هەرێمی کوردستانی عێراق

ئەنجومەنی وەزیران

سەرۆکایەتی داواکاری گشتی هەرێمی کوردستان

فەرمانگەی داواکاری گشتی هەولێر

اقليم كوردستان – العراق

مجلس الوزراء

وزارة العدل

رئاسة الادعاء العام-دائرة الادعاء العام- اربيل

الايلاء كسبب من اسباب التفريق

بحث مقدم من قبل القاضي (سالم صباح ابراهيم) عضو الادعاء العام الى مجلس القضاء في إقليم كوردستان العراق كجزء من متطلبات الترقية من الصنف الثاني الى الصنف الأول من أصناف قضاة الادعاء العام.

بإشراف القاضي

ديندار نعمان بكر

عضو الادعاء العام

٢٧٢٥كوردى ٢٠٢٥ زايني ١٤٤٦ هجري

بسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾

صدق الله العظيم

سورة البقرة: الآية (٢٢٦)

الإهداء

أهدي هذا الجهد المتواضع الى اهلي و زملائي وإلى اساتذتي و أهل الفضل عليّ .
نسأل الله العلي القدير أن يمدنا بتوفيقه .....

الباحث

الشكر و التقدير

نحمدُ اللّٰهَ عزَ و جل الذي وفّقَنا في إتمام هذا البحث والذي أهلّنا الصـــحةَ و العافيةَ و العزيمة.

وأتقدم بخالِص شُكري و إمتناني إلى كامل الأُسرة القضائية. و خالِص الشُكر الى عضو الإدعاء العام القاضـي (ديندار نعمان بكر) الذي تفضـل بقبول الإشـراف على بحثي هذا وكان لتوجيهاته و آرائه الفضـل في تكملة البحث. وخالص شـكري إلى كل من ساعدني بكلمة أو بدعوة صالحة.

السادة رئيس و أعضاء لجنة مناقشة بحوث الترقية المحترمون

م/توصية

بناءً بما جاء في كتاب رئاسة الإدعاء العام بالعدد (٤٢٦/١) في (٢٠٢٤/٩/١٦) حول تسميتي مشرفاً على البحث الموسوم ب (الايلاء كسبب من اسباب التفريق) المقدم من قبل عضو الادعاء العام السيد (سالم صباح ابراهيم) الى مجلس القضاء في إقليم كوردستان/ العراق كجزء من متطلبات الترقية من الصنف الثاني الى الصنف الأول من اصناف الإدعاء العام, فقد أشرفت على البحث المذكور و وجدته مستوفياً لشروطه الشكلية و الموضوعية وأصبح جاهزاً للمناقشة, للتفضل بالإطلاع مع الشكر و التقدير.

المشرف

المحتويات

الموضوع	الصفحة
المقدمة	٧
المبحث الأول: ماهية الايلاء و الايلاء كسبب للتفريق	٨
المطلب الأول: تعريف و أركان الايلاء	٨
الفرع الأول: تعريف الايلاء لغة واصطلاحا و احكامه.	٨
الفرع الثانى: اركان الإيلاء: فقد فصل فقهاء الشرع من حيث مذاهبيه الفقهية	١٠
الفرع الثالث: الأثر المترتب على الإيلاء:	١١
المطلب الثانى: الايلاء كسبب من أسباب التفريق في الشرع و القانون	١٦
الفرع الاول: موقف القانون العراقى من الايلاء	١٦
الفرع الثانى: التشريعات العربية من الايلاء واعتباره كسبب من أسباب التفريق	١٧
المبحث الثاني: الايلاء كسبب للتفريق	٢٠
المطلب الأول : مـاهيـــــة التفريـــــق	٢٠
الفرع الأول: التفريق فقها	٢٠
الفرع الثانى: التفريق قانونا	٢٣
المطلب الثانى: أنواع وأسباب التفريق في الشرع والقانون	٢٦
الفرع الأول: أنواع التفريق في الشرع و القانون	٢٦
الفرع الثاني: التفريق في القانون و اسبابه.	٢٧
الخاتمة	٢٩
المقترحات	٢٩
المصادر	٣٠

المقدمة

إن من المعلوم للكل إن الحياة تبدأ بتكوين الأسرة والعائلة من خلال الزواج وقد تدوم الحياة الزوجية طوال سنين الحياة وبعكسه قد يتعثر الحياة بين الطرفين مما لا يمكن الاستمرار والتواصل وقد شرع الله لذلك طرق يفيد حل رابطة الزواج وقد جاء فيه من أسباب التفريق بين الزوجين منها للضرر والخلاف والعلل وكذلك الهجر وغيرها من السبل ومن تلك الوسائل الواردة في الشرع ونهج الله عز وجل الايلاء وقد تضمنه كثير من تشريعات الدول العربية ولم يتضمنه الآخرون والقانون العراقى لم يرفد لها باباً وهنا نحاول البحث في الايلاء كاحدى طرق التفريق.

أهمية البحث وسبب اختياره:

تكمن أهمية البحث في اعتبار الايلاء كأحدى حالات التفريق التي لم يتم الإشارة اليها في قانون الأحوال الشخصية العراقى حيث افرد لاسباب أخرى وبم يتم التطرق اليها على الرغم من ذكرها في القرآن الكريم في سورة البقرة الآية ٢٢٦ ﴿ والذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة اشهر ﴾.

منهج البحث:

في دراستي للبحث اعتمدت المنهج التحليلى لنصوص القانون وما جاء في القوانين المقارنة من ذكر الظهار والايلاء وما ورد بشأنه فى التشريعات العربية.

خطة البحث

يتكون البحث من ثلاثة مباحث. المبحث الأول :ماهية الايلاء ويتكون من مطلبين في المطلب الأول تعريف و اركان الايلاء و في المطلب الثانى الايلاء كسبب من أسباب التفريق في الشرع.

وفي المبحث الثانى نتطرق الى التفريق كسبب للايلاء ويتكون من مطلبين أيضاً ففي المطلب الاول نبحث في تعريف التفريق وفق الفقه والقانون وفي المطلب الثاني نبحث أنواع وأسباب التفريق في الشرع والقانون.

المبحث الأول

ماهية الايلاء و الايلاء كسبب للتفريق

الإيلاء شـرعاً هو حلف الزوج بالله على ألا يطأ زوجته مدة تزيد عن أربعة أشـهر، وقد شرّعه اللّه كمهلة للتأديب أو المراجعة، ووضع له أحكاماً لحماية الزوجة، حيث يجب على الزوج الرجوع عن يمينه خلال أربعة أشهر أو يُعتبر مُخالفاً للأمر الشرعي، وفي هذه الحالة يُعرض عليه العودة أو يُخير بين الطلاق أو دفع الكفارة, و سـوف نتطرق اليها كالآتي.

المطلب الأول

تعريف و أركان الايلاء

بدايةً نحاول ان نعرِف الايلاء من حيث اللغة والاصـطلاح في الفرع الأول والتطرق الى أركان الايلاء في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف الايلاء لغةً واصطلاحاً و احكامه.

الحلف مطلقاً سواء كان على ترك قربان الزوجة أم على شـيء آخـر، مأخوذة من آلى يؤلي إيلاء ، وكذلك إذا حلف على فعل شيء أو تركـه ومنه قولـه تعـالى : فكان الرجل في الجاهلية إذا غـضِبَ من زوجتهِ حُلفَ أن لا يطأها سـنة و سنتين أو لا يطأها أبداً ويمضي في يمينه من غير لوم أو حـرج، وقـد تقضي المرأة عمرها كالمعلقة فلا هي زوجة تتمتع بحقوقها الزوجـية، ولا هي مطلقة تسـتطيع أن تتزوج برجل آخر فيغنيها الله من سعته فلما جـاء الإسلام أنصف المرأة.[1]

(١) د. حمدي فهد محمد. مفهوم الايلاء ونماذج تطبيقاته في الفقه الاسلامي، الجامعة العراقية مجلة مداد الاداب العدد السادس ص٢٩٨.

الإيلاء : فعله آلي يؤلي : حلف، والألوة والإلوة على وزن فعيلة والأليا كلها يمين والجمع منها ألايا كقول الكثير :

قليل الألايا حافظ ليمينه وإن سبقت منه الألية برت، والمراد بقليل الألايا أي قليل الإيلاء وايضاً تأتي وائتلى اي حلف منه قوله تعالى ((ولايأتل اولو الفصل منكم والسعة أن يؤتوا أولي القربى والمساكين والمهاجرين في سبيل الله وليعفوا وليصفحوا ألا تحبون أن يغفر لكم والله غفور رحيم)). والألت الحلف وروي عن الاصمعي. انه قال ((ألته يمينا يألته ألتا إذا آلى وتأتي : أقسم ومنه قول منكر ونكير))(لا دريت ولا ائتليت أو ولا آليت).[1]

الايلاء في اللغة: يعنى من الالية بمعنى اليمين يقال :الى فلان الى لقسم وعليه قول الله عزو جل (وَلَا يَأْتَلِ أُولُو الْفَضْلِ مِنْكُمْ وَالسَّعَةِ أَنْ يُؤْتُوا أُولِي الْقُرْبَى وَالْمَسَاكِينَ..) النور ٢٢ اى لايحلف.

والايلاء اصطلاحاً : فهو ان يقسم الزوج المالك لحق الطلاق ومدة تزيد على أربعة اشهر الا يجامع زوجته مطلقاً.[2]

الإيلاء: هو الحلف وهو يمين. و اصطلاحاً: الحلف بالله تعالى أو بصفة من صفاته أو بنذر أو تعليق طلاق على ترك قربان زوجته مدة مخصوصة.

مدة الإيلاء:

اتفق الفقهاء على أن الزوج إن حلف على ألا يقرب زوجته أكثر من أربعة أشهر فإن الإيلاء يقع، واختلفوا في الحلف على عدم قربانها مدة أربعة أشهر فقال جمهور الفقهاء: لا يكون الإيلاء ثابتاً إلا إذا حلف الزوج على ألا يقرب زوجته أكثر من أربعة أشهر، فإن حلف على أربعة أشهر أو أقل لم يكن مولياً.

وقال الحنفية: أقل المدة أربعة أشهر أو أكثر، فإن حلف ألا يقربها أربعة أشهر يكون مولياً، وإن حلف على ألا يقربها في مدة أقل من أربعة أشهر لا يكون مولياً.

---

(١) حسين عبد المطر السلطانى . اسباب الفرقة النهائية، دراسة مقارنة. جامعة بابل، ٢٠٠٩ ص٢٠-٢٧

(٢) د مصطفى سعيد الخن ود مصطفى البغا علي الشربجي الفقه المنهجى على مذهب الإمام الشافعي، دار السلام الإنسانية ١٩٨٧ . ص١٤٤.

وسبب اختلافهم في تفسير قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاؤُوا فَإِنَّ اللهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلاقَ فَإِنَّ اللهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ [البقرة ٢٢٦-٢٢٧].

وعن ابن عباس رضى الله عنه :كان الايلاء في الجاهلية السنة والسنتين، فوقت الله باربعة اشهر ،فان كان اقل من أربعة اشهر فليس بايلاء اخرجه البهيقي.[١]

الفرع الثانى: اركان الإيلاء: فقد فصل فقهاء الشرع من حيث مذاهبيه الفقهية على النحو التالي.

إن الايلاء لله اركان خمسة في الشرع وسوف نتطرق اليها من خلال التقسيم اللآتي:

الأول:ان يكون من زوج يمكنه الوطء

وشرط في الحالف أن يكون زوجاً، مكلفاً، مختاراً يتصور منه الجماع، فخرج بلفظ (الزوج) السيد والأجنبي، وبلفظ (المكلف) غير المكلف كالصبي والصغير، وبلفظ المختار (المكره) وبلفظ يتصور منه الجماع المجبوب والأشل، أما العنيين فيصح إيلاؤه لأن وطأه مرجو .[٢]

الثاني :ان يحلف بالله او بصفته من صفاته لا بطلاق او عتق او نذر

والمحلوف به على الجديد يكون واحداً من ثلاثة أمور :

أ- اسم من أسماء الله تعالى أو صفة من صفاته.

ب- تعليق على طلاق أو عتق .

ج- التزام ما يلزم بالنذر صلاة وصوم وغيرها من القربات .أما في القديم فاشترط في الصيغة أن تكون اسماً من أسماء الله تعالى أو صفة من صفاته فقط.

الثالث:ان يحلف على ترك الوطء في القبل

ترك وطئ شرعي، فلا يعتد بالإيلاء بحلفه على امتناعه من تمتعه بغير وطء، ولا من وطئها في دبر أو في نحو حيض أو إحرام، وخرج بذلك أيضاً من ايلاء زوجته وهي

(١) بلوغ المرام من ادلة الاحكام ابن حجر العسقلاني، دار الفكر ٢٠٠٦، ص١٩٥ .

(٢) د .حمدي فهد ،المصدر السابق، ص٣٠٣.

رتقاء أو قرناء، فلا يصـــح إيـــلاؤه، لأنـــه لا يتصور الوطء أصلاً، ولأنه لا يتحقق قصد الإيذاء والإضـرار بالزوجـة لامتناع الأمر في نفسه، وكذلك الصغيرة التي لا يتمتع بها .

الرابع: ان يحلف على ترك الوطء اكثر من أربعة اشهر.

شرعت لأمر جبلي وهو قلة الصبر عن الزوج لذلك لم يفرق بـــين الحـــر والعبد فيها، قال الإمام الشافعي رحمه الله تعالى وهذه المدة حـــق للـــزوج كالأجل في الدين المؤجل حق للمدين، وعليه إذا كانت الزوجة فـــي عـــدة طلاق رجعي فيضرب لها أربعة أشـهر من الرجعة لأنها حق للـــزوج ولا يشـترط للمدة حكم حاكم بل يمهل الزوج أربعة أشهر لأنها ثابتـة بـالنص والإجماع، ويشترط في المدة حتى أن تكون المدة مطلقة كقوله والله لا أطؤك ويسكت أو يقول والله لا أطؤك أبداً.[1]

الخامس: ان تكون الزوجة ممن يمكن وطؤها فاذا توافرت تلك الشـــروط صـــار مولياً يلزمه حكم الايلاء وان اختل واحد منها لم يكن مؤليا.[2]

الفرع الثالث: الأثر المترتب على الإيلاء:

إذا آلى الزوج من زوجته ضـــمن المدة التي ذكرها الفقهاء فإما أن يحنث في يمينه قبل مضـــي مدة الإيلاء المحددة، فيطأ زوجته، فإن فعل ذلك وجبت عليه كفارة اليمين كســـائر الأيمان، وكفارة اليمين ثابتة بقوله تعالى: ﴿لا يُؤَاخِذُكُمُ اللهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُم وَلَكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيامُ ثَلاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ وَاحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ﴾ [المائدة ٨٩].

وإما أن يبرّ الزوج فلا يطأ زوجته المحلوف عليها فتمضـــي المدة المقدرة، وهنا اختلف الفقهاء في الأثر المترتب على ذلك.

---

(١) د.حمدي فهد ،المصدر السابق ،ص ٣٠٤.

(٢) صالح اللفوزان. كتاب الفقهى، الجزء الثانى، المكتبة الشاملة ص٤٠٢ .

فقال الحنفية: تطلق المرأة طلقة بائنة بمجرد مضـــي المدة من غير فيء ومن دون حاجة إلى رفع الأمر إلى القاضـي. ان كانت واحدة فهى رجعية وان كانت ابتها فهى بائنة لا يملك الرجعة معها الا بعقد جديد[١]

وقال الجمهور: إن مضـــت المدة المحددة و لم يطأ الزوج زوجته فلا تصـــبح مطلقة حكماً، بل إن طالت المدة وتجاوز المدة المحددة فإما أن تطالب المرأة بالطلاق، وعندها ترفع أمرها إلى القاضـي فيطلب القاضـي من الزوج أن يفيء إلى الوطء، فإن أبى طلقها عليه ويقع الطلاق رجعياً.

وعن سهيل بن ابى صالح عن ابيه انه قال :سالت اثنى عشر رجلا من أصحاب النبي عليه صـلاة والسـلام عن رجل يولي،قالوا ليس عليه سـيء حتى تمضـى أربعة اشـهر فيوقف، فان فاء والا طلق رواه الدا القطنى[٢]

وإما ألا تطلب المرأة من القا ضي فلا يقع الطلاق، فإن وطئ الزوج زوجته بعد مضي المدة المحددة خرج من الإيلاء.[٣]

فـإذاً الايلاء هي فرقـة تعني يمينـاً من الزوج بـالهجر مـدة تزيـد على أربعـة ا شهر,فمن اقسم على هجر زوجته هذه المدة او اكثر منها,ثم بر بيمينه يسمى في الفقه الاسلامى (موليا) استنباطا من قوله تعالى في سورة البقرة ((والذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة اشـــهر فان فاؤا فان الله غفور رحيم,وان عزموا الطلاق فان الله ســـميع عليم)) فاذا آلى الزوج من زوجته , فهو بالخيار اما ان يفىء اليها ويكفر عن يمينه بكفارة اليمين,واما ان يبر بيمينه فيبقى مصـرا على هجر زوجته حتى تمر عليها أربعة اشـهر و حينئذ يقع عليها طلقة واحدة بائنة دون الحاجة الى انشـاء طلاق اوتوقف على حكم من القاضـــي , هذا مذهب الحنفية، وقال غيرهم تقع طلقة رجعية, وقال الاخرون يقع ذلك بطلاقه,هو فان امتنع عن التطليق طلقها القاضي بناء على دعوى الزوجة, والزوج مأمور بالحنث بيمينه هنا لقوله صـلى الله عليه وسـلم ((من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه وليأت الذى هو خير.[٤]

---

(١) ابوبكر اجزائرى. منهاج المسلم ، دار الحديث اثاهرة ٢٠٠٤. ص٣٨٦.

(٢) الشوكانى. نيل الاوطار سرح منقى الاخبار من احاديث سيد الاخيار شركة القدس ج ٥ ٢٠٠٨ص٢٨٦ .

(٣) /الموسوعة القانونية المتخصصة تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/١١/٣http://arab-ency.com.sy/law ا

(٤) د احمد الكبيسى. الوجيز في شرح الاحوال الشخصية وتعديلاته جزء الأول ص١٨٠

قالى تعالى في كتابه العزيز (للذين يؤلون من نسـائهم أربعة اشـهر فان فاءوا فان الله غفور رحيم،وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم) سورة البقرة اية ٢٢٦-٢٢٧، ويتضح من هذه الاية الكريمة ان مدة الايلاء تكون اكثر من أربعة اشهر وهذا قول جمهور العلماء فان حلف على أربعة اشـهر فما دونها لا يكون موليا، وتبدأ مدة الايلاء من الحلف ،روى عبدالرزاق عن ابن جريج قال :اخبرنى ابن طاوس عن ابيه،قال :الايلاء ان يحلف الا يمسها ابدا او اقل، اذا كان الذى يحلف اكثر من أربعة اشهر (اسناده صحيح)[١].

قال المالك : من حلف لامراته ان لايطاها حتى تفطم ولدها،فان ذلك لايكون ايلاء وقد بلغني ان على بن ابى طالب (رضي الله عنه) سئل عن ذلك فلم يره في إيلاء.[٢]

يتوقف ثبوت الحرمة بين الزوجين على نوع الطلاق الذي يقع به الإيلاء فإذا كان الطلاق رجعياً وهو الذي يملك فيه الزوج الرجوع الى المطلقة مادامت في العدة سـواء أرضـيت بذلك أم لم ترض . لان المطلقة الرجعية بحكم الزوجة. فإذا وقع الطلاق بسـبب الإيلاء رجعياً وهو رأي جمهور الفقهاء فلا تثبت به الحرمة بين الزوجين . أما إذا وقع الطلاق بائنا بينونة صغرى (وهو الذي لايتمكن الزوج بعده من إعادة زوجته اليه الا بعقد جديد). فالزوجة في هذه الحالة تعد أجنبية عن الزوج إذ لايجوز له مراجعتها وانما يجوز له ان يعقد عليها حالها في ذلك حال المرأة الاجنبية إذ إن الحرمة بين الزوجين تكون اثراً من آثار الإيلاء إذا بر المولي بيمينه وهذا ما انتهى اليه فقهاء الحنفية ، والطلاق البائن بينونة صغرى يؤدي بطبيعته الى نقصان الطلقات التي يملكها الزوج . والمعمول به في القضاء العراقي انه لايقع الطلاق بمضـي المدة لعدم تنظيم الاحكام الخاصـة بالإيلاء ، في حين ان ما يجري العمل عليه في مصـر هو وقوع الطلاق بمضـي المدة لكن الطلاق يقع رجعياً كما ذهب الجمهور[٣].

اما في مذهب الاثنى عشرية الجعفرية، فقد ورد في كتاب منهج الصالحين الجزء الثالث سيد على السيستانى مسائل عدة نتطرق اليها:

---

(١) د سعد بن عبدالله الحميد. احكام الايلاء تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/١١/٣ alukah.net .

(٢) لامام مالك بن انس الموطأ دار المعرفة بيروت ٢٠٠٧ ص٢٩٧.

(٣) حسين عبد المطر السلطانى المصدر السابق ص٤٦-٤٩.

مســـألة ٦٥٠: الإيلاء هو الحلف على ترك وطء الزوجة الدائمة قُبُلاً إمّا أبداً أو مدّة تزيد على أربعة أشهر لغرض الإضرار بها.

فلا يتحقّق الإيلاء بالحلف على ترك وطء المتمتّع بها، ولا بالحلف على ترك وطء الدائمة مدّة لا تزيد على أربعة أشـهر، ولا فيما إذا كان لدفع ضـــــرر الوطء عن نفسـه أو عنها أو لنحو ذلك، كما يعتبر فيه أيضــاً أن تكون الزوجة مدخولاً بها ولو دُبُراً فلا يتحقّق بالحلف على ترك وطء غير المدخول بها، نعم تنعقد اليمين في جميع ذلك وتترتّب عليها آثارها مع اجتماع شروطه.

مســـألة ٦٥١ :يعتبر في المؤلي أن يكون بالغاً عاقلاً مختاراً قاصـــداً، فلا يقع الإيلاء من الصغير والمجنون والمُكْرَه والهازل والسكران ومن اشتدّ به الغضب حتّى سلبه قصده أو اختياره، ويعتبر أن يكون قادراً على الإيلاج فلا يقع من العِنّين والمجبوب.

مســـألة ٦٥٢ :لا ينعقد الإيلاء - كمطلق اليمين - إلّا باســـم الله تعالى المختصّ به أو ما ينصـــرف إطلاقه إليه ولو في مقام الحلف، ولا يعتبر اللفظ الصـــريح فيه كون المحلوف عليه ترك الجماع قُبُلاً، بل المعتبر صدق كونه حالفاً على ترك ذلك العمل بلفظٍ ظاهرٍ فيه، فيكفي قوله: (لا أَطَؤُكِ) أو (لا أُجامِعُكِ) أو (لا أَمَسُّكِ) بل وقوله: (لا جمع رأ سي ورأ سكِ وِسادة أو مِخَدَّة) إذا قصد به ترك الجماع.

م سألة ٦٥٣ :إذا تمّ الإيلاء بشرائطه فإن صبرت المرأة مع امتناعه عن المواقعة فهو، وإلّا فلها أن ترفع أمرها إلى الحاكم الشـــرعيّ فيُنظره الحاكم أربعة أشـــهر، فإن رجع وواقعها في هذه المدّة فهو، وإلّا ألزمه بأحد الأمرين إمّا الرجوع أو الطلاق، فإن فعل أحدهما وإلّا حبسـه وضـيّق عليه في المطعم والمشـرب حتّى يختار أحدهما، ولا يجبره على أحدهما معيّناً، وإن امتنع عن كليهما طلّقها الحاكم، ولو طلّق وقع الطلاق رجعيّاً أو بائناً على حسب اختلاف موارده.

مسـألة ٦٥٤ :إذا عجز المؤلي عن الوطء كان رجوعه بإظهار العزم على الوطء على تقدير القدرة عليه.

واما عن التعويض : قال تعالى:[لا جناح عليكم إن طلقتم النســاء ما لم تمســوهن أو تفرضــوا لهن فريضــةً ومتعوهن على الموسـع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين](البقرة ٢٣٦).

والمتعة مالُ يقدمه الزوج لزوجته التي انفصل عنها بطلاق او ما في معناه و بقيود وذلك قبل الدخول ورأي بعض انها حتمية بعد الدخول وان الحســن بن علي (رضــى الله عنه)عندما طلق احدى زوجاته بعث لها مالا فقالت متاعاً قليل من حبيب مفارق، واختلفت اراء الفقهاء بشأن ذلك فمنهم من يرى انها ليست واجبة بل مستحبة وهو قول الامام مالك ,ومنهم من يرى وجوبه وهو الراجح من راي الجمهور وان المتعة كما ذكرنا واجبة في حالات اخرى عند الطلاق قبل الدخول مثلا من زواج لم يتم تعين مقدار المهر فيه وكذلك في الفرقة عن طريق الايلاء واللعان والحجب والعته وامتناع الزوج عن الدخول في الاسلام عن اسلام زوجته,اما اذا كانت الفرقة من جانب الزوجة فلا تستحقه الزوجة ونصت المادة ١/٩٨ من مشروع قانون الاحوال الشخصية العراقي الموحد على انه (تستحق المطلقة المدخول بها المتعة حسب يسر المطلق وحال المطلقة).[١]

المطلب الثانى

الايلاء كسبب من أسباب التفريق في الشرع و القانون

الإيلاء ســبب للتفريق قضــائياً في القانون الشــرعي والوضــعي، حيث يُعرّف بـأنّه حلف الزوج على ترك وطء زوجتـه مـدة أربعـة أشــهر أو أكثر .إذا لم يقم الزوج بالرجوع إلى زوجته (الفيء) في غضـون أربعة أشـهر، فللزوجة الحق في طلب التفريق، ويُلزم القاضي الزوج بالطلاق أو بالرجوع، وإن امتنع حَكَمَ القاضي بالتفريق.

(١) د. محمد عبدالرحمن السليفانى دراسه حول الطلاق التعسفى https://www.krjc.org/ تاريخ ازيارة ٢٠٢٣/١١/١١.

الفرع الاول: موقف القانون العراقى من الايلاء

لم يتطرق قانون الأحوال الشخصية الى ثلاثة أنواع من التفريق الموجود بحكم الشرع وهى :

١-التفريق لايلاء

٢-التفريق للظهار

٣-التفريق بسبب اللعان[١].

لايوجد تعريف محدد للإيلاء في قانون الاحوال الشخصية العراقي إذ إن الفقرة الثانية من المادة الاولى من هذا القانون والتي نصت على ان (اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون). رفعت الحرج عن القا ضي في حالة عدم وجود نص يمكن تطبيقه على الحالة المعرو ضة أمامه فيمكنه الذهاب الى الفقه الاسلامي لاستخلاص الحكم الشرعي المناسب لكن هذه العملية كما قلنا شاقّة ومضنية وتحتاج الى جهد وعناء كبيرين .[٢]

فلم يتطرق الى موضوع الإيلاء شأنه في ذلك شأن العديد من القوانين العربية والتي احالت القاضي الى الرجوع الى الشريعة الاسلامية .

ونأمل من المشرع العراقي أن يعالج مو ضوع الإيلاء في طيات القانون إذ ماهو ذنب الزوجة التي يهجرها زوجها في مضجعها ويحرمها من غريزة أودعها الله سبحانه وتعالى فيها وقد يؤدي ذلك الى نتائج سلبية على نفسية الزوجة ربما تؤدي الى تحميلها الحقد والكراهية تجاه الزوج ، أو ان تسلك طريقاً آخر قد تغضب فيه الله سبحانه وتعالى ، وهو ارتكابها للمعاصي .

---

(١) د.فاروق عبدالله كريم المصدر السابق ص٢٦٩.

(٢) حسين عبد المطر لسلطانى المصدر السابق ص٢٠-٢٧تاريخ الزيارة ٢٠٢٣/١٠/٣١

الفرع الثاني: التشـريعات العربية من الايلاء واعتباره كسـبب من أسـباب التفريق.

فرق المشرع اليمني بين حكم الإيلاء قبل انقضاء مدته وبين حكم الإيلاء بعد انقضاء مدته . ففي المادة (١٠٤) والتي نصـت على (يلزم المولي من زوجته الرجوع الى ما كان عليه فإن رجع فعليه كفارة الحنث). أوجب على المولي الفيء الى زوجته قبل انقضـاء مدة التربص فإن رجع فجزاؤه كفارة الحنث باليمين . اما في المادة (١٠٥) والتي نصـت على ان (للزوجة تربص أربعة أشـهر من وقت الإيلاء فإن لم يرجع الزوج فللزوجة طلب التطليق عند القاضـي فإن اسـتعد للفيء حدد القاضـي مدة مناسـبة فإن لم يفئ طلقها عليه). لقد اعطى المشرع اليمني للزوجة الحق في طلب التطليق عند القا ضي والقا ضي في هذه الحالة ينذره بوجوب الفيء ويمهله مدة مناسـبة فإن لم يفئ خلال هذه المدة طلقها عليه .

وهنا نلاحظ ان المشـرع اليمني لم يخير المولي بين الفيء والطلاق وإنما ألزمه فقط بالفيء وأعطى للقاضـي حق التطليق في حالة تعنت الزوج وبهذا فقد خالف المشـرع اليمني ماذهب اليه جمهور الفقهاء من تخيير المولي بين الفيئة أو الطلاق ، وعلى مانراه فإنه مسلك غير حسن .

:

لقد اعطى المشرع الكويتي **في قانون الاحوال الشخصية الكويتي رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤** للزوجة المولى عنها الحق في طلب التطليق إن لم يفئ الزوج خلال مدة الإيلاء (فإذا اسـتعد الزوج للفيء قبل التطليق أمهله القاضـي مدة مناسـبة ، فإن لم يفيء طلقها عليه) ويقع الطلاق رجعياً. ونرى ان حكم الإيلاء في القانون الكويتي هو الحكم نفسـه في القانون اليماني .

أما في قانون الاحوال الشـخصـية الاماراتي رقم ٢٨ لسـنة ٢٠٠٥ لايختلف حكم الإيلاء في هذا القانون عن حكم الإيلاء في القانونين الذين سـبقت الاشـارة اليهما من إعطاء الحق للزوجة في طلب التطليق إذا لم يفئ خلال مدة الاربعة أشـهر حيث نصـت المادة (١٣٢) من هذا القانون (للزوجة طلب التطليق إذا حلف زوجها على عدم مباشـرتها مدة اربعة أشـهر فاكثر ما لم يفئ قبل إنقضـاء الاشـهر الاربعة ، ويكون الطلاق بائناً)). ونلاحظ أن المشـرع الاماراتي رجح المصـلحة الخاصـة وهي مصـلحة الزوجة على المصـلحة العامة المتمثلة بامكانية مراجعة الزوج لزوجته وعودة بناء الاسـرة من جديد عندما جعل

الطلاق بائنا متفادياً بذلك الضـرر الذي يمكن ان يصـيب الزوجة في حالة مراجعة الزوج لزوجته في الطلاق الرجعي ثم يولي عنها مرة اخرى.[١]

كما ذكر قانون الاســرة القطرى رقم ٢٢ للســنة ٢٠٠٢ في المادة ١٤٦ منها (الايلاء هو حلف الزوج عللى ترك وطء الزوجة مطلقا،او لمدة أربعة اشهر او اكثر) وكذلك المادة ١٤٧ منها على أن (للزوجة طلب التفريق مالم يفىء الزوج من يمينه قبل انقضـاء أربعة اشـهر ويامر القاضــي الزوج بالفىء فإن امتنع حكم بالتفريق) [٢] يعني ان الايلاء عند القانون القطرى كاحدى اسباب التفريق كما فعل امشرع الكويتى واليمنى و الاماراتى .

وقد ورد في مشروع قانون الأحوال الشخصية السورى باباً للايلاء ونذكر منها:

في المادة ٢٢٢ إذا حلف الزوج بما يفيد امتناعه عن المباشـرة الجنسـية مع زوجته أربعة أشهر فأكثر أو دون تحديد مدة على أن لا تقل عن أربعة أشهر وا ستمر على يمينه حتى انقضت المدة وقع التفريق حكماً ما لم يفئ إليها قبل ذلك.

وفي المادة ٢٢٣ إذا يحق للزوجة طلب التطليق للإيلاء إذا استمر الزوج على يمينه حتى مضى أربعة أشهر.

وفي المادة ٢٢٣ إذا رغب الزوج في الفئ قبل التطليق فيمهله القا ضي مدة منا سبة، فإن لم يفئ فيطلقها عليه.

وفي المادة ٢٢٥ يشـترط لصـحة الرجعة عن التطليق للإيلاء أن تكون الفيئة بالفعل قبل مضي أربعة أشهر، إلا إذا كان هناك عذر شرعي؛ فتصح الرجعة بالقول

المادة ٢٢٦ يقع التفريق بالإيلاء بين الوجين طلقة بائنة.[٣]

---

(١) حسين عبد المطر لسلطانى المصدر السابق ص٢٠-٢٧.

(٢) قانون الاسرة القطرى رقم ٢٢ سنة ٢٠٠٦ .

(٣) مشروع قانون الاحوال السوري المقترح.

المبحث الثاني

الايلاء كسبب للتفريق

التفريق بسبب الإيلاء هو انفصال يحدث عندما يحلف الزوج على عدم معاشرة زوجته، وبعد مرور أربعة أشــهر دون أن يراجعها، يحق للزوجة طلب التفريق قضــائياً. يقوم القاضي بإلزام الزوج بالعودة لزوجته أو تطليقها، وإن امتنع الزوج عن أحد الأمرين، يحكم القاضــي بالتفريق و ســوف نتحدث عن التفريق وماهيته واســبابه كما ورد في الشــرع والقانون. ففي المطلب الأول ماهية التفريق وســنبحث في تعريف التفريق وفق الفقه والقانون, و في المطلب الثاني نبحث في أنواع وأســباب التفريق في الشــرع والقانون.

المطلب الأول

مـاهيـــة التفريـــق

ســنبحث في هذا المطلب في تعريف التفريق وفق الفقه والقانون و ذلك من وجهة نظر الفقهاء والمشرعين في القوانين الوضعية.

الفرع الأول: التفريق فقهاً.

عرف الفقهاء المسلمون الإيلاء بتعاريف متعددة وذلك بحسب الشروط والصيغ التي يعتقدون انه ينعقد بها ، واستمد الفقهاء القانونيون تعاريف الإيلاء بحسب المذاهب السائدة في قوانينهم .لذلك سنتناول في هذا النوع تعريف الإيلاء شرعاً أولاً ثم تعريفه قانوناً.

للفقهاء في بيان معنى الإيلاء التعاريف الآتية :

١- الإيلاء عند الامامية : هو (الحلف على ترك وطء الزوجة الدائمة المدخول بها قبلاً أو مطلقاً ابداً او مطلقاً من غير تقييد بزمان او زيادة على اربعة اشهر للاضرار بها)، نستفاد

من التعريف ان الإيلاء لاينعقد إلا بالحلف بالله تعالى أو بصـــفة من صـــفاته لان الحلف عندهم لايكون الا بالله تعالى أو بصفة من صفاته. إستناداً لقول الرسول الكريم محمد صلى الله عليه وآله (من كان حالفاً فليحلف بالله أة ليذر) ، ويشمل الزوجة المدخول بها بالعقد الدائم دون المتمتع بها او غير المدخول بها ، كذلك فإنه لايقع إلا اذا حلف الزوج على عدم وطي زوجته في مو ضع الجماع ولابد ان يحلف على اكثر من أربعة أشهر فإذا حلف على أربعة أشهر أو اقل لم يكن ايلاء وإن قصد من وراء ذلك الاضرار بها .

٢- الإيلاء عند الحنفية : هو (اليمين على ترك قربانها الزوجة مطلقا غير مقيد بمدة اربعة اشهر فصاعداً بالقسم أو بتعليق ما يستشقه على القربان). الملاحظ على هذا التعريف ان فقهاء الحنفية لم يقصروا انعقاد الإيلاء على الحلف بالله تعالى او بصفة من صـــفاته بل ذهبوا الى أبعد من ذلك بأن جعلوه ينعقد إذا ألزم المولي نفســـه بفعل شـــاق كالطلاق والعتاق والظهار والهدي والحج والصـــوم . اما النذر فإن كان شـــاقاً فيصـــح به الإيلاء اما إذا كان غير شاق فلا يصح به .

كذلك فإنهم ذهبوا الى القول بإن الإيلاء ينعقد إذا كانت مدته أربعة أشـــهر وأكثر على خلاف مع بقية المذاهب الاسـلامية الذين قالوا بأنه لاينعقد إلا اذا حلف المولي على أكثر من أربعة أشـــهر. والزوجة عندهم هي الزوجة المدخول بها ، ويجب ان يكون المحلوف عليه هو ترك الوطء فإذا كان غير ذلك كأن يقول (والله لايمس جلدي جلدك أو لأقرب فراشك أو نحو ذلك ولم ينو الوطيء لم يكن مولياً).

٣-الإيلاء عند المالكية : هو (حلف زوج مسـلم مكلف يمكنه ان يجامع النسـاء على ترك وطء زوجته غير المرضـعة أكثر من أربعة أشـهر) ، ولا يقتصـر انعقاد الإيلاء عند المالكية على الحلف بالله تعالى او بصـفة من صـفاته بل ينعقد ايضـاً بالتعليق على امر معين او غير معين كالتعليق على طلاق كان يقول لها إن وطأتك فأنت طالق أو عليَّ عتق عبدي فلان او صـوم شـهر او صـلاة مائة ركعة اما التعليق على امر غير معين فيجب ان يكون هذا الامر صريحاً كقول عليَّ نذر إن وطأتك . كذلك فإنه لاينعقد عندهم ايلاء الكافر على خلاف بقية المذاهب الاسـلامية وان يكون الزوج قادراً على الوطء وأن يقصـد من وراء ذلك الاضرار بزوجته . كما ان مدة الإيلاء عندهم اكثر من اربعة اشهر.

٤- الإيلاء عند الحنابلة :هو (حلف زوج بالله تعالى او بصفة من صفاته - يمكنه الجماع- على ترك وطء امرأته الممكن جماعها ولو كان قبل الدخول قُبلاً أبداً او اكثر من اربعة

اشهر)[1] ، يتضح من التعريف اعلاه انه يجب ان يكون الحالف زوجاً ويمكنه الجماع أي يجب ان لايكون عنيناً او مجبوباً وقولهم بالله تعالى او بصفة من صفاته أي لاينعقد الإيلاء بالتعليق على نذر او طلاق او نحوه كما هو حال الحنفية والمالكية وقولهم على ترك وطء امرأته الممكن جماعها أي ان لايكون هناك مانع شرعي او طبي او تكويني كأن تكون رتقاء أو قرناء او نحوها كذلك فإنهم انفردوا في القول بانعقاد الإيلاء قبل الدخول.

٥- الإيلاء عند الشافعية : [2] (هو حلف زوج يتصور وطؤه على امتناعه من وطء زوجته مطلقا او فوق أربعة أشهر)، لقد حذا الشافعية حذو المالكية في ان الإيلاء ينعقد بالحلف بالله تعالى او بصفة من صفاته أو بالتعليق على طلاق او عتق أو بالتزام مايلزم بالنذر كصلاة او صوم!، ويجب ان يكون الزوج قادراً على الوطء وان يكون امتناعه عن وطء شرعي ذلك بأن لايكون في غير موضع الشرع أو في حالة حيض أو إحرام وان تكون المدة المحلوف عليها أكثر من أربعة اشهر .

٦-الإيلاء عند الظاهرية : (هو الحلف بالله عز وجل أو باسم من أسمائه تعالى ان لايطأ امرأته أو ان يسوءها أو ان لايجمعه وإياها فراش أو بيت سواء قال ذلك في غضب او في رضا لصلاح رضيعها او لغير ذلك استثنى في يمينه ام لم يستثنِ وسواءاً وقّت وقتا ساعة فأكثر الى جميع عمره او لم يوقت الحكم في ذلك واحد)، يتضح من التعريف اعلاه ان الإيلاء عند الظاهرية لاينعقد الا بالحلف بالله تعالى او باسم من أسمائه وقد واكبوا الامامية في هذا الرأي الا انهم خالفوا جميع المذاهب في النواحي الاتية:

أ- فلم يقصروا انعقاد الإيلاء على ترك وطء الزوجة بل ينعقد كذلك إذا حلف الزوج ان لايجمع رأسه ورأسها فراش واحد أو بيت واحد .

ب- ينعقد الإيلاء عندهم حتى لو حلف الزوج على عدم وطء زوجته على اقل من أربعة أشهر وتركها أربعة أشهر فهو إيلاء.

هذا بالاضافة الى انهم لم يفرقوا بين ما اذا كان الحلف على ترك الوطء في حالة رضا وفيه مصلحة للزوجة او كان في حالة غضب وفيه ضرر عليها .

---

(١) منصور بن يونس البهوتي الحنبلي ، اكشاف القناع، ط١، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٨ ه، ج٥، ج٥ ، ص٤٠٩..

(٢) البكري الدمياطي ، اعانة الطالبين ، ج٤ ، ط١ ، دار الفكر ،بيروت ، ١٤١٨هـ ،ص٣٩، عبد العزيز المليباري الهندي ، فتح المعين، مطبعة دار الفكر، بيروت ، ١٤١٨ هـ ، ج٤ ، ص٣٩

٧- الإيلاء عند الزيدية : (هو أن يحلف الرجل بالله ألا يدنو من امرأته أربعة اشهر سواء ومازاد من الشهور فوقها)[١] ، من خلال هذا التعريف يتضح لنا ان الإيلاء عند الزيدية ينعقد إذا حلف الزوج بالله تعالى بعدم وطء زوجته المدخول بها لمدة أربعة أشهر أو اكثر فإذا حلف على اقل من أربعة اشهر فليس بمولي .[٢].

الفرقة والتفريق مصطلحان فقهيان هما نتيجة لعملية الطلاق او التطليق او فسخ العقد ، وقد اعتنى الفقهاء بتعريف الطلاق اكثر من اعتنائهم الفرقة او الفسخ.

التفريق لغة: مصدر فرَّق، يقال فرَّق بينهما، أي فصل.

التفريق اصطلاحاً: التفريق القضائي بين الزوجين هو إنهاء الحياة الزوجية جبراً عن الزوج بحكم القاضي إذا لم تستعمل الوسائل الاختيارية من طلاق أو خلع.

وهناك حالات عدة للتفريق القضائي بين الزوجين، وقد اختلف الفقهاء في مشروعيتها وفي آثارها، وسيتم عرض حالات التفريق القضائي بين الزوجين متضمنة آراء الفقهاء فيها، والآثار المترتبة عليها

والفرقة في المجمل رفع قيد النكاح حالاً او مالاً او ما تنحل به عقدة النكاح فينقطع به ما بين الزوجين من علاقة زوجية فالحنفية يرون لن الفرقة رفع لقيد النكاح والشافعية يرون انها حل لعقد النكاح او تصرف لزوج بقطع النكاح وهى عند المالكية صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجته او رفع قيد الثابت بالنكاح اما الحنابلة فالفرقة عندهم تعني حل قيد النكاح او بعضه.[٣]

الفرع الثانى: التفريق قانوناً.

أجازت القوانين الوضعية المتعلقة بالأحوال الشخصية، ومنها قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩المعدل: للقاضي التفريق بين الزوجين لأحد الأسباب المذكورة فيه. فأناب القاضي محل الزوج وخوّله حق إيقاع الطلاق بدلاً عنه.

---

(١) ابن حزم الظاهري ، المحلى ، دار الفكر، بيروت ، لبنان ، بلا سنة طبع ، ج١٠ ، ص٤٢

(٢) حسين عبدالمطر السلطانى أسباب الفرقة التلقائية في عقد الزواج ص٢٠-٢٧

(٣) اشرف يحى رشيد العمرى نظرية التفريق اللقضائى بين الزوجين جامعة الأردنية ٢٠٠٥ رسالة دكتورا ص٢٣.

والتفريق القضـائي يكون في حالات معينة (طلاقاً) من قبل القاضـي، كحالة عدم الإنفاق أو العيوب أو للشقاق بـين الـزوجين أو للغيبـة أو للحبس أو للتعسف.

وفي حالات أخرى يكون (فسخاً للعقد) من أصله كما في حالة انفساخ العقد الفاسد، أو بسبب الردة أو إسلام أحد الزوجين وبقاء الآخر على الكفر.

ولا يخفى ان هذا التشـــريع في مجمله يخالف التشـــريع الالهي، إذ يســـتلزم لوازم كلها باطلة، وتترتب على هذا البطلان آثار شـــخصـــية واجتماعية وخيمة، ويتضـــح ذلك من خلال ملاحظة الآتي:

أولاً- توجد جملة من الفروق بين الطلاق والتفريق القضائي، يمكن إجمالها بالآتي:

١ -إن الطلاق يتم عن طريق الزوج باختياره وإرادته، ولا يصح أن يفـــرض عليـــه فرضاً. أما التفريـــق القـــضائي، بعـــد تمـــام موضوعه، بتحقق المقتضي لإيقاعه خارجاً وارتفاع المانع بعد طلب الزوجة، وعـــــن طريق القاضـــي بعد رفع الدعوى إليه، يحققه من دون حاجة إلى رضا الزوج.

٢ -لكي يقع الطلاق صحيحاً، فإنه لابد من توفر شروط عدّة؛ منها ما يتعلق بعملية الطلاق نفســـها، ومنها ما يتعلق بالمطلق، ومنها ما يتعلق بالمطلقة. أما التفريق القضـــائي؛ فلا يشترط فيه شيء من هذه الشروط بعد تمام موضـــوعه ورفـــع الدعوى الى القضاء للمطالبة بالتفريق.

٣ -الطلاق الشـــرعي إما أن يكون بائناً أو رجعياً، أما التفريق القضـــائي فيقع في أغلب صـــوره بائناً ليحقق الغرض من تشـــريعه، لأن الرجعي يحق للزوج فيه الرجوع، فإن رجع انتفت الفائدة والغرض من التشريع.

ثانياً- إن القاضـــي يمارس نيابة قانونية عن الزوج في أمر اجتماعي حســـاس بلا دليل شـــرعي، وإنما بالاســـتناد إلى ما خوله له القانون من انه صـــاحب الولاية العامة، فيملك تطليق الزوجـة من زوجهـا حســـب أســـبـاب التفريق المنصـــوص عليهـا في المواد (٤٠و٤١و٤٢و٤٣) من قانون الأحوال الشـــخصـــية العراقي النافذ. ودليلهم في منحه تلك الولاية مستفاد من إن المدرك الشرعي في مشروعية التفريق القضائي بعض الأحاديث

والقواعد الفقهية التي وردت في الواقع بخصوص ما يختص به الأمام المعصوم (ع) أو نائبة الخاص أو العام.

ثالثاً- تترتب على بطلان ذلك التصرف القضائي آثار ونتائج وخيمة، فعدم توفر الشروط الشرعية للطلاق معناه ان الزوجة باقية على زواجها، فيترتب عليه إخلال بواجبها الزوجي، وبطلان أي عقد آخر على رجل آخر بعد ذلك التفريق، ولا يخفى ما يترتب على ذلك من آثار شرعية واجتماعية. فضلاً عن ان وجود أولاد من الزواج اللاحق – ان حصل – سيترتب عليه إخلال في مزاحمتهم ومزاحمتها للميراث المقرر شرعاً للورثة الشرعيين.

وقدخصص المشرع ستة مواد للتفريق القضائى ابتدا بالمادة الأربعين وانتهاء بالمادة السادسة و الأربعين وحدد في ثلاثة من تلك المواد الحالات التي تجوز فيها المطالبة بالتفريق من قبل الزوجين او الزوجة،فخصص المادة الأربعين الحالات التي يجوز فيها لكل من الزوجين المطالبة بالتفريق وخصص المادة الحادية والاربعين كذلك الحالات الخلاف او الشقاق ، ومنح الحق فيها لكل من الزوجين في طلب التفريق ، وخصص المادة الثالثة والأربعين حالات التي يحق فيها للزوجة وحدها طلب التفريق، اما المواد الثالثة الأخرى فانها تخص تحديد نوع الطلاق الواقع، وبعض الأمور الإجرائية، ووسائل المشار اليها.[1]

فالتفريق هو تطليق الزوجة من زوجها بسوا سطة القضاء إذا توفر أحد أسباب التفريق المنصوص عليها حصراً في قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل ,ويتم ذلك دون رضاء الزوج وعلى الرغم منه.

التفريق القضائي هو الطالق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوج او الزوجة .ويمكن تعريف التفريق القضائي: هو حل قيد الزواج بطالق يوقع من قبل القاضي بناء على طلب الزوج او الزوجة عند تحقق الاسباب القانونية. نص المشرع على حالات في التفريق القضائي وهي:

١-طلب التفريق من قبل الزوجين بسبب الضرر .

٢-طلب التفريق من قبل الزوجين بسبب الخلاف

٣-طلب الزوجة التفريق عند توفر احد الاسباب التي ذكرتها المادة)٤٣)من القانون.

---

(١) د فاروق عبدالله كريم ، المصدر السابق ، ص٢٣١.

المطلب الثانى

أنواع وأسباب التفريق في الشرع والقانون

الفرع الأول: أنواع التفريق في الشرع و القانون

أولاً: التفريق في الشرع

١- التفريق لغة : مصدر فَرّقَ، والفَرْقُ خلاف الجمع، ومنه التفرق والافتراق وهما سواء، ومن علماء اللغة من جعل التّفرقَ بالتشديد للأبدان، والافتراقَ بالتخفيف في الكلام، يقال فَرقْتُ بين الكلامين فافترقا، وفَرّقْتُ بين الرجلين فتفرقا، وتفرّقَ الرجلان : ذهب كل منهما في طريق .ويقع التفريق على عدة معان متقاربة؛ منها : التجزئة والقسمة، يقال : فرق الأشياء : أي قسمها ووزعها. التمييز، يقال : فرق بين الأشياء : إذا ميز بعضها من بعض التبدد، يقال : تفرق الشيء : أي تبدد وتلاشى (١) . الفصل، يقال : فرق بين الشيئين : أي فَصل بينهما، ويقال فارقه مفارقة : انفصل عنه وباينه . وفي التنزيل جاء قوله تعالى على لسان سيدنا موسى عليه السلام (:فَافْرقْ بيننا وبين)١) الْقَومِ الْفاسقين والمعنى الفصل بيننا وبينهم؛ لأنه لم يعد يجمعنا بهم أي رابط؛ لرفضهم دخول))الأرض المقدسة فاتحين .بناء على ما سبق فإن مفهوم التفريق يدور حول الفصل والإبانة.(٢)

٢- تعريف ان المدرك الشرعي في مشروعية التفريق القضائي عند الامامية هو الحديث المروي عن الإمام الباقر (عليه السلام) عن أبيه عن جده (صلى الله عليه وآله وسلم) أنه قال: ((من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يواري عورتها ويطعمها ما بالإضافة إلى أن الجمهور يقيم صلبها، كان حقا على الإمام أن يفرق بينهما ((الفقهاء قد استدلوا بالقواعد العامة الحاكمة لأفعال المكلفين عند عدم وجود الدليل التفصيلي، والتي منها في هذا المورد قاعدة لا ضرر ولا ضرار المنصوص عليها في الحديث

---

(١) مجد الدين الفيروز آبادي : القاموس المحيط مادة (فرق) ٢٨٣/٣ وما بعدها) .انظر سعدي أبا جيب : القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً مادة (فرق) ص ٢٨٤ ـ ٤ ـ

(٢) عدنان على النجار ، التفريق القضائى بين الزوجين الجامعه الإسلامية غزة ٢٠٠٤ ص٦٧.

الصـادر عن النبي محمد (صـلى الله عليه وآله وسـلم) مع السـيرة الممتدة إلى عصـر المعصوم (عليه السلام) ،والتي يستفاد منها التفريق في موارد قد نـص عليها.[1]

لم يخص الفقهاء الحكم التكليفي (للتفريق القضـائي بالذكر؛ لماَ مر آنفاً، من أن فقهاء المذاهب قد تحدثوا عن مشـروعية التفريق في المسـائل المتفرقة، ولم يبوبوا له ، فانسـحب على الحكم التكليفي ما جرى على المشـروعية .وعلى الرغم من ذلك؛ فإنه يمكننا تخريج الحكم التكليفي للتفريق من خلال مـا كتبـه الفقهاء عن الحكم التكليفي للطلاق، فقد اتفق الفقهـاء علـى أن الطـلاق تعتريـه الأحكـام الخمسة) ، ثم ذكروا أمثلة للحالات التي يكون الطلاق فيها واجباً، ومنها : الحكم التكليفي : هو خطاب الشـارع المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضـاء أو التخيير، والأحكام التكليفية هي :الوجوب، والندب، والإباحة، والكراهة، والتحريم . كما لو كان الزوج خَـصياً أو مجبوبـاً أو عنِّينـاً أو مسـحوراً ،علم الزوج أن بقاء الزوجة على ذمته يوقعه في محرم؛ كعدم الإنفاق ،طلاق المولي إذا أبى الفيئة، وطلاق الحكَمينِ في الشقاق والذي يمكنني قوله هنا، أن الغاية من نصب القضاة هو فـصل الخـصومة وحـسم النزاع، وقد صرح الفقهاء بأن دفع الضرر، ورفع الظلم، واجب على القاضـي إذا أقيمت البينة الشـرعية من إقرار، وشـهادة، ونكول عن الحلف، وقرينة قاطعة ، وعليه فـإذا عـرض على القاضي إحدى المسائل التي ذكرها الفقهاء في معـرض التمثيل، مما يلحق الضرر بأحد الزوجين؛ فإن على القاضي أن يرفع هذا الضرر بكل وسيلة ممكنة، فإذا أُوصدت الأبواب، وتعين التفريق طريقاً؛ فإن حكمه به يكون واجباً.[2]

الفرع الثاني: التفريق في القانون و اسبابه.

أجاز القانون الزوجين طلب التفريق في هذه الحالات في مادة الاربعين التفريق للضـرر في حالة توفر احد الأسباب الاتية:

١-اذا اضـر احد الزوجين بالاخر او باولادهما ضـررا يتعذر معه اسـتمرار الحياة الزوجية، ويعتبر من قبيل الا ضرار الادمان على تناول المسكرات او المخدرات على ان تثبت حالة

(١) هادى حسين الكرعاوى التفريق القضائى جامعة الكوفة دراسة مقارنة مجلة الكوفة العدد ٤ ص١٠٤.

(٢) عدنان على النجار التفريق القضائى ، المصدر السابق. ص٢٦.

الادمان بتقرير طبي من لجنة طبية رسـمية مختصـة ويعتبر من قبيل الاضـرار كذلك ممارسة القمار في البيت الزوجية

٢-اذا ارتكب الزوج الاخر الخيانة الزوجية ويكون من قبيل الخيانة الزوجية ممارسـة فعل اللواط بأي وجه من الوجوه.

٣-اذا كان عقد الزواج قد تم قبل اكمال احد الزوجين الثامنة عشـرة دون موافقة القاضي.

٤-الزواج بالاكراه.

٥-زواج الزوج بزوجة ثانية.

وقد نصت المادة الحادية والاربعين من قانون الاحوال الشخصية العراقي على أن: لكل من الزوجين طلب التفريق عند قيام خلاف بينهما سـواء كان ذلك قبل الدخول او بعده. ويحق للزوجة طلب التفريق في الحالات الاتية في المادة الثالثة والاربعين من قانون الاحوال الشخصية العراقي:

١- اذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة مدة ثلاث سنوات فاكثر [١] ،ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه.
٢- اذا هجر الزوج زوجته مدة سـنتين فاكثر بلا عذر مشـروع ، وان كان الزوج معروف الإقامة ، وله مال تستطيع الانفاق منه.
٣- اذا لم يطلب الزوج ، زوجته غير المدخول بها للزفاف خلال سـنتين من تاريخ العقد ولايعتد بطلب الزوج زفاف زوجته ،اذا لم يكن قد اوفى بحقوقها الزوجية.
٤- اذا وجدت زوجها عنيناً او مبتلى بما لايسـتطيع معه القيام بواجباتها الزوجية ، سـواء كان ذلك لاسـباب عضـوية او نفسـية ، او اذا أصـيب بذلك بعد الدخول وبها تثبت عدم امكان شـفائه منها بتقرير صـادر عن لجنة طبية رسـمية مختصـة على مانع اذا وجدت المحكمة ان سبب ذلك نفسي، فتؤجل التفريق لمدة سنة واحدة شريطة ان تمكن زوجها من نفسها خلاها.
٥- اذا كان الزوج عقيماً،او ابتلى بالعقم بعد الزواج ولم يكن لها ولد منه على قيد الحياة.

(١) وقد عدل هذه المادة من قبل المشرع الكوردستاني و جعلها مدة سنتين و أكثر.

الخاتمة

بعد عرض الموضوع من كل جوانبه توصلت اى االستنتاجات التاية:

١-ورد االيلاء كسبب من أسباب التفريق في الشريعة الإسلامية واخذ به كثير من البلدان العربية

٢-الايلاء هي حلف الزوج على زوجته ان لايقربها لمدة أربعة اشــهر او اكثر فان فاء كان به وان لم يفى طلبت ازوجة اتفريق من خلا القاضــي ويعد اطقة فيها رجعيا ان كانت او ل مرة والا كانت بائنة بينونة صغرى.

٢-ان القانون الأحوال الشخصية العرااقى لم يأخذ بالايلاء كسبب من أسباب التفريق .

٣- ان بعض من التشريعات العربية قد اخذ بالايلاء سبب من أسباب التفريق كالامارات والقطر والكويت واليمن.

المقترحات

بما أن الإيلاء هو احدى اسـباب التفريق في الشـريعة الإسـلامية وجاء نص صـريح في القرآن الكريم و بما أنه يتعلق بالحل و الحرمة و أنه المرجع لمسـائل الاحوال الشـخصـية وفق الدستور و التشريع و قانون الاحوال الشخصية مقتبسة من الشريعة الإسلامية لذا نقترع على المشرع الكوردستاني و العراقي إدراج الإيلاء كسبب من اسباب التفريق.

المصادر

الكتب

١- ابن حزم الظاهري ، المحلى ، دار الفكر، بيروت ، لبنان ، بلا سنة طبع ، ج١٠.

٢- د .احمد الكبيسى، الوجيز في شرح الاحوال الشخصية وتعديلاته، المكتبة القانونية، ٢٠٠٦، الطبعة الثانية ،الجزء الأول.

٣- ابن حجر العسقلاني. بلوغ المرام من ادلة الاحكام، دار الفكر ٢٠٠٦.

٤- الامام مالك بن انس الموطأ، دار المعرفة- بيروت- ٢٠٠٧.

٥- البكري الدمياطي ، اعانة الطالبين ، ج٤ ، ط١ ، دار الفكر ،بيروت ، ١٤١٨هـ.

٦- ابوبكر الجزائرى. منهاج المسلم ، دار الحديث -القاهرة – ٢٠٠٤.

٧- حسين عبد المطر السلطانى . اسباب الفرقة النهائية، دراسة مقارنة. ٢٠٠٩.

٨- د. فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٩ مطبعة يادكار ٢٠١٥.

٩- عدنان على النجار ، التفريق القضائى بين الزوجين، الجامعه الإسلامية، غزة ٢٠٠٤.

١٠- عبد العزيز المليباري الهندي ، فتح المعين، مطبعة دار الفكر، بيروت ، ١٤١٨ هـ ، ج٤.

١١- صالح الفوزان. كتاب الملخص الفقهي - -الجزء الثانى - المكتبة الشاملة.

١٢- سعدي أبا جيب : القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً مادة (فرق).

١٣- الشوكانى. نيل الاوطار - شرح منتقى الاخبار من احاديث سيد الاخيار - - شركة القدس - -ج ٥ -٢٠٠٨.

١٤- د. مصطفى الخن ، د. مصطفى البغا- الفقه المنهجي -دار السلام الإنسانية- ١٩٨٧.

١٥- منصور بن يونس البهوتي الحنبلي ، اكشاف القناع، ط١، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٨ هـ، ج٥، ج٥.

١٦- مجد الدين الفيروز آبادي : القاموس المحيط مادة (فرق) ٢٨٣/٣.

١٧- هادى حسين الكرعاوى، التفريق القضائي، جامعة الكوفة، مجلة الكوفة العدد .٤

القوانين

١-قانون الاحوال الشخصية العراقى رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨٨

٢-قانون الاحوال الشخصية اليمنى رقم ٢٠ لسنة ١٩٩٢

٣- قانون الاحوال الشخصية الاماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥

٤- قانون الاحوال الشخصية الكويتي رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤

٥-قانون الاسرة القطرى رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦

المجلات

١- التفريق القضـائى -جامعة الكوفة -هادى حسـين الكرعاوى -دراسـة مقارنة - مجلة الكوفة -العدد ٤.

٢- مفهوم الايلاء ونماذج تطبيقاته في الفقه الاســلامى د حمدى فهد محمد الجامعة العراقية مجلة مداد الاداب العدد السادس.

مواقع الكترونية

١- أسباب الفرقة التلقائية في عقد الزواج حسين عبد المطر لسلطانى - احكام الايلاء -د سعد بن عبدالله الحميد- .

٢- دراسه حول الطلاق التعسفى د. محمد عبدالرحمن السليفانى .

٣- التفريق القضـائى بين الزوجين -عدنان على النجار- الجامعه الإسـلامية- غزة ٢٠٠٤- .

٤- نظرية التفريق اللقضـائي بين الزوجين -اشـرف يحى رشـيد العمرى- جامعة الأردنية- ٢٠٠٥ .