديد مدة للزوج بأن يترك خلالها تناول هذه المواد، فإذا لم يفعل أو عاد بعد الترك جاز للزوجة طلب التفريق، وهذا التوجه في سياسة المشرع الإيراني يعد توجه مرغوب فيه؛ لأنه من جهة يضيق من نطاق التفريق القضائي، ومن جهة اخرى يعد سياسة مهمة للحد من ظاهرة الإدمان على المخدرات والمؤثرات العقلية. ونتيجة ذلك ندعوا المشرع العراقي إلى تبني سياسة المشرع الإيراني في مسألة التفريق للإدمان على تناول المواد المسكرة أو المخدرة .

([1])_ فقد قضت محكمة التمييز الاتحادية في حكما لها بأن: " للزوجة طلب التفريق، إذا ثبت بتقرير طبي ادمان الزوج على تناول المسكرات". حكمها المرقم: ٧١٦٧/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/ بتاريخ: ٢٠١٢. نقلا عن رحيم العتابي، مصدر سابق، ص٦٥.

الصورة الثانية_ الخيانة الزوجية:

عالج المشرع العراقي مسألة التفريق القضائي للخيانة الزوجية في المادة (٤٠/ف٢) من قانون الاحوال الشخصية إذ اجازت هذه المادة لكلا الزوجين طلب التفريق إذا: " ارتكب الزوج الاخر، الخيانة الزوجية". ويلاحظ من هذه الفقرة أن المشرع العراقي استعمل عبارة الخيانة الزوجية بدلاً من تعبير الزنا، إذ اراد بهذه العبارة أن يعطي معنى واسعاً يفوق معنى الزنا[١]. وهذا التوجه يحسب للمشرع العراقي، لأن هذا النوع من السلوك يشكل خدش في الحياء العام، وانتهاك لحرمة المجتمع ونقائه وتعدٍ على المحرمات والقيم والتقاليد الإسلامية، فضلا عن إن الأسرة تعد الخلية الاولى في بناء المجتمع، وأن أي مساس بها يعبر عن مساس بالمجتمع[٢].

ونتيجة ما تقدم فأن من السياسات المهمة للحد من التفريق للخيانة هو تجريم هذا السلوك، وقد عاقب المشرع العراقي على زنا الزوجية في المادة (٣٧٧) من قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة (١٩٦٩) المعدل. ولكن يلاحظ في الوقت الحالي ونتيجة للتطورات التكنولوجية التي شهدها العالم في أواخر القرن الماضي قد ظهرت وسائل اتصال جديدة لم تكن معروفة سابقا ساهمت في توسيع العلاقات الاجتماعية بين أفراد المجتمع، وترتب على الاستخدام السيئ لها ظهور ما يعرف بالجرائم الالكترونية، ومن ذلك جريمة الخيانة الزوجية الالكترونية عبر وسائل التواصل الالكتروني. ومن هذا المنطلق هل تعد الخيانة الزوجية الإلكترونية جريمة معاقب عليها في القانون الجزائي؟ يبدو بأن الخيانة الزوجية عن طريق مواقع التواصل الاجتماعي لاتعد من قبيل جريمة الزنا المعاقب عليه قانوناً، وذلك لعدم وجود مادة قانونية عقابية تعرف باسم الزنا الالكتروني، وأن ارتكاب فعل الخيانة الزوجية في مثل هذه الحالة انما يعد فعلاً

---

(١)_ استاذنا الدكتور حيدر حسين كاظم الشمري، التفريق للضرر الواقع بين الزوجين،مصدر سابق، ص ١١١.

(٢)_ استاذنا الدكتور مصطفى راشد الكلابي، دور القيم الاجتماعية في السياسة الجزائية،ط١، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠٢٢، ص٣٧٥ وما بعدها.

شائناً غير معاقب عليه قانوناً من جهة، ومن جهة اخرى فقد استقرت احكام القضاء على ان مجرد المحادثات والاتصالات الهاتفية وارسال الصور ومقاطع الفيديو عبر وسائل التواصل الاجتماعي لا يعد من قبيل جريمة الزنا وغير معاقب عليه قانوناً لعدم تحقق اركان جريمة الزنا المقررة شرعاً وقانوناً. ولغرض الحد من ظاهرة ارتكاب الازواج ما يخالف التزاماتهم الزوجية فإننا نعتقد بان هنالك حاجة ماسة في سد النقص التشريعي من عدم وجود مادة عقابية تفرض العقوبة المقيدة للحرية بما يتناسب مع الفعل المرتكب في الخيانة الزوجية عبر وسائل التواصل الاجتماعي، حتى وان لم يصل إلى مرحلة ارتكاب جريمة زنا الزوجية[١].

ويرى الباحث أن النهي الوراد على جريمة الزنا من وجهة نظر القران الكريم يمكن ان يشمل جريمة الخيانة الزوجية الإلكترونية، فلو تأملنا في قوله تعالى" **وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَا ۖ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا**"[٢]. سنجد بأن الآية المباركة لم تقل لا تزنوا، بل قالت لا تقربوا هذا العمل الشائن، وهذا الاسلوب في النهي فضلا عما يحمله من تأكيد، فأنه يوضح أن هناك مقدمات تجر إلى الزنا ينبغي تجنبها وعدم مقاربتها، ، فخيانة العين تعتبر واحدة من المقدمات، وكذلك الخلوة وغيرها المقدمات التي يشملها النهي[٣]. ونتيجة ما تقدم ندعوا المشرع العراقي إلى تجريم الخيانة الزوجية الإلكترونية، لكون اغلب حالات التفريق القضائي تحصل نتيجة هذا السلوك الشائن.

---

(١)_ القاضي حبيب إبراهيم حمادة، الخيانة الزوجية الإلكترونية، مقالة منشورة على الموقع الرسمي لمجلس القضاء الاعلى، مصدر سابق. وتجدر الاشارة إلى أن التطبيق العملي في محاكم التحقيق جرى على تكيف جرائم الخيانة الزوجية الالكترونية وفق احكام المادة (٤٣٤) من قانون العقوبات العراقي والخاصة بالسبب بما يخدش الشرف.

(٢)_ اية (٣٢) من سورة الأسراء.

(٣)_ الشيخ ناصر مكارم الشيرازي، الأمثل في تفسير كتاب الله المنزل،ط٢،ج٨، مطبعة الأميرة، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩، ص٣١٠.

الصورة الثالثة_ التفريق لزواج القاصر:

قيد يحصل أن يتم زواج القاصر خارج المحكمة وهم غالبا ما يحصل ممن يتم تزوجيهم دون رغبتهم، لذلك فتح قانون الأحوال الشخصية العراقي الباب امام هؤلاء لطلب التفريق وفق احكام المادة (٤٠/ف٣) من هذا القانون التي نصت على حق طلب التفريق إذا: "كان عقد الزواج قد تم قبل إكمال أحد الزوجين الثامنة عشرة دون موافقة القاضي" ولكن عند التأمل في هذا النص نلاحظ بأنه يعطي حق طلب التفريق لمن تم تزوجيه خارج المحكمة وهو ناقص الاهلية بصورة مطلقة من دون قيد او شرط ، بيد ان هناك قيود وضوابط عدة توازن ما بين مصلحة ناقص الاهلية والتضيق من نطاق التفريق وهذه القيود على النحو الاتي:

القيد الاول_ مباشرة الزواج من قبل الولي المعروف بحسن الاختيار: وهذا القيد تبناه فقهاء الاحناف وذهبوا الى أن خيار البلوغ ينتفي إذا باشر الولي زواج الصغير وكان الولي معروف بحسن الاختيار والتصرف بمن في ولايتهما[١]. وهذا القيد معتبر في احكام التفريق، لكن قانون الاحوال الشخصية العراقي في الفقرة الثالثة المذكورة اعلاه اهمل هذا القيد، حيث جاءت هذه الفقرة مطلقة وتعطي للقاصر حق التفريق سواء تم الزواج بحضور الولي الشرعي المعروف بحسن الاختيار ام لا.

ولكن تجدر الإشارة إلى أن قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة (١٩٦٩) قد أخذ بهذا القيد كشرط لاستعمال خيار البلوغ من قبل القاصر ولا ابلغ في الدلالة على ذلك ما نصت عليه المادة (٣٠٨/ف٢) من هذا القانون على انه: " إذا زوج غير الاب والجد الصغيرة للكفء وبمهر المثل وبلغت فاختارت نفسها بالبلوغ وطلبت فسخ عقد الزواج والتفريق بينها وبين زوجها واقامت البينة على دعواها فتحلف اليمين بالصيغة الاتية والله اني اخترت نفسي وقت بلوغي".

---

(١)_ بن الهمام،شرح فتح القدير،(٤٠٦/٢). وينظر محمد بن أحمد بن موسى المعروف ببدر الدين العيني الحنفي،البناية شرح الهداية، ط١،ج٥،دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان،٢٠٠٠، ص ٩٠ وما بعدها.

ويتضح من النص المتقدم بأن طلب التفريق لزواج ناقص الأهلية يكون في حال قام غير الاب او الجد بتزويج الصغير، والمفهوم المخالف أن خيار البلوغ ينتفي إذا باشر الاب او الجد زواج القاصر هذا من جهة ومن جهة اخرى يلاحظ من النص اعلاه بأنه قصر خيار البلوغ على الزوجة الصغيرة دون الزوج وهو توجه مرغوب فيه باعتبار أن الزوج يملك حق الطلاق .

ونتيجة ما تقدم قضت به محكمة تمييز العراق في حكما لها بأنه: "ليس للزوجة اختيار نفسها بالبلوغ إذا زوجها الأب أو الجد"[١]. ومما تقدم ندعوا المشرع العراقي الى تضمين هذا القيد ضمن الفقرة الثالثة من المادة الاربعين من قانون الاحوال الشخصية لما له دور مهم من تضيق نطاق التفريق القضائي.

القيد الثاني_ عدم المفسدة في زواج ناقص الاهلية: وهذا القيد تبناه فقهاء الامامية ومفاده عدم الاكتفاء بصحة زواج ناقص الاهلية أن يكون الزواج صادرا من الاب او الجد، بل يشترط فضلا عن ذلك أن لا يكون فيه مفسدة للقاصر، وإلا كان الزواج موقوف على اجازة الصغير عند البلوغ، والمناط في كون التزويج خاليا عن المفسدة كونه كذلك في نظر العقلاء لا بالنظر إلى واقع الأمر، فلو باشر الولي زواج ناقص الاهلية باعتقاد عدم المفسدة فتبين أنه ليس كذلك في نظر العقلاء لم يصح[٢]. وهذا القيد معتبر لأنه يوازن ما بين مصلحة ناقص الاهلية وما بين الحد من التفريق القضائي، ونتيجة ما تقدم إذا كان الزواج فيه مصلحة معتبرة للصغير بنظر العقلاء فأن خيار البلوغ يسقط، وإزاء ذلك ندعوا المشرع العراقي الى تبني هذا القيد.

القيد الثالث_ عدم تحقق الحمل أو الولادة عند الزوجة: ومفاد هذا القيد ان طلب التفريق لزواج القاصر يسقط اذا حصل الحمل او الانجاب عند الزوجة بعد الزواج، وهذا القيد انفرد قانون الاحوال الشخصية الاردني بالنص عليه ولا ابلغ

---

(١)_ انظر حكمها المرقم: ٥١٦/ شرعية ثانية/ بتاريخ ١٩٧٣. نقلا عن القاضي جاسم جزاء جافر هورامي، مصدر سابق،ص٣٨٠.

(٢)_ النكراني،تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة، كتاب النكاح (١٠٥). وينظر علي اصغر مرواريد، الينابيع الفقهية،ط١،ج١، مؤسسة فقه الشيعة،بيروت،لبنان،١٩٩٣، ص٤٣٥. وينظر: السيد السيستاني،منهاج الصالحين، (٢٦/٣).

في الدلالة على ذلك ما قضت به المادة (٣٥/ج) من هذا القانون بأنه: "لا تسمع دعوى فساد الزواج بسبب صغر السن إذا ولدت الزوجة أو كانت حاملا...". ويتضح من هذا النص بأن المشرع الاردني راعى حالتي الحمل والانجاب وجعلهما مانع من موانع سماع الدعوى[١].

ونتيجة ما تقدم قضت محكمة الاستئناف الشرعية الاردنية في حكما لها بأن: "على المحكمة عدم سماع دعوى فسخ العقد لصغر سن الزوجة إذا ظهر الحمل عليها"[٢]. وقضت المحكمة نفسها في قرار اخر لها بأنه: "إذا اعترفت الزوجة أنها حملت من زوجها، وأسقطت حملها منه، وصدقها الزوج ترد الدعوى، لأن الإقرار بحصول الإسقاط يتضمن سبق الحمل والولادة، وهما من موجبات عدم سماع دعوى فسخ النكاح بسبب صغر السن"[٣].

ومما تقدم ندعو المشرع العراقي الى تبني هذا القيد كما فعل المشرع الاردني لأن منع الفسخ بسبب صغر السن في حالة الحمل أو الولادة، رعاية لمصلحة الاولاد لان الضرر في التفريق بين الزوجين مع وجود الاطفال يكون اكبر واشد هذا من جهة، ومن جهة اخرى ان تحقق الحمل والانجاب يدل على تحقق القابلية والقدرة البدينة عند الزوجة وهذا المعيار كثير ما يعول عليه الفقه الاسلامي في تحديد سن البلوغ.

---

(١)_ د.محمد أحمد حسن القضاة،مصدر سابق،ج١،ص١٣٨.

(٢)_ انظر حكمها المرقم: ٩٦٨٩/شرعية/ بتاريخ ١٩٥٧. نقلا عن القاضي أحمد محمد علي داود،مصدر سابق،ص٤٠٩.

(٣)_ انظر حكمها المرقم: ١٧٩٩٤/ شرعية/ بتاريخ ١٩٧٤. نقلا عن المصدر السابق، ص٤١٢.

الصورة الرابعة_ زواج المكره:

إن عقد الزواج الذي يتم عن طريق الاكراه يعد باطلا في القانون العراقي مالم يتم الدخول، حيث نصت المادة المادة (١/٩) من قانون الاحوال الشخصية العراقي على أنه: "لايجوز لأي من الأقارب أو الأغيار اكراه أي شخص ذكرا كان أم انثى على الزواج دون رضاه، ويعتبر عقد الزواج بالاكراه باطلا، إذا لم يتم الدخول...". وعند التأمل في النص المتقدم نلاحظ بأن هناك ملاحظات عدة يمكن ان ترد عليه وهي وعلى النحو الاتي:

١_ اعتبر المشرع العراقي زواج المكره باطلا، فخلط بين الباطل والموقوف، والصواب هو ان يُقال (ويُعد زواج المكره موقوف على اجازته بعد زوال الأكراه)

٢_ اعتبر المشرع الزواج الباطل قابل لأن تلحقه الاجازة ، بينما العقد الباطل كالمعدوم لا تحلقه اجازة، ومن المسلم به أن مابني على باطل فهو باطل.

٣_ اعتبر الدخول مطلقا اجازة عندما استعمل عبارة (إذا لم يتم الدخول) والمفهوم المخالف أن الدخول يعد اجازة ولو كانت الإرادة مشوبة بعيب الاكراه، وهذا يعد خطأ لأن الدخول بالإكراه لا يكون إجازة[١].

ونتيجة ما تقدم نقترح على المشرع أن يعتبر عقد زواج المكره موقوف على اجازة من وقع عليه الاكراه، وتتحقق الاجازة من تاريخ زوال الاكراه. ولكن يثار سؤال مفاده هل الاجازة بعد زوال الاكراه محددة بمدة زمنية أم مطلقة؟ لو تأملنا في نص المادة (٤/٤٠) من قانون الاحوال الشخصية العراقي التي قضت بحق التفريق لكلا الزوجين إذا: " كان الزواج قد جرى خارج المحكمة عن طريق الاكراه، وتم الدخول". نلاحظ بأن هذا النص جاء مطلق ما يعني بأن من وقع عليه الاكراه يستطيع ان يطالب بالتفريق متى شاء حتى لو زال الاكراه وهذا الامر يؤدي الى عدم استقرار العلاقة الزوجية سيما وأن عقد الزواج ينشئ روابط متعددة منها انجاب الاولاد. بينما نلاحظ أن قانون الاحوال الشخصية المغربي قد اجاد في معالجة مسألة التفريق لزواج المكره حيث نص

([١])_ د. مصطفى الزلمي،احكام الزواج والطلاق، مصدر سابق، ص٦٤.

في المادة (٦٣) من هذا القانون على أنه: " للمكره أن يطلب فسخ الزواج قبل البناء و بعده خلال اجل لا يتعدى شهرين من يوم زوال الاكراه". ويتضح من هذا النص بأن المشرع المغربي اعتبر زواج المكره غير لازم سواء اتم الدخول ام لا مادم الرضا مشوب بعيب الإكراه، غير أن حق الفسخ يسقط بمرور مدة شهرين من يوم زوال الإكراه، وهذا التوجه مرغوب فيه لأنه يوازن ما بين مصلحة المكره والتضيق من نطاق انهاء عقد الزواج.

ثانياً_ قيود التفريق الثابت للزوجة:-

عالج المشرع العراقي أحكام هذه الحالة ضمن الفقرة الخامسة من المادة الأربعين من قانون الاحوال الشخصية العراقي، حيث اجاز للزوجة طلب التفريق إذا تزوج عليها زوجها بزوجة ثانية ، ومن هذا المنطلق فإن حكم التفريق للزواج بثانية لا أثر له في حدود التتبع فيما بين ايدينا من اخبار، وتبعاً لذلك لم اجد من فقهاء المسلمين من تعرض لحكم التفريق للزواج بثانية، ولعل السبب في ذلك أن تعدد الزوجات في الفقه الإسلامي جائز وفقا لحدود وضوابط معينة، بينتها الآية المباركة في قوله تعالى "وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُواْ فِي الْيَتَامَى فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء مَثْنَى وَثُلاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً "[١].

اما بخصوص موقف التشريعات المقارنة من مسألة التفريق لتعدد الزوجات، فقد اكد على هذا الحق كل من قانوني الاحوال الشخصية العراقي والمغربي، اما بخصوص موقف قانوني الاحوال الشخصية الإماراتي و الأردني، فلم يتضمنا بين طياتهما نصاً يجيز للزوجة طلب التفريق. ومن هذا المنطلق نص قانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة (٤٠/ف٥) على حق الزوجة في طلب التفريق إذا: "تزوج الزوج بزوجة ثانية بدون إذن المحكمة.....". وكذلك نصت المادة (٤٥) من قانون الأسرة المغربي على أنه: "إذا ثبت للمحكمة من خلال المناقشات تعذر استمرار العلاقة الزوجية، وأصرت الزوجة المراد التزوج عليها على المطالبة بالتطليق، حددت المحكمة مبلغا لاستيفاء كافة حقوق الزوجة وأولادهما الملزم الزوج بالإنفاق عليهم. يجب على الزوج إيداع المبلغ المحدد داخل أجل لا يتعدى سبعة أيام. تصدر المحكمة بمجرد الإيداع حكما بالتطليق ويكون هذا الحكم غير قابل لأي طعن في جزئه القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية. يعتبر عدم إيداع المبلغ المذكور داخل الأجل المحدد تراجعا عن طلب الإذن بالتعدد. فإذا تمسك الزوج بطلب الإذن بالتعدد، ولم توافق الزوجة المراد التزوج عليها، ولم تطلب التطليق طبقت المحكمة تلقائيا مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد ٩٤ إلى ٩٧ بعده". وبعد أن بينا

([١])_ اية (٣) من سورة النساء.

النصوص التشريعية للقوانين التي اجازت التفريق للزواج بثانية، فأن هناك قيود وحواجز يمكن أن تحد من هذه العملية وهي على النحو الآتي:

القيد الاول_ أن يكون التفريق قاصرا على الزوجة الأولى:

لا شبهة ولا خلاف بأن الزوجة الأولى إذا تزوج عليها الزوج بزوجة ثانية، يحق لها طلب التفريق، ولكن الاشكال يظهر في حال تزوج الزوج بزوجة ثالثة مثلا، فهل يحق للزوجة الثانية طلب التفريق؟ يرى الفقه بأن حكم الفقرة الخامسة من المادة الأربعين من قانون الأحوال الشخصية العراقي يشمل أيضا الزوج الذي في عصمته زوجتين ويتزوج بثالثة دون حصوله على إذن من المحكمة، وبعبارة أخرى تستطيع طلب التفريق الزوجة الاولى والثانية لزواجه بزوجة ثالثة[١].

بينما نلاحظ أن محكمة التمييز الاتحادية لها توجه مغاير لذلك، حيث قضت في حكماً لها بأن: " التطبيق السليم الذي اشترطته المادة (٤٠/ف٥) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، أنها اعطت الحق للزوجة بطلب التفريق من زوجها إذا تزوج عليها بزوجة ثانية بدون إذن المحكمة وأن ذلك ينصرف إلى أمكانية طلب التفريق من قبل الزوجة الأولى إذا ما توافرت شروط المادة المذكورة في الفقرة (٥) منها وهو ما لاينطبق على موضوع هذه الدعوى حيث أن المدعية (المميز عليها) الزوجة الثانية للمدعي عليه (المميز) وطلب التفريق لزواج المدعي عليه من زوجة ثالثة، وبالتالي ليس لها التمسك بالحق الممنوح في المادة المذكورة كونها ارتضت لنفسها ان تكون زوجة ثانية وبالتالي لا يمكن لها ان تتمسك بحق طلب التفريق لزواج المدعى عليه من زوجة ثالثة، وكون المحكمة ذهبت خلاف ذلك مما اخل بصحة الحكم"[٢].

---

(١)_ القاضي علي حسين محمود، تعدد الزوجات في الشريعة والقانون، بحث مقدم إلى المعهد القضائي العراقي، ٢٠١٢، ص٤٦.

(٢)_ انظر حكمها المرقم: ١٢٣٨٩/هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/ بتاريخ ٢٠٢١. نقلا عن موقع مجلس القضاء الاعلى_ محكمة التمييز الاتحادية، مصدر سابق، تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٩/٥.

ويتضح من الحكم المتقدم بأن محكمة التمييز جعلت التفريق لتعدد الزوجات قاصراً على الزوجة الأولى، وهذا ما نميل؛ لأنه كما عبرت هذه المحكمة الموقرة بأن المرأة التي ارتضت لنفسها ان تكون زوجة ثانية لا يمكن لها أن تتمسك بحق طلب التفريق لتعدد الزوجات هذا من جهة، ومن جهة أخرى لو تأملنا في الفقرة الخامسة من المادة (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، نلاحظ بأن المشرع العراقي استعمل عبارة (إذا تزوج الزوج بزوجة ثانية) ومن هذا المنطوق يتضح لنا بأن النص يتكلم عن التفريق للزواج بثانية، ما يعني بأن التفريق قاصراً على الزوجة الأولى. ولغرض التأكيد على ذلك ندعوا المشرع العراقي إلى تعديل الفقرة الخامسة من المادة (٤٠) لتصبح بالشكل الآتي (للزوجة الاولى طلب التفريق إذا تزوج عليها الزوج بزوجة ثانية).

القيد الثاني_ أن لا تكون الزوجة الثانية أرملة أو طليقة زوجها:

من المسلم به أن تعدد الزواجات في القانون العراقي يشترط فيه موافقة القاضي[١]، بيد أن المشرع العراقي استثنى من ذلك حالتين هما: الحالة الأولى_ يجوز الزواج بأكثر من واحدة بدون موافقة القاضي إذا كان المراد الزواج بها أرملة[٢]. والحالة الثانية_ أعادة المطلقة إلى عصمة زوجها إذا سبق للزوج أن عقد زواجه على امرأة أخرى قبل إعادة مطلقته إلى عصمته[٣].

ونتيجة ما تقدم يمكن أن نستنتج ضمناً أن الزوجة الأولى لا يمكن لها طلب التفريق للزواج بثانية إذا كانت الزوجة الثانية أرملة او طليقة زوجها، لأن المادة (٤٠/ ف٥) التي اجازت للزوجة طلب التفريق اشترطت ان يكون الزواج قد تم بدون موافقة المحكمة، وان هاتين الحالتين مستثناة من الأذن[٤].

---

(١)_ نصت المادة (٣/ ف٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي على أنه: "لا يجوز الزواج بأكثر من واحدة الإ بأذن القاضي...".

(٢)_ ينظر المادة (٣/ ف٧) من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

(٣)_ ينظر قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١٤٧) لسنة ١٩٨٢، المنشور بالوقائع العراقية العدد (٢٨٧٠) في ١٩٨٢/٢/٨.

(٤)_ تجدر الاشارة إلى إن هناك رأي في الفقه يرى بأن مسألة جواز تعدد الزوجات الواردة في الآية الثالثة من سورة النساء ليست مطلقة، وإنما جواز التعدد مرتبط بمسألة الأرامل

القيد الثالث_ مرور مدة على علم الزوجة الاولى بالزواج الثاني:

ومفاد هذا القيد أن الزوجة الأولى يسقط حقها في طلب التفريق، إذا مرت مدة على علمها بزواج زوجها بامرأة ثانية، ولكن عند التأمل في التشريعات التي اجازت للزوجة طلب التفريق لتعدد الزوجات، نلاحظ بأنها جاءت بنصوص مطلقة غير مقيدة بمدة محددة، ما يعني بأن الزوجة تستطيع طلب التفريق في أي وقت ومن غير قيد وهذا الاطلاق في المدة يؤدي إلى عدم استقرار العلاقة

ذوات الأيتام فقط، وحجته في ذلك سياق الآيات والعبارات، حيث أن الآية الثانية من سورة النساء يأمر فيها الله تعالى الناس بأن يأتوا اليتامى أموالهم، فيقول: **"وَآتُواْ الْيَتَامَى أَمْوَالَهُمْ وَلاَ تَتَبَدَّلُواْ الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ وَلاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَهُمْ إِلَى أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا"**

ثم يتابع الحديث عن اليتامى، أمراً الناس بنكاح ما طاب لهم من النساء مثنى وثلاث ورباع، في حالة واحدة وهي الخوف من ألا يقسطوا في اليتامى فيقول: **"وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُواْ فِي الْيَتَامَى فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء مَثْنَى وَثُلاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً "**.

ونتيجة ما تقدم فأن المتأمل المنصف الذي يريد أن يبحث مسألة التعددية الزوجية في التنزيل الحكيم من أن ينظر في هذه الآيات مدققاً أمام العلاقة السببية التي اوضحها الله سبحانه وتعالى بين موضوع تعدد الزوجات واليتامى، ومن هذا المنطلق فأن اليتيم في اللسان العربي هو القاصر دون سن الرشد الذي فقد اباه، وما زالت امه حية.

وبناء على ما تقدم نلاحظ بأن الآية الثانية تتكلم عن اموال اليتامى، ثم جاءت الآية الثالثة مباشرة وقالت **(أن خفتم الا تقسطوا في اليتامى)** فهذه العبارة ايضا مرتبطة باليتامى فالله تعالى يريد منا أن نبرهم ونقسط فيهم ونرعاهم وننمي اموالهم وندفعها اليهم بعد أن يبلغوا اشدهم، ولكن كيف يتحقق ذلك؟ وهل نأخذ الايتام القاصرين من أمهاتهم إلى بيوتنا، ونربيهم بعيداً عنها؟ أم هل نتردد عليهم في بيوتهم ونؤمن حاجياتهم؟ يبدوا أن الامر ممكن، ولكن يبقى احتمال ألا نتمكن من تحقيق امر الله كاملا.

في هذه الحال، حالة الخوف من عدم النجاح بالإقساط في اليتامى على الوجه المطلوب **" وأن خفتم الا تقسطوا في اليتامى"**. فقد جاءت الآية بالحل أي بالزواج من أمهاتهم الأرامل **"وانكحوا ماطاب لكم من النساء"**. وإزاء ذلك فأن الله لا يسمح بالتعددية سماحاً بل يأمر به في الآية المباركة لكن بشرطين: الأول أن تكون الزوجة الثانية والثالثة والرابعة أرملة ذات أولاد، والثاني أن يتحقق الخوف من عدم الأقساط إلى اليتامى، وطبيعي أن يلغى الأمر بالتعددية في حال عدم تحقق الشرطين. ينظر: د. محمد شحرور، نحو أصول جديدة للفقه الإسلامي،ط١، الأهالي للطباعة والنشر، سوريا، دمشق،٢٠٠٠، ص٣٠٢ وما بعدها.

الزوجية، إذ يمكن في أي لحظة أن تطالب الزوجة الأولى في أنهاء عقد الزواج، ومن المسلم به أن انهاء الزواج يرتب اضرار متعدية، تشمل الزوجين وأولادهما والمجتمع.

ونتيجة ما تقدم فقد التفتت محكمة التمييز الاتحادية إلى هذا الأمر، واعتبرت مرور مدة زمنية على علم الزوجة الأولى بالزواج الثاني، مانع من سماع الدعوى، إذ قضت في حكماً لها بأنه: " لا يمكن جعل الزوج حبيس تهديد زوجته بطلب التفريق القضائي منه في حال زواجه من زوجة ثانية طيلة حياته، إذا ثبت علم الزوجة بذلك لعدة سنوات"[١]. ويتضح من هذا القرار بأن مرور مدة على علم الزوجة بزواج زوجها من زوجة ثانية يعد مانع من سماع الدعوى، ولكن ما حدود هذه المدة التي يسقط فيها حق طلب التفريق للزواج بثانية؟

لقد اجابت محكمة التمييز الاتحادية على ذلك في حكما اخر، إذ قضت بأن: "اقامة الزوجة لدعوى التفريق القضائي من زوجها لزواجه من زوجة ثانية بعد مرور سنتين من علمها بذلك يجعل منها متراخية في طلب التفريق، وتكون دعواها لا سند لها من القانون"[٢]. ويتضح مما تقدم بأن حق الزوجة في طلب التفريق لزواج زوجها بزوجة ثانية، يسقط بعد مرور سنتين على علمها بالزواج، وكان الاجدر جعل هذه المدة ثلاثة اشهر فهي كافية لغرض التروي والتفكير في اتخاذ قرار التفريق القضائي، وإزاء ذلك ندعوا المشرع العراقي إلى تقيد حق الزوجة في طلب التفريق لتعدد الزوجات بمدة ثلاثة اشهر.

---

(١)_ أنظر حكمها المرقم: ٣٠٣٨/ هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/ بتاريخ ٢٠١٦. نقلا القاضي قاسم فخري الربيعي، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية في القرارات الصادرة من محكمة الاحوال الشخصية في الحلة،ط٢، ج١،دار الرياحين،بغداد، العراق،٢٠١٧ ، ص٣٧.

(٢)_ أنظر حكمها المرقم: ٦٧٩١/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/ بتاريخ ٢٠١٦. نقلا عن القاضي قاسم فخري الربيعي، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية قسم الاحوال الشخصية، مصدر سابق، ص٣٣.

الفصل الثاني

سياسة الحد من الانحلال الارادي

الفصل الثاني

سياسة الحد من الانحلال الإرادي

تمهيد وتقسيم:

الزواج نظام اجتماعي جوهري وطريق تكوين الأسرة، مقيد بشرائع دينية مختلفة وقيم اجتماعية تبعاً للشعوب والأمم، فضلا عن أنه رابطة تربط النفوس البشرية لتكوين عائلة صالحة، لأن الأسرة قوام المجتمع والدعامة الأولى لبنائه، وأول وحدة اجتماعية يقوم عليها، ومن هنا كان إنشاؤها منوطاً بالقيم الدينية والاجتماعية التي تحكم تشكيل الاسرة ذاتها. وعلى الرغم من هذا الرباط المتين فإنه قد تنشأ بين الزوجين خلافات تؤدي إلى تنافر القلوب واحتدام الصدام بينهما، بحيث يؤثر على استمرار الرابطة الزوجية وتحقق الانفصال، ولو تأملنا في عملية الانفصال بين الزوجين من اطارها الاجتماعي لرأينا تشريعها يأتي كرخصة واستثناء لإنقاذ الاسرة من التحطم والتشرد، كما أن الشريعة الإسلامية وقبل كل شيء وجهت المجتمع بوضع الحواجز أمام الزوجين لتقيد رغبتهما في تحقيق أنهاء عقد الزواج، فوضعت امامهم العديد من التدابير والقيود (الوقائية والعلاجية) للحد من انهاء الرابطة الزوجية، ونتيجة ما تقدم سوف نسلط الضوء القيود التي جاء بها الإسلام والتشريعات القانونية المقارنة على عملية الانحلال الإرادي، مع بيان موقف المشرع العراقي منها.

ومما تقدم سوف نقسم هذا دراسة هذا الفصل على مبحثين: نخصص المبحث الأول:- للسياسة الموضوعية، فيما نخصص المبحث الثاني:- للسياسة المالية.

المبحث الأول

السياسة الموضوعية للحد من الانحلال الإرادي

يتحقق الانحلال الارادي من جهة الزوج عن طريق الطلاق، وإن الشريعة الإسلامية والتشريعات القانونية في الوقت الذي أعطت أمر الطلاق بيد الرجل، فقد راعت المرأة ففتحت لها نافذة بالإمكان أن تستمد منها حريتها، وتطل منها على ما تصبو إليه، إذا وجدت بأن حياتها مع زوجها أمر لا يطاق، وذلك عن طريق رخصة الخلع، وهناك صورة أخرى يمكن للزوجة عن طريقها طلب انهاء عقد الزواج، وهي مسألة الاخلال بتنفيذ الشروط المقترنة بعقد الزواج، غير ان الشريعة الإسلامية والتشريعات القانونية فرضت قيود عدة على الصور المذكورة أعلاه ونتيجة ما تقدم سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين: نخصص الأول لقيود الانحلال الارادي من جهة الزوج، فيما نخصص الثاني لقيود الانحلال الارادي من جهة الزوجة.

المطلب الأول

الانحلال الإرادي من جهة الزوج

من المسلم به إن الانحلال الإرادي من جهة الزوج يتحقق في عملية الطلاق ولو تأملنا في سياسة الشريعة الاسلامية تجاه عملية الطلاق، سنلاحظ بأن الاسلام قد شرع بعض الحواجز وكان الغرض منها تأخير عملية الطلاق ولو لمدة وجيزة، وحينئذ فإذا مر زمن ولو كان يسير بين الزوجين فأنه كفيل في كثير من الاحيان أن يصرف الزوج عن قراره بالطلاق وتغير مجرى الحياة، سواء بتدخل من له تأثير على الطرفين، أو أن الزوج نفسه قد يهدأ سيما وأن الاحصاءات تثبت بأن الكثير من حالات الطلاق تعود لأسباب تافهة في نظر العرف، ومن هذا المنطلق سوف نقسم دراسة هذا المطلب على فرعين : نخصص الفرع الأول:- لقيود الطلاق الزمانية . فيما نخصص الفرع الثاني:- لقيود الطلاق العددية.

الفرع الأول

حواجز الطلاق الزمانية

المقصود من القيود الزمانية، الحواجز والتدابير التي يشترط الإسلام تحققها وقت ايقاع عملية الطلاق، وهي تشمل أمرين: الأول_ مراعاة الحالة النسائية للزوجة. والثاني_ الأشهاد على الطلاق. ولكل من هاتين السياستين دور مؤثر وفعال للحد من انحلال الرابطة الزوجية وإزاء ذلك سوف نقسم هذا الفرع على فقرتين نخصص الاولى:- لمراعاة الحالة النسائية للزوجة. فيما نخصص الثانية:- للإشهاد على الطلاق.

أولا- مراعاة الحالة النسائية للزوجة:-

اتفق فقهاء المسلمين على إن الطلاق هو إزالة قيد الزواج، غير أن الاختلاف قائم بخصوص الشروط الواجب توفرها عند إيقاع الطلاق[1]. ومن جملة هذه الشروط معرفة الحالة النسائية للزوجة وقت إيقاع الطلاق، ومن هذا المنطلق فأن بيان دور هذا الشرط كسياسة وقائية للحد من الطلاق، يستلزم أن نستعرض موقف فقهاء المسلمين ومن ثم التشريعات المقارنة والقضاء.

اولا_ موقف فقهاء المسلمين: أتفق فقهاء المسلمين بأن الطلاق من حيث وقوعه أو عدم وقوعه ينقسم على قسمين:

الأول: الطلاق السني: وهو الطلاق الذي يتبع فيه المطلق سنة رسول الله (صلى الله عليه وسلم) في إيقاع الطلاق، وذلك بأن يطلقها في طهر لم يقاربها فيه، وتكون تطليقة واحدة، مع حضور شاهدين يتصفان بالعدل.

([1])_ وهذه الشروط في المجمل العام تتعلق بـ: (صيغة الطلاق، و المطلق، و المطلقة، و الشهود) وللمزيد من التفصيل حول هذه الشروط أنظر: عز الدين بحر العلوم،الطلاق ابغض الحلال إلى الله،المكتبة الوطنية،بغداد، ١٩٨٨،ص١٤٣_٢١٧.

الثـاني: الطـلاق البـدعي: وهـو الطـلاق الـذي يخـالف فيـه المطلـق أحـد الشـروط المتقدمـة فـي الطـلاق السـني[١]. وإذا كـان فقهـاء المسـلمين متفقـون بـأن طـلاق الزوجـة الحـائض هـو طـلاق بـدعي ويعـد موقعـه أثـم، غيـر أن الاخـتلاف حصـل فـي صحة هذا الطلاق، وظهر بهذا الصدد اتجاهان:

الاتجـاه الأول: وقـوع الطـلاق: وتبنـاه فقهـاء الأحنـاف، والمالكيـة، والشـافعية، والحنابلـة، وهـذا الاتجـاه يسـتند أصـحابه إلـى الـدليل المحـرز عـن "أبـن عمـر: أنـه طلـق زوجتـه وهـي حـائض، فـذكر ذلـك عمـر للنبـي (ﷺ) فقـال: مـره فليراجعهـا، ثـم يطلقهـا إذا طهـرت"[٢]. ووجـه الاسـتدلال بـأن الروايـة صـريحة الدلالـة فـي احتسـاب طـلاق (أبـن عمـر) لأن القـول بعـدم وقـوع الطـلاق يجعـل مـن الأمـر بالرجعـة لغـواً وهـذا الأمـر متفـق عليـه، غيـر أن الاخـتلاف قـام بـين أصـحاب هـذا الاتجـاه بخصـوص حكـم الرجعـة، فـذهب فقهـاء المالكيـة إلـى أن الرجعـة واجبـة؛ لظهـور دلالـة الأمـر فـي الروايـة[٣]. بينمـا ذهـب فقهـاء الأحنـاف، والشـافعية، والحنابلـة إلـى أن الرجعـة مسـتحبة؛ لأن النبـي(ﷺ) لـم يـأمر (ابـن عمـر) وإنمـا أمـر أبـاه أن يـأمره، والأمرُ بالأمر بالشيء ليس أمراً بذلك الشيء[٤].

الاتجـاه الثـاني: لا يقـع الطـلاق: وتبنـاه فقهـاه الإماميـة فاشـترطوا لصـحة الطـلاق خلـو الزوجـة مـن الحـيض والنفـاس، وإذا أوقـع الـزوج الطـلاق وكانـت زوجتـه

---

(١)_ الكاسـاني، بـدائع الصـنائع،ط٢، (٨٨/٣) ومـا بعـدها. وينظـر شـمس الـدين محمد بـن الخطيـب الشـربيني، مغنـي المحتـاج،ط١، ج٣، دار المعرفـة، بيـروت،١٩٩٨،ص٤٠٤. وينظـر منصـور بـن يـونس بـن بـن إدريـس البهـوتى الحنبلي،شـرح منتهـى الإرادات،ط١،ج٣،دار الكتـب العلميـة، بيروت،لبنان،٢٠٠٠،ص٧٨.

(٢)_ ابـي داود سـليمان بـن الأشـعث الأزدي السجستاني،سـنن أبـي داود،ج٣،دار الرسـالة العالمية،دمش،سوريا، ٢٠٠٩،رواية عدد:(٢١٨١)،ص٥٠٦.

(٣)_ الحطاب الرعيني، مواهب الجليل، (٣٠٣/٩).

(٤)_ وينظـر الكاسـاني،بدائع الصـناع،(٨٩/٣). وينظـر الخطيـب الشـربيني،مغني المحتاج،(٤٤٦/٣). وينظر البهوتي،شرح منتهى الإرادات،(٧٩/٣).

حائض أو نفساء فأن طلاقه يعد باطلاً؛ لأنه مخالف للسنة[١]. ويبدو أن سبب المنع هو الدليل المحرز في بعض الروايات، بأن الرسول(ﷺ) جعل طلاق (أبن عمر) غير مقبول ولاجائز[٢]. بل وصرحت الروايات ببطلان الطلاق الواقع على غير السنة، فقد سأل "أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل طلق أمراته، وهي حائض، فقال: الطلاق لغير السنة باطل"[٣]. وإذا كان الطهر شرط في صحة الطلاق عند فقهاء الإمامية، فإنهم لاحظوا مسألة تعذر العلم بحالة الزوجة، بسبب فقدها أو غيابها أو حبسها، وحتى يقع الطلاق في هذه الحالة لابد من توافر شرطين:

الأول: أن يتعذر عليه العلم بحال زوجته، لغياب، أو سجن، أو مرض، أو غير ذلك فهذه الحالات كلها تعتبر في حكم الغائب.

الثاني: مرور مدة على هذا الانفصال، وهذه المدة تختلف حسب حال المرأة، فإن كانت (مستراية)[٤]، فلا يصح طلاقها، إلا بعد مرور ثلاثة أشهر على تركها، أما إذا كانت مستقيمة فيصح طلاقها بعد مرور مدة لا تقل عن شهر من تاريخ تركها، و أن هذه المدد تدل على انتقال الزوجة من حالة الطهر الذي واقعها فيه إلى طهر آخر[٥].

---

(١)_ السيد محمد صادق الحسيني الروحاني،فقه الصادق،ط٥،ج٣٤،منشورات ايين دانش،قم.٢٠١٤،ص٥٥.

(٢)_ فعن أبا عبد الله(عليه السلام)قال: "أن رسول الله رد طلاق عبد الله بن عمر لأنه كان على خلاف كتاب الله والسنة". نقلا عن محمد بن الحسن الحر العاملي،وسائل الشيعة،ط١،ج٢٢،مؤسسة ال البيت لاحياء التراث،بيروت، رواية عدد:٢٧٩٠٦،ص١٧.

(٣)_ نقلا عن الحر العاملي،وسائل الشيعة،رواية عدد:٢٧٩١٢،(٢٠/٢٢).

(٤)_ المستراية: من لا تحيض وهي في سن من تحيض. الشيخ ياسين عيسى العاملي،الاصطلاحات الفقهية في الرسائل العملية،ط١، مكتبة الكلمة الطيبة، بغداد،العراق،ص٢٠٠.

(٥)_ السيد عبد الله فضل الله فحص الحسيني،الجواهر الفقهية في شرح الروضة البهية،ط١،ج١٥،دار الاضواء بيروت،لبنان،٢٠١٢،ص٥٠_٥٨.

٢_ موقف التشريعات المقارنة: عند التأمل في موقف التشريعات العربية محل المقارنة نلاحظ بأنها لم تبين الشروط الواجب توفرها في المطلقة، وإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

بينما نجد بأن القانون المدني الإيراني بين حكم ذلك، إذ نصت المادة (١١٤٠) من هذا القانون على أنه: "لا يصح طلاق الزوجة أثناء الدورة الشهرية أو النفاس إلا إذا كانت الزوجة حاملاً أو وقع الطلاق قبل الدخول بالزوجة أو كان الزوج غائبا بحيث لا يمكنه العلم بوجود الدورة الشهرية للزوجة". ونصت المادة (١١٤١) من القانون نفسه على أنه: " لا يصح الطلاق في طهر الجماع إلا إذا كانت الزوجة يائسة أو حاملا". وايضا نصت المادة (١١٤٢) من هذا القانون على أنه: "يشترط لصحة طلاق الزوجة التي لا ترى الدورة الشهرية بسبب مقتضى العمر مرور ثلاثة أشهر من تاريخ أخر مقاربة"[١].

ويتضح مما تقدم بأن القانون المدني الإيراني يشترط لصحة الطلاق أن تكون الزوجة في طهر لم يقاربها الزوج فيه، ويستثنى من ذلك الزوجة الحامل أو إذا وقع الطلاق قبل الدخول بالزوجة أو كان الزوج غائبا ولا يعلم بالحالة النسائية للزوجة، غير أن التي لا ترى الحالة النسائية بسبب العمر يشترط لصحة الطلاق في هذه الحالة مرور ثلاثة اشهر من تاريخ أخر مقاربة بينهما.

٣_ موقف القضاء: أما بخصوص موقف القضاء من مسألة طلاق الزوجة إبان الحيض والنفاس، نجد بأن محكمة التمييز الاتحادية العراقية قد قضت في حكماً لها بأنه: "يرجع في حكم صحة طلاق الحائض إلى الأصول الفقهية التي يقلدها الطرفان"[٢]. ويتضح من هذا القرار بأن القضاء العراقي يعتمد في حكم صحة طلاق الحائض على المذهب الذي يقلده الطرفان. ولكن هذا التوجه يمكن الاعتراض عليه؛ لأن المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية العراقي عندما

---

(١)_القانون المدني الايراني لسنة (١٩٢٨). ترجمة عمار عبد الحسين قاسم، ط٢، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠٢١.

(٢) _أنظر حكمها المرقم: ٩٠٥٤٤/هيأة الأحوال الشخصية/ ٢٠١٤. نقلا عن القاضي عدنان محمود،أحكام الحيض والطهر إبان الطلاق،مكتبة صباح، الكرادة،بغداد،٢٠١٦،ص٢٨.

احالت القاضي إلى مبادئ الشريعة الإسلامية فأنها لم تقيد القاضي بمذهب معين، بل اشترطت أن يكون الرأي المختار أكثر ملائمة لنصوص القانون بغض النظر عن مذهب اطراف الدعوى، وإزاء ذلك فأن رجوع القاضي إلى المذهب الذي يقلده الشخص لم يرد له ذكر في المادة الأولى[١].

وقضت محكمة تمييز العراق في قرار آخر على أنه: "إذا جرى الطلاق بغياب الزوجة، فيجب التحقق عما إذا كانت في طهر وأن الزوج غائب عنها، وهل هي حامل ومتى تنتهي عدتها، لتأثير هذه الأمور في صحة الطلاق"[٢].

يبدو من القرار المتقدم بأن محكمة الموضوع أجرت الطلاق بغياب الزوجة ولم تتحقق من كونها في طهر وأن الزوج غائب عنها وهل هي حامل؛ لأن لكل من هذه الأمور حكم خاص من حيث التأثير على صحة الطلاق.

و جاء في قرار آخر لمحكمة التمييز الاتحادية العراقية بأنه: "على المحكمة التحقق من الحالة النسائية للزوجة ومدة الترك بتاريخ وقوع الطلاق لأهمية ذلك في صحة الطلاق، خصوصاً وأن الطرفين من مقلدي المذهب الجعفري"[٣]. يبدو من هذا القرار بأن الطلاق لم يحصل بحضور الزوجين ومن هنا وجب على المحكمة التحقق من الحالة النسائية للزوجة ومدة الترك. أما المدة التي تترك الزوجة حتى يقع الطلاق عليها فأن محكمة التمييز أجابت على ذلك

---

(١)_ نصت المادة (١/ ٢) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أنه: "إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون".

(٢)_ أنظر حكمها المرقم:١٠٩٧/شخصية/١٩٨١. نقلا عن القاضي جاسم جزاء جافر هورامي، الجامع لأهم مبادئ قضاء محكمة تمييز العراق لأكثر من ستة عقود، ، ج١، مكتبة مصدر سابق،ص٥٣٥.

(٣) أنظر حكمها المرقم:٦٦٧١/هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٨. نقلا عن القاضي قاسم فخري الربيعي، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية،ج١،مصدر سابق،ص٨٩.

إذ جاء في أحد قراراتها بأنه: "لا يشترط في الزوجة التي غاب عنها زوجها شهراً أن تكون طاهراً عند الطلاق"[١].

ومن مجمل القرارات المتقدمة يتضح بأنه يجب على المحكمة أن تتحقق من الحالة النسائية للزوجة عند إيقاع الطلاق؛ لأن الإخلال بذلك يؤثر على صحة وقوعه، وفي حال تعذر العلم بحالة الزوجة النسائية، فأن الطلاق حتى يقع، لابد من مضي شهر كامل من تاريخ تركها.

بينما قضت محكمة النقض المغربية في حكماً لها بأن: " طلاق الحائض والنفاس محرم، لكنه يقع، ويجبر من اوقعه على الرجعة"[٢]. ويتضح من هذا القرار بأن محكمة النقض المغربية أخذت برأي فقهاء المالكية القائل بأن طلاق الحائض يقع، ولكن يجبر الزوج على الرجعة.

وبعد أن عرفنا موقف فقهاء المسلمين والتشريعات المقارنة والقضاء، بخصوص حكم طلاق الحائض، فإن الباحث يميل إلى رأي فقهاء الإمامية القائل بعدم صحة طلاق الحائض، لما له من دور بارز ومؤثر في الحد من الطلاق وذلك للأسباب الأتية:

١. إن الشريعة الإسلامية تعتمد في سياستها على قاعدة (الوقاية خير من العلاج) والقول بوقوع الطلاق ومن ثم يؤمر الزوج بالرجعة لا يتناسب مع هذه السياسة؛ لأن المشكلة إذا وقعت يصبح من الصعب رفعها، وحتى إذا رفعت فأنها ستخلف أثار سلبية، بينما يعد عدم وقوع طلاق الحائض من الحواجز الموضوعة في طريق الرجل ليعيقه عن تحقيق ما يرغب

---

(١) أنظر حكمها عدد:٥/شخصية/١٩٧٧. نقلا عن القاضي جاسم جزاء جافر هورامي،ج١،مصدر سابق، ص٥٢٣.

(٢)_ انظر حكمها المرقم عدد: ٥٠٢٧/ شرعية/ بتاريخ ١٩٩٢. نقلا عن موقع اجتهادات محكمة النقض المغربية، http://www.juris.courdecassation.ma/ تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/٢/١.

فيه من إيقاع الطلاق، لأن تأخير وقوع الطلاق إلى طهر لم يوقعها فيه يحقق جملة فوائد:

أ- تدخل بعض من له تأثير على الزوج لفض النزاع بين الطرفين بأسلوب يكون له الوقع الناجح في تهدئة الزوج وإسكات ثورته النفسية.

ب- إن الزوج نفسه قد يهدأ، فيعدل عن قراره بعدما يأخذ الفرصة الكافية للتأمل في النتائج السلبية التي تترتب على الطلاق، سيما إذا كان لديه اولاًد.

ت- إن الزوجة نفسها قد تعدل عن رأيها لو كانت تشاكس الزوج، أو أنها تتنازل له في بعض الحالات عن قراراتها، أو أنها تفكر ملياً بالمصير المظلم بعد الطلاق، فتقدم على استمالة الزوج، وإرضائه لصرفه عن تحقيق ما يريد الأقدام عليه[١].

٢. إن الزواج عقد ملزم لجانبين وإعطاء الزوج حق إنهائه بالإرادة المنفردة هو رخصة واستثناء من القاعدة العامة من (أن كل عقد ملزم لجانبين لا تنفرد أرادة أحدهما بفسخه) وبالتالي لا يجوز له استعمال هذه الرخصة إلا في حدود ما إذن له فيه، وإذا تجاوز هذا الإذن يعد عمله باطل[٢].

ومما تقدم ندعوا المشرع العراقي إلى الأخذ برأي فقهاء الإمامية القائل بأن الطلاق إبان الحيض والنفاس لا يقع، لما لهذا الرأي من دور مؤثر في التضييق من حالات الطلاق.

([١]) عز الدين بحر العلوم،الطلاق ابغض الحلال إلى الله،(١١٥_١٢٠).

([٢])_د. مصطفى أبراهيم الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق، ط١، احسان للنشر والتوزيع، العراق، ٢٠١٤،ص٢٧١.

ثانياً- الإشهاد على الطلاق:-

عرف الإشهاد بأنه: "أخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء، أو هو أخبار حاكم عن علم ليقضي بمقتضاه"[١]. ومن هذا المنطلق فأن بيان دور الإشهاد كسياسة وقائية للحد من الطلاق، يقتضي أن نستعرض موقف الفقه الإسلامي، ومن ثم التشريعات القانونية، والقضاء.

١_ موقف الفقه الإسلامي: اختلف فقهاء المسلمين بخصوص وجوب الإشهاد على الطلاق وظهر نتيجة هذا الاختلاف أتجاهان:

الاتجاه الأول_ الإشهاد مندوب: وهذا الاتجاه تبناه فقهاء الاحناف والمالكية والشافعية والحنابلة، وتذهب أصحابه، إلى أن الاشهاد على الطلاق هو مندوب وليس واجباً، لأن دلالة الأمر في قوله تعالى: "وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ"[٢]. تفيد الندب وليس الوجوب، وبالتالي فأن ايقاع الطلاق من غير شهود يعد صحيحاً[٣].

الاتجاه الثاني_ الإشهاد واجب: وهذا الاتجاه تبناه فقهاء الإمامية، وتذهب أصحابه إلى ان الإشهاد يعد من الاركان الاساسية في عملية الطلاق حال انشاءه، بحيث لو لم يشهد المطلق، وقع طلاقه باطلاً. وفضلا عن ذلك يشترط في الإشهاد امور أربعة: العدالة، والاجتماع حين سماع الطلاق، والذكورة والتعدد. واساس هذا الحكم هو الوجوب الوارد [٤].في قوله تعالى: "وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ"[٥]. وفضلا عن ذلك الروايات المستفيضة في هذا المجال التي عدت الطلاق بغير شهود باطلاً، فقد روي عن أبي جعفر (عليه السلام) أنه قال:

---

(١)_ شمس الدين الشيخ محمد بن عرفه الدسوقي،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،ج٤، دار أحياء الكتب العربية ،بدون ذكر سنة نشر، ص١٦٤

(٢)_ الآية رقم (٢) من سورة الطلاق.

(٣)_ الكاساني، بدائع الصنائع (١٨/٣). وينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، (٣٨٤/٢). وينظر: الشربيني، مغني المحتاج، (٢٧٩/٣). وينظر أبن قدامة، (٤٢٣/٧).

(٤)_ السيد عبد الاعلى السبزواري، مهذب الاحكام،ط١، ج٢٦، دار التفسير، قم، ٢٠٠٩، ص٤٥ وما بعدها.

(٥)_ الآية رقم (٢) من سورة الطلاق.

" وإن طلقها في استقبال عدتها طاهراً من غير جماع، ولم يشهد على ذلك رجلين عدلين، فليس طلاقه إياها بطلاق"[١].

٢_ موقف التشريعات المقارنة: اما بخصوص موقف التشريعات المقارنة، فنجد بأن مدونة الاسرة المغربية قد انفردت بالنص على وجوب الأشهاد على الطلاق، ولا ابلغ في الدلالة على ذلك ما قضت به المادة (٧٩) من هذا القانون على أنه: " يجب على من يريد الطلاق أن يطلب الإذن من المحكمة بالإشهاد به لدى عدلين منتصبين لذلك...". ويتضح من هذا النص بأن المشرع المغربي اعتبر الإشهاد من المسائل الوجوبية في عملية الطلاق، حيث استهل المشرع نص المادة (٧٩) بعبارة (يجب على) وهذه العبارة دالة على الوجوب بشكل واضح وصريح. اما باقي التشريعات المقارنة فلم نجد بين طيتها اشارة إلى مسألة الاشهاد على الطلاق، وإذا لم يوجد نص يمكن تطبيقه يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

٣_ موقف القضاء: اما بخصوص موقف القضاء من مسألة الإشهاد على الطلاق، فنجد بأن محكمة التمييز الاتحادية قد قضت في حكماً لها بأنه: "يشترط لصحة الطلاق وفقاً لمقلدي المذهب الامامي الاشهاد في الطلاق والذي يشترط فيهما صفة العدل"[٢]. ويتضح من هذا القرار بأن محكمة التمييز اعتبرت الاشهاد من شروط صحة الطلاق، غير أن ذلك قاصرا على مقلدي المذهب الامامي. وقضت محكمة الاحوال الشخصية في البياع في حكما لها بأن:

([١])_ ابي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، تهذيب الاحكام، ط١، مؤسسة الاعلمي، بيروت، لبنان، ٢٠١٤، باب الطلاق، رواية عدد:٢، ص١٤٧٣.

([٢])_ انظر حكمها المرقم: ٩٦٨٨/ هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/ بتاريخ ٢٠١٨. نقلا عن القاضي قاسم فخري الربيعي، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية، مصدر سابق، ص١٠١.

"المذاهب الأربعة لم تشترط الاشهاد لصحة الطلاق، بخلاف الامامية حيث اعتبروه ركن من اركانه"[١].

وقضت محكمة النقض المغربية في حكماً لها بأن : " الهدف من الاشهاد على الطلاق، هو لغرض قيام الشاهدين بمحاولة الاصلاح بين الزوجين"[٢]. ويتضح من هذا القرار بأنه اشار الى الحكمة من الاشهاد على الطلاق، والمتمثلة بقيام الشاهدين بمحاولة الاصلاح بين الزوجين للحد من الطلاق، ومن هنا نفهم فلسفة وجوب كون الشاهدين يتصفان بصفة العدل.

وبعد أن فرغنا من بيان موفق الفقه الإسلامي والتشريعات القانونية والقضاء، فأن الباحث يميل إلى إن الإشهاد على الطلاق حال أنشاءه يعد من الاركان الاساسية، بحيث لو لم يشهد (المطلق) وقع طلاقه باطلا وهذا ما يراه فقهاء الامامية؛ لأن هذا التوجه يعد من أبرز السياسات في الحد من الطلاق، وذلك للأسباب الأتية:

١ _ إن تكليف الزوج بإجراء الطلاق أمام الشاهدين، يعد تضيق لنطاق الطلاق، وتأخير لإيقاعه ولو لبعض الوقت، فالمشاكسات، والاختلافات كثيراً ما تنشأ داخل البيت ولربما تحصل في وقت لا تسمح للزوج بالطلاق لو كلفناه بإيقاعه امام الشاهدين، حيث أن تكليف الزوج بالخروج، والبحث عن الشاهدين، وعلى الخصوص أن يكونا عادلين ضمان على كسب الوقت لبلورة الموقف، والتغلب في كثير من الموارد على الخلجات النفسية الحادة، والتي تحصل عند الزوج بسبب حصول ما يدعوه للطلاق، وما يدرينا أن الزوج لا يهدأ لو خرج يبحث عن الشاهدين العادلين، فيفكر بمصير أطفاله، وأسرته، وبيته، وما يحيط ذلك من ردود فعل تنشأ من إيقاع الطلاق.

---

(١)_ انظر حكمها المرقم: ٦١٤٦/ تسلسل ١٨٦/ في ٢٠٠٩/١/١٤. نقلا عن القاضي ربيع محمد الزهاوي، النادر والمهم في قضاء محاكم الاحوال الشخصية، دار السنهوري، بغداد، ٢٠١٧، ص٣٠٣.

(٢)_ انظر حكمها المرقم: عدد ١٣٨/ شرعية/ بتاريخ ١٣_٣_٢٠٠٧. نقلا عن نقلا عن موقع اجتهادات محكمة النقض المغربية، مصدر سابق.

٢_ قد يكون للشاهدين وهما يتحليان بهذه الصفة القيمة (العدالة) الدور الفعال في صرف الزوج عن الطلاق ولو كان منشؤه الثورة النفسية التي لم تبتني على اسباب معقولة، ولربما يكون لحديثهما ووعظهما التأثير الكامل على الزوج لعدوله عن قراره، ورجوعه إلى بيته، وقد هدأت اعصابه وتغاضى عما لقيه من زوجته، من مخالفات كانت السبب في اقدامه على الطلاق.

٣_ أن لزوم كون الشاهدين يتصفان بالذكورة كما صرح فقهاء الامامية يعد قيد معتبر ،وأنه من حيث المبدأ نراه من الحواجز القوية للوقوف في وجه المطلق، وذلك لأن البيت في الغالب يضم بعض النساء ممن لهن علاقة بمن في البيت نسبية أو سببية، وبذلك يكون من السهل على الرجل اجراء الطلاق أمامهن، والانفصال عن الزوجة، ولكن بلزوم كون الشاهدين ذكرين، فأن ذلك يستدعي من الزوج أن يترك البيت للبحث عنهما، ونفس هذا الخروج، وترك مكان النزاع يكون في الغالب كافياً لتهدئة الزوج، ولربما تصادفه أمور تكون السبب في تغيير ما هو عليه من هياج عصبي، وإسكات موجة الغضب التي كانت سبب في إقدامه على أتخاذ قرار الانفصال[١]. ونتيجة ما تقدم ندعوا المشرع العراقي وعلى غرار مدونة الاسرة المغربية بالنص على الإشهاد كشرط من شروط صحة الطلاق، لما له من دور مؤثر في تضيق نطاق الطلاق.

(١)_ عز الدين بحر العلوم، الطلاق ابغض الحلال إلى الله، (١٢٠/١) .

الفرع الثاني

الحواجز العددية

المراد بالتدابير العددية القيود والحواجز المتعلقة بصيغة الطلاق، ولغرض بيان دور الصيغة في التضييق من عملية الطلاق، سوف نقسم هذا الفرع على فقرتين: نخصص الاولى:- لنطاق صيغة الطلاق. ونبين في الثانية:- حكم الطلاق الثلاث من غير تخلل رجعة.

الفقرة الأولى - نطاق صيغة الطلاق

لغرض بيان دور الصيغة في التضيق من نطاق الطلاق سوف نستعرض موقف الفقه الإسلامي ومن ثم التشريعات المقارنة والقضاء وعلى النحو الاتي:

١_ موقف الفقه الاسلامي: اتفق فقهاء المسلمين على أن الصيغة هي ركن من أركان الطلاق غير أنهم اختلفوا فيها من حيث تضييق وتوسيع نطاقها ومدى حدودها، وظهر نتيجة هذا الاختلاف اتجاهان:

الأول _ الاتجاه الموسع: و تبناه فقهاء الاحناف، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، وهذا الاتجاه تذهب اصاحبه إلى أن صيغة الطلاق هي كل لفظ صريح سواء كان مع نية انهاء الزواج ام لا، وكل كناية مع النية. غير أن هذا الاتجاه اختلف اصحابه فيما يعد لفظاً صريحا أو كناية وكان اختلافهم بالشكل الاتي:

الاحناف:- وقسموا صيغ الطلاق إلى صريح وكناية ولكل منهما معيار خاص، أما معيار الصريح: فهو كل لفظ شاع استعماله حقيقة أم مجاز، لغة أم عرفاً. كقول الرجل لزوجته أنتِ عليه حرام. فهذا اللفظ صريح؛ لأنه شائع الاستعمال فيقع به الطلاق من غير حاجة إلى نية[١].

واما معيار الكناية: فهي الالفاظ التي تحتمل وقوع الطلاق وغيره، ولذلك لا بد من تحقق النية، وهذه الالفاظ على ضربين: منها ما يقع به الطلاق رجعياً وهي قوله: (أعتدي، أو استبرئي رحمك، أو انت واحدة) . ومنها ما يقع به

([١])_الكاساني،بدائع الصنائع، (٢٢٢/٤).

الطلاق بائن وأن نوى الثلاث كانت ثلاثاً وهي قوله: (بائنة، وبتة، وبتلة، وأمرك بيدك)[١].

وأما المالكية:- فعندهم اللفظ الصريح هو كلمة (طالق) فقط ويقع به الطلاق من غير نية، وما عدا ذلك فهو كناية يتحاج الي النية لكي يقع الطلاق[٢].

وأما الشافعية:- فذهبوا إلى أن المراد باللفظ الصريح ما لا يحتمل ظاهره غير الطلاق، وحكمه أنه لا يحتاج إلى نية وصريح الطلاق عند فقهاء الشافعية ثلاثة الفاظ هي: (الطلاق، والفراق، والسراح). أما الكناية فهي كل لفظ يحمل معنى الطلاق وغيره، نحو لفظ: (أنت بائن، أو خلية، أو برية، او بتة، أو بتلة ونحو ذلك)[٣].

وأما الحنابلة:- فمعيار اللفظ الصريح عندهم هو كل لفظ مشتق من مادة الطلاق نحو: " انت طالق، أو مطلقة او طلقتك ونحو ذلك" وكل لفظ غير مشتق من مادة الطلاق نحو "الفراق، والسراح" يعد كناية ومن ثم يحتاج إلى نية لكي يقع الطلاق[٤].

الثاني_ الاتجاه المضيق: وهذا الاتجاه تبناه فقهاء الأمامية، وتذهب أصحابه إلى إن الطلاق مقيد بصيغة خاصة وهي كلمة (طالق) فقطً ولا يجوز التعدي إلى غيرها. فصريح الطلاق لفظ واحد وهو قوله: (أنت طالق أو فلانة طالق) مع

([١])_ كمال الدين بن محمد عبد الواحد أبن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير،ط١، ج٣، مطبعة بولاق الكبرى، مصر، ١٣١٦هـ، ص٨٧ وما بعدها.

([٢])_ أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المشهور بأبن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط١، ج٣، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ١٤١٥ هـ، ص١٤٤.

([٣])_الامام ابو الحسن الروياني الشافعي، البحر المذهب في فروع الشافعية،ط١، ج١٠، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩، ص٣٧.

([٤])_ابن قدامة، المغني، (٣٨٥/٧).

تحقق قصد ايقاع الطلاق، فإن تجرد القصد لا يقع الطلاق ولو كان اللفظ صريحاً. أما الكنايات فلا يقع بها الطلاق سواء قارنتها نية الطلاق ام لا[١].

٢_ موقف التشريعات المقارنة: أما بخصوص موقف التشريعات المقارنة فنجد بأن قوانين الاحوال الشخصية لكل من دولة: (العراق والإمارات والمغرب) قدت أكدت ضمن الاحكام الخاصة بالطلاق على مبدأ مفاده **(ولا يقع الطلاق إلا بالصيغة المخصوصة له شرعاً)**[٢]، وهنا نتساءل عن المقصود بالصيغة المخصوصة؟ يبدو بأن المراد بالصيغة المخصوصة كل ما دل على الطلاق من الألفاظ الصريحة أو الكنائية[٣]، وهذا يعني بأن التشريعات القانونية أخذت برأي جمهور فقهاء المسلمين الذين وسعوا من صيغة الطلاق. أما قانون الاحوال الشخصية الأردني فقد نص بشكل صريح على ان المراد بصيغة الطلاق هو كل ما دل عليه من لفظ صريح او كناية[٤].

وهذا وتجدر الإشارة إلى قانون رقم (١٥) لسنة (٢٠٠٨) قانون تعديل الأحوال الشخصية العراقي في اقليم كردستان، قد نص في المادة (١٣/ اولا) منه على أن: " الطلاق رفع قيد الزواج بصيغة صريحة تدل عليه شرعاً وقانوناً..." ويتضح من هذا النص المعدل في اقليم كردستان العراق بأنه حصر ايقاع

---

(١)_الشيخ فاضل محمد اللنكراني، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة، كتاب الطلاق والمواريث، ط١، مطبعة اعتماد، قم، ١٤٢١هـ، ص٤٠ ومابعدها.

(٢)_ ينظر المادة (٣٤/ اولا) من قانون الأحوال الشخصية العراقي. وينظر المادة (٩٩/ف١) من قانون الاحوال الشخصية الإماراتي. وينظر المادة (٧٢/ ف٣) من قانون الاحوال الشخصية المغربي.

(٣)_ المذكرة الايضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، مصدر سابق، ص ١٧٩. وينظر: د. أحمد الكبيسي، مصدر سابق، ص ١٢٨.

(٤)_نصت المادة (٨٤) من هذا القانون بأنه: " يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة دون الحاجة إلى نية، وبالألفاظ الكنائية _ وهي التي تحمل معنى الطلاق وغيره_ بالنية". ويتضح من هذا النص بأن المشرع الأردني وسع من نطاق صيغة الطلاق، جعلها تشمل اللفظ الصريح، وهو اللفظ الدال على الطلاق لغة وعرفاً وبه يقع الطلاق من غير النية، وكذلك يقط الطلاق بالألفاظ الكنائية مع تحقق النية".

الطلاق بالصيغة الصريحة، ما يعني بأن الطلاق لا يقع بالألفاظ الكنائية، وهذا التعديل مرغوب فيه؛ لأنه يضيق من نطاق ايقاع الطلاق.

٣_ موقف القضاء: اما بخصوص موقف القضاء من صيغة الطلاق فنجد بأن محكمة التمييز الاتحادية قد قضت في حكما لها بأنه: "يجب على المحكمة في دعاوى الطلاق التحقق من الصيغة التي انشأها الزوج"[١]. وهذا القرار اكد وجوب تأكد المحكمة من صيغة الطلاق التي تلفظ بها الزوج، غير انه لم يبين نطاق هذه الصيغة.

و قضت محكمة الاستئناف الشرعية الاردنية في حكماً لها بأن: "قول الرجل لزوجته أنت محرمة يعد من كنايات الطلاق، وحكمه يقطع به الطلاق اذا نوى ذلك"[٢]. ويتضح من هذا القرار بأن اللفظ الكنائي يقع به الطلاق اذا نوى المطلق ذلك، ما يعني بأن القضاء الاردني وسع من صيغة الطلاق.

ومن كل ما تقدم يبدو أن فقهاء الامامية تقيدوا بصيغة الطلاق إلى أبعد حدٍ ممكن، وهذا التوجه في سياسة الفقه الامامي يعد توجه مرغوب فيه؛ لأنه يضيق من نطاق الطلاق وهو ما يميل اليه الباحث للأسباب الاتية:

أ- يعتبر الطلاق بذاته معاملة من المعاملات، فيشمله كل ما يقال على القاعدة في سائر المعاملات، كجواز المعاطاة، وعدم ضرورة لفظ معين، غير أن الطلاق في نفس الوقت معاملة تنتمي إلى (الفروج) بصلة، فيشملها ما يشمل هذا الباب من لزوم الاحتياط، بل أن الاحتياط هنا يكون حاكماً ومتقدماً على مقتضيات القاعدة في سائر المعاملات، ومن هنا لا

---

(١)_ انظر حكمها المرقم/ ١٢٨/ الهيأة الشخصية الأولى/ بتاريخ ٢٠١١. نقلا عن القاضي قاسم فخري الربيعي، مبادئ محكمة التمييز في القرارات الصادرة من محكمة بداءة الحلة، مصدر سابق، ص٢٥٧.

(٢)_ أنظر حكمها المرقم: ٧٥٧٥/ شرعية/ بتاريخ ١٩٥٢/٦/١٦. نقلا عن القاضي أحمد محمد علي داود، مصدر سابق،ج٢ نقلا عن القاضي أحمد محمد علي داود، القرارات الاستئنافية في الأحوال الشخصية،ط١،ج٢، مكتبة دار الثقافة، عمان، الاردن، ١٩٩٩، ص٧٥٨.

بد من لفظ، ولكن مع ذلك فمقتضى الاحتياط الاقتصار على بعض الألفاظ، بل على لفظ واحد هو (طالق) ولا يجزي غيره كمطلقه[١].

ب- لو تأملنا في هذه المسألة من الناحية الاجتماعية، سنجد أن فقهاء الامامية محقين في هذا التوجه؛ لأن الشريعة الاسلامية ولشدة اهتمامها في الحد من الطلاق، فقد وضعت امامه عقبات عديدة؛ لأن ايقاع الطلاق بكل وسيلة يختارها الزوج، ومن غير شروط مثقلة أمر له مخاطر وعواقب وخيمة على الاسرة والمجتمع، لذلك كان تقيد الزوج بالالتزام بصيغة محددة أسلم عاقبة في سبيل تقليل مثل هذه العملية[٢].

ونتيجة ما تقدم ندعوا المشرع العراقي إلى حذف عبارة (ولا يقع الطلاق الا بالصيغة المخصوصة له شرعا) الواردة في المادة (٣٤/اولا) من قانون الاحوال الشخصية، ليحل محلها عبارة (ولا يقع الطلاق الا بصيغة طالق).

(١)_ السيد محمد الصدر، ما وراء الفقه،ط٣، ج٦، دار المحبين، قم، ايران، ٢٠٠٧، ص٣٠٨.
(٢)_ عز الدين بحر العلوم، الطلاق ابغض الحلال إلى الله، (٢٠٤).

ثانيا ـ طلاق الثلاث من غير تخلل رجعة:ـ

من المسلم به أن الزوج إذا طلق زوجته ثم يرجع بالزوجة، ثم يطلق وبعدها يرجع مستكملاً الشروط اللازمة في الطلاق وحينئذ وبعد الطلقة الثانية يكون الزوج امام خيارين اما الامساك بمعروف وهو الابقاء على الحالة الزوجية وعدم ايقاع الطلاق بعد ذلك أو التسريح بالإحسان وهو ايقاع الطلاق مرة ثالثة وإذا فعل ذلك فقد سد عليه باب الرجوع بالزوجة حتى تنكح زوجاً غيره. وهذا هو طلاق الثلاث الذي تبين فيه الزوجة ولا يحل لزوجها الرجوع بها حتى نكح زوجاً غيره، وهذا المقدار هو محل اتفاق بين فقهاء المسلمين والقانون والقضاء، غير إن الاختلاف حصل فيما لو تكررت الصيغة فيقول الزوج المطلق: (انت طالق. طالق. طالق) أو يقصدها بالعدد كأن يقول: (انت طالق مرتين أو انت طالق ثلاثاً) ولغرض بيان حكم هذا النوع من الطلاق سوف نستعرض موقف فقهاء المسلمين ومن ثم التشريعات المقارنة والقضاء وبالشكل الاتي:

اولا_ موقف فقهاء المسلمين: اختلف فقهاء المسلمين بخصوص حكم الطلاق الثلاث من غير تخلل رجعة وظهر نتيجة هذا الاختلاف اتجاهان:

الاتجاه الأول_ الصيغة المقترنة بالعدد لا يقع بها الطلاق الا واحدة: وهذا الاتجاه تبناه فقهاء الامامية وابن تيمية وابن القيم من فقهاء الحنابلة وهذا الاتجاه تذهب اصاحبه الى أن المطلق سواء قصد تكرار الصيغة فيقول انت (طالق. طالق. طالق) أو أن تقترن الصيغة بالعدد كأن يقول (انت طالق مرتين) أو (انت طالق ثلاثاً) فهنا اتفقت كلمتهم على وقوع طلقة واحدة والغاء الزائد لعدم تخلل الرجوع بين الطلقات، وهو شرط جوهري لحصول البينونة المتوقف زوالها على وجود المحلل[١]. وحجج هذا الاتجاه قوله تعالى: "الطلاق مرتان"[٢]. وهذه

---

(١)_ السيد علي الطباطبائي، رياض المسائل،ط١، ج١١، مؤسسة النشر الاسلامي، قم ايران،١٤٢٠هـ، ص٦١. وينظر محمد بن ابي بكر بن أيوب ابن القيم الجوزية، إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان،ج٢، مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية،١٩٩٨،ص٣٠٨.

(٢)_ الاية (٢٢٩) من سورة البقرة.

الآية تفيد بوجوب وجود فاصل زماني ما بين طلقة واخرى. فضلا عن ذلك احتج هذا الاتجاه بالاحاديث المستفيضة في هذا المجال ولا ابلغ في الدلالة على ذلك ما روي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: "الطلاق ثلاثاً في غير عدة، إن كانت على طهر فواحدة، وإن لم تكن على طهر فليس بشيء"[١].

الاتجاه الثاني_ يقع بما اوقعه الزوج: وهذا الاتجاه تبناه فقهاء الاحناف والمالكية والشافعية والحنابلة وتذهب الى وقوع ما اوقعه الزوج مطلقاً، سواء قصد تكرار الصيغة فيقول انت (طالق. طالق. طالق) أم اقترنت الصيغة بالعدد كأن يقول (انت طالق مرتين) أو (انت طالق ثلاثاً) فبجميع الاحوال يقع ما اوقعه الزوج[٢]. ومن حجج هذا الاتجاه حديث ابن عمر حيث روي بأنه: " طلق امرأته وهي حائض ثم اراد ان يتبعها بتطليقتين أخريين عند القرئين فبلغ رسول الله (صلى الله عليه واله) ذلك فقال: يابن عمر ماهكذا امرك الله ، أنك قد اخطأت السنة، والسنة ان تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء.... وقال: فأمرني رسول الله (صلى الله عليه واله) فرجعتها ، ثم قال إذا هي طهرت فطلق عند ذلك أو امسك، فقلت: يارسول الله أرأيت لو طلقتها ثلاثاً أكان يحل لي مراجعتها ؟ قال: لا كانت تبين منك وتكون معصية"[٣]. ووجه الاستدلال أن قول (النبي صلى الله عليه واله) كانت تبين منك و تكون معصية يدل على صحة ايقاع الطلاق الثلاث دفعة واحدة ولكن يأثم فاعله.

ثانيا_ موقف التشريعات المقارنة:

اما بخصوص موقف التشريعات المقارنة من مسألة حكم طلاق الثلاث من غير تخلل رجعة فنجد بأن قانون الاحوال الشخصية العراقي ميز بين حالتين: الحالة الأولى أن تقترن الصيغة بعدد او إشارة كأن يقول: (انت طالق

---

(١)_ الحر العاملي،وسائل الشيعة،حديث عدد: ٢٨٠٢٢ باب ٢٩،(٦١/٢٢).

(٢)_شمس الدين السرخسي،المبسوط،ط١،ج٦،دار المعرفة،بيروت،بدون ذكر سنة نشر،ص٨٨. وينظر ابو عبد الله محمد الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ط٣،ج٤، المطبعة الكبرى الاميرية ببولاق، مصر، ١٣١٨هـ،،ص٢١. وينظر الشيرازي، المهذب،(٨٤/٢). وينظر ابن قدامة، المغني، (١٠٢/٧).

(٣)_ابي داود،سنن أبي داود،رواية عدد:(٢١٨١)،(٦٠٥/٣).

مـرتين أو انـت طـالق ثلاثـاً) فهنـا تقـع طلقـة واحـده وهـذا مانصـت عليـه المـادة (٢/٣٧) بـأن: "الطـلاق الـثلاث المقتـرن بعـدد لفظـا أو اشـارة لا يقـع الا واحـدة". امـا الحالـة الثانيـة فقـد نصـت عليهـا المـادة (٣/٣٧) مـن هـذا القـانون بـأن: "المطلقـة ثلاثـا متفرقـات تبـين مـن زوجهـا بينونـة كبـرى". ويتضـح مـن هـذا الـنص حسـب رأي الفقـه بـأن المقصـود بـالثلاث طلقـات المتفرقـات هـو تكـرار صـيغة الطـلاق بـأن يقـول الـزوج المطلـق: (انـت طـالق. طـالق. طـالق) ويرتـب عليـه ان تبـين المطلقـة مـن زوجهـا بينونـة كبـرى ولـو لـم يتخلـل الطـلاق رجعـة[١]. وكـان الاجـدر بالمشـرع أن يسـاوي بـين تكـرار صـيغة الطـلاق والصـيغة المقترنـة بعـدد مـن حيـث اعتبارهمـا طلقـة واحـدة مـادام لـم يتخلـل الطلقـات رجعـة كمـا فعـل فقهـاء الاماميـة وابـن تيميـة وابـن القـيم الـذين لـم يميـزوا بـين الصـورتين مـن حيـث اعتبارهمـا طلقـة واحـدة، كمـا أن المشـرع العراقـي قـد اغلـق بـاب الرجعـة فـي وجـه الـزوجين وهـذا التوجـه غيـر مرغوب فيه.

امـا مدونـة الاسـرة المغربيـة فقـد اكتفـت بالاشـارة الـى الصـيغة المقترنـة بعـدد حيـث اعتبرهـا طلقـة واحـدة، وهـذا مانصـت عليـه المـادة (٩٢) مـن هـذا القـانون علـى أنه: " الطلاق المقترن بعدد لفظا أو اشارة أو كتابة لا يقع الا واحدة".

بينمـا نـص قـانون الاحـوال الشخصـية الإمـاراتي فـي المـادة (٣/١٠٣) بأنـه: "لا يقـع بـالطلاق المتكـرر أو المقتـرن بالعـدد لفظـا أو كتابـة أو اشـارة الا طلقـة واحـدة" وقـد اكـدت المـذكرة الايضـاحية لهـذا القـانون بـأن المشـرع اعتبـر الطـلاق المقتـرن بالعـدد أو المتكـرر طلقـة واحـدة مـادام لـم تتخللهمـا رجعـة، والحكمـة مـن ذلـك هـو فـتح بـاب التـروي والرجعـة بالزوجـة[٢]. وهـذا التوجـه فـي سياسـة المشـرع الإمـاراتي يعـد توجـه مرغـوب فيـه لأنـه يـؤدي إلـى الحفـاظ علـى اسـتمرار الرابطـة الزوجية عن طريق فتح باب الرجعة.

امـا قـانون الاحـوال الشخصـية الاردنـي فقـد نـص فـي المـادة (٨٩)علـى أن: " الطـلاق المقتـرن بعـدد لفظـا أو اشـارة ، والطـلاق المكـرر فـي مجلـس واحـد لا يقـع

(١)_ د. أحمـد الكبيسـي الـوجيز فـي شـرح قـانون الأحـوال الشخصـية، مصـدر سـابق، ج١،ص١٤٠.

(٢)_ المذكرة الايضاحية لقانون الاحوال الشخصية الإماراتي، مصدر سابق، ص ١٨٤.

بـه الإ طلقـة واحـدة". ويتضـح مـن هـذا الـنص بأنـه يتفـق مـع التشـريعات المقارنـة مـن حيـث صـيغة الطـلاق المقترنـة بعـدد تقـع واحـدة، امـا بخصـوص تكـرار الصـيغة فأنـه يقـع طلقـة واحـدة إذا حصـل التكـرار فـي مجلـس واحـد، والمفهـوم المخـالف إذا حصـل تكـرار الصـيغة فـي مجـالس مختلفـة فأنـه يقـع طـلاق بـائن بينونـة كبـرى ولـو لـم يتخللهـا رجعـة. وكـان الاجـدر بالمشـرع الاردنـي أن يطلـق الأمـر كمـا فعـل المشـرع الإمـاراتي ويعتبـر تكـرار الصـيغة طلقـة واحـدة سـواء حصـل التكـرار فـي مجلـس واحد أم مجالس متعددة مادام لم يتخلل الطلقات رجعة بالزوجة.

ثالثـا_ موقـف القضـاء: امـا بخصـوص موقـف القضـاء مـن مسـألة حكـم طـلاق الـثلاث مـن غيـر تخلـل رجعـة فنجـد بـأن توجـه القضـاء لـم يكـن مسـتقرا علـى رأي معـين ولـو تأملنـا فـي احكـام القضـاء مـن حيـث التسلسـل الزمنـي سـنجد بـأن توجـه القضـاء قبـل صـدور قـانون الاحـوال الشخصـية العراقـي كـان يعتبـر طـلاق الـثلاث مـن غيـر تخلـل رجعـة طـلاق بـائن بينونـة كبـرى، حيـث قضـت محكمـة تمييـز العـراق فـي حكمـا لهـا بأنـه: "إذا وقـع الطـلاق بـالثلاث بلفـظ واحـد قبـل قـانون الأحـوال الشخصـية كـان بـائن بينونـة كبـرى"[١]. ويتضـح مـن هـذا القـرار بـأن القضـاء قبـل صـدور قـانون الأحـوال الشخصـية كـان يأخـذ بـرأي جمهـور فقهـاء المسـلمين القائلين بأن طلاق الثلاث الواقع بلفظ واحد يعد طلاق بائن بينونة كبرى.

امـا بعـد صـدور قـانون الاحـوال الشخصـية فيقتضـي الامـر ان نميـز مـا بـين صـيغة الطـلاق المقترنـة بعـدد لفظـا او اشـارة او كتابـة كـأن يقـول لهـا انـت : (انـت طـالق مـرتين أو انـت طـالق ثلاثـاً) وهنـا اتفـق القضـاء بـلا خـلاف علـى انـه يقـع طلقـة واحـدة، حيـث قضـت محكمـة تمييـز العـراق فـي حكمـاً لهـا بـأن: "الطـلاق المقتـرن بعدد الثلاث لفظاً تقع به طلقة واحدة"[٢].

---

(١)_ انظـر حكمهـا المـرقم: ١٠٢٨/شخصـية شـرعية/ بتـاريخ ١٩٧٤. نقـلا عـن القاضـي جاسـم جزاء جافر هورامي، مصدر سابق، ج١، ص٤٨٦.

(٢)_ انظـر حكمهـا المـرقم: ٣٩٠١/شخصـية شـرعية/ بتـاريخ ١٩٧٤. نقـلا عـن المصـدر السابق، ص٤٨٦.

اما بخصوص تكرار صيغة الطلاق كأن يكون يقول الزوج المطلق ثلاث مرات متفرقات من غير تخلل رجعة (انت طالق. طالق. طالق) فهنا اختلف توجه القضاء العراقي على ثلاث اتجاهات:

الاتجاه الأول_ يقع طلاق بائن بينونة كبرى: حيث قضت محكمة تمييز العراق في حكما لها بأن:" الطلاق إذا وقع بتكرار اللفظ ثلاث مرات يقع بائن بينونة كبرى استناد لنص المادة (٣/٣٧) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩"[١].

الاتجاه الثاني_ تقع به طلقة واحدة رجعية: حيث قضت محكمة تمييز العراق في حكما لها بأن: " تكرار صيغة الطلاق في مجلس واحد تقع به طلقة واحدة رجعية"[٢]. ويتضح من هذا القرار بأن تكرار صيغة الطلاق في مجلس واحد يقع طلقة واحدة، والمفهوم المخالف تكرار الصيغة في مجالس متعددة يقطع طلاق بائن بينونة كبرى.

الاتجاه الثالث_ اتباع المذهب الذي يقلده الشخص: وهذا التوجه يقضي بأن حكم الطلاق الثلاث من غير تخلل رجعة يتوقف على المذهب الذي يقلده الشخص وإزاء ذلك قضت محكمة تمييز العراق في حكماً لها بأنه: "إذا وقع الطلاق بثلاث متفرقات، فيجب سؤال الشخص عن المذهب الذي يقلده، فإذا كان من مقلدي المذهب السني فأن الطلاق المذكور يكون قد وقع بائنا بينونة كبرى حسب احكام الفقرة (٣) من المادة (٣٧) من قانون الاحوال الشخصية، وإذا كان من مقلدي المذهب الجعفري فيكون الطلاق قد وقع رجعيا لمرة واحدة"[٣]. وهذا

---

(١)_ انظر حكمها المرقم: ١٩٩/شخصية شرعية/ بتاريخ ١٩٧٣. نقلا عن النشرة القضائية، عدد ٤، السنة الثالثة، ص١٨٢.

(٢)_ انظر حكمها المرقم: ٢٥٨/ شخصية شرعية/ بتاريخ ١٩٧٦. نقلا عن مجموعة الاحكام العدلية، العدد الأول، السنة السابعة، ص٨٤.

(٣)_انظر حكمها المرقم: ١٩٧٤/ شخصية شرعية/ بتاريخ ١٩٧٤. . نقلا عن القاضي جاسم جزاء جافر هورامي، مصدر سابق، ج١، ص٤٨٨.

التوجه يمكن الاعتراض عليه إذ أن الفقرة (٣) من المادة (٣٧) من قانون الاحوال الشخصية لم تنص على الرجوع للمذهب يقلده الشخص حيث جاءت مطلقة في اعتبار تكرار الطلاق بائن بينونة كبرى.

ومن كل ما تقدم فأن الباحث يميل إلى أن الطلاق البائن بينونة كبرى يتحقق إذا طلق الشخص زوجته ثم يرجع بالزوجة، ثم يطلق وبعدها يرجع مستكملاً الشروط اللازمة في الطلاق وحينئذ وبعد الطلقة الثانية إذا فعل وطلقها مرة ثالثة فقد سد عليه باب الرجوع بالزوجة حتى تنكح زوجاً غيره. اما بخصوص طلاق الثلاث من غير تخلل رجعة فسواء كانت صيغة الطلاق مقترنة بعدد أو كانت هذه الصيغة ثلاث الفاظ متفرقة، مادام لم يتخللها رجعة فأنها تقع طلقة رجعية واحدة؛ وذلك للأسباب الاتية:

١_ اراد الله تعالى ان يكون الطلاق ثلاث مرات والقول بجواز جمعها في مرة واحدة حسب إرادة الزوج تغليب لإرادته على إرادة الله وهذا ما يرفضه منطق الشريعة.

٢_ في احلال الاعداد محل المرات حرج لما يترتب عليه من قطع الطريق امام استئناف الحياة الزوجية بعد الندم والرغبة بالرجوع بالرجعة أو بعقد جديد.

٣_ في الفتوى أو القضاء بوقوع الثلاث مرة واحدة عسر ويأس للزوجين وهدم لبناء كلف سنواتٍ من العمر بلحظة واحدة من لحظات الحياة غير الطبيعية[١].

ونتيجة ما تقدم ندعوا المشرع العراقي الى تعديل الفقرة (٣) من المادة (٣٧) من قانون الاحوال الشخصية ليصبح الطلاق البائن بينونة كبرى هو كل ثلاث طلقات متفرقات تخللتهما رجعتان، وكذلك تعديل الفقرة (٢) من المادة المذكورة اعلاه لتنص على ان تكرار صيغة الطلاق أو اقترانها بعدد لفاظاً أو اشارة لا يقع إلا طلقة رجعية واحدة. وهذا التوجه قال به فقهاء الامامية وابن تيمية وابن القيم.

---

(١)_ د. مصطفى الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق، مصدر سابق، ص ٢٥٤ وما بعدها.

المطلب الثاني

الانحلال الإرادي من جهة الزوجة

إن الشريعة الإسلامية في الوقت الذي أناطت أمر الطلاق بيد الرجل، فقد راعت المرأة ففتحت لها نافذة بالإمكان أن تستمد منها حريتها، وتطل منها على ما تصبو إليه، إذا وجدت بأن حياتها مع زوجها أمر لا يطاق، وذلك عن طريق رخصة الخلع، وهناك صورة أخرى يمكن للزوجة عن طريقها طلب انهاء عقد الزواج، وهي مسألة اخلال الزوج بتنفيذ الشروط المقترنة بعقد الزواج، غير أن انهاء الرابطة الزوجية وفقا لما تقدم يعد رخصة واستثناء من الأصل الذي يقضي بأن الزوجة غير مسلطة على انهاء عقد الزواج، لذلك يجب ان يكون استعمال هذه الرخصة وفقاً لشروط خاصة وضمن حدود معينة، ونتيجة ما تقدم فأن الشريعة الشريعة الاسلامية والتشريعات القانونية قد فرضت قيود وقائية وتدابير علاجية للصور المذكورة أعلاه ونتيجة ما تقدم سوف نقسم دراسة هذا المطلب على فرعين: نخصص الفرع الأول:- لقيود الحد من الخلع. والفرع الثاني:- لقيود الحد من الفسخ لعدم تنفيذ الشرط.

الفرع الأول

تدابير الحد من الخلع

لو تأملنا في عملية الخلع لرأينا تشريعها يأتي كنتيجة حتمية لإنقاذ الأسرة من التشرد والتحطم ولذلك يجب أن تكون الزوجة في حالة تخشى أن يكون بقائها مع الزوج سبباً لخروجها عن حدود الطاعة الزوجية، ولذلك فأن الشريعة الإسلامية فرضت عليه قيود وحواجز عدة ولم تكتفي الشريعة الإسلامية بهذا المقدار بل لاحظت امكانية زوال السبب الموجب للخلع بعد وقوع الفرقة ففتحت نافذة يمكن عن من خلالها العود الى الحياة الزوجية وذلك عن طريق رجوع الزوجة عن البذل ومن هذا المنطلق سوف نقسم دراسة هذا الفرع على فقرتين: نخصص الفقرة الأولى للقيود الوقائية. فيما نخصص الثانية للتدابير العلاجية.

أولا_التدابير الوقائية:-

من المسلم به في عملية الخلع أن الزوج حريص على العشرة الزوجية ولم يصدر منه تجاه الزوجية اي سلوك سيء، غير أن الزوجة ولأسباب ذاتية لا ترغب في البقاء مع الزوج؛ لأنها تخشى أن يكون بقائها مع الزوج سبباً لخروجها عن حدود الطاعة الزوجية وعدم اقامة حدود الله، ونتيجة ذلك فأن الخلع يعد طريق استثنائي لإنهاء عقد الزواج، وبالتالي لا بد ان يكون محدد بقيود وضوابط معينة ومن هذه القيود تحقق الكراهة عند الزوجة وموافقة الزوج على الخلع فضلا عن حصول عملية الخلع امام القضائي، وإزاء ذلك سوف نخصص لكل قيد من هذه القيود فقرة مستقلة وعلى النحو الاتي:

اولا_ تحقق الكراهة عند الزوجة:

١_موقف الفقه الإسلامي: اتفق فقهاء المسلمين على أن الخلع جائز ومقبول إذا كانت الزوجة تخشى أن يكون بقائها مع الزوج سبباً لخروجها عن حدود الطاعة الزوجية وعدم اقامة حدود الله، ولكن هل يجوز للزوجة طلب الخلع مع استقامة الحال ومن دون تحقق كراهة؟ هنا اختلف فقهاء المسلمين وظهر نتيجة هذا الاختلاف اتجاهان:

الاتجاه الأول_ كراهية الخلع مع استقامة الحال: وهذا الاتجاه تبناه جمهور فقهاء المسلمين وتذهب اصحابه إلى أن الخلع مع استقامة الحال ومن غير تحقق الكراهة يقع ولكن حكمه هو الكراهية الذي يثاب تاركه ولا يعاقب فاعله ويستدل هذا الاتجاه بقوله تعالى **"وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا"**[1]. وهذه الآية المباركة عامة فتشمل اخذ الفدية

(1)_ الاية رقم (٤) من سورة النساء.

حال الخلع وغيرها حيث لم تفرق الآية بين حال واخرى مادام كان اخذ الفدية عن طيب نفس[١].

الاتجاه الثاني_ حرمة الخلع مع استقامة الحال: و تبناه فقهاء الامامية بالأجماع، وقول لفقهاء الاحناف، ورواية في الفقه الحنبلي، وهذا الاتجاه تذهب اصحابه إلى أن الخلع مع استقامة الحال محرم وغير جائز، ونتيجة ذلك إذا خالعها الزوج بعوض مع عدم كراهة الزوجة لم يصح الخلع ولم يملك الفدية، و حجتهم في ذلك أن الخلع مقيد بما ورد في 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 فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۗ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ"**[٢]. ويبدوا من هذه الآية المباركة أن الله تعالى حرم على الزوج أن يأخذ شيئا من زوجته إلا بعد الخوف من عدم اقامة حدود الله[٣].

٢_ موقف التشريعات المقارنة: تختلف نظرة التشريعات حول هذا الموضوع، بحسب اختلاف نظرة كل مشرع إلى مسألة تحقق الكراهة كشرط لحصول الخلع، فنجد بأن المشرع العراقي يرى بأن الخلع يمكن أن يقع مع استقامة الحال بين الزوجين، ويمكن نستنتج ذلك من نص المادة (١/٤٦) من قانون الاحوال الشخصية العراقي التي قضت بأنه: "الخلع إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو ما في معناه وينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي". ويتضح من هذا النص بأنه يكفي

---

(١)_ ابن الهمام، شرح فتح القدير،(٤٦٥/٣). وينظر الحطاب الرعيني، مواهب الجليل، (٣٩٧/٤). وينظر أبي الحسن علي بن حبيب الماوردي الشافعي، الحاوي الكبير،ط٢،ج١٠ دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٤هـ، ص٧. وينظر أبن قدامة، المغني، (٢٧١/١٠).

(٢)_ اية (٢٩٩) من سورة البقرة

(٣)_أبو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي،ج٢،الخلاف،مؤسسة النشر الإسلامي،قم،١٤١٤هـ،ص٢١٣. وينظر عبد الحي اللكنوي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية،ط١،ج٢،دار الحديث،القاهرة، ١٤٤٠هـ، ص٥٦٩. وينظر ابن قدامة، المغني، (٢٧١/١٠).

لحصول الخلع تحقق الايجاب والقبول بين الزوج والزوجة سواء تحققت الكراهة ام لا؛ لأن هذا النص جاء مطلقا والمطلق يجري على اطلاقه، ومنشأ الاستيعاب والشمول يمكن أن نصل إليه عن طريق نظرية (قرينة الحكمة) والتي تقوم على مقدمتين:

الأولى: إن المفروض في كل متكلم هو أن يكون في تمام بيان غرضه الجدي.
الثانية: الحكيم لا ينقض غرضه[١]. و ذلك يوصلنا إلى نتيجة مفادها أن ما لا يذكره (قيد تحقق الكراهة) لا يُريده ولو أراد لذكره.

وعلى ذات النهج سارت مدونة الاسرة المغربية حيث اكتفت باتفاق الزوجين لإيقاع سواء وجدت الكراهة بين الزوجين ام لا، ولا ابلغ في الدلالة على ذلك ما قضت به المادة (١١٤) من هذا القانون بأنه: " يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط، أو بشروط لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة، ولا تضر بمصالح الأطفال". ويتضح من اطلاق هذا النص بأنه اكتفى باتفاق الزوجين لتحقق عملية الخلع سواء أكانت الزوجة كارهة لزوجها أم لا.

اما قانون الاحوال الشخصية الإماراتي فقد نص في المادة (١/١١٠) على أنه: "الخلع عقد بين الزوجين يتراضيان فيه على إنهاء عقد الزواج بعوض تبذله الزوجة أو غيرها". ونصت الفقرة (٥) من المادة المذكورة اعلاه بأنه: " استثناءً من أحكام البند(١) من هذه المادة، إذا كان الرفض من جانب الزوج تعنتاً، وخيف ألايقيما حدود الله، حكم القاضي بالمخالعة مقابل بدلٍ مناسب".

ويتضح مما تقدم بأن الاصل في القانون الإماراتي ان الخلع يقع بمجرد اتفاق الزوجين سواء وجدت الكراهة من جهة الزوجة أم لا. ولكن يستثنى من ذلك حالة امتناع الزوج عن ايقاع الخلع ووثبت للمحكمة تحقق الكراهة وخيف ألا يقيم الزوجين حدود الله في حال استمرار العلاقة الزوجية فهنا يجوز ايقاع

(١)_ محمد باقر الصدر،دروس في علم الأصول،ط٢،ج١،مركز الأبحاث والدراسات التخصصية للشهيد الصدر، ١٤٢٤هـ،ص٢٨ وما بعدها.

الخلع جبرا على الزوج، ما يعني بأن المشرع الاماراتي اخذ بمسألة تحقق الكراهة فقط في حال تعنت الزوج وامتناعه من ايقاع الخلع. وعلى ذات النهج سار قانون الاحوال الشخصية الأردني حيث اشترط تحقق الكراهة في حال امتناع الزوج من ايقاع الخلع وخيف من استمرار العلاقة الزوجية ألا تقيم الزوجة حدود الله[١].

٣_ موقف القضاء: اما بخصوص موقف القضاء من مسألة تحقق الكراهة كشرط في عملية الخلع فنجد بأن محكمة التمييز العراقية قد قضت في حكما لها بأن: " الخلع هو اتفاق ينعقد بإيجاب وقبول من قبل الزوجين"[٢]. ويتضح من هذا القرار بأن عملية الخلع تتحقق بمجرد اتفاق الزوجين سواء تحققت الكراهية أم لا.

وقضت محكمة النقض الإماراتية في حكماً لها بأنه: " إذا رفض الزوج الخلع بالرغم من بذل الزوجة للبدل تعنتا ومضارة للزوجة وخيف ألا يقيما حدود الله فيما إذا استمرت علاقتهما بالرغم من عدم الرغبة من الزوجة في الاستمرار وتنافر طبيعتهما ونفسيتهما، فإن الأمر للقاضي في تقرير الخلع بينهما بحكم يصدره ويحدد فيه البدل المناسب"[٣]. ويتضح من هذا القرار بأن اشتراط تحقق الكراهة يتم في حال امتنع الزوج عن ايقاع الخلع وخيف من استمرار العلاقة الزوجية إلا يقيما حدود الله.

ومن كل ما تقدم يبدوا بأن الرأي الراجح والذي يميل اليه الباحث هو الاتجاه الثاني القائل بعدم صحة الخلع مع استقامة الحال وإذا اتفق الزوجان على ايقاع الخلع رغم استقامة الحال فأنه هنا والحال يقع طلاقاً رجعياً لا يستحق فيه

---

(١)_ ينظر المادة (١١٤) من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

(٢)_ أنظر حكمها المرقم: ٣٤٢/ شخصية/ ١٩٧١ . نقلا عن القاضي جاسم جزاء جافر هورامي،مصدر سابق، ج١، ص٢١٦.

(٣)_ انظر حكمها المرقم: ١١٥/نقض ابو ظبي/ بتاريخ ٢٠٠٨. نقلا عن المستشار مصطفى عبيد، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها دائرة الأحوال الشخصية بمحكمة النقض بإمارة أبو ظبي، ط١، دائرة القضاء،٢٠١٤، ص٢٤١.

الزوج العوض؛ لأننا لو تأملنا في منهج القرآن الكريم وآياته المباركة سنجد أن القرآن الكريم لا يفضل الانفصال حتى مع وجود الكراهية بين الزوجين وشاهد الكلام ما ورد في قوله تعالى " **وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَن تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا**"[١]. ويبدوا من هذه الآية المباركة أن مجرد تحقق الكراهية بين الزوجين لا يبرر الانفصال، بل عليكم مدارتهن ما استطعتم سيما وأن اسباب تحقق الكراهة في الاعم الاغلب هي اسباب عرضية يمكن أن تزول بمرور الايام[٢]. وأن القياس ومن باب اولى أن الانفصال مع استقامة الحال غير جائز، ولكن اذا وصلت الكراهية حدا لا يطاق وترتب عليها عدم اقامة الزوجة لحدود الله فهنا شرع الاسلام رخصة الخلع، ولما كان الخلع هو رخصة واستثناء من الأصل فلا بد ان يكون استعمال هذه الرخصة في اضيق نطاق وطبقا للحدود والضوابط التي رسمها القرآن الكريم فضلا عن أن هذا الاتجاه يضيق من نطاق الانفصال بين الزوجين الى ابعد حد ممكن وهو توجه مرغوب فيه. ونتيجة ذلك ندعوا المشرع العراقي الى اعتبار تحقق الكراهية من قبل الزوجة ركن اساسي في عملية الخلع والتي لا يقع الخلع بدونها.

---

(١)_ الآية (١٩) من سورة النساء.

(٢)_ الشيرازي، الامثل، (٩٩/٣).

ثانيا_ موافقة الزوج على الخلع:

١_ موقف الفقه الاسلامي: اختلف فقهاء المسلمين بخصوص مدى امكانية القاضي في اجبار الزوج على الخلع وايقاعه دون رضاه وظهر نتيجة هذا الاختلاف اتجاهان:

الاتجاه الأول_ تبناه جمهور فقهاء المسلمين وهذا الاتجاه يذهب اصحابه إلى عدم جواز ايقاع الخلع من غير رضا الزوج، وبالتالي لا يحق للقاضي أو غيره اجبار الزوج على الخلع؛ لأن الخلع كالطلاق الذي لا يصح ايقاعه عن طريق الجبر والاكراه إلا اذا كانت الزوجة تخشى من بقائها مع الزوج الخروج عن حدود الطاعة الزوجية فهنا يستحب للزوج أن يستجيب للخلع لكنه غير واجب عليه[١].

الاتجاه الثاني_ تبناه فقهاء المالكية، وهذا الاتجاه تذهب اصحابه الى أن الخلع حق للمرأة كما هو الشأن بالنسبة لحق الزوج في ايقاع الطلاق، وازاء ذلك يكون القاضي ملزم بالحكم بالخلع إذا طلبت الزوجة وامتنع الزوج؛ لأن الخلع جعُل للمرأة بمقابل الطلاق الذي بيد الرجل[٢].

٢_ موقف التشريعات المقارنة: اختلف موقف التشريعات المقارنة حول هذا الموضوع تبعا لاختلاف سياسة كل مشرع فنجد بأن المشرع العراقي وللوهلة الأولى قد اخذ برأي الاتجاه القائل بعدم جواز ايقاع الخلع من غير موافقة الزوج حيث نصت المادة (١/٤٦) من قانون الاحوال الشخصية العراقي على أنه: "الخلع ازالة قيد الزواج بلفظ الخلع او في معناه وينعقد الخلع بإيجاب وقبول

---

(١)_ مظفر الدين احمد بن علي المعروف بان الساعاتي الحنفي، مجمع البحرين وملتقى النيرين، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ٢٠٠٥، ص٥٨٣ وما بعدها. وينظر: احمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري،ط١،ج٩، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان دون ذكر سنة نشر، ص٤٠٠. وينظر منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع على متن الاقناع،ط١،ج٩، دار الكتب العلمية، بيروت،لبنان،١٩٩٧،ص٢٤١. وينظر السيد يوسف المدني التبريزي، منهاج الاحكام في النكاح والطلاق، ط٦، دار دانش، قم، ايران، ١٤٣٩هـ، ص ٥٩٢ وما بعدها.

(٢)_ ابن رشد الحفيد،بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (٩٠/٣).

امامي القاضي...". ويتضح من هذا النص بأن الخلع هو تصرف يحتاج الى إيجاب من الزوجة وقبول من الزوج، وبالتالي فأن صدور الايجاب من الزوجة لا يكفي لوحده في تحقق عملية الخلع، ما يعني بأن المشرع العراقي أخذ برأي جمهور فقهاء المسلمين القائلين بعدم جواز اجبار الزوج على الخلع.

وبالرغم مما تقدم نجد بأن المشرع العراقي اورد تطبيق من تطبيقات الخلع اجاز فيه للزوجة طلب الخلع وأن لم يوافق الزوج عليه، ولا ابلغ في الدلالة على ذلك ما نصت عليه المادة (٤٣/ثانيا) من قانون الاحوال الشخصية بأنه: " للزوجة الحق في طلب التفريق قبل الدخول، وفي هذه الحالة على المحكمة أن تقضي بالتفريق، بعد أن ترد الزوجة إلى الزوج ما قبضته من مهر وجميع ما تكبده من اموال ونفقات ثابتة صرفها لاغراض الزواج".

وعند التأمل في النص اعلاه نلاحظ بأنه فضلا عن عدم اشتراطه موافقة الزوج على طلب التفريق قبل الدخول، كذلك جعل طلب الزوجة ملزم للمحكمة ولم يترك لها اي سلطة تقديرية حيال التفريق، وذلك عندما استعمل المشرع عبارة (على المحكمة ان تقضي بالتفريق) الواردة في النص المذكور اعلاه، وان عدم اعطاء سلطة تقديرية للمحكمة في لطلب الزوجة كان محل انتقاد من قبل الفقه؛ وكان من المفروض أن يعطي سلطة تقديرية للقاضي في الاستجابة لطلب الزوجة، حتى يعرف سر هذا الطلب ومدى نجاح وفشل هذا الزواج مستعينا بخبرته القضائية وبالحكمين والباحث الاجتماعي ، وذلك حفاظا على استمرار الحياة الزوجية وسمعة العائلة، لأنه ما من طلاق أو تفريق إلا وتترتب عليه اساءة لسمعة الزوجين أو احدهما على الاقل[١]. فضلا عن ذلك أن هذا النص لم يترك مساحة للمحكمة في محاولة الصلح بين الزوجين، سيما وأن اسباب الانفصال قبل الدخول في الاعم الاغلب ناشئة عن اختلاف وجهات النظر في قضايا غير جوهرية.

---

(١)_ د. مصطفى الزلمي، أحكام الزواج والطلاق، مصدر سابق، ص٢٠٩.

بينما نصت مدونة الاسرة المغربية في المادة (١٢٠) من هذا القانون على أنه: " إذا اصرت الزوجة على طلب الخلع ، ولم يستجيب لها الزوج ، يمكنها الجوء إلى مسطرة الشقاق". ويتضح من هذا النص بأن الزوجة يمكن لها طلب التفريق للشقاق في حال امتناع الزوج عن ايقاع الخلع[١] بيد أن هذا التوجه يمكن الاعتراض عليه لأن الشقاق يفيد وجود خلاف من جهة الطرفين، بينما في الخلع نجد بأن الزوج حريص على عشرة الزوجة وقائم بكل حقوقها وكل ما في الأمر أن الزوجة هي الكراهة للزوج وتخشى من بقائها معه الخروج عن حدود الله.

اما قانون الأحوال الشخصية الإماراتي فالأصل عنده عدم جواز الخلع من غير موافقة الزوج، ويستثنى من ذلك امتناع الزوج تعنتا عن ايقاع الخلع وخيف من استمرار العلاقة الزوجية ألا يقيما حدود الله فهنا يحكم القاضي جبراً على الزوج بالخلع مقابل بدل مناسب تقدره المحكمة، وهذا ما نصت عليه (المادة ٥/١١٠) من هذا القانون بأنه: " استثناءً من أحكام البند(١) من هذه المادة، إذا كان الرفض من جانب الزوج تعنتاً، وخيف ألا يقيما حدود الله، حكم القاضي بالمخالعة مقابل بدلٍ مناسب".

أما بخصوص موقف قانون الأحوال الشخصية الأردني فأنه اكد ضمن الأحكام العامة في الخلع على أن الخلع هو عقد رضائي وبالتالي لا يمكن ايقاعه من غير موافقة الزوج[٢]، ولكن بالمقابل وكما فعل المشرع العراقي حيث اجاز للزوجة طلب التفريق قبل الدخول اذا أعادت للزوج ما قبضته من مهرها وما تسلمته من هدايا وما انفقه الزوج من أجل الزواج، غير أن سياسة المشرع الأردني امتازت بأنها لم تجعل هذا الأمر متوقف على مشيئة الزوجة طالبة

---

(١)_ د. محمد الكشبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، ج٢، الناشر نادي الطلبة والباحثين في العلوم القانونية، ٢٠٠٨، ص١٣٨.

(٢)_ ينظر المادة (١٠٢) من قانون الاحوال الشخصية الاردني.

التفريق كما فعل المشرع العراقي[١] بل اشترط تحقق قيود وضوابط عدة ولا ابلغ في الدلالة على ذلك ما نصت عليه المادة (١١٤/أ) من قانون الاحوال الشخصية الأردني بأنه: " إذا طلبت الزوجة التفريق قبل الدخول و أودعت ما قبضته من مهرها وما أخذته من هدايا وما أنفقه الزوج من أجل الزواج وأمتنع الزوج عن ذلك بذلت المحكمة جهدها في الصلح بينهما فأن لم يصطلحا احالت الأمر الى حكمين لموالاة مساعي الصلح بينهما خلال مدة ثلاثين يوم فإذا لم يتم الصلح تحكم المحكمة بفسخ عقد الزواج..."

ويتضح من النص المتقدم بأنه أشار الى طلب الزوجة التفريق للافتداء بينها وبين زوجها قبل الدخول، وهنا اذا لم يوافق الزوج على التفريق فأن المحكمة تبذل جهدها في محاولة الصلح بين الزوجين، فان تعسر ذلك أحالت المحكمة الدعوى إلى الحكمين لموالاة مساعي الصلح بينهم خلال ثلاثين يوم، ووظيفة الحكمين الإصلاح اولاً، فأن لم يوافقا لرأب الصدع بينهما فيقوما بكتابة محضر ضبط يدونا فيه اقوال الزوجين واسباب الخلاف وبعد اطلاع المحكمة على محضر الحكمين، تقوم بفسخ عقد الزواج بين الزوجين بعد إعادة المدعية ما قبضته من مهر وهدايا والنفقة التي بذلها الزوج[٢].

ومن كل ما تقدم نجد بأن المشرع العراقي كان موفقا في سياسته عندما اشترط موافقة الزوج لغرض اتمام عملية الخلع ويظهر ذلك من خلال نص المادة (٤٦) من قانون الأحوال الشخصية العراقي التي اعتبرت الخلع تصرفا يحتاج الى ايجاب وقبول. غير إن الاعتراض على سياسة المشرع العراقي يظهر بخصوص نص المادة (٤٣/ثانيا) من قانون الاحوال الشخصية وهي احد

---

(١)_ نصت المادة (٤٣/ثانيا) من قانون الاحوال الشخصية بأنه: " للزوجة الحق في طلب التفريق قبل الدخول، وفي هذه الحالة على المحكمة أن تقضي بالتفريق، بعد أن ترد الزوجة إلى الزوج ما قبضته من مهر وجميع ما تكبده من اموال ونفقات ثابتة صرفها لاغراض الزواج".

(٢)_د.أحمد محمد حسن القضاة،الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد،ط١،ج٢،المكتبة الوطنية، عمان، الأردن،٢٠١٢. ص ١٢٢.

تطبيقات الخلع؛ حيث اعطت للزوجة طلب التفريق قبل الدخول من دون قيد أو شرط، وكان من المفروض أن يعطي سلطة تقديرية للقاضي في الاستجابة لطلب الزوجة، حتى يعرف سر هذا الطلب ومدى نجاح وفشل هذا الزواج مستعينا بخبرته القضائية وبالحكمين والباحث الاجتماعي ، وذلك حفاظا على استمرار الحياة الزوجية وسمعة العائلة، وإزاء ذلك نقترح أن يكون التعديل المادة (٤٣/ثانيا) على غرار نص المادة (١١٤/أ) من قانون الاحوال الشخصية الأردني المذكورة اعلاه.

ثالثا_ حصول الخلع امام القاضي:

١_ موقف فقهاء المسلمين: اختلف فقهاء المسلمين بخصوص اشتراط حصول عملية الخلع امام القاضي وظهر نتيجة هذا الاختلاف اتجاهان:

الاتجاه الأول_ تبناه جمهور فقهاء المسلمين وهذا الاتجاه تذهب الى صحب الى أن الخلع هو تصرف إرادي ويكفي لتحققه وجود الايجاب والقبول، وبالتالي لا يشترط حصول الخلع امام القاضي وحجتهم في ذلك قوله تعالى **" فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ"**[١]. وهذه الآية المباركة افادت اخذ فدية الخلع بمجرد حصول التراضي بين الزوجين وبالتالي لا يحتاج إلى حصول عملية الخلع امام القاضي[٢].

الاتجاه الثاني_ وتبناه بعض فقهاء الإمامية ، والحسن البصري، ومحمد بن سيرين، وسعيد بن جبر، وهذا الاتجاه تذهب اصحابه إلى اشتراط حصول الخلع امام القاضي وحجبتهم في ذلك قوله تعالى **" فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ۗ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا "**[٣]. وأن عبارة **(فَإِنْ خِفْتُمْ)** الواردة فيه الآية المباركة اعلاه تبين بأن الخطاب موجه لغير الزوجين، والمراد بغير الزوجين هم الولاة، فدل ذلك على وجوب حصول الخلع امام الولاة لغرض أخذ الإذن منهم لإجازة الخلع بين الزوجين[٤].

---

(١)_ اية (٢٩٩) من سورة البقرة.

(٢)_ السرخسي، المبسوط، (١٧٣/٦). وينظر الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، (٣٤٧/٢). وينظر ابن قدامة، المغني، (٣٢٤/٧). وينظر الحسن بن يوسف المطهر المعروف بالعلامة الحلي،مختلف الشيعة، ط١،ج٧، مؤسسة النشر الاسلامي، ١٤١٨هـ، ص٣٩٣.

(٣)_ اية (٢٩٩) من سورة البقرة

(٤)_ العلامة الحلي، مختلف الشيعة، (٣٩٣/٧) وما بعدها. و ينظر: خير الدين بن محمود بن علي بن فارس الزركلي، الأعلام،ط١٤،ج٢، دار العلم للملايين،بيروت،لبنان، ٢٠٠٢، ص٢٢٦.

٢_ موقف التشريعات المقارنة: اما بخصوص موقف التشريعات المقارنة من مسألة وجوب حصول عملية الخلع امام القاضي فنجد بأن قانون الاحوال الشخصية العراقي قد نص في المادة (١/٤٦) على أنه: "الخلع إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو ما في معناه وينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي مع مراعاة أحكام المادة التاسعة والثلاثين من هذا القانون".

ويتضح من النص المتقدم وكأصل عام بأن الخلع ينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي، ولكن الفقه يرى بأن الخلع لو حصل خارج المحكمة يعد صحيحا وتلزم المحكمة بتصديقه وحجته في ذلك ما ورد في عجز المادة المذكورة اعلاه من عبارة (مع مراعاة أحكام المادة التاسعة والثلاثين من هذا القانون) وأن المادة التاسعة والثلاثون تتعلق بالطلاق وهي اجازت الطلاق الخارجي وفي هذه الحالة يجب على المحكمة تصديقه، ما يعني بأن الخلع خارج المحكمة يأخذ حكم الطلاق الخارجي من حيث وجوب تصديقه[١].

اما مدونة الاسرة المغربية فقد نصت المادة (١١٥) من هذا القانون على أنه: " للزوجين أن يتراضيا على الطلاق بالخلع طبقا لأحكام المادة ١١٤". ويتضح من هذه النص أن عملية الخلع في القانون المغربي يجب ان تتم وفق المادة (١١٤) من هذا القانون وعند الرجوع إلى هذه المادة نجد بأنها نصت على أنه: "يمكن للزوجين أن يتفقا على مبدأ إنهاء العلاقة الزوجية دون شروط، أو بشروط لا تتنافى مع أحكام هذه المدونة، ولا تضر بمصالح الأطفال. عند وقوع هذا الاتفاق، يقدم الطرفان أو أحدهما طلب التطليق للمحكمة مرفقا به للإذن بتوثيقه. تحاول المحكمة الإصلاح بينهما ما أمكن، فإذا تعذر الإصلاح، أذنت بالإشهاد على الطلاق وتوثيقه".

ويتضح من النص المتقدم بأن الزوجين بعد اتفاقهما على الخلع يقدمان طلب الى المحكمة لغرض الحكم بالتطليق ما يعني بأن مجرد الاتفاق لا يكفي للخلع مالم يقترن بموافقة المحكمة عن طريق طلب رسمي يقدمه الاطراف لهذا

---

(١)_أستاذنا الدكتور حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في أحكام الزواج والطلاق واثارهما،ط١، دار الوارث، كربلاء المقدسة، ٢٠٢٠،ص١٧٩.

الغرض، وبعد تقديم الطلب الى المحكمة المختصة تحاول الصلح بين الطرفين، فإذا تعذر الصلح حكمت المحكمة بإيقاع الخلع. وهذا التوجه في سياسة المشرع المغربي يعد توجه مرغوب فيه لأنه اشتراط موافقة القضاء قبل حصول عملية الخلع وكذلك اعطى للمحكمة سلطة واسعة لغرض محاولة الصلح بين الزوجين وهذه السياسة تساهم في المحافظة على لم شمل الاسرة وعدم تشتتها.

اما قانون الاحوال الشخصية الإماراتي فلم يتضمن ما يشير الى اشتراط حصول الخلع امام القضاء، وإنما اكتفى بحصول الايجاب والقبول بين الزوجين لتحقق عملية الخلع[١].

وقد ميز قانون الأحوال الشخصية الأردني ما بين الخلع والطلاق على مال[٢]، فأما بخصوص الخلع فأنه يكفي لإيقاعه اتفاق الزوجين وبالتالي لا يشترط موافقة القضاء على ذلك[٣]. بينما في الطلاق على مال ستلزم إذن وموافقة القاضي ولا ابلغ في الدلالة على ذلك ما نصت عليه المادة (١١٤) من قانون الاحوال الشخصية الأردني بأنه:

"أ_ إذا طلبت الزوجة التفريق قبل الدخول و أودعت ما قبضته من مهرها وما أخذته من هدايا وما أنفقه الزوج من أجل الزواج وأمتنع الزوج عن ذلك بذلت المحكمة جهدها في الصلح بينهما فأن لم يصطلحا احالت الأمر الى حكمين لموالاة مساعي الصلح بينهما خلال مدة ثلاثين يوم فإذا لم يتم الصلح:

١- تحكم المحكمة بفسخ عقد الزواج بين الزوجين بعد إعادة ماقبضته الزوجة من المهر وما أخذته من هدايا وما أنفقه الزوج من اجل الزواج.

---

(١)_ ينظر المادة (١١٠) من قانون الاحوال الشخصية الإماراتي.

(٢)_ الخلع والطلاق على مال كلامها يقطع به طلاق بائن، وكلاهما يكون بمقابل عوض. غير أن الاختلاف يظهر من ناحية بطلان العوض، ففي حالة الطلاق على مال اذا بطل العوض تتحول العملية الى طلاق رجعي من غير عوض، أما في الخلع فأن بطلان العوض يترتب عليه بطلان عملية الخلع كلها ولا يقع به أي شيء وهذا التمييز قال به بعض فقهاء الاحناف. ينظر ابن الهمام، شرح فتح القدير، (٩٨/٣) وما بعدها.

(٣)_ ينظر المادة (١٠٢) من قانون الأحوال الشخصية الاردني.

٢- إذا اختلف الزوجان في مقدار نفقات الزواج والهدايا جعل تقدير ذلك الى الحكمين.

ب_ إذا أقامت الزوجة بعد الدخول أو الخلوة الصحيحة دعوى تطلب فيها التفريق بينها وبين زوجها وبينت بإقرارٍ صريح منها أنها تبغض الحياة معه وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة بينهما وتخشى أن لا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض وافتدت نفسها بالتنازل عن جميع حقوقها الزوجية وردت عليه الصداق الذي استلمته، حاولت المحكمة الصلح بين الزوجين، فإن لم تستطع أرسلت حكمين لموالاة مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تتجاوز الثلاثين يوماً، فإن لم يتم الصلح حكمت المحكمة بفسخ عقد الزواج بينهما".

ويتضح مما تقدم بأن نص المادة (١١٤) بفقرتيها (أ، ب) من قانون الاحوال الشخصية الأردني قد نصتا على وجوب تقديم طلب التفريق للافتداء إلى المحكمة سواء أكان طلب التفريق قبل الدخول أم بعده، وفضلا عن ذلك اكد النص المتقدم على دور المحكمة في بذل الجهد للصلح بين الطرفين، فإن تعسر ذلك أحالت المحكمة الدعوى إلى الحكمين لموالاة مساعي الصلح بين الزوجين خلال مدة لا تزيد عن ثلاثين يوماً، وإذا لم يوفقها لتسوية النزاع بينهما فهنا تحكم المحكمة بفسخ عقد الزواج[1] وهذا التوجه في سياسة المشرع الأردني يعد توجه مرغوباً فيه، لأنه اعطى دور كبير للمحكمة في تسوية النزاع والحكم بالتفريق للافتداء وهذا الامر له دوراً كبيراً في لم شمل العلاقة الزوجية وعدم تشتتها.

٣_ موقف القضاء: اما بخصوص موقف القضاء من مسألة حصول الخلع أمام القاضي فنجد بأن محكمة التمييز الاتحادية العراقية قد قضت في حكماً لها بأن: " الخلع لا ينعقد إلا بإيجاب وقبول أمام القاضي ولا يحق للوكيل نظر دعوى الخلع

(1)_ د. محمد أحمد حسن القضاة، مصدر سابق، ص١٢١.

دون حضور الزوجين أمام المحكمة والباحث الاجتماعي شخصياً"[١]. ويتضح من هذا القرار وعملا بأحكام المادة (٤٦) من قانون الاحوال الشخصية العراقي بأن عملية الخلع لا تتم إلا بحضور الزوجين المتخالعين أمام القضاء. ولكن الذي يبدو بأن هذا الحكم ينطبق فيما لو رفعت دعوى الخلع ابتداء امام المحاكم، أمام لو حصل الخلع خارج المحكمة وامام الرجل الدين فأن المحكمة ستكون ملزمة بتصديقه ولا ابلغ في الدلالة على ذلك ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية في قرار اخر لها بأنه: " إذا ثبت حصول الطلاق الخلعي امام رجل الدين وبحضور الزوجين والشاهدين، فأن المحكمة تكون ملزمة بتصديقه"[٢].

ومن كل ما تقدم يبدو بأن الرأي الراجح والذي يميل اليه الباحث، هو الاتجاه القائل بوجوب حصول عملية الخلع امام القاضي؛ لأن اشتراط ذلك يعد من أهم السياسات في الحد من عملية الخلع وذلك للأسباب الأتية:

١. أن الخلع في اساسه يقوم على فكرة كراهة الزوجة لزوجها بحيث تخشى من بقائها مع الزوج الخروج عن حدود الطاعة الزوجية، وإزاء ذلك فأن مسألة تحقق الكراهة تكون موضع تحقيق وتدقيق وبالتالي لا يمكن التثبت منها إلا من خلال جهة مختصة، وهي بلا شك محكمة الأحوال الشخصية.
٢. أن اسباب الكراهة الموجبة لطلب الخلع في الاعم الاغلب هي اسباب عرضية يمكن حلها بغير الانفصال وبالتالي فأن اشتراط حصول الخلع امام القاضي، سوف يعطي للمحكمة مساحة كافية لغرض الاصلاح بين الزوجين، بما تمتلكه من خبرة في هذا المجال فضلا عن الاستعانة بالحكمين والباحث الاجتماعي.

---

(١)_ ينظر حكمها المرقم: ٤٠٩٧/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/ بتاريخ ٢٠٠٨/١٢/٣١. نقلا عن موقع مجلس القضاء الاعلى، https://www.sjc.iq/index-ar.php، تاريخ الزيارة: ٢٠٢٣/٣/٢.

(٢)_ ينظر حكمها المرقم: ٥٩٠٣/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/ بتاريخ ٢٠١٦. نقلا عن القاضي قاسم فخري الربيعي، مبادئ محكمة التمييز، مصدر سابق، ص١٠٣.

٣. إن تكليف الزوجين بإجراء عملية الخلع امام القاضي، يعد تضيقاً لنطاق الخلع، وتأخير لإيقاعه ولو لبعض الوقت، فالمشاكسات، والاختلافات كثيراً ما تنشأ داخل البيت، وبالتالي فأن تأخير عملية الخلع عن طريق اقامة دعوى امام المحاكم المختصة، سوف يسمح للزوجة بالتفكير بمصير أطفالها، وأسرتها، وبيتها، وما يحيط ذلك من ردود فعل تنشأ من عملية الانفصال.

ونتيجة ما تقدم ندعوا المشرع العراقي إلى اشتراط حصول عملية الخلع امام القضاء، وكل من يخالف ذلك بما فيهم رجل الدين فأنه يتعرض لعقوبة يقدرها المشرع لعملية حصول الخلع خارج المحكمة.

ثانياً_ التدابير العلاجية :-

من المسلم به أن حصول الخلع بين الزوجين يقع به طلاق بائن، وفي هذه الحال لا يمكن للزوج من الرجوع بزوجته إلا بعقد جديد وموافقة الزوجة، ونتيجة ذلك قد يقال لماذا يغلق الباب على الزوج من الرجوع بزوجته؟ فلعل الكراهة تزول في الخلع وتعود الزوجة إلى زوجها وترغب في العيش معه ؟ الجواب على ذلك أن فقهاء الامامية لاحظوا هذه النقطة الدقيقة فأخذوها بعين الاعتبار عندما جعلوا زمام المبادرة بيد الزوجة لأنها هي الكراهة وهي التي لا ترغب في العيش مع الزوج، ولهذا اذا هي رغبت في العيش مع الزوج وكانت تريد العودة الى بيتها مرة ثانية فعليها أن ترجع عن البذل وهنا سوف يتحول الطلاق الخلعي البائن إلى طلاق رجعي وفقا لحدود وضوابط معينة سوف نبينها، وأن مبدأ (الرجوع عن البذل في الخلع) يعد من المبادئ التي انفرد بها الفقه الامامي، فضلا عن كونه من السياسات المهمة للحد من الانفصال؛ لأن رجوع الزوجة عن البذل معناه ذلك أن السحب قد تقشعت وعادت هي الى حالتها الطبيعية ورغبت في العودة إلى زوجها مرة اخرى[1]، ومن هذا المنطلق فأن بيان حكم رجوع عن البذل ودره في الحد من الانفصال يقتضي أن نستعرض موقف الفقه الاسلامي ومن ثم التشريعات المقارنة والقضاء وعلى النحو الأتي:

اولا_ موقف الفقه الإسلامي: من الاثار المترتبة على عملية الخلع هو تحقق البينونة بين الزوجين بمجرد الخلع، غير أن فقهاء الأمامية انفردوا بالنص ضمن الأحكام الخاصة بالخلع على مبدأ (الرجوع عن البذل) وهذا المبدأ مفاده أن الطلاق الخلعي ينقلب الى طلاق رجعي في حال رجعت الزوجة عن البذل اثناء مدة العدة. وحينئذ إذا اختارت الرجوع في البذل ينقلب الخلع إلى طلاق رجعي ومن ثم تسري عليه جميع أحكامه، وأن مسألة الرجوع عن البذل في الفقه الامامي

(1)_ عز الدين بحر العلوم، الطلاق ابغض الحلال الى الله، (٢٧٣).

يعد من الحقوق الثابتة للزوجة[١]، ولكي تستطيع الزوجة طالبة الخلع استعمال هذا الحق، لا بد من توافر الشروط الأتية:

الشرط الأول_ أن يكون الرجوع أثناء مدة العدة: تُعرف العدة شرعا هي: "ايام تربص المرأة بعد مفارقة زوجها أو بعد الوطء غير المستحق شرعا لشبهة" [٢] . وبالتالي يجوز للمرأة الرجوع في ما بذلت مادامت في العدة مطلقاً، أي سواء رضي الزوج بذلك أم لا، ويترتب على اشتراط الرجوع أثناء مدة العدة نتيجة مهمة، أن الرجوع عن البذل لا يصح إذا كانت المرأة مطلقة ثلاثاً، أو كانت ممن ليست لها عدة كاليائسة والصغيرة وغير المدخول بها[٣].

الشرط الثاني_ علم الزوج المطلق بهذا الرجوع أثناء مدة العدة: أكد فقهاء الأمامية أن للمطلقة في الخلع حق الرجوع بما بذلته من عوض مالي ما دامت في العدة على شريطة ان يعلم هو (المطلق) برجوعها عن البذل؛ لان الطلاق الخلعي طلاق بائن لا يحق للزوج فيه ان يراجع زوجته اثناء عدتها الا اذا رجعت الزوجة عن البذل في اثناء مدة العدة فيحق للزوج الرجوع ايضاً[٤].

الشرط الثالث_ بقاء الفدية في ملك الزوج: فلو خرجت عن ملكه ببيع أو هبة أو وقف فلا مجال لرجوعها بها ، هذا اذا كانت عينا خارجية كثوب خاص ، اما اذا كانت امراً كليا فسلمته فردا منه فخرج من ملكه ففي صحة رجوعها به مع تكليف الرجل ان يدفع اليها فردا اخر اشكال (واللازم الاحتياط)[٥] .

---

(١)_ زين الدين العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، (٣٩٨/٣). وينظر اللنكراني، شرح تحرير الوسيلة كتاب الطلاق، (٢٤٦) وما بعدها.

(٢)_ وينظر السيد السيستاني ، منهاج الصالحين،ط١٩،ج٣،دار المؤرخ العربي،بيروت،لبنان،٢٠١٣،ص١٦٥.

(٣)_ اللنكراني، شرح تحرير الوسيلة كتاب الطلاق، (٢٤٦) وما بعدها.

(٤)_ محمد جواد المغنية ، الفقه على المذاهب الخمسة ، ط١ ، دار الغدير،قم،٢٠١١، ص٤٣٦ وما بعدها.

(٥)_ السيد محمد سعيد الطباطبائي الحكيم ، الاحكام الفقهية ، العبادات والمعاملات ، دار الهلال ، ٢٠١٢، ص ٤٣٥ .

الشرط الرابع_ انتفاء المانع: من المسلم به أن كل مانع يعد عدم وجوده شرطاً، وبالتالي يشترط لصحة الرجوع عن البذل عدم وجود مانع من موانع الرجوع عن البذل وأن هذه الموانع تأخذ صور واشكال متنوعة وهي على النحو الاتي:

أ- اذا كانت المخالعة بين الزوجين ترتب عليها طلاقا بائنا بينونة كبرى فان رجوع الزوجة في هذه الحالة لا يجعل الطلاق المكمل للثلاث طلاقا رجعيا اي لا ينقلب طلاق البائن بينونة كبرى الى أي طلاق رجعي بعد الرجوع.

ب- أن تزوج الزوج اخت الزوجة (المطلقة) مثلا بعد المخالعة فأن رجوع الزوجة عن البذل في هذه الحالة لا يصح معه أن ينقلب الطلاق البائن بينونة صغرى إلى طلاق رجعي ، ولا يستطيع الزوج اعادة زوجته المختلعة الى عصمته بعد رجوعها عن بذلها ، لأنه حينئذ يكون الزوج قد جمع بين امرأتين محرمتين (جمع بين محرمين) فلا يجوز الجمع بين امرأتين بينهما رحم.

ت- اذا كان في عصمة الزوج اربع زوجات بعد أن خالع زوجته ، فلا يجوز للزوج أن يرجع زوجته المطلقة إلى عصمته؛ لأنه يحرم على الرجل الجمع بين اكثر من اربع نساء بالزواج ، وبالتالي فلا يتحقق من رجوع الزوجة الغرض المقصود وهو ارجاع الزوجة المطلقة الى عصمة الزوج بعد ان تنقلب طلاقها من طلاق بائن بينونة صغرى الى طلاق رجعي.

ث- في حالة انقضاء فترة العدة للمطلقة ، او لم يكن لها عدة كغير المدخول بها والصغيرة واليائسة، فلا رجوع لهم مطلقاً ، ولا يترتب على رجوع الزوجة عن بذلها بعد انقضاء عدتها اي اثر لأن الطلاق البائن بينونة صغرى يبقى المطلقة على ما كانت عليه ولا ينقلب الى طلاق رجعي برجوع الزوجة عن البذل بعد انتهاء فترة العدة ،

وكذلك الحال بالنسبة للزوجة غير المدخول بها أو اليائسة؛ لأنهما لا تلتزمان بالعدة بعد الطلاق[١].

ثانيا_ موقف التشريعات المقارنة: يبدو بأن التشريعات المقارنة لم تتضمن بين طيتها نصاً يعالج حق الزوجة في بالجوع عن البذل بعد حصول عملية الخلع، وإذا لم يوجد نص يمكن تطبيقه يرجع إلى احكام الشريعة الإسلامية.

ثالثا_ موقف القضاء: اما بخصوص موقف القضاء فنجد بأن محكمة التمييز اشارت إلى حق الزوجة بالرجوع عن البذل بمناسبات عدة حيث قضت في حكماً لها بأنه: " يجوز لمقلدي المذهب الجعفري الرجوع عن البذل خلال فترة العدة ، وفي هذه الحالة يصبح الطلاق الخلعي رجعيا"[٢]. ويتضح من هذا القرار بأن جواز رجوع الزوجة عن البذل هو حق قاصر على مقلدي المذهب الجعفري[٣].

وقضت المحكمة نفسها في قرار اخر لها بأنه: "إذا تم الخلع فللزوجة الرجوع عن بذلها مادامت في العدة عن الجعفرية، فإذا رجعت إنقلب الخلع طلاقا رجعيا، ولزوجها في هذه الحالة ارجاعها خلال عدتها مالم تحرم عليه بسبب اخر"[٤]. يتضح من هذا القرار بأن الرجوع عن البذل يجب ان يتم خلال مدة العدة

---

(١)_زين الدين العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، (٣٩٨/٣) وما بعدها. وينظر اللنكراني، شرح تحرير الوسيلة كتاب الطلاق، (٢٤٦) وما بعدها.

(٢)_ انظر حكمها المرقم: ٢٣١١/شخصية/ في ١٩٨٥/٨/١٠. نقلا عن مجلة الاحكام العدلية .

(٣)_ فقد قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار اخر لها بأنه: " إذا كانت الاحكام الفقهية التي جرى بموجبها عقد الزواج والطلاق الخلعي تجيز للزوجة الرجوع عن بذلها في فترة عدتها فهنا ينقلب الخلع الى طلاق رجعي". انظر حكمها المرقم: ٣٩٠٦/ش/ ٢٠٠٦. نقلا عن القاضي ربيع محمد الزهاوي، حوار بين قرار القاضي والمبدأ التمييزي، دار السنهوري،بغداد،٢٠١٩، ص٥٦٣.

(٤)_ انظر حكمها المرقم: ٢٩٥/ شخصية/ بتاريخ ١٩٧١. نقلا عن القاضي جاسم جزاء جافر هورامي،ج١،مصدر سابق ،ص٥٦٣.

وبذلك ينقلب الخلع طلاقا رجعيا ويحق للزوج ارجاعها مالم تحرم عليه لسبب اخر.

وقضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار اخر لها بأنه: " ينفرد المذهب الجعفري بأن للزوجة أن ترجع عن بذلها خلال العدة بشروط هي: ١- أن يكون الرجوع عن البذل خلال مدة العدة. ٢- وان يبلغ المطلق بهذا الرجوع خلال مدة العدة. ٣- وان يتم الابلاغ بحيث يستطيع الزوج الرجوع بالزوجة وان لا يمنع من ذلك مانع كزواجه بأختها أو زواجه برابعة بعدها لئلا تكون الزوجة بعد البذل الخامسة. فإذا توافرت هذه الشروط ورجعت عن البذل انقلب الخلع طلاقا رجعيا"[١].

ومن كل ما تقدم يمكن أن نستنتج بأن مبدأ (الرجوع عن البذل في الخلع) يعد من المبادئ التي انفرد بها في الفقه الامامي، فضلا عن كونه من السياسات المهمة للحد من الانفصال؛ لأن رجوع الزوجة عن البذل معناه ذلك أن السحب قد تقشعت وعادت هي الى حالتها الطبيعية ورغبت في العودة إلى زوجها مرة اخرى، وعلاوة على ذلك أن هذا المبدأ يعد من السياسات المهمة التي تحافظ على لم شمل الاسرة وعدم تشتتها، وإزاء ذلك ندعوا المشرع العراقي الى النص عليه ضمن الاحكام العامة في الخلع.

([١])_ انظر حكمها المرقم: ٣٢٢/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/ ٢٠٠٥. نقلا عن القاضي جاسم جزاء جافر هورامي،ج١،مصدر سابق ،ص٥٦٤.

الفرع الثاني

الحد من الفسخ لعدم تنفيذ الشرط

من المسلم به أن اطراف العلاقة القانونية في عقد الزواج وفقاً لحدود وضوابط محددة أن يتفقا على تضمين عقدهما شروطاً معينة، وهذا الأمر يعرف بالشروط المقترنة بعقد الزواج (الشروط التقييدية) والتي تهدف إلى تعديل بعض احكام العقد زيادة أو نقصان ، وهي بذلك تختلف عن الشروط التعليقية التي يتوقف عليها وجود العقد، ولما كان الشرط التقييدي يرتبط بأحكام العقد، فأن مخالفة هذا الشرط وعدم تنفيذه من قبل الملتزم به يترتب عليه نتائج عدة لعل اهما حق الطرف الذي شرع الشرط لمصلحته بطلب فسخ الزواج، ومن المسلم به أن فسخ الزواج لا يخلو من اثار سلبية وإزاء ذلك لا بد أن يكون استعمال خيار الفسخ وفقا لسياسة محددة توازن بين مصلحة صاحب الشرط والحد من فسخ عقد الزواج ولغرض بيان ذلك سوف نقسم هذا الفرع على فقرتين: نخصص الأولى:- لمسقطات فسخ الزواج للشرط. فيما نخصص الثانية لدور القاضي في تعديل الشرط.

الفقرة الاولى _ مسقطات فسخ الزواج للشرط:-

أن بيان الاسباب التي تؤدي الى سقط الفسخ لعدم تنفيذ الشرط المقترن بعقد الزواج[١] يقتضي منا أن بين اولاً حكم الفسخ للشرط، ثم نبين بعد ذلك نعالج الاسباب التي تؤدي الى سقوط حق الفسخ لعدم تنفيذ الشرط وعلى النحو الاتي:

---

(١)_ **المراد بالشرط المقترن بالعقد**: " اقتران التصرف بالتزام أحد الطرفين بالوفاء بأمر زائد عن أصل التصرف وغير موجود وقت التعاقد". وبهذا يختلف الشرط المقترن بالعقد عن الشرط التعليقي ، حيث إن التعليق لا عمل له في أثار العقد وأحكامه، فعند تحقق الشرط الذي علق عليه العقد يصبح العقد كأنه لم يكن به شرط وينتج جميع اثاره واحكامه، فالشرط التعليقي يتوقف عليه وجود العقد وبعد ذلك تنتهي وظيفته. أما الشرط المقترن بالعقد فأن عمله يكون في أثار التصرف واحكامه، فإذا صدر العقد مقيداً بشرط، فأن عمل هذا الشرط يكون في المرحلة التي تلي تمام العقد، وهذه المرحلة التي تبدأ بتحقق أحكام العقد وأثاره ويكون عمله حينئذ أما تقييد هذه الأحكام والاثار بعد أن كان التصرف مطلقاً من قبل صاحبه.

اولا_ حكم الفسخ للشرط: لغرض بيان حكم الفسخ للشروط المقترنة بعقد الزواج[١]، سوف نستعرض موقف الفقه الإسلامي، ومن ثم التشريعات المقارنة والقضاء وعلى النحو الاتي:

١_ موقف الفقه الإسلامي:- اختلف فقهاء المسلمين بخصوص حكم فسخ الزواج لعدم تنفيذ الشرط وظهر نتيجة هذا الاختلاف ثلاث اتجاهات:

الاتجاه الأول:- تبناه فقهاء الاحناف والمالكية والشافعية، وهذا الاتجاه تذهب أصحابه إلى أن الاخلال بالشروط المقترنة بالزواج، لا يترتب عليه أي جزاء، وبالتالي لا يجوز طلب فسخ الزواج نتيجة عدم تنفيذ الشرط؛ لأن الاخلال بالشروط لا يؤثر على مقاصد الزواج[٢].

الاتجاه الثاني:- وتبناه فقهاء الأمامية وهذا الاتجاه تذهب اصحابه إلى أن الاخلال بالشروط المقترنة بعقد الزواج، لا يترتب عليه خيار الفسخ، إلا إذا كان الشرط يتعلق بصفة في أحد العاقدين، نحو اشتراط كون الزوجة باكراً، وإزاء ذلك فأن فوات هذه الصفة مع وجود الشرط يترتب عليه ثبوت خيار فسخ الزواج، أما إذا اشترط عليها أن تقوم بخدمة البيت مثلاً فأن الاخلال بهذا الشرط لا يحرك حق الفسخ؛ لأن هذا الشرط لا يتعلق بصفة في احد العاقدين[٣].

الاتجاه الثالث:- وتبناه فقهاء الحنابلة، وهذا الاتجاه تذهب أصحابة الى أن اشترط احد الزوجين شرطاً صحيحاً، ولم يف به المشترط عليه، وفعل خلاف الشرط،

أو توكيد وتوثيق ما يقتضيه العقد من الوفاء نحو اشتراط تقديم كفيل ضامن. ينظر د. حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي،ط١، دار اشبيليا للنشر والتوزيع، السعودية، الرياض، دون ذكر سنة النشر، ص٦٧.

(١)_للمزيد من التفصيل بخصوص نطاق الشروط المقترنة بعقد الزواج، ينظر د. يسرى صبري داخل الساعدي، احكام الشروط المقترنة بعقد الزواج، اطروحة دكتوراه قُدمت الى جامعة بغداد_ كلية القانون، ٢٠٢١.

(٢)_ ابن عبادين، رد المحتار على الدر المختار، (١٨٨/٤). وينظر الحطاب الرعيني، مواهب الجليل، (٣٧٦/٤). وينظر الرملي، نهاية المحتاج، (٥٨/٩).

(٣)_ زين الدين العاملي، الروضة البهية، (٢٩٥/٣).

فهنا سوف يثبت للمشترط خيار فسخ عقد الزواج[١]، وهنا يقول المرداوي أن فسخ عقد الزواج لعدم تنفيذ الشرط هو من "مفردات المذهب الحنبلي"[٢].

٢_ **موقف التشريعات المقارنة:-** أما بخصوص موقف التشريعات المقارنة فأنها بالاتفاق قد أخذت برأي فقهاء المذهب الحنبلي وإزاء ذلك نصت هذه التشريعات ضمن الاحكام الخاصة بالشروط المقترنة بعقد الزواج على مبدأ مفاده (كل شرط لا ينافي أصل الزواج ولا مقتضاه وجب الوفاء به، وإذا أخل به من شرط عليه كان لمن شرط له طلب فسخ الزواج)[٣].

٣_ **موقف القضاء:-** لقد اشار القضاء في مناسبات عدة الى الشروط المقترنة بعقد الزواج، والاثر المترتب على مخالفتها، ومن هذا المنطلق قضت محكمة التمييز الاتحادية في حكماً لها بأن: " التعليم حق مقدس لايستطيع الزوج منع زوجته من ذلك مالم يشترط في عقد الزواج"[٤]. وقضت المحكمة نفسها في قرار اخر لها بأنه: " لاعبرة بالشرط المتضمن مساكنة الزوج لزوجته في دارها إذا لم يرد صلب عقد الزواج"[٥]. ويتضح من هذا القرار بأن الشروط المقترنة بعقد الزواج لا يعتد بها مالم تكن مكتوبة في وثيقة عقد الزواج.

وقضت محكمة الاستئناف الشرعية الاردني في حكماً لها بأن: " اشتراط المدعية على زواج في وثيقة عقد الزواج إلا يرجع مطلقته زوجته الأولى، بعد

---

(١)_ ابن قدامة، المغني، (٤٨٥/٩). وينظر البهوتي، كشاف القناع، (٨٢/٤).

(٢)_ المرداوي، الانصاف، (١٥٣/٨).

(٣)_ وهذه المبدأ تأكد في المادة (٦/ ف ٤,٣) من قانون الأحوال الشخصية العراقي. كما أكد عليه قانون الأحوال الشخصية المغربي في المادة (١/٩٨)منه . وايضا اكد عليه قانون الاحوال الشخصية الاماراتي في المادة (٢٠) منه. كما أكد عليه قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة (٣٧) منه.

(٤)_ انظر حكمها المرقم: ٦٩٣/شخصية/ ٢٠١١. نقلا عن القاضي ربيع محمد الزهاوي، النادر والمهم في قضاء محاكم الاحوال الشخصية، مصدر سابق، ص ٩٥٦.

(٥)_ انظر حكمها المرقم: ٢٢٠/ شخصية/ ١٩٧٦. نقلا عن القاضي جاسم جزاء جافر هورامي، مصدر سابق، ص ٤٦٠.

شرطا نافعا، وان مخالفة المدعى عليه هذا الشرط يعطي للمدعية زوجته الثانية حق فسخ الزواج للشرط"[١].

وقضت محكمة نقض أبو ظبي الاماراتي في حكماً لها بأنه: " أن الشرط في عقد الزواج إذا تعلق بأمر يوجبه عقد النكاح ويقتضيه يكون وجود ذلك الشرط وعدمه سواء ولا يلتفت اليه"[٢]. يتضح من هذا القرار بأن الشروط التي يقتضيها العقد يعد وجودها وعدهما سواء، كما لو اشترطت الزوجة على الزوج أن ينفق عليها، فهذا الشرط امر زائد، لأن حكم النفقة ثابت بموجب العقد ولا يحتاج الى شرط.

ثانيا_ مسقطات الفسخ لعدم تنفيذ الشرط:

أن فقهاء المسلمين والتشريعات المقارنة عندما اجازت فسخ الزواج للشرط، فأنها في الوقت نفسه فرضت على هذه العملية قيود وحواجز عدة يمكن أن تساهم بشكل فعال في التضيق من نطاق فسخ الزواج للشرط، ومن هذا المنطلق سوف نستعرض هذه القيود والحواجز مع بيان موقف المشرع العراقي منها وبالشكل الاتي:

القيد الأول_ العلم بالإخلال بالشرط: العلم هو حضور المعلوم في ذهن العالم عن طريق احدى حواس الادراك[٣]، ومن هذا المنطلق ذهب فقهاء المسلمين الذين اجازوا فسخ الزواج للشرط، إلى أن المشترط إذا علم بمخالفة الزوج الاخر للشرط ورغم ذلك لم يبادر الى الفسخ، فأن حقه في طلب الفسخ يسقط، فلو اشترطت الزوجة على الزوج أن لا يتزوج عليها، ثم خالف الشرط وتزوج وهي علمت بزواجه الثاني ولم تطلب الفسخ، فأن ذلك يعد سبب من اسباب سقوط حق الفسخ للشرط، والعكس صحيح فأن لم تعلم بالإخلال بالشرط ومكنته من نفسها،

---

(١)_ انظر حكمها المرقم: ٢٦٨٨٤/ شرعية/ ١٩٨٦. نقلا عن القاضي احمد محمد علي جردات، مصدر سابق،ج١، ص ٣٧١.

(٢)_ انظر حكمها المرقم: ٢٥/ احوال شخصية/ ٢٠١١. نقلا عن المستشار مصطفى عبيد، مصدر سابق، ص٣١٠.

(٣)_ محمد رضا المظفر، المنطق، (٦) وما بعدها.

ولو لسنوات، فأن خيار الفسخ لا يسقط؛ لأنه موجب لم يثبت بعد، فلا يكون له أثر[١].

اما بخصوص موقف التشريعات المقارنة من هذا القيد فنجد أن قوانين الأحوال الشخصية لكل من دولة العراق والمغرب والاردن، قد جاءت سياستها مطلقة حيث اعطت حق الفسخ لصاحب الشرط من دون قيد، أي أن مخالفة الشرط يترتب عليه ثبوت حق الفسخ سواء علم صاحب الشرط بالمخالفة وسكت ام لا[٢].

بينما نجد أن قانون الاحوال الشخصية الإماراتي قد انفرد في اعتبار العلم بالمخالفة والسكوت عنها سبباً من اسباب سقوط الفسخ للشرط، ولا ابلغ في الدلالة على ذلك مانصت عليه المادة (٧/٢٠) بأن "حق الفسخ يسقط بالرضا الضمني للمخالفة ويعتبر في حكم الرضا الضمني مرور سنة على وقوع المخالفة مع العلم بها".

يتضح من هذا النص أن العلم بمخالفة الشرط من قبل الزوج الاخر ومرور سنة على هذا العلم فأنه يعد سبب من اسباب سقوط فسخ الزواج للشرط[٣]، وأن هذا التوجه في سياسة المشرع الإماراتي يعد توجه مرغوب فيه؛ لأنه يضيق من نطاق الفسخ، عكس سياسة باقي التشريعات المقارنة ومن ضمنها المشرع العراقي، حيث جاءت مطلقة من دون قيد او شرط وإزاء ذلك ندعوا المشرع العراقي الى تنبي هذا القيد كما فعل المشرع الإماراتي.

---

(١)_زين الدين العاملي، الروضة البهية، (٢٩٧/٣) وما بعدها .وينظر البهوتي، كشاف القناع، (٨٣/٤).

(٢)_ فقد نصت المادة (٤/٦) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أن: "للزوجة طلب فسخ العقد عند عدم ايفاء الزوج بما اشترط ضمن الزواج". ويلاحظ من هذا النص بأنه جاء مطلق وخاليا من اي قيد ما يعني ان حق الفسخ لا يسقط بأي حال. وهذا ايضا توجه قانون الاحوال الشخصية المغربي في المادة (١/٩٨)منه، وكذلك توجه قانون الاحوال الشخصية الأردني في المادة (٣٧) منه.

(٣)_ محمد احمد شحاته حسين، شرح قانون الاحوال الشخصية الاماراتي، ط١،ج١، دار الكتب والدراسات العربية، الاسكندرية، ٢٠١٧، ص ٩٥ وما بعدها.

القيد الثاني_ الرضا بالإخلال بالشرط: ومن اسباب سقوط الفسخ للشرط هو الرضا بالمخالفة، وأن الرضا قد يكون صريحاً كما لو قال الزوج صاحب الشرط رضيت بالمخالفة، أو صدر منه اي سلوك يدل على الرضا نحو تمكين الزوجة من نفسها للزوج المخالف كما لو اشترطت الزوجة على زوجها عدم اخراجها من بيت ابيها، فأخرجها زوجها، ثم بعد ذلك مكنته من نفسها، فهذا دال على رضاها، فيسقط حقها في الفسخ[١].

اما بخصوص موقف التشريعات المقارنة من هذا القيد، فنجد بأن قانون الاحوال الشخصية الإماراتي قد انفرد بالنص عليه، وهذا ما قضت به المادة (٧/٢٠) من هذا القانون بأنه: "يسقط حق الفسخ بإسقاط صاحبه أو رضائه بالمخالفة صراحة أو ضمناً...". ويتضح من النص المتقدم بأن رضاه بمخالفة المتلزم للشرط سواء أكان الرضا صريحاً أم ضمنياً فأنه يعد سبباً من اسباب سقوط فسخ الزواج، أما باقي التشريعات المقارنة ومن ضمنها القانون العراقي، فلم تنص على هذا القيد؛ لأنه كما ذكرنا سابقاً بأن سياستها جاءت مطلقة في اعطاء الفسخ للشرط والمطلق يجري على اطلاقه، ومن هنا ندعوا المشرع العراقي الى اعتبار الرضا بالمخالفة سبب من اسباب سقوط حق الفسخ وعلى ذات النهج الذي سار عليه المشرع الإماراتي.

القيد الثالث: الطلاق البائن: وكذلك يسقط حق الفسخ بالطلاق البائن سواء اكان بائنا بينونة صغرى ام كبرى، لأن الطلاق البائن يزيل الرابطة الزوجية، وبالتالي لو رجع الزوج بزوجته التي طلقها بائنا في عقد جديد، فأن الشروط تكون قد زالت ولم يبقى لها أي محل، وهذا عكس الطلاق الرجعي فلو رجع الزوج بزوجته المطلقة رجعيا، فأنها ترجع بذات الشروط؛ لان الزوجة في الطلاق الرجعي تعد في حكم الزوجة[٢].

([١])_ المرداوي، الانصاف، (١٥٦/٨). وينظر البهوتي، كشاف القناع، (١٨٥/٤).

([٢])_ د. يسرى صبري داخل الساعدي، مصدر سابق، ص ١٩٨.

اما بخصوص موقف التشريعات المقارنة من هذا القيد فنجد بأن قانون الاحوال الشخصية الإماراتي قد أنفرد بالنص عليه، إذ قضت المادة (٧/٢٠) من هذا القانون بأنه: " يسقط حق الفسخ بإسقاط صاحبه أو رضائه بالمخالفة صراحة أو ضمناً، ويعتبر في حكم الرضا الضمني مرور سنة على وقوع المخالفة مع العلم بها، وكذا بالطلاق البائن".

ويتضح من الشق الاخير للمادة المذكورة اعلاه، بأن الطلاق البائن يعد سبباً من اسباب سقوط حق الفسخ للشرط، وهذا الامر انفرد به قانون الاحوال الشخصية الإماراتي، عكس باقي التشريعات المقارنة التي لم تنص عليه، وإزاء ذلك ندعو المشرع العراقي الى تنبي هذا القيود وباقي القيود المذكورة اعلاه ضمن الاحكام الخاص بفسخ الزواج للشرط.

الفقرة الثانية_ تعديل وانتقاص الشروط المقترنة بعقد الزواج:-

لما كانت الشروط المقترنة بعقد الزواج ترتبط بالأحكام الناشئة عن هذا العقد، فهنا يجب تنفيذ هذا الشرط بحسن نية ولا يجوز لمن اشترط عليه أن يتحلل من التزامه بإرادته المنفردة، وبالتالي لا يجوز تعديل العقد أو الشروط المقترنة به، سواء بالزيادة أو النقصان إلا باتفاق اطراف العلاقة القانونية، ولكن اثناء تنفيذ العقد قد تطرأ ظروف او حوادث استثنائية غير متوقعة تجعل من تنفيذ الشروط المقترنة بعقد الزواج امراً مرهقاً على الطرف الملتزم بها، وفي ضل هذا الوضع هل يجوز للمحكمة تعديل هذه الشروط على غرار ما هو معمول به في العقود المالية وفقاً لنظرية الظروف الطارئة المعروفة في القانون المدني[١]؟ لغرض بيان ذلك سوف نستعرض موقف الفقه الاسلامي ومن ثم التشريعات المقارنة وعلى النحو الاتي:

اولا_ موقف الفقه الاسلامي:

عند التأمل في احكام الشريعة الإسلامية ومبادئها نجد بأنها تؤكد بشكل واضح على القوة الملزمة للعقد، وإزاء ذلك فأن الوفاء بالعقود هو أمر لازم ولا يجوز الخروج عنه ، وهذا ما اكدت عليه الآية المباركة "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ "[٢]. وايضاً ما ورد بقوله تعالى "وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ ۖ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ

(١)_ تتلخص نظرية الظروف الطارئة في أن العقد إذا كان المعقود المستمرة التنفيذ، أو الفورية التنفيذ وكان تنفيذه مؤجلاً، وطرأت ظروف اقتصادية لم يتوقعها المتعاقدان عند ابرام العقد ادت إلى اختال التوازن العقدي الاقتصادي الذي كان موجوداً عند ابرام العقد اختلالاً خطيراً وجعلت تنفيذ المدين لالتزامه يهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في المعاملات، فهنا المدين لا ينفذ التزامه كما ورد في العقد بل ينقص هذا الالتزام الى الحد الذي تقتضيه العدالة. ينظر: د. عبد المجيد الحكيم ، د.عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي،ج١، دار السنهوري، بغداد، ٢٠١٥، ص١٦١.

(٢)_ الاية رقم (٢) من سورة المائدة.

مَسْئُولًا"[١]. وفضلا عن ذلك ما ورد عن النبي محمد (صلى الله عليه واله) بأنه قال: " المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً"[٢].

ويتضح مما تقدم بأن الاسلام اعتبر الوفاء بالعقد وتنفيذ احكامه من الواجبات، لكن بالمقابل وعند التأمل في التطبيقات الفقهية نجد بأن الشريعة الإسلامية خرجت عن الاصل العام للقوة الملزم للعقد، وكان لتغير الظروف بعد ابرام العقد وعند تنفيذه أثراً للخروج على المبدأ العام للقوة الملزمة للعقد، ومن هذه تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي ما يأتي:

١- **نظرية العذر:** فالعذر " هو كل ما لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحق المتعاقد الاخر في نفسه أو في ماله"[٣]. ونتيجة ما تقدم فأن القول بلزوم العقد من قبل صاحب العذر سوف يسبب له ضرراً جسيماً، وإزاء ذلك ومنعا لحصول الضرر وجب فسخ العقد، وبذلك فالعذر هو عجز العاقد عن تنفيذ العقد الا بتحمل ضرراً لم يستحق بالعقد[٤].

٢- **نظرية الجوائح:** فالجائحة "هي افة سماوية تصيب الزرع والثمر كالبرد والريح والعفن والعطش"[٥]. واختلف فقهاء المسلمين في الاثر المترتب على تحقق الجائحة فذهب اتجاه يمثله فقهاء المالكية والشافعية في القديم والحنابلة إلى أن ما أهلكته الجائحة يكون من ضمان البائع فيوضع عن المشتري ثمن ما أهلكته الجائحة ذلك. بينما ذهب الاتجاه الثاني المتمثل

---

(١)_ الاية رقم (٣٤) من سورة الاسراء

(٢)_ أبو الحسن علي بن عمر بن احمد الملقب بالدار قطني، سنن الدار قطني، ط١،ج٣، دار المؤسسة، بيروت، لبنان، ٢٠٠٤، حديث عدد (٢٨٩٢)، ص٩٣٩.

(٣)_ محمد امين المعروف بابن عابدين، حاشية ابن عابدين،ط١،ج٥ مطبعة مصطفى البابى،مصر،٢٠٠١،ص٧٦.

(٤)_ جمال الدين أبي محمد الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق،ط١، ج٥، دون ذكر سنة النشر، ص ١٤٦.

(٥)_ ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (١٥٦/٢).

برأي فقهاء الاحناف والشافعية في القول الجديد إلى أن ما اهلكته الجائحة يكون من ضمان المشتري[١].

ونتيجة ما تقدم بالنسبة لنظرية الجوائح فأنها اقرب من العذر لنظرية الظروف الطارئة؛ لكونها تؤدي إلى نفس النتيجة من حيث عدم تحمل العاقد ضرراً ناشئاً من حادث لا يد له فيه وكان خارجاً عن حسابه وقت التعاقد[٢].

ثانيا_ موقف التشريعات المقارنة:

اما بخصوص موقف قوانين الأحوال الشخصية من مسألة دور القاضي في تعديل الشروط المقترنة بعقد للزواج للعذر الطارئ، فنجد بأن قانون الاحوال الشخصية المغربي قد أنفرد بالنص على هذا الامر ولا ابلغ في الدلالة على ذلك ما قضت به المادة (٤٨) من هذا القانون بأنه: **" الشروط التي تحقق فائدة مشروعة لمشترطها تكون صحيحة وملزمة لمن التزم بها. ولكن إذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقاً، أمكن للملتزم أن يطلب من المحكمة اعفاءه من الشرط أو تعديله مادامت تلك الظروف أو الوقائع قائمة "**. ويتضح من النص المتقدم بأن الاصل هو الزامية الوفاء بالشرط مادام مشروعاً، ويستثنى من ذلك حالة حصول ظروف أو وقائع يصبع معها تنفيذ الشرط مرهقاً فهنا يجوز للملتزم بهذا الشرط أن يطلب من المحكمة اعفاءه أو تعديله، وهذا التوجه في سياسة المشرع المغربي يعد توجه مرغوب فيه لما له من دور مهم في تضيق نطاق الفسخ للشرط.

اما باقي تشريعات الاحوال الشخصية المقارنة فلم نجد بين طياتها نصاً يجيز للقاضي تعديل الشروط او الاعفاء منها في حال طرأت ظروف أو وقائع تجعل تنفيذ الشرط مرهقاً، ولكن هناك رأي يذهب إلى إمكانية تطبيق ذلك على

---

(١)_ ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (١٥٧/٢). ينظر: ابن قدامة، المغني، (١٠٤/٤). وينظر الشيرازي، المهذب، (٤٠٥/١). وينظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، (٧٨/٥).

(٢)_ د.مالك ابو نصير، نظرية الظروف الطارئة، المجلة القانونية، عدد١، ٢٠١٤، ص٤٢٨٦.

الشروط المقترنة بعقد الزواج، عن طريق الرجوع الى الاحكام العامة لنظرية الظروف الطارئة المنصوص عليها في القانون المدني العراقي[١]. ولكن هذا الرأي يمكن الاعتراض عليه؛ لأنه في مسائل الأحوال الشخصية إذا لم يوجد نص يمكن تطبيقه يرجع إلى الفقه الإسلامي وليس احكام القانون المدني[٢]، ونتيجة ذلك نقترح على المشرع العراقي أن يضيف ضمن الاحكام الخاصة بالشروط المقترنة بعقد الزواج نصاً يجيز للقاضي تعديل الشرط أو الاعفاء منه في حال حدثت ظروف او وقائع تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً وعلى ذات النهج الذي سار عليه القانون المغربي.

(١)_ د. يسرى صبري داخل الساعدي، مصدر سابق، ص١٣٥ وما بعدها.
(٢)_ نصت المادة (١/ ف٢) من قانون الاحوال الشخصية العراقي على أنه: "إذا لم يوجد نص يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون".

المبحث الثاني

السياسة المالية للحد من الانحلال الإرادي

من المسلم به إن الرجل إذا اراد الانفصال عن زوجته فأن ذلك سيكلفه أموراً مالية، حيث أن الرجل بانفصاله من زوجته سيواجه مشكلة مالية تستدعي الانفاق على الزوجة ايام العدة فضلا عن دفع ما بذمته من مهر وعليه أن يقوم بتسديد أجرة الحضانة وأجرة ارضاع اطفاله، وأن الزوج من الصعب عليه أن يبقى مجرداً عن الزوجة بعد الطلاق، إذ لابد له من الزواج ليملأ الفراغ الذي يحدث عنده، وهذا ما يكلفه ثمناً جديداً من مهر وبيت زوجي جديد، وعلاوة على ما تقدم نجد السياسة التشريعية لاحظت هذا الجانب ففرضت على الانفصال بالإضافة الى ما تقدم تبعات مالية اخرى تتمثل بالتعويض عن الطلاق التعسفي والمهر المقوم بالذهب فضلا عن حق الزوجة المطلقة في السكن وهذه السياسة تهدف للضغط على الزوج (بشكل مشروع) لغرض منعه من الاقدام على الانفصال أو تمثل اداة ضغط لإعادة الحياة الزوجية إلى اوضاعها الطبيعية، ولكن عند التأمل في النصوص القانون القانونية التي عالجت التبعات المالية المشار اليها اعلاه فضلا عن أن التطبيق العملي يبين أن هناك جوانبا من الخلل والقصور ونتيجة ما تقدم سوف نسلط الضوء على النصوص القانونية بقدر تعلق الامر في كونها سياسة مالية تهدف للحد من الانفصال لغرض بيان المواطن التي اجاد فيها المشرع وتلك التي اخفق فيها ومن ثم اقتراح الحلول والتوصيات القانونية الملائمة وإزاء ذلك سوف نقسم دراسة هذا المبحث على مطلبين: نخصص المطلب الأول لدراسة حق الزوجة المطلقة في السكن، ومن ثم نخصص المطلب الثاني للتعويض عن الطلاق التعسفي والمهر المقوم بالذهب.

المطلب الاول

حق الزوجة المطلقة في السكن

لقد شرع القانون رقم (٧٧) لسنة (١٩٨٣) المعدل بالقانون رقم (٢) لسنة (١٩٩٤) ليعطى حق اخر للزوجة المطلقة وهو حقها في سكن الدار التي

كانت تسكنها مع وزجها سابقا ولمدة ثلاث سنوات رغم انتهاء العلاقة الزوجية بين الطرفين لكي لا تبقى بغير مأوى بعد الطلاق أو التفريق وان هذا القانون جاء على سبيل الاستثناء فيما يتعلق بحقوق الزوجة المطلقة كونه يرغم الزوج على ان يسكن مطلقته التي أصبحت أجنبية عليه ولا تحل له لطلاقه إياها وإن مبررات صدوره ترجع إلى اعتبارات العدالة بأن تمنح الزوجة التي يصدر حكم بطلاقها أو تفريقها حق البقاء في الدار أو الشقة التي تسكنها مع زوجها مدة تكفيها لتهيئة مسكن يأويها حيث ان الزوج هو الأقدر على تهيئة مسكن له، ومن جهة أخرى يعد هذا التشريع سياسة تهدف للضغط على الزوج (بشكل مشروع) لإعادة الحياة الزوجية إلى اوضاعها الطبيعية وإن هذا الامر قد انفرد به المشرع العراقي غير أن التطبيق العملي يبين بأن أن هناك جوانبا من الخلل والقصور في هذا القانون ونتيجة ما تقدم سوف نقسم دراسة هذا المطلب على فرعين: نخصص المطلب الاول لشروط حق الزوجة المطلقة في السكن، ومن ثم نخصص الفرع الثاني لحالات حرمان الزوجة المطلقة من حق السكن.

الفرع الاول

شروط حق الزوجة المطلق في السكن

قد اعطى قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى رقم (٧٧) لسنة (١٩٨٣) المعدل للزوجة المطلقة الحق في البقاء ساكنة بعد الطلاق أو التفريق في الدار أو الشقة التي كانت تسكنها مع الزوج بصورة مستقلة، اذا كانت مملوكة له كلا أو جزءا أو كانت مستأجرة من قبله، والزم المشرع العراقي المحكمة المختصة عند نظر دعوى الطلاق أو التفريق أن تسأل الزوجة عما إذا كانت ترغب في البقاء ساكنة بعد الطلاق أو التفريق في مسكن الزوجية [١]، وحدد هذا القانون مدة السكنى بثلاث سنوات من دون بدل، اذا كانت الدار أو الشقة مملوكة

([١]) الفقرة الأولى (المادة الأولى) من قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣ المعدل نصت انه "على المحكمة التي تنظر في دعوى الطلاق أو التفريق ان تسال الزوجة عما اذا كانت ترغب في البقاء ساكنة بعد الطلاق أو التفريق في الدار أو الشقة التي كانت تسكنها مع زوجها بصورة مستقلة...".

للزوج ، اما اذا كانت الدار أو الشقة مستأجرة من قبل الزوج فتنتقل الحقوق والالتزامات الواردة في عقد الايجار المبرم مع زوجها اليها[١]، ومن هذا المنطلق فأن هناك شروط عدة لكي تمتع الزوجة بهذا الحق وهي كالاتي:

الشرط الاول// ان تكون الدار أو الشقة مملوكة للزوج:-

سبق القول إن الأساس القانوني لحق الزوجة المطلقة في السكنى هو القانون رقم (٧٧) لسنة ١٩٨٣ المعدل مستنداً في ذلك إلى اعتبارات العدالة الذي نص على ان"تصدر المحكمة التي تنظر في دعوى طلاق الزوجة أو تفريقها قرار بإبقائها بعد الطلاق أو التفريق ساكنة من دون زوجها في الدار أو الشقة التي كانت تسكنها معه اذا كانت مملوكة له، ويصدر هذا القرار ضمن الحكم بالطلاق أو التفريق"، فقد أعطى هذا القانون لمحكمة الأحوال الشخصية التي تنظر في دعوى الطلاق أو التفريق إصدار القرار بإبقاء الزوجة في دار مطلقها اذا كانت مملوكة له، وفي حالة عدم استجابة المحكمة لطلبها أو الفصل فيه عليها مراجعة طرق الطعن القانونية بشان هذه الفقرة الحكمية [٢]، ويفهم من نص المادة الأولى من القانون المرقم (٧٧) لسنة ١٩٨٣ قبل تعديله أنه كان يشترط أن تكون الدار أو الشقة السكنية مملوكة للزوج على وجه الاستقلال مما يعني أن الدار أو الشقة السكنية اذا كانت مملوكة جزءا للزوج ، أي اذا كان يملك سهاما شائعة في الدار أو الشقة فان النص المذكور لا يطبق في هذه الحالة ، ولتوسيع نطاق هذا الحق وشمول حالة فيما اذا كانت الدار أو الشقة مستأجرة من الزوج صدر القانون رقم (٢) لسنة ١٩٩٤ المعدل للقانون رقم (٧٧) لسنة

---

(١) وهذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣ المعدل قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى، التي نصت على أنه "اذا قضت المحكمة بإبقاء الزوجة ساكنة بعد الطلاق أو التفريق في الدار أو الشقة المستأجرة فتنتقل الحقوق والالتزامات المقررة في عقد الايجار المبرم مع الزوج اليها"

(٢) لمزيد من التفصيل ينظر: د. عصمت عبد المجيد بكر، حق الزوجة المطلقة في السكنى ، دراسة في ضوء احكام القانون رقم (٧٧) لسنة ١٩٨٣ المعدل والتطبيقات القضائية ، مجلة العدالة الصادرة عن وزارة العدل في العراق، العدد الأول لسنة ١٩٩٩ ص٣٥-٣٦.

١٩٨٣ الذي نص في المادة الأولى الفقرة (١) منه انه "على المحكمة التي تنظر في دعوى الطلاق أو التفريق ان تسال الزوجة عما اذا كانت ترغب في البقاء ساكنة بعد الطلاق أو التفريق في الدار أو الشقة التي كانت تسكنها مع زوجها بصورة مستقلة اذا كانت مملوكة له كلا أو جزءا أو كانت مستأجرة من قبله وتفصل المحكمة في هذه النقطة مع الحكم الفاصل في الدعوى"[١].

حيث أصبح من الواجب على المحكمة أن تسال الزوجة المطلقة اثناء نظر دعوى الطلاق أو التفريق فيما اذا كانت ترغب في البقاء ساكنة بعد الطلاق أو التفريق في الدار أو الشقة التي كانت تسكنها مع زوجها بصورة مستقلة وفي حالة فيما اذا كانت المحكمة قد سهت عن توجيه هذا السؤال إلى الزوجة المطلقة فان القرار الصادر سيتم نقضه من محكمة التمييز الاتحادية وبالعكس من النص السابق الذي أوجب على الزوجة المطلقة أن تطلب هي البقاء ساكنة في دار مطلقها، كما أن النص الجديد شمل حالة فيما اذا كان الزوج يملك جزءا من الدار أو الشقة بعكس النص السابق الذي قصر هذا الحق على حالة فيما اذا كانت الدار أو الشقة مملوكة على وجه الاستقلال للزوج ، في حين أن النص الجديد قد اضاف حالة جديدة وهي استحقاق الزوجة المطلقة لحق السكنى إذا كانت الدار أو الشقة مستأجرة من الزوج، وتطبيقا لما تقدم فقد قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها جاء فيها "لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون وذلك لان المحكمة لم تستكمل تحقيقاتها القضائية الاصولية في الدعوى وصولا إلى الحكم العادل والصحيح فيها اذ ان المحكمة لم تلاحظ احكام المادة الأولى من قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى رقم (٧٧) لسنة ١٩٨٣ المعدل التي تنص انه على المحكمة التي تنظر في دعوى الطلاق أو التفريق ان تسال الزوجة عما اذا كانت ترغب في البقاء ساكنة بعد الطلاق أو التفريق في الدار أو الشقة التي كانت تسكنها مع زوجها بصورة مستقلة اذا كانت مملوكة له كلا أو جزءا أو كانت مستأجرة من قبله وتفصل المحكمة في هذه

([١]) المادة الأولى الفقرة (١) من قانون رقم (٢) لسنة ١٩٩٤ المعدل للقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣.

النقطة مع الحكم الفاصل في الدعوى لذا قرر نقض القرار المميز واعادة اضبارة الدعوى إلى محكمتها لاتباع ما تقدم"[١].

ويتضح مما تقدم بأنه أصبح بإمكان الزوجة بعد هذا التعديل طلب السكنى في الدار أو الشقة سواء اكانت الدار أو الشقة مملوكة للزوج كلا أو جزءا ومن ثم فأن الزوج إذا كان يملك سهاما شائعة في الدار أو الشقة فأن الزوجة تستحق السكنى فيه في حالة الطلاق أو التفريق ، ولكن ما هو الحكم اذا كان اشغال الزوج وزوجته للدار أو الشقة قبل الطلاق أو التفريق عن طريق الاباحة .. ؟ ففي هذه الحالة لا تستحق الزوجة المطلقة حق السكنى وذلك لكون نص المادة الأولى من قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣ المعدل اشترط أن يكون العقار مملوكا للزوج كلا أو جزءا أو مستأجراً من الزوج قبل الطلاق أو التفريق وقد قضت محكمة التمييز الاتحادية بهذا الاتجاه في قرار لها جاء فيه "حيث ان المحكمة قد اجرت تحقيقاتها حول عائدية العقار وصفة الاشغال وتأكد انه مملوك لشقيق المميز عليه واشغاله كان بطريق الاباحة وحيث ان المادة الأولى من قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣ المعدل اشترطت لترتيب حق السكنى ان يكون العقار مملوكا للزوج كلا أو جزءا أو مستاجرا ولا تدخل حالة الاباحة ضمن ذلك لذا قرر تصديق الفقرة الحكمية ورد اللائحة التمييزية"[٢].

وقد يتصرف الزوج في الدار أو الشقة التي يملكها تصرفا ينقل ملكية الدار أو الشقة إلى الغير أو أن يرتب أي حق من الحقوق العينية الأصلية أو التبعية عليها مما يؤدي إلى حرمان الزوجة المطلقة من التمتع بحقها الثلاث سنوات المبينة في قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى، إلا أن المشرع العراقي عالج هذه المسالة بالقانون رقم (٢) لسنة ١٩٩٤ المعدل للقانون رقم

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٤٢٤٨/ شخصية اولى / ٢٠٠٨، مجلة حمورابي العدد الأول، ٢٠٠٩، ص٢٧.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٦٣٩/ شخصية اولى/ ٢٠٠٧ في ٢٧/ ٣/ ٢٠٠٧ غير منشور.

(٧٧) لسنة ١٩٨٣ حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة الأولى منه "لا تنفذ بحق الزوجة المطلقة أو المفرق بينها وبين زوجها التصرفات التي يقوم بها الزوج قبل ستة اشهر من وقوع الطلاق أو من تاريخ اقامة دعوى التفريق إلى يوم وقوع أي منهما اذا ادت تلك التصرفات إلى نقل ملكية الدار أو الشقة المنصوص عليها في الفقرة (١) من هذه المادة إلى الغير أو ترتيب أي حق من الحقوق العينية الأصلية أو التبعية عليها اذا كان من شان تلك الحقوق حرمان الزوجة من التمتع بحقها في سكنى الدار أو الشقة المدة المبينة في هذا القانون" وقد بين القانون أن سكنى الزوجة المطلقة بمقتضى المادة الأولى لمدة ثلاث سنوات وبلا بدل وفق الشروط التي حددها القانون [١]. وان التصرفات التي يقوم بها الزوج قد تكون بيعا للدار أو الشقة أو هبتها أو رهنها، وقد قصد المشرع من النص على عدم نفاذ تصرفات الزوج في الدار أو الشقة ان يقطع الطريق امام الزوج الذي قد يحاول بتصرفه المقصود والمتضمن ترتيب حقوق عينية اصلية أو تبعية على العقار موضوع الدعوى من أن يحرم الزوجة من حقها في السكنى[٢].

الشرط الثاني// أن تكون الدار أو الشقة مستأجرة من قبل الزوج:-

جاء في الفقرة (٣) من المادة الأولى من قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى المرقم (٧٧) لسنة ١٩٨٣ المعدل بالقانون رقم (٢) لسنة ١٩٩٤ بأنه "اذا قضت المحكمة بإبقاء الزوجة ساكنة بعد الطلاق أو التفريق في الدار أو الشقة المستأجرة فتنتقل الحقوق والالتزامات المقررة في عقد الإيجار المبرم مع

(١) المادة الثانية (الفقرة الأولى) من قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣ المعدل نصت انه "تكون سكنى الزوجة المطلقة بمقتضى المادة الأولى لمدة ثلاث سنوات وبلا بدل وفق الشروط الآتية: أ- ان لا تؤجر الدار أو الشقة كلا أو جزءا، ب- ان لا يسكن معها فيها أي شخص عدا من كانوا تحت حضانتها. ج-ان لا تحدث ضررا بالدار أو الشقة عدا الاضرار البسيطة الناجمة عن الاستعمال الاعتيادي".

(٢) القاضي حسين تويج زغير، حق الزوجة المطلقة بدار الزوجية بعد الطلاق أو التفريق بحث مقدم إلى مجلس القضاء الاعلى لغرض الترقية إلى الصنف الثاني من صنوف القضاة، ٢٠٠٦، ص ٢٢.

الزوج اليها"، فهذا النص يعالج مسألة حلول الزوجة محل الزوج المستأجر في الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الإيجار على الرغم من ارادة المؤجر ودون الحاجة إلى استحصال موافقته أو اذنه، وفي هذه الحالة تستمر الزوجة بدفع بدلات الإيجار [١]، فقد قضت محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية بقرار لها جاء فيه "ان الحقوق والالتزامات الخاصة بالدور أو الشقق المستأجرة تنتقل إلى الزوجة عند طلاقها من زوجها المستأجر اذا قضت المحكمة لها بحق السكنى في الدار المستأجرة"[٢].

ونرى ان مسالة انتقال الحقوق والالتزامات المقررة في عقد الإيجار المبرم مع الزوج إلى زوجته المطلقة المتمتعة بحق السكنى ومنها بالتأكيد الالتزام بدفع بدل الإيجار، انه لا يحقق العدالة والغاية من تشريع قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى، فالزوجة التي تسكن مع زوجها في الدار أو الشقة العائدة له تتمتع بحق السكنى في حالة طلاقها منه أو التفريق بينهما لمدة ثلاث سنوات وبلا بدل، في حين انها تلزم بدفع بدل الإيجار إلى صاحب الدار أو الشقة التي استأجرها زوجها قبل الطلاق أو التفريق.

وكان من الممكن الوصول إلى النتيجة العادلة في مثل هذه الحالة بإبقاء الزوج ملتزما بدفع بدل الإيجار المبرم بينه وبين المؤجر حتى تستنفذ زوجته المطلقة حقها في السكنى، على ان تكون ملزمة بكافة الالتزامات الأخرى الناتجة من عقد الإيجار باستثناء الالتزامات المالية، حيث ان الزوجة المطلقة أو المفرقة عن زوجها اذا بقيت ملزمة بدفع بدل الإيجار، في فترة تمتعها بحق السكنى فكأنها لم تحصل على هذا الحق، وبإمكانها الحصول على دار أو شقة تستأجرها قد تكون ببدل ايجار اقل مما تم التعاقد عليه بين مطلقها وبين المؤجر، وقد قضت محكمة التمييز الاتحادية وفقا لوجهة النظر المتقدمة في قرار لها جاء فيه "وجد

([١]) ينظر: د. عصمت عبد المجيد، المرجع السابق، ص٣٨-٤٧.

([٢]) قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ٩٨/ ايجار عقار/ ٩٤، مجلد سنة ١٩٩٤، أشار اليه القاضي هادي عزيز علي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية (ايجار العقار)، بغداد، ٢٠٠٩، المكتبة القانونية ، ص١٣٢-١٣٣.

ان الفقرة الحكمية المتعلقة بتمكين المميزة من السكن في الدار المستأجرة غير صحيحة ومخالفة لاحكام القانون ذلك لان محكمة الموضوع لم تتقيد بحكم المادة الثانية / ١ من القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣ المعدل التي نصت على ان تكون سكنى الزوجة المطلقة فيها بلا بدل لذا يكون قرارها القاضي بالزام الزوجة المطلقة بدفع بدل ايجار الدار المستأجرة من قبل الزوج غير صحيح ومخالف للقانون لذا قرر نقض الحكم المميز من هذه الجهة"[١]، ويستفاد من هذا القرار بأن محكمة التمييز الاتحادية تقرر حق السكنى للزوجة المطلقة في الدار المستأجرة بدون بدل، وهذا ما تايد أيضا بقرار اخر لمحكمة التمييز الاتحادية اذ جاء فيه "ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد ان الفقرة الحكمية المتضمنة تمكين المميز عليها / المدعى عليها في السكن في الدار المستأجرة المرقمة ١١٦٩/ ٣/ ٣٠٨ الكائن في حي الزهور وبدون بدل صحيحة وموافقة لأحكام القانون ذلك لأنها جاءت تطبيقا لحكم المادتين الأولى والثانية من قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣ المعدل لذا قرر تصديقه"[٢].

وحسنا فعلت محكمة التمييز الاتحادية فيما ذهبت اليه من أن الزوجة المطلقة تبقى ساكنة في الدار المستأجرة من مطلقها بلا بدل وللمدة المحددة في قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى وان مطلقها هو الذي تقع عليه مسؤولية دفع بدل الإيجار للدار أو الشقة المستأجرة من قبله في تلك الفترة، وذلك لان هذا الاتجاه ينسجم مع روح النص والحكمة من التشريع والذي يتمثل بعدم بقاء الزوجة المطلقة بلا ماوى بعد الطلاق أو التفريق إذ أنه في اغلب الاحيان لا تمتلك المطلقة القدرة على دفع بدل ايجار العقار المستأجر من قبل مطلقها مما يضطر معه إلى اخلاء العقار وهذا يتعارض مع الحكمة من تشريع هذا القانون،

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٤٧٣ / ش١/ ٢٠٠٦/ في ٣٠ / ٤/ ٢٠٠٦ غير منشور

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٣٦٢١ /شخصية اولى/ ٢٠٠٩ في ٢٥/ ٨/ ٢٠٠٩ ، غير منشور.

كما أن القول بخلاف ذلك يتعارض مع مقتضيات العدالة فليس من العدالة أن تبقى الزوجة المطلقة لمدة ثلاث سنوات بلا بدل في العقار العائد لمطلقها وأن تتحمل هي دفع بدلات ايجار العقار المستأجر من قبل مطلقها والذي كانت تسكن معه فيه بصورة مستقلة[١]. فضلاً عن كون هذا التوجه سيحمل الزوج تبعات ماليه قد تجبره على الرجوع إلى زوجته المطلقة .

الشرط الثالث// ان تكون سكنى الزوجة مع زوجها في الدار أو الشقة على سبيل الاستقلال:-

ان هذا الشرط من المسائل الخلافية في قرارات القضاء العراقي ويخضع في تطبيقاته لاجتهادات محكمة التمييز الاتحادية، وقد افرزه العمل القضائي من خلال نظر المحاكم لمثل هذا النوع من الدعاوى التي تحتاج إلى الفصل فيها وصولا إلى الحكم الذي يحقق العدالة ويتلائم مع روح النص والغاية من التشريع، فليس من العدالة في شيء أن كانت الزوجة لا تساكن زوجها بدار مستقلة ان تعطى هذا الحق، وذلك لان القول بخلاف ذلك قد يؤدي إلى ان يجد أكثر من شخص من اقارب الزوج نفسه بلا ماوى وذلك يتعارض مع مقتضيات العدالة التي هي السبب في تشريع أي نص قانوني وقد قضت محكمة التمييز الاتحادية في الكثير من قراراتها بكون الزوجة المطلقة لا تستحق هذا الحق ما لم تكن تساكن زوجها بدار مستقلة حيث جاء في قرار لها "ولدى عطف النظر على الفقرة الحكمية المميزة فقد وجد انها صحيحة وموافقة للقانون وذلك لان طرفي الدعوى قد تصادقا على ان الدار التي كانت المدعى عليها تساكن المدعي فيها مشاعة بينه وبين بقية ورثة والده وان ام المدعي تشاركهما السكن فيها وان المدعى عليها لم تكن شاغلة لها بصورة مستقلة عملا باحكام المادة الأولى من قانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣ لذا قرر تصديق الحكم ورد الطعون التمييزية"[٢].

---

(١) ينظر : في الأسباب الموجبة لتشريع قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣ وتعديلاته.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم٣٣٧١ /هيأة الشخصية الأولى/٢٠٠٩، في ٢٠٠٩/٨/١٣، غير منشور.

ويفهم مما تقدم انه يجب البحث في مسألة استقلال السكن للزوجة المطلقة مع زوجها اثناء حياتهما الزوجية، فاذا كانت ساكنة بصورة مستقلة قبل الطلاق أو التفريق يحكم لها بحق السكنى، اما اذا ثبت ان الدار أو الشقة كانت مشغولة من قبل اخرين معهما كاهل الزوج مثلا فلا يحكم للزوجة المطلقة في هذه الحالة بحق السكنى، وفي قرار لمحكمة التمييزي الاتحادية جاء فيه "حيث ان الثابت من وقائع الدعوى ان وكيلة المدعى عليها أقرت بالجلسة المؤرخة في ٣/٢٦/ ٢٠٠٦ بان موكلتها كانت تسكن مع المدعي في داره بصحبة ابنه المتزوج وكذلك ابنته التي لا يعيلها لكونها موظفة في دائرة صحة نينوى ومن هذا تبين بان العقار المرقم ٥٧/٣/ محلة الشيخ فتحي، الذي كانت تسكن فيه المدعى عليها مع زوجها المدعي لم يكن اشغالها للدار مع زوجها بصورة مستقلة وانما كان يسكن معها ولدي المدعي لذا فان احكام المادة الأولى من قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى بالرقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣ المعدل لا تنطبق وطلب المدعي عليها عليه قرر تصديق الفقرة الحكمية المميزة القاضية برد طلب المدعى عليها بالحكم لها بحق السكنى"[١]

نجد ان محكمة التمييز الاتحادية تقر بشكل واضح وصريح على ضرورة ان تكون الزوجة ساكنة بصورة مستقلة مع زوجها قبل الطلاق أو التفريق لكي يحق لها ان تطلب السكنى في الدار أو الشقة السكنية، بموجب قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى المرقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣ وتعديلاته.

في حين نجد أن محكمة التمييزي في قرارات سابقة نجدها أكثر تساهلا في هذه المسالة، فذهبت في قرار لها إلى القول "على المحكمة إجراء الكشف على الدار التي تطلب المطلقة إلزام مطلقها المدعى عليه بتمكينها من السكن فيها للتحقق من كونها مستقلة أو ان بالامكان بكلفة قليلة عزلها عن الجزء الذي تسكنه اخت المدعى عليه، والتحقق من كون هذه الاخت موسرة ام فقيرة قبل الفصل في

([١]) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٨٨٧/ شخصية أولى/ ٢٠٠٦ في ٢٨/ ٥/ ٢٠٠٦ ، غير منشور.

الدعوى لذا قرر نفض القرار المميز"[١]، ففي هذا القرار نجد ان محكمة التمييز تقبل بامكان عزل المشتملات بعضها عن البعض الاخر إن كان ذلك بالامكان وبكلفة قليلة فيمكن ان تسكن اخت الزوج المطلق في الدار نفسها اذا كان بالإمكان عزلها عن باقي المشتملات الأخرى لتستأثر بها الزوجة المطلقة، في حين ان هذا الاتجاه لم تقبل به محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها اذ ذهبت فيه بالقول "تبين من محضر الكشف وتحقيقات المحكمة بالدعوى ان الطابق العلوي لا يعتبر منعزلا ومفصولا عن الطابق الارضي كما لا يوجد له مدخل منفصل بل من ضمن الباب الرئيسي الخارجي المستخدم من كافة الشاغلين إضافة إلى لزوم القيام ببعض المنشات والتحويرات لغرض عزله، وهذا مخالف للقانون وبالتالي فان دعوى المدعية تكون موجبة للرد"[٢]. ويبدو ان الاتجاه الاخير جدير بالتأييد لأنه اقرب إلى تحقيق العدالة ويتفق مع روح القانون.

---

(١) قرار محكمة التمييز المرقم ٦/ شخصية/ ١٩٩٨ في ٩/ ١/ ١٩٩٨ منشور في مجلة العدالة الصادرة عن وزارة العدل في العراق، العدد الثاني ٢٠٠١، ص١٤٥.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٦٤٥/ شخصية أولى/ ٢٠٠٥ في ١٢/ ٥/ ٢٠٠٥، غير منشور.

الفرع الثاني

الحالات التي تحرم فيها الزوجة المطلقة من حق السكنى

إن الزوجة في حالة الطلاق أو التفريق بينها وبين زوجها فأن حقها في السكنى لا يكون مستحقا في جميع الحالات، وانما هناك حالات تحرم فيها الزوجة المطلقة من حق السكنى، وقد حدد القانون المرقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣ المعدل (قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى) وفي المادة الثالثة منه التي نصها "تحرم الزوجة من هذا الحق في إحدى الحالات الآتية: ١- اذا كان سبب الطلاق أو التفريق خيانتها الزوجية أو نشوزها، ٢- اذا رضيت بالطلاق أو التفريق، ٣- اذا حصل التفريق نتيجة المخالعة، ٤- اذا كانت تملك على وجه الاستقلال دارا أو شقة سكنية".

وبذلك فاذا تحققت إحدى الحالات المذكورة اعلاه فان الزوجة في حالة الطلاق أو التفريق لا يثبت لها الحق في السكنى بحكم القانون ، حيث يرى المشرع بانها في هذه الحالات لا تستحق الحماية القانونية التي تمنحها حق البقاء في الدار أو الشقة التي كانت تسكنها مع زوجها قبل ان يتم الطلاق أو التفريق بينهما. ونتيجة ما تقدم سوف نستعرض كل حالة على حدى وكالاتي:-

الحالة الأولى: اذا كان الطلاق أو التفريق بسبب خيانة الزوجة أو نشوزها:-

إن من المنطق والعدالة أن لا تتمتع الزوجة المطلقة بحق السكنى إذا كان سبب الطلاق أو التفريق بينها وبين زوجها خيانتها الزوجية، حيث أن قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل وفي المادة (٤٠) منه اجاز لكل من الزوجين طلب التفريق القضائي اذا ارتكب الزوج الاخر الخيانة الزوجية [١]، وفي قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣ المعدل فان الزوجة تحرم من حق السكنى اذا كان سبب الطلاق أو التفريق خيانة

([١]) نصت المادة (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية المرقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل على ان "لكل من الزوجين طلب التفريق عند توافر احد الأسباب الآتية: ٢- اذا ارتكب الزوج الاخر الخيانة الزوجية ويكون من قبيل الخيانة الزوجية فعل اللواط باي وجه من الوجوه".

الزوجة، كما ان قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل وفي المادة (٣٧٧) منه قد حدد عقوبة للزوجة الزانية ومن زنا بها وهي عقوبة الحبس [١]، وحسنا فعل المشرع عندما حرم الزوجة الخائنة من حق السكنى لأنها لا يمكنها أن تبني أسرة متماسكة مبنية على الاخلاق الفاضلة، وأن الخيانة الزوجية تتحقق في افعال كثيرة كفعل الزنا أو المعاشرة غير المشروعة من قبل احد الزوجين حسبما هو مقرر بالشرع أو القانون على أن يكون ذلك ثابتاً من محكمة جزائية مختصة وبقرار قضائي مكتسب درجة البتات، بمعنى أن على المحكمة قبل البت بطلب الزوجة المطلقة في السكنى أن تتثبت فيما اذا كان هناك حكم قضائي مكتسب درجة البتات يقضي بثبوت ارتكاب الزوجة المطلقة جريمة الخيانة الزوجية من عدمه، فاذا ما ثبت لها ذلك بموجب الحكم أان المحكمة تقضي بحرمانها من حق السكنى كما انه ليس لمحكمة الموضوع (محكمة الأحوال الشخصية) اثناء نظرها في دعوى الطلاق أو التفريق المتضمنة طلب الزوجة المطلقة الحق بالسكنى ان تتحقق فيما إذا كانت الزوجة قد ارتكبت جريمة الخيانة الزوجية من عدمه، لان هذا الموضوع لا يدخل ضمن اختصاصها كما ان دعوى زنا الزوجية لا تحرك إلا بناءً على شكوى تقام من قبل الزوج الاخر[٢]، وأن المشرع العراقي لم يعرف مصطلح الخيانة الزوجية لا في قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣ المعدل، ولا في القوانين العراقية الأخرى وترك امر ذلك إلى القضاء والفقه، ولقد توسع القضاء العراقي في تفسير مفهوم الخيانة الزوجية وعد من قبيلها طعن الزوج بشرف زوجته اذا ثبت أن الزوجة قد ارتكبت ما يمس شرفها ويسيء إلى سمعتها وسمعة زوجها كان يثبت وجودها في دار زوجها مع شخص من غير محارمها في وضع يبعث الريبة والشك في نفس زوجها وكان لهذه الريبة والشك ما يبرره، أو كان توجد الزوجة مع شخص اخر غريب عنها في داره لوحدهما أو

---

(١) نصت المادة (٣٧٧) من قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل بأن "١- تعاقب بالحبس الزوجة الزانية ومن زنا بها ويفترض علم الجاني بقيام الزوجية ما لم يثبت من جانبه انه لم يكن في مقدوره بحال العلم بها".

(٢) تنظر المادة (٣) من قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل .

وجودهما في البستان لوحدهما في وضع مريب وهذا ما يطلق عليه باصطلاح مفهوم الفراش الواحد الوارد ذكره في المادة (٤٠٩) من قانون العقوبات العراقي [١]، فالخيانة الزوجية لا تعني بالضرورة ارتكاب الفعل الجنسي، على ان يتم اثبات الخيانة الزوجية بموجب أحكام قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل والخاصة بزنا الزوجة وقانون اصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل [٢]، ونرى من المنطق والعدالة أن تحرم الزوجة التي تثبت خيانتها لزوجها وفق أحكام القانون لأنها تسببت في الحاق الضرر بشرفه وسمعته، كذلك فأنها تحرم من كل حقوقها أو بعضها بسبب زنا الزوجية أو مخالفتها الشرع والآداب [٣].

كما أن نشوز الزوجة يعد كذلك سببا من أسباب التفريق وذلك على الوجه الاتي:

"أ- للزوجة طلب التفريق بعد مرور سنتين من تاريخ اكتساب حكم النشوز درجة البتات وعلى المحكمة ان تقضي بالتفريق، وفي هذه الحالة يسقط المهر المؤجل فاذا كانت الزوجة قد قبضت جميع المهر الزمت برد نصف ما قبضته .

ب- للزوج طلب التفريق بعد اكتساب حكم النشوز درجة البتات، وعلى المحكمة ان تقضي بالتفريق وتلزم الزوجة برد ما قبضته من مهرها المعجل، ويسقط مهرها المؤجل اذا كان التفريق قبل الدخول، اما اذا كان التفريق بعد الدخول فيسقط المهر المؤجل وتلزم برد نصف ما قبضته اذا كانت قد قبضت جميع المهر"[٤].

([١]) تنظر: المادة (٤٠٩) من قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل .

([٢]) ينظر: المحامي سلام إسماعيل زيدان ، المرجع السابق، ص٣٤-٣٥.

([٣]) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، مدى سلطان الارادة في الطلاق في شريعة السماء وقانون الأرض خلال أربعة الاف سنة، مصدر سابق، ص١٢٦.

([٤]) ينظر المادة (٢٥) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل .

وعليه اذا كان التفريق يعود سببه إلى نشوز الزوجة فإنها سوف تحرم من حق السكنى في الدار أو الشقة التي يملكها الزوج أو المستأجرة من قبله، سواء كان طلب التفريق من الزوج ام من الزوجة لان النص عام يشمل الحالتين طالما أن سبب التفريق هو نشوز الزوجة، بمعنى اذا صدر قرار من المحكمة بنشوز الزوجة وبعدها طلب الزوج التفريق بعد اكتساب حكم النشوز الدرجة القطعية، فان الزوجة تحرم من حق السكنى، اذ ليس من العدالة ان ينزل بالزوج ضرر نتيجة حالة تسببت فيها الزوجة أو رضيت بها وهذا ما ورد في الأسباب الموجبة لقانون حق الزوجة المطلقة في السكنى رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣ المعدل[١]، ويجب ان يستند الحكم بنشوز الزوجة إلى حكم بات بمطاوعتها لزوجها وامتناعها عن ذلك عند تنفيذ هذا الحكم، وعلى المحكمة أن تتريث في اصدار الحكم بنشوز الزوجة حتى تقف على أسباب رفضها مطاوعة زوجها [٢]، أي أن المحكمة قبل ان تصدر حكمها بنشوز الزوجة عليها أن تجري تحقيقاتها اللازمة بشأن الأسباب التي تحول دون مطاوعتها لزوجها، والا فان حكمها يتعرض للنقض من قبل محكمة التمييز الاتحادية، وقد قضت محكمة التمييز الاتحادية بهذا الاتجاه في قرار لها جاء فيه "لدى التدقيق والمداولة وجد ان القرار المميز غير صحيح ومخالف لاحكام الشرع والقانون وذلك لان المميز/ المدعي طلب في عريضة دعواه الحكم بنشوز زوجته المميز عليها/ المدعى عليها لامتناعها عن مطاوعته وانه استند في ذلك على الحكم الصادر في الدعوى المرقمة ١٢٥/ ش/ ٢٠٠٧ القاضي بإلزامها بمطاوعته، وحيث ان المحكمة ملزمة بالتريث في اصدار الحكم بنشوز الزوجة حتى تقف على أسباب رفضها مطاوعة زوجها وانها لا تقضي بنشوز الزوجة الا بعد ان تستنفذ جميع مساعيها في ازالة الأسباب التي تحول دون المطاوعة طبقا لاحكام الفقرتين (٣ و ٤) من المادة (٢٥) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ لذا قرر نقض

---

(١) ينظر : الأسباب الموجبة لقانون حق الزوجة المطلقة في السكنى ررقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣ المعدل.

(٢) تنظر: المادة (٢٥) الفقرة الثالثة من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

القرار المييز والقاضي بالحكم باعتبار المدعى عليها ناشز واعادة اضبارة الدعوى إلى محكمتها لاتباع ما تقدم"[١].

ونلاحظ مما تقدم بأن على المحكمة عندما تنظر دعوى النشوز أن تقف على الأسباب الحقيقية التي تمنع الزوجة من مطاوعة زوجها وصولا إلى الحكم العادل، فاذا ما ثبت أن هناك أسباب معتبرة تحول دون مطاوعتها لزوجها فلا تصدر المحكمة حكما بنشوزها، اما اذا ثبت العكس وهو ان أسباب عدم مطاوعتها لزوجها غير جديرة بالاعتبار فان المحكمة تصدر حكمها بنشوزها بعد بذل كافة الجهود والمساعي في تجاوز تلك الأسباب وتذليل الصعوبات التي تحول دون المطاوعة، حيث انها لا تستحق حق السكنى اذا كان الطلاق أو التفريق بسبب نشوزها حسب ما جاء في قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣ المعدل المادة الثالثة منه.

الحالة الثانية-اذا رضيت الزوجة بالطلاق أو التفريق:-

تحرم الزوجة المطلقة أيضاً من حق السكنى في الدار أو الشقة التي كانت تسكنها مع زوجها اثناء حياتهما الزوجية اذا رضيت بالطلاق أو التفريق ويتحقق رضا الزوجة بالطلاق في حالة تفويض الزوج لها أو توكيلها بإيقاع الطلاق فيقع فعلا بناء على ذلك التفويض أو التوكيل، فالتفويض أن يملك الزوج زوجته حق تطليق نفسها منه تمليكاً معلقا على مشيئتها، وقد اجاز القانون العراقي تفويض أو توكيل الزوجة الحق بإيقاع الطلاق، حيث نصت المادة (٣٤) من قانون الأحوال الشخصية على ما يأتي: "أولا: الطلاق: رفع قيد الزواج بايقاع من الزوج أو من الزوجة ان وكلت به أو فوضت أو من القاضي، ولا يقع الطلاق الا بالصيغة المخصصة له شرعا"[٢]، ويتحقق رضا الزوجة بالطلاق أو التفريق اذا صرحت بذلك في الدعوى المقامة بالطلاق أو التفريق ويسقط حقها في السكنى في مثل هذه الحالة، وقد قضت محكمة التمييز بهذا الاتجاه بقرار لها جاء

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٣١٥١/ شخصية أولى، ٢٠٠٧ في ٤/ ١١/ ٢٠٠٧ ، غير منشور.

(٢) المادة (٣٤) أولا من قانون الأحوال الشخصية العراقي المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

فيه "لدى التدقيق والمداولة وجد ان قرار محكمة الأحوال الشخصية القاضي بالحكم بصحة الطلاق الذي اوقعه المدعي على زوجته المدعى عليها ورد طلب المدعى عليها بحق السكنى في الدار التي كانت تسكنها مع زوجها على سبيل الاستقلال صحيح وموافق للشرع والقانون وذلك لثبوت وقوع الطلاق امام المحكمة وفقا للصيغة المخصوصة شرعا وان الزوجة المدعى عليها قد رضيت بإيقاع الطلاق عليها من قبل زوجها صراحة وبذلك فانها لا تستحق السكنى في الدار عملا بحكم المادة الثالثة من قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى لذا قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعن التمييزي"[١]، فاذا رضيت الزوجة بالطلاق أو إقامت دعوى التفريق فإنها تكون والحالة هذه قد رضيت بالتفريق ابتداء وسعت اليه، وان مجرد الخلافات الزوجية لا يعد رضاء بإيقاع الطلاق بل يجب ان يثبت رضا الزوجة بإيقاع الطلاق أو التفريق أو قد تكون سعت اليه.

وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية "ان المميز قد اقر انه كان يسكن مع مطلقته في الدار موضوع الدعوى بصورة مستقلة لذلك فان من حق المميز عليها المطالبة بحقها في السكنى في دار الزوجية وفق احكام المادة الأولى والثانية من قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى وان ترك المميز عليها السكن بدار الزوجية والسكن مع والدها بعد نشوء الخلافات الزوجية بينها وبين زوجها لا يحول دون المطالبة بهذا الحق لذا قرر نقض القرار المميز واعادة اضبارة الدعوى إلى محكمتها لاتباع ما تقدم"[٢]، ونرى ان هذا الاتجاه يحقق العدالة وينسجم مع الغاية من التشريع اذ انه ليس بمجرد وجود الخلافات الزوجية نفترض أن الزوجة قد رضيت بالطلاق أو التفريق وانما يجب ان يثبت ذلك من خلال إقامة الدعوى من قبلها بطلب التفريق أو ان التفريق كان بسببها أو إقرارها صراحة امام المحكمة برضائها بإيقاع الطلاق من قبل زوجها أو

---

(١) قرار محكمة التمييز المرقم ٣٨٨/ موسعة أولى/ ١٩٩٧ في ٩/١٠/ ١٩٩٨ المنشور في الموسوعة العدلية/ العدد ٦١ لسنة ١٩٩٩، ص١.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٣١٨٨/ شخصية أولى/ ٢٠٠٧ في ٤/ ١١/ ٢٠٠٧ ، غير منشور.

التفريق بينهما، والسؤال الذي نطرحه في هذه المسالة هو في حالة اذا ما طلبت الزوجة التفريق عن زوجها في حالة اضرارها من جانبه بحيث يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية بينهما كارتكاب الزوج للخيانة الزوجية أو كان مدمنا على تناول المسكرات او المخدرات أو كان مصاب بمرض خطير كالايدز، واقامت الزوجة طلب التفريق من زوجها فهل من العدل ان تحرم الزوجة من حق السكنى باعتبار انها راضية بالطلاق أو التفريق ؟ ونرى ان يعالج النص في المادة الثالثة من القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣ المعدل (قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى) بالتعديل ليستثني من هذه الفقرة بعض الحالات التي تصيب الزوجة بالضرر الذي لا يمكن تحمله من قبل اي امرأة تريد الحفاظ على شرفها وسمعتها ، فمن المنطق والعدل ان الزوج الذي يرتكب الخيانة الزوجية أو الافعال المشينة، وتطلب زوجته الطلاق أو التفريق عنه يبقى حقها في السكنى في الدار أو الشقة التي كانت تسكنها مع زوجها اثناء الحياة الزوجية، لأنها لم تكن مقصرة في طلبها أو موافقتها على الطلاق أو التفريق، كذلك في حالة اذا تزوج زوجها من زوجة ثانية خارج المحكمة دون موافقتها وتطلب التفريق استنادا لاحكام المادة (٤٠) الفقرة الخامسة من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل[١]، ففي هذه الحالة نرى بانها تستحق البقاء في الدار أو الشقة التي كانت تسكنها اثناء حياتهما الزوجية وأن لا تحرم من حقها في السكنى، وكما قلنا فيما سبق بضرورة تدخل المشرع لتعديل النص القانوني لسد الثغرات التي تعالج مسالة حق الزوجة المطلقة في السكنى فيما اذا رضيت بالطلاق أو التفريق، ولكن بسبب الضرر الذي لحق بها من قبل الزوج مما اضطرها لطلب التفريق أو القبول بالطلاق، دفعا للضرر عنها وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز في حكماً لها بأن " المحكمة لم تعطي للزوجة المطلقة حق السكنى لأنها اقامت دعوى تصديق الطلاق الخارجي وهذا يدل على رضا الزوجة بحصول الطلاق، غير ان الحكم يمكن الاعتراض عليه لان رضا

---

(١) المادة (٤٠/ ٥) من قانون الاحول الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل التي نصت (اذا تزوج الزوج من زوجة ثانية بدون اذن من المحكمة وفي هذه الحالة لا يحق للزوجة تحريك الدعوى الجزائية...).

الزوجة بوقوع الطلاق لا يحرمها من المطالبة بحق السكنى متى توافرت شروطه القانونية"[١]

الحالة الثالثة// اذا حصل التفريق نتيجة المخالعة:-

إن المشرع استثنى بحكم القانون تمتع الزوجة المطلقة بهذا الحق رغم ثبوته ابتداء إذا كان سبب التفريق هو الخلع، والسبب في ذلك هو ان الزوجة قد رضيت منذ البداية بالتفريق وعدم اضطرارها اليه من جهة، ومن جهة اخرى فقد يقع الخلع على عوض أكثر من مهرها مع احتفاظها بحقوقها الثابتة ومن ثم تكون في مركز مالي يتيح لها توفير دار أو شقة دون حاجتها إلى المطالبة بحق السكنى في الدار أو الشقة التي كانت تسكنها مع زوجها قبل التفريق بالمخالعة، وفي قرار لمحكمة التمييز الاتحادية جاء فيه "لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا، ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لاحكام الشرع والقانون لاسباب الاتية: ١-كان الواجب استجواب المميز عليه/المدعي عن واقعة الطلاق اذ ان الوكالة العامة لا تخول الوكيل الاقرار بالحقوق الشخصية البحتة (المادة ٢/٥٢ من قانون المرافعات المدنية) ٢- التحقق عن واقعة الطلاق هل هي طلاق خلعي أم رجعي فان توصلت المحكمة ان الطلاق كان رجعيا فعلى المحكمة الفصل في موضوع السكن على وفق المادة الاولى من قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣ المعدل وعلى وفق موقف المميزة/ المدعى عليها من هذه الواقعة ، لذا قرر نقضه واعادة اضبارة الدعوى إلى محكمتها لاتباع ما تقدم"[٢].

وبمفهوم المخالفة يتضح عدم استحقاق الزوجة المطلقة لحق السكنى اذا كان الطلاق أو التفريق نتيجة المخالعة وهذا هو الاتجاه الصحيح والذي يتفق واحكام قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣ المعدل،

---

(١) انظر حكمها المرقم (١٣٩٠٩) في (٢٠٢٣/١٠/١٥) قرار غير منشور.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٤٠٢/ شخصية/ ٢٠٠٩ في ٥/ ٢/ ٢٠٠٩، غير منشور.

ونرى ان نص الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣ المعدل "اذا رضيت الزوجة بالطلاق أو التفريق) يغني عن نص الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من القانون (اذا حصل التفريق نتجية المخالعة" [١]، وذلك لأنه كما قلنا فيما سبق ان المخالعة هي تفريق اختياري (رضائي) وبذلك فهي تندرج تحت حكم الفقرة الثانية المذكورة انفا، ولا تحتاج إلى النص عليها في فقرة مستقلة، عليه ولما كانت المخالعة تفريقا اختياريا، ومن ثم فان الزوجة لا تستحق السكنى في الدار أو الشقة التي كانت تسكنها مع زوجها قبل التفريق في حالة المخالعة[٢]، وبهذا الصدد قضت محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية "الطلاق الخلعي يجعل الزوجة غير مشمولة بأحكام القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣ قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى"[٣].

الحالة الرابعة// اذا كانت الزوجة المطلقة تملك داراً أو شقة سكنية على وجه الاستقلال

إن الزوجة المطلقة يسقط حقها في السكنى في دار الزوجية بعد الطلاق أو التفريق إذا كانت تملك على وجه الاستقلال دارا أو شقة سكنية، وهذا ما نصت عليه المادة الثالثة من قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣ المعدل على انه "تحرم الزوجة من هذا الحق في إحدى الحالات الاتية: د-اذا كانت تملك على وجه الاستقلال دارا أو شقة سكنية" وأن القانون اشترط أن تكون الزوجة المطلقة تملك دارا أو شقة سكنية على وجه الاستقلال وهذا معناه انها لا تحرم من هذا الحق اذا كانت تملك سهاما أو حصة شائعة في المسكن،

([١]) المادة الثالثة من قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى رقم٧٧ لسنة ١٩٨٣ المعدل:
٢- اذا رضيت بالطلاق أو التفريق ، ٣- اذا حصل التفريق نتيجة المخالعة

([٢]) د. عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص٤١.

([٣]) قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية المرقم ١٠٩٨ / ايجار عقار/ ٩٤ في ١٥/ ٥/ ١٩٩٤ مجلد سنة ١٩٩٤، استئناف بغداد، منشور في المبادئ القانونية في قضاء محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية (ايجار عقار) القاضي هادي عزيز علي، ٢٠٠٩، المرجع السابق، ص١٣٢.

وذلك لان النص قد اشترط لحرمان الزوجة المطلقة من الحق في السكنى ان تملك على وجه الاستقلال دارا أو شقة سكنية سواء اكانت الدار أو الشقة السكنية مستأجرة ام خالية وسواء اكانت في المدينة نفسها التي تقيم فيها الزوجة المطلقة ام في مدينة اخرى وتتثبت المحكمة من ملكية الزوجة المطلقة للدار أو الشقة السكنية بموجب سند التسجيل العقاري الذي يعتبر حجة بما دون فيه ما لم يطعن به بالتزوير.

وبالتالي فانه اذا ثبت للمحكمة من تحقيقاتها واطلاعها على صورة قيد السجل العقاري بان الزوجة المطلقة تملك دارا أو شقة سكنية على وجه الاستقلال فأنها تحرم من حق السكنى، وتطبيقا لما تقدم فقد قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها "ولدى عطف النظر على الطعن التمييزي فقد وجد انه انصب على الفقرة المتعلقة بحق السكنى وحيث وجد ان محكمة الموضوع اصدرتها قبل ان تستكمل تحقيقاتها فيها لان المدعي ابرز صورة قيد السجل العقاري للعقار تسلسل ٢٢١٢٦/١١٠ جزيرة ملك صرف مسجلة باسم المدعى عليها ولم يتم اجراء الكشف عليها للوقوف على واقع حالها وهل انها قد شيدت عليها دار أو شقة وتاثير ذلك على مدى استحقاقها لحق السكن نظرا لان المادة الثالثة /د من القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣ قد حرمت الزوجة من هذا الحق اذا كانت تملك على وجه الاستقلال دارا أو شقة سكنية لذا قرر نقض الحكم المميز واعادة الدعوى إلى محكمتها للسير فيها وفق ما تقدم" [١].

وبما ان القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣ المعدل (قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى) اشترط لكي تحرم الزوجة المطلقة من حق السكنى أن تملك على وجه الاستقلال دارا أو شقة سكنية، فانه وبمفهوم المخالفة انها اذا كانت تملك حصصا شائعة في دار أو شقة سكنية، أو انها تملك قطعة ارض سكنية غير مشيدة، فأنها لا تحرم من حقها في السكنى في الدار أو الشقة التي كانت تسكنها اثناء الحياة الزوجية، وقد قضت محكمة التمييز في قرار لها جاء فيه "وجد ان

([١]) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢٦٨٢/ شخصية اولى/ ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٧/١٩، غير منشور.

الحكم المميز صحيح وموافق للقانون بالنظر لما استند اليه من اسباب لعدم شمول المدعى عليها باحكام القرار رقم ٨٠٧ في ٢٥/ ٧/ ١٩٨٣ لكونها تملك دارين تقعان في مدينة الموصل في محلة النبي شيت بموجب قيدي تسجيلها العقاري المبرزين في اوراق الدعوى الاول بعدد ٧٥/ اذار/١٩٨٢ رقم الجلد ٤٠٨ تسلسل ٤٤ والثاني بعدد ٣٢/ ايلول/ ١٩٧٤ رقم الجلد ٦١ تسلسل٩١ اضافة إلى ان محكمة الاحوال الشخصية في الكرخ وفي قرارها الصادر بتاريخ ١٠/١/ ١٩٨٣ في الدعوى المرقمة ٢٦٩٤/ ١٩٨٣ المكتسب درجة البتات.. قد بتت وفق اختصاصها بعدم اخذها بدفع المييزة بتطبيق القرار .. المشار اليه .. مما يجعل اعتراضات المميزة غير واردة فانونا فقرر ردها وتصديق الحكم المميز"[١]. وأن على محكمة الموضوع الاطلاع على صورة قيد العقار موضوع النزاع، أو العقار الذي يدعي الزوج بعائدية ملكيته إلى الزوجة المطلقة لتحقيق الغاية التي ارادها المشرع ، وهذا ما اكدت عليه محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها جاء فيه "لدى عطف النظر على القرار المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لاحكام القانون ذلك لان الواجب الاطلاع على صورة السجل العقاري للعقار المشغول من طرفي الدعوى حتى تاريخ ايقاع الطلاق على المميزة والتثبت من شاغلي العقار وصفة الاشغال ومن ثم اتخاذ القرار المناسب في ضوء احكام القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣"[٢]. ومن كل ما تقدم فأن حق الزوجة المطلقة في السكن فضلا عن كونه يوفر حماية للزوجة المطلقة من حيث المأوى فأنه من جهة أخرى يعد من السياسية التشريعية التي قد تساهم بشكل غير مباشر في رجوع الزوج الى زوجته، لان هذا الحق يجعل الزوج يتحمل تبعة مالية إضافة الى الحقوق المالية التي تستحقها الزوجة كالتعويض عن الطلاق التعسفي والمهر والنفقة واجرة الحضانة وغيرها من الحقوق إذا يمكن القول إن هذا التشريع لو نظرنا اليه من جهة الحد من الطلاق فأنه يعد سياسة تهدف للضغط

---

(١) قرار محكمة التمييز المرقم ١٢٥٨ / م١/ ٨٣-٨٤ في ٦/٥/ ١٩٨٤ ، مجموعة الاحكام العدلية الاعداد (٤ و ٣ و ٢و ١) لسنة ١٩٨٤، ص١٠٨.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٣١٣٠ / ش/ ٢٠٠٦ في ٢١/ ٩/ ٢٠٠٦، غير منشور .

علـى الـزوج (بشـكل مشـروع) لإعـادة الحيـاة الزوجيـة إلـى اوضـاعها الطبيعيـة، ولكـن عنـد التأمـل فـي هـذا القـانون نجـد أن التطبيـق العملـي يبـين أن هنـاك جوانبـا مـن الخلـل والقصـور فيـه، ولمقتضـيات العدالـة نـرى أن تعطـى الزوجـة المطلقـة الحـق بإقامـة دعـوى مسـتقلة للمطالبـة بحـق السـكنى، كمـا لـو سـهت المحكمـة عـن سـؤال الزوجـة عمـا إذا كانـت ترغـب فـي البقـاء سـاكنة فـي الـدار أو الشـقة المملوكـة للـزوج أو المسـتأجرة مـن قبلـه، واكتسـب الحكـم الدرجـة القطعيـة ولـم يبـق مجـال للطعـن تمييـزا بهـذا الحكـم فـلا بـد فـي مثـل هـذه الحالـة مـن اعطـاء الحـق للزوجـة المطلقـة بإقامـة دعـوى مسـتقلة للمطالبـة بحـق السـكنى. فضـلا عـن ذلـك ان عـدم اعطـاء حـق السـكنى للزوجـة المطلقـة التـي كانـت تسـكن مـع أفـراد اسـرة الـزوج، واعطائهـا هـذا الحـق إذا كانـت تسـكن فـي الـدار أو الشـقة مـع زوجهـا بصـورة مسـتقلة نـراه لا يحقـق العدالـة، وكـان مـن الممكـن الوصـول إلـى الحكـم العـادل الـذي ينطبـق علـى جميـع الحـالات، فيعطـى حـق السـكنى للزوجـة المطلقـة التـي كانـت تسـكن مـع زوجهـا بصـورة مسـتقلة مـع زوجهـا قبـل الطـلاق أو التفريـق، فيمـا يتعلـق بالزوجـة المطلقـة التـي لـم تكـن سـكن بصـورة مسـتقلة قبـل الطـلاق أو التفريـق، فـان كـان بالإمكـان عـزل مـا يكفيهـا مـن الـدار والمشـتملات بحيـث يتحقـق الاسـتقلال فـي السـكن، وفـي حالـة عـدم امكـان ذلـك فـالزام الـزوج بـان يـؤجر لهـا دارا أو شـقة سـكنية لمـدة ثـلاث سـنوات، علـى ان تتناسـب هـذه الـدار أو الشـقة مـع حـال الـزوجين يسـرا أو عسـرا أو ان يلـزم الـزوج بـان يـدفع لمطلقتـه تعويضـا يسـاوي ايجـار ثـلاث سـنوات وبحسـب حـال الـزوجين، وبهـذا الحـل يكـون قـانون حـق الزوجـة المطلقـة فـي السـكنى قـد حقـق العدالـة وانطبـق علـى جميـع الزوجـات المطلقـات. وعـلاوة علـى ماتقـدم فأنـه فـي حالـة كـون الـدار أو الشـقة السـكنية مسـتأجرة مـن قبـل الـزوج فعنـد صـدور قـرار الحكـم بحـق الزوجـة المطلقـة فـي السـكنى تنتقـل جميـع الحقـوق اليهـا ، أمـا الالتزامـات المقـررة فـي عقـد الايجـار المبـرم مـع الـزوج فأنهـا تنتقـل اليـه بمـا فـي ذلـك التزامهـا بـدفع بـدلات الايجـار ، وهـذا مـا نـراه يحقـق العدالـة والغايـة مـن تشـريع قـانون حـق الزوجـة المطلقـة فـي السـكنى سـيما وان الحالـة الأخيـر قـد تسـاهم وبشـكل فعـال فـي الضـغط علـى الـزوج مـن اجـل الرجـوع بزوجتـه نتيجـة التبعـة الماليـة التـي سـوف يتحملها.

المطلب الثاني

التعويض عن الطلاق التعسفي والمهر المقوم بالذهب

إن بيان دور التعويض عن الطلاق التعسفي والمهر المقوم بالذهب في الحد من الطلاق يقتضي تقسيم هذا المطلب على فرعين نخصص الفرع الأول لدراسة التعويض عن الطلاق التعسفي. فيما نخصص الفرع الثاني لدراسة المهر المقوم بالذهب.

الفرع الأول

التعويض عن الطلاق التعسفي

التعويض عن الطلاق التعسفي هو "عقوبة مالية تجب على الطرف الذي أوقع الضرر بالطرف المتضرر لما أصابه من ضرر نتيجة استعمال الطرف الاول لحقه بوجه غير مشروع"[١]. ومن هذا المنطلقة فأن بيان دور التعويض عن الطلاق التعسفي كسياسية شرعية يقتضي بيان دور الفقه الإسلامي ومن ثم التشريعات القانونية لغرض الوقوف على المواطن التي اجاد فيها المشرع وتلك التي اخفق فيها وعلى النحو الاتي:

أولا- موقف الفقه الإسلامي:- لم يأخذ فقهاء المسلمين القدامى بمبدأ التعويض عن الطلاق التعسفي، اما الفقهاء المعاصرون فقد اختلفوا في هذا الامر ، وكان اختلافهم على اتجاهين:

الأول- الاتجاه المانع:- وهذا الاتجاه تذهب اصاحبه الى عدم المشروعية التعويض عن الطلاق التعسفي، وذلك للأسباب الاتية:

١. إن الطلاق هو حق مباح للرجل بموجب الشرع، ولا يجوز تقييد استعمال هذا الحق بوجوب الحاجة التي تدعوا اليه، فمن طلق زوجته بدون سبب

---

(١) د. جميل فخري محمد، التدابير الشرعية للحد من الطلاق التعسفي، ط١، دار الحامد للنشر والتوزيع،عمان، الأردن،٢٠٠٩، ص٢٧١.

مشروع، فهو يكون قد استعمل حقه الشرعي، ولا يعد ذلك تعدٍ على زوجته المطلقة.

٢. إن الزوجة وقت الزواج كانت تعلم النتائج المترتبة على عقد الزواج، ومن هذه النتائج حق الزوج في إيقاع الطلاق، وإزاء ذلك لا يجوز لها التظلم وطلب التعويض.

٣. أن الطلاق يترتب عليه اثار مالية، كدفع مؤخر الصداق ونفقة العدة، وأن هذه الأمور تعد تعويض كافياً للزوجة، يغنيها عن طلب التعويض عن الطلاق التعسفي.

٤. ان الاخذ بمسألة التعويض عن الطلاق التعسفي، يعد بمثابة عقوبة على الزوج المطلق، ومن المعلوم بأن العقوبة لا تكون إلا على الفعل المحرم، وهذا الامر لا يتناسب مع الزوج المُطلق الذي يستعمل حقه الثابت بموجب الشرع[١].

الثاني- الاتجاه المجيز:- وهذا الاتجاه اخذ أصحابه بفكرة التعويض عن الطلاق التعسفي، ويستندون في رأيهم هذا على الأسباب الاتية:

١. العمل بمبدأ السياسة الشرعية العادلة التي تأبى أن تصبح المرأة معرضة للفاقة والحرمان، بسبب تعنت الزوج وظلمه في ذلك الطلاق، وتبيح لولي الأمر تقيد المباح، وأن يفرض عقوبة أو جزاء على من اساء.

٢. أن الطلاق وأن كان حقاً للرجل، إلا أن هذا الحق مقيد بأن تدعوا الحاجة اليه، وأن لا يترتب على استعماله الإساءة إلى الغير أو الاضرار بهم، فإذا اساء الزوج هذا الحق وجب عليه التعويض لمن تضرر من ذلك.

---

(١) ينظر بدران أبو العينين بدران، احكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط٢، مطبعة دار التأليف،القاهرة، ٢٠٠٥، ص٣٨٨. وينظر سيد سابق، فقه السنة،ط٢،ج٢، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان،١٩٧٣، ص٢٠٣. وينظر محمد ابو زهرة، عقد الزواج واثاره، ط٢، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٣٣٣.

٣. الطلاق بغير مبرر خروج عن المألوف لمسلك الشخص العادي، أو هو إساءة لاستعمال الحق، فيشكل بذلك خطأ تقصيرياً يستوجب التعويض.

٤. أن التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من أدوات السياسة التشريعية التي تهدف صيانة الاسرة من الانفصال إذ يقتضي الامر الردع والزجر، فكان التعويض زجراً للمطلق بغير سبب، وردعاً لمن يفكر فيه، خاصة وقد كثرت حوادث الطلاق[١].

ومما تقدم يرى الباحث إن الطلاق هو رخصة واستثناء من الاصل يقتضي ان يكون استعماله في حدود ذلك، وأن التعسف في استعمال هذا الحق يبرر الأخذ بفكرة التعويض عن الطلاق التعسفي، فضلا عن كون هذا التوجه يعد من السياسات التشريعية المالية التي يمكن تساهم في الحد من فكرة الطلاق.

ثانياً- موقف التشريعات المقارنة:

أن التشريعات القانونية محل المقارنة قد أخذت بفكرة التعويض عن الطلاق التعسفي، فإذا طلق الزوج زوجته لغير سبب مشروع ، كان متعسفاً في استعمال حقه، وهذا ما نص عليه قانون الاحوال الشخصية العراقي في المادة (٣٩/ثالثاً) بأنه: " اذا طلق الزوج زوجته و تبين ان الزوج متعسف في طلاقها و ان الزوجة اصابها ضرر من جراء ذلك تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويض يتناسب و حالته المادية و درجة تعسفه يقدر جمله على ان لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة الأخرى"[٢].

---

(١) ينظر د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وادلته،ط٢،ج٧، دار الفكر العربي، ٥٣٣٢. وينظر مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية،ط٢، دار الوراق للنشر والتوزيع، ٢٠٠٥،ص٢٦٧. وينظر د. محمد الزحيلي، متعة الطلاق، مقال منشور في مجلة منبر الإسلام، العدد ٥، عام ١٩٨٢،ص٨٧.

(٢) اضيفت الفقرة الثالثة الى المادة (٣٩) المشار اليها اعلاه بموجب القانون رقم (٥١) لسنة (١٩٨٥) قانون التعديل التاسع.

وكذلك نص قانون الأحوال الشخصية الإماراتي في المادة (١٤٠) على أنه: " إذا طلق الزوج زوجته المدخول بها في زواج صحيح بإرادته المنفردة ومن غير طلب منها استحقت متعة غير نفقة العدة بحسب حال الزوج وبما لا يجاوز نفقة سنة لأمثالها، ويجوز للقاضي تقسيطها حسب يسار الزوج وإعساره، ويراعى في تقديرها ما أصاب المرأة من ضرر".

ونصت المادة (٨٤) من مدونة الاسرة المغربية على أنه: "تشمل مستحقات الزوجة: الصداق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة، والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه".

ونصت المادة (١٥٥) من قانون الأحوال الشخصية الأردني على أنه: "إذا طلق الزوج زوجته تعسفاً كأن طلقها لغير سبب معقول، وطلبت من القاضي التعويض، حكم لها على مطلقها بتعويض لا يقل عن نفقة سنة ولا يزيد على نفقة ثلاث سنوات، ويراعى في فرضها حال الزوج عسراً ويسراً، ويدفع جملة إذا كان الزوج موسراً، وأقساطاً إذا كان معسراً، ولا يؤثر ذلك على حقوقها الأخرى".

يلاحظ مما تقدم ان التشريع العراقي اسوة بالتشريعات العربية الاخرى اقر التعويض للمطلقة سواء أكان مدخولاً بها ام غير مدخول بها لأن النص جاء مطلقاً والمطلق يجري على اطلاقه وهذا التوجه مرغوب فيه لأنه يحد من الطلاق لأبعد حد سواء اكان ذلك قبل الدخول أم بعد باستثناء المشرع الاماراتي الذي قصر التعويض على المطلقة بعد الدخول وذلك مما هو واضح في نص المادة (١٤٠) منه المشار اليها أعلاه.

غير أن هناك ملاحظتين تردان على سياسة المشرع العراقي في مسألة التعويض عن الطلاق التعسفي من حيث اعتباره سياسة وقائية للحد من انحلال الرابطة الزوجية هما:

الملاحظة الاولى:- أن المشرع العراقي قصر التعويض على الزوج عندما يكون متعسف في استعمال الطلاق، وأن هذا الامر يمكن يتحقق من جهة الزوجة ايضاً ولا ابلغ في الدلالة ذلك ما نصت عليه المادة (٤٣/ ثانياً) من قانون الاحوال الشخصية العراقي بأنه: "للزوجة الحق في طلب التفريق قبل الدخول، وفي هذه الحالة على المحكمة أن تقضي بالتفريق، بعد أن ترد الزوجة إلى الزوج ما قبضته من مهر وجميع ما تكبده من اموال ونفقات ثابتة صرفها لأغراض الزواج"

ويلاحظ بأن المشرع العراقي جاء بحكم جديد هو جواز طلب الزوجة التفريق قبل الدخول[١]. إذ أن هذا النص اعطى الزوجة حق طلب التفريق بشكل مطلق ولم يشترط موافقة الزوج على التفريق، فضلا عن كون المحكمة ملزمه بالحكم به ولم يترك لها أي سلطة لمحاولة الاصلاح بين الزوجين، وإزاء ذلك يرى الفقه أن هذا النص فيه اجحاف للزوج لما يتركه من أثر سلبي في نفسيته لأنه ما من طلاق الا وتترتب عليه اثار سلبيه سواء أكان ذلك قبل الدخول أم بعده، وهنا كان على المشرع أن يجيز للزوج طلب التعويض عن هذه الاضرار[٢]. فضلا عن ذلك أن الطلاق قد يكون بيد الزوجة إذا فوضت به أو وكلت وهنا يمكن أن نتصور حصول التعسف في استعمال الطلاق من قبل الزوجة، ونتيجة ذلك نقترح على المشرع العراقي أن يجعل التعويض على الطرف الذي أوقع الضرر بالطرف المتضرر نتيجة استعمال الطرف الاول لحقه بوجه غير مشروع سواء أكان ذلك هو الزوج أم الزوجة.

الملاحظة الثانية: أن الأزواج ولجهلهم بأحكام القانون لا يعلمون بالتعويض عن الطلاق التعسفي إلا بعد حصول واقعة الطلاق، ومن المسلم به أن التعويض عن الطلاق التعسفي يعد سياسة وقائية فعالة إذا علم به الأطراف قبل حصول واقعة

---

(١) أضيفت هذه الفقرة إلى المادة (٤٣) من قانون الأحوال الشخصية العراقي بموجب التعديل الثاني رقم (٢١) لسنة (١٩٧٨).

(٢) القاضيان حسن كشكول وعباس السعدي، شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، المكتبة القانونية، بغداد، شارع المتنبي، دون ذكر سنة النشر، ص١٧٤.

الطلاق حيث سيكون أداة ضغط على الزوج تمنعه من الاقدام على الانفصال، وهذا الامر هو ما تنبهت اليه مدونة الاسرة المغربية حيث نصت المادة (٨٣) منه إذا " تعذر الصلح بين الزوجين، حددت المحكمة مبلغا يودعه الزوج بكتابة الضبط بالمحكمة داخل أجل أقصاه ثلاثون يوما لأداء مستحقات الزوجة والاطفال الملزم بالإنفاق عليهم المنصوص عليها في المادتين المواليتين".

وقد نصت المادة (٨٤) من القانون المشار اليه أعلاه بأنه: "تشمل مستحقات الزوجة: الصداق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة، والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطالق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه".

ومن ثم قضت المادة (٨٦) من القانون المار ذكره بأنه: "ذا لم يودع الزوج المبلغ المنصوص عليه في المادة ٨٣ اعلاه، داخل الاجل المحدد له، اعتبر متراجعا عن رغبته في الطلاق، ويتم الاشهاد على ذلك من طرف المحكمة".

ويتضح مما تقدم أن المشرع المغربي أكد على أنه في حال تعذر الاصلاح بين الزوجين وبقي الزوج مصراً على طلب الطلاق فهنا عليه أن يودع لدى صندوق المحكمة جميع المستحقات المالية لزوجته والاطفال في صندوق المحكمة خلال ثلاثون يوماً ومن ضمن هذه المستحقات التعويض عن الطلاق التعسفي، واذا لم يدفع المستحقات المشار اليها اعلاه يعتبر متراجعاً عن رغبته في الطلاق، والحق أن هذا التوجه في سياسة المشرع المغربي يعد توجه مرغوب فيه لانه يجعل من التعبات المالية التي يتحملها الزوج سياسة وقائية فعالة عكس باقي التشريعات العربية التي جعلت التبعات المالية تظهر بعد وقوع الانفصال، وإزاء ذلك ندعوا المشرع العراقي أن يتبنى سياسة المشرع المغربي في مسلكه هذا.

الفرع الثاني

المهر المقوم بالذهب

إن الطلاق يشكل من الخطورة مايؤثر سلباً على المجتمع عامة وعلى الأسرة بشكل خاص، حيث أن دائرة الخلاف لا تنحصر بين الزوجين فحسب بل تتعدى إلى عائلتيهما مما يسبب شرخاً واسعاً في المجتمع، وتهيء الأرضية لمختلف المفاسد الاجتماعية، وامام انخفاض القوة الشرائية وقيمة الدينار العراقي في تسعينيات القرن الماضي، فقد دفع بالأزواج إلى إيقاع الطلاق بحق زوجاتهم طالما أنه سيعطيها مهراً منخفض القيمة ونتيجة ذلك ولغرض الحد من الطلاق فقد صدر قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ذي العدد (١٢٧) في (١٩٩٩)[1] والذي قضى باستحقاق المرأة عند الطلاق مهرها المؤجل مقوماً بالذهب، وهذا الامر يعد من السياسات المالية المؤثرة في الحد من الطلاق، وهذا الامر أنفرد به المشرع العراقي وإزاء ذلك سوف نقسم هذا الفرع على ثلاث فقرات نخصص الأولى لدعوى المطالبة بالمهر المقوم بالذهب، ونخصص الثانية لإجراءات تقييم المهر المؤجل مقوماً بالذهب.

اولاً- دعوى المطالبة بالمهر المقوم بالذهب:

ان المهر حق من حقوق الزوجة على زوجها وان امتناع الزوج عن الوفاء بحقوقها ومنها المهر يبيح القانون للزوجة إقامة الدعوى للمطالبة بمهرها و الاستحصال على حكم قضائي بإلزامه بمبلغ المهر وحسب ما تتوصل إليه المحكمة في كل دعوى .

---

(١) صدر القرار المذكور في (٢٤ /٧ / ١٩٩٩) والذي نشر في الجريدة الرسمية بتاريخ ٨/٢ / ١٩٩٩ وأصبح نافذاً من تاريخ نشرهِ في الجريدة الرسمية والذي قضى بأنه: **" أولا :- تستوفي المرأة مهرها المؤجل في حالة الطلاق مقوماً بالذهب بتاريخ عقد الزواج . ثانياً :- ينفذ هذا القرار من تاريخ نشرهِ في الجريدة الرسمية" .**

وان المطالبة بالمهر المؤجل هو عن طريق أقامة الزوجة الدعوى امام المحاكم المدنية محكمة الأحوال الشخصية أو محكمة المواد الشخصية ، وحسب ما نصت عليه المادة (٢) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل بان الدعوى (طلب شخص حقهُ من أخر أمام القضاء) .

لذلك فانه يشترط في دعوى المطالبة بالمهر المؤجل ما يشترط في بقية الدعاوى المدنية من شروط نصت عليها المواد(٣، ٤ ،٦) من قانون المرافعات المدنية حيث نص في المادة الثالثة منهُ (يشترط ان يكون كل من طرفي الدعوى متمتعاً بالأهلية اللازمة لاستعمال الحقوق التي تتعلق بها الدعوى وإلا وجب ان ينوب عنهُ من يقوم مقامهِ قانوناً في استعمال هذه الحقوق) ، وبهذا يجب توفر الأهلية اللازمة في طرفي الدعوى والا وجب أن ينوب عنهُ من يمثلهُ قانوناً في استعمال هذه الحقوق وكذلك توفر الخصومة في الدعوى وهذا ما صرحت به المادة الرابعة من قانون المرافعات المدنية " يشترط ان يكون المدعى عليه خصماً يترتب على أقراره حكم بتقدير صدور اقرار منهُ....." أي يجب توفر شرط الخصومة في دعوى المطالبة في المهر المؤجل كأي دعوى مرفوعة امام القضاء العراقي .

حيث جاء قرار لمحكمة التمييز الاتحادية "لدى التدقيق و المداولة وجد ان الحكم الصادرمن محكمة الأحوال الشخصية في الحلة بالعدد ٤٣٤٧/ ش/٢٠٠٧ غير صحيح ومخالف لإحكام الشرع والقانون ذلك لان محكمة الموضوع سارت بالدعوى دون الاطلاع على وكالة وكيل المدعى عليه بجلسة يوم ٨/٧ / ٢٠٠٧ وحيث ان ذلك يتعلق بالخصومة المادة ١/٨٠ من قانون المرافعات المدنية لذا قرر نقضهِ ....."[١].

إضافة لما تقدم ذكرهُ من توفر شرط الخصومة وإقامة الدعوى فانه يشترط في الدعوى كذلك شرط المصلحة في إقامتها وهذا مانصت عليه المادة (٦) من

([١]) ينظر حكمها المرقم بالعدد ٢٨٩٩ / شخصية اولى / ٢٠٠٧ في ١١ / ١٠ / ٢٠٠٧غير منشور .

قانون المرافعات المدنية وهذه هي الشروط العامة التي يشترط توفرها لرفع الدعوى وفي حالة تخلف أي شرط من هذه الشروط ردت الدعوى لعدم توفرهِ[١]

اما المحكمة المختصة بنظر دعوى المطالبة بالمهر المؤجل هي محكمة الأحوال الشخصية او محكمة المواد الشخصية لغير المسلمين وحسب ماورد بنص المادة (٢٣) مرافعات مدنية[٢]. وان على الزوجة ان تقيم الدعوى للمطالبة بمهرها امام المحكمة المختصة وهذا ما نصت عليه المادة(٣٠٠/ ١) من قانون المرافعات المدنية "تختص محكمة الأحوال الشخصية بالنظر ١- الزواج وما يتعلق به من مهر ونفقة ونسب وحضانة وفرقة وطلاق وسائر أمور الزوجية ...).

أما من حيث الاختصاص المكاني لنظر الدعوى وهي حسب ما صرحت به المادة (٣٠٣) من قانون المرافعات المدنية وهي محكمة محل إقامة المدعى عليه . وبالإضافة الي مايجب توفرهُ من شروط عامة لرفع الدعوى للمطالبة بالمهر المؤجل مقوماً بالذهب ان يكون هناك حكم قضائي بالطلاق مكتسب الدرجة القطعية[٣] لان من شروط استحقاق المهر المؤجل مقوماً بالذهب هو وجود حكم بالطلاق مكتسب الدرجة القطعية حيث ان القرار ١٢٧ لسنة ١٩٩٩ نص "تستوفي المرأة مهرها المؤجل في حالة الطلاق مقوماً بالذهب بتاريخ عقد الزواج" .

---

(١) د. ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية،بيروت،لبنان،٢٠١٣، ص١١٧ ومابعدها.

(٢) نصت المادة ٢٣ من قانون المرافعات بأنه "تختص محكمة البداءة بنظر المسائل المستعجلة ..... وتختص كذلك بنظر مواد الاحوال الشخصية لغير المسلمين وللأجانب الذي يطبق عليهم في أحوالهم الشخصية قانون مدني".

(٣) قضت محكمة التمييز الاتحادية في حكماً لها: "ان المحكمة لم تتثبت من اكتساب الحكم بتصديق الطلاق درجة البتات . فاذا ما ثبت للمحكمة ذلك كانت الزوجة تستحق مهرها المؤجل مقوماً بالذهب ..... " ينظر حكمها المرقم ٥٧٨٨ / شخصية / ٢٠٠١ في / ١٢ / ٢٠٠١ غير منشور .

ومن هذا يتضح ان استحقاق المرأة للمهر المؤجل مقوماً بالذهب في حالة الطلاق وقد عرفت المادة ٣٤ من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل الطلاق بأنه "رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج او من الزوجة ان وكلت به او فوضت او من القاضي ولا يقع الا بالصيغة المخصوصة له شرعاً" .

والمقصود بالطلاق في ضوء القرار أعلاه هو الطلاق الذي يوقعهُ الزوج على زوجتهِ بإرادته والطلاق الحاصل بطريق المخالعة (التفريق الاختياري)[١] وكذلك الطلاق الذي توقعهُ الزوجة أذا قامت هي بايقاع الطلاق اذا كانت مفوضة بإيقاع الطلاق لان نص المادة ٣٤ المشار اليه أعلاه ادخل الطلاق الذي توقعهُ الزوجة في تعريفهُ للطلاق ولا يمكن أخراجه لان القرار لم يقيد إحكامه بإيقاع الطلاق من جانب الزوج فقط . ولا يشترط في الطلاق ان يكون امام المحكمة او خارجها الا انه يشترط لاثبات حصول الطلاق وجود قرار حكم مكتسب درجة البتات بايقاع الطلاق او تصديقه[٢].

و بالإضافة لما تقدم فيجب للمطالبة بالمهر المؤجل مقوماً بالذهب ان يقع الطلاق خلال فترة نفاذ القرار ١٢٧ لسنة ١٩٩٩ وان هذا الشرط جوهري في نظر دعوى المطالبة بالمهر المؤجل مقوماً بالذهب حيثُ نص القرار في الفقرة ثانياً منهُ "على ان ينفذ هذا القرار من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية" وحيث ان القرار نشرفي الجريدة الرسمية وهي جريدة الوقائع العراقية الصادرة بالعدد ٣٧٨٥ في ٨/٢ / ١٩٩٩ وان القرار ليس لهُ اثر رجعي . وهذا ما اكدهُ قرار

---

(١) قضت محكمة التمييز الاتحادية بأن "حكم قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٢٧ لسنة ١٩٩٩ بان تستوفي المرأة في الطلاق مهرها مقوماً بالذهب جاء مطلقاً و إن المطلق يجري على أطلاقه لذلك فان اتجاه المحكمة من كون الطلاق الخلعي قد حصل برضا الزوجة وموافقتها لايقدح من الحكم الشمولي للنص المذكور". ينظر حكمها المرقم ١٥١ / شخصية اولى / ٢٠٠٥ في ١٤ / ٢٠٠٥ غير منشور.

(٢) القاضي محمد عبد الرحمن، المهر المؤجل مقوم بالذهب، بحث مقدم الى المعهد القضائي، ٢٠١٥، ص(٢٨).

محكمة التمييز الاتحادية "وجد انه صحيح وموافق للقانون ذلك لان المييزة قد طلقت من المييز عليه بتاريخ ٢٩/ ١١/ ١٩٩٨ ولا تستحق المهر المؤجل مقوماً بالذهب لان واقعة الطلاق حصلت قبل نفاذ قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٢٧ لسنة ١٩٩٩ النافذ في ٨/٢/ ١٩٩٩ ....."[١].

ونخلص من كل ما تقدم انه اذا رفعت دعوى المطالبة بالمهر المؤجل مقوماً بالذهب من قبل المطلقة واستوفت هذه الدعوى شرائطها وأقتنعت المحكمة بادلتها الثبوتية فإنها تحكم للمدعية (المطلقة) بالزام مطلقها بتأديته لها مهرها المؤجل مقوماً بالذهب بتاريخ عقد الزواج.

ثانياً_ إجراءات تقييم المهر المؤجل بالذهب:-

لقد أوضحنا فيما سبق كيفية إقامة الدعوى للمطالبة بالمهر المؤجل مقوماً بالذهب والشروط الواجب توفرها للحكم بالمهر المؤجل مقوماً بالذهب والمحكمة المختصة بنظر الدعوى وعند توفر هذه الشروط وأقيمت الدعوى أمام المحكمة المختصة بنظرها وبعد ان تكون المحكمة قد استكملت جميع تحقيقاتها وأدلة الإثبات وتوصلت الى ان المدعية تستحق مهرها المؤجل وإنها لم تستوفيه وذلك وفقاً للأدلة المتحصلة فعندئذ تصدر المحكمة الحكم بالدعوى والذي يتضمن إلزام المدعى عليه بتأديته لمطلقتهِ مهرها المؤجل مقوماً بالذهب بتاريخ عقد الزواج وما يساوي هذا الذهب من قيمة نقدية يوم الطلاق،وهو ما تستحقهُ المطلقة كمهر مقوم بالذهب[٢].

إن دعوى تقييم المهر المؤجل مقوماً بالذهب شأنها شأن بعض أنواع الدعاوى الأخرى التي لا يمكن للمحكمة حسمها دون الاستعانة برأي المختصين من أصحاب الخبرة والاختصاص استناداً لحكم المادة ١٢٤ / أولاً من قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل . وان حسم هذه الدعوى يتطلب

---

(١) ينظر حكمها المرقم ٤٨ / شخصية اولى / ٢٠٠٩ في ٨/ ١ /٢٠٠٩ م ، غير منشور .

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ٣٢١٤ / شخصية اولى / ٢٠٠٧ في ٢٨/ ٢٠٠٧/١١ غير منشور

عمليات حسابية ومعرفة دقيقة بتقلبات الأسعار سيما وان الذهب شأنه شأن العملات النقدية العالمية يخضع لتقلبات الأسعار وبالتالي على المحكمة الاستعانة برأي المختصين عند احتساب المهر المؤجل مقوماً بالذهب فيكون بالوقوف على مقدار الذهب الذي يمكن شراءهُ بمهر المرأة المؤجل بتاريخ عقد الزواج وسعر ذلك الذهب بتاريخ الطلاق ويكون حاصل ضرب كمية الذهب في سعرهُ بتاريخ الطلاق هو ما تستحقهُ الزوجة .والجهة التي تستعين بها المحكمة لتقييم المهر المؤجل هي غرف التجارة سواء في بغداد او في المحافظات([١]) بعد ان كانت من اختصاص البنكَ المركزي العراقي[٢]. وبعد ورود الجواب من غرفة التجارة فعلى المحكمة الاستعانة بخبير في الأمور الحسابية لمعرفة مهر الزوجة المؤجل بعد الوقوف على مقدار الذهب وقيمتهُ بتاريخ الطلاق من الجهات المختصة . إضافة إلى ما تقدم ان استحقاق المهر المؤجل مقوماً بالذهب وفقاً للقرار موضوع البحث هو رهن بمطالبة الزوجة فإنها أن طالبت به مقوماً بالذهب حكم لها به وان طالبت بقيمتهُ في عقد الزواج حكم لها به.

ومن كل ما تقدم فأن تقييم المهر المؤجل بالذهب يعد من السياسات المالية المهمة في التضيق من نطاق الطلاق، لأنه يمثل أداة ضغط (مشروعة) تساهم في الحد من رغبة الزوج في الاقدام على الطلاق، وهذا الامر تميزت به سياسة المشرع العراقي غير ان الاجدر بالمشرع العراقي هو توسيع تطبيق هذا الامر ليشمل المهر المقوم بالذهب فضلا عن الطلاق حالات التفريق القضائي.

([١]) تعميم مجلس القضاء الاعلى بالعدد ٨١١٠ /ف / أ بتاريخ ١١/١٥/ ٢٠٠٩

([٢]) قرارمحكمة التمييز ٥٢١٤ / شخصية / ٢٠٠١ غير منشور "الجهة المختصة بتقدير قيمة الذهب وفق ما استقر عليه القضاء هي البنك المركزي العراقي.."

الخاتمة

الخاتمة

بعد أن انتهينا بفضل الله ونعمته من دراسة موضوع دور السياسة التشريعية للحد من انحلال الرابطة الزوجية، فلا بد من الإشارة إلى مجموعة من النتائج التي توصل إليها البحث، فضلاً عن مجموعة من المقترحات التي نرى ضرورة الأخذ بها وكما يأتي:

أولاً_ النتائج:-

١. إن الإشكالية الاساسية التي تعاني منها الأسرة وقد تؤدي إلى انحلال عقد الزواج، سببها جهل الافراد لواجبات الحياة الزوجية، ونتيجة ذلك تبنت بعض التشريعات القانونية سياسة التأهيل الشخصي للمقبلين على الزواج، لغرض تمكين الازواج من إدراكهم لمسؤولياتهم المتقابلة ومسؤولياتهم ازاء الابناء، وأن هذه السياسة تعد من التدابير الوقائية للحد من انحلال الرابطة الزوجية.

٢. عن طريق الفحص الطبي قبل الزواج، يمكن الكشف عن الامراض بصفة عامة، والامراض المؤثرة في العلاقة الزوجية بصفة خاصة، فتتسع لهم دائرة الخيارات في عدم الأنجاب أو عدم إتمام الزواج، ونتيجة ما تقدم أن الفحص الطبي قبل الزواج يساعد على الرضا وتأكيده، لأنه إذا تم الفحص الطبي وظهر أن احدهما مصاب بعيب أو مرضا ما، ورضى به الطرف الأخر، فأن ذلك يساعد على معيشة هنيئة، والتقبل لوضع الطرف الأخر، فضلا عن ذلك أن الفحص الطبي ولما يؤديه من وظيفة استعلامية يعد سبباً من اسباب سقوط الحق في التفريق القضائي للعيوب، لأن ابرام العقد مع العلم بوجود العيب، يدل على الرضا وتأكيده؛ وأن الرضا بالعيب يعد سبب من أسباب سقوط حق المطالبة بالتفريق القضائي، وهنا سيتضح لنا دور الفحص الطبي كسياسة وقائية للحد من انحلال الرابطة الزوجية.

٣. أن التشريعات المقارنة عند معالجتها لأسباب التفريق القضائي نجد بأن سياستها تشددت حيال هذا الأمر، حيث فرضت على كل سبب من أسباب أنهاء عقد الزواج قيود وحواجز عدة، لغرض تقيد رغبة الزوجين في تحقيق انهاء عقد الزواج، وبالعكس من ذلك نجد بأن نصوص قانون الاحوال الشخصية العراقي في الأعم الأغلب جاءت مطلقة، حيث اجازت طلب الانفصال بمجرد تحقق السبب الموجب للفرقة.

٤. إن انحلال عقد الزواج هو رخصة واستثناء من الأصل، ولذلك اشارت التشريعات المقارنة في اغلب حالات انهاء عقد الزواج، إلى الأسباب التي تؤدي إلى سقوط استعمال هذه الرخصة، وهذا الأمر لم يلتفت اليه المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية.

٥. أن المعيار الدقيق لاعتبار كل سبب مبرر للتفريق هو كونه منشأ لضرر يكدر صفوة الحياة الزوجية بحيث يقتنع الزوجان والحكمان والقضاء بأنه لا سبيل لإزالته سوى التفريق، ولكن يؤخذ على المشرع العراقي عدم منحه القاضي الدور الإيجابي الكافي كما فعلت التشريعات القانونية محل المقارنة.

٦. إن السياسة التشريعية الناجحة في مسائل انحلال الرابطة الزوجية تعمل في هذا المضمار على محورين الأول:- ترسيخ المبادئ والقيم الايجابية التي تساهم في ارتقاء الاسرة وعدم تشتتها، وهذا المحور يمثل الدور الايجابي في السياسة التشريعية. و الثاني:- يتمثل بوضع القيود والحواجز في طريق الزوجين لتقييد رغبتهما في تحقيق انهاء عقد الزواج، وهذا المحور يمثل الدور التقييدي في السياسة التشريعية وهو مدار البحث.

ثانياً_ المقترحات:-

١. من الضروري على الشخص قبل الدخول في الحياة الزوجية أن يأخذ دورات تدريبية، تبين له كيفية التعامل السليم مع شريك الحياة، وكيفية تربية الأطفال، وإزاء ذلك نقترح على المشرع العراقي ان يضيف ضمن احكام المادة العاشرة الخاصة بتسجيل عقد الزواج فقرة جديدة وبالشكل

الاتـي: **" لمجلـس القضـاء الأعلـى وبموجـب تعليمـات يصـدرها لهـذا الغايـة إجراء دورات تأهيلية للمقبلين على الزواج".**

٢. إن الفحـص الطبـي قبـل الـزواج يسـاعد علـى الرضـا وتأكيـده، لأنـه إذا تـم الفحـص الطبـي وظهـر أن احـدهما مصـاب بعيـب أو مرضـا مـا، ورضـى بـه الطـرف الأخـر، فـأن ذلـك يسـاعد علـى معيشـة هنيئـة، والتقبـل لوضـع الطـرف الأخـر، فضـلا عـن أن الفحـص الطبـي ولمـا يؤديـه مـن وظيفـة اسـتعلامية يعـد سـبباً مـن اسـباب سـقوط الحـق فـي التفريـق القضـائي للعيـوب، ونتيجـة مـا تقـدم يعـد الفحـص الطبـي سياسـة وقائيـة فعالـة للحـد مـن انحـلال عقـد الـزواج، ومـن هـذا المنطلـق نـدعو المشـرع العراقـي إلـى التأكيـد علـى جديـة الفحـص الطبـي، مـن خـلال اسـناد الامـر إلـى لجنـة طبيـة مختصـة يشـكلها وزيـر الصـحة، وفضـلا عـن ذلـك التأكيـد علـى شـمول الفحـص الطبـي للعيـوب التـي يجـوز طلـب التفريـق بسـببها ؛ وإزاء ذلـك نتقـرح علـى المشـرع العراقـي تنظـيم مسـألة الفحـص الطبـي للمقبلـين علـى الـزواج فـي قـانون مسـتقل وعلـى النحـو الـذي اشـرنا لـه فـي المبحـث التمهيـدي. وفضـلا عـن ذلـك نتقـرح تعـديل الفقـرة (٢) مـن المـادة العاشـرة مـن قـانون الاحـوال الشخصـية لغـرض التأكيـد علـى شـمول الفحـص الطبـي للعيـوب التـي يجـوز طلـب التفريـق بسـببها وإزاء ذلـك نتقـرح تعـديل الفقـرة المـذكورة اعـلاه بالشـكل الاتـي: **"يرفـق البيـان بتقريـر طبـي يؤكـد سـلامة الـزوجين مـن الامـراض السـارية والموانـع الصـحية والعيوب التي نص القانون على جواز التفريق بسببها".**

٣. إن عـدم صـحة طـلاق إبـان الحـيض والنفـاس، لـه دور بـارز ومـؤثر فـي الحـد مـن الطـلاق؛ لأن عـدم وقـوع طـلاق الحـائض يعـد مـن الحـواجز الموضـوعة فـي طريـق الرجـل ليعيقـه عـن تحقيـق مـا يرغـب فيـه مـن إيقـاع الطـلاق، لأن تـأخير وقـوع الطـلاق إلـى طهـر لـم يوقعهـا فيـه يحقـق جملـة فوائـد، منهـا تـدخل بعـض مـن لـه تـأثير علـى الـزوج لفـض النـزاع بـين الطـرفين بأسـلوب يكـون لـه الوقـع النـاجح فـي تهدئـة الـزوج وإسـكات ثورتـه النفسـية. فضـلاً عـن إن الـزوج نفسـه قـد يهـدأ، فيعـدل عـن قـراره بعـدما يأخـذ الفرصـة الكافيـة للتأمـل فـي النتـائج السـلبية التـي تترتـب علـى الطـلاق، سـيما إذا كـان لديـه

أولاًد. علاوة على إن الزوجة نفسها قد تعدل عن رأيها لو كانت تشاكس الزوج، أو أنها تتنازل له في بعض الحالات عن قراراتها، أو أنها تفكر ملياً بالمصير المظلم بعد الطلاق، فتقدم على إستمالة الزوج، وإرضائه لصرفه عن تحقيق ما يريد الأقدام عليه. وإزاء ذلك نقترح على المشرع العراقي أضافة فقرة ثانية إلى نص المادة السادسة والثلاثون من قانون الأحوال الشخصية العراقي وبالشكل الاتي: **" لا يصح الطلاق في طهر الجماع أو إبان الحيض، وإذا تعذر العلم بالحالة النسائية للزوجة فلا يصح الطلاق إلا بعد انقضاء ثلاثة اشهر من تاريخ أخر مقاربة بين الزوجين".**

٤. إن الإشهاد على الطلاق حال أنشاءه يعد أبرز السياسات التي تساهم في الحد من الانفصال بين الزوجين؛ لأن تكليف الزوج بإجراء الطلاق أمام الشاهدين، يعد تضيق لنطاق الطلاق، وتأخير لإيقاعه ولو لبعض الوقت، فالمشاكسات، والاختلافات كثيراً ما تنشأ داخل البيت ولربما تحصل في وقت لا تسمح للزوج بالطلاق لو كلفناه بإيقاعه امام الشاهدين، حيث أن تكليف الزوج بالخروج، والبحث عن الشاهدين، يكون ضمان على كسب الوقت لبلورة الموقف، والتغلب في كثير من الموارد على الخلجات النفسية الحادة، والتي تحصل عند الزوج بسبب حصول ما يدعوه للطلاق، وما يدرينا أن الزوج لا يهدأ لو خرج يبحث عن الشاهدين العادلين، فيفكر بمصير أطفاله، وأسرته، وبيته، وما يحيط ذلك من ردود فعل تنشأ من إيقاع الطلاق. فضلا عن إن الشاهدين وهما يتحليان بهذه الصفة القيمة (العدالة) الدور الفعال في صرف الزوج عن الطلاق ولو كان منشؤه الثورة النفسية التي لم تبتني على اسباب معقولة، ولربما يكون لحديثهما ووعظهما التأثير الكامل على الزوج لعدوله عن قراره، ورجوعه إلى بيته، وقد هدأت اعصابه وتغاضى عما لقيه من زوجته، من مخالفات كانت السبب في اقدامه على الطلاق. وإزاء ذلك نقترح على المشرع العراقي إضافة فقرة ثالثة إلى نص المادة الرابعة والثلاثون من

قانون الأحوال الشخصية وبالشكل الاتي: **" يشترط لصحة الطلاق قول صيغته بحضور شاهدين عادلين من الرجال يسمعان صيغة الطلاق".**

٥. إن الشريعة الاسلامية ولشدة اهتمامها في الحد من الطلاق، فقد وضعت امامه عقبات عديدة؛ لأن ايقاع الطلاق بكل وسيلة يختارها الزوج، ومن غير شروط مثقلة أمر له مخاطر وعواقب وخيمة على الاسرة والمجتمع، لذلك كان تقيد الزوج بالالتزام بصيغة محددة أسلم عاقبة في سبيل تقليل مثل هذه العملية، وإزاء ذلك ندعوا المشرع العراقي إلى حذف عبارة **(ولا يقع الطلاق الا بالصيغة المخصوصة له شرعا)** الواردة في المادة (٣٤/أولا) من قانون الاحوال الشخصية، ليحل محلها عبارة **(ولا يقع الطلاق الا بصيغة طالق)**.

٦. اراد الله تعإلى ان يكون الطلاق ثلاث مرات والقول بجواز جمعها في مرة واحدة حسب إرادة الزوج تغليب لإرادته على إرادة الله وهذا ما يرفضه منطق الشريعة. فضلاً عن إن احلال الاعداد محل المرات حرج لما يترتب عليه من قطع الطريق امام استئناف الحياة الزوجية بعد الندم والرغبة بالرجوع بالرجعة أو بعقد جديد. علأوة على أن الفتوى أو القضاء بوقوع الثلاث مرة واحدة عسر ويأس للزوجين وهدم لبناء كلف سنواتٍ من العمر بلحظة واحدة من لحظات الحياة غير الطبيعية. وإزاء ذلك ندعوا المشرع العراقي إلى تعديل الفقرة (٣) من المادة (٣٧) من قانون الاحوال الشخصية ليصبح الطلاق البائن بينونة كبرى هو **"كل ثلاث طلقات تخللتهما رجعة"**. وكذلك نقترح على المشرع تعديل الفقرة (٢) من المادة المذكورة اعلاه لتنص على أن **"تكرار صيغة الطلاق أو اقترانها بعدد لفاظا أو اشارة لا يقع الا طلقة رجعية واحدة"**.

٧. إن المادة (٤٣/ثانيا) من قانون الاحوال الشخصية وهي احدى تطبيقات الخلع؛ قد اعطت للزوجة طلب التفريق قبل الدخول من دون قيد أو شرط، وكان من المفروض على المشرع العراقي أن يعطي سلطة تقديرية للقاضي في الاستجابة لطلب الزوجة، حتى يعرف سر هذا الطلب ومدى

نجاح وفشل هذا الزواج مستعينا بخبرته القضائية وبالحكمين والباحث الاجتماعي ، وذلك حفاظا على استمرار الحياة الزوجية وسمعة العائلة، لأنه ما من طلاق أو تفريق إلا وتترتب عليه اساءة لسمعة الزوجين أو احدهما على الأقل وإزاء ذلك نقترح على المشرع العراقي تعديل المادة المذكورة أعلاه بالشكل الاتي: **" إذا طلبت الزوجة التفريق قبل الدخول و أودعت ما قبضته من مهرها وما أخذته من هدايا وما أنفقه الزوج من أجل الزواج وأمتنع الزوج عن ذلك بذلت المحكمة جهدها في الصلح بينهما فأن لم يصطلحا احالت الأمر إلى حكمين لموالاة مساعي الصلح بينهما خلال مدة ثلاثين يوم فإذا لم يتم الصلح تحكم المحكمة بالتفريق بين الزوجين".**

٨. أن الرجوع عن البذل في الخلع يعد من السياسات المهمة التي تساهم في الحفاظ على لم شمل الأسرة وعدم تشتتها؛ لأن رجوع الزوجة عن البذل معناه أن السحب قد تقشعت وعادت هي إلى حالتها الطبيعية ورغبت في العودة إلى زوجها مرة أخرى، وإزاء ذلك نقترح على المشرع إضافة فقرة رابعة إلى نص المادة السادسة والاربعين من قانون الأحوال الشخصية وبالشكل الاتي: **" يجوز للمرأة الرجوع عن البذل إذا اخبرت الزوج المخالع بذلك اثناء مدة العدة مالم يوجد مانع يحول الرجوع بها من قبل الزوج المخالع".**

٩. إن المشرع العراقي في الفقرة الرابعة من المادة السادسة قد اعطى للزوجة حق فسخ الزواج للشرط بشكل مطلق ولم ينص على الاسباب التي تؤدي سقوط حق الفسخ كما فعلت التشريعات المقارنة وإزاء ذلك نقترح على المشرع تعديل الفقرة المذكورة أعلاه بالشكل الاتي: **" للزوجة طلب فسخ العقد عند عدم ايفاء الزوج بما اشترط ضمن الزواج غير أن حق الفسخ يسقط بإسقاط صاحبه أو رضائه بالمخالفة صراحة أو ضمناً ويعد في حكم الرضا الضمني مرور ثلاثة اشهر على وقوع المخالفة مع العلم بها وكذا بالطلاق البائن".**

١٠. نصت بعض التشريعات المقارنة على دور القاضي في تعديل الشروط المقترنة بعقد الزواج إذا طرأت اثناء تنفيذ العقد ظروف أو حوادث استثنائية غير متوقعة تجعل من تنفيذ الشروط المقترنة بعقد الزواج امراً مرهقاً على الطرف الملتزم بها، وإزاء ذلك نقترح على المشرع العراقي تعديل الفقرة الثالثة في المادة السادسة من قانون الاحوال الشخصية العراقي وبالشكل الاتي: **" الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الايفاء بها ولكن إذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقاً، أمكن للملتزم أن يطلب من المحكمة اعفاءه من الشرط أو تعديله مادامت تلك الظروف أو الوقائع قائمة".**

١١. أن التشريعات المقارنة عندما اجازت طلب التفريق للعقم فأنها في الوقت ذاته فرضت عليه قيود وحواجز عدة عكس موقوف المشرع العراقي الذي اتسم بالإطلاق وإجزاء ذلك نقترح تعديل الفقرة (٥) من المادة (٤٣) من قانون الأحوال الشخصية العراقي وبالشكل الاتي:

أ- **للزوجة القادرة على الأنجاب إن لم يكن لها ولد ولم تتجأوز الأربعين سنة من عمرها حق طلب التفريق إذا ثبت بتقرير طبي مؤيد بالشهادة عقم الزوج وقدرة الزوجة على الانجاب وذلك بعد مضي خمس سنوات من تاريخ دخوله بها.**

ب- **يسقط حق الزوجة في طلب التفريق للعقم إذا ثبت بتقرير طبي امكانية شفاء الزوج بعد العلاج الطبي، أو ثبت امكانية تحقق الانجاب عن طريق وسائل الانجاب الاصطناعية.**

١٢. إذا كان التفريق للعيوب من المسائل الثابتة شرعاً وقانوناً، فأن الشريعة الإسلامية والتشريعات المقارنة لم تترك هذا الامر مطلقاً كما فعل المشرع العراقي، بل نصت على الأسباب التي تؤدي إلى سقوط المطالبة بالتفريق للعيوب وإزاء ذلك نقترح على المشرع العراقي يعالج التفريق للعيوب المنصوص عليها في المادة الثالثة والاربعون ضمن مادة مستقلة ومن ثم يضيف اليها فقرة مستقلة تبين الأسباب التي تؤدي إلى سقوط المطالبة

بـالتفريق القضـائي للعيـوب وعلـى النحـو الاتـي: **"الزوجـة التـي تعلـم قبـل عقـد الـزواج بعيـب زوجهـا المـانع مـن الـدخول بهـا، أو التـي ترضـى بالعيـب صـراحة أو دلالـة بعـد العقـد يسـقط حقهـا فـي طلـب التفريـق مـا عـدا العنـة فإن العلم بها قبل عقد الزواج لا يسقط حقها ولو سلمت نفسها إليه"**.

١٣. يؤخـذ علـى المشـرع العراقـي مسـارعته إلـى مـنح الزوجـة حـق التفريـق بمجـرد صـدور الحكـم علـى الـزوج بـالحبس، بينمـا نجـد بـأن التشـريعات المقارنـة تشـددت حيـال هـذا الامـر ففرضـت عليـه قيـود وتـدابير عـدة وإزاء ذلـك نقتـرح تعـديل الفقـرة الأولـى فـي البنـد أولا مـن المـادة الثالثـة والاربعـين من قانون الاحوال الشخصية بالشكل الاتي:

أ- لزوجـة المحبـوس المحكـوم عليـه بحكـم بـات بعقوبـة مقيـدة للحريـة مـدة خمـس سـنوات فـأكثر أن تطلـب مـن المحكمـة بعـد مضـي سـنة من حبسه التطليق بائناً ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه.

ب- إذا كانـت الزوجـة محبوسـة أيضـا فخرجـت هـي دونـه جـاز لهـا طلـب التفريـق بعـد مضـي سـنة علـى خروجهـا بـذات الشـروط الـواردة فـي البند (١) من هذه المادة.

ت- فـي الحـالتين السـابقتين يشـترط للحكـم للزوجـة ألا يخـرج الـزوج مـن السـجن أثنـاء نظـر الـدعوى أو لا يبقـى علـى مـدة حبسـه أقـل مـن ستة أشهر.

ث- لا يجـوز للزوجـة طلـب التفريـق إذا كـان الـزوج المحبـوس مشـمول بأحكـام الاجـازة المنزليـة المنصـوص عليهـا فـي قـانون اصـلاح النزلاء والمودعين.

١٤. انفـرد المشـرع العراقـي باسـتحداث حالـة لا وجـود لهـا فـي الفقـه الاسـلامي ولا فـي اي قـانون اخـر ، عنـدما أجـاز فـي الفقـرة (٩) مـن المـادة (٤٣) للزوجـة طلـب التفريـق لعـدم تسـديد الـزوج النفقـة المتراكمـة المشـرع العراقـي، وإزاء ذلـك نقتـرح حـذف هـذه الفقـرة؛ لأن المشـرع العراقـي قـد اقـر طرقـاً

قانونية وقضائية لاستيفاء الديون ، فلا مبرر لاعتبار دين الزوجة على الزوج سببا للتفريق القضائي ما دام الزوج مستمر بالإنفاق عليها.

١٥. أن المشرع العراقي قد انفرد باعتبار التفريق لعدم الانفاق طلاق بائنا، وكانت هذه الفرقة قبل التعديل طلاقاً رجعياً وهو الاصوب فلعل الزوج يعود أو يسدد اثناء العدة فيراجع زوجته، وفضلا عن ذلك اعتبار التفريق لعدم الانفاق طلاقا رجعيا، له دور مهم في دعم استمرار الحياة الزوجية ورعاية مصلحة الأولاد إن وجدوا، فكثيرا ما يندم الزوج الممتنع عن الانفاق تعنتا ، أو قد يفضل الله على الزوج العاجز عن الانفاق بعد الطلاق وخلال فترة العدة ، فإعطاء المجال للرجعة أولى من سد الباب بوجه استئناف الحياة الزوجية مع التعهد بالاستمرار بالنفقة وإزاء ذلك نقترح على المشرع العراقي معالجة التفريق لعدم الانفاق ضمن فرع مستقبل مع إضافة المادة الاتية:

أ- للزوج أن يراجع زوجته أثناء العدة إذا اثبت يساره، واستعد للإنفاق بدفعه للنفقة المعتادة و إلا كانت الرجعة غير صحيحة

ب- إذا تكرر رفع الدعوى لعدم الانفاق أكثر من مرتين وثبت للمحكمة في كل منهما عدم الانفاق وطلبت الزوجة التطليق لعدم الانفاق طلقها القاضي عليه بائنا.

١٦. ان المشرع العراقي لم يشترط الإصلاح بخصوص التفريق للضرر المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة الاربعين وهذا الامر يعد قصوراً تشريعياً، وإزاء ذلك نقترح تعديل الفقرة المذكورة أعلاه بالشكل الاتي: **" إذا أضر أحد الزوجين بالأخر أو بأولادهما ضرراً يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية وتحقق القاضي من صحة الادعاء، بذلت المحكمة جهدها في الإصلاح بينهما، فإذا لم يمكن الإصلاح أنذر القاضي الطرف المقصر بأن يصلح حاله مع الزوج الاخر وتأجل الدعوى مدة لا تقل عن شهر، فإذا لم يتم الصلح بينهما وأصر المدعي على دعواها أحال الأمر إلى حكمين، فإن تعذر الاصلاح وثبت الضرر حكم بالتفريق ".**

١٧. أن المشرع العراقي في الفقرة المذكورة اعلاه اعتبر من قبيل الاضرار (الادمان على تنأول المسكرات أو المخدرات). وهذا الأمر لم تنص التشريعات العربية عليه كسبب من اسباب التفريق هذا من جهة، ومن جهة أخرى نلاحظ بأن المشرع أعطى الحق في طلب التفريق بمجرد أثبات حالة ادمان الزوج الأخر على تنأول المواد المخدرة أو المسكرة، وكان الأجدر بالشرع العراقي ان يشترط اعطاء المشكو منه مدة محددة لغرض اعطاءه فرصة لترك تعاطي المواد المسكرة أو عرضه على لجنة طبية لغرض التشافي من حالة الادمان، فإذا لم ينتهِ بالرغم من ذلك فعندئذ يحق طلب التفريق وإزاء ذلك نقترح معالجة هذه الحالة في فقرة مستقلة ضمن المادة الاربعين من قانون الأحوال الشخصية وبالشكل الاتي: **" إذا أدمن الزوج الاخر على احد أنواع المواد المخدرة أو المشروبات الكحولية وامتنع عن تركها أو عدم أمكانية إجباره على تركها في المدة اللازمة لترك الاعتياد حسب تشخيص الطبيب فإن لم يلتزم الزوج بعد ذلك أو بعد ترك الإدمان عاد مجدداً لتعاطي المواد المذكورة حكمت المحكمة بالتفريق"**.

١٨. اعطى المشرع العراقي في الفقرة الثالثة من المادة الاربعين حق التفريق لكلا الزوجين إذا كان عقد الزواج قد تم قبل اكمال احد الزوجين الثامنة عشرة دون موافقة القاضي، وكان الاجدر بالمشرع العراقي فضلا عن ذلك بأن يشترط كون الزواج قد تم بدون بموافقة الولي وترتبت عليه مضرة للقاصر وإزاء ذلك نقترح على المشرع تعديل الفقرة المذكورة أعلاه وبالشكل الاتي: **" إذا كان عقد الزواج قد تم قبل اكمال احد الزوجين الثامنة عشرة دون موافقة القاضي، ويسقط حق المطالبة بالتفريق إذا تبين للمحكمة بأن العقد قد تم بموافقة الولي الجبري وكان من شأن هذا الزواج تحقيق مصلحة معتبرة للقاصر"**.

١٩. ان المشرع العراقي في الفقرة الرابعة من المادة الاربعون اعطى حق التفريق للإكراه بشكل مطلق، ما يعني بأن من وقع عليه الاكراه يستطيع ان يطالب بالتفريق متى شاء حتى لو زال الاكراه ومضت عليه مدة

طويلة أو أن المكره رضي بالزواج بعد ذلك والقول بخلاف ذلك يؤدي إلى عدم استقرار العلاقة الزوجية سيما وأن عقد الزواج ينشئ روابط متعددة منها انجاب الأولاد. وإزاء ذلك نقترح تعديل الفقرة المذكورة أعلاه وبالشكل الاتي: **" إذا كان الزواج قد جرى خارج المحكمة عن طريق الإكراه وتم الدخول، ويسقط حق التفريق إذا رضي المُكره بالزواج صراحة أو ضمناً ويعتبر من قبيل الرضا الضمني مرور ثلاثة اشهر على زوال الاكراه".**

٢٠. لا يمكن جعل الزوج حبيس تهديد زوجته بطلب التفريق القضائي منه في حال زواجه من زوجة ثانية طيلة حياته، إذا ثبت علم الزوجة بزواجه الثاني ومضت مدة كافية لاتخاذ القرار وإزاء ذلك نقترح على المشرع العراقي ان يضيف إلى عجز الفقرة الخامسة من المادة الأربعين العبارة الاتية: **" ويسقط حق الزوجة في طلب التفريق إذا مرت مدة ثلاثة أشهر على علمها بالزواج الثاني".**

٢١. نقترح على المشرع العراقي أن ينشأ بدلا عن البحث الاجتماعي لجنة تسمى (لجنة الإصلاح الاسري) في محاكم الاحوال الشخصية تتألف من الاشخاص الحاصلين على مؤهل جامعي في المجال القانوني والشرعي والاجتماعي والنفسي، وعلى دراية بأحكام الشريعة الاسلامية المتعلقة بشؤون الأسرة وقانون الأحوال الشخصية، تختص بالنظر في المنازعات الاسرية.

هذا والحمد لله

المراجع والمصادر

المصادر والمراجع

القرآن الكريم

اولاً- كتب الحديث والتفسير:-

١. أبي داود، سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، سنن أبي داود ،دار الرسالة العالمية، دمشق، سوريا، ٢٠٠٩.

٢. الحر العاملي، محمد بن الحسن ،وسائل الشيعة،ط١، مؤسسة ال البيت لإحياء التراث،بيروت،٢٠٠٨.

٣. الدار قطني، أبو الحسن علي بن عمر بن احمد، سنن الدار قطني، ط١، دار المؤسسة، بيروت، لبنان، ٢٠٠٤.

٤. الشريف الرضي، محمد بن موسى، نهج البلاغة، المختار من كلام امير المؤمنين، ط١،دار المعرفة، لبنان، بيروت، دون ذكر سنة النشر.

٥. الشوكاني، محمد بن علي بن عبد الله، نيل الاوطار من اسرار منتقى الاخبار،ط١، دار الحديث، مصر، ١٩٩٣.

٦. الشيرازي، ناصر مكارم، الأمثل في تفسير كتاب الله المنزل،ط٢ ، مطبعة الأميرة، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩.

٧. الصنعاني، أبي بكر عبد الرزاق بن همام، المصنف، ط١، دار التأصيل، ٢٠١٥.

٨. الطوسي، أبي جعفر محمد بن الحسن، تهذيب الاحكام، ط١، مؤسسة الاعلمي، بيروت، لبنان، ٢٠١٤.

٩. العسقلاني، احمد بن علي ابن حجر، فتح الباري،ط١ ، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان دون ذكر سنة نشر.

١٠. القمي، أبي جعفر محمد بن علي بن بابويه القمي، من لايحضره الفقيه، ط٢، شركة الاعلمي للمطبوعات، بيروت، لبنان، ٢٠١٢.

١١. الكليني، أبي جعفر محمد بين يعقوب، فروع الكافي، ط١، شركة الاعلمي للمطبوعات، بيروت، لبنان، ٢٠٠٥.

١٢. اللخمي، أبو القاسم الطبراني سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير الشامي، مسند الشاميين، ط٢، ، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٩٩٦.

ثانياً- معاجم اللغة العربية:-

١. ابراهيم انس واخرون، المعجم الوسيط، ط٤، مكتبة الشروق، مصر، ٢٠٠٤.
٢. ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي،لسان العرب،ط٣ ، دار صادر، بيروت،١٩٩٣.
٣. الفيروز آبادي،محمد بن يعقوب ،القاموس المحيط،ط٨،مؤسسة الرسالة ،بيروت لبنان ،٢٠٠٥.

ثالثاً- كتب أصول الفقه والمنطق:-

١. عبد الهادي الفضلي،خلاصة المنطق،مكتبة كرار الساعدي،النجف الاشرف،سوق الحويش، ١٣٨٩هـ.
٢. فاضل الصفار، المهذب في اصول الفقه،ط٢، مكتبة العلامة بن فهد الحلي، كربلاء المقدسة،٢٠١٦.
٣. محمد باقر الصدر،دروس في علم الأصول،ط٢،مركز الأبحاث والدراسات التخصصية للشهيد الصدر، ١٤٢٤هـ.
٤. محمد رضا المظفر،المنطق،مؤسسة التاريخ العربي،بيروت،لبنان، دون ذكر سنة نشر.
٥. محمد على الصافوري، مقدمات في المنطق القانوني، مكتبة الكتب العربي المعارف العامة،دون ذكر سنة نشر.
٦. محمود السقا،المنطق القانوني والمنطق القضائي، دار الثقافة العربية،مصر، القاهرة،٢٠٠١.

رابعاً- كتب الفقه الإسلامي:-

في الفقه الامامي:

١. التبريزي، يوسف المدني، منهاج الاحكام في النكاح والطلاق، ط٦، دار دانش، قم، ايران، ١٤٣٩هـ.

٢. الحر العاملي، زين الدين، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ط١٣ ، مجمع الفكر الاسلامي، قم، ١٤٣٧هـ.

٣. الحسيني، عبد الله فضل الله فحص ،الجواهر الفقهية في شرح الروضة البهية،ط١ ،دار الاضواء بيروت،لبنان،٢٠١٢.

٤. الخوئي ، منهاج الصالحين ، دار المرتضى ، بيروت، لبنان،٢٠١٥.

٥. السبزواري، عبد الاعلى، مهذب الاحكام،ط١، دار التفسير، قم، ٢٠٠٩.

٦. السيستاني ، منهاج الصالحين،ط١٩ ،دار المؤرخ العربي،بيروت،لبنان،٢٠١٣.

٧. الشيارزي، الشيخ ناصر مكارم، أنوار الفقاهة، ط١، دار نشر الامام علي عليه السلام، قم، ايران،١٤٣٢هـ.

٨. الطباطبائي ،محمد سعيد الحكيم ، الاحكام الفقهية ، العبادات والمعاملات ، دار الهلال ، ٢٠١٢.

٩. الطباطبائي، علي بن محمد بن علي، رياض المسائل،ط١، مؤسسة النشر الاسلامي، قم ايران،١٤٢٠هـ.

١٠. الطوسي،أبو جعفر محمد بن الحسن بن علي ،الخلاف،مؤسسة النشر الإسلامي،قم،١٤١٤هـ.

١١. العلامة الحلي، الحسن بن يوسف المطهر، مختلف الشيعة، ط١ ، مؤسسة النشر الاسلامي، ١٤١٨هـ.

١٢. اللنكراني، الشيخ فاضل محمد، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة، ط١، مطبعة اعتماد، قم، ١٤٢١هـ.

١٣. محمد الصدر، ما وراء الفقه،ط٣، دار المحبين، قم، ايران، ٢٠٠٧.

١٤. محمد الصدر،مسائل وردود ،دار ومكتبة البصائر،بيروت ،لبنان،٢٠١٠.
١٥. محمد جواد مغنية، الفصول الشرعية على مذهب الامامية،ط٢، المكتبة الاهلية، بيروت،لبنان،١٩٦١.
١٦. محمد صادق الحسيني الروحاني،فقه الصادق،ط٥،منشورات ايين دانش،قم.٢٠١٤.
١٧. مروارید، علي اصغر، الينأبيع الفقهية،ط١ ، مؤسسة فقه الشيعة،بيروت،لبنان،١٩٩٣.

في الفقه الحنفي:

١٨. ابن الساعاتي، مظفر الدين احمد بن علي الحنفي، مجمع البحرين وملتقى النيرين، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ٢٠٠٥.
١٩. ابن الهمام، كمال الدين بن محمد عبد الواحد الحنفي، شرح فتح القدير،ط١، مطبعة بولاق الكبرى، مصر، ١٣١٦هـ.
٢٠. ابن عابدين، محمد امين، حاشية ابن عابدين،ط١، مطبعة مصطفى البابى،مصر،٢٠٠١.
٢١. أبو البقاء الكفوي، الكليات، ط٢، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٨.
٢٢. بدر الدين العيني، محمد بن أحمد بن موسى الحنفي،البناية شرح الهداية، ط١،دار الكتب العلمية،بيروت،لبنان،٢٠٠٠.
٢٣. برهان الدين، أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة بن مازة البخاري، المحيط البرهاني، ط١ ، مؤسسة نزيه كركي، بيروت، لبنان، ٢٠٠٤.
٢٤. الزيلعي، جمال الدين أبي محمد الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق،ط١، دون ذكر سنة النشر.
٢٥. السرخسي، شمس الدين ،المبسوط،،ط١ ،دار المعرفة،بيروت،بدون ذكر سنة نشر.
٢٦. الكاساني، علاء الدين بن أبي بكر بن مسعود، بدائع الصنائع،ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٢٤هـ.

٢٧. اللكنوي، عبد الحي، عمدة الرعاية على شرح الوقاية،ط١ ،دار الحديث،القاهرة، ١٤٤٠هـ.

في الفقه المالكي:

٢٨. ابن رشد الحفيد، أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط١، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ١٤١٥ هـ.

٢٩. الحطاب الرعيني، أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي ، مواهب الجليل، ط١، دار عالم الكتب، القاهرة، مصر، ٢٠٠١.

٣٠. الخرشي، ابو عبد الله محمد، شرح الخرشي على مختصر خليل، ط٣ ، المطبعة الكبرى الاميرية ببولاق، مصر، ١٣١٨هـ.

٣١. الدسوقي، شمس الدين الشيخ محمد بن عرفه ،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار أحياء الكتب العربية ،بدون ذكر سنة نشر.

٣٢. الزركلي، خير الدين بن محمود بن علي بن فارس، الأعلام،ط١٤ ، دار العلم للملايين،بيروت،لبنان، ٢٠٠٢.

٣٣. القيرواني، أبي سعد محمد الازدي، التهذيب في اختصار المدونة، ط١ ، دار البحوث للدراسات الاسلامية، الإمارات، دبي، ٢٠٠٢.

في الفقه الشافعي:

٣٤. الخطيب الشربيني، شمس الدين محمد، مغني المحتاج،ط١، دار المعرفة، بيروت،١٩٩٨.

٣٥. الروياني، الامام ابو الحسن الشافعي، البحر المذهب في فروع الشافعية،ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩.

٣٦. السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، الاشباه والنظائر،ط١،دار الكتب العلمية،١٩٨٣.

٣٧. الشافعي، محمد بن ادريس، الام، ط١، دار الوفاء للطباعة والنشر، المنصورة، ٢٠٠١.

٣٨. الشيرازي، أبي اسحاق بن الفيروز ابادي، المهذب في فقه الامام الشافعي،ط٢ ، دار بن حزم، بيروت، لبنان، ١٩٥٢.

٣٩. الماوردي، أبي الحسن علي بن حبيب الشافعي، الحاوي الكبير،ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٤هـ.

في الفقه الحنبلي:

٤٠. ابن القيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب، إغاثة اللهفان من مصائد الشيطان ، مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية،١٩٩٨.

٤١. ابن القيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب، زاد المعاد، ط١ ، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ١٩٩٦.

٤٢. ابن قدامة، أبي محمد بن عبد الله بن محمد ، المغني، ط١، مكتبة القاهرة، مصر، ١٩٨٩.

٤٣. البعلي، أحمد بن عبد الله، الروض الندي،ط١ ، دار النوادر، دمشق، ٢٠١٢.

٤٤. البهوتى، منصور بن يونس بن إدريس الحنبلي،شرح منتهى الإرادات،ط١ ،دار الكتب العلمية، بيروت،لبنان،٢٠٠٠.

٤٥. البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس الحنبلي، كشاف القناع على متن الاقناع،ط١ ، دار الكتب العلمية، بيروت،لبنان،١٩٩٧.

٤٦. الحراني، أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، الاختيارات الفقهية لشيخ الاسلام ابن تيمية، ط١، مجمع الفقه الاسلامي، جدة،٢٠١٤.

في الفقه الظاهري:

٤٧. ابن حزم، أبو محمد علي بن محمد بن سعيد الاندلسي، المحلى بالاثار،ط٣ ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩.

خامساً_ كتب الفقه الإسلامي المعاصر:

١. بحر العلوم، عز الدين ،الطلاق ابغض الحلال إلى الله،المكتبة الوطنية،بغداد، ١٩٨٨.

٢. حبيب الكاظمي،قبسات، ط١،مكتبة سلمان المحمدي،بغداد،العراق،٢٠١٣.

٣. حسين انصاريان، الاسرة ونظامها في الأسلام،ط٣، مؤسسة انصاريان للطباعة و النشر، ايران، شارع الشهداء، ٢٠١٠.

٤. العاملي، ياسين عيسى، الاصطلاحات الفقهية،ط١، مكتبة الكلمة الطيبة، بغداد، العراق، ٢٠١٢.
٥. عبد الكريم زيدان، المفصل في احكام المرأة والبيت المسلم،ط١، مؤسسة الرسالة،بيروت،١٩٩٣.
٦. محمد جواد المغنية ، الفقه على المذاهب الخمسة ، ط١ ، دار الغدير،قم،٢٠١١.
٧. محمد رضا السيستاني، وسائل المنع من الانجاب،ط٤، دار المؤرخ العربي، بيروت، لبنان، ٢٠١٤.
٨. محمد شحرور، نحو أصول جديدة للفقه الإسلامي،ط١، الأهالي للطباعة والنشر، سوريا، دمشق،٢٠٠٠.
٩. محمد علقة، نظام الاسرة في الاسلام، ط١، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، ١٩٨٩.

سادساً- كتب القانون:-

١. . أحمد علي جردات، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية الاردني،ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠١٢.
٢. أحمد ابلش،حماية الاسرة،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٢.
٣. أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون ، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، دون ذكر سنة النشر.
٤. أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية ،العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، دون ذكر سنة نشر.
٥. أحمد محمد حسن القضاة،الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد،ط١،المكتبة الوطنية، عمان، الأردن،٢٠١٢.
٦. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١.

٧. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الاسرة المغربي،دار الكتب القانونية، مصر،٢٠١٠

٨. حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي والقانون،ط١، دار اشبيليا للنشر والتوزيع، السعودية، الرياض، دون ذكر سنة النشر.

٩. حسن كشكول، عباس السعدي، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) وتعديلاته، المكتبة القانونية، بغداد، شارع المتنبي، دون ذكر سنة النشر.

١٠. حيدر حسين كاظم الشمري، إشكاليات الرحم البديل وإثبات النسب في صور الإخصاب الاصطناعي،ط١، المركز القوي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، ٢٠١٦.

١١. حيدر حسين كاظم الشمري، التفريق للضرر الواقع من الزوجين بين الشرائع السماوية والتشريعات الوضعية، ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ٢٠١٩.

١٢. حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في أحكام الزواج والطلاق واثارهما،ط١، دار الوارث، كربلاء المقدسة، ٢٠٢٠.

١٣. حيدر حسين كاظم الشمري، صفاء متعب الخزاعي،التفريق القضائي للإيذاء الجنسي الواقع بين الزوجين، ط١،المركز العربي للنشر والتوزيع،مصر،٢٠٢٢.

١٤. ربيع محمد الزهاوي، التفريق القضائي للعنة والعقم والعلل،ط١، دار السنهوري، بغداد، ٢٠١٩.

١٥. ربيع محمد الزهاوي، عالم دعاوى محاكم الاحوال الشخصية، ط١، دار السنهوري، بغداد، ٢٠١٣.

١٦. صفوان محمد عضيبات، الفحص الطبي قبل الزواج دراسة شرعية وقانونية،ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠٠٩.

١٧. عبد المجيد الحكيم ، عبد الباقي البكري، محمد طه البشير، نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، دار السنهوري، بغداد، ٢٠١٥.

١٨. عدنان محمود،أحكام الحيض والطهر إبان الطلاق،مكتبة صباح، الكرادة،بغداد،٢٠١٦.

١٩. عمر سليمان الاشقر، الواضح في شرح قانون الاحوال الشخصية الاردني، ط٨، دار النفائس، عمان، الاردن، ٢٠٢١.

٢٠. فاروق عبد الكريم، الوسيط في شرح قانون الشخصية العراقي، ط٤، مكتبة يكدار، العراق، ٢٠٢٠.

٢١. فوزي أكرم، شرح مدونة الاسرة المغربي، ط١، دار طنجة، المغرب، ٢٠١٩.

٢٢. محسن شفيق ناجي، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي،ط١، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٦٢.

٢٣. محمد الكشبور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الناشر نادي الطلبة والباحثين في العلوم القانونية، ٢٠٠٨.

٢٤. محمد احمد شحاته حسين، شرح قانون الاحوال الشخصية الاماراتي، ط١،ج١، دار الكتب والدراسات العربية، الاسكندرية، ٢٠١٧.

٢٥. محمد الازهر، شرح مدونة الاسرة المغربي،ط٧، الدار البيضاء، المغرب، ٢٠١٥.

٢٦. محمود على السرطاوي، شرح قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم (١٥) لسنة (٢٠١٩)، دار الفكر، عمان، الاردن، ٢٠٢١.

٢٧. مراد زعيمي، علم الاجتماع، رؤية نقدية، مؤسسة الزهراء للفنون الشعبية،الجزائر،٢٠٠٤.

٢٨. مصطفى أبراهيم الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق، ط١، احسان للنشر و التوزيع، ٢٠١٤.

٢٩. مصطفى الزلمي، احكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي والقانون، ط١، دار احسان للنشر والتوزيع، كردستان العراق، ٢٠١٤.

٣٠. مصطفى راشد الكلأبي، دور القيم الاجتماعية في السياسة الجزائية،ط١، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠٢٢.

٣١. معوض عبد التواب، الصيغ الشرعية لدعاوى الاحوال الشخصية،ط٢، دار الوفاء، المنصورة، ١٩٨٨.
٣٢. مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الانسان، حقوق الانسان والسجون، منشورات الأمم المتحددة، سلسلة التدريب المهني رقم ١١، ٢٠٠٤.
٣٣. منذر الشاوي، مدخل في فلسفة القانون،ط١، دار الذاكرة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠١١.

سابعاً- الكتب الطبية:-

١. ان ماكغريغر، ترجمة هنادي مزبودي، سن اليأس والعلاج الهرموني البديل، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ١٤٣٤هـ.
٢. سيبرو فاخوري، موسوعة المرأة الطبية، ط٦،دار العلم للملايين، بيروت، لبنان ، ٢٠٠٦.
٣. عبد الفتاح أحمد أبو كليلة، الفحص الطبي قبل الزواج، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٨.
٤. عبد المجيد القضاة، الفحص الطبي قبل الزواج، المكتبة الوطنية، عمان، ٢٠٠٣.
٥. غسان جعفر، أمراض العصر، ط١، دار المناهل للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ٢٠٠٣.
٦. فاطمة عبد الخالق، التقدم في أمراض النساء، ط٢، جامعة المنوفية، مصر، ٢٠٠٢.
٧. كنعان أحمد محمد، الموسوعة الطبية الفقهية،ط٣، دار النفائس، لبنان، ٢٠١٠.
٨. محمد خالد، الاحكام الطبية المتعلقة بالنساء،ط٢،دار النفائس،عمان،الاردن،١٩٩٩.

ثامناً- الرسائل والاطاريح الجامعية:-

١. أحمد موسى عبد الرحمن، قاعدة الدفع أولى من الرفع وتطبيقتها الفقهية، اطروحة دكتوراه قدمت الى جامعة العلوم الاسلامية العالمية، كلية الدراسات العليا، الاردن، ٢٠٢٢.

٢. سارة محمد عبد الرحمن،برنامج مقترح للمقبلين على الزواج،رسالة ماجستير قدمت الى كلية النجاح، فلسطين،٢٠١٧.

٣. علاق عبد القادر، الفحص الطبي قبل الزواج، أطروحة دكتوراه قدمت إلى جامعة أو بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسة، تلمسان، الجزائر،٢٠١٣.

٤. يسرى صبري داخل الساعدي، احكام الشروط المقترنة بعقد الزواج، اطروحة دكتوراه قُدمت الى جامعة بغداد_ كلية القانون، ٢٠٢١.

تاسعاً- البحوث العلمية:-

١. طلال خلف حسين، العقم بين الشريعة والطب،مجلة اداب الفراهيدي، العدد:٢٧ ، أيلول ، ٢٠١٦.

٢. علي حسين محمود، تعدد الزوجات في الشريعة والقانون، بحث مقدم إلى المعهد القضائي العراقي، ٢٠١٢.

٣. غيداء عبد الله الجويسر، عبيد علي عيطان، دور برامج التأهيل في التوعية بالتخطيط للزواج وبناء الأسرة، مجلة جامعة الملك عبد العزيز،عدد١، ٢٠١٣.

٤. مالك ابو نصير، نظرية الظروف الطارئة، المجلة القانونية، عدد١، ٢٠١٤.

٥. محسن بن على الحازمي، أمراض الدم الوراثية، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الاسلامي، السنة الثامنة عشرة، العدد عشرون، ٢٠٠٥.

٦. منصور عبد الرحمن، د.مشاري بن عبد الهادي، البرنامج الارشادي، قبل الزواج،مجلة دفاتر مخبر المسألة التربوية في الجزائر في ظل التحديات الراهنة، عدد ١، ٢٠١٥.

٧. ناصر الميمان، نظرة فقهية للارشاد الجيني، بحث منشور في مجلة جامعة ام القرى لعلوم الشريعة واللغة، العدد ٢٠.
٨. نذير ياسمينة، أهمية التشخيص الجيني الدوري عند الحوامل بالثلاسيميا للحد من الاصابات الخلقية، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق، المجلد الخامس عشر، العدد الثاني، ١٩٩٩.
٩. يوسف عطية حسن كليبي،اشتراط دورة تأهيلية للمقبلين على الزواج،المجلة الدولية للدراسات الاسلامية المتخصصة، العدد ١، ٢٠١٩.

عاشراً- المواقع الالكترونية:-

١. موقع اجتهادات محكمة النقض المغربية/
http://www.juris.courdecassation.ma/

٢. موقع مجلس القضاء الأعلى العراقي/

https://www.sjc.iq/index-ar.php

٣. موقع وكالة الأنباء الأردنية/
https://petra.gov.jo/Include/InnerPage.jsp?ID

احدى عشر- القرارات القضائية:-

١. أحمد محمد علي داود، القرارات الاستئنافية الاردنية في الأحوال الشخصية،ط١ ، مكتبة دار الثقافة، عمان، الاردن، ١٩٩٩.
٢. جاسم جزاء جافر هورامي، الجامع لأهم مبادئ قضاء محكمة تمييز العراق لأكثر من ستة عقود، ط١، مكتبة يدكار، السليمانية، العراق، ٢٠١٩.
٣. ربيع محمد الزهاوي، النادر والمهم في قضاء محاكم الاحوال الشخصية، دار السنهوري، بغداد، ٢٠١٧.
٤. ربيع محمد الزهاوي، حوار بين قرار القاضي والمبدأ التمييزي والشروحات، دار السنهوري،بغداد،٢٠١٩.

٥. رحيم العتابي، المختار من قضاء محكمة التمييز قسم الاحوال الشخصية ، ط١، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٩.
٦. رحيم حرجان عودة، المختار من قضاء محكمة التميز الاتحادية_ قسم الاحوال الشخصية، مكتبة الصباح، بغداد، ٢٠١٧.
٧. عدنان مايح، مبادئ الأحوال الشخصية،ط١ ، مكتبة الصباح، بغداد، ٢٠١٥.
٨. قاسم فخري الربيعي، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية في القرارات الصادرة من محكمة الاحوال الشخصية في الحلة،ط٢،دار الرياحين،بغداد، العراق،٢٠١٧ .
٩. قاسم فخري الربيعي، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية،ط٢ ،دار الرايحين، بغداد، العراق،٢٠١٧.
١٠. مجموعة الاحكام العدلية، العدد الأول، السنة السابعة.
١١. مصطفى عبيد، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها دائرة الأحوال الشخصية بمحكمة النقض بإمارة أبو ظبي، ط١، دائرة القضاء،٢٠١٤.
١٢. النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الثالثة.

اثنى عشر- القوانين:-

١. القانون المدني الايراني لسنة (١٩٢٨). ترجمة عمار عبد الحسين قاسم، ط٢، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ٢٠٢١.
٢. قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) النافذ المعدل.
٣. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة (١٩٦٩) النافذ المعدل.
٤. وقانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة (١٩٧١) النافذ المعدل.
٥. قانون الاثبات رقم (١٠٧) لسنة (١٩٧٩) النافذ المعدل.
٦. قانون الاحوال الشخصية الإماراتي رقم (٢٨) لسنة (٢٠٠٥) النفاذ المعدل. والمذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، ملحق مجلة الشريعة والقانون ،العدد السادس والعشرون ،إبريل، ٢٠٠٦.

٧. مدونة قانون الأسرة المغربي رقم (٢٥) لسنة (٢٠١٦) النافذ المعدل.
٨. قانون اصلاح النزلاء والمودعين العراقي رقم (١٤) لسنة (٢٠١٨).
٩. قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم (١٥) لسنة (٢٠١٩).

ثلاثة عشر- الكتب باللغة الأجنبية:-

1. Maria Kefalas, Marriage is more than being together, The meaning of Marriage among young adults in the United States, Network on Translition to Adulthood Research Network sept, 2005.
2. Stahmann, Premarital counseling, a focus for family therapy, Journal of Family Therapy,2000.
3. Laurenceau ،Community-Based Prevention of Marital , Journal of Consulting and Clinical Psychology, 2004.
4. Vail, Reducing the Divorce Rate Among Christians in America, Premarital Counseling a Prerequisite for Marriage, Master Thesis Liberty University Baptist Theological Seminary, North Carolina, USA,2012.
5. Yadapanah,effectiveness of the premarital education , iran, thran, 2014.
6. Carroll,evaluating the effectiveness of premarital education, research house , America,2003.

Abstract

If we contemplate the process of dissolution of the marital bond from its social framework, we will see that its legislation comes as a license and exception to save the family from collapse and displacement. Therefore, Islamic law, above all, directed society to place barriers and restrictions in front of the spouses to restrict their desire to achieve the termination of the marriage contract, and in the same approach the legal legislation followed And the legislators of the personal status law in this regard are working on two parallel axes: The first axis: - is represented by the consolidation of positive principles and values that contribute to the upgrading of the family and its reunification and non-dispersion, and this axis represents the positive role in legislative policy, which can be achieved by several means, perhaps the most important of which is personal rehabilitation And a medical examination for those about to get married, as well as activating the positive role of the judge in cases of separation between spouses, and similar legislative policies. And the second axis: - It is represented by placing restrictions and barriers in the way of the spouses to restrict their desire to achieve the termination of the marriage contract, and this axis represents the negative role in legislative policy. As a result of the foregoing, positive law will be the tool that achieves the desired goal or the executive tool in the legislative policy to limit the dissolution of the marital bond. In view of this, we find that the legislators of the Personal Status Law have set a set of rules that regulate the dissolution of the marriage contract in general, and ways to limit separation in particular, in order to reduce the process of separation or reduce it to the lowest possible extent, by formulating these rules in a clear and precise formulation and language Sound legal and sequential texts complement each other, but with the effort exerted by the drafters of this law to ensure the integrity of its texts and provisions, we find, on the other hand, that the human soul is bound to imperfection, error and forgetfulness. Therefore, it was rare to find an integrated law devoid of deficiency or error, and from here we found, through the approach and comparison between the suspension of the Iraqi personal status law and the legislation in question, that the policy of the Iraqi legislator is characterized by absoluteness, as it permitted the request for separation as soon as the reason for the division was achieved without restrictions. It narrows its scope, in addition to the absence of measures or policies that can contribute to limiting the separation between the spouses, and on the contrary, we find that the comparative legislation has been strict about this matter, imposing several restrictions and measures on it, and the statement of this is what we focused on and tried to address in the folds of the research.

University of Karbala

College of Law

Special section

The role of legislative policy to limit the dissolution of the marital bond

(Comparative study)

A thesis submitted by the student

Hussein Kanaan Falih

To the Council of the College of Law University of Karbala

As part of the requirements for obtaining a doctorate in private law

with supervision

Prof. Dr

Makki Abdul Al-Rubaie

Prof. Dr

Haider Hussein Al-Shammari

AD 2025 **AH 1446**