جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة ديالى

كلية القانون والعلوم السياسية

قسم القانون

أشخاص لا يقع طلاقهم قراءة شرعية قانونية

بحث تقدم به الطالب

فلاح حسن علي

إلى عمادة كلية القانون والعلوم السياسية وهو جزء من

متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في القانون

بإشراف الدكتور

أ.م.د. احمد علي برسيم

١٤٣٧هـ ٢٠١٦م

بسم الله الرحمن الرحيم

((وإذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه ولا تتخذوا آيات الله هزواً واذكروا نعمت الله عليكم وما أنزل عليكم من الكتاب والحكمة يعظكم به واتقوا الله واعلموا إن الله بكل شيء عليم))

صدق الله العظيم

سورة البقرة : آية (٢٣١)

الإهداء

أهدي بحثي المتواضع إلى كل قطرة دم اريقت من أجل الوطن وإلى كل قطرة دم تنزل في بناء الوطن

وأهدي بحثي هذا إلى من أطال الله بعمرهم وشبابهم- إلى من لست أنساهم ولن يغيب عن لساني

ذكراهم عائلتي- وأهدي ثمرة جهدي إلى أستاذي الفاضل أحمد علي بريسم وإلى كل من ساعدني في هذا البحث....

شكر وعرفان

مزيد من الفخر والاعتزاز أصفه بالكلمات أقدم شكري وتقديري للأستاذ(أحمد علي برسيم) الذي ألهمنا بتوجيهاته ونصائحه السديدة ولبقية الأساتذة المحترمين في كلية القانون والعلوم السياسية.

وكذلك اخص الشكر والامتنان إلى أعز الأصدقاء الذين أرفدوني بكثير من المصادر والاستشارات والتوجيه...

في نهاية كلامي ندعوه تعالى ان يمن علينا وعليكم بالخير والبركة فانه الموفق الى الخير والهادي الى سواء السبيل... وصلى الله تعالى على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

المقدمة

بسم الله والحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد خير خلق الله وعلى آله وصحبه ومن والاه...

وبعد ..

ان ما جاءت به الشريعة الاسلامية السمحاء من مبادئ عظيمة لصالح البشرية كفيلة بتحقيق الخير للمجتمع الانساني ، وذلك لما تتضمنه من مبادئ خالدة وقواعد متينة ، وبما امتازت به من مرونة ويسر فكان نظام الطلاق في الأسلام هوأحد تلك النظم والقواعد التي وضعتها الشريعة الأسلامية لتحقيق المصلحة الأجتماعية لأن الطلاق يحتل اهمية بالغة وأستثنائية في كل زمان ومكان ، وذلك لخطورته واهميته في كافة المجالات كمجال القانون والقضاء والمجتمع ، ولكثرة ما يطرح من منازعات بشأنه فقد اصبحت المحاكم مكتضة بمعاملات الطلاق وما يقتضيه من حل لتلك المنازعات من تنظيم ودقة وسرعة ، وذلك لتعلقها بجانب مهم من جوانب الحياة ، ويحصل الطلاق بين الزوجين لاسباب تحصل منهما او من احدهما مما تجعل اسمرارية حياتهما جحيما لا يطاق ونزاعا لا يحتمل لذلك فتح الله امامهما الطريق وسهل لهما السبيل للوصول الى التخلص من تلك الحياة التي قارنها البؤس والعناء والشقاء ولم يجعل الاسلام الطلاق هو العلاج الاول والوحيد لما يحصل بين الزوجين من نفرة بل تدرج في امور شرعها لهم الله وقد عرفه الفقه بأنه حل الرابطة الزوجية الصحيحة في الحال والمال، وقد عرف قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨ البند ١٩٥٩) الطلاق بأنه رفع الزواج بأيقاع من الزوج أو الزوجة إن وكلت به أو فوضت أو من القاضي ، ولا يقع ألا بالصيغة المخصوصة له شرعا. فتوكلت على الله وأعتمدت عليه أنه نعم المولى ونعم النصير فجعلت كتابة بحثي هذا أشخاص لا يقع طلاقهم قراءةً شرعية قانونية .

ولغرض تسليط الضوء على بعض المفردات وزعت بحثي هذا الى مبحثين حيث خصصت المبحث الأول وهو مقسم الى مطلبين المطلب الأول : تعريف الطلاق لغة وأصطلاحاً و قانوناً والطلاق في الفكر المعاصر وكذلك بينت فيه شروطه بالنسبة لكل من المطلق والمطلقة . المطلب الثاني: لموضوع حكم الطلاق والحكمة منه . أما المبحث الثاني لموضوع اشخاص

لا يقع طلاقهم قراءة شرعية قانونية ومنهم السكران المكره وفاقد التمييز وغيرهم . وبعد ذلك نختم بحثنا بخاتمة وسجلت بعض التوصيات التي أرجو ان تساهم في مجال هذا البحث .

الباحث

المبحث الأول

تعريف الطلاق وشروطه وحكمه والحكمة منه

المطلب الأول :- الطلاق في اللغة والاصطلاح والقانون

الفرع الأول

الطلاق في اللغة:- أصل الطلاق في اللغة بمعنى الرفع والإرسال والترك وهو اسم مصدر الطلاق[١]، وكذلك يقال طلق الرجل امرأته تطلق بالضم طلاقاً فهي طالق ومطالقة أيضاً وقال الاخفش يقال طلق[٢]، نلاحظ أن كل هذه الألفاظ تدل على الإطلاق وإنما يختلف اللفظ باختلاف المعنى، فإذا قال الرجل لإمرته أنت طالق بالتخفيف احتج إلى النية وإذا قال لها بالتشديد لم يحتج إلى النية هدا هو المفهوم اللغوي للطلاق والذي يدل حل الوثائق والترك[٣] .

الطلاق في الشرع :- ويراد به رفع قيد النكاح حالاً ومالاً بلفظ مخصوص[٤]، وهذا الفرق بيّن لنا إن الطلاق إذا كان بائن ترتب عليه حل عقد النكاح في الحال فيحرم على الزوج حق التمتع بعدة، أما إذا كان رجعياً يترتب عليه عقده مالاً أي بعد انقطاع العدة يحل للزوج أن يستمتع بزوجته وهي تعد في أثناء العدة الزوجية وهذا التعريف قال به الحنفية والحنابلة[٥]. والزيدية[٧]، والأباظية[٨]،

أما الشافعية وبعض الحنابلة فإنهم يرون إن الطلاق هو رفع قيد النكاح في الحال لذلك عرفوه بقولهم هو حل قيد النكاح من غير ذكر قيد حالاً أو مالاً[٩].

---

(١) ينظر: مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، د.ت، ٢٦٧/٣.
(٢) ينظر: ابن منظور، لسان العرب، مطابع كوست توماس وشركائه، مصر مادة(طلق): ٩٥/٢.
(٣) ينظر: شمس الدين السرخسي،المبسوط، دار الموفة للطباعة والنشر، بيروت- لبنان: ٢/٥، ومن صرح بان الطلاق بالتشديد لا يحتاج إلى نية، الزيلعي كما ذكره صاحب درر الحكام.
(٤) زين الدين ابن نجين (ت١٤٦٢هـ)، البحر الرائق شرح كنز الرقائق، دار الكتب العربية، مصر،:٢٣٥/٣.
(٥) ينظر: ابن قدامه المقدسي، المغني والشرح الكبير، المكتبة السلفية والمؤيدة المدينة المنورة: ٢٣٤/٨.
(٦) ينظر: حسن بن أحمد، الروض النفير شرح مجموعة الفقه الأكبر، مكتبة المؤيد،الطائف، ط٢,١٩٨٠م:٣٢٧/٤.
(٧) ينظر: محمد بن يوسف اطفريش،النيل والشفاء العليل،دار الفتح، بيروت،ط٢، ١٩٧٢: ٤٤٩/٧.
(٨) ينظر: شهاب الدين أحمد بن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ٢/٨.

وعرف المالكية(صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته موجباً)، تكرارها مرتين للمرة ومرة الذي رقّ[١] وتعريف المالكية للطلاق لا يختلف عنه عند الفقهاء الذي رأوا إن الطلاق رفع قيد في الحال والمال لكنهم اختلفوا معهم في شروط النية في الرجعية فقد ذهب الحنفية والحنابلة إلى أن يحل للمطلق رجعياً ان

يطأ زوجته المطلقة ما دامت في العدة وتعتبر وطأة رجعة(٢)، أما المالكية فمن خلال تعريفهم يبين لنا إنهم يشترطون النية في الرجعة إذا لا يكفي الوطء وحده دليل على الرجعة عندهم وقولهم أن حكمية معناه أن الطلاق صفة اعتبارية لأن الحدث أمر اعتباري والتطليق أمر معنوي، ومن خلال هذه التعاريف يتبين لنا إن الطلاق هو فسخ قيد النكاح حالاً ومالاً.

وذلك يكون بلفظ مخصوص ويكون الطلاق بائن تترتب عليه حل عقدة النكاح حالاً فيحرم على الزوج حق التمتع بزوجته، وإذا كان الطلاق رجعياً يترتب عليه حل عقدة النكاح في المال، أي بعد انقضاء عدة الطلاق للزوجة فيحل للزوج أن يتمتع بها، وهذا هو رأي الجمهور ومنهم الحنفية والحنابلة والأمامية والزيدية[٣] .

الطلاق في الفقه المعاصر:- قيل ان الطلاق هو رفع قيد النكاح في الحال أو المال بلفظ مشتق من مادة الطلاق او ما في معناه، وقيل- حل رابط الزوجية في الحال أو المال بلفظ مخصوص او ما يقوم مقامه، وقيل- إنهاء عقد الزواج الصحيح في الحال أو المال بالصيغة الدال عليه، فإذا أراد أمر أحد الزوجين التخلص من رابط الزوجية لأسباب تحمله على ذلك، فان كان هو الزوج فله ان يستقل بحل عقد الزوجية بعبارة أخرى تصدر منه مستندة إلى زوجته تدل على طلاقها منه ورفع القيد الذي يربطهما كأن يقول لها" أنت طالق أو زوجتي طالق"، أما إذا كانت الزوجة فلها ان ترفع أمرها الى القضاء طالبة تطليقها على زوجها للسبب الذي تستند إليه، ومتى أثبتت سبباً مشروعاً لتطليقها حكم لها القاضي بالتطليق على زوجها.

---

(١) ينظر: أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي المعروف بابن الخطاب(ت ٥٩٤هـ)، مواهب الجليل شرح منحصر عليل، مكتبة النجاح:١٨/٤.

(٢) ينظر: البحر الرائق، شرح كنز الرقائق:٢٣٥/٣،المغني والشرح الكبير: ٢٣٤/٨.

(٣) ينظر: الأحكام للشيخ الإمام محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعائي، بل السلام شرح بلوغ المراد من جمع أدلة، المتوفي سنة١١٨٢هـ ج١-٢، ص١٠٨٢.

وإذا كان الطلاق قد صدر من الزوج أو حكم به القاضي رجعياً لم تنحل به عقدة النكاح في الحال، وإنما تنحل به في المال- أي إذا انقضت عدتها من غير أن يراجعها مطلقها في أثنائها، أما إذا كان الطلاق بائناً فإن عقدة النكاح تنحل في الحال أي من حيث صدور الطلاق بحيث لا تحل المطلقة لمطلقها إلّا بعقد ومهر جديدين- أي بالتراضي فيما بينهما إذا كان الطلاق بائناً ببينونة صغرى[١].

الطلاق في القانون :- عرفت المادة الرابعة والثلاثون... (الفقرة الأولى) ما قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم(١٨٨) لسنة(١٩٥٩) ان الطلاق هو:- (رفع الزواج بإيقاع من الزوج أو الزوجة إن وكلت به او فوضت أومن القاضي، لا يقع الطلاق إلا بالصيغة المخصصة له شرعاً)[٢] .

والمراد من اللفظ المخصص: ما دل على الإطلاق من الألفاظ الصريحة والكنائية ولا يلزم من هذا اللفظ المخصوص ان يكون منطوقاً به، وإنما يشمل ذلك كل ما يفيد معناه من إشارة او كتابة كما في حالة الأخرس وبهذا يخرج الفسخ، لان الفسخ لا يكون بصيغة مخصوصة رغم انه يحل رابط الزوجية في الحال فكما يقع هذا الطلاق من الزوج فإنه يقع من الزوجة أيضاً في صورتين:-

الأولى:- التوكيل وذلك بان يوكلها الزوج في طلاق نفسها.

الثانية:- بالتفويض وهو أن يملك الزوج زوجته حق تطليق نفسها، ولكن صورة صيغة أو لفظ الطلاق[٣].

ومن خلال هذه التعاريف تبين ان بعضهم يشترط النية من الرجعة إذا لا يكفي الوطء وحده دليل على الرجعية عندهم وبعضهم يقولون صفة حكيمة وبعضهم صفة اعتيادية لان العدة أمر اعتباري والتطليق أمر معنوي يتبع الى لفظ يدل عليه، وهذا الكلام يبين لنا ان الطلاق صفة حكيمة اي يتوقف على اللفظ لا مجرد انعقاد الرغبة من غير تلفظ [٤].

---

(١) ينظر:م: أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية، الجزء الأول ص١٢٣.

(٢) ينظر: د.أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية،المكتبة القانونية، بغداد- المتنبي، ط٢: ١٢٧/١.

(٣) ينظر: الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية،١٢٨.

(٤) ينظر: د.أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، مكتبة الفلاح، الكويت(١٤٠٥هـ -١٩٨٥م)، ط٣، ٣١/٢.

الفرع الثاني

شروط الطلاق:- ليس كل طلاق يوقعه الزوج يكون منتجاً لإثارة الشرعية بل هنالك عدة شروط يجب توفرها في المطلق(الزوج) الذي يوقع الطلاق، كما يجب توفر عدة شروط أخرى متعلقة بالمطلقة(الزوجة) التي يقع عليها الطلاق، حتى يكون الطلاق صحيحاً وتترتب عليه آثار الشرعية وعلى النحو التالي:-

أولاً :- الشروط المتعلقة بالمطلق(الزوج) :- اتفق الفقهاء في الشريعة الإسلامية على وجوب توفر الشروط الآتية المتعلقة بالمطلق الذي يجوز له أن يطلق وان طلاقه يقع.

١- أن يكون زوجاً:- أي إن بينه وبين من يريد تطليقها عقد زواج صحيح، فلو قال قبل ان يتزوجها- إذا تزوجت فلانة فهي طالق فلا عبرة نقوله ولا يعتد به لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم)(لا نذر لابن آدم فيما لا يملك، ولا عتق له فيما لا يملك، ولا طلاق له فيما لا يملك)[١].

٢- أن يكون بالغاً:- وقد ذهب جمهور الفقهاء الى عدم وقوع طلاق الصغير مميزاً كان أو غير مميز، لأن الطلاق ضرر محض، فلا يملكه الصغير، وكذلك لا يملكه وليه- لحديث عائشة أن الرسول (صلى الله عليه وسلم) قال(رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق). إلا ان الحنابلة يفرقون بين الصبي الذي لا يعقل معنى الطلاق، والصبي الذي يعقل معنى الطلاق، ففي الصبي الذي لا يعقل الطلاق اتفقوا مع الجمهور بعدم طلاقه، أما الصبي الذي يعقل معنى الطلاق ويدرك أنه سبب لحرمة زوجته عليه فذهبوا الى وقوع طلاقه، واستدلوا بقوله (صلى الله عليه وسلم)(إن الطلاق لمن أخذ بالسياق)، إلا إن ابن الهيثم من الحنفية ردّ على هذا الرأي بقوله(لم يكن عقل الصبي العاقل لأنه لم يبلغ الاعتدال... ولو فرض لبعض الصبيان المراهقين عقل جيد فلا يعتبر، لان المدار صار البلوغ لانضباطه فتطلق به الأحكام وكون البعض له ذلك لا يبني الفقه باعتباره لان هانما يتعلق بالمضان الكلية)[٢] .

٣- العقل :- اشترط الفقهاء في المطلق أن يكون عاقلاً- يقول صاحب القدير" إن التصرفات لا تنفذ إلا لمن له أهلية التصرف وأدناها العقل والبلوغ"[٣]، فلا يصح طلاق المجنون والمعتوه وقد ذهب الفقهاء إلى إن ناقص الأهلية وعديم الاهلية ، كلاهما لا يعتد بتصرفاتهما، وبالآتي لا يصح طلاقهما: واستدلوا بقوله (صلى الله عليه وسلم)(كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله)[٤].

---

(١) ينظر الجامع الصحيح سنن الترمذي، (رقم الحديث١١٨١، ص(٣٤٣-٣٤٤)، وسنن إبن داود شرح عون المعبود، رقم الحديث٢١٩٠، ٢٩٢/٤.
(٢) ينظر:.محمد حظر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، ص٢١٦.
(٣) ينظر:م.أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية،ج١، ص١٤٨.
(٤) ينظر: د. محمد خضر قادر، دور الإدارة في أحكام الزواج والطلاق والوصية،ص٢١٧.

٤- أن يكون المطلق مختاراً:- كون المطلق مختاراً في إيقاع الطلاق قصد أن لا يكون مكرهاً عليه- أي أن أمراً أكرهه على إيقاع الطلاق، الإكراه يفسد الرضا والاختيار فلا يقع طلاق من فسد اختياره وانعدم رضاه، فقد اختلف الفقهاء في إيقاع طلاق المكره، فذهب رأي إلى عدم وقوع طلاق المكره، فذهب رأي آخر إلى وقوع طلاقه، ولكل من الرأيين أسانيده.

القائلون بعدم يوم وقوع طلاق المكره- الشافعية والمالكية والحنابلة ومعهم الجعفرية والزيدية والظاهرية استدلوا بقوله (صلى الله عليه وسلم)((وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)) وقال عليه الصلاة والسلام((لا طلاق ولا عتاق في إغلاق)) وفسر العلماء الإغلاق بالإكراه، كما روي عن ابن عباس أنه قال(طلاق السكران والمستكره غير جائز) هذا بالإضافة إلى التصرف الشرعي إنما يعتبر شرعاً بالاختيار.

القائلون بوقوع طلاق المكره- وهم الأحناف- يقولون طلاق المكره هو طلاق صادر من مكلف في محل يملكه، فينفذ غير المكره والمكره عنده اختيار إذا اختار حاجته إلى التخلص مما أكره عليه [١])، والكاساني في البدائع يقول (كون الزوج طائعاً ليست بشرط عند أصحابنا) والسرخسي يقول(خلع المكره وطلاقه جائز عندنا)، لأن أحكام الطلاق لم تفرق بين طلاق المكره وطلاق الطائع[٢] .

٥- أن يكون المطلق قاصداً الطلاق:- قصد الطلاق هنا- نية الطلاق،لأن نية الطلاق المجردة من لفظ الطلاق- أي النية الحبيسة- لا يقع بها شيء، قال بعض الفقهاء ان الطلاق يقع بالنية واستدل بقوله عز وجل(إن تبدوا ما في أنفسكم أو تخفوه يحاسبكم به الله)(٣) والرسول (صلى الله عليه وسلم) قال(إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى) هذا بالإضافة إلى إن من اصر في نفسه على معصية فهو فاسق وإن لم يفعلها .

وقال بعض الفقهاء بعدم وقوع الطلاق بالنية المجردة عن اللفظ، فقد روي عن أبي هريرة أنه قال قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم)(أن الله تجاوز عن أمتي ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تتكلم) هذا بالإضافة إلى إن الطلاق تصرف يزيل الملك، فلم يحصل بالنية كالبيع والهبة.

---

(١) ينظر:م.أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية، الجزء الأول:ص١٤٨.

(٢) ينظر:م. أحمد نصر الجندي،شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، ص٩١.

(٣) سورة البقرة اية ٢٨٤

إذا كان القصد في الطلاق معتبراً عند بعض الفقهاء إلّا إنهم اختلفوا في طلاق الهازل،فقال رأي بوقوعه إذ يقول الكاساني كون المطلق جاداً في الطلاق ليس بشرط[١]، فيقع طلاق الهاز واللاعب قضاء وديانه، وهو الذي ينطلق باللفظ عن قصد على سبيل اللهو عالماً بما يقول غير مريده معناه ولا ما يترتب عليه من آثار، فقد قال الرسول(صلى الله عليه وسلم)(ثلاثة جدهن جد وهزلهن هزل جد النكاح والطلاق والعتاق) وفي

حديث الرجعة بدل العتاق، وقال عليه الصلاة والسلام((أن من لعب بطلاق أو عتاب لزمه)) وهذا هو رأي جمهور الفقهاء[٢]، حيث إن الهازل مكلف فبقع طلاقه، ولو قلنا بعدم وقوع طلاقه لتعطلت الأحكام إذ يستطيع كل مطلق أن يحتج بالهزل، وهذا يؤدي إلى الفوضى في الأحكام وهذا الرأي هو الأصوب.

وقال رأي بعدم وقوع طلاق الهازل لأن الله تعالى قال(وإن عزموا الطلاق)) فالآية دلت على اعتبار العزم والهازل لا عزم منه، هذا فضلاً عن إن الهازل غير قاصد إيقاع الطلاق[٣].

ثانياً:- الشروط المتعلقة بالمطلقة (الزوجة)

يشترط في المطلقة التي يقع عليها الطلاق عدة شروط :

١- أن تكون زوجة للمطلق حقيقة وبنكاح صحيح لأن الزوجة حال قيام الزوجية تكون أهلاً للطلاق فيقع عليها بعد الدخول وتعتد المرأة بعد طلاقها ولا يجوز ان يوقع الزوج عليها الطلاق وهي أثناء العدة من الطلاق لأن المطلقة الرجعية هي بحكم الزوجة وكذلك المطلقة طلاقاً بائناً.

٢- يشترط ان تكون في طهر لم يمسها الزوج فيه- حيث قال الرازي في تفسير الآية الأولى من (سورة الطلاق)(يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن)حيث قال بالحرف أنه((الطهر باجماع الأمة)) فالطلاق حال الطهر لازم وأن يكون في الدخول بها غير الايئسة والحامل... وهنالك دليل لقول الرسول الكريم (صلى الله عليه وسلم) لابن عمر ((فيطلقها طاهرة قبل أن يمسها فتلك لعدة كما أمر الله بها))... وهو شرط لازم.

---

(١) ينظر: المستشار أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية، الجزء الأول:ص١٥٠.

(٢) ينظر:د.عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية:ص١٨٠.

(٣) ينظر: م. أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية، ص١٥٥٠.

٣- أن يكون الطلاق في الحيضة التي تسبق الطهر الذي يطلق فيه، لأن النبي(صلى الله عليه وسلم) أمر أمته أن ينتظر المطلق زوجته حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر))[١]، وعلى الزوج المطلق أن يعين المطلقة بالإشارة أو الصفة أو النية، فإن عين بأي منها وقع عليها الطلاق اتفاقاً، كأن يقول لزوجته التي اسمها(ذيان)

مشيراً إليها قاصداً طلاقها (يا ذيان) أنت طالق،وكذلك لو أشار إلى واحدة من نسائه دون أن يصفها بوصف ولم ينو غيرها يقع الطلاق اتفاقاً[٢].

أما من لا يقع طلاقها:- فهنالك بعض الحالات التي لا يقع فيها طلاق الزوجة وهي(٣) :-

١- إذا كانت معتدة من طلاق بائن ببينونة كبرى وإذا كانت معتدة من فسخ بسبب عدم الكفاءة أو نقصان المهر، فإذا فسخ الزواج ثم طلقها الزوج في أثناء العدة فلا يقع هنا الطلاق.

٢- لا يقع طلاق الأجنبية(غير المدخول بها) لقول الرسول (صلى الله عليه وسلم)(لا طلاق إلا من بعد نكاح) وإذا تعلق الطلاق على الأجنبيات بشرط تزويج لقوله (إذا نكحت فلانة فهي طالق) فهنا لا يقع طلاق

٣- لا يقع طلاق الائسة وكذلك الحامل حتى تضع المولود.

---

(١) ينظر: محمد جواد مغنية،الفقه على المذاهب الخمسة، الطبعة السادسة، مطبعة دار العلم للملايين- بيروت- ١٩٤٦م، ص٤١١.

(٢) ينظر: دور الإدارة في أحكام الزوج والطلاق والوصية، ص٢١٨.

(٣) ينظر: ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني: ص٦٣.

المطلب الثاني

حكم الطلاق والحكمة منه

الفرع الأول

حكم الطلاق :- اختلف الفقهاء في استعمال الرجل حقه في إيقاع الطلاق فقد ذهب منهم إن الأصل في الطلاق الإباحة واستدلوا على ذلك بآيات القرآن الكريم للفظ الطلاق من غير تقيد قال تعالى(يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا إن يأتين بفاحشة بينة وتلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً)[١]، وأيضاً قال تعالى(لا جناح عليكم أن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضةً ومتعوهن على الموسع قدرة وعلى المقتدر قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين)[٢]، وهذا ما ذهب إليه الفقهاء واعتبروه تصرفاً مباحاً، ومن أدلته السنة النبوية، ما روى عن أنس (رضي الله عنه)أن النبي(صلى الله عليه وسلم) طلق حفصة ثم راجعها وهذا الدليل يبين لنا أن فعل الطلاق مباح وذلك لأنه (صلى الله عليه وسلم) معصوم لا يقدم على عمل محظور عمداً فإقدامه على طلاق حفصة، دليل على إباحته، وان نفي الإثم ورفع الحرج في الآية الثانية دليل على الإباحة، وذهب فريق آخر إلى إن الأصل في الطلاق الحظر وانه مباح للضرورة واستدلوا على ذلك بالكتب والسنة منها[٣]، قوله تعالى(فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً أن الله كان علياً كبيراً)[٤] ،والطلاق دون حاجة يعني ظلم وعدوان، واستدلوا أيضاً بقوله تعالى (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون)[٥]، فقد جعل الزواج نعمة من الله تعالى على عباده، وكفر ان النعمة حرام فلا إلا عند الضرورة.

ومن السنة النبوية ما روي عن الرسول (صلى الله عليه وسلم) أحاديث تدل على أن الطلاق دون مبرر عمل غير شرعي جائز،منها عن ثوبان (رضي الله عنه) من الرسول (صلى الله عليه وسلم)أنه قال (أينما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بئس فحرم عليها رائحة الجنة)[٦].

---

(١) سورة الطلاق: ١.

(٢) سورة البقرة: ٢٣٦.

(٣) ينظر ألعابدي، مدى حرية الزوجين في الطلاق، ط٢، دار الفكر :٨٠/١.

(٤) سورة النساء :٣٤.

(٥) سورة الروم :٢١.

(٦) ينظر:جميل إبراهيم حبيب،مسند الإمام الأعظم أبو حنيفة، مكتبة الشرف الجديد- بغداد،١٩٨٩.

هذه أدلة الطرف الثاني وممن ذهب إلى أن الأصل في الطلاق الحظر، الإمام الكاساني حيث يقول في بدائعه أن النكاح عقد مصلحة لكونه وسيلة إلى مصالح الدين والدنيا، والطلاق إبطاله وأطال المصلحة مقيدة قال تعالى(والله لا يحب الفساد)[١]، وهذا معنى الكراهية الشرعية والله لا يحبه ولا يرضاه[٢]، ومن خلال ما تقدم

أن الطلاق من غير ما بئس غير مباح يجب أن يكون هنالك سبب يدعو إليه فالطلاق من دون مبرر عمل غير جائز.

الفرع الثاني

الحكمة من الطلاق:- إن الحكمة من الطلاق قيل عنه الكثير ولكنها إن نظرنا إلى أخلاقيات الناس وطبائعهم نفهم طباع الناس متباينة وإن تشابهت في بعض الأحيان، إلا إنها تظل متباينة لأن لكل إنسان طبيعته الخاصة و أخلاقياته التي يمتاز بها ولكي تقترب تلك الطباع وتلتقي فيما بينها يجب أن يكون هنالك من الوسائل ما يقرب ويوائم بين تلك الطباع تلك الوسائل عقد الزواج الذي هو عقد ليس ككل العقود وإنما هو عقد آخر من حيث طبيعة المحل والحقوق والالتزامات المترتبة عليه ومن حيث الغاية المتوخاة في إنشائها[٣].

ولهذا جعل القرآن الكريم الأساس الذي يقوم عليه هذا العقد للتقرب بين طبائع الرجل والمرأة اللذان هما طرفا العقد هو المحبة والمودة إذ هي التي تبقي الحياة الزوجية صالحة...

قال تعالى(ومن آياته خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون)[٤]، فان لم تكن هناك مودة ومحبة تنافرت الطباع وساءت العلاقة بين الزوجين ففي هذه الأثناء جعل التشريع الإسلامي وسائل عدة لكي تقارب النفوس وتعيد المودة والمحبة من جديد وهذه الوسائل هي الإصلاح لما كان وتحويل ما أعوج فيبدأ أول ما يبدأ بالوعظ ومن ثم الهجر في المجتمع وهذه الوسيلة مهمة وبعدها تبين الوسيلتين إذا لم تنفعها في رد الحياة إلى مجاريها تأتي وسيلة أخرى هي الضرب غي المبرح ومن ثم إذا ما بلغ الشقاق سعته وجب أن يبعث من أهل الطرفين والزوجة والزوج حكمين تكون نيتهم الإخلاص في الإصلاح ما استطاعا غلى ذلك السبيل.

---

(١)سورة البقرة :٢٠٥.

(٢) ينظر: نظام الدين عبد الحميد، أحكام انحلال الزواج في الفقه الإسلامي والقانون العراقي، بغداد، ١٩٨٩.

(٣) ينظر: د.مصطفى الزلمي،مدى سلطان الإرادة والحياة،ط١، مطبعة العاني- بغداد، ١٩٨٤م- ١٤٠٤هـ :١٨٤٨٠.

(٤) سورة الروم: ٢١.

قال تعالى(والّلاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن)[١]، وان فشلت تلك الوسائل والمحاولات دل ذلك على أن الأمر قد استحكم وأغلق الباب دون رجعة ،فأباح الطلاق[٢].

(١) سورة النساء: ٣٤-٣٥.

(٢) ينظر: مدى السلطان الإرادة والحياة: ٢٣٩/١.

المبحث الثاني

أشخاص لا يقع طلاقهم قراءة شرعية قانونية

المبحث الثاني

الأشخاص الذين لا يقع طلاقهم

القانون العراقي اعتبر القصد في إيقاع الطلاق عنصراً من عناصر صحة الطلاق، ولذلك نص على عدم وقوع طلاق بعض الأشخاص باعتبار انتفاء القصد عندهم عند إيقاعهم الطلاق- وهؤلاء الأشخاص حددهم القانون في المادة(١٣٥):

١- السكران ،والمجنون، والمعتوه، والمكره ومن كان فاقد التمييز من غضب أو مصيبة مفاجئة أو كبر أو مرض.

٢- المريض في مرض الموت أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك إذا مات في ذلك المرض أو تلك الحالة وترثه زوجته، والقانون إذا لم يعتد بطلاق هؤلاء- فقد اعتبر الطلاق الصادر منهم لغواً لا أثر له، وسوف نعرض وجهة النظر في شأن طلاق من ذكروا[١] .

أولاً:- السكران :-

وهو من غاب عقله بمسكر، حتى لم يعد يفرق بين الأشياء ولا بين الأشخاص، وقد اختلف الفقهاء في حكم السكران :

أ- فذهب فريق من العلماء إلى إن طلاقه يقع اذا كان قد سكر بمادة محرمة وهذا مذهب جمهور الحنفية.

ب- وذهب فريق آخر إلى عدم وقوع طلاقه وهذا مذهب فريق من الأحناف أبو يوسف وزفر وجمهور الشافعية والمالكية والقاهرية والجعفرية لأن السكران فاقد القدرة على التمييز فهو أسوء حالاً من النائم، لأن النائم سيستيقظ إذا أيقظه أحد، ولا ينتبه السكران إذا نبهه أحد هذا وقد كانت المحاكم في العراق ومصدر معظم الأقطار العربية تحكم بوقوع طلاق السكران ثم عادت وأخذت بالرأي الآخر، وهو الصواب والله أعلم، وروي أن عمر بن عبد العزيز أتى سكران قد طلق امرأته فردها عليه وطربه الحر[٢] .

---

(١) ينظر المستشار أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأصول الشخصية العراقي،ص٨٩.
(٢) ينظر: د.أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح الأصول الشخصية وتعديلاته، ج١، ص١٣٣

ما هو رأي الفقه فيمن سكر بطريقة محظورة؟

إذا شرب الرجل بطريقة محظورة مع علمه بأن ما شربه مسكر، ثم طلق حال سكره فان وقوع طلاقه محل خلاف عند الفقهاء، جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية يقولون بصحة طلاق من سكر بطريقة محظورة، لأن رسول الله(صلى الله عليه وسلم) قال((كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه))

والسكران ليس معتوهاً فقد سكر بمسكر محظور والصحابة رضوان الله عليهم جعلوه كالصاحي في حد القذف، وإيقاعه الطلاق هنا هو إيقاع من مكلف غير مكره صادق ملكه، فوجب إيقاعه، والكاساني يقول بعموم قول الله تعالى((الطلاق مرتان...)) وقوله تعالى((فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره)) من غير فصل بين السكران وغيره، وأبن القيم يقول " إن ترتب الفراق على التطليق من باب ربط الأحكام بأسبابها، فلا يؤثر فيه السكر".

وقال رأي الكرخي والصحاوي من فقهاء الأحناف، وأبن تيمية بعدم وقوع طلاق السكران مطلقاً- ولو كان سكره بطريقة محظور- لأن الله تعالى قال "يا أيها اللذين أمنوا لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون" فقول السكران بنص الآية غير معتبر، وقد أعتبر الصحابة طلاق السكران غير واقع- هذا بالإضافة إلى أن أخذ السكران بجرائمه لا يعني إلزامه بطلاقه، لأن الشارع جعل عقوبة السكران حد شرب الخمر، فلا يجوز معاقبته بعقوبة أخرى في إيقاع الطلاق عليه[١] .

ثانياً:- المكره :-

إذا طلق رجل زوجته مرغماً مكرهاً تحت تهديد غيره فإن لم يفعل نفذ به المكره ما يهدد به من العقوبة، فجمهور الفقهاء على عدم وقوع هذا الطلاق لانتفاء إرادة المطلق في إيقاع الطلاق فهو ما نطق بالطلاق إلا ليدفع الأذى عن نفسه ولقوله(صلى الله عليه وسلم)"رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"[٢]، ولقوله "لا طلاق ولا إعتاق في إغلاق" وهذا ما عليه جمهور الفقهاء والقانون العراقي(٤)، وقد اختلف الفقهاء في وقوع طلاقه على رأيين كما يلي:-

---

(١) ينظر: المستشار أحمد نصر الجندي،موسوعة الأحوال الشخصية، الجزء الأول، ص٢٨٢.

(٢) ينظر: د.محمود سمارة، أحكام وآثار الزوجية ، ص٢٨٢.

(٣) د.محمد سعد ألمعيني، الإكراه وأثره في التصرفات الشرعية، ص٢٨٢.

(٤) ينظر: د.أحمد الكبيسي، شرح الأحوال الشخصية، الجزء الأول، ص١٣٤.

الرأي الأول:- لا يقع طلاق المكره، وهو مذهب جمهور الفقهاء وهم مالك الشافعي وأحمد وهو مذهب الأمامية والسبب في عدم الوقوع أن المكره على الطلاق وإن أتى باللفظ المقتضى للطلاق غلا أنه خير قاصد الطلاق، وإنما قصد درء الأذى عن نفسه ، وقد قال تعالى: ((من كفر بالله من بعد أيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ولكن من شرح بالكفر صدر فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم))[١].

ووجه الاستدلال بهذه الآية أن الله وضع عن الناس الكفر إذا نطقت به ألسنتهم وكانت قلوبهم عامرة بالإيمان.. وكذلك استدلوا بقوله(صلى الله عليه وسلم)(أن الله تجاوز لأمتي عما توسوس به صدورها ما لم تحمل به أو تتكلم به وما استكرهوا عليه)، ويقول ابن عباس فيمن يكرهه اللصوص فيطلق"ليس بشيء" ويقول أيضا ليس لمستكره ولا مجنون طلاق، لأن الإكراه بغير حق يفيد الاختيار الذي به يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل لأنه نختار في التكلم بالطلاق[٢].

الرأي الثاني :- يقول الأحناف إن الطلاق المكره- بفتح الراء- واقع ، ويعللون لرأيهم بأن المكره- بفتح الراء- قصد إيقاع الطلاق على زوجته حال أهليته، لأنه عرف الشرّين- وهما الهلاك أو الطلاق- فاختيار أهون الشرّين آية قصده واختياره، وكل ما قصد إيقاعه من الآمرين، لا يخلو فعله عن حكمة- كما هو الحال الطائع، إذ العلة فيه رفع الحاجة وهي موجودة في المكره- بفتح الراء- لحاجته إلى التخلص مما توعد به من قتل أو جرح مثلاً، إلا انه غير راضي بالحكم، فيقع الطلاق، ولا تأثير لهذا في نفس الحكم، كما في الهازل الذي قال فيه رسول الله(صلى الله عليه وسلم)(ثلاث جدهن جد وهزلهن جد، النكاح والطلاق والعتاق)، والهازل لم يقصد إيقاع الطلاق، فكان ذلك خير دليل على أن الرسول (صلى الله عليه وسلم)، أعتبر مجرد التلفظ بالطلاق قصداً، من غير اعتبار معناه موقعاً للطلاق، المكره يقاس على الهازل لأن المكره قصد النطق ولم يرد المعنى فيقع طلاقه.

ويطبق الأحناف تأييداً لقولهم بوقوع طلاق المكره حديث حذيفة وأبيه حين حلفهما المشركون، فقال لهما (صلى الله عليه وسلم): نفى لهم بعدهم ونستعين بالله عليهم، فتبين أن اليمين طوعاً وكرهاً سواء، فعلم ألا تأثير للإكراه في نفي الحكم المتعلق بمجرد اللفظ عن اختيار[٤] .

---

(١) ينظر:د.أحمد الكبيسي، شرح الأحوال الشخصية، الجزء الأول، ص١٣٤.

(٢)ينظر: سورة النحل/١٠٦ وأنظر بداية المجتهد ٨٢/٣.

(٣) ينظر:د.عبد الستار حامد، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامية، ص٧-٨.

(٤) ينظر: د.أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية، الجزء الأول، ص١٥٤.

ثالثاً:- المجنون والمعتوه :-

هو من اختلت قوة التمييز بين الأمور الحسنة والقبيحة المدركة للعواقب بحيث يمتنع جريان الأقوال والأفعال على نهج العقل إلا نادراً[١] .

والمجنون نوعان :أصلي وطارئ: والأصلي أن يبلغ الإنسان مجنوناً، والطارئ أن يبلغ عاقلاً، ثم يطرأ عليه الجنون، لسبب من الأسباب، وكل منهما، أما ممتد أو غير ممتد.

والمجنون بنوعيه لا يسقط أهلية الوجوب لأنها ثابتة بالحياة، إلا إن أثره ينصب على أهلية الأداء فيعدمها لأنها ثابتة بالتمييز والعقل وقد زال بالجنون، ويلتحق المجنون بالصبي غير المميز في تصرفاته فلا تشغل ذمة المجنون بالعبادة، إذا كان جنونه ممتداً، لعدم قدرته على الأداء، وللحرج عليه بعد الإفاقة في القضاء أما إذا كان المجنون غير ممتد فانه وان لم يكن الأداء ممكناً في الحال، إلا أنه ممكن بعد إفاقته من الجنون على سبيل القضاء، لان العقل مما يقدر عليه لقلته، لأن المجنون الممتد يقدر يفوت يوم وليلة بالنسبة للصلاة، وباستغراق الشهر بالنسبة للصيام، وما دون ذلك لا يشق على الإنسان قضاؤه[٢]، وحسب القانون العراقي فإن جميع تصرفات الأول باطلة، أما الثاني فإن تصرفاته حال إفاقته كتصرفات العقلاء[٣].

رابعاً:- فاقداً التمييز : ومنه الغضبان

وهو الذي لا يتصور ما يقول ولا يدري ما يصدر عنه... [٤]

إذا غلب عليه الهذيان فاختلط جده بهزله لا يقع طلاقه لفقه الإدراك وخروجه عن شعوره استناداً إلى قوله (صلى الله عليه وسلم)" لا طلاق ولا عتاق في إغلاق"[٥] .

وتقدير توافر إلادلة على قيام حالة الغضب محو مما يدخل فيما لمحكمة الموضوع من سلطة في تقدير الدليل في الدعوى فلا تخضع بصدده لرقابة محكمة النقض طالما كان استخلاصها سائغاً.

---

(١) ينظر:د.أحمد نصر الجندي،موسوعة الأحوال الشخصية، الجزء الأول، ص١٥٤.

(٢) ينظر:د. محمد سعود ألمعيني، الإكراه وأثره في التصرفات الشرعية، ص١٦.

(٣) ينظر:د.أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح الأحوال الشخصية وتعديلاته، الجزء الأول،ص١٣٤.

(٤) السيد السابق،فقه السنة، المجلد الثاني،ص٢١٣.

(٤) نيل الأوطان٦/٢٦٤،إعلام الموقعين ٤/٥٠، أخرجه أبو داود، وقال الإغلاق الغضب.

ولا يكفي لبطلان طلاق الغضبان أن يكون مبعثه الغضب بل يشترط أن تصاحب حاله الغضب المؤثرة، إيقاع الطلاق حتى تنتج أثرها على إدارة المطلق[١] ، وقد قسم ابن القيم الغضب على ثلاثة درجات:

الأول:- ما يزيل العقل ويخرج صاحبه عن إدراك ما يقول وما يفعل وهذا لا يقع طلاقه بلا منازع.

الثاني:- ما يكون في بدايته بحيث لا يمنع صاحبه من تصور ما يقول ويقصده، فهذا يقع طلاقه بلا منازع.

الثالث:- أن يستحكم ويشتد به فلا يزيل عقله بالكلية، ولكن يحول بينه وبين نيته بحيث يندم على ما فرط منه إذا زال، وهذا كل نظر وقد رجح ابن عابدين عدم وقوع طلاقه في هذه الحالة[٢] .

كذلك المدهوش :-

وهو من زال عقله نتيجة الذهول بسبب الخوف ونحوه(٣)، بحيث يغلب عليه الخلل في أقواله وأفعاله ،إلّا أن قانون الأحوال الشخصية العراقي عرف المدهوش بأنه هو من اعترته حالة انفعال لا يدري فيها ما يفعل وما يقول من أثر مصيبة مفاجئة أو صدمة عصيبة أو فزع شديد[٤].

ولا يقع طلاق المدهوش لقوله (صلى الله عليه وسلم)" لا طلاق ولا عتاق في إغلاق" والإغلاق يعني الغضب أي ان يغلق على الرجل قلبه فلا يقص الكلام أو لا يعمل به[٥].

وكذلك من فقد التمييز لكبر سن أو بسبب مرض، فلا يقع طلاقهم ولا يقصد بالمرض عن مرض الموت بل كل مرض يجعل الشخص فاقد للتمييز، فإذا أطلق المريض زوجته في حال هذيان فلما أفاق أنكر أن يكون قد طلق زوجته فلا يلزمه الطلاق ويحلف أنه ما شعر بما وقع منه[٦] ،والمرجح في ذلك كله إلى أهل الخبرة والطلب.

---

(١) مستشار:د.أحمد نصر الجندي، موسوعة الأحوال الشخصية، الجزء الأول، ص١٥٨.
(٢) ينظر ، احمد محمد المملي واسماعيل امين ، الاحوال الشخصية ،ص٧٢

(٢) د.عثمان التكدوري، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص١٨٠.

(٣) ينظر:د. أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح الأحوال الشخصية،ج١، ص١٣٥.

(٤) ينظر: د.محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، ص٢٧٩.

(٥) ينظر :د.فاروق عبد الله كريم، الوسيط في شرح الأحوال الشخصية العراقي، ص٢١٧.

خامساً:- طلاق المريض بمرض الموت:

المريض هو من كان في حالة نفسية يعتقد جازماً أنه ميت أو يغلب على ظنه ذلك ويموت فعلاً فإذا طلق زوجته في هذه الحالة طلاقاً بائناً بقصد حرمانها من الميراث ومات في مرضه فهنا الزوجة ترث زوجها ما دامت في العدة،ويكون طلاقها بائناً[١] .

وبذلك فان الطلاق هنا لا يقع،أما الراجح من رأي الفقهاء هو وقوع طلاق المريض مرض الموت لقوة الأدلة الشرعية وسلامتها من النقد منها قول رسول الله(صلى الله عليه وسلم)"ثلاث جدهن جد وهزلهن جد، النكاح والطلاق والعتق" وكذلك الإجماع فقد اتفق الأئمة على وقوع طلاق المريض مرض الموت[٢] .

ولقد منع القانون العراقي وقوع طلاق المريض بمرض الموت أصلاً وبالتالي فإذا مات من ذلك المرض فإن زوجته باقية على حالها، وترثه زوجته لعدم وقوع طلاق وهذا الرأي منقول عن الحسن البصري رحمه الله الذي يقول إن هذا ليس بطلاق وهما زوجان يتوارثان إن مات الزوج من مرضه،فإذا أصح من ذلك المرض فطلاقه طلاق صحيح ولا ترث زوجته،وقد أخذ هذا الرأي مما ورد في فصل عبد الرحمن ابن عوف رضي الله عنه من أن طلق زوجته تماضر بنت اصبغ الكلبية فورثها عثمان بن عفان بعد أن مات عبد الرحمن في ذلك المرض الذي طلق زوجته فيه، وبعد:قال الشافعي في الغريم فاعتبره أشبه بالقاتل فيرد عليه مدة معادلة له بنقيض قصده[٣] ،أما عن الحنفية فقالوا ترثه في ما دامت في العدة بشرط يعتبر الزوج فاراً من ميراثها، وأن لا يكون الطلاق برضاها ، ومع انتفاء أمر هذين الشرطين لا تستحق الميراث وقال الحنابلة ترثه ما لم تتزوج، وغن خرجت من العدة، وطالت المدة، وقال المالكية ترثه وان تزوجت.

أما الأمامية فإنهم قالوا إذا طلقها مريضاً ترثه هي، سواء أكان الطلاق رجعياً، أو بائناً بشروط أربعة[٤]:-

١- أن يموت قبل أن تمضي سنة على طلاقها.

٢- أن لا تتزوج قبل موته.

٣- أن لا يبرأ من المرض الذي طلقها فيه.

٤- أن لا يكون الطلاق بطلب منها.

---

(١) ينظر:د. عبد الستار حامد،أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي،٣٢/٢.

(٢) ينظر:د. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص٣٢.

(٣) ينظر:د. أحمد الكبيسي، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي،ج١، ص١٣٥.

(٤)ينظر: محمود جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة،ج١، ص١٩٩.

وألحق المشرع بالمريض مرض الموت الشخصي الذي يقع في حالة يغلب في مثلها الهلاك كالمحكوم عليه بالإعدام وهو يقدم للتنفيذ، أو الراكب في طائرة أشرفت على السقوط، أو الراكب في سفينة أشرفت على الغرق،أو كان الشخص أسيراً لدى دولة أو جماعة اعتادت قتل الأسرى، فهؤلاء جميعاً يعاملون معاملة المريض مرض الموت وحكمهم حكمة وهو عدم وقوع طلاقهم وتوريث زوجاتهم[١] .

هذا وكما يكون الزوج فاراً بالطلاق تكون الزوجة عند الحنفية فارة أيضاً من ميراث زوجها لها إذا حدث منها ما يوجب الفرقة بينها وبين زوجها في مرض موتها، كأن ارتدت عن الإسلام، او اختارت بخيار البلوغ او الإفاقة، او اتصلت بأحد أصوله أو فروعه اتصالاً يوجب حرمة المصاهرة ويرثها زوجها إن ماتت في عدتها لأنها قصدت حرمانه من الميراث فتعامل بنقيض مقصودها،وإن مات هو في أثناء عدتها فلا ترثه لأنه أسقطت حقها بفسخ الزوجية التي هي سبب الميراث بين الزوجين.

أما الجعفرية فيرون أن الزوجة لو باشرت سبب الفرقة غير الرجعية وهي مريضة مرض الموت فأن زوجها لا يرثها بعد موتها وإنما يرثها فقط في فرقة الطلاق الرجعي[٢] .

وبقي أن نشير هنا وبناءاً على ما تقدم أن القانون العراقي خالف ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة طلاق المريض مرض الموت في إيقاعه الطلاق وتوريث المطلقة كما هو منصوص عليه في الفقرة(٢) من المادة ذاتها بقولها(لا يقع طلاق المريض في مرض الموت أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك...)[٣] .

---

(١) د.فاروق عبد الله كريم، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص٢١٨.

(٢) ينظر:د.عبد الستار حامد، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، ص٣٤.

(٣) ينظر: القاضي.حمد حسن كشكول والقاضي عباس السعدي،شرح قانون الأحوال الشخصية، ص١٣٧.

وهذا مجمل ما ورد في نص المادة(٣٥) من قانون الأحوال الشخصية العراقي من أشخاص لا يقع طلاقهم، إلا أن هنالك أشخاصاً اختلف الفقه بوقوع طلاقهم من عدمه الا ان القانون العراقي يأخذ بطلاقهم وهم :-

(الهازل، والمخطئ، والناسي)

١- طلاق الهازل:- الهزل لغة ضد الجد واصطلاحاً هو الكلام الذي لم يقصد به معناه الحقيقي او المجازي والمقصود منه هنا هو استعمال صيغة الطلاق هازلاً من غير قصد فك العصمة.

وعند الحنفية يقع طلاق الهازل لما ثبت عندهم عن رسول الله(صلى الله عليه وسلم)(ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد، النكاح والطلاق والرجعة) وعن الإمام علي (عليه السلام)(ثلاث لا لعب فيهن الطلاق والرجعة والنكاح) وقوله تعالى (ولا تتخذوا آيات الله هزوا) وعليه إن الهازل يقع طلاقه عقاباً وتغليلاً عليه لأنه يستخف بآيات الله وأحكامه وبهذا قال الحنفية والشافعية والحنابلة في قول للمالكية وخالفهم الرأي الجعفرية والظاهرية وقول للمالكية حيث لا يقع عنده طلاق الهازل[١] .

٢- طلاق الناسي :- هو من يفعل الشيء وهو غير متذكر ، لكنه اذا ذكر يتذكر

٣- طلاق المخطئ :- وهو الذي يريد أن يتكلم بكلام فيسبق لسانه الى الطلاق، كما اراد أن يقول: زوجتي مسافرة، زوجتي طالق[٢] .

والفرق بين الهازل والمخطئ، إن الأول يقصد اللفظ(صيغة الطلاق دون أثره)، أما الثاني فهو لا يقصد اللفظ ولا أثر... ويقع طلاقهم قضاءاً لا ديانة أي لو أختلف زوجان وقالت له طلقت وقال لم أقصد حكم القاضي بوقوع الطلاق لأنه يحكم على الظاهر... ولابد من ملاحظة أنه لا تقبل دعوى الخطأ لكي لا تفتح باب التحايل ، أما بينه وبين الله فيحل له البقاء مع زوجته، وطلاق المخطئ يقع عند الحنفية فقط[٣] .

---

(١) ينظر:القاضي محمد حسن كشكول وعباس السعدي،شرح قانون الأحوال الشخصية، ص١٣٥.

(٢) ينظر: احمد محمد المومني وإسماعيل أمين، الأحوال الشخصية، ص٧٥.

(٣) ينظر:القاضي محمد حسن كشكول وعباس السعدي،شرح قانون الأحوال الشخصية، ص١٣٦

الخاتمة :-

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات وبعد :-

أنعم عليَّ بإتمام هذا البحث المتواضع مسجلا في ختامه اهم النتائج التي توصلت اليها فيه وموصيا ببعض التوصيات التي ارجوا ان تفهم في معالجة الثغرات الموجودة في قانون الاصول الشخصية العراقي .

اولا: النتائج

١- إن الطلاق هو رفع قيد النكاح في الحال أو في المال يلفظ مخصوص وهو محظور إلا للضرورة، وبينا شروط المطلق والشروط العائدة للزوجة من بلوغ وعقل واختيار.

٢- وضحنا كيفية الطلاق في الفقه المعاصر وحكمه حيث اختلف الفقهاء في استعمال الرجل حقه في إيقاع الطلاق فمنهم من ذهب الى إن الأصل في الطلاق الإباحة وذهب جانب آخر من الفقه الى ان الأصل في الطلاق والحظر وأنه مباح للضرورة ولكلا الجانبين ادلته الشرعية سواء من القرآن أو السنة.

٣- وقد أشرنا إلى الحكمة منه وهو حفظ لمصلحة الزوجين،ثم وضحنا أشخاص لا يقع طلاقهم لا شرعاً ولا قانوناً ومثله السكران والمكره ومن في حكمه وبينا لأشخاص اختلف الفقهاء في ما بينهم بوقوع طلاقهم ووضحنا ما أخذ به القانون العراقي.

٤- خرجنا بنظرة واضحة على مدى صلاحية في التشريع لأحوال الإنسان في ظروفه المتغير ليتمكن من القيام بوظائفه التي أوكلها الله اليه من خلافة في الأرض عمارة لها وإسعاد بين البشرية.

ثانيا : التوصيات :

١- إن القانون العراقي خالف ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة طلاق المريض مرض الموت في عدم إيقاعه الطلاق وتوريث المطلقة كما هو منصوص عليه في الفقرة(٢) من المادة(٣)بقولها (لا يقع طلاق المريض في مرض الموت أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك....)

والقصد هو توريث زوجاته باعتبار ان طلاقهم كان بقصد حرمان الزوجة من الإرث، وعلى ذلك نرجو بإيقاع طلاقهم مع توريث زوجاتهم غراراً لما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية.

٢- إن القانون العراقي لو يورد نص خاص بعدم طلاق المخطئ والناسي والهازل وهو بذلك خالف ما ذهب اليه غالبية الفقهاء من عدم إيقاع طلاقهم ولذلك نجد الضروري تعديل المادة(٣٥) بضرورة النص على عدم طلاق هؤلاء .

وهذا آخر ما ارد إيراده في هذا البحث وأسأل الله أن يجعل عملي هذا خالصاً لوجهه الكريم، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين محمد(صلى الله عليه وسلم) وعلى آله وصحبه أجمعين.

الباحث

قائمة المصادر

- القران الكريم

الكتب :

١. أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، د.عبد الستار حامد،(ت١٤٠٦هـ)، ط١، بغداد،سنة١٩٨٦.
٢. أحكام انحلال الزواج في الفقه الإسلامي والقانون العراقي، نظام الدين عبد الحميد، بغداد،١٩٥٩.
٣. أحكام وأثار الزوجية ، محمد سمارة ، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ، ط١ ، عمان ٢٠٠٢
٤. الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي،د. أحمد الغندور، مكتبة الفلاح، الكويت،(١٤٠٥-١٩٥٥)، ط٣، ٣١/٢.
٥. الأحوال الشخصية، د. محمد أبو زهرة، مطبعة دار الفكر العربي،١٩٥٧م.
٦. الأحوال الشخصية، د.فاروق عبد الله كريم، الطبعة الثانية، ت٢٠١٥هـ.
٧. الأحوال الشخصية ،أحمد حمد المومني،الطبعة الأولى،(ت١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م)، دار المسيرة، عمان-العبدلي، ٧٥.
٨. الإكراه وأثره في التصرفات الشرعية، محمد سعود المعيني، مكتبة بسام، الطبعة الأولى، (ت١٤٠٥هـ- ١٩٨٥م٩.
٩. البحر الرائق، شرح كنز الرقائق، زين الدين نجيب(ت١٤٦٢هـ)، دار الكتب العربية، مصر،د.ت: ٢٣٥/٣.
١٠. بداية المجتهد ونهاية المقتصر، ابن رشد القرطبي، طبعة دار المعرفة ، بيروت ،ط٥ ١٩٨١.
١١. بل السلام شرح بلوغ الحرام من جمع أدلة الأحكام للشيخ الإمام محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعائي، المتوفي ١١٨٢ ج١-٢، ص١٠٨٢.
١٢. الجامع الصحيح سنن الترمذي:(رقم الحديث١١٨١،ص٣٤٤) وسنن ابن داود بشرح عون المعبود، رقم الحديث٢١٩٠: ٢٩٢/٤.
١٣. الخلاف في الفقه، محمد بن الحسن بن علي الطوسي، مطبعة تابان- إيران،ط٢، ١٣٨هـ: ٤٤٣/٢.
١٤. دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، محمد خضر قادر، المكتبة القانونية ، عمان الاردن ، ٢٠٠٩
١٥. الروض النفير شرح مجموعة الفقه الأكبر، حسن بن أحمد، مكتبة المؤيد، الضائق،ط١، ١٩٨٠م، ٣٠٧/٤.

١٦. شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي،المستشار أحمد نصر الجندي، دار الكتب القانونية –مصر المحلة الكبرى- السبع بنات،٢٠١١.
١٧. شرح قانون الأحوال الشخصية، د.عثمان التكروري، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية،عمان، ٢٠٠٤.
١٨. شرح قانون الأحوال الشخصية،القاضي محمد حسن كشكول،عباس السعدي،١٣٥.
١٩. عفة المحتاج، بشرح المنهاج، شهاب الدين أحمد بن حجر الهيشمي، (د.ت):٢/٨.
٢٠. فقه السنة، السيد سابق، الطبعة الرابعة والمجلد الثاني،دار الفكر للطباعة والنشر- بيروت- ٩١٩٥٣.
٢١. الفقه على المذاهب الخمسة، محمد جواد مغنية، دار التيار الجديد، الطبعة العاشرة،(ت١٤٢٩هـ- ٢٠٠٨م).
٢٢. القاموس المحيط، مجد بن يعقوب الفيروز أبادي، مؤسسة الرسالة، د.ت: ٢٦٧/٣.
٢٣. لسان العرب، ابن منظور، مطابع كوست توماس وشركائه، مصر، مارة(طلق) ٩٥/٢.
٢٤. مدى حرية الزوجين في الطلاق، للصابوني،ط ٢، دار الفكر:١٨٠/١.
٢٥. مدى سلطان الإرادة والحياة، د. مصطفى الزلمي، ط١، مطبعة العاني- بغداد،١٩٨٤م- ١٤٠٤هـ:١٨٤٨٠.
٢٦. مسند الإمام الأعظم أبو حنيفة، جميل إبراهيم حبيب، مكتبة الشرق الجديد- بغداد،١٩٨٧م.
٢٧. المغني والشرح الكبير، ابن قدامه المقرسي، المكتبة السلفية والمؤيد المدينة المنورة ٢٣٤/٨.
٢٨. مواهب الجليل،شرح منحصر عليل، أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي المعروف بابن الخطاب(ت٥٩٤هـ)، مكتبة النجاح: ١٧/٤.
٢٩. موسوعة الأحوال الشخصية، المستشار. احمد نصر الجندي، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٦.
٣٠. نيل الأوطار، الشوكاني محمد بن علي بن محمد: ٢٦٤/٦، إعلام الموقعين ٥٠/٤.
٣١. النيل والشفاء العليل، عمر بن يوسف أصفريين، دار الفتح، بيروت، ط٧:١٩٧٢,٤٤٩/٢.
٣٢. الوجيز في شرح الأحوال الشخصية، أحمد الكبيسي، المكتبة القانونية، بغداد- المتنبي،ط٢، ١٢٧/١.
٣٣. الانترنيت .
٣٤. القوانين
٣٥. قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩م.