وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة صلاح الدين

كلية القانون

قسم القانون

التفريق القضائي للضرر

(دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)

بحث مقدَّم الى مجلس قسم القانون كجزء من متطلبات نيل درجة بكالوريوس في القانون

من قبل

زينة فؤاد طاهر

رويدة جمال قادر

باشراف

د. سربست قادر حسين

2024 –2023

قال تعالى :

﴿ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ﴾

البقرة جزء الآية ٢٣١

توصية المشرف

أُؤيد بأن هذا البحث الموسوم بـ (التفريق القضائي للضرر – دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون) قد أُنجزَ وكُتبَ تحت اشرافي، وأنا أوافق بأن يُقدَّم بشكله الحالي للمناقشة، كجزء من متطلبات نيل درجة بكالوريوس في القانون.

التوقيع:

الاسم: د. سربست قادر حسين

التاريخ: 31/ 3/ 2024

الإهداء

أُهدي هذا البحث المتواضع الى:-

- أساتذتي الأعزاء... الذين علموني بحراً من العلوم والثقافة.
- أبي وأُمِّي... اللذان لم يُقصِّرا في تربيتـي وتعليمي. أطال الله في عُمرهما.
- اخواني وأخواتي... الذين يجعلوني أحس بالقوة.
- زوجي العزيز... سندي وشريك حياتي.
- أصدقائي.. . الذين يُشاركونني الفرح والحزن على الدَّوام.

شكرو تقدير

بعد إتمام هذا البحث، فإننا نشكر الله ذا المن والفضل والإحسان. كما ونتقدم بالشكر والامتنان إلى أستاذنا ومشرفنا الدكتور سربست قادر حسين الذي تفضل بالإشراف على هذا البحث ولم يتوان عن بذل الجهد والوقت والنصح والإرشاد سائلين الله أن يمن عليه بالخير والعافية والعمر المديد.

ونتقدم بالشكر الجزيل إلى كلية القانون قسم القانون جامعة صلاح الدين لما قدموا لنا من اهتمام ومساعدات أثناء دراستنا الجامعية.

المحتويات

الموضوع	الصفحة
توصية المشرف	III
الإهداء	IV
شكر وتقدير	V
المحتويات	VI
المقدمة	1
المبحث الاول: ماهية التفريق القضائي للضرر	**3**
المطلب الاول: ماهية التعريف القضائي و مشروعيته	3
الفرع الاول: مفهوم التفريق القضائي للضرر	3
الفرع الثاني: مشروعية التفريق القضائي للضرر	5
المطلب الثاني: ماهية الضرر الموجب للتفريق	6
الفرع الأول: مفهوم الضرر الموجب للتفريق وانواعه	6
الفرع الثاني: شروط الضرر المفضي الى التفريق بين الزوجين و انواعه	7
المبحث الثاني: حالات التفريق القضائي للضرر و آثاره	**10**
المطلب الأول: حالات التفريق القضا ئي للضرر واثباتها	10
الفرع الأول: حالات التفريق القضائي للضرر	10
الفرع الثاني: كيفية اثبات حالات الضرر الموجب للتفريق القضائي	11
المطلب الثاني: آثار التفريق القضائي للضرر	13
الفرع الأول: نوع الفرقة الحاصلة بالتفريق القضائي للضرر	13
الفرع الثاني: أثر التفريق القضائي للضرر من حيث المهر	14
الخاتمة	16
قائمة المصادر	18

المقدمة

اولاً: التعريف بموضوع البحث:

إن عقد الزواج رابطة شرعية وقانونية مقدَّسة بين الرجل والمرأة، وبه تنشأ الحياة الزوجية التي الأصل فيها أن تكون قائمة على المودة والحب والرحمة وجعل كل من الزوجين سكناً للآخر، كما أنه شُرع على سبيل الدوام والبقاء، ولكن قد تسوءُ الحياة الزوجية، بأن يحدث أن يَضر أحد الزوجين بالآخر ضرراً جسيماً ما يقلب حبهما كُرهاً ونعيمهما جحيماً، فيتعذر استمرار الحياة الزوجية، لذلك أجاز القانون حينئذ لكل من الزوجين طلب التفريق من القضاء، ويحكم القاضي به إذا توافر شروطه.

ثانياً: أهمية موضوع البحث ومشكلته وأهدافه:

تتتمثل أهمية الموضع ببيان ماهية الضرر الموجب للتفريق وأنواعه وشروطه، وكذلك الحكم الشرعي والقانوني للتفريق للضرر، وحالاته والآثار المترتبة عليه. وتكمن مشكلة البحث في الاشكاليات التي قد يُثيرها التفريق القضائي للضرر، عليه وفي ضوء مشكلة البحث يمكن طرح الأهداف التي يتوخى الباحث الوصول الى تحقيقها من خلال الإجابة على التساؤلات الآتية:

1- ماهو الضرر الموجب للتفريق؟

2- ما هي التفريق القضائي للضرر؟

3- ما هي حالات التفريق للضرر وكيفية اثباته؟

4- ماهي آثار التفريق للضرر؟

فسنحاول في هذه الدراسة الاجابة عن هذه التساؤولات.

ثالثاً: نطاق البحث: يقتصر نطاق البحث على الضرر الإرادي، وهو الضرر الذي يلحقه أحد الزوجين بارادته بالآخر، وبالتحديد سنركز على المادة (40) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959. لذلك يخرج من نطاقة الضرر اللاارادي كالضرر الناشي عن العلل والأمراض والعاهات.

رابعاً: هيكلية البحث : سنقسم موضوع البحث على مبحثين، في المبحث الاول نتناول ماهية التفريق القضائي للضرر، وذلك من خلال مطلبين، في المطلب الأول نتناول مفهوم التفريق القضائي للضرر ومشروعيته، وفي المطلب الثاني سنبحث عن مفهوم الضرر الموجب للتفريق، أما المبحث الثاني فسنخصصه لحالات التفريق القضائي للضرر وآثاره، وذلك من خلال تقسيمه على مطلبين، نتناول في المطلب الأول حالات التفريق القضائي للضرر واثباته، ونبحث في المطلب الثاني عن آثار التفريق القضائي للضرر. ونختم البحث بأهم ما توصلنا اليه من استنتاجات ومقترحات.

المبحث الأول

ماهية التفريق القضائي للضرر

لبيان ماهية التفريق للضرر، لا بُدّ من الوقوف على معنى التفريق، ومعنى الضرر، ولكوننا اتخذنا من الضرر المحور الرئيس للتفريق في بحثنا هذا، لذا سنقسم هذا المبحث على مطلبين: سنتناول في الأول ماهية التفريق القضائي ومشروعيته، وسنبحث في المطلب الثاني عن ماهية الضرر الموجب للتفريق في الفقه والقانون.

المطلب الأول

ماهية التفريق القضائي ومشروعيته

إن الطلاق منه ما هو حق للزوج فلا يملك أحد غيره إيقاعه إلا بتوكيل منه أو تفويض. إلا أن الشريعة الإسلامية لم تهمل جانب المرأة في هذا الموضوع فمنحتها الحق في طلب التفريق، وأوجبت على القاضي أن يجيبها إلى طلبها إذا كان هناك من الأسباب ما تقرره العدالة، وامتنع الزوج عن المفارقة، كما أن للزوج اللجوء الى القضاء في حالات لطلب التفريق[1]، ونتناول هذا المطلب في فرعين، نخصص الفرع الأول لمفهوم التفريق القضائي للضرر، أما الفرع الثاني فنبحث فيه عن مشروعية التفريق القضائي.

الفرع الاول

مفهوم التفريق القضائي للضرر

إن انحلال الرابطة الزوجية قد تكون بالطلاق الذي يوقعه الزوج أي بالارادة المنفردة للزوج، أو بالفسخ إن كان عقد الزواج قد اعتراه خلل مثل الحرمة المؤبدة أو المؤقته بين الزوجين، أو باتفاق الطرفين بما يُعرف بالخلع، أو بالتفريق القضائي

الذي يكون بقرار من المحكمة، وإن انحلال الرابطة الزوجية سواء أكان بارادة الزوج المنفردة أو باتفاق الطرفين أو بقرار قضائي، يُعد طلاقاً وفق ما وصفته المادة (45) من قانون الاحوال الشخصية العراقي[1].

والتفريق لغة: الإبعاد، من فرَّق تفريقاً، والفرق، تفريق بين شيئين فرقاً حتى يفترقا ويتفرقا، والفرق خلاف الجمع، فرق بينهما، أي فصل بينهما[2].

أما اصطلاحاً، فيراد به التفريق الذي يَقع من قبل القاضي بواسطة القضاء، والذي يؤدي إلى انحلال الرابطة الزوجية، وانقطاع العلاقة بين الزوجين، بسبب من الأسباب الشرعية والقانونية، حيث أجاز القانون للقاضي أن يطلق الزوجة من زوجها في حالات معينة، ولو كان بغير رضى الزوج، وهو بذلك يكون نائباً عن الزوج في ايقاع الطلاق، وهذه النيابة هي نيابة قانونية، وهذا خلاف الأصل، كون الطلاق حقاً للزوج، وهذا ما أكدته نصوص القرآن والسنة النبوية، حيث قال تعالى:﴿ يا أيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن..﴾[3]، وقوله تعالى: ﴿ لا جُناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة..﴾[4]، وفي قول الرسول (ص): (الطلاق لمن أخذ بالساق)، فهو صاحب الحق في ايقاعه بإرادته المنفردة، كون تبعاته وآثاره تقع على عاتقه وحده، ولذلك جُعل الطلاق بيده، ولكن هذا الحق ليس مطلقاً، اذ يمكن للزوجة أن تَرفع أمرها الى القاضي، وهو الذي يُوقّع الطلاق، لأنه هو الذي رُفع النزاع اليه، فالطلاق يمكن أن يكون قراراً فردياً بيد الزوج، وقراراً جمعياً أي بيد القاضي الذي يُمثل المجموع[5].

وإن الحياة الزوجية تصبح مع الضرر بلاءً وجحيماً لاسيما مع كون هذا الضرر قد لا يقتصر أثره على الزوجين بل يتعداهما الى الأولاد والاقرباء والمجتمع. لذا أجاز المشراع العراقي لأي من الزوجين طلب التفريق لهذا الضرر إذا كان جسيماً يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، بنصه: " لكل من الزوجين طلب التفريق إذا أضر أحد الزوجين بالزوج الأخر

([1]) قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 المعدل.

([2]) الخليل بن أحمد الفراهيدي، معجم العين، ج5، مطبعة مؤسسة الهجرة، قم، 1409هـ، ص 147.

([3]) سورة الطلاق، الآية (1).

([4]) سورة البقرة، الآية (236).

([5]) عادل كاظم كاطع العارضي، التفريق للضرر في القانون العراقي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، الجامعة الاسلامية في لبنان، كلية الحقوق، خلدة، 2014–2015، ص9.

أو باولادهما ضرراً يَتعذر معه استمرار الحياة الزوجية ". والمقصود بالضَّرر هنا هو الضرر الجسيم الناشئ من إخلال أحد الزوجين بواجبه تجاه صاحبه، وأن يتخذ هذا الاخلال مظهراً إيجابياً ظاهراً للوجود يُعبِّر عن نية صاحبه في الأضرار بالزوج الآخر، بل لا بد أن يكون هذا الضرر مما لا يُستطاع معه الاستمرار بالحياة الزوجية وقد عبَّر القضاء العراقي عن ذلك بالضَّرر الجسيم. كما لو اعتدى أحد الزوجين على الأخر بالضرب أو سرقة أمواله أو اعتدى على من له صلة قربى بأحد الزوجين أو بأولادهما، وجاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية: " إن حكم محكمة الموضوع برد دعوى التفريق مخالف للشرع والقانون، ذلك لأن المحكمة لم تُعتبر المدعية عاجزة عن إثبات الضرر الجسيم الموجب للتفريق ومنحها حق تحليف المدعى عليه اليمين الحاسمة " وجاء بقرار آخر لها أنه: " إن حكم التفريق للضرر كان مخالفاً للشرع والقانون، ذلك لأن السبب الذي استند عليه المدعي في اثبات الضرر المدعى به لا يصلح أن يكون سبباً للضرر الجسيم الذي يستوجب التفريق وفق المادة (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل[1].

الفرع الثاني

مشروعية التفريق القضائي للضرر

إذا ادعت المرأة أن زوجها أوقع بها شيئاً من الضرر وطلبت من القاضي التفربق بينها وبين زوجها فهل يجيبها القاضي إلى ما طَلبت؟ أم ماذا يفعل ؟ اختلفت آراء الفقهاء في ذلك الى مذهبين، المذهب الأول لا يفرق بين الزوجين للضرر، وهو مذهب الحنفية والشافعي في أحد قوليه، والحنابلة في أحد الروايتين[2]، فلا يجوز التفريق بين الزوجين بسبب الضرر مهما كان شديداً، وحجتهم في ذلك: أن دفع الضرر عن الزوجة يمكن بغير الطلاق، وذلك بأن تُرفع الأمر إلى القاضي فيَأمر الزوج بحسن معاشرتها وعدم إيذائها، فإن لم يتمثل، أدَّبه بما يراه كفيلاً بحمايتها. ولو بالحيلولة بينه وبينها حتى يرجع عن الإضرار بها ويُحسن معاملتها. والمذهب الثاني وهو مذهب المالكية والشافعية ورواية عند الحنابلة، يجوز للزوجة طلب

([1]) نقلاً عن: عبدالقادر ابراهيم علي، احمد محمود عبد دعيبل، الوجيز في الأحوال الشخصية في القانون العراقي والشريعة الاسلامية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الكتب والوثائق، بغداد، 2010، ص 180 – 182

([2]) د. محمد مطلق عويران النصافي، التفريق بين الزوجين للغيبة والضرر في الفقه الاسلامي وقانون الاحوال الشخصية الكويتي، بحث منشور في مجلة الدراسات العربية،كلية دارالعلوم– جامعة المنيا، مصر، المجلد (41)، العدد (2)، 2020، ص1102.

التفريق إذا أضربها الزوج وأذاها بما لا يجوز شرعاً، وهو الراجح، لأن العشرة بين الزوجين إذا ساءت كانت مجلبة إضرار كبيرة لا يقتصر أثرها على الزوجين بل يتعداهما إلى ذُريتهما وإلى كل من له بهما علاقة بقرابة أو مصاهرة ، وبها تصبح الحياة الزوجية جحيماً، يتحتم معها خلاصهما من هذا الشقاء، وذلك بازالة أسبابه أو قطع هذه الصلة الي تنبعث منها هذه الآلام ليجد كل من الزوج والزوجة سبيله إلى حياة كريمة، وبناء على هذا الاتجاه إذا ادعت الزوجة أن زوجها يُعاملها معاملة لا تلبق بأمثالها، ولا يُستطاع معها دوام العشرة وطَلبت من القاضي، تُطليقها القاضي منه لهذا الضرر[1]، حيث أن هذا ضرر بالغ يقع بالزوجة، والضرر يَجب رفعُه ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار"، ورفع الضرر إنما يكون بالتفريق بين الزوج وزوجته إن أبى أن يطلقها[2].

ومن الناحية القانونية فيبدوا لنا أن القانون العراقي قد أخذ بالإتجاه الأخير، فقد أجاز المشرع العراقي لكل من الزوجين طلب التفريق اذا أصاب أحدهما الآخر ضرراً يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية[3].

المطلب الثاني

ماهية الضرر الموجب للتفريق

وسنتناول دراسة هذا المطلب في فرعين، في الفرع الأول نتطرق الى مفهوم الضرر وانواعه، وفي الثاني شروط الضرر الموجب للتفريق.

الفرع الأول

مفهوم الضرر الموجب للتفريق وانواعه

الضرر لغةً ضد النفع، او بمعنى الأذى، ويطلق كذلك على سوء الحال، والفقر، والشدة في البدن والمرض[1].

([1]) زكية الدين شعبان، الأحكام الشرعية لاحوال الشخصية, الطبعة السادسة، منشورات جامعة قاريونس بنغازي، ليبيا، بدون سنة النشر، ص 492 –493.

([2]) زكية الدين شعبان، المصدر السابق، ص 496.

([3]) المادة (40) من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

أما الضرر اصطلاحاً، لم يأت قانون الاحوال الشخصية العراقي بتعريف للضرر المفضي الى التفريق وإنما اكتفى بايراد بعض امثلة له[2]، وفي الفقه الاسلامي والقانوني هناك تعريف عام للضرر، وتعريف خاص للضرر المفضي الى التفريق، فمن تعريف العام للضرر، عرفه الفقه الاسلامي بأنه: " الحاق مفسدة بالغير مطلقاً" ، كما عُرِّف بأنه: " ما يترتب على الفعل من نقص يلحق الانسان في نفسه أو دينه أو عرضه أو ماله"[3]. كما عُرف الضرر في الفقه القانوني بأنه: " هو الأذى أو التعدي الذي يصيب حقاً أو مصلحة مشروعة لشخص"[4]. أو هو " الأذى الذي يصيب الانسان في نفسه، أو في ماله، أو يمسُّ مصلحة مشروعة له"[5]. أما من حيث تعريف الضرر الخاص المُفضي الى التفريق، فقد عرَّفه بعض الفقه بأنه " إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل كالشتم والتقبيح المُخل بالكرامة أو الضرب المُبرح والحمل على فعل ماحرمه الله والإعراض والهجر لغير التأديب مع إقامته في بلد واحد معها أو أخذ مالها أو ما شاكل ذلك"[6]. كما عُرِّف بأنه: " إيذاء الزوج لزوجته أو الزوجة لزوجها سواءً بالقول أو بالفعل مثل الضرب والايذاء وعدم النفقة على أن يكون جسيماً يتعذر معه إستمرار الحياة الزوجية"[7].

الفرع الثاني

شروط الضرر المُفضي الى التفريق بين الزوجين وأنواعه

اضافة الى أنه يُشترط في الضرر المُفضي الى التفريق أن يكون جسيماً بحيث يتعذر معه استمرار العلاقة الزوجية كما سبق القول، يُشترط في هذا الضرر شرطين آخرين، الأول: أن يكون مُحققاً أو مؤكّداً، ويكون كذلك إذا كان حالاً أي

([1]) ابن منظور، لسان العرب، الطبعة الأُولى، دار احياء التراث العربي، 1405هـ، ص482.

([2]) يُنظر: المادة (1/40) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959.

([3]) د. فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح القانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959، الطبعة الثالثة، مطبعة يادكار، السليمانية– العراق، 2019، ص 232.

([4]) د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، الطبعة الأُولى، دار آراس للطباعة والنشر، اربيل، 2006، ص 231.

([5]) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الطبعة الخامسة، المجلد الأول، بلا دار النشر، مصر، 1992، ص133.

([6]) د. حيدر حسين كاظم الشمري، التفريق للضرر المادي والعنوي الذي يصيب أحد الزوجين– دراسة قانونية مقارنة بالفقه الاسلامي– بحث منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة، مجلة فصلية محكمة، العدد (35)، سنة 2014، ص74.

([7]) جمعة سعدون الربيعي، المرشد الى اقامة الدعاوى الشرعية وتطبيقاتها العملية، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد، 2006، ص648.

موجوداً وقت رفع الدعوى، أو إذا كان وقوعه في المستقبل حتماً، والثاني: أن يصيب الضرر مصلحة مشروعة سواءً أكانت هذه المصلحة مادية أو معنوية (أدبية)[1]. فالضرر على نوعين، فقد يكون مادياً يُصيب المضرور في جسمه أو في ماله، وهو الأكثر الغالب، وقد يكون أدبياً يُصيب المضرور في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شَرفه أو أي معنى آخر من المعاني التي يحرص الناس عليها[2].

فالضرر المقصود هنا هو الضرر الجسيم الواقع أو المحتم الوقوع في المستقبل والذي يصيب مصلحة مشروعة والذي يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، كالاعتداء على النفس أو المال أو العرض أو الاعتداء الآثم على أولادهما، وهذا ما قضت به المادة (40) من قانون الاحوال الشخصية العراقي. حيث نصت على أنه:" لكل من الزوجين، طلب التفريق عند توافر أحد الأسباب الآتية: 1- إذا أضر أحد الزوجين بالزوج الآخر أو بأولادهما ضرراً يَتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، ويُعتبر من قبيل الأضرار، الإدمان على تناول المسكرات أو المخدرات، على أن تثبت حالة الإدمان بتقرير من لجنة طبية رسمية مختصة. ويعتبر من قبيل الأضرار كذلك، ممارسة القمار ببيت الزوجية". والضررُ الجسيمُ لا يُمكن حصرَه وهو مسألة موضوعية تُقدرها المحكمة، وما ورد في النص من الإدمان على المسكرات والمخدرات وممارسة القمار في بيت الزوجية جاء على سبيل المثال لا الحصر، وعليه فإذا ضرب الزوج زوجته بصورة أدت الى كسر العظم أو احداث عاهة فإن ذلك يعد ضرراً جسيماً، وكذلك لو اتهما بما يخدش كرامتها[3].

وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز العراقية في قرار لها بأن:" وجد إن الحكم المميز صحيح وموافق للشرع والقانون حيث أن ماورد على لسان البينة الشخصية التي استمعت اليها المحكمة وما قدَّمته المدعية بواسطة وكيلتها من دفوع بلائحتها ومرفقها يُشير الى ان المدعية تعرضت الى ضرر جسيم يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية وإن الضرر لايحصر وهو مسألة موضوعيه تقدرها محكمة الموضوع على ضوء الوقائع والتحقيقات التي تتوصل اليها فقد يكون الضرر اعتداء على النفس

([1]) د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، ص 374 وما بعدها.

([2]) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت– لبنان، 1964، ص854.

([3]) د. فاروق عبدالله كريم، مصدر سابق، ص 233.

والمال أو الإيذاء اللفظي او النفسي أو الاعتداء على من له صلة قربى بأحد الزوجين وإن المحكمة توصلت إلى أن المدعى عليه قد أضر بالمدعية، الأمر الذي يتحقق معه شروط الماده 40/1 من قانون الأحوال الشخصية فيكون الحكم المميز القاضي بالتفريق بين الطرفين قد التزم الوجهة القانونية السليمة قرر تصديقه"[1].

وفي قرار آخر لها: " أن تناول المسكرات لا يُشكِّل سبباً للتفريق ما لم يَصل لمرحلة الإدمان باعتبارها حالة مرضية على أن يُثبت الإدمان بتقرير لجنة طبية مختصة عملاً بالمادة الأربعون /1 من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل"[2]. وكذلك جاء في قرار لمحكمة تمييز اقليم كوردستان أنه: " إذا ثبت بأن المدعي عليها قامَتْ باختطاف طفلٍ من المستشفى وانكشف أمرَها وحُكِم عليها بسبب ذلك، يُعتبر عملُها مكروهٌ ومدان، وبذلك الحقتْ بزوجها الضررَ يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية"[3].

وبناء على ماسبق، إن الضرر الموجب للتفريق، يجب أن يكون محققاً أو مؤكد الوقوع، يصيب مصلحة مشروعة، وأن يكون عمداً وجسيماً يَتعذر معه استمرار الحياة الزوجية.

([1]) قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم (2925/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/2015)، في (2015/4/15). متاح على موقع (مدونة قانونية)، على الرابط الالكتروني الآتي: " https://boubidi.blogspot.com/2017/04/blog-post_70.html ". تاريخ آخر زيارة: 2023/12/1.

([2]) قرار رقم (7480/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية) في 2021/6/2. منشور على موقع قاعدة الشريعات العراقية، على العنوان الالكتروني الاتي: " https://iraqld.e-sjc-services.iq/VerdictsTextResults.aspx "، تاريخ اخر زيارة: 2024/1/25.

([3]) قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان/ العراق، رقم (124/ أحوال شخصية/2004)، في 2004/10/4. جاسم جزاء جافر، المباديء القضائية لمحكمة تمييز إقليم كوردستان/ العراق، قسم الاحوال الشخصية للفترة 1992–2014، الطبعة الأولى، مطبعة يادكار، السليمانية– العراق، 2015، ص107.

المبحث الثاني

حالات التفريق القضائي للضرر وآثاره

سنقسم هذا المبحث الى مطلبين، نتناول في المطلب الأول حالات التفريق القاضي للضرر واثباته، ونتناول في المطلب الثاني آثار التفريق القضائي للضرر.

المطلب الاول

حالات التفريق القضائي للضرر واثباته

نتناول هذا المطلب في فرعين، نخص الفرع الأول لحالات الضرر الموجب للتفريق القضائي الواردة في المادة (40) من قانون الأحوال الشخصية العرقي، ونبحث في الفرع الثاني عن كيفية اثبات هذه الحالات.

الفرع الأول

حالات التفريق القضائي للضرر

نصت المادة (40) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على حالات التفريق القضائي للضرر، – وهذه الحالات جاءت على سبيل المثال وليس الحصر كما سبق القول–، بقولها: (لكل من الزوجين، طلب التفريق عند توافر أحد الأسباب الآتية:

1– إذا أضر أحد الزوجين بالزوج الآخر أو بأولادهما ضرراً يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، ويُعتبر من قَبيل الأضرار، الإدمان على تناول المسكرات أو المخدرات، على أن تثبت حالة الإدمان بتقرير من لجنة طبية رسمية مختصة، ويُعتبر من قبيل الأضرار كذلك، ممارسة القِمار ببيت الزوجية.

2– إذا ارتكب الزوج الآخر الخيانة الزوجية، ويكون من قبيل الخيانة الزوجية ممارسة الزوج اللواط بأي وجه من الوجوه.

3– إذا كان عقد الزواج، قد تم قبل إكمال أحد الزوجين الثامنة عشرة، دون موافقة القاضي.

4– إذا كان الزواج، قد جَرى خارج المحكمة عن طريق الإكراه، وتم الدخول.

5- إذا تزوج الزوج بزوجة ثانية بدون إذن من المحكمة وفي هذه الحالة لا يحق للزوجة تحريك الدعوى الجزائية، بموجب الفقرة (1) من البند (أ) من المادة الثالثة من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم 1971، بدلالة الفقرة (6) من المادة الثالثة من هذا القانون.

وجدير بالذكر أن المادة (18) من قانون رقم (15) لسنة 2008، قانون تعديل تطبيق قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 المعدل في إقليم كوردستان – العراق، أوقفت العمل بالفقرة (5) من المادة الأربعين من القانون وأحلت محلها ما يلي: " 5- إذا تزوج الزوج بزوجة ثانية يحق للزوجة الأولى طلب التفريق ". ونرى أنه أحسن المشرع الكوردستاني في هذا، حيث وكما ذهب اليه أحد الشراح[1]، إن زواج الرجل من زوجة ثانية يكون مبرراً للزوجة الأولى لطلب التفريق فالضرر المادي والنفسي الذي يقع لا يرفعه اذن القاضي ولكنه يبيح للزوج الزوجة الثانية فقط، وتبقى الزوجة الأولى بالخيار ان شاءت استمرت في حياتها الزوجية وان شعرت بالغيرة والمرارة الي لم تعد تطيق معها الاستمرار رفعت امرها للضاء طالبة التفريق.

وإن الخيانة الزوجية لا تَنطبق على جريمة الزنا وحدها، بل تَشمل مقدمات هذه الجريمة أيضاً، وعدّ القانون ممارسة فعل اللواط بأي وجه من الوجوه من قبيل الخيانة الزوجية، ويُفهم من النص أن المقصود باللواط ليس فقط ما يتم بين ذكرين، بل يشمل فعل الزوج بزوجته لواطاً[2].

الفرع الثاني

كيفية اثبات حالات الضرر الموجب للتفريق القضائي

إذا تحقق إحدى هذه الحالات، أو حالات أخرى مماثلة لها، فإن للطرف المضرور سواءً أكان الزوج أو الزوجة إقامة دعوى التفريق أمام المحكمة المختصة (محكمة الاحوال الشخصية أو المواد اشخصية حسب الاحوال)، وعلى المدعي

([1]) د. احمد علي الخطيب، ود. حمد عبيد الكبيسي، د. محمد عباس السامرائي، شرح قانون الاحوال الشخصية، الطبعة الأُولى، جامعة بغداد، 1980، ص 147- 148.

([2]) د. فاروق عبدالله كريم، مصدر سابق، ص258.

إثبات الضرر الواقع عليه من الزوج الآخر، وبعد ثبوت الدعوى حَكمتْ المحكمة بالتفريق بينهما استناداً الى الضرر الذي يُحدده المدعى في دعواه أو السند القانوني للتفريق الذي يَستند عليه في دعواه كتقرير لجنة طبية طبية مختصة، أو كصدور حكم جنائي بأدانة الزوج بضرب زوجتها أو ايذائها، فإن هذا الحكم يكون حجة على محكمة الأحوال الشخصية[1].

وأن قانون الأحوال الشخصية العراقي جاءَ بنصٍ عامٍ في الاثبات في جميع دعاوى التفريق ومنها التفريق للضرر، حيث أشار إلى أنه يجوز اثبات التفريق بكافة وسائل الاثبات بما في ذلك الشهادات الواردة على السماع، اذا كانت متواترة[2]، وهو ما يعني صدورها من جماعة يستحيل تواطئهم على الكذب، ويعود تقديرها الى المحكمة وذلك باستثناء الحالات التي حدد القانون وسائل معنية لاثباتها[3].

وهذا يعني أن القاعدة العامة في اثبات دعوى التفريق للضرر الواردة في المادة (40) من هذا القانون، هو أن يَتم إثباتها بكافة طرق الاثبات بما فيها الشهادة على السماع إن كانت متواترة، أي من شهود لا يتصور اتفاقهم على الكذب، كما يُمكن اثباته باقرار المدعي وعدم انكاره، غير أن الفقرة (1) من هذه المادة أوجبت أن يكون الاثبات على الادمان على تناول المسكرات او المخدرات عن طريق تقرير من لجنة طبية رسمية مختصة. كما أن نصاب الشهادة في الدعاوى الشرعية هي إما رجلان أو رجل وامرأتان، كما يُمكن اثباته بالدليل الكتابي (عادي أو رسمي)، وتعتبر محاضر التحقيق والأحكام القضائية من قبيل الادلة الكتابية الرسمية، وأن الغالب الشائع في عمل محاكم الاحوال الشخصية في العراق يسير نحو اثبات الضرر عن طريق الشكاوى الجزائية او صدور حكم جنائي بإدانة الزوج الآخر بالاعتداء، ولكن عدم صدور قرار الادانة وصدوره بالافراج لا يمنع من إقامة الزوجة طلب التفريق للضرر واثباته بكافة طرق الاثبات[4].

([1]) د. حيدر حسين كاظم الشمري، مصدر سابق، ص101.

([2]) المادة (44) من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

([3]) د. سلام عبدالزهرة الفتلاوي، ود. نبيل مهدي زوين، شرح قانون الاحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 وتعديلاته، مكتبة دار السلام القانونية، بغداد، 2015، ص189.

([4]) د. حيدر حسين كاظم الشمري، مصدر سابق، ص102.

وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة التمييز في اقليم كوردستان– العراق، أنه: " إذا أثبت من قرار محكمة الجُنح قيام المدعي عليه بالإعتداء على المدعية بالضَّرب وأن شهادات الشهود أثبتت سبق الإعتداء، وأن المدعية أثبتت تضررها من جراء كل ذلك وتعذر استمرار الحياة الزوجية، فإن الحكم الصادر بالتفريق للضرر صحيح"[1].

المطلب الثاني

آثار التفريق القضائي للضرر

يَترتب على صدور قرار بالتفريق القضائي آثار منها مادية ومنها معنوية، فنقسم هذا المطلب على فرعين، في الأول نبحث عن نوع الفرقة الحاصلة بالتفريق القضائي للضرر، وفي الفرع الثاني نتناول أثره من حيث المهر.

الفرع الأول

نوع الفرقة الحاصلة بالتفريق القضائي للضرر

الطلاق ينقسم الى قسمين: الأول: رجعي: وهو ما جاز للزوج مراجعة زوجته أثناء عدتها منه دون عقد، وتثبت المرجعة بما يثبت به الطلاق. والثاني: بائن: وهو قسمان: بينونة صغرى: وهي ما جاز فيه للزوج التزوج بمطلقته بعقد جديد، وبينونة كُبرى: وهي ما حرم فيه على الزوج التزوج من مطلقته التي طلقها ثلاثاً متفرقات ومضت عدتها[2]. فالطلاق من حيث أثره وطبيعته إما أن يكون رجعياً وهو الأصل في الطلاق ويَشمل كل أنواع الطلاق غلا ما كان على المال (الخلع)، أو قبل الدخول، أو مُكملاً لثلاث، أو الطلاق الذي يوقعه القاضي (التفريق القضائي)، وإما أن يكون بائناً بينونة صغرى ويشمل الطلاق قبل الدخول والطلاق على المال، وكل تفريق عن طريق القضاء، وكل طلاق رجعي

([1]) قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان، رقم (121/ احوال الشخصية/1995)، في 6–11–1995. جاسم جزاء جافر، مصدر سابق، ص104.

([2]) المادة (38) قانون الأحوال الشخصية العراقي.

اذا انتهت العدة، واما أن يكون طلاقاً بائنا بينونة كبرى وهي التي يطلقها زوجها ثلاث متفرقات، وحينئذ لا تحل لزوجها إلا بأن تتزوج بزوج آخر[1].

ويُعتبر نوع الفرقة التي تترتب على التفريق بسبب الضرر طلاقاً بائناً بينونة صغرى بموجب قانون الأحوال الشخصية العراقي، حيث نص القانون على أنه: " يُعتبر التفريق في الحالات الواردة في المواد (الأربعين، والحادية والأربعين، والثانية والأربعين، والثالثة والأربعين)، طلاقاً بائناً بينونة صغرى "[2]. وتترتب على الفرقة البائنة بينونة صغرى الأحكام التالية[3]:

1- زوال الملك في الحال، ولا يبقى للزوجة أثرٌ سوى العدة وما يتعلق بها.

2- نقصان عدد الطلقات التي يمتلكها الزوج.

3- يحل بمجرد البينونة المهر المؤجل.

4- منع التوارث بين الزوجين اذا مات احدهما هلال العدة لانقطاع الرابطة الزوجية.

5- لا تحل المطلقة لمطلقها إلا برضاها وبعقد جديد.

الفرع الثاني

أثر التفريق القضائي للضرر من حيث المهر

يُعتبر المهر حقاً من الحقوق التي يرتبها عقد الزواج للزوجة على زوجها، وهو حق مالي للزوجة وله تسميات كثيرة منها الصُداق والأَجر والفريضة، ويُلاحَظ أن قانون الأحوال الشخصية العراقي لم يتطرق إلى أحكام المهر عند تنظيمه للنصوص القانونية الخاصة بالتفريق للضرر الواردة في المادة (40) أحوال الشخصية، وهذا يَعني أن الزوجة تَستحق كامل

([1]) د. احمد الكبيسي، د. احمد الكبيسي، الاحوال الشخصية في الفقة والقضاء والقانون، الجزء الأول، الزواج والطلاق وآثارهما، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بدون سنة النشر، ص 219 وما بعدها.

([2]) المادة (45) من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

([3]) د. احمد الكبيسي، مصدر سابق، ص 227-228.

مهرها المؤجل المدون في عقد الزواج سواءً أكانت مدعية أو مدعي عليها، أما ذا كان التفريق قبل الدخول فإن الزوجة تستحق نصف المهر وتستحق المهر المؤجل طبقاً للأحكام العامة في المهر[1].

ففي التفريق القضائي للضرر عندما يصدر القاضي قراره في التفريق لا يلجيء الى تنقيص المهر، فإذا كان التفريق قبل الدخول تستحق الزوجة نصف المهر، وتستحق كامل المهر إذا ما وقع التفريق بعد الدخول، بَينما يلجأ الى احتساب نسبة التقصير لكلا الزوجين عند الحكم في دعوى التفريق للخلاف والشقاق[2].

([1]) **المادة (21) من قانون الأحوال الشخصية العراقي, وللتفصيل يُنظر: د. حيدر حسين كاظم الشمري، مصدر سابق، ص 111.**

([2]) **د. حيدر حسين كاظم الشمري، مصدر سابق، ص77.**

الخاتمة

وفيما يأتي أهم استنتاجات الدراسة وتوصياتها:

أولاً: الاستنتاجات:

1- التفريق القضائي هو التفريق الذي يَقع من قبل القاضي أي بواسطة القضاء، والذي يؤدي إلى انحلال الرابطة الزوجية، وانقطاع العلاقة بين الزوجين.

2- لكل من الزوجين طلب التفريق إذا أضر أحد الزوجين بالزوج الأخر أو باولادهما ضرراً يَتعذر معه استمرار الحياة الزوجية.

3- يُشترط في الضرر الموجب للتتفريق القضائي بين الزوجين، أن يكون هذا الضرر جسيماً بحيث يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، وأن يكون مُحققاً أو مؤكّداً، ويكون كذلك إذا كان حالاً أي موجوداً وقت رفع الدعوى، أو إذا كان وقوعه في المستقبل حتماً، وأن يُصيب الضرر مصلحة مشروعة سواءً أكانت هذه المصلحة مادية أو معنوية (أدبية).

4- الضرر على نوعين، فقد يكون مادياً يصيب المضرور في جسمه أو في ماله، وهو الأكثر الغالب، وقد يكون أدبياً يصيب المضرور في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه أو أي معنى آخر من المعاني التي يحرص الناس عليها.

5- اختلف الفقهاء المسلمين حول مشروعية التفريق القضائي بسب الضرر، ذهب اتجاه منهم إلى عدم جوازه، وذهب اتجاه آخر – وهو اتجاه راجح– إلى جواز، وأخذ المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية العراقي بالإتجاه الثاني الذي يُجيز التفريق، وذلك بموجب المادة (40) من هذا القانون.

6- الضرر الجسيم لا يمكن حصره وهو مسألة موضوعية تُقدرها المحكمة، وما ورد في نص المادة (40) من قانون الأحوال الشخصية من الإدمان على تناول المسكرات والمخدرات وممارسة القمار في بيت الزوجية جاء على سبيل المثال لا الحصر.

7- أحسن المشرع الكوردستاني عندما أجاز للزوجة طلب التفريق في حالة زواج زوجها من الزوجة الثانية حتى إذا كان بإذن من المحكمة، لإن الضرر المادي والنفسي الذي يَقع على الزوجة الأولى لا يرفعه إذن القاضي ولكنه يبيح للزوج الزوجة الثانية فقط.

8- يجوز إثبات دعوى التفريق للضرر للحالات الواردة في المادة (40) من قانون الأحوال الشخصية، بكافة طرق الاثبات بما في ذلك الشهادات الوارة على السماع إذا كانت متواترة، كما يجوز اثباتها بإقرار المدعى عليه،

باستثناء الادمان على تناول المُسكِّرات والمخدرات يجب اثباتها عن طريق تقرير طبـي صادر عن لجنة طبية مختصة.

ثانياً: التوصيات:

1- يُلاحَظ أن قانون الأحوال الشخصية العراقي لم يتطرق إلى أحكام المهر عند تنظيمه للنصوص القانونية الخاصة بالتفريق للضرر الواردة في المادة (40) أحوال الشخصية، وهذا ما أدى بالقضاء الى تطبيق الأحكام العامة بالمهر عند التفريق القضائي للضرر، وهذا يَعني أن الزوجة تَستحق كامل مهرها أما ذا كان التفريق قبل الدخول فإن الزوجة تستحق نصف المهر وتستحق المهر المؤجل طبقاً للأحكام العامة في المهر. فنناشد المشرع العراقي بإضافة فقرة خاصة الى هذه المادة تنص على هذا الحكم دون ترك الموضوع للقواعد العامة منعاً لخلاف قد يُثار بهذا الشأن.

2- توعية الزوجين عن طريق وسائل الإعلام وعقد مؤتمرات وندوات خاصة، بإحترام كل منهما الآخر، وأن الضرر الذي يلحقه أحدهما بالآخر قد لايتوقف أثره عليهما فقط بل يتعداه الى أولادهما، ومستقبل حياتهما الزوجية، وقد يؤدي في كثير من الأحيان الى انحلال الأسرة خاصة كان الضرر جسيماً، وذلك بهدف تقليل حالات الطلاق والتفريق الذي يؤثر على المجتمع بأكمله.

قائمة المصادر

- **بعد القرآن الكريم**

أولاً: الكتب:

- **ابن منظور، لسان العرب، الطبعة الأُولى، دار احياء التراث العربي، 1405هـ.**
- **احمد علي الخطيب، وحمد عبيد الكبيسي، ومحمد عباس السامرائي، شرح قانون الاحوال الشخصية، الطبعة الأُولى، جامعة بغداد، 1980.**
- **احمد الكبيسي، الاحوال الشخصية في الفقة والقضاء والقانون، الجزء الأول، الزواج والطلاق وآثارهما، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بدون سنة النشر.**
- **جاسم جزاء جافر، المباديء القضائية لمحكمة تمييز إقليم كوردستان/ العراق، قسم الاحوال الشخصية للفترة 1992–2014، الطبعة الأولى، مطبعة يادكار، السليمانية– العراق، 2015.**
- **جمعة سعدون الربيعي، المرشد الى اقامة الدعاوى الشرعية وتطبيقاتها العملية، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد، 2006.**
- **الخليل بن أحمد الفراهيدي، معجم العين، ج5، مطبعة مؤسسة الهجرة، قم، 1409هـ.**
- **زكية الدين شعبان، الأحكام الشرعية لاحوال الشخصية, الطبعة السادسة، منشورات جامعة قاريونس بنغازي، ليبيا، بدون سنة النشر.**
- **سلام عبدالزهرة الفتلاوي، ود. نبيل مهدي زوين، شرح قانون الاحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 وتعديلاته، مكتبة دار السلام القانونية، بغداد، 2015.**
- **سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الطبعة الخامسة، المجلد الأول، بلا دار النشر، مصر، 1992.**

- عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت– لبنان، 1964.
- عبدالقادر ابراهيم علي، احمد محمود عبد دعيبل، الوجيز في الأحوال الشخصية في القانون العراقي والشريعة الاسلامية، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الكتب والوثائق، بغداد، 2010.
- فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح القانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959، الطبعة الثالثة، مطبعة يادكار، السليمانية– العراق، 2019.
- محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977.
- منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، الطبعة الأُولى، دار آراس للطباعة والنشر، اربيل، 2006.

ثانياً: البحوث:

- محمد مطلق عويران النصافي، التفريق بين الزوجين للغيبة والضرر في الفقه الاسلامي وقانون الاحوال الشخصية الكويتي، بحث منشور في مجلة الدراسات العربية،كلية دارالعلوم– جامعة المنيا، مصر، المجلد (41)، العدد (2)، 2020.
- د. حيدر حسين كاظم الشمري، التفريق للضرر المادي والعنوي الذي يصيب أحد الزوجين– دراسة قانونية مقارنة بالفقه الاسلامي– بحث منشور في مجلة مركز دراسات الكوفة، مجلة فصلية محكمة، العدد (35)، سنة 2014.

ثالثاً: الرسائل الجامعية:

- عادل كاظم كاطع العارضي، التفريق للضرر في القانون العراقي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، الجامعة الاسلامية في لبنان، كلية الحقوق، خلدة، 2014–2015.

رابعاً: القرارات القضائية:

- قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان، رقم (121/ احوال الشخصية/1995)، في 6-11-1995.
- قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان/ العراق، رقم (124/ أحوال شخصية/2004)، في 2004/10/4.
- قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم (2925/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/2015)، في (2015/4/15).
- قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم (7480/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية) في 2021/6/2.

خامساً: القوانين:

1- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 المعدل.

2- قانون رقم (15) لسنة 2008، قانون تعديل تطبيق قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 المعدل في إقليم كوردستان – العراق.

سادساً: المواقع الالكترونية:

- موقع (مدونة قانونية)، على الرابط الالكتروني الآتي: "
https://boubidi.blogspot.com/2017/04/blog-post_70.html ".
- موقع قاعدة الشريعات العراقية، على العنوان الالكتروني الاتي:
https://iraqld.e-sjc-services.iq/VerdictsTextResults.aspx "