حكومة اقليم كوردستان– العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة تيشك الدولية

كلية القانون/ قسم القانون

التفريق القضائي في قانون الحوال الشخصي

وهو جزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في القانون العام مقدم

الى كلية القانون في جامعة تيشك الدولية

من قبل الطالبة:

ڕاژان سەرباز كريم

بإشراف: أ.م. خالد جلال محدين

2023

قال تعالى:

وقل ربي زدني علما

سورة ابراهيم أية (113)

الإهداء ..

_ الى الذين مهدوا لنا طريق العلم والمعرفة.

- **الى جميع أساتذتنا الأفاضل، ...**

خصوصاً استاذنا المشرف : أ.م. خالد جلال محدين

- **الى من جرح الكاس فارغا ليسقانا قطرة حب " اباءنا وامهاتنا"**

الباحثة

شكر و تقدير ...

- أول مشكور هو الله عز وجل .
- والدانا على كل مجهوداتهم منذ ولادتنا الى هذا اللحظات .
- كل من ساهم معنا في اعداد هذا البحث و لو بكلمة.
- نشكر على وجه الخصوص استاذنا الفاضل :
- أ.م. خالد جلال محدين

الباحثة

المقدمة

الحمد لله الذي جعل الزواج آية من آياته، وجعل بينهما (الزوج و الزوجة) مودة ورحمة، وجعلها آية لقوم يتفكرون، وتعد الأسرة الحجر الأساسي لبناء المجتمع، وهي اللبنة الأولى والخلية الأساسية التي يتكون منها المجتمع، وحفظها من الضروريات الأساسية الشرعية والقانونية، من أجل ذلك حددت الشريعة والقانون حدودا لحفظ الأسرة كأساس لمؤسسة الإجتماعية الإنسانية، اذا كانت العائلة تقوم على الأخلاق والألوفة والاحترام تقلل آثارها السلبية على المجتمع، وإذا كان عكس هذه في المجتمع التعامل والعنف تتزايد من الحالات إلى الظاهرة وذلك لأسباب كثيرة منها الاجتماعية والنفسية والاقتصادية والأخلاقية أيضا التي تختلف من الأسرة الى الأخرى بل من المجتمع الى الأخرى، ولحماية الطرف المتضرر في العلاقة الزوجية وعدم استغلاله فقد نظم قانون الأحوال الشخصية العراقي مواد قانونية، والتفريق القضائي هو أحد الحلول التي وضعها الشرع وسارعليها القانون لحل المشكلات الزوجية.

إن التفريق كمصطلح يختلف عن الطلاق، لأن الطلاق يقع باختيار الزوج وارادته، أما التفريق فيقع بحكم قضائي لتمكين المرأة من إنهاء الرابطة الزوجية جبرا عن الزوج، اذا لم ينجح وسائل الاختيارية في الاصلاح ذات البين أو طلاق أو خلع.

والأسباب الدافعة للجوء الزوجة الى طلب التفريق القضائي في إنهاء العلاقة الزوجية، هي وقوع الضرر وسوء العشرة، بمعنى أن الزوجة تدعي أنه وقع عليها ضرر، أو زوجها يسيء عشرتها بحيث تتعذر استقامة الحياة الزوجية بالمعروف.

قضت حكمة الشريعة أن يكون الطلاق بيد الزوج، ومع هذا قد اقتضت عدالتها أن تمنح الزوجة حق المطالبة بالطلاق في الحال الذي لايبقى لكرامتها وحقها وجود، وأوجبت على القاضي أن ينظر إلى طلبها في مثل هذا الحل.

أهمية البحث:

واهمية التفريق تمكن في تنظيم الحياة الإنسانية والوقوف في وجه من يحاول التعسف في استخدام حقه باسم القوامة والتقصير في أداء حقوق المرأة، والوقوف مع جانب عدالة الشريعة وأهمية القانون في الدقة والعمق في النظام والتنظيم وحماية حقوق الانسان، ودخلت في أهم باب الحياة من حيث القانون (الأحوال الشخصية) لأنه متعلقة باللبنة الأساسية في المجتمع الانساني وهي الأسرة ونشر الفقرات القانونية بشكل مبسط وملائم مع البيئة التي فيها المشاكل الزوجية، ولتوعية الآخرين خصوصا النساء.

أهداف البحث:

قد هدفت الى بيان مفهوم التفريق القضائي كحل من الحلول لمشكلات الزوجية، وبيان مضمون القانون الأحوال الشخصية في هذا المحور كأحد المحاور لحماية حقوق المرأة.

سبب اختيار الموضوع:

إن الله عز وجل شرع الزواج بين الرجل والمرأة لتحقيق معاني الإحصان والعفاف والسكون في الزوجين كليهما وهذا قد تتوافر بمراعات قواعد الأخلاقية، ولكن أحد الزوجين أحيانا الالتزام بقاعدة أو أكثر من القواعد الأخلاقية، ففي هذه الحالة يتعدى الإساءة من الزوج إلى الزوجة أو بالعكس، وبسبب عدم معرفة حقوقهما سواء كان حقوق الزوج أو الزوجة يضيع الحق بالخصوص حق الزوجة، وهذا سبب اختيار البحث لتوضيح القوانين المتعلقة بأقسى حالة الزوجية وهي التفريق.

خطة البحث:

لأجل ذلك، فقد قسم الباحثة بحثها إلى: مقدمة وثلاثة مباحث، والمقدمة تتضمن أهمية البحث، وأهداف البحث، وسبب اختيار الموضوع وخطة البحث، وخاتمة فيها أهم النتائج والتوصيات، وثلاثة مباحث على الشكل التالي:

المبحث الأول: التفريق القضائي والحالات التي يحق فيها للزوجة طلب التفريق وتفريق الشقاق.

ويتكون من مطلبين:

المطلب الأول: تعريف التفريق القضائي والحالات التي يحق فيها للزوجة طلب التفريق.

المطلب الثاني: التفريق للشقاق وأحكامه

المبحث الثاني: أسباب التفريق

يتكون من مطلبين:

المطلب الأول: التفريق بسبب العيب والعلل

المطلب الثاني: طلب التفريق لعدم الانفاق وطلب التفريق قبل الدخول

المبحث الثالث: كيفية اثبات أسباب التفريق ونوع الفرقة.

يتكون من المطلبين:

المطلب الأول: كيفية اثبات أسباب التفريق

المطلب الثاني: نوع الفرقة إذا أوقعها القاضي

المبحث الأول

التفريق القضائي والحالات التي يحق فيها للزوجة طلب التفريق وتفريق الشقاق

ويتكون من مطلبين:

المطلب الأول: التفريق القضائي والحالات التي يحق فيها الزوجة طلب التفريق

المطلب الثاني: التفريق الشقاق وأحكامه

المبحث الأول: التفريق القضائي والحالات التي يحق فيها الزوجة طلب التفريق وتفريق الشقاق

في الحقيقة إن الزوجية سنة من سنن الله سبحانه وتعالى في خلقه، وهي الطريق الصحيح الذي جعله الله عز وجل للتولد والتكاثر واستمرار الحياة بين الناس، ولم يترك للفوضى في الغريزة مكان، بل أرشد ووجه الخلق إلى الطريق والمنهج الصحيح للحياة بين الناس والتكاثر بما يحفظ كرامة الإنسان، وإن الاستمرار مع الاستقرار في الحياة بين الزوجين هي الغاية المهمة التي حرص عليها الشريعة والقانون، وجعل الصلة والعلاقة بين الزوجين من أوثق الصلات والعلاقات وسماها الميثاق! ومع ذلك فقد يعتري الحياة الزوجية بعض المشاكل والمصاعب والخلاف أو الشقاق بين الزوجين ويصل لدرجة أن يمنع استمرار الحياة المشتركة بينهما فيبغي ويتعدي أحد الزوجين على حق الآخر فيتطلب الأمر رد التعدي إلى الصواب.

وبما أن الطلاق بيد الرجل وليس بيد الزوجة وهو يستخدمه متى شاء ومع ذلك فإن الشريعة والقانون هما قد أعطت للمرأة ما يحفظ لها حقها وكرامتها من تعدي زوجها وإضراره بها فمنحت للزوجة حق طلب التفريق القضائي وإنهاء الزواج.

المطلب الأول: التفريق القضائي والحالات التي يحق فيها الزوجة طلب التفريق

إن التفريق القضائي إنما هو وسيلة لإنقاذ المرأة من الظلم، ولتمكين المرأة من إنهاء الرابطة الزوجية جبرا على الزوج إذا لم تنجح الوسائل الإختيارية من طلاق أو خلع ولتأديب الرجل الذي لايراعي حقوق المرأة، فهو الحل الشرعي الأمثل لمعالجة مشاكل التعسف ضد المرأة.

تعريف التفريق القضائي: حل قيد الزواج بطلاق يوقع من قبل القاضي بناء على طلب من الزوج أو الزوجة عند تحقق الأسباب القانونية. [1]

خصص المشرع ستة مواد للتفريق القضائي إبتداء بالمادة الأربعين وإنتهاء بالمادة السادسة والأربعين، وحدد في ثلاثة من تلك المواد الحالات التي تجوز فيها المطالبة بالتفريق من قبل الزوجين أو الزوجة، فخصص المادة الأربعين للحالات التي يجوز فيها لكل من الزوجين المطالبة بالتفريق، وخصص المادة الحادية والأربعين كذلك لحالات الخلاف والشقاق، ومنح الحق فيها لكل من الزوجين في طلب التفريق، وخصص المادة الثالثة والأربعين للحالات التي يحق فيها للزوجة وحدها طلب التفريق. أما المواد الثلاثة الأخرى فإنها تخص تحديد نوع الطلاق الواقع وبعض الأمور الإجرائية و وسائل الإثبات.

الحالات التي يحق فيها الزوجة طلب التفريق:

المادة الثالثة والأربعين متخصصة بالأسباب التي يحق للزوجة أن تطلب التفريق، وذلك لأسباب رئيسية وهي:

1 – بعد الزوج عنها بأي سبب.

2 – إصابة الزوج ببعض الأمراض والعلل.

3 – عدم الإنفاق الزوج عليها.

4 – طلب التفريق قبل الدخول بدون سبب.[1]

---

[1] الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959، الأستاذ الدكتور فاروق عبدالله كريم، ص 231، الطبعة الثالثة 2019، المطبعة يادكار.

[1] الوجيز في شرح الأحوال الشخصية وتعديلاته، الدكتور أحمد الكبيسي، الجزء الأول (الزواج والطلاق وآثارهما) ص 159 – 169 باختصار يسير، المكتبة القانونية – بغداد.

وذلك على النحو التالي:

أولا: طلب التفريق بسبب بعد الزوج عن الزوجة:

وردت في المادة الثالثة والأربعين حق الزوجة لطلب التفريق عند توفر أحد أسباب الآتية:

(1) [إذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه].

(2) [إذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين فأكثر بلا عذر مشروع وإن كان الزوج معروف الإقامة وله مال تستطيع الإنفاق منه].

(3) [إذا لم يطالب الزوج زوجته غير المدخول بها للزفاف خلال سنتين من تأريخ العقد، ولا يعتد بطلب الزوج زفاف زوجته إذا لم يكن قد أوفى بحقوقها الزوجية].

لهذه المادة بعد الزوج عن الزوجة أشكالا متعددة:[1]

الشكل الأول:

حبس الزوج، فإذا حكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية، أن المشرع أعطى الزوجة حق طلب التفريق بمجردة صدور الحكم على الزوج. وكان من الأحوط لو أنه أعطاها هذا الحق بعد مرور السنة على تنفيذه تحسبا لإحتمالات الإفراج عنه حيث يصدر عفو عن المحكومين.

الشكل الثاني:

هجر الزوج لزوجته لمدة سنتين فأكثر بلا عذر مشروع سواء أكان الزوج معروف الإقامة أو مجهولها. فإذا سافر الزوج للدراسة، أو للتجارة، أو للوظيفة، أو للعمل، وغاب عن زوجته لمدة سنتين فلا هو راجع إليها ولا

[1] الوجيز للكبيسي: ص 160

هي لاحقة به، فإن هذا الضرر أكيد لها ولو كان له مال تنفق الزوجة منه، لأن الزوجية ليست مجرد نفقة، وإنما هي سكن وألفة ومودة.

الشكل الثالث:

إحجام الزوج عن طلب زفاف زوجته غير المدخول بها خلال سنتين من تأريخ العقد، لأن هذا نوع من أنواع الهجر، فقد تركها زوجها معلقة لا هي خلية ولا هي بذات زوج.

الشكل الرابع:

الحكم على الزوج بجريمة خيانة الوطن: فقد أصدر مجلس قيادة الثورة قراره المرقم (1708) والمؤرخ في (1981/12/17) بما يلي: يحق للزوجة التي صدر حكم قضائي بإدانة زوجها بجريمة خيانة الوطن أن تطلب التفريق مع احتفاظها بكامل حقوقها في الصداق والمؤجل والنفقة وسائر الحقوق الأخرى.

الشكل الخامس:

الهروب من الخدمة العسكرية. ففي هذه الحالة لا يقدر الزوج على البقاء في بيت الزوجية فهو هارب من الخدمة العسكرية أصلا. وهارب من الخدمة الزوجية تبعا. فقد صدر قرار مجلس قيادة الثورة المرقم (1529) والمؤرخ في (1985/12/13) بما يلي:

أولا: للزوجة طلب التفريق من زوجها إذا تخلف أو هرب من أداء الخدمة العسكرية مدة لا تزيد على ستة أشهر، أو هرب إلى جانب العدو، وعلى المحكمة أن تحكم بالتفريق مع الاحتفاظ للزوجة بكامل حقوقها.

ثانيا: يعتبر التفريق بموجب هذا القرار طلاقا رجعيا يجوز للزوج مراجعة زوجته إذا التحق بالخدمة العسكرية أو عاد من الهروب خلال مدة العدة.

ثالثا: إذا كرر الزوج الهروب وحكم بالتفريق في هذه الحالة يكون طلاقا بائنا بينونة صغرى.

الشكل السادس:

إقامة الزوج خارج القطر لمنعه من الدخول إلى العراق أو امتناعه هو بسبب تبعية جنسيته لدولة أجنبية. فقد أضيف الفقرة (ثالثا) إلى المادة الثالثة والأربعين من قانون الأحوال الشخصية، وذلك بموجب قرار مجلس قيادة الثورة المرقم (1128) والمؤرخ في (1985/6/12) والذي نصه كما يلي:

المادة الثالثة والأربعون: [...ثالثا: أ ـ للزوجة العراقية طلب التفريق عن زوجها المقيم خارج القطر بسبب تبعية جنسيته لدولة أجنبية إذا مضى على إقامته في الخارج مدة لا تقل عن ثلاث سنوات بسبب منعه أو إمتناعه عن دخول القطر.

ب ـ يعتبر تأييد الجهة الرسمية المختصة بإقامة الزوج في الخارج لأغراض هذه الفقرة بديلا عن إجراءات تبليغه بلائحة الدعوى وموعد المرافعة على أن يتم نشر الحكم الصادر على الزوج في إحدى الصحف المحلية][1]

ثانيا: طلب التفريق بسبب الأمراض والعلل:

المادة الثالثة والأربعون:

(4) [إذا وجدت زوجها عنينا أو مبتلى بما لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية، سواء كان ذلك لأسباب عضوية أو نفسية، أو إذا أصيب بذلك بعد الدخول بها، وثبت عدم إمكان شفاءه منها بتقرير صادر عن لجنة طبية مختصة، على أنه إذا وجدت المحكمة أن ذلك سبب نفسي، فتؤجل التفريق لمدة سنة واحدة شريطة أن تمكن زوجها من نفسها خلالها].[2]

(5) [إذا كان الزوج عقيما، أو ابتلى بالعقم بعد الزواج ولم يكن لها ولد منه على قيد الحياة].

(6) [إذا وجدت بعد العقم أن زوجها مبتلى بعلة لا يمكن معاشرته بلا ضرر، كالجذام أو البرص أو السل أو الزهري أو الجنون أو أنه قد أصيب بعد ذلك بعلة من هذه العلل أو ما يماثلها. على أنه إذا وجدت المحكمة بعد الكشف الطبي أن العلة يؤمل زوالها، فتؤجل التفريق حتى زوال تلك العلة. وللزوجة أن تمتنع عن الاجتماع بالزوج طيلة مدة التأجيل. أما إذا وجدة المحكمة أن العلة لا يؤمل زوالها خلال مدة مناسبة وامتنع الزوج عن الطلاق وأصرت الزوجة على طلبها فيحكم القاضي بالتفريق].[1]

نلاحظ في هذه البنود على مسألة التفريق بسبب الأمراض والعلل ما يلي:

1 – إن القانون ساوى بين العنة الحاصلة قبل الزواج والعنة الحاصلة بعد الزواج وهذا حسن جدا.

---

[1] المصدر السابق: ص 160

[2] قانون أحوال الشخصية العراقي: مادة 43، فقرة 4

[1] التفريق بسبب العيوب اللاإرادية في الفقه الإسلامي والقانون العراقي، للقاضي أحمد محمود عبد دعبيل، مكتبة صباح – بغداد، الطبعة الثانية، 2018م، ص 52.

2 – قيد القانون ذلك بعدم إمكانية الشفاء وأوجب أن يثبت ذلك بتقرير طبي صادر عن اللجنة طبية رسمية مختصة.

3 – احتاط المشرع للحالات النفسية التي تؤدي إلى عجز جنسي مؤقت فمنح الزوج مهلة سنة واشترط على الزوجة أن تمكن الزوج من نفسها، وإلا فلا يحق لها طلب التفريق بعد مرور سنة، إذا امتنعت عن فراشه أو كانت غير مساكنه له في بيته.

4 – قيد القانون حالة العقم بأن تكون الزوجة ليس لها ولد من زوجها العقيم، وكان الأجدر بالمشرع أن يطلق الأمر فيقيد حقها بطلب التفريق بأن لا يكون لها ولد من أي زوج كان فإن هذا كاف لإرضاء غريزة الأمومة فيها إذا مات زوجها فإن لها حينئذ طلب التفريق.

5 – أبقى المشرع الباب مفتوحا لدخول أمراض أخرى في البند (6) بإستعماله أسلوب التشبيه لا أسلوب التحديد. فقال: كالاجذام أو البرص أو السل أو الزهري أو الجنون، ولو أنه حذف كاف التشبيه لانحصر السبب في هذه العلل وحدها.[2]

ويشترط لجواز طلب التفريق بسبب الأمراض والعلل ما يلي:

1 – أن تكون الزوجة كبيرة وتتقدم هي بطلب التفريق إلى القاضي، أما إذا كانت صغيرة وطلب وليها التفريق لم يكن للقاضي أن يفرق بينهما لاحتمال رضا الزوجة بالعيب بعد بلوغها.

2 – ألا يصدر منها ما يدل على رضاها بالعيب، أما إذا تزوجته وهي عالمة بحاله، أو لم تكن تعلم ولكنها لما علمت رضيت صراحة أو دلالة فليس لها حق طلب التفريق.

3 – ألا يكون بها عيب يمنع مخالطتها. لأن إمساكها حينئذ لا يتحقق منه ضرر لها.

ثالثا: طلب التفريق لعدم الإنفاق

المادة الثالثة والأربعون:

(7) [إذا امتنع الزوج عن الإنفاق عليها دون عذر مشروع بعد إمهال مدة أقصاها ستون يوما].

---

[2] الوجيز للكبيسي: ص 165.

(8) [إذا تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيبه أو فقده أو إختفائه أو الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على سنة].

(9) [إذا امتنع الزوج عن تسديد النفقة المتراكمة المحكوم بها بعد إمهاله مدة أقصاها ستون يوما من قبل دائرة التنفيذ].[1]

وخلاصة هذه المسألة ما يلي:[2]

1 – يمهل الزوج المتنع عن الإنفاق على زوجته (إعسارا أو إنكارا) مدة ستين يوما قبل التفريق عليه.

2 – إذا أمكن تحصيل النفقة بأي شكل من الأشكال بأن كان له مال ظاهر أو راتب يحجز أو نحو ذلك، فإن الزوجة تمكن من النفقة من هذا المال، ولا يفرق القاضي بينهما.

فإن تعذر ذلك:

أ ـ كعدم وجود مال ظهر.

ب ـ أو لاختفاءه أو فقده.

ج ـ أو الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على سنة، وفي كل ذلك ليس له مال ظاهر.

د – إذا امتنع عن تسديد النفقة المتراكمة المحكوم بها مع المهلة القانونية وهي ستون يوما، فإن المحكمة تلبي طلب الزوجة في التفريق ويعتبر التفريق طلاقا بائنا.

الرابع: طلب التفريق قبل الدخول

المادة الثالثة والأربعون:

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

التوضيح:

---

[1] قانون الأحوال الشخصية العراقي، المادة الثالثة والأربعون، الفقرات 7-8-9

[2] الوجيز للكبيسي: ص 168.

بهذه الفقرة أرح المشرع القضاة والمجتمع من زواج لا يبدو أنه يوفق، فلما أبدت الزوجة، غير المدخول بها رغبتها في الإنفصال عن زوجها، فإن المشرع بادر إلى إعطاءها هذا الحق ما دام الأمر في بدايته، وليس بينهما عشرة يؤسف عليها، ولا ذرية يحسب حسابها. شريطة أن ترد له كل ما أنفقه وما تكبده من نفقات ثابتة بأي وسيلة من وسائل الإثبات المعتبرة في هذا المقام.[1]

المطلب الثاني: التفريق للشقاق وأحكامه

إن الغرض من بناء الحياة الزوجية تكوين وحدة اجتماعية صالحة قوامها التوافق وتعاطف والتراحم بين الزوجين واستثمارها بالنسل وتربية الأولاد والعناية بهم. لكن قد تصبح الحياة الزوجية الهانئة بالشقاق والنزاع والخلافات المستمرة، حيث أن بالشقاق أي الخلاف بين الزوجين يؤدي إلى الأضرار الكبيرة بهما ويتعداه إلى الأولاد، ويتعذر معه استمرار تلك العلاقة التي وصفها القرآن الكريم بالمثاق الغليظ ! ويقرر الله سبحانه وتعالى حكم الشقاق في كتابه العزيز.[*]

المادة الأربعون:

1 – (إذا ادعى أحد الزوجين اضرار الآخر به بما لا يستطاع معه دوام العشرة أو ادعى قيام شقاق بينهما جاز له ان يطلب من القاضي التفريق).

---

[1] الوجيز للكبيسي: ص 169

[*] قال تعالى: ٱ □

ﱠ النساء: ٣٥

2 – (على القاضي قبل اصدار الحكم بالتفريق أن يعين حكما من أهل الزوجة وحكما من أهل الزوج للنظر في إصلاح ذات البين ان وجدا، فان تعذر وجودهما طلب القاضي إلى الزوجين انتخاب حكمين غيرهما فإن لم يتفقا على ذلك انتخبهما القاضي).

3 – (على الحكمين أن يجتهدا في الاصلاح فان تعذر عليهما ذلك رفعا الأمر إلى القاضي موضحين له الطرف الذي ثبت لهما أنه هو المقصر فان اختلفا ضم اليهما القاضي حكما ثالثا).

4 – (إذا ثبت للقاضي اضرار أحد الزوجين بالآخر أو استمرار الشقاق بينهما وعجز عن إصلاحهما وامتنع الزوج عن التطليق فرق القاضي بينهما ويسقط المؤجل من المهر ان كان التقصير من جانب الزوجة. فإذا كانت الزوجة قد قبضت جميع المهر يحكم عليها برد ما يزيد على نصف المهر للزوج).[1]

ويتضح من الفقرة الأولى من المادة الأربعين أن الزوجين متساويان في حق طلب التفريق. وقد ورد في هذه الفقرة الضرر.. والشقاق.. والضرر يختلف عن الشقاق، لأن الضرر قد يحصل بين الزوجين إذا كان أحدهما يساكن الآخر، وقد يحصل إذا كان أحدهما بعيدا عن الآخر: كأن يهجر الزوج زوجته أو يضارها بأي نوع آخر.

أما الشقاق فلا يكون إلا إذا كان أحدهما يساكن الآخر، ويعاشره في منزل آخر، ويتضح هذا من لفظة (الشقاق) التي تدل على الفعال وهذه لا تكون إلا من الجانبين، فإذا حدث الشقاق وهجر أحدهما الآخر كان هناك احتمال لقيام الضرر أيضا. وقد ورد في هذه الفقرة: (لا يستطاع معه دوام العشرة) وهو قيد احترازي من الضرر الطارئ عفوا من غير قصد، أم من الشقاق الحاصل لأول مرة، فإن هذا لا يبيح – في رأي القانون للزوجة أن تطلب التفريق من أجله، فإذا أخطأ الزوج مرة وتطاول على زوجه فإن هذا لا يبرر طلب التفريق، لأن الضرر هنا ليس مما (لا يستطاع معه دوام العشرة) فإن الرجل يستطيع أن يتلافى هذا الخطأ. ولكن إذا تكرر منه ذلك جاز للزوجة أن ترفع أمرها وتطلب التفريق.

ونصت الفقرة الثانية من هذه المادة على إرسال الحكمين، والطريقة المثلى هي انتخاب حكم من أهل الزوج توافق عليه الزوجة، وانتخاب حكم من أهل الزوجة يوافق عليه الزوج، وإن لم يتم الإتفاق تعين المحكمة حكمين من أهلهما.

والفقرة الثالثة ظاهرة المعنى، وليس فيها إلا ضم حكم ثالث عند اختلاف الحكمين.

---

[1] قانون الأحوال الشخصية العراقي، المادة 40

وتنص الفقرة الرابعة على ما إذا ثبت للقاضي إضرار أحد الزوجين بالآخر، أو استمرار الشقاق بينهما ولم يستطع الاصلاح، فإنه يعرض الطلاق على الزوج، فإن امتنع عن الطلاق فإن القاضي يفرق بين الزوجين، وليس للزوجة مهر مؤخر في هذه الحالة إن كانت هي سبب التقصير، وإذا كانت قد قبضت جميع مهرها فإن القاضي يحكم برد ما يزيد على نصف المهر للزوج، ويكون هذا في نفس الحكم بالتفريق. [1]

ويعتبر التفريق بسبب الشقاق طلاقا بائنا "بينونة صغرى" [2] ، كما وردت في المادة الثانية والأربعون: (التفريق بسبب الضرر والشقاق يعتبر طلاقا بائنا بينونة صغرى).

بينت هذه المادة الأثر الذي يترتب على التفريق الذي يكون بنتيجة الضرر والشقاق، أن التفريق للضرر يقع به طلاق البائن البينونة الصغرى وكذلك التفريق للشقاق.

ومن الآثار المترتبة على هذا التفريق – بسبب الضرر والشقاق – وجوب المهر المؤجل على الزوج إن كان دخل بالزوجة، أو وجوب نصف المهرين إن لم يدخل بها. وكذلك عدد الطلقات. ووجوب العدة على الزوجة ابتداء من تأريخ التفريق، فإذا اقتر حكم المحكمة بتصديق مجلس التمييز عليه، فعلى الزوجة الانتظار أيضا وعدم التزوج حتى تنتهي مدة اعادة النظر وإن كانت مدة العدة قد انتهت، وذلك احتياطا لقرار اعادة النظر.. فمن المحتمل أن يكون مجلس التمييز قد صادق على الحكم وانتهت العدة، ثم نقض قرار التمييز والمحكمة تبعا لقرار وزارة العدل.

قرارات محكمة تمييز اقليم كردستان

---

[1] شرح قانون الأحوال الشخصية، علاء الدين خروفة، ص 22، 34-36، 42، طبعة المعارف – بغداد (1383هـ - 1963م).

[2] ينقسم الطلاق البائن إلى قسمين: بائن بينونة صغرى، وبائن بينونة كبرى.

1 – البائن بينونة صغرى: وهو أن يكون لمرة واحدة أو مرتين. وحكمه: هو أن للزوج قبل إنتهاء العدة أو بعده استئناف الحياة الزوجية معها بعقد جديد ورضائها ومهر جديد وإذن الولي عند من يشترط ذلك كما في انشاء الزواج للمرة الأولى.

2 – البائن بينونة كبرى: وهو كل طلاق لمرة الثالثة سواء كان بمقابل أو بدونه فإذا تم استفاء الطلقات الثلاث تترتب عليه الأحكام الآتية:

أ – عدم جواز بقاء الزوجة في بيت الزوجية لأنها أصبحت بائنة محرمة على الزوج.

ب – عدم جواز إعادة الزوجة لا بالرجعة ولا بزواج جديد حتى تنكح زوجا غيره.

ج – للزوجة بعد انتها عدتها أن تختار زوجا آخر شريكا لحياتها الزوجية.

د – يجوز لها الرجوع إلى الزوج الأولى بالشروط التالية:

- أن تتزوج زوجا آخر زواجا شرعيا طبيعيا بعيدا عن حيلة والتحليل وأن يدخل بها الزوج الثاني دخولا شرعيا.
- أن تحصل الفرقة بينهما بطلاق أو تفريق قضائي أو وفاة.
- أن تنتهي عدتها من هذه الفرقة.

انظر: أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، البروفيسور الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي، ص 125 – 126، الطبعة الرابعة 2011 اربيل.

العدد: 326 / هيئة الأحوال الشخصية / التأريخ: 2017/4/30

المبدأ (**على الزوجة اثبات دعوى التفريق للضرر بالبينة القانونية المعتبرة ليحكم لها بالتفريق وبعكسه يكون الدعوى واجبة الرد**)

ادعت المدعية لدى محكمة الاحوال الشخصية في السليمانية بأن المدعي عليه هو زوجها الداخل بها شرعا ولها من الفراش الزوجية طفلين وحيث أن المدعى عليه الحق بها ضررا ويعتدي عليها بالضرب والسب بحيث يتعذر معها استمرار الحياة الزوجية، لذا طلبت دعوى المدعى عليه للمرافعة والحكم بالتفريق بينهما وتحميليه مصاريف الدعوى واتعاب المحاماة. وبنتيجة المرافعة الحضورية العلنية أصدرت محكمة الأحوال الشخصية في السليمانية بعدد 1099/ش/2015 وبتأريخ 2017/2/5 حكما حضوريا قابلا للتمييز يقضي بالتفريق بين المتداعيتين واعتباره طلاقا بائنا بينونة صغرى بحيث لا يحل للمدعي عليه مراجعة المدعية الا بعقد ومهر جديدين واعتداد المدعية بالعدة الشرعية البالغة ثلاثة قروء واعتبار من تأريخ صدور القرار وأن لا تتزوج من رجل آخر الا بعد انقضاء عدتها واكتساب القرار الدرجة القطعية وتحميله مصاريف الدعوى واتعاب المحاماة لوكيله المدعية مبلغا قدره خمسة عشرة ألف دينار. ولعدم قناعة المدعى عليه بالحكم المذكور بادر إلى الطعن فيه تمييزا لدى محكمة تمييز إقليم كردستان طالبا نقضه بموجب العريضة التمييزية المدفوع عنها الرسم القانوني بتأريخ 2017/2/14 ولدى ورد الاضبارة إلى هذه المحكمة سجلت ووضعت في قيد التدقيق والمداولة:

القرار//

لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية مشتملا على أسبابه لذا فقرر قبوله شكلا، ولدى عطف النظر على الحكم المميز تبين أنه غير صحيح ومخالف للشرع والقانون وسابق لأوانه حيث لم يتم اثبات الدعوى بالبينة القانونية المعتبرة وأن بيان المدعى عليه أما باحثة الاجتماعية بإساءتها للمدعية لا يعتبر دليلا للأثبات دعوى التفريق للضرر التي تستوجب اثباتها أمام المحكمة وليس خارجها فتقرر نقض الحكم المميز وإعادة الدعوى إلى محكمتها للسير فيها وفق المنوال أعلاه وصدر القرار بالاتفاق في 2017/4/30.
(1)

[1] القاضي صباح حسن رشيد، قرارات محكمة تمييز إقليم كردستان قسم أحوال الشخصية، الطبعة الثالثة 2018 مطبعة روزهةلات/اربيل، ص 385.

المبحث الثاني: أسباب التفريق

ويتكون من مطلبين:

المطلب الأول: التفريق بسبب العيب والعلل

المطلب الثاني: طلب التفريق لعدم الانفاق وطلب التفريق قبل الدخول

المبحث الثاني: أسباب التفريق

لكل من الزوجين طلب التفريق عند توفر الأسباب كما نصت المادة الأربعون. نركز على التفريق بالضرر بخصوص العيب والعلل وعدم الإنفاق. والمقصود من الضرر قسمان: للإرادي أو الإرادي، الضرر اللاإرادي هو ما لا يكون لإرادة أحد الزوجين، كالضرر الناشئ عن العلل والأمراض والعاهات والأمراض المنفرة. أما الضرر الارادي هو أن يكون منشأه عملا أو قولا إراديا لأحد الزوجين أو كليهما مباشرة أو تسببا، سواء أكان الضرر ماديا كالضرر المترتب على عدم الإنفاق، أم معنويا كحرمان الزوجة من التمتع الجنسي بسبب غيبة الزوج أو هجره.

المطلب الأول: التفريق بسبب العيب والعلل:

الزواج هو ميثاق غليظ من أهم المواثيق الإنسانية، لأنه معاهدة لتكوين الأسرة التي هي اللبنة الأساسية لبناء المجتمع، وهذه المعاهدة تقوم على أساس المودة والرحمة حتى تكون سبيلا لسكون النفس و وراحة القلب وهدوء البال واشباع الغرائز داخل إطار الأسرة الشرعية والقانونية.

إذا كان يوجد سبب من الأسباب التي يتأثر على هذا الميثاق والرابط الزوجية تأثيرا سلبيا بأحد أسباب الخَلقية أو خُلقية أو مرضا من الأمراض البدنية تمنع التعايش والاستمتاع بنعمة الزوجية، جعل الشريعة والقانون سبيلا عادلا للزوج والزوجة لطلب التفريق بهذا السبب.

والعلل التي يسببها يباح للزوجة أن تطلب من القاضي التفريق بينهما وبين زوجها، نص القانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة الثالثة والأربعون [1] :-

(1) إذا وجدت الزوجة زوجها عنينا أو مبتلى بما يمنع البناء بها فلها، أن تطلب إلى المحكمة التفريق.

(2) إذا أطلعت الزوجة بعد العقد أن الزوج مبتلى بعلة لا يمكن معها معاشرته بلا ضرر الجذام والسل والزوهري والجنون أو أصيب أخيرا بعلة من هذه العلل فلها أن تراجع المحكمة وتطلب التفريق.

(3) إذا وجدت المحكمة بعد الكشف الطبي أن العلة المذكورة في الفقرتين (1،2) من هذه المادة يؤمل زوالها فتؤجل التفريق حتى زوال العلة، وللزوجة أن تمتنع عن الإجتماع بالزوج طيلة مدة التأجيل.

(4) إذا وجدت المحكمة أن العلة لا يؤمل زوالها وامتنع الزوج عن الطلاق وأصرت الزوجة على طلبها فيحكم القاضي بالتفريق.

والعلل التي بسببها يباح للزوجة أن تطلب من القاضي التفريق بينهما وبين زوجها تقسم – على الإجمال إلى قسمين:

1 – علل تناسلية، وهي: الجب والعنة[1] والخصاء[2] والزهري[3] وما إلى ذلك.

---

[1] شرح قانون الأحوال الشخصية، علاء الدين خروفة، ج2 ص 70. ص 84 - 86

[1] (العُنّة: عيب يمنع الانتصاب والانتشار، فلا يتمكن معه الزوج من الوطء.
وفي اصطلاح الفقهاء: العنة هي العجز عن الوطء في القُبُل ، لعدم انتشار الآلة ، وسمي العِنِّين بذلك للين ذكره وانعطافه، مأخوذ من عنان الدابة". إذا فسخ النكاح لأجل العنة، كان للزوجة كامل مهرها، المعجل منه والمؤجل، وعليها العدة في قول الجمهور. وزوجة العنين لها جميع المهر عند الحنفية . انظر: موسوعة الفقهية الكويتية، أصدرتها وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – الكويت، الطبعة الأولى 1420 هـ - 2000م، ج 14، ص 31.

[2] الخِصاء : هو سل الخصيتين ، وهما البيضتان من أعضاء التناسل ، وقد يطلق هذا اللفظ ويراد به : سل الخصيتين ، والذَّكَر وفرَّق بعض العلماء بين الأمرين فقال : إن قطعت أنثياه – الخصيتان - فقط : فهو خصي ، وإن قُطع ذكَرُه : فهو مجبوب. وتعمدُ فعلِ ذلك من قبل الإنسان لنفسه ، أو لغيره : من المحرمات. الموسوعة الفقهية، ج14،ص 33.

[3] داء الزهري هو عدوى بكتيرية تنتشر عادة عن طريق الاتصال الجنسي. وتظهر أولى أعراض المرض في صورة تقرح مؤلم في الأعضاء التناسلية عادةً أو المستقيم أو الفم. وينتشر داء الزُّهري من شخص لآخر عن طريق الجلد أو ملامسة الغشاء المخاطي لهذه القروح. مؤسسة مايو للتعليم والبحث الطبي.
انظر موقع: (www.mayoclinic.org)

2 – علل غير تناسلية، وهي: الجذام[4] والبرص[5] والجنون والسل[6] وغيرها.

نص القانون الأحوال الشخصية العراقي في هذه العلل:

- الفقرة الأولى: من هذه المادة أن الزوجة إذا وجدت زوجها عنينا أو مبتلى بما يمنع البناء بها فلها أن تطلب إلى المحكمة التفريق. ومعنى هذا أن القانون يشير إلى قسم من العلل وهي التناسلية وقد اكتفى القانون بالنص على العنة، وأشار إلى العلتين الباقيتين وهما الخصاء والجب، بقوله (أو مبتلى بما يمنع البناء بها).

فإذا وجدت الزوجة زوجها عنينا فلها أن ترفع أمرها إلى المحكمة، وعلى القاضي أن يستمع إلى دعواها، فإذا أثبتت أن زوجها كذلك أمهله القاضي سنة شمسية (وقيل سنة قمرية)، فإن لم يستطع الوصول إليها خلال تلك المدة فرق القاضي بينهما، والحكمة في هذا الإمهال أن السنة تضمن الفصول الأربعة، ومن الناس من يؤثر عليه فصل دون فصل، فيكون نشاطه الجنسي تابعا لهذا التأثير. ولم يشأ الشارع أن ينتزع من مثل هذا الزوج زوجه إلا بعد أن يستنفد معه آخر الحلول.

والحكم نفسه إذا كان الزوج خصيا. أما إذا كان الزوج مجبوبا فإن القاضي لا يمهله تلك المدة، لأنه ليس هناك أمل في زوال علته وشفائه من مرضه.

---

[4]مرض الجذام) بالإنجليزية (Leprosy) والذي يسمى أيضاً باسم مرض هانسن بالإنجليزية : (Hansen's Disease)هو مرض معدي مزمن، تتم الإصابة به نتيجة عدوى بكتيرية بالبكتيريا المتفطرة الجذامية يؤثر مرض الجذام بشكل أساسي على الجلد، والأعصاب، والأسطح المخاطية في الجهاز التنفسي، ويسبب تقرحات الجلد، وتلف في الأعصاب وضعف في العضلات. انظر موقع: (www.altibbi.com)

[5] يشير المصطلح "البرص" عادةً إلى (المَهَق) وهي مجموعة من الاضطرابات الموروثة حيث يحدث فيها قِلة إنتاج صباغ الميلانين أو انعدام لإنتاجه. وتحدد كمية إنتاج صِباغ الميلانين ونوع صِباغ الميلانين في جسمك لون بشرتك وشعرك وعيونك. كذلك يلعب صباغ الميلانين دورًا في تخليق الأعصاب البصرية، لذا يتعرض المصابون بالبرص لمشاكل في الرؤية. مؤسسة مايو للتعليم والبحث الطبي.
انظر موقع: (www.mayoclinic.org)

[6] السُل مرض معدٍ خطير يُصيب الرئتين في الأساس. تنتقل البكتيريا التي تتسبَّب في الإصابة بمرض السُل من شخص إلى آخر من خلال الرذاذ الذي يخرج في الهواء عبر السعال والعطس. مؤسسة مايو للتعليم والبحث الطبي
انظر موقع: (www.mayoclinic.org)

وبفهم من القول القانون (فلها): أن طلب التفريق من حق الزوجة، فلها أن تستعمله ولها أن تصبر على زوجها مع علته ولا غرابة في هذا فمن الزوجات من تصبر على هذه الحالة مفضلة إياها على التفريق، ابتغاء الميراث مثلا أو طمعا في عيش وفير، ونعم ماتعة في حياة حاضرة.

فإذا طلبت التفريق بسبب العلة من العلل الجنسية فيشترط ألا تكون عالمة بوجودها قبل العقد، وألا يكون بها علة من العلل التي تمنع وصول الزوج إليها (كالرتق والقرن)[1] فإذا كان فيها واحد من هذين فلا حق لها في التفريق ويشترط كذلك أن يكون الزوج سليما فإذا كان به مرض أجل مدة تعادل مرضه، وألا تكون الزوجة راضية بعلة زوجها بعد علمها بها. [2]

- الفرقة الثانية: نصت الفقرة الثانية أن الزوجة إذا أطلعت بعد العقد أن الزوج مبتلى بعلة لا يمكن معها معاشرته كان لها أن تطلب إلى المحكمة التفريق. وضرب القانون مثلا بالعلل الخمسة التي ذكرها، وليس

النص عليها من قبيل الحصر، وإنما هو من قبيل التمثيل ويفهم هذا:

أ ـ من الضابط الذي تقدم على الأمثلة وهو (بعلة لا يمكن معها معاشرته – الزوج – بلا ضرر).

ب ـ من الكاف التي تفيد التشبيه، وكل يوم يكشف العلم العلة جديدة، لذلك كان من الرحمة بالزوجة أن تعطى فرصة طلب التفريق كلما حدث في زوجها علة لا يمكن معها معشرته بلا ضرر.

وكل علة من العلل المذكورة في هذه الفقرة لا يمكن العيش معها، والصبر عليها بلا ضرر، أو بلا نزاع أو شقاق يؤدي بالحياة الزوجية. وقد يؤدي إلى الجرائم.

فإذا طلب الزوجة التفريق لواحدة من هذه العلل المذكورة في الفقرتين الأولى والثانية فعلى المحكمة أن تستعين بأهل الخبرة لتشخيص العلة، وهم الأطباء الاختصاصيون، (فإذا لم يكن التقرير صادرا عن الأطباء الاختصاصين فعلى المحكمة ألا تعمل به، وإلا تتخذه سندا للتفريق بين الزوجين).

فإذا نص هؤلاء الأطباء على أن العلة التي ابتلى الزوج بها يمكن زوالها، ويؤمل شفاؤه منها، فعلى المحكمة أن تؤجل التفريق أي أن تجعل الدعوى مستأخرة حتى يتم شفاء الزوج ويثبت المحكمة ذلك. وجعل الدعوى مستأخرة خير من تأجيلها لأن مثل هذه العلل غالبا ما يطول زوالها، وللزوجة أن تمتنع عن الإجتماع بالزوج مدة التأجيل وقد نصت على هذه الفقرة الثالثة من هذه المادة.

---

[1] الرتق: انسداد فرْج المرأة – محل الجماع – باللحم. والقرن: عظم أو لحم زائد في فرج المرأة يمنع دخول الذكر فيه. انظر: مختار الصحاح للرازي، محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، مكتبة لبنان سنة 1986، ص 118.

[2] شرح قانون الأحوال الشخصية، علاءالدين خروفة، ج2، ص 84 – 86.

ويفهم من هذا أن نفقتها تلزمه،ويحكم عليه بأداء النفقة لزوجته – في دعوى مستقلة – لأن إمتناع الزوجة هنا عن المطاوعة قد جاء بحق المعنى في الزوج، فيلزم بنفقتها، كما لو كان امتناعها لعدم دفع الزوج مهرها المقدم.

- الفقرة الثالثة: وإذا وجدت المحكمة أن العلة لا يرجى زوالها، ولا يؤمل شفاء الزوج المنكود منها، وامتنع الزوج عن الطلاق والزوجة تصر عليه فعلى القاضي أن يحكم بالتفريق، ويستجيب لطلبها.

- الفقرة الرابعة: وهل هذه الفرقة طلاق أو فسخ؟ وإذا كانت طلاقا فهل هو طلاق رجعي أو بائن؟

ذهب الحنفية إلى أن التفريق بسبب العيب طلاق بائن بينونة صغرى، لأن المقصود بالتفريق هنا دفع الضرر والأذى عن الزوجة، ولا يحص ذلك إلا البينونة، ولو كان للزوج سبيل إلى مراجعة زوجته في مثل هذه الحالة لفعل، وافقهم على ذلك الإمام مالك وسفيان الثوري. [1] (*)

المطلب الثاني: طلب التفريق لعدم الانفاق وطلب التفريق قبل الدخول

تناولت في هذا المطلب في موضوعين: الأولى طلب التفريق بسبب عدم الإنفاق، والثاني طلب التفريق قبل الدخول:

أولا : طلب التفريق لعدم الإنفاق:

ان نفقة الزوجة حق لها على زوجها وواجب من واجبات الزوج ما دامت الزوجة قائمة بحقوق الزوجية سواء أكان الزوج غنيا أم فقيرا، وسواء أكانت الزوجة غنية أم فقيرة، لأن الزواج، ميثاق شرعي، بين الرجل والمرأة غايته إنشاء أسرة على أسس مستقرة، تكفل أعباءها بمودة ورحمة.

والتفقة في اللغة إما أنها مأخوذة من النفوق وهو الهلاك، وإما أنها مأخوذة من النفاق ويعني الرواج، وقد يكون المعنيان مقصودين في آن واحد لأن المال مطلوب ويستهلك بالإنفاق.

والنفقة شرعا وقانونا: إسم لما يصرفه الإنسان على من يعوله من زوجته وأولاده وأقاربه، والنفقة التي تعنينا هب نفقة الزوجة فهي: إسم لما يصرفه الزوج على زوجته. [1]

---

[1] البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن عابدين: زين الدين ابن نجيم الحنفي. بتحقيق زكريا عميرات، الطبعة الأولى 1418هـ - 1997م، دار الكتب العلمية، ج4، ص 126.

(*) وإذا كانت الفرقة هنا طلاقا بائنا ببينونة صغرى فجميع الحقوق التي ترتبت على مثل هذا الطلاق تثبت للزوجة هنا.

[1] الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، ال\الدكتور أحمد الغندور، مطبوعات جامعة الكويت، 1972، ص 207.

أما إذا امتنع الزوج عن الإنفاق أو قصر فيه على زوجته مع وجوبه عليه، فإن كان له مال ظاهر يمكن أخذ النفقة منه بالطرق القضائية، فليس لها حق طلب التفريق، أما إذا لم يكن له مال ظاهر يمكن أخذ النفقة منه- بأن كان فقيرا أو مجهول المال- فإن للزوجة أن تطلب من القاضي أن يفرض لها نفقة ويأذن لها أن تستدين على زوجها، ويكون ما تستدينه دينا عليه يؤديه عند يساره، أما إذا كان الزوج موسرا وامتنع عن الانفاق على زوجته فهو بلا شك ظالم بامتناعه فيحق للزوجة طلب التفريق.

ونصت القانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة الثالثة والأربعون وبينت حق الزوجة طلب التفلايق بسبب عدم الإنفاق من قبل زوجها.

[((7) إذا امتنع الزوج عن الإنفاق عليها دون عذر مشروع بعد إمهاله مدة أقصاها ستون يوما.

(8) إذا تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغييبه أو فقده أو إختفائه أو الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على سنة.

(9) إذا امتنع الزوج عن تسديد النفقة المتراكمة المحكوم بها بعد إمهاله مدة أقصاها ستون يوما من قبل دائرة التنفيذ))]

يمهل الزوج المتنع عن الإنفاق على زوجته (إعسارا أو إنكارا) مدة ستين يوما قبل التفريق عليه، وإذا أمكن تحصيل النفقة بأي شكل من الأشكال بأن كان له مال ظاهر أو راتب يحجز أو نحو ذلك فإن الزوجة تمكن من النفقة من هذا المال ولا يفرق القاضي بينهما.

فإن تعذر ذلك: كعدم وجود مال ظاهر، أو لإختفائه أو فقده، أو الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على سنة، وفي كل ذلك ليس له مال ظاهر. وإذا امتنع عن تسديد النفقة المتراكمة المحكوم بها مع المهلة القانونية وهي ستون يوما، فإن المحكمة تلبي طلب الزوجة في التفريق ويعتبر التفريق طلاقا بائنا. [1] [*]

إذا كان عدم تحصيل النفقة من قبل الزوج المعتذر كما بينت المادة القانونية أربعة أسباب:

أولا: تعذر تحصيل النفقة بسبب غيبة الزوج:

بينت هذه المادة في هذا القسم أن الزوجة إذا غاب عنها زوجها وتعذر عليها تحصيل النفقة، وكانت مدة تغييبه مدة تزيد على السنة. ولا شك أن الزوجة التي غاب زوجها ولم يترك لها نفقة تساعدها على البقاء والحياة تتضرر كثيرا إذا صبرت،لذلك أباح لها القانون طلب الفراق.

وعلى المحكمة أن تتأكد من الزوجية والغيبة، ومن مدتها، فإذا ثبت لها كل ذلك حكمت بالتفريق.

ثانيا: تعذر تحصيل النفقة بسبب كون الزوج مفقودا:

---

[1] الوجيز للكبيسي ، ص 167.

[*] وكان قبل هذا التعديل طلاقا رجعيا وهو الأصوب فلعل الزوج يعود أو يوسر أو يسدد أثناء العدة فيراجع زوجته. نفس المصدر: ص169.

إذا كان الزوج مفقودا أكثر من سنة وتعذر على زوجه تحصيل النفقة جاز لها أن تطلب التفريق.

والمفقود: هو الشخص الذي غاب ولم يعرف له موضع، ولا تعرف حياته من مماته.

فإذا اقامت امرأة دعوى في المحكمة الشرعية مدعية أن زوجها قد غاب عنها وهو مفقود فإن عليها أن تثبت أن زوجها مفقود، وأن تثبت مدة فقده زادت عن سنة، وأن تثبت أن تحصيل النفقة قد تعذر بأي وجه من الوجوه، وليس لها من ينفق عليها أو يمدها بالمال أو يقرضها إياه، فإذا أثبتت كل ذلك فعلى المحكمة أن تحكم بالتفريق.

ثالثا: تعذر تحصيل النفقة إذا كان الزوج مختفيا:

لقد قاس القانون الزوج المختفي على الزوج الغائب والمفقود في أن كل واحد إذا ألحق بزوجه ضررا لم تستطع تحمله وهو عدم من ينفق عليها، وتعذر تحصيل نفقتها بأي سبيل.

والحق أن الزوج إذا تعمد الأضرار بزوجه، واختفى إذاء بها، وهربا من نفقتها، فإن العدالة تقتضي أن يكون لزوجه عليه سبيل.

وإذا أقامت الزوجة دعوى على زوجها مدعية أنه قد اختفى مدة تزيد على السنة فإن على المحكمة أن تسلك نفس الطريقة التي سلكتها في دعوى الغائب والمفقود.

رابعا: تعذر تحصيل النفقة بسبب سجن الزوج:

إذا حبس الزوج عن جريمة اقترفها سنة أو أكثر، وتعذر على زوجه تحصيل النفقة بأي وجه من الوجوه، فإن القانون قد أباح لها أن تقيم دعوى وتطلب فسخ نكاحها من ذلك الزوج المنكود.

وعلى المحكمة أن تسلك نفس السبيل في دعوى الغائب والمفقود مع تكليف المدعية بإبراز صورة الحكم على زوجها أو بالسؤال من المحكمة التي حكمت على الزوج أو من السجن الذي هو فيه، فإذا تبينت للمحكمة أن المدة المحكوم بها الزوج تزيد على السنة، وإذا ثبت قبل ذلك أن الزوجة تعذر عليها تحصيل النفقة بأي وجه من الوجوه فإن القانون قد نص على جواز التفريق بينهما وبين زوجها. [1]

ثانيا: طلب التفريق قبل الدخول:

لقد جاء المشرع العراقي بحكم جديد هو جواز طلب الزوجة التفريق قبل الدخول ، في المادة الثالثة والأربعون الفقرة (ثانيا) بقولها:" للزوجة الحق في طلب التفريق قبل الخول ، وفي هذه الحالة على المحكمة أن تقضي بالتفريق بعد أن ترد الزوجة ما قبضته من مهر وجميع ما تكبده من أموال ونفقات ثابتة صرفها لأغراض الزواج ".

[1] شرح قانون الأحوال الشخصية، علاء الدين خروفة: ج2/ص 103 – 107.

بهذه الفقرة أرح المشرع القضاة والمجتمع من زواج لا يبدو أنه يوفق، فلما أبدت الزوجة غير المدخول بها رغبتها في الانفصال عن زوجها، فإن المشرع بادر إلى إعطاءها هذا الحق مادام الأمر في بدايته، وليس بينهما عشرة يؤسف عليها، ولا ذرية يحسب حسابها، ولا علاقة يؤبه لها.

شريطة أن ترد له كل ما أنفقه وما تكبده من نفقات ثابتة بأي وسيلة من وسائل الإثبات المعتبرة في هذا المقام. لذا فإنه يكفي التفريق في هذه الحالة من سبب هو رغبة الزوجية المجردة فلا تسأل عن سبب آخر. [2]

ويلاحظ أن الأصل في هذه الفقرة هو حق المرأة طلب التفريق قبل الدخول ، رغبة منها في إنها ، حياة جديدة بعد أن لمست من زوجها سلوكا غير مرضي أو أخلاقا غير حميدة. ولا يشترط موافقة الزوج على التفريق والمحكمة ملزمة بالحكم التفريق. وعلى الزوجة في هذه الحالة أن ترد للزوج ما قدم لها من مهر معجل وهدايا ولقيام الملابس النسائية والحلى الذهبية ومقابل ما انفق أو تكبد من نفقات ومصاريف ثابتة لأغراض الزواج.[3]

---

[2] الوجيز للكبيسي، ص 169.

[3] قرار ١٩٤٢ / شخصية/ ٨٣ ـ ١٩٨٤ . مجموعة الأحكام العدلية- الأعداد (١ و ٢ و ٣ و ٤) لسنة ١٩٨٤ . وكذلك قرار ٣٠٠٤ / شخصية/ ٨٤ ـ ١٩٨٥ في ٢٨ / ٤ / ١٩٨٤ نفس المصدر أعلاه. وكذلك قرار ٥٧٢ ا/ مواد شخصية/ ١٩٧٨ في 26/ ٨ / ١٩٧٨ مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الثالث ، س ٩ ، ١٩٧٨ . مقالة للمحامية مروة أبو العلا، بتأريخ: 10 يناير 2018م. انظر موقع (www.mohamah.net)

المبحث الثالث: كيفية اثبات أسباب التفريق ونوع الفرقة

ويتكون من مطلبين:

المطلب الأول: كيفية اثبات أسباب التفريق

المطلب الثاني: نوع الفرقة إذا أوقعها القاضي

المبحث الثالث: كيفية اثبات أسباب التفريق ونوع الفرقة، ويتكون من المطلبين:

يتناول هذا المبحث كيفية إثبات أسباب التفريق ونوع الفرقة إذا أوقعها القاضي، وقسمت على المطلبين، الأول: كيفية إثبات أسباب التفريق، والثاني: نوع الطلاق إذا أوقعها القاضي.

المطلب الأول: كيفية اثبات أسباب التفريق

الطلاق حق من حقوق الزوج، له أن يوقعه، وله أن يمتنع عن إيقاعه، ولا تملك الزوجة حق الطلاق، ما لم يوكلها أو يفوضها به الزوج، وهذا ما يحدث في النادر القليل، فإن أصاب الزوجة ضرر أو عنف من الزوج لأي سبب كان، تعذر عليها التحلل منه لعدم فائدة استمرار الحياة الزوجية، و بسبب ذلك تدخل المشرع من خلاله أعطى القاضي حق ايقاع الطلاق بدل الزوج، إذا تعذر استمرار الحياة الزوجية، لوجود الاسباب الكافية لذلك، و هذا ما يطلق عليه بالتفريق القضائي بحكم القاضي الذي يعرف بأنه تطليق القاضي الزوجة من زوجها و لو كان ذلك من دون رضاه، وأسباب طلب التفريق القضائي منها ما يعطي الحق لكلا الزوجين مثل حالة اضرار أحد الزوجين بالآخر، ضررا يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، و منها ما هو خاص بالزوجة حيث أجاز لها القانون طلب التفريق القضائي مثلا في حالة هجر الزوج زوجته من دون عذر مشروع مدة سنتين، أو حكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر، يجوز إثبات سبب التفريق بوسائل الإثبات كافة، بما فيها الشهادة و القرائن، لكونها من الوقائع المادية التي يجوز إثباتها بالوسائل القانونية الممكنة كافة، مع تمتع محكمة الموضوع بسلطة تقدير الأدلة، و يقع عبء إثبات السبب المباشر للتفريق على عاتق الطرف المدعي بطلب التفريق سواء كان الزوج أو الزوجة، حسب نص المادة الأربعون من قانون الأحوال الشخصية، أو على عاتق الزوجة حسب نص المادة الثانية والأربعون من القانون نفسه، و حكم التفريق القضائي اعتباره طلاقا بائنا بينونة صغرى.

والأسباب التي يستند إليها للحكم بالتفريق بين الزوجين وانحلال عقد الزواج يمكن إثباتها بكافة وسائل الإثبات بإستثناء الحالات التي نص القانون فيها على وسيلة إثبات معينة.

ونصت المادة الرابعة والأربعون على ما يلي:

"يجوز اثبات أسباب التفريق وانحلال عقد الزواج بكافة وسائل الإثبات بما في ذلك الشهادات الواردة على السماع إذا كانت المتواترة ويعود تقديرها للمحكمة وذلك بإستثناء الحالات التي حدد القانون وسائل معينة لإثباتها". [1]

والحالات التي استثنى القانون وسيلة للإثبات هي:

1 – إدمان الزوج على تناول المسكرات أو المخدرات، فقد اشترط القانون إثبات ذلك بتقرير صادر من لجنة طبية رسمية مختصة.
2 – إصابة الزوج بالعنة أو ابتلاؤه بأي مرض يمنعه من أداء واجبات الزوجية وثبوت عدم إمكان شفائه، فكل ذلك يشترط لإثباته صدور تقرير من لجنة طبية رسمية مختصة.
كما إشترط القانون أم يثبت بالكشف الطبي عدم إمكان شفاء الزوج من العلل التي أصيب بها، وهناك حالات أخرى لم ينص عليها القانون إلا إثباته يحتاج إلى استشهاد طبي كإصابة الزوج بالعقم. [1]

---

[1] الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي: ص 256 – 257.
[1] قواعد الترجيح بين أدلة الإثبات المتعارضة في الدعوى المدنية (دراسة مقارنة)، حسين رجب محمد مخلف الزيدي، جامعة بغداد – ماجستير، 2003م، الطبعة الأولى (2011)، مكتبة السنهوري، ص 191 – 194.

المطلب الثاني: نوع الفرقة إذا أوقعها القاضي

نصت المادة الخامسة والأربعون على مايلي:

"يعتبر التفريق في الحالات الواردة في المواد (الأربعين والحادية والأربعين والثانية والأربعين والثالثة والأربعين) طلاقا بائنا بينونة صغرى".[1]

والغاية من إقاع الطلاق بائنا في المواد المذكورة أنما كانت لمنع الزوج من إعادة الزوجة إلى عصمته بدون رضاها ولكن بعد أن إشترط التعديل وجود رغبة الزوجة في الرجعة لم تعد فائدة تذكر من إيقاع الطلاق بائنا.

وتجب الإشارة إلى أن الطلاق الواقع قضاء يعد طلاقا بائنا بينونة صغرى ما لم يكن طلاقا للمرة الثالثة وإلا فإنه يكون طلاقا بائنا بينونة كبرى.

لأن الطلاق ينقسم من حيث إمكانية إرتجاع الزوجة إلى طلاق رجعي وطلاق بائن، والطلاق الرجعي: هو الذي يملك الزوج بعده إعادة زوجته إليه ما دامت في العدة بدون توقف على رضاها وبدون حاجة إلى عقد ومهر جديدين وهذا في الفقه الإسلامي. أما القانون بعد التعديل اشترط موافقة الزوجة ورضاها بالرجوع إلى زوجها حيث جاءت الفقرة الأولى من المادة الثامنة والثلاثين كما يلي:

" الرجعي هو ماجاز للزوج مراجعة زوجته أثناء عدتها منه دون عقد على أن تتوافر رغبتها في الإصلاح".

أما الطلاق البائن فهو نوعان:

1 – طلاق بائن بينونة صغرى: وهو الذي لايملك الزوج بعده إعادة زوجته إلا برضاها وبعقد جديد ومهر جديد ودون أن تتوقف هذه الإعادة على زواج زوجته من رجل آخر.

2 – طلاق بائن بينونة كبرى: وهو الذي لايملك الزوج بعده أن يعيد زوجته إلا برضاها وبعقد ومهر جديدين وبعد أن تتزوج من رجل آخر زواجا صحيحا ويدخل بها دخولا حقيقيا ثم يفارقها بسبب من أسباب الفرقة أو يموت عنها وتنقضي عدتها منه.

والنوع الذي هو موضوعنا هو طلاق بائن بينونة صغرى، وهذا يكون في الحالات التالية:

1 – الطلاق قبل الدخول: لأن هذه لا عدة عليها من الطلاق.

2 – الطلاق على مال: لأن الزوجة دفعت للزوج مالا لتخليص نفسها منه فافتدت نفسها بالمال.

3 – كل تفريق يتم عن طريق القضاء بناء على خصومة من الزوجة.

4 – كل طلاق رجعي إذا انتهت العدة.

---

[1] الوجيز في شرح الأحوال الشخصية وتعديلاته، ص 170.

5 – طلاق الصغيرة التي لم يبلغ الحيضة والآيسة لأنهما لا عدة عليهما دخل بهما الزوج أو لم يدخل، وهذا خاص بالجعفرية[*].

آثار الطلاق البائن بينونة صغرى:

1 – زوال الملك في حال الطلاق ولا أثر في ذلك للعدة.

2 – نقصان عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته.

3 – يحل بمجرد الطلاق مؤخر الصداق.

4 – لا يتوارث الزوجان لو مات أحدهما خلال العدة.

5 – لا تحل المطلقة لمطلقها إلا بعقد جديد.[1]

[*] المذهب الجعفريّ هو مذهب الشّيعة الامامية الاثني عشرية؛ إنّما نسب المذهب إلى الإمام جعفر الصادق عليه السلام لكثرة الرّوايات الصّادرة عنه مقارنة مع سائر أئمة أهل البيت) ع)، كما نسب الفقه الشيعي إليه لنفس القضيّة. من ويكي شيعة. وانظر رابط: https://ar.wikishia.net/view/المذهب_الجعفري

[1] الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، ص 203 – 204. والوجيز، ص 144 – 145.

الخاتمة

إن الزواج آية من آيات الله سبحانه وتعالى، والهدف منه الوصول إلى السكينة المادية والمعنوية بين الزوجين على أساس المودة والرحمة، ولكن في بعض الأحوال يتعرض هذه السكينة الزوجية لمشاكل متنوعة إلى درجة الشقاق والضرر بين الزوجين، فإن الشريعة والقانون يرسم رسما ويخط خطا لأجل التحفظ على حقوق الزوج و الزوجة في أي حال من الأحوال، يمر مراحل حل المشاكل بين الزوجين بمراحيل مختلفة ويسمى بالفقه التدرج، يتطرق الحل الأبواب العلاج حتى باب الطلاق من أجل العيش والحياة، لكن في بعض الأحيان لا يحل بالطلاق لأن بيد الزوج ويتعدى الأمر إلى الخلع، وإذا لم ينحل الأمر فيكون التفريق بأمر القاضي ويسمى التفريق بين الزوجين.

النتائج:

1 – إن القانون حماية لحفظ الحقوق، ويسعى لتحقيق العدالة وتثبيت الإنسانية في المجتمع البشرية، والقانون الأحوال الشخصية يتركز على مبدأ التعايش بين الزوجين إلى حد ما حسب إمكانية العيش بين الزوجين.

2 – إنإ القانون يتكفل ويتضمن حقوق الزوجة كما يتضمن حقوق الزوج بلا خلاف بينهما، لأن القانون يحد الحدود على مبدأ الإنسانية وليس على مبدأ الأنوثة والذكورة.

3 – أن القانون يراعي مراحل وطرق معالجو المشاكل الزوجية بين الزوجين، مرحلة بعد المرحلة، ولكن إذا أجبر وأضطر يقوم القانون بالتفريق بين الزوجين بعد محاولات المعالجة.

4 – إن القانون والشريعة الإسلامية قد حددا أسبابا للتفريق القاضي حين أشار إليه المشرع العراقي.

5 – الطلاق التي أوقعها القاضي (التفريق) تسمى طلاقا بائنا ببينونة الصغرى.

التوصيات:

1 – من الواجبات والمتطلبات الزوجية أن يتعلمان من المواد القانونية الخاصة بحقوق الزوجية، من أجل حفظ الحقوق وحماية حدود الشخصية.

2 – فمن الضروريات يجب على الزوجين أن يلجئ إلى طرق القانونية لمعالجة المشاكل الزوجية حتى لا يضيع الحق بينهما.

3 – من أهم الضروريات لبناء الحياة الزوجية الفهم والتوعية من ماهية الزواج ومقاصدها الأساسية وطروق معالجة المشاكل حين وقوع أي مشكلة بين الزوجين، من أجل هذا أقترح أن يلزم كلا من الزوجين بتعلم حقوقهما من القانون الأحوال الشخصية.

المصادر والمراجع

بعد القرآن الكريم:

1 - أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، البروفيسور الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي، ص 125 – 126، الطبعة الرابعة 2011 اربيل.

2 - الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، \الدكتور أحمد الغندور، مطبوعات جامعة الكويت، 1972.

3 - البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن عابدين: زين الدين ابن نجيم الحنفي. بتحقيق زكريا عميرات، الطبعة الأولى 1418هـ - 1997م، دار الكتب العلمية.

4 - التفريق بسبب العيوب اللإرادية في الفقه الإسلامي والقانون العراقي، للقاضي أحمد محمود عبد دعبيل، مكتبة صباح – بغداد، الطبعة الثانية، 2018م.

5 - شرح قانون الأحوال الشخصية، علاء الدين خروفة، طبعة المعارف – بغداد (1383هـ - 1963م).

6 - قرارات محكمة تمييز إقليم كردستان قسم أحوال الشخصية، القاضي صباح حسن رشيد، الطبعة الثالثة 2018 مطبعة روزهةلات/اربيل.

7 - قواعد الترجيح بين أدلة الإثبات المتعارضة في الدعوى المدنية (دراسة مقارنة)، حسين رجب محمد خلف الزيدي، جامعة بغداد – ماجستير، 2003م، الطبعة الأولى (2011)، مكتبة السنهوري.

8 - مختار الصحاح للرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مكتبة لبنان سنة 1986.

9 - موسوعة الفقهية الكويتية، أصدرتها وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية – الكويت، الطبعة الأولى 1420 هـ - 2000م.

10 - الوجيز في شرح الأحوال الشخصية وتعديلاته، الدكتور أحمد الكبيسي، الجزء الأول (الزواج والطلاق وآثارهما) ص 159 – 169 باختصار يسير، المكتبة القانونية – بغداد.

11 - الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959، الأستاذ الدكتور فاروق عبدالله كريم، ص 231، الطبعة الثالثة 2019، المطبعة يادكار.

12 – مواقع الألكترونية:
أ - موقع ويكي شيعة

www.wikishia.net

ب - محاماة نت

www.mohamah.net

ج - مايو كلينك

www.mayoclinic.org

د- الطبيب

www.altibbi.com