سلطة القاضي التقديرية في فض منازعات التفريق القضائي

The judge's discretion in resolving disputes of judicial separation

أ.م. د. حارث علي ابراهيم
كلية القانون _ جامعة بغداد

سليمان محمد هلال
Suleiman Mohammed Hilal
كلية القانون _ جامعة بغداد
Faculty of Law
Baghdad University
Solamanabujohar@gmail.com

المستخلص

إن الزوجية هي في الحقيقة سنة من سنن الله في خلقه وهي الأسلوب الوحيد الذي جعله الله عز وجل الطريق الصحيح للتولد والتكاثر واستمرار الحياة بين الناس ولم يجعل الله سبحانه وتعالى الإنسان مثل غيره من المخلوقات فلم يترك غرائزه تنطلق بدون نظام وطريق صحيح لها فلم يترك للفوضى في الغريزة مكان بل ارشد ووجه الخلق إلى الطريق والمنهج الصحيح للحياة بين الناس والتكاثر بما يحفظ كرامة الإنسان وعرضه من الفوضى .وإن استقرار الحياة بين الزوجين هي الغاية المهمة التي حرص الإسلام على تحقيقها فجعل الصلة والعلاقة بين الزوجين من أوثق الصلات والعلاقات فجعل عقد الزواج عقدا للتأبيد والاستمرار .ومع ذلك فقد يعتري الحياة الزوجية بعض المشاكل والمصاعب والخلاف أو الشقاق بين الزوجين ويصل لدرجة أن يمنع استمرار الحياة المشتركة بينهما فيبغي ويعتدي احد الزوجين على حق الأخر فيتطلب الأمر رد المعتدي إلى الصواب . وبما أن الطلاق بيد الرجل وليس بيد الزوجة وهو يستخدمه متى شاء ومع ذلك فان الشريعة قد أعطت للمرأة ما يحفظ لها حقها وكرامتها من تعدي زوجها وإضراره بها فمنحت للزوجة حق طلب التفريق القضائي وإنهاء الزواج .

Abstract

Marriage is in fact a year of God's years in his creation, and it is the only method that God has made the right way to breed and reproduce and to continue life among people, and God did not make the almighty man like other creatures, he did not let his instincts go off without order and a correct way for her, he did not leave to chaos in Instinct is a place but guided and directed creation to the right way and way of life between people and reproduction in order to preserve the dignity of the human being and his exposure from chaos. However, marriage may experience some problems, difficulties, disagreement or discord between the spouses and even to the extent that it prevents the continuation of the common life between them, and one of the spouses is attacked on the right of the other, so it is necessary to return the aggressor to the right. Since divorce is in the hands of the man and not in the wife's hands and he uses it whenever he wishes, however, the Shariah has given the woman what she has to do with her right and dignity from transgressing her husband and harming her, so she has granted the wife the right to seek judicial separation and termination of

marriage.

المقدمة

قضت الشريعة الإسلامية وحكمتها أن يجعل الطلاق في يد الزوج ولا يعطى للزوجة إلا إن فوضت به ومع ذلك فإن الشريعة أيضا قد اقتضت عدالتها أن تعطى الزوجة حق أن تطالب بالتفريق القضائي من زوجها وإنهاء رابطة الزواج عندما لا يبقى لها كرامة ولا يراعى لها من زوجها شعور وإحساس ، وقد ألزمت في سبيل ذلك الشريعة القضاء أن يجيب طلب الزوجة في التفريق ويرفع الظلم عنها .

والتفريق قد جعلته الشريعة طريقا لتنظيم حياة الناس ومنعا للأزواج من الإضرار بزوجاتهم والتعسف في التعامل تجاههن بحجة القيمومة على زوجاتهم فكان رفع الضرر وضمان حق الزوجة في التخلص من زوج انحرف عن غاية الزواج الأساسية هو من أسباب تناولنا لهذا الموضوع بالبحث والتفصيل ولبيان جمال وسعة الشريعة ونظامها الدقيق والمتصف بالعمق أيضا في تنظيمها وحمايتها لحق الطرف الضعيف في الرابطة الزوجية .

ولم نجد في حدود تتبعنا القاصر دراسات أو بحوث تتناول سلطة القاضي التقديرية في فض منازعات التفريق القضائي وإنما هناك إشارات محدودة لسلطة القاضي التقديرية في التفريق القضائي في الدراسات التي اطلعنا عليها .

وكذلك لم تتطرق هذه الدراسات إلى تناول مسائل التفريق القضائي من كل الجوانب وإنما تناولت الجانب الفقهي فقط أو الجانب القانوني فقط ولكن لم نجد على حد علمنا واطلاعنا دراسة تتناول الجانب الفقهي والقانوني والتطبيقات القضائية والقوانين المقارنة كل ذلك في دراسة واحدة وهذا ما شجعنا لتناول منازعات التفريق القضائي وسلطة القاضي التقديرية فيها من خلال هذه الجوانب الأربع التي ذكرناها .

فجاءت خطتنا للبحث بمقدمة أولا ومن ثم شرعنا في تناول الموضوع على شكل مطالب ثم انتهينا بخاتمة وبيان بما نتج عن البحث من نتائج.دون أن نتطرق إلى مفهوم التفريق وأدلة مشروعيته وغير ذلك من المسائل التي تعد تمهيدا للموضوع وذلك لضيق البحث عن هذه المسائل فآثرنا الدخول لصلب الموضوع مباشرةً .

المطلب الأول

التفريق للضرر وسلطة القاضي فيه

The distinction of harm and the authority of the judge in it

يراد بالضرر هنا ما يلحقه الزوج بزوجته من أنواع الأذى التي لا تستقيم معها العشرة الزوجية سواء كان هذا الضرر بالقول أما بالفعل كالشتم والسب والضرب وإجبارها على فعل المحرم أو التقبيح وامتهان كرامتها وغير ذلك ([1]).وهو أحد الطرق التي ينحل بها عقد الزواج وللقاضي دور كبير في فض المنازعات التي تنشا بسبب الضرر الواقع بالزوجة .

موقف الفقه :وقد اختلف الفقهاء في جواز التفريق للضرر على قولين :

القول الأول :ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة في قول لهم إلى أن التفريق للضرر غير جائز مهما كان كبيرا أو شديدا لأن دفع الضرر يمكن أن يكون بغير التفريق والطلاق عن طريق لجوء الزوجة للقضاء وإلزام الزوج بالكف عن الإضرار بالزوجة ([2]).

القول الثاني: ذهب المالكية إلى انه يجوز للزوجة طلب التفريق للضرر منعا للنزاع وحتى لا تصبح الحياة الزوجية جحيما لا يطاق ولقوله علية الصلاة والسلام (لا ضرر ولا ضرار) وبناء على قولهم ترفع الزوجة المتضررة أمرها إلى القاضي فإن ثبت الضرر طلقها القاضي بعد تقديره لهذا الضرر وثبوت دعواها بالبينة ومن صور الضرر سبها أو ضربها او ترك الوطء دون عذر ([3])

وذهب المالكية إلى أن التفريق للضرر إن وقع فيكون بطلقة واحدة بائنة وذلك بان يأمر الحاكم الزوج بالتطليق فإن أبى كان للقاضي سلطة التطليق عليه أي إن يقضي بالتفريق وإن لم يرضى الزوج، وللقاضي عندهم سلطة التقدير للضرر وردع الزوج وكف إذاه بالوعض والزجر والإرشاد والتعزير فإن لم يجدي أمره بالتطليق فإن لم يرضى فرق القاضي بينه وبين زوجته رغم رفضه ، ويكفي عندهم للحكم بالتفريق أن يقع الضرر بالزوجة مرة واحدة ولا يشترط تكراره فيكفي أن تقوم البينة على حصول الضرر مرة واحدة ليحكم بالتفريق([4]).

([1]) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مصدر سابق، ج ٩، ص ٩٧ .

([2])بداية المجتهد، ج ٢، ص ٩٧ وما بعدها ، مغني المحتاج ، ج ٦، ص ٥٢٤، القوانين الفقهية ، ص ٢١٥، مغني المحتاج ، ج ٢، ص ٢٠٧ .

([3]) الشرح الكبير ، ج ٢، ص ٢٨١ ، الحطاب ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، ج ٤ ، ص ١٧ .

([4]) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي، ج ٢ ، ص ٣٤٥، التاج والإكليل لمختصر خليل ، للمواق ، ج ٤ ، ص ١٦ .

موقف القانون :أما موقف القانون من التفريق للضرر فقد أخذ المشرع بالقول الثاني فأجاز التفريق للضرر وأخذ أحكامه من الفقه المالكي إلا أن المشرع أعطى حق طلب التفريق لكلا الزوجين إذا ما اضر احدهما بالزوج الأخر ، فنص المشرع في المادة (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية (إذا أضر أحد الزوجين بالزوج الأخر أو بأولادها ضررا يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية ويعتبر من قبيل الإضرار الإدمان على تناول المسكرات والمخدرات على أن تثبت حالة الإدمان بتقرير من لجنة طبية رسمية مختصة ويعتبر من قبيل الإضرار كذلك ممارسة القمار في بيت الزوجية)([1]).

فالضرر الذي نص عليه المشرع يشمل كل أذى مادي (قولي أو فعلي) أو معنوي (نفسي) إذ أن اللفظ الذي أورده المشرع ونص عليه قد جاء نصا عاما فيحتمل النوعان فيراعيهما القاضي عند نظره في دعوى التفريق ([2]).

لذلك أعطى المشرع للقاضي سلطة تقديرية في تقدير نوع الضرر الذي يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية لفض المنازعات الناشئة بسببه، فلفظ الضرر الذي أورده المشرع لفظ ينصرف لكل حالة يتعذر معها على الزوجين الاستمرار في الحياة الزوجية دون حصر للحالات التي تبيح التفريق، ويقدر القاضي كل نوع من أنواع الضرر ودرجته، ولفظ المشرع الذي نص عليه في المادة بقول (يتعذر) هو لفظ لا ينبغي لأنه في اللغة يعني الاستحالة والمطلوب استبدالها بلفظ (لا يستطاع) وهذا ما ذهب إليه الدكتور مصطفى الزلمي ([3]).وقد كان مصطلح (لا يستطاع) هو المستعمل من قبل المشرع قبل التعديل نص المادة المذكورة ، فكان من الأفضل العودة إلى مصطلح (لا يستطاع) ([4]).

ويلزم أن يكون القاضي دقيقا في تقدير الضرر المبيح للتفريق ودرجته فليس كل ضرر يبيح التفريق بل يلزم أن يكون جسيما وشديدا ولا يمكن إصلاحه وفشل مساعي الإصلاح بين الزوجين من قبل الحكمين، وأن لا يكون هناك ما يشير إلى قبول الزوجة بالضرر لأنه إن قبل حصول الضرر فيعني أن الحياة الزوجية لا زالت مستمرة ولم تتعذر كما نص المشرع فيقدر القاضي هذه المسائل بدقة قبل الذهاب إلى التفريق والحكم به ([5]).

ومما يجب أن يلاحظه القاضي عند تقدير الضرر أيضا أن الضرر ليس ذا طبيعة واحدة فهناك الضرر الإرادي وهناك الضرر غير الإرادي، وليس ذا تأثير واحد فهناك الضرر المعنوي وهنالك الضرر المادي، فيجب أن يأخذ

([1]) جابر عبد جابر، التفريق للضرر، ١٤٣٣ ه، ٢٠١٢ م، ص ٦.

([2])حيدر حسين كاظم ألشمري، التفريق للضرر المادي والمعنوي الذي يصيب أحد الزوجين، مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد ٣٥، سنة ٢٠١٤، ص ٧٧ .

([3]) مصطفى الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٥٤ .

([4])ياسر لطيف كاظم، التفريق القضائي للضرر، ١٤٢٦ ه، ٢٠٠٥ م،ص ٦ .

([5]) حسين غازي عباس، التفريق للضرر مناقشة القرار التمييزي، ٢٠٠٥ م، ص ٧ .

القاضي بهذه التفاصيل بعين الاعتبار ولا يكون التفريق بالنسبة للقاضي إلا آخر الحلول ([1]).

موقف القضاء :أما بالنسبة لموقف القضاء فقد قررت محكمة التمييز (إن المحكمة قضت برد دعوى المدعية قبل أن تسألها عن ماهية الضرر الجسيم الذي يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية ومن ثم تكليفها بإثباته وعلى ضوء ذلك تسير في الدعوى).وقررت كذلك (الضرب المبرح سبب من أسباب التفريق يحق للزوجة طلب التفريق من زوجها للضرر إذا ضربها ضربا مبرحا) وأيضا قررت (ليس للزوجة طلب التفريق من زوجها إذا تسببت هي بالضرر بنفسها وسمعتها وبسمعة زوجها نتيجة لارتكابها جريمة الخيانة الزوجية) ([2]).فأكدت القرارات السابقة على سلطة القاضي التقديرية في تقدير الضرر وجسامته وهل يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية أم لا .

موقف القوانين المقارنة :أما بالنسبة لموقف القوانين المقارنة فقد قرر المشرع المصري في المادة (٦-١١) من قانون الأحوال على جواز التفريق للضرر حيث أخذ بالفقه المالكي في المسألة وقصره على الزوجة وأعطى للقاضي سلطة التقدير والنظر في الضرر وجسامته وبعث الحكمين للإصلاح وأعطاهم حق التفريق خلافا للتشريعات التي تعطي للحكمين دور الإصلاح فقط دون حق التفريق ([3]).

أما المشرع السوري فنص أيضا على جواز التفريق للضرر وترك كذلك مسألة تقدير ذلك الضرر الموجب للتفريق إلى سلطة القاضي التقديرية، وألزم أن يتحقق القاضي من إثبات المدعية لما تدعيه من ضرر واقع عليها فإن عجزت أجل القاضي الدعوى شهرا أملا بالمصالحة. وكذلك الحال بالنسبة لموقف المشرع الأردني حيث أجاز التفريق للضرر وترك للقاضي فيه سلطة التقدير ولم يعط الحكمين حق التفريق كما فعل المشرع المصري واشترط أن يقع الضرر فعلا بالزوجة وأن يصل لدرجة توجب التفريق ([4]).

فأغلب التشريعات تعطي القاضي سلطة تقديرية في تقدير الضرر ومدى جسامته وهل هو موجب للتفريق أم لا، وتعطي للحكمين دور الإصلاح قبل الحكم بالتفريق باستثناء المشرع المصري الذي أعطى للحكمين حق التفريق،

([1]) رعد ياسين عباس، مصدر سابق، ص ٢٧٥ .

([2]) قرار محكمة التمييز المرقم (٢٧٩٠) شخصية، ٢٠٠٠، في ٢٠٠٢/١١/٣ م.والقرار المرقم (٩٦٨)شخصية، ٢٠٠٠، في ٢٠٠٠/٣/١٢ م، مجلة العدالة، العدد الرابع، ٢٠٠١ م، ص ٦٧ ..والقرار المرقم (٦) شرعية/ ١٩٧١، في ١٩٧١/٣/١٧ م، النشرة القضائية، العدد الأول، السنة الثانية، ص ٧٢

([3])آسو سردار رشيد، التفريق للضرر، ٢٠٠٨،١٤٢٩،ص ٣٤ .وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٩، ص ٧٠٦٢.

([4]) المادة (١١٢-١١٥) من قانون الأحوال الشخصية السوري، والمادة (٩٦) من قانون الأحوال الشخصية الأردني .عمار مرزوق ملحم ظاهر، دعوى التفريق بين الزوجين للغيبة والضرر، ٢٠١٣، ص ٢٣

فنلاحظ التوافق الكبير من حيث التنظيم بين المشرع العراقي والتشريعات المقارنة في مسالة التفريق للضرر ([1]) .

المطلب الثاني

التفريق للخلاف وسلطة القاضي فيه

The distinction of the dispute and the authority of the judge in it

الخلاف والشقاق هو في اللغة غلبة العداوة والخلاف أو العداوة بين فريقين والخلاف بين اثنين وقيل انه مأخوذ من فعل ما يشق ويصعب فكأن كل واحد من الزوجين حريص على فعل أو قول ما يشق ويصعب على زوجه الأخر أو صاحبه ([2])والخلاف هو من أسباب انحلال عقد الزواج وينشا بسببه الكثير من المنازعات .

موقف الفقه : انقسم الفقهاء في مسالة التفريق للخلاف والشقاق كسبب يبيح التفريق إلى قولين

القول الأول : أنه الشقاق والخلاف بين الزوجين لا يصلح أن يعد سبب للتفريق وانحلال العقد وهو قول الحنفية واحمد في رواية والشافعية في قول وهو قول الظاهرية والجعفرية ([3]).

القول الثاني : بينما ذهب الإمام احمد في الرواية الثانية وقول للإمام مالك والقول الأظهر للشافعية وقول فقهاء المدينة من أن الخلاف والشقاق يجوز به التفريق والعلة في ذلك أن بقاء الخلاف هو ضرر بالزوجة والضرر في الفقه يزال وزواله إنما يكون هنا بالتفريق ([4]).

وقد ذهب أصحاب القول الثاني القائل بالتفريق إلى أن التفريق لا يكون إلا بعد بعث الحكمين ومساعي الإصلاح بين الزوجين واختلفوا في تدخل القاضي في بعث الحكمين على قولين :

القول الأول : أن القاضي لا يبعث الحكمين إلا بعد أن تحصل المنازعة وترفع الزوجة دعواها له فعندها يجب عليه بعث الحكمين استدلالا بقوله تعالى (فابعثوا) فقالوا أن الأمر في أصله يدل على الوجوب فيجب على القاضي بعث الحكمين عند رفع المنازعة إليه ([5]).

([1]) أحمد حسن الطه، مصدر سابق، ص ٨٥ .

([2]) لسان العرب ، ج ١٢ ، ص ٥٠ ، أحكام القران ، ج ٢ ، ص ١٤٣ .

([3]) المغني ، ج ٧ ، ص ٤٩ ، أحكام القرآن ، ج ٢ ، ص ١٩١ ، مغني المحتاج ، ج ٣ ، ص ٢٦١ ، المحلى لأبن حزم الظاهري ، ج ١٠ ، ص ٨٨ ، الروضة البهية في فقه الجعفرية ، ج ٢ ، ص ١٣٤ .

([4]) ابن القيم ، زاد المعاد ، ج ٤ ، ص ٣٣ ، مغني المحتاج ، ج ٣ ، ص ٢٦٢ ، المغني ، ج ٧ ، ص ٤٩ .

([5]) تفسير المنار ، ج ٥، ص ١٧٩ ، مغني المحتاج ، ج ٣، ص ٢٦١ .

القول الثاني : وذهب قول إلى أن للقاضي سلطة وحق بعث الحكمين حتى قبل أن يرفع إليه لنزاع ومتى ما وصل لعلمه حصول الخلاف والشقاق بين الزوجين بعث الحكمين ([1]).

وإذا ما بعث القاضي الحكمين ونظرا النزاع ووصلا إلى رأي بالتفريق فهل لهم ذلك أم يرجعا إلى القاضي والذي لديه سلطة التفريق ،هناك اتجاهان في المسألة :

الاتجاه الأول : لا يملك الحكمين أي سلطة للتفريق بين الزوجين كون الحكمين هما بمثابة الوكيلين والوكيل لا يتصرف إلا بالإذن من الزوج بالطلاق والإذن من الزوجة بالمخالعة وبذل العوض وهو مذهب الحنفية والشافعية والظاهرية والجعفرية واحمد في رواية وعطاء ([2])

الاتجاه الثاني : أن الحكمين هما حاكمين والحاكم لا يحتاج في حكمه إلى اخذ الإذن من الزوجين وبالتالي لهما سلطة إيقاع التفريق دون الرجوع إلى الحاكم أو الزوجين إن وصل اجتهادهما إلى التفريق وفشلت كل مساعي الإصلاح ([3]).

واستدلوا لقولهم : بقوله تعالى (فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها) وان الحكمين هنا يقومان بمقام القاضي في التفريق قال القرطبي : وهذا نص من الله سبحانه بأنهما قاضيان لا وكيلان ولا شاهدان وكذلك استدلوا أيضا بان الشقاق وقع وأشبه الظالم منهما فجاز التفريق بينهما من غير رضاهما كما لو قذفها وتلاعنا ([4]).

موقف القانون :أما بالنسبة لموقف القانون فقد أخذ بجواز التفريق للخلاف حيث وافق المالكية وبعض الحنابلة القائلين بجوازه فنص المشرع في المادة (٤١/ف ١) بالقول (لكل من الزوجين طلب التفريق عند قيام خلاف بينهما سواء كان ذلك قبل الدخول أم بعده) ونصت الفقرة (أ)من المادة (٤١) (إذا ثبت للمحكمة استمرار الخلاف بين الزوجين وعجزت عن الإصلاح بينهما وأمتنع الزوج من التطليق فرقت المحكمة بينهما)، والقاضي له سلطة تقديرية في تقدير الخلاف ودرجته، فليس كل خلاف يفرق القاضي بسببه بين الزوجين بل يجب أن يكون خلافا مستحكما و من النوع الذي يحترز منه غالبا ولا تظهر أسبابه قهرا وأنه ليس مجرد اختلاف وجهات نظر بين الزوجين فهو مما يقع كثيرا بين الأزواج، ويجب أن يكون الخلاف قويا يشق على النفس تحمله وأن يكون مستمرا ولا يمكن دوام العشرة الزوجية معه[5].

([1]) ابن العربي المالكي ، أحكام القران ، ج ١ ، ص ٤٢٧ .

([2]) أحكام القرآن الجصاص ، ج ٢ ، ص ١٩١ ، المغني ، ج ٧ ، ص ٤٩ ، المحلى لأبن حزم الظاهري ، ج ١٠ ، ٨٧ ، الروضة البهية في فقه الجعفرية ، ج ١ ، ص ١٣٣ .

([3]) الشرح الصغير ، ج ١ ، ص ٤٤٠ ، المغني ،ج ٧ ، ص ٤٩ ، مغني المحتاج ، ج ٣ ، ص ٢٦١ .

([4]).القرطبي ، الجامع لإحكام القران ١٧٧/٥، الشيرازي ، المهذب ٧٠/٢. سورة النساء ، الآية ٣٥ .

([5]) أحمد حسن الطه، مصدر سابق، ص ٦٨ .

فالقاضي له سلطة في تقدير الخلاف فلا يلتفت إلى المشاجرات العادية التي تحصل في الحياة الزوجية عادةً، ويستخلص القاضي درجة الخلاف من خلال وقائع الدعوى، أما الخلافات البسيطة فلا يلتفت لها لأن بالإمكان التوفيق بين الزوجين دون الحاجة للتفريق ([1]).

ويقدر القاضي كذلك مسألة مشاركة كل من الزوجين في الخلاف ونسبة إسهام كل من الطرفين فيه وكونه خلاف مستمر وليس متقطع، ويقدر القاضي كون الخلاف لا يمكن إصلاحه بالنصح والإرشاد، بعد دور الحكمين في الإصلاح ورأب الصدع بينهما فإن تبين عجزهما وأنه خلاف عميق لا يمكن إصلاحه من قبل الحكمين أو الأهل والأصدقاء، وأنه خلاف مستحكم عندها وبعد التقدير يحكم القاضي بالتفريق بين الزوجين ([2]).وترك المشرع مسألة تقدير الخلاف للقاضي هي لأن الخلافات من الكثرة بمكان بحيث لا يمكن أن يحيطها المشرع بنصوص كافية فيعرض للقاضي شتى الخلافات من ناحية تنوعها فكان من الملائم أن يترك المشرع أمر تقديرها للقاضي ([3]). وللعرف دور كبير في تقدير الخلاف أيضا ويستعين به القاضي لتقدير درجة الخلاف وهل هو موجب للتفريق أم لا ([4]).

موقف القضاء :وأما الموقف القضائي فقد قررت محكمة التمييز (المحكمة هي المختصة في تقرير كون الخلاف بين الزوجين مستحكما من عدمه) فقد أكدت محكمة التمييز على ترك تقدير الخلاف إلى القاضي وهل وصل درجة الخلاف المستحكم أم لا، وقد قررت المحكمة أيضا (إذا ثبت للمحكمة وجود خلاف بين الزوجين تنتخب حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة فإن تعذر وجودهما كلفت الزوجين بانتخاب حكمين فإن لم يتفقا تنتخبهما المحكمة ([5]).

وقررت أيضا (ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون وذلك لأن الثابت من التحقيقات التي أجرتها المحكمة في الدعوى لم تثبت وجود خلاف مستحكم بين المتداعيين يتعذر معه استمرار حياتهما الزوجية)([6])فالقضاء إذن قد وافق موقف المشرع حيث قرر جواز التفريق للخلاف وترك تقديره للقاضي .

([1]) أحمد محمد طاية الحديدي، دور الحكمين في دعوى التفريق للخلاف وفق أحكام الشريعة الإسلامية والقانون العراقي، ١٤٣٥ ه، ٢٠١٤ م، ص ٢٨ .

٨

([2]) واثق جاسم أسود سالم، تقصير المدعي وأثره في دعوى التفريق للخلاف، ١٤٣٥ ه، ٢٠١٤ م، ص ١٥

([3]) أياد كاظم رشاد، التفريق للخلاف والطلاق التعسفي، مكتبة المعهد القضائي، بغداد، ٢٠١١ م، ص ٢١ .

([4]) هادي حسين الكر عاوي، التفريق القضائي، مجلة الكوفة، العدد ٤، ص ١٢٠ .

([5]) قرار محكمة التمييز المرقم (٤٢٥٠)/ شخصية أولى / ٢٠١٠ م/في ٢٠١٢/١٠/٢١ م. والقرار المرقم (١٠١٣)/ شخصية أولى / ٢٠٠٥ م، في ٥/١٢/ ٢٠٠٥ م .

([6]) قرار محكمة التمييز المرقم (٥٧٠)/ شخصية أولى / ٢٠٠٩ م، في ٢٠٠٩/٢/١٦ م .

موقف القوانين المقارنة :وأما موقف التشريعات المقارنة فقد قرر المشرع المصري بأن الزوجة لها حق طلب التفريق للخلاف بشرط إثبات ذلك الخلاف وأن يكون من القوة بحيث لا يمكن معه أن تدوم الحياة الزوجية فيفرق القاضي بينهما بطلقة بائنة . وترك تقدير الخلاف إلى سلطة القاضي التقديرية.وكذلك المشرع الإماراتي فقد قرر جواز التفريق للخلاف أيضا وترك للقاضي سلطة تقديرية في تقدير الخلاف، وأمر ببعث الحكمين إن عجزت لجنة التوحيد الأسري عنه، فإن قدر القاضي التفريق بعد العجز عن الإصلاح فإنه يفرق بينهما([1]). فنلاحظ التشريع المصري والإماراتي قد وافق التشريع العراقي في الأخذ بجواز التفريق للخلاف وترك تقدير ذلك الخلاف ونوعه ودرجته لسلطة القاضي التقديرية .وكذلك المشرع السوري فقد قرر أيضا جواز التفريق للخلاف كونه صورة من صور الضرر وجعل التفريق لكلا الزوجين وأعطى للقاضي تقدير بعث الحكمين أو حسم النزاع مباشرة فإن عجز عن الإصلاح بينهما فرق القاضي وإن لم يثبت الضرر المدعى به من احد الزوجين أجل القاضي الدعوى شهرا وبعث الحكمين للإصلاح ([2]).

المطلب الثالث

التفريق للهجر وسلطة القاضي فيه

Separation of desertion and the authority of the judge in it

الهجر هو ضد الوصل وهو هجر الزوجة في الفراش وغيره وقال الدمغاني الهجر هو تحويل الوجه في الفراش عن الزوجة وهو مأخوذ من قوله تعالى (واهجروهن في المضاجع) أي حولوا وجوهكم عنهن في الفراش ([3])، وأما القانون فعرفه بأنه ترك الزوجة دون مراجعة ([4])، فالهجر مفهوم عام يشمل الهجر في الفراش والهجر بعدم مراجعة الزوجة والاهتمام بها والغيبة عنها والابتعاد عنها دون مبرر مشروع[5].

والهجر هو أحد الطرق التي ينحل بها عقد الزواج وينشا بسببه المنازعات فكل سبب من أسباب الغياب والهجر قد يكون هو سبب للمنازعة بين الزوجين وللقاضي دور وسلطة فيه

موقف الفقه :فأما موقف الفقهاء من الهجر كسبب يبيح التفريق ففيه قولان

([1]) المادة (٦) من قانون الأحوال المصري .والمادة (١١٧-١١٨) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي .
([2]) الفقرات (١-٢-٣) من المادة (٢١٠) والمادة (٢١٢) من قانون الأحوال السوري .

([3]) الفيروز آبادي، تنوير المقباس في تفسير أبن عباس، دار الكتب العلمية، بيروت، ص ٦٩ .
([4]) مؤيد رياح غازي الهلالي، التفريق للهجر في الشريعة والقانون، ١٤٢٦ ه، ٢٠٠٥ م، ص ٤ .
([5]) فاضل جابر حلبوص المالكي، التفريق للهجر في قانون الأحوال الشخصية العراقي، ص ٤ .

القول الأول : ذهب الحنفية والشافعية والظاهرية والجعفرية للقول أن الزوجة ليس لها حق التفريق للهجر وإن غاب عنها زوجها أو طالت غيبته، وذلك لعدم قيام دليل شرعي على حق التفريق للزوجة في حالة الهجر وبالتالي تبقى تنتظر إلا إذا كان الغائب مجهول المكان أي مفقودا وجاءت البينة على وفاته فعندها يلزمها القاضي بالعدة ويقسم الميراث بين الورثة ([1]).

القول الثاني :أما المالكية والحنابلة فأجازوا التفريق للغيبة إذا طالت وتضررت الزوجة بها وإن ترك زوجها مالا تنفق منه لأنها تتضرر من الغياب وان كان عندها مال تنفق منه، والضرر عندهم يدفع بقدر الإمكان للحديث (لا ضرر ولا ضرار) ولأن عمر رضي الله عنه كتب في رجال غابوا عن نسائهم أنفقوا أو طلقوا، وحقها بطلب التفريق يحقق المصلحة ويرفع الضرر ([2]).واختلف الفقهاء في نوع الغيبة ومدتها وعذر الغياب المشروع أو غير المشروع والذي يبيح التفريق عند وقوعه، على رأيين هما :

الرأي الأول :قال المالكية لا فرق في الغيبة أن تكون بعذر مشروع كطلب علم وغيره أم كانت بغير عذر وحدها سنة واحدة فأكثر ولا بد أن تخشى على نفسها من الزنا فلها طلب التفريق من القاضي ويفرق القاضي في الحال عند طلب الزوجة إذا كان الزوج في مكان مجهول وتقع الفرقة طلاقا بائنا، وأما إن كان معروف المكان فينذره القاضي بالحضور فإما إنفاق أو فرقة وطلاق، فهم قسموا الغيبة إلى عدة حالات وكلها قالوا فيها بالتفريق فإن كان الغائب مجهول المكان فهذا هو المفقود فترفع أمرها للقاضي فيقدر سبب الفقد ثم يأمرها بالتربص المدة المقررة شرعا وإن كان معلوم المكان فلا يعد مفقود وعندها يراسل بلزوم الحضور أو الإنفاق أو التفريق([3]).

الرأي الثاني :وأما الحنابلة فقالوا يجوز التفريق للغيبة إن كانت لغير عذر وحدها ستة أشهر فأكثر ويفرق القاضي عند إثبات الزوجة ما تدعيه وبعد مراسلته بالحضور ورفضه المجيء والإنفاق فيقضي الحاكم بالتفريق والفرقة تكون فسخا لا طلاقا ولا تكون الفرقة إلا بحكم القاضي استنادا إلى التوقيت الذي قرره عمر كحد للمدة التي تستطيع الزوجة فيها ([4]).

وخلاصة ما سبق ينبغي أن لا تزيد مدة تربص الزوجة عن غياب زوجها بعذر مشروع وغير مشروع وسواء كان مجهول المكان مفقودا أو معلوم المكان وسواء كان أسيرا أو مفقودا أو محكوما أو طالب علم او تجارة أو علاج يجب

([1])بدائع الصنائع،ج ٦، ص ١٩٦،الهدايه ،ج ٤،ص ٣٤٤،الأم للشافعي ، ج ٥، ص ٢٣٩، الدر المختار، ج ٢، ص ٩٠٣ . المحلى لأبن حزم الظاهري ، ج ١٠، ص ١٣٣ ،الفصول الشرعية محمد مغنية ، ص ٦٧

([2]) كشاف القناع، ج ٥، ص ١٢٤. المغني، ج ٧، ص ٥٨٨ وما بعدها ، الشرح الصغير ،ج ١، ص ٥٠٤.

١٠

([3]) الشرح الصغير الدر دير ، ج ١، ص ٥٠٤ ، الشرح الكبير ،ج ٢ ، ٤٨٣ .

([4]) كشاف القناع، ج ٣، ص ٢٦٥، المغني، ج ٧، ص ٤٨٩،.

أن لا تزيد في جميع الأحوال عن الأربع سنين لأننا إن راعينا جانب الزوج وقد يكون معذورا في بعض هذه المسائل فإنه لا بد أن نراعي أيضا مسألة تضرر الزوجة من طوال الانتظار وخشية الزنا والفتنة وكثرة احتياجاتها .

موقف القانون : أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي فقد أجاز المشرع للزوجة طلب التفريق للهجر حيث نص (للزوجة طلب التفريق للأسباب التالية :-إذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين فأكثر بلا عذر مشروع وإن كان الزوج معروف الإقامة وله مال تستطيع الإنفاق منه)([1]).

فالمشرع قد أخذ بالتفريق للهجر من الفقه المالكي إلا أنه خالف الفقه المالكي في تحديد مدة الهجر الموجبة للتفريق فبالغ فيها كثيرا حيث جعلها سنتين بينما المالكية حددوها بسنة واحدة وحددها الحنابلة بستة أشهر لأنه أقصى ما تتحمله الزوجة من الهجر والغياب، وأشترط المشرع للهجر أن يكون غير مشروع لكي يحق للزوجة أن تطلب بسببه التفريق، فإن كان لسبب مشروع كدراسة وتجارة وعلاج من مرض ونحوه فلا حق لها بطلب التفريق([2]).

وخالف المالكية في ذلك والذين يرون الضرر واقع بالزوجة حتى لو غاب بسبب مشروع مدة سنة أو أكثر ويعطوها حق طلب التفريق بينما المشرع فرق بين السبب المشروع وغير المشروع، وترك للقاضي سلطة تقديرية في تقدير السبب المشروع وغير المشروع ([3]).

وقد يكون العذر مشروعا في البداية ثم يتحول إلى عذر غير مشروع فيما بعد، كمن ذهب للعلاج في الخارج فلما شفي قرر أن يبقى هناك فتحول العذر إلى عذر غير مشروع بعد أن كان مشروعا أو كمن ذهب للدراسة ثم بعد أن أنهاها قرر أن يبقى هناك، فتبقى مسألة العذر المشروع وغير المشروع وتحوله متروك لسلطة القاضي التقديرية، فيقدر العذر والحق وهل هو مع الزوج في هجره أم مع الزوجة في تضررها ويوازن بين المصلحتين ويقدر المسألة ([4]).

فالمشرع أخذ بالفقه المالكي في جواز التفريق للهجر، وأخذ بالفقه الحنبلي في مسألة التفريق بين العذر غير المشروع المبيح للتفريق للهجر وبين العذر المشرع الذي يمنع الزوجة من طلب التفريق للهجر، ولكنه خالف كلا الفقهين في تحديد المدة المبيحة للتفريق وترك للقاضي النظر والتقدير في مشروعية العذر وعدم مشروعيته قبل الحكم بالتفريق ([5]).

([1]) المادة (٤٣/ف ٢) من قانون الأحوال الشخصية العراقي .

([2]) حنان محيي نايف، التفريق القضائي، مجلة كلية التربية، المجلد ٢٢، العدد ٤،السنة ٢٠١١، ص ٨٦٧.

([3]) فاضل جابر حلبوص المالكي، مصدر سابق، ص ٦ .

١١

([4]) عدنان حسين علي السعدي، التفريق للهجر، ١٤٣١ ه، ٢٠١١ م، ص ٢٢ .

([5]) نجم عبد عون، الهجر سبب من أسباب التفريق في الفقه والقانون والقضاء، ١٤٢٧ ه، ٢٠٠٦ م، ص ١١

موقف القضاء : أما بالنسبة لموقف القضاء فقد أكد على ضرورة تحقق العذر غير المشروع للحكم بالهجر واكتمال المدة القانونية وهي سنتان فقررت محكمة التمييز (إن قصد المشرع من الهجر الوارد في المادة الثالثة والأربعون /أولا / ٢، من قانون الأحوال الشخصية هو الهجر في الفراش وأن تكون المدة بصورة مستمرة وبدون انقطاع وبدون عذر مشروع من الزوج). وقررت كذلك (وحيث يشترط للهجر أن تكون مدته سنتين فأكثر بلا عذر مشروع وبصورة مستمرة استنادا للمادة الثالثة والأربعون /أولا / ٢، من قانون الأحوال)([1]).

فالموقف القضائي يقرر للقاضي سلطة في تقدير العذر المشروع وغير المشروع، وألزمت القرارات بالتحقق من اكتمال مدة الهجر وهي سنتين واستمرارها دون انقطاع، إلا أن المشرع قد بالغ في تقدير المدة وكان الأفضل أن يقدرها بسنة واحدة فقط فلا تكون سنتين فيزداد الضرر بالزوجة ولا تكون ستة أشهر فيكثر الطلاق أو التفريق بين الزوجين ([2]).

وكذلك قررت المحكمة (إن الحكم المميز عليه للأسباب المبينة فيه صحيح وموافق للشرع والقانون وحيث ثبت أن هجره إياها كان دون عذر مشروع دون أن يراجعها أو ينفق عليها)([3]).فأكد القرار أيضا ترك التقدير إلى القاضي في كون العذر مشروع أو غير مشروع

موقف القوانين المقارنة : وأما موقف القوانين المقارنة فقد نص المشرع السوري، (إذا غاب الزوج بلا عذر مشروع أو حكم عليه بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو الحبس أو السجن أن تطلب من القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه)فأخذ المشرع السوري بالتفريق للهجر وترك تقدير العذر المشروع إلى سلطة القاضي التقديرية ([4]).

أما المشرع المصري فقد نص في المادة (٥) من قانون الأحوال على أنه(إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة فإن كان له مال ظاهر نفذ عليه الحكم بالنفقة في ماله وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر إليه القاضي وضرب له أجلا فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته عل نفسها أو لم يحظر للإنفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل).وقرر المشرع المصري في المادة السادسة من قانون الأحوال أيضا أن الهجر صورة من صور الضرر وأن الزوجة لها حق

([1]) قرار محكمة التمييز المرقم (٢٢٤١) شرعية /٢٠٠٥ م، في ٢٠٠٥/١١/١٤ م. والقرار المرقم (١١٠٩)/شخصية، ٢٠٠١ م، في ٢٠٠١/٦/١٣ م .

([2]) عدنان حسين علي السعدي، التفريق للهجر، ١٤٣١ ه، ٢٠١١ م، ص ٢١ .

([3]) قرار محكمة التمييز المرقم (١٩٤)/ شخصية / ١٩٩٩ م، في ١٩٩٩/١/٢٦ م، إبراهيم ألمشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز (قسم الأحوال الشخصية) لسنة ١٩٩٩ م، ص ٨٩ .

([4]) المادة (١٠٩) من قانون الأحوال الشخصية السوري .

طلب التفريق إن أضر بها الزوج بما لا يستطيع معه دوام العشرة بينهما وجعل طلاق القاضي يقع بائنا وترك للقاضي تقدير عناصر الضرر ([1]).

وكذلك قرر المشرع اليمني في هذه المسألة حيث نص (إذا غاب الزوج بلا عذر مقبول أو حكم عليه بعقوبة الحبس أكثر من ثلاث سنوات جاز للزوجة بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب إلى القاضي التفريق ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه)([2]).فاخذ المشرع اليمني بالتفريق للهجر وترك تقدير العذر المشروع وغير المشروع إلى سلطة القاضي التقديرية .

وفي ضوء ما تقدم يعد الهجر هو أحد أسباب التفريق القضائي وتبرز سلطة القاضي التقديرية فيه كما رينا في تقدير القاضي لسبب هجر الزوج زوجته وهل هو عذر مشروع يمنع طلب التفريق، أم عذر غير مشروع فيبيح للزوجة أن تطلب التفريق، ونلاحظ أن التشريعات قد أصابت بتحديد مدة سنة واحدة للزوجة في أن تطلب التفريق للهجر وقد أخذت برأي المالكية في تحديد المدة وهذا لا شك كان أفضل من موقف المشرع العراقي من تحديد المدة والتي بالغ فيها كثيرا بما يتحقق معها زيادة في الإضرار بالزوجة ([3]).

المطلب الرابع

التفريق للعلل والعيوب وسلطة القاضي فيه

Differentiating on the causes and defects and the authority of the judge in it

العلة هي المرض الشاغل لصاحبه وهي من أسباب التفريق القضائي وإنهاء عقد الزواج([4])

موقف الفقه :وقد اختلفت آراء الفقهاء في مسألة التفريق للعلل والعيوب على ثلاثة أقوال:

القول الأول: منع التفريق للعلل والعيوب مهما كان العيب مفقرا وهو مذهب الظاهرية ([5]).

القول الثاني: فيذهب أصحابه إلى جواز التفريق للعلل والعيوب لكلا الزوجين إن كان بالزوج الأخر علة تنفر الأخر منه ولا يتحقق مع هذه العلة مقاصد الزواج وهو مذهب أبي ثور إمام البصرة والقاضي شريح والزهري وابن القيم

([1]) عدنان علي النجار، التفريق القضائي بين الزوجين، ١٤٢٥، ٢٠٠٤، ص ٧٨ .
([2]) المادة (٩٨) من قانون الأحوال الشخصية اليمني .
([3]) أحمد حسن الطه، مدى حرية الزوجين في التفريق قضاء، ١٩٧٢ م، ص ٣١٣ .
([4])موحان إبراهيم الطيار، التفريق للعلل في الشريعة والقانون العراقي، ١٤١١ه، ١٩٩١م، ص ٥.
([5]) المحلى لأبن حزم الظاهري ، ج ١٠ ، ص ٧٢ .

([1]).وأيضا قال الجمهور من المالكية والحنابلة والشافعية والزيدية والجعفرية أن لكلا الزوجين طلب التفريق ولكن اختلفوا في عدد العلل التي تبيح التفريق فقالوا في الرجل الجب والعنة والخصاء وفي المرأة الرتق والقرن والمشتركة بينهما الجنون والجذام والبرص ([2]).

القول الثالث : ذهب الحنفية أن حق التفريق هو للزوجة دون الزوج وذلك لأن الزوج يملك الطلاق فلا حاجة له بطلب التفريق أما الزوجة فلا سبيل لها عند تضررها من علل زوجها إلا أن تطلب من القاضي التفريق وحصروا العلل بالجب والعنة والخصاء لأنها عيوب تمنع البقاء ولا حق لها بطلب التفريق لغير ذلك من العلل لأن العيوب الثلاثة هذه هي عيوب تناسلية ظاهرية تخل بمقصود الزواج وهو حل استمتاع كل من الزوجين بالأخر ([3]).

موقف القانون : أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي فقد نص على جواز التفريق للعلل فنص (إذا وجدت زوجها عنينا أو مبتلى بما لا يستطيع معه القيام بواجبات الزوجية سواء كان ذلك لأسباب عضوية أو نفسية)ونص كذلك (إذا وجدت بعد العقد أن زوجها مبتلى بعلة لا يمكن معها معاشرته بلا ضرر كالجذام أو البرص أو السل أو الزهري أو الجنون أو أنه أصيب بعد ذلك بعلة)([4]).

فالمشرع قد أخذ بالتفريق للعلل وقصر حق التفريق على الزوجة دون زوجها أخذا بمذهب الحنفية في ذلك وتوسع المشرع في العيوب التي تبيح التفريق وأضاف عيوب جديدة لم ينص عليها الفقهاء خلافا للحنفية الذين حصروها بعلل معينة دون غيرها وأعطى للقاضي سلطة تقديرية في تقدير هذه العيوب نفسها وفي إضافة حالات جديدة من العلل والتفريق من أجلها وأغفل المشرع أمر مهما وهو العيوب المشتركة بين الزوجين فلم ينص عليها ([5]).

والقاضي يحيل المسألة إلى اللجان الطبية فإن قررت أن العلة لا يرجى شفاؤها قضى القاضي بالتفريق، وإن كانت مما يرجى شفاؤها أجل القاضي دعوى التفريق سنة كاملة، مع تنبيه الزوجة بتمكينه من نفسها إن كانت العلة نفسية وليست عضوية فإن مرت السنة أو زادت المدة ولم يشفى الزوج منها وأصرت الزوجة على التفريق قضى لها القاضي بالتفريق، فالمشرع قد فرق بين العلل النفسية والعضوية ورتب على العلل النفسية جواز التأجيل مدة سنة ولم يجز التأجيل في العلل العضوية إن قرر الأطباء عدم إمكان الشفاء منها ، وقد أورد المشرع في المادة السابقة العلل والعيوب على سبيل المثال لا الحصر

([1]) ابن القيم، زاد المعاد، ج ٤، ص ٤٣٤ .الشرح الصغير ج ٢، ص ٤٦٧ .

([2])الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٢، ص ٣٢٧ .فتح القدير ،ج ٣، ص ٢٦٢ ، مختصر الطحاوي ، ص ١٨٢ ، البحر الرائق ، ج ٣، ص ١٣٥ ، المختصر الناف في فقه الأمامية ، ص ٢١٠ ، اللباب ، ج ٣ ، ص ٢٤.

([3])الميرغيتاني، الهدايه، ج ٢، ص ٢١..

([4]) المادة (٤٣/ف ٤/ ٦) من قانون الأحوال الشخصية العراقي .

([5])موحان إبراهيم عبد الرحمن الطيار، مصدر سابق، ص ٢٢ .

فترك لسلطة القاضي التقديرية إضافات حالات جديدة وإعطاء الزوجة فيها حق طلب التفريق أيضا ([1]).

فالقانون وكذلك الفقه اختلفوا في جواز التفريق للعلل وعدم جوازه واختلفوا فيه هل هو حق لكلا الزوجين أم حق للزوجة فقط دون زوجها، واختلفوا كذلك في نوع العيوب التي يفرق من أجلها ويبقى للحاكم حق النظر والاجتهاد في مسألة العلل والعيوب المبيحة للتفريق ([2]).

موقف القضاء :وأما الموقف القضائي فقد قررت محكمة التمييز (على المحكمة تأجيل دعوى التفريق للمدة التي ترى اللجنة الطبية احتمال زوال علة الزوج خلالها ومن ثم تطبيق أحكام الفقرة السادسة من المادة(٤٣) من قانون الأحوال)وقررت المحكمة أيضا (على المحكمة أن ترسل الزوج إلى اللجنة الطبية المختصة بفحص قواه العقلية ولا يجوز الاكتفاء بكتاب المستشفى وإذا ثبت إصابة الزوج بمرض عقلي تنصب المحكمة قيما عليه وتجري المرافعة بحضوره)([3]) فقد أكدت هذه القرارات سلطة القاضي التقديرية في التحقق من المرض أو العلة التي أصابت الزوج وهل هي موجبة للتفريق أم لا،فقد ترك المشرع الباب مفتوحا أمام القاضي لتقدير العلل والعيوب بل ولإدخال حالات مرضية جديدة والتفريق لأجلها ([4])..

وقررت كذلك (إن المدعية تطلب التفريق لعدم قدرة المميز عليه الزوج على القيام بالواجبات الزوجية مما كان الواجب إحالته إلى لجنة رسمية مختصة لبيان سبب ذلك فإن وجدت المحكمة أن سبب ذلك نفسي فتؤجل التفريق لمدة سنة واحدة وتنبيه الزوجة بتمكين زوجها من نفسها خلال هذه المدة)ونصت أيضا (لا يحكم بالتفريق لعدم الإنجاب قبل التحقق من الفحص الطبي إن عقم الزوج هو السبب في ذلك)[5].فأكدت القرارات نصوص القانون في المسألة .

موقف القوانين المقارنة :وأما موقف القوانين المقارنة فقد أخذ المشرع السوري في التفريق للعلل وحصر حق التفريق بالزوجة دون الزوج، وحصر العلل بنوعين أولهما إن كانت علته تمنعه من الدخول بها والثانية إن جن الزوج بعد العقد وموقف المشرع هنا قد ضيق ما وسعه الشرع حيث حصر العلل بحالتين

([1]) سلمان صالح ألبياتي، التفريق بين الزوجين للعيوب، ص ٢٠ .جابر عبد جابر، مصدر سابق، ص ٣٤ .

([2]) محمد رأفت عثمان، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بالأمور التي تمنع الاستمتاع، دار الوثائق، ١٩٨١ م، ص ١٤٦ .

([3]) قرار محكمة التمييز المرقم (٣٩٥)شخصية / ١٩٨٧ في ١٩٧٨/٢/٢٧. والقرار المرقم (٩٠٢) شخصية، ١٩٨٢ م، في ١٩٨٢/٩/١٤، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثالث، السنة الثالثة عشر، ١٩٨٢ م، ص ٢٤ .

([4]) نشوان محمد سليمان، التغرير في العيوب،مجلة كلية القانون ، الموصل، كلية الحقوق، ص ١١٨.

([5]) قرار محكمة التمييز المرقم (٣٢٨٣)شخصية أوى / ٢٠٠٦ م، في ١٠/١١/ ٢٠٠٦ م. والقرار (١١٢٠) شخصية، في ١٩٨٧/٦/٢٢ م، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني، السنة التاسعة، ١٩٨٧ م، ص ٦٦.

فقط، وقرر المشرع السوري وجوب التأجيل إن كان الزوج مصاب بعلة يرجى شفائه منها خلال سنة، وترك للقاضي سلطة التقدير في هذه المسائل ([1]).

أما المشرع الأردني فأعطى حق التفريق للزوجة دون الزوج ولكن خالف المشرع السوري حيث توسع في مسألة العيوب التي تجيز التفريق لأجلها ونص على سقوط حق الزوجة بالتفريق إن كانت تعلم بعلة زوجها أو رضيت بها بعد العقد ([2])، وأخذ أيضا بمسألة التأجيل إن كانت العلة يرجى شفاؤها خلال سنة، وترك للقاضي السلطة التقديرية في تقدير هذه العلل .وأما المشرع المصري فقد وافق نظيره الأردني فقال بجواز التفريق للعلل واشترط أن تكون العلة مستحكمة لا يمكن البرء منها أو يمكن ولكن بعد زمن طويل وترك للقاضي سلطة تقديرية في تقدير هذه العلل والعيوب ([3]).اذن التشريعات المقارنة قد اتفقت على جواز التفريق للعلل وأخذت بمسألة التأجيل واختلفت في إعطاء حق التفريق لكلا الزوجين أم للزوجة فقط، واختلفت في العلل المبيحة للتفريق ما بين مضيق لها و متوسع فيها .

المطلب الخامس

التفريق لعدم الإنفاق وسلطة القاضي فيه

Differentiation for non-spending and the authority of the judge in it

موقف الفقه : اختلف الفقهاء في مسالة التفريق لعدم الإنفاق في حال حضور أو غياب الزوج على أقوال

القول الأول : ذهب المالكية إلى إن الزوج إن كان حاضرا ولم ينفق مع أنه موسر فإن كان له مال ظاهر أخذ القاضي للزوجة منه وإلا طلق عليه القاضي زوجه وأجاب طلبها بالتفريق ([4]).

القول الثاني : بينما ذهب الشافعية وقول للحنابلة إلى أن الزوجة ليس لها طلب التفريق وإن كان الزوج ممتنع عن الإنفاق عليها ولو كان موسرا أما جمهور الحنابلة فخالفوا هذا الرأي فقالوا لها طلب التفريق إن لم ينفق عليها وكان موسرا وغيب ماله حتى لا تعثر عليه فلها أن تفارقه ([5]).

أما إن كان الزوج غائبا وممتنع عن الإنفاق على زوجه فللفقهاء آراء في المسالة

([1]) أحمد حسن الطه، مصدر سابق، ص ٢٨٨ .المادة (١٠٥- ١٠٨) من قانون الأحوال الشخصية السوري .

([2]) سعيد عبد المالك عبد القادر، التفريق بين الزوجين للعيوب، ١٤١٣، ١٩٩٣ م،ص ٥٣ .

([3]) المادة (٨٣-٨٨) من قانون الأحوال الشخصية الأردني . والمادة (٩-١٠-١١) من قانون الأحوال المصري

([4]) الحطاب ، مواهب الجليل ، ج ٥، ص ٥٦٤ ، حاشية الدسوقي ، ج ٣، ص ٤٩٤ .

([5]) المهذب ، ج ٢، ص ١٦٤ ، مغني المحتاج ، ج ٣، ص ٤٤٣ ، المغني ، ابن قدامه ، ج ١١، ص ٣٦٤ ، المحرر في الفقه ، ج ٢، ص ١١٦ .

الرأي الأول : ذهب المالكية إلى إن الزوج إن كان غائبا ولم ينفق أو يترك نفقة لزوجته فإن القاضي ينذره إن علم موضعه فإن لم يستجب لإنذار القاضي بوجوب النفقة فرق القاضي ([1]).

الرأي الثاني : أما الشافعية فلهم قولان الأول ليس للزوجة طلب التفريق لعدم الإنفاق وإن غاب الزوج ولم يترك نفقه لها وقول آخر أن لها طلب التفريق لعدم الإنفاق ([2]).

الرأي الثالث : أما الحنابلة فقالوا إن غاب الزوج ولم ينفق ولم يترك نفقة وليس له وكيل ينفق بعده على الزوجة وجهل موضع الزوج الغائب أو تعذر تحصيل النفقة منه فلها طلب الفرقة عن الزوج ([3]).فالقاضي إذن هو من يقدر عذر الزوج بعدم الإنفاق وسبب غيابه وسبب امتناعه ثم يقضي في طلب التفريق بما يصل له اجتهاده في المنازعة والدعوى المرفوعة .

موقف القانون : أما موقف المشرع العراقي فقد قرر بحق الزوج ة في طلب التفريق لعدم الإنفاق سواء أمتنع عن الإنفاق أو كان غائبا أو محبوسا فنص (إذا امتنع الزوج عن الإنفاق عليها دون عذر مشروع بعد إمهاله مدة أقصاها ستون يوما) ونص في الفقرة الأخرى ى على أنه (إذا تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيبه أو فقده أو اختفائه أو الحكم عليه بالحبس مدة تزيد عن سنة) ([4]). فترك المشرع للقاضي سلطة تقديرية في تقدير مشروعية وعدم مشروعية عذر الزوج بعدم الإنفاق على زوجته .

موقف القوانين المقارنة : نص المشرع الإماراتي على أنه (إذا امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته ولم يكن له مال ظاهر يمكن التنفيذ فيه بالنفقة الواجبة في مدة قريبة جاز لزوجته طلب التفريق) وقرر أيضا أن الزوج إن كان غائبا وليس حاضرا ومعلوم المكان فينذره القاضي بالإنفاق فإن أجاب وألا فرق عليه القاضي فإن كان مجهول المكان ولا مال له فرق القاضي أيضا بناء على طلب الزوجة ([5]).

أما المشرع السوري فقرر أيضا حق الزوجة بطلب التفريق لعدم الإنفاق إن كان زوجها حاضرا وممتنع عن النفقة وقرر المشرع للقاضي سلطة تقدير سبب إعساره عن النفقة فنص (إذا تبين إن عسر الزوج كان خارج عن إرادته- --) فترك للقاضي تقدير عسر الزوج عن النفقة وهل هو خارج عن إرادة الزوج أم كان بإرادة الزوج ([6]).

([1]) الحطاب ، مواهب الجليل ، ج ٥، ص ٥٦٥ ، حاشية الدسوقي ، ج ٣، ص ٤٩٥ .
([2]) الخطيب ، مغني المحتاج ، ج ٣ ، ص ٤٤٢ .
([3]) كشاف القناع ، ج ٥ ، ص ٤٧٩ ، المغني ، ج ١١ ، ٣٦٣ .
([4]) الفقرة (٧) والفقرة (٨) من المادة (٤٣) أولا من قانون الأحوال الشخصية العراقي .
([5]) الفقرة (١-٢) من المادة (١٢٥٩ من قانون الأحوال الإماراتي .
([6]) الفقرة (١) والفقرة (٦) من المادة (٢٠٨) من قانون الأحوال الشخصية السوري .

فنلاحظ التوافق الكبير بين التشريع الإماراتي والسوري مع التشريع العراقي من ناحية حق الزوجة بطلب التفريق لعدم الإنفاق مع بعض الاختلافات البسيطة من الناحية التشريعية حول بعض المسائل فليس بالضرورة أن تتطابق التشريعات من حيث الصياغة بل تتقارب من ناحية تنظيمها لمسالة ما من مسائل الأحوال الشخصية .

الخاتمة

conclusion

بعد هذا العرض لموضوع التفريق القضائي وسلطة القاضي التقديرية فيه في ضوء الفقه وقانون الأحوال والقوانين المقارنة والتطبيقات القضائية حوله نجد إن العلة التي يدور معها التفريق هي الضرر الحال بالزوجة من قبل زوجها من ضب أو شتم أو سوء معاشرة أو هجر وخلاف ونحوه وهذه العلة هي التي من اجلها يبرر للزوجة طلب التفريق واستنادا لقاعدة أن الحكم يدور مع الضرر وجودا وعدما واستدلالا بالآيات الكثيرة في هذا الجانب ومنها قوله تعالى (فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان)وقاعدة (لاضرر ولا ضرار) وغيرها من الأدلة وبالتالي فالتفريق لدى الفقهاء إنما هو أمر مبني على الأدلة والقواعد وليس محض اجتهادات فقط .

وان عقد الزواج هو عقد للتأبيد ويترتب عليه حقوق لكل طرف فإذا امتنع الزواج عن أداء حقوق زوجته فلها طلب التفريق بما يحفظ لها حقوقها وكرامتها عندما لا يكون هناك مجالا للإصلاح بين الزوجين .ونلاحظ تأثر المشرع في مسائل التفريق القضائي بشكل كبير بآراء الفقهاء وهذا الثراء الفقهي ليس من المتصور أن يتركه المشرع ويبحث عن بديل .

أهم النتائج حول البحث :

ومن خلال ما سبق برزت لنا مجموعة من النتائج حول البحث منها :

١ ــ إن الفقهاء حصروا الطلاق بيد الزوج وجعلوه ألأصل وأما التفريق فهو استثناء عن الأصل ولا يصار للاستثناء إلا في حالات تضرر الزوجة كما قرر الفقهاء وقيد الحكم في المسالة باللجوء للقاضي للنظر والتقدير فيها فقط .

٢- إن أغلب أنواع التفريق إن تحققت الشروط فإنه يقع بها التفريق طلاقا بائنا لأن الغاية من التفريق رفع الضرر الحال بالزوجة وهذا لا يحصل بالطلاق الرجعي .

٣- إن الفقهاء في تقريرهم لمسائل التفريق القضائي إنما استندوا إلى قواعد وأصول ولم تكن أقوالهم في التفريق محض اجتهادات وإنما استدلوا بأدلة معتبرة شرعا في هذا الموضوع .

٤- أعطى المشرع مساحة واسعة للقاضي وسلطة للتقدير والاجتهاد في حالات التفريق بما يحقق رفع الضرر والظلم بالزوجة ويحفظ لها حقوقها .

٥- التوافق التشريعي إلى حد ما بين قانون الأحوال الشخصية العراقي والقوانين العربية المقارنة في مجال الأحوال الشخصية في تناولها لموضوع التفريق القضائي ومنحها سلطة تقديرية للقاضي في فض منازعاته .

الهوامش

Endnotes

١. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مصدر سابق، ج ٩، ص ٩٧ .
٢. بداية المجتهد، ج ٢، ص ٩٧ وما بعدها ، مغني المحتاج ، ج ٦، ص ٥٢٤، القوانين الفقهية ، ص ٢١٥، مغني المحتاج ، ج ٢، ص ٢٠٧ .
٣. الشرح الكبير ، ج ٢، ص ٢٨١ ، الحطاب ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، ج ٤ ، ص ١٧
٤. الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي، ج ٢ ، ص ٣٤٥، التاج والإكليل ، للمواق ، ج ٤ ، ص ١٦
٥. جابر عبد جابر، التفريق للضرر، ١٤٣٣ ه، ٢٠١٢ م، ص ٦.
٦. حيدر حسين كاظم ألشمري، التفريق للضرر المادي والمعنوي الذي يصيب أحد الزوجين، مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد ٣٥، سنة ٢٠١٤، ص ٧٧ .
٧. مصطفى الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق، مصدر سابق، ج ٢، ص ١٥٤ .
٨. ياسر لطيف كاظم، التفريق القضائي للضرر، ١٤٢٦ ه، ٢٠٠٥ م،ص ٦ .
٩. حسين غازي عباس، التفريق للضرر مناقشة القرار التمييزي، ٢٠٠٥ م، ص٧ .
١٠. رعد ياسين عباس، مصدر سابق، ص ٢٧٥ .
١١. قرار محكمة التمييز المرقم (٢٧٩٠) شخصية، ٢٠٠٠، في ٢٠٠٢/١١/٣ م.والقرار المرقم (٩٦٨)شخصية، ٢٠٠٠، في ٢٠٠٠/٣/١٢ م، مجلة العدالة، العدد الرابع، ٢٠٠١ م، ص ٦٧ ..والقرار المرقم (٦) شرعية/ ١٩٧١، في ١٩٧١/٣/١٧ م، النشرة القضائية، العدد الأول، السنة الثانية، ص ٧٢
١٢. آسو سردار رشيد، التفريق للضرر، ٢٠٠٨،١٤٢٩،ص ٣٤ .وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٩، ص ٧٠٦٢.
١٣. المادة (١١٢-١١٥) من قانون الأحوال الشخصية السوري، والمادة (٩٦) من قانون الأحوال الشخصية الأردني .عمار مرزوق ملحم ظاهر، دعوى التفريق بين الزوجين للغيبة والضرر، ٢٠١٣، ص ٢٣
١٤. أحمد حسن الطه، مصدر سابق، ص ٨٥ .
١٥. لسان العرب ، ج ١٢ ، ص ٥٠ ، أحكام القران ، ج ٢ ، ص ١٤٣ .
١٦. المغني ، ج ٧ ، ص ٤٩ ، أحكام القرآن ، ج ٢ ، ص ١٩١ ، مغني المحتاج ، ج ٣ ، ص ٢٦١ ، المحلى لأبن حزم الظاهري ، ج ١٠ ، ص ٨٨ ، الروضة البهية في فقه الجعفرية ، ج ٢ ، ص ١٣٤
١٧. ابن القيم ، زاد المعاد ،ج ٤ ، ص ٣٣،مغني المحتاج،ج ٣،ص ٢٦٢،المغني ،ج ٧، ص ٤٩ .
١٨. تفسير المنار ، ج ٥، ص ١٧٩ ، مغني المحتاج ، ج ٣، ص ٢٦١ .
١٩. ابن العربي المالكي ، أحكام القران ، ج ١ ، ص ٤٢٧ .

٢٠. أحكام القرآن الجصاص ، ج ٢ ، ص ١٩١ ، المغني ، ج ٧ ، ص ٤٩ ، المحلى لأبن حزم الظاهري ، ج ١٠ ، ٨٧ ، الروضة البهية في فقه الجعفرية ، ج ١ ، ص ١٣٣ .
٢١. الشرح الصغير ، ج ١ ، ص ٤٤٠ ، المغني ،ج ٧ ، ص ٤٩ ، مغني المحتاج ، ج ٣ ، ص ٢٦١ .
٢٢. .القرطبي ، الجامع لإحكام القران ١٧٧/٥، الشيرازي ، المهذب ٧٠/٢. سورة النساء ، الآية ٣٥
٢٣. أحمد محمد طاية الحديدي، دور الحكمين في دعوى التفريق للخلاف وفق أحكام الشريعة الإسلامية والقانون العراقي، ١٤٣٥ ه، ٢٠١٤ م، ص ٢٨ .
٢٤. واثق جاسم سالم، تقصير المدعي وأثره في دعوى التفريق للخلاف، ١٤٣٥ ه، ٢٠١٤ م، ص ١٥
٢٥. أياد كاظم رشاد، التفريق للخلاف والطلاق التعسفي، مكتبة المعهد القضائي، بغداد، ص ٢١ .
٢٦. هادي حسين الكر عاوي، التفريق القضائي، مجلة الكوفة، العدد ٤، ص ١٢٠ .
٢٧. قرار محكمة التمييز المرقم (٤٢٥٠)/ شخصية أولى / ٢٠١٠ م/في ٢٠١٢/١٠/٢١ م. والقرار المرقم (١٠١٣)/ شخصية أولى / ٢٠٠٥ م، في ٢٠٠٥/٥/١٢ م .
٢٨. قرار محكمة التمييز المرقم (٥٧٠)/ شخصية أولى / ٢٠٠٩ م، في ٢٠٠٩/٢/١٦ م .
٢٩. المادة (٦) من قانون الأحوال المصري .والمادة (١١٧-١١٨) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي .
٣٠. الفقرات (١-٢-٣) من المادة (٢١٠) والمادة (٢١٢) من قانون الأحوال السوري .
٣١. الفيروز آبادي، تنوير المقباس في تفسير أبن عباس، دار الكتب العلمية، بيروت، ص ٦٩ .
٣٢. مؤيد رياح غازي الهلالي، التفريق للهجر في الشريعة والقانون، ١٤٢٦ ه، ٢٠٠٥ م، ص ٤ .
٣٣. فاضل جابر حلبوص المالكي، التفريق للهجر في قانون الأحوال الشخصية العراقي، ص ٤ .
٣٤. بدائع الصنائع ، ج ٦، ص ١٩٦ ، الهداية ،ج ٤، ص ٣٤٤، الأم للشافعي ، ج ٥، ص ٢٣٩، الدر المختار، ج ٢، ص ٩٠٣ . المحلى لأبن حزم الظاهري ، ج ١٠ ، ص ١٣٣ ، الفصول الشرعية محمد مغنية ، ص ٦٧
٣٥. كشاف القناع، ج ٥، ص ١٢٤. المغني، ج ٧، ص ٥٨٨ ، الشرح الصغير ،ج ١، ص ٥٠٤.
٣٦. الشرح الصغير الدر دير ، ج ١، ص ٥٠٤ ، الشرح الكبير ،ج ٢ ، ٤٨٣ .
٣٧. كشاف القناع، ج ٣، ص ٢٦٥، المغني، ج ٧، ص ٤٨٩،.
٣٨. المادة (٤٣/ف ٢) من قانون الأحوال الشخصية العراقي .
٣٩. حنان محيي نايف، التفريق القضائي، مجلة كلية التربية،المجلد٢٢،العدد٤، السنة ٢٠١١، ص ٨٦٧.
٤٠. فاضل جابر حلبوص المالكي، مصدر سابق، ص ٦ .
٤١. عدنان حسين علي السعدي، التفريق للهجر، ١٤٣١ ه، ٢٠١١ م، ص ٢٢ .
٤٢. نجم عبد عون، الهجر سبب من أسباب التفريق في الفقه والقانون والقضاء، ٢٠٠٦ م، ص ١١

٤٣. قرار محكمة التمييز المرقم (٢٢٤١) شرعية /٢٠٠٥ م، في ٢٠٠٥/١١/١٤ م. والقرار المرقم (١١٠٩)/شخصية، ٢٠٠١ م، في ٢٠٠١/٦/١٣ م .
٤٤. عدنان حسين علي السعدي، التفريق للهجر، ١٤٣١ ه، ٢٠١١ م، ص ٢١ .
٤٥. قرار محكمة التمييز المرقم (١٩٤)/ شخصية / ١٩٩٩ م، في ١٩٩٩/١/٢٦ م، إبراهيم ألمشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز (قسم الأحوال الشخصية) لسنة ١٩٩٩ م، ص ٨٩ .
٤٦. المادة (١٠٩) من قانون الأحوال الشخصية السوري .
٤٧. عدنان علي النجار، التفريق القضائي بين الزوجين، ١٤٢٥، ٢٠٠٤، ص ٧٨
٤٨. المادة (٩٨) من قانون الأحوال الشخصية اليمني .
٤٩. أحمد حسن الطه، مدى حرية الزوجين في التفريق قضاء، ١٩٧٢ م، ص٣١٣ .
٥٠. موحان إبراهيم عبد الرحمن الطيار، التفريق للعلل في الشريعة الإسلامية والقانون العراقي، ١٤١١ه، ١٩٩١م، ص ٥.
٥١. المحلى لأبن حزم الظاهري ، ج ١٠ ، ص ٧٢ .
٥٢. ابن القيم، زاد المعاد، ج ٤، ص ٤٣٤ .الشرح الصغير ج ٢، ص ٤٦٧ .
٥٣. لكاساني، بدائع الصنائع، ج ٢، ص ٣٢٧ .فتح القدير ،ج ٣، ص ٢٦٢ ، مختصر الطحاوي ، ص ١٨٢ ، البحر الرائق ، ج ٣، ص ١٣٥ ، المختصر الناف في فقه الأمامية ، ص ٢١٠ ، اللباب ، ج ٣ ، ص ٢٤.
٥٤. الميرغيتاني، الهدايه، ج ٢، ص ٢١.
٥٥. المادة (٤٣/ف ٤/ ٦) من قانون الأحوال الشخصية العراقي .
٥٦. موحان إبراهيم عبد الرحمن الطيار، مصدر سابق، ص ٢٢ .
٥٧. سلمان صالح ألبياتي، التفريق بين الزوجين للعيوب، ص ٢٠ .
٥٨. محمد رأفت عثمان، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بالأمور التي تمنع الاستمتاع، دار الوثائق، ١٩٨١ م، ص ١٤٦ .
٥٩. قرار محكمة التمييز المرقم (٣٩٥)شخصية / ١٩٨٧ في ١٩٧٨/٢/٢٧. والقرار المرقم (٩٠٢) شخصية، ١٩٨٢ م، في ١٩٨٢/٩/١٤، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثالث، السنة الثالثة عشر، ١٩٨٢ م، ص ٢٤ .
٦٠. نشوان محمد سليمان، التغرير في العيوب،مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، الموصل، كلية الحقوق، ص ١١٨.
٦١. قرار محكمة التمييز المرقم (٣٢٨٣)شخصية أوى / ٢٠٠٦ م، في ٢٠٠٦/ ١٠/١١ م. والقرار (١١٢٠) شخصية، في ١٩٨٧/٦/٢٢ م، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني، السنة التاسعة، ١٩٨٧ م، ص ٦٦.
٦٢. أحمد حسن الطه، مصدر سابق، ص ٢٨٨ .المادة (١٠٥- ١٠٨) من قانون الأحوال الشخصية السوري .
٦٣. سعيد عبد المالك عبد القادر، التفريق بين الزوجين للعيوب، ١٤١٣، ١٩٩٣ م،ص ٥٣ .
٦٤. المادة (٨٣-٨٨) من قانون الأحوال الشخصية الأردني . والمادة (٩-١٠-١١) من قانون الأحوال المصري

المصادر
References

أولا/ القرآن الكريم
ثانيا: المراجع الفقهية

١. القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي الأشبيلي المالكي ، أحكام القران ، ج ١ .
٢. محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية ، زاد المعاد ، ج ٤ .
٣. أبو عبد الله محمد بن إدريس ألمطلبي القرشي المكي الشافعي ، الأم ، ج ٥.
٤. زين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم المصري ، البحر الرائق ، ج ٣ .
٥. أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد ، بداية المجتهد، ج ٢.
٦. علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع ، ج ٦.
٧. محمد بن يوسف الغرناطي أبو عبد الله المواق المالكي ، التاج والإكليل ، للمواق ، ج ٤ .
٨. محمد بن رشيد بن علي بن محمد شمس الدين القلموني الحسيني ، تفسير المنار ، ج ٥.
٩. أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي ، أحكام القران ، ج ٢ .
١٠. شمس الدين محمد الطرابلسي المالكي المعروف بالحطاب ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، ج ٤ .
١١. ابن عابدين محمد أمين الدمشقي الحنفي ، الدر المختار، ج ٢.
١٢. الروضة البهية في فقه الجعفرية ، ج ٢ .
١٣. الدردير ، الشرح الصغير ، ج ١.
١٤. عبد الكريم بن محمد الرافعي القز ويني ، الشرح الكبير ، ج ٢.
١٥. أبو اسحق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ، المهذب ، ج ٢ .
١٦. كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام ،فتح القدير ،ج ٣.
١٧. الفيروز آبادي، تنوير المقباس في تفسير أبن عباس، دار الكتب العلمية، بيروت
١٨. أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الخزرجى القرطبي ، الجامع لإحكام القران ، ج ٥ .
١٩. أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد الكلبي الغرناطي ، القوانين الفقهية .

٢٠. منصور بن يونس بن صلاح الدين الحنبلي البهوتي ، كشاف القناع، ج٥.
٢١. عبد الغني بن طالب بن حمادة الغنيمي الدمشقي الحنفي ، اللباب ، ج ٣ .
٢٢. محمد بن مكرم بن جمال الدين إبن منظور الأنصاري الرويفعي ، لسان العرب ، ج ١٢
٢٣. أبو محمد علي بن أحمد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري ، المحلى ، ج ١٠ .
٢٤. أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي ، مختصر الطحاوي .
٢٥. أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه الحنبلي ، المغني ، ج ٧ .
٢٦. شمس الدين محمد بن احمد الخطيب الشربيني الشافعي ، مغني المحتاج ، ج ٦.
٢٧. علي بن أبي بكر عبد الجليل الفر غاني الميرغيتاني، الهدايه، ج ٢.
٢٨. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٩.

ثالثا : المراجع القانونية

١. جابر عبد جابر، التفريق للضرر، ١٤٣٣ ه، ٢٠١٢ م.
٢. حيدر حسين كاظم ألشمري، التفريق للضرر المادي والمعنوي الذي يصيب أحد الزوجين، مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد ٣٥، سنة ٢٠١٤ .
٣. مصطفى الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق، مصدر سابق، ج ٢.
٤. ياسر لطيف كاظم، التفريق القضائي للضرر، ١٤٢٦ ه، ٢٠٠٥ م.
٥. حسين غازي عباس، التفريق للضرر مناقشة القرار التمييزي، ٢٠٠٥ م.
٦. آسو سردار رشيد، التفريق للضرر، ٢٠٠٨،١٤٢٩.
٧. أحمد محمد طاية الحديدي، دور الحكمين في دعوى التفريق للخلاف وفق أحكام الشريعة الإسلامية والقانون العراقي، ١٤٣٥ ه، ٢٠١٤ م.
٨. واثق جاسم أسود سالم، تقصير المدعي وأثره في دعوى التفريق للخلاف، ١٤٣٥ ه، ٢٠١٤ م.
٩. أياد كاظم رشاد، التفريق للخلاف والطلاق التعسفي، مكتبة المعهد القضائي، بغداد، ٢٠١١ م.
١٠. هادي حسين الكر عاوي، التفريق القضائي، مجلة الكوفة، العدد ٤.

١١. مؤيد رياح غازي الهلالي، التفريق للهجر في الشريعة والقانون، ١٤٢٦ ه، ٢٠٠٥ م.
١٢. فاضل جابر حلبوص المالكي، التفريق للهجر في قانون الأحوال الشخصية العراقي.
١٣. حنان محيي نايف، التفريق القضائي، مجلة كلية التربية للبنات، المجلد ٢٢، العدد ٤،السنة ٢٠١١.
١٤. عدنان حسين علي السعدي، التفريق للهجر، ١٤٣١ ه، ٢٠١١ م.
١٥. نجم عبد عون، الهجر سبب من أسباب التفريق في الفقه والقانون والقضاء، ١٤٢٧ ه، ٢٠٠٦ م.
١٦. عدنان علي النجار، التفريق القضائي بين الزوجين، ١٤٢٥، ٢٠٠٤.
١٧. أحمد حسن الطه، مدى حرية الزوجين في التفريق قضاء، ١٩٧٢ م.
١٨. موحان إبراهيم عبد الرحمن الطيار، التفريق للعلل في الشريعة الإسلامية والقانون العراقي، ١٩٩١
١٩. سلمان صالح ألبياتي، التفريق بين الزوجين للعيوب .
٢٠. محمد رأفت عثمان، سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بالأمور التي تمنع الاستمتاع، دار الوثائق، ١٩٨١ م.
٢١. نشوان محمد سليمان، التغرير في العيوب، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، الموصل، كلية الحقوق.
٢٢. سعيد عبد المالك عبد القادر، التفريق بين الزوجين للعيوب، ١٤١٣، ١٩٩٣ م .

رابعا : القوانين والأنظمة

١. قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.
٢. قانون الأحوال الشخصية الأردني .
٣. قانون الأحوال الشخصية اليمني .
٤. قانون الأحوال الشخصية المصري .
٥. قانون الأحوال الشخصية السوري .
٦. قانون الأحوال الشخصية الإماراتي .

خامسا : القرارات القضائية

١. قرار محكمة التمييز المرقم (٣٢٨٣)شخصية أوى / ٢٠٠٦ م، في ١٠/١١/ ٢٠٠٦ م.
٢. والقرار (١١٢٠) شخصية، في ١٩٨٧/٦/٢٢ م، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني، السنة التاسعة، ١٩٨٧ م، ص ٦٦.
٣. قرار محكمة التمييز المرقم (٣٩٥)شخصية / ١٩٨٧ في ١٩٧٨/٢/٢٧.
٤. والقرار المرقم (٩٠٢) شخصية، ١٩٨٢ م، في ١٩٨٢/٩/١٤، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثالث، السنة الثالثة عشر، ١٩٨٢ م، ص ٢٤ .
٥. قرار محكمة التمييز المرقم (١٩٤)/ شخصية / ١٩٩٩ م، في ١٩٩٩/١/٢٦ م، إبراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز (قسم الأحوال الشخصية) لسنة ١٩٩٩ م، ص ٨٩ .
٦. قرار محكمة التمييز المرقم (٢٢٤١) شرعية /٢٠٠٥ م، في ٢٠٠٥/١١/١٤ م.
٧. والقرار المرقم (١١٠٩)/شخصية، ٢٠٠١ م، في ٢٠٠١/٦/١٣ م .
٨. قرار محكمة التمييز المرقم (٤٢٥٠)/ شخصية أولى / ٢٠١٠ م/في ٢٠١٢/١٠/٢١ م.
٩. والقرار المرقم (١٠١٣)/ شخصية أولى / ٢٠٠٥ م، في ١٢/٥/ ٢٠٠٥م.
١٠. قرار محكمة التمييز المرقم (٥٧٠)/ شخصية أولى / ٢٠٠٩ م، في ٢٠٠٩/٢/١٦ م .
١١. قرار محكمة التمييز المرقم (٢٧٩٠) شخصية، ٢٠٠٠، في ٢٠٠٢/١١/٣ م.
١٢. والقرار المرقم (٩٦٨)شخصية، ٢٠٠٠، في ٢٠٠٠/٣/١٢ م، مجلة العدالة، العدد الرابع، ٢٠٠١ م، ص ٦٧ .
١٣. والقرار المرقم (٦) شرعية/ ١٩٧١، في ١٩٧١/٣/١٧ م، النشرة القضائية، العدد الأول، السنة الثانية، ص ٧٢