التفريق القضائي

م.م.حنان محي نايف*

الخلاصة:
الطلاق وان كان حقا للزوج يستعمله متى شاء وبارادته المنفردة الا انه لا يتم الا بوساطة القضاء معطيا بذلك الحق للزوجة ليتم تدقيق الخلاف الذي وقع بينهما قبل اصدار الحكم بايقاع الطلاق او التفريق ، هذا فضلا عن بذل مساعيه من اجل احقاق الحق لكل من الزوجين ، فمتى أساء احدهم استعماله وجب عليه التعويض .

مقدمة:
من المعلوم أن الطلاق منه ما هو حق للزوج فلا يملك أحد غيره أيقاعه إلا بتوكيل منه أو تفويض ، إلا أن الشريعة الأسلامية لم تهمل جانب المرأة فقد أعطت لها الحق في طلب التفريق ولكن بوساطة القضاء ، وأوجبت على القاضي أن يحكم في طلبها اذا وجد السبب المسوغ لان الزواج نعمة من الله تعالى لما فيه من مصالح الدين والدنيا والا لطلاق كفر لنعمة الله تعالى ونكران لهذا الرباط المقدس ، والطلاق بدون حاجة تدعو اليه أثم وظلم ، اذ لا يحل الا لضرورة تقدر بقدرها ، وقد تكون مجرد عدم ميل الزوج لزوجته أو ان يرتاب في سلوك زوجته أو سوء معاشرتها ،وتم بحث الموضوع مستدلين بذلك الى القرآن الكريم لقوله تعالى (وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ)[١] وكذلك السنة النبوية الشريفة لقول رسول الله (صلى الله عليه وسلم) : (ابغض الحلال الى الله الطلاق)[٢] وتكلم قانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة / ٤٣ عن الاسباب التي يحق للزوجة أن تطلب التفريق القضائي وكيفية معالجتها للحفاظ على الحياة الزوجية ، وهذه الاسباب تم بحثها في عدة مطالب ، المطلب الاول التفريق للشقاق وحكمه واثاره ، والمطلب الثاني التفريق للضرر الذي تضمن عدة حالات ، منها الغياب عن الزوجة ، الحبس ، الهجر ، ... ، والمطلب الثالث التفريق للعيب (العلل) ، والمطلب الرابع التفريق لعدم الانفاق ، والمطلب الخامس التفريق قبل الدخول ، والمطلب السادس التفريق للنشوز ، وسيتم بيان ذلك وفق الاتي .

المطلب الاول :- تعريف التفريق للشقاق
الشقاق هو ايذاء الزوجة بالقول أو الفعل كالضرب المبرح والشتم أو ان يجبرها الزوج على فعل ما حرمه الله أو ان يهجرها في الفراش أو ان يعرض عنها من غير سبب نتج عنه أعراضه ،وهو فعال من الشق ، كأن كل واحد منهما في شق[٣] ، ان الغرض من بناء الحياة الزوجية تكوين وحدة اجتماعية صالحة قوامها التوافق والتعاطف والتراحم بين الزوجين وأستثمارها بالنسل وتربية الأولاد والعناية بهم وبخلاف وجود هذه الحياة الزوجية الهانئة تصبح جحيم وبلاء ، اذ ان الشقاق بين الزوجين يؤدي الى الاضرار بهما ويتعداه الى الاولاد بحيث يتعذر معه أستمرار تلك العلاقة التي وصفها الله سبحانه وتعالى بالميثاق الغليظ في كتابه الكريم[٤] لقوله تعالى (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ) [٥].

* جامعة بغداد – كلية العلوم للبنات

حكم التفريق للشقاق

لما كان الشقاق معناه ان الطرفين يشتركان في سبب الخلاف والاساءة والاضرار بالأخر قولا أو فعلا بحيث لا يمكن مع هذه الأضرار استمرار الحياة الزوجية ، أي ان الخلاف قد بلغ حدا من الجسامة والخطورة لم يعد معه أمكان استمرار بقاء العلاقة الزوجية بينهما ، فقد ذهب الحنفية والشافعي في احد قوليه الى انه ليس لها طلب التفريق لان الحياة الزوجية لا تخلو من ذلك عادة ، فعليها ان تطلب من القاضي زجره ليمتنع عن ذلك او تعزيره بما يراه رادعا له ان لم يمتنع ، فان اشتد النزاع وخيف وقوع الشقاق بينهما بعث القاضي حكمين ليقوما بالاصلاح بينهما .

وذهب المالكية والشافعي في قوله الاخر الى ان لها الحق في طلب التفريق لقوله تعالى (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُواْ حَكَمًا...)[٦] اذ ليس في هذه الاية ما يمنع ذلك ، بل من يمعن النظر فيها يجدها جعلت لهما هذا الحق ، لان الله سبحانه وتعالى سماها حكمين وجعل حق بعثهما لغير الزوجين فليسا مجرد وكيلين[٧]، فاذا أدعت الزوجة ان زوجها يعاملها معاملة سيئة وطلبت من القاضي التفريق للشقاق عندها يتعين على القاضي ان يتحقق اولا من أسباب الخلاف بان يرسل الى زوجها وينهاه عما يفعل بزوجته ويأمره بحسن العشرة محاولا فيها القاضي بذل جهده في اصلاح الشقاق وأزالته قدر الامكان والى هذا أشارت الفقرة /٢ من المادة / ٤١ بانه (على المحكمة اجراء التحقيق في اسباب الخلاف ..) وذلك بالاستماع الى البينات أو تدقيق اوراق الدعوى المقامة وهكذا .. فان تكررت الدعوى وذلك بعدم امكانيتها على تحسين العلاقة الزوجية فان على القاضي قبل ان يحكم بالتفريق ان يعين حكمين عدلين من أهل الزوجين ان أمكن أو غيرهما ، واذا تعذر تكلف المحكمة الزوجين بانتخاب حكمين من أقاربهما أو من غير الاهل ممن له الخبرة على الاصلاح بين الزوجين[٨] لقوله تعالى (.. وَمَن يُؤْتَ الْحِكْمَةَ فَقَدْ أُوتِيَ خَيْرًا كَثِيرًا ...)[٩] ونص القانون على ذلك في الفقرة / ٢ من المادة / ٤١ على انه (على المحكمة تعين حكما من اهل الزوجة ، وحكما من أهل الزوج ان وجد للنظر في أصلاح ذات البين ، فان تعذر وجودهما كلفت المحكمة الزوجين بأنتخاب حكمين ، فان لم يتفقا أنتخبتهما المحكمة)

فان اختلف الحكمان في تحديد نسبة التقصير عين لهما القاضي حكما ثالثا على وفق ما نصت علية الفقرة/٣ من المادة / ٤١ بأنه (على الحكمين ان يجتهدا في الاصلاح ، فان تعذر عليهما ذلك رفعا الامر الى القاضي موضحين له الطرف الذي ثبت تقصيره ، فان أختلفا ضمت المحكمة لهما حكما ثالثا) .

ينبغي ملاحظة انه يجب حضور الزوجين بالذات امام المحكمة لانتخاب الحكمين لانه لا يجوز للوكيل ذلك ، تطبيقا لنص الفقرة / ٢ من المادة / ٣٤ التي نصت على انه (لا يعتد بالوكالة في اجراءات البحث الاجتماعي ،والتحكيم ، وفي ايقاع الطلاق) ، واول هذه الاجراءات هي أنتخاب الحكم حيث على المحكمة تحليف الحكمين اليمين بان يقومان بمهمتهما بعدل وأمانة لفهم اسباب الخلاف والشقاق وتقصيهما والعمل على أزالتها وضرورة بذل جهودهما من خلال جمع الطرفين في مقابلة عائلية وتقصي الحقائق ويأمرانهما بحسن المعاشرة ، وتوجيه الحكمين بان لا يتسرعا في أنهاء مهمتهما وان يعملا على بحث أسباب الخلاف وازالته وتحديد من هو المسيء[١٠] من الزوجين ونسبة التقصير بحياد فان تعذر عليهما ذلك رفعا الامر الى القاضي موضحين له الطرف الذي يثبت تقصيره من خلال التقارير التي تقدم وقد نصت على هذه الاجراءات الفقرات (١و٢و٣) من المادة/٤١ من القانون ، وتقوم وحدات البحث ألاجتماعي في محاكم الاحوال الشخصية بدورها في حل الخلافات العائلية والتوفيق بين اطراف الدعوى من خلال أستنباط العوامل الدافعة الى أرتكاب السلوك أو التصرف غير المشروع والتي يستخلصها الباحث أو الباحثة الاجتماعية من ظروف القضية ، فاذا اشتبه حالاهما فلم يفعل الرجل الصلح ولا الفرقة ولا المرأة تادية الحق ولا الفدية وصارا من القول والفعل الى ما لا يحل لهما ولا يحسن وتماديا بعث الامام حكما من اهله وحكما من اهلها مأمونين برضا الزوجين وتوكيلهما اياهما بان يجمعا او يفرقا ، فاذا فشلت مساعي الصلح ايضا ومساعي الحكمين المعينيين والحكم الثالث وثبت للقاضي أستمرار الخلاف والشقاق بين الزوجين

وعجزت المحكمة عن الاصلاح بينهما ، وامتنع الزوج عن التطليق حكمت المحكمة بالتفريق بينهما بناءً على التقارير التي حددت مدى التقصير ومصدره [١١]، وقد نصت عليه الفقرة / ٤ –أ من المادة/ ٤١ على أنه (اذا ثبت للمحكمة استمرار الخلاف بين الزوجين وعجزت عن الاصلاح بينهما وأمتنع الزوج عن التطليق ، فرقت المحكمة بينهما ..) ان المشرع العراقي أقتبس هذا الحكم من مذهب الامام مالك [١٢]اذ أجاز للقاضي ان يفرق بين الزوجين للأسباب المتقدم ذكرها ، وذلك لان العشرة بين الزوجين اذا أساءت الى هذا الحد كانت اضرارها كثيرة قد لا يقتصر أثرها على الزوجين وحدهما وانما يتعداهما الى الاولاد والى كل من له صلة بهما لان من الازواج من يتمادى في عدوانه على زوجته الى الحد الذي لا ينفع معه الا التفريق[١٣] ، ان المادة /٤٢ من القانون نصت على انه (اذا ردت دعوى التفريق لاحد الأسباب المذكورة في المادة الاربعين من هذا القانون لعدم ثبوته واكتسب قرار الرد درجة البتات ، ثم اقيمت دعوى ثانية بالتفريق لنفس السبب ، فعلى المحكمة ان تلجأ الى التحكيم ، على وفق ما ورد في المادة الحادية والاربعين) ، وتبعا لذلك فانه من حق احد الزوجين اقامة دعوى ثانية بالتفريق للضرر بعد ان ردت دعوى التفريق المقامة وفقا للمادة / ٤٠ من القانون ، وهنا لا يتوجب على القاضي التحقق في اسباب الخلاف ولا يكلف المدعي بتقديم ما يؤيد ثبوت الضرر أو الخلاف ، وانما يجب عليه القيام باجراءات التحكيم وعلى النحو المفصل في المادة/٤١ ، لان تكرار اقامة الدعوى وللسبب نفسه دليل على وجود الخلاف والضرر الذين يهددا أستمرار الحياة الزوجية[١٤]

ووفقا لما تقدم نذهب مع ما ذهب اليه الرأي الثاني - الذي اخذ به القانون – وذلك ان للمرأة ان تطلب من القاضي التفريق اذا أساء الزوج معاملتها فان ثبتت دعواها باقرار الزوج او بشهادة رجلين او بسماعهما من الجيران فرق القاضي بينهما .

أثار الشقاق

اذا أستمر الشقاق بين الزوجين ولم تفلح المحكمة ولا الحكمان في أزالة الخلاف بينهما فان من أثار ذلك ما ياتي :-

١- تقوم المحكمة بالتفريق بين الزوجين .

٢- يسقط المهر المؤجل اذا كانت الزوجة هي المقصرة ، فاذا كانت قد استلمت كل المهر تلزم برد ما لا يزيد على نصفه هذا اذا كان مدخولا بها على وفق ما نصت عليه الفقرة ٤ /ب من المادة / ٤١.

٣- اذا كان التقصير من الزوج فلها المهر المؤجل كله .

٤- اذا كان التقصير من الطرفين قد وقع متكافئا فان المهر المؤجل يقسم بينهما بنسبة التقصير المنسوب لكل منهما .

٥- اذا كان التفريق بين الزوجين قبل الدخول لتقصير الزوجة فانها تكون ملزمة برد كل المهر المقبوض لزوجها [١٥].

المطلب الثاني :- التفريق للضرر

ان الحياة الزوجية تصبح بالضرر والنزاع جحيما وبلاء ، والضرر الذي يقع بين الزوجين لا يقتصر اثره على الزوجين فقط بل يتعداه الى الاولاد والى من له بهما علاقة قرابة أو مصاهرة ، ويحق للزوجة طلب التفريق اذا ما تحققت اسبابه حيث يتعذر معه دوام العشرة بينهما ، ولما كان الزوج يملك أيقاع الطلاق – حين الضرر- بأرادته المنفردة فلا يصح ان يمنع عنه حق طلب التفريق للضرر كي لا تتخذ الزوجة من أساءتها وسيلة الى أجبار الزوج على طلاقها دون مقابل لتحمله خساره وتبعات مادية كثيرة ، ولهذا أدرج المشرع العراقي عدة حالات يحق للزوجين طلب التفريق في المادة /٤٠ التي نصت على انه (لكلا من الزوجين طلب التفريق عند توافر احد الاسباب الاتية :

١- اذا اضر احد الزوجين بالزوج الاخر أو باولادهما ضررا يتعذر معه أستمرار الحياة الزوجية ، ويعد من قبيل الأضرار ، الادمان على تناول المسكرات او المخدرات ، على ان

يثبت حالة الادمان بتقرير من لجنة طبية رسمية مختصة ، ويعتبر من قبيل الاضرار كذلك ممارسة القمار في بيت الزوجية ، وجاء في القرار التمييزي رقم ٤٤٩/ شخصية / ٢٠٠٠ في ٢٠٠٠/٢/١٧ (يعتبر الادمان على تناول المسكرات والمخدرات الثابت بتقرير لجنة طبية رسمية مختصة ضررا يبيح للزوجة طلب التفريق من زوجها)[١٦]

٢- اذا ارتكب الزوج الاخر الخيانة الزوجية ،

ويكون من قبيل الخيانة الزوجية ممارسة الزوج فعل اللواط باي وجه من الوجوه ، جاء في قرار محكمة التمييز المرقم /٦٣ شخصية / ٧١ في ١٩٧١/٣/١٧ .

٣- اذا كان عقد الزواج قد تم قبل اكمال أحد الزوجين الثامنة عشرة دون موافقة القاضي ، انظر قرار محكمة التمييز ٢٣٧٤ / شخصية / ٨٦ في ١٩٨٦/١٢/٢٤ .

٤- اذا كان الزواج قد جرى خارج المحكمة عن طريق الاكراه ، وتم الدخول .

٥- اذا تزوج الزوج بزوجة ثانية بدون اذن من المحكمة [١٧]، في هذه الحالة لا يحق للزوجة تحريك الدعوى الجزائية بموجب الفقرة / ١ من البند (٢) من المادة / ٣ من قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١).

استعرضت هذه المادة عدة أسباب تبرر لكل من الزوجين الحق في طلب التفريق عند توافر أحدها من الطرف الاخر على النحو الأتي :-

١- الانحرافات الخلقية

من أشكال الانحرافات الخلقية التي اذا ارتكبها احد الزوجين فانه يكون بذلك قد اضر بالاسرة كلها وذلك لان الضرر وقع عمدا وجسيما بحيث يتعذر معه استمرار المعاشرة الزوجية كالاعتداء على النفس او المال او الايذاء اللفظي او النفسي او الاعتداء على من له صلة قربى باحد الزوجين وتبعا لذلك يجوز ان يقدم طلب التفريق من قبل الزوجة كما يجوز ان يقدم من قبل الزوج ايضا أستنادا الى احكام الفقرة / ١ من المادة / ٤٠ ، ومن هذه الانحرافات ما ياتي : -

أ- الادمان على تناول المسكرات أو المخدرات ، ولا شك ان هذا الفعل من اشد الجرائم التي تؤدي بصاحبها الى ارتكاب جرائم خطيرة قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم) (من شرب الخمر في الدنيا حرمها في الاخرة)[١٨] .

ب- ممارسة القمار في بيت الزوجية[١٩]، وهو الرذيلة أيا كان اللعب بها لقوله تعالى (إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ)[٢٠]

ج- الخيانة الزوجية ، الباعث على الزواج هو امداد المجتمع بنسل صالح والعمل على ايجاد السعادة بين الزوجين في الحياة المشتركة لتستمر ، لان النسل لا ينشأ الا في الاسرة المتماسكة والقوية ، وهي لا تكون الا حيث المودة والمحبة والرحمة بين افرادها ، وبخلاف ذلك اذا دخل رجل بامرأة وكان على علم بالفساد فالدخول غير شرعي ويعد جريمة زنا[٢١] ، والمعمول به في القانون سواء أوقعت الخيانة من قبل الزوج أم الزوجة يعد ذلك مبررا للطلاق[٢٢] ، هذا فضلا عن ان القانون عدّ اللواط داخل ضمن الخيانة الزوجية ، واكدت عليها سنة رسول الله (صلى الله عليه وسلم) بالتحذير من اللواطة وسماها الفاحشة فاللواطة اذا شاعت فانها تسبب امراض خطيرة تشبة الطاعون الذي يؤدي الى كثرة الوفيات[٢٣]حيث نسمع بهذا المرض اللعين الذي التهم الملايين من الغربيين وهو مرض الايدز الناشيء من اللواطة والعلاقات الجنسية غير الشرعية، والفاحشة تنصرف الى فعل الزوج لزوجته لواطة قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم) (الرجل ياتي امرأته من دبرها لا ينظر الله عز وجل الى رجل أتى أمرأته من دبرها)[٢٤] .

٢- نقصان السن القانوني:

اختلف الفقهاء في زواج الصغار غير البالغين فذهب البعض منهم الى عدم اشتراط البلوغ في صحة الزواج فقد جعل عدة الصغيرة التي لم تحض ثلاثة اشهر ، ومعلوم ان العدة لا تكون الا

بعد زواج صحيح يعقبه طلاق ولما ثبت من فعل رسول الله واصحابة من بعده ، ولما يكون فيه تحقيق مصلحة في بعض الحالات ، فقد يجيء الكُفء يطلب زواج الصغيرة والولى حريص على مصلحة ابنته الصغيرة فيزوجها حتى لا يفوت الكفء اذا ما انتظر بلوغها حيث لا يوجد في كل وقت وذهب البعض الاخر الى منع زواج الصغار وعدّ باطلا ، ولأن الزواج شرع للمعاشرة والتناسل وتكوين الاسرة ، ولا يتحقق شيء من ذلك في زواج الصغار فيكون ضربا من اللهو واللعب ، بل قد يترتب عليه الضرر ، ومع هذا الاختلاف فقد اتفقوا على عدم تقييده ببلوغ سن معينه كأن يكون ست عشرة او سبع عشرة غير ان المانعين شرطوا لصحته البلوغ وهو في الاصل يكون بالعلامات الطبيعية ووقتها يختلف باختلاف الاشخاص ونموهم فاذا تاخرت العلامات الطبيعية في الظهور اعتبر البلوغ بالسن وهو يختلف من رأى الاخر[٢٥] ، وفي القانون اذا كان احد الزوجين دون سن الثامنة عشر فأذن له القاضي بالزواج فالامر لا غبار عليه ، اما اذا تم عقده من غير اذن القاضي فان له ان يطلب التفريق وهذا ما جاءت به الفقرة / ٣ من هذه المادة .

٣- الزواج خارج المحكمة

اذا كان الزواج خارج المحكمة او فيه أثر من أثار الاكراه يعد عقده باطلا ، وان عدم بطلانه بالدخول لا يمنع حق المكره من طلب التفريق ، نصت عليه الفقرة / ٤ من المادة.

٤- الزواج بأخرى بدون أذن المحكمة

اذا تزوج الزوج بزوجة اخرى بدون أذن المحكمة فان الزوجة الاولى مخيرة بين ان تطلب التفريق او انها تقوم بتحريك دعوى جزائية ضد زوجها ، واذا أختارت التفريق سقط حقها في تحريك الدعوى الجزائية .

أضاف المشرع العراقي حالات أخرى للضرر في قانون الاحوال الشخصية التي يحق فيها للزوجة فقط طلب التفريق عن زوجها وذلك في المادة / ٤٣ التي نصت على انه (اولا – للزوجة طلب التفريق عند توفر احد الاسباب الاتية :

الحالة الاولى :- نصت عليها الفقرة الاولى بانه

(اذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فاكثر ، ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه) ، لا شك ان حبس الزوج لهذه المدة يسبب ضررا أكيدا للزوجة ومنها شعورها بالوحشة ، وقد تتعرض للفتنة والقلق والوحدة وليس فقط أيذائها بالقول او الفعل فهو لا يقتصر على الانفاق وحده ، لذلك فالمشرع جعل الحق للزوجة في طلب التفريق حتى ولو كان للزوج مال تستطيع الزوجة ان تنفق على نفسها واولادها منه ، لان هذه المدة تسبب أرباك وعدم الطمأنينة والامن والاستقرار لها كونها وحيدة بلا زوج ، وينبغي أكتساب الحكم الدرجة القطعية ، وتنفيذ العقوبة بحق الزوج فعلا ولا تقبل دعوى التفريق للحبس اذا كانت العقوبة اقل من المدة المشار لها انفا أو كان هاربا من الحكم[٢٦] ، ولما لهذه المدة من صلة في غيبة الزوج عن زوجتة فقد اختلف الفقهاء بسبب غيبة الزوج على قولين :

الاول :- يرى الفقه الحنفي والشافعي انه لا يفرق القاضي بين الزوجين ، ولا تسمع دعوى طلب التفريق بين امرأة وزوجها لسبب غيبته عنها وان طالت المدة او جهلت ، محافظة على العلاقة الزوجية ان يعصف بها الشقاق فاذا رفعت المرأة امرها الى القاضي طلب من الزوجة الصبر على زوجها ، حتى يرجع الى رشده ، ويعود من مكانه ، ولعله اذا وجد زوجته قد جاهدت نفسها ، وصبرت على بعده وتحملت المشاق الكثيرة في سبيله ، كبرت في عينه ، واخلص لها ، وغير سلوكه فاحسن العشرة وادام القرب .

الثاني :- يرى المالكية ان للقاضي ان يفرق بين الزوج وزوجته اذا غاب عنها غيبة تتضرر منها متى رفعت امرها الى القاضي طالبة التفريق ، شاكية اليه الضرر الذي لحقها[٢٧] .

وقد أخذ المشرع العراقي حكمه في التفريق للحبس من المذهب المالكي[٢٨] الذي يجيز للزوجة طلب التفريق قضاءً لغيبة الزوج سنة فأكثر سواء أكانت الغيبة بعذر كالمحبوس أم بغير عذر كمجهول الاقامة .
في حين ذهب الحنفية[٢٩] والجعفرية[٣٠] الى انه لا يحق للزوجة طلب التفريق لهذا السبب ، وذهب بعض فقهاء الجعفرية الى جواز التفريق اذا خيف الفتنة ولم تستطع الزوجة الصبر[٣١] .
ومما يلاحظ على هذا النص انه لم يشترط مضي مدة على بدء تنفيذ العقوبة اذ يعطي الحق للزوجة بمجرد صدور الحكم على الزوج بالحبس وكان الافضل ان يمنحها هذا الحق بعد مرور سنة من تاريخ حبسه كما فعل المشرع المصري في المادة / ١٤ من القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩.
فلا يحق للزوجة ان تطلب التفريق الا بعد مرور سنة من تاريخ القبض عليه وحبسه لان الضرر الذي يمنح الزوجة حق طلب التفريق لا يتحقق الا بعد مرور مدة من الزمن التي تستوحش فيها وتتضرر فعلا من بعد الزوج عنها .

الحالة الثانية :- نصت عليها الفقرة الثانية بانه
(اذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين فاكثر بلا عذر مشروع ، وان كان الزوج معروف الاقامة ، وله مال تستطيع الانفاق منه) والهجر هنا يعني الامتناع عن معاشرة الزوجة اربعة اشهر فاكثر بغير عذر وبقصد الاضرار بها من غير حلف على عدم معاشرتها ، او الهجر في الفراش بعدم تفقد الزوج لزوجته او معاشرتها معاشرة الازواج او الابتعاد عنها دون عذر مشروع ، ولهذا السبب يحق للزوجة طلب التفريق منعا للظلم الواقع عليها بسبب هجرها المدة المذكورة دون عذر مشروع ، ويرى الفقه المالكي[٣٢]بان الضرر يقع على الزوجة سواء أكان ذلك الهجر بعذر أم بغير عذر ، فاذا سافر الزوج للدراسة او للتجارة او للوظيفة وغاب عن زوجته لمدة سنتين فلا هو راجع ولا هي لاحقة به فان هذا الضرر أكيد بها ولو كان له مال تنفق منه لان الزوجة لا تحتاج لمجرد النفقة وانما هي سكن وألفة ومودة كما وصفها القران الكريم[٣٣]
وقد اختلف الفقهاء في حق الزوجة في طلب التفريق للغياب فذهب الحنفية[٣٤] والشافعية[٣٥] الى انه لا يحق للزوجة طلب التفريق وان طالت الغيبة في حين ذهب المالكية[٣٦] والجعفرية[٣٧] والحنابلة[٣٨] الى جواز التفريق للغيبة اذا طالت وتضررت بها الزوجة.

الحالة الثالثة :- نصت عليها الفقرة الثالثة
(اذا لم يطلب الزوج زوجته غير المدخول بها للزفاف خلال سنتين من تاريخ العقد ، ولا يعتد بطلب الزوج زفاف زوجته ، اذا لم يكن قد أوفى بحقوقها الزوجية) .
الزواج وكما هو معروف ميثاق شرعي بين الرجل والمرأة غايته تكوين الاسرة وتحمل أعبائها العائلية وهذه هي الحالة الطبيعية ، ولكن لو عقد الزوج نكاحه على المرأة وتركها ولم يطلبها للزفاف خلال سنتين من تاريخ العقد ، فلها طلب التفريق لان هذا يعد نوع من انواع الهجر فقد تركها زوجها معلقة لا هي مطلقة ولا هي بذات زوج ، فان دفع الزوج بانه مستعد لطلبها للزفاف فيقتضي ان يؤدي لها المهر المعجل وان يهيء البيت الشرعي وان يكون مستعدا للانفاق عليها وفقا للمادة / ٢٥ من القانون ، والا فلا يعتد بطلب زفافها لانه لم يوف اليها حقوقها الزوجية ، والحكمة من هذا انه يجب طلب الزوجة للزواج بها قبل هذه المدة لعدم الاضرار بها لانه لا يصح بقاء الزوجة معلقة على الرغم من أظهارها المطاوعة لزوجها[٣٩].

الحالة الرابعة :- نصت عليها الفقرة / ثالثا-أ
(للزوجة العراقية طلب التفريق عن زوجها المقيم خارج القطر بسبب تبعية جنسيته لدولة أجنبية اذا مضى على أقامته في الخارج مدة لا تقل عن ثلاث سنوات بسبب منعه أو أمتناعه عن دخول القطر).

ونصت /ب- من ثالثا على انه يعدّ تأييد الجهة الرسمية المختصة بأقامة الزوج في الخارج لاغراض هذه الفقرة بديلا عن أجراءات تبليغه بلائحة الدعوى وموعد المرافعة ، على أن يتم نشر الحكم الصادر على الزوج في أحدى الصحف المحلية)

وهذه الحالة من حالات الضرر تكون فيها غيبة الزوج بسبب منعه عن دخول القطر العراقي أو أمتناعه هو ناجم عن كونه من جنسية غير عراقية ولا شك أن بقاء الزوجة بهذه الحالة معلقة بعقد زواج معطل يلحق بها الضرر فاذا لم تشأ أو تستطيع اللحاق به ولم يكن بمقدوره الدخول الى القطر العراقي فان التفريق أولى[٤٠] ،

وهناك قرارات تؤكد حق الزوجة في طلب التفريق للضرر من زوجها صادره عن مجلس قيادة الثورة المنحل ، والتي سيتم بيانها على الايجاز الاتي :-

١- الحكم على الزوج بجريمة خيانة الوطن

أصدر المجلس قراره المرقم ١٧٠٨ في ١٩٨١/١٢/٢٧ بما يلي (يحق للزوجة التي صدر حكم قضائي بأدانة زوجها بجريمة خيانة الوطن ان تطلب التفريق من زوجها ، وعلى المحكمة المختصة ان تحكم لها بالتفريق مع أحتفاظها بكامل حقوقها من الصداق المؤجل والنفقة وسائر الحقوق الاخرى)

على الرغم من ان هذا داخل ضمن الحالة الاولى وهو الحكم على الزوج بعقوبة مقيدة للحرية الا ان هذا القرار في مفهومه يعطي الزوجة الحق في التفريق بمجرد ادانة الزوج بجريمة الخيانة حتى ولو لم يحكم عليه بالعقوبة أو لم تطبق عليه العقوبة فقد أعتبر هذا القرار مجرد الادانة بالخيانة ضرر بالزوجة من حيث السمعة والعزل الاجتماعي .

٢- الهروب من الخدمة العسكرية

في هذه الحالة لا يستطيع الزوج البقاء في بيت الزوجية فهو هارب من الخدمة العسكرية اصلا وهارب من الخدمة الزوجية تبعا، استنادا لقرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ١٥٢٩ في ١٩٨٥/١٢/٣١ الذي نص على .

(اولا :- للزوجة طلب التفريق من زوجها اذا تخلف أو هرب من اداء الخدمة العسكرية مدة تزيد على ستة أشهر أو هرب الى جانب العدو ، وعلى المحكمة ان تحكم بالتفريق مع الاحتفاظ للزوجة بكامل حقوقها الزوجية .

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

ثالثا :- اذا كرر الزوج الهروب وحكم بالتفريق ثانية على وفق احكام هذا القرار، يعدّ التفريق في هذه الحالة طلاقا بائنا بينونة صغرى) .

ان القرار يتناول موضوع الهروب سواء من الخدمة العسكرية ام الهروب الى جانب العدو ، اذ ان هذه الافعال تلحق الضرر بالزوجة واولادها ، جاز للقاضي ان يحكم بالتفريق للزوجة مع الاحتفاظ بكامل حقوقها الزوجية ، ونص القرار وفقا لاحكام الفقرة الاولى على ان يعد هذا التفريق طلاقا رجعيا يعني ان من حق الزوج مراجعة زوجته خلال العدة بشرط ان يكون قد التحق بالخدمة العسكرية او عاد من الهروب بتاييد الوحدة العسكرية بذلك، وجاءت الفقرة الثانية صريحة في انه على القاضي الحكم بالتفريق ثانية اذا كرر الزوج فعل الهروب من الخدمة العسكرية او لجهة العدو، ومنعا للضرر الذي يلحق الزوجة عد التفريق في هذه الحالة طلاقا بائنا بينونة صغرى ، والزوجية لا تعود بين الطرفين الا بعقد ومهر جديدين[٤١] .

٣- زنا زوجة الغائب

نص عليه قرار مجلس قيادة الثورة رقم / ٥٤٤ في ١٩٨٧/٧/٢٨ الذي تضمن فيه حق الزوج الغائب وبشروط عند طلب التفريق في حالة زنا الزوجة بقوله (اولا:- يجوز لوالد الغائب خارج العراق طلب التفريق بين ولده الغائب وزوجته بسبب الزنا على وفق الشروط الاتية :-
١- ان يكون والد الغائب قد عين قيما عليه بعد اكتمال مدة الغياب المنصوص عليها في المادة / ٨٥ من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ .
٢- ان تثبت جريمة الزنا بقرار من المحكمة المختصة واكتسب درجة البتات .
ثانيا :- لا يجوز تحريك دعوى الزنا من قبل والد الغائب الا باذن من المحكمة التي عينته قيما عليه .
ثالثا :- يعتبر التفريق في هذه الحالة طلاقا بائنا)
انشأ هذا القرار حكما جديدا جعل بموجبه زنا زوجة الغائب سببا مبررا لطلب التفريق ، واعطى لوالد الغائب حق طلب التفريق بعد ان تثبت جريمة الزنا من المحكمة ويكتسب الحكم درجة البتات .
وقد حصر المشرع هذا الحق لوالد الغائب المنصوب قيما عليه فقط وليس لشخص اخر حق طلب التفريق حتى لو كان الاب اذا لم يكن قيما عليه لان الغائب شخص غادر العراق او لم يعرف له مقام فيه مدة تزيد على السنة دون ان تنقطع اخباره وترتب على ذلك تعطيل مصالحه او مصالح غيره .
ووالد الغائب هنا مقيد بانه لا يجوز له تحريك الدعوى الجزائية الا باذن من المحكمة التي نصبته قيما عليه ، والحكمة من هذا الحكم لكي لا تظلم الزوجة ويمس شرفها وعرضها او اتهامها دون دليل، ولهذا اشترط القرار ثبوت الجريمة واكتساب الحكم الدرجة القطعية[٤٢] .

٤- تفريق زوجة الاسير

نص قرارمجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٧٥ في ١٩٩٣/١١/٢٤ على انه:
١- للزوجة طلب التفريق من زوجها الاسير اذا اثبت انه قد تحول الى خدمة العدو بصورة او باخرى ، وعلى المحكمة ان تحكم لها بالتفريق مع احتفاظ الزوجة بكامل حقوقها الزوجية .
٢- يعد التفريق بموجب هذا القرار طلاقا رجعيا يجيز للزوج مراجعة زوجته اذا التحق الى الصف الوطني خلال مدة العدة) يتناول القرار موضوع تحول الاسير الى خدمة العدو وتعاونه بصورة او باخرى حيث ان هذه الافعال تلحق الضرر بالزوجة واولادها ، وعلى المحكمة المختصة ان تحكم بالتفريق بينها وبين زوجها الاسير اذا اثبتت ذلك وتتحقق المحكمة من صحة الادعاء من الجهات المختصة مع احتفاظها بكامل حقوقها الشرعية ، ويعد هذا التفريق طلاقا رجعيا يحق للزوج مراجعة زوجته خلال العدة بشرط ان يكون قد التحق الى الصف الوطني وفي قرار لمحكمة التمييز لا تنطبق احكام القرار ١٥٢٩ في ١٩٨٥/١٢/٣١ على الاسير الهارب المتعاون مع العدو اذا كان ما زال اسيرا وانه يتعاون مع العدو وهو اسير اما اذا اخرج من الاسر وتعاون مع العدو وهو طليق ففي هذه الحالة يطبق القرار ومن مقتضيات الدعوى ضرورة تبليغه بالذات بالصحف المحلية كونه مجهول محل الاقامة[٤٣] .

٥- تفريق زوجة المفقود

صدر عن قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٦٢ في ١٩٩٤/٦/٦، ان مسالة المفقودمن المشاكل التي تشغل كل بال اذ ان مجرد فقده مصيبة تؤذي اهله، وذووه، ومحبوه ، والامة كلها ، وبالاخص عندما يكون الفقد حصل في ميدان الدفاع عن العقيدة، والشرف، والنفس ، ودرء الاخطارعن البلاد ، والمفقود جزء من هذه الامة، وله في المجتمع ابوان وربما اخوة وزوجة واولاد واموال، اي ان المفقود عليه واجبات وله حقوق.
وقد بذل ذوو الاختصاص الجهود الكبيرة لمعالجة هذه المشكلة – وكانت الزوجة محورها – كما عرض مشروع القرار على المجلس الوطني الذي ناقشه بحضور ممثلين من وزارة العدل ووزارة الاوقاف والشؤون الدينية من رجال الدين وخبراء من قضاة محكمة التمييز المتقاعدين المختصين وقد شرحوا المشروع واوضحوا الجوانب الفقهية من الشريعة الاسلامية والاسباب

الاجتماعية فأقره المجلس بالاكثرية في ١٩٩٣/١٢/١١ وجاء قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ٦٢ في ١٩٩٤/٦/٦ ليعالج موضوع طلب زوجة المفقود في التفريق عن زوجها وفق النص الاتي :-
المادة الاولى : تضاف الفقرة الاتيه الى المادة / ٤٣ من قانون الاحوال الشخصية وتصبح الفقرة رابعا لها :- (١- لزوجة المفقود الثابت فقدانه بصورة رسمية ان تطلب من المحكمة التفريق عن زوجها بعد مرور اربع سنوات على فقدانه ، وعلى المحكمة ان تتثبت من استمرار الفقدان بالطريقة نفسها التي ثبت بها فقدانه ثم تصدر حكمها بالتفريق .
٢- تعتد زوجة المفقود بعد الحكم بالتفريق اربعة اشهر وعشرة ايام .
٣- اذا عاد المفقود تستمر زوجيته لها ما لم تتزوج ويتم دخول الثاني بها حقيقة غير عالم بحياة الاول) الملغاة بموجب القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٩٤ ،وبعد اتخاذ الاجراءات القضائية كافة يحكم القاضي بالتفريق بينهما رفعا للضرر الذي اصابها ويأمرها بان تعتد عدة الوفاة البالغة أربعة اشهر وعشرة ايام ، وبعد اكتساب الحكم الدرجة القطعية يجوز لها أن تتزوج إن شاءت ، وعالج القرار جيدا أيضا مسألة اذا عاد المفقود حيا بعد الحكم بالتفريق بينهما فتعود زوجته اليه خلال عدتها ما لم تتزوج من اخر غير عالم بحياة الاول ، اي اذا كانت عودة المفقود قبل دخول الزوج الثاني بها فهي زوجة المفقود العائد اما اذا دخل بها الثاني ولم يكن يعلم حياة المفقود فقد انقطعت علاقتها بالمفقود واصبحت زوجة الثاني اما اذا كان الزوج الثاني قد عقد عليها بعد انتهاء عدتها غير انه لم يدخل بها ففي هذه الحالة تعود للاول اما اذا تزوجها الثاني وهو عالم بحياة زوجها الاول فانه يفرق بينهما وهي لزوجها الاول[٤٤].

المطلب الثالث :- التفريق للعلل

حدد المشرع العراقي في الفقرات (٤، ٥، ٦) من المادة /٤٣ – اولا من القانون بعض الحالات التي يتعذر معها استمرار الحياة الزوجية ، بحيث اعطت الحق للزوجة فقط طلب التفريق في احد الاسباب الاتية :-
اولا :- ما نصت عليه الفقرة /٤ من المادة نفسها بانه(اذا وجدت زوجها عنينا أو مبتلى بما لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية ، سواء أكان ذلك لاسباب عضوية أو نفسية أواذا أصيب بذلك بعد الدخول بها وثبت عدم أمكان شفائه منها بتقرير صادر عن لجنة طبية رسمية مختصة ، على انه اذا وجدت المحكمة ان سبب ذلك نفسي ، فتؤجل التفريق مدّة سنة واحدة شريطة ان تمكن زوجها من نفسها خلالها) فاذا تبين للزوجة وجود بعض الامراض الجنسية او النفسية فلها ان تطلب التفريق بدعوى ترفعها للقاضي وعلى القاضي ان يتاكد من عدم امكانية شفائة بتقرير صادر من اللجنة الطبية المختصة بذلك .
فاذا وجدت المحكمة ان العلة نفسية او يحتاج الى مدة فتؤجل التفريق مدّة سنة واحدة شريطة ان تمكن زوجها من الاتصال بها خلال تلك المدة ، وبعدها تقرر المحكمة رد الدعوى ان دخل بزوجتة او الحكم بالتفريق ان لم يستطع الدخول بها .
ثانيا :- نصت عليه الفقرة / ٥ بانه (اذا كان الزوج عقيما ، او ابتلى بالعقم ، بعد الزواج ولم يكن لها ولد منه على قيد الحياة) جعلت هذه الفقرة عقم الزوج سببا مبررا لطلب الزوجة للتفريق سواء أكان عقيما أم ابتلى بالعقم بعد الزواج لكي لا تحرم الزوجة من اشباع عاطفة الامومة في نفسها ، بيد ان المشرع منع حق المرأة بطلب التفريق لعقم الزوج اذا اثمر الزواج ولدا واحداً ذكرا كان أم انثى وبقى على قيد الحياة ، اما اذا كانت الزوجة عقيما فلا يحق للزوج طلب التفريق وان كان له حق اقامة دعوى الطلاق وفقا لاحكام المادة / ٣٩ من القانون ، ويثبت العقم بالاحالة الى معهد الطب العدلي فاذا كان العقم لا يؤمل شفاؤه فيحكم القاضي بالتفريق اما اذا تضمن التقرير امكان الشفاء خلال مدة معينة فلا يحكم بالتفريق[٤٥].
ثالثا :- نصت عليه الفقرة / ٦ على انه (اذا وجدت بعد العقد ، ان زوجها مبتلى بعلة لا يمكن معها معاشرته بلا ضرر، كالجذام او البرص او السل او الزهري او الجنون او انه قد اصيب بعد ذلك

بعلة من هذه العلل أو ما يماثلها ، على انه اذا وجدت المحكمة بعد الكشف الطبي ان العلة يؤمل زوالها ، فتؤجل الحكم حتى زوال تلك العلة وللزوجة ان تمتنع عن الاجتماع بالزوج طيلة مدة التأجيل اما اذا وجدت المحكمة ان العلة لا يؤمل زوالها خلال مدة مناسبة وامتنع الزوج عن الطلاق واصرت الزوجة على طلبها فيحكم القاضي بالتفريق) والملاحظ عنه انه اذا حصلت العلة بعد العقد وعلمت الزوجة بالعيب وصدر منها ما يدل على رضاها ، أو قبلت بالزوج وهي عالمة بحاله قبل العقد او بعده ، ورضاها سواء أكان صراحة ام دلالة يسقط حقها في طلب التفريق لتلك العلة التي علمت ورضيت بها ، وكذلك اذا كان الزوج عالما بالعيوب فليس له طلب الفسخ او التفريق ، ان حكم الفقرة /٦ شامل للامراض التي يتعذر او يتعسر فيها استمرار الحياة الزوجية لوجود علة في الزوج لا يؤمل زوالها فمن حق القاضي ان يحكم بالتفريق متى ثبت لديه بالكشف الطبي ان العلة لا يمكن زوالها ولا يرجى منها برء ولم يوافق الزوج على الطلاق واصرت الزوجة على طلبها عندئذ يحكم القاضي لها بالتفريق ، اما اذا كانت العلة يمكن البرء منها او يؤمل زوالها فان على القاضي ان يؤجل القضية مدة مناسبة حتى زوال تلك العلة ولا تجبر الزوجة على الاجتماع بالزوج خلال مدة التاجيل[٤٦].

وقد اختلف الفقهاء في جواز التفريق للعيب باتجاهين :

الاول :- وهو اتجاه الفقه الظاهري[٤٧] حيث ذهب الى عدم جواز ذلك لانه لم يصح عندهم ما يصلح ان يكون دليلا على هذه المسألة .

الثاني :- وهو اتجاه الفقه المالكي[٤٨] والشافعي[٤٩] والجعفري[٥٠] حيث ذهبوا الى ان هذا الحق يثبت للزوجين اذا ظهر بالزوج الاخر عيب يجعل معه الحياة الزوجية عديمة الفائدة ، الا انهم اختلفوا في مسألتين هما :-

الاولى :- لمن يثبت هذا الحق .

الثانية :- في العيوب التي يثبت بها حق التفريق .

المسألة الاولى :- ذهب الحنفية[٥١] الى ان حق التفريق يثبت للزوجة فقط ولا يثبت للزوج لانه يملك الطلاق فيمكنه ان يدفع عن نفسه الضرر ، وترى بقية المذاهب الى ان الحق يثبت للزوج كما يثبت للزوجة الحق بطلب التفريق عند وجود العلل .

المسألة الثانية :- للفقهاء فيها ثلاثة آراء وهي :-

الرأي الاول – وهو رأي ابي حنيفة وابو يوسف الذين اعطوا الحق للزوجة في طلب التفريق للعيوب الاتية : ١- الجب ٢- العنة ٣- الخصاء .

الرأي الثاني – مرض الجنون وهو العيب الرابع الذي اضافه الجعفرية على العيوب الثلاثة .

الرأي الثالث – وهو رأي محمد بن الحسن الشيباني - صاحب ابي حنيفة – الذي زاد على عيوب الرأي الاول والراي الثاني عيبي مرض الجذام والبرص لان الضرر الناشيء عن هذه العيوب لا يقل عن الضرر الناشيء عن الجب والعنة والخصاء والجنون[٥٢] .

شروط التفريق بالعيب

يشترط لجواز التفريق بالعيب ما يأتي :-

اولا :- ان تكون الزوجة كبيرة وتتقدم هي بطلب التفريق الى القاضي ، اما اذا كانت صغيرة وطلب وليها التفريق لم يكن للقاضي ان يفرق بينهما لاحتمال رضا الزوجة بالعيب بعد بلوغها .

ثانيا :- الا يصدر منها ما يدل على رضاها بالعيب ، اما اذا تزوجته وهي عالمة بحاله ، او لم تكن تعلم ولكنها لما علمت بعد ذلك رضيت به صراحة او دلالة فليس لها حق طلب التفريق .

ثالثا :- الا يكون بها عيب يمنع من مخالفتها لان امساكها حينئذ لا يتحقق منه ضرر لها .

رابعا :- ان يكون العنين ومن في معناه بالغا فان كان صبيا امهل الى وقت البلوغ لان عجزه قد يكون ناتجا عن صغره وربما قدر على اداء حق الزوجة في المعاشرة اذا ما بلغ ، واذا بلغ ولم يقدر على المباشرة امهله القاضي سنة ، اما المجبوب الصغير فانه لا يهمل لعدم الفائدة .

خامسا :- الا يكون العنين ومن في حكمه قد وصل الى الزوجة جنسيا في هذا النكاح ، اما اذا وصل اليها ولو مرة واحدة ثم عجز عنه بعد ذلك فلا حق لها في طلب الفرقة[٥٣].

المطلب الرابع :- التفريق لعدم الانفاق

نفقة الزوجة حق لها على زوجها وواجب من واجبات الزوج ما دامت الزوجة قائمة الوجوب بحقوق الزوجية سواء أكان الزوج غنيا ام فقيرا ، وسواء أكانت الزوجة غنية أم فقيرة والى هذا تحدث القانون عن حق الزوجة في طلب التفريق من الزوج الذي يمتنع عن الانفاق عليها دون عذر مشروع والعذر المشروع هو الاعسار فان لم يكن معسراً وانما كان مماطل فان لها طلب التفريق ولان الزواج ميثاق شرعي بين الرجل والمرأة غايته انشاء أسرة على أسس مستقرة تكفل اعباءها المودة والرحمة ، فاذا أمتنع الزوج عن الانفاق او قصر فيه على زوجته مع وجوبه عليه فان كان له مال ظاهر يمكن اخذ النفقة بالطرق القضائية فليس لها حق طلب التفريق ، اما اذا لم يكن له مال ظاهر يمكن اخذ النفقة منه بان كان فقيرا او مجهول المال فان للزوجة ان تطلب من القاضي ان يقرض لها نفقة ويأذن لها ان تستدين على زوجها ويكون ما تستدينه دينا عليه يؤديه عند يساره اما اذا كان الزوج موسرا او امتنع عن الانفاق على زوجته فهو بلا شك ظالم بامتناعه فيحق للزوجة طلب التفريق[٥٤].

وذهب الفقة الحنفي[٥٥] والشافعي[٥٦] و الحنبلي[٥٧]الى ان للزوجة الحق في طلب التفريق سواء أكان ذلك لفقر الزوج او لامتناعه تعنتا .

وقد أستدلوا على ذلك بما يأتي :-

١- بقوله تعالى (فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ)[٥٨]

٢- وقوله تعالى (وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا)[٥٩]، وأمساك الزوجة مع عدم الانفاق عليها يضر بها ضررا بالغا، وهو اعتداء عليها .

بينما ذهب الحنفية[٦٠] والجعفرية[٦١] الى عدم اعطاء الحق للزوجة في طلب التفريق لعدم الانفاق وانما لها الحق ان تقاضيه في النفقة وان تطلب من القاضي الاذن لها بالاستدانة على ذمته او حبسه وقد نصت المادة / ٤٣ –اولا على عدم الانفاق في الفقرات (٧ و٨ و٩) من القانون حيث تعد هذه الفقرات بمثابة حماية للزوجة التي يمتنع الزوج او يتعنت بعدم الانفاق عليها ويعتبر التفريق بموجبها طلاقا بائنا بينونة صغرى وفقا لاحكام المادة / ٤٥ من القانون ، اذ نصت الفقرة / ٧ على انه (اذا امتنع الزوج عن الانفاق عليها دون عذر مشروع ، بعد امهاله مدة اقصاها ستون يوما) مما يتبين ان القاضي فرض لها نفقة مؤقتة للتاكد من جدية الزوج بالانفاق على زوجته من عدمه ، ولا يحكم بالتفريق لعدم الانفاق الا بعد امهال الزوج مدة اقصاها ستون يوما وامتنع عن الانفاق رغم امهاله، ونصت الفقرة /٨ على انه (اذا تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيبه او فقده أو أختفائه أو الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على سنة) من حق الزوجة ان تطلب التفريق لتعذر تحصيل النفقة من زوجها الغائب او المفقود او المختفي بعد تبليغه بالصحف المحلية وعدم وجود اموال ظاهرة له ، وعلى الزوجة اثبات ذلك بالبينات المعتبرة وتحليفها اليمين قبل الحكم بالتفريق وكذلك عد تسفير الزوج خارج العراق من قبل الجهات الرسمية المختصة سببا يتعذر معه تحصيل النفقة ويجوز للزوجة طلب التفريق عند عدم وجود مال ظاهر لديه ، وكذلك اذا تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على سنة.

وأشارت الفقرة/٩ على انه (اذا أمتنع الزوج عن تسديد النفقة المتراكمة المحكوم بها ، بعد أمهاله مدة اقصاها ستون يوما من قبل دائرة التنفيذ) ، يفهم من نص الفقرة ان هناك حكما صادر أمن محكمة الاحوال الشخصية بالنفقة المستمرة وقد نفذته الزوجة في دائرة التنفيذ ومضت مدة على تنفيذه ولم يدفع الزوج النفقة المحكوم بها حتى تراكمت عليه فتمهله دائرة التنفيذ ستين يوما فان سدد المتراكم خلال نظر الدعوى التي اقامتها الزوجة بطلب التفريق لهذا السبب ، ولم يبق شيء في ذمته

ترد المحكمة دعوى التفريق ، اما اذا أمتنع الزوج عن التسديد على الرغم من مدة الامهال فتحكم المحكمة بالتفريق بينهما لان ذلك دليل اصراره على عدم الانفاق واستهانته بالحقوق الزوجية[٦٢].

مما تقدم يمكن تلخيص حكم القانون في هذه المسألة على وفق الاتي :-

١- يمهل الزوج الممتنع عن الانفاق على زوجته اعسارا أو انكار مدة ستون يوما قبل الحكم بالتفريق .
٢- اذا أمكن تحصيل النفقة منه باي شكل من الاشكال بان كان له مال ظاهر او راتب يحجز او نحو ذلك فان تمكنت الزوجة من استحصال النفقة في هذه الحالة لا يفرق القاضي بينهما لان حقها في النفقة لم يفت .

اما اذا تعذر ذلك .

١- عدم تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيبه او فقده او اختفائه او الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على السنة.
٢- عدم وجود مال ظاهر .
٣- امتنع عن تسديد النفقة المتراكمة المحكوم بها مع المهلة القانونية وهي الستون يوما فان المحكمة تلبي طلب الزوجة في التفريق[٦٣] .

المطلب الخامس :- التفريق قبل الدخول

لقد جاء المشرع العراقي بهذا الحكم في المادة / ٤٣ الفقرة / ثانيا التي تنص على ان (للزوجة الحق في طلب التفريق قبل الدخول ، وفي هذه الحالة على المحكمة ان تقضي بالتفريق بعد ان ترد الزوجة الى الزوج ما قبضته من مهر وجميع ما تكبده من اموال ونفقات ثابتة صرفها لاغراض الزواج) فلما ابدت الزوجة غير المدخول بها رغبتها في الانفصال عن زوجها فان المشرع بادر الى اعطاءها هذا الحق ما دام الامر في بدايته وليس بينهما عشرة يؤسف عليها ولا ذرية يحسب حسابها ولا علاقة يخاف منها ، شريطة ان ترد له كل ما انفقته وما تكبده من نفقات ثابتة باي وسيلة من وسائل الاثبات المعتبرة ، والتفريق في هذه الحالة جاء مطلق بحيث يحق للزوجة طلب التفريق من زوجها المفقود غير الداخل بها .

هذا ويلاحظ ان الاصل في هذه الفقرة هو حق المرأة في طلب التفريق قبل الدخول رغبة منها في انهاء حياة جديدة بعد ان لمست من زوجها سلوكا غير مرض او اخلاقا غير حميدة ، ولا تشترط موافقة الزوج على التفريق والمحكمة ملزمة بالتفريق فلا يسأل عن سبب احد ، وعلى الزوجة في هذه الحالة ان ترد للزوج ما قدم لها من مهر معجل وهدايا واقيام الملابس النسائية والحلي الذهبية ومقابل ما انفق او تكبد من نفقات ومصاريف ثابتة لاغراض الزواج ، وعلى المحكمة ان لا تقضي بالتفريق الا بعد رد تلك الاموال الى الزوج واقراره باستلامها .

جرى القضاء العراقي على تمكين زوجة الاسير او المفقود من طلب التفريق قبل الدخول وفقا لهذه المادة بعد ان ترد الزوجة المهر المعجل والمصاريف كافة وتحلف اليمين على عدم الدخول وعدم استلامها غير ما ذكر ، وتودع هذه المبالغ لدى مديرية رعاية القاصرين المختصة ويخضع قرار الحكم بالتفريق لوجوب تصديقه تمييزا وفقا للمادة/ ٣٠٩ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، ويعد التفريق في هذه الحالة طلاقا بائنا بينونة صغرى بدلالة المادة / ٤٥ من قانون الاحوال الشخصية[٦٤].

المطلب السادس :- التفريق للنشوز

النشوز هو عصيان الزوجة وعدم طاعتها او امتناعها عن فراشه او خروجها من بيته بغير اذنه ورضاه وبدون عذر مشروع ، ويصدر النشوز من كلا الزوجين وهو ان يكره احدهما الاخر ويعرض عنه ويعبس في وجهه ويترك الفراش ويسيء العشرة او يشتغل بغيره او يظهر الخشونة في

القول او العمل او الجفاء والسكوت او يترك مجالسته ويستنكف عن طاعتة ويتنكر ويغلظ القول ولا يسارع الى امره ورفع الصوت والصخب والسكوت عند الدعاء ، وتبعا لما تقدم يمكن ايجاز حالات نشوز كلا الزوجين على النحو الاتي :-

اولا :- نشوز الزوجة

ان كان النشوز من المرأة تطبق بحقها احكام القران الكريم على الترتيب من وعظ وهجر في الفراش وضرب خفيف ، فان اشتد الشقاق فالخير في التحكيم بينهما قال تعالى (وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً)[٦٥] وعضتها هو تذكيرها بالله ، وتخويفها به ، وتنبيهها للواجب عليها من الطاعة وما لزوجها عليها من حق ، ولفت نظرها الى ما يلحقها من الاثم بالمخافة والعصيان ، وما يفوت من حقوقها من النفقة ، والكسوة، وفقا لاحكام الفقرة/ ١ من المادة /٢٥ ، ومن حالات نشوزها ماياتي :-

١- اذا امتنعت الزوجة من الانتقال الى بيت زوجها اذا طلبها لذلك بعد العقد الا اذا كان لها عذر مشروع .

٢- اذا خرجت من بيت الزوجية بلا مبرر شرعي وبلا اذن الزوج ورضاه وترفض العودة اليه ، ويتفرع عن هذا ما اذا كانت صاحبة حرفة تمارسها خارج البيت دون اذن زوجها .

٣- اذا كان الزوج يقيم مع زوجته في بيتها ثم منعته من الدخول ولم تطلب منه الانتقال الى مسكن اخر .

٤- اذا حبست الزوجة عن جريمة او دين .

٥- اذا امتنعت عن السفر مع زوجها داخل القطر بلا عذر شرعي ، ولا تلزم المرأة بالسفر مع زوجها خارج القطر قانونا .

ثانيا :- نشوز الزوج

ان كان النشوز من الزوج وذلك بالاعتداء على زوجته ومنعها حقا من حقوقها او ضربها او ايذائها بغير سبب مبيح باي كيفية كانت ايجابا او امتناعا ، فاذا صدر منه ولم تقدر المرأة على منعه ترفع امرها الى القاضي فيعزره بما يراه واجرى عليها النفقة من ماله اي بعبارة اخرى اذا خافت المرأة نشوز زوجها واعراضه عنها اما لمرضها او لكبر سنها او لدمامة وجهها فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما ولو كان في الصلح تنازل الزوجة عن بعض حقوقها ترضية لزوجها لقوله تعالى (وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ)[٦٦].

ونصت الفقرة /٢ من المادة / ٢٥ ، على حالات نشوز الزوج وهي :-

(١- عدم تهيئة الزوج لزوجتة بيتا شرعيا يتناسب مع حالة الزوجين الاجتماعية والاقتصادية .

٢- اذا كان البيت الشرعي المهيأ بعيدا عن محل عمل الزوجة ، بحيث يتعذر معه التوفيق بين التزاماتها البيتية والوظيفية .

٣- اذا كانت الاثاث المجهزة للبيت الشرعي لا يعود للزوج .

٤- اذا كانت الزوجة مريضة بمرض يمنعها من مطاوعة زوجها) .

ولابد للزوجة من ان تصبر مع زوجها ان كان العصيان منها او منهما ، وان كان الزوج فقط رفعت امرها الى الحاكم الشرعي فيامر الحاكم زوجها بالانفاق عليها او الطلاق والتسريح فان امتنع عن كليهما طلقها الحاكم، ولا يجوز للمحكمة ان تحكم بلزوم مطاوعة الزوجة لزوجها قبل التحقق من اسباب عدم الطاعة ، اي للمحكمة ان تتريث في اصدار الحكم بنشوز الزوجة حتى تقف على اسباب رفضها مطاوعة زوجها وبعد ان تقف على ذلك عليها ان تبذل كل مساعيها في ازالة ما يمكن ازالته من اسباب النشوز فان افلحت في ذلك كان خيرا والا حكمت بالتفريق[٦٧] وفقا لاحكام الفقرة / ٤ من

المادة / ٢٥ بانه على (المحكمة ان تقضي بنشوز الزوجة ، بعد ان تستنفذ جميع مساعيها في ازالة الاسباب التي تحول دون المطاوعة)

ويتحقق النشوز بامتناع الزوجة عن المطاوعة بدون مبرر شرعي ، اما اذا كان الامتناع بناءً على ضربها او شتمها او الاعتداء عليها فلا يعد نشوزا ، واعتبر المشرع العراقي النشوز سببا مبررا لطلب التفريق القضائي لكل من الزوجين الحق في طلب التفريق للنشوز ومعرفة الاثار المترتبة عليه ،قضت محكمة التمييز بقرارها المرقم ٨٣٥/شخصية/٨٣ في ١٩٨٣/١٢/٢٥ (غير منشور) على ان (... حكم النشوز هو الذي يعتبر من اسباب التفريق عملا باحكام التعديل الرابع لقانون الاحوال الشخصية وليس حكم المطاوعة ...) وفي قضية اخرى اقرت محكمة التمييز بقرارها المرقم ٥٣٢/ شخصية / ١٩٨٦ في ١٩٨٦/١/٢٥ (غير منشور) بانه (... لا يصح الحكم بنشوز المدعى عليها واعتبارها ممتنعة عن المطاوعة ، اذا كانت قد اقامت دعوى التفريق بل ينبغي استئخار دعوى النشوز حتى نتيجة دعوى التفريق ...) واستقرالرأي على ان قرار النشوز ليست له صفة الديمومة والاستمرارية ، لانه صدر مثبتا لحالة كانت قائمة في وقت من الاوقات ، وللزوجة ان تعود عن نشوزها سواء امام دائرة التنفيذ ام باقامة دعوى مستقلة بطلب النفقة ، وفي هذه الحالة يتعين على المحكمة تبليغ الزوج والاطلاع على البيت الشرعي الذي جرى الكشف عليه سابقا ، وبيان راي الزوج فاذا بدا منه ما يدل على عدم رغبته بالزوجة استحقت النفقة ، اي تستحق الزوجة الناشز نفقة مستمرة من تاريخ اظهار رغبتها في المطاوعة لان نفقة الزوجة على زوجها واجبة ما لم تكن ناشزا[٦٨] .

عليه فالشريعة الاسلامية توجب على الزوجة اطاعة زوجها ، ومظهر هذه الطاعة ان تستقر الزوجة في مسكن الزوجية الذي يهيئه الزوج لها ، وان لا تمتنع عن فراش الزوج حين طلبه، وان لا تخرج من بيته دون عذر مشروع ومن غير علمه وموافقته ، وان لا ترفض السفر معه دون عذر مشروع وذلك امتثالا لقوله تعالى(أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلاَ تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ)[٦٩] ، اذ عليها ان تكون حسنة المعشر مع زوجها فاذا امتنعت الزوجة عن طاعة زوجها تكون ناشزا وتسقط نفقتها من تاريخ هذا الامتناع .

اثار التفريق للنشوز:

١- للزوجة طلب التفريق بعد مضي سنتين على اكتساب حكم النشوز درجة البتات وعلى المحكمة ان تقضي بالتفريق ، والاثار المترتبة على الحكم بالتفريق هي :-

أ- سقوط المهر المؤجل اذا كانت الزوجة قد قبضت كل المهر والزمت برد نصف ما قبضته .

٢- كما اعطت للزوج حق طلب التفريق بعد اكتساب حكم النشوز درجة البتات ، على المحكمة ان تقضي بالتفريق ، الاثار المترتب عليه هي :-

١- قبل الدخول

أ- تلزم الزوجة برد ما قبضته من مهرها المعجل .

ب- يسقط مهرها المؤجل اذا كان التفريق قبل الدخول .

٢- بعد الدخول

أ- يسقط المهر المؤجل

ب- تلزم الزوجة برد نصف ما قبضته اذا كانت قد قبضت جميع المهر[٧٠] .

ان الطلاق الذي يقع في هذه الحالة يعد طلاقا بائنا بينونة صغرى وفقا لاحكام المادة /٢٥ الفقرة /٦ من القانون .

وهناك بعض التطبيقات القضائية في العراق نستخلصها في القواعد الاتية :-

١- ليس للزوجة طلب التفريق بسبب الشقاق ما دامت ناشزا ، اذ لا يمكن نسبة التقصير لزوج وهي ناشز ، ولايتصور وجود شقاق والزوجة غير مطاوعة ، جاء في قرار محكمة التمييز الجعفري رقم ٥٤٤ في ١٩٦١/١١/٢١ .

٢- تكلف الزوجة ببيان ماهية الضرر واثباته قبل الحكم بالتفريق ، جاء في قرار محكمة التمييز السني رقم ٢١٢ في ١٩٦٣/٥/٢٣ .

٣- ليس للقاضي تعيين الحكمين من غير اهل الزوجين الا اذا تعذر وجودهما ولم يتفق الزوجان على تعيينهما ، وعلى الحكمين الاجتهاد في الاصلاح ولا يتم ذلك مع طرف واحد اذ لا بد من الاتصال بالزوجين معا ، جاء في قرار محكمة التمييز الجعفري رقم ٦٦ في ١٩٦٢/٦/٢٣ .

٤- الشقاق المبرر للتفريق هو نشوز الزوجين وكراهية بعضهما للاخر فان حصل النشوز من الزوجة فقط فلا يحكم بالتفريق ، جاء في قرار محكمة التمييز الجعفري رقم ١٩٣ في ١٩٦٢/٦/٣.

٥- زواج المتزوجة من اخر وهي في ذمة زوجها الاول ضرر لهذا الزوج يبرر له طلب التفريق ، جاء في قرار محكمة التمييز السني رقم ٥٣٩ في ١٩٦٣/٤/١٣ .

٦- اتهام الزوج زوجته ليلة الزفاف بعدم البكارة ثم رجوعه عن ذلك معلنا خطأه وتوهمه لا يستوجب التفريق ، لانتفاء الضرر الذي اشترطته المادة / ٤٠ ، جاء في قرار محكمة التمييز السني رقم ٦٨ في ١٩٦٣/٤/١٠ .

٧- لا يصح التفريق قبل ثبوت الشقاق أو الضرر ، واذا ثبت أحدهما فلا يحكم بالتفريق قبل تعذر الاصلاح وامتناع الزوج عن التطليق ، وعلى الحكمين الاجتماع بالزوجين وتدوين تقرير بهذا الاجتماع يرفعانه للقاضي ، ولا يجوز تدوين افادتيهما كشاهدين ، ولا يسقط المهر المؤجل اذا كان التقصير واقعا من الزوجين معا ، جاء في قرار محكمة التمييز الجعفري رقم ١٠٠ في ١٩٦٣/٤/٢٧.

٨- ان مجرد كون الزوج من ارباب السوابق لا يكفي لثبوت ضرر بالزوجة يستلزم التفريق ما لم يتايد وقوع الضرر بالزوجة، جاء في قرار محكمة التمييز رقم ٨٣٤ في ١٩٦٩/١٠/٢٢ .

٩- يجب الحكم بالتفريق اذا انعدم احترام الزوجين لبعضهما وللرابطة الزوجية واثارها ، وصارت الزوجة لا تأمن على حياتها من الزوج وتعلن اشمئزازها منه واحتقارها له بحيث تفضل الانتحار على العودة اليه بسبب تدليسه عند زواجها واحتياله لانتزاع اقرارها الكاذب بقبض المهر واتهامه لها واهلها باسقاط جنينها ، انظر قرار رقم ١٠٥ في ١٩٦٤/٤/١٢ .

١٠- ترك الزوج زوجته بدون نفقة لفترة طويلة ضرر يستوجب التفريق واذا جرت المحاكمة بحق المدعى عليه غيابيا فعلى المحكمة ان تقوم هي بانتخاب الحكمين ، انظر قرار رقم ٢٠٣ في ١٩٦٤/٤/١٩ .

١١- العشرة بين الزوجين مدة ليست بقصيرة بعد ادعاء احدهما اضرار الاخر به وطلبه التفريق دليل على ان الضرر هذا يستطاع معه دوام العشرة فلا يعتد ولا يصح الحكم بالتفريق من اجله ، اظر قرار ٦٩/شخصية/١٩٧١ في ١٩٧١/٣/١٣ .

١٢- اتباع الزوج اسلوبا غير انساني لحمل زوجته على التنازل عن صداقها المؤجل يعتبر سببا موجبا للتفريق ، انظر قرار رقم س/٧١ في ١٩٧١/٣/١٧ .

١٣- ليس للزوجة حق طلب التفريق اذا تسببت هي بالاضرار بنفسها ويسمعه زوجها لارتكاب جريمة الخيانة الزوجية[٧١]، اظر قرار رقم ٦/شخصية/١٩٧١ في ١٩٧١/٣/١٧ .

اثبات اسباب التفريق

الملاحظ عنه ان ادلة الاثبات في التفريق للشقاق والعلل والضرر وعدم الانفاق والنشوز تعود الى فراسة القاضي وقناعته ، وذلك بعد تدقيق ما مقدم اليه من ادلة واثباتات ، ومن ادلة الاثبات الفقهية :-

١- الشهادة :- وهي قول صادر عن علم حاصل من المشاهدة (المعاينه) .
٢- الاقرار :- هو اعتراف المدعى عليه بكل او بعض المدعى به امام القضاء .
٣- القرينة :- حجية القرينة وردت في القران الكريم وعمل بها الخلفاء وائمة الفقه .
٤- الخبرة :- هو من له الدراسة الخاصة في مجال من المجالات وللقاضي الاستعانة بالخبراء للاستهداء بارائهم والحكم في ضوء ذلك .
٥- الكتابة :- الدليل على حجية الكتابة قوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ۚ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ)[٧٢] ، وهذا يدل على انه اذا حصل الخلاف في اصل الدين او مقداره او اجله او غير ذلك يعمل القاضي بما هو مثبت في كتاب كاتب العدل .
٦- اليمين :- يعمل القاضي بيمين المدعى عليه في حالة النكول ، والنكول ليس بينة من المدعي بل هو حجة ضعيفة فلا يعتبر دليلا مستقلا لكن اذا حلف المدعى عليه قوى جانبه فالنكول من المدعى عليه واليمين من المدعى عليه بمثابة شاهدين[٧٣] .
اما المعمول به في القانون هو تطبيق المادة / ٤٤ التي تنص على انه (يجوز أثبات أسباب التفريق بكافة وسائل الأثبات بما في ذلك الشهادات الواردة على السماع ، اذا كانت متوافرة ، ويعود تقديرها الى المحكمة ، وذلك بأستثناء الحالات التي حدد القانون وسائل معينة لاثباتها)
والوسائل التي حدد القانون اثباتها هي : -
١- الادمان على المسكرات والمخدرات ، فقد حدد القانون اثبات هذه الحالة بتقرير من لجنة طبية رسمية مختصة .
٢- العنة او ابتلاء الزوج بما لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية ، وعدم امكان شفاؤه منها بتقرير صادر من لجنة طبية رسمية مختصة .

الخاتمة

من أهم النتائج التي توصلنا اليها من خلال بحثنا في حالات التفريق ، والتي يقتضي ضرورة عدم الاسراع في حسمها لكون الطلاق كلمة يهتز لها عرش الله اذ أكد عليها الباري عز وجل في القران الكريم والسنة النبوية الشريفة والمشرع في قانون الاحوال الشخصية لما لها من أثر بالغ الاهمية في حياتنا الاجتماعية، ولكي لا يتسرع الزوجين في ايقاع الطلاق وتهديم العائلة وتشتيت الاطفال .
والنتائج التي توصلنا اليها هي :-
١- ضرورة ان يشمل المشرع احكام المادة / ٤٣ من القانون حق طلب التفريق للزوجين معا .
٢- اجازت الفقرة / اولا- ١ من المادة ٤٣ للزوجة طلب التفريق لحبس الزوج مدة ثلاث سنوات فاكثر ، نرى ضرورة ان لا يقضي بالتفريق الا بعد اكتساب الحكم الدرجة القطعية لا ان يعطي الحق للزوجة قبل البدء بتنفيذ العقوبة للابتعاد عن الوقوع في الخطأ القضائي الذي قد يضر باحد الزوجين، هذا وله ان يحكم في دعوى التفريق للحبس حتى وان كانت العقوبة اقل من المدة المذكورة اذا كان هاربا من الحكم اذا كان الفعل المرتكب من قبله خطير بحيث لا تستطيع الزوجة العيش معه واثبت لها ذلك .
٣- ترك المشرع (مدة مناسبة) لتاجيل دعوى التفريق للعلة المنصوص عليها في الفقرة / ٦ من المادة / ٤٣ – اولا ، ونرى ان تبقى مدة التاجيل مفتوحة لكي لا تحرم الزوج من تحقيق رغبته في تكوين الاسرة واستمراره في السعي لايجاد العلاج ، وخاصة في مرض العقم لان الدراسات الطبية في العقم تطورت وأخذت تثمر بالنجاح .
٤- على المحكمة قبل ان تحكم بالتفريق في علة ما اصيب بها الزوج التأكد من عدم شفاؤها وزوالها نهائيا ويتطلب كذلك معرفة وقت حصولها قبل العقد أم بعده فاذا كانت قبل العقد لها ان تحكم بالتفريق اذا كان يعلم بالعلة ولم يخبر الزوجة أو ان الزوجة طلبت التفريق بعد علمها بالعيب ، اما اذا كان بعد العقد فنرى ضرورة عدم الحكم بالتفريق بينهما والسعي من قبل المحكمة في بذل المساعي

الخيرة لاجل استمرار الحياة الزوجية بينهما لان الله سبحانه وتعالى شاء ان يكون ذلك ، ولما له اثر بالغ الاسى على الزوج الذي اصيب بالعلة في تهديم كيانه ، ودليل ما يمكن الاشارة اليه هنا لارتباطه بالعلة هو قرار هيئة المواد الشخصية لمحكمة التمييز المرقم / ٥ في ١٩٦٤/٦/١٥ الذي جاء فيه بانه (للزوجة طلب التفريق ان وجدت زوجها عنينا حين الدخول بها اما اذا اصيب بالعنة بعد الدخول فليس لها طلب ذلك) .

٥- على المحكمة ان لا تحكم بالتفريق للزوجة غير المدخول بها الا بعد استرداد جميع الاموال التي صرفت لها من قبل الزوج واقراره باستلا مها .

٦- ضرورة الابقاء على البند / ثالثا – المضافة الى الفقرة / رابعا من المادة / ٤٣ من قانون الاحوال الشخصية والملغاة بموجب القانون رقم / ٢٥ لسنة ١٩٩٤ لانها عالجت جيدا حالة عودة المفقود وفيما اذا كانت زوجيته غير قائمة ، كما عالجها فقهاء الشريعة الاسلامية .

الهوامش:

(١) - سورة البقرة ، الاية / ٢٢٩ .

(٢)- البيهقي ، للامام ابي بكر احمد بن الحسين بن علي المتوفي سنة ٤٥٨ هـ ، دار الكتب العلمية – بيروت ، ١٩٩٩ ، ص ٥٢٧ .

(٣) - الحلي ، ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن ، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام ، مطبعة دار العلوم ، ٢٠٠٧ ، ٦٥٥ ، الشافعي ، الامام محمد ابي عبد الله محمد بن ادريس ، الام ، ج٨ ، شركة الطباعة الفنية – القاهرة ، ١٩٦١ ، ص١٨٦ .

(٤) - الكبيسي ، د. احمد ، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون ، ج١، شركة العاتك – القاهرة، ٢٠٠٩، ص٢٥٥ ، د. بدران ابو العينين بدران ، الزواج والطلاق في الشريعة الاسلامية والقانون ، مطبعة محمد دون – الاسكندرية ، ١٩٧٤ ، ص ٣٤٢ .

٣- سورة الروم ، الاية / ٢١.

(٦) - سورة النساء ، الاية / ٣٥ .

(٧) - مطلوب ، د. عبد المجيد محمود ، الوجيز في احكام الاسرة الاسلامية ، مؤسسة المختار – القاهرة ، ٢٠٠٤، ص ٣٣٠ .

(٨) - القاضي عباس زياد السعدي ومحمد حسن كشكول ، شرح قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته ، ١٩٨٩ ، ص١٧٢-١٧٣

(٩) - سورة البقرة ، الاية / ٢٦٩

(١٠) - شرح قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته ،ص١٧٣ .

(١١) - ابو اسحاق ابراهيم بن علي يوسف ، المهذب ، ج٢ ، دار المعرفة - بيروت ، ١٣٧٩هـ - ١٩٥٩م ، ص٧٤ ، شرح قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته ، ص ١٧٣، الام ، ج٨ ، ص ١٨٦ .

(١٢) -الدسوقي ، شمس الدين محمد بن احمد بن عرفة ، المتوفي سنة ١٢٣٠هـ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج٢ ، مطبعة الازهرية – مصر ، ١٣٤٥هـ ،ص٢٨١ .

(١٣) - الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون ، ص ٢٥٧ .

(١٤) - شرح قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته ،ص١٧٥ .

(١٥) - شرح قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته ،ص١٧٤-١٧٥ .

(١٦) - مجلة العدالة ، العدد الاول ، ٢٠٠٠ .

(١٧) - شرح قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته ،ص ١٦٠ .

(١٨) - النيسابوري ، الامام ابي الحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيرى ، صحيح مسلم ، مؤسسة المختار – القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص٨٦٦.

(١٩)- قرار محكمة التمييز / شخصية / رقم ٢٩٥/ ش١/٢٠٠٦ .

(٢٠) - سورة المائدة ، الاية /٩٠ .
(٢١) - السبزواري ، السيد عبد الاعلى الموسوي ، جامع الاحكام الشرعية ، ط٨ ، مطبعة الديواني – بغداد ، ١٩٩٢ ، ص٤٢٠ .
(٢٢) - قرار محكمة التمييز رقم / ٥٦٧/ش/٦٧ في ١٩٦٧/٣/٥ .
(٢٣)- شرح قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته ،ص ١٦٠ .
(٢٤) - القزويني ، الحافظ ابي عبد الله محمد بن يزيد ، سنن ابن ماجة ، دار احياء التراث العربي – بيروت ، ٢٠٠٠ ، ص ٣٢٢-٣٢٣ .
(٢٥) - الوجيز في احكام الاسرة الاسلامية ، ص ٥١-٥٢ .
(٢٦) - شرح قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته ،ص ١٦١-١٦٢ .
(٢٧) - الزواج والطلاق في الشريعة الاسلامية والقانون ، ص ٣٤٤ .
(٢٨) - الشرح الكبير ، ج٢ ، ص٥١٩ .
(٢٩) - ابن الهمام ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد ، شرح فتح القدير ، ج٣ ، المطبعة الكبرى الاميرية ببولاق، مصر ، ١٣١٦ هـ ، ص٢٦٠ .
(٣٠) - السيد محسن الحكيم ، منهاج الصالحين ، مطبعة العلمية - النجف ، ١٣٨٢هـ ، ص ٢٣٢ .
(٣١) - الوجيز في احكام الاسرة الاسلامية ، ص ٣٣٥-٣٣٦ .
(٣٢)- الشرح الكبير ، ج٢ ،ص ٥١٩ .
(٣٣) -الشرنباصي، د.رمضان علي، احكام الاسرة في الشريعة الاسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٢ ، ص٣٥٧ .
(٣٤) - ابن عابدين ، محمد امين المتوفي سنة ١٢٥٢ ، رد المحتار على الدر المختار ، ج٣ ، مطبعة بولاق ، ١٢٨٦هـ ، ص٢٠٢ .
(٣٥) - المهذب ، ج٢ ، ص٧٤ .
(٣٦) - الشرح الكبير ، ج٢ ، ص٥١٩ .
(٣٧) - الحلي ، ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن ، مختصر النافع في فقه الامامية، مطبعة النعمان– النجف، ١٩٦٤ ، ص٢١١.
(٣٨) - ابن قدامة المقدسي ، موفق الدين ابو محمد عبد الله بن احمد بن محمد المتوفي سنة ٦٢٠ هـ ، المغني لابن قدامة ، ج٨ ، المكتبة السلفية ، بلا سنة طبع ، ص١٤٣.
(٣٩) - شرح قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته ،ص ١٦٢-١٦٤
(٤٠) - شرح قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته ، ص ١٦٤-١٦٥ .
(٤١) - المصدر نفسه ، ص١٦٥ .
(٤٢) - شرح قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته ، ص١٦٧ .
(٤٣) - المصدر نفسه ، ص١٦٨ .
(٤٤) - شرح قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته ، ص١٦٩-١٧٠ .
(٤٥) - المصدر نفسه ، ص ١٧٧ .
(٤٦) - شرح قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته ، ص ١٧٨- ١٧٩ .
(٤٧) - الظاهري ، ابن حزم ، المحلى ، ج١٠ ، منشورات التجاري – بيروت ،١٨٩٩، ص٧٢ .
(٤٨) - ابو البركات ، احمد بن احمد الدردير ، الشرح الصغير ، ج٢ ، دار المعارف – مصر ، ١٩٧٢، ص ٤٦٧ .
(٤٩) - الشربيني ، محمد الخطيب ، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج ، ج٣ ، مطبعة مصطفى محمد، مصر، بلا سنة طبع ، ص٢٠٢ .
(٥٠) - مختصر النافع في فقه الامامية ، ص ٢١٠ .
(٥١) - شرح فتح القدير ، ج٣ ، ص٢٦٢ .

(٥٢) - الاحوال الشخصية في الفقة والقضاء والقانون ، ص ٢٦٦-٢٦٧ .
(٥٣) - الاحوال الشخصية في الفقة والقضاء والقانون ، ص ٢٦٨-٢٦٩ .
(٥٤) - القاضي عباس زياد السعدي ، الطلاق احكامه واثاره في الشريعة الاسلامية ، بغداد ، ٢٠٠٢ ، ص ٨٩ .
(٥٥) - ابن عابدين ، محمد حسين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، ج٢ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي – مصر ، ١٩٦٦ ، ص ٩٠٢ .
(٥٦) - مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج ، ج٣ ، ص٤٤٢ .
(٥٧) - مغني ، ج٧ ، ص ٥٧٣ .
(٥٨) - سورة البقرة / الاية – ٢٢٩.
(٥٩) - سورة البقرة / الاية – ٢٣١ .
(٦٠) - حاشية رد المحتار ، ج٢ ، ص ٩٠٢ .
(٦١) - مختصر النافع في فقة الامامية ،ص ٢٠٤ .
(٦٢) - الطلاق احكامه واثاره في الشريعة الاسلامية ، ص٩٠-٩٢ .
(٦٣) - الاحوال الشخصية في الفقة والقضاء والقانون ، ص ٢٧٥ .
(٦٤) - الطلاق احكامه واثاره في الشريعة الاسلامية ، ص ١٠١-١٠٣ .
(٦٥) - سورة النساء ، الاية / ٣٤ .
(٦٦) - سورة النساء ، الاية / ١٢٨
(٦٧) - جامع الاحكام الشرعية ، ص٤١٧ .
(٦٨) - الطلاق احكامه واثاره في الشريعة الاسلامية ، ص ٩٨ .
(٦٩) - سورة الطلاق ، الاية / ٦ .
(٧٠) - الطلاق احكامه واثاره في الشريعة الاسلامية ، ص ١٠٠ .
(٧١) - الاحوال الشخصية في الفقة والقضاء والقانون ، ص٢٦٢-٢٦٣ .
(٧٢) - سورة البقرة / الاية ٢٨٢ .
(٧٣) - الزلمي ، د. مصطفى وعبد الباقي البكري ، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية ، شركة العاتك – القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص٢٢٢-٢٢٦.

المصادر:

- القران الكريم .
١- ابن الهمام ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد ، شرح فتح القدير ، ج٣ ، المطبعة الكبرى الاميرية ببولاق – مصر، ١٣١٦ هـ .
٢- ابن عابدين ، محمد امين المتوفي سنة ١٢٣٢ ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، ج٣ ، مطبعة بولاق، ١٢٨٦ هـ .
٣- ابن قدامة المقدسي ، موفق الدين عبد الله بن احمد بن محمد المتوفي سنة ٦٢٠ ، المغني ، ج٨ ، المكتبة السلفية ، بلا سنة طبع .
٤- ابو اسحاق ابراهيم بن علي يوسف ، المهذب ، ج٢ ، دار المعرفة – بيروت ، ١٩٥٩م .
٥- ابو البركات ، احمد بن احمد الدردير ، شرح الصغير ، ج٢ ، دار المعارف – مصر ، ١٩٧٢م .
٦- ابو العينين بدران ، الزواج والطلاق في الشريعة الاسلامية والقانون ، مطبعة محمد دون – الاسكندرية ، ١٩٧٤ .
٧- البيهقي ، للامام ابي بكر احمد بن الحسين بن علي ، دار الكتب العلمية – بيروت ، ١٩٩٩م.
٨- الحكيم ، السيد محسن ، منهاج الصالحين ، مطبعة العلمية – النجف ، ١٣٨٢ هـ .

٩- الحلي ، ابو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن ، مختصر النافع في فقه الامامية ، مطبعة النعمان – النجف ، ١٩٦٤م .
١٠- الدسوقي ، شمس الدين محمد بن احمد بن عرفة ، المتوفي ١٢٣٠ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج٢ ، مطبعة الازهرية – مصر ، ١٣٤٥ هـ .
١١- الزلمي ، د. مصطفى وعبد الباقي البكري ، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية ، شركة العاتك – القاهرة – ٢٠٠٦ .
١٢- السبزواري ، السيد عبد الاعلى الموسوي ، جامع الاحكام الشرعية ، ط٨ ، مطبعة الديواني – بغداد ، ١٩٩٢م .
١٣- السعدي ، عباس زياد ، الطلاق احكامه واثاره في الشريعة الاسلامية ، بغداد ، ٢٠٠٢م .
١٤- السعدي ، عباس زياد ، ومحمد حسن كشكول ، شرح قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته ، ١٩٨٩م .
١٥-الشربيني ، محمد الخطيب ، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج ، مطبعة مصطفى محمد – مصر ، بلاسنةطابع .
١٦- الشرنباصي ، د.رمضان علي ، احكام الاسرة في الشريعة الاسلامية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٢م .
١٧- الشوكاني ، الامام محمد بن علي بن محمد ، نيل الاوطار ، دار الجيل – بيروت ، ١٢٩٧ هـ .
١٨- القزويني ، الحافظ ابي عبد الله بن يزيد ، سنن ابن ماجة ، دار احياء التراث العربي ، ٢٠٠٠م.
١٩- الظاهري ، ابن حزم ، المحلى ، ج١٠ ، منشورات التجاري – بيروت ، ١٨٩٩.
٢٠- الكبيسي ، د. احمد ، الاحوال الشخصية في الفقة والقضاء والقانون ، ج١ ، شركة العاتك – القاهرة ، ٢٠٠٩م .
٢١- النيسابوري ا،لامام ابي الحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري ، صحيح مسلم ، مؤسسة المختار – القاهرة ، ٢٠٠٥م .
٢٢- مطلوب ، د. عبد المجيد محمود ، الوجيز في احكام الاسرة الاسلامية ، مؤسسة المختار – القاهرة ، ٢٠٠٤.

- القوانين

١- قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته .
٢- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
٣- قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ .
٤- قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ .
٥- قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ .
٦- قانون الاحوال الشخصية المصري رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩

Thejudicial separation

Hanan muhy naif
college of science for women – Baghdad university

Abstract

Divorce and that was really the man used when he wants and his sole but it is not only mediated by the judiciary to be introduced to the dispute that occurred between the couple before the sentencing differentiating this as well as to make his endeavors for the realization of each of the spouses gmty offended someone used it shall compensation