



الجمهورية التركية

جامعة بنكول

معهد العلوم الإجتماعية

قسم الفقه الإسلامي

جريمة العنف الأسري وتأثيرها في التفريق القضائي

دراسة مقارنة بين شريعة الإسلامية وقانون العراقي وبعض القوانين الدول العربية

الطالب

آكو صباح مولود

(رسالة ماجستير)

بإشراف

الأستاذ المساعد الدكتور إبراهيم أزدمير

بنكول - 2016

الجمهورية التركية
جامعة بنكول
معهد العلوم الإجتماعية
قسم الفقه الإسلامي

جريمة العنف الأسري وتأثيرها في التفريق القضائي

دراسة مقارنة بين شريعة الإسلامية وقانون العراقي وبعض القوانين الدول العربية

الطالب
أكو صباح مولود
(رسالة ماجستير)

بإشراف
أستاذ مساعد الدكتور إبراهيم أزدمير

بنكول 2016

مقدمة

تعد الحياة الزوجية من الثوابت المقدسة عند جميع الأمم والشعوب، ونالت إهتماماً كبيراً في نوااميسها وقوانينها، وطالما ربط ميثاق الزواج بالسماء وعد من تنظيم الخالق عز وجل ولم يكن الأمر حصراً على جهة أو قومية أو شريعة دون أخرى بل كاد الجميع يجزم بذلك، وفي الشريعة الإسلامية جعل الزواج من نعم الخالق عز وجل التي منّ بها على خلقه وعباده بمصداق الآية الكريمة (والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات أفبالباطل يؤمنون وبنعمة الله هم يكفرون)، وكان لهذه الآية أثر واضح في تعريف عقد الزواج في القوانين الوضعية التي استمدت أحكامها من تلك الشريعة، وقانون الأحوال الشخصية النافذ في العراق رقم 188 لسنة 1959 كان إنعكاساً للأحكام القرآنية وأراء المذاهب الإسلامية في أغلب المواد التي إحتواها ، كما أشار إلى تنظيم أحكام الزواج في الباب الأول المواد (3-11) وبتعريفه للزواج كان أثر الشريعة الإسلامية واضح فيه حيث جعل الزواج من عوامل السعادة للإنسان وله غايات وأن يقترن بمشروعية الإنسجام مع الأحكام الشرعية عندما ربط الزواج بين الرجل والمرأة في مسألة الحلال الشرعي على وفق نص الفقرة (1) من المادة الثالثة (الزواج بين رجل وامرأة تحل شرعاً غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل) ، ومن هذا العرض نجد أن هذا الربط بين ميثاق الزواج والسماء رتب آثار مهمة عند السعي لإنهائه أو فك عراه أو حله .

فغلظت الأحكام وشددت الشروط في ذلك حتى يتمكن الطرفان من إنهاء هذه الرابطة ووجدت أبواب عدة لذلك إعتمدت بأغلبها على آراء المذاهب وفتاوى فقهاء الإسلام ، وكان الأمر ينحصر بثلاث وسائل الأولى بأمر وإرادة متفردة من الزوج أو الزوجة عندما تكون مفوضة بذلك وهو ما يسمى بالطلاق، والثاني باتفاق الطرفين وهو ما يسمى بالتفريق الإتفاقي أو المخالعة، والثالث بإرادة ولي الأمر الممثل بالحاكم الشرعي بمسمى فقهاء الإسلام وقاضي محكمة الأحوال الشخصية على وفق أحكام القانون الوضعي في العراق ويسمى بالتفريق القضائي. ومنح القانون العراقي عدة أسباب لطلب التفريق القضائي منها ما هو مشترك للطرفين بأن يطلب أحدهم التفريق القضائي لأسباب وردت في نص المواد (40 ، 41 ، 42) ومنها ما تختص به الزوجة على وفق نص المادة (43) من قانون الأحوال الشخصية النافذ رقم 188 لسنة 1959 .

وأتوجه بالشكر الجزيل لكل من ساعدني في إخراج رسالتي المتواضعة هذه، وأذكر بالأخص الأستاذ المشرف فضيلة (د. ابراهيم اوزدمير) وأعضاء لجنة المناقشة فضيلة (د.مطفى قرقرز) وفضيلة (د.متين يغيث) ، وإلى كل من كان سبباً في تعليمي وتوجيهي ومساعدتي ، وإهدى إلى أمي و أبي منبع الحب والحنان، وإلى لؤلؤة المكنونة (بابان جمال)، وإلى شهداء حرية الوطن ، وإلى كل من له حق علينا.

المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
المقدمة	I
الخلاصة باللغة العربية	VI-V
الخلاصة باللغة التركية	IX-VII
الخلاصة باللغة الإنجليزية	XI-X
الإختصارات	XII
مدخل	4-1
الفصل الأول : مفهوم العنف الأسري والتفريق القضائي	36-5
المبحث الأول: تعريفات العنف الأسري والتفريق القضائي	16-6
المطلب الأول: العنف الأسري	12-6
المطلب الثاني : التفريق القضائي	14-12
المطلب الثالث: التفريق القضائي بأعتباره علماً حكم القاضي بالفرقة	16-14
المبحث الثاني : العنف الأسري بين القانون والشرعية	29-17
المطلب الأول: العنف الأسري في قانون الأحوال الشخصية العراقي	20-17
المطلب الثاني: موقف الشرعية من العنف الأسري	29-21
المبحث الثالث: التفريق القضائي في قانون الأحوال الشخصية العراقي والشرعية الإسلامية	47-30
المطلب الأول: شروط التفريق القضائي في قانون الأحوال الشخصية	33-30
المطلب الثاني: مشروعية التفريق القضائي وحكمه	36-33
الفصل الثاني: طرق التفريق القضائي للضرر بسبب العنف الأسري	77-37
المبحث الأول: التفريقات للضرر في الفقه الإسلامي	49-38

40-38	المطلب الأول: مفهوم الضرر موجب للتفريق
43-40	المطلب الثاني : حكم التفريق للضرر
60-44	المبحث الثاني: موقف بعض القوانين العربية من التفريق للضرر
58-47	المطلب الأول: القانون المصري
48-47	المطلب الثاني: القانون السوري
49-48	المطلب الثالث: القانون المغربي
49	المطلب الرابع: القانون الإماراتي
77-50	المبحث الثالث: التفريق للضرر في قانون العنف الأسري
53-50	المطلب الأول: الضرر الجسيم
56-53	المطلب الثاني: التفريق بسبب الخيانة الزوجية
63-56	المطلب الثالث: التفريق بسبب النكاح قبل إكمال الثمانية عشرة
66-63	المطلب الرابع: التفريق بسبب النكاح خارج المحكمة
93-67	الفصل الثالث: الأمراض والعيوب كالسبب للعنف الأسري والتفريق القضائي
82-68	المبحث الأول: موقف الفقه من التفريق للعيوب والأمراض
73-68	المطلب الأول: العيوب الموجبة للتفريق وإختلاف القضاء فيه
80-73	المطلب الثاني: الأمراض الحديثة كعيوب موجبة لطلب الفريق
82-80	المطلب الثالث: العيوب الطارئة بعد عقد الزواج وحكم التفريق بها
87-83	المبحث الثاني: بعض القوانين العربية وموقفهم من عيوب الزوج الموجبة لطلب التفريق
85-83	المطلب الأول: القانون المصري
86-85	المطلب الثاني: القانون السوري
87-86	المطلب الثالث: القانون المغربي
87	المطلب الرابع : القانون الإماراتي

94-88	المبحث الثالث: العيوب والأمراض في قانون الأحوال الشخصية العراقي
92-88	المطلب الأول: طلب التفريق بسبب العيوب والأمراض
94-92	المطلب الثاني : شروط التفريق بسبب العيوب والأمراض
115-95	الفصل الرابع : عدم الإنفاق كالعنف الأسري وطلب التفريق بسببه
109-96	المبحث الأول: النفقة الزوجية للزوجة وحكم التفريق لعدم ادائها
99-96	المطلب الأول: النفقة الزوجية وحكمها
108-100	المطلب الثاني: حكم التفريق لعدم الإنفاق
120-108	المبحث الثاني: حكم التفريق لعدم الإنفاق في بعض القوانين العربية
109-108	المطلب الأول: القانون المصري
109	المطلب الثاني: القانون السوري
109	المطلب الثالث: القانون المغربي
109	المطلب الرابع: القانون الإماراتي
126-110	المبحث الثالث: التفريق لعدم الإنفاق في قانون الأحوال الشخصية العراقي
114-111	المطلب الأول: شروط التفريق لعدم الإنفاق
115-114	المطلب الثاني: نوع الطلاق البائن في القانون العراقي
117-116	الخاتمة
128-118	المراجع والمصادر

خلاصة

إن أساس تكوين الأسرة وأساس إستمرارها هو المودة والرحمة الموجودة بين الزوجين والتي تؤدي إلى إحصان الزوجين والمحافظة على الإنساب، وهذا لا يحققه إلا الشعور الدافئ الذي يبعثه الله في قلبي الزوجين و هو السكن لبعضهما البعض. و هو وحده الكفيل لتجاوز الكثير من الصعوبات والإضطرابات التي يمكن أن تعتري إستمرار هذه الحياة المشتركة، ولكن قد لا يصمد هذا الشعور أمام عقبات عويصة يمكن أن تهز إستقرار الأسرة، وتفقد معاني الألفة بين الزوجين.

إن أسباب التفريق القضائي للضرر كثيرة ولم ترد على سبيل الحصر وإنما وردت في الشريعة الإسلامية و القانون العراقي والتشريعات العربية، وقد يندرج الضرر تحت مفهوم العنف الأسري وما قد يصيب الزوجة أو الزوج من الضرر من جراء هذا العنف الذي قد ينصب أحد الزوجين ، وعلى هذا الأساس فقد عالجت الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والمشرع العراقي بعض هذه الحالات في قانون الأحوال الشخصية الرقم 188 لسنة 1959 في المواد الأربعين بجميع فقراتها والمادة 43 بفقراتها وغيرها من المواد.

ويقر جمهور الفقهاء بحق التفريق للزوج المتضرر من العيوب والأمراض اللاحقة بالطرف الآخر مع بعض الاختلاف فيمن حصر هذه العيوب، ومن ذكر البعض منها على سبيل المثال، وبين من أعطى حق التفريق للعيوب والأمراض للزوجين معا ومن أعطا للزوجة فقط وكذلك فعلت التشريعات العربية، ومن بينهما المشرع العراقي

والنفقة الزوجية حق على زوجها مادامت الزوجية قائمة وسواء كان الزوج غنيا أو فقيرا وسواء كانت الزوجة غنية أو فقيرة لأن عدم النفقة سبب للعنف الأسري، والزواج ميثاق شرعي بين الرجل والمرأة غايته إنشاء أسرة على أساس مستقرة تكفل أعباءها بمودة ورحمة فإذا إمتنع الزوج عن الإنفاق أو قصر فيه مع وجوبه عليه فإن كان له مال ظاهر يمكن أخذ النفقة منه- بأن كان فقيرا أو مجهول المال- فإن للزوجة طلبا من القاضي أن يفرض لها نفقة ويأذن لها بأن تستدين على زوجها ويكون ما تستدينه دينا عليه يؤديه عند يساره.

أما إذا كان الزوج موسرا وامتنع عن الإنفاق على زوجته فهو بلا شك ظالم فيحق للزوجة طلب التفريق.

وذهب الأئمة الثلاثة إلى أن للزوجة حقا في طلب التفريق سواء كان ذلك لفقر الزوج أو إمتناعه
تعنتاً، وليس من العدل والحكمة والإمساك بالمعروف أن يمتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته وشريكة
حياته.

وبهذا أخذ القانون العراقي في المادة (43/اولا/7و8و9) بجواز طلب الزوجة التفريق إذا إمتنع
الزوج على الإنفاق عنه بلا عذر.

Türkçe Tez Özeti

Bingöl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tez Özeti

Tezin Başlığı : AİLE İÇİ ŞİDDET ve ADLİ BOŞAMAYA ETKİSİ
Tezin Yazarı : Ako Sabah MAVLÖD
Danışman : Yrd. Doç. Dr. İbrahim ÖZDEMİR
Anabilim Dalı: TEMEL İSLAM BİLİMLERİ
Bilim Dalı : İSLAM HUKUKU
Kabul Tarihi : 09.09.2016
Sayfa Sayısı :12 (ön kısım) + 128 (tez)

Özet

Eşler arasındaki merhamet duygusu, aile oluşturma, bu aileyi devam ettirme ve evliliği güçlendirmenin temelidir. Bu yalnızca Allah Teala'nın eşlerin kalplerinde yarattığı sıcak duygular ile erişilebilir, ki bu durum genel yaşamı aksatabilecek birçok zorluk ve istikrarsızlıkların üstesinden gelmenin yegane yoludur. Fakat bu duygular ciddi sorunlar karşısında ailenin istikrarını sarsabilir ve eşler arasındaki aşinalığı kaybedebilir.

Adli ayrılıklara sebebiyet veren hasarlar çok fazla olup, Irak Kanunu, İslam Kanunu ve Arap Mevzuatı ile de sınırlı değildir. Aile konsepti, aile içi şiddetten hasar görebilir ve eşlerden biri bu şiddetin mağduru olabilir. Bu bağlamda, İslam Kanunu, Arap Mevzuatı ve Irak yasa koyucular, bahsi geçen davaların bazılarını 1959 yılı 188 nolu Aile Hukukunun 43. maddesinin 40. fıkrası ve ilgili diğer fıkralara

istinaden Aile Mahkemelerinde ele almıştır.

Fakihlerin çoğu, bir eşin kusurlu olması yada hastalanması durumunda diğer eşe boşanma hakkı tanımıştır. Bazıları ayrılma hakkını karşı eşe verirken bazıları ise yalnızca kadının bu haktan yararlanabileceğini savunmuştur. Örneğin, Arap ve Irak Mevzuatları bunu yapmıştır.

Evlilik devam ettiği sürece koca zengin de olsa fakir de olsa aynı şekilde hanımı zengin de olsa fakir de olsa koca eşinin masraflarını karşılamak zorundadır. Çünkü masrafların gereğinden az karşılanması, aile içi şiddete sebebiyet vermektedir. Evlilik, kadın ve erkek arasında merhamet esası üzerine düzenlenmiş olan yasal bir sözleşmedir. Koca parası olmasına rağmen eşine harcama yapmayı reddeder veya aksatırsa, koca ister zengin ister fakir olsun harcamaların kendisinden alınması gerekir.

Hanım, mahkemeden kocasının kendisine ödeme yapmasını talep edebilir, mahkeme kocanın hesabından ödeme yapılmasını veya koca para sahibi olduğu vakit ödeme yapmasına karar verebilir.

Şayet koca zengin olduğu halde eşinin masraflarını karşılamayı reddederse, kocanın şüphe götürmez bir şekilde adaletsizlik yaptığı anlamına gelir ki, bu durumda eşin boşanma talebinde bulunma hakkı doğar.

Her üç imam da kocanın yoksulluğu ya da uzlaşmada başarı sağlanamaması durumunda eşin boşanma talebinde bulunma hakkının olduğu hususunda mutabıktır. Kocanın hayat arkadışının harcamalarını karşılamaması adalet, merhamet ve fazilet ile bağdaşmamaktadır.

Irak Aile Kanunu, kocanın gerekçesiz bir şekilde eřinin harcamalarını karřılamayı red etmesi halinde eřin boşanma talebinde bulunmasına mücadele etmektedir. Bu durum Irak Kanununun 43. maddesi/Birinci Bölüm/7, 8 ve 9. Bölümlerine dahil edilmiştir

Anahtar Kelimeler: Aile içi Şiddet, Boşanma, Irak Medeni Hukuku, Boşanma Zararı, Nafaka, Özur

İngilizce Tez Özeti (Abstract)

Bingöl University Institute of Social Sciences Abstract of Master's Thesis

Title of the Thesis: Family Viloence and its Effects over Judicial Divorce	
Author	: Ako Sabah MAVLOD
Supervisor	: Ph.D Ibrahim Ozdemir
Department	: Basic Islamic Sciences
Sub-field	: Islamic Law
Date	: 09.09.2016
Summary The compassion that exists between spouses is the basis of the composition of the family and its continuation that leads to the strengthening of the marital relationship and preservation of procreation. This could be achieved only by the warm feeling that God arouses in the hearts of the spouses, a housing to each other, which is the only way to overcome a lot of difficulties and instability that could disturb this common life, but this feeling may not survive in front of serious obstacles that could shake the stability of the family and lose Familiarity between .spouses Damages which lead to judicial separation are a lot, for example, but not limited to the Iraqi law, Islamic law and Arab legislation. The damage may falls under the concept of family violence and the husband or wife may be affected by this damage that is a result of the violence that one spouse may suffer. On this basis, Islamic law and Arab legislation and the Iraqi legislator have treated some of these cases in the personal Status Law No. 188 of 1959 in the article 40 and all its paragraphs, and paragraphs of Article 43 and other materials The majority of scholars recognize the right to separate for one of spouses in the	

event of defects and subsequent illnesses occurred to the other with some variation in the confined these defects, for example. Some of those who gave the right to separation because of the defect and diseases to the spouses together but .others gave the wife only, as Arab legislations did, including the Iraqi legislature

The wife's right to spending from her husband as long as the marriage continued whether the husband is rich or poor, and whether the wife is poor or rich, because lack of spending is the cause of family violence. Marriage is a legal contract between man and woman that its purpose is a family foundation on stable basis ensured by holding affection burdens and mercy. If the husband declines or abstains from spending and he has apparent money, then spending could be taken from him whether he is poor or he has unknown money. Wife can request a judge to impose expenses on her husband for her as well as he can authorize her to borrow on her husband's account, the husband can pay whenever he has money

But if the husband is rich and he refrains from spending on his wife, this means .undoubtedly he is unjust so the wife is entitled to request separation

Three imams agreed that wife has the right to seek separation whether for her husband poverty or failing intransigent, it is not of justice, wisdom and Virtue constipation that the husband refrains from spending on his wife who is his life partner

The Jaafari doctrine allows wife to request separation if the husband refrains from spending on his wife without excuse and this has been included in the Iraqi law (in Article (43/first / 7, 8 and 9

Key Words: Family Violence, Divorce, Iraq Civil Law, Disfavor of Divorce, Alimony, Excuse

الإختصارات

- م.أ.ش..... مادة أحوال الشخصية

- ص..... صحيفة

- ت..... توفي

- ن.ب.ت..... نشر بدون تأريخ

- ط..... طبعة

- ج..... جلد

- م..... ميلادي

- هـ..... هجري

- ف..... فرع

- د..... دكتور

مدخل

يُعد إتصال المرأة بالرجل عن طريق الزواج إتصالاً مبنياً على الإيجاب والقبول كمظهرين لرضى كل واحد منهما الذي إرتضاه الله لنوع الإنسان، فبعد أن هدم الإسلام جميع الإنكحة الفاسدة أقرّ الزواج عقداً منظماً لفطرة أودعت في الإنسان.

وشرع الإسلام تبعاً لذلك كثيراً من الضمانات التي تحول دون تعرض هذا الرباط للحل والتمزق، من لدن مرحلة الخطبة إلى حدوث مشاكل بين الزوجين، فأوجب على كل واحد من الزوجين مراعاة حقوق صاحبه عليه، وبين السبل المثلى لإصلاح ذات البين عند حدوث أية مشكلة، إلا أنه بالرغم من تلك الصفة القدسية لعقد الزواج، وبالرغم من كل تلك الضمانات التشريعية، ومهما تكن نية الزوجين في الإستمرار والدوام عند الدخول في هذا الميثاق، فإن ذلك لا يعني- بأي حال أنه عقد أبدي، لا تفك رابطته ولا تحل عقده.

ولقد ترددت المجتمعات كثيراً وإستغرقت وقتاً طويلاً قبل أن تتوصل إلى ضرورة التدخل في شؤون الأسرة وإيجاد التشريعات والقوانين من شأنها حماية بعض أفراد الأسرة الذين يقعون ضحايا العنف وتشجيعهم على ضرورة نقل مشكلة العنف إلى خارج حدود الأسرة، ولقد شهد العقدان الماضيان عدد من التشريعات والآليات التي تهدف إلى مكافحة العنف الأسري، من خلال تشريع القوانين وإستحداث المديریات لمتابعة العنف قبل حصوله وبعده وأيضاً المؤسسات الإيوائية لمساعدة ضحايا العنف الأسري، وذلك باتخاذ إجراءات وقائية فتمثل في مجموعة من التدابير الإحترازية لحماية الضحية من تعرضها للعنف الآني أو المستمر، كأخذ التعهد من الفاعل بعدم التعرض أو إستبعاده من البيت الأسري وغير ذلك من إجراءات.

أهداف و أسباب إختيار موضوع هذا البحث:

1- يكتسي الموضوع البحث أهمية خاصة لما له من علاقة وطيدة بالمرأة وبحريتها وبعلاقتها بالرجل، الذي هو في هذه الحالة زوجها، وتزيد أهمية البحث أكثر عندما يصبح هذا الموضوع معولاً سياسياً تستدرج به المرأة إلى صندوق الإقتراع، وعندما تهيج به مشاعرها ضد الرجل، نصفها الآخر. من أجل هذا قررت الكتابة في هذا الموضوع لأساهم في تبديد ما يشاع حول أحكام قانون الأسرة المستمدة من الشريعة الإسلامية، وما يدور حوله من إحياءات أحياناً وإتهامات مباشرة أحياناً بأنه لا يصلح لتنظيم شؤون الأسرة، وأنه لطالما ظلم المرأة، وحرّمها من حقها في فك الرابطة الزوجية.

- 2- إرتباط العنف الأسري إرتباطاً وثيقاً بالأسرة ، لكون الأخيرة الخلية الأولى في المجتمع، إن صلحت صلح المجتمع وإن فسدت فسدت فسد المجتمع بأكمله.
- 3- ما نشاهده ونطلع عليه في كافة وسائل الإعلام المرئية والسمعية ، من إختبار ومشاهير وظيفه الجرائم العنف الأسري.

منهجية البحث:

شرع الإسلام الطلاق وجعله في الأصل, من حقوق الزوج, ولا يجوز الخروج عن هذا المبدأ إلا إستثناء وفي بعض الحالات فقط⁽¹⁾, حيث يكون للزوجة تطليق نفسها من زوجها في حالة التفويض، أو في حالة حلول القاضي محل الزوج في إيقاع الطلاق في حالة الإضرار بالزوجة، أو في حالة نفورها من الزوج وتقديمها بدلاً للخلاص منه.

وإذا كان للمرأة حق الخلاص من زوجها استثناءً، فهل وسعت الشريعة الإسلامية من هذه الإستثناءات، لكي تتمتع المرأة بحرية في فك الرابطة الزوجية؟ أو أنها قيدت ذلك بأسباب ينبغي تحققها ومن الصعاب إثباتها؟ وهل ذهبت قوانين الأحوال الشخصية العربية إلى نفس ما ذهبت إليه أحكام الشريعة الإسلامية في التقيد أو في التحرير, وهل تتمتع الزوجة كالزوج بحق أصيل في فك الرابطة الزوجية ، أو أنه أمر مشروط ويخضع لإدارة الزوج؟ وإذا لم يتقيد بإدارة الزوج هل يبقى خاضعاً للسلطة التقديرية للقاضي؟

بعد الإجابة على الإشكالية الأساسية السابقة في معرفة موقف الفقه الإسلامي من حق الزوجة في فك الرابطة الزوجية يبقى لنا التساؤل عما يلي:

- ما موقف المشرّع العراقي من أحكام التفريق القضائي بسبب العنف الأسري، والتي جاء بها الفقه الإسلامي؟
- هل وافق المشرّع العراقي كفالة الحقوق الخاصة بالمرأة في مجال فك الرابطة الزوجية، والتي كفلها الفقه الإسلامي؟

(1) صبري عبد الرؤوف محمد عبد القوي, مشروعية الطلاق, مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات, الإسكندرية, العدد 3, 1986, ص 209.

- ما موقع قانون الأحوال الشخصية العراقي بين التشريعات العربية في تكريس هذا الحق، بين من فسخ لها المجال واسعاً ومن ضيق عليها؟

نطاق البحث:-

- إتضح لنا بعد جمع المادة العلمية الخاصة بالبحث وبعد الإطلاع عليها، شساعة الموضوع وصعوبة الإلمام به في دراسة واحدة، ولكن رغم ذلك بدأنا بالبحث فتيقناً أكثر من هذه الشساعة، ولم يكن بإمكاننا حذف بعض المحاور، لأن الإجابة على إشكالية البحث الأساسية تستدعي ما يلي:
- ضرورة التعرض لكل الأسباب المؤدية إلى إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة.
- ضرورة التعرض لموقف الفقه الإسلامي من كل سبب من هذه الأسباب.
- ضرورة التعرّيج على موقف التشريعات العربية التي أخذناها كنماذج وبعدها الإنتهاء بموقف المشرع العراقي من طرق فك الرابطة الزوجية .

جوانب إيجابية:

- قبل الحديث عن الصعوبات التي واجهتنا في البحث، ينبغي القول بأنّ مادة الأحوال الشخصية في الجانب الفقهي وفيرة وتساعد على الإلمام بأي موضوع يختاره، لهذا لم أجد صعوبة في هذا الجانب.
- إن استعمال مراجع خاصة ببلد معيّن على حساب بلد آخر، حتى لو كان هذا الأخير يتعلق بقانون الأحوال الشخصية العراقي، فإن هذا لا يؤثر في الموضوع كثيراً، لأن مادة هذه المراجع كلّها واحدة لإعتمادها على الفقه الإسلامي، و موضوع الأحوال الشخصية موضوع ثقافي أيضاً فثقافة العرب قريب من الإسلام.

عراقيل وصعوبات:

- رغم ما سبق ذكره من إيجابيات، فقد واجهتنا بعض الصعوبات:
- ذكرنا أننا لم نجد صعوبة في جمع المادة العلمية الخاصة بالجانب الفقهي، إلا أنّ الأمر بالنسبة للمراجع الخاصة بتحليل مواد قانون الأحوال الشخصية العراقي قليلة جداً وتكاد تكون منعدمة بالنسبة لبعض المواضيع، فمعظم الكتب المتواجدة في المكتبات لا نجد محتواها يشتمل إلا على المواد القانونية وبعض الإجتهاادات القضائية وبدون أدنى تعليق أحياناً.

بعض الدراسات حول الموضوع :-

بعض الدراسات السابقة لم تكن شاملة بحيث تطرقت إلى جانب من جوانب العنف الأسري أو التفريق القضائي مثل (العنف الأسري و علاقته بإنحراف الأحداث) و (التفريق للضرر)، لكن في هذه الرسالة ركزت على كثير من جوانب العنف الأسري الذي تسبب للتفريق بين الزوجين في المحكمة، وركزت أيضاً بموضوعية على ربط علاقة العنف الأسري بالتفريق القضائي من منظور الشريعة الإسلامية وقانون بعض الدول العربية ثم المقارنة بين هذه الجوانب وتحديد النقاط المشتركة بينها.

نظرة عامة للموضوع:-

- خصصنا الفصل الأول لمفهوم العنف الأسري والتفريق القضائي وإشتمل على مباحث على التوالي: المبحث الأول تعريف العنف الأسري والتفريق القضائي والمبحث الثاني العنف الأسري بين الشريعة والقانون والمبحث الثالث التفريق القضائي في قانون الأحوال الشخصية العراقي والشريعة الإسلامية.
- أما الفصل الثاني خصصنا طرق التفريق القضائي للضرر بسبب العنف الأسري ، وإشتمل على ثلاثة مباحث على التوالي: المبحث الأول التفريق للضرر في الفقه الإسلامي والمبحث الثاني موقف التشريعات العربية من التفريق للضرر، والمبحث الثالث التفريق للضرر في قانون العنف الأسري العراقي.
- أما الفصل الثالث خصصنا للأمراض والعيوب كسبب للعنف الأسري والتفريق القضائي وإشتمل على ثلاثة مباحث على التوالي: المبحث الأول موقف الفقه من التفريق للعيوب والأمراض والمبحث الثاني التشريعات العربية من التفريق للعيوب والأمراض، والمبحث الثالث العيوب والأمراض في قانون الأحوال الشخصية العراقي.
- أما الفصل الرابع خصصنا لعدم الإنفاق كالعنف الأسري: المبحث الأول النفقة الزوجية للزوجة وحكم التفريق لعدم أدائها، والمبحث الثاني حكم التفريق لعدم الإنفاق في التشريعات العربية، والمبحث الثالث التفريق لعدم الإنفاق في قانون الأحوال الشخصية العراقي.

الفصل الأول

مفهوم العنف الأسري والتفريق القضائي

المبحث الأول: تعريف العنف الأسري والتفريق القضائي

المبحث الثاني: العنف الأسري بين الشريعة والقانون

المبحث الثالث: التفريق القضائي في الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية العراقي

المبحث الأول

تعريف العنف الأسري والتفريق القضائي

المطلب الأول

العنف الأسري

العنف الأسري يتكون من كلمتين (العنف والأسرة) ، لكل منهما مدلول ومفهوم خاص إذا ما أخذ منفصلاً عن الآخر ، وكذلك لهما مدلول آخر إذا أخذ ككلمة واحدة ، عليه نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع ، الفرع الأول يكن مخصصاً لتعريف العنف عموماً ، والفرع الثاني يخص تعريف الأسرة وفي الفرع الثالث نحاول الوصول إلى مفهوم مصطلح العنف الأسري .

الفرع الأول

تعريف العنف

العنف في اللغة : من عُنِفَ يَعْنُفُ أي الخرق بالأمر وقلة الرفق به . واعتنف الأمر : أخذه بعنفه , وأعتنف الشيء : أخذه بشدة , والتعنيف: التعيير والتوبيخ واللوم⁽¹⁾ . وكما يطلب معالجة الأمور بالشدة

والغلظة⁽²⁾ . ويطلق أيضاً على إستخدام القوة إستخداماً غير مشروع أو غير مطابق للقانون ، والعنيف هو من يأخذ غيره بشدة وقوة⁽³⁾ ، والعنف ضد الرفق قال الرسول ﷺ: (إن الله رفيق يحب الرفق ويعطي

على الرفق ما لا يعطي على العنف وما لا يعطي على سواه)⁽⁴⁾ .

- والعنف في إصطلاح علم الإجتماع هو: إستخدام الضغط والقوة إستخداماً غير مشروع وغير مطابق للقانون من شأنه التأثير على إرادة فرد ما⁽⁵⁾ .

(1) محمد بن أبي بكر الرازي ، مختار الصحاح، دار الفكر، بيروت، 1981، ص 458، ابن منظور الإفريقي المصري،

لسان العرب، المجلد التاسع عشر، دار نوبليس، بيروت، 2009، ج 14/ص 524.

(2) محمد قلعي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس ، بيروت ، 1988، ص 323.

(3) إبراهيم أنيس وآخرون ، المعجم الوسيط، معجم اللغة العربية ن قطر ، 1985 ص 631.

(4) أخرجه أحمد بن حنبل في مسنده، برقم (902) ، مسند أحمد بن حنبل ج 1، ص 112، ت 241 هـ- 855م.

(5) احمد زكي بدوي، معجم مصطلحات العلوم الإجتماعية، بيروت ، 1987، ص 13.

أما منظمة الصحة العالمية فتعرف العنف بأنه : الإستعمال المتعمد للقوة المادية أو القدرة سواءً بالتهديد أو الإستعمال الفعلي لها من قبل الشخص ضد نفسه أو ضد شخص آخر ، أو ضد مجموعة أو مجتمع ، بحيث يؤدي إلى حدوث أو رجحان حدوث إصابة أو موت أو إصابة نفسية أو سوء النماء أو الحرمان⁽¹⁾.

هذا التعريف يشمل المظاهر العديدة للسلوك العنيف وعواقبه ويذهب بعيداً ليشمل التهديد وبث الرعب ، وقد قسم التعريف العنف إلى ثلاثة أنواع: العنف الموجه للذات ، والعنف بين الأشخاص، والعنف الجماعي⁽²⁾.

وقد ربط الإعلان العالمي بشأن القضاء على العنف ضد المرأة تعريف العنف بالعنف الموجه ضد المرأة، حيث نص في المادة منه على أنه: (لأغراض هذا الإعلان يعني تعبير العنف ضد المرأة أي فعل عنيف تدفع إليه عصبية الجنس ويترتب عليه ، أو يرجح أن يترتب عليه أذى أو معاناة للمرأة ، سواءً من الناحية الجسدية أو الجنسية أو النفسية بما في ذلك التهديد بأفعال من هذا القبيل أو القصر أو الحرمان التعسفي من الحرية ، سواءً إن حدث ذلك في الحياة العامة أو الخاصة).

لقد قصر الإعلان العنف على أي فعل عنيف متجاهلاً بذلك العنف الناتج عن الإمتناع عن الفعل مثال ذلك عدم الإنفاق أو الإهمال والتهميش أو الإمتناع عن المعاشرة الجنسية.

وفي إطار التشريعات الجنائية ، تصدى فقهاء القانون الجنائي لتعريف العنف في إطار نظريتين تتنازعان مفهوم العنف: النظرية التقليدية ، حيث تأخذ بالقوى المادية بالتركيز على ممارسة القوة الجسدية . أما النظرية الحديثة التي لها السيادة في الفقه الجنائي المعاصر وتأخذ بالضغط والإكراه الإرادي دون التركيز على الوسيلة، وإنما على نتيجة متمثلة في إجبار إرادة غيره بوسائل معينة على إتيان تصرف معين⁽³⁾.

(1) التقرير العالمي حول العنف والصحة ، منظمة الصحة العالمية، جنيف، صدرت الطبعة العربية في المكتب الإقليمي في الشرق الأوسط، القاهرة، 2002، ص5.

(2) فالعنف الموجه إلى الذات يتضمن السلوك الإنتحاري والإنتهاك الذاتي كالتشويه والبتير. والعنف بين الأشخاص يقسم إلى مجموعتين فرعيتين هما: العنف الأسري وهم يحدث في البيت غالباً ، والعنف المجتمعي ويكون خارج البيت بين أشخاص لا تجمعهم قرابة. وأما العنف الجماعي فهو الذي يتم بين مجموعات من الناس لتحقيق أغراض معينة إقتصادية أو سياسية أو إجتماعية ، ويأخذ أشكالاً مختلفة كالأعمال العسكرية ضمن الدول أو بينها والقتل الجماعي والقمع وإنتهاكات حقوق الإنسان والإرهاب د. منذر عرفات زيتون، الصحة والعنف، المجلس الوطني لشؤون الأسرة بالأردن، عمان، 200، ص11.

(3) د. أبو الوفا محمد ابو الوفا إبراهيم، أبعد الجنائي للعنف في الجرائم الإرهابية في القانون المقارن والفقه الإسلامي ، ورقة مقدمة الى ندوة ظاهرة العنف من مواجهة الآثار إلى معالجة الأسباب ، جامعة قطر ، 2004، ص11، متاح على الموقع الإلكتروني التالي بتاريخ 2016/6/10، ساعة: 8:25 م ، <http://www.kalema.net>

وعلى ضوء ما سبق عرف البعض العنف بأنه المس بسلامة الجسم ولو لم يكن جسيماً بل كان صورة تعد وإيذاء⁽¹⁾. بينما يعرفه الآخر بأنه الجرائم التي تستخدم فيها أي وسيلة تنسم بالشدة للإعتداء على شخص الإنسان أو عرضه ، ولا يتحقق العنف في جرائم الإعتداء على الأموال إلا باستخدام الوسائل المادية⁽²⁾. وعليه فإن تعريف العنف في التشريعات الجنائية يركز على الفعل المادي الذي يمس سلامة الجسم أكثر من العنف المعنوي الذي لا يترك أثراً على جسم المجنى عليه ولا العنف الناشئ على الإمتناع عن عمل، على الرغم من أن هناك مواداً متعددة في قانون العقوبات تعاقب على السب والقذف مما يدخل في إطار العنف المعنوي، وكذلك جرائم الإمتناع المنصوص عليها في قانون العقوبات ومع ذلك لم يركز عليها فقهاء القانون في تعريفهم للعنف.

يمكن لنا تعريف العنف بأنه: (كل فعل أو ترك أو قول من شأنه الحاق ضرر أو أذى جسيماً أو مادي أو معنوي للشخص).

الفرع الثاني

تعريف الأسرة

أما الأسرة لغة: الدرع الحصين، من أسر أي شد، يأسره أسرا أو أسارة أي شده بالأسار وهو ما شد به، وأسرة الرجل عشيرته ورهطه الأدنى لأنه يتقوى بهم⁽³⁾.

وجميع هذه المعاني مستجمة في المعنى الاصطلاحي: بأن الأسرة هي المؤسسة الاجتماعية الأولى الناشئة عن إقتران رجل بامرأة بموجب عقد النكاح الصحيح في الشرع للمحافظة على النوع الإنساني، وتنشئة الإنسان التنشئة السوية على المستوى الفردي والمجتمعي، وتحقيق التكافل المجتمعي بين عناصرها بمقتضى أحكام النفقة والمواريث⁽⁴⁾. لقد جمع هذا التعريف بين المعنى اللغوي وبين المقصود بالأسرة في نطاقها الشرعي بحسب عقد الزواج وأركانه وشروطه وآثاره.

(1) محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1986، ص599، ت 2009م.

(2) محمد فتحي عيد، الأجرام المعاصر ، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض، 199، ص58.

(3) ابن منظور ، لسان العرب، المصدر السابق، ص104، ت811هـ، 1311م، الرازي، مختار الصحاح، المصدر السابق، ص1،

(4) إحسان عبد المنعم سمارة، البنية الأسرية ومهامها في المنظور الإسلامي، مجلة الزيتونة، متاح على الموقع

الإلكتروني التالي بتاريخ 2016/6/26، ساعة: 10:15 ص <http://www.alzetouna.net>

وفي الإصطلاح الإجتماعي الأسرة عبارة عن منظومة إجتماعية صغيرة تتألف من الزوج والزوجة والأفراد وتتكون بينهم روط قانونية وإجتماعية وأخلاقية وروحية وتعتبر نواة المجتمع والركن الأساسي في كيانه. كما أنها مؤسسة دائمة ومستمرة تعتمد على أواصر الدم والمصير المشترك⁽¹⁾. يعتمد تعريف علم الإجتماع للأسرة على عناصرها وما تؤديه من وظائف إجتماعية حيث يشكل أساس وجود المجتمع، ومصدر الأخلاق، والعامل الأهم الذي يؤثر على النمو النفسي والإنفعالي للفرد⁽²⁾.

ومن التعريفات الحديثة للأسرة: (الأسرة رابطة إجتماعية تتألف من الزوج والزوجة وأطفالهم أو دون أطفال، كما قد تتكون الأسرة من زوج بمفرده مع أطفاله، أو زوجة بمفردها مع أطفالها، وقد تتسع الأسرة لتضم الأجداد والأحفاد وبعض الأقارب، على أن يكونوا مشتركين في معيشة واحدة وتحت سقف واحد)⁽³⁾. وهذا التعريف قد جمع بين جميع أنواع الأسر، الأسرة النووية التي تتكون من الزوج والزوجة والأطفال أو بدون أطفال وهي أصغر أنواع الأسر، والأسرة الممتدة وهي الأسرة التي تشتمل على ثلاثة أجيال تسكن في بيت واحد.

وقد حددت المادة(3) من قانون الحماية من العنف الأسري الأردني رقم 6 لسنة 2008 المقصود بالأسرة وأفرادها حيث نصت على أنه : (لغايات هذا القانون يقصد بأفراد الأسرة: أ- الزوج والزوجة بعقد زوج شرعي وأبنائهم وأحفادهم . ب- أبناء أحد الزوجين من زوج شرعي آخر . ج- والد ووالدة أي من الزوجين. د- الأخوة والأخوات لأي من الزوجين. هـ- الشخص المشمول بحضانة أسرة بديلة ممن لم يتم الثامنة عشرة من عمره وفقاً لأحكام أي تشريع نافذ المفعول). لقد حاول المشرع الأردني إحاطة أكبر عدد من الأفراد الذين يحتمل أن يقيموا في منزل واحد بالحماية المقررة في هذا القانون، فأراد مثلاً حماية الأبناء من إحتمال عنف زوج الأم أو زوجة الأب.

أما المشرع الكردي، فقد نص في الفقرة 2 من المادة 1 من قانون مناهضة العنف الأسري رقم 8 لسنة 2011 على أن : (الأسرة : مجموعة أشخاص طبيين تربطهم رابطة الزوجية أو القرابة في الدرجة الرابعة أو الذين انضموا للأسرة بطريقة قانونية). يلاحظ أن المشرع الكردي قد توسع في مفهوم الأسرة الى الدرجة الرابعة. ونرى بأن هذا التعريف فيه إجحاف بحق الأسرة فهو يدخل أقرباء من غير المحارم الى نطاق الأسرة، مما يؤدي الى إعطائهم حصانة الأسرة، في الوقت الذي تتكفل المواد الأخرى في القانون بوضع حد للعنف الذي يمارسونه، فالمرأة تكفيها العنف الواقع عليها من قبل الزوج

(1) منى يونس البحري وآخرون، العنف الأسري، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان، 201، ص51.

(2) عصام توفيق عمر وآخرون، الرعاية الاجتماعية للأسرة والطفل، المكتبة العصرية، المنصورة، 200، ص20.

(3) جبرين علي الجبرين، العنف الأسري خلال مراحل الحياة، إصدارات مؤسسة الملك خالد الخيرية، الرياض، 2005، ص35.

والأقرباء المحارم، فيأتي ابن العم أو ابن الخال ويضع لها القواعد ويمارس العنف معها على أنه ضمن أفراد الأسرة بموجب القانون، هذا ما يؤدي إلى قلب أهداف هذا القانون من حماية المرأة من العنف الذي جاء به القانون الأردني أكثر قرباً من الصواب.

الفرع الثالث

تعريف العنف الأسري

إن مصطلح العنف الأسري من المصطلحات المعقدة التي ليس من السهل تحديدها بشكل دقيق، إذ تتداخل فيه العديد من العوامل الاجتماعية والثقافية للمجتمع القابلة للتغيير مع الزمن من لهذا ركزت العديد من التفريعات على وضع حدود لهذا المفهوم اعتماداً على تحديد أنواع وصور هذا العنف، ولذلك تعددت تعريفاته من قبل الباحثين والمختصين نظراً لتعدد أنواعه وصوره، ومن هذه التعريفات: ((العنف الأسري هو سوء معاملة شخص لشخص آخر تربطه به علاقة وثيقة مثل العلاقة بين الزوج والزوجة وبين الآباء والأبناء وبين الأخوة والأخوات وبين الأقرباء بوجه عام))⁽¹⁾. وهذه العبارة مرنة ولا تحدد مفهوم العنف داخل الأسرة فهي عبارة عامة تحتوي في مضمونها العنف الأسري وما عداه، فلم يحدد أنواع سوء المعاملة ولم يبين نطاق الأسرة فليس كل قريب للشخص داخلاً ضمن أسرته مما يعني بأنه ليس تعريفاً جامعاً ومانعاً.

ويعرفه باحث آخر بأنه: (أحد أنماط السلوك العدواني الذي ينتج عن وجود علاقات قوى غير متكافئة في إطار نظام تقسيم العمل بين الرجل والمرأة داخل الأسرة وما يترتب على ذلك تحديد الأدوار ومكانة كل فرد من أفراد الأسرة وفقاً لما يميله النظام الإقتصادي والاجتماعي السائد في المجتمع)⁽²⁾. إن هذا التعريف ربط مسألة العنف بنظام تقسيم العمل بين الرجل والمرأة داخل الأسرة، وهذا قد لا يكون دقيقاً وصريحاً في جميع الحالات التي تحدث فيها العنف الأسري، فقد لا يرتبط العنف بمسألة تقسيم العمل والأدوار وإن كان مؤثراً في بعض الحالات، عليه فالتعميم الوارد بهذا الصدد قد لا يكون صحيحاً في كل الأحوال.

(1) سيد عبدالحادي وآخرون، علم إجتماع الأسرة، دار المعرفة الجامعية، القاهرة، 2000، ص445.

(2) ليلى عبد الوهاب، العنف الأسري الجريمة والعنف ضد المرأة، دار المدى، دمشق، 2000، ص17.

وعرفه آخرون بأنه : (شكل من الأشكال المتعددة للعنف المادي والمعنوي الذي يوجه لأحد أفراد العائلة الضعفاء من قبل المسيطرين عليها باستعمال القوة، أو خلل في سلوكيات الأقوياء داخل محيط الأسرة يؤدي ذلك الى إستخدام العنف المادي والمعنوي ضد من هم بحاجة الى المساعدة والتوجيه والأرشاد)⁽¹⁾. هذا التعريف يفترض أن يمارس عليه العنف من أفراد العائلة هو من الضعفاء وهذا غير مؤكد في جميع الحالات ، أو ليس بالضرورة ذكره في التعريف، ويشير أيضاً إلى خلل في سلوكيات الأقوياء داخل الأسرة يؤدي ذلك إلى بهم إستخدام العنف هذه الحالة وحالة الضعف لدى من يمارس عليه العنف يعتبر من أسباب العنف وليس العنف ذاته.

وطبقاً لتعريف الصحة العالمية للعام 2002 فإن العنف الأسري: (هو كل سلوك يصدر في إطار علاقة حميمة ويسبب أضراراً أو آلاماً جسيمة أو نفسية أو جنسية لأطراف تلك العلاقة)⁽²⁾. هذا التعريف ينسجم أكثر مع المجتمعات الغربية حيث تعترف بالعلاقات غير الشرعية بين الرجل والمرأة الذين يعيشون مع بعضهم دون رابط زواج، ولا يتفق مع مجتمعاتنا الشرقية المسلمة التي لا تعترف ولا تتقبل مثل هذه العلاقات ولا تضعها في دائرة الحماية، وقد حصرت العنف الأسري في إطار العلاقة بين الزوج والزوجة أو بالأحرى بين رجل وامرأة تربطهما علاقة حميمة متجاهلاً بذلك أشكال العنف الأخرى الذي يمارس على بقية أفراد الأسرة ويمكن تبرير ذلك بنوع الأسرة الغربية وحجمها التي تتكون غالباً من الزوج والزوجة وأن وجد طفل أو اثنين.

أما قانون الحماية من العنف الأسري الأردني فقد نصت في المادة (5) على أنه : (فيما عدا الجرائم التي تختص بها محكمة الجنايات تعتبر الجرائم الواقعة على الأشخاص الطبيعيين عنفاً أسرياً إذا ارتكبتها أحد افراد الأسرة تجاه أي فرد آخر منها). هذه المادة ليست تعريفاً للعنف الأسري بقدر ما هو رسم حدود لما يعتبر عنفاً أسرياً دون أن يذكر أي نوع من أنواعه، حيث ربط مفهوم العنف الأسري بالشخص الذي يمارس العنف – أو الجريمة وفقاً لتعبير المادة- والشخص الذي يمارس عليه العنف، واشترط أن يكون الاثنين من أفراد أسرة واحدة. مما يستدعي القول بأن المشروع الأردني أبعد الجرائم التي تختص بها محكمة الجنايات من دائرة العنف الأسري وإن ارتكبت في نطاق الأسرة، وبذلك قد أخرج جرائم القتل والضرب والأغتصاب من دائرة مفهوم العنف الأسري وإن ارتكبت داخل الأسرة وهذا غير منطقي ولا يتفق مع مفهوم العنف بصفة عامة.

(1) محمد عبدالسلام العرود، العنف الأسري دوافعه وآثاره وعلاجه من منظور تربوي إسلامي ، دار الفاروق،

عمان، 2008، ص22.

(2) موقع مجموعة المساندة لمنع الإعتداء على الطفل والمرأة، بتاريخ 2016/7/5، ساعة: 9:52م

<http://www.musanada.com>

والمشروع الكردستاني قد عرف العنف الأسري في الفقرة (1) من المادة (3) من قانون مناهضة العنف الأسري حيث نص على أنه : (كل فعل أو قول أو التهديد بهما على أساس النوع الاجتماعي في إطار العلاقات الأسرية المبنية على أساس الزواج أو القرابة الى الدرجة الرابعة أو المنظمين إليهما بطريقة قانونية من شأنه أن يلحق ضرراً مادياً ومعنوياً بهم هدرًا لحقوقهم وحياتهم). لقد حصر التعريف العنف الأسري بالعنف الفعلي والقولي وتجاهل العنف الواقع عن طريق ترك الفعل والذي ذكر في المادة القانونية من هذا القانون أنواع منها عندما أورد أمثلة عن العنف الأسري، كقطع صلة الأرحام والعلاقات الاجتماعية، أو المنع من الزواج، أو عدم الإنفاق وغيرها. وقد أعاد تعريف الأسرة في سياق تعريف العنف الأسري وقد سبق تعريفه في الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون و هذا تكرار لا موجب له.

ويجدر الإشارة إلى أن جميع التعريفات تؤكد بوجود وقوع العنف في إطار العلاقات الأسرية، ذلك من أجل إستبعاد احتمالية تداخل هذا النوع من العنف مع الأنواع الأخرى مثل العنف ضد المرأة أو الطفل الذي يحدث في المجتمع دون تقييده بالأسرة، وعليه يمكن لنا تعريف العنف الأسري بأنه : (إيذاء متعمد يتعرض له فرد من الأسرة من قبل فرد آخر في نفس الأسرة).

المطلب الثاني

التفريق القضائي

أولاً: التفريق

أ- التفريق لغةً:- مصدر من فَرَّقَ-يُفَرِّقُ، والفَرَقُ خلاف الجمع ، ومنه التفرق والإفتراق وهما سواء، ومن علماء اللغة من جعل التفرق بالتشديد للأبدان، والإفتراق بالتخفيف في الكلام، يقال فَرَّقْتُ بين الكلامين فافترقا، وفَرَّقْتُ بين الرجلين ففتَرَقَا.

وتفرق الرجلان : ذهب كل منهما في طريق⁽¹⁾.

(1) أنظر ابن منظور: لسان العرب مادة (فرق) 243/10 وما بعدها، أحمد الفيومي المقرئ: المصباح المنير مادة (فرق) ص 243 وما بعدها، مجد الدين الفيروز أبادي: القاموس المحيط مادة (فرق) 243/3 وما بعدها.

ويقع التفريق على عدة معاني متفرقة، منها⁽¹⁾:

1. التجزئة والقسمة، يقال: فرَّق الأشياء: أي قسمها ووزعها.
2. التمييز، يقال: فرَّق الأشياء: إذا ميَّز بعضها من بعض.
3. التبدد، يقال: تفرق الشيء: أي تبدَّد وتلاشى.
4. الفصل، يقال: فرق بين الشيئين: أي فصل بينهما، ويقال فارقه مفارقة: إنفصل عنه وباينه.

ب- التفريق اصطلاحاً:

لم أقف عند الفقهاء على تعريف للتفريق، ويبدو أن السبب في ذلك أن استعمالهم له لا يخرج عن معناه اللغوي .

ثانياً: القضاء

أ- القضاء لغة:

القضاء : مصدر قَضَى، وهو القطع والفصل ويأتي بمعنى الحكم أيضاً، يقال قَضَى بين الخصمين: أي حكم بينهما وقَضِيَ له: أي حكم له : وقضى بكذا: أي حكم بكذا⁽²⁾.

قال تعالى : ﴿ وَفُضِيَ بَيْنَهُم بِالْحَقِّ وَقِيلَ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ ﴾⁽³⁾ .

والمعنى فصل بين أهل الجنة والنار، أو بين الأمم ورسولهم، وصدر القضاء بما يستحقون⁽⁴⁾.

ب- القضاء اصطلاحاً:

(1) أنظر سعدي أبو جيب: القاموس الفقهي مادة (فرق) ص 284.

(2) أنظر ابن منظور لسان العرب مادة (قضى) 209/11.

(3) سورة الزمر الآية (75).

(4) أنظر ابن عاشور: التحرير والتنوير 67/24.

هو الحكم بين الناس بالحق، أو الحكم بما أنزل الله⁽¹⁾.

أما القضائي : فهو ما نسب الى القضاء وصدر عنه.

المطلب الثالث

التفريق القضائي باعتباره علماً على حكم القاضي بالفرقة

بعد البحث والتنقيب في مؤلفات قدامى الفقهاء، لم أجد تعريفاً محدداً للتفريق القضائي، إلا أن كتاباتهم قد دلت على أن المفهوم العام للتفريق القضائي هو أحد معنيين:

الأول: حل العلاقة الزوجية بأمر القاضي بناء على طلب الزوجة⁽²⁾.

الثاني: أو قطع النكاح بين الزوجين بأمر القاضي بناء على طلب أحدهما⁽³⁾.

أما المؤلفات الحديثة فقد جاءت تعريفات للتفريق القضائي بمفهومه، وأضبط هذه التعريفات أن التفريق القضائي هو : " إنهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناء على طلب أحدهما لسبب، كالشقاق والضرر وعدم الإنفاق، أو من دون طلب من أحد حفظاً لحق الشرع، كما إذا إرتد أحد الزوجين"⁽⁴⁾ ، والناظر في هذا التعريف يتضح له جلياً أنه تعريف باللازم، لا بالحد، ولا أدل على ذلك من إدخال الأمثلة في التعريف.

وحقيقة التفريق القضائي قبل جعله علماً على إنهاء العلاقة الزوجية بحكم القاضي، أنه مركب وصفي من كلمتين هما (التفريق) و (القضائي) وقد سبق قريباً الحديث عن معنى كل منهما.

على ضوء ما سبق يمكن تعريف التفريق القضائي، بإعتباره علماً ما يوقعه القاضي، من فصل بين الزوجين بأنه:

(1) علاء الدين أبن ابي بكر بن مسعود الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع 3/7، ت 587هـ.
(2) انظر محمد أمين الشهير بابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار 186/4 وما بعدها، ت 1252هـ، جمال الدين أبا محمد الزيلعي: تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق 22/3، محمد بن عبد الواحد الشهير بأبي الهمام: شرح فتح القدير 297/4 وما بعدها، علاء الدين الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع 481/2.
(3) انظر محمد عبد الباقي الزرقاني المالكي: شرح الزرقاني على مؤطا الإمام مالك 277/3، محمد بن عرفة الدسوقي المالكي: حاشية الدسوقي 110/3 وما بعدها، محمد الشربيني الخطيب: مغنى المحتاج 202/3 وما بعدها، موفق الدين بن قدامة الحنبلي: المغنى 62/10.
(4) الموسوعة الفقهية الكويتية : 6/29 وما بعدها، محمد كمال الدين إمام: الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي ص197.

" حلّ عقدة النكاح بحكم القاضي حالاً أو مალأ، بناء على أمر الشارع، أو طلب أحد الزوجين" (4)

شرح التعريف:

(حلّ): جنس في التعريف يشمل جميع أنواع الفرق: فمنها ما يقع بإرادة الزوج وحده، ومنها ما يقع طلاقاً رجعيّاً أو بائناً، ومنها ما يقع فسخاً، وذلك باختلاف الأحوال.

(عقدة النكاح): من العقد وهو نقيض الحل، والعقدة هي الرابطة والعهد⁽¹⁾، قال تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُوا﴾

أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴿٢﴾، وبإضافة العقدة إلى النكاح يخرج حلّ غيره من الروابط.

(بحكم القاضي): قيد في التعريف خرج به حلّ عقدة النكاح باتفاق الزوجين، كالمخالعة أو الطلاق على مال، كما خرج به تطليق الزوج بإرادته المنفردة، وخرج به ايضاً ما يقع من فرقة بأمر الشارع مما لا يحتاج الى قضاء، كأرتداد أحد الزوجين.

(حالاً): للدلالة على الفسخ والطلاق البائن.

(أو): للتنويع والتقسيم.

(مالأ): للدلالة على الطلاق الرجعي.

(بناء): متعلق بحكم القاضي، فشأن القضا أن يبنى على الأسباب والبيّنات.

(أمر الشارع): النص الصريح الدال على جواز التفريق، كالإيلاء⁽³⁾ عند عدم الفيئة.

(أو): للتنويع والتقسيم، لأن من التفريق ما دلت النصوص الصريحة الخاصة على مشروعيته، والقسم الآخر إكتسب مشروعيته من الأدلة العامة: كرفع الضرر.

(الطلب): هو الحاجة، ومحاولة أخذ الشيء⁽⁴⁾، وهو قيد احترازي: إذ ليس للقاضي حق التفريق بين الزوجين بدون طلب، إلا أن يوجد سبب شرعي يقتضي ذلك.

(1) أنظر ابن منظور: لسان العرب مادة (عقد) 311/9 وما بعدها.

(2) سورة البقرة الآية (237).

(3) المولي من الإيلاء وهو: حلف زوج طلاقه ليمتنع من وطء زوجته مطلقاً، أو فوق أربعة أشهر، وعليه فإن المولي

حالف على ذلك، أنظر الشربيني الخطيب: مغني المحتاج 343/3.

(4) أنظر ابن منظور: لسان العرب مادة (طلب) 177/8 وما بعدها.

(أحد الزوجين): للدلالة على أن طلب التفريق حق للزوج، كما هو حق للزوجة، وذلك إذا لحق به ضرر، كأن تخدعه الزوجة أو أولياؤها، بإخفاء عيوبها التي تمنعه من إستيفاء حقوقه الزوجية كرتقها، مما يؤدي إلى ضياع أمواله، وإستيلاء الزوجة عليها بطريق الغش والتدليس⁽¹⁾.
بذلك يكون التعريف جامعاً، لشموله جميع أنواع التفريق ومانعاً من دخول غير أفراده فيه، كما أنه خال من الأمثلة حيث إن الأمثلة ليست جزء من الماهية.

(1) الدّلس: الخديعة، والتدليس: كتم العيب مع العلم به، أنظر ابا جيب: القاموس الفقهي مادة (دلس) ص 132.

المبحث الثاني

العنف الأسري بين الشريعة والقانون

المطلب الأول

العنف الأسري في قانون الأحوال الشخصية العراقي

بعد الإشارة والعرض إلى مفهوم العنف الأسري نتساءل هل له وجود وأثر في قانون الأحوال الشخصية أم أنه فنحصر في قانون العقوبات والقوانين الجزائية الأخرى؟ كما أشرت سلفاً فإن القانون لم يذكر صراحة كلمة العنف الأسري، وإنما أشار الى الضرر الذي يلحق بالزوجة من جراء تصرفات الزوج ومنحها الحق في طلب التفريق وهذا الحق ورد في بعض مواد قانون الأحوال الشخصية وتطبيقات القضاء العراقي بصدد ذلك.

أولاً: مفهوم الضرر:

يعتبر الضرر الصورة المادية والنتيجة التي تظهر من خلال التصرف الذي يقوم به أحد الأشخاص تجاه الآخر ويعرف الضرر عند بعض فقهاء المسلمين (إنه أمر وجودي ضد النفع وقال آخرون إن التقابل بينه وبين النفع تقابل العدم والملكة، فيكون معناه عدم النفع في موضوع قابل له)⁽¹⁾ كما عرفه فقهاء القانون بأنه الأذى الذي يصيب الإنسان في جسمه أو شرفه أو ماله أو عواطفه، ومنهم الدكتور سليمان مرقس بأنه ما يصيب المضرور في جسمه أو ماله أو عاطفته أو كرامته أو شرفه أو أي معنى آخر من المعاني التي يحرص الناس عليها⁽²⁾.

ويمكن إستخلاص تعريف الضرر بأنه ما يؤذي الشخص من نواحي مادية ومعنوية، وبناء على ما سبق فإن الضرر هو عبارة عن الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المس بحق من حقوقه، ومصلحة مشروعة، ولا يشترط أن يكون الحق الذي يحصل به المساس مالياً مثل حق الملكية، وحق الإنتفاع، بل يكفي أن يحميه القانون كالحق في الحياة وفي سلامة الجسم وحق الحرية الشخصية، ويمكن تقسيم الضرر الى نوعين مادي وأدبي:

1- الضرر المادي (المالي): وهو ما يصيب الشخص في ذمته المالية.

(1) دزئي، شهبال معروف - العنف ضد المرأة بين النظرية والتطبيق - دار اوراس، اربيل، العراق، ط1، 2007م، ص3676.

(2) دزئي، شهبال معروف - مرجع سابق، ص3721.

2- الضرر الأدبي (المعنوي): وهو ما يصيب الإنسان في شعوره نتيجة لمساس بعاطفته أو كرامته أو سمعته بناحية غير مالية⁽¹⁾.

أما الضرر المقصود في تطبيقات قانون الأحوال الشخصية هو الضرر الجسيم الذي يتعذر معه إستمرار الحياة الزوجية كالإعتداء على النفس والمال والعرض أو الإعتداء الآثم على الأولاد⁽²⁾، وهذا التوصيف للضرر يندرج ضمن العنف وعلى وفق ما أشرت إليه عند تعريف العنف.

ثانياً: تطبيقات القضاء العراقي:

إن تطبيقات القضاء العراقي المتمثلة بالأحكام التي تصدرها محاكم الأحوال الشخصية وقرارات محكمة التمييز التي تعد مبادئ مهمة لأنها تصدر من أعلى هيئة قضائية في العراق وسيكون العرض على وفق نصوص قانون الأحوال الشخصية من أجل تيسير المعرفة والمطابقة بين النص والتطبيق وكما يلي:

1- المادة (40) من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل للزوجة طلب التفريق عند وقوع الضرر عليها الزوج على وفق نص الفقرة (1) من المادة (40) من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل التي تنص على ما يلي: (إذا أضر أحد الزوجين بالزوج الآخر أو بأولادهما ضرراً يتعذر معه إستمرار الحياة الزوجية، ويعتبر من قبيل الإضرار، كالإدمان على تناول المسكرات والمخدرات، على أن تثبت حالة الإدمان بتقرير من لجنة طبية رسمية مختصة، ويعتبر من قبيل الأضرار كذلك، ممارسة القمار في بيت الزوجية، وفي قرار لمحكمة التمييز العد 755/ شخصية/ 1981 في 13/5/1981، الذي إعتبر أن الضرر متحقق في حال توجيه الطعن الى الزوجة باتهامها بالخيانة حتى وأن تنازل الزوج عن شكواه أمام المحكمة التحقيق وهذا يعد ضرراً وأذى لا يمكن إستمرار الحياة الزوجية وفيما يلي نص قرار محكمة التدقيق والداولة وجد أن الحكم المميز غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون ذلك أن الثابت من الأوراق التحقيقية المربوطة في الدعوى أن المميز عليه "م" قد أقام الشكوى في شرطة السلام على زوجته المميّزة "ح" متهماً إياها بالخيانة الزوجية مع الشخص "ج" وأيد المميز عليه هذا الإتهام أمام قاضي تحقيق الكاظمية، الأطراف بتاريخ 3/5/1979 وأن هذا الإتهام بالخيانة الزوجية للمميّزة والذي يمس عرضها وشرفها يعتبر ضرراً لا يستطيع العشرة بينهما ولو أن المميز عليه قد تنازل عن شكواه وقرر قاضي التحقيق إنقضاء الدعوى الجزائية وحيث إن الضرر ثابت لذا كان على المحكمة أن تحكم بالتفريق بين الزوجين وفق الفقرة (1) من المادة الأربعين من قانون الأحوال الشخصية ، لذا قرر نقض الحكم المميز وإعادة أوراق الدعوى إلى محكمتها للسير فيها على

(1) دزئي، شهبال معروف - العنف ضد المرأة بين النظرية والتطبيق- دار اوراس، اربيل، ط1، 2007م، ص3829.

(2) دزئي، شهبال معروف - المصدر السابق، ص39120.

الوجه المتقدم على أن يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في 9 رجب سنة 1401هـ الموافق 1981/5/13 وفي قرار آخر بالعدد 2445/ شخصية/ 2008 في 18/8/2008 الذي جاء فيه (تعرض الزوجة للضرب المبرح الناتج عن إصابات جسيمة يعد ضرراً يتعذر معه إستمرار الحياة الزوجية وموجب للتفريق إستناداً لأحكام المادة (1/40) من قانون الأحوال الشخصية). وفي قرار لمحكمة الأحوال الشخصية في حي الشعب إعتبرت المدعية قد تعرضت الى الضرر وعد نوعاً من أنواع العنف عند بيعها لكليتها بحضور زوجها فاعتبرت ذلك التصرف هو من عوامل الضغط على الزوجة الموجب للتفريق.⁽¹⁾

2- إذا تم عقد الزواج خارج المحكمة عن طريق الإكراه الفقرة (4) من المادة (40) من أحوال شخصية التي تنص على ما يلي : (إذا كان الزواج قد وقع خارج المحكمة عن طريق الإكراه وتم الدخول)، وهذه المادة لم أجد لها تطبيقاً في الأحكام القضائية في المنظومة القضائية العراقية وهو صورة واضحة إلى أن العنف الأسري والخفاء فهو يقع يومياً إلا أن أحداً لم يلحظ وجوده في القضاء .

3- وكانت الدراسة قد أوضحت أن أغلبية أفراد العينة تقع أعمارهم ما بين (15-17) سنة حيث بلغ عددهم تقريباً خلال الأشهر 3 الخمسة 244 من أصل 746 من الزوجات الحاصلة في محكمة الأحوال الشخصية في الشعب وهذا يوضح إرتفاعاً مستمراً في عدد حالات زواج القاصرات للأعمار المبينة أعلاه والتي تمثل ما يقارب 30% من إجمالي عقود الزواج.

4- إذا هجر زوجته مدة سنتين فأكثر فإن ذلك يعد صورة من صور العنف إذ إعتبرته الشريعة الإسلامية نوعاً من العقاب تجاه الزوجة على وفق نص الآية الكريمة : ﴿وَالَّذِينَ تَخَافُونَ زُفُوزَهُمْ فَعُظُّهُمْ﴾

وَأَهْجُرُوهُمْ فِي الْمَصَاحِبِ وَأَصْرِبُوهُمْ فَإِنْ أَطَعَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِمْ سَبِيلاً⁽²⁾

إلا أن المشروع العراقي عده نوعاً من الضرر الذي يلحق بالزوجة من جراء تصرف يقوم به الزوج بإرادته الكاملة ويقصد تحقيق نتيجة فعله بالحاق الضرر بالزوجة، وذلك على وفق نص الفقرة (2)

(1) نص المادة (40) من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل (لكل من الزوجين طلب التفريق عند توافر أحد الأسباب التالية: 1. إذا أضر أحد الزوجين بالزوج الآخر أو بأولادهما ضرراً يتعذر معه إستمرار الحياة الزوجية، ويعتبر من قبيل الأضرار، الإدمان على تناول المسكرات والمخدرات ، على أن تثبت حالة الإدمان بتقرير من لجنة طبية رسمية مختصة، ويعتبر من قبيل الأضرار كذلك، ممارسة القمار في بيت الزوجة. 2. إذا إرتكب الزوج الآخر الخيانة الزوجية، ويكون من قبيل الخيانة الزوجية، ممارسة الزوج فعل اللواط، بأي وجه من الوجوه. 3. إذا كان عقد الزوج قد تم قبل إكمال أحد الزوجين الثامنة عشرة دون موافقة القاضي. 4. إذا كان الزواج خارج المحكمة عن طريق الإكراه وتم الدخول. 5. إذا تزوج الزوج بزوجة ثانية بدون إذن المحكمة وفي هذه الحالة لا يحق للزوجة تحريك الدعوى الجزائية بموجب الفقرة (1) من البند (أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية . (رقم 23 لسنة 1971 بدلالة الفقرة 6 من مادة 3 من هذا القانون. (2) سورة النساء الآية (34).

من البند الثاني من المادة (43) من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل التي تنص على ما يلي (إذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين فأكثر بلا عذر مشروع وإن كان الزوج معروف الإقامة وله مال يستطيع الإنفاق منه) وبعض الفقهاء إعتبر الهجر في الفراش هو نوع من الأذى النفسي للزوجة وعلى وفق ما تقدم ذكره ومن تطبيقات القضاء العراقي قرار محكمة الأحوال الشخصية في الكاظمية التي قضت بالتفريق للهرج حتى وإن كانت الزوجة مع الزوج في دار واحدة إذ يعتبر الهجر متحققاً إذا تعمد الزوج هجر الزوجة في فراش الزوجية .

5- الضرر الذي يلحق بالزوجة في حالات إبتلاء الزوج بأمراض عضوية ونفسية على وفق الفقرات (4،5،6)⁽¹⁾ من البند أولاً من المادة (43) من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل، ومن تطبيقات القضاء العراقي قرار محكمة التمييز العدد 246/شخصية/86- 87 في 86/9/24 إذ جاء فيه (إثبات العنة يتطلب إحالة المدعى عليه إلى اللجنة الطبية لتقدير فيما إذا كان مصاباً بالعنة العضوية أو النفسية في عدمه، فإن ظهر أن العنة سببها نفسي، فتؤجل دعوى التفريق لمدة سنة واحدة، عملاً بأحكام المادة 43/ف 4 أحوال شخصية)⁽²⁾، ومن خلال قراءة المادة أعلاه وتطبيقات القضاء تجاهها نجد أن في النص مدخلاً لإصفاء المشروعية على العنف الأسري تجاه الزوجة من خلال ربطها مع الرجل المصاب بداء نفسي أو عضوي ومن المؤمل زواله دون أن تحدد فيه مدة معينة ومنح الزوجة مدة غير محددة على حساب حاجة الزوجة الجسدية والنفسية مما يجعلها تعاني من أنواع الأذى النفسي لأنها لا تتوافر على إشباع حاجتها.

6- إذا إمتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته على وفق نص الفقرة (7) من البند أولاً من المادة (43) من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل التي تنص على ما يلي: (إذا إمتنع الزوج على الإنفاق عليها دون عذر مشروع بعد إمهاله مدة أقصاها ستون يوماً) لأن البعض يستخدم هذه الوسيلة لإلتحاق الضرر بالزوجة عندما لا ينفق عليها أو على أطفالها ويضعها تحت ضغط الحاجة الى التغير مما يولد لها ضرراً وأذى يندرج ضمن مفهوم العنف الأسري، ومن تطبيقات القضاء العراقي قرار محكمة التمييز العددي⁽³⁾.

بمعنى أن القانون العراقي يعد الأمراض والعيوب وعدم الإنفاق والهجر وأضرار أحد الطرفين الآخر مادياً أو معنوياً سبباً لطلب التفريق القضائي.

(1) للمزيد أنظر دزئي، شهبال معروف - مرجع سابق، ص130.

(2) السيد البجنوردي، القواعد الفقهية ، ج1، ص 214، ت 1263م.

(3) سليمان مرقص- الوافي في شرح القانون المدني، ط5، القاهرة، عام 1992، المجلد الأول، ص133.

المطلب الثاني

موقف الشريعة في العنف الأسري

حث الإسلام على نبذ العنف داخل الأسرة بأشكاله كافة، والآيات والأحاديث في ذلك كثيرة منها:

﴿ قَوْلٌ مَّعْرُوفٌ وَمَغْفِرَةٌ خَيْرٌ مِّنْ صَدَقَةٍ يَتْبَعُهَا أَذًى ۗ وَاللَّهُ غَنِيٌّ حَلِيمٌ ﴾ البقرة الآية 263: ﴿ وَلَوْ كُنْتَ فَظًا

غَلِظَ الْقَلْبُ لَأَنْفَضُوا مِنْ حَوْلِكَ ﴾ آل عمران: ١٥٩، وقوله عز وجل: ﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ

إِحْسَانًا ۖ إِنَّمَا يَبُلِّغَنَّ عَنْكَ الْكِبَرُ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا نَهَرُ ۚ وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا ﴾

الإسراء: ٢٣.

وهذه الآيات تورد بوضوح موقف الإسلام الرافض للعنف الأسري بكافة أشكاله، المادية والمعنوية، حتى أن الرسول ﷺ، قدوة المسلمين، لم يمارس هذا العنف ولو على جارية، وقد قال لجاريته بعد أن أغضبته: (لولا خشية القود لأوجعتك بهذا السواك)^(١).

ومن هنا فإن الإسلام حينما شرع قوانينه وأحكامه شرعها للمؤمنين حتى يطبقوها على أنفسهم وعلى من يتحملون مسؤوليتهم، وإذا حدث أي خلل في التطبيق فهذا يعود للمسلمين وليس للإسلام، فما موقف الإسلام من العنف بين أفراد الأسرة؟

أولاً: العنف ضد الزوجة في الأسرة: حرص الإسلام على كرامة المرأة، زوجةً كما حرص عليها بنتاً، وقد تجلّى هذا التكريم في أمور عدة، منها:

- أ- جعل الزوجة الصالحة من أسباب في الحياة الدنيا، فقد ورد عن رسول الله ﷺ قوله: (ثلاثة من السعادة، وثلاثة من الشقاء، فمن السعادة المرأة الصالحة تراها فتعجبك وتغيب عنها فتأمنها على نفسها ومالك)^(٢).
- ب- الحرص على ترك الحرية للمرأة في إختيار الزوج التي تحب ويميل معه هواها، فلم يرغمها الإسلام على أن تعيش مع من لا تحب وتهوى، وهذا أمر شدد عليه رسول الله ﷺ عندما قال: (لا تنكح النيب حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن، وإذنها الصمت)^(٣).

(١) ابو يعلى، مسند ابو يعلى، حديث 6944، 373/12، قال محقق الكتاب: إسناده ضعيف، رت 458هـ، 1131م.

(٢) العجلوني، كشف الخفاء، حديث رقم 1408، 327/1، ت 1162هـ.

(٣) الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في استئثار البكر والنيب، حديث رقم 1107، قال: حديث حسن صحيح، 415/3، ت 279هـ، 892م.

ج- الوصية بحسن معاملة الأزواج لزوجاتهم بحيث تكون العلاقة بينهم علاقة مودة ورحمة وليست علاقة استبداد وظلم، قال ﷺ مبيناً هذا المعنى: (خيركم خيركم لأهله وأنا خيركم لأهلي)⁽¹⁾، وهذا التكريم الذي فرضه الإسلام للزوجة يقابله أحكام وشرائع تحذر الإساءة إليها والتصرف وإهانة كرامتها، أما الإدعاء بأن الإسلام في سماحه بضرب الزوجة، وبمجامعة الزوج لزوجته رغماً عنها يكون ممن يشجع على العنف ضد المرأة، فذلك أمر مرفوض والرد عليه على الشكل التالي:

1- **ضرب الزوجة:** يستغل بعض المسلمين إباحة الإسلام للضرب الخفيف في الحالات القصوى، حتى يمارسوا عنفهم غير المشروع ضد زوجاتهم محتجين بالآية الكريمة من سورة النساء التي جاء فيها :

﴿وَالَّذِينَ تَخَافُونَ نُشُوزَهُمْ فَعُظُّوهُمْ بِمَا وَهَنَ وَالَّذِينَ يَعْظُونَهمْ فَأَصْرَبُوهُمْ إِنَّا فَاعِلُونَ لَهُمْ وَلَا تَجِدُوا حِيلًا

إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا ﴿٣٤﴾ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا

إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴿٣٥﴾ النساء: ٣٤ - ٣٥ .

وهذا التسويغ لضرب الزوجة غير صحيح إطلاقاً لأن هذه الآية تختص بالزوجة الناشزة، والزوج الناشز في اللغة هي التي إرتفعت على الزوج وإستعصت عليه وأبغضته وخرجت عن طاعته⁽²⁾، من هنا فلا يصح إعتبار هذه الآية دليلاً على إباحة الإسلام لضرب المرأة لأن الضرب هنا هو علاج لحالة شاذة، فإذا أنتفت الحاجة إلى هذا العلاج لا يصح القيام به، علماً أن هذه الآية لم تطلق يد الزوج في ممارسة العنف ضد الزوجة، وإنما رسمت لها منهاجاً عليه إتباعه لحل المشكلة ومعالجة الموضوع والمحافظة على كيان الأسرة، وهذا المنهج يقتضي إستخدام ثلاث وسائل متدرجة، لا يصح تجاوز الواحدة منها قبل أن يكون قد إستخدم الوسيلة التي قبلها وهي:

أ- النصيحة والموعظة بلطف وتحبب، ويمكن أن يستعين الزوج في هذه المرحلة بمن يمكن أن يؤثر على زوجته فيحاورها ويعرف سبب نشوزها وإعراضها، ويقدم إليها النصيحة ويرشدها لما فيه مصلحة زواجها، وهذه النصيحة قد تأتي من بعض أهل الثقة أو قد تكون من قبل المختصين الإجتماعيين أو النفسيين الذين يحاولون الإستماع إلى الزوجين ومساعدتهما على حل مشاكلتهما الزوجية.

ب- الهجر في المضجع نفسه وهو الفراش، يقول صاحب تفسير المنار إن: " في المهجر في المضجع نفسه معنى لا يتحقق بهجر المضجع أو البيت، لأن الإجتماع في المضجع هو الذي يهيج شعور الزوجية فتسكن

(1) الترمذي، باب فضل أزواج النبي ﷺ، حديث رقم 3895، قال: حديث حسن صحيح غريب، 709/5.

(2) ابن منظور، 617/2.

نفس كل من الزوجين إلى الآخر، ويزول لإضطرابهما الذي أثارته الحوادث قبل ذلك، فإذا هجر الزوج زوجته وأعرض عنها في هذه الحالة رجا أن يدعوها ذلك الشعور والسكون النفسي إلى سؤاله عن السبب ويهبط من نشز المخالفة إلى صفصف⁽¹⁾ الموافقة⁽²⁾.

ج- الضرب غير المبرح، وأن يتَوَقَّى الوجه والمواضع الظاهرة، ولا يضربها إلا لما يتعلق بحقه كالنشوز، فلا يضربها لحق الله عند جمهور الفقهاء، كترك الصلاة⁽³⁾.

إذن المقصود من الضرب هنا هو الضرب غير المبرح، ومثل له بعض العلماء بالضرب بالسواك أو القسبة الصغيرة ونحوها⁽⁴⁾. فعن عطاء قال: " قلت لأبن عباس ما المبرح؟ قال بالسواك ونحوه"⁽⁵⁾. وهذا في الحقيقة ليس من باب (الضرب) بمعنى العقاب والأذى والإيلام البدني والنفسي، ولكنه يأتي بمعنى التعبير المادي بالحركة، والمس بالسواك أو ما شابهه تعبيراً عن الجدية وعدم الرضا، وعن الغضب والإعراض عن الزوجة وإبعادها عن نفس الزوج الهاجر في الفراش، وهو عكس المس باليد الذي يعني عادة التعبير عن المحبة والتدليل⁽⁶⁾.

ومن الحجج على نبد الإسلام لضرب الزوجة أنه لم يعرف عن رسول الله ﷺ أنه إستخدم أسلوب الضرب مع أحد من أزواجه، وقد وصف الرسول ﷺ في حديثين مختلفين من يضرب زوجته باللؤم وغلاظة الحس، فقال ﷺ : (يعمد أحدكم يجلد امرأته جلد العبد فلعله يضاجعها من آخر يومه)⁽⁷⁾، وجاء في حديث آخر : (بمن يضرب أحدكم امرأته ضرب الفحل ثم لعله يعانقها)⁽⁸⁾.

وقد بنى فقهاء الإسلام على هذه الأحاديث موقفهم من الضرب، فقال الشافعية والحنابلة بأنه إن جاز للزوج الضرب وتأديب امرأته لنشوزها، فالأولى تركه، قال الحنابلة: " الأولى ترك ضربها إبقاء للمودة"⁽⁹⁾.

2- أتيان الزوج زوجته رغماً عنها: وضع الإسلام آداباً واضحة لتحقيق الإنسجام الجنسي بين الزوجين،

فقال الله عز وجل: ﴿ نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ وَقَدِّمُوا لِنَفْسِكُمْ^ط وَاتَّقُوا اللَّهَ^ع وَاعْلَمُوا أَنَّكُمْ مُلْقَوُهُ^ق

(1) الصفصف: المستوي من الأرض.

(2) محمد رشيد رضا ، تفسير القرآن الحكيم المشهور بتفسير المنار، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى،

1420هـ، 1999م، 60/5.

(3) الموسوعة الفقهية، 178/28.

(4) المرجع والصفحة نفسها.

(5) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، مصر، 173/5.

(6) عبد الحميد أحمد ابو سليمان، ضرب المرأة وسيلة لحل الخلافات الزوجية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، دار الفكر،

دمشق، الطبعة الأولى، 1424هـ، 2002م، ص30-31.

(7) البخاري، كتاب التفسير، تفسير سورة لا أقسم بهذا البلد، حديث رقم 4658، 1888/4، ت 499هـ.

(8) البخاري كتاب الأدب، باب قول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا يسخر قوم من قوم)، حديث رقم 5695، 2246/5.

(9) ابن ادريس البهوتي، كشف القناع على متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت- لبنان، 174/4.

وَبَشِّرِ الْمُؤْمِنِينَ ﴿٢٢٣﴾ البقرة: ٢٢٣، ففي هذه الآية بيان لطبيعة المعاشرة الزوجية لا تحتاج الى القسوة بل الى اللطف واللين.

والرسول ﷺ عندما قال : (والذي نفسي بيده ما من رجل يدعو امرأته إلى فراشه فتأبى عليه إلا كان عليه في السماء ساخطاً عليها حتى يرضى عنها)^(١)، قصد بذلك تلك الزوجة التي تمتنع عن زوجها من دون عذر شرعي، أما إذا كان هناك عذر مثل المرض والإجهاد والإعذار الشرعية الأخرى من حيض ونفاس، فهذه الأمور يجب على الزوج أن يراعيها وأن لا يجبر زوجته على المعاشرة الزوجية وخاصة في حالة الحيض والنفاس، لقوله تعالى ﴿ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَأَعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي

الْمَحِيضِ وَلَا نَفْسُوهُنَّ حَتَّى يَظْهَرْنَ فَإِذَا تَظْهَرْنَ فَأَنْوَهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ ﴿٢٢٢﴾ البقرة: ٢٢٢، ولقول رسول الله ﷺ : (لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق).

فالإسلام يرفض إتيان الزوجة رغماً عنها، ولكنه في الوقت نفسه يجعل من أهداف الزواج غض البصر وإحصان الفرج، فلو إمتنعت الزوجة عن فراش زوجها وكثرت تعليلاتها من دون سبب مقنع، تكون بذلك سبباً في حصول المشكلات الزوجية وتصاعدها، حيث إن العلاقة الجنسية الطبيعية السليمة بين الزوجين كثيراً ما تجب ما قبلها من خلافات، وتخفف من التوتر العاطفي والنفسي بين الزوجين.

3- تعدد الزوجات في الإسلام: أباح الله سبحانه وتعالى تعدد الزوجات وفقاً للآية الكريمة: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا

تُقْسِطُوا فِي أَلْبَنَى فَاَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبْعَ ﴿النساء: ٣﴾، وقوله تعالى : ﴿وَكُنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ﴾ النساء: ١٢٩.

وهذا التعدد لم يفهمه بعض الناس ووجدوا فيه نوعاً من أنواع العنف ضد المرأة، مع أن نظام التعدد نظاماً اختياري وليس إجبارياً وهو لا يكون إلا برضا المرأة. إذ إن الإسلام لم يحرم المرأة حقها في رفض فكرة التعدد، وأباح لها إذا كرهت زواج زوجها عليها أن تشترط ذلك في العقد، وهذا مذهب الحنابلة، وحبثهم في ذلك قول رسول الله : (أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج)^(٢). إضافة إلى ذلك فإن من يرفض فكرة التعدد ويربطه بالعنف ضد المرأة، يبني موقفه على مصالح الزوجة الأولى وينسى مصلحة الزوج ومصلحة الزوجة الثانية التي تحتاج إلى تكوين أسرة وإنجاب الأولاد أسوة

(١) مسلم، كتاب النكاح، باب تحريم إمتناعها من فراش زوجها، حديث رقم، 1436، 1060/2 ت 261 هـ، 875 م.

(٢) البخاري، كتاب الشروط، باب الشروط في المهر، حديث رقم 2572، 970/2.

بالزوجة الأولى، وهي لو وجدت غير المتزوج لما أقدمت ربما على الزواج من رجل متزوج، فهي أيضاً ترغب أن يكون زوجها لها فقط، فالفتاة تفضل عادة الزواج من رجل أعزب سواء كانت عذباء أو مطلقة أو أرملة.

إضافة إلى ذلك فإن العنف ينتفي في موضوع التعدد كون الإسلام يشترط على الزوج أن يعدل بين زوجاته، فقد ورد عن رسول الله ﷺ قوله: (من كانت له امرأتان فمال مع إحداها على الأخرى جاء يوم القيامة واحد شقيه ساقط).

وعلى كل الأحوال فإن تصوير موضوع التعدد على أنه معضلة كبيرة في المجتمعات العربية أمر بعيد عن الواقع، إذ أن "نسبة تعدد الزوجات في سائر البلاد العربية في السنوات العشر الماضية حسب إحصائية جامعة الدول العربية من (7-10) حالة تعدد لكل ألف زوجة"⁽¹⁾.

4- الإرث: يحتج بعض دعاة تحرير المرأة على قول الله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ

الأنثيين﴾ النساء: ١١، وقوله أيضاً: ﴿وَلِإِن كَانُوا إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَن

تَصُولُوا وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾ (١٧٦) النساء: ١٧٦، ويعتبرون أن الإسلام قد ظلم البنت إذ جعل لها نصف حظ

أخيها من تركة الأب، ويتغافلون عن أن هذا الحكم جاء ضمن منظومة إجتماعية اقتصادية متكاملة، فالإسلام كلّف الرجل بما لم يكلف به المرأة، فهو المسؤول عن نفقتها ونفقة عياله وحتى أخواته إذا لم يكن لهن معين تحت قاعدة "الغرم بالغنم" بينما لم يكلف الشرع المرأة بأية مسؤوليات، فالمال الذي ترثه من أبيها يبقى لها وحدها ولا يشاركها فيه مشار، بينما نصيب الأبن يكون معرضاً للنقصان بما ألقى عليه الإسلام من التزامات متوالية متجددة، ونصيب البنت معرضاً للزيادة بما تقبض من مهر وهدايا.

ومن المفيد الإشارة هنا إلى أن قاعدة التنصيف في الإرث المبينة على قوله تعالى: ﴿فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ

الأنثيين﴾ ليست قاعدة مطردة، لأن هناك حالات يتساوى فيها الذكر والأنثى كما في حال تساوي نصيب

الأب وهو ذكر مع نصيب الأم وهي أنثى في ميراث أبنيهما، كما أن هناك حالات أخرى تزيد بها حصة الأنثى عن حصة الذكر في الميراث، كما لو تركت المتوفاة زوجاً وبنتاً، فإن الزوج (الذكر) يأخذ الربع، وتأخذ الابنة (الأنثى) ضعف ما أخذ أبوها وهو النصف.

(1) جاسم المطوع، عدم مساومة المرأة بالرجل في قضية التعدد، موقع الأسرة السعيدة على الشبكة العنكبوتية،

<http://www.e-happyfamily.com>

5- **الطلاق:** يعترض كثير من المعاصرين على حصر الإسلام الطلاق بيد الرجل، ويعتبرون إن في ذلك عنفاً ممارساً ضد المرأة التي تسيء زوجها إستغلال حقه فيطلقها من دون سبب، ويظلمها ويدمر عائلتها، ومن المفيد الإشارة في هذا الموضوع من النقاط التالية:-

أ- إن قبول الزوجين الارتباط الإسلامي يفرض عليهما الإلتزام بأحكام الشرع، والتي من بينها الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق، وتستطيع المرأة الخائفة على نفسها من تعسف الرجل أن تستفيد من الحقوق التي أعطاها إياها الشرع والتي من بينها الحق في تطليق نفسها إذا إشتربت ذلك في العقد (العصمة بيد الزوجة).

ب- إن حصر الإسلام الطلاق بيد الزوج إنما يعود لعدة أسباب أهمها كونه معروفاً بغلبة العقل على العاطفة تناسباً مع طبيعة المرأة والتي تغلب عليها العاطفة، كما أنه يكون المتضرر الأول من الطلاق من الناحية المادية فهو الذي يجب عليه المال والنفقة لمطلقاته ولعياله طوال فترة العدة والحضانة، لذا فإن هذا الأمر يجعل أكثر ضغطاً لنفسه من المرأة التي قد لا يكلفها أمر رمي يمين الطلاق شيئاً.

ج- إن الطلاق وإن كان بيد الرجل إلا أن للمرأة الحق في طلب الطلاق في حال وقوع الضرر عليها، وذلك

أستناداً لقول تعالى: ﴿وَلَا تُسْكُوهُنَّ ضَرَارًا لِّعَعْدُوْنَ﴾ البقرة: ٢٣١، إشارة إلى حق المرأة في طلب الطلاق إذا

كان زوجها يسبب لها الضرر، لأن الحياة الزوجية تفترض المعاشرة بالمعروف، فإذا إنتفى هذا الأمر فيحق للمرأة طلب الطلاق، عملاً بالقاعدة الفقهية " لا ضرر ولا ضرار".

د- إن الشرع الإسلامي أعطى للمرأة الحق في أن تختلع ممن تبغضه ولا تقدر العيش معه بأية حال من الأحوال، ولو لم يكن هناك سبب موجب من ضرر أو ما شابه ذلك. فأكبر دليل على ذلك هو ما رواه البخاري من حديث أيوب عن عكرمة عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت: (يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكن لا أطيقه! فقال رسول الله ﷺ: " أتردين عليه حديثه؟ قالت: نعم، قال رسول الله ﷺ: أقبل الحديقة وطلقها تطليقاً⁽¹⁾).

6- **سلطة الزوج (القوامة):** يعترض المخالفون للشريعة الإسلامية علة مبدأ القوامة ويجدون فيها رئاسة قائمة على ظلم المرأة التي تتعرض لإستبداد الرجل وتسلبه، بينما الحقيقة هي أن القوامة في الإسلام هي قوامة رحمة ومودة. إذ أنه لو كان في الأمر إستبداد وتسلب من الرجل على المرأة لكان يحق الرجل أن يمد يده الى مال زوجته، أو يمنعها من أن تتاجر بمالها، أو أن يجبرها على تغيير دينها... والمعروف أن الإسلام أباح للمسلم أن يتزوج النصرانية واليهودية مع إحتفاظ كل منهما بدينه.

أن هذه القوامة مبنية على ضرورة وجود رأس مدبر لكل مجموعة من الأفراد، يقول عمر بن الخطاب

(1) البخاري، كتاب الطلاق، باب الخلع وكيفية الطلاق فيه، حديث رقم 4971، 2021/5، لمزيد من المعلومات انظر كتب الفقهية كتاب الأحوال الشخصية باب الزواج والطلاق.

: (إذا كنتم ثلاثة فأمرُوا أحدكم)⁽¹⁾، وإلا سادت الفوضى وحل الفراغ في هذه المجموعة، لذا فإن الرجل هو الأقدر على تحمل هذه المسؤولية، وذلك بسبب تكوينه النفسي والبيولوجي الذي يجعله أكثر قدرة على تحمل المصاعب، بينما المرأة المفطورة على الرقة والحنان، تكون في الغالب، أضعف من مواجهة الصعوبات التي تتعرض لها الأسرة.

إضافة إلى ذلك فإن هذه القوامة مبنية على أن الرجل هو المكلف بالإنفاق على الأسرة، ولا يستقيم مع العدالة في شيء أن يكلف فرد الإنفاق على هيئة ما دون أن يكون له القيام عليها والإشراف على شؤونها، وعلى هذا المبدأ قامت الديمقراطيات الحديثة، ويخلص علماء القانون الدستوري هذا المبدأ في العبارة التالية: " من ينفق يشرف " أو " من يدفع يراقب " ⁽²⁾.

7- الحضانة: الحضانة في الشرع هي حفظ صغير ومجنون ومعتوه وتربيتهم بعمل مصالحهم ⁽³⁾، وقد أجمع العلماء على وجوب كفالة الأطفال الصغار، باعتبار أنهم خلق ضعيف، يفتقر بكافل يربيه، إلى أن يبلغ ما يقوم فيه بنفسه، فهو فرض كفاية.

هذا وقد جاء إهتمام المشرع بالطفل الصغير وأحاط برعايته ووضع له المبادئ التي تكفل العناية به. وقد جعل دور الأم أهم من دور الأب، فهي ألصق بالطفل وأحن به وأرحم، لذلك جعلها الإسلام أولى بحضائته من والده في بداية مراحل الأولى من سنوات طفولته.

والأصل في حديث عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه: (أن امرأة قالت يا رسول الله إبنى هذا كان بطني له وعاء، وتديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني، فقال لها رسول الله ﷺ أنت أحق به ما لم تنكحي) ⁽⁴⁾.

ويعود السبب في إزالة حق الحضانة عن الأم في حال زواجها أنها إذا تزوجت إشتغلت بحقوق الزوج وأولاده عن الحضانة. كما أنها في زواجها يمكن أن تعرض أبنائها بقسوة زوج الأم الذي قد لا يرغب بوجودهم في بيتهم والإنفاق عليهم.

هذا وقد إختلف العلماء في تحديد نهاية فترة الحضانة، فحددها مالك بالبلوغ في الذكور وأما في الإناث

(1) مصنف عبد الرزاق، باب أختلاف الماشية، حديث رقم 6960، 58/4.

(2) نص في قانون الدستورية

(3) ابن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الأقناع، 432/5.

(4) الحاكم، المستدرك عن الصحيحين، كتاب الطلاق، قال الذهبي في الترخيص صحيح، 207/5.

فإلى أن تتزوج، ويدخل بها زوجها إلا أن يكون موضع أبيها أصون لها وأمنع، إذا ثبت ذلك، فيختار لها الموضع الأصون⁽¹⁾.

وأما عند الأحناف " فوقتها إلى ما بعد الإستغناء في الغلام إلى وقت البلوغ، وبعد الحيض في الجارية"⁽²⁾.

وعند الشافعي إذا بلغ الولد سبع سنين أو ثمانياً خيراً بين أبويه فمن أختار منهما كانت الحضانة له⁽³⁾ على أن هذا التخيير لا يكون إلا إذا حصلت به مصلحة الولد كما قال ابن قيم الجوزية في زاد المعاد حيث قال: " فلو كانت الأم أصون من الأب وأغير منه قدمت عليه، ولا إلتفات إلى قرعة ولا إختيار الصبي في هذه الحالة، فإنه ضعيف العقل يؤثر البطالة واللعب، فإذا أختار من يساعده على ذلك فلا إلتفات إلى إختياره"⁽⁴⁾.

8- **القتل على خلفية جرائم الشرف:** لا يوجد في القوانين شيء اسمه " جرائم الشرف"، وإنما عرف هذا المصطلح بين الناس كتعبير عن كل جريمة يرتكبها رجل بداعي الدفاع عن عرضه، ولا بد من التنبيه هنا أنه لا يوجد أيضاً في الشريعة الإسلامية شيء يسمى بجرائم الشرف، فالإسلام حرم القتل وإعتبره من أكبر الكبائر، ومنطق القتل بدافع الشرف هو منطق مرفوض إسلامياً، وقد إعتبر الدكتور " محمد حبش" مدير مركز الدراسات الإسلامية في دمشق أن هذه الجرائم فيها ثلاث مخالفات شرعية ظاهرة وكل واحدة منها تعد من أكبر الكبائر:

الكبيرة الأولى: أنه إثبات لحد بغير مبينة شرعية، ولا حد بدون بيينة، ومعلوم أن البيينة الشرعية تقتضي أربعة شهود بشروط صارمة، تجعل من المستحيل إثبات هذا اللون من الجرائم عن طريق البيينة. الكبيرة الثانية: وهي الأفتئات، ومعناها إقامة الحدود عن طريق الأفراد وهذا حرام شرعاً، وهو من الكبائر، فلا يجوز شرعاً إقامة أي حد إلا عن طريق ولي الأمر الشرعي.

(1) أبو الوليد الباجي المننقى، شرح الموطأ، كتاب الأقضية، ما جاء في المؤنث من الرجال ومن أحق بالولد، عالم الكتب، بيروت- لبنان، 150/8، ت474هـ.

(2) الكساني، بدائع الصنوائع في ترتيب الشرائع، 43/4.

(3) محمد الشربيني، مغنى المحتاج إلى معرفة معاني المنهاج، مكتبة ومطلعة مصطفى البادي والحلي والأولاده، مصر، 1377هـ، 1985م، 456/3، ت577هـ، 1570م.

(4) ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، إختلاف الفقهاء في تعيين أحد الأبوين لمقام البنوت عنده، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 204/5، ت751هـ.

الكبيرة الثالثة: هدر دم المسلم بغير حجة⁽¹⁾ لقول الله عز وجل: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ

جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا ﴿٩٣﴾ النساء: ٩٣ .

⁽¹⁾ رويده عفوف، يقتلون بذريعة الشرف.. القانون يهادنهم، موقع "شبكة فولتير" على الشبكة العنكبوتية،

www.voltairenet.org

المبحث الثالث

المطلب الأول

شروط التفريق القضائي في قانون الأحوال الشخصية

إن أركان وشروط التفريق القضائي في قانون الأحوال الشخصية هي ذاتها أركان وشروط الطلاق وتتجلى أركانه بالزوج والزوجة ولا يحتاج إلى بقية الأركان المتعلقة بالصيغة أو الإرشاد، وهذا ما يميز التفريق عن الطلاق ويمكن لنا أن نجمل ذلك بما يلي:

- 1- في التفريق الزوج لا يتلفظ بصيغة الطلاق بل يقع بقرار من القاضي، أما في الطلاق لا بد وأن يتلفظ الزوج بصيغة الزوج بصيغة الطلاق المخصوصة شرعاً.
 - 2- التفريق لا يشترط فيه الإرشاد إذا كان عقد زواج الطرفين على وفق أحكام المذاهب الإسلامية.
 - 3- التفريق لا يشترط فيه طهر الزوجة عند وقوعه، بينما يعد من شروط صحته عند الطلاق عند الإمامية.
 - 4- الطلاق يقع من حيث التلفظ بصيغته الشرعية، بينما في التفريق أثر إنحلال الرابطة يقع من إعتبار تاريخ صدور قرار الحكم القضائي بالتفريق.
 - 5- يشترط عند الطلاق حضور الزوج في مجلس الطلاق، بينما لا يشترط ذلك في التفريق، إذ من الممكن أن يصدر قرار التفريق دون حضور الزوج أو حتى علمه به عندما تكون المرافعة في الدعوى غيابية.
 - 6- من الممكن إستئناف الحياة الزوجية دون عقد أو مهر جديد في الطلاق الرجعي، بينما في التفريق يعتبر بائناً ولا يحق للطرفين الرجوع إلى بعضهما إلا بعقد ومهر جديدين.
- لذلك سأعرض إلى الزوج والزوجة فقط وعلى وفق ما يلي:

أولاً: الزوج

أهلية التقاضي ويقصد بها الأهلية القانونية التي إشتراطها القانون المدني رقم 40 لسنة 1951 المعدل الذي حددته المادة (105) منه بثمانى عشرة سنة كاملة تحتسب من تاريخ تمام ولادته حياً على وفق أحكام المادة (45) مدني التي إعتبرت ذلك إبتداء الشخصية الطبيعية للإنسان وتنتهي بموته، كما أن المادة (3) من قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1978 المعدل أشارت إلى سن الرشد بثمانى عشرة سنة كاملة أيضاً لذلك فإن الأهلية المقصود بها هي الأهلية التي أشارت إليها المادة الثامنة من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل ، وهي أهلية الزواج ببلوغ الخامسة عشر مع موافقة القاضي إذا وجد ضرورة لذلك ومن تطبيقات القضاء العراقي عدم جواز قبول الدعوى من القاصر

وأن تزوج وإن كان هذا التوجه في الإجتهد القضائي محل جدل ونقاش ومن ذلك ما سارت عليه محكمة الأحوال الشخصية في حي الشعب بقرارها 2520/ش/2010 في 2010/8/20⁽¹⁾.

ثانياً: الزوجة

أن تكون زوجة بموجب عقد زواج صحيح فلا يصح الحكم بالتفريق بين رجل وامرأة لم تكن زوجة له عند إقامة الدعوى، كذلك لا يحكم بالتفريق إذا كانت معتدة من طلاق رجعي، أو معتدة من طلاق بائن بينونة صغرى، وهذا يبين بوضوح أن من الشروط المتفق عليها بالإجماع شرط قيام الزوجية بموجب عقد النكاح الصحيح بغض النظر عن الدخول بالزوجة من عدمه.

ثالثاً: طلب التفريق

التفريق القضائي لا يقع إلا على طلب يتقدم به أحد الزوجين إلى القضاء يطلب فيه الحكم بالتفريق القضائي وهذا يكون بإقامة دعوى أمام محكمة الأحوال الشخصية بالنسبة للمسلمين ومحكمة المواد الشخصية بالنسبة لغير المسلمين، لأن القضاء لا يتحرك إلا بناء على طلب وعلى وفق ما شار إليه قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 المعدل⁽²⁾.

رابعاً: توفر أحد أسباب التفريق التي نص عليها القانون

لا يمكن لأي محكمة أن تبحث في دعوى التفريق ما لم يبين صاحب طلب التفريق الذي يسمى (المدعي) عند إقامة الدعوى سواءً كانت الزوجة أو الزوج من طلب الحكم بالتفريق، إذ عليه أن يحدد طلباته بأحد أسباب التفريق التي أشارت إليها أحكام قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل وحدد حالتين لطالب التفريق أولى طلب الأسباب المشتركة لكلا الزوجين في طلب التفريق والحالة الثانية حق الزوجة فقط في طلب التفريق وسأعرض لها على وفق ما يلي:

(1) قرار محكمة الأحوال الشخصية في حي الشعب العدد 2520/ش/2010 في 2010/08/29، غير منشور، (ووجدت المحكمة أن المدعي عليها تولد 1994/08/2، وتاريخ الزواج الخارجي المصدق بموجب حجة الزواج الخارجي وقع بتاريخ 2008/01/3).

(2) نص المادة 2 من قانون المرافعات المدنية رقم 83، لسنة 1969، المعدل (الدعوى- طلب شخص حقه من الآخر أمام القضاء)

1- الأسباب المشتركة

- أ- نصت المادة (40) من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل على أربع حالات يحق لأحد الزوجين بموجبها طلب التفريق بإستثناء الحالة الخامسة التي تتعلق بالزوجة حصراً لأنها منحت لها طلب التفريق في حال زواج الزوج بامرأة ثانية خارج المحكمة، والحالات الأربع كما يلي:
- 1- إذا أضر أحد الزوجين بالزوج الآخر أو بأولادهم ضرراً يتعذر معه إستمرار الحياة الزوجية.
 - 2- ويعتبر من قبيل الإضرار، الإدمان على تناول المسكرات أو المخدرات، على أن ثبت حالة الإدمان بقرار من لجنة طبية رسمية مختصة.
 - 3- ويعتبر من قبيل الإضرار ذلك، ممارسة القمار في بيت الزوجة.
 - 4- إذا إرتكب الزوج الآخر الخيانة الزوجية، ويكون من قبيل الخيانة الزوجية، ممارسة الزوج فعل اللواط بأي وجه من الوجوه.
 - 5- إذا كان عقد الزواج قد تم قبل إكمال أحد الزوجين الثامنة عشرة من دون موافقة القاضي.
 - 6- إذا كان الزواج قد وقع خارج المحكمة عن طريق الإكراه وتم الدخول.

ب- طلب التفريق من قبل الزوجين بسبب الخلاف بينهم وعلى وفق نص المادة (41) من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل حيث ورد في الفقرة من تلك المادة ما يلي:

(لكل من الزوجين طلب التفريق عند قيام خلاف بينهما سواء أكان ذلك قبل الدخول أو بعده) ثم بينت في الفقرات الأخرى آلية إجراءات التحقق من وجود الخلاف وطرق الصلح بينهم وكيفية إنتخاب الحكمين لمسعى الصلح).

2- حق الزوجين حصراً في طلب التفريق

كانت للمشروع العراقي التفاتة تستحق الثناء حينما حدد بعض الحالات التي تتعلق بالزوجة في طلب التفريق وذلك لحمايتها من الجور الذي يلحق بها في ظل المجتمع و ينظر إليها بنظرة المشفق الذي يوحى بضعفها وهذه النظرة ما زالت قائمة حتى عند طلب الزواج إذ لا يرى البعض من الزواج الى إشفاق عليها أو أنها تمثل حاجة الدار إلى من يعمل فيه على خلاف الغرض السماوي والوضعي من رابطة الزواج وفي قرار لمحكمة الأحوال الشخصية الذي رفضت فيه منح الإذن بزوجة ثانية بسبب تقديم الزوج تبريرات تقلل من شأن الزوجة وعلى وفق الأسباب الواردة فيه، وحدد القانون هذه الحالات في

المادة (43) التي ستكون محور هذا البحث لأن معظم ما يتعلق بالعنف الأسري سنجدّه متجسداً في أحكام هذه المادة، وهذه الأسباب من الممكن أن تجعل في أربعة أبواب رئيسية وكما يلي:-

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

المطلب الثاني

مشروعية التفريق القضائي وحكمه

أولاً: مشروعية التفريق القضائي:

بعد التتبع وإمعان النظر في ما دونه الفقهاء في مسائل التفريق المختلفة، تبين لي أن هناك شبه إجماع على مشروعية التفريق في الجملة، وإن اختلفوا في هذا الباب ما بين موسع ومضيق. وهذا أسوق جملة من الأدلة التي إستدل بها الفقهاء على مشروعية التفريق في المسائل المختلفة، والتي تصلح للإستدلال بها على مشروعية التفريق القضائي. وإعتباره سبيلاً إتجه إليه التشريع الإسلامي⁽¹⁾.

ويمكن الإستدلال على مشروعية التفريق القضائي بين الزوجين بالقرآن الكريم، والسنة، والعقول:

أ- القرآن الكريم:

1. قَالَ تَعَالَى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنٍ﴾ البقرة: ٢٢٩،

وجه الدلالة: إن شأن العلاقة بين الزوجين أن تقوم على ما تعارف الناس عليه من إستقرار الحقوق التي قررها الإسلام، أو قررتها العادات التي لا تتنافي أحكام الشريعة، فإذا إنتفى أهم هذه الحقوق،

(1) أنظر الموسوعة الفقهية الكويتية: 10/29.

وهو الإمساك بالمعروف، تعيّن التسريح بإحسان طريقاً لرفع الضرر، فإن سَرَّحَ الزوج إمتثالاً لأمر الشارع فيها ونعمت، وإلا فإن للقاضي أن يوقع الفرقة رفعاً للضرر.⁽¹⁾

2. قَالَ تَعَالَى: ﴿فَأَمْسِكُوهُمْ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُمْ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُمْ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾ البقرة: ٢٣١

وجه الدلالة: إن الإمساك بالمعروف هو القيام بما يجب للزوجة من حقوق على الزوج، فإذا فات ذلك إنتقلنا إلى البديل، وهو التسريح بمعروف، ثم جاءت الآية بصريح النهي عن الإمساك الذي يلحق الضرر بالمرأة، بدون تفصيل في أنواع الضرر، فدل ذلك على أن الإمساك مع الضرر، والإمساك بالمعروف، نقيضان لا يجتمعان، فإذا كان الإمساك بالمعروف إنتفى الضرر، وإذا غاب الإمساك بالمعروف تحقق الضرر، ثم بين الحق-تبارك وتعالى- أن الذي يمسك زوجته ضراراً يعتبر ظالماً لنفسه، لإعتدائه على زوجته، وعلى أحكام الله، لأن فعله يؤدي إلى إختلال المعاشرة الزوجية، وفوات مصالح النكاح، فيكون للسبيل لرفع الضرر عن الزوجة هو التفريق، عقوبة دنيوية تقع على الزوج، جزاء إعتدائه على زوجته، وظلمه لنفسه⁽²⁾.

3. قَالَ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ يَنْفَرَا بِإِتْفَاقِهِمَا فَلَا مِّنْ سَعَتِهِ﴾ النساء: ١٣٠ .

وجه الدلالة: في الآية إذا صريح بالفراق إذا تعذر الصلح، ويكون الفراق حينها خيراً للزوجين من سوء المعاشرة، فإذا لم يتفارقا بإتفاقهما، تدخل القاضي لرفع الخصومة، وحلّ النزاع بالتفريق بينهما⁽³⁾.

ب- السنة:

1- روى ابن ماجه من حديث ابن عباس وعبادة بن الصامت، والبيهقي من حديث أبي سعيد الخدري- رضي الله عنهم- أن رسول الله ﷺ قال: (لا ضرر ولا ضرار)⁽⁴⁾.

وجه الدلالة: الحديث بمعناه نهى عن الضرر، وإن كان لفظه الأخبار، أي لا يضر بعضكم بعضاً، والحديث عام، والضرر الواقع من أحد الزوجين على الآخر يعتبر من جملة الضرر المنهي عنه،

⁽¹⁾ ابن العربي: أحكام القرآن 270/1، القرطبي: الجامع لأحكام القرآن 102/3 وما بعدها، ت543هـ، ، فخر الدين

الرازي: التفسير الكبير ومفاتيح الغيب 118/6، ت606هـ.

⁽²⁾ أنظر ابن عاشور: التحرير والتنوير 422/2 وما بعدها.

⁽³⁾ أنظر القرطبي: الجامع لأحكام القرآن 262/5، الفخر الرازي: التفسير الكبير 69/11.

⁽⁴⁾ سنن ابن ماجه: (340) كتاب الأحكام، (2340) باب من بنى في حقه ما يضر جاره 784/2، ت273هـ، أبو بكر ابن علي البيهقي: السنن الكبرى، باب من قضى فيما بين الناس بما فيه صلاحهم ودفع الضرر عنهم 156/6، والحديث صححه الألباني: صحيح ابن ماجه 39/2.

فتجب إزالته، وفقاً للقاعدة الفقهية "الضرر يُزال" ⁽¹⁾، ومن غير المعقول أن يأمر الشارع بالإبقاء على الحياة الزوجية والضرر قائم، مع أمره بإزالته، لإستحالة الأمر بالنقيضين، ولا معنى لذلك إلا جواز التفريق إذا توفرت أسبابه. ⁽²⁾

2- روى البخاري عن بن عباس-رضي الله عنه- أن الزوجة ثابت بن قيس بن شماس أتت النبي-ﷺ- فقالت له: يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين، ولكنني أكره الكفر في الإسلام، قال رسول الله-ﷺ- : أتردين عليه حديثه؟ قالت: نعم، قال رسول الله -ﷺ- : أقبل الحديقة وطلقها تطليقة. ⁽³⁾

وجه الدلالة: إن النبي ﷺ لم ينكر على زوجة ثابت طلبها الإفتراق عن زوجها، مع عدم إضراره بها، إلا أنها خشيت ألا تقوم بحقوقه كزوج كما أمرها الشارع، وتقبل النبي ﷺ طلبها وأعانها عليه، رغم إقرارها بحسن خلق زوجها ودينه، فمن باب أولى أن يجوز التفريق لمن لحق بها الضرر من زوج لا يتقى الله، فيما أوصاه من حسن معاملة الزوجة. ⁽⁴⁾

ج- المعقول:

إن أسمى غايات النكاح أن يجد كل من الزوجين في صاحبه سكناً لروحه وجسده، الأمر الذي يترتب عليه بناء المجتمع، وحفظ النوع البشري، قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ الروم: ٢ ، لكن الحياة الزوجية لا تخلو من القلاقل والشقاق، فيبدأ بالإرشاد والنصح، ثم الإصلاح قدر المستطاع، فإذا نفذ صبر الزوجين أو أحدهما، وأصبحت العلاقة الزوجية جحيماً لا يطاق، وأمست لا تحقق المقاصد المرجوة منها، فإن الشارع لا يأمر بالإبقاء على هذه العلاقة، بل يفصل في ذلك بما فيه الصالح العام، وذلك بالإذن بالفراق إذا تمحض طريقاً للمصلحة، وليستأنف كل من الزوجين حياته بروابط زوجية جديدة تناسبه، وتحقق مقاصد الشارع من النكاح ⁽⁵⁾، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ يَفْرَقَا يُعْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ﴾ النساء: ١٣٠ .

(1) الإمام جلال الدين السيوطي: الأشباه والنظائر ص38 وما بعدها، ت 911هـ، سليم رستم باز اللبناني: شرح المجلة ص29، المادة 20.

(2) أنظر الموسوعة الفقهية الكويتية 10/29 وما بعدها، محمد كمال الدين إمام: الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي: ص192.

(3) صحيح البخاري: (68) كتاب الطلاق (12) باب الخلع (5273) 1698/3.

(4) أحمد بن علي العسقلاني الشهير بأبن حجر: فتح الباري، كتاب الطلاق، باب الخلع، 496/10، ت 973هـ.

(5) أنظر الإمام محمد أبا زهرة: الأحوال الشخصية ص17، 280 وما بعدها، الموسوعة الفقهية الكويتية 10/29.

ثانياً: حكم التفريق القضائي

لم يخص الفقهاء الحكم التكليفي⁽¹⁾ للتفريق القضائي بالذكر، لما مرَّ أنفأً، من أن فقهاء المذهب قد تحدثوا عن مشروعية التفريق في المسائل المتفرقة، ولم ييؤبوا له، فإنسحب على الحكم التكليفي ما جرى على المشروعية.

وعلى الرغم من ذلك، فإنه يمكننا تخريج الحكم التكليفي للتفريق من خلال ما كتبه الفقهاء عن الحكم التكليفي للطلاق، فقد إتفق الفقهاء على أن الطلاق تعتريه الأحكام الخمسة⁽²⁾، ثم ذكروا أمثلة للحالات التي يكون الطلاق فيها واجباً، ومنها:

1- فوات الإمساك بالمعروف: كما لو كان الزوج خصياً أو محبوباً أو عتيماً أو مسحوراً⁽³⁾.

2- علم الزوج أن بقاء الزوجة على ذمته يوقعه في محرم، كعدم الإنفاق⁽⁴⁾.

3- طلاق المولي إذا أبى الفيئة، وطلاق الحكيم في الشقاق⁽⁵⁾.

والذي يمكنني القول هنا، أن الغاية من نصب القضاء هو فصل الخصومة وحسم النزاع، وقد صرح الفقهاء بأن دفع الضرر، ورفع الظلم، واجب على القاضي إذا أقيمت البينة الشرعية⁽⁶⁾، من إقرار، وشهادة، ونكول عن الحلف، وقرينة قاطعة⁽⁷⁾، وعليه فإذا عرض على القاضي إحدى المسائل التي ذكرها الفقهاء في معرض التمثيل مما يلحق الضرر بأحد الزوجين، فإن على القاضي أن يرفع هذا الضرر بكل وسيلة ممكنة، فإذا أوصدت الأبواب، وتعين التفريق طريقاً، فإن حكمه يكون واجباً.

(1) الحكم التكليفي: هو خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين بالإقتضاء أو التخيير، والأحكام التكليفية هي: الوجوب، والنذبة، والإباحة، والكراهة، والتحريم، سيف الدين الأمدي: الأحكام في أصول الأحكام، 84/1، البيضاوي: التحقيق المأمول لمنهج الأصول ص79 وما بعدها.

(2) أنظر ابن عابدين: رد المختار 427/4، حاشية الدسوقي 239/3، الشربيني الخطيب: مغنى المحتاج 307/3، ابن قدامة: المغني، 323/10.

(3) أنظر ابن عابدين: رد المختار، مرجع سابق، 479/4.

(4) أنظر حاشية الدسوقي على شرح الكبير، للشيخ محمد عرفة الدسوقي، على شرح الكبير للدردير مع التقريرات منه للشيخ محمد عليش، طبعة دار الفكر، مصر، وهناك طبعة أخرى صادرة عن المطبعة الأزهرية في مصر ومطبوعة مع شرح الكبير للدردير، طبع دار أحياء الكتب العربية، مصر: 239/3.

(5) الخطيب الشربيني: شمس الدين محمد بن خطيب الشربيني، مغنى المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج 307/3، كتاب النكاح دار المعرفة، بيروت، 1997م، ص49، ابن قدامة: المغني 323/10 وما بعدها.

(6) أنظر الإمام برهان الدين بن فرحون المالكي: تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الحكام 10/1.

(7) أنظر مازن سيد سالم، إسحاق مهنا، سليمان الدحود: المادة 38 من قانون أصول المحاكمات الشرعية، مجموعة القوانين الفلسطينية 132/10.

الفصل الثاني

طرق التفريق القضائي للضرر بسبب العنف الأسري

ويتضمن المباحث التالية:

المبحث الأول: التفريق للضرر في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني: موقف بعض القوانين العربية من التفريق للضرر.

المبحث الثالث: التفريق للضرر في قانون العنف الأسري العراقي

المبحث الأول

التفريق للضرر في الفقه الإسلامي

المطلب الأول

مفهوم الضرر الموجب للتفريق

للتوصل إلى مفهوم الضرر الموجب للتفريق ينبغي أولاً التعرض لمعنى الضرر بصفة عامة وحكمه شرعاً، ثم الضرر اللاحق بالزوجة ومتى يستوجب التفريق.

أولاً: تعريف الضرر وحكمه

أ- تعريف الضرر

- الضرر لغة: من الضَرَّ والضُرَّ والضرر وهو ضدُّ النفع، وهو الشدة والضيق وسوء الحال، والضرء الشدة ونقيض السراء، وأضره: جلب عليه الضرر، لهذا يقال ضارَّ امرأته، أي أخذ عليها ضرَّه⁽¹⁾.
- الضرر اصطلاحاً: هو إلحاق الأذى بالغير في عرضه وماله ونفسه، وقد عرفه الباجي بقوله: "إبتداء الفعل بمعنى: وقوع الضرر على الغير كتنقصان حقه أو إيلاجه بإصابة جسمه أو عضو من أعضائه أو سلب ماله⁽²⁾، وفرَّق الباجي بين الضرر والضرار بقوله: "ومعنى ذلك والله أعلم أنَّ الضرر ما قصد الإنسان به منفعة نفسه وكان فيه ضرر على غيره وأنَّ الضرار ما قصد به الإضرار لغيره..."⁽³⁾.
- وعرفه ابن رجب الحنبلي بقوله: "الضرر أن يضرَّ به من لا يضرُّه، والضرار أن يضرَّ بمن قد أضرَّ به على غير جائز"، وفي سبل السلام: "أن يضرَّ الرجل أخاه فينقصه شيئاً من حقه..."⁽⁴⁾.

ب- حكم الضرر

لا يجوز الضرر شرعاً وقانوناً، وأساس حرمة الضرر هو الحديث النبوي الشريف " لا ضرر

(1) المنجد في اللغة والأدب والعلوم، الطبعة الكاثوليكية، بيروت، د.ت.ن، ص463.

(2) المنتقى، الجزء 6، ص46، طبعة دار الفكر، نقلاً عن محمد عبد الستار الجبالي، الضرر المخول للمرأة حق التطبيق في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، 1989، ص94.

(3) أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، المنتقى شرح موطأ مالك بن أنس، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، د.ت.ن، ص40.

(4) نقلاً عن محمد عبد الستار الجبالي، مرجع سابق، ص94.

ولاضرار⁽¹⁾، وهو أساس القاعدة الفقهية " لا ضرر ولا ضرار" وهي تشمل حكمين:

الأول: أي لا يجوز لأحد الإضرار بغيره، ابتداءً، لا في نفسه ولا في عرضه ولا في ماله، لأنّ إلحاق الضرر بالغير ظلم والظلم حرام في الإسلام، والضرر الممنوع إلحاقه بالغير هو الضرر الفاحش مطلقاً، أي حتى لو نشأ من فعل مباح يقوم به الشخص.

الثاني: لا ضرار، أي لا يجوز مقابلة الضرر بالضرر وإنما على المتضرر أن يراجع جهة القضاء للحكم له بالتعويض عن ضرره على من ألحق به الضرر، وعلى هذا فمن أتلف ماله لا يجوز له إتلاف مال الغير المتلف، وإنما عليه مراجعة القضاء لتعويضه عن الضرر.

ثانياً: الضرر بالزوجة وحققها في دفعه عنها

1- كيفية إلحاق الضرر بالزوجة من طرف الزوج: يتحقق هذا الضرر بتجاوز الزوج حدود المعاشرة بالمعروف بسوء الخلق وسوء المعاملة بضرب زوجته أو إيذاؤها بالقول أو الفعل، بالإيجاب أو بالسلب، وقد يتجاوز الزوج معها حق التأديب الشرعي أو يمنعها حقاً مشروعاً، وهذه الأنواع من الضرر لا يستقيم معها المعاشرة الزوجية⁽²⁾، كما أنّ آثار هذا الضرر لا تلحق بالزوجة فقط بل تتعداها إلى الأولاد بتأثيرها عليهم سلباً، وقد يؤدي بهم إلى أمراض نفسية أو إلى التشرد أو الانحراف الأخلاقي...إلخ.

2- حق الزوجة في رفع الضرر عنها وكيفية ذلك: لقد إتفق الفقهاء على تحريم الضرر وإنعقد الإجماع على ذلك، لكنهم اختلفوا في كيفية رفع الضرر عنها، هل يصل إلى حد التفريق بينها وبين زوجها، أو أنّ القاضي يكتفي بمحاولة الصلح أو بإجراءات تعزيرية؟

كما إتفق الفقهاء على تحريم الضرر، إتفقوا كذلك على أنّ للقاضي أن يأمر بإجراءات تعزيرية لتأديب الزوج المضر بزوجه بعد أن تكون هذه الأخيرة قد رفعت أمرها للقاضي، ويكون القاضي قد نهاه وهدّده وألزمه بحسن معاشرتها⁽³⁾.

في هذا يقول الأحناف: " فإذا عاد إلى الجور بعد ما نهاه القاضي أوجعه عقوبة، وأمره بالعدل،

(1) قال الحاكم صحيح الإسناد على شرط مسلم، وقال البيهقي: تفرد به عثمان عن صفحة 208، الدراوردي، وأخرجه

مالك في الموطأ، عن عمرو بن يحيى عن أبيه مرسلاً، جامع العلوم والحكم، ابن رجب الحلبي مؤسسة الرسالة 1422 هـ. (2) محمد مصطفى شلبي، نظام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنة والمذهب الجعفري والقانون، دار الهدى العربية، بيروت، 1977م، ص 581.

(3) عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية وقوانين الأحوال الشخصية والعربية والأجنبية، دار الفكر، د.ب.ن، 1968، ص 751-752.

لأنه أساء الأدب فيما صنع وإرتكب ما هو حرام عليه" (1).

إلى نفس الأمر ذهب المالكية حيث قال الدردير: " وإن تعدى الزوج على الزوجة لغير موجب شرعي أو سب ولعن أو نحوه وثبت الضرر ببيّنة أو إقرار الحاكم بالوعظ والتهديد، فإذا لم ينزجر ضرب إفادته" (2).

قال الشافعية: " فإن أساء خلقه وأذاها بضرب وغيره بلا سبب نهاء عن ذلك ولا يعزره، فإن عاد إليه وطلبت تعزيره من القاضي عزّره بما يليق لتعديه عليها" (3).

يظهر من أقوال الفقهاء أنها تصبّ في وجهة واحدة، بحيث تلزم القاضي بتعزير الزوج بعد تهديده ونهيه عن الإضرار بالزوجة في حالة شكوى الزوجة، لكن دون التطرق لحق الزوجة في طلب التطليق.

كما أنّ منهجية القاضي في دفع الضرر عن الزوجة مقيدة وواقعية، لأنّ ظاهرة الضرر بين الأزواج مشاهدة وكثيراً ما تحدث، لهذا يلتزم القاضي أولاً بوعظ الزوج ونهيه وتهديده، فإن ألم يتوانى عن الإضرار بالزوجة عزّره، لأنه لو بدأ بعقابه كأول خطوة لانعكس ذلك سلباً على علاقته بزوجه فيزداد عناداً، أمّا إذا وعظه أولاً فقد يتعظ ولا يعود للإضرار بها (4).

المطلب الثاني

حكم التفريق للضرر

إذا كان الفقهاء قد إتفقوا على حرمة الضرر وعلى ضرورة تأديب الزوج إذا ثبت إضراره بزوجه، فإنهم اختلفوا فيما إذا كان الإضرار بالزوجة يعطي الحق للقاضي للتفريق بينهما في حالة طلب الزوجة ذلك، وقد اختلف الفقهاء في ذلك الى قولين:

(1) شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، د.ت.ن، ج5، ص 219، ت 490هـ، 1090م.
(2) الشرح الصغير، ج3، ص312، نقلاً عن عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دار الهدى، عين خليّة، الجزائر، 2001م، ص138.

(3) الشرييني، ص344.

(4) قال البجيرمي، أحد فقهاء الشافعية، مؤكداً ما سبق ومبرراً التجاء القاضي أولاً إلى النهي والوعظ: " .. وأنما لم يعزره في المرة الأولى، وأن كان القياس جوازه إذ طلبته أن إساءة الخلق تكثر بين الزوجين، والتعزير عليها يورث وحشة بينهما فيقتصر أولاً على النهي لعلّ الحال يلتئم بينهما، فإن عاد عزّره.. " أرجع إلى سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي الشافعي، حاشية البجيرمي على الخطيب، المسماة " تحفة الحبيب على شرح الخطيب " الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1996، ص256.

أولاً: الرأي الأول:

وهو رأي الحنفية⁽¹⁾ والشافعية⁽²⁾، حيث يرون أنّ المرأة إذا تضررت من الزوج ورفعت أمرها للقضاء وطلبت تطليقها فإنّ القاضي ينهاء عن ذلك ويهدّده، فإن عاد عزّره حسب إجتهاده لكن لا يصل بتأديبه له إلى حدّ إيقاع الطلاق عليه حتى وإن طلبت الزوجة ذلك لأنّ الوسائل الأولى من نهْي ووعظ فتأديب كفليه برأب الصدع بينهما.

وحجة أصحاب الرأي السابق فيما ذهبوا إليه قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ النساء: ٣٥ فحسب رأيهم ومن ظاهر الآية أن دور الحكّمين وهدفهم الإصلاح لا التفريق، وسبب إختلاف هذا الرأي مع الرأي الثاني هو إختلافهم في مهمة الحكّمين، فمن يرى أنّ مهمة الحكّمين تقتصر على الإصلاح فقط دون التفريق، وهم أصحاب الرأي الأول، يرى الضرر في هذه الحالة لا يوجب التفريق.

ثانياً: الرأي الثاني

يتبنى هذا الرأي المالكية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾ وأحد بعض أقوال الشافعية⁽⁵⁾، والذي أعطى للزوجة حق الخيار بين أن تطلب دفع الظلم عنها مع البقاء مع زوجها، فليجأ القاضي إلى وعظه وتهديده وربّما إلى تعزيره، وبين أن تطلب التفريق عنه إذا ثبت ما أدّعته من ضرر، وسندهم في ذلك نفس الآية التي أستخدم عليها أصحاب الرأي الأول، لكنهم نظروا إلى الأمر بطريقة مختلفة بحيث اعتبروا الحكّمين كالسلطان أو القاضي ومهمتهما الإصلاح والجمع أو التفريق، وكذلك يستندون إلى المصلحة في تشريع الزواج وكذلك الطلاق، فكما شرع الزواج لمصلحة الزوجين ودفع الضرر عنهما بإحصانها وبثّ المودة بينهما بجعل كل منهما سكناً للآخر، شرع الطلاق إذا كانت هذه العلاقة الزوجية مجلبة للضرر بسوء العشرة، وبذلك لا

(1) شمس الدين السرخسي، ج5، مرجع سابق، ص219.

(2) الشرييني، ص344، البجيرمي، ص256.

(3) ابو عبد الله محمد بن عبدالرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبط وتخرّيج زكريا عميرات، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1995م، ص270.

(4) موفق الدين بن قدامة، شمس الدين بن قدامة، المغني ويليهِ الشرح الكبير، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، دب.ن، دب.ن ج8، ص168.

(5) مغني المحتاج، ص344، البجيرمي، ص256.

تصبح المصلحة في الإبقاء على العلاقة الزوجية وإنما في إزالتها، لأن التفريق في هذه الحالة هو المصلحة، فلا ضرر ولا ضرار في الإسلام والضرر يجب أن يزال قدر الإمكان⁽¹⁾.

مما جاء في الشرح الكبير للدردير: "ولها التطلق على الزوج بالضرر وهو ما لا يجوز شرعاً كهجر بلا موجب شرعي وضربها كذلك، وسبها وسب أبيها نحو يا بنت الكلب، يا بنت الكافر، كما يقع من كثير من رعا ع الناس، ويؤدب الزوج على ذلك زيادة على التطلق⁽³⁾."

نستنبط من القول قواعد في غاية الأهمية، وأهمها عدم الإشارة إلى ضرورة تكرار الضرر، وكذلك وضع معيار "ما لا يجوز شرعاً" والتي ستظهر أهميتها أكثر عند مقارنتها بمعايير وضوابط الضرر في التشريعات العربية.

نفس الأمر أكدّه الخرشي بقوله: "... ولها التطلق بالضرر ولو لم تشهد البيّنة بتكرره، يعني أنه ثبت بالبيّنة عند القاضي أن زوجته وهي في عصمته ولو كان الضرر مرّة واحدة فالمشهور أنه يثبت للزوجة الخيار، فإن شاءت قامت على هذه الحالة، وإن شاءت طلقت نفسها بطلقة واحدة بانّية لخبر لا ضرر ولا ضرار"، وجاء كذلك في الدسوقي: "ولها التطلق للضرر ولو لم تشهد البيّنة بتكرره"⁽²⁾.

ونفهم مما سبق أنه من بين ما يشترط في الضرر لكي يكون موجباً للتطلق أن يكون:

- من جانب الزوج
- واقعاً على الزوجة.
- متعمداً.
- لا يشترط أن يقع بعد الدخول.
- عدم اشتراط تكراره.

(1) للتفصيل في آراء المخالفين والمؤيدين لتطبيق الزوجة للضرر أرجع إلى كل من: محمد علي محبوب، الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، نظام الأسرة، ج2، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، د.ت.ن، ص87. محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربي، بيروت- لبنان، ص303-304، بدران أبو العنين بدران، أحكام الزواج والطلاق، ط3، دار المعارف، القاهرة، 1963، ص342، بدران أبو العنين بدران، الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، ط3، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1966، ص342، عمر عبدالله، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، ط4، دار المعارف، القاهرة، 1963، ص332، السعيد مصطفى السعيد، في مدى استعمال حقوق الزوجية وما تنقيد به في الشريعة الإسلامية والقانون المصري الحديث، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مطبعة الإعتدال، مصر، ص201، وما يليها.

(2) الدسوقي والدردير، الجزء2، ص245.

(3) الدسوقي والدربير ج2، ص345.

- المناطق في الضرر تحققه ولا عبرة بإزالته⁽¹⁾.

يظهر من خلال ما سبق أن المذهب المالكي قد توسع في تصنيف صور الضرر التي يحق للزوجة أن تطلب التفريق بها، ويرى البعض أن ما ورد في كتب هذا المذهب يعدّ مبالغة في الحفاظ على مشاعر الزوجة، مثل ما ورد من عدم الإصغاء لحديثها أو التشاغل عنها أو تركها تتكلم وينصرف عنها أو إظهار العبوس في وجهها وغير ذلك⁽²⁾.

(1) محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، ط9، دار محمود للنشر والتوزيع، 1999، القاهرة، ص 347-354.

(2) جمال الدين محمد محمود، المرأة المسلمة في عصر العولمة، ط1، دار الكتب المصرية، القاهرة، 2001، ص 163-164.

المبحث الثاني

موقف بعض القوانين العربية من التفريق للضرر

سنتعرض في هذا المبحث لموقف بعض القوانين العربية قيد الدراسة عدا قانون الأحوال الشخصية العراقي، والذي سنفرده له مبحثاً مستقلاً.

لقد أخذت مختلف التشريعات العربية بحق الزوجة في طلب التطلق لتضررها من إستمرار الحياة الزوجية وكما حددت بعض الأضرار على سبيل الحصر، وهي الصور التي إتفق عليها جمهور الفقهاء والتي سبق الإشارة إليها، فإنها كذلك أخذت بالمعيار العام لضرر لإلحاق بعض التجاوزات التي تتعرض لها الزوجة به دون ذكرها على سبيل المثال الحصر، مع بعض الاختلاف بين كل تشريع وآخر.

المطلب الأول

القانون المصري

كان القضاء المصري كما أشرنا مراراً، يأخذ بالمذهب الحنفي قبل سنة 1929م، حيث لم يكن يأخذ بالتطلق للضرر⁽¹⁾، لكن بعد صدور القانون رقم 1929/25 وجد المشرع المصري نفسه مضطراً للأخذ بالمذهب المالكي في هذا الموضوع والذي يتماشى أكثر مع مقاصد الشريعة الإسلامية ومع الظروف الاجتماعية والمستجدات المعاصرة، والتي أدت إلى تزايد ظاهرة العنف ضدّ الزوجات، فنصّ في المادة 6 منه على: "إذا ادّعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلاقاً بائناً إذا ثبت الضرر وعجز الإصلاح بينهما..."⁽²⁾

(1) زكي الدين شعبان، الزواج والطلاق في الإسلام، الدار القومية للطباعة والنشر، د.ب.ن. 1964م، ص536.
(2) إرجع في مواد التفريق للضرر في التشريع المصري إلى: أنور العمر وسي. المرجع الوافي في قضاء الأحوال الشخصية للمسلمين، دار الفكر الحديث للطبع والنشر، القاهرة، 1963، ص265-266.

الظاهر من النص السابق أنّ المشرّع أخذ بالتطبيق للضرر وفقاً لمذهب الإمام مالك⁽¹⁾، وهذا صحيح من حيث المبدأ، لكن إذا تمعنا في المعايير والضوابط التي وضعها المشرّع المصري، نجد أن الفقه المالكي لم يعترض لها ولم يضيق على المرأة لإثباتها الضرر الواقع عليها من طرف الزوج.

إن أهم الضوابط التي وضعها المشرّع هي أن يكون الضرر مما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها، وحسب رأينا فإن الضباط يحمل بدوره شرطين:

- الأول يتمثل في الضرر الذي يؤدي إلى استحالة العشرة، ونصل بمفهوم المخالفة إلى أن هناك ضرر يمكن تحمله والتعايش معه وضرر آخر لا يمكن استمرار الحياة الزوجية معه، وهذا الضابط في حقيقة الأمر يخلو من التأصيل الفقهي، فالضرر لا يجوز شرعاً لأنه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام والضرر يجب أن يُزال، فلا يجوز شرعاً عدم تقبل طلب التفريق لأن الضرر الواقع يمكن تحمله.

- أما الشرط الثاني الظاهر في هذا الضابط هو أن تعدّر مواصلة العشرة ينبغي أن يكون بين أمثالها، وهذا يعني أنّ القاضي يقدّر أولاً ما إذا كان الضرر الحاصل مما يمكن معه دوام العشرة أو لا، ثانياً ينتقل تقديره إلى الزوجة في حد ذاتها، هل هي ممن يتحملن ذلك الضرر أو لا، أي هل مثيلاتها يتحملنه أو لا.

نلاحظ بالتالي أنّ المشرّع المصري لم يأخذ بالمعيار المادي للضرر الواقع على الزوجة والموجب للتفريق، إنما أخذ بالمعيار الشخصي، أي مدى تحمل ذلك الضرر من طرف الزوجة ومدى تمكنها من مواصلة العشرة الزوجية به، وهذا طبعاً منافٍ للأساس الشرعي الذي إستند عليه الفقهاء في الأخذ بالتطبيق للضرر، لأنهم أخذوا بالمعيار المادي والمتمثل في نوعية الفعل المتسبب في الضرر، والذي فسره المالكية- والذي أخذ منه المشرّع المصري مبدأ التفريق للضرر- وهذا ما لا يجوز شرعاً.

وبمناسبة الحديث عما لا يجوز شرعاً، نلاحظ نقطة أخرى في غاية الأهمية، وهي نتيجة للإعتبارات السابقة، وهي أن الاعتماد على المعيار الشخصي في إعتبار الضرر موجباً للتفريق من شأنه، من جهة أخرى، إخراج بعض السلوكات في المجتمع من أقوال وأفعال من دائرة الضرر بدعوى أنّ ظروف الزوجين أو بيئتها الاجتماعية لا ترى بأساً في تلك التصرفات⁽²⁾.

يرى الدكتور عبدالرحمن الصابوني أن الاجتهاد القضائي المصري أفرز مبادئ غاية في الأهمية، من شأنها التوسع في دائرة الضرر المعتبر شرعاً، رغم أنه يظهر من المادة السابقة أنه قيده بعبارة " بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما"، وأهم هذه المبادئ أن الضرر أمر تقديري يخضع لرأي

(1) بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط3، دار المعارف، القاهرة، 1963م، ص343، بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، ط3، المؤسسة الثقافية الجامعية، الإسكندرية، د.ت.ن، ص343، محمد بلتاجي في أحكام الأسرة، دراسة مقارنة، ط2، مكتبة دار العروبة، الكويت، 1983، ص552، (2) محمد حجازي، نظام الإثبات في أحكام الأسرة، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، مكتبة الحقوق، 2007م، ص446.

القاضي⁽¹⁾، أي أن للقاضي سلطة في تقدير الضرر دون رقابة محكمة النقض وهذا ما جاء في إجتهد محكمة النقض:

- "... الحكم بالتطليق المادة 6 من قانون 1929 شرطه والضرر معياره شخصي لا مادي تقديره بما يجعل دوام العشرة مستحيلاً وموضوعي، وإستقلال محكمة الموضوع به دون رقابة محكمة النقض طالما أقامت قضائها على أسباب سائغة.." ⁽²⁾

ومن بين الأفعال التي إعتبرتها المحاكم المصرية من الضرر الموجب للتفريق⁽³⁾:

- مباشرة الزوجة في غير مكان الحرث والنسل.
- شتمها أو سبها.
- قطع كلامه عنها وهجر فراشها مدة طويلة.
- إرتكاب منكر يتعدى أثره إليها بحيث ينال من شرفها أو كرام أسرتها، كأن يتناول الحشيش أو المسكرات أو المخدرات جهاراً مع جماعة من الفساق، ويحكم عليه بالحبس من أجل ذلك.
- إبتزاز الزوج أموال زوجته.
- الهجر ضراراً، وكما يكون بعد الدخول يكون قبله.
- الشروع في قتل الزوجة.
- الضرر المعنوي كتوجيه خطاب في كلام جارح للزوجة .
- إتهام الزوج زوجته بالزنا وحكم المحكمة ببراءتها منه.

لم يفصل المشرع المصري كثيراً في أنواع الضرر، كما فعل المشرع الجزائري، وإنما بعد ذكره للتطليق للعيب وعدم الإنفاق والغيبة تحدث عن التطليق والشقاق. وكان القضاء المصري يعتبر - إضافة إلى أنواع الضرر المذكورة سابقاً - تضرر الزوجة من زواج زوجها بإخرى سبباً موجباً للتفريق، وليس مجرد زواجه بإخرى وإنما إثبات تضررها من ذلك، وهذا قبل قانون 1979 والذي أشار مباشرة إلى حق

(1) عبدالرحمن الصابوني، مدى حرية الزواج في الطلاق، مرجع سابق، ص782.

(2) على التوالي: الطعن رقم 10 لسنة 63 قضائية أحوال شخصية، جلسة 1996/10/28.

- الطعن رقم 135 لسنة 63 قضائية أحوال شخصية، جلسة 1997/3/17، نقلاً عن عبدالفتاح مراد، شرح تشريعات

الأحوال الشخصية، ص712.

(3) يرجع الى أحكام بعض المحاكم المصرية الخاصة بموضوع في . عبدالرحمن الصابوني، طبعة دار الفكر، ص782-

الزوجة في طلب التطلاق لزواج زوجها بإخرى، كما إعتبر القضاء المصري في المضجع من الضرر الموجب للتفريق دون أن يخصص له نصاً قانونياً.

والجدير بالذكر أن القاضي إذا ثبت لديه الضرر ولم يستطع الإصلاح حكم بالتطلاق وإعتبره طلاقاً بائناً. وأن القاضي المصري أقرّ مبدأ مهم في مسألة إثبات الضرر، حيث جاء في أحد طعون محكمة النقض ما يلي: " من المقرر أن يكفي لإكتمال نصاب الشهادة في دعوى التطلاق للضرر أن تتفق شهادة الشهود على إيذاء الزوج زوجته على وجه معين تتضرر منه دون أن يشترط لذلك أن تنصب شهادتهم على كل واقعة من الوقائع التي تشكل هذا الإيذاء بإعتبار أن تلك الوقائع ليست بذاتها مقصود الدعوى بل هي تمثل في مجموعها سلوكاً تتضرر منه الزوجة ولا يقرّه الشرع...⁽¹⁾"

المطلب الثاني

القانون السوري

لقد نص التشريع السوري على الضرر والتفريق به في المادة 112 من قانون الأحوال الشخصية تحت الفصل الرابع المعنون بـ"التفريق للشقاق بين الزوجين"، وقد جاء في نص هذه المادة الفقرة 1 و2 ما يلي:-

1. إذا إدعى أحد الزوجين إضرار الآخر به ما لا يستطاع معه دوام العشرة له أن يطلب من القاضي التفريق.
2. إذا ثبت الإضرار وعجز القاضي عن الإصلاح فرّق بينهما ويعتبر هذا التفريق طلاقاً بائناً⁽²⁾.

ما يلاحظ في الوهلة الأولى أنّ المشرّع السوري لم يدرج كلمة الضرر في عنوان هذا الفصل، وإنما ذكر الشقاق فقط ثم تطرّق للضرر وثبوته منفصلاً بين الفقرتين 1 و2 من المادة (112).

وما يلاحظ ثانياً أنّ المشرّع السوري أشار إلى الضرر الواقع بين الزوجين وحق كل منهما في طلب التفريق به، حيث لم يعط هذا الحق خالصاً للزوجة، وهذا عكس ما ذهب إليه المشرّع المصري، ويكون هنا قد ساوى بين الزوج و الزوجة في طلب التفريق للضرر الواقع من أحدهما على الآخر، رغم أنّ الزوج يملك حق الطلاق بإرادته المنفردة.

كما إشتراط المشرّع السوري في الضرر الموجب للتفريق أن يكون بما لا يستطاع معه دوام العشرة، وهذا يعني أنّ المشرّع السوري أضاف قيداً آخر لإعتبار الضرر ضرراً يبيح التطلاق وهو

(1) الطعن رقم 82 لسنة 63 قضائية، أحوال شخصية، جلسة 1997/1/28، نقلاً عن إبراهيم سيد أحمد، الوجيز في الإثبات في مواد الأحوال الشخصية فقها وقضاء، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2003، ص31.

(2) محمد إبراهيم الكويتي، ص42.

إستحالة دوام العشرة به، والسلطة بطبيعة الحال تعود إلى قاضي الموضوع لتقدير نسبية الضرر. ويرى الدكتور عبدالرحمن الصابوني إنَّ للمشرِّع ربما عذره في ذلك- أي في إشتراط دوام العشرة- إذ لا يجوز أن يكون أبسط ضرر سبباً لإيقاع الطلاق، ويرى أنه لو إستبدل المشرِّع النص بعبارة أخفَّ لكان أقرب إلى المصلحة العامة وإلى المصدر التاريخي لهذه المواد وهو المذهب المالكية⁽¹⁾. أما عن التطبيق للضرر فإنَّ المشرِّع السوري كذلك إعتبر ثبوت الضرر لدى القاضي وعجزه عن الإصلاح مسوِّغاً ليحكم بالتفريق ويعتبر ذلك طلاقاً بانئة.

المطلب الثالث

القانون المغربي

نصَّ المشرِّع المغربي على غرار من سبقه من المشرِّعين على التطبيق للضرر في المادة 99 من المدونة الجديدة للأسرة وذلك في الفقرة الثانية، كما أشار إلى صورة من صور الضرر في الفقرة الأولى من نفس المادة والتي جاء نصها كما يلي:

- يعتبر كل إخلال بشرط في عقد الزواج ضرراً مبرراً لطلب التطلاق.
 - يعتبر ضرراً مبرراً لطلب التطلاق كل تصرف من الزوج أو سلوك مشين أو مخلّ بالأخلاق الحميدة يلحق بالزوجة إساءة ماديّة أو معنوية غير قادرة على الإستمرار في العلاقة الزوجية كغيره من المشرِّعين⁽²⁾.
- وإضافة إلى صور الضرر المشهورة عند الفقهاء كالغياب وعدم الإنفاق والعيب، أضاف المشرِّع المغربي الضرر، بل ذكره أولاً ثم إنتقل بعدها إلى الصور الأخرى. وقد صنف بعض التصرفات على أنها ضرر، وكان أولها الإخلال بشرط من شروط عقد الزواج، ثم وصف بعض التصرفات التي تصدر من الزوج على أنها ضرر يبتر طلب التطلاق إذا ألحقت بالزوجة إساءة تجعلها غير قادرة على مواصلة الحياة الزوجية، وهو كل تصرف مشين أو مخلّ بالأخلاق الحميدة، ويعتبر هذا الوصف معياراً عاماً وفضفاضاً يلحق تصرفات كثيرة بالضرر بحيث يمكن للزوجة العتماد عليها لتبرير طلبها التطلاق، خاصة وأنَّ المشرِّع قد أضفى على الضرر الصادر من الزوج بأنه مشين ومخلّ بالأخلاق الحميدة، وهذا يتماشى مع معيار الضرر الموجب للتفريق . وأضاف له المعيار الشخصي الذي يعود على مدى الإساءة المادية

(1) عبدالرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق ، مرجع سابق، ص780.

(2) محمد الفروجي، قانون الأسرة وفق آخر التعديلات مع النصوص التطبيقية، مطبعة النجاح الجديدة، دار البيضاء، 2006م، ص38.

والمعنوية للزوجة ومدى قدرتها أو عدم مواصلة الحياة الزوجية، وهذا – حسب تقديرنا- من شأنه التوسع من دائرة الضرر.

المطلب الرابع

القانون الإماراتي

نص المشرع الإماراتي في المادة 117 من قانون الأحوال الشخصية على ما يلي:

1. لكل من الزوجين طلب التطلاق للضرر الذي يتعذر معه دوام العشرة بالمعروف.
2. تتولى لجنة التوجيه الأسري وفقاً للمادة 16 من هذا القانون الإصلاح بين الزوجين فإن عجزت عنه القاضي الصلح عليهما، فإن تعذر وثبت الضرر حكم بالتطلاق.⁽¹⁾

⁽¹⁾ قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية رقم 28 لسنة 2005.

المبحث الثالث

التفريق للضرر في قانون العنف الأسري العراقي

المطلب الأول

الضرر الجسيم

نصت الفقرة من المادة الأربعين من قانون الأحوال الشخصية على ما يأتي:

المادة الأربعون: لكل من الزوجين طلب التفريق عند توافر أحد الأسباب الآتية:-

1- إذا أضر أحد الزوجين بالزوج الآخر أو بأولادهما ضرراً يتعذر معه إستمرار الحياة الزوجية ويعتبر من قبيل الإضرار الإدمان على تناول المسكرات أو المخدرات، على أن تثبت حالة الإدمان بتقرير من لجنة طبية مختصة، ويعتبر من قبيل الإضرار كذلك ممارسة القمار في بيت الزوجة.

والضرر المقصود هنا هو الضرر الجسيم الذي يتعذر معه إستمرار الحياة الزوجية، كالإعتداء الآثم على النفس أو المال أو العرض، أو الإعتداء الآثم على أولادهما، أي إعتداء أحد الزوجين على أولاده أو أحد أولاده من الزوج الآخر، ويبرز هذا تساؤل مفاده: هل إعتداء أحد الزوجين، كالزوج مثلاً، على أولاد زوجته، من زوج سابق، يدخل ضمن حكم هذه المادة؟ لأن النص جاء بعبارة: أو بأولادهما الذين هم من فراش الزوجية معاً، وأعتقد أننا لو لو أخذنا بروح النص، والغاية التي توخاها من تشريعه لهذه الفقرة، لوجب علينا شمول حكم النص للأعتداء الواقع من قبل أحد الزوجين على أولاد الزوج الآخر من زواج سابق.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن علة الحكم بالتفريق في هذه الفقرة هي تحقق الضرر، وبما أن الضرر متحقق أيضاً في التساؤل المطروح لذا وجب شمول النص القانوني لإعتداء الزوج على أولاد زوجته، من زوج سابق أيضاً، والضرر وفق النص يجب أن يكون فعلاً إيجابياً يشكل تصرفاً محسوساً كالضرب مثلاً- وهو ضرر جسدي- أو شتم أو غضب مال أو إتلافه، أو تحريض على الإعتداء- زهز ضرر نفسي-.

ومن صور الضرر النفسي: الضرر المنعكس، وهو الذي يصيب أحد الزوجين بسبب إعتداء الزوج الآخر على شخص عزيز عليه، كالإعتداء على الأبوين أو الإخوة مثلاً⁽¹⁾. والضرر جسيم لا يمكن حصره، وهو مسألة موضوعية تقدرها المحكمة، ومن صور أو أمثلة الضرر الجسيم: ضرب الزوج لزوجته بصورة أدت إلى كسر العظم أو أحداث عاهة، أو تكرار الضرب وأن لم يؤدي إلى كسر عاهة، وكذلك إذا إتهم الزوج زوجته بما يخدش كرامتها أو يسيء إلى سمعتها، أو ينال من شرفها، كأن يتهمها بأنها لها علاقة مريبة مع رجل آخر، وهو إتهام خطير يمس شرفها، وقد ينتج عنه عواقب وخيمة، وخاصة إذا ما أعلن أو نشر ذلك بين الناس، فهذا ضرر كبير وجسيم يلحق بالزوجة. وإستعرضت نفس الفقرة (1) أعلاه شكلين من أشكال الإنحرافات التي إذا إرتكبتها أحد الزوجين فإنه يكون بذلك قد أضر بالأسرة كلها، أي الزوج الآخر أو بأولادهما، مما يبرر للطرف الآخر طلب التفريق، وذلك كما يأتي:

1. الإدمان على تناول المسكرات أو المخدرات.

2. ممارسة القمار في بيت الزوجة.

فالنسبة إلى النقطة الأولى، أي الإدمان على تناول المسكرات والمخدرات، فلا شك أنها كالجراثومة، أو المرض الوبيل، الذي يفتك بالأسرة والمجتمع، ويتفرع منها خطايا وتؤدي إلى جرائم خطيرة أخرى، لذا قال رسول الله ﷺ : (من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يشرب الخمر ولا يجلس على مائدة يشرب عليها الخمر)⁽²⁾، كما قال: (ثلاثة لا يدخلون الجنة : مدمن الخمر، وقاطع الرحم، ومصدق بالسحر)⁽³⁾.

فلا جرم أن تلمس المشرع العراقي في مدى الضرر الذي يلحق بأحد الزوجين والأولاد من جراء إدمان الزوج الآخر على هذه النقيصة، ومثل ذلك سائر أنواع المخدرات التي بدأت تهدم سلام وإستقرار الأسر.

(1) أنظر: قرار محكمة تمييز العراق المرقم 472/ شرعية/ 1969 الصادر في 15/6/1969، والمنشور في مجلة قضاء محكمة تمييز العراق- المجلد السادس- ص23 والمتضمن: نقض قرار محكمة الأحوال الشخصية في كربلاء، القاضي برد دعوى المدعية حول طلبها التفريق للضرر، بسبب إعتداء زوجها على والدتها بالضرب، والحكم عليه بسبب هذه الواقعة بالحبس الشديد لمدة ستة أشهر، وقد تضمن قرار النقض إعادة الدعوى إلى محكمتها لإجراء التحقيق فيها، لكن المجلة المذكورة لم تذكر النتيجة النهائية لهذه الدعوى، والقرار الأخير الصادر فيها، كما ورد في قرار محكمة تمييز العراق المرقم 150/ شرعية/ 1964 في 12/4/1964،

المبدأ التالي: يجب الحكم بالتفريق إذا إنعدم إحترام الزوجين لبعضهما... وإتهام الزوج لها وأهلها بأسقاط جنينها. القرار مأخوذ نقلاً عن تطبيقات قانون الأحوال الشخصية المعدل، باقر خليل الخليلي، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1964، ص188.

(2) صحيح البخاري، أبو عبدالله محمد بن اسماعيل البخاري، دار الجيل، بيروت- لبنان، ج2، ص1027.

(3) صحيح البخاري، أبو عبدالله محمد بن اسماعيل البخاري، مرجع سابق، ج2، ص1038.

وقد أناط المشرع ذلك بلجنة رسمية مختصة.

أما بالنسبة إلى النقطة الثانية، فهي ممارسة القمار في بيت الزوجية، والمقصود بالقمار: الميسر، وأصله قَمَرَ: أي راهن ولعب في القمار و (تقامروا) لعبوا القمار⁽¹⁾، والقمار: كل لعب يشترط فيه أن يأخذ الغالب من المغلوب شيئاً، سواء كان بالورق أو غيره.

وهي رذيلة أيا كان اللعب بها، وفي ذلك يقول تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَمُ رِجْسٌ

مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴿١٠﴾ إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ

عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْهَوْنَ ﴿١١﴾﴾⁽²⁾.

وقد إعتبر المشرع العراقي في الحالات الثلاث (الضرب والشتم، وتناول المسكرات أو المخدرات، وممارسة القمار في بيت الزوجية) خروجاً عن مبدأ إضرار أحد الزوجين بالآخر، ووجوب

معاشرة كل منهما الآخر معاشرة حسنة، قال تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽³⁾، في هذه وإن

كانت موجهة إلى الأزواج فلا مانع- برأي المتواضع- من حمله على الزوجات ووجوب معاشرة كل

منهما الآخر معاشرة حسنة، تأسيساً على قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽⁴⁾، كما أن العقل

والمنطق لا يقبلان أن يأمر الله جل جلاله- وهو أعدل الحاكمين- الرجل بأن يعاشر زوجته بالمعروف،

دون أن يشمل الزوجة بذلك أيضاً، وبناء على ذلك فقد أجاز المشرع العراقي لكل من الزوجين طلب

التفريق إذا ما ترتب عليه ضرر من إعتداء الزوج الآخر عليه أو على أولاده، أو تناول المسكرات أو

المخدرات، أو ممارسة القمار في بيت الزوجية، وقد إستقر القضاء العراقي على هذا المبدأ أيضاً.

علماً أن هذه الأحكام تتفق مع مذهب الإمام مالك، فقد عرفنا أن مذهب مالك قد توسع في التفريق للضرر،

حتى إعتبر مجرد تحويل الزوج وجهه عن زوجته سبباً مبرراً يجيز لها طلب التفريق على أساسه.⁽⁶⁾

(1) مختار الصحاح، محمد أبي بكر عبد القهار الرازي، دار الكتب العربي، بيروت، لبنان، 1981م، مع مطبعة 1971م،

صادرة عن نفس الدار، ص550.

(2) سورة المائدة الآيات (90-91)

(3) سورة النساء الآية (19).

(4) سورة البقرة الآية (228)

(6) مواهب الجليل شرح مختصر خليل- الإمام ابو عبدالله محمد المعروف بالحطاب، مكتبة النجاح، مع الطبعة الأولى،

1329هـ، الصادرة عن مطبعة السعادة، مصر، ج4، ص17، ت 954هـ، 1547م.

ولكن لي ملاحظة قد تبدو مهمة فيما تخص ممارسة القمار في بيت الزوجية، الواردة في نهاية الفقرة (1) من المادة (40) إذ تشترط هذه الفقرة أن تكون لعبة القمار والمقامرة في بيت الزوجية، حتى يحق للزوج الآخر المطالبة بالتفريق على أساسه، ويبدو لي أن تقييد ذلك بـ (بيت الزوجية) هو من باب التشديد. فمن المسلم به أن ممارسة الزوج، مثلاً، القمار في بيت الزوجية هو إنتهاك لحرمة ذلك البيت، ولكن ألا يعتبر ممارسة الزوج القمار خارج بيت الزوجية سبباً لهدر أمواله ونقوده بالباطل؟ لذا أعتقد أنه كان من الأصوب إطلاق وتعميم النص، دون تحديده ببيت الزوجية فقط.

المطلب الثاني

التفريق بسبب الخيانة

نصت الفقرة (2) من المادة (40) من القانون (إذا إرتكب الزوج الآخر الخيانة الزوجية، ويكون من قبيل الخيانة الزوجية، ممارسة الزوج فعل اللواط بأي وجه من الوجوه). تعتبر الزنا من أشد الجرائم خطورة على كيان الأسرة والمجتمع لما يترتب عليها من إختلاط الأنساب وفساد الأخلاق والإعتداء على الحرمة الزوجية، وقد حرم الله تعالى هذا الفعل بقوله: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّيْنَةَ﴾.

كَانَ فَحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا ⁽¹⁾.

والزنا: إصطلاحاً كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ⁽²⁾.
وتتحقق جريمة الزنا بتوافر أركانها الآتية:

1. الوطء المحرم.

2. القصد الجنائي.

والوطء الذي يعتبر زنا، هو الوطء في الفرج، أي من قبل بحيث يكون الذكر في الفرج كالميل في المكحلة، أما الوطء في الدبر فقد اعتبره المالكية والشافعية والإمام أحمد من الحنابلة بأنه زنا كالوطء في القبل، سواء تم في أنثى أو ذكر واستدلوا بقوله تعالى: ﴿إِنَّكُمْ لَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ﴾ ⁽³⁾.

(1) سورة الإسراء الآية (32).

(2) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشيد الحفيد القرطبي. مكتبة الكليات الأزهرية، 1969م، مع مطبعة أخرى صادرة عن مطبعة مصطفى البابلي الحلبي، 1960م، للقرطبي، ج2، ص433.

(3) سورة العنكبوت الآية (28).

أما الإمام أبي حنيفة فلا يعتبر الوطء في الدبر زناً، سواء كان الوطء ذكراً أم أنثى، وحجته في ذلك أن الوطء في القبل زناً، أما الوطء في الدبر فيسمى لواطاً، وإختلاف الأسامي دليل على إختلاف المعاني⁽¹⁾. والزانية تارة تكون بكرةً، وتارة تكون متزوجة، وهي المحصن، وإتفق الفقهاء على شرائط الإحصان، وهي الحرية، والبلوغ، والعقل، وأن يكون الرجل أو المرأة قد تزوجا صحيحاً، وحصلت الدخول بالزوجة.

لكنهم إختلفوا في شرط الإسلام، والتغريب، وفيما يثبت الزنى بالإقرار به فقط أو يشترط النصاب الشرعي للشهادة⁽²⁾.

أما الركن الثاني من أركان جريمة الزنا فهو القصد الجنائي، أي تعمد الوطء، وهذا الركن يتحقق إذا ارتكب الزاني الفعل وهو عالم إنه يطأ امرأة محرمة عليه، أو إذا مكنت المرأة الزانية من نفسها وهي تعلم أن من يطأها محرم عليها⁽³⁾. وإذا ثبتت جريمة الزنا فإن عقوبة الفاعل الرجم إن كان محصناً: ذكراً أم أنثى. وقد ثبتت هذه العقوبة بسنة رسول الله ﷺ فقد رجم ماعزاً، ورجم امرأة من جهميته، ورجم يهوديين⁽⁴⁾.

وهذه بعض أحكام الزنا في الشريعة الإسلامية، أما موقف القانون العراقي منها فقد رأينا أنه إستعمل عبارة الخيانة الزوجية بدلاً من مصطلح الزنا وتعلل مقدمة التعديل الثاني في قانون الأحوال الشخصية أن المشرع إستخدم التعبير المذكور لغرض تمييزها عن المفهوم القانوني لجريمة الزنا في قانون العقوبات المرقم 111 لسنة 1969⁽⁵⁾، وذلك لأن خيانة الزوج خارج منزل الزوجية لا تعتبر زناً في مفهوم قانون العقوبات النافذ، بينما هي كذلك بالنسبة للزوجة، وعليه وفقاً لقانون الأحوال الشخصية يكون الزوج قد ارتكب الخيانة الزوجية إذا زنى داخل أو خارج منزل الزوجية.

وإضافة الى ذلك التعليل، فإن معنى الخيانة الزوجية أوسع من الزنا المجرد، لأن الخيانة الزوجية تشمل مقدمات هذه الجريمة ايضاً⁽⁶⁾.

ويبدو أن المشرع حينما جعل الزنا أو الخيانة الزوجية سبباً من الأسباب التي تبرر طلب التفريق هو أن القانون لم يتشدد في العقاب على الزاني أو الزانية كما هو الحال في الشريعة الإسلامية.

(1) للاستزادة راجع جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الدكتور عبد الخالق النواوي، بيروت، 1973، ص32.

(2) جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية والقانون، الدكتور عبد الخالق النواوي، بيروت- لبنان، 1973، ص36.

(3) جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية والقانون، الدكتور عبد الخالق النواوي، المرجع السابق، ص36

(4) أنظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد، للقرطبي، مصدر سابق، ج2، ص435.

(5) نشر القانون في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (1778) في 1969/9/15.

(6) محاضرات في قانون الأحوال الشخصية للأستاذ عبدالقادر ابراهيم، قاضي بغداد الول، وهي محاضرات مطبوعة بالآلة الكتابة والقيت على قضاء العمل، 1986، ص99.

كما أن قانون العقوبات إعتبر الزنا من الجرائم التي لا تحرك فيها الدعوى إلا بشكوى من قبل الزوج الآخر، فلا تحرك الدعوى ضد الزاني، إلا بطلب الزوج الآخر⁽¹⁾. بينما نرى بأن الزنا في الشريعة الإسلامية ليس حقاً لأحد من العباد فقط، وإنما هو حق الله تعالى، وعليه يمكن رفع الدعوى إلى المحكمة في الشريعة الإسلامية ليس من قبل الزوج الآخر فقط، بل من كل شخص أجنبي لا تربطه علاقة بالزاني أو الزانية⁽²⁾.

ويستنتج من هذا أنه لا يتصور في الشريعة الإسلامية قبول تنازل الزوج الآخر على عقوبة الزاني، لأن حقوق الله لا يمكن التنازل عنها، بينما نرى أنه يمكن التنازل عن هذه الدعوى من قبل الزوج الآخر في القانون⁽³⁾.

أما بالنسبة إلى اللواط، فقد رأينا أن القانون إعتبره من قبيل الخيانة الزوجية، واللواط هي إثيان الذكر والأنثى من دبر، ويعتبر في الإسلام أبشع من الزنا، لأنه أشد قبحاً وأعظم قذاراً، وقد حذر الرسول الكريم ﷺ من اللواط وسماها (الفاحشة) وأخبر وهو الصادق الصدوق بأن اللواط إذا شاعت فإنها تسبب أمراضاً خطيرة تشبه الطاعون ويكثر الموت من جرائها، وقد وقع ما أخبر به رسول الله ﷺ مما نسمع من ذلك المرض اللعين الذي التهم الملايين من الغربيين، وهو مرض (الأيدز) فقد قال ﷺ : (ولا ظهرت الفاحشة في قوم إلا سَلَطَ الله عليهم الموت)⁽⁴⁾.

وقد عم القانون على فعل اللواط بقوله: (ممارسة الزوج فعل اللواط بأي وجه من الوجوه)، وهذا يعني أن هذا يشمل فعل الزوج بزوجه لواطاً.

شروط التفريق بسبب الخيانة الزوجية

أما شروط طلب التفريق لهذا السبب فهي:

(1) نصت المادة (378) من قانون العقوبات: لا يجوز تحريك دعوى الزنا ضد أي من الزوجين أو إتخاذ أي إجراء فيها ، إلا بناء على شكوى الزوج الآخر.

(2) التفريق القضائي للضرر: رعد ياسين عباس، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، 1987م، ص227.

(3) نص المادة (379) من قانون العقوبات: تنقضي دعوة الزنا ويسقط الحق المدني بوفاة الزوج الشاكي، أو تنازله عن محاكمة الزوج الزاني، أو برضى الشاكي بالعودة إلى معاشرة الزوج الزاني قبل صدور حكم نهائي في الدعوى.

(4) المستدرك على الصحيحين لمحمد بن عبدالله أبي عبدالله الحاكم النيسابوري، ت 405هـ، 1014م، للمحقق مصطفى عبدالقادر عطا، الطبعة الأولى، 1990م، دار الكتب العلمية، بيروت، ص358.

1. تقديم طلب إلى القضاء من قبل أحد الزوجين.
 2. ارتكاب واقعة الخيانة الزوجية أو ممارسة اللواط من قبل أحد الزوجين، ويتحقق هذا الفعل سواء وقع في منزل الزوجية أو خارجه، لأن العبرة هي في الضرر الذي يقع على الزوج الآخر نتيجة هذا الفعل لا في مكان وقوعه، كما لا يشترط تحقق الدخول، فلا فرق أن يرتكب أحد الزوجين الخيانة الزوجية قبل الدخول أو بعده، لأن العلاقة الزوجية تقوم بمجرد إتمام عقد الزواج.
 3. إثبات الخيانة الزوجية أو ممارسة اللواط، ويكون إثبات ذلك وفقاً لطرق الإثبات المعروفة.
- وإذا ما تحققت الشروط، فإن المحكمة تحكم بالتفريق دون أن تكلف طالب التفريق بإثبات الضرر الواقع عليه، لأن الضرر يتحقق بمجرد ارتكاب الزوج الآخر للخيانة الزوجية، ولكن إذا أقام الزوج دعوى تفريق بسبب الخيانة الزوجية ولم يتمكن من إثبات إدعائه، فإن دعواه ترد.
- وتستطيع الزوجة في هذه الحالة طلب التفريق لإتهام زوجها لها بالزنا أو إرتباطها بعلاقة مشبوهة وفق الفقرة (1) من المادة الأربعين⁽¹⁾ من القانون وليس وفق الفقرة (2) من نفس المادة. وعليها في هذه الحالة أن تثبت الضرر، وإن هذا الضرر مما يتعذر معه إستمرار الحياة الزوجية، ولم تثبت إدعائها، إذ يجوز للزوج إقامة دعوى التفريق للضرر وفق الفقرة (1) من المادة الأربعين وليس وفق الفقرة (2) من نفس المادة، وعليه أيضاً أن يثبت أن زوجته قد الحقّت به ضرراً نتيجة تلك الدعوى، وأن هذا الضرر مما يتعذر معه الإستمرار في الحياة الزوجية.
- أما في المشرّع فلا يتصور إقامة الدعوى لطلب التفريق بسبب الزنا، لأنه إذا ثبتت جريمة الزنا فلا يعتبر سبباً لتفريق بين الزوجين، حيث إن عقوبة الزاني في هذه الحالة هي الرجم، أي الموت، فتتحل الرابطة الزوجية بالموت، فلا يكون هناك أساس للتفريق، إذ أن التفريق لا يكون إلا في حال قيام الرابطة الزوجية. أما بالنسبة إلى القوانين العربية فلم تنص صراحة على اعتبار الخيانة الزوجية سبباً من الأسباب التي تبرر طلب التفريق، وإنما تدخل هذه الحالة ضمن القاعدة العامة للتفريق للضرر وكما سيتبين لنا.

المطلب الثالث

التفريق بسبب النكاح قبل إكمال الثمانية عشرة

أشارت المادة (3/40) من قانون الأحوال الشخصية العراقي الى أن لكل من الزوجين طلب التفريق عند توفر الأسباب الآتية: (إذا كان عقد الزواج قد تم قبل إكمال أحد الزوجين الثامنة عشرة دون موافقة

(1) انظر: قرار محكمة تمييز العراق المرقم (336/شخصية/1977، المنشور في مجلة الأحكام العدلية، العدد الأول السنة الثامنة، 1977م والمتضمن ، تفرق المحكمة بين الزوجين بطلب الزوجة إذا إتهمها الزوج بإرتباطها بعلاقة مشبوهة)

القاضي)، وللبحث في هذا الموضوع يتطلب منا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين ، الأول: ماهية الولاية على الصغير ، والثاني: شروط التفريق للضرر من الزواج قبل البلوغ في القانون العراقي.

الفرع الأول

ماهية الولاية على الصغير

سنقسم هذا الفرع إلى قسمين : الأول، معنى الولاية ومدى ثبوت ولاية الاختيار على الرجل ، والثاني ، شروط الولي والآثار المترتبة على تزويج الولي للمولي عليه.

القسم الأول: معنى الولاية ومدى ثبوت ولاية الاختيار على الرجل والمرأة.

وهو على جانبين : الأول، تعريف الولاية، والثاني مدى ثبوت ولاية الاختيار على الرجل.

أولاً: تعريف الولاية:

الولاية لغة: الولاية بكسر الواو معناها السلطان، وبفتح الواو وكسرها معناها النصرة، وقال سيبويه، الولاية بالفتح المصدر، والولاية بالكسر الاسم مثل الإمارة والنقابة، ومن معانيها أيضاً الوصاية، فيقال: أولى فلاناً على اليتيم أوصاه عليه.⁽¹⁾

وولي الشيء، وولي عليه ولايةٌ وولايةٌ أي ملك أمره وقام به فهو وليه⁽²⁾، إذ عرفها بعض الفقهاء المسلمين، بأنها: (تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى)⁽³⁾، بينما عرفها بعض شراح القانون بقولهم (الولاية

(1) ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، 1376هـ، 1959م، مج 15- فصل الواو، حرف وي، ص 407، مجد الدين الفيروز آبادي، القاموس المحيط، المطبعة المصرية، ط3- 1933م، ج 4، فصل الواو- ص 402.

(2) بطرس البستاني، محيط المحيط، بيروت- لبنان، 1286هـ، 1870م، مج 2، باب الواو، ص 2287، ت 1883م.

(3) زين الدين بن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة- بيروت- لبنان، ط2، بلا سنة طبع، ج 3، ص 117، عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 4، ط5، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1988، ص 28.

صفة تقوم بشخص تجعل له سلطاناً على غيره في نفسه أو ماله أو فيهما جميعاً جبراً عنه⁽¹⁾. وعرفها بعض آخر من الشراح مركزاً على الجانب الموضوعي في الولاية بأنها: (الرعاية الواجبة أو الرعاية المسؤولة للطفل في نفسه وماله)⁽²⁾

وقد حاول فريق ثالث التوفيق بين الجانب الموضوعي والجانب الحكمي في الولاية، فعرّفها بأنها: (تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى والإشراف على شؤونه ورعايته)⁽³⁾.

ثانياً: مدى ثبوت ولاية الاختيار على الرجل والمرأة

اتفق الفقهاء على عدم ثبوت ولاية الاختيار على الرجل البالغ الرشيد، لأنه يحق له تزويج نفسه بنفسه وإذا ما فعل فإن العقد بالنسبة إليه يكون صحيحاً نافذاً لازماً، أما بالنسبة للصغير فيثبت عليه ولاية الإجماع لا الاختيار عند بعض الفقهاء⁽⁴⁾. مدى ثبوت ولاية الاختيار على المرأة: فإذا ما كانت بكرة فقد اتفق الفقهاء على ثبوت ولاية الإجماع عليها دون الاختيار، أما إذا كانت ثيباً فعند الأحناف يثبت عليها ولاية الإجماع وولاية الاختيار، أما إذا كانت المرأة البالغة العاقلة الرشيدة بكرة فذهب بعضهم، ومنهم الشافعية، إلى ثبوت ولاية الإجماع عليها دون ولاية الاختيار في حين رأي الأحناف عدم ثبوت ولاية الإجماع عليها وإنما من الممكن ثبوت ولاية الاختيار عليها،

وهي ولاية ندب واستحباب، إذ يستحب لهذه المرأة أن تترك مباشرة عقد زواجها إلى وليها مراعاة للتقاليد والأعراف بين الناس⁽⁵⁾.

القسم الثاني: شروط الولي والآثار المترتبة على تزويج الولي للمولي عليه.

إشترط الفقهاء في الشخص لكي تثبت له الولاية في عقد الزواج شروط منها:

(1) أنظر: الدكتور صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود البذراوي، المدخل للقانون، ج1، مكتبة الكشاف، بيروت، 1984م، ص59، د. عبدالمعز البذراوي، المدخل للقانون الخاص، دار الكتاب العربي، مصر، ط1، 1957، ص140. أحمد إبراهيم بك، أحكام التصرف عن الغير بطريق النيابة، مطبعة العلوم، القاهرة، 1359هـ، 1940م، ص6، صالح جمعة حسن، الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية والقانون، بحث مقارن، مؤسسة الرسالة، ط1، 1396هـ، 1976م، ص31.

(2) حسني نصار، تشريعات حماية الطفولة، حقوق الطفل في التشريع الدستوري والدولي والمدني والجنائي والتشريع الاجتماعي وقواعد الأحوال الشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بلا سنة طبع، ص317، د. بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1981، ص1، شامل رشيد ياسين، عوارض الأهلية بين الشريعة والقانون، ط1، مطبعة العاني، بغداد، 1974، ص337.

(3) د. عبد الرحمن الصابوني، الأحوال الشخصية، ج1، الزواج والطلاق وآثارهما، جامعة حلب، 1965، ص476.

(4) زين الدين ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط2، بلا سنة طبع، ج3، ص117، عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، ط5، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1988، ص28-80، كالأحناف مثلاً، أنظر أحكام الأسرة الخاصة بالزواج، ص318.

(5) ابن قدامة، المغني، 496/6، الشريبي، مغني المحتاج، 147/3، شرح الخرشي، 174/3، حاشية الدسوقي على شرح الكبير، 230/2، وقد استثنى المالكية من ذلك المرأة إذا كانت مالكة أو وصية أو معتقة لذكر، حيث له في هذه الأحوال الثلاث أن تلي تزويجه على المشهور، بأن تقبل له بالنكاح، كما استثنى الشافعية المرأة إذا تسلطت على الإمامة، فإن حكمها ينفذ وتزوجها يصح، أنظر: شرح الخرشي، 174/3، حاشية الدسوقي على شرح الكبير، 230/2، الشريبي، مغني المحتاج، 147/3، ابن نجيم، البحر الرائق، 133/3.

أولاً: كمال الأهلية والبلوغ والعقل والحرية: فلا تجوز ولاية الصغير أو المجنون أو العبد لأنهما ليس لهم ولاية على أنفسهم فكيف تكون على غيرهم⁽¹⁾.

ثانياً: إتحاد الدين بين الولي والمولى عليه: فلا تجوز ولاية غير المسلم على المسلم ولا للمسلم على غير المسلم فلو كان للصغيرة إخوان أحدهما مسلم والآخر مسيحي فالولاية للأخ المسلم إن كانت مسلمة وللأخ المسيحي إن كانت مسيحية⁽²⁾.

أما الآثار المترتبة على تزويج الولي للمولى عليه: فقد رتب الفقهاء المسلمون آثاراً لتزويج الولي للمولى عليه تختلف باختلاف شخص الولي وكما سنوضحه فيما يأتي:

أولاً: إذا كان الولي الأب أو الجد أو الأبن: فإن كان الولي المزوج للصغار سواء أكانوا إناثاً أو ذكوراً أو كانوا عديمي الأهلية أو ناقصيها هو أب أو الجد أو الأبن فيجب التمييز بين الحالتين⁽³⁾:

1. إذا كان معروفاً بحسن الاختبار: فهذا يكون الزواج صحيحاً نافذاً لازم ولا خيار عند البلوغ أو إلا فاقه (عند الجنون والعتة) وسواء أكان الزواج من غير كفي أو بأقل من مهر المثل بالنسبة للصغيرة ومن في حكمها أو كان المهر أكثر من مهر المثل بالنسبة للصغير ومن في حكمه، لأن الأصل في هؤلاء الأولياء هو الشفقة ومراعاة مصلحة من هم تحت ولايتهم وهي رأي أبي حنيفة⁽⁴⁾.

2. إذا كان معروفاً بسوء الاختيار: فإن قام بتزويج أحد هؤلاء الصغار أو من في حكمهم فهذا نرى أن كان الزواج من كفاء وبمهر فيكون الزواج صحيحاً نافذاً لازماً ولا خيار عند البلوغ أو الإفاقة، أما لو كان الزواج من غير كفاء أو أقل من مهر المثل بالنسبة للصغيرة ومن في حكمها فيكون الزواج نافذاً لازماً ولا خيار عند البلوغ أو الإفاقة، أما لو كان من غير كفاء أو بمهر أقل من مهر المثل بالنسبة للصغيرة ومن في حكمها أو كان المهر أكثر من مهر المثل بالنسبة للصغيرة ومن في حكمه فقل أنه لا يصح العقد وقيل أنه يصح العقد ولكنه يكون غير لازم ويثبت الخيار عند البلوغ أو الإفاقة⁽⁵⁾.

ثانياً: إذا كان الولي غير الأب أو الجد أو الأبن: فإن لم يكن الولي هو الأب أو الجد أو الأبن كأن يكون الأخ أو العم فذهب الأحناف إلى عدم لزوم العقد ويكون من كل هؤلاء الصغار أو من في حكمهم حق

(1) محمد حسين الذهبي، الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية، الشركة الأهلية، بغداد، ط1،

1378هـ، 1958م، ص96.

(2) وقد منع الإمامية ولاية غير المسلم على المسلم، وأجازوا ولاية المسلم على غير المسلم، أنظر، المحقق الحلي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ج2، ط2، مطبعة أمير، قم، 1409هـ، ص11.

(3) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط3، 1975، ص326.

(4) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ص323-324.

(5) محمد أبو زهرة، المرجع نفسه، ص324.

الفسخ بعد البلوغ أو الإقامة سواء أكان التزويج من كفاء أو مهر من مثل أو بدونهما، لما روي عن الرسول ﷺ : أنه لما زوج بنت عمه حمزة وهي صغيرة قال: لها الخيار إذا بلغت. لأن هذا النوع من الولاية قد لا تتوافر فيه كامل الشفقة وشدة حرصه على مصلحة المولى عليه.⁽¹⁾ وأخيراً لا بد من التساؤل عن المقصود بخيار البلوغ؟ إجابة عن التساؤل أعلاه يعرف البعض هذا الخيار بأنه خيار يثبت للصغار في حالات معينة بمقتضاه يحق لهم بعد البلوغ والعلم بالعقد⁽²⁾.

أما التمسك بالمطالبة بفسخ عقد زواجهم أمام القضاء وأما الرضى به، فإن كان الاختيار هو التمسك بالمطالبة بفسخ العقد فيشترط أن يكون التمسك بالفسخ بعد البلوغ مباشرة مع العلم بالزواج فإن تأخر فلا يقبل التمسك بالفسخ. فعليه يجب أن يتم الإعلان عن الرغبة بالفسخ أولاً ثم رفع دعوى أمام القاضي ثانياً وهنا يحكم القاضي بالفسخ قبل الفسخ فإن الزواج يعد قائماً يلزم سواء أكان هذا الرضى صراحة أو دلالة.⁽³⁾

الفرع الثاني

شروط التفريق للضرر من الزواج قبل البلوغ في القانون العراقي

أعطت المادة (40/ف3) من قانون الأحوال الشخصية العراقي لكلا الزوجين الحق بطلب الطرفين (إذا كان عقد الزواج قبل إكمال أحد الزوجين الثامنة عشر دون موافقة القاضي). ويشترط لتطبيق هذه الفقرة تحقق ثلاث شروط نتناولها في فروع ثلاث:

الأول: أن يتم عقد الزواج قبل إكمال أحد الزوجين الثامنة عشر من العمر، والثاني أن يعقد الزواج دون موافقة القاضي، والثالث أن يرفع الزوج الذي لم يكمل (ثمانية عشر سنة) في وقت العقد دعوى طلب التفريق.

(1) محمد ابو زهرة، المرجع نفسه، 324.

(2) في تفاصيل ذلك، ينظر السيد يوسف المدني التبريزي: منهاج الأحكام في النكاح والخلاف، مطبعة دانش، إيران،

1429هـ، ص 182-184.

(3) رغم عدم وجود نص قانون عراقي بذلك إلا أن هذا الأمر اعتادة عليه المحاكم كما سار عليه الفقهاء والمسلمون في ذلك.

الفرع الأول: يتم عقد الزواج قبل إكمال أحد الزوجين الثامنة عشر من العمر:

إن سن البلوغ للزوجين في القانون العراقي هو بإكمال ثمانية عشر ميلادية من العمر إستناداً إلى المادة (1/7) من قانون الأحوال الشخصية. كما أن المادة (1/8) من هذا القانون أجازت للقاضي الأذن بالزواج لمن أكمل خمسة عشر سنة من العمر بعد ثبوت الأهلية والقابلية البدنية وموافقة الولي الشرعي، وأجازت الفقرة (2) من هذه المادة للقاضي الإذن للزواج من بلغ خمسة عشر سنة من العمر إذا وجدت ضرورة قسوة تدعوا لذلك شرط تحقق البلوغ الشرعي⁽¹⁾ والقابلية البدنية دون الحاجة لموافقة وليه الشرعي، وعليه لكي ينطبق هذا النص فلا بد أن يكون كلا الزوجين لم يكملوا (ثمانية عشر) سنة وقت الزواج سواء أكان عمرهم أكثر من (خمس عشرة) سنة أم أقل، فإذا كان أكثر من (ثمانية عشر) سنة فلا يحق له طلب التفريق، ويتم التحقق من عمر الشخص استناداً إلى سجلات الأحوال المدنية أن كان مسجلاً أو بواسطة الطب العدلي لتقدير عمره.

الفرع الثاني : أن يعقد الزواج دون موافقة القاضي

ذكرنا سابقاً أن سن البلوغ في القانون العراقي إكمال (ثمانية عشر) سنة فإن لم يبلغ هذا العمر أحد الزوجين أو كلاهما لا يحق له إجراء العقد قانوناً إلا في الحالات التي حددتها المادة (8) من القانون والتي أوضحناها سابقاً بخصوص من بلغ من العمر (خمس عشرة) سنة فالأمر بعقد الزواج يكون جوازيّاً للقاضي وفق الشروط التي أوضحناها سابقاً فإذا ما عقد الزوج وفق الأحكام المتقدمة في الشرط الأول يكون أمام عقد زواج واقع بموافقة القاضي، ومن ثم لا يحق للزوج غير البالغ وقت الزواج طلب التفريق للضرر، وعليه فإن نطاق هذا الشرط ينحصر في حالات الزواج الواقع خارج المحكمة أي ما يطلق عليه

(1) يرتبط سن الزواج بالبلوغ وهو يختلف من مذهب، فقد اختلف الفقه الإسلامي بالنسبة لفارق السن بين الرجل والمرأة والولد، وهذا إختلاف نابع من الإختلاف في تحديد سن البلوغ بالنسبة بين الرجل والمرأة. إذ حدده بعض الأحناف بإثنتي عشر سنة ونصف بالنسبة للأنثى وتسع سنوات ونصف بالنسبة للأنثى، وحدده الشافعية والحنابلة بعشر سنوات ونصف للأنثى وتسع سنوات للأنثى، وحدده الإباضية بأدى عشرة سنة، وأطلق جمهور الشافعية والأحناف وغيرهم ذلك بإمكان ولادة مثله لمثله، العاملي، الشهيد الثاني زين الدين الجبعي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج1، مطبعة أمير، قم، 1410هـ، ص214، المارودي، علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير، ج7، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983، ص210، البهوتي، منصور بن أدریس، كشف القناع على متن الإقناع، المطبعة العامرة الشرفية، مصر، 1319هـ، (99/4)، ابن عابدين، محمد بن علي بن عبد الرحمن الدمشقي: حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج5، مطبعة دار الفكر، 1415هـ، ص616، الشيرازي أبو إسحاق، إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشافعي، المذهب في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج2، مطبعة عيسى البابي، الحلبي وشركاه بمصر، ص352، اطفيش، محمد بن يوسف، شرح النيل وشفاء العليل، ج8، مكتبة الإرشاد، جدة، 1985م، ص498، الشربيني الخطيب، محمد بن أحمد: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج2، دار أحياء التراث العربي، 1958م، ص259، بن قدامة، المغني (65/8).

الزواج الشرعي لأن هذه الفقرة شرعت للبحث عن الزيجات الواقعة خارج المحكمة سواء بلغ أحد الزوجين (خمس عشرة) سنة أم أقل لكن أن لا يتجاوز سن (ثمانية عشر) سنة وإلا إنعدم الشرط الأول، والحقيقة أن تسجيل عقد الزواج في المحكمة ليس مانعاً من موانع الزواج أو شرطاً من شروطه، وإنما هو لغرض الإثبات إذ يصح عقد هذا الزواج شرعاً خارج المحكمة المختصة (الأحوال الشخصية أو المواد الشخصية). لكن هذا الزوج يعرض للمسألة القانونية وفق أحكام المادة (10/ف5) من قانون الأحوال الشخصية العراقي والتي نصت على أنه (يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد سنة أو بغرامة لا تقل عن ثلاثمائة دينار ولا يزيد عن ألف دينار، كل رجل عقد زواجه خارج المحكمة، وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على خمس سنوات إذا عقد خارج المحكمة زواجاً آخر مع قيام الزوجية).

الفرع الثالث: أن يرفع الزوج الذي لم يكمل (ثمانية عشر) سنة وقت العقد دعوى طلب التفريق:

فيجب أن يكون رافع الدعوى بالغاً بلوغه سن الرشد (ثمانية عشر سنة ميلادية) ولا يهم هنا سواء أكانت الزوجة مدخولاً بها أم معقوداً عليها، ويلاحظ أن النص لم يقيد رفع الدعوى بمدة معينة من بلوغ سن (ثمانية عشر) سنة وهو ما يؤخذ على النص إذ يجعل المدة مفتوحة، فمتى ما وجد هذا الزوج عدم رغبته في البقاء في الحياة الزوجية لسبب ما، أو بدون سبب، حق له وفق هذا النص طلب التفريق لعدم البلوغ وقت الزواج وعلى المحكمة أن تقضي بذلك بعد التحقيق من العمر وقت الزواج، وهو ما يؤثر على استقرار الحياة الزوجية، ويجعل من بعض النساء من ضعاف النفوس من إقامة الدعوى للتفريق بموجب النص المذكور بمجرد خلاف بسيط مع زوجها، وقد تكون مدخولاً بها ولها أولاد، وأن هذا النص يجعل من ضعاف النفوس إقامة دعاوى التفريق لأتفه الأسباب مما يؤدي إلى تزعزع كيان الأسرة وتعرض الأطفال للضياع⁽¹⁾. ونرى ضرورة تقيد حق طلب التفريق بما لا يتجاوز (سنة أشهر) من تاريخ بلوغه سن الرشد (ثمانية عشر سنة ميلادية)، ونرى أن نص المادة (40/ف3) من قانون الأحوال الشخصية العراقية والقاضي يطلب التفريق بعد بلوغ سن (ثمانية عشر سنة) من العمر إذا كان ينسجم وقت صدوره ولعقدين مضى بعده، على أساس من أن سن البلوغ هو (ثمانية عشر) سنة، وأن حق التقاضي وفق أحكام قانون المرافعات المدنية العراقي هو أيضاً العمر ذاته إلا أنه بعد صدور قانون رعاية القصرين⁽²⁾، وأشار في

(1) عبد القادر ابراهيم المشاهدي، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، بغداد، 1989، ص43.

(2) نصت المادة (4) على أنه "إذا أذن أحد شخبي العقد أو قاضي المذهب بزواج المراهق والمراهقة بدون إذن الولي، حق لكل المراهق والمراهقة أن يطلب بفسخ الزواج في مدة ستة أشهر تنبدي من تاريخ بلوغ السن المبنية في المادة الأولى".

المادة (3) سنة إلى أن يبلغ (خمسة عشر) سنة ويتزوج بإذن المحكمة فإنه يعد بمثابة كامل الأهلية وفق أحكام القانون المدني فعليه لو صدق الزوجان زواجهما بعد فترة بسيطة من عقد الزواج الشرعي وعلى فرض أصبح عمر الزوجة أو الزوج (سبعة عشر) سنة فإنه بتصديق المحكمة للعقد أصبح بالغ الأهلية وحق له التقاضي فعليه نرى ضرورة إعادة صياغة هذه الفقرة وفق هذه الحالة. وأخيراً فإن آثار التفريق وفق الفقرة فيما يتعلق بالمهر يتم بتطبيق الأحكام العامة في المهر، فإذا ما حصلت الفرقة بين الزوجين قبل الدخول من جهة الزوج وكانت هذه الفرقة فسخاً بسبب البلوغ، فهنا يسقط كل المهر ولا يسقط إذا ما وقع بعد الدخول، وإذا حصلت الفرقة من جهة الزوجة وطلبت فسخ العقد لخيار البلوغ فإن المهر يسقط كله عن الزوج ولا يستحق هذه الزوجة منه شيئاً ما دامت الفرقة قبل الدخول أو تستحقه كله إذا وقع بعد الدخول.

المطلب الرابع

التفريق بسبب الزواج خارج المحكمة وعن طريق الإكراه

سنقسم هذا المطلب الى قسمين: الأول تعريف الزواج بالإكراه، والثاني: شروط التفريق للضرر بالإكراه.

القسم الأول

تعريف الزواج بالإكراه

إن الرضا شرط أساس في عقد الزواج لا بد منه لصحة العقد، فإذا ما وقع إكراه على أحد العاقدين في عقد الزواج، فما هو الحكم؟ يعرف الإكراه بالضم المشقة وبالفتح الإكراه، يقال قام على كره أي مشقة وأقام فلان على كره منه أي أكرهه كذا، حمله عليه كرهاً⁽¹⁾، أما إصطلاحاً فاختلف التعاريف بين الفقه الغربي والإسلامي بشكل لا يسعنا التطرق إليه، وإنما نكتفي بهذا التعريف، وهو حمل "الغير" على إجراء لم يكن ليقوم به لو لا خوفه من الضرر المعنوي، أو الحبس الذي سلبه من المكر، عند عدم إستجابته له⁽²⁾. ويذهب بعض فقهاء المسلمين إلى بطلان عقد الزواج الواقع بالإكراه ولا يترتب عليه آثاره، مثل الشافعية والحنفية والحنابلة، بينما ذهب الأحناف إلى أنه يقع بالإكراه الطلاق إستناداً إلى قول الرسول ﷺ:

(1) ينظر: احمد ابو بكر الرازي، مختار الصحاح، ط1، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، 1991م، ص200-201، ابن منظور: لسان العرب، ط1، دار إحياء التراث العربي، 1405هـ، ص482، مادة (ضر).

(2) ينظر: د. محمد بحر العلوم: عيوب الإدارة في الشريعة الإسلامية، دار فريد للنشر، بغداد، 2009م، ص228.

" ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح، والطلاق، والرجعة"⁽¹⁾، أما القانون العراقي فقد جاء بنص محل إنتقاد شديد إذ نصت المادة (9) من قانون الأحوال الشخصية على أن:

1. لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار الإكراه أي شخص ذكراً كان أو أنثى على الزواج دون رضاه ويعتبر عقد الزواج بالإكراه باطلاً إذا لم يتم الدخول كما لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار منع من كان أهلاً للزواج بموجب أحكام القانون من الزواج.
2. يعاقب من خالف أحكام الفقرة (1) من هذه المادة بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبالغرامة أو بأحدى هاتين العقوبتين إذا كان قريباً من الدرجة الأولى أما إذا كان المخالف من غير هؤلاء فتكون عقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنوات أو الحبس مدة لا تقل على ثلاث سنوات.⁽²⁾
3. على المحكمة الشرعية أو محكمة المواد الشخصية الإشعار إلى سلطات التحقيق لإتخاذ التعقيبات القانونية بحق لامخالف لأحكام الفقرة (1) من هذه المادة ولها توقيفه لضمان حضوره ، ويتضح من هذا النص أن الزواج بالإكراه إذا لم يصاحبه دخول يكون باطلاً، وإذا ما صاحبه الدخول يكون صحيحاً وهو أمر مخالف لرأي غالبية الفقهاء المسلمين ويجعل منه بعض الأشخاص إذا ما أرادوا الزواج من امرأة ما ترفضه أو لا ترغب منه أن يكرهها بالزواج منه ويدخل بها، ومن ثم يكون الزواج صحيحاً، ونرى ضرورة تعديل هذا النص بالإشارة إلى بطلان الزواج بالإكراه سواء تم الدخول أو لا مع مساءلة المكره ومن عقده له وكذلك الشهود الحاضرين مجلس العقد قانوناً.

القسم الثاني

شروط التفريق للضرر للزواج بالإكراه

إن القانون عاد وأعطى الزوج المكره حق طلب التفريق في الفقرة 4 ف م (40) أحوال شخصية(إذا كان الزواج قد جرى خارج المحكمة وعن طريق الإكراه وتم الدخول)، ويشترط لتطبيق النص أعلاه توافر شروط ثلاثة نتناولها في ثلاثة فروع: الأول أن يتم عقد الزواج عن طريق الإكراه، والثاني أن يقع الزواج بالإكراه خارج المحكمة، والثالث أن يقع الدخول بعد الإكراه.

(1) علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج1، ط1، 1327هـ، ص128. محمد بن احمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، دار إحياء الكتب العربية، ص369-370، التفتازاني، ج2، ص425، ابن بن قدامة، عبدالله بن محمد: المغني، ج7، ط1، دار الفكر- بيروت، 1405هـ، 431.

(2) المادة (9) من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ ف2 أشارت إلى عقوبة الحبس مدة لا تزيد عن ثلاث سنوات وبالغرامة أو بأدى هاتين العقوبتين إذا كان المكره قريباً من الدرجة الأولى ويصل إلى العقوبة مدة لا تزيد عن عشر سنوات أو بالحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات إذا كان من غيره.

الفرع الأول/ أن يتم عقد الزواج عن طريق الإكراه

وحسب ما أوضحناه من مفهوم الإكراه والنص العراقي بالإكراه جاء مطلقاً دون تحديد للإكراه⁽¹⁾، ولا يهم عمر الزوج الذي وقع عليه الإكراه لعد الاشتراط في ذلك، وقد يتحقق في طلب التفريق أكثر من سبب من الأسباب التي حددتها المادة (40) من قانون الأحوال الشخصية العراقي. كأن يكون الزواج قد تم قبل البلوغ وكذلك عن طريق الإكراه، فهنا ذهبت محكمة التمييز إلى القول أنه (إذا طلبت المدعية التفريق من زوجها لسببين الأول كونها تزوجته وهي دون الثامنة عشر من عمرها والثاني كون الزواج حصل خارج المحكمة وتم الدخول بالإكراه فلا يجوز الحكم لها بالتفريق قبل إجراء التحقيق بالسببين المذكورين وإصدار الحكم المقتضي في ضوءها يثبت لها وفق م(4/40) من قانون الأحوال الشخصية⁽²⁾، ولا يهم على من وقع الإكراه سواء الزوج أم الزوجة لأن الحق في طلب التفريق للضرر عن طريق الإكراه مقرر لكلا الزوجين، كما أن القانون لم يحدد كدة لطلب التفريق بعد وقوع الإكراه بل أطلق المدة، وهذا يقودنا إلى ما قلناه سابقاً بخصوص التفريق للضرر لعدم البلوغ، ونرى ضرورة جعل مدة رفع دعوى التفريق بما لا يتجاوز ستة أشهر على وقوع الإكراه أو زوال العذر القهري للزوج الواقع عليه الإكراه وبعد هذه المدة لا يحق له ذلك حفاظاً على تماسك الأسرة، ويثبت الإكراه بكافة الطرف كونه واقعة مادية سواء بصور حكم جنائي أو شهادة الشهود أو الإقرار.

الفرع الثاني/ أن يقع الزواج بالإكراه خارج المحكمة

أي أن العقد لو جرى أمام القاضي فلا يجوز رفع دعوى التفريق للضرر أنه وقع بالإكراه، ذلك لأن العقد الجاري امام المحكمة يكون خالياً من أي إكراه لكونه يجري أمام قاض وبإمكان الرجل والمرأة اللذان يتعرضان للإكراه، أن يرفعا عقد الزواج ويوضحان للقاضي ذلك ولأخير صلاحية تطبيق أحكام المادة(9) من قانون الأحوال الشخصية ماره الذكر على جهة الإكراه وتحريك الشكوى الجزائية بحقهم، ولكن ما هو الحكم لو تم تصديق الزواج الواقع خارج المحكمة عن طريق الإكراه؟ هنا لو صدق هذا الزواج أمام المحكمة، فلزوج أو الزوجة الواقع عليه الإكراه إقامة دعوى تفريق مستقلة لهذا السبب، وتحكم به المحكمة بعد ثبوت الإكراه بكافة الطرق.

(1) لم يحدد القانون أن يكون الإكراه ولم يعين وجوبه هيكاً إنتقال ينظر د. أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، مطبع الإرشاد، بغداد، 1970، وكذلك طبعة صادرة عن مطبعة عصام، بغداد، 1977، ص53.
(2) القرار التمييزي المرقم 2418/ش/1985 في 17/1/1985 نقلاً عن إبراهيم المشاهدي، ص45.

الفرع الثالث/ أن يقع الدخول بعد الإكراه

قلنا سابقاً إن الإكراه بالزواج وفق أحكام القانون العراقي يكون باطلاً، إذا لم يتم الدخول وإذا ما تم الدخول فهنا إعتبر الزواج قانوناً. فليس أمام الزوج المكره إذا ما يرغب بالبقاء على الحياة الزوجية، طلب التفريق ولا يشترط وجود أطفال، وتستحق الزوجة كامل المهر بعد التفريق، لأنه واقع بعد الدخول سواء أكانت مدعية أم مدعى عليها كاره أم مكره طبقاً للقوانين العامة التي تعطي إستحقاق الزوجة كل المهر المسمى أو المثل في حالة الدخول الحقيقي أو الحكم لدى بعض الفقهاء.⁽¹⁾

(1) يلاحظ أن جمهور فقهاء المذاهب الإسلامية يرون بطلان الزواج بالإكراه سواء تم الدخول أم لا في حين رأى الأحناف صحته وأن لم يتم الدخول إلا أن قانون الأحوال الشخصية العراقي أخذ برأي الأحناف على تعديله بأنه لو لم يتم الدخول لبطل العقد.

الفصل الثالث

الأمراض والعيوب المسببة للعنف الأسري والتفريق القضائي

المبحث الأول: الموقف الفقهي من التفريق للعيوب والأمراض.

المبحث الثاني : بعض القوانين العربية وموقفهم من عيوب الزوج الموجبة
لطلب التفريق.

المبحث الثالث: العيوب والأمراض في قانون الأحوال الشخصية العراقي.

المبحث الأول

موقف الفقه للتفريق للعيوب والأمراض

يجب علينا تحديد أنواع العيوب الموجبة للتفريق، وهذا يستدعي التعرض أولاً لإختلاف الفقهاء في تحديد هذه العيوب، ثم التعرض لمن حددها على سبيل الحصر، ومن ذكرها على سبيل المثال، فنجد عيوباً مصرّحاً بها – من طرف الفقهاء- وعيوباً مسكوتاً عنها، كما يجب علينا التعرّض للأمراض الخطيرة التي ظهرت حديثاً والتي تشترك في علتها مع العيوب الموجبة للتفريق والتي ذكرها الفقهاء، كما سنقارن بعد ذلك بين ما سبق وذكرناه في الجانب الفقهي وما ذهب إليه مشرّعوا الدول العربية الذين أدرجناهم في هذه الدراسة.

المطلب الأول

العيوب الموجبة للتفريق وإختلاف الفقهاء فيها

سنعرض في هذا المطلب لآراء الفقهاء في العيوب الموجبة للتفريق ثم لتعريف هذه العيوب مع التعرض للعيوب المسكوت عنها.

الفرع الأول

إختلاف الفقهاء في العيوب الموجبة للتفريق

إختلف الفقهاء في تحديد العيوب الموجبة للتفريق وكونوا بذلك أربع إتجاهات فقهية بعد إضافة رأي الفقيهي ابن تيمية وابن القيم⁽¹⁾، على التوالي:

(1) عبدالعزيز رمضان سمك، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري، الطبعة 3، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، دب.ن، 1988، ص355.

1. **الاتجاه الأول:** وهو يمثل رأي الحنفية، حيث يرى أبو حنيفة وأبو يوسف⁽¹⁾، أن العيوب التي تجيز للزوجة طلب التفريق هي: الجبّ والعنة والخصاء، وزاد محمد⁽²⁾، صاحب أبي حنيفة ثلاث عيوب وهي الجنون والجذام والبرص، لأن الإكتفاء بما حدده أبو حنيفة بعيد عن حكمة التشريع في الزواج⁽³⁾.
2. **الاتجاه الثاني:** ويمثل هذا الاتجاه رأي المالكية، والإمام مالك و مثله الإمام الشافعي والحنبلي حدد العيوب التي تخص كل من الرجل والمرأة لأنه يجيز طلب التفريق للعيوب من طرف الزوجين عكس ما ذهب إليه أبو حنيفة. صنّف المالكية العيوب الموجبة للتفريق الى عيوب مشتركة بين الزوجين، أي تصيب الرجل والمرأة، وعيوب خاصة بالرجل وأخرى خاصة بالمرأة. والذي يهمنا هو العيوب الخاصة بالرجل والعيوب المشتركة كونها تصيب الرجل كذلك.
- العيوب المشتركة هي: الجنون، الجذام، البرص والعذيمة، أما الخاصة بالرجل فهي: الجبّ، العنة، الخساء والإعتراض.
3. **الاتجاه الثالث :** ويمثله رأيا الشافعية⁽⁴⁾ والحنابلة⁽⁵⁾، حصر العيوب المشتركة بين الزوجين في الجنون والجذام والبرص، أما العيوب الخاصة بالرجل فحصرها في العنة والجبّ.
4. **الاتجاه الرابع:** وهو رأي ابن تيمية وابن القيم وبعض فقهاء السلف⁽⁶⁾، ومنهم الزهري وشريح وأبو ثور، حيث ذهب هؤلاء الفقهاء إلى عدم حصر وتحديد العيوب التي تجيز طلب الفرقة، ولكنهم ربطوا هذا الحق بكلّ عيب لا يمكن معه تحقيق مقاصد النكاح، وهذا رأي قريب من حكمة التشريع الإسلامي⁽⁷⁾.
- نلاحظ من خلال سرد العيوب التي ذكرها الفقهاء أنّ هناك من ذهب إلى المبالغة في تحديد العيوب المجيزة لطلب التفريق وحصرها في العيوب التناسلية فقط وهي ثلاثة، وهذا ما ذهب إليه الحنفية، وهناك من حدد العيوب ولكن بذكر عدد أكبر منها مع إختلاف الفقهاء في عددها وتحديد ماهيتها وهذا مسلك جمهور الفقهاء المتمثل في المالكية والشافعية والحنابلة، أما المسلك الثالث فيقوم على التوسع والإطلاق، أي عدم حصر العيوب في نطاق محدد وهو ما ذهب إليه ابن القيم وابن تيمية. وهذا المسلك حسب تقديرنا

(1) هو قاضي القضاة، أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن معاوية الأنصاري الكوفي، توفي في 182 هـ، 758 م، نقلاً عن الحافظ الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج8.

(2) وهو محمد بن الحسن الشيباني، أحد فقهاء الحنفية، ت 189 هـ.

(3) مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، ط6، المكتب الإسلامي، دمشق، 1984 م، ص141.

(4) محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج5، دار المعرفة، بيروت، 1963 هـ، ص39 و 84، ت 204 هـ- 820 م.

(5) موفق الدين بن قدامة، ج7، مرجع سابق، ص579، محمد رأفت عثمان، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين

بالأمور التي تمنع الأستمتاع، دار الطباعة المحمدية بالأزهر، مصر، 1981، ص112-113.

(6) إبراهيم ابن القيم الجوزية، مرجع سابق، ص205، ابن الهمام الحنفي، شرح الفتق القدير على الهداية شرح بداية

المبتدي، ج3، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، 1316 هـ، ص267.

(7) مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، ص141.

هو المسلك الصائب الذي سوف يسمح لنا بإلحاق العيوب التي سكت عنها الفقهاء والتي يجب إعتبارها من العيوب الموجبة للتفريق.

نصل في النهاية إلى أن الفقهاء رغم إختلافهم في تحديد العيوب إلا أنهم إتفقوا على بعضهم، أو على الأقل على العلل التي بموجبها حددوا هذه العيوب، لهذا يتوجب ذكر هذه العيوب وتحديد معناها لمعرفة ما إذا كانت تحول دون تحقيق الهدف من الزواج أم لا.

الفرع الثاني

العيوب المحددة من طرف الفقهاء

العيوب التي ذكرها الفقهاء والتي تجيز للزوجة طلب التفريق بها هي: الجب، والعنة، الخشاء والإعتراض، وهي عيوب محلها عضو التناسل في الرجل، وعيوب وأمراض غير تناسلية وهي الجذام والجنون والبرص، وهي عيوب تولد النفرة من المصاب بها ويخاف منها التعدي إلى النفس والنسل⁽¹⁾.

1. **الجب:** معناه لغة القطع، جبّة جبّاً أي قطعه⁽²⁾، وأصطلاحاً هو فاقد الذكر بكامله أو ما دون ذلك⁽³⁾، ولا خلاف بين الفقهاء القائلين بجواز التفريق للعيب في حق الخيار للزوجة التي يكون زوجها مجبوباً⁽⁴⁾.

2. **العنة:** لغة عنّ عن الشيء أي اعرض عنه⁽⁵⁾، ويقال عن الفرس أي حبسه بعنانه، ويدور معنى العنّ لغة حول الإعتراض والإنصراف.

أما عن التعريف الإصطلاحي للعنة فقد إتفق الفقهاء على أنها عدم القدرة على الوطء، وإختلفوا في سبب العجز عن ذلك، فقد يكون لكبر في السن أو لمانع مرضى أو لصغر في العضو⁽⁶⁾.

3. **الخصاء:** الخصي لغة هو من سلّت خصيتاه ونزعتهما⁽⁷⁾، وكذلك هو نفس معناه الإصطلاحي الذي إتفق عليه الفقهاء في أن الخصي هو منزوع الخصيتين دون الذكر⁽⁸⁾.

4. **الإعتراض:** هو عدم القدرة على الوطء مع سلامة العضو ظاهراً⁽⁹⁾. ويتضح من خلال هذا التعريف أنه يتطابق مع عيب العنة في بعض حالاته.

(1) محمد حجازي، مرجع سابق، ص 406-408.

(2) المنجد في اللغة والأدب والعلوم، ص 75.

(3) وفاء بنت علي بن سليمان الحمدان، مرجع سابق، ص 428.

(4) محمد حجازي، مرجع سابق، ص 406.

(5) المنجد في اللغة والأدب والعلوم، مرجع سابق، ص 556.

(6) احمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2004، ص 184.

(7) المنجد في اللغة والأدب والعلوم، ص 178.

(8) يرجع الى تفاصيل هذا العيب في النقطتين: وفاة بن علي بن سليمان الحمدان، مرجع سابق، ص 439، وما يليها.

(9) عبد المؤمن بلباقي، مرجع سابق، ص 73.

5. الجنون: وهو لغة زوال العقل وفساده⁽¹⁾. وهو إصطلاحاً عارض يصيب الشخص فيذهب بسلامة الإدراك والقدرة على التمييز بين الضار والنافع⁽²⁾، وهذا ما يجعله عديم التمييز والإدراك وهذا ما أقرته كل الشرائع، والجنون سبب قوي وكاف يمنح للمرأة حق طلب التفريق من زوجها إذا أصيب به.
 6. البرص: وهو مرض جلدي يصيب الجسم كله، فيحدث فيه قشراً أبيض، ويسبب للمريض حكاً مؤلماً⁽³⁾، وهو من الأمراض الجلدية المزمنة غير معروفة السبب.
 7. الجذام: هو داء يؤدي إلى تآكل في الأطراف يؤدي إلى تساقطها، والأجذم هو مقطوع اليد أو الأنامل⁽⁴⁾.
 8. العذيمة: هو أن يحدث الرجل عند الجماع⁽⁵⁾، وقد يصيب المرأة كذلك، وله نفس المعنى الاصطلاحي.
- كانت هذه أهم وأشهر العيوب التي ذكرها الفقهاء الأربعة، وبقي التساؤل، هل ذكر الفقهاء هذه العيوب على سبيل الحصر أو على سبيل المثال؟

الفرع الثالث

العيوب المسكوت عنها من طرف الفقهاء

ذكرنا أهم العيوب التي ذكرها الفقهاء، ولكن هل العيوب التي ذكرت الشرع غير معللة، وبالتالي لا تلحق بها العيوب المسكوت عنها؟ أم أن العيوب التي ذكرها للتمثيل فقط؟ للإجابة على هذا السؤال ينبغي التعرض لرأين، رأي يقول بحصر العيوب وآخر يقول بعدم حصرها.

أولاً: الرأي القائل بحصر العيوب

إن الفقهاء الذين تعرضوا لتحديد العيوب الموجبة للتفريق هم الذين ذهبوا إلى تحديدها على سبيل الحصر، ودليل ذلك إختلافهم في بعضها، خاصة منهم الحنفية الذين حصروا العيوب الموجبة للتفريق في العيوب التناسلية. فجمهور من أجاز التفريق للعيوب يرون تحديدها على سبيل الحصر، وهم المالكية⁽⁶⁾

(1) المنجد في اللغة في الأدب والعلوم، مرجع سابق، ص 99.

(2) وفاء بن علي بن سليمان الحمدان، مرجع سابق، ص 327.

(3) المنجد في اللغة في الأدب والعلوم، مرجع سابق، ص 31.

(4) الصحاح للرازي، ص 72، المنجد في اللغة والأدب والعلوم، ص 81: ارجع في تفاصيل هذا المرض إلى: يوسف صلاح الدين يوسف، الآثار المترتبة على الإصابة بالأمراض المعدية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 28 وإليها.

(5) وفاء بن علي بن سليمان الحمدان، مرجع سابق، ص 354.

(6) ابن رشد الحفيد. مرجع سابق، ص 1350، محمد الكبير الأمير، الإكليل شرح مختصر خليل، تحقيق أبو الفضل عبدالله الصديق الغماري، مكتبة القاهرة، مصر، د.ت.ن، ص 187.

وأبو حنيفة⁽¹⁾ وأبو يوسف والشافعية⁽²⁾ وجمهور الحنابلة⁽³⁾. وأدلة قولهم بحصر العيوب الموجبة للتفريق في العيوب التناسلية (بالنسبة للحنفية) هو أنها ثابتة لا تتغير وهي التي تمنع من تحقيق مقاصد النكاح والمتمثلة خاصة في الوطء. والحكم بالتفريق للعيوب حكم إستثنائي فُرر فقط لفوات المقصود من الزواج، والإستثناء لا يجوز أن يقاس عليه ولا أن يتوسع فيه⁽⁴⁾. كما أن التماذي في تعداد العيوب لأدنى ضرر يؤدي إلى عدم استقرار الأسرة وفكها لأدنى عيب.

ثانياً: الرأي القائل بعدم حصر العيوب

يرى أنصار هذا الاتجاه أنّ العيوب التي ذكرها جمهور الفقهاء وردت على سبيل المثال، وبالتالي يلحق بها كل عيب توقرت فيه علة من العلل المسببة للتفريق، و ذلك على سبيل القياس، فالفقهاء ذكروا عدة علل جعلوها أسباباً في جواز طلب التفريق، وقياساً على ذلك فأنه إذا وجد سبب في زمن من الأزمان وإشترك مع العيوب السابقة في علة من العلل، فإن الحكم يتعدى إليه ويصبح عيباً موجباً للتفريق. والدليل على صحة هذا القول هو إختلاف الفقهاء في المذهب الواحد في تعداد العيوب، وهذا يعني إختلافهم في مدى وجود العلة من عدمه، وهو كذلك سوف ينصبّ على عيوب أخرى، ومن أهم العلل التي إستند إليها هؤلاء، العيب الذي يسري بالعدوى للزوج الآخر والأولاد، العيب المنفّر، العيب الذي يخشى منه الضرر كالجنون الذي يمنع الوطء⁽⁵⁾.

هذا التحليل السابق هو ردّ لأصحاب الرأي القائل بحصر العيوب، وإستناداً لما جاؤوا به هم من علل تجيز منطقياً القياس عليها.

أمّا من تبنى صراحة الرأي القائل بعدم حصر العيوب، فهم مجموعة من الفقهاء، وهم ابن القيم، ابن تيمية، محمد ابن الحسن الشيباني صاحب أبي حنيفة، الزهري، القاضي شريح وأبو ثور، وهم يرون أن كل عيب لا يحصل معه المقصود من النكاح من تناسل ومودة وينفّر الطرف الآخر فإنه يثبت حق الخيار. ويستند ابن القيم في رأيه على ما ثبت عنه عمر رضي الله عنه أنه قال: " قال لمن تزوج امرأة وهو لا يولد له: أخبرها أنّك عقيم وخيرها".

يعلّق ابن القيم على هذا الأثر فيقول: " إذا كان هذا قول أمير المؤمنين رضي الله عنه في العقم، وهو بالنسبة للعيوب الأخرى كمال بلا نقص..."، فكيف الحال بالنسبة للعيوب المنفّرة الأخرى، فالتفريق إذن بها أولى.

(1) الكاساني، ج3، ص595.

(2) الشربيني، ص268.

(3) موفق الدين بن قدامة في ج7، ص582.

(4) محمد حجاري، مرجع سابق، ص411.

(5) عبد المؤمن بلباقي، مرجع سابق، ص176.

كما إستدلّ من القياس عقد النكاح على عقد البيع، حيث جعل الرسول ﷺ الغرر في المبيع عيب يُردّ به البيع، وإثبات حق خيار الفرقة في عيوب النكاح أولى من عيوب البيع. ويقول ابن القيم: " من تدبر مقاصد الشرع في مصادره وموارده وعدله وما إشتمل عليه من المصالح، لم يخف عليه رحجان هذا القول وقربه من قواعد الشريعة⁽¹⁾ .

وحسب تقريرنا فإن هذا هو الرأي الصائب لأنه يتماشى مع حكمة التشريع الإسلامي وهذا هو المنفذ الذي يمكّننا من الحديث عن بعض العلل أو العيوب أو الأمراض الحديثة، والتي قد تشترك في العلل مع العيوب التي ذكرها الفقهاء قديماً، وإذا كانت العلة هذه وأصبح من الممكن التداوي للجزام والبرص والعنة... إلخ يخرج هذه الأمراض من أن يكون سببا للفرقة أيضا.

المطلب الثاني

الأمراض الحديثة كعيوب موجبة لطلب التطليق

عرف العصر الحديث تطورات سريعة ومذهلة أفرزت مجالات وأنشطة متنوعة أحدثت وما زالت تحدث أمراضاً لم يعرفها الإنسان في الماضي، وقد تنتقل هذه الأمراض من أقصى بقعة في العالم إلى أدناه لسهولة التنقل وتنوع وسائله. وإذا كان هذا التطور والتغير قد يؤدي إلى أمراض حديثة يعجز الطب عن مداواتها، فإنّ التطور الطبي قد توصل الى علاج بعض الأمراض التي ذكرها الفقهاء قديماً، وبالتالي قد تنتفي العلة التي من أجلها أجاز الفقهاء طلب التفريق بها. أما عن الأمراض والعيوب الحديثة فإنه بالإمكان أن نلحقها بحكم العيوب التي تجيز طلب التفريق وهذا إستناداً إلى الرأي الفقهي القائل بعدم حصر العيوب. وحتى بالنسبة للفقهاء الذين رأوا حصر العيوب فإنهم إختلفوا ، وفي إطار المذهب الواحد في تعدادها، وهذا دليل على تعدّد العيوب واختلافها. كما أنّ هؤلاء الفقهاء وهم يحصرون العيوب لم يحدّوها بذاتها وإنّما أرادوا من وراء ذلك حصر العلل التي جعلتهم يحدوث العيوب وهي لا تكاد تتعدى النفرة، العدوى، منع الوطء ومنع النسل....

(1) ابن القيم الجوزية، مرجع سابق، ص206.

وهذه العلة قد نجدها في أمراض وعيوب ظهرت حديثاً. وسنشير إلى بعض هذه الأمراض لكي نحكم على مدى جواز التفريق بها، وهي من الأمراض العضوية، مرض السل، السرطان، الإيدز.... وكذلك الأمراض النفسية بكل أنواعها.

الفرع الأول

الأمراض العضوية

1. مرض السل: وهو يطلق عموماً على التدرن الرئوي، وهو مرض معدٍ ويصيب الرئتين بصفة خاصة، وقد يصيب أجزاء أخرى من الجسم⁽¹⁾. وهو ينتقل عن طريق السعال عبر الجهاز التنفسي، وهو مرض طويل الأمد، لكنه مرض قابل للعلاج خاصة بعد التطور الطبي الحديث. وفيما يخص قابلية هذا المرض لثبوت خيار الفرقة به، فإن الطب الحديث قد توصل إلى علاجه وإلى الوقاية منه عن طريق التلقيح المسبق، رغم أنه وفي فترة من فترات المرض قد تتوفر فيه بعض العلة التي أجاز الفقهاء القدامى التفريق لأجلها، وهي حصول الأذى لتحقيق العدوى، وبالتالي النفرة بسبب الخوف من العدوى وليس تقزراً من المرض. ولكن هذا قد يحدث لفترة إنتقالية يكون المريض فيها معزولاً في مصحة إستشفائية، وبالتالي فالرأي أن هذا المرض لا يوجب طلب الفرقة.

2. السرطان: هو مرض يحدث فيه تكاثر خلايا معينة بطريقة غير سوية تجعلها تتكاثر بسرعة وبطريقة غير منتظمة تجعلها تغزو الأنسجة المجاورة لها والمحيطة بها، ويؤدي ذلك إلى تكوّن قدر من النسيج أكثر مما ينبغي ويكون بذلك كومة من الخلايا تسمى ورماً⁽²⁾.

السرطان ليس مرضاً مستحيل الشفاء، خاصة إذا كان التشخيص مبكراً، وتتمثل طرق معالجته بالجراحة والإشعاع والأدوية. وهو مرض غير معد ولا يسبب أية نفرة ولكن علاجه قد يطول وقد يفشل في حالات كثيرة ويؤدي بذلك إلى الوفاة. وحسب تقديرنا فإن مرض السرطان رغم خطورته الشديدة على المريض فإنه غير معد ولا يحقق أيّ أذى مادي للطرف الآخر، كما أنه لا يؤدي إلى النفرة. كما أنّ طبيعة هذا المرض وأثره على الجانب العضوي والنفسي للمصاب يجعل ثبوت خيار الفرقة الزوجية به يزيد من ألمه، وليس هذا من دواعي المودة والرحمة التي جعلها الله بين الأزواج.

(1) الموسوعة الطبية الحديثة، نقلاً عن وفاة بنت علي بن سليمان الحمدان، ص 397.

(2) نقلاً عن وفاة بنت علي بن سليمان الحمدان، مرجع سابق، ص 392.

يرالإيدز:(1) من أخطر الأمراض التي ظهرت حديثاً مرض الأيدز، وهو مرض يعمّ البدن كلّهُ فيمرضه ويفسده وينتهي إلى الموت المحتّم(2). أما إذا تحدثنا عن مختلف أعراضه فإن كل منها على حدا ذكرها الفقهاء قديماً وتشكل سبباً يجيز طلب الفرقة. إلا أقوى سبب يوجب الفرقة للحفاظ على الأسرة بأكملها هو العدوى المحققة، لأن وسائل إنتشاره عديدة ولا يمكن تجنبها أثناء العيش المشترك خصوصاً بين الزوجين. فهو ينتقل عموماً عن طريق وسائل الجسم مثل : الدم، المنّي، لبن الأم المرصعة المصابة، السائل المحيط بالمشيمة والنخاع الشوكي واللحاح. وأكثر وسائل العدوى إنتشاراً هي المنّي أي عن طريق الممارسة الجنسية سواء كانت مشروعة أو غير مشروعة، سواء كانت طبيعية أو شاذة (الواط). وحتى التلقيح الاصطناعي بين الزوجين ينقل العدوى. وهناك وسائل أخرى أقل إنتشاراً كنقل الدم وإستعمال الإبر الملوثة بالفيروس . بعد هذا لا ينبغي إطالة الاستدلال على ثبوت خيار الفرقة بهذا العيب وإنما تجب الفرقة بطلب الزوجة إذا أصيب الزوج به، فهو مرض منفر ومعدٍ بل وقاتل، والرسول ﷺ يقول: " فرّ من المجذوم كما تفرّ من الأسد(3)". كما يقول الله تعالى ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ البقرة: ١٩٥، ويقول كذلك: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ﴾ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا النساء: ٢٩ ، وحفظ النفس من أولى مقاصد الشرع الإسلامي. ولكن تجدر الملاحظة أنّه من النادر جداً على الزوجة أن تسلم من هذه العدوى القاتلة، لأن التشخيص غالباً يأتي متأخراً والمعاشرة الزوجية تكون قد تمت بين الزوجين، وقد حدث هذا في كثير من الحالات التي تم فيها إنتقال العدوى من الزوج الذي كان يمارس علاقات غير شرعية خارج الأسرة إلى الزوجة.

الفرع الثاني

الأمراض النفسية

بقدر تقدم البشرية وتعدّد إنجازاتها العلمية في مختلف المجالات وعلى رأسها المجالات الإعلامية والاتصالات، بقدر التأثير السلبي لذلك على الجانب الروحاني والأخلاقي، اللذان يعطيان للإنسان إحساساً بالثقة والأمان والإطمئنان. وبقدر ما قدّم العلم للإنسان من وسائل جديدة للعيش المادي الأفضل بقدر ما أحوجه إلى قيم، لا أقول جديدة ولكنها قديمة قدم البشرية، ولكنها تحتاج الى بعث جديد، قيم تهدي من روع الإنسان أمام ظروف اقتصادية قد تجوّعه، أو ظروف سياسية قد تشرده وتقتله، أو ظروف إجتماعية قد

(1) يوسف صلاح الدين يوسف، الآثار المترتبة على الإصابة بالأمراض المعدية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص36-39.

(2) للتفصيل أكثر لهذا المرض وأعراضه يرجع الى نوال محمد شافعي ص128-129 وكذلك ص 170.

(3) صحيح البخاري، حديث رقم 5707.

تشعره بالوحدة والضياع في عالم اللاحدود الذي أصبحنا ننتمي إليه قسراً. هذا العالم الذي أصبح لا يوفر للإنسان سياجاً من الأمن والأمان يشعره بدفع الأسرة والمجتمع والدولة التي تحميه، وهذا هو نتاج فكر العولمة الذي حاصر كل إنسان في بقاع العالم حيث أضحى في سجن كبير.

وإذا تحدثنا عن الأمراض الحسيّة البيولوجية وتنوعها، فإن تنوع الأمراض النفسية وانتشارها أوسع بكثير، وهي من أبرز سمات العصر الحديث. وتتمركز أهمّ هذه الأمراض النفسية حول محورين أساسيين هما:

- 1- الإنطواء والإنعزال عن المجتمع والذي قد يؤدي إلى الإكتئاب المرضي الحادّ.
 - 2- محاولة البحث عن تحقيق السعادة النفسية خارج نطاق الواقع الاجتماعي بعبادته وقيمه والذي قد يؤدي في إحدى صورته إلى الانحراف والشذوذ الجنسي.
- والذي يهمننا أكثر في مجال الأمراض النفسية هو إمكانية إعطاء الزوجة الحق في طلب التفريق لإصابة الزوج بها أولاً ؟ ولكن نتوصل إلى الإجابة ينبغي معرفة طبيعة بعض الأمراض النفسية ومدى خطورتها على إستمرار الحياة الزوجية، وهل تتحقق فيها بعض العلل التي من أجلها أجاز الفقهاء طلب الفرقة للزوج السليم.

أولاً: الإكتئاب المرضي

الإكتئاب بشكل عام هو " حالة إنفعالية تكون فيها الفاعلية النفسية الجسدية منخفضة، وقد تكون سويّة أو مرضيّة، وتشير منها إلى اليأس والشعور المهيمن بالعجز والتفاهة. والاستجابة الإكتئابية حالات نفسية عصابية (نفسية) أو ذهانية (عقلية) تبتدئ بالكآبة والشعور بالإثم، وفي الحالات المتقدمة قد تتميز بالشعور والميل إلى الإنتحار"⁽¹⁾.

يتبين من هذا التعريف أنّ الإكتئاب أنواع ودرجات، فقد يكون إكتئاباً سويّاً يمر به معظم الناس ولا يشكل خطورة كما يحدث بطريقة مؤقتة، أو إكتئاباً مرضياً ويكون في معظم الأحيان حاداً، أما من حيث النوع فقد يكون نفسياً أو عقلياً⁽²⁾.

(1) نوال محمد شاكر ، مرجع سابق، ص176.

(2) نوال محمد شاكر ، مرجع نفسه، ص176-180.

1. الإكتئاب النفسي (العصابي): ويختلف عن الإكتئاب السويّ في الدرجة والفترة الزمنية، ويتميّز بمدة أطول، وبحزن شديد دائم ويأس وضياع، ويكون بسبب حادثة مؤلمة يمكن تحديدها كفقده العمل أو لإنسان عزيز عليه.

2. الإكتئاب العقلي (الذهني): قد يحدث دون سبب محدّد وواضح، ويتسم بالهبوط في النشاط الحيوي والحركي والقنوط المستمر، وقد يتسم بالبكاء المستمر وتوهم المرض والإضطهاد ومشاعر الإثم. وقد يصل به الأمر إلى الإنتحار، وللاكتئاب العقلي أنواع تتسم بثلاث مستويات في الشدّة:

أ- الإكتئاب البسيط وهو أبسط أنواع الإكتئاب.

ب- الإكتئاب المرافق لسن العقود والإكتئاب الموقفي والإنفعالي وعلاجها سهل وميسر ويتطلب العلاج النفسي فقط.

ج- الإكتئاب الحاد والذهول الإكتئابي، هاتين الحالتين لا يكفي فيهما العلاج النفسي لا بد من إيداع المريض في مصحةّ لعلاج كيميائياً ونفسياً ولمراقبته حتى لا يقدم على الإنتحار.

يبقى التساؤل في الأخير، هل يمكن أن نقيس مرض الإكتئاب على العيوب التي أجاز الفقهاء بها طلب التفريق؟

لقد أجازوا التفريق للجنون، وألحق بعضهم بعض أنواع الضعف العقلي والنفسي، كالعتة والخبل والصرع، وأضاف المالكية مرض الوسواس⁽¹⁾. وإذا نظرنا إلى العلل التي من أجلها أجاز الفقهاء التفريق لهذه العيوب فإنه يمكن أن نلحق بها مرض الإكتئاب الحاد الذي يتصف المصاب به بالعزلة الشديدة عن المجتمع والتكلم بصعوبة شديدة وإتهام نفسه بأبشع الآثام التي لا يمكن التكفير عنها، وتوهم المرض وفقدان الشعور بالواقع وكما تبدو عليه الهلوسة السمعية وإحتمال ارتكاب العدوان على غيره ونفسه بالإنتحار وكذلك الذهول الإكتئابي، وهو أشدّ أنواع الإكتئاب خطورة، حيث يعود الفرد إلى مرحلة طفولية بدائية، ولا يباشر أيّ حاجة من حاجاته إلا بإرغامه على ذلك كالأكل والشرب، ويصاحب ذلك تدهور الحالة الصحية وإنقطاع الدورة الشهرية عند المرأة وبرودها الجنسي، ويصاب الرجل أيضاً بالضعف الجنسي.

إنّ التقدم الطبي في مجال علم النفس أدّى إلى علاج الكثير من الأمراض، إلّا أنّ بعض حالات الإكتئاب الحاد والذهول الإكتئابي قد تؤدي إلى إضعاف العقل إلى درجة قد تصل إلى الجنون ولو جزئياً، وقد يعرض المريض نفسه وغيره للخطر بالإضافة إلى الأعراض الخطيرة الأخرى، وقد يطول العلاج

(1) شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدريز، ج2، مرجع سابق، دب.ن، ص279، ت 1230 هـ.

إلى أكثر من سنة⁽²⁾، بل وإلى سنوات. وتقاس هذه الأمراض النفسية على مرض الجنون والذي قد يعرض النفس إلى الخطر. وقد نقيس هذه الأمراض النفسية الحادة على أمراض جنسية أخرى من حيث إعتبارها مانعا من موانع العلاقة الحسية بين الزوجين، خاصة وأن المالكية ذهبوا إلى أبعد من هذا بحيث أجازوا طلب التفريق بسبب مرض الوسواس والذي أقلّ خطورة من الأمراض النفسية التي ذكرناها.

ونرى عدم الأخذ بهذا الأخير في عصرنا الحالي لأنّ الوسواس من الأمراض التي يمكن علاجها حديثاً، حتى وإن كان وسواساً قهرياً وطالت مدّة علاجه. لكن في المقابل إذا تعدّى هذا الوسواس على الحياة الخاصة للزوجة بحيث يتخيّل الزوج أنّ زوجته تخونه ويؤذيها بسبب ذلك، والواقع الاجتماعي يعرف حالات مماثلة لهذا الوسواس القهري يسيطر على صاحبه، فإذا وجدت الزوجة في حرج كبير بسبب هذا التهيو الذي أصبح يسيء لها ولمسمعتها وأسرتها فلها أن تطلب التفريق لذلك.

رغم أننا بصدد الحديث عن الزوجة وحقها في طلب التفريق للعيوب إلا أنه ليس كل عيب يجيز طلب التفريق، لأن الحياة الزوجية ليست مبادلات مادية فحسب وإنما هي جملة أحاسيس ومشاعر تمنح للزوجة قوة التحمل والصبر على بعض الأعراض المؤقتة بل وحتى الدائمة وفي كثير من الأحيان. ولكن إذا إستحال الأمر إلى عدم إطمئنان وخوف من الإعتداء وعدم القدرة على توفير حياة كريمة محصنة، هنا ينشأ حق الزوجة في طلب التفريق المسببة لذلك.

ثانياً: الشذوذ الجنسي

من سنن الله أنه خلق جنسين في هذا الكون وهما الذكر والأنثى، وجعلا كلا منهما مكماً للآخر، وجعل لكل منهما خصائص خلقية بيولوجية وصفات نفسية معنوية تلبي حاجيات الآخر النفسية والجسدية، كل هذا في إطار الممارسة الطبيعية والشرعية لكل منهما إتجاه الآخر، وسبق الذكر أن التغيرات التي حدثت في هذا العصر ومجمل التناقضات والظروف الإقتصادية⁽¹⁾ والاجتماعية التي أثرت سلباً على الإنسان، قد تؤدي به إما إلى الإنطواء أو إلى البحث عن السعادة خارج الأطر الثابتة للمجتمع. وقد تعرضنا للقلق والإنطواء المؤدي إلى حالات الإكتئاب، وبقي أن نلقي نظرة على إنحراف نفسي آخر قد يؤدي على الشذوذ الجنسي.

(2) قياساً على تأجيل المجنون سنة عند فقهاء المالكية.

(1) ليس بالضرورة أن تكون الظروف الإقتصادية المتردية السبب في الأمراض النفسية والانحرافات الأخلاقية، فقد يتسبب الثراء كذلك في هذه الأمراض إذا إقترن بضعف الوازع الديني والأخلاقي، فقد يبحث الثريّ السوي عن اللذة القصوى والسعادة الدائمة فلا يجدها فيلجأ إلى البحث عنها بطرق غير سوية وشاذة.

1. معنى الشذوذ الجنسي وأنواعه: جاءت كلمة الشذوذ لغة من شذَّ، ويقال شذَّ عن الجمهور أو الجماعة أي ندر عنهم وإنفرد، والقول شذَّ عن الأصول أي خالفها، والشذاذ من الناس أي القِلال⁽²⁾. أما عن المعنى الإصطلاحي للشذوذ في المجال الجنسي هو مخالفة الفطرة السليمة والسويّة لبني البشر بل للكائنات جميعاً من ميل كل جنس إلى الآخر وقضاء الشهوة بطريق الجماع العادي⁽¹⁾. وقد أرجع علماء النفس أسباب الانحرافات الجنسية بكل أنواعها إلى اضطرابات نفسية مرضية قد تكون بسبب ظروف إجتماعية خاصة⁽²⁾.

ومن أشكال الانحراف الجنسي:

- أ- الانحراف الجنسي الذاتي: ويتجلى هذا في النرجسية أي عشق الذات وممارسة العادة السرية.
- ب- الجنسية المثلية: إفراغ الشهوة في نفس الجنس، وهذا ما يعرف بالواط عند الرجال، ومن آثار ممارسة هذا السلوك العزوف عن الجنس الآخر والتقرّز منه.
- ج- الانحراف في الوظيفة الجنسية، أو بالشبق والهوس الجنسي (الإفراط) أو الضعف والبرودة الجنسي.
- د- الانحرافات الجنسية المظهرية: وتتمثل في إستعراض الأعضاء التناسلية وإختلاس النظر للأعضاء التناسلية للغير.
- هـ- السادية والماسوشية: وتعيّنان ممارسة الجنس بعنف وقسوة، فتعني الأولى أن يلجأ صاحب هذا الانحراف إلى إيلاّم شريكه بالعنف والتعذيب لإشباع غريزته⁽³⁾، ويسبب هذا ألماً نفسياً وبدنياً للطرف الآخر. وقد يصل هذا الإيلاّم الشديد إلى القتل. أما المعنى الثاني أي الماسوشية فيعني أنّ لذة المصاب لا تكتمل إلّا يتألّمه هو على يد شخص آخر أي شريكه⁽⁴⁾.

وما يهمننا في مختلف أنواع الانحراف الجنسي هي الانحرافات الأكثر تأثيراً على مسار الحياة الزوجية وأكثرها إلحاقاً للضرر بالطرف الآخر، وهي الجنسية المثلية والسادية والماسوشية.

2. مدى إعتبار الشذوذ الجنسي كعيب من العيوب الموجبة للتفريق: إن الله تعالى خلق الزوجين الذكر والأنثى وشرع لهما الزواج كعلاقة مقدسة سويّة تستجيب للإنجذاب الفطري الموجود بينهما، وهذا بصورة سويّة طبيعية فطرية من أجل بقاء النوع وإمتداد النسل لتعمير هذه الأرض. ولا شك أن الخروج عن هذه الفطرة والشذوذ عنها من شأنه تعكير صفو الأسرة وتفكيكها، فإذا كان الزوج مصاباً بانحراف الجنسية المثلية فإنه

(2) المنجد في اللغة والأدب والعلوم، مرجع سابق، ص390.

(1) نوال محمد شاكر، مرجع سابق، ص390.

(2) L " homosexualite' est donc essentiellement lie'e a des facteurs psycho- sociauxqui expliquent la diversite' de ses aspects ". Professeur-A. Domart et D-J. Bour neuf. Nouveau Larousse Me'dical. Librairie Larousse. 1988. Paris. P 494.

(3) Nouveau Larousse Me'dical. Op cit. p901.

(4) Nouveau Larousse Me'dical. Op cit. p612.

من آثار ذلك الإنصراف عن الزوجة جسدياً وعاطفياً، فتفتقد هي بذلك السكن والطمأنينة المنشودين من الزواج، ناهيك عن ألمها النفسي الذي ستشعره إذا علمت بشذوذ زوجها، بل وتقرزها ونفورها منه لأنه أهدر رجولته بإنحرافه هذا. إضافة إلى الأمراض العضوية التي قد يصاب بها الزوج من ممارساته الشذوذية مع بني جنسه، وهذا قد يعرض الزوجة والأولاد- إن وجدوا- للخطر. ورغم هذا لا نستطيع أن نقول إن ممارسة الزوج للواط ليس عيباً في حد ذاته موجباً للتفريق لأن هذا في حد ذاته فاحشة من الفواحش، وإنما آثار ذلك يؤدي كذلك إلى طلب الفرقة، كأن يؤدي هذا إلى الإنحراف إلى برودة إتجاه الزوجة أو إلى إجبارها على إتيانها في غير موضع الوطء لتلبية حاجات الزوج المنحرفة، حينذاك يكون طلب التفريق مؤسس على الضرر الواقع بالزوجة وعلى أساس الشقاق المستمر بينهما بسبب هذه الإنحرافات، "والقاضي يحتاج للتفريق تقريراً طبياً"

إجمالاً فإن مجمل صور الإنحراف والشذوذ الجنسي هي أسباب موجبة لطلب التفريق باختلاف تكييفها، أي كعيب موجب له أو تفريق للضرر لأن مجمل الضرر التي قد تلحق بالزوجة هي:

- الإيلام الجسدي، إما بالعنف أو بانتقال بعض الأمراض من الزوج الشاذ.
- عدم تحقيق الإشباع الفطري للزوجة.
- الإيلام المعنوي المتمثل في إهدار كرامة المرأة والأسرة بأكملها بإهدار الرجل بكرامته.

المطلب الثالث

العيوب الطارئة بعد عقد الزواج وحكم التفريق بها

لقد إفتراضنا أن تكون العيوب السابقة الذكر، والتي أسهبنا في الحديث عنها، بالزوج قبل إبرام عقد الزواج، لأن الأمر يتعلق بالتدليس الذي يكون قد وقع على الطرف الآخر أثناء العقد والذي يعطي للزوج المتضرر الحق في فسخه. ولكن ماذا لو أصيب الزوج بنفس العيوب والأمراض الموجبة لطلب الفرقة بعد الزواج؟ هل سيرى عليها نفس الحكم؟ أو أن الأمر يختلف كونه لم يصطبغ بصبغة التدليس على الزوج الآخر. إذا لو إفتراضنا إختلاف الحكم في العيوب الطارئة بعد الزواج، فهل يختلف الأمر بالنسبة للزوجين أو لأحدهما فقط؟ أو بالأحرى هل تبقى الزوجة متمتعة بحق طلب الفرقة للعيوب الطارئة بالزوج بعد الزواج أم أنها تفقد هذا الحق في هذه الحالة؟

الفرع الأول

الرأي القائل بعدم جواز طلب التفريق بالعيوب الطارئ بعد الزواج

قبل التعرض لهذا الرأي سنبغي الإشارة إلى أنه لا ضرورة من البحث في رأي من قالوا بعدم جواز طلب التفريق للعيوب أصلاً، فإذا كانوا لا يجيزون ذلك في العيوب الواقعة قبل عقد الزواج والذي ينبغي عليها طابع التدليس، فإنهم من باب أولى لا يجيزونه في العيوب الطارئة بعد العقد. وإنما ينبغي البحث في آراء من قالوا بجواز طلب التفريق للعيوب الواقعة قبل الزواج، هل يجيزونه في العيوب الطارئة بعد الزواج أم لا؟

أن الرأي الذي نحن بصدده هو للشافعي⁽¹⁾ وأحد قولي الحنابلة⁽²⁾، وهم يرون أن العيوب الحادثة بعد الزواج لا تثبت للزوج حق طلب التفريق، فالزوجة حسبهم ليس لها الحق في طلب التفريق إذا حدث للزوج عيب من العيوب السابقة والتي تعطل بها تحقيق أهداف الزواج، وحجتهم في ذلك أن هذا العيب لم يكن موجوداً قبل العقد، والعقد نشأ صحيحاً، فلا داعي ولا مبرر لنقضه، ووقوع العيب أو المرض بعد العقد دليل على خلوة من التدليس والتغريب بالزوج المتضرر.

يظهر - حسب رأينا - أن أصحاب هذا الرأي أسسوا جواز طلب التفريق على نية التدليس ووقوع التغريب بالزوج فقط، وبالتالي إذا إنتفى هذا الأمر لم يثبت للزوج الآخر حق طلب الفرقة. ولكن من أهم العلل التي ذكرها جلّ الفقهاء والتي تستجيب لمقتضيات العقل والشرع هي عدم القدرة على تحقيق الأهداف الأساسية للزواج كالمودة والرحمة والسكن والإنجاب.... إلخ. بالتالي حتى وإن يكن هناك تدليس أثناء إبرام العقد فقد يحدث العيب بعد الزواج فتصبح الحياة الزوجية بسببه مضطربة وغير مستقرة، ولا يتحقق الهدف الأساسي من وجودها. من هنا تأتي مصلحة الزوج المتضرر في دفع هذا الضرر الذي قد لا يطاق.

(1) أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب المارودي البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج9، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ت.ن، ص347.

(2) موفق الدين بن قدامة، ج2، مرجع سابق، ص580.

الفرع الثاني

الرأي القائل بثبوت حق الزوجة في طلب التفريق بالعيوب الطارئة بعد الزواج

لهذا الرأي إتجاهان يتفقان في إعطاء الزوجة الحق في طلب التطلاق للعيوب الطارئة على الزوج بعد الزواج، ويختلفان في أنّ الأول يعطي هذا الحق للزوجين دون تمييز ، أما الثاني فيعطي هذا الحق للزوجة فقط.

- الإتجاه الأول: يرى أنصار هذا الاتجاه أنّ العيوب الطارئة بعد الزواج مثلها مثل العيوب الواقعة قبله تثبت حق الخيار للزوج السليم سواء كان الزوج أو الزوجة. ولا مجال للتفريق بين هذه العيوب لأن الزواج عقد منفعة يجوز نقضه أو فسخه بتعطل تلك المنفعة. وقد ذهب هذا الرأي الشافعية في قولهم المتأخر⁽¹⁾، ومن الحنابلة ابن قدامة والذي كان توسع في العيوب الموجبة لطلب التفريق الواقعة قبل الزواج أعطى نفس الحكم للعيوب الطارئة بعده.

- الإتجاه الثاني: يرى أنصار هذا الاتجاه وهم المالكية⁽²⁾ أنّ حق طلب التفريق للعيوب الطارئة بعد الزواج يثبت للزوجة دون الزوج، لكنهم لم يطلقوا هذا الحكم على كل العيوب، بل على أشدها إيذاءً بالزوجة كالبرص والجنون والجذام، ويقاس على ذلك العيوب الشديدة الإيذاء أو المساوية لها في العلة. وعذرهم في ذلك أنّ الزوج بإمكانه دفع الضرر عنه بالطلاق لأنه يملكه، أما الزوجة فلا فرصة لها لدفع هذا الضرر إذا تعسف الزوج في عدم قبول فراقها إلا بطلب التطلاق من القاضي.

إننا نميل إلى هذا الرأي لكونه موافقاً للقياس و منطقياً وواقعياً ولأنه أفيد وأصلح للزوجة والتي إعتبرها، رغم ما لها من حقوق، الطرف الضعيف في عقد الزواج، أمام ما يملكه الزوج من حق فكّ عقدة النكاح بإرادته المنفردة. فمن المنطقي أن تمتلك المرأة حق رفع أمرها للقاضي لدفع الضرر عنها بسبب العيوب السابقة واللاحقة بعقد الزواج، دون أن يتمتع الزوج بهذا الحق، لأن هذا أحفظ لحقوقها (مهر، نفقة،...) في حالة فسخ الزواج، وأحفظ لسرّها بضمان عدم التشهير بها.

(1) أبو الحسن علي بن محمد بن حميد البارودي البصري، مرجع سابق، ص 337.

(2) شمس الدين شيخ محمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق، ص 278.

خلاصة القول أنّ جلّ فقهاء الشريعة الإسلامية توسعوا في العيوب والأمراض الموجبة لطلب التفريق بطلب الزوجة والتي تكتشفها في زوجها بعد الزواج، كما ألحقوا بها العيوب والأمراض التي قد تطرأ على الزوج بعد عقد الزواج، وفي هذا سعة وحرية منحها الشرع الإسلامي للزوجة بتمكينها من فراق زوجها إذا تضررت من علاقته به

المبحث الثاني

بعض القوانين العربية و موقفهم من عيوب الزوج الموجبة لطلب التفريق

بالنظر إلى صياغة المواد القانونية لتشريعات الأحوال الشخصية لبعض الدول العربية سنتمكن من معرفة كيفية تعرض مشرّع كل دولة لتحديد العيوب الموجبة للتفريق وهل حددها على سبيل الحصر أو ذكر بعضها على سبيل المثال وترك الباقي للإجتهد القضائي.

المطلب الأول

القانون المصري

إذا بحثنا في العيوب الموجبة للتفريق من طرف الزوجة في التشريع المصري نجد قسمين، قسم كان يعمل به قبل صدور قانون رقم 25 لسنة 1920 وقسم جاء به هذا الأخير. ما كان يعمل به القانون السابق هو ما جاء في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية⁽¹⁾، وهذا القسم من العيوب ما زال يعمل به إلى جانب القانون المذكور حسبما جاء في المذكرة الإيضاحية له وما أيدته محكمة النقض المصرية⁽²⁾ القضية بالعمل بالعيوب الموجبة للتفريق بمقتضى مذهب الإمام أبي حنيفة، وذلك وفقاً للمادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية⁽³⁾.

(1) لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، الصادر بها الأمر العالي المؤرخ في 25 ذي الحجة سنة 1314 الموافق 28 مايو المعدلة بالمرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931.

(2) طعن رقم (8) لسنة 43 ق "أحوال شخصية"، جلسة 1975/11/19، والذي جاء فيه ما يؤكد العمل بالعيوب التناسلية وفقاً للأرجح من مذهب أبي حنيفة إلى جانب العيوب المنصوص عليها بالقانون رقم 1920/25، وهذا ما أكدته مذكرته الإيضاحية ومما جاء في هذا الطعن ما يلي: "لما كانت المذكرة الإيضاحية للقانون قد أوضحت أن التفريق للعيوب في الرجل قسمان، قسم كان معمولاً به بمقتضى مذهب أبي حنيفة وهو التفريق للعيوب التي تتصل بقربان الرجل لأهله وهي عيوب الجبّ والعنة والخصاء. وبقاى الحكم فيه... وقسم جاء به القانون وزاده على ما كان معمولاً به وهو التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش معه الزوجة إلا بضرر..." نقلاً عن نوال محمد الشاكر، ص 343.

(3) تنص المادة 280 من لائحة المحاكم الشرعية على ما يلي: "تصدر الأحكام طبقاً للمدون في هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة..." نقلاً عن عبدالفتاح مراد، شرح تشريعات الأحوال الشخصية، ط1، الإسكندرية، ص 658.

نستخلص مما سبق أن المشرع المصري كان يأخذ بالعيوب التي تتصل بقربان الرجل لزوجته وهي العيوب التناسلية، بالإضافة إلى ما جاء به القانون المذكور وهو التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش معه الزوجة إلا بضرر. وبأخذ المشرع المصري قبل سنة 1920م بالراجح من مذهب أبي حنيفة يكون قد إقتصصر على العيوب التناسلية فقط، أما بعد إصدار قانون 1920/25 فإنه قد وسع من دائرة هذه العيوب ووضع لها معياراً يجمعها دون حصرها⁽¹⁾، ويتمثل هذا المعيار في عنصرين إثنيين، أولهما إستحكام العيب وعدم الشفاء منه أو الشفاء منه بعد زمن طويل، أما المعيار الثاني فهو تضرر المرأة من هذا العيب،

وقد جاء القانون بأ مثلة من العيوب العقلية كالجنون وأمثلة من العيوب المعدية المنفرة كالجدام والبرص⁽²⁾، نجد أن المشرع المصري لم يستند إلى مذهب فقهي معين كما كان الحال قبل عام 1920م، وإنما أخذ برأي جمهور الفقهاء، وأدى هذا إلى توسعه في تحديد معيار هذه العيوب كما أخذ بالعيوب الحادثة قبل عقد الزواج وبعده. لكن رغم توسع المشرع المصري في تعداد هذه العيوب، إلا أن هذا التوسع كان محدوداً، لأن القضاء المصري لم يعتبر كل الأمراض العقلية والنفسية موجبة لطلب التفريق. ومن تطبيقات المحاكم رفض طلب التطلق بسبب عته الزوج⁽³⁾.

وليس هذا فحسب فقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أبعد من هذا في أحدث الاجتهادات والمبادئ القانونية التي قررتها⁽⁴⁾، حيث رفضت إدراج العقم ضمن العيوب التناسلية التي تجيز طلب التطلق في المذهب الحنفي، وإستدلت في ذلك على أن العقم لا يمنع الوطء وإستمتاع كل طرف بالآخر، وأن الرزق بالذرية هو هبة من الله تعالى ومظهر من مظاهر قدرته الإلهية، وبذلك تم نقل الحكم لأنه مخالف بالقانون.

(1) محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة، منشورات الحلوي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 432 وما يليها، أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطلق وآثارها، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، 2004م، ص 184 وما يليها.

(2) تنص المادة التاسعة من القانون 1920/25م، " للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيب مستحكم لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجدام والبرص سواء أكان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أو حدث بعد العقد ولم ترضى به فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق".

(3) " إنما نصت عليه المادة التاسعة من القانون 1920/25م على أنه يشترط في العيب الذي يجيز للزوجة طلب التفريق.... ألا يمكنها المقام معه إلا بضرر، ومن حيث أن العته لا يتحقق في ذلك، إذ المعتوه شرعاً هو قليل الفهم مختلف الكلام لا يضرب ولا يشتم ومثل هذا العيب لا تضرر معه الزوجة "، حكم صادر من محكمة إمبابة الشرعية بمصر بتاريخ 1925/1/1م نقلاً عن نوال محمد الشاكر، ص 352.

(4) طعن رقم 357 لسنة 63 قضائية، الأحوال الشخصية، بتاريخ 1997/12/29م، نقلاً عن عبدالفتاح مراد، شرح تشريعات الأحوال الشخصية، ص 766.

لو تفحصنا الموضوع جيداً فإننا نلاحظ أن الفقهاء جميعهم متفقون على التفريق بين الزوجين بسبب العيوب المانعة من الوطء، أي العيوب التناسلية. والوطء في الأصل هدفه تحصيل الولد الذي هو في غالب الأحيان غاية أساسية يهدف إليها من وراء عقد الزواج، فينبغي أن تأخذ الغاية- وهي الأهم- حكم الوسيلة وهي الوطء، دون أن ننكر أن هذا الأخير هو أيضاً هدف من إهداف الزواج، ولم يجعله الله تعالى غريزة فطرية في كل إنسان عبثاً أو من أجل اللذة فقط، وإنما هو من أجل الهدف الأسمى وهو الحفاظ على النوع البشري.

ويكفي في ذلك ما جاء في الأثر وما روي عن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) أنه قال لمن تزوج امرأة وهو لا يولد له- اي عقيم-: " أخبرها أنك عقيم وخيرها" ولم يرفض عمر تخيير المرأة.

المطلب الثاني

القانون السوري

ذكر المشرع السوري العيوب الموجبة للتفريق في فصل التفريق للعلل وذلك في المادة 105 من قانون الأحوال الشخصية السالف الذكر حيث نصّت على ما يلي: " للزوجة طلب التفريق بينهما وبين زوجها في الحالتين التاليتين:

- إذا كان فيه إحدى العلل المانعة من الدخول بشرط هي منها.

- إذا جنّ الزوج بعد العقد."

نلاحظ من خلال المادة تحديداً دقيقاً للعيوب الموجبة للتفريق بطلب الزوجة، وقد إقتصرت على العيوب الجنسية المانعة من الدخول وجنون الزوج الطارئ على العقد، ويظهر من خلال هذا الحصر للعيوب الموجبة للتفريق أن المشرع السوري ضيق على الزوجة كثيراً ولم يسمح لها بالخلاص من الرابطة الزوجية التي قد يشوبها الكثير الإضطراب لتنوع العيوب التي قد تلحق الزوج وتضرّ بها، ولكنها لا تدخل إطار العيوب التي حصرها المشرع في المادة 105 السابقة الذكر. وهذا المسلك الذي سلكه المشرع السوري مناقض لما جاء بالمذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية لأنه لم يأخذ إلا بالعيوب التي أخذ بها أبو حنيفة أبو يوسف، رغم ذكره في المذكرة الإيضاحية ما يلي: " ومن الضروري العدول عن القول الراجح في المذهب الحنفي أحياناً، والأخذ من المذاهب الثلاثة الأخرى ومن مذاهب الأئمة غير الأربعة حيناً، وجميع الأحكام الشرعية في مجموعات قانونية وذلك.... لما تتغيّر من الأعراف وما جدّ من

الحوادث التي دعت الضرورة للأخذ فيها بغير ما إستقرّ عليه المذهب الذي بني حكمه في أمثالها على عرف ذلك العصر وحوادثه⁽¹⁾

نلاحظ في الأخير أن المشرّع السوري قد خلّص من العيوب الموجبة لطلب التفريق مقارنة بالتشريعات العربية الأخرى، وهذا في الحقيقة مسلك غير محمود أمام ما يعرفه العصر الحديث من أمراض خطيرة لا يمكن المقام معها إلاّ بضرر وهي أكثر خطورة من مجرد عدم القدرة على الوطء وأخطر كذلك من الجنون، وأشهر هذه الأمراض مرض الإيدز.

المطلب الثالث

القانون المغربي

لقد ذكرنا سابقاً أنّ المشرّع المغربي أعطى حق التفريق للعيوب لكلا الزوجين، وقد حدّد في المادة 107 من المدوّنة الجديدة للأسرة الصادرة وفقاً للقانون رقم 70/3 عيوب الزوج الموجبة لطلب التفريق من طرف الزوج الآخر وهي كالتالي: " تعتبر عيوباً مؤثرة على إستقرار الحياة الزوجية وتخول طلب إنهاؤها:

- 1- العيوب المانعة من المعاشرة الزوجية.
- 2- الأمراض الخطيرة على الزوج الآخر أو على صحته، التي لا يُرجى منها الشفاء منها داخل سنة⁽¹⁾.

نلاحظ أن المشرّع المغربي لم يحدّد العيوب بحصرها، بل ولم يذكر حتى أمثلة عنها بل حدّد ضابطين أساسيين، أولهما عدم القدرة على المعاشرة الزوجية، وثانيهما خطورة المرض على الزوج الآخر. وحسب تقديرنا فإنّ المشرّع إقتصر بذلك على العيوب الجنسية المانعة من الوطء والأمراض الخطيرة على الزوج الآخر. ويفهم بالتالي من ذلك أن المشرّع قصد الجنون خاصة لأنه يؤدي بصاحبه إلى ارتكاب العنف، وكذلك الأمراض المعدية الخطيرة التي قد تؤدي إلى موت الشخص الذي إنتقلت إليه العدوى. فهل هذا يعني أن المشرّع المغربي قد إستثنى من ذلك الأمراض التي قد تسبب ضرراً معنوياً وأشدّها الأمراض المنفرة، وإذا لاحظنا المعيارين السابقين يكون المشرّع المغربي قد إستثنى وبوضوح عيب العقم لأنه ليس مانعاً من الوطء كما انه ليس مرضاً خطيراً على حياة الزوج الآخر، ويكون بذلك قد

⁽¹⁾ إرجع الى المذكرة الإضافية لمشروع القانون الأحوال الشخصية السوري، ص5.

⁽¹⁾ محمد بن فروجي، مرجع سابق، ص40.

سلك مسلك المشرّع المصري ولكن بوضوح أكبر، لأن الذي منع القاضي المصري من الأخذ بعيب العقم كسبب موجب للتفريق ليس النص القانوني وإنما إجتهد محكمة النقض وهذا عكس التشريع المغربي الذي يفهم وبوضوح عدم أخذه بعيب العقم.

لو تأملنا قليلاً لوجدنا أن المشرّع المغربي غيّر من منهجه في تحديد العيوب الموجبة للتفريق وذلك قبل التعديل الجديد الذي بدأ العمل به في فبراير سنة 2004، حيث أشار في النص القديم إلى معيار الضرر الذي يصيب الزوجة وضرب أمثلة لهذه الأمراض والعيوب⁽¹⁾. كما يستفاد من نصوص القانون رقم 07/3 أنه يؤخذ بالعيوب الواقعة قبل العقد أو الطارئة عليه، والمهم في ذلك عدم الرضا الصريح بها بعد العلم بتعدّر الشفاء.

المطلب الرابع

القانون الإماراتي

يتضح من خلال المادة 112 المذكورة سابقاً أن المشرّع الإماراتي لم يحدد العيوب الموجبة للتفريق على سبيل الحصر، وإنما على سبيل المثال. كما أنه وضع أكثر من معيار لتحديد هذا. فقد وضع معيار الضرر والنفرة من الزوج الآخر للأخذ بالعيوب كسبب للتطليق. أضاف منع العيب أحد الزوجين من المتعة الجنسية.

كما أضاف المشرّع في المادة 114 فقرة 2 و 4 عقم الزوج الآخر وإصابته بمرض معد يخشى منه الهلاك وهذا ما جاء فيها: " لكل من الزوجين حق طلب التفريق في الحالات الآتية:..

-
- (1) نصّت المادة 54 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية الصادرة في عام 1957 على ما يلي:
- 1- إذا وجدت الزوجة بزوجه عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن يزيد عن سنة ولا يمكنها البقاء معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص والسلّ ، فلها أن تطلب من القاضي تطليقها منه سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به، أو حدث بعد العقد ولم ترض به، ويؤجله القاضي سنة فإن برئ أو طلقها عليه.
 - 2- يستجاب لطلب المرأة التطليق بدون تأجيل في عيوب الفرج التي لا يرجى برؤها.
 - 3- إذا تزوجته عالمة بالعيوب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فليس لها طلب التطليق لأجله" ، نقلاً عن نوال محمد الشاكر، ص368.

- 1- إذا ثبت بتقرير طبي عقم الآخر، بعد زواج دام خمس سنوات، وبعد العلاج الطبي، وبشرط عدم وجود أولاد لطالب الفسخ، وإن لا يجاوز عمره أربعين سنة.
- 2- إذا ثبت إصابة الآخر بمرض معدٍ يخشى منه الهلاك كالأيذز وما في حكمه، فإن خشي إنتقاله للزوج الآخر أو نسلهما وجب على القاضي التفريق بينهما.

المبحث الثالث

العيوب والأمراض في قانون الأحوال الشخصية العراقي

المطلب الأول

طلب التفريق بسبب العيوب والأمراض

قبل الخوض في الموضوع أود أن أشير إلى أن المحاكم الشرعية العراقية إبان الحكم العثماني كانت تأخذ بمذهب أبي حنيفة وأبي يوسف القائل بالتفريق للعيوب التناسلية : العنة والجب والخصاء ولم يكن للزوجة حق طلب التفريق للعيوب غير التناسلية، كالجذام والبرص والجنون. لكنه ومنذ تاريخ 18 جمادي الأول من عام 1324 هجرية صدرت الإدارية السلطانية والتي أخذت برأي الإمام محمد في التفريق لتلك العيوب أو ما يماثلها. وظلت هذه الأرادة نافذة حتى صدور قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل، وقد جاءت أحكام التفريق القضائي للعيوب والأمراض في الفقرات (4 و5 و6) من المادة الثالثة والأربعين أولاً من القانون وكما يلي:

للزوجة طلب التفريق، عند توافر أحد الأسباب الآتية:

الفقرة (4): إذا وجدت زوجها عنيماً أو مبتلى بما لا يستطيع مع القيام بالواجبات الزوجية سواء كان ذلك لأسباب زوجية أو نفسية، أو إذا أصيب بذلك بعد الدخول بها وثبت عدم إمكان شفائه بتقرير صادر عن لجنة طبية رسمية مختصة، على أنه إذا وجدت المحكمة أن سبب ذلك نفسي فتؤجل التفريق لمدة سنة واحدة، شريطة أن تمكن زوجها من نفسها خلالها .

الفقرة (5): إذا كان الزوج عقيماً أو إبتلى بالعقم، بعد الزواج ولم يكن لها ولد منه على قيد الحياة.

الفقرة (6): إذا وجدت بعد العقد، أن زوجها مبتلى بعلّة لا يمكن معها معاشرته بلا ضرر، كالجذام أو البرص أو السل أو الزهري أو الجنون، أو أنه قد أصيب بعد ذلك بعلّة من هذه العلل أو ما يماثلها، على أنه إذا وجدت المحكمة بعد الكشف الطبي، أن العلة يؤمل زواجها فتؤجل التفريق حتى زوال تلك العلة وللزوجة أن تمتنع عن الإجتماع بالزوج طيلة مدة التأجيل ، أو إذا وجدت المحكمة أن العلة لا يؤمل زوالها خلال مدة مناسبة وأمتنع الزوج عن الطلاق وأصررت الزوجة على طلبها، فيحكم القاضي بالتفريق. وبتأمل تلك الفقرات نتوصل إلى ما يلي:

- 1- إن المشروع أعطى للزوجة وحدها حق طلب التفريق بسبب العيوب والعلل.
- 2- إن الفقرة الرابعة تخص العلل والأمراض التي تصيب الجهاز التناسلي للزوج، وتجعله بحيث لا يقدر على مقارنة زوجته.
- 3- خص المشروع الفقرة السادسة للعلل والأمراض الخطيرة أو المنفرة التي تصيب الزوج، وتجعل غير قادرة أو غير مطيقة للمقام مع زوجها، أو تمكينه من نفسها لما يصيبها من جراء مقارنة الزوج لها من مرض أو أذى جسدي أو نفسي.
- 4- إختصت الفقرة الخامسة بمرض واحد فقط، وهو (عقم الزوج)، والمقصود به هو العقم الذي لا يرجى شفاؤه، لكن المشروع لم يذكر كيفية ثبوت ذلك، مثلما أورد في الفقرتين الرابعة والسادسة، في ثبوت العلة أو المرض أما بالكشف الطبي أو بتقرير طبي صادر من لجنة رسمية مختصة. كما يتضح لنا أن الفقرة الرابعة قد إشتملت على الأحكام الآتية:

- 1- إن للزوجة طلب التفريق إذا أصيب زوجها بالعنة أو بأي مرض آخر في جهازه التناسلي، إذا أدى ذلك إلى عدم إمكان إتصال الزوج بها ومقاربتة لها، وهو المفهوم من عبارة (.. بما لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية)⁽¹⁾
- 2- عدم الفرق أو التمييز بين أن تكون هذه الأمراض والعيوب موجودة قبل العقد أو حادثة بعده.
- 3- وجوب إثبات عدم إمكان الشفاء بتقرير صادر من لجنة طبية رسمية مختصة.
- 4- التمييز بين عنة سببها عضوي، وعنة سببها نفسي. ففي الحالة الأولى يحكم القاضي بالتفريق في الحال، أي بمجرد ثبوت عدم إمكان الشفاء منها بالتقرير المشار إليه في الفقرة (3) أعلاه. أما في الحالة الثانية

(1) كانت هذه الفقرة، هي الفقرة الأولى من المادة الرابعة والأربعين قبل التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959، الصادر بموجب القانون رقم 21 لسنة 1978. وكان نصها كالآتي: إذا وجدت الزوجة زوجها عنيماً أو مبتلى بما يمنع البناء بها، فلها أن تطلب من المحكمة التفريق، ولا يخفى على اللبيب ما في صياغة هذه الفقرة من عدم السبك في الألفاظ والعبارات، كما أنها جاءت مختصرة جداً بحيث لا تفي بالغرض المقصود منها، إضافة إلى ذلك فإن عبارة (.. بما يمنع البناء بها) قد مبهمّة ولا يعرف منها أغلب المواطنين، لكن الصياغة الجديدة جاءت أكثر دقة ووضوح.

فيؤجل التفريق لمدة سنة واحدة، وتجب على الزوجة أن تقيم مع زوجها وتمكنه من نفسها خلال تلك المدة، أملاً في شفائه.

أما الفقرة الخامسة فقد إشتملت على الأحكام التالية:

1. عدم التفريق فيما إذا كان الزوج عقيماً ابتداءً، أو أصيب بالعقم بعد الزواج بأية مدة كانت.
2. إشتراط عدم إنجاب الزوجة أي ولد من زوجها قبل إصابته بالعقم، أي إذا كان العقم طارئاً. وقطعاً إن المشروع حينما اورد هذه الفقرة كان باعته إرضاء غريزة الأمومة عند الزوجة، ومن البديهي إن هذه الغريزة قد تشبع إذا كان لها ولد من زوج سابق. لذا يبدو لي أن كلمة (منه) هي قيد زائد، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فأني أعتقد أنه كان بالإمكان عدم إيراد هذه الفقرة أساساً، والإكتفاء بالفقرة الرابعة فقط، حيث أنها تحتوي ضمناً على علة العقم أيضاً، فطالما أن إعطاء حق التفريق للزوجة مثل باقي الزوجات، كما يسبب لها ضرراً معنوياً، يتمثل بحرمانها من إشباع وإرضاء غريزة الأمومة، ولذا فإن عبارة.. (بعله لا يمكن معها معاشرته بلا ضرر) يدخل في ضمنها مرض العقم أيضاً.

أما الفقرة السادسة فتشمل على الأحكام الآتية:

- 1- جواز طلب التفريق للزوجة إذا أصيب زوجها بعد عقد النكاح (قبل الدخول وبعده) بمرض، كالجذام أو البرص أو السل أو الزهري أو الجنون، أو أية علة أخرى تكون خطيرة أو منفرة أو سارية، فالمشروع لم يحصر العلل بعدد محدد، بل ذكر لها أمثلة، بدليل إيراده لـ(كاف) التشبيه، وكذلك قوله (أو ما يماثلها)، أي يماثلها في الخطورة والسريان والنفور.
- 2- تأجيل إصدار الحكم بالتفريق لفترة مناسبة إذا كانت العلة قابلة للزوال، وشفاء الزوج منها .
- 3- حق الزوجة في الإمتناع عن الإجتماع بالزوج طيلة مدة التأجيل الممنوحة له.
- 4- إذا إنتهت مدة التأجيل وبقيت العلة وأصررت الزوجة على طلبها ، وإمتنع الزوج عن الطلاق فرق القاضي بينهما.

وكما ذكرت أعلاه، فإن المشرع العراقي لم يحدد العيوب والأمراض التي يحق للزوجة طلب التفريق بها، وإنما أورد قاعدة عامة وهي: (بما لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية) أو أنه ذكر بعض الأمثلة لتلك الأمراض والعلل، وذلك لأنه من الصعوبة اليوم تحديد جميع الأمراض والعيوب التي تصيب الإنسان، فما يعتبر مرضاً مضرراً أو منفراً أو سارياً في السابق قد لا يعتبر كذلك في الوقت الحاضر بالنظر لتطور الطب وإكتشاف الأمراض وتقديم العلاج لها، ولهذا فلم يشر المشرع العراقي إلا إلى بعض هذه الأمراض والعيوب ومنها العلة والعقم والجذام والبرص والسل والزهري والجنون، ويتضح من ذلك أن المشرع العراقي لم يأخذ برأي من قال بحصر العيوب والأمراض التي تبرر التفريق، وإنما إعتد رأي من قال بعدم الحصر وهو الإمام محمد من فقهاء الحنفية وإبن القيم الجوزية وإبن تيمية

والزهري والقاضي حسين، وقد بينت فيما سبق ماهية معظم هذه العيوب والأمراض ولم يبق منها إلا السل والزهري.

فالسَّل: مرض فتاك يشترك فيه الرجال والنساء، ويسببه جرثومة تعيش في الرئتين فتسبب تمزقاً فيها، ويقوم المصاب بنفث دموي عن طريق الإسهال، علماً أن تقوم لطلب الحديث جعل هذا المرض في طريق الزوال.⁽¹⁾

أما الزهري: فهو مرض يشترك فيه الرجال والنساء أيضاً، وهو يصيب العضاء التناسلية وقد إنتشر بانتشار المدينة الغربية، حتى سمي بداء الأفرنج، ويكون على أنواع منها السفلس والسيلان، وبالرغم من تقدم الطب فإن المصابين بهذه الأمراض في إزياد مستمر، لأن العدوى تنتقل بواسطة الاتصال الجنسي، وقد يصاب بها الأطفال حديثي الولادة عند مرورهم بالمسالك التناسلية عن طريق العدوى، فيولد الطفل وأعراض المرض ظاهرة في جسمه، وقد يصاب بالعمى.⁽²⁾

وأود ان أوضح هنا أن المشرّع العراقي قد اعتبر العنة النفسية، أو العنة لأسباب نفسية من العلل التي يجوز للزوجة طلب التفريق بها، إذا لم يشف منها الزوج بعد إمهاله مدة سنة واحدة، والعنة النفسية تفقد القدرة الجنسية على الرغم من سلامة الأعضاء التناسلية ولهذا سميت بالعنة المؤقتة، والتي قد تزول بزوال بواعثها.⁽³⁾

أما فيما يختص التفريق بسبب العقم فأود أن أقول أنها حالة جديدة جاء بها التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية العراقي، إذ أنها لم تكن موجودة في المادة الرابعة والأربعين للقانون⁽⁴⁾. كما لم أجد في الفقه الإسلامي- على قدر إطلاعي- أي إشارة إلى إعتبار العقم سبباً من أسباب التفريق بإستثناء ما رواه عبدالله بن عوف عن ابن سيرين من : أن عمر بن الخطاب بعث رجلاً على بعض السعاية، فتزوج بإمرأة وكان عقيماً، فقال له عمر: أعلمتها أنك عقيم؟ قال: لا، قال: فأطلق فأعلمها ثم خيرها⁽⁵⁾.

كما نجد مصدراً لهذا الحكم في رأي الفقهاء الذين أخذوا بمبدأ عدم حصر العيوب والأمراض، وإعتبار كل عيب مرض يمنع المقصود من النكاح موجباً للتفريق، ومما لا شك فيه أنه يمكن إعتبار العقم سبباً من

(1) التفريق القضائي للعلل، عبدالرزاق يونس البكري، جامعة الموصل، 1985م، ص8.

(2) حديث الدكتور أكرم هشام جعفر في صحيفة الجمهورية بتاريخ 1985/8/19، نقلاً عن التفريق القضائي للعلل، مصدر سابق، ص8.

(3) التفريق القضائي للضرر، رعد ياسين عباس، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، 1985.

(4) تنص المادة الرابعة والأربعين:

1- إذا وجدت الزوجة زوجها عنيماً أو مبتلى بما يمنع البناء بها فلها أن تطلب إلى المحكمة التفريق.

2- إذا أطلعت الزوجة بعد العقد أن الزوج مبتلى بعلة لا يمكن معاشرته بلا ضرر: كالجذام والبرص والسل، والزهري، والجنون، أو أصيب أخيراً بعلة من العلل، فلها أن تراجع المحكمة وتطلب التفريق، إنتهت المادة.

(5) أنظر زاد المعاد لأبن القيم الجوزية، ج4، ص57، علماً أن الإمام ابن قدامة قد ذكر نفس القول - مع تغيير بعض الألفاظ والكلمات- حينما تطرق إلى عيب الخصاء. أنظر: المغني، لأبن قدامة المقدسي، ج6، ص659.

الأسباب التي تمنع المقصود من النكاح، وبناء على ذلك فإننا نجد أساساً وجيهاً لأتجاه المشرّع العراقي في اعتبار العقم سبباً من الأسباب الموجبة للتفريق.

ويبدو لي أن سبب إعتداء الفقهاء آنذاك بالعقم في كونه سبباً من أسباب التفريق هو تعذر تحديد الطرف المصاب به، هل هو الزوج أو الزوجة، لعدم تطور وتقدم وسائل الطب في زمنهم. أما اليوم، وبعد التطور الذي حصل في ميدان الطب والتأكد من تشخيص الطرف المصاب بالعقم، فإنه من غير العدل إجبار الزوجة على الإستمرار في حياة زوجية لا تحقق إغراضها، إذا ثبت طبياً أن زوجها هو العدم من سبب الإنجاب، لما يسببه ذلك من ضرر جسيم يلحق بالزوجة، والذي لا يقل عن الضرر الذي يسببه باقي العيوب والأمراض، لكن المشرّع العراقي إشتراط شرطاً خاصاً لهذه الحالة وهو أن لا يكون للزوجة ولد منه أصلاً أو كان لها ولد منه ولكن لم يبق على قيد الحياة، علماً أن المشرّع قد أطلق الحكم، فلم يفرق بين العقم القائم قبل الزواج، والعقم الطاريء بعده.

ومن الأمور الأخرى التي لاحظتها أن المشرّع العراقي لم يعرف الأمراض والعلل التي ذكرها في الفقرة السادسة من المادة الثالثة والأربعين، ويظهر أنه ترك الباب مفتوح أمام أهل الخبرة من الأطباء وذوي الاختصاص ليدلوا بدلوهم، كما أنما أعطى حق التفريق بموجب الفقرات (5،4،6) من تلك المادة إلى الزوجة فقط وحججها عن الزوج، ويبدو لي أن مرد ذلك هو أن الزوج يملك حق إيقاع الطلاق، وأعتقد أنه كان من الأرجح شموله الزوج بعين الحكم أيضاً. تحقيقاً للعدالة والمساواة في الحالة، والإختلاف في التبعات المالية بين الطلاق والتفريق خلافاً واضحاً وجلياً.

المطلب الثاني

شروط التفريق للعلل والأمراض في القانون العراقي

من إستقراء الفقرات الخاصة للتفريق للعلل والأمراض يتبين لنا أن المشرّع العراقي قد أشتراط عدة شروط وكنالتي:-

- 1- تقديم طلب إلى القضاء من الزوجة: ونقصد بذلك رفع دعوى أمام المحكمة المختصة، فإذا تقدم الزوجة طلباً للتفريق فليس للقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه.

2- وجود المرض أو العيب الذي يبرر طلب التفريق : من المعروف أنه ليس للزوجة طلب التفريق في كل عيب أو مرض يصيب الزوج، وإنما يجب أن يكون هذا المرض أو العيب من شأنه أن يمنع الزوج من القيام بالواجبات الزوجية، أو يترتب عليه ضرر ويتمثل هذا الضرر أما في كون هذا المرض من الأمراض المعدية التي يخاف سريانها إلى الزوجة أو الأولاد، كالسلّ والزهري، أو كونه يحدث أضراراً بالزوج الآخر، كالجنون، أو لأنها تبعث على الإشمئزاز والنفور، كالجذام والبرص.

ولم يفرق المشرّع العراقي في وقت وجوب المرض، فالزوجة حق طلب التفريق سواء كان الزوج مصاباً بأحد هذه الأمراض قبل إجراء عقد الزواج أو أصيب به بعد ذلك، كما لم ينص على الأسباب التي تؤدي إلى سقوط الحق في التفريق، كعلمها أو رضاها بالمرض أو التراخي في تقديم طلب التفريق، بعكس بعض القوانين العربية التي أسقطت الحق في التفريق بالعلم بالعيب قبل العقد، أو الرضا به بعده، كالقانون المصري (م9) والسوري (م106)، لأن النص العراقي جاء مطلقاً، والمطلق يحمل على إطلاقه ما لم يقيم دليل على تقيده⁽¹⁾ علماً أن القانون وقبل التعديل الثاني كان يسقط حق الزوجة في طلب التفريق إذا حدث المرض بعد الدخول وخاصة إذا كان من الأمراض التناسلية، وهذا ما يفهم من عبارة (إذا وجدت) أي عثرت على ما لم تعلم به سابقاً. ويبدو لي أن النص الحالي هو الأصوب، لأن سبب التفريق هنا هو الضرر، سواء أكان قبل الدخول أم بعده، فهل هناك ضرر أشد من الضرر الذي يصيب الزوجة حينما تجبر على العيش في حياة زوجية لا تحقق أغراضها، وكل ذنبها أن زوجها وصل إليها في العمر مرة واحدة فقط؟. كما أن الزواج ليس معاشرة زوجية وحسب حتى يمكن القول أن الزوجة قد إستوفت حقها بالدخول، وبالتالي لا يجوز لها طلب التفريق، وإنما للزواج أهداف أخرى منها طلب النسل والمودة والرحمة والسكينة والتعاون على الحياة المشتركة.

3. تعذر الشفاء من العيب أو المرض: أوجب القانون أن يكون المرض أو العيب الذي أصيب به الزوج مما لا يمكن الشفاء منه، ويجب إثبات ذلك بتقرير صادر من لجنة طبية رسمية مختصة⁽²⁾ أو بعد الكشف الطبي على المريض⁽³⁾.

ويلاحظ هنا أن المشرع إستعمل تارة مصطلح الكشف الطبي، وتارة مصطلح تقرير صادر من لجنة طبية رسمية مختصة، ويبدو لي أنه من الأفضل توحيد المصطلحين وجعل التقرير الطبي صادراً من لجنة طبية رسمية مختصة سواء كان التفريق للعيوب التناسلية أو بغيرها من العيوب والعلل، منعاً للتحايل والأفلات

(1) المادة 160 من القانون المدني رقم (40) لسنة 1951 ونصّها : " المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقدّم دليل التقييد نصّاً أو دلالة".

(2) أنظر الفقرة (4) من المادة (43) من القانون.

(3) أنظر الفقرة (6) من المادة (43) من القانون.

من نصوص القانون، وعلى أية حال فإن المحكمة تقضي بالتفريق في الحال إذا ثبت لها إن المرض لا يمكن الشفاء منه.

4. تأجيل التفريق بالعيب أو المرض الممكن الشفاء منه: إذا ثبت للمحكمة من خلال الكشف الطبي أو بتقرير صادر من لجنة طبية رسمية مختصة أن العلة يمكن الشفاء منها فإنها تؤجل التفريق مدة سنة واحدة في العيوب التناسلية- إذا كانت لسبب نفسي- أو مدة مناسبة، بالنسبة للعيوب الأخرى المذكورة في الفقرة (6) من المادة (43) من القانون. واعتقد أنه كان من الأجدر تحديد المدة هنا أيضاً للتأكد من شفاء المرض، وبإنهاء هذه المدة يكون للمحكمة الحكم بالتفريق، إذا لم يتمثل الزوج للشفاء، فالمعروف أنه توجد أمراض قد تطول فترة الشفاء منها، وهذا يؤدي بلا شك إلى تضرر الزوجة طيلة مدة التأجيل. وأقترح أن تكون المدة سنة واحدة أيضاً كما هو عليه الحال في العيوب التي تمنع الزوج من القيام بالواجبات الزوجية، لأن العلة واحدة، وهو التأكد من زوال المرض خلال مدة التأجيل أو عدم زواله.

5. تحقق الضرر: ومؤدي هذا الشرط أنه لا يكفي أن يكون الزوج مصاباً بعيب أو مرض وثبت عدم إمكان الشفاء منه لكي تحكم المحكمة بالتفريق، وإنما يجب أن تتضرر الزوجة من وجود هذا المرض أو العيب في زوجها وهذا ما عبر عنه المشرع صراحة في الفقرة السادسة من المادة الثالثة والأربعين، لكنه لم يذكر ذلك في الفقرة الرابعة من نفس المادة، وأعتقد أنه يجب على المحكمة أن تأخذ ذلك بنظر الاعتبار، لأن العلة في التفريق هي إزالة الضرر الذي يصيب الزوجة من بقائها في حياة زوجية لا تحقق أغراضها. فإذا إنعدم الضرر إنتفت المحكمة من التفريق. فواجب المحكمة إذن البحث عن مدى تضرر الزوجة من بقائها في حياة زوجية لا يتحقق المقصود منها، وعليه إذا كان وجد العيب أو المرض في الزوج لا يلحق بالزوجة أي ضرر، فلا يجوز للمحكمة أن تحكم بالتفريق، وتقدير تحقق الضرر من عدمه مسألة تعود إلى القاضي مستعيناً بأهل الخبرة من الأطباء.

6. إمتناع الزوج عن إيقاع الطلاق وإصرار الزوجة على التفريق: إذا ثبتت المحكمة وجود العيب أو المرض الذي لا يؤمن الشفاء منه، وتأكد لها أن هذا العيب يلحق ضرراً بالزوجة فإنها تطلب من الزوج أن يطلق زوجته، لأن الطلاق في الأصل ملك بيمين الزوج ومن حقه، فإذا إمتنع الزوج وأصررت الزوجة على طلب التفريق طلقها القاضي نيابة عن الزوج ، أي حكم بينهما بالتفريق الذي هو بحكم الطلاق.

نوع الطلاق: ذهب المشرع العراقي إلى أن التفريق للعيوب والعلل يقع به طلاق بائن بالبينونة الصغرى على ما نصت عليه المادة الخامسة والأربعين من القانون⁽¹⁾ وهو رأي الحنفية⁽²⁾ والمالكية⁽³⁾. وهذا يعني أن

(1) نص المادة الخامسة والأربعين: يعتبر التفريق في الحالات الواردة في المواد (الأربعين والحادية والأربعين والثانية والأربعين والثالثة والأربعين) طلاقاً بائناً بينونة صغرى.

الطلاق الواقع ينقص عدد الطلقات التي يمتلكها الزوج على زوجته، فلا يجوز له الزواج منها ثانية إلا بعقد ومهر جديدين وبرضاها أيضاً، و زال المرض الذي كان سبباً في التفريق.

الفصل الرابع

عدم الإنفاق كالعنف الأسري وطلب التفريق بسببه

المبحث الأول: النفقة الزوجية للزوجة وحكم التفريق لعدم أدائها

المبحث الثاني: حكم التفريق لعدم الإنفاق في بعض القوانين الأحوال الشخصية العربية

المبحث الثالث: التفريق لعدم الإنفاق في قانون الأحوال الشخصية العراقي

(2) أنظر بدائع الصنائع، للكاساني، ج2، ص366.
(3) أنظر المدونة الكبرى، للإمام مالك بن انس، رواية الإمام، ت 179 هـ، 795 م سحنون بن سعيد التنوفي، مطبعة السعادة، مصر، 1323 هـ، والطبعة الأولى، 1324 هـ، الصادرة عن المطبعة الخيرية في مصرن ج3، ص169.

المبحث الأول

النفقة الزوجية للزوجة وحكم التفريق لعدم أدائها

سنتناول في هذا المبحث تعريف النفقة وحكمها الشرعي وأدلة وشروط وجوبها في مطلب الأول ، ثم نتناول في مطلب ثاني أنواع النفقة الواجبة للزوجة وما يراعى في تقديرها ، ثم نتعرف لحكم التفريق لعدم الإنفاق في مطلب ثالث، مع ذكر موقف قانون الأحوال الشخصية رفقة التشريعات العربية الأخرى في كل عنصر وكلما تطلب الأمر.

المطلب الأول

النفقة الزوجية وحكمها

الفرع الأول

تعريف النفقة الزوجية وحكمها الشرعي

سنعرض أولاً إلى تعريف النفقة لغة ثم تعريفها اصطلاحاً وحكمها الشرعي.

أولاً: تعريف النفقة الزوجية

النفقة: يقال أنفق الرجل أي إنفق ماله ومنه قوله تعالى ﴿ إِذَا لَأَمْسَكْتُمْ خَشْيَةَ الْإِنْفَاقِ وَكَانَ

الْإِنْسَانُ قَتُورًا ۚ ﴾ (1) أي خشية أن ينفذ المال. وأنفق الدراهم من النفقة (2) ، والنفقة إسم من الإنفاق أي ما

(1) سورة الإسراء الآية 100

(2) الصحاح للإمام الرازي، مرجع سابق، ص 533-534.

ينفق من الدراهم، ونفق الشيء أي نفذ وفني وقل⁽³⁾، ونفق ماله نقص وقل وقيل فني وذهب، ورجل منفاق أي كثير النفقة⁽⁴⁾. كل هذه المعاني تصب في معنى واحد وهو نقصان مال الرجل وهو ينفقه على من تجب عليه النفقة .

إصطلاحاً: هناك من عرف النفقة بعناصرها ومنهم " محمد ابن الحسن " حين سئل عن النفقة فقال : " هي الطعام والكسوة والسكنى " . وهناك من عرفها بالمقصد منها – وهذا أولى من البدء بالتعريف بالعناصر- فقيل : " هي الإدارة على الشيء بما به بقاءه " ⁽¹⁾.

أما التعريف الأرجح للنفقة فهو ما قاله الفقيه المالكي ابن عرفة بأنها: " ما به قوام معتاد حال الأدمي دون سرف⁽²⁾ " . معنى هذا التعريف الموجز أن للنفقة الواجبة سقف لا تتعداه وهو عدم الإسراف ، والمعيار الذي تقاس عليه هو الحالة المعتادة للشخص .

إن المراد بنفقة الزوجة عند الفقهاء ما تحتاج إليه من طعام وكسوة ومسكن وخدمة وكل ما يلزمها من فرش وغطاء وادوات منزلية حسب ما يقتضيه العرف ⁽³⁾.

أما عن التكليف الفقهي لطبيعة نفقة الزوجة هي أنها تكليف مالي واجب للزوجة – بما هي زوجة – وفق شروط معينة ، بمستوى الكفاية عرفاً. وكلمة تكليف يعني أن النفقة في حد ذاتها ليست مالاً وإنما عملاً أو فعلاً يكلف به الزوج من قبل الشارع الحكيم . ووصف التكليف بأنه مالي يستثنى التكليف الأخرى غير المالية كالصيام والصلاة ... ، ووصف هذا التكليف المالي بأنه واجب هدفه إخراج التكليف المالية المندوبة مثل الصدقات . وتحديد القوي أن النفقة واجب على الزوج للزوجة ، فهذا لتمييزها عن نفقات الأقارب ونفقات أخرى . وإدراج عبارة " بما هي زوجة " لبيان أن أساس التكليف هو قيام الزوجية . وأخيراً بيان عدم الإنفاق بالكفاية وهذه الأخيرة يرجع تقديرها للعرف . ⁽⁴⁾

ثانياً: الحكم الشرعي للنفقة

اتفق الفقهاء على وجوب نفقة الزوجة على زوجها وإستدلوا على ذلك بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع

(3) المنجد في اللغة والأدب والعلوم، مرجع سابق، ص902-903.

(4) ابن منظور ، مرجع سابق، المجلد السادس، ص4508.

(1) محمد كمال الدين، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص301.

(2) ابو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع ، شرح حدود ابن عرفة ، تحقيق محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري ، ط1 ،

دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، 1993، ص 321 ، سيدي أبي عبد الله محمد الخرخشي ، ج3 ، ص345 ، 346

(3) رمضان علي السيد الشرنباصي ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، ص204، محمد سلام مذكور، الوجيز لأحكام

الأسرة في الإسلام ، دار النهضة العربية ، 1978، ص185-186 ، زكي الدين شعبان ، الزواج والطلاق في الإسلام

الدار القومية للطباعة والنشر، دب.ن، 1964، ص 68

(4) إرجع في تحليل هذا التكليف للدكتور محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي ، مرجع سابق ، ص302

والمعقول .

أ- دليل وجوب النفقة من القرآن الكريم

أمر الله تعالى الأزواج بالإنفاق على منطلقاتهم في مقبل الرضا عه وأثناء العدة بقوله عز وجل ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ

لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ﴾ ⁽¹⁾ ، وقوله كذلك : ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجَعِكُمْ﴾ ⁽²⁾ ﴿لِيُنْفِقَ ذُو

سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ ۚ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً آتَنَهَا﴾ ⁽³⁾

الواضح من الآيات القرآنية السابقة أن الله أمر بالإنفاق على المطلقة أثناء العدة، وحق المطلقة في الإنفاق لم يكن لينشأ لولا العلاقة الزوجية التي كانت ترابط الزوج بزواجه ويفهم من ذلك أن حق الزوجة في الإنفاق يكون من باب أولى . وقد أمر الله تعالى الزوج بالإنفاق على المطلقة والمرضع حسب طاقته لأن النفقة واجبة عليه في كل الأحوال أي حتى في حالة عجزه ، لأنها حينذاك تصبح ديناً عليه

ب- دليل وجوب النفقة من السنة النبوية

في الأحاديث النبوية أدلة كثيرة على وجوب نفقة الزوجة على زوجها ، ولعل أقوى دليل على ذلك هو سماح الرسول ﷺ لهند بنت عتبة من مال زوجها أبي سفيان ما يكفيها من نفقة دون علمه . فعن عائشة - رضي الله عنها - أن هنداً بنت عتبة قالت : "يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم ، فقال : خذي مايكفيك وولدك بالمعروف " . لو لم تكن النفقة حقاً شرعياً للزوجة واجباً على الزوج لما أمر النبي محمد ﷺ - هذه الزوجة الأخذ من مال زوجها دون علمه لما علم من حرمة أخذ مال المسلم من غير إذنه . روى معاوية القشيري عن أبيه قال "قلت يا رسول الله ما حق زوجة أحدنا عليه؟ قال: أن تطعها إذا طعمت وتكسوها إذا اكتسبت .

ولا تضرب الوجه ولا تقبح ولا تهجر إلا في البيت، ومما رواه مسلم في صحيحه عما قال رسول ﷺ في حق النساء : "ولهنّ عليكم رزقهنّ وكسوتهنّ بالمعروف" .

وفي الترغيب في النفقة على الأهل من باب أولى يقول رسول الله ﷺ عن أبي هريرة رضي الله عنه : " خير

الصدقة ما كان عن ظهر غنى ، وابدأ بمن تعول " ⁽⁴⁾ .

⁽¹⁾ سورة البقرة الآية 233

⁽²⁾ سورة الطلاق الآية 6

⁽³⁾ سورة الطلاق الآية 7

ولا ضرر أكثر من ترك الزوجة دون نفقة خاصة وأنَّ الرسول ﷺ يقول: "لا ضرر ولا ضرار" (1).

ج- إجماع الفقهاء على وجوب نفقة الزوجة على الزوج

لقد إنعقد إجماع فقهاء الأمة الإسلامية ومنذ عهد الصحابة على أنَّ النفقة الزوجية واجبة على الزوج (2). ولم يعرف رأي شاذ معتبر في المسألة فالآيات والأحاديث السابقة وغيرها قاطعة في هذا الوجوب ، فالنفقة تجب على الزوج حتى وإن كان معسرا وتجب للزوجة حتى وإن كانت غنية سواء كانت مسلمة أو كتابية ، بل وحتى وإن لم تكن صالحة للوطء متى أمسكها الزوج في بيت الزوجية (3). أخيرا ومما هو مقرر في قواعد الشريعة الإسلامية أنَّ من حبس لحق غيره فنفته واجبة عليه (4) – أي على هذا الغير -. معنى ذلك أنَّ عقد الزواج يوجب على الزوجة التفرغ للحياة الزوجية برعاية الزوج والأولاد وتربيتهم فهي محبوسة لمصلحة الزوج – بتعبير الفقهاء – وهذا يمنعها من الخروج للكسب لهذا وجبت نفقتها عليه وفق القاعدة السابقة .

لكن هل يفهم من هذا أنَّ من خرجت للكسب فقدت حقها في النفقة؟ بالطبع لا لأنَّ كل الأسانيد الشرعية التي أعتمدها الفقهاء لتبرير حق الزوجة المطلق في النفقة سواء كانت غنية أو فقيرة ، إلا إذا سقط حقها في ذلك لمبررات شرعية سيتم التعرض إليها لاحقا.

كما أنَّ ورود عبارة إحتباس الزوجية لمصلحة الزوج معناه تفرغها لرعاية شؤون زوجها وأولادها ، وإعتبر الفقهاء مبرر الوجوب النفقة على الزوج ، ولكن هذا لا ينفي تحققه رغم خروج المرأة في حياتنا المعاصرة ومشاركتها في الحياة العملية وتحولها إلى مصدر ممول للأسرة وكل هذا لا يسقط حقها في النفقة ، لأنَّ النفقة حق شرعي خالص للزوجة ويستجيب للطبيعة الخاصة للمرأة والرجل وهي من مظاهر القوامة التي يمارسها هذا الأخير (5) .

(4) البخاري، ج3، مرجع سابق، كتاب النفقات ، حديث رقم 5356، ص425.

(1) أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، ت 273هـ، سنن ابن ماجه، تحقيق، محمد ثناء عبد الباقي، ج2، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، د.ت.ن، حديث رقم 2341، ص784.

(2) ابن همام الحنفي، مرجع سابق، ص341، موفق الدين بن قدامة ، حرجع سابق، ج9، ص227.

(3) محمد كمال الدين الإمام، جبار عبد الهادي، سالم الشافعي، مرجع سابق، ص303.

(4) محمد ابن زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1950م، ص232.

(5) إن الزوجة حتى وإن أمتلكت راتباً مضاعفاً لراتب الزوج ولا بد لهذا الأخير أن يبقى محافظاً على مبدأ النفقة عليها، حتى وأن كان ذلك الأنفاق متواضعاً، لأن الزوجة تحتاج نفسية الى ذلك الإحساس الذي يعزز معاني الرجولة والقوامة في نفسها، لأن الإنفاق عنصر من عناصر الحماية التي تنتظرها المرأة من الرجل، لهذا جعله الشارع الحكيم مقوم من مقومات القوامة التي خصه بها.

المطلب الثاني

حكم التفريق لعدم الإنفاق

بعد أن تعرضنا لمفهوم النفقة ومجمل أحكامها ، يظهر لنا جلياً معنى أن يتمتع الزوج عن أدائها أو يعجز عن ذلك ، وما هي عناصر النفقة والتي إن عجز الزوج عن أدائها طالبت الزوجة بالتفريق، ومتى يسمح لها ذلك ؟ فالمرأة التي لم تحصل على نفقتها الواجبة على الزوج بسبب عسره أو إمتناعه لها طلب الحكم بالنفقة . والفقهاء يرون أنه إن كان للزوج مال ظاهر عنده أو عند شخص آخر وأثبتت الزوجة ذلك . باع القاضي من ماله ما يكفي للنفقة جبراً عنه وسلمه للزوجة لتنفق على نفسها . أما إذا لم يكن له مال ظاهر وكان موسراً نذره القاضي وعزره إن أصر على عدم الإنفاق⁽¹⁾.

هذا فيما يخص الحكم بالنفقة وتنفيذه وعقاب الممتنع عنها في حالة يساره. ولكن ماذا رد فعل الزوجة وعن إستعمال حقها في فك الرابط الزوجية والتي تضررت منها جراء هذه الممارسة ، وهل لهذه الزوجة أن تطلب أن تطلب التطلاق لعدم الانفاق أم لا ؟ للإجابة على هذه المسألة هناك رأيان بارزان أحدهما يمنع التفريق لعدم الإنفاق والآخر يجيزه ولكل أدلته.

الفرع الاول

الرأي القائل بعدم جواز التفريق لعدم الإنفاق

يزعم الرأي القائل بعدم جواز التفريق لعدم الإنفاق فقهاء الحنفية⁽²⁾ ووافقهم في ذلك الظاهرية. وهم يرون أنه ليس للمرأة أن تطلب التطلاق من زوجها إذا ما أعسر بنفقتها ، وإنما من حقها الإستدانة عليه ،

(1) محمد مصطفى شلبي ، مرجع سابق، ص438-439.
(2) ابن همام الحنفي مرجع سابق، ص329، شمس الدين السرقسي، مرجع سابق، ص190.

وإن لم تجد خرجت للعمل . وإما إذا لم يثبت عجزه عن الإنفاق فللقاضي أن يحبسه بطلب من الزوجة لإجباره على الإنفاق⁽³⁾.

وذهب ابن حزم - من الظاهرية - إلى أبعد من ذلك ، بحيث يرى أنه إذا عجز الزوج عن النفقة وكانت زوجته غنية كلفت هي بالنفقة عليه ، ولا ترجع عليه بشيء من ذلك إذا أصبح موسراً⁽¹⁾.

أولاً: حجج القائلين بعدم جواز التفريق للإعسار

أ- دليل ابن حزم فيما ذهب إليه : إستدل ابن حزم في أن الزوجة إذا كانت غنية كُلفت بالإنفاق على زوجها

في قول الله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ ۚ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ۚ ﴾ البقرة: ٢٣٣ . والزوجة وارثه لزوجها فعليها النفقة.

ب- أدلة الحنفية : قال الحنفية بعدم جواز التفريق للإعسار وإستدلوا بذلك بإدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية وإدلة من المعقول والمنطق⁽²⁾.

1. القرآن الكريم : قال تعالى : ﴿ لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۚ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا ءَاتَاهُ اللَّهُ لَا يَكْلَفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا

مَا ءَاتَاهَا سَبْعُ مِائَةٍ ۚ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ۚ ﴾ سورة الطلاق الآية (٧) . يفيد تفسير هذه الآية، حسب أصحاب هذا

الرأي، أن من لم يقدر على النفقة لا يكلفه فيها. وإستدلوا بهذا الحكم من أحد التفاسير الواردة في هذه الآية. وبما أن الزوج المعسر لا يكلف بها فإنه لا يجوز التفريق بينه وبين زوجته لعجزه عنه، فمن غير المنطقي معاقبة الشخص على شيء لم يكلف به.

وكذلك قال تعالى: ﴿ وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرٍ فَنُظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ۚ ﴾ البقرة: ٢٨٠ - فالزوجة وفقاً لهذه الآية مطالبة

بأنظار زوجها المعسر إلى أن يصبح موسراً.

2. السنة النبوية: عن جابر بن عبد الله قال: " دخل ابو بكر يستأذن رسول الله ﷺ فوجد الناس جلوساً ببابه

لم يؤذن لأحد منهم، قال " فأذن لأبي بكر، فدخل ثم أقبل عمر، فاستأذن فأذن له، فوجد ﷺ جالساً حوله

(3) عبدالحميد ميهوب، محمود محمد عوض، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة المسيحية، مطبعة مركز جامعة القاهرة، للتعليم المفتوح، مصر، 1999م، ص226.

(1) ابن حزم ، مرجع سابق، ص92.

(2) حسن خالد، عدنان نجا، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتب التجاري للطباعة والنشر، بيروت، د.ت.ن، ص204-205.

نسائه، واجماً، ساكتاً، قال أبو بكر: " لأقولن شيئاً أضحك النبي صلى الله عليه وسلم، وقال: يا رسول الله لو رأيت بنت خارجة سألتني النفقة فقلت إليها فوجأت عنقها" ، فضحك رسول الله ﷺ وقال : هن حولي كما ترى يسألنني النفقة، فقام أبو بكر يجأ عنقه ، فقام عمر إلى حفصة يجأ عنقها كلاهما يقول: تسألن شيئاً ليس عنده، فقلن: والله لا نسأل رسول الله شيئاً أبداً ليس عنده، ثم إعتزلهن شهراً⁽¹⁾.

وجه الإستدلال من هذا الحديث هو تعنيف أبي بكر وعمر لأبنتيهما بحضور الرسول ﷺ لمطالبتهما بالنفقة التي لا يجدها، وهذا حسب رأيهم دليل على عدم جواز التفريق لمجرد الإعسار خاصة وأن ما حدث كان أمام الرسول صلى الله عليه وسلم دون أن يمنع ذلك . كما إستدل أصحاب هذا الرأي بأن النبي محمد ﷺ لم يثبت أنه فرق بين رجل وامرأة بسبب عدم الإنفاق رغم إنتشار الفقر والحاجة بين الصحابة .

3- أدلة من المعقول : إن إلزام الفسخ للإعسار بالنفقة هو إبطال لحق الزوج بالكلية ، أما إلزام الزوجة بالإنضار والإستدانة عليه هو تأخير لحقها لأنه دين عليه ، إذا خيرنا بين إبطال الحق وتأخيرها فالأولى تأخيرها⁽²⁾.

ثانياً: نقد حجج الظاهرية والحنفية

أ- **نقد حجة ابن حزم :** يرى المتأمل للآية " **وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** " **﴿﴾** إن الضمير هنا يعود

على الزوجات ، أي أن الآية تخص الإنفاق على الوالدات دون أدنى شك⁽³⁾، وعلى وارث الأب مثلما ما على الأب من الإنفاق على الأم والقيام بحقوقها وعدم الإضرار بها . بل وأذهب إلى أبعد من ذلك ، فلو إفترضنا – وهذا طبعاً منافٍ لواقع الآية – أن الوارث يقصد به وارث الصبي والزوجة وارثة فعليها النفقة بنص القرآن – كما قال ابن حزم – فإنه إذا صلحت هذه الآية للإستدلال بها على وجوب النفقة للزوجة، فإنه لايمكن الإستدلال بها هنا لأن المعنية هنا ليست الزوجة وإنما المطلقة الموضع . فهل تلزم المطلقة بالنفقة على طليقها إذا أعسر بالنفقة ؟

حسب تقديرنا فإنه لا وجه للإستدلال بهذه الآية على الإطلاق لإثبات ما ذهب إليه الظاهرية ، فالآية تفيد عكس ما ذهبوا إليه.

(1) سحر بن مسلم، مرجع سابق، كتاب الطلاق، ص718.

(2) ابن همام الحنفي، مرجع سابق، ص 303.

(3) نصر سلمان، سعاد صبحي، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، دار الفجر للطباعة والنشر فسنطينة، الجزائر، 2005م، ص117.

ب- نقد حجج الحنفية

1- إن الآية الأولى التي إستدل بها الحنفية تفيد سقوط الوجوب على الزوج لعدم قدرته ، ولكن هذا لا يعني بالمقابل سقوط حق المرأة في دفع الضرر عنها ، ولا توجد أي إشارة إلى ذلك في الآية . والمنطق العقلي والشرعي يقول إن عدم إرهاب الزوج بالنفقة عند إعساره بإسقاط الوجوب عليه لا يقابله أبداً إرهاب الزوجة وإجبارها على العيش دون إنفاق.

2- الآية الثانية التي تأمر بالإنظار إلى ميسرة واردة في الدين، أي إذا كان المستدين مُعسراً فعلى الدائن إمهاله إلى الوقت اليُسْر⁽¹⁾. وإن جاز قياس النفقة على الدين ، فربما تُحمل على النفقة الماضية ، أي التي أصبحت ديناً، أمّا النفقة الحاضرة فحكمها يختلف.

3- أمّا الإستدلال بمطالبة أزواج النبي النفقة ، فليس فيها أية إشارة لطلب الفسخ أو الطلاق، وإنّما هو المطالبة بالمزيد في النفقة . و ما جاء في الحديث السابق يدلّ على سقوط الوجوب على الرسول ﷺ، وليس فيه إشارة إطلاقاً إلى أنّ أزواجه طلبن الفسخ لعدم كفاية الإنفاق ولم يُجبهنّ إلى ذلك. بل على العكس هو الذي خيّرهنّ في البقاء معه على تلك الحال أو تسريحهنّ بإحسان . ولعلّ تَتِمّة ما رواه جابر يؤكد ذلك وهو مايلي: " ثمّ اعتزلهنّ شهراً ثمّ نزلت عليه هذه الآية: ﴿ يَأَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا

وَرِيثَتَهَا فَتَعَالَيْنَا أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَامًا جَمِيلًا ۝٢٨﴾ وَلَئِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالذَّارَ الْآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ

لِلْمُحْسِنَاتِ مِنْكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا ۝٢٩﴾ الأحزاب: ٢٨ - ٢٩ قال فبدأ بعائشة ، فقال: يا عائشة إني أريد أن

أعرض عليك أمراً أحبُّ ألاّ تعجلي فيه حتى تستشيرني أبيك، قالت: ما هو يا رسول الله ، فتلا عليه الآية ، قالت: أفيك يا رسول الله أستشيرني أبي؟ بل أختار الله ورسوله والدار الآخرة، وأسألك أن لا تُخبر امرأة من نسائك بالذي قلت. قال : لا تسألني امرأة منهنّ إلاّ أخبرتها ، إنّ الله لم يبعثني معنتاً متعنّتا وإنما بعثني معلماً ميسراً⁽²⁾.

إنّ المتأمل في الحديث السابق يصل إلى عكس ما استدلّ به فقهاء الحنفية ، وهو جواز الفسخ للإعسار. فالرسول ﷺ خيّر زوجاته بأمر من الله وذلك بالصبر معه أو تسريحهنّ سراحاً جميلاً ، ولو كان ما إستدلّوا به صحيحاً لأمرهنّ بالصبر فقط. والمتأمل أكثر في العبارة الأخيرة من الحديث يفهم المقصد الفعلي للشرعية الإسلامية والهدف من بعث الرسول ﷺ وهو التيسير على الناس ورفع الحرج والضرر عنهم وليس التشديد عليهم، ولعلّ إمساك الزوجة مع عدم الإنفاق عليها هو الضرر بعينه.

(1) محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، مرجع سابق، ص 150، القرطبي، ج18، مرجع سابق، 171.

(2) صحيح مسلم، كتاب الطلاق، مرجع سابق، ص818.

حسب تقديرنا ، فإن موقف أبي بكر وعمر - رضي الله عنهما - من إبتنيهما لم يكن حكماً شرعياً بعدم جواز التفريق للإعسار ، لأنه لا علاقة له بالأمر ، وإنما كان يُعبر عن حُبهما الشديد لرسول الله وغيرتهما عليه وغضبهما من إبتنيهما لأنهن إحتجنّ عليه وطالبنه بما لا يستطيع. ولو فعلن ذلك مع غيره لما كان موقفهما كذلك، بل ربّما كان قد أيّدهما أو على الأقل لم يعنّفانها.

من جهة أخرى، فإنّ لهذه الحادثة من الإيجابيات ما يُعزّز كرامة المرأة ومكانتها العالية في المجتمع الإسلامي. إذ لو أحسّ هؤلاء النسوة من الرسول ﷺ الغلظة والتشدد لما تجرّأن على ذلك، وإنما هذا التجرؤ دليل على أنّهنّ تعاملنّ مع بكل حرية في إبداء الرأي.

تجدد الإشارة في الأخير إلى أنّ تفضيل زوجات النبي ﷺ البقاء معه ليس دليلاً البتّة على عدم جواز مطالبتهنّ بالإنفاق أو التفريق للإعسار ، وإنما دليل على صبرهنّ وتفضيل البقاء معه لنيل رضوان الله تعالى كما جاء في الآية السابقة، فالزوج هنا ليس أي رجل وإنما هو رسول البشرية ﷺ.

4- إنّ الإستدلال بأنه لم يثبت عن الرسول ﷺ أنّه فرق بين زوجين للإعسار في النفقة، يُردّ عليه أنّه لم يثبت قبل ذلك أن طالبت امرأة التفريق بينهما وبين زوجها للإعسار. ولو ثبت ذلك ولم يُفرّق بينهما الرسول ﷺ لصحّ الإستدلال. ومن جهة أخرى فإنّ عدم المطالبة بذلك على عهد النبي يعود حسب الإمام مالك إلى طبيعة نساء الصحابة، لأنهنّ كنّ يُردنّ الآخرة وما عند الله تعالى، لهذا لم يكنّ يُبالين بعسر أزواجهنّ، أمّا نساء اليوم – حسب تعبير الإمام مالك – فإنّما يتزوجن رجاء الدنيا من الأزواج من نفقة وكسوة.

الفرع الثاني

الرأي القائل بجواز التفريق لعدم الإنفاق

قال بجواز التفريق لعدم الإنفاق جمهور الفقهاء ، فقد ذهب إلى هذا الرأي المالكية⁽¹⁾ والشافعية⁽²⁾ والحنابلة وأكثر الفقهاء مع إختلافهم في بعض التفصيلات ، وهو مذهب عمر وعلي وأبي هريرة رضي الله عنهم وهم يرون أنّ الإمساك بالمعروف هو إمساك الزوج زوجته مع تأديته لكل حقوقها دون تضيق أو تشديد عليها . أمّا إذا امساكه لها فيه تضيق عليها إضرار بها فإن هذا يخرجها عن دائرة المعروف ، فيطلقها

(1) ابن حجر العسقلاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، ج2، مرجع سابق، ص 612، ابن القيم الجوزية، ج5، مرجع سابق، ص414.

(2) الخرسي، ج3، مرجع سابق، 360، مالك بن انس الأسبق، المدونة الكبرى، ج2، ص 184.

عليه الحاكم من أجل الضرر اللاحق بها . والضرر في هذه الحالة إمساكها من طُوف الزوج دون إنفاق وبدون رضاها⁽¹⁾.

أولاً: أدلة الجمهور .

إستدل أنصار هذا الرأي فيما ذهبوا إليه بما يلي :

أ- القرآن الكريم : إستدل جمهور الفقهاء فيما ذهبوا إليه بقوله تعالى في الآيات التالية : ﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ

بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَحوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضَرَارًا لِنَعْنَدُوا ﴾ سورة البقرة الآية (231).

- ﴿ فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَنِ ﴾ سورة البقرة الآية (229)

ب- السنة النبوية : إستدل جمهور الفقهاء بمجموعة من الأحاديث النبوية أهمها مايلي:

- روى أبو هريرة -رضي الله عنه- عن النبي ﷺ أنه قال: "افضل الصدقة ماترك غني، اليد العليا خير من اليد السفلى ، وابدأ بمن تعول ، تقول المرأة إما أن تطعمني وإما أن تطلقني ، ويقول العبد: أطعمني واستعملني، ويقول الابن أطعمني إلى من تدعني"⁽²⁾ . يفهم من هذا الحديث أن الزوج إما أن ينفق أو يطلق، وإلا يطلق عليه القاضي .

- عن أبي هريرة أيضاً أن النبي ﷺ قال في الرجل الذي لا يجد ما ينفق على زوجته : " يُفَرِّقَ بينهما"⁽³⁾ ، والنص في هذا الحديث صريح بجواز التفريق لعدم الإنفاق

- عن أبي سعيد الخدري -رضي الله عنه- أن الرسول ﷺ قال: " لا ضرر ولا ضرار" فمن الضرر والضرار إمساك المرأة دون الإنفاق عليها .

ج- آثار الصحابة : روى الشافعي عن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- أنه كتب إلى أمراء الأجناد في رجال

غابوا عن نسائهم يأمرهم أن يخبروهم، إما أن ينفقا أو يطلقوا فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حسبوا⁽⁴⁾ .

(1) للتفصيل في رأي جمهور الخطباء والانتقادات الموجهة إليهم يرجع إلى احمد مصطفى في الأحوال الشخصية ، مؤسسة الخليفة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2004، ص160، عمر سليمان الأشقر أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، الأردن، 1997م، ص288.

(2) احمد بن علي بن حجر العسقلاني. فتح الباري لشرح صحيح البخاري، مرجع سابق، ص500.

(3) رواه ابو بكر احمد بن حسين البيهقي، السنن الكبرى، ت485هـ، تحقيق محمد عبد القادر عطا، ج7، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، حديث رقم 10708، ص774.

(4) محمد بن ادريس الشافعي، مرجع سابق، ص 91.

- وعن الشافعي أن سعيداً بن المسيب سئل عن الرجل لا يجد ما ينفقه على أهله، قال: يفرق بينهما، قيل له : سنة؟ قال : نعم⁽¹⁾ . ورجح الشافعي أن يكون قول سعيد بن المسيب سنة ، سنة الرسول ﷺ .

د- أدلة من المعقول : إستدل جمهور الفقهاء بالمنطق والمعقول بالقياس عن التفريق للعيب، فإذا كان التفريق لعيب الجب والعنة، فمن باب أولى إجازة التفريق لعدم الإنفاق، لأن البدن لا يقوم دون إنفاق عكس الوطء.

كما إستدل جمهور الفقهاء بأن النفقة تجب مقابل الإستمتاع ودليل ذلك سقوطها في حالة النشوز. وبالتالي إذا لم ينفق الزوج يسقط حق الزوج في الإستمتاع وبالتالي وجب حق الخيار⁽²⁾.

ثانياً: نقد حجج الجمهور. قدم فقهاء جملة انتقادات لأدلة الجمهور، نسردها ونرد عليها إن أمكن.

أ- إن إحتجاج جمهور الفقهاء بقوله تعالى: (ولا تمسكهن ضاررا لتعتدوا) وأنّ هذه الآية تنتهي عن الإضرار بالزوجة وأشدّ الإضرار حرمانها من النفقة، مردود عليه. فالآية واردة في موطن آخر وهو أنّ الرجل كان يراجع مطلّته قبل نهاية العدة بقصد إبطالها عليها. وهذا هو المقصود في الآية.

- أجاب جمهور الفقهاء على هذا الإعتراض بأنّ المقرر في أصول الفقه أنّ العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

ب- فهم الحنفية من إستدلال الجمهور بالآية السابقة بأنّ التفريق للإعسار بالنفقة واجب، ولو كان كذلك لما جاز الإبقاء على العلاقة الزوجية ولو برضا الزوجة.

- أجاب جمهور الفقهاء على هذا الإنتقاد بأنّهم لم يوجبوا التفريق للإعسار وإنّما جعلوا الأمر بيد الزوجة، فإن طالبت به نالته وإن رضيت بوضها فلها ذلك.

ج- أمّا ماورد في حديث أبي هريرة في قول المرأة لزوجها إمّا تطعنني أو تطلقني، فهي زيادة من كلام أبي هريرة ولم يقله النبي. ومايستدلّ به في ذلك ماجاء في تَمَّة هذا الحديث: "..... فقالوا يا أبا هريرة سمعت هذا من رسول الله ﷺ ؟ قال: هذا من كيس أبي هريرة". أي من فطانتها وإستنباطه.

(1) رواه البيهقي، ج7، مرجع سابق، حديث رقم 10707، ص773.

(2) ابن حجر العسقلاني، سبل السلام، شرح بلوغ المرام، مرجع سابق، ص609-610.

د- أمّا عن الحديث الثاني لأبي هريرة في التفريق بين الزوجة والزوج الذي لا يجد ما ينفق عليها حديث ضعيف.⁽¹⁾

ه- أمّا عن فعل عمر وخطابه لأمرء الجند فقد كان باعته خوفه على نسائهم من الفتنة لطول غياب أزواجهن. لكن هذا التأويل يبدو بعيداً نوعاً ما، لأنّ كلام عمر كان صريحاً فيما ذهب إليه.

و- فيما يخص إجابة سعيد بن المسيّب بأنّه قال أنه "سنّة"، أي التفريق للأسعار بالنفقة سنة، ولا يوجد دليل يؤكد أنّه قصد سنة النبي ﷺ.

يُردّ على هذا أن السائل عمّا إذا كان ما رواه سعيد بن المسيّب سنّة يبحث عن الحجة، وهو بذلك يكون قد قصد سنّة النبي ﷺ، وهي الحجة والدليل وليست سنّة غيره.

ي- أمّا القول أنّ النفقة هي في مقابل الإستمتاع، فهذا غير مسلّم به، فالمرأة قد تمرض ويطول مرضها ويتعذّر معاشرتها، ويبقى واجب النفقة قائماً، فذلك الإعسار لا يعطي للزوجة حق الخيار.

يمكن الردّ على هذا الإنتقاد بأنّ مرض الزوجة الذي لا يسمح بالإستمتاع لا يسقط النفقة، لأنّ المرض ليس سبباً إرادياً لمنع الزوج من الإستمتاع في حالة النشور.

ثالثاً: الترجيح

بعد عرض الرأيين الغالبين في مسألة التفريق لعدم الإنفاق يظهر لي أنّ القول بالتفريق لعدم الإنفاق أرجح وأقرب إلى الصواب لقوة أدلته، وهذا مقارنة مع الرأي القائل بعد التفريق لعدم الإنفاق إطلاقاً. وما يؤكد أكثر واقعية هذا الرأي مقارنة بما ذهب إليه الحنيفة، هو أن حتى المتأخرين منهم-من الحنيفة- إستحسنوا القول بالتفريق إذا طالبت الزوجة بذلك لرفع الضرر عنها، لأنها قد لاتجد ما تنفقه على نفسها أو من يقرضها أو من حتى عملاً تسترزق منه.

أما إذا قارنا الرأي الأول مع ما جاء به "ابن القيم" يظهر لنا رجحان هذا الأخير وأقربه إلى تحقيق مقاصد الشريعة وأحرصه على مكارم الأخلاق .

ذهب ابن القيم إلى ما تقتضيه أصول الشريعة وقواعدها في هذه المسألة، إذ أن الرجل إذا غرّ المرأة وأوهمها أنه ذو مال، وتزوجته على ذلك، وظهر بعد ذلك عكس ما ادّعى، أو كان موسراً ولم ينفق

(1) الشوكاني محمد بن علي بن محمد الشوكاني اليمني، نيل الأوطار، ت 1250هـ، تحقيق عصام الدين الصبايطي، الناشر . دار الحديث، مصر، الطبعة الأولى، 1413هـ، 1993م، عدد الأجزاء 8، ص 654.

عليها، ولم تقدر على تحصيل كفايتها منه، لا بنفسها ولا عن طريق القضاء، كان لها الفسخ . أما إذا تزوجت وهي عالمة بإعساره، أو أنه كان موسراً ثم أصبح معسراً فلا يحق لها الفسخ.

إن المتفحص لآراء الفقهاء المجيزين للتفريق يلاحظ أنها تصب في اتجاه واحد، وهو إن الإضرار منه يوجب الفسخ، لأنه ظلم يلحق الضرر بالزوجة، وهذا يتحقق في صورة الإمتناع عن الإنفاق مع القدرة عليه. أن الإمتناع يثبت بنتيبت نية الإضرار بالزوجة إما لحمل الزوجة على إفتداء نفسها بالمال أو إنتقاماً منها . في هذه الحالة وإذا طلبت الزوجة بالتفريق يفرق بينهما لرفع الظلم عنها ومعاقبة الزوج على إضراره .

أما إذا بحثنا عن عنصر الظلم ونية الإضرار بالزوجة فإننا لانجدها في حالة إعسار الزوج بعد يساره لأسباب لا إرادية لهذا كان سبب ما ذهب إليه ابن القيم رأياً موضوعياً وسطاً . إلا أننا نرى ، ورغم وجهة رأي ابن القيم ، أنه في حالة إعسار الزوج يمكن للقضاء أن يحكم بالتفريق إذا طلبت الزوجة بذلك وأصرت عليه خاصة إذا مرّ زمناً طويلاً على ذلك الإعسار، لأن هذا الإعسار من شأنه إلحاق الضرر بالزوجة والأولاد وهي ترى أن التفريق قد يخرجها من هذه الضائقة. والإستجابة لطلب التفريق في هذه الحالة أمر موضعي لأننا لانستطيع أن نجبر الزوجة على الصبر والإحتساب لله إذا كانت لاتقدر على ذلك أو لاتريد، قد يفتنها هذا الأمر ونصل إلى عكس النتيجة المرجوة.

المبحث الثاني

حكم التفريق لعدم الإنفاق في بعض القوانين الأحوال الشخصية العربية

تبنى مشرعو الدولة العربية الرأي القائل بالتفريق لعدم الإنفاق، وهذا ما جاء في نصوص مواد قوانين الأحوال الشخصية الخاصة بالتطبيق .

المطلب الأول

القانون المصري

كان العمل في مصر بالرأي الراجح من الفقه الحنفي إلى أن صدر قانون 25 لسنة 1920 ليخالف ما سبق العمل به ويقضي بجواز التفريق لعدم الإنفاق⁽¹⁾، وذلك في المواد (6.5.4) حيث أجاز المشروع المصري التطلق إذا إمتنع الزوج عن الإنفاق على الزوجة ولم يكن له مال ظاهر لتنفيذ الحكم عليه بالنفقة، وهذا في نص المادة 4: "إذا إمتنع الزوج على الإنفاق على زوجته فإن كان له مال ظاهر نفذ عليه الحكم

(1) محمد مصطفى شلبي ، مرجع سابق، ص564، عبد العزيز رمضان، مرجع سابق، ص394.

بالنفقة في ماله، فإن لم يكن له مال ظاهر ولم يقل أنه معسر أو موسر ولكن أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال، وأن إدعى العجز فإن لم يثبت طلق عليه حالاً وأن أثبتته أمهله مدة لاتزيد على شهر فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك"

المطلب الثاني

القانون السوري

أخذ المشروع السوري بالتفريق لعدم الإنفاق سواء كان ممتعاً أو معسراً ولم يستطع إثبات ذلك، وذلك بنص المادة 110 الفقرة 1 من القانون الأحوال الشخصية السورية التي نصت على ما يلي: "يجوز للزوجة طلب التفريق إذا إمتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته ولم يكن له مال ظاهر ولم يثبت عجزه على النفقة".

المطلب الثالث

القانون المغربي

أخذ المشروع المغربي بالتفريق لعدم الإنفاق سواء كان الزوج متعمداً أو معسراً بضرب أجل له، وهذا بنصه في المادة 102 من المدونة الجديدة للأسرة مايلي: " للزوجة طلب التتطبيق بسبب إخلال الزوج بالنفقة الحالة عليه.."

المطلب الرابع

القانون الإماراتي

أخذ المشرع الإماراتي بالتطبيق لعدم الإنفاق وهذا ماجاء في الفقرة 1 من المادة 124 من القانون الأحوال الشخصية: "إذا إمتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته، ولم يكن له مال ظاهر يمكن التنفيذ فيه بالنفقة الواجبة في مدة قريبة جاز لزوجته طلب التفريق".

المبحث الثالث

التفريق لعدم الإنفاق في قانون الأحوال الشخصية العراقي

لم يكن في العراق (قبل صدور قانون الأحوال الشخصية رقم 118 لسنة 1959) للزوجة أي حق بأن تطلب التفريق لعدم الإنفاق عليها، لأن العمل في القضاء العراقي كان وفق المذهبين الحنفي والجعفري، اللذين لم يجيزا للزوجة طلب التفريق لهذا السبب.

ولكن بعد صدور هذا القانون أصبح للزوجة الحق في طلب التفريق لعدم الإنفاق أخذاً برأي الجمهور⁽¹⁾.

والحالات التي تخص التفريق لعدم الإنفاق كانت عبارة عن حالتين فقط وموجودة ضمن أحكام المادة الثالثة والأربعين وكما يأتي:

المادة الثالثة والأربعون- أولاً- للزوجة طلب التفريق عند توفر أحد الأسباب الآتية:

7- إذا إمتنع الزوج عن الإنفاق عليها دون عذر مشروع، بعد إمهاله مدة أقصاها ستون يوماً .

8- إذا تعدّر تحصين النفقة من الزوج بسبب تغييبه أو فقده أو إختفائه أو الحكم عليه بالحبس مدة تزيد عن سنة.

وقد أضاف التعبير الثاني لقانون الأحوال الشخصية الصادر بموجب القانون رقم 21 لسنة 1978م حالة جديدة للتفريق القضائي بسبب عدم الإتفاق وأصبحت تحت تسلسل (9) ضمن المادة الثالثة والأربعين المنوه عنها أعلاه⁽²⁾، وهذه الحالة هي.

9- إذا إمتنع الزوج عن تسديد النفقة المتراكمة المحكوم بها، بعد إنهائه مدة أقصاها ستون يوماً من قبل دارة التنفيذ، وهكذا أصبحت الفقرات (7،8،9) من المادة الثالثة والأربعين- أولاً- تخص التفريق بسبب عدم الإنفاق.

(1) الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، الدكتور احمد عبيد الكبيسي، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1970م، ص261.

(2) نشر القانون رقم (21) في الوقائع العراقية العدد 2639 ، في 1978/2/20.

المطلب الأول

شروط التفريق لعدم الإنفاق

ويشترط بطلب التفريق لعدم الإنفاق توفر الشروط التالية:

- 1- إثبات الزوجية الصحيحة وإستحقاق الزوجة للنفقة: فعلى الزوجة إثبات وجود عقد زواج صحيح بينها وبين زوجها، وخاصة إذا كانت المرافعة تجري بغياب الزوج، كما يجب عليها أن تثبت إستحقاقها للنفقة بكونها غير ناشز، وكانت مطاوعة لزوجها في مسكنه⁽¹⁾.
 - 2- تعذر تحصيل النفقة من قبل الزوجة: ونعني به أن لا تتمكن الزوجة من الحصول على النفقة وقد يكون سبب ذلك الحرمان إما لإمتناع الزوج عن الإنفاق دون عذر مشروع، أو بسبب غياب الزوج، ويندرج تحته المحبوس، والمختفي والمفقود أيضاً، وإما أن يكون سبب إمتناع الزوج عن تسديد النفقة المتراكمة المحكوم بها.
- فإذا كان عدم حصول الزوجة على النفقة سببه إمتناع الزوج عن الإنفاق، فيجب أن يكون هذا الإمتناع بدون عذر مشروع⁽²⁾. ولكن المشرّع لم يحدد ماهية الإعذار المشروعة، وإنما ترك للمحكمة حرية تقديرها وفقاً لوقائع كل دعوى. والمفهوم المخالف يعني أنه ليس للزوجة الحق في طلب التفريق إذا كان إمتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته لعذر مشروع، كإفلاسه أو بسبب عجزه البدني عن العمل وكسب المال أو كونه موظف وقد فصل من وظيفته ولم يجد له عملاً بعد ففي هذه الحالات وغيرها لايعتبر الزوج متعنتاً أو ظالماً أو قاصداً الإضرار بزوجته.
- وأما أن يكون عدم الإنفاق بسبب غياب الزوج، وكما قلنا أنه يندرج تحت هذه الحالة (المفقود والمختفي والمحبوس)، لأن النتيجة واحدة وهي تعذر حصول الزوجة على النفقة من زوجها.

وقد عرفت المادة (85) من قانون رعاية القاصرين الغائب لأنه : (هو الشخص الذي العراق أو لم يعرف له مقام فيه مدة تزيد على السنة، دون أن تنقطع أخباره، وتركب على ذلك تعطيل مصالحه أو مصالح غيره)⁽³⁾.

(1) التفريق القضائي للضرر، رعد ياسين عباس، ص208.
(2) راجع الفقرة (7) من المادة الثالثة والأربعين- أولاً- من القانون.
(3) قانون رعاية القاصرين رقم (78) لسنة 1980.

والمفقود: هو الشخص الذي غاب ولم يعرف له موضع، ولا تعرف حياته من مماته⁽¹⁾، أما المحبوس: فهو الذي صدر ضده حكم مقيد للحرية مدة سنة فأكثر⁽²⁾.

وبما أن المفقود والمحبوس والمختفي هو غائب عن زوجته، فإن تعذر حصول الزوجة على النفقة من مال الغائب، أو إذا لم يكن له مال أصلاً، فإن هذا يعطيها الحق بطلب التفريق. وأما أن يكون مصدر حرمان للزوجة من الإنفاق هو إمتناع الزوج عن تسديد النفقة المتراكمة المحكوم بها⁽³⁾. وهذه الحالة إستحدثها المشرع العراقي بعد التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية. ولم يرد في قانون الأحوال الشخصية النافذ تعريفاً للنفقة المتراكمة. ولكن محكمة التمييز عرفت في قرار لها بأنها: هي النفقة المتجمدة لعدة شهور، وليست النفقة الماضية⁽⁴⁾. ولكن في الحقيقة فإن النفقة المتراكمة هي ذاتها النفقة الماضية ولكن المحكوم بها، أي التي إستقرت في ذمة الزوج بحكم قضائي⁽⁵⁾.

والمشرع العراقي إنفرد بهذه الحالة، عندما أباح للزوجة إقامة دعوى التفريق بسبب إمتناع الزوج عن تسديد النفقة المتراكمة المحكوم بها، إذ لا نجد مثيلاً لها في القوانين العربية ولم تذهب إليها أيضاً المذاهب الإسلامية التي أجازت التفريق لعدم الإنفاق، فهي أجمعت على أن المراد بالنفقة الموجبة للتفريق هي النفقة الحاضرة، أما النفقة الماضية فلا تبرر للزوجة الحق في طلب التفريق⁽⁶⁾. فالمتفق في المذاهب الإسلامية أن النفقة هي دين في ذمة الزوج⁽⁷⁾.

وزمن ثبوت هذا الدين في الذمة عند جمهور الفقهاء هو عند إمتناع الزوج النفقة⁽⁸⁾. وبهذا الرأي أخذ المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية النافذ⁽⁹⁾. وتأسيساً على ذلك فإنني أرى بأن لا تكون النفقة المتراكمة سبباً لطلب التفريق عند إمتناع الزوج عن أدائها، لأن الزوجة تستطيع أن تستوفي هذه النفقة بالطرق القانونية المقررة لإستيفاء الديون.

(1) شرح قانون الأحوال الشخصية علاء الدين خروفي، مطبعة المعارف، بغداد، 1963، ج2، ص104. أما المادة (86)

من قانون رعاية القاصرين وقد عرفت المفقود بأنه: (هو الغائب الذي أنقطعت أخباره ولا تعرف حياته من مماته).

(2) شرح قانون الأحوال الشخصية، محسن ناجي، ط1، 1962م، مطبعة الرابطة، بغداد، ص343.

(3) راجع الفقرة (9) من المادة الثالثة والأربعين -أولاً- من القانون.

(4) راجع نشرة الوقائع العدلية، العدد (35)، ص77.

(5) التفريق القضائي، رعد ياسين، مصدر سابق، ص204.

(6) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، شمس الدين محمد بن العباس الرملي، ج7، ص202، مطبعة مصطفى الحلبي،

1357هـ، شرح الخرشي في مختصر الجليل، ابو عبد الله محمد الخرشي، ج3، ص196، الأنصاف في معرفة الراجح

من الخلاف، للمرداوي، ج9، ص387.

(7) التفريق القضائي، رعد ياسين، ص204.

(8) نهاية المحتاج للرملي، ج7، ص201. شرح الخرشي، أبو عبدالله الخرشي، ج3، ص195، المغني، للإمام ابو محمد

عبدالله بن قدامة، ج7، ص578.

(9) نص الفقرة الأولى من المادة الرابعة والعشرين: تعتبر نفقة الزوجة غير الناشئ ديناً في ذمة زوجها من وقت أمتناع الزوج عن النفقة.

3- إمهال الزوج: إذا إمتنع الزوج عن أداء النفقة لزوجته بدون عذر مشروع فيجب على المحكمة قبل الحكم بالتفريق أن تمنح الزوج أجلاً، أي مهلة لا تتجاوز الستين يوم⁽¹⁾، لفسح المجال أمامه لمراجعة نفسه أو إعطائه فرصة للبحث عن عمل يكتسب منه، إذا كان قادراً على العمل. ويثبت للمحكمة تعنت الزوج إذا إنقضت تلك المدة دون أن يقوم بالإففاق على زوجته. أما إذا كان التفريق بسبب إمتناع الزوج التجديد النفقة المتراكمة المحكوم بها فيتوجب أيضاً إمهاله مدة لا تزيد عن الستين يوماً من قبل دائرة التنفيذ⁽²⁾. ومن نافل القول أن قرار الحكم بالنفقة يجب أن يكون مكتسباً لدرجة البتات لكي يكون قابلاً للتنفيذ لدى دائرة أو مديرية التنفيذ المختصة. وتبدأ مدة الستين يوماً من وقت تنفيذ الحكم، فإذا رفض التجديد بعد هذه المدة كان ردّه سبباً للحكم بالتفريق⁽³⁾.

أما إذا كان عدم الإففاق يعود إلى غياب الزوج أو فقده أو إختفائه، فلن ينص القانون على منح الزوج أي مهلة، وإنما يجب على المحكمة أن تحكم بالتفريق في الحال، أما إذا كان عدم الإففاق هو سبب حبس الزوج، فإن القانون يشترط أن يكون الحبس لمدة تزيد عن السنة⁽⁴⁾.

ويبدو لي أنه كان من الأصوب أن يمنح المشرّع مهلة على الزوج الغائب، الذي يمكن الإتصال به ويخير بين الإففاق أو طلاقها، فإذا رفض الحلين وإنتهت المهلة الممنوحة له، حكم القاضي بالتفريق بينه وبين زوجته، لأنه يصبح عندها في حكم المتعنف.

وهناك حالة أخرى تخص العذر المشروع، حيث أن المشرّع إعتد بالعذر المشروع في حق الزوج الحاضر، ولكنه لم يعتد في حق الزوج الغائب أو المفقود أو المختفي أو حتى المحبوس. إذ أنه اشترط أن يكون أمتناع الزوج الحاضر على الإففاق بعذر غير مشروع وكما هو وارد في نص الفقرة (7) من المادة الثالثة والأربعين- أولاً- من قانون الأحوال الشخصية النافذ، ولكنه لم ينص على هذا القيد – ان صح التعبير- عندما أصاح للزوجة حق طلب التفريق بسبب تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغييه أو فقده أو إختفائه أو الحكم عليه بالحبس، أو إمتناعه عن تجديد النفقة المتراكمة المحكوم بها ، وهي الحالات

(1) راجع نص الفقرة 7 من المادة الثالثة والأربعين – أولاً – من القانون.

(2) راجع نص الفقرة 9 من المادة الثالثة والأربعين – أولاً – من القانون

(3) قرار محكمة التمييز رقم 1960 / شخصية / 1978، الصادر بتاريخ 1978/11/1، المنشور في مجموعة الأحكام العدلية العدد الرابع، السنة التاسعة، 1978، ص47. نقلاً عن رسالة الماجستير للطالب رعد ياسين عباس، التفريق القضائي للضرر، ص207.

(4) راجع نص الفقرة 8 من المادة الثالثة والأربعين – أولاً – من القانون

الواردة (9،8) من المادة نفسها وأرى أنه كان من الأجدر ذكر ذلك القيد في تلك الفقرتين، إذ قد يكون نغييب الزوج أو فقده أو إختفائه لسبب لا بد له فيه، بل بسبب قوة قاهرة تحول دون حضوره أو رجوعه، وقد يسافر الزوج لغرض التكسب والعمل وتحدث له مشكلة ما ويحكم عليه على إثرها بالحبس مدة تزيد على السنة، وبالتالي يتعذر عليه الرجوع إلى محل إقامة زوجته أو إرسال النفقة إليها، فيجب إعتباره بحكم المعذور لا المتعنت.

4- رفع الأمر إلى القضاء: ونقصد بهذا الشرط أن تقوم الزوجة بتقديم طلب إلى المحكمة بالحكم بالتفريق بينها وبين زوجها لعدم إنفاقه عليها إستناداً لإحدى الحالات الواردة في الفقرات (7،8،9) من المادة الثالثة والأربعين- أولاً- من القانون، وبعبكسه فليس للقاضي أن يحكم بالتفريق بموجب إحدى تلك الحالات من تلقاء نفسه، وهذا ما يفهم من صدر المادة المذكورة أعلاه.

5- تحليف الزوجة اليمين: إذا أقامت الزوجة دعوى التفريق لعدم الإنفاق بسبب غياب الزوج أو إختفائه أو فقده وتمكنت من إثبات دعواها بالأدلة القانونية المعتبرة فإن المحكمة تقضي بالتفريق ولكن بعد أن تحلف الزوجة يميناً خاصة ورد ذكرها في الفقرة (1) من المادة (308) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 . حيث نصت تلك الفقرة على أنه : إذا طلبت النفقة الزوجة النفقة من مال زوجها الغائب، وأقامت البينة على دعواها، تحلفها- المحكمة باليمين بالصيغة التالية: (والله أن زوجي لم يترك لي نفقة ولا شيئاً من جنس النفقة، ولم أكن ناشراً ولا مطلقة إنقضت عدتي) وهي يمين توجهها المحكمة إلى الزوجة من تلقاء نفسها، فإذا رفضت الزوجة أداء تلك اليمين فإن المحكمة لا تحكم بالتفريق. علماً أن بعض المذاهب الإسلامية قد أشرت على الزوجة أداء هذا اليمين أيضاً⁽¹⁾.

المطلب الثاني

نوع الطلاق البائن في القانون العراقي

إعتبر المشرع العراقي هذا النوع من التفريق طلاقاً بائناً. فقد نصت المادة الخامسة والأربعين من القانون على أنه: يعتبر التفريق في الحالات الواردة في المواد (الأربعين والحادية والأربعين، والثانية والأربعين ، والثالثة والأربعين) طلاقاً بائناً بينونة صغرى، وهو ما ذهبت إليه المذاهب الإسلامية التي

(1) الشرح الكبير ، للدريد، ج2، ص519. مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج4، ص199.

قالت بالتفريق⁽¹⁾. إذا اعتبرت التفريق طلاقاً رجعياً ولكن لا يمكن للزوج مراجعة زوجته إلا إذا وجد في العدة يساراً يقوم بواجب مثلها. وجاء في شرح الخرشي: "إن الحاكم إذا أوقع على الزوج طلاقاً لأجل عسره بالنفقة، فهي طلاق رجعية فإذا أراد الزوج أن يراجعها فإنه لا يمكن من ذلك، بل ولا يصلح إلا بعد أن يوجد معه يساراً يقوم بواجب مثلها لا أقل، لأن الطلقة التي أوقعها الحاكم إنما كانت لأجل ضرر فقره، فلا يمكن من الرجعة إلا إذا زال موجب الطلقة وهو الإعسار إلا أن ترضى بأن الحق لها⁽²⁾."

ومما لا بد الذكر منه أن التفريق لعدم الإنفاق كان قبل التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية يعتبر طلاقاً رجعياً⁽³⁾.

ويبدو لي أن اعتبار التفريق وفق الفقرة (8) من المادة (43-أولاً) طلاق رجعية هو الأصوب وذلك لإعطاء الزوج فرصة لإستئناف الحياة الزوجية، إذا عاد الزوج الغائب أو ظهر المختفي، أو عاد المفقود، أو أطلق المحبوس وأبدا إستعداده للإنفاق على زوجته وأثبت يساره، وكل ذلك بشرط أن تكون الزوجة في العدة، أما إذا كانت قد إنتهت عدتها فلا يجوز للزوج نكاح زوجته، إلا بمهر وعقد جديد وبرضاها أيضاً، لأن الطلاق الرجعي ينقلب الى طلاق بائن بمضي العدة الشرعية العدة الزوجية ودون حصول المراجعة خلالها⁽⁴⁾.

كما أرى أن كلمة (صورة) الواردة من المادة الخامسة والأربعين قد تضعنا في بعض الأحيان، لأنه قد يكون التفريق الواقع مسبقاً بطلقتين آخرين، وبالتالي يصبح التفريق هنا بانناً بالبينونة (الكبرى). لذا أرى أنه من الأصوب إضافة عبارة (ما لم يكن مسبقاً بطلقتين) إلى نهاية المادة (45) من القانون تلافياً لهذا الأشكال الشرعي والقانوني.

(1) حاشية العدوي على شرح الرسالة ، للشيخ علي الصعيدي العدوي، مطبعة مصطفى محمد، مصر، 1356هـ

ج2، ص122، القوانين الفقهية، لأبن جزيه، ص212.

(2) شرح الخرشي، ج3، ص198.

(3) أنظر نص الفقرة (2) من المادة الخامسة والربعين من القانون قبل التعديل.

(4) أنظر نص المادة (38) من القانون .

خاتمة

كانت إشكالية هذه الدراسة البحث عن مدى حق الزوجة و حريتها في فك الرابطة الزوجية أمام ما يملكه الزوجة من حق الطلاق، لكن قبل التطرق إلى ما إنتهينا من النتائج، لابد من الإشارة إلى نقطة في الأهمية، و هي كذلك النتيجة للتأمل العميق في الأحكام المتعلقة بتكوين الأسرة و بإحلال الزواج وما لكل من الزوجين من حقوق وواجبات والتأمل العميق كذلك في الواقع الاسري و علاقة الزوجية وما يحكمها من الأحكام الشرعية والقانونية.

إن الواقعية هو الذي يجعل الباحث يعي ما شرعه الله بخصوص إعطاء الرجل الحق الأصيل في إنهاء الرابطة الزوجية و دون الخوض في حكمة ذلك وقد تطرق لذلك الكثيرون لكنهم حسب رأينا لم يتعرضوا لفكرة أهم، وهي أن الله تعالى أعطى هذا الحق المطلق للزوج – رغم أنه قيده دينيا ببعض القواعد- لأن الزوج إذا أراد أن يطلق زوجته واقتنع بذلك وأصر عليها، فانه لا القانون ولا القضاء يستطيعان إجباره على حسن معاملة زوجته و معاشرتها بالمعروف إذا منع من طلاقها. وقد يقول القائل : ألا يستطيع الشرع أن يجبره على ذلك؟ فنقول إن الشرع يستطيع أن يرغبه في عدم الطلاق والصبر على الزوجة لا أكثر، ولن يستجيب لذلك إلا ثلة قليلة من أفراد المجتمع. من أجل هذا لا يمكن منع الزوج من الطلاق إذا أراد ذلك، ولكن يمكن أن نجبره على التعويض وتوفير بعض الحقوق المادية للزوجة والأولاد بعد الطلاق.

لم تكن الزوجة تحظى بحق فك الرابطة الزوجية في الحضارات القديمة والأديان السماوية غير الإسلام. أما الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية قد تطرقت لكل السبل التي تكفل للزوجة الحصول على حريتها، وهذا للوصول إلى الإجابة على إشكالية البحث.

وإتفق الفقهاء على التطبيق للضرر معتبر شرعا، وكذلك فعل مشرع الدول العربية ومثلهم المشرع العراقي. لكن الملفت للإنتباه إن الفقهاء وكان المشرعين العرب كانوا دائماً يقرنون بين التطبيق للضرر والشقاق في عبارة واحدة وفي نص واحد، بحيث إذا ثبت الضرر حكم القاضي بالتطبيق، وإذا لم يثبت عين القاضي حكيم وحولت الدعوى من دعوى ضرر إلى دعوى الشقاق.

وفي كل حالات يحكم القاضي بالتطليق إذا عجز الحكمان عن الإصلاح. لكن المشرع العراقي فصل موضوع الشقاق عن موضوع الضرر، وفصل كثيراً في صور الضرر.

ثم إن جمهور الفقهاء يقر بحق التفريق للزوج المتضرر من العيوب اللاحقة بالطرف الآخر مع بعض الإختلاف فيمن حصر هذه العيوب، ومن ذكر البعض منها على السبيل المثال، وبين من أعطى حق التفريق للعيوب للزوجين معا ومن أعطاه للزوجة فقط وكذلك فعلت التشريعات العربية، ومن بينها المشرع العراقي الذي رغم أنه خصص فقرة وحيدة للتفريق للعيوب إلا أنه عززها بمعيار عام جعلها صالحة لكل زمان ومكان.

وقد أخذ جمهور الفقهاء بجواز التفريق لعدم الإنفاق، وبنفس الرأي مشرعوا الدول العربية ومن بينهم قانون الأحوال الشخصية العراقي الذي لم يفرق بين عدم الإنفاق العمدي وعدم الإنفاق للإعسار.

وختاماً أسأل الله عز وجل أن ينفعنا بما علمنا وأن يعلمنا بما ينفعنا....

تم بحمد الله.....

المصادر والمراجع

القرآن الكريم

- 1- أبو عبدالله بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار الجبل، بيروت، ب.ت.ن .
- 2- محمد بن عبدالله أبي عبدالله الحاكم النيسابوري، المستدرک على الصحيحين، بتحقيق مصطفى عبدالقادر عطا، الطبعة الأولى، 1990 ميلادية، دار الكتب العلمية، بيروت.
- 3- أبو الوليد محمد بن أحمد إن الرشيد الحفيد القرطبي ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، مكتبة الكليات الأزهرية ، 1969 م.
- 4- الشيخ محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، على الشرح الكبير للدريز ، مع التقريرات بهامشة الشيخ محمد عليش ، دار الفكر ، مصر ، الكبير للدريز ، طبع دار إحياء الكتب العربية ، مصر.
- 5- الشيخ على الصعيد العدوي ، حاشية العدوي على الشرح الرسالة ، مطبعة مصطفى محمد ، مصر ، 1356 هـ.
- 6- الإمام أبو عبدالله محمد الخرشي ، شرح الخرشي على المختصر الجليل ، الطبعة الثانية ، 1317 هـ ، الطبعة الأميرية الكبرى ببولاق، مصر.
- 7- الإمام ابو البركات سيديس أحمد بن محمد العدوي المالكي الشهير بالدريز ، الشرح الكبير ، طبع دار إحياء الكتب العربية ، عيسى الباب الحلبي وشركاه ، مصر.
- 8- الإمام أبو عبدالله محمد بن عبيد الرحمن الدمشقي الثماني الشافعي ، رحمة الأمة في إختلاف الأمة ، حققه و علق عليه على الشرجبي وقاسم النوري ، 1994 م ، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت .
- 9- شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، 1357 هـ.

- 10- الإمام ابو عبدالله محمد الشهير بابن القيم الجوزية ، زاد المعاد في هدي خير العباد ، مطبعة السنة المحمدية ، مصر.
- 11- محمد بن أبو بكر بن عبدالقادر الرازي ، مختار الصحاح دار الكتب الرازي ، دار الكتب العربي ، بيروت ، لبنان ، 1981م ، مع مطبعة 1967م صادرة عن النفس الدار.
- 12- دكتور أحمد الكبيسي ، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون ، مطبعة الإرشاد ، بغداد ، 1970م ، و كذلك طبعة صادرة عن مطبعة عصام ، بغداد.
- 13- رعد ياسين عباس ، التفريق القضائي للضرر ، رسالة الماجستير ، جامعة بغداد ، 1987م.
- 14- عبدالرزاق يونس الكبرى ، التفريق القضائي للعلل ، جامعة الموصل ، 1985.
- 15- الدكتور عبد الرزاق النووي ، جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، بيروت ، 1937م.
- 16- الأستاذ محسن الناجي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، 1962 ، بغداد.
- 17- علاء الدين الخروقة ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، مطبعة العارف ، بغداد، 1963م.
- 18- زين الدين ابن نجيم الحنفي ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، دار المعرفة ، بيروت .
- 19- عبدالحمين الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1988.
- 20- د.صباحي محمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ، مكتبة الكشف ، بيروت ، 1948.
- 21- د.عبد المنعم البدر اوي ، المدخل للقانون الخاص ، دار الكتاب العربي ، مصر ، ط1 ، 1957.
- 22- أحمد إبراهيم بك ، أحكام التصرف عن الغير بطريقة النيابة ، مطبعة العلوم ، القاهرة، 1940م ،
- 23- صالح جمعة حسن ، الولاية على النفس في الشريعة الإسلامية والقانون ، بحث مقارن ، مؤسسة الرسالة ، ط1 ، 1976م.
- 24- حسني نصار ، حقوق الطفل في التشريع الدستوري والدولي والمدني والجنائي والتشريع الاجتماعي وقواد الأحوال الشخصية ، منشأ المعارف ، الأسكندرية، ن.ب.ت

- 25- د. بدران أبو العينين بدران ، حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، 1981.
- 26- شامل رشيد ياسين ، عوارض الأهلية بين الشريعة والقانون ، مطبعة المعاني ، بغداد ، 1974م.
- 27- د. عبدالرحمن الصابوني ، الزواج والطلاق و آثارهما ، الأحوال الشخصية ، جامعة حلب ، 1965.
- 28- محمد حسين الذهبي ، الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة و مذهب الجعفرية ، الشركة الأهلية ، بغداد ، 1958.
- 29- شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، المحقق الحلبي ، مطبعة أمير ، قم ، 1409م.
- 30- محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1975م.
- 31- السيد يوسف المدني التبريزي ، منهاج الأحكام في النكاح والخلاف ، مطبعة دانش، إيران، 1429هـ.
- 32- عبد القادر إبراهيم المشاهدي ، شرح القانون الأحوال الشخصية العراقي ، بغداد، 1989م.
- 33- بحر العلوم ، عيوب الإدارة في الشريعة الإسلامية ، دار فريد للنشر، بغداد ، 2009م.
- 34- علاء الدين الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ط 1 ، 1327هـ .
- 35- ابن بن قدامة ، عبدالله بن محمد ، المغني ، دار الفكر ، بيروت ، 1405هـ.
- 36 - الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، مطبعة أمير ، قم ، 1410هـ.
- 37 - علي بن محمد بن الحبيب ، الحاوي الكبير ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1983م.
- 38- منصور بن إدريس ، كشف القناع على متن الإقناع ، المطبعة العامرة الشرفية ، مصر ، 1319 هـ.
- 39- ابن عابدين ، محمد بن علي بن عبدالرحمن الدمشقي ، حاشية رد المحتار على در المختار ، مطبعة دار الفكر 1415هـ.

40- إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشافعي ، المذهب في فقه الإمام الشافعي ، مطبعة العيسى البابي ، الحلبي وشركاءه بمصر.

41 - محمد بن يوسف ، مكتبة الإرشاد ، شرح النيل وشفاء العليل ، جدة ، 1985م.

42 - الشربيني الخطيب ، محمد بن أحمد ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، دار إحياء التراث العربي ، 1958.

43- وفيقة منصور الدويري ، المرأة في القوانين الوضعية اللبنانية وقوانين الأحوال الشخصية ، بيروت ، لبنان ، 1996م.

44 - محمد رشيد رضا ، تفسير القرآن الكريم مشهور بتفسير المنار، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1999م.

45- القرطبي ،الجامع الأحكام القرآن ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة ، مصر

46 - عبدالحميد أحمد أبو سليمان ،ضرب المرأة وسيلة لحل الخلافات الزوجية ، المعهد العالمي للفكر الإسلامي ، دار الفكر، دمشق ، الطبعة الاولى ، 2002م.

47 - مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري ، صحيح المسلم ، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقى ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت.

48- محمد بن عيسى أبي عيسى الترمذي ،سنن الترمذي ، تحقيق أحمد محمد شاكر و آخرين ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت .

49- الدكتورة شبهال معروف دزئي ، العنف ضد المرأة بين النظرية والتطبيق ، دار اراس ، اربيل ، ط1 ، 2007م.

50- الدكتور سليمان مرقس ،الوافي في شرح القانون المدني ، القاهرة ، 1992.

51- محمد عبد الستار الجبالي ،الضرر المخول للمرأة حق التظليق في الشريعة الإسلامية ، رسالة الدكتوراه ،جامعة الأزهر ، القاهرة ، 1989.

52 - أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، المنتقى شرح موطأ أبو مالك أبو أنس ، دار الكتب الإسلامية ، القاهرة.

- 53 – عبدالكريم زيدان ، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية ، ط1 ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 2003.
- 54 – عبد الرحمن الصابوني ، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر ، 1968.
- 55 – سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي الشافعي ، حاشية البجيرمي على الخطيب ، دار الكتب العلمية ، بيروت 1999م.
- 56- ضبط وتخريج الشيخ زكريا عميرات، مواهب الجليل لشرح المختصر خليل ، ط1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1995م.
- 57 – محمد علي محبوب ، الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي ، نظام الأسرة ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس، ن.ب.ت
- 58 – محمد محي الدين عبد الحميد ، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، دار الكتاب العربي ، بيروت .
- 59 – بدران أبو العينين بدران ، أحكام الزواج و الطلاق في الإسلام ، ط3 ، دار المعارف ، القاهرة ، 1963م.
- 60- بدران أبو العينين بدران ، الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون ، ط3 ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، 1966م.
- 61- عمر عبدالله ، أحكام الشريعة الإسلامية في أحوال الشخصية ، ط4 ، دار المعارف ، القاهرة ، 1963م.
- 62 – يوسف قاسم ، حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1987م.
- 63 – سعيد مصطفى سعيد ، في مدى إستعمال حقوق الزوجية وما تنقيد به في الشريعة الإسلامية والقانون المصري الحديث ، رسالة الدكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، مطبعة الإعتدال ، مصر.

- 64 – محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية ، ط9 ، دار محمود للنشر والتوزيع ، القاهرة ، 1999م.
- 65 – جمال الدين محمد محمود ، المرأة المسلمة في عصر العولمة، ط1 ، دار الكتب المصري ، القاهرة ، 2001م.
- 66 – عبد الرحمان الصابوني ، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية ، رسالة الدكتوراه ، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق ، 1962م.
- 67 – أنور العمروسي ، التفريق للضرر في التشريع المصري ، دار الفكر الحديث للطبع و النشر ، القاهرة ، 1963م.
- 68- محمد بلتاجي ، في أحكام الأسرة ، دراسة مقارنة ، ط2 ، مكتبة دار العروبة ، الكويت ، 1983م.
- 69- عبدالعزيز رمضان سمك، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري ، ط3 ، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر ، 1988م.
- 70 – مصطفى السباعي ، المرأة بين الفقه والقانون ، ط6، المكتب الإسلامي ، دمشق ، 1984م.
- 71 – محمد رفعت عثمان، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بالأموال التي تمنع الإستمتاع ، دار الطباعة المحمدية بالازهر ، مصر ، 1981م.
- 72- أحمد نصر الجندي ، الطلاق والتطليق وآثارهما ، دار الكتب القانونية ، المحلة الكبرى ، مصر ، 2004م.
- 73- يوسف صلاح الدين يوسف ، الآثار المترتبة على الإصابة بالأمراض المعدية ، دار الفكر الجام ، الأسكندرية ، 2008م.
- 74- محمد الكبير الأمير ، الإكليل شرح مختصر خليل ، تحقيق أبو فاضل عبدالله صديق الغماري ، مكتبة القاهرة .
- 75- شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على شرح الكبير للدردير ، دار إحياء كتب العربية .

- 76- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري ،الحاوي الكبير في فقه المذهب الإمام الشافعي ، ط1، دار الكتب العلمية ، بيروت .
- 77- أبوبكر عبدالرزاق بن همام الصنعاني ،مصنف عبد الرزاق ،تحقيق حبيب الرحمان الأعظمي ، ط2، المكتبة الإسلامية بيروت1403هـ.
- 78- أبو عبدالله محمد الأنصاري الرصاع ،شرح حدود ابن عرفة ، تحقيق محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري ، ط1 ، دار المغرب الإسلامي ، بيروت ، 1993م.
- 79- رمضان على السيد الشرنباصي ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، ب.ت.ن .
- 80- محمد سلام مدكور ،الوجيز لأحكام الأسرة في الإسلام ، دار النهضة العربية ، 1978م.
- 81- زكي الدين شعبان ،الزواج والطلاق في الإسلام ، الدار القومية للطباعة والنشر ،1964.
- 82- شعيب بن علي شهير بالنسائي ،سنن النسائي ، تحقيق ناصر الدين الألباني ، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع ، الرياض.
- 83- أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني ،سنن أبي داود ، تحقيق و تعليق ناصر الدين الألباني ، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع ، الرياض.
- 84- ناهد العجوز ، دعوى التطلق والخلع ، ط1، منشأة المعارف ، الأسكندرية ،2001م.
- 85- حسن خالد، عدنان نجا، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتب التجاري للطباعة والتوزيع والنشر، بيروت.
- 86- محمد الشحات الجندي، نظرات في نظام الأسرة الإسلامية ، مطبعة نور الإيمان، القاهرة ،2002.
- 87- أحمد المصطفى، في الأحوال الشخصية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس ، 2004م.
- 88- عبد الحميد ميهوب، محمود محمد عوض، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مطبعة مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، مصر ، 1999م.
- 89- شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة ، بيروت.

- 90- عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دار الهدى و عين مليلة، الجزائر ، 2001م.
- 91- موفق الدين بن قدامة ، شمس الدين بن قدامة ، المغني ويليهِ الشرح الكبير، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع.
- 92- محمد علي الصابوني ، صفوة التفاسير ، ط4، دار القرآن الكريم بيروت، 1981م.
- 93- محمد مصطفى شلبي ، نظام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين الفقه المذاهب السنية والمذاهب الجعفري والقانون ، دار الهدى العربية ، بيروت، 1977م.
- 94- شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي ، المطبعة الكبرى الأميرية ، مصر ، 1316م.
- 95- ابن رشيد الحفيد ، تحقيق عبدالله البادي، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، المجلد الثالث ، دار السلام، القاهرة ، 1995م.
- 96- فتح البارئ بشرح صحيح البخاري ، الكتبة السلفية، ب.ب.ن.
- 97- محمد الحجاري ، نظام الاثبات في أحكام الأسرة ، رسالة دكتوراه ، جامعة الإسكندرية ، كلية الحقوق ، 2007م.
- 98- ، نصر سلمان ، سعاد سطحي ، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع قانون الأسرة ، دار الفجر للطباعة والنشر، قسنطينة ، الجزائر ، 2005م.
- 99- التفريق بالعيب بين الزوجين والآثار المترتبة عليه ، ط1، كنوز العرفة ، جدة، 1999م.
- 100- محمد كمال الدين إمام، جابر عبدالهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة.... منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003
- 101- محمد بن إدريس، الشافعي أبو عبدالله، الأم، ج5، دار المعرفة، بيروت، 1393هـ.
- 102- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، 195.
- 103- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط3، دار المعارف، القاهرة، 1996م.

- 104- بدران أبو العنين بدران، الزواج والطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون، ط3، مؤسسة الثقافية الجامية، الإسكندرية، د.ت.ن
- 105- أبو بكر أحمد بن الحسن البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبدالقادر عطا، دار الكتب العلمية، ط3، بيروت، لبنان، 2003م.
- 106- محمد لفروجي ، قانون الاسرة وفق آخر التعديلات مع النصوص التطبيقية، مطبعة النجاح الجديدة، دار البيضاء، 2006م.
- 107- الآثار المترتبة على الإصابة بالأمراض المعدية، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2008م.
- 108- الإمام مالك بن أنس رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي، المدونة الكبرى، مطبعة السعادة، مصر، 1323هـ، الطبعة الأولى، 1324هـ الصادرة عن المطبعة الخيرية بمصر.
- 109-- التقرير العالمي حول العنف والصحة ، منظمة الصحة العالمية، جنيف، صدرت الطبعة العربية في المكتب الإقليمي في الشرق الأوسط، القاهرة، 2002
- 110- د.أبو الوفا محمد أبو الوفا إبراهيم ،بعد الجنائي للعنف في الجرائم الإرهابية في القانون المقارن والفقہ الإسلامي ، ورقة مقدمة إلى ندوة ظاهرة العنف من مواجهة الآثار إلى معالجة الأسباب ، جامعة قطر 2004، متاح على الموقع الإلكتروني التالي بتاريخ 2017/6/10، <http://www.kalema.net>.
- 111- ، محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1986.
- 112- محمد فتحي عبدة، الأجرام المعان، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض 1999 .
- 113- د. إحسان عبدالمنعم عمارة، البنية الأسرية ومهامها في المنظور الإسلامي ، مجلة الزيتونة، متاح على الموقع الإلكتروني التالي بتاريخ 2016/6/26 <http://www.alzetouna.net>.
- 114- د.منى يوني البحري وآخرون، العنف الأسري، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان، 2011.
- 115- د.عصام توفيق عمر وآخرون، الرعاية الاجتماعية للأسرة والطفل، المكتبة العصرية، المنصورة، 2008.

116- د. جبرين علي جبرين، العنف الأسري خلال مراحل الحياة، إصدارات مؤسسة الملك خالد الخيرية، الرياض، 2005.

117- د. عبدالعاطي وآخرون، علم إجتماع الأسرة، دار المعرفة الجامعية، القاهرة، 2000.

118- د. ليلى عبدالوهاب، العنف الأسري الجريمة والعنف ضد المرأة، دار المدى، دمشق، 2000.

119- محمد عبدالسلام العرود، العنف الأسري دوافعه وآثاره وعلاجه من منظور تربوي إسلامي، دار الفاروق، عمان، 2008.

120- موقع مجموعة المساندة لمنع الإعتداء على الطفل والمرأة، بتاريخ 2016/7/5: <http://www.musanada.com> _

التراجم والقواميس:-

1- ابن المنظور الإفريقي المصري، لسان العرب، دار نوبلس، بيروت، 2009م.

2- محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الفكر، بيروت، 1981م.

3- محمد القلجي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، بيروت، 1988م.

4- إبراهيم انيس وآخرون، المعجم الوسيط، معجم اللغة العربية، قطر، 1985م.

5- أحمد زكي بدوي، معجم مصطلحات العلوم الاجتماعية، بيروت، 1987م.

6- لوبين معلوف، المنجد في اللغة والأدب والعلوم، المطبعة الكاثوليكية، بيروت.

مراجع باللغة الفرنسية:-

1- L " homosexualite' est donc essentiellement lie'e a des facteurs psycho-sociaux qui expliquent la diversite' de ses aspects ". Professeur-A. Domart et D-J. Bourneuf. Nouveau Larousse Me'dical. Librairie Larousse. 1988. Paris. P 494

2- Nouveau Larousse Me'dical. Op cit. p901

القوانين العراقية :-

- 1- قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959
- 2- قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (23) لسنة 1971
- 3- قانون المدني رقم (40) لسنة 1951
- 4- قانون رعاية القاصرين رقم (78) لسنة 1980
- 5- قانون مرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969

قوانين الدول العربية:-

- 1- قانون الأحوال الشخصية المصري
- 2- قانون الأحوال الشخصية السوري
- 3- قانون الأحوال الشخصية المغربي
- 4- قانون الأحوال الشخصية الاماراتي
- 6- قانون الأحوال الشخصية التونسي.