

التفريق للضرر المادي والمعنوي الذي يصيب أحد الزوجين-

دراسة قانونية مقارنة بالفقه الإسلامي

مقدمة:

لا شك في أن عقد الزواج هو من أسمى العقود وأقدسها لما يتضمنه من بناء شامخ للأسرة التي هي نواة المجتمع.

ولمّا كان هذا العقد من سماته الأبدية إلا إن هذا لا يعني البقاء أو الديمومة حتى وفاة أحد الزوجين، لأن هذا العقد قد تعتبره من الأمور ما يحد من بقائه، سواء بطلاق يقع من الزوج أم بخلع يتفق عليه الزوجان كلاهما أم بفرقة يوقعها القاضي بناءً على طلب أحد الزوجين.

وما يتصل بموضوع البحث هي الفرقة الزوجية التي يوقعها القاضي، لأسبابها وإن كانت عديدة إلا إن من أهم هذه الأسباب ما يعرف بالتفريق للضرر المادي والمعنوي الذي يصيب أحد الزوجين من الآخر، لأن هذا الضرر مع بقائه يتعذر معه الاستمرار بالحياة الزوجية بعبء، بل هو قدح في صميم هذه العلاقة يولج مشاعر البغضاء تجاه الآخر لاسيما المتضرر تجاه مرتكب الفعل الضار ولمّا كان التفريق للضرر المادي والمعنوي هو محل خلاف بين الفقهاء المسلمين فيما يخص جوازه من عدمه مجيز ومانع إلا إن موقف التشريعات الوضعية، لاسيما العربية منها، يرى جواز اللجوء إليه وإن اختلفت في بيان الجهة التي صاحبة حق طلب التفريق (بين من يعطيها للزوج والزوجة معا وبين من يقصرها على الزوجة فقط على اعتبار أن الزوج يبدد العصمه، ومن ثم الطلاق).

أ.م.د. حيدر حسين كاظم الشمري

كلية القانون - جامعة كربلاء

ولا شك في أن بيان مدلول الضرر المادي أو المعنوي من الأهمية ما يستوجب البحث فيه لأن الضرر هو أمر نسبي يختلف بين الأشخاص والأزمان وكذلك بين الدول.

إن البحث في هذا الموضوع يثير تساؤلات عديدة، منها ماهية مفهوم الضرر المادي والمعنوي؟ وما هو معياره؟ وما هو وجه التمييز بين التفريق للضرر المادي والمعنوي والتفريق للخلاف؟ وما هي شروط التفريق للضرر؟

وسنحاول الإجابة في هذا البحث عن هذه التساؤلات بأسلوب مقارنة بين الفقه الإسلامي من جهة وبين القانون العراقي والمصري والأردني من جهة أخرى، مع بيان موقف التشريعات الغربية قدر الإمكان بما له صلة بموضوع البحث.

وسنركز في دراستنا، فيما يخص القانون العراقي، على الفقرة الأولى من م(٤٠) من قانون الأحوال الشخصية النافذ، ولا نشير إلى الفقرات الأربع الأخرى لهذه المادة، كونها بعيدة، برأينا، عن نطاق بحثنا وتقترب من أحوال الفرقة لأحوال أخرى للضرر غير موضوع بحثنا، وسنعالجها في بحوث قادمة.

وعلى وفق ذلك سنقسم البحث على ثلاثة مباحث أساسية، الأول نتناول فيه مفهوم الضرر

المادي والمعنوي المفضي للفرقة الزوجية، والثاني نتطرق فيه لشروط الضرر المادي والمعنوي المفضي للفرقة الزوجية، والثالث نتناول فيه أحكام دعوى التفريق للضرر المادي والمعنوي، ونردفها بخاتمة نعرض فيها أهم النتائج والمقترحات التي أمكن التوصل إليها.

المبحث الأول: مفهوم الضرر المادي والمعنوي المفضي للفرقة الزوجية

إن البحث في مفهوم الضرر المفضي للفرقة الزوجية يتطلب تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين: الأول نتناول فيه إلى ماهية الضرر المادي والمعنوي المفضي للفرقة الزوجية، والثاني نتناول فيه مشروعية التفريق للضرر المادي والمعنوي.

المطلب الأول: ماهية الضرر المفضي المادي والمعنوي للفرقة الزوجية

سنتناول هذا المطلب في فرعين: الأول، نخصصه لتعريف الضرر المفضي للفرقة الزوجية، والثاني، نتناول فيه التمييز بين الفرقة للضرر والفرقة للخلاف.

الفرع الأول: التعريف بالضرر المفضي للفرقة الزوجية

سنتناول هذا الفرع في جانبين: الأول، نشير فيه إلى المدلول اللغوي لمصطلح (ضرر)،

والثانى، نوضح فيه المدلول الاصطلاحي للضرر المفضى للفرقة الزوجية.

أولاً: المدلول اللغوي لمصطلح (ضرر):

اتفقت معاجم اللغة العربية على أن كلمة ضرر تعني نقيض النفع أو بمعنى الأذى. فالضرر، لغة: ضد النفع، ويطلق على سوء الحال، والفقر، والشدة في البدن والمرض، وبالفتح: مصدر، وبالضم: اسم ضرره، وبه وأضره وضاره مضارة وضاراً، والضرارواء: القحط والشدة الضرر وسوء الحال، كالضرر والتضررة والتضرع للنقصان يدخل في الشيء، والضرء: الزمانة، والشدة، والنقص في الأموال، والأنفس كالضررة والضرارة.

جاء في لسان العرب "الضرر والضر لغتان ضد النفع والضرر المضى والضرر الاسم وقيل: هما لغتان كالشهد والشهد، فإذا اجتمعت بين الضر والنفع فتحت الضاد وإذا أفردت الضر ضمت الضاد وإذا لم تجعله مصدراً لقولك ضررت ضرراً هكذا استعملته العرب... والمضرة خلاف المنفعة وضره يضره ضرا وضر به وأضر به وضاره مضارة وضراراً بمعنى والاسم الضرر والضرار فعال من الضر أي لا يجاز به على إضراره بإدخال الضرر عليه، والضرر فعل الواحد والضرار

فعل الاثنين و الضرر ابتداء الفعل والضرار الجزاء عليه وقيل الضرر ماتضر به صاحبك وتتفع انت به والضرار أن تضره من غير أن تتفع وقيل: هما بمعنى وتكرارهما للتأكد...^(١).

وجاء في مختار الصحاح "الضرر وضرة المرأة لمزلت زوجها والبأساء والضراء الشدة وهما اسمان مؤنثان من غير تذكير والضر بضم الذال وسوء الحال والمضرة خلاف المنفعة والضرار المضارة ورجل ذو ضاروره وضروره أي ذو حاجة وقد اضطر إلى الشيء أي الحى إليه ورجل ضرير بين الضراره بالفتح أي ذاهب البصر والضرء المحابيح وفي الحديث {لا تضارون في رؤيته} ويفصح بقول لا تضارون بفتح التاء أي لا تضامون^(٢).

وجاء في القاموس الفقهي "ضر فلان وبه ضرا -وضرا وضررا: الحق به مكروهاً أو اذى... تضمر به أو منه: أصابه أضراره به أو منه ضرر ضار فلان مضارة وضرار: ضره...^(٣). ثانياً: المدلول الاصطلاحي للضرر المفضى للفرقة الزوجية:

إذا كانت معظم التشريعات المقارنه لم تضع تعريفاً أو مدلول واضحاً للضرر المفضى للفرقة وإنما اكتفت، كما سنرى، بإيراد بعض صور هذا الضرر على سبيل المثال لا الحصر فإن الفقه

للضرر (كالتفريق للعنة أو الغيبة)، ويعرفه بأنه ما يكون منشأه عملاً أو قولاً لأحد الزوجين أو كليهما مباشرة أو تسبب سواء كان الضرر مادياً كالضرر المترتب على عدم الاتفاق أو معنوياً كحرمان الزوجة من التمتع الجنسي بسبب غيبة الزوج أو هجره^(٦)

وعرفه آخر بأنه "إيذاء الزوج لزوجته أو الزوجة لزوجها سواء بالقول مثل القذف والسب والتشهير أو بالفعل مثل الضرب والإيذاء وعدم النفقة ويشترط في الضرر الذي يؤدي إلى التفريق القضائي أن يكون جسيماً بحيث يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، فهنا يجوز للطرف المتضرر من الزوجين طلب التفريق من القاضي وذلك هو التفريق القضائي القائم على الضرر"^(٧).

بينما يرى آخر أن الضرر المقصود في تطبيقات قانون الأحوال الشخصية هو الضرر الجسيم الذي يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية كالاكتداء على النفس والمال أو العرض أو الاعتداء الأثم على الأولاد^(٨).

و إذا كان ما ذكرناه أعلاه من تعاريف للضرر ينصرف إلى حق الزوجة في التطليق (التفريق) إلا إن هذا لا ينفي حق الزوج في ذلك حيث يثبت لكلا الزوجين حق المطالبة بالتفريق إذا

، على الصعيدين الشرعي أم القانوني جرى مجرى هذه التشريعات مكتفياً في بعضها بسرد ما يُعد من قبيل الإضرار الذي يحكم بها في التفريق. ومع ذلك فمن رجال الفقه الإسلامي المعاصرين من عرف الضرر بأنه (إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل كالشتم والتكبيح المخل بالكرامة و الضرب المبرح والحمل على فعل ما حرم الله والإعراض والهجر لغير التأديب مع إقامته في بلد واحد معها أو اخذ مالها أو ماشاكل ذلك)^(٩).

كما عرفته محكمة التمييز السني العراقية (سابقاً) بالقول إن " الضرر الذي يوجب الطلاق أن يعتمد الزوج إلى غير مكان الحرث والنسل من زوجته أو يتسبب في إصابتها بمرض الزهري أو يشتمها أو يسبها أو يولي وجهه عنها في الفراش أو يقطع كلامها ويهجر فراشها مدة طويلة بدون عذر شرعي أو يؤثر امرأة عليها (من غير زواج) أو يرتكب منكراً يتعدى أثره عليها بحيث ينال من شرفها وكرامتها كأن يتناول الحشيش والمخدرات والمسكرات جهاراً مع جماعه من الفساق بينهم غلمان ويحكم عليه بالحبس من أجل ذلك " ^(١٠).

ويُطلق البعض تسمية الضرر الإرادي على التفريق للضرر تميزاً له عن الحالات الأخرى

التي تجيز لكلا الزوجين أو أحدهما طلب التفريق عند تحققها وذلك متى ما بلغ هذا الضرر من الجسامة ما يدعو القاضي لتقرير التفريق).

وعليه فإن صور الضرر المجيزة للتفريق عنده أهمها: سب الزوجة وسب أبيها؛ كقوله: يا بنت الملعون، ويا بنت الكافر.

وضربها غير ضرب التأديب كأن يضربها لغير سبب، أو يضربها بقصد التأديب ضرباً مبرحاً، وهجرها بترك الكلام معها أكثر من ثلاثة أيام ووطؤها في غير محل الحرت، وإكراهها على ارتكاب المحرمات، كشرب الخمر، أو إضرار رمضان، أو رؤية الأفلام الجنسية، وارتكاب الزوج الفاحشة، الأمر الذي يسئ إلى سمعتها وذويها، وشرب الزوج الخمر، أو تعاطيه المخدرات، الأمر الذي يؤثر في أخلاقه ومعاملته لزوجته^(١١).

الفرع الثاني: التمييز بين التفريق للضرر المادي والمعنوي والتفريق للشقاق (الخلاف)

الشقاق باللغة^(١٢) مصدر شاقَّ اختلاف وانقسام، خصومة وعدم اتفاق، عداوة (وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً ألقى بينهما بخور الشقاق: سعى بينهما بالنميمة) هو من أهل الشقاق: من أهل الخلاف والنزاع.

أضر به الزوج الآخر بالقول أو بالفعل بحيث لا يمكن مع ذلك الإضرار استمرار الحياة الزوجية^(١٣)، وهو تطبيقاً للقاعدة الفقهية (لا ضرر ولا ضرار) المنبثقة عن الحديث النبوي الشريف (لا ضرر ولا ضرار)، فالزوج الذي يمسك زوجته مع الضرر فهو إمساك بغير معروف نهى الشارع عنه بقوله تعالى { فإمساك } فيمنع المعروف أو تسريح بإحسان^(١٤)، فينبغي التسريح بإحسان فإن طلقها برضاها ففيها وهو المطلوب وإن أبى فيجبر على طلاقها قضاءً لقطع الضرر، فالضرر مرفوع بين المسلمين في جميع المعاملات ولا حد للضرر بل يخضع لتقرير القاضي حيث يراعي حالة الزوجين وظروفهما وبيئتهما الاجتماعية و سنوضح مدلول الضرر بشكل مفصل عند التطرق إلى شروط التطليق للضرر.

وعليه فالمقصود بالضرر هو إيذاء الزوج لزوجته بالقول، أو بالفعل كالشتم المقدح، والتفخيخ المخل بالكرامة، والضرب المبرح، والحمل على فعل ما حرم الله، والإعراض، والهجر من غير سبب يبيحه، ونحوه.

وعموماً نستطيع أن نورد تعريفاً بسيطاً وواضحاً للضرر المبيح للتفريق بأنه (كل الحالات والأوضاع، سواء القولية أم الفعلية،

فالشقاق غلبة العداوة والخلاف، وهو العداوة بين فريقين، والخلاف بين اثنين، وسمي شقاقاً وإن كل فريق من فريق العداوة قصد شقاً أي ناحية غير شق صاحبه.

وليس للشقاق تعريف خاص في اصطلاح الفقهاء غير أن المفسرين تناولوه بتعريفات تقترب من معنى (الشقاق: المنازعة)، وقيل: الشقاق: المجادلة، والمخالفة، والتعادي، وأصله من الشق، وهو الجانب فكان كل واحد من الزوجين في شق غير شق صاحبه، وقيل إن الشقاق مأخوذ من فعل ما يشق ويصعب فكان كل واحد من الزوجين يحرص على ما يشق على صاحبه فصار كل واحد منهما في شق (بالعداوة والمباينة المقصود بالشقاق هنا، أن كل واحد من الزوجين يفعل ما يشق على صاحبه، أو أن كل واحد منهما صار في شق بالعداوة والمباينة ^(١٢)، (والمعنيان متلازمان؛ لأن نتيجة فعل.) كل من الزوجين ما يشق على الآخر أن يصبح كل منهما في شق بسبب هذه العداوة ^(١٣). يلاحظ أن التشريع العراقي قد نهج على خلاف ما جرت عليه معظم التشريعات العربية من التمييز بين التفريق للضرر والتفريق للخلاف، وذلك بفصل كلا الحالتين عن بعضهما في احكام قانونية مستقلة عن لآخر يعد صدور قانون

التعديل الثاني لقانون الاحوال الشخصية النافذ لسنة ١٩٧٨ ويمكن إجمال مواضع الشبه والاختلاف في الجانبين التاليين:

اولاً: أوجه الشبه بين التفريق للضرر المادي والمعنوي والتفريق للشقاق (الخلاف)

١- حيث صاحب حق الطلب في التفريق: ففي كلا النوعين من التفريق القضائي يكون من حق كلا الزوجين طلب التفريق عند تحقق أحد أسبابه أو حالاته وهو ما اتفقت عليه معظم التشريعات العربية أو الغربية المصري الذي قصرها على الزوجة.

٢- من حيث باستثناء القانون نوع الفرقة الحاصلة: فكلا النوعين من التفريق القضائي تكون الفرقة الحاصلة بينهما هي طلاقاً بئناً بينونة صغرى باتفاق جميع التشريعات العربية.

٣- من حيث جواز الجمع بينهما في دعوى التفريق: فيمكن الجمع بينهما في دعوى واحدة بطلب فيها التفريق للضرر أو الشقاق ولكن للمحكمة أو الخصم الآخر الطلب من المدعي حصر دعواه في واحدة من تلك الأسباب ^(١٤).

٤- كلاهما من تطبيقات القاعدة الشرعية (لا ضرر ولا ضرار) وكلاهما جائزان سواء قبل الدخول أم بعده ^(١٥).

ثانياً: أوجه الاختلاف بين التفريق للضرر

المادي والمعنوي والتفريق للشقاق

١- من حيث المدلول: فالضرر، كما أوضحنا سابقاً، ينصرف نحو كل أذى مادي (قولي أو فعلي) أو معنوي (نفسي) يصدر من أحد الزوجين تجاه الآخر أو أولاده أو أقاربه بما لا تتسمج معه في الحياة الزوجية وقد يرافق هذا الضرر الحاصل قيام المسؤولية الجزائية كما في الشروع في القتل أو الضرب المبرح أو الحاق عاهة مستديمة... الخ. أما الشقاق (الخلاف) فهو كل أمر لا ينطوي تحت مدلول الإيذاء وإنما ينصرف نحو كل أمر خلقي بين الزوجين سواء تعلق الأمر بالزوجين أو أولادهما أو أقاربهما ممن لا يستطيع معه الاستمرار في الحياة الزوجية، مثال ذلك منع الزوج لزوجته من أكمال الدراسة أو رؤية أهلها أو الخلافات التي تقوم بين الزوجة وأهل زوجها أو الناس.

٢- من حيث الإجراءات: فالتفريق للضرر لا يتطلب اللجوء إلى التحكيم^(١٧) عند إقامة الدعوى وإنما يصار إلى إثبات الضرر طبقاً لإحكام القانون ومن ثم تقرر المحكمة التفريق تبعاً لإثبات الضرر من عدمه أو ترد الدعوى، بينما في التفريق للشقاق يصار إلى اختيار حكيم من أهل الزوجين وإن تعذر فتعينهما المحكمة للوقوف على وجه الخلاف وإمكانية

حله من عدمه ثم يقدمان تقريرهما وتحكم المحكمة وفق ما يراه الحكيم من إمكانية الانسجام بين الزوجين من عدمه^(١٨).

١- من حيث كيفية احتساب المهر: ففي التفريق للضرر عندما يصدر القاضي قراره في التفريق لا يلجئ إلى تنقيص المهر فإذا كان التفريق قبل الدخول تستحق الزوجة نصف المهر وتستحق كامل المهر إذا ما وقع التفريق بعد الدخول، بينما يلجأ إلى احتساب نسبة التقصير لكلا الزوجين عند الحكم في دعوى تفريق للخلاف^(١٩)، فإذا ما كان المهر المؤجل مليون دينار وكان التفريق بعد الدخول وأن نسبة تقصير الزوج ٧٠% والزوجة ٣٠% فتستحق مبلغ سبعمائة ألف دينار مهر مؤجل.

المطلب الثاني: مشروعية التفريق للضرر المادي والمعنوي

يتطلب منا البحث في هذا المطلب تقسيمه على فرعين: الأول تنطرق فيه إلى موقف الفقه الإسلامي، والثاني تنطرق فيه إلى موقف التشريعات الوضعيه.

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي

إن من الحقوق الشرعية التي أقرتها الشريعة الإسلامية للزوج على زوجته حق طاعته بالمعروف وأن من حق الزوج على زوجته أن

وله الحق عند قيام الزوج بضرب زوجته ضرباً مبرحاً تعزيره أو القصاص منه. وهذا هو رأي الحنفية والظاهرية والجعفرية ورواية لأحمد ابن حنبل ورأي آخر للشافعية^(٢١).

وكذلك يرى أصحاب هذا الاتجاه انه إذا تقادم الامر مجدداً أو استمر الزوج في معاملته السيئة أو استمر الخلاف بين الزوجين بعث القاضي إليهما محكمين ليصلحا بينهما. واشترطوا في الحكمين شروط هي (الإسلام والعدالة والحرية)، غير ان أصحاب هذا الاتجاه راوا أن مهمة الحكمين هي الإصلاح بين الزوجين ورفع أسباب الخلاف القائم بينهما إلى القاضي ولكن ليس من مهمتهما التفريق بين الزوجين^(٢٢).

وبرر الأحناف ذلك في القول بأن الحكمين عند أبي حنيفة وأصحابه هما وكيلان أحدهما عن الزوج والآخر عن الزوجة وان واجبهما الإصلاح فقط لقوله تعالى (إن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما) ولم يقل تعالى إن يريدوا تفريقاً وعليه فلا يجوز لهما إن يفرقا^(٢٣)، إما الظاهرية فقد قال ابن حزم انه ليس في الشريعة ولا شيء من السنن إن للحكمين أن يفرقا بين الزوجين^(٢٤). أما الامامية فقالوا إن مهمة الحكمين تقتصر على محاولة الإصلاح بين الزوجين وتقديم تقرير إلى القاضي ان تعذر

بؤديها إذا خالفته فيما وجب عليها طاعته شرعاً لقوله تعالى (واللاتي يخافون نشوزهن فعضوهن واهجرهن بالمضاجع)^(٢٥).

إلا إن حق للتأديب هذا ينبغي ألا يكون من القوة وإلا من حقها رفع الأمر للقاضي ليقضي ما يراه وفق مذهبه، وأمام هذه المسألة ظهر خلاف حول مدى جواز التفريق للضرر متى ما رفع الأمر للقاضي استناداً إلى القاعدة الشرعية لا ضرر ولا ضرار.

في الحقيقة إن الفقهاء المسلمين قد انقسموا بخصوص هذه المسألة على فريقين: الأول، يرى عدم جواز التفريق للضرر، والثاني، يرى أمكانية ذلك، وكل ساق في دعم رأيه حجج وأدلة وأسائيد سنتناولها تباعاً.

أولاً: القائلون بعدم جواز التفريق للضرر المادي والمعنوي

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول إن العصمة بيد الزوج وإيقاع الطلاق هو، أيضاً، بيده، ومن ثم لا يحق للقاضي، إذا ما رفعت الزوجة دعوى ضد زوجها، أن يقضي بالتفريق للإيذاء أو الضرر وإنما يقتصر دوره على نهي الزوج أو تعزيره عند إيذاء زوجته ويأمره بإصلاح حاله وعند تكرار الشكوى منه ثانية يعززه القاضي بما يردعه ويعيده إلى صوابه

جمعتهما وإن رايتما أن تفريقاً فرقتما فقالت المرأة رضيت بالكتاب والسنة بما فيه لي وعلي).

ثانياً: القائلون بجواز التفريق للضرر العادى والمعنوى

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول إن المرأة التى يؤذيها زوجها أن ترفع أمرها إلى القاضى طالبة التفريق بينها وبين زوجها وهو رأى المالكية وأحد قولى أحمد بن حنبل وقول الزيدية وأحد قولى الشافعى (٢٨).

فقد ذهب المالكية إلى إن الزوج إذا ما تعدى على زوجته بإيذاها إيذاءً غير سائغ له شرعاً ورفعت أمرها إلى القاضى وأثبتت دعواها زجره القاضى واكتفى بذلك لأن على الزوجة البقاء عند زوجها وإن عجزت الزوجة عن إثبات دعواها وتكررت شكواها وادعى كل من الزوجين إضرار الآخر به وعجز كل منهما عن إثبات ادعائه وأصبح أمر النزاع بينهما غامضاً خفياً بعث القاضى حكيمين عدلين رشدين من أهلها إن أمكن ذلك وإن تعذر من غيرهما وتكون مهمة هذين الحكمين الإصلاح بين الزوجين قدر الإمكان وإن تعذر فهممة الحكمين عندئذ تكون معرفة من المتسبب في الضرر الذى كان مدعاة للنزاع فإن تبين إن الضرر من قبل الزوج فرق بينهما وللزوجة نصف المهر

الإصلاح لأتبعهما وكيلان وليس لهما سلطة التفريق فما لم يكونا مخولين من الزوجين بالطلاق أو التفريق فليس لهما ذلك (٢٩). وقال الشافعى في أحد قولى أنه ليس للحكمين بالتفريق إلا بأذن الزوجين لأتبعهما صاحبة دون رضاه وهذا غير صحيح. وروى عن الإمام على (ع) اتبعهما وكيلان عنهما فلا يجوز لهما التفريق إلا بأتبعهما (٣٠). وقال أحمد ابن حنبل في أحد قولى إن الحكمين هما وكيلان عن الزوجين لا يملكان تفريق إلا بأتبعهما (٣١).

وإذا ما كان اتجاه هذا الرأى يذهب إلى إن الحكمين هما وكيلان لا يملكان حق التفريق إلا أنهم استندوا إلى لهذا القول بالأدلة والحجج التالية:

أ-إن القرآن الكريم قد حدد مهمة الحكمين بالإصلاح لقوله تعالى {إن يريدوا إصلاحا.....} ولم يعطهم حق التطلب.

ب-الأصل إن الطلاق يقع بيد الزوج أو من يخوله فإن لم يخول الزوج الحكمين فليس لهما ذلك.

ج-إن الطلاق هو إخراج ملك (عقد الزواج) من صاحبه دون رضاه وهذا غير صحيح.

د-روى عن الإمام على (ع) أنه بعث حكيمين وقال اتدريان ما يملكها (إن رايتما أن تجمعما

الحكم من القاضي ظاهراً أو باطناً وإن لم يرضى به الزوجان أو القاضي أو كان الحكم خلاف مذهب القاضي لعدم اشتراط موافقة الحكم لمذهب القاضي سواء كان الحكمين من جهة الزوجين أو من جهة الزوج غير إن هذا الطلاق عند المالكية يقتصر على طلقه واحده لان هذا التفريق للضرر والضرورات تقدر بقدرها^(٣١).

ورأى الزيدية إن على الحكمين بعد مخاصمة كل من الزوجين أن يجتهدا في الجمع بالتراضي بينهما فإن تعذر فالفرقة على عوض أو غيره حسب ما يريان^(٣٢).

ورأى الشافعي (في قول ثان) إن للحكمين أن يفعلوا ما يريان من الجمع أو التفريق بعوض أو بدونه لقوله تعالى {فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها} حيث لم يعتبر للقران رضاء الزوجين شرطاً^(٣٣).

ورأي احمد بن حنبل (في قول ثان) إن للحكمين أن يفعلوا ما يريان من جمع أو تفريق بعوض أو بدونه ولا يحتاجان إلى توكيل الزوجين ولا رضاهما^(٣٤).

بينما ذهب العلامة الشيخ ابن إسحاق المالكي إلى القول إن للزوجة التظليق للضرر البين ولو لم تشهد البينة على تكراره^(٣٥).

إذا كان التفريق قبل الدخول وكله إن كان بعده وإن تبين لهما إن كل واحد منهما مضر بصاحبه فرق بينهما بغرم بعض المهر ، بحيث يكون الغرم نصف المهر إن كانت الإضرار متساوية في حق كل منهما من صاحبه ويكون الغرم أكثر من نصف المهر إن كان الإضرار من الزوجة أكثر منه من الزوج وأقل من النصف إن كان إضرارها أقل (وقال المالكية: ينفذ قول الحكمين في الفرقة والاجتماع بغير توكيل الزوجين، ولا إذن منهما فيهما، بنليل ما رواه مالك، عن علي بن أبي طالب، أنه قال في الحكمين: (إليهما الفرقة بين الزوجين والجمع)^(٣٦).

فمالك بن انس يشبه الحكمين بالسلطان، والسلطان يطلق في رأيه بالضرر إذا تبين، وقد سماهما الله حكمين في قوله تعالى: {فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها}^(٣٧)، ولم يعتبر رضا الزوجين^(٣٨).

وعليه فإن أصحاب هذا الاتجاه يرون إن من حق الحكمين التفريق ولو بدون توكيل من قبل الزوجين أو من دون رضاء القاضي عند تعذر الإصلاح بخلاف أصحاب الاتجاه الأول، فالمالكية راوا إن على الحكمين الإصلاح ما استطاعا فإن تعذر ذلك حكماً بالتفريق ونفذ هذا

ودليل هذا الاتجاه هي الحجج الآتية^(٣٧):

أ-قوله تعالى {فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان}، فالإمساك مع الضرر إمساك لغير معروف نهى عنه الشارع فينبغي أن يصار إلى التسريح بإحسان فإن فرق بينهما فهذا هو الإحسان.

ب-قول الرسول (ﷺ) {لا ضرر ولا ضرار} وعليه فإن الإسلام منع الضرر والضرار في جميع معاملات العباد ومن ضمنها منع الضرر بين الزوجين.

ج-أجاز الإسلام للزوجة إذا وقع عليها ضرر من زوجها أن ترفع الدعوى للقاضي وتطلب التفريق للضرر.

الفرع الثانى: الموقف التشريعى

سنقسم هذا الفرع في جانبين: الأول، نتناول فيه موقف التشريعات الغربية، والثاني، نتناول فيه موقف التشريعات العربية.

أولاً: موقف التشريعات الغربية

إن المطلع على معظم القوانين الغربية يجد أنها لاتوافق التشريعات العربية من حيث تقسيم اسباب او حالات الطلاق او التفريق لاسيما وانها في الغالب تطبق احكام الشريعة المسيحية والتي لاتجيز الطلاق الفردي كماهو الحال بالنسبة للشريعة الاسلامية وانما اعطت لكلا الزوجين

الحق في طلب الانفصال او الطلاق عند تحقق حالات معينة .

فوفقاً للقانون الانكليزي فان هنالك مجموعة من القوانين التي لايزال معمولاً بها في انكلترا فيما يخص الاحوال الشخصية^(٣٨). وقد تعدد الامر بتنظيم الطلاق في هذه القوانين فقد اجاز قانون المرافعات الزوجية لكلا الزوجين طلب الطلاق من المحكمة إذا كان هناك سبب يبرره بحيث يتعذر معه الاستمرار في الحياة الزوجية وللمحكمة الحكم به إذا اقتنعت بأنه لاسبيل لاصلاح ما اصاب الزواج من الخلل وفي جميع الاحوال لايجوز للمحكمة ان تقضى بالطلاق مالم يقتعها المدعى بقيام سبب او اكثر من الاسباب التي حددتها م (٢/ف ١) من قانون الاحوال الزوجية وهي الزنا وسوء السلوك^(٣٩).

اما في فرنسا فقد اخذ التشريع الفرنسي الحالي بنظام الطلاق المقيد أي الذي لاينقرر إلا وفق تحقق اسباب محصورة يحددها القانون وقد نظم الطلاق بالمواد من (٢٢٩-٢٣٢) من المجموعة المدنية الفرنسية والتي حددت اسباب الطلاق بثلاث حالات هي زنا الزوجية م (٢٢٩) او زنا الزوج م (٢٣٠) والحكم على أحد الزوجين يعقوبة جنائية م (٢٣١) ولقسوه وسوء المعامله م (٢٣٢)^(٤٠).

أما القانون البابوي الصادر سنة ١٨٢٥ والمعدل في م (١٨٣٦) فلم يجيز التطلاق بل قضى بالانفصال الجسماني في احوال معينة منها الزنا وسوء المعاملة على انواعها^(٤١).
أما القانون الهولندي فقد حدد فيه م (٢٦٣) منه اسباب التطلاق وحصرها بثلاث اسباب هي: الزنا والهجر بسوء نية والاعتداء وسوء المعاملة الذي قد يعرض الزوج المجلي عليه للخطر^(٤٢).
أما في ايطاليا فقبل عام ١٩٨٣ لاسيما وفق القانون رقم ٢٦٢ في ١٦ مارس ١٩٤٢ الذي اعطى الحق للتفريق الجسماني بين الزوجين لحالات حددتها م (١٥١) من ذلك القانون وهي الزنا او الهجر المتعمد او التعدي او القسوة او بسبب تهديدات او اهانات جسيمة^(٤٣)، غير انه بعد عام ١٩٨٣ فقد تراجع المشرع الايطالي عن السماح بالطلاق تحت تأثير الكنيسة الكاثوليكية بموجب القانون الصادر في ١٩٨٣/١١/٢٧ واستعاض عن الطلاق بما يسمى حل الزواج او الغاؤه لاسباب اجتماعية كالخيانة الزوجية او الصمت او السكوت الذي يمارسه احد الزوجين او اسباب نفسية كتغير الجنس او الشذوذ الجنسي^(٤٤). إما في ألمانيا فقد

حدد قانون الأسرة الألماني الاتحادي، وهو المعمول به حالياً، اسباب الطلاق وحصرها بحالتين هما تورط احد الزوجين في ارتكاب الزنا وعدم سكوت الطرف الآخر عند ذلك وقيامه برفع دعوى وقيام احد الزوجين بانتهاج سلوكية مخلة بالاداب من شأنها ان تقضي الى انفصام رابطة الزوجية انفصاماً لا تتوقع معه امكانية استمرار الحياة الزوجية وحدد لها امثلة على سبيل التمثيل لا الحصر^(٤٥).

ثانياً: موقف التشريعات العربية

إذا ما كانت التشريعات الغربية لا تعرف مصطلح التفريق للضرر فإن التشريعات العربية، في الغالب منها عرفت هذا المصطلح انطلاقاً من تطبيقها لاحكام الشريعة الإسلامية على اختلاف مذاهب الفقه الاسلامي في مسائل الاحوال الشخصية ومنها الخلاف باختلاف انواعه.

وعلى هذا الاساس نجد ان معظم التشريعات العربية اخذت بهذا السبب وجعلته واحداً من اسباب التفريق ولكن على اختلاف في النهج واسلوب وصياغة الفكرة القانونية وفق المحاور الآتية:

١- من حيث التسمية: نجد ان غالبية هذه

العراقى بخصوص هذا الموضوع سنوردها فى حينها.

المبحث الثانى: شروط الضرر العادى والمعنوى المفضى للفرقة الزوجية

أشارت م (١/٤٠) من قانون الأحوال الشخصية العراقى النافذ رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ الى انه:

" إذا اضر احد الزوجين بالزوج الآخر أو بأولادهما ضرر يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية.... ،

وأشارت م (٦) من القانون المصرى رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩ الى انه:

"إذا ادعت الزوجة الأضرار بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما..."، وأشارت م (١٣٢) من قانون الأحوال الشخصية الأردنى رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ النافذ الى أنه" إذا ظهر نزاع وشقاق بين الزوجين فلكل منهما أن يطلب التفريق إذا ادعى إضرار الآخر به قولاً" و فعلاً...".

ومن جملة ما تقدم من النصوص أعلاه يمكن القول ان هنالك عدة شروط لابد من توافرها فى الضرر لكى يقضى بالتفريق بين الزوجين وهذه الشروط ممكن أجمالها فى ثلاث شروط هي:

١-صدوره من أحد الزوجين تجاه الآخر.

التشريعات تبنت مصطلح التفريق للشقاق أو الضرر (الشقاق) عدا التشريع العراقى الذى ميز بين التفريق للضرر م (٤٠) من (ق. الأحوال الشخصية) والتفريق للشقاق م (٤١) من (ق. الأحوال الشخصية) وأعطى لكل واحدة حكماً خاصاً بها.

٢-من حيث جواز إقامة الدعوى من قبل الزوجين: فمعظم التشريعات العربية أعطت هذا الحق لكلا الزوجين، حيث قضت هذه التشريعات على ان لكلا الزوجين ان يطلب من القضاء التفريق إذا أضر الآخر به قولاً أو فعلاً بحيث لا يمكن مع هذا الإضرار استمرار الحياة الزوجية ^(٤٦) عدا مدونة الأحوال الشخصية المغربى التى أعطت هذا الحق للزوجة فقط فى الفصل (٦) منها انطلاقاً من رأي الفقه المالكي الذى أخذ التفريق للشقاق.

٣-معظم التشريعات العربية قد اوجبت التحكيم فى اجراءات الدعوى بغية الوصول الى حقيقة امكانية استمرار العلاقة الزوجية من عدمها ما عدا التشريع العراقى الذى لم يوجب اللجوء الى التحكيم الا إذا ما ردت دعوة التفريق مجدداً فیلجأ القاضى الى التحكيم، كما سنوضح لاحقاً ^(٤٧).

٢- هنالك ملاحظات أخرى نرد على التشريعات العربية المقارنه وكذلك التشريع

٢- أن يكون الضرر جسيماً.

٣- أن يتعدى مع جسامته الضرر استمرار الحياة الزوجية.

٤- تعذر الإصلاح بين الزوجين.

وحيث إننا سبق وأن أوضحنا الشرط الأول عند الكلام عن موقف الفقه الاسلامي والتشريعات الوضعيه^(١٨)، وعليه سنقتصر دراستنا على الشروط الأخرى، وسنبحث كل منها في ثلاثة مطالب مستقلة، نتطرق في الأول الى جسامه الضرر، وفي الثاني نتناول تعذر الاستمرار في الحياة الزوجية، وفي الثالث نتطرق الى تعذر الإصلاح بين الزوجين.

المطلب الأول: جسامه الضرر

ان محور البحث ينصب حول الإيذاء. فليس كل ضرر موجب للتفريق فلا بد من توافر شروط معينة في هذا الضرر لأن الحياة الزوجية لا تكاد تخلو من بعض الهفوات التي لا تنكدها ولا تبلغ حدا الجسامه وأن كان تقدير ذلك راجعاً للقاضي.

في الحقيقة لو رجعنا الى النصوص القانونية موضوع المقارنة والبحث لوجدنا انها لم تتطرق لتعريف أو تحديد لمفهوم الضرر وان استعراض بعضها جملة من صور الضرر أوردها على سبيل المثال لا الحصر. وقد يقال

ان ذلك هو قصوراً تشريعياً إلا ان الباحث يرى أنه عين الصواب ذلك ان ايراد تعريف قانوني للضرر هو ليس من شأن المشرع أضف الى ان التطور الاجتماعي و الاقتصادي والثقافي و البيولوجي قد يجعل من فعل ما يعد ضرراً في وقت ولا يعد كذلك في وقت اخر أضف الى ذلك أن المشرع اراد ترك المجال للقضاء والفقه للتوسع في تحديد مدلول الضرر، الا أن المنصوص عليه في المذهب المالكي ان اضرار الزوج بزوجه يمثل في كل محمل إيذاء بالقول أو الفعل حيث تعد معاملة الرجل في العرف معاملة شاذة^(١٩)، فالضرر يجب ان يكون جسيماً اي يبلغ حداً من الشدة ما يؤدي الى حدوث ضرر في الزوج الآخر، ومن ثم فإن الضرر البسيط لا يعتد به، ويعتبر من قبيل الضرر الجسيم الضرب المبرح أو استعمال الآلات الجارحة أو سكب مواد كيميائية...إلخ ولا يهم ان ينصب الضرر على ذات الزوج الآخر بل يمكن أن يتعداه الى أولاده أو أحد والديه.

ولا ينصرف الضرر الى الفعل المادي بل يتعداه أيضاً الى الفعل المعنوي والذي يعد من الضرر كأتھام الزوج زوجته بالخيانة الزوجية أو الشرف أو سبها أو سب والديها أو أولادها.

الجنائي فيها للزوج حق تأديب زوجته فإذا ما استعمل هذا الحق وفق شروطه وضوابطه فإنه لا يكون معتدياً لأعتبار هذا الضرب أو التأديب استعمالاً لحق وهو سبب من أسباب الإيذاء (٥٢).

ولا يحق للزوجة طلب التفريق للضرر وكذلك لو اعتدى الزوج الآخر على زوجته ودافع الأخير باستعمال الدفاع الشرعي في حدوده فإن الزوج المتعدي لا يحق له يطلب التفريق للضرر للجواز القانوني وكون الفعلين أعلاه هما من أسباب الإيذاء، ولكن لو تجاوز الزوج صاحب الحق في استعمال حقه في التأديب أو تجاوز في استعمال حق الدفاع الشرعي فيرى الباحث هنا أن للزوج المتعدي عليه بعد أثبات الضرر طلب التفريق لأنعدام الجواز القانوني وهذا يعني أن الضرر الجسيم لكي يعتمد ينبغي أن يكون غير شرعي أو قانوني وهذا يعني أن الضرر الجسيم لكي يتحقق وينبغي عليه يجب أن يكون غير شرعي أو قانوني أي لا يرد نص قانوني أو شرعي بجوازه (٥٣).

وينبغي أن يكون هذا الضرر الجسيم عمدياً أي فيه تعد عن قصد وأدراك من الزوج تجاه زوجته الآخر، ومن ثم فإننا نستبعد كل حالات الضرر غير العمدي كالضرب أو الجرح غير العمدي

وإذا كان ما تقدم من أفعال مادية أو معنوية هي تشكل في حد ذاتها جرائم جنائية تخضع لمطالبة قانون العقوبات، ومن ثم هل يحق للزوج الآخر استعمال حقه في إقامة الشكوى الجزائية أم إقامة دعوى التفريق للضرر دون تلك الدعوى؟

في الحقيقة أن جرائم القتل أو الإيذاء العمدي أو الشروع فيها أو عبارة أنق جميع مواد الجرائم الواقعة من الأشخاص، هي تعد في الغالب فيها من الجرائم ذات الحق العام، ومن ثم يتطلب إقامة شكوى جزائية وأن صدور حكم جزائي بأدانة الزوج الآخر بالاعتداء أو الشروع بالقتل... إلخ هو يعد فريضة قانونية تعفي الزوج المتعدي عليه من أثبات الضرر كون الحكم هو حجة أمام المحكمة التي تنظر دعوى الأحوال الشخصية ولا يجوز لها معاودة بحثه ويكون هذا الفعل كافياً لتوفر الضرر يستحيل معه دوام العشرة بين أمثال الزوجين (٥٤) ولكن لو أن الشكوى الجزائية قد أغلقت بسبب صدور عفو عام أو مرور المدة الواجبة لتقادم الشكوى الجزائية أو سقوطها أو بسبب عدم كفاية الأدلة أو بسبب إقامة الدعوى المدنية أمام محكمة الأحوال الشخصية للتفريق للضرر قياماً كان المدعي أثبات الدعوى بكافة وسائل الإثبات (٥٥) ومع ذلك فإن هنالك حالات معينة أجاز القانون

بأولادها والعكس، وكذلك الحال ما إذا كان الزوج هو أرمل وله أولاد من زوجته المتوفاة ويتزوج امرأة أخرى تقوم بإيذاء أولاده وتلحق بهم ضرراً من حقه طلب التفريق للضرر وإن كانوا غير ساكنين معه في الدار لعدم اشتراط المساكنة لتحقيق الضرر، لكن المشرع العراقي، برأينا، وقع في لبس وذلك لأنه استخدم عبارة (إذا أضر) وكان من الأجدر استبدالها بعبارة (إذا أذى) وذلك لأن مدلول الضرر كما تقدم ينبع من الإيذاء لأنه يشمل ويشمل الإيذاء وعدم الإنفاق والهجر.

وكذلك يعد من قبيل الضرر الجسيم المبرر للتفريق أكره الزوج لزوجته على فعل ما هو محرم أو الاتصال بالمحرمات كممارسة لدعاره أو مجالسة الرجال والأجانب أو جعلها تشرب الخمر وكذلك أدهاء الزوج أن زوجته كانت على علاقة غير شرعية به قبل الزواج ينال من شرفها وكرامتها أو ضبط الزوج في شقة للقيام أو الدعارة لأن ذلك ينال من شرف الزوجة ويخدش كرامتها^(٥٥).

كما أن المناط من الضرر الذي يحق للزوجة أن تطلب التفريق من أجله هو حقوق الأذى بها من قبل زوجها سواء في بدنها أو عرضها، إما تعسف الزوج فلا يوجب التفريق لزوجته ما لم

بمعنى أن يكون الزوج قصده وتعده سواء كان ضرراً إيجابياً كالتعدي بالقول أو الفعل أو سلبياً في هجر الزوج لزوجته وأهانة لها ومنها الحاجة الجنسية على أن يكون ذلك بأختياره وليس قهراً عنه.

وعليه فإننا نستبعد حالات الإكراه أو الغلط التي ينعدم فيها الرضا وكذلك حالات فقدان العقل أو التميز.

ويلاحظ أن القانون العراقي قد أمتاز عن القانون الأردني والمصري بتوسيع نطاق الضرر ليشمل أيضاً الضرر الواقع على أولاد الزوج الآخر^(٥٦). وأن هذا النص جاء مطلقاً وهذا يعني أن الولد قد يكون صغيراً أو كبيراً لعدم اشتراط العمر فيه وكذلك الأمر إذا كان هذا الولد ذكراً أو أنثى أو ابناً للزوج الآخر أو أنه ابن من زوج أو زوجة أخرى فكلمة (أولادهما) الواردة في النص العراقي أعلاه تعني أولاد أحد الزوجين من فراش الزوجية أو ولد أحدهما من فراش زوج آخر، سواء في حالة الطلاق أو الوفاة، قد نكون أمام حالة امرأة أرملة ولديها أولاد وتزوجت من زوج ثانٍ لا يسيء لها أو يؤذيها بل يؤذي أو يضرب أولادهما من زوجها المتوفى والذين يعيشون في كنفهما فهنا يحق لها طلب التفريق للضرر

يتعدى أثره إليها^(٥٦).

أما القضاء المصري فعلى مدى أكثر من نصف قرن توافق على جملة من المسائل والتي اعتبرها من قبيل الضرر الذى يوجب التفريق منها: أن يعمد الزوج في غير مكان الحرث والنسل من زوجته أو يتسبب في أصابتها بمرض أو يشتمها أو يسبها أو يولي وجهه عنها في الفراش أو يقطع كلامه عنها ويهجر فراشها مدة طويلة بدون عذر أو يؤثر امرأة عليها من غير زواج أو يرتكب منكراً يتعدى أثره إليها بحيث ينال من شرفها وكرامة أسرتها كأن يتناول الحشيش أو المخدرات أو المسكرات جهاراً مع جماعة من الفساق بينهم غلمان ويحكم عليه بالحبس من أجل ذلك^(٥٧). كما وذهب القضاء في مصر الى أن للزوجة طلب الحكم بالتفريق إذا أشهر الزوج بها متهماً أيها يزول بكارتها قبل الزفاف^(٥٨).

كما واعتبر أن أحضار المدعى عليه النساء الأجنبية الى دار الزوجية بغياب زوجته وخلال وقت الدوام الرسمي والأختلاء بها بشكل مريب وبشهادة الشهود وتكرار ذلك من قبله مراراً انه دلالة على اعتدائه على قدسية الزواج ومن ثم تعذر المعاشرة الزوجية بين الطرفين^(٥٩).

وقد ذهبت رئاسة محكمة تمييز اقليم كردستان العراق في حكم لها الى انه "حيث ثبت من خلال وقائع الدعوى وشهادات شهود المدعية والدعوى الجزائية المجبوبة من محكمة جنح السليمانية ١/ ملاحظة القرار الصادر فيها بادانة (المتهم) المدعى عليه (ح.ح.ج) وفق المادة (٤١٩) من قانون العقوبات والحكم عليه بالحبس لمدة (٦) سنة اشهر بان الزوج / المدعى عليه قد اضر بزوجه المدعية (ب.ح.ج) ضرراً يتعذر معه الاستمرار في الحياة الزوجية والاستمتاع بها كما يجب وحيث اصبح من حق المدعية طلب التفريق بينهما استنادا الى احكام للمادة (١/٤٠) من قانون الاحوال الشخصية للمعدل وهذا ما قضت به محكمة الموضوع بحكمها المميز"^(٦٠).

وفي قرار لمحكمة التمييز^(٦١) اعتبرت فيه ان الضرر متحقق في حال توجيه الطعن الى الزوجة باتهامها بالخيانة الزوجية حتى وان تنازلت الزوجة عن شكواه أم محكمة التحقيق وهذا يعد ضرر وأذى لا يمكن معه استمرار الحياة الزوجية،حيث جاء في القرار ' لدى التدقيق والمداولة وجد ان الحكم المميز غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون ذلك ان الثابت من الأوراق التحقيقية المربوطة في

لها طلب الفرقة، حيث جاء في قرار محكمة الأحوال الشخصية في حي الشعب^(٣١) لم تجد المحكمة أي إعلان منشور يدعو فيه المريض الناس للتبرع له لدافع إنساني، وإنما وجدت المحكمة إن الاتفاق تم بشكل مباشر بين المدعية والمتبرع له بحضور زوجها (المدعى عليه)، فهذه القرائن تكذب واقع حال التصرف المزعم بتبرع المدعية لكليتها إلى المتبرع له (ص)، ب)، وتستدل منها المحكمة إن الدافع كان ذو طبيعة نفعيه للحصول على أموال مقابل بيع الكلى ويدخل ضمن مفهوم تجارة الأعضاء التي لم يجيزها القانون العراقي، إلا بإطار ضيق وهذا الدافع المادي تجاه التبرع من قبل المدعية قد حقق لها مورد مادي بموافقة صريحة من المدعى عليه، كما إن البيئة الشخصية، قد أثبتت إن المدعى عليه كان يطلب من المدعية الأموال لإنفاقها ويقوم ببيع الأثاث البيئية، وأنه لا ينفق على المدعية، ومن ذلك ترى المحكمة سعي المدعى عليه لدفع المدعية على بيع كليتها مقابل الحصول على منافع مالية، كما ترى المحكمة بأن قيام المدعية بهذا التصرف يعلم المدعى عليه، هو قرينة أخرى على إخلاله بواجباته تجاه زوجته، حيث أنه ملزم بالإنفاق عليها طالما الحياة الزوجية قائمة، وإن دفع المدعية

الدعوى إن المميز عليه (م) قد أقام الشكوى في شرطة السلام على زوجته المميزة (ح) متهماً إياها بالخيانة الزوجية مع الشخص (ج) وأيد المميز عليه هذا الاتهام أمام قاضي تحقيق النكاحية - الأطراف بتاريخ ٣-٥-١٩٧٩ وإن هذا الاتهام بالخيانة الزوجية للمميزة والذي يسر عرضها وشرفها يعتبر ضرراً لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما ولو إن المميز عليه قد تنازل عن شكواه وقرر قاضي التحقيق انقضاء الدعوى الجزائية وحيث إن الضرر ثابت لذا كان على المحكمة أن تحكم بالتفريق بين الزوجين وفق الفقرة ١ من المادة الأربعين من قانون الأحوال الشخصية لذا قرر نقض الحكم المميز وإعادة أوراق الدعوى إلى محكماتها للسير فيها على الوجه المتقدم على أن يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ٩ رجب سنة ١٤٠١ هـ الموافق ١٣-٥-١٩٨١) وفي قرار آخر^(٣٢) الذي جاء فيه (تعرض الزوجة للضرب المبرح الناتج عن إصابات جسيمة بعد ضرراً يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية وموجب للتفريق استناداً لأحكام المادة ١/٤٠ من قانون الأحوال الشخصية).

كما اعتبر القضاء العراقي أن اضطراب الزوجة لنوع كليها من أجل العيش ضرراً يبيح

ولتوفر الشروط القانونية في طلب المدعية على وفق أحكام الفقرة (١) من المادة (٤٠) أحوال شخصية وبالطلب قرر الحكم بالتفريق بين المدعية (س) والمدعى عليه (ص) اعتباراً من تاريخ صدور القرار في ٢٦/٤/٢٠٠٩.

ويلاحظ على القانون العراقي أنه أورد صوراً للضرر بعضها تضمنتها م (١/٤٠) من ق.أ.ش وبعضها عالجتها الفقرات الأخرى من هذه المادة. حيث أشار الشطر الأخير من م (١/٤٠) من ق.أ.ش إلى أنه (....يعتبر من قبيل الضرر ممارسة القمار من قبل الزوج في دار الزوجية أو الأمان عليه بتقرير صادر من لجنة طبييه رسميه)، وهذا النص أنفرد به القانون العراقي دون بقية القوانين العربية، مع ملاحظة ان كلمة (الزوج) الواردة في النص اعلاه تشمل كلا الزوجين لمعوم نص م (٤٠) اعلاه وشمولها لكلا الزوجين. وعليه فلو كان لعب الأقمار أو تناول المخدرات أو المسكرات خارج دار الزوجية فلا يطبق عليه النص مع ملاحظة ان ما ذكر هو على سبيل المثال للضرر لا الحصر.

كما وأن المشرع العراقي أشرط لأبناث الأمان على المخدرات أو تناول المسكرات ان يتم بموجب تقرير طبي من جهة رسمية فلا يعتد

لبيع كليتها لقاء الحصول على الأموال هو صورة من صور الضرر الذي لحق بالمدعية خصوصاً وان التصرف قد تعرض إلى حق الزوجة في الصحة والحياة والسلام التي أقرتها المواثيق والعهود الدولية بما فيها ميثاق الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، لان قطع عضو من أعضاء جسمها سيولد لها ضرراً بدنياً محققاً، لان الله سبحانه وتعالى قد خلق الإنسان في أحسن تقويم وحسن التقويم هذا قد ظهر بالخلقة التي خلق الله بها الإنسان ومن آياتها الجسد البشري الذي وفر فيه كل الأعضاء لإتمام دورة الحياة، وان إزالة أي عضو منه لا بد أن يتعدى على وظائف الجسد مما ينقص معه حسن التقويم وقلة الأداء، لذلك فان التصرف برفع الكلى بعلم وموافقة الزوج يعد دفعا منه لإلحاق الضرر بالمدعية، إذ ترى المحكمة بأن الزوج لو لم يكن قاصداً ذلك الأمر لقام بإرشاد زوجته المدعية بعدم التصرف، لأنه يضر بصحتها ويلحق بها الأذى وهو ملزم شرعاً بذلك النصح على وفق مفهوم قوامة الرجال على النساء، كما ان الضرر الذي ثبت وقوعه على المدعية يتعذر معه الاستمرار بالحياة الزوجية، لان العضو المفقود من جسد المدعية لا يمكن إعادته مما يشكل لها ضرر مادياً ومعنوياً دائماً. ومما تقدم

لغير هذه الجهة في تقديم التقرير.

وقد ذهب القضاء العراقي الى نفي الضرر في حالات معينة في العديد من قراراته، ومنها ان مجرد كون الزوج من أرباب السوابق لا يكفي لثبوت ضرر بالزوجه يستلزم التفريق مالم يتأيد بالضرب^(١٤)، وان اتهام الزوج زوجته ليلة الزفاف بعدم البكارة ثم رجوعه عن ذلك معلناً خطأه وتوهمه لا يستوجب التفريق لأكتفاء الضرر الذي أشترطته م (٤٠).

فبالنسبة للحالة الأولى (حالة الاعتداء على الحياة) حيث وفقاً لها بحق للزوج المعتدي عليه طلب التطلق لأنه يكتشف عن عذر وخيانته وأخلال في الالتزامات الناشئة عن عقد الزواج فيقرر ابن لقلق أن (أن الزيجة تنفسخ إذا كان أحد الزوجين يدبر على أفساد حياة الآخر) كما يتكلم أين العسال عن حاله ما إذا كان أحد الزوجين يعمل على إيذاء حياة الآخر ويورد في هذا الصدد كذلك أنه (إذا دبرت المرأة في حياة زوجها بأي وجه كان أو علمت أن آخرين يحرضون عن ذلك فلم تظهره له وهذا هو بحكم في حالة ما إذا كان الزوج نفسه يدبر على حياة زوجته بأي وجه كان)^(١٥).

وعموماً فإن هذا الاعتداء أما أن يقع مباشرة من قبل أحد الزوجين على الآخر وحال قيام

الحياة الزوجية أو أن يقع بتدبير أحدهما مع آخر أو بتدبير آخرين على حياة أحد الزوجين مع علم الآخر وكتمانه عن ذلك التدبير على حياة زوجته، ويكفي دائماً الاشتراك في تدبير أي اعتداء على حياة الزوج بالتحريض أو الاتفاق بالمساعدة حتى ولو لم يتم الاعتداء بالفعل^(١٦).

ولكي يكون الاعتداء موجباً للتفريق يجب أن يكون مقصوداً (عمدي) فإن كان غير مقصود منهما فلا يكون كذلك، ويجب أن يكون عن أدراك وخالي من أي عارض الأهلية والقضاء هو الذي يقرر متى تكون الوسيلة المتبعة في الاعتداء على حياة الزوج الآخر جسيمة من عدمه مع ملاحظة أنه إذا صدر حكم على أحد الزوجين بالإدانة في جريمة الشروع في قتل الزوج الآخر كان هذا دليلاً قاطعاً على توفر سبب التطلق، ولكن هذا لا يعني أنه يستند الى أفعال الاعتداء إذا ما حكم ببراءة الزوج اذ يمكن الاستناد الى أي من الأفعال الصادرة من أحد الزوجين حتى ولو صدر حكم ببراءته متى كانت الأفعال يعتبر محاوله للاعتداء على الحياة وعبرة الاعتداء على حياة الزوج الآخر أو التدبير عليها قد توجي الى أن المعتدي ينبغي أن يرنكب فعلاً يعتبر شروعا في القتل للزوج الآخر كان يحاول قتله بأي وسيلة من الوسائل

كإتهامه الزوجة على غير أساس بالسرقة أو أياها بالضرب فكل واحدة من هذه الوقائع تعد اعتداء وقد يتوافر الاعتياد على تكرار اعتدائه يمثل هذه الوقائع كالاغتداء بالضرب وإتهامها بسرقة داره^(٩١).

وقضت محكمة النقض المصرية بأنه "ومن الثابت من الأوراق الاعتداء المنسوب وقوعه من الزوج على زوجته لا يخرج عن كونه واقعة ضرب واحدة اعترف بها المجنى عليه وعلل الباعث له على ارتكابها عناد زوجته وعدم طاعتها له"^(٩٢).

أما الشرط الثاني فهو الاعتداء على الزوج الآخر أي أن يترتب على الاعتداء إيذاء جسيم وحسب ما وضعناه سابقاً بهذا الخصوص^(٩٣).

كما أن الفقه المصري يورد أمثلة لا تعدها من قبيل الضرر الذي يجيز طلب التخليق، منها هروب الزوج من الخدمة العسكرية وفسق الزوج طالما لم يظهر هذا الفسق في منزل الزوجية ولم يتعد أثره إليها، ممارسة الزوج لأعمال الشعوذة وذلك إذا كان يمارسها في غير مسكن الزوجية وبعيداً عن زوجته، كذلك مرض الزوج طالما أنه غير مريض بأمراض تناسلية أو الأمراض التي يتوفر فيها العيب المستحکم الذي لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه

إلا أنه ممكن أن يدخل تحت صورة هذا الاعتداء أي عمل من أعمال العنف من شأنه أن يعرض حياة المعتدي عليه للخطر متى كان الاعتداء مذبذباً مقصوداً، ويفسر القضاء الفرنسي كلمة (القسوة) الواردة في م (٢٣٢) من القانون المدني بأنها كل محاولة يقوم بها أحد الزوجين على حياة الآخر أو كل عمل من شأنه أن يعرض حياة هذا الأخير للخطر^(٩٤).

أما الحالة الثانية فتتمثل بالاعتداء على الاعتداء الجسيم على الزوج الآخر ويشترط للتفريق في هذه الحالة توافر شرطين: الأول، يتمثل بالاعتداء وهو أن يقع الإيذاء من أحد الزوجين على الزوج الآخر على وجه الاعتداء أي تكرار وقوعه فإذا ما وقع لمرة واحدة فلا يكفي للتخليق بل لابد من أن يتكشف أن أحد الزوجين قد جعل من إيذاء الزوج الآخر عادة معتادة له ويتكرر إيذاته، وتقرير ذلك يرجع للقاضي إذ أن تكرار الإيذاء والاعتداء عليه يكشف عن خطورة الأمر بالنسبة للحياة الزوجية فيجعلها، عند تحققها، غير محتملة الأبقاء عليها أضرباً بالطرف الآخر^(٩٥). ومن الأمثلة أيضاً اعتياد الزوج على ضرب زوجته أو اعتياده على إتهامها بامر معين بل وقد يتوافر الاعتياد على الإيذاء من تكرار وقائع مختلفة تكون كل منها أساءة

ولكن بعد زمن طويل ولكن الزوجة أقامت معه دون ضرر^(٧٢).

وذهب القضاء المصري إلى أن الإضرار الذي تعنيه المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية يشترط فيه أن يكون الزوج قد قصده وتعمده، سواء كان ضرراً إيجابياً من قبيل الإيذاء بالقول أو الفعل، أو ضرراً سلبياً يتمثل في هجر الزوج لزوجته ومنعها مما تدعو إليه الحاجة الجنسية، على أن يكون ذلك باختياره لا قهراً عنه، يؤيد ذلك أن المشرع استعمل لفظ "الإضرار" لا للضرر، كما يؤيده أن مذهب المالكية مأخذ هذا النص يبيح للزوجة طلب التفريق إذا ما ضارها الزوج بأي نوع الإيذاء التي تتمخص كلها في أن للزوج مدخلاً فيها، وإرادة محكمة في اتخاذها. والعنة النفسية (ومن باب أولى العقم) لا يمكن عدها بهذه المثابة من قبيل الإضرار في معنى المادة السادسة سالفة الإشارة لأن الحيلولة دون ممارسة الحياة الزوجية بسببها لا يد للزوج فيها بل هي تحصل رغماً عنه وبغير إرادته^(٧٣).

وأخيراً لا بد من الإشارة إلى أن الضرر يجب أن يكون محققاً أي لحق بالفعل بالمدعي (الزوج أو الزوجة) أما احتمال حصول الضرر أو توقع حدوثه فهذا الأمر لا تنهض به دعوى

التفريق القضائي، ذلك أن الضرر يجب أن يكون قد وقع فعلاً ويكلف المدعي إثباته بكافة طرق الإثبات. وأن يكون الضرر ماساً بأحد الزوجين أو أحد أولادهم الصغار وأن يكون صادراً عن المدعي عليه أو المدعي عليها وبخلاف ذلك فلا ينهض الضرر كسبب من أسباب التفريق القضائي والضرر ليس بالضرورة أن يكون مادياً فقد يكون الضرر معنوياً يمس سمعة المدعي أو شرفه. كما ويجب أن يكون الضرر معلوم وغير مجهول وعلى المدعية أو المدعي أن يبين ذلك في عريضة ادعائه وعلى المحكمة أن تسأل المدعي أو المدعية عن ماهية الضرر وكيفية حصوله، من أجل فسح المجال للطرف الآخر (المدعي عليه) من الدفاع عن نفسه حيال ما يدعيه المدعي أو المدعية. كما يجب أن يكون الضرر المدعي به جسيماً ومعيّار جسامته الضرر حصل فيه اختلاف فالبعض يذهب إلى أن معيار الجسامته هو معيار موضوعي قولمه الشخص المعتاد أي أساسه ما للزوجة من حقوق على زوجها وما عليه من واجبات قبلها بمقتضى العقد (عقد الزواج) وما للزوج من حقوق على زوجته وما عليها من واجبات قبله بمقتضى العقد أيضاً. فكل خروج من أحد الزوجين على حدود ما

الزوجية) فى القانون العراقى.

وعليه فإن ليس كل ضرر يبرر التفريق بل لابد أن يكون هذا الضرر مما يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية لأنها لا تكاد تخلو من بعض الهفوات التى لا تنكدها وعليه فإنه لى يحكم القاضى بالتطليق للضرر لابد أن تكون العشرة بين الزوجين مستحيلة بسبب الضرر ذلك أن الضرر الذى لا تكون به العشرة مستحيلة لا يحكم به بالتفريق لأنه ليس فيه مصلحة المجتمع والأسرة، ومن ثم اشتراط أن يكون الضرر بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين الزوجين أو تقتضيه مصلحة المجتمع^(٧٥).

وعليه فلو رضى أحد الزوجين الاستمرار فى الحياة الزوجية بعد وقوع الضرر من الزوج الآخر فإنه قد أسقط حقه فى طلب التفريق وقبل بالرضا وهذا الرضا قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً فلو تصالح الزوج مع زوجته التى قامت بضربه وتنازل عن الشكوى الجزائية أو العكس منها تكون أمام رضا صريح ومثلها قول الزوج للآخر عفوت عنك أو ضمناً يتكشف من الظروف مثل سكوت الزوج عن الضرر الحاصل من زوجته أو بقاءة فى المنزل أو أى ظرف آخر يستشف منه القول.

ومعيار الضرر الذى لا يستطاع معه دوام

أوجبه عليه عقد الزواج من واجبات قبل الآخر يعتبر ضرراً يخلو الطرف المتضرر حق طلب التفريق^(٧٦). و نرى أن معيار الضرر هو شخصى وليس موضوعياً يتبع الشخص المتضرر نفسه حسب عاداته وبيئته وثقافته ويبقى تقدير ذلك لقاضى الموضوع والذى يخضع كذلك لرقابة محكمة التمييز (النقض)، ذلك لأن الغاية من دعوى التفريق هو رفع الأذى عن المتضرر. وهذا الأمر متروك تقديره لقاضى الموضوع الذى يسعى إلى دراسة هذا الضرر ويحاول أن يصلح ذات اللين إضافة إلى إطلاع القاضى على تقرير الباحث الاجتماعى المختص والذى يسعى جاهدًا إلى تقريب وجهات النظر بين المتخاصمين من أجل السعى إلى إصلاحهم للرجوع عن فكرة التفريق وكل ذلك يخضع إلى رقابة محكمة التمييز الاتحادية.

المطلب الثانى: تعذر الاستمرار فى الحياة الزوجية

ورد هذا المعنى مع اختلاف فى الصياغة فى التعبير حيث وردت عبارة ((بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها (الزوجة) فى القانون المصرى وعبارة ((...لا يمكن مع هذا الأضرار استمرار الحياة الزوجية) فى القانون الأردنى وعبارة ((...يتعذر معه استمرار الحياة

المذكور اعلاه مستنداً الى سبب واقع قبله أي أجاز أن يكون الضرر الحاصل قبل السنة ولكن لا يجوز رفع الدعوى الا بعد انقضاء هذه السنة كما أنه وفق م(١/٤١) من قانون الأحوال الشخصية يحق لكل من الزوجين طلب التطليق من المحكمة إذا كان هناك سبب يبرره ويكون بحيث يتعذر معه الاستمرار في الحياة الزوجية وللمحكمة الحكم به إذا اقتنعت بأنه لا سبيل لأصلاح ما أصاب الزواج من الخلل^(٧٧).

أما سوء السلوك وفق هذا القانون فإنه يعطي للزوج الآخر إذا ما أساء زوجته إساءة لا تتحمل أو قام بعمل مشين مخالف للنظام العام والآداب العامة واستطاع المدعي أن يثبت للمحكمة بأنه لا يمكن توقع العيش مع المدعي عليه ويجوز للمحكمة الحكم بالتطليق إذا حصلت لديها القناعة اللازمة، ومعياري إصابات العيش وفق هذا القانون هو معيار موضوعي وليس شخصي يعتمد به بالعبارة في الرأي العام والرجوع الى العقل السليم للحكم بإمكان استمرار الحياة الزوجية^(٧٨).

ويرى الباحث ضرورة تحديد مدة زمنية بعد إبرام عقد الزواج لإقامة هذه الدعوى في القانون العراقي والتي نقترح تقيدها بما لا يقل عن سنة بعد إبرام عقد الزواج عند عدم الدخول وبعد

العشرة بين أمثال الزوجية معيار شخصي لا مادي وهو يختلف باختلاف بيئة وثقافة المستوى الاجتماعي للزوجين مما يعتبر ضرراً يستحيل معه العشرة في بيئة أو ثقافة أو وسط اجتماعي لا يعتبر كذلك في وسط آخر عليه فإن اعتداء الزوج على زوجته بالضرب قد يعد ضرراً يستحيل معه دوام العشرة إذا كان الزوجين ينتميان الى طبقة راقية في المجتمع وعلى قدر مرتفع من الثقافة بينما لا يعد ذلك إذا كان من طبقة دنيا اعتادت هذه المعاملة وفي كل الأحوال فإن تقدير ما يعد من الضرر الذي يستحيل معه استمرار الحياة الزوجية بين أفعال الزوجين هو من الأمور الموضوعية التي تخضع لتقدير قاضي الموضوع^(٧٩) وتخضع لتدقيق ورقابة محكمة التمييز.

ويلاحظ أنه لا يشترط في القانون العراقي والمصري والأردني إقامه الدعوى خلال مدة زمنية معينة من وقوع الضرر بل أطلقوا المدة بخلاف بعض التشريعات الغربية كالقانون الانكليزي الذي وضع قيوداً لرفع دعوى طلب الطلاق والتي حددها بما لا يقل عن سنة واحدة من تاريخ إبرام الزواج حسب م (١/٣١) من قانون الأحوال الشخصية وأن أجازت (ف٢) من ذات المادة تقديم طلب الطلاق بعد التأريخ

عدلين، خبيرين بما يطلب منهما في هذه المهمة، ويستحب أن يكونا من أهل الزوجين، حكماً من أهله وحكماً من أهلها، بنص الآية السابقة، فإن لم يكونا من أهلها، بعث القاضي رجلين أجنيين، ويستحسن أن يكونا من جيران الزوجين ممن لهما خبرة بحال الزوجين، وقدرة على الإصلاح بينهما^(٨٨).

إما بخصوص التشريعات المقارنة، فوفق القانون العراقى فإن إقامة الدعوى من قبل أحد الزوجين على الزوج الآخر وفق أحكام م (٤٠) من القانون الأحوال الشخصية موضوع البحث يدفع المحكمة التي تنظر الدعوى الى أن تقتصر في اجراءاتها على إثبات تحقق الضرر وعدم إمكانية استمرار الحياة الزوجية بين المتداعين، وإذا اقتضت بالأمر أصدرت قرارها بالتفريق بين الزوجين دون أن تمضي نحو إمكانية الإصلاح بينهما، حيث لم يوجب القانون العراقى على القاضي عرض الصلح على الزوجين بخلاف القانونين المصري والأردني مع خلاف بينهما في آلية السير في دعوى التفريق حيث أن القانون المصري رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ في م (٢/١٨) منه أوجب على القاضي قبل الحكم بالتطليق عرض الصلح على الزوجين لأنهااء النزاع صلحاً ولو لم يطلب ذلك منه أحد

سنة أشهر بعد الدخول لقطع الطريق عن بعض الأزواج الذين يريدون ان يتخلصوا من الحياة الزوجية بعد انعقادها بحجة الضرر الصادر من الزوج الآخر.

المطلب الثالث: تعذر الإصلاح بين الزوجين

اختلف الفقهاء في تفريق الحكمين بين الزوجين إذا اتفقا عليه، هل يحتاج إلى إذن من الزوج، أولاً يحتاج إليه؟ فقال الجمهور: يعمل الحكم بتوكيل من الزوج، فليس للحكمين أن يفرقا بين الزوجين إلا أن يجعل الزوج إليهما التفريق؛ لأن الأصل أن الطلاق ليس بيد أحد سوى الزوج، وأمن بوكله الزوج؛ لأن الطلاق إلى الزوج شرعاً، وبذل المال إلى الزوجة، فلا يجوز إلا بإذنها، وقال المالكية: ينفذ قول الحكمين في الفرقة والاجتماع بغير توكيل الزوجين، ولا إذن منهما فيهما، بدليل ما رواه مالك، عن علي بن أبي طالب، أنه قال في الحكمين: (إليهما الفرقة بين الزوجين والجمع) فالإمام مالك شبه الحكمين بالسلطان، والسلطان يُطلق في رأيه بالضرر إذا تبين، وقد سماهما الله حكمين في قوله تعالى: (فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها)^(٨٩)، ولم يعتبر رضا الزوجين^(٩٠).

واشترط الفقهاء في الحكمين: أن يكونا رجلين،

جلسات المحكمة لأن الحكم بالتطليق دون تدخل المحكمة بالصلح حكمها بالبطلان لتعلق الأمر بالنظام العام مع وجوب إثبات المحكمة تدخلها لإنهاء النزاع صلحاً عند تسبب حكمها والا كان مشوباً بالقصور وعرضته للنقض^(٨٣).

وإذا كان اتجاه المشروع المصري يذهب إلى اللجوء إلى الصلح ومن تم إصدار الحكم بالتفريق فإن المشروع الأردني ذهب مذهباً أبعد من ذلك حيث أشار إلى أنه إذا كان طلب التفريق من الزوجة و أثبت أضرار الزوج بها فإن القاضي يبذل جهده في الإصلاح بينهما فإن تعذر عليه ذلك أنذر القاضي الزوج بضرورة إصلاح حاله مع زوجته وقام بتأجيل الدعوى مدة لا تقل عن شهر فإن لم يتم الإصلاح بينهما أحال الأمر إلى الحكيم^(٨٤)، وإذا لم تستطع إثبات دعواها ردت، أما إذا كان المدعي هو الزوج واثبت وجود النزاع والشقاق، فإن القاضي يبذل جهده في الإصلاح بين الزوجين فإن تعذر ذلك قام القاضي بتأجيل الدعوى مدة لا تقل عن شهراً كاملاً للمصالحة، وإذا انتهت المهلة وأصر الزوج على دعواه ولم يتم الإصلاح أحال القاضي الأمر إلى الحكيم وإن لم يستطع الزوج إثبات الدعوى ردت^(٨٥).

وعليه فإن القانون الأردني يوجب على القاضي

الزوجين، حيث أنه وفق المادة أعلاه يعرض الصلح في مسائل التطليق مرتين يفصل بينهما مدة لا تقل عن (٣٠) يوماً ولا تزيد على (٦٠) يوماً وذلك رغبة من المشرع في منح الزوجين تلك المدة لكي تكون وقتاً "كافياً" لأن يراجع كل زوج نفسه في محاولة للإصلاح حتى تعود الحياة الأسرية، مع ملاحظة أن هذه المادة لم ترسم للمحكمة طريقاً معيناً لتدخل القاضي في الإصلاح بين الزوجين، لذلك فالمحكمة تتدخل بالطريقة التي تراها مناسبة والإصلاح بين الزوجين من خلال التعرف على طبيعة النزاع القائم بينهما والظروف والملابسة المحيطة به حتى يتمكن القاضي من وضع السبل الناجحة لإنهائه صلحاً^(٨٦). وعرض الصلح على الزوجين يكفي لتدخل القاضي في الإصلاح دون تدخل المحكمة في الصلح في أي مرحلة تكون عليها الدعوى ولا يشترط حضور الزوجين معاً عند تدخل المحكمة لإنهاء النزاع صلحاً ولا يشترط قبول الزوجين أمام المحكمة لإنهاء النزاع صلحاً بل يكفي حضور وكيل مفوض عنهما بالصلح أو رفضه وحضور الأخير أمام المحكمة ورفض الصلح يعد ذلك سبباً كافياً لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين مع ضرورة تثبيت ذلك بمحاضر

المهر وتوابعه، وإذا كان الطرف الضار هو الزوج قررا التفريق بينهما بطلقة بانته على أن للزوجة أن تطالب بسائر حقوقها الزوجية كما لو طلقها بنفسه^(٨٨).

أما إذا ظهر للحكمين أن الاضرار صادر من كلا الزوجين قررا التفريق بينهما على قسم من المهر بنية اضرار كل منهما فأن جهل الحال ولم يتمكن من تقدير نسبة الاضرار قررا التفريق بينهما على العوض الذى يريان أخذه من ايهما (الزوجين)^(٨٩)، أما في حالة الحكم على الزوجة بأى عوض وكانت هي طالبة التفريق فعليها أن توقف دفعة قبل قرار الحكم بالتفريق الا إذا رضى الزوج بتأجيله وفي حالة موافقة الزوج على التأجيل يقرر الحكمان التفريق بينهما وبحكم القاضى بذلك أما إذا كان الزوج هو طالب التفريق وقرر الحكمان أن تدفع الزوجة عوضاً فيحكم القاضى بالتفريق والعوض وفق قرار الحكمين^(٩٠)، أما في حالة اختلاف الحكمين يقوم القاضى بتحكيم غيرهما أو يضم ثالث لهما لغاية الترجيح وعندها يؤخذ بقرار الأكثرية وهو ما يقرره حكمان من اصل الثلاث أو يتفق عليه الثلاثة جميعاً^(٩١). ويجب على من توكل إليهم مهمة التحكيم رفع التقرير الى القاضى بالنتيجة التى تم التوصل اليها

بعد أثبات الضرر والعجز عن الاصلاح أحالة الأمر الى حكمين قبل إصدار الحكم بالطلاق خلافاً للقانون العراقى والمصرى، وأشترط القانون الأردنى في الحكمين:

أ-أن يكونا رجلين: فلا يجوز أن يكونا كلاهما أو أحدهما من النساء.

ب-العدالة: -الفاسق لا يصلح أن يكون حكماً"، والمراد بالعدالة الاستقامة وأتباع تعاليم الدين ولو في الظاهر، بأن يكون مستور الحال غير مجاهر بالفسق والأحراف.

ج-القدرة على الاصلاح: بأن يكونا خبيرين بما يطلب منهما في هذه المهمة.

د-أن يكون أحدهما من أهل الزوجة والآخر من أهل الزوج أن أمكن فإن تعذر ذلك عين القاضى حكمين من ذوي الخبرة والعدالة والقدرة على الاصلاح^(٩٢).

ويقوم الحكمان بمهمة الاصلاح والتوفيق من خلال تلمس اسباب النزاع بين الزوجين ويقومان بتكوين تحقيقاتهما بمحضر يوقع عليه، فإذا توصلا الى الصلح بين الزوجين فقد قضى الأمر وانتهت المسألة^(٩٣)، أما إذا لم يستطع الحكمان الاصلاح بين الزوجين وتبين لهما أن الطرف الضار هي الزوجة قررا التفريق بينهما على العوض الذى يريانه شريطة أن لا يقل عن

وعلى القاضي ان يحكم بمقتضاء إذا كان موافقاً لأحكام هذه المادة^(٩٢).

اما المشرع العراقي والمصري فقد الزما القضاء باللجوء الى التحكيم إذا ما رفعت دعوى تفريق مجددة بعد رد الدعوى الأولى، وستوضح حكم هذين القانونين لاحقاً، عند التطرق لاثار تحقق الضرر، مع ملاحظة أن هنالك قصوراً تشريعياً من وجهة نظرنا بالنسبة للقانون العراقي من حيث عدم اشتراطه الإصلاح بين الزوجين على خلاف ما أوجبه القانونين المصري والأردني حيث ان دعوى التفريق هي بحكم الطلاق وهو أبغض الحلال الى الله كما في الحديث الشريف ، ومن ثم يجب ان لا يتساهل القانون في الاستجابة لطلبه خاصة من المستخفين في الحياة الزوجية، ونرى ضرورة تعديل م (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية بإضافة فقرة جديدة توجب على المحكمة قبل الحكم بالتفريق وبعد إثبات الضرر اللجوء الى إمكانية الإصلاح بين الزوجين وإمهالها مدة مناسبة لا تقل عن (٣) أشهر تؤجل فيها الدعوى مرة كل شهر للوقوف على إمكانية الإصلاح بينهما من عدمه وإن كنا نشهد حالياً في المحاكم العراقية سرعة في حسم دعوى التفريق قد تصل في بعض القضايا جلسة واحدة أو جلستين، وهذا

ما يشكل خطراً على المجتمع يتمثل بالتفكيك الأسري وما يترتب عليه من آثار سيئة على الأسرة خصوصاً والمجتمع عموماً. وقد ذهبت محكمة الأستئناف الشرعية الأردنية في قرارات عديدة لها الى وجوب الإصلاح بين الزوجين وإجراءات الحكمين. فقضت في قرار لها بأن رد التفريق للنزاع والشقاق يجب ان يصل فيه النزاع والشقاق الى حد الإضرار بحيث لا يستطاع معه دوام العشرة بين الزوجين^(٩٣)، وقضت أيضاً بأنه يجب على المحكمة بذل الجهد الممكن للإصلاح بين الزوجين بأن تجمعهما ولو كان لهما وكلاء حتى يتحقق عرض الصلح بينهما تحقيقاً للمادة (١٣٢) من قانون الأحوال الشخصية ، فإن تعذر بذل الجهد مع الزوجين كليهما فيبذل الجهد للإصلاح مع أي منهما، كما قضت بأن قرار الحكمين في دعوى النزاع والشقاق مستند قضائي لا يجوز العدول عنه إلا بوجه قضائي لأن عمل الحكمين في مثل هذه الدعوى جزء من الإجراءات القضائية فيها وفق المادة (١٣٢) من قانون الأحوال الشخصية ، وقضت في قرار آخر لها أن تقرير الحكمين لا يعتمد إذا ذكر ان الأساة مشتركة دون بيان النسبية إلا إذا جهل الحال، وذهبت أيضاً الى انه إذا تناقض أحد الحكمين

ينطلب منا تناوله في ثلاثة فروع هي:

الأول: نخصه لرفع دعوى التفريق وأثبت الضرر.

الثاني: نخصه لحكم تجديد إقامة دعوى التفريق للضرر المردوده.

الثالث: نخصه لسلطة المحكمة في إصدار القرار.

الفرع الأول: رفع دعوى التفريق وأثبت الضرر

إن البحث في هذا الفرع يتطلب تقسيمه على جانبين: الأول، نتناول فيه إجراءات رفع دعوى التفريق للضرر، والثاني، نتناول فيه إثبات الضرر.

أولاً: إجراءات رفع دعوى التفريق للضرر

أن تحقق الضرر يعطي الحق للطرف المضرور من إقامة دعوى التفريق وهو لدى معظم التشريعات التي بحثناها من حق كلا الزوجين إقامة هذه الدعوى بينما قصر المشرع المصري هذا الحق على الزوجة فقط انطلاقاً من تأثره بالمذهب المالكي الذي يعطي للزوجة هذا الحق، ولا يوجد قيد على الفقرة التي ترفع بها هذه الدعوى بعد تحقق الضرر أو بعد أبرام عقد الزواج باستثناء بعض القوانين، كالقانون الأنكليزي والذي أشتراط مرور سنة على أبرام

في التقرير الثاني لما في تقريره الأول، وكذلك قضت بأن يقيد القاضي الحكيم حين تعينهما بمدة ووقت معين ويحكمها بعدها^(١١).

المبحث الثالث: أحكام دعوى التفريق للضرر المادي والمعنوي

أن تحقق شروط الضرر والتي بحثها سابقاً لا تعني حصول الفقرة من تلقاء نفسها بل لا بد من إقامة دعوى أمام المحكمة المختصة من قبل أحد الزوجين والذي لحقه الضرر ولا بد من أن يقوم المدعي بإثبات دعواه، وللمحكمة سلطة تقديرية في الحكم بالتفريق، ويترب على تحقق الضرر وصدر الحكم بالتفريق آثاراً مالية وأخرى معنوية. وقد ترد دعوى المدعي بالضرر لعدم تحققه أو ثبوته ويتعرض لضرر آخر فيقيم دعوى جديدة بالتفريق لذات السبب فما هو حكم هذه الدعوى؟

عليه سنبحث هذه المسائل في مطلبين:

الأول: نخصه لأجراءات دعوى التفريق للضرر المادي والمعنوي.

والثاني: نتناول الآثار المترتبة على الحكم بالتفريق للضرر المادي والمعنوي.

المطلب الأول: إجراءات دعوى التفريق للضرر المادي والمعنوي

إن البحث في إجراءات دعوى التفريق للضرر

عقد الزواج.

وأجراءات رفع الدعوى تكون عبارة عن طلب يرفعه المدعي (الزوج أو الزوجة) الى المحكمة المختصة (محكمة الأحوال الشخصية أو المحكمة الشرعية أو محكمة المواد الشخصية حسب الأحوال) على المدعي عليه (الزوج الآخر) يدعي فيه حصول ضرر عليه واقع من زوجه الآخر^(٩٥) ويطلب فيه بعد دعوة الطرف الآخر (المدعي عليه) للمرافعة، وبعد ثبوت الدعوى الحكم بالتفريق بينهما إستناداً الى الضرر الذي يحدده المدعي في دعواه أو السند القانوني للتفريق والذي يستند عليه في دعواه. وبعد أن يؤشر القاضي على العريضة بهامش الرسم وتعين موعد للمرافعة وتبلغ الطرفين به، ولابد من المدعي من ارفاق صورة مصدقة من عقد الزواج مع عريضة الدعوى الأتبات حالة الزوجيه، وأخيراً فإنه لابد من البحث في أهلية التقاضي بين الزوجين اذ لابد وان يكون كلاهما اهلاً للتقاضي من حيث البلوغ والعقل والحرية. وان من حق الطرف الذي يرفع الدعوى إسقاط حقه في طلب التفريق عن طريق ابطاله لعريضه الدعوى في اي مرحلة كانت عليها الدعوى ويجب على المحكمة الاستجابة للطلب دون حاجه لقبول الطرف الآخر كما ومن حقه

طلب التفريق لاحقاً في دعوى جديدة إذا استجدت ظروف ووقائع جديدة.

وان هنالك شروطاً عامه للدعوى تتمثل بالاهلية والمصلحة والخصومة يشار اليها في شروحات قانون الرافعات ولا مجال ليحثها، اضافه الى الشروط الخاصة بالتفريق للضرر والتي سبق وان اوضحناها والتي هي شروط الضرر.

ثانياً: أثبات الضرر

يرى المالكية ان اثبات الضرر يكون بالبينه ويكفي فيها مجرد السماع او التسماع بين الرجال والنساء في أن الزوج يضار زوجته ولا يشترطون ان تكون البينة على علم تام بالضرر الذي حدث بين الزوجين ويكفي ان يقول سمعنا سماعاً فاشياً مستقيضاً على السنة النساء والخدم والجيران^(٩٦).

إما وفقاً للقانون المصري فإن أحكام التطلاق للضرر استحدثها المشرع المصري وان كانت مستمدة من مذهب الإمام مالك كما اسلفنا الا أنه بنيت على قواعد خاصة لأتبات الضرر، وان كان ينبغي الرجوع الى الرأي الراجح في المذهب الحنفي، فنصاب الشهادة في ذلك المذهب هو شهادة رجلان أو رجل و امرأتان، مع ملاحظة انه لا يجوز أثبات الضرر بشهادة السماع في بعض المسائل و ان كان ليس منها

بالبراءة أو الإفراج فهنا من حق محكمة الأحوال الشخصية أن تبحث وتستند إلى أدلة أخرى لتكوين عقيدتها، مع ملاحظة أن أدلة الإثبات وفق هذا القانون لا تقتصر على الشهادة أو الاقرار أو صدور حكم جنائي بل تستند إلى أدلة أخرى كتابية أو بالاستناد إلى تقارير طبية رسمية كل حسب حالة الاعتداء أو الضرر المدعي به (٩٨).

إما القانون الأردني فإنه لم يفرد نصاً بخصوص أثبات الضرر والشقاق الوارد في م (١٣٢) من قانون الأحوال الشخصية إلا أن هذا لا يخرج عما تقدم ذكره بخصوص وسائل الأثبات في القانون المصري سواء بالشهادة أم الاقرار أم الحكم الجنائي أم التقارير الطبية الرسمية، مع ملاحظة أن م (١٨٣) من هذا القانون قد أشارت إلى وجوب الرجوع في كل ما لا يرد في هذا القانون من أحكام إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة وهذا يعني أن الأثبات في قضايا الضرر يجري على وفقاً لمذهب أبي حنيفة.

أما قانون الأحوال الشخصية العراقي فقد جاء ت م (٤٤) منه بنص عام في الأثبات في جميع دعاوى التفريق ومنها التفريق للضرر، حيث أشارت هذه المادة إلى أنه يجوز إثبات أسباب

وقائع الأضرار التي تبيح للتطليق، كما أن شهادة الأصل لفرعه والفرع لأصله أو أحد الزوجين لصاحبه غير جائز ومقبوله شرعاً، كما يجوز للشاهد أن يتدارك ما وقع في شهادته من خطأ قبل أن يغادر مجلس القضاء (٩٩).

وتطرقنا سابقاً لأثر الحكم الجنائي على الدعوى المرفوعة وما إذا كان حجة في إصدار حكم بالتفريق وقلنا إن م (٤٥٦) من قانون الإجراءات الجنائية المصري وم (١٠٢) من قانون الأثبات المصري أشرطنا لكي يجوز الحكم الجنائي حجة أمام محاكم الأحوال الشخصية أو المحاكم المدنية توافر شروط هي:

١- وحدة الموضوع بين الحكم الجنائي الصادر والقضية المدنية المرفوعة.

٢- صدور الحكم من محكمة جنائية وإن يكون سابق على الحكم المدني.

٣- اكتساب الحكم الجنائي الدرجة القطعية.

٤- أن تكون الوقائع التي فصل فيها بالحكم الجنائي ضرورية للفصل بالحكم المدني.

وعليه فلو إقامت الزوجة دعوى التطليق للضرر لقيام زوجها بضررها أو إيذاها واستندت في دعاوها على صدور حكم جنائي بأدانتها فإن هذا الحكم يكون حجة على محكمة الأحوال الشخصية، ولكن لو كان الحكم الجنائي يقضي

هي إما رجلان أو رجل وإمرأتان كما يمكن، أثباته بالدليل الكتابي (عادي أو رسمي) وتعتبر محاضر التحقيق والأحكام القضائية (المدنية والجنائية) من قبيل الأدلة الكتابية الرسمية، وأن الغالب النشاع في عمل محاكم الأحوال الشخصية في العراق يسير نحو أثبات الضرر عن طريق الشكاوي الجزائية أو صدور حكم جنائي بأدانة الزوج الآخر بالاعتداء ولكن عدم صدور قرار بالادانة وصدوره بالأفراج لا يمنع من إقامة الزوجة طلب التفريق للضرر وأثباته بكافة طرق الأثبات، وفي ذلك تذهب محكمة التمييز إلى القول بأن " الأفراج عن الزوج بالدعوى الجزائية بسبب تعمد التشهير بزوجته لبساطته وحسن نيه لا يسقط حق الزوجة في طلب التفريق للسبب المذكور " (١٠٠)، وعليه فإن الإيذاء المادي أو المعنوي وأن تعددت صورته وتطبيقاته فإن القاضي الموضوع سلطة واسعة في تقدير مدى جسامته والاعتداء به فتلك الأمور تختلف من واقعه إلى أخرى طبقاً للعناصر القائمة في كل قضية على حدة فالأمر يختلف باختلاف البيئات والمجتمعات والطبقات الاجتماعية وبصفه خاصة فيما يتعلق بالإيذاء الادبي الذي يتسم بالنسبية ويتفاوت يتفاوت الظروف التي يتم فيها وإن الاعتداء

التفريق بكافة وسائل الأثبات بما في ذلك الشهادات الواردة على السماع، إذا كانت متواترة، ويعود تقديرها إلى المحكمة وذلك باستثناء الحالات التي حدد القانون وسائل معينه لأثباتها *.

وهذا يعني أن القاعدة العامة في أثبات دعوى التفريق للضرر الواردة في م (٤٠) من هذا القانون هو إن يتم أثباتها بكافة طرق الأثبات بما فيها الشهادة على السماع إن كانت متواترة، أي على السماع من أحد المتداعين دون انقطاع، كما يمكن أثباته بأقرار المدعى عليه بادعاء المدعي بالضرر وعدم إنكاره (٩٩).

ولكن الشطر الأخير من هذه المادة قيد الأثبات المطلق بعدم وجود حالة من الحالات التي قيد القانون إثباتها بوسائل معينة وهي في الغالب تسري على أحكام حالات التفريق التي وصفها المشرع للزوجة والواردة في م (٤٣) من هذا القانون وقد تعلق الأمر بالمادة (٤٠) من هذا القانون والخاصة بالتفريق للضرر فنجد أن ف (١) من هذه المادة أوجبت أن يكون الأثبات على الأدمان على تناول المسكرات أو المخدرات عن طريق تقرير من لجنة طبية رسمية مختصة، مع ملاحظة أن نصاب الشهادة في الدعاوى الشرعية بأعتبارها من حقوق العباد

حدوث بعض الخدوش جراء العراك، فضلاً عن ارتبائه و اختلاط أقواله أثناء التحقيق. وأما بالنسبة لإثبات الضرر الواقع من ارتكاب الزوج فعل الزنا، أو شرب الخمر، وتعاطي المخدرات، فيرى إمكانية إثبات هذه الوقائع بطرق الإثبات الشرعية، كما أن حيازة هذه المواد كاف في إثبات الضرر اللاحق بالزوجة؛ لأن حيازتها دليل على تعاطيها، أو المتاجرة بها وكلاهما يلحق بالزوجة بالغ الضرر. هذا فيما يخص إثبات الضرر، أما إذا عجزت الزوجة عن الإثبات، فإن القاضي يقوم ببعث الحكمين للوقوف على حقيقة الأمر، ورفع الضرر بالإصلاح أو التفريق^(١٠٠).

الفرع الثاني: حكم تجديد دعوى التفريق للضرر المردوده

إذا ما تم أثبات الضرر من قبل المدعي (زوجاً كان أم زوجة) فإن المحكمة المختصة، بعد استكمال تحقيقاتها في القانون العراقي وبعد العجز عن الإصلاح في القانون المصري وبعد أحالتها على حكمين وتقديم تقريرهما في القانون الأردني، تصدر قرارها بالتفريق (التطليق)، ولكن لو عجز المدعي عن الإثبات فإن الأمر سيؤدي إلى رد الدعوى وتحميل المدعي المصاريف والرسوم.

المادي أو الادبي يعتبرن الوقائع المادية التي يمكن أثباتها بكافة الطرق ومنها صدور حكم جنائي^(١٠١).
وهناك من يذهب إلى تقليب النظر في صور الضرر، لصعوبة إثبات البعض منها؛ كوطء الزوجة في غير محل الحرت، أو إكراهها على ارتكاب المحرمات، أو هجرها بقطع الكلام معها، أو سبها وسب أبيها، ويرى أن بعض هذه الصور تعد تركاً وامتناعاً من أداء حق كالصلة بالكلام، وبعضها يستحيل الإطلاع عليه كالوطء، والبعض الآخر قلما يحدث خارج البيت، فهذه الصور وأمثالها مما يقتضي الوقوف على حقيقته هي التي تستوجب بعث الحكمين، أما بالنسبة لضرب الزوجة، فإنه يرى بالإمكان الإثبات بغير الطرق المألوفة وذلك بتقرير الطبيب الشرعي بعد إجراء الكشف الطبي عند حدوث الواقعة، وتحرير محضر في مركز شرطه بذلك، فهذان إجراءان يمكن الارتكاز عليهما في الإثبات، فالتقرير الطبي يعد من الإمارات وشواهد الحال التي يجوز الحكم به، وأما محضر الشرطة؛ فإن فائدته تكمن في التحقق من صحة أقوال الزوجة، إذا أنكر الزوج فعلته، كأن يوجد الرجل في البيت وقت الحادث، وما يرافق ذلك من قرائن؛ كتقطيع ملابسه، أو

القانون العراقي قد أحال رفع الدعوى التفريق للضرر مجدداً بعد ردها على أحكام م (٤١) من قانون الأحوال الشخصية والتي هي ذاتها أحكام التفريق للشقاق (الخلاف)، ولما كنا قد بحثنا سابقاً موقف القانون الأردني من الحكيم وأجرائتهما في التحكيم فلا داعي لتكرارها وسنقتصر البحث على القانونين المصري والعراقي لوجود بعض الاختلافات الجوهرية في أحكامهما مما ألزما التفريق في توضيح الأحكام كلاً على أنفراد.

فقد اشترط المشرع المصري في الحكيم عدة شروط هما الشرطين التاليين^(١٠٢):

- ١- أن يكونا عدلين.
- ٢- أن يكونا من أهل الزوجين أن أمكن والا فمن غيرهم ممن لهما خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما.

كما واشترط هذا القانون على المحكمة أن يشتمل قرار تعيين الحكيم على تاريخ بدء عملهما وأنتهائه على الا يتجاوز مدة ستة أشهر، وتخطر المحكمة الحكيم والخصم بذلك، وعليها تحليف كل من الحكيم اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة^(١٠٣)، وأن أجاز هذا القانون للمحكمة إعطاء مهلة أخرى للحكيم لمدة واحدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر فإن لم يقدم تقريرهما

ولكن ماهو الحكم لو جدد هذا الزوج دعواه مرة أخرى بعد صدور قرار الرد وأكتسبته الدرجة القطعية؟

عالج القانون العراقي والمصري هذه المسألة، فبالنسبة لقانون الأحوال الشخصية العراقي فقد نصت م (٤٢) منه على أنه " إذا ردت دعوى التفريق لأحد الأسباب المذكورة في م (٤٠) من هذا القانون لعدم ثبوته وأكتسب قرار الرد درجة الياتات ثم أقيمت دعوى ثانية بالتفريق لنفس السبب فعلى المحكمة أن تلجئ الى التحكيم وفقاً لما ورد في م (٤١)، وأشار الشرط الأخير من م (٦) من القانون المصري ((...إذا تكررت الشكوى من بعد رفض طلبها التفريق ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكيم وقضى على الوجه المبين بالمواد من (٧-١١).

والذي يتبين من نص المادتين أعلاه ان المشرعين العراقي والمصري قد وجدا في تكرار إقامة دعوى التفريق للضرر والعجز عن إثبات الادعاء من أن هناك ضرراً ومشقة أصابت ولا تزال المدعي مم حذا بكلا المشرعين الى اعتماد أسلوب الحكيم. اما القانون الأردني فسبق وأن أشرنا الى أنه حذا هذا المنحى ابتداءً عند إقامة دعوة التفريق للضرر بعد إثبات الضرر والعجز عن الإصلاح، بينما نجد أن

أعتبر أنهما غير متفقين.

كما وأنه لا يؤثر في سير عمل الحكمن امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم أخطاره وعلى الحكمن أن ينظرا في أسباب الشقاق بين الزوجين ويبدلا جهودهما في الإصلاح بينهما على أي طريقة ممكنة^(١٠٥).
وتطرق القانون الى حالة عجز الحكمان عن الإصلاح فميز بين عدة حالات عند صدور تقرير الحكمن^(١٠٦) وكما يلي:

١- حالة الأساءة الصادرة كلياً من الزوج، فإن كانت الأساءة كلها من جانب الزوج أقترح الحكمان أن يتم التطلق بطلقة باننة دون مساس بشئ من حقوق الزوجة المترتبة على الزوج والطلاق.

٢- حالة الأساءة الصادرة كلياً من الزوجة، فإن كانت الأساءة كلها من جانب الزوجة أقترح الحكمان التطلق نظير بدل مناسب يقدرانه وتلزم به الزوجة.

٣- حالة الأساءة المشتركة بين الزوجين، فإذا كانت الأساءة مشتركة أقترح الحكمان التطلق دون بدل أو بدل مناسب مع نسبة الأساءة.

٤- حالة الجهل بجهة الأساءة وأن جهل الحال فلم يعرف المبين منهما أقترح الحكمان التطلق دون بدل.

كما أوجب القانون على الحكمن أن يرفعا تقريرهما الى المحكمة مشتملاً على الأسباب التي بني عليها ، فإن لم يتفقا بعثت المحكمة لهما حكماً ثالثاً له خبرة بالحال وقدرة على الإصلاح وحلفته اليمين ، وإذا اختلفوا ولم يقدموا تقريرهم في المعيد المحدد سارت المحكمة في الأثبات، وأن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها استحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتطلق بينما مع أسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها والزامها بالتعويض المناسب ان كان لذلك كله مقتضى^(١٠٧).

ويلاحظ أن واضعي التشريع المصري لم ياتخذوا بمذهب الإمام مالك على إطلاقه لاسيما فيما يخص الحكم بالتطلق في حالة ما إذا كانت الأساءة من جانب الزوجة وأن الزم القانون تلك الزوجة المسيئة بأن تدفع لزوجها تعويضاً بحسب ما يراه الحكمن ممن أثار استغراب البعض من هذا الأمر بعد إقراراً للزوجة المشاكسة بهدم عرى الزوجية بين الزوجين بلا ميرر^(١٠٨).

ولو تم ألاخذ بمذهب الإمام مالك وعمل به فيقضي لها بالتطلق بدون عوض أو مقابل، وبالعكس فالمشرع المصري تفادي هذا الانتقاد

بعرى الحياة الزوجية على الرغم من تلك
الأساءة.

اما القانون العراقي فقد ذكرنا بأنه قد فصل في
التعديل الثاني لهذا القانون عام ١٩٧٨ بين
أحكام التفريق للضرر وأحكام التفريق للشقاق
وأن أعطى حق طلب التفريق لكل من الزوجين،
وهو ما ذهب اليه القضاء العراقي في العديد من
قراراتها^(١٠٠). وبخصوص أحكام الشقاق
الواردة في هذا القانون والذي ألزم المحكمة عند
تكرار إقامة دعوى التفريق للضرر مجدداً بعد
رد الدعوى الأولى لعدم ثبوت الضرر فإن
القانون ألزم المحكمة بأجراء التحقيق في أسباب
الخلاف والشقاق فإذا ثبت لها وجوده تعين حكماً
من أهل الزوج وحكماً من أهل الزوج أن وجدا
للنظر في أصلاح ذات البين،

فإن تعذر وجودهما كلفت المحكمة الزوجين
بانتخاب حكمين، فإن لم يتفقا أنتخبتهما
المحكمة^(١٠١)، ولم يحدد القانون شروطاً معينة
في الحكمين كما فعل ذلك القانون المصري و
الأردني ما يعني إحالة الامر على الفقه
الاسلامي، لكنه أوجب على الحكمين أن يجتهدا
في الأصلاح، فإن تعذر عليهما ذلك رفعاً الأمر
الى المحكمة موضحين الطرف الذي ثبت
تقصيره فإن اختلفا ضمت المحكمة اليهما حكماً

مسبقاً حيث أوضح في المذكرة الأيضاحية
للقانون بأن "الشقاق بين الزوجين لا للضرر
كبيرة لا يقتصر أثرها على الزوجين بل يتعداها
الى خلف بينهما من ذرية والى كل من له بهما
علاقة قرابة أو مصاهرة وليس في أحكام مذهب
أبي حنيفة ما يمكن الزوجة من التخلص ولا
يرجع الزوج عن غيه فيحتال كل على إيداء
الأخر قصد الانتقام... فروى أن المصلحة داعية
الى الأخذ بمذهب مالك في أحكام الشقاق بين
الزوجين عدا الحالة التي تبين للحكمين أن
الأساءة من الزوجة دون الزوج فلا يكون ذلك
داعياً لأغراء الزوجة المشاكسة على هدم عرى
الزوجية". ويرى آخر أن هذا الأقرار للزوجة
المشاكسة سيدفعها لأن تتخذ من أسائها وسيلة
لتطليقها من زوجها بدون مقابل ومن غير
عوض إذا ما أخذ بمذهب مالك علته أذ
الأخير في بقاء زوجيته زوجة مشاكسة تنقص
الحياة على زوجها وتضايقه باستمرار فيضطّر
في آخر الأمر الى التخلص منها والى إنهاء
الزوجية بينهما بأن يطلقها بدون عوض^(١٠٢).

ونرى ضرورة عدم إعطاء الحق للزوجة في
طلب التفريق من زوجها للضرر إذا ما كانت
الأساءة كلها أو في الغالب من جانبها خصوصاً
وأن كانت هي المدعية وإذا ما تمسك زوجها

ثالثاً (١١٢).

$$\frac{1000000}{70} * 100 = 1428571.43 \text{ دينار استحقاقها من}$$

المهر المؤجل.

ونرى أن صياغة النص غير دقيقة فيما يخص احتساب نسبة التقصير من المهر المؤجل ذلك أن المهر المؤجل قد يقل أو يزيد عن المهر المعجل المقبوض، ومن ثم فإن الزوجة قد تكون غايته أو مغبونه بحسب الأحوال خصوصاً وأن أحكام الشرع والقانون توجب أن يتم احتساب المهر كله وتقسيمه على اثنين لتحديد المهر المؤجل والمعجل، فمثلاً لو كان المهر المعجل مليون دينار والمؤجل أربعة ملايين دينار أو العكس فنكون أمام غبن لأحد الزوجين حسب الحال مما يستوجب تصحيح هذا الغلط بما تقدم ذكره من ملاحظات.

الثانية: حالة التفريق قبل الدخول، فإذا تم التفريق قبل الدخول وثبت التقصير من جانب الزوجة تلزم برد ما قبضته من مهر معجل إضافة إلى سقوط مهرها المؤجل.

الفرع الثالث: سلطة المحكمة في إصدار الحكم بالتفريق للضرر

قد بينا إلى الأذهان سؤال مفاده إذا ما أثبت المدعى (الزوج أو الزوجة) دعواه بالطرق التي حددها القانون فإن للقاضي سلطة في إصدار الحكم بالتفريق أو رد الدعوى حسب الأحوال

كما أن القانون لم يرسم إجراءات التحكيم ولم يحدد مدة معينة للحكمين لتقديم تقريرهما أو حكم تخلف أحد الزوجين عن حضور جلسات التحكيم أو حكم إرسال وكيل عنه، كما فعل القانون المصري، ونرى أن هذا يعد قصوراً تشريعياً لابد من تلافيه بالنص عليه فإذا ثبت للمحكمة من خلال تقرير الحكمين استمرار الخلاف بين الزوجين وعجزت عن الإصلاح بينهما وأمتنع الزوج عن التلطيق فرقت المحكمة بينهما، ولكن القانون ميز فيما يخص استحقاق الزوجة للمهر بين حالتين:

الأولى: حالة التفريق بعد الدخول، فهنا يسقط المهر المؤجل إذا ما كان التقصير من جانب الزوجة سواء كانت مدعية أم مدعى عليها، فإذا كانت قد قبضت جميع المهر فأنها تلزم برد ما لا يزيد على نصفه، أما إذا ثبت أن التقصير واقع من الطرفين فيقسم المهر المؤجل بينهما بنسبة التقصير المنسوب لكل منهما.

مثال ذلك: إذا كان تقدير الحكمين يقرر أن نسبة تقصير الزوج هو ٧٠% وكان المهر المؤجل ١٠٠٠٠٠٠ مليون دينار فإن القاعدة هي:

$$\frac{1000000}{100} * 100 = 1000000 \text{ استحقاق الزوجة من}$$

المهر للمؤجل

نسبة التقصير للزوج

المهر المؤجل.

ولكنها ليست سلطة مطلقة، حيث أوضحنا أن المدعي إذا ما عجز عن إثبات دعواه فيلزم حكماً برد الدعوى طبقاً لقاعدة البينة على من أدعى واليمين على من أنكر ولكن لو أثبت دعواه وأصر على طلب التفريق (التطليق) فيكون لزاماً على المحكمة الاستجابة إلى طلبه فلا يحق لها رفض دعواه بحجة تمالك الحياة الزوجية أو لا يوجد ما يبرر التفريق والا كان القرار عرضة للنقض من محكمة التمييز في التشريع العراقي والمحكمة الاستئنافية في التشريع الأردني ومحكمة النقض في التشريع المصري، ولكن هذا لا يمنع من سلطة القاضي في تفسير الضرر ومدى جسامته لأن تقدير ذلك من المسائل الموضوعية وإن كان خاضعاً لرقابة المحاكم العليا عند الطعن بالحكم من قبل الطرف الذي خسر دعواه، مع ملاحظة أن القانون الأردني قد أعطى للحكمين سلطة تقرير الطرف المقصر من عدمه وتحديد نسبة التقصير وأسحقاق الزوجة للمهر من عدمه ولكن هذا لا يمنع من إلزام المحكمة للحكمين باتباع سير معين رسمه القانون والا كان التقرير الذي يرفعانه عرضة للنقض من المحاكم العليا، أما المشرعان العراقي والمصري فأنهما أعطيا حق إصدار القرار للمحكمة بعد إثبات الضرر دون

الحاجة إلى أحالة القضية إلى الحكمين إلا إذا رفعت الدعوى لنفس السبب بعد أن ردت على النحو الذي فصلناه سابقاً فهذا على المحكمة أحالة القضية على التحكيم وفق الإجراءات التي فصلناها حينها ولكن المحكمة في كل الأحوال لا يجوز لها إصدار حكم مناقض لتقرير التحكيم حيث إذا ما ذكر تقرير التحكيم أن هنالك تقصير من جانب الزوجين أو أحدهما ورأى التفريق مع تفاصيل المهر فلا يحق للمحكمة الحكم بتقرير ما رأى الحكمين والا كان قرارها عرضة للنقض عن الطعن به، عليه فإن سلطة المحكمة تقتصر في بيان أثبات الضرر ومدى اعتباره من الجسامه التي يوجب بها القانون التفريق ومدى توافر الشروط الدعوى بالمدعي من عدمه دون أن يتعداه إلى غير ذلك.

ويلاحظ أنه وفق القانون المصري فإن الزوجة إذا ما نجحت في إثبات الضرر المعتبر قانوناً تعين على المحكمة قبل الحكم بالتفريق أن تصل إلى إزالة أسباب الشقاق بين الزوجين المتخاصمين فإن هي قصت بالتطليق دون أن تحاول التوفيق بينهما كان قضاؤها باطلاً باعتبار أن سعيها للأصلاح قبل الحكم بالتفريق إجراء جوهري أوجبه القانون وهو لصيق بالنظام العام.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على التفريق للضرر المادي والمعنوي

يترتب على صدور قرار بالتفريق للضرر آثار منها مادية ومنها معنوية وسنحاول في هذا المطلب التطرق إلى فرعين:

الأول: نوع الفرقة الحاصلة بالتفريق للضرر
الثاني: الآثار المادية

الفرع الأول: نوع الفرقة الحاصلة بالتفريق للضرر

ينقسم الطلاق على أنواع عدة باعتبارات مختلفة^(١١٣)؛ فهو من حيث الصيغة المستعملة فيه ينقسم إلى طلاق صريح وكناية، ومن حيث الأثر الناتج عنه ينقسم إلى طلاق رجعي وبائن والأخير ينقسم على نوعين: بائن بينونة صغرى وبائن بينونة كبرى، ومن حيث صفته على نوعين: سني وبدعي، ومن حيث وقوع الناتج عنه على ثلاثة أنواع: منجز ومعلق على شرط ومضاف إلى المستقبل، وقد تعلق الأمر بموضوعنا فإن الطلاق من حيث الأثر الناتج عنه أو من حيث إمكان الرجعة من عدمها يقسم إلى طلاق رجعي وبائن^(١١٤).

فالطلاق الرجعي هو الذي يملك الزوج فيه إعادة المطلقة إلى الزوجية من غير حاجة إلى عقد جديد مادامت في العدة ولو لم ترتضى،

ويكون ذلك بعد الطلاق الأول والثاني غير البائن إذا تمت المراجعة قبل إنقضاء العدة، فإذا أنهت العدة انقلب الطلاق الرجعي بائن، فلا يملك الزوج إرجاع زوجته المطلقة إلا بعدد جديد، أما الطلاق البائن فهو على نوعين: الأول بائن بينونة صغرى وهو الذي لا يستطيع الرجل فيه أن يعيد المطلقة إلى عصمته إلا بعقد ومهر جديدين ويكون في حالات هي: الطلاق قبل الدخول أو على مال، أو الذي يوقعه القاضي للضرر أو الرجعي الذي انقضت العدة فيه ولم يراجع الزوج مطلقته^(١١٥).

أما الثاني فهو البائن بينونة كبرى وهو الذي لا يستطيع الرجل معه أن يعيد المطلقة لعصمته إلا بعد أن تتزوج بزواج آخر زواجاً صحيحاً ويدخل بها دخولاً حقيقياً ثم ينفصل عنها بفرقة أو وفاة أو طلاق وتنقضي عدتها منه وذلك بعد الطلاق الثالث حيث لا يملك الزوج أن يعيد زوجته إليه إلا إذا تزوجت بزواج آخر^(١١٦).

ولو رجعنا إلى القوانين المقارنة بخصوص التفريق للضرر لوجدنا أنها تشير إلى أن الفرقة الحاصلة بالتفريق للضرر تكون طلاقاً بائناً بينونة صغرى، وهذا ما أشارت إليه م (٤٥) من قانون الأحوال الشخصية العراقي وم (٩) من القانون المصري، أما القانون الأردني ففيه

القانون من المهر بالتفريق للضرر والتي ستوضحه لاحقاً.

٤- منع التوارث بين الزوجين: فإذا مات أحدهما أثناء العدة لا يرثه الآخر لأن الطلاق البائن ينهي الزوجية بمجرد صدوره إلا إذا كان الطلاق في مرض الموت وقامت البينة على أن الزوج يقصد حرمان المطلقة من الميراث، وهو ما يسمى بطلاق الفار.

ويلاحظ أن هذه الآثار أعلاه تترتب من لحظة صدور الحكم بالتطليق أو التفريق للضرر لا من لحظة صدور الضرر أو إقامة الدعوى، لأن آثار التفريق للضرر خصوصاً والتفريق بكافة أنواعه عموماً هي منشأة لا كاشفة بخلاف دعوى تصديق الطلاق الرجعي الذي يوقعه الزوج غائباً على زوجته التي تكون كاشفة، ولكن في كل الأحوال لا يرتب الحكم أثره إلا بعد أن يكتسب الدرجة القطعية إما بانتهاء المدة القانونية للطعن وعدم وقوع طعن على الحكم أو التنازل عن الطعن القانوني أو تصديق جهة الطعن على الحكم إما لو نقض الحكم الابتدائي من الجهات العليا فلا يرتب الحكم المنقوض أثره بل يتوقف على إصدار حكم جديد ويرتب أثره لحظة صدوره مع بيان اكتسابه الدرجة القطعية على النحو الذي أوضحناه.

أحكام مختلفة حسب حالة الأساءة والجهة التي صدر عنها، فاعتبرت م (١٣٢/هـ) التفريق على عوض (مال) يراه الحكمان على أن لا يقل عن مهر المثل إن كانت الأساءة من جهة الزوجة، أما إذا كانت الإساءة كلها من الزوج قرر الحكمان التفريق بينهما بطلقة بائنة مع احتفاظ الزوجة بالمطالبة بحقوقها الأخرى كما لو طلقها الزوج بنفسه، لكن في جميع الأحوال فإن أحكامه لا تختلف مع القانون العراقي والمصري من حيث اعتبارها طلاقاً بائناً بينونة صغرى لأنها فرقة قاضي.

الآثار العامة المترتبة على الطلاق البائن بينونة صغرى:

ويرتّب على الفرقة البائنة بينونة صغرى الأحكام الآتية^(١١٧):

١- زوال الملك لا الحل بمجرد الطلاق، حيث يحرم على الزوج المطلق الاستمتاع مطلقاً بمطلقته أو الخلوة بعد ساعة الطلاق ولا يحق مراجعة المرأة إلا بعقد جديد ولكن يبقى الحل سواء في العدة أم بعدها بعقد جديد.

٢- نقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج كالطلاق الرجعي.

٣- يحل بمجرد الطلاق الصداق المؤجل إلى حد الأجلين، الموت أو الطلاق مع ملاحظة موقف

الفرع الثاني: الآثار المالية

إن الآثار المالية المترتبة على التفريق للضرر يمكن ردها إلى الجانبين التاليين:

الأول: المهر.

الثاني: الحقوق المالية والمعنوية الأخرى.

أولاً: المهر

يعتبر المهر حقاً من الحقوق التي يرتبها عقد الزواج للزوجة على زوجها، وهو حق مالي للزوجة على زوجها وله تسميات كثيرة منها الصداق والأجر والفريضة، ويعرف المهر بأنه اسم لما تستحقه المرأة شرعاً على زوجها بموجب عقد الزواج عليها أو بالدخول الحقيقي بها^(١١٨).

ويلاحظ أن القانون العراقي لم يتطرق إلى أحكام المهر عند تنظيمه للنصوص القانونية الخاصة بالتفريق للضرر الواردة في م (٤٠) أحوال شخصية بخلاف القانون الأردني، وهذا يعني أن الزوجة التي يفرق بينها وبين زوجها الداخل بها للضرر وفق أحكام م (٤٠) أحوال شخصية فإنها تستحق كامل مهرها المؤجل المدون في عقد الزواج سواء كانت مدعية أم مدعى عليها.

وقد يتسائل البعض عن أهمية رفع دعوى تفريق من قبل الزوج على زوجته إذا ما كانت الزوجة

تستحق المهر المؤجل وإن كان بإمكانه إيقاع الطلاق عليها لأن النتيجة الفعلية والمادية هي (طلاق يضاف إليه المهر)؟

ويرد على هذا التساؤل بالقول إن أحكام الطلاق الغيابي الرجعي الذي يوقعه الزوج على زوجته خارج المحكمة له انعكاسات مادية عليه في التشريع العراقي لا سيما وأنه سيكون ملزم بدفع أعباء ماله أخرى لذا نرى أن الاتجاه لدى غلبة الأزواج في العراق بدأ لا سيما بعد شهر اب من عام ١٩٩٩ يتجه نحو إقامة دعوى تفريق للضرر إذا ما لم يرغب بزوجه بدلاً من إيقاع الطلاق الخارجي عليها.

لما لو كان التفريق قبل الدخول فإن الزوجة تستحق نصف المهر وتستحق المهر المؤجل طبقاً للأحكام العامة في المهر^(١١٩)، وهو نفس الحكم في التشريع المصري، غير أن القانون الأردني كما تطرقنا سابقاً قد عالج المهر حسب جهة الضرر وكما يأتي^(١٢٠):

١- إذا كانت الأساءة كلها من الزوجة فإنها تلزم بأن تدفع عوض لزوجها يقدره الحكيم على أن لا يقل عن المهر وتوابعه.

٢- إذا كانت الأساءة كلها من الزوج فإنها تستحق جميع حقوق المطلقة من مهر ونفقة إلخ.

٣- إذا كانت الأساءة مشتركة بين الزوجين فإن

العدة كون الزوجة مدخول بها من عدمه فإن كان مدخولاً بها تستحق النفقة في العدة سواء كانت هي مدعية أم مدعى عليها رضيت بالتفريق من عدمه أما إذا كان غير مدخول بها فلا تستحق ذلك وهذا الحكم مستمد من الأحكام العامة في الطلاق.

أما حضانة الأولاد فإن التفريق لا يمنع من استمرار الزوجة (الأم) بحضانة اولادها إلى أن يتجاوز سن الحضانه مادامت شروط الحضانه متوافره فيها^(١٢٢) والا من حق الزوج ولقاربه عند وفاته أو فقده، طلب أسقاط الحضانه عن الأم إذا ما فقدت شرط من شروط الحضانه، مع ملاحظة أن الزوجة بعد انتهاء العدة وقيامها بحضانه الأولاد تستحق على زوجها أجره حضانه نظير تربية الأولاد والأشراف على شؤون حياتهم.

أما حق الزوجة المفرق بينها وبين زوجها للضرر في سكنى الزوجيه فقد عالج القانون العراقي ذلك بقانون خاص يسمى قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى^(١٢٣) حيث أوجب هذا القانون على المحكمة التي تنظر في دعوى الطلاق أو التفريق أن تسأل الزوجة عما إذا كانت ترغب في البقاء ساكنه بعد الطلاق أو التفريق في الدار أو الشقة التي كانت تسكنها مع

الزوجه تستحق من مهرها المؤجل أو المعجل بحسب نسبة تقصير الزوج إليها وحسب ما أوضحناه سابقاً.

٤- إذا تعذر تحديد جهة الاساءة فإن الحكمين يقرران العوض الذي يريانه والجهة (الزوج - الزوجة) الذي الزامه به.

غير أن القانون العراقي والمصري قد تناولوا أحكام المهر في حالة ما إذا ردت دعوى التفريق للضرر لعدم ثبوتها وأقيمت مجدداً فهنا يصار إلى تطبيق أحكام الخلاف أو الشقاق في القانون العراقي و المصري بعد تعيين الحكمين وحسب الأحكام التي تطرقنا إليها سابقاً والتي نحيلها إليه ولا داعي لتكرارها، مع ملاحظة أن أحكام القانون المصري في هذا الخصوص هي مطابقة لأحكام القانون الأردني بينما نظم القانون العراقي التفريق للشقاق أو الخلاف في أحكام خاصه تقترب بعض الشيء من القانونين المصري والأردني في بعض الاحكام الا أنها تختلف معها في أحكام أخرى^(١٢٤).

ثانياً: الحقوق المالية والمعنوية الأخرى

يترتب على صدور حكم بالتفريق للضرر بعض الآثار المالية والمعنوية الأخرى ومن بين هذه الآثار حق الزوجة في نفقة العدة وهي لمدة ثلاث قروء (ثلاثة أشهر) ويتوقف استحقاق نفقة

زوجها بصورة مستقلة إذا كانت مملوكة له كلاً أو جزءاً أو كانت مستأجرة من قبله^(١٢١) وتصل المحكمة في هذه النقطة مع الحكم الفاصل في الدعوى، كما ان القانون اعتبر التصرفات التي يقوم بها الزوج قبل ستة أشهر من وقوع الطلاق أو من تاريخ إقامة دعوى التفريق بمن نقل ملكية الدار أو الشقة للغير غير نافذة بحق الزوجة المطلقة أو المفروق عنها^(١٢٢)، وتكون مدة السكن هي ثلاثة سنوات بلا بدل على أن لا تؤجر الدار أو الشقة كلاً أو جزءاً أو تسكن معها أي شخص عدا من كانوا في حضانتها أو معارفها وان لا تحدث ضرراً جسيماً بالدار أو الشقة^(١٢٣)، غير أن هذا القانون حرم الزوجة من هذا الحق في الحالات الآتية^(١٢٤):

١- إذا كان سبب الطلاق أو التفريق خيانة الزوجة أو نشوزها.

٢- إذا رضيت الزوجة بالطلاق أو التفريق.

٣- إذا حصل التفريق نتيجة المخالعة.

٤- إذا كانت تملك على وجه الاستقلال دار أو شقة سكنية.

وتطبيق ذلك على دعوى التفريق للضرر فإن الزوجة المفارقة تستحق حق السكنى وفق ما أوضحناه أعلاه في كل الأحوال عدا حالة ما إذا

كانت الزوجة هي المدعية أو قابلة على التفريق أو كان التفريق بسبب خيانتها الزوجية وفي كل الأحوال لا تستحق حق السكنى إذا ما كانت تملك على وجه الاستقلال دار أو شقة سكنية^(١٢٥)، عليه فلو أقامت الزوجة دعوى التفريق فإنها تكون قد رضيت بالتفريق ابتداءً وسعت إليه، ومن ثم تحرم من حق السكنى، إذ ليس من العدالة ان ينزل بالزوج الضرر نتيجة لحالة نسيبت فيها الزوجة أو رضيت بها^(١٢٦)، وقد قضت محكمة التمييز العراقية بأن * القول بقياس حالة حق الزوجة المطلقة في السكنى على حالة استحقاقها مؤجل مهرها والاخذ بنسبة التقصير المنسوب الى الزوج فهو مردود لأن استحقاق الزوجة لكامل مهرها المؤجل أو كجزء منه قد ورد فيه النص القانوني الصريح بموجب احكام المادة (٤٠) من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل وان ماورد جوازه بالنص على خلاف القياس فانه يبقى مقصوراً على موردته ولا يجوز ان يطبق حكمه على شيء اخر لم يرد النص بجوازه، وقررت أن الزوجة رضيت بالتفريق واصرت عليه امام محكمة الاحوال الشخصية ومن ثم فإنها لا تستفيد من احكام قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى^(١٢٧).

الخاتمة:

من خلال البحث أمكن التوصل الى اهم النتائج والمقترحات الآتية:

اولاً: النتائج:

يمكن اجمالها فيما يلي:

١- ان التفريق للضرر حول محل خلاف في جوازه في الفقه الاسلامي، حيث رأى الجمهور عدم جواز التفريق للضرر بل ان الزوجه ترفع الامر الى القاضي الذي يرى احواله الامر الى الحكيم الذين يكون دورهما فقط الصلح بين الزوجين دون التفريق في حين ذهب المالكية الى اعطاء هذا الحق للقاضي ولكن فقط فيما يخص طلب الزوجة بالتفريق دون الزوج.

٢- ان التشريعات الوضعية العربية ترددت في بيان جهة طلب التفريق وان اتفقت على جواز التفريق للضرر، حيث ان بعضها دمج التفريق للضرر مع التفريق للشقاق واعطى الحق للزوجة فقط او للزوجين ومنهم من فرق بين الضرر والشقاق وان اعطى الحق في طلب التفريق لك ومفها الزوجين.

٣- هنالك فرق بين مفهوم الضرر ومفهوم الاذى كون الاول هو الفعل والثاني هو اثر هذا الفعل وهو ما لم يراعيه المشرع العراقي.

٤- ان هنالك ثلاثة شروط اساسية لجواز الفرقه

للضرر هي تقديم طلب ممن له الحق في ذلك وجسامة الضرر وتعتبر الاستمرار بالحياة الزوجية، وهو ما يمكن الاستدلال به من خلال النصوص التي نظمت المسالة.

٥- المشرع العراقي ميز في التنظيم والاحكام بين التفريق للضرر والتفريق للشقاق بخلاف المشرع المصري والاردني اللذان وحدا احكامهما.

٦- المشرع العراقي قد خلط بين الضرر المفضي للفرقة الزوجية مع احوال اخرى لا تعد من قبيل الضرر بل صور مستقلة في م (٤١) احوال شخصيه وهو امر ينتقد عليه المشرع العراقي.

٧- الفرقة الحاصلة للضرر المادي والمعنوي هي طلاقاً بانناً بينونة صغرى في كل التشريعات المقارنة.

ثانياً: المقترحات

١- تعديل احكام م ٤٠ من قانون الاحوال الشخصية العراقي واحلال عبارة (اذى) محل (اضر).

٢- توحيد احكام م ٤٠ من قانون الاحوال الشخصية العراقي وم ٤١ منه تحت عنوان التفريق للضرر والشقاق.

٣- قصر التفريق للضرر على ف ١ من م ٤٠

الضرر اللجوء الى امكانية الاصلاح بين الزوجين وأمهالها مدة مناسبة لانتقل عن(٣) أشهر تؤجل فيها الدعوى مرة كل شهر للوقوف عن امكانية الاصلاح بينهما من عدمه وان كنا نشهد حالياً في المحاكم العراقية سرعه حسم في دعوى التفريق قد تصل في بعض القضايا جلسة واحدة أو جلستين وهذا ما يشكل خطر على المجتمع يتمثل بالتفكيك الأسري وما يترتب عليه من أثار سيئة على الأسرة خصوصاً والمجتمع عموماً.

من ق.أ.ش ابعاد الصور الأخرى للتفريق الواردة في الفقرات ٢-٥ من م ٤٠ اعلاه والحاكها بالصور الأخرى الواردة في م ٤٣ من قانون الاحوال الشخصية العراقي.

٤- التميز بين حق الزوجين في التفريق بين الدخول واجازتها دون مدة وبين عدم الدخول وتقيدها بما لا يقل عنة ستة اشهر من ابرام عقد الزواج او دعوة الزوجة للزفاف.

٥- نرى ضرورة تعديل م(٤٠) من قانون الاحوال الشخصية بأضافة فقرة جديدة توجب على المحكمة قبل الحكم بالتفريق وبعد أثبات

الهوامش:

- ١- ابن منظور: لسان العرب ، ط١، دار إحياء التراث العربي، ١٤٠٥ هـ ، ص٤٨٢ مادة (ضر).
- ٢- احمد أبو بكر الرازي ، مختار الصحاح، ط١، مطبعة دار الكتب العلمية بيروت ١٩٩١ ، ص ٢٠٠-٢٠١.
- ٣- سعي أبو حبيب: القاموس الفقهي، ط٢، مطبعة دار الفكر دمشق، ١٤٠٨ هـ ، ص ٣٤٥. ينظر: د. محمد مصطفى شلبي: أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة، بيروت، ١٩٧٧، ص ٢٩٩.
- ٤- د. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٧، دار الفكر المعاصر - بيروت، ١٩٩٧، ص ٥٢٧ ، ٦٠١.
- ٥- قرار شرعي سني، نقلاً عن: احمد جمال الدين، القضاء الشرعي، مطبعة الزهراء - النجف ١٩٤٩، ص ٢١٨.
- ٦- د. مصطفى إبراهيم الزلمي: مدى سلطان الإرادة في الطلاق في الشرائع والقوانين والأعراف خلال أربعة آلاف سنة ، ط١ بدون ذكر لسم مطبعة او سنة الطبع ص ٣٧١.
- ٧- المحامي جمعة سعدون الربيعي، المرشد إلى إقامة الدعوى الشرعية وتطبيقاتها العملية ، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٦ ، ص ٦٤٨. وعرفه آخر بأنه "إيذاء الزوج لزوجته بالقول، أو بالفعل كالشتم المذق، والتقييح المخل بالكرامة، والضرب المبرح ، والحمل على فعل ما حرم الله، والإعراض، والهجر من غير سبب يبيحه، ونحوه". ينظر: محمد بن محمد بن فرج البيومي آل قروف: التفريق بالقضاء والعدة بحث منشور على الموقع الإلكتروني، www.alukah.net ، ص ٤٦.
- ٨- ينظر: د. فاروق عبدالله كريم - الوسيط في شرح قانون الاحوال لشخصية العراقي - ص ١٩٥.
- ٩- ينظر: د. احمد سالم ملحم ، الشرح التطبيقي لقانون الاحوال الشخصية الأردني مكتبة الرسالة الحديثة ، عمان ١٩٩٨ ،

ص ١٩٥.

١٠- البقرة/ ٢٢٩، ٢٣١-٢٢٢.

١١- ينظر: علي عدنان النجار: التفريق القضائي بين الزوجين رسالة ماجستير مقدمة الى الجامعة الإسلامية غزة-كلية الشريعة -قسم القضاء الشرعي، ٢٠٠٤، ص ١٥٩-١٦٠.

١٢- ابن منظور لسان العرب، (٢/١٦٦) مادة شقق. وللتشاقق باللغة عدة معاني منها: النصف والجهة والمشقة الصدع، والخلاف، والعداوة والمفارقة، ويرجح البعض الاصطلاحات الخمسة الأخيرة لأنها توافق المعنى الاصطلاحي. ينظر: وائل طلال سكيك: التحكيم في الشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني بقطاع غزة رسالة ماجستير مقدمة الى القضاء الشرعي من كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية بغزة، ٢٠٠٧، ص ٣٧.

١٣- الرازي، فخر الدين محمد: التفسير الكبير، ج ٢، دار الفكر الجامعي - بيروت، ١٩٨٤، ص ٩٢. الجواهري، للشيخ محمد حسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج ٣١، ط ٣، مطبعة خورشيد، ١٣٦٧، ص ٢٤٥. القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج ٢، ط ١، دار الكتب العلمية، ١٩٨٨، ص ١. الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب: الحاوي الكبير، ط ١، دار الكتب العلمية بيروت، ١٩٩٤، (١٢)

١٤- ينظر: زيدان: عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ٩٩٧ م، مؤسسة الرسالة. الشريعة الإسلامية، ط ٣ بيروت، ص ٨.

١٥- أحمد بخت الغزالي وآخرون، أحوبة السائلين عن مشكلات وقضايا الأحوال الشخصية للمسلمين، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٥٠٤ وما بعدها، وكذلك م (٤٥) من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

١٦- مصطفى الزرقاء المدخل الفقهي العام، ج ٢، دمشق، ٢٠٠٨، ص ١٠٨ وما بعدها.

١٧- وفق التشريع العراقي بخلاف التشريعات العربية الأخرى.

١٨- ينظر: م (٤١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

١٩- ينظر: أحمد الكبيسي شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، الزواج والطلاق وأثارهما، المكتبة القانونية بغداد، ٢٠١٠، ص ١٥٨ وما بعدها.

٢٠- سورة النساء / ٢٤.

٢١- ينظر: علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٢، ط ١، ١٣٢٧ هـ، ص ٣٣٤. السيد سابق: فقه السنة، ج ٢، ط ١، دار الفتح للأعلام العربي، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م، ص ٤٥٦. ابن حزم الظاهري، المحلى، ج ١٠، منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر، بيروت، ص ٤١. العاملي، الشهيد الثاني زين الدين الجبعي: الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج ٢، مطبعة أمير-قم، ١٤١٠ هـ، ص ١٣٣، المحقق شرايع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ج ٢، ط ٢، مطبعة أمير-قم، ١٤٠٩ هـ، ص ٤٢. الحلي، المحقق جعفر ابن الحسن، المختصر النافع، مطبعة وزارة الأوقاف -مصر، ١٣٧٧ هـ، ص ١٧١. الحجوي شرف الدين موسى المقدسي، الاقناع في فقه الامام أحمد بن حنبل، ج ٣، المطبعة المصرية

بالأحرز، بلا سنة طبع، ص ٢٥٠. محمد الشربيني الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج ٢، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر، ١٩٥٨، ص ٢٥٩-٢٦٠. ابن قدامة، عبد الله بن محمد: المغني، ج ٧، ط ١، دار الفكر - بيروت، ١٤٠٥هـ، ص ٤٩. الشيرازي أبو إسحاق، إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشافعي: المهذب في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج ٢، مطبعة عيسى البابي الحلبي و شركاء بمصر، ص ٧٠. حسين خلف الجبوري، «فرق النكاح وبين أحكامها في الشريعة الإسلامية»، ط ١، دار الحرية للطباعة بغداد ١٩٧٤، ص ١٠٩ - ١١٠.

٢٢- سيد سابق، فقه السنة، مرجع سابق، ص ٤٥٧.

٢٣- المرجع السابق، ص ٤٥٧.

٢٤- ابن حزم، المحلى، (٢٧١/١٠).

٢٥- الحلبي، المحقق، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ط ٢، مطبعة أمير-قم ١٤٠٩ هـ. ص ٤٢. كذلك: الحلبي، المختصر النافع، مرجع سابق، ص ٢٧١.

٢٦- أبو إسحاق الشيرازي، المهذب، (٧٠/٢).

٢٧- ابن قدامة، المغني، (٤٩/٧).

٢٨- ينظر: محمد بن أحمد بن عرفة النسوقي، حاشية النسوقي على الشرح الكبير، ج ٢، دار إحياء الكتب العربية، ص ٢٨١، سيد سابق، فقه السنة، مرجع سابق، ص ٤٥٩. سليمان بن خلف الباجي، المنتقى شرح موطأ إمام مالك، ج ٢، من دون ذكر أسم المطبعة وسنة الطبع، ص ١١٣. النسوقي، حاشية الشرح الكبير على النسوقي (٢٨١/٢)، أبي القاسم محمد بن أحمد بن جزى الكلبي القوانين الفقهية، دار الكتب العلمية ببلن، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ، ص ٢١٥. الشربيني، مغني المحتاج (٢٠٧/٢-٢٠٩). ابن قدامة، المغني (٦/ ٥٢٤-٥٢٧)، ابن رشد الحفيد، القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج ٢، دار الحديث-القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٥٠.

٢٩- محمد بن أحمد بن عرفة النسوقي، حاشية النسوقي على الشرح الكبير، ج ٢، دار إحياء الكتب العربية، ص ٢٨١، ٢٨١، ٢٨٥. ابن جزى، القوانين الفقهية، ص ٢١٥. الشربيني، مغني المحتاج، (٢٠٧/ ٢-٢٠٩)، ابن قدامة، المغني (٦/ ٥٢٤-٥٢٧) (٥٢٧-٥٢٤)، ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، (٥/٢).

٣٠- [النساء: ٣٥/٤]

٣١- ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، (٨١/٢ - ٨٢). أحمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج ٣، ط ١، مطبعة السنة المحمدية، بمصر، ١٩٤٩، ص ٩٠. الشيرازي، المهذب، (٧٠/١). ابن قدامة (٥١/٧). النسوقي، الشرح الكبير، (٢٨١/ ٢). ابن جزى، القوانين الفقهية، ص ٢١٥. الشربيني، مغني المحتاج (٢٠٧/٢-٢٠٩). ابن قدامة، المغني، (٦/ ٥٢٤-٥٢٧)، ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد (٥/٢). كذلك: ينظر سيد سابق، فقه السنة، مرجع سابق، ص ٤٥٩. كذلك حسين خلف الجبوري، مرجع سابق، ص ١١.

٣٢- الباجي، المنتقى شرح موطأ، ج ٢، ص ١١٣، ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، (٨١/٢ - ٨٢).

- ٣٣- المرتضى، البحر الزخار ، (٩٠/٣).
- ٣٤- الشيرازي ، المذهب ، (٧٠/٢)، ابن قدامة ،المغني (٤٩/ ٧).
- ٣٥- ابن قدامة ،المغني (٤٩/ ٧).
- ٣٦- العلامة الشيخ خليل بن إسحاق المالكي مختصر خليل مكتبة ومطبعة المشهد الحسيني ، مصر ، ص ١٤٦.
- ٣٧- السيوطي ،تتوير الحواشي ، شرح موطأ مالك ، مكتبة ومطبعة المشهد الحسيني ، القاهرة ، ج ٧ ، ص ٢١٨.
- ٣٨- وهذه القوانين هي: أ-قانون الطلاق المعدل بقانون اصلاح الطلاق لسنة ١٩٦٩ ب-قانون للطلاق المعدل بقانون الاحوال الزوجية لسنة ١٩٧٣ ج-تعديلات قانون المرافعات الزوجية لسنة ١٩٨٤.
- ٣٩- ينظر: د مصطفى ابراهيم الزلمي ، مرجع سابق، ص ٤٣٩-٤٤٠.
- ٤٠- المرجع السابق ص ٤٦٢.
- ٤١- نقلا عن تادرس ميخائيل تادرس، القانون المقارن في الاحوال الشخصية للأجانب في مصر ، ط ١ مطبعة رسييس، الاسكندرية ١٩٥٤ ، ص ١٤٦.
- ٤٢- المرجع السابق ص ١٤٦. ذلك د. محمد حسن منصور ، مرجع سابق ص ٤٤١ وما بعدها.
- ٤٣- ينظر: كامل عثمان: المرشد في الاحوال الشخصية- ط ١، مطبعة الفجالة الجديدة -١٩٥٨، ص ٣١٤.
- ٤٤- ينظر: د مصطفى ابراهيم الزلمي-مرجع سابق -ص ٤٥.
- ٤٥- وقد توسع الفقه والقضاء في المانيا الاتحادية (سابقا) كثيراً في تفسير السلوكية المخلة بالأداب حتى شملت كل اساءة تؤدي الى اضطراب العلاقات الزوجية وتدهورها وانقضاء التفاهم الروحي بينهما بحيث يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية بأي شكل من الأشكال وأعتبر من امثلة لا على سبيل الحصر ما يلي: ١-قيام أحد الزوجين بإساءة التعامل مع الآخر وإساءة بالغة بالضرب و التهديد و الامانة وعدم الاحترام. ٢- قيام أحد الزوجين بهجر زوجته دون عذر مقبول. ٣-أخلال أحد الزوجين بالواجبات الزوجية أخلاقاً بالغا لا يمكن معه أن تستقيم الحياة الزوجية. ٤-قيام أحد الزوجين بتحريض الآخر على انتهاج سلوكية مشينة ومخلّة بالأداب كالتحريض على الدعارة والسمره. ٥-ارتكاب أحد الزوجين جريمة سائئة من شأنها أن تلحق بالطرف الآخر ضرراً لا يطاق. ينظر: المرجع السابق، ص ٤٤٩.
- ٤٦- مثل القانون العراقي م(١/٤٠)،الأرمني م(١/٣٢)،السوري م(١/٢)،المغربي الفصل (٢٦)، التونسي فصل (٣٢٦)،الكويتي م(١١).
- ٤٧- ينظر: م(٤٢) من ف.أ.ش. العراقي.
- ٤٨- ذكرنا سابقاً أن معظم التشريعات العربية والغربية وكذلك اشرائع المسيحية باختلاف مذاهبها قد أعطت لكلا الزوجين الحق في طلب التفريق للضرر دون إقتضاره بأحد بينما أقتصر القانون المصري هذا الحق بالزوجة فقط ولم يعطه للزوج وربما الذي دفع المشرع المصري من وجهة نظرنا ،الى هذا الاتجاه هو تأثره بالذهب المالكي الذي أشتق منه هذه المادة القانونية والذي يعطي هذا الحق للزوجة فقط لأن الزوج ممكن ان يستخدم حقه في الطلاق.

٤٩- د. أحمد بخيت وآخرون، مرجع سابق، ص ٥١٠ وما بعدها. وكذلك ما تقدم ذكره من موقف الفقه الإسلامى عن هذه المسألة.

٥٠- عمر عيسى الفقى، مرجع سابق، ص ٩٠-٩١.

٥١- ينظر: م (٤٥) من قانون الأحوال الشخصية العراقى النافذ.

٥٢- ينظر م (٤١) من قانون العقوبات العراقى رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل والنفذ الخاصة بحق التأديب ضمن الفعل الخاص بأسباب الإباحة والتي تشمل بالإضافة الى استعمال الحق اداء الواجب والدفاع الشرعى. أنظر فى ذلك قرار محكمة الأحوال الشخصية فى مدينة الصدر رقم ٤٠٠ / ش / ٢٠٠٧ فى ٧/٢٧ / ٢٠٠٧ (غير منشور) والذي يشير الى أن المدعى عليه كان يعذب المدعية بالكلام القاسى أى اعتبرت الكلام القاسى من أنواع التعذيب النفسى على أساسه قررت المحكمة التفريق للضرر. وينفس الاتجاه قرار محكمة الأحوال الشخصية فى مدينة الصدر رقم ٧٧/ش / ٢٠٠٧ فى ٢٢/٢/٢٠٠٧ (غير منشور).

٥٣- د. أحمد بخيت وآخرون، مرجع سابق، ص ٥٠٢ وما بعدها.

٥٤- أضيفت هذه العبارة بموجب القانون رقم (٥) لسنة ١٩٨٦ قانون تعديل قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المنشور فى الوقائع العراقية.

٥٥- المستشار عمر الفقى، الموسوعة الشاملة فى الأحوال الشخصية، ج ٢، الطلاق، ط ١، المكتب الجامعى الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٨٧-٨٨.

٥٦- قرار سري: مجلة المحاماة عدد ٦٤ ص ٦٤، نقلاً عن: أحمد جمال الدين، مرجع سابق، ص ٣١٨.

٥٧- قرار سري مجلة المحاماة ٦٤ ص ٦٤، نقلاً عن: المرجع السابق، ص ٢١٧. الإضرار الذى تعنيه المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية يشترط فيه أن يكون الزوج قد قصده وتعمده، سواء كان ضرراً إيجابياً من قبيل الإيذاء بالقول أو الفعل، أو ضرراً سلبياً يتمثل فى هجر الزوج لزوجته ومنعها مما تدعو إليه الحاجة الجنسية، على أن يكون ذلك باختياره لا قهراً عنه، يؤيد ذلك أن المشرع استعمل لفظ "الإضرار" لا الضرر، كما يؤيد أن مذهب الملكية مأخذ هذا النص يبيح للزوجة طلب التفريق إذا ما ضارها الزوج بأي نوع الإيذاء التى تنمض كلها فى أن للزوج منخل فيها، وإرادة محكمة فى اتخاذها. (نقض مدنى فى الطعن رقم ٨ لسنة ٤٣ قضائية - جلسة ١٩/١١/١٩٧٥ مجموعة المكتب الفقى - السنة ٢٦ - الجزء الثانى - ص ١٤٢٦ وما بعدها).

٥٨- ينظر: د. مصطفى الجمال، الأحوال الشخصية لغير المسلمين، منشورات الحلبي الحقوقية ٢٠٠٢، ص ٤٥٥-٤٥٦.

٥٩- ينظر: د. توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين، ط ١ منشأة المعارف - الإسكندرية، ١٩٦٢، ص ٧٠٨-٧٠٩.

٦٠- رئاسة محكمة تمييز إقليم كورنستان العراق، العدد/ ٢٧٦ / هيئة الأحوال الشخصية/ ٢٠٠٧، رقم الاضماره/ ٦٧ / ش / ٢٠٠٧.

٦١- العدد ٧٧٥ / شخصية / ١٩٨١ فى ١٣/٥/١٩٨١.

- ٦٢- بالعقد ٢٤٤٥ / شخصية/ ٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٨/١٨.
- ٦٣- العدد ٥١/ش / ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٩/٢٦. علما ان هذا القرار اولي غيائي لم يتم تميزه او الاعتراض عليه على حد علمنا.
- ٦٤- قرار تميزي رقم ٨٠، شخصية، ١٩٧٨ في ١٩٧٨/١/١٤، مجلة الأحكام العدلية ، لسنة ١٩٧٨-العدد الأول، ص ٦١.
- ٦٥- قرار تميزي رقم ١٩٣/هيئة عامة ثانية /٧٤ في ١٩٧٥/٢/١ نقلاً عن: عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية ، ج ٣ ، ط ١ ، مطبعة بابل ، بغداد ، ١٩٧٧.
- ٦٦- رقم القرار التمييزي ٨٣٤ في ١٩٦٩/١/٢٢ نقلاً عن: الشيخ د. أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون ، ج ١، الزواج والطلاق وأثرها، القادر، ٢٠٠٧، ص ٤٨٨.
- ٦٧- قرار مجلس التميز الجعفري رقم ٢٦٨ في ١٩٦٣/٤/٢٠ نقلاً عن: المرجع السابق، ص ٢٨٨.
- ٦٨- ينظر: مصطفى الجمال، مرجع سابق ص ٤٥٦-٤٥٧.
- ٦٩- توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص ٧٠٩.
- ٧٠- وقضت في قرار آخر أن شك الزوج في زوجته لعلاقتها بأبن عمها يعتبر ضرراً يجيز تطبيقها نقض ١٩٧٠/١/١٧.
- ٧١- د. محمد حسين منصور ، مرجع سابق، ص ٤٣٥.
- ٧٢- عمر عيسى الفقي، مرجع سابق، ص ٩٨.
- ٧٣- ينظر: عمر عيسى الفقي ، مرجع سابق، ص ٩٢.
- ٧٤- المحامي جمعة سعدون الربيعي ، مرجع سابق ، ص ١٥١.
- ٧٥- عمر عيسى الفقي ، مرجع سابق، ص ٩٢.
- ٧٦- ينظر: د. مصطفى إبراهيم الزلمي، مرجع سابق، ص ٤٣٩.
- ٧٧- المرجع السابق، ص ٤٤٠.
- ٧٨- ينظر: عمر عيسى الفقي، مرجع سابق، ص ٩٢-٩٣.
- ٧٩- [النساء: ٤/٣٥].
- ٨٠- الموسوي، الشرح الكبير، (٢ / ٢٨١ ، ٢٨٥). ابن جزي، القوانين الفقهية ص ٢١٥، الشرييني مغني المحتاج (٢ / ٢٠٧-٢٠٩)، ابن قدامة، المغني، (٦/ ٥٢٤-٥٢٧)، ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد (٢ / ٥).
- ٨١- في تفاصيل هذه الشروط ينظر: د. عبد الله محمد رباحه ، د. محمد محمود طلافحه ، د. اسامه علي الفقيه الرباعه: التحكيم في الشقاق بين الزوجين واليات تطويره في القضاء الشرعي الاردني، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ، العدد (٣٩) يوليو- ٢٠٠٩، ص ١٧٥-١٨٧. وائل طلال سكيك ، مرجع سابق، ص ٦٧-٧٢.
- ٨٢- عمر عيسى الفقي، مرجع سابق، ص ٩٣.
- ٨٣- ينظر: أحمد سالم ، مرجع سابق ، ص ١٩٥.

تحكم بالمنفعة، ف ٩ ثبات المفقودة عن طريق حجة على مفقود لإثبات فقد الزوج لكي تتمكن الزوجة من طلب التفريق من زوجها للمفقود ف ٣٠ طلب تفريق الزوجة الموافقة من زوجها المقيم خارج القطر بسبب تعيينه جنسية لدولة أجنبية عن طريق تأييد الجهة الرسمية المختصة بإقامة الزوج في الخارج. ثلثاً/ ب.

١٠١- ينظر: م (٧) من القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل.

١٠٢- علي عدنان النجار: مرجع سابق، ص ١٦٠-١٦٢. ووفقاً لقانون اثبات العراقي فيلزم المدعي أو المدعية بأثبات دعواهما. وأن اثبات المدعي (للزوج أو للزوجة) دعواهما بالبينة الشخصية. ووفقاً للمبادئ الشرعية والقانونية فيجب أن يكون نصاب الشهادة رجلين أو رجل و امرأتين و ملاحظة أن شهادة امرأتين في الأمور الشرعية يجب الاستماع إليهما مجتمعتين. سيما وأن قانون اثبات مداته الحادية عشر نص على أن القانون يسري على المسائل غير المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية مالم يوجد دليل شرعي خاص أو نص في القانون الأحوال الشخصية يقضي بخلاف ذلك. القرار التمييزي المرقم ٢٣١٤/ش/٢٠٠٥/١ في ٢٣/١٠/٢٠٠٥ (غير منشور).

١٠٣- القرار التمييزي المرقم ٢٣١٤/ش/٢٠٠٥/١ في ٢٣/١٠/٢٠٠٥ (غير منشور).

١٠٤- ينظر: م (٨) من هذا القانون.

١٠٥- م (٩) من هذا القانون.

١٠٦- م (١٠) من هذا القانون.

١٠٧- م (١١) من هذا القانون.

١٠٨- ينظر: رمضان السيد الشربناصي و د. جابر عبد الهادي، أحكام الأسرة، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠١، ص ١٥٤.

١٠٩- انظر عمر عبد الله، الأحوال الشخصية، ص ٥٣٦، وهبه الزحيلي، ص ٥٣١.

١١٠- ذهبت محكمة التمييز العراقية بقرار لها إلى أنه "إذا ردت دعوى التفريق المؤسسة على أحد الأسباب الواردة في م (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية لعدم ثبوت السبب واكتسب قرار الرد درجة البتات والقيمت دعوى ثانية بالتفريق للسبب نفسه فعلى المحكمة أن تلجأ إلى التحكيم حسب م (٤١) من القانون المذكور، أما إذا ظهر أن الدعوى الأولى لم ترد لأحد الأسباب المذكورة في م (٤٠) من القانون أو أنها أبطلت فلا يجوز اللجوء إلى التحكيم بل يجب الفصل في الدعوى باعتبارها دعوى ضرر". رقم القرار ٨٣١٤ /شخصية/ ١٩٨٠ في ١٩٨١/٧/٨ مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثالث، السنة (٢)، ١٩٨١، ص ١٩. كذلك القرار التمييزي الذي يقضي بأنه "إذا ردت دعوى التفريق المستندة على طعن الزوج بشرف زوجته واكتسب حكم الرد درجة البتات واقيمت دعوى ثانية بالتفريق لنفس السبب فعلى المحكمة أن تلجأ إلى التحكيم طبقاً للمادة (٤٢) من قانون الأحوال الشخصية المعدل رقم القرار ٢٩٧/شخصية/ ١٩٧٨ في ١٩٧٨/٢/٢٧، مجلة الأحكام العدلية، ١٩٧٨، العدد (١) ص ٦١.

١١١- ينظر ف ٢ من م (٤١) من هذا القانون.

- ١١٢- ينظر ق-٣ من م(٤١) من هذا القانون.
- ١١٣- في تفاصيل ذلك أنظر: رمضان السيد الشرباصي و د. جابر عبد الهادي، مرجع سابق ص ٣١، د. مصطفى الزلمي، مرجع سابق، ص ٢٢٩ وما بعدها.
- ١١٤- د. أحمد الكبيسي، مرجع سابق ص ٤١.
- ١١٥- د. مصطفى الزلمي، مرجع سابق، ص ١٩٩ وما بعدها.
- ١١٦- د. علاء الدين خروفي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج١، مطبعة المعارف - بغداد ١٩٦٢، ص ٣١٥.
- ١١٧- المرجع السابق، ص ٣٢٠ وما بعدها.
- ١١٨- رمضان السيد الشرباصي و د. جابر عبد الهادي، مرجع سابق، ص ٣٤٩.
- ١١٩- بموجب م(٣/٣٩) من قانون الأحوال الشخصية فإن الزوج إذا طلق زوجته وبين للمحكمة أن الزوج متعسف في طلاقها وأن الزوجة أصابها ضرر من جراء ذلك، تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويض يتناسب وحالته المادية ودرجة تعسفه ويقرر جملة على أن لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاء على حقوقها الثابتة الأخرى. بينما القانون الأردني حدد مدة النفقة بسنة (أنظر م ١٣٤) من قانون الأحوال الشخصية الأردني. كما أن المطلقة في التشريع العراقي أقرار رقم ١٢٧ في ١٩٩٩/٧/٢٤ تستوفي مهرها المؤجل في حالة الطلاق الواقع بعد ١٩٩٩/٨/٢٢ مؤمناً "بالذهب بتاريخ عقد الزواج: وهو نص أنفرد به التشريع العراقي على سائر التشريعات العربية الأخرى خاصة الوقت الذي شهد تضخم في الأسعار مما جعل المهور القديمة ثمناً بخساً يستطيع الرجل دفعه لمطلقتها في أي وقت.
- ١٢٠- ينظر: م (١٣٢/هـ و).
- ١٢١- منها أن التقصير لو كان كلياً على الزوجة وهي المدعية وتمسك الزوج بالخيانة الزوجية ردت دعوها، وكذلك عدم إلزام الزوجة بدفع بدل عن إيقاع الطلاق، وأن نسبة التقصير هي التي تمدد مصير المهر المؤجل أو المعجل.
- ١٢٢- وهذه الشروط هي: البلوغ والعقل وأن تكون قادرة على تربية المولود وصيانته وإضاف القانون شرط عدم الزواج بغير محرم للتصغير م(١٠٠) أردني أما القانون العراقي فلم يشترط الشرط الأخير م(١/٥٧) عراقي.
- ١٢٣- رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣ المعدل المنشور في الوقائع العراقية العدد ٢٩٥٢ في ١٩٨٣/٨/٨.
- ١٢٤- م(١/١) من هذا القانون.
- ١٢٥- م (٢/١) من هذا القانون.
- ١٢٦- م(٢) من هذا القانون.
- ١٢٧- م (٣) من هذا القانون.
- ١٢٨- بموجب القانون رقم (٢١) لسنة ١٩٧٨ المنشور في الوقائع العراقية العدد ٢٦٣٩ في ٢٠ / ٢ / ١٩٧٨.
- ١٢٩- د. عصمت عبد المجيد بكر، حق الزوجة المطلقة في السكنى، دراسة في ضوء أحكام القانون المرقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣ المعدل والتطبيقات القضائية، الدراسة منشورة في مجلة العدالة، وهي مجلة فصلية تصدرها وزارة العدل العراقية،

العدد الأول، السنة ١٩٩٩ ص ٤١.

١٣٠- قرار محكمة التمييز المرقم ٥٦ / هيئة عامة / ١٩٩٥ في ٢٠/٣/١٩٩٥، الموسوعة العدلية، العدد (٢٦)، ١٩٩٥، ص ٤-٥.

المصادر والمراجع:

القران الكريم

أولاً: كتب اللغة والنحو

- ١- ابن منظور: لسان العرب، ط١، دار إحياء التراث العربي، ١٤٠٥ هـ.
- ٢- احمد أبو بكر الرازي، مختار الصحاح، ط١، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت ١٩٩١.
- ٣- سعدى أبو حبيب: القاموس الفقهي، ط٢، مطبعة دار الفكر، دمشق، ١٤٠٨ هـ.

ثانياً: كتب الفقه الإسلامي المعاصر

- ١- احمد يخيخ الغزالي وأخرون، أجوبة السائلين عن مشكلات وقضايا الأحوال الشخصية للمسلمين، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ٢٠٠٥.
- ٢- احمد جمال الدين، القضاء الشرعي، مطبعة الزهراء - النجف ١٩٤٩.
- ٣- احمد داود، القرارات الاستئنافية في اصول المحاكمات الشرعية ومناهج الدعوى، ج ٢، ط١، دار الثقافة والنشر - عمان، ٢٠٠٤.
- ٤- حسين خلف الجبوري، فرق النكاح وبيان أحكامها في الشريعة الإسلامية، ط ١، دار الحرية للطباعة بغداد ١٩٧٤.
- ٥- زيدان: عبد الكريم زيدان، المفصل في احكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، ط ٣، بيروت، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م.
- ٦- السيد سابق: فقه السنة، ج ٢، ط ١، دار الفتح للإعلام العربي، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م.
- ٧- د. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، ط. دار النهضة العلمية - بيروت ١٩٧٧.
- ١- د. مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج ٢، دمشق، ٢٠٠٨.
- ٢- د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٧، دار الفكر المعاصر - بيروت، ١٩٩٧.

ثالثاً: كتب الفقه الإسلامي القديم

- ١- ابن حزم الظاهري، المحلى، ج ١٠، منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر، بيروت، بنون سنة نشر.

التفريق للصور المادحة والمعنوية الذميمة يصيب أحد الزوجين-دراسة قانونية مقارنة بالفقه الإسلامي

- ٢- ابن قدامة، عبد الله بن محمد: المغلي، ج٧، ط١، دار الفكر-بيروت، ١٤٠٥هـ.
- ٣- ابن رشد الحفيد، القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد، بذلية المجتهد و نهاية المقصد، ج٢، دار الحديث-القاهرة، ٢٠٠٤.
- ٤- الباجي، سليمان بن خلف، المنتقى شرح موطأ إمام مالك، ج٢، من دون ذكر أسم المطبعة وسنة الطبع.
- ٥- أحمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج٣، ط١، مطبعة السنة المحمدية، مصر.
- ٦- الجواهري، الشيخ محمد حسن أنجلي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج٣١، ط٣، مطبعة خورشيد، ١٣٦٧ ش.
- ٧- الحلبي، المحقق، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ج٢، ط٢، مطبعة أمير-قم، ١٤٠٩هـ.
- ٨- الحلبي، المحقق جعفر ابن الحسن، المختصر النافع، مطبعة وزارة الأوقاف -مصر، ١٣٧٧هـ.
- ٩- الحجاوي، شرف الدين موسى المقدسي، الاقتاع في فقه الامام أحمد بن حنبل، ج٣، المطبعة المصرية بالأزهر، بلا سنة طبع.
- ٤- خليل بن إسحاق المالكي، مختصر خليل، مكتبة ومطبعة المشهد الحسيني، مصر، بدون سنة طبع.
- ٥- الخطيب، محمد الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج٢، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٩٥٨.
- ٦- الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٢، دار إحياء الكتب العربية، بدون سنة نشر.
- ٧- خير الدين محمد، التفسير الكبير، دار الفكر الجامعي-بيروت، ١٩٨٤ فخر الرازي.
- ٨- سليمان بن خلف الباجي، المنتقى شرح موطأ إمام مالك، ج٢، من دون ذكر أسم المطبعة وسنة الطبع.
- ٩- السيوطي، تنوير الحوالك، شرح موطأ مالك، مكتبة ومطبعة المشهد الحسيني، القاهرة، بدون سنة نشر.
- ١٠- الشيرازي، أبو إسحاق، إبراهيم بن علي بن يوسف الغفروز آبادي الشافعي: الميزب في فقه مذهب الإمام الشافعي، ج٢، مطبعة عيسى البابي، الحلبي و شركاء بمصر، بدون سنة نشر.
- ١١- العاملي، الشهيد الثاني زين الدين الجبعي: لروضة البهيّة في شرح التلمعة الدمشقية، ج٢، مطبعة أمير-قم، ١٤١٠هـ.
- ١٢- الكاساني، علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٢، ط١، ١٣٢٧ هـ.
- ١٣- الكلبي، أبي القاسم محمد بن أحمد بن جزيّ القوانين الفقهية، دار الكتب العلمية بلبنان، الطبعة الأولى، سنة:

١٤١٨هـ.

١٤- القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج ٢، ط ١، دار الكتب العلمية، ١٩٨٨م، ص ١.

١٥- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب: الحاوي الكبير، ط ١، دار الكتب العلمية بيروت، ١٩٩٤م، ص ١٢.

رابعاً: كتب القانون

١- د. أحمد سالم ملحم، الشرح التطبيقي لقانون الأحوال الشخصية الأردني، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، ١٩٩٨.

٢- د. أحمد الكبسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ج ١، الزواج والطلاق وأثارها، القاهرة، ٢٠٠٧.

١- تادرس ميخائيل تادرس، القانون المقارن في الأحوال الشخصية للأجانب في مصر، ط ١، مطبعة رسمين، الاسكندرية، ١٩٥٤.

٢- د. توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين، ط ١، منشأة المعارف - الاسكندرية، ١٩٦٢.

٥ - جمعة سعدون الزبيعي المحامي، المرشد إلى إقامة الدعاوى الشرعية وتطبيقاتها العملية، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٦.

٦ - رمضان السيد الشرباصي ود. جابر عبد الهادي، أحكام الأسرة، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠١.

٧- عبد الرحمن للعلم، شرح قانون المرافعات المدنية، ج ٣، ط ١، مطبعة بابل، بغداد، ١٩٧٧.

٨- د. علاء الدين خروفه، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج ١، مطبعة المعارف - بغداد، ١٩٦٣.

٩- د. فاروق عبد الله كريم - الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، جامعة السليمانية، ٢٠٠٤.

١٠ - كامل عثمان: المرشد في الأحوال الشخصية - ط ١، مطبعة الفجالة الجديدة - ١٩٥٨.

١١- د. مصطفى إبراهيم الزلمي: مدى سلطان الإرادة في الطلاق في الشرائع والقوانين والأعراف خلال أربعة آلاف سنة، ط ١، بدون ذكر اسم مطبعة أو سنة للطبع ص ٣٧١.

١٢- د. مصطفى الجمال، الأحوال الشخصية لغير المسلمين، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٢.

خامساً: البحوث

١- د. عبد الله محمد رابعة، د. محمد محمود طلاقه، د. اسامه علي الفقير الربابعة: التحكيم في الشقاق بين الزوجين واليات تطويره في القضاء الشرعي الاردني، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد (٣٩) يوليو- ٢٠٠٩ ص ١٧٥-١٨٧.

التفريق للصدور المأدب والمعنوب الذبح يصيب أحد الزوجين-دراسة قانونية مقارنة بالفقه الإسلامي

٢-٣. عصمت عبد المجيد بكر ،حق الزوجة المطلقة في السكنى ، دراسة في ضوء أحكام القانون المرقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣ المعدل والتطبيقات القضائية ، بحث منشور في مجلة العدالة ، وهي مجلة فصلية تصدرها وزارة العدل العراقية ، العدد الأول ، السنة ١٩٩٩ .

٣-محمد بن محمد بن فرج البيومي آل قروف: التفريق بالقضاء والعدة،بحث منشور على الموقع الالكتروني، www.alukah.net.

سادسا: الدوريات

١-مجلة المحاماة(لمصرية)ع ٦٤ من ٦٠.

٢-مجلة الأحكام العدلية(للعراقية) ، السنة ١٩٧٨-العدد (١).

٣- مجموعة الأحكام العدلية ،العدد الثالث ،السنة (٣) ، ١٩٨١ .

٤-مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٦ - الجزء الثاني

٥-للموسوعة العدلية ، العدد (٢٦) ، ١٩٩٥ .

١- النشرة القضائية الصادرة عن محكمة التمييز العراقي.

سابعاً: قرارات غير منشورة صادرة عن القضاء العراقي:

١-القرار المرقم ٧٧٥ / شخصية / ١٩٨١ في ١٣/٥/١٩٨١.محكمة تميز العراق.

٢-القرار التمييزي المرقم ٢٣١٤/ش/١ في ٢٠٠٥/١٠/٢٣ .

٣-القرار المرقم ٢٧٦ / هيئة الاحوال الشخصية/ ٢٠٠٧.رقم الاضبارة/ ٦٧ / ش/ ٢٠٠٧. محكمة تمييز اقليم كورمستان العراق.

٤-قرار محكمة الأحوال الشخصية في مدينة الصدر رقم ٤٠٠ / ش/ ٠٠٧ في ٢٧/٧/ ٢٠٠٧ .

٥-قرار محكمة الأحوال الشخصية في مدينة الصدر رقم ٧٧ / ش / ٢٠٠٧ في ٢٢/٢/ ٢٠٠٧ .

٦-القرار المرقم ٢٤٤٥ / شخصية/ ٢٠٠٨ في ١٨/٨/ ٢٠٠٨ محكمة الاحوال الشخصية في الشعب.

ثامنا: رسائل واطاريح

١-علي عدنان النجار: التفريق القضائي بين الزوجين-رسالة ماجستير مقدمة الى الجامعة الإسلامية غزة-كلية الشريعة -قسم القضاء الشرعي، ٢٠٠٤، ص ١٥٩-١٦٠.

٢- وائل طلال سكيك: التحكم في الشقاق بين الزوجين في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني بقطاع غزة ،رسالة ماجستير مقدمة الى القضاء الشرعي من كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية بغزة، ٢٠٠٧.

تاسعا: فواتير

- ١- المرسوم المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.
- ٢- قانون الأحوال الشخصية العراقية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.
- ٣- قانون المرافعات المدنية العراقية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.
- ٤- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦.
- ٥- قانون سكاني الزوجية العراقي لسنة ١٩٨٣ المعدل.