التفريق للضرر المادي والمعنوي الذي يصيب أحد الزوجين- دراسة قانونية مقارنة بالفقه الإسلامي

أ.م.د. حيدر حسين كاظم الشمري

كلية القانون – جامعة كربلاء

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 تعتريه 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، فأسبابها 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 بعطاء، 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 اليه وان اختلفت في بيان الجهة التي صاحبة حق طلب التفريق (بين من يعطيها للزوج والزوجة معا وبين من يقصرها على الزوجة فقط على اعتبار ان الزوج بيده العصمه، ومن ثم الطلاق).

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 مقارن 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 الى 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، الاول 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 اليها.

المبحث الأول: مفهوم الضرر المادي والمعنوي المفضي للفرقه الزوجية

إن البحث في مفهوم الضرر المفضي للفرقه الزوجيه يتطلب تقسيم هذا المبحث الى مطلبين: الاول نتناول فيه الى ماهية الضرر المادي والمعنوي المفضي للفرقة الزوجيه، والثاني نتناول فيه مشروعية التفريق للضرر المادي والمعنوي.

المطلب الأول: ماهية الضرر المفضي المادي والمعنوي للفرقة الزوجية

سنتناول هذا المطلب في فرعين: الاول، نخصصه لتعريف الضرر المفضي للفرقة الزوجيه، والثاني، نتناول فيه التميز بين الفرقة للضرر والفرقة للخلاف.

الفرع الأول: التعريف بالضرر المفضي للفرقة الزوجيه

سنتناول هذا الفرع في جانبين: الاول، نشير فيه الى المدلول اللغوي لمصطلح (ضرر)،

والثاني، نوضح فيه المدلول الاصطلاحي للضرر المفضي للفرقة الزوجيه.

اولا: المدلول اللغوي لمصطلح (ضرر):

اتفقت معاجم اللغة العربية على ان كلمة ضرر تعني نقيظ النفع أو بمعنى الأذى. فالضُّرر، لغة: ضد النفع، ويطلق على سوء الحال، والفقر، والشدة في البدن والمرض، وبالفتح: مصدر، وبالضم: اسم ضره، وبه وأضره وضاره مضارة وضِرارا، والضراروراء: القَحطُ والشدةُوالضرر وسوء الحال، كالضر والتَّضرة والتضرةوالنقصان يدخل في الشيء، والضراء: الزمانةُ، والشدة، والنقْص في الأَموال، والأَنْفُس كالضرّة والضرارة.

جاء في لسان العرب "الضرر والضر لغتان ضد النفع والضرر المضر والضرر الاسم وقيل: هما لغتان كالشهد والشهد، فإذا اجتمعت بين الضر والنفع فتحت الضاد وإذا أفردت الضر ضمت الضاد و إذا لم تجعله مصدراً لقولك ضررت ضراً هكذا استعملته العرب...والمضرة خلاف المنفعة وضره يضره ضرا وضر به وأضر به وضاره مضارة و ضرارا بمعنى والاسم الضرر و الضرار فعال من الضر أي لا يجاز به على إضراره بإدخال الضرر عليه ، والضرر فعل الواحد و الضرار فعل الاثنين و الضرر ابتداء الفعل والضرار الجزاء عليه وقيل الضرر ماتضر به صاحبك وتنتفع انت به والضرار أن تضره من غير أن تنتفع وقيل:هما بمعنى وتكرارهما للتأكد..."[١].

وجاء في مختار الصحاح"الضرر وضرة المرأة امرأت زوجها والبأساء والضراء الشدة وهما اسمان مؤنثان من غير تذكير والضر بضم الذال وسوء الحال والمضرة خلاف المنفعة والضرار المضارة ورجل ذو ضاروره وضرورة أي ذو حاجة وقد اضطر إلى الشيء أي الجيء إليه ورجل ضرير بين الضراره بالفتح أي ذاهب البصر والضراء المحاويج 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 مكروها أو اذى... تضرر به أو منه: اصابه أصابه به أو منه ضرر ضار فلان مضارة وضرار: ضره...[٣].

ثانيا: المدلول الاصطلاحي للضرر المفضي للفرقة الزوجيه:

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

،على الصعيدين الشرعي ام القانوني جرى مجرى هذه التشريعات مكتفياً في بعضها بسرد ما يُعد من قبيل الإضرار الذي يحكم بها في التفريق.ومع ذلك فمن رجال الفقه الاسلامي المعاصرين من عرف الضرر بأنه (إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل كالشتم والتقبيح 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 [٤].

كما عرفته محكمة التميز السني العراقية(سابقاً) بالقول إن " الضرر الذي يوجب الطلاق أن يعمد 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 يُؤثر امرأة عليها (من غير زواج) أو يرتكب منكرا يتعدى أثره عليها بحيث ينال من شرفها وكرامة أسرتها كأن يتناول الحشيش والمخدرات والمسكرات جهارا مع جماعه من الفساق بينهم غلمان ويحكم عليه بالحبس من اجل ذلك " [٥].

ويُطلق البعض تسمية الضرر الإرادي على التفريق للضرر تميزا له عن الحالات الأخرى للضرر (كالتفريق للعنة او الغيبة)، ويعرفه بأنه ما يكون منشأه عملا أو قولا لأحد الزوجين أو كليهما مباشرة أو تسبب سواء كان الضرر ماديا كالضرر المترتب على عدم الاتفاق أو معنويا كحرمان الزوجة من التمتع الجنسي بسبب غيبة الزوج أو هجره[٦].

وعرفه اخر 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 اخر ان الضرر المقصود في تطبيقات قانون الأحوال الشخصية هو الضرر الجسيم الذي يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية كالاعتداء على النفس والمال واو العرض او الاعتداء الآثم 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

اضر به الزوج الآخر بالقول أو بالفعل بحيث لا يمكن مع ذلك الإضرار استمرار الحياة الزوجية[٩]،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 بمعروف أو تسريح بإحسان}[١٠]، فينبغي التسريح بإحسان فان طلقها برضاه ففيها و هو المطلوب وان 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 و بيئتهما الاجتماعية و سنوضح مدلول الضرر بشكل مفصل عند التطرق إلى شروط التطليق للضرر.

وعليه فالمقصود بالضرر هو إيذاء الزوج لزوجته بالقول، أوبالفعل كالشتم المقذع، والتقبيح المخل بالكرامة، والضرب المبرِّح، 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 القوليه آم الفعلية، التي تجيز لكلا الزوجين أو أحدهما طلب التفريق عند تحققها وذلك متى ما بلغ هذا الضرر من الجسامة ما يدعو القاضي لتقرير الفرقة).

وعليه فان صور الضرر المجيزة للتفريق عديده 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 مبرحا، وهجرها بترك الكلام معها أكثر من ثلاثة أيام ووطؤها في غير محل الحرث، وإكراهها على ارتكاب المحرمات، كشرب الخمر، أو إفطار رمضان، أو رؤية الأفلام الجنسية، وارتكاب الزوج الفاحشة، الأمر الذي يسئ إلى سمعتها وذويها، وشرب الزوج الخمور، أو تعاطيه المخدرات، الأمر الذي يؤثر في أخلاقه ومعاملته لزوجته [١١].

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

الشقاق باللغة [١٢] مصدر شاقَّ اختلاف وانقسام، خصومة وعدم اتِّفاق، عداوة {وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا ألقى بينهما بذور الشِّقاق: سعى بينهما بالنَّميمة} هُوَ مِنْ أَهْلِ الشِّقَاقِ: مِنْ أَهْلِ الخِلاَفِ وَالنِّزَاعِ.

فالشقاق غلبةُ العداوة والخلاف، وهو العداوةُ بين فريقين، والخلاف بين اثنين، وسمي شقاقاً وان كل فريق من فريقي العداوة قصد شقاً أي ناحية غير شق صاحبه.

وليس للشقاق تعريف خاص في اصطلاح الفقهاء غير أن المفسرين تناولوه بتعريفات تُقترب من معنى (الشقاق: المنازعة)، وقيل: الشقاق: المجادلة، والمخالفة، والتعادي، وأصله من الشق، وهو الجانب فكأن كل واحد من الزوجين في شق غير شق صاحبه، وقيل إن الشقاق مأخوذ من فعل ما يشق ويصعب فكأن 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 [١٣]، (والمعنيان متلازمان؛ لأن نتيجة فعل.)كل من الزوجين ما يشق على الآخر أن يصبح كل منهما في شق بسبب هذه العداوة)[١٤].

يلاحظ أن التشريع العراقي قد نهج على خلاف ما جرت عليه معظم التشريعات العربية من التميز بين التفريق للضرر والتفريق للخلاف، وذلك بفصل كلا الحالتين عن بعضهما في احكام قانونية مستقلة عن لاخر بعد صدور قانون التعديل الثاني لقانون الاحوال الشخصية النافذ لسنة ١٩٧٨ويمكن إجمال مواضع الشبه والاختلاف في الجانبين التاليين:

اولا: 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 أتفقت علية معظم التشريعات العربية أو الغربية المصري الذي قصرها على الزوجة.

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

٣-من حيث جواز الجمع بينهما في دعوى التفريق: فيمكن الجمع بينهما في دعوى واحدة يطلب فيها التفريق للضرر أو الشقاق ولكن للمحكمة أو الخصم الآخر الطلب من المدعي حصر دعواه في واحدة من تلك الأسباب [١٥].

٤-كلاهما من تطبيقات القاعدة الشرعية (لا ضرر ولا ضرار) وكلاهما جائزان سواء قبل الدخول أم بعده[١٦].

ثانيا: أوجه الاختلاف بين التفريق للضرر

المادي والمعنوي والتفريق للشقاق

١-من حيث المدلول: فالضرر ،كما أوضحنا سابقا ،ينصرف نحو كل أذى مادي (قولي أو فعلي) أو معنوي (نفسي)يصدر من احد الزوجين تجاه الآخر أو أولاده أو أقاربه بما لا تنسجم معه في الحياة الزوجية و قد 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 أمرٍ لا ينطوي تحت مدلول الإيذاء وإنما ينصرف نحو كل أمر خلافي بين الزوجين سواء تعلق الأمر بالزوجين أو أولادهما أو أقاربهما ممن لايستطيع 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 وأنما يصار إلى إثبات الضرر طبقا لإحكام القانون ومن ثم تقرر المحكمة التفريق تبعاً لإثبات الضرر من عدمه أو ترد الدعوى، بينما في التفريق للشقاق يصار إلى اختيار حكمين من أهل الزوجين وان تعذر فتعينهما المحكمة للوقوف على وجه الخلاف وإمكانية حله من عدمه ثم يقدمان تقريرهما وتحكم المحكمة وفق مايراه الحكمين 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 يلجا 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: الاول نتطرق فيه الى موقف الفقه الاسلامي، والثاني نتطرق فيه الى موقف التشريعات الوضعيه.

الفرع الأول: موقف الفقه الاسلامي

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

يؤدبها إذا خالفته فيما وجب عليها طاعته شرعا لقولة تعالى {واللاتي تخافون نشوزهن فعضوهن واهجروهن بالمضاجع} (٢٠).

إلا إن حق التأديب 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، وكلٍ ساق في دعم رأيه حجج وأدلة وأسانيد سنتناولها تباعاً.

اولاً: القائلون بعدم جواز التفريق للضرر المادي والمعنوي

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول إن العصمة بيد الزوج وإيقاع الطلاق هو، أيضا، 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 يعزره القاضي بما يردعه ويعيده إلى صوابه وله الحق عند قيام الزوج بضرب زوجته ضرباً مبرحاً تعزيره أو القصاص منه. وهذا هو رأي الحنفية والظاهرية والجعفرية ورواية لأحمد ابن حنبل ورأي أخر للشافعي(٢١).

وكذلك يرى أصحاب هذا الاتجاه انه إذا تفاقم الامر مجددا 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 إن 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 بإن الحكمين عند أبي حنيفة وأصحابه هما وكيلان أحدهما عن الزوج والآخر عن الزوجة وان واجبهما الإصلاح فقط لقوله تعالى {إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما} ولم يقل تعالى إن يريدا تفريقا وعلية فلا يجوز لهما إن يفرقا (٢٣)، إما الظاهرية فقد قال ابن حزم انه ليس في الشريعة ولاشيء 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

الإصلاح لأنهما وكيلان وليس لهما سلطة التفريق فما لم يكونا مخولين من الزوجين بالطلاق أو التفريق فليس لهما ذلك [٢٥]. وقال الشافعي في أحد قوليه انه ليس للحكمين بالتفريق ألا بأذن الزوجين لأنهما صاحبة دون رضاه وهذا غير صحيح. وروي عن ألإمام علي (ع) انهما وكيلان عنهما فلا يجوز لهما التفريق إلا بأذنهما [٢٦]. وقال احمد ابن حنبل في أحد قوليه إن الحكمين هما وكيلان عن الزوجين لا يملكان تفريق ألا بأذنهما [٢٧].

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

أ-إن القران الكريم قد حدد مهمة الحكمين بالإصلاح لقولة تعالى {إن يريدا إصلاحا.....} ولم يعطهم حق التطليق.

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

ج -ان الطلاق هواخراج ملك (عقد الزواج) من صاحبه دون رضاه وهذا غيرصحيح.

د-روي عن الامام علي (ع) انه بعث حكمين وقال اتدريان مايملكها (ان رايتما ان تجمعا جمعتما وان رايتما ان تفرقا فرقتما فقالت المراة رضيت بالكتاب والسنه بمافيه لي وعلي).

ثانياً: القائلون بجواز التفريق للضرر المادي والمعنوي

ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول إن المرأة التي يؤذيها زوجها أن ترفع أمرها إلى القاضي طالبة التفريق بينها وبين زوجها وهو رأي المالكية وأحد قولي احمد بن حنبل وقول الزيدية واحد قولي الشافعي [٢٨].

فقد ذهب المالكية إلى إن الزوج إذا ما تعدى على زوجته بإيذائها إيذاءً غير سائغ له شرعاً ورفعت أمرها إلى القاضي وأثبتت دعواها زجره القاضي واكتفى بذلك لأن على الزوجة البقاء عند زوجها وان 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 القاضي حكمين عدلين رشيدين من أهلهما إن أمكن ذلك وان تعذر من غيرهما وتكون مهمة هذين الحكمين الإصلاح بين الزوجين قدر الإمكان وان تعذر فمهمة الحكمين عندئذ تكون معرفة من المتسبب في الضرر الذي كان مدعاة للنزاع فأن تبين إن الضرر من قبل الزوج فرق بينهما وللزوجة نصف المهر

إذا كان التفريق قبل الدخول وكله إن كان بعده وان 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 اقل (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 التفرقة بين الزوجين والجمع)(٢٩).

فمالك بن انس يشبّه الحكمين بالسلطان، والسلطان يُطلِّق في رأيه بالضرر إذا تبين، وقد سماهما الله حكمين في قوله تعالى: {فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها} (٣٠)، ولم يعتبر رضا الزوجين (٣١).

وعليه فأن أصحاب هذا الاتجاه يرون إن من حق الحكمين التفريق ولو بدون توكيل من قبل الزوجين أو من دون رضاء القاضي عند تعذر الاصلاح بخلاف أصحاب الاتجاه الأول، فالمالكية راوا إن على الحكمين الإصلاح ما استطاعا فأن تعذر ذلك حكما بالتفريق ونفذ هذا الحكم من القاضي ظاهراً أو باطنا وان لم يرضى به الزوجان أو القاضي أو كان الحكم خلاف مذهب القاضي لعدم اشتراط موافقة الحكم لمذهب القاضي سواء كان الحكمان من جهة الزوجين أو من جهة الزوج غير إن هذا الطلاق عند المالكية يقتصر على طلقه واحده لان هذا التفريق للضرر والضرورات تقدر بقدرها (٣٢).

ورأى الزيدية إن على الحكمين بعد مخاصمة كل من الزوجين أن يجتهدا في الجمع بالتراضي بينهما فأن تعذر فالفرقة على عوض أو غيره حسب ما يريان (٣٣).

ورأى الشافعي (في قول ثان) إن للحكمين أن يفعلا ما يريان من الجمع أو التفريق بعوض أو بدونه لقوله تعالى {فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها} حيث لم يعتبر القران رضاء الزوجين شرطاً(٣٤).

ورأي احمد بن حنبل (في قول ثان) إن للحكمين أن يفعلا ما يريان من جمع أو تفريق بعوض أو بدونه ولا يحتاجان إلى توكيل الزوجين ولا رضاهما (٣٥).

بينما ذهب العلامة الشيخ ابن إسحاق المالكي إلى القول إن للزوجة التطليق للضرر البين ولو لم تشهد البينة على تكراره (٣٦).

ودليل هذا الاتجاه هي الحجج الاتية [٣٧]:

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

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

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

الفرع الثاني: الموقف التشريعي

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

اولا: موقف التشريعات الغربية

ان المطلع على معظم القوانين الغربية يجد انها لاتوافق التشريعات العربية من حيث تقسيم اسباب او حالات الطلاق اوالتفريق 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 تقضي بالطلاق مالم يقنعها المدعي 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 لايتقرر 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 بعقوبة جناية م (٢٣١) والقسوه وسوء المعاملةم (٢٣٢) [٤٠].

اما القانون البالوني الصادر سنة ١٨٢٥ والمعدل في م (١٨٣٦) فلم يجيز التطليق بل قضى بالانفصال الجسماني في احوال معينة منها الزنا وسوء المعاملة على انواعها [٤١].

اما القانون الهولندي فقد حدد فيه م(٢٦٣) منه اسباب التطليق وحصرها بثلاث اسباب هي: الزنا والهجر بسوء نية والاعتداء وسوء المعاملة الذي قد يعرض الزوج المجني عليه للخطر[٤٢].

اما 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 اوالهجر المتعمد او التعدي او القسوة اوبسبب تهديدات اواهانات 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 اوالسكوت الذي يمارسه احد الزوجين اواسباب نفسية كتغير الجنس او الشذوذ الجنسي[٤٤].إما في المانيا فقد حدد قانون الاسرة الالماني 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 شانها ان تقضي الى انفصام رابطة الزوجية انفصاما لاتتوقع معه امكانية استمرار الحياة الزوجية وحدد لها امثلة على سبيل التمثيل لا الحصر [٤٥].

ثانيا": موقف التشريعات العربية

إذا ما كانت التشريعات الغربية لا تعرف مصطلح التفريق للضرر فأن التشريعات العربية، في الغالب منها عرفت هذا المصطلح انطلاقاً من تطبيقها لاحكام الشريعة الأسلامية على اختلاف مذاهب الفقه الاسلامية في مسائل الاحوال الشحصية ومنها الخلاف بأختلاف انواعه.

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

١- من حيث التسمية: نجد ان غالبية هذه

التشريعات تبنت مصطلح التفريق للشقاق او الضرر (الشقاق) عدا التشريع العراقي الذي 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 اقامة الدعوى من قبل الزوجين: فمعظم التشريعات العربية اعطت 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 الاضرار استمرار الحياة الزوجية [٤٦] عدا مدونة الاحوال الشخصية المغربي التي أعطت هذا الحق للزوجه فقط في الفصل (٦) منها انطلاقاً من رأي الفقه المالكي الذي أخذ التفريق للشقاق.

٣-معظم التشريعات العربية قد اوجبت التحكيم في اجراءات الدعوى بغية الوصول الى حقيقة امكانية استمرار العلاقة الزوجية من عدمها ما عدا التشريع العراقي الذي لم يوجب اللجوء الى التحكيم الا إذاما ردت دعوة التفريق مجدداً فيلجأ القاضي الى التحكيم، كما سنوضح لاحقاً [٤٧].

٢- هنالك ملاحظات أخرى ترد على التشريعات العربية المقارنه وكذلك التشريع العراقي بخصوص هذا الموضوع سنوردها في حينها.

المبحث الثاني: شروط الضرر المادي والمعنوي المفضي للفرقة الزوجية

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

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

واشارت م (٦) من القانون المصري 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 الأردني رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ النافذ الى أنه" إذا ظهر نزاع وشقاق بين الزوجين فلكل منهما ان يطلب التفريق إذا ادعى إضرار الآخر به قولا" و فعلا...".

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

١-صدوره من أحد الزوجين تجاه الآخر.

٢-ان يكون الضرر جسيماً.
٣-ان يتعذر مع جسامة الضرر أستمرار الحياة الزوجية.
٤-تعذر الأصلاح بين الزوجين.

وحيث إننا سبق وأن أوضحنا الشرط الأول عند الكلام عن موقف الفقه الاسلامي والتشريعات الوضعيه [٤٨]، وعليه سنقصر دراستنا على الشروط الأخرى، وسنبحث كل منها في ثلاثة مطالب مستقله، نتطرق في الاول الى جسامة الضرر، وفي الثاني نتناول تعذر الأستمرار في الحياة الزوجية، وفي الثالث نتطرق الى تعذر الأصلاح بين الزوجين.

المطلب الأول: جسامة 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 الجسامة وأن كان تقدير ذلك راجعاً للقاضي.

في الحقيقه لو رجعنا الى النصوص القانونية موضوع المقارنة والبحث لوجدنا انها لم تتطرق لتعريف أو تحديد لمفهوم الضرر وان استعراض بعضها جملة من صور الضرر اوردها على سبيل المثال لا الحصر. وقد يقال ان ذلك هو قصوراً تشريعياً إلا إن 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 بزوجته يمثل في كل محمل إيذاء بالقول أو الفعل حيث تعد معاملة الرجل في العرف معاملة شاذة [٤٩]، فالضرر يجب ان يكون جسيماً اي يبلغ حداً من الشدة ما يؤدي الى حدوث ضرر في الزوج الآخر، ومن ثم فأن الضرر البسيط لا يعتد به، ويعتبر من قبيل الضرر الجسيم الضرب المبرح أو أستعمال الآلات الجارحة أو سكب مواد كيمياوية...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 إيضاً الى الفعل المعنوي والذي يعد من الضرر كأتهام الزوج زوجته بالخيانة الزوجيه أو الشرف أو سبها أو سب والديها أو أولادها.

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

في الحقيقة أن جرائم القتل أو الإيذاء العمدي أو الشروع فيها أو بعبارة أدق جميع مواد الجرائم الواقعة من الاشخاص،هي تعد في الغالب فيها من الجرائم ذات الحق العام ، ومن ثم يتطلب اقامة شكوى جزائية وان صدور حكم جزائي بأدانة الزوج الآخر بالاعتداء أو الشروع بالقتل...إلخ هو يعد قرينه قانونية تعفي الزوج المتعدى عليه من أثبات الضرر كون الحكم هو حجة امام المحكمة التي تنظر دعوى الأحوال الشخصية ولا يجوز لها معاودة بحثه ويكون هذا الفعل كافياً لتوفر الضرر يستحيل معه دوام العشرة بين أمثال الزوجين [٥٠] ولكن لو أن الشكوى الجزائية قد أغلقت بسبب صدور عفو عام أو مرور المدة الواجبة لتقادم الشكوى الجزائيه او سقوطها أو بسبب عدم كفاية الأدلة أو بسبب أقامة الدعوى المدنية أمام محكمة الأحوال الشخصية للتفريق للضرر فبأمكان المدعي أثبات الدعوى بكافة وسائل الاثبات [٥١] ،ومع ذلك فأن هنالك حالات معينة أجاز القانون الجنائي فيها للزوج حق تأديب زوجته فإذا ما أستعمل هذا الحق وفق شروطه وضوابطه فأنه لا يكون معتدياً لأعتبار هذا الضرب أو التأديب أستعمالاً لحق وهو سبب من أسباب الأباحه [٥٢].

ولا يحق للزوجة طلب التفريق للضرر وكذلك لو أعتدى الزوج الآخر على زوجه ودوافع الأخير بأستعمال الدفاع الشرعي في حدوده فأن الزوج المتعدي لايحق له يطلب التفريق للضرر للجواز القانوني وكون الفعلين أعلاه هما من أسباب الأباحة، ولكن لو تجاوز الزوج صاحب الحق في أستعمال 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 ان الضرر الجسيم لكي يعتمد ينبغي أن يكون غير شرعي أو قانوني وهذا يعني أن الضرر الجسيم لكي يتحقق وينبني عليه يجب أن يكون غير شرعي أو قانوني أي لايرد نص قانوني أو شرعي بجوازه [٥٣].

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

بمعنى أن يكون الزوج قصده وتعمده سواء كان ضرراً أيجابياً 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 ايضا الضرر الواقع على أولاد الزوج الآخر [٥٤]. وأن هذا النص جاء مطلقاً وهذا يعني أن الولد قد يكون صغيراً أو كبيراً لعدم اشتراط العمر فيه و كذلك الأمر إذا كان هذا الولد ذكراً أو أنثى أو ابنا 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 لضرر 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 لبسٍ وذلك لأنه استخدم عبارة (إذا أضر) وكان من الأجدر استبدالها بعبارة (إذا أذى) وذلك لأن مدلول الضرر كما تقدم ينبع من الإيذاء لأنه يشمله ويشمل الإيذاء وعدم الإنفاق والهجر.

وكذلك يعد من قبيل الضرر الجسيم المبرر للتفريق أكراه الزوج لزوجته على فعل ماهو محرم أو الاتصال بالمحرمات كممارسة لدعاره أو مجالسه الرجال والاجانب أو جعلها تشرب الخمر وكذلك أدعاء الزوج أن زوجته كانت على علاقة غير شرعيه به قبل الزواج ينال من شرفها وكرامتها أو ضبط الزوج في شقة للقمار أو الدعارة لأن ذلك ينال من شرف الزوجة ويخدش كرامتها [٥٥].

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

يتعدى أثره اليها [٥٦].

أما القضاء المصري فعلى مدى أكثر من نصف قرن توافق على جملة من المسائل والتي أعتبرها من قبيل الضرر الذي يوجب التفريق منها: أن يعمد الزوج في غير مكان الحرث والنسل من زوجته او 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 أمرأة عليها من غير زواج أو يرتكب منكراً يتعدى أثره اليها 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 أياها بزوال بكارتها قبل الزفاف [٥٨].

كما وأعتبر أن أحضار المدعى عليه النساء الأجنبيات الى دار الزوجية بغياب زوجته وخلال وقت الدوام الرسمي والأختلاء بها بشكل مريب وبشهادة الشهود وتكرار ذلك من قبله مراراً انه دلالة على أعتداءه على قدسية الزواج ومن ثم تعذر المعاشرة الزوجية بين الطرفين [٥٩].

وقد ذهبت رئاسة محكمة تمييز اقليم كوردستان العراق في حكم لها الى انه "حيث ثبت من خلال وقائع الدعوى وشهادات شهود المدعية والدعوى الجزائية المجلوبة من محكمة جنح السليمانية /١ ملاحظة القرار الصادر فيها بادانة (المتهم) المدعى عليه (ح.ح.ح) وفق المادة (٤١٩) من قانون العقوبات والحكم عليه بالحبس لمدة (٦) ستة اشهر بان الزوج / المدعى عليه قد اضر بزوجته المدعية (ب.ح.ح) ضرراً يتعذر معه الاستمرار في الحياة الزوجية والاستمتاع بها كما يجب وحيث اصبح من حق المدعية طلب التفريق بينهما استنادا الى احكام المادة(١/٤٠) من قانون الاحوال الشخصية المعدل 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 تنازل 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

الدعوى ان 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 الكاظمية – الأطراف بتاريخ ٣-٥-١٩٧٩ وان هذا الاتهام بالخيانة الزوجية للمميزة والذي يمس عرضها وشرفها يعتبر ضرراً لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما ولو ان المميز عليه قد تنازل عن شكواه وقرر قاضي التحقيق انقضاء الدعوى الجزائية وحيث ان الضرر ثابت لذا كان على المحكمة ان تحكم بالتفريق بين الزوجين وفق الفقرة ١ من المادة الأربعين من قانون الأحوال الشخصية لذا قرر نقض الحكم المميز وإعادة أوراق الدعوى إلى محكمتها للسير فيها على الوجه المتقدم على ان يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ٩ رجب سنة ١٤٠١ هـ الموافق ١٣-٥-١٩٨١) وفي قرار اخر [٦٢] الذي جاء فيه (تعرض الزوجة للضرب المبرح الناتج عن اصابات جسيمة يعد ضرراً يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية وموجب للتفريق استناداً لاحكام المادة ١/٤٠ من قانون الاحوال الشخصية).

كما اعتبر القضاء العراقي ان اضطرار الزوجة لبيع كليها من اجل العيش ضررا يبيح 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 المزعوم بتبرع المدعية لكليتها الى 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 البينة الشخصية، قد أثبتت إن المدعى عليه كان يطلب من المدعية الأموال لإنفاقها ويقوم ببيع الأثاث البيتية، وانه لا ينفق على المدعية، ومن ذلك ترى المحكمة سعي المدعى عليه لدفع المدعية على بيع كليتها مقابل الحصول على منافع مالية، كما ترى المحكمة بان قيام المدعية بهذا التصرف بعلم المدعى عليه، هو قرينة أخرى على إخلاله بواجباته تجاه زوجته، حيث انه ملزم بالإنفاق عليها طالما الحياة الزوجية قائمة، وان دفع المدعية

لبيع كليتها لقاء الحصول على الأموال هو صورة من صور الضرر الذي لحق بالمدعية خصوصا 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 بدنيا محققا، 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 لابد 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، اذ ترى المحكمة بان الزوج لو لم يكن قاصدا ذلك الأمر لقام بإرشاد زوجته المدعية بعدم التصرف، لأنه يضر بصحتها ويلحق بها الأذى وهو ملزم شرعا بذلك النصح على وفق مفهوم قوامة الرجال على النساء، كما إن الضرر الذي ثبت وقوعه على المدعية يتعذر معه الاستمرار بالحياة الزوجية، لان العضو المفقود من جسد المدعية لا يمكن إعادته مما يشكل لها ضرر ماديا ومعنويا دائميا. ومما تقدم 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) اعتبارا من تاريخ صدور القرار في ٢٦/ ٢٠٠٩/٤ ".

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 الى أنه (....يعتبر من قبيل الضرر ممارسة القمار من قبل الزوج في دار الزوجية أو الأدمان عليه بتقرير صادر من لجنه طبيه رسميه)، وهذا النص أنفرد به القانون العراقي دون بقية القوانين العربية،مع ملاحظة ان كلمة (الزوج) الواردة في النص اعلاه تشمل كلا الزوجين لعموم نص م (٤٠) اعلاه وشمولها لكلا الزوجين.وعليه فلو كان لعب الأقمار أو تناول المخدرات أو المسكرات خارج دار الزوجية فلا يطيق عليه النص مع ملاحظة إن ما ذكر هو على سبيل المثال للضرر لا الحصر.

كما وأن المشرع العراقي أشترط لأثبات الأدمان على المخدرات أو تناول المسكرات ان يتم بموجب تقرير طبي من جهة رسمية فلا يعتد

لغير هذه الجهه في تقديم التقرير.

وقد ذهب القضاء العراقي الى نفي الضرر في حالات معينة في العديد من قرارته، ومنها ان مجرد كون الزوج من أرباب السوابق لا يكفي لثبوت ضرر بالزوجه يستلزم التفريق مالم يتأييد بالضرب[٦٤]، وان أتهام الزوج زوجته ليلة الزفاف بعدم البكارة ثم رجوعه عن ذلك معلناً خطأه وتوهمه لا يستوجب التفريق لأنتفاء الضرر الذي أشترطته م (٤٠).

فبالنسبة للحالة الأولى (حالة الأعتداء على الحياة) حيث وفقاً لها يحق للزوج المعتدي عليه طلب التطليق لأنه يكشف عن عذر وخيانه وأخلال في الألتزامات الناشئة عن عقد الزواج فيقرر ابن لقلق أن (أن الزيجة تنفسخ إذا كان أحد الزوجين يدبر على أفساد حياة الآخر) كما يتكلم أبن 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 يحكم في حالة ما إذا كان الزوج نفسه يدبر على حياة زوجته بأي وجه كان) [٦٥].

وعموماً فأن هذا الأعتداء أما أن يقع مباشرة من قبل أحد الزوجين على الآخر وحال قيام الحياة الزوجية أو أن يقع بتدبير أحدهما مع أخر أو بتدبير أخرين على حياة أحد الزوجين مع علم الآخر وكتمانه عن ذلك التدبير على حياة زوجته، ويكفي دائماً الاشتراك في تدبير أي أعتداء على حياة الزوج بالتحريض أو الاتفاق بالمساعدة حتى ولو لم يتم الأعتداء بالفعل [٦٦].

ولكي يكون الأعتداء موجباً للتفريق يجب أن يكون مقصوداً(عمدي) فأن كان غير مقصود منهما فلا يكون كذلك،ويجب أن يكون عن أدراك وخالي من أي عارض الأهليه والقضاء هو الذي يقدر متى تكون الوسلية المتبعة في الأعتداء 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 التطليق،ولكن هذا لا يعني أنه يستند الى أفعال الاعتداء إذا ما حكم ببراءة الزوج اذ يمكن الأستناد الى اي من الأفعال الصادرة من أحد الزوجين حتى ولو صدر حكم ببراءته متى كانت الأفعال يعتبر محاوله للاعتداء على الحياة وعبارة الاعتداء على حياة الزوج الآخر أو التدبير عليها قد توحي الى أن المعتدي ينبغي أن يرتكب فعلاً يعتبر شروعاً في القتل للزوج الآخر كأن يحاول قتله بأي وسيلة من الوسائل

الا أنه ممكن أن يدخل تحت صوره هذا الأعتداء أي عمل من أعمال العنف من شأنه أن يعرض حياة المعتدي عليه للخطر متى كان الأعتداء مدبراً 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(٦٧).

أما الحالة الثانية فتتمثل بالاعتياد على الاعتداء الجسيم على الزوج الآخر ويشترط للتفريق في هذه الحالة توافر شرطين: الأول، يتمثل بالأعتياد وهو أن يقع الإيذاء من أحد الزوجين على الزوج الآخر على وجه الأعتياد أي تكرار وقوعه فإذا ما وقع لمرة واحدة فلا يكفي للتطليق بل لابد من أن ينكشف أن أحد الزوجين قد جعل من إيذاء الزوج الآخر عادة معتاده له وبتكرار إيذائه، وتقرير ذلك يرجع للقاضي أذ أن تكرار الإيذاء والاعتياد عليه يكشف عن خطورة الامر بالنسبة للحياة الزوجية فيجعلها ،عند تحققها،غير محتملة الأبقاء عليها أضرارٍ بالطرف الآخر (٦٨). ومن الأمثلة ايضاً اعتياد الزوج على ضرب زوجته أو اعتياده على اتهامها بأمر معين بل وقد يتوافر الاعتياد على الإيذاء من تكرار وقائع مختلفه تكون كل منها أساءة كاتهامه الزوجة على غير أساس بالسرقة أو أيذائها بالضرب فكل واحدة من هذه الوقائع تعد اعتداء وقد يتوافر الاعتياد على تكرار اعتدائه بمثل هذه الوقائع كالاعتداء بالضرب واتهامها بسرقة داره (٦٩).

وقضت محكمة النقض المصرية بأنه "ومن الثابت من الاوراق الاعتداء المنسوب وقوعه من الزوج على زوجته لا يخرج عن كونه واقعة ضرب واحده اعترف بها المجنى عليه وعلل الباعث له على ارتكابها عناد زوجته وعدم طاعتها له " (٧٠).

أما الشرط الثاني فهو الاعتداء على الزوج الآخر أي أن يترتب على الاعتداء إيذاء جسيم وحسب ما وضحناه سابقا" بهذا الخصوص (٧١).

كما أن الفقه المصري يورد أمثلة لا يعدها من قبيل الضرر الذي يجيز طلب التطليق، منها هروب الزوج من الخدمة العسكرية وفسق الزوج طالما لم يظهر هذا الفسق في منزل الزوجية ولم يتعد أثره اليها، 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 المستحكم الذي لا يمكن البرء منه أو يمكن البرء منه

ولكن بعد زمن طويل ولكن الزوجة أقامت معه دون ضرر[٧٢].

وذهب القضاء المصري الى 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 الضرر، كما يؤيده أن مذهب المالكية مأخذ هذا النص يبيح للزوجة طلب التفريق إذا ما ضارها الزوج بأي نوع الإيذاء التي تتمخض كلها في أن للزوج مدخلاً فيها، وإرادة متحكمة 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].

واخيراً لابد من الاشارة الى أن الضرر يجب إن يكون محققاً أي لحق بالفعل بالمدعي (الزوج او 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 بإثباته بكافة طرق الإثبات.وأن يكون الضرر ماس بأحد الزوجين أو أحد أولادهم الصغار وأن يكون صادراً عن المدعى عليه أو المدعى 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 (المدعى عليه) من الدفاع عن نفسه حيال ما يدعيه المدعي أو المدعية. كما يجب أن يكون الضرر المدعى به جسيماً ومعيار جسامة الضرر حصل فيه اختلاف فالبعض يذهب إلى أن معيار الجسامة هو معيار موضوعي قوامه 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

أوجبه عليه عقد الزواج من واجبات قبل الآخر يعتبر ضرراً يخول الطرف المتضرر حق طلب التفريق[٧٤]. و نرى أن معيار الضرر هو شخصي وليس موضوعياً يتبع الشخص المتضرر نفسهُ حسب عاداته وبيئته وثقافته ويبقى تقدير ذلك لقاضي الموضوع والذي يخضع كذلك لرقابة محكمة التمييز(النقض)، ذلك لأن الغاية من دعوى التفريق هو رفع الأذى عن المتضرر. وهذا الأمر متروك تقديره لقاضي الموضوع الذي يسعى إلى دراسة هذا الضرر ويحاول أن يصلح ذات البين إضافة إلى إطلاع القاضي على تقرير الباحث الاجتماعي المختص والذي يسعى جاهداً إلى تقريب وجهات النظر بين المتخاصمين من أجل السعي إلى إصلاحهم للرجوع عن فكرة التفريق وكل ذلك يخضع إلى رقابة محكمة التمييز الاتحادية.

المطلب الثاني: تعذر الأستمرار في الحياة الزوجية

ورد هذا المعنى مع أختلاف في الصياغة في التعبير حيث وردت عبارة ((بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها (الزوجة) في القانون المصري وعبارة ((...لايمكن مع هذا الأضرار أستمرار الحياة الزوجية) في القانون الأردني وعبارة ((...يتعذر معه أستمرار الحياة الزوجية) في القانون العراقي.

وعليه فأن ليس كل ضرر يبرر التفريق بل لابد أن يكون هذا الضرر مما يتعذر معه أستمرار الحياة الزوجية لأنها لا تكاد تخلو من بعض الهفوات التي لا تنكدها وعليه فأنه لكي يحكم القاضي بالتطليق للضرر لابد ان تكون العشرة بين الزوجين مستحيلة بسبب الضرر ذلك أن الضرر الذي لا تكون به العشرة مستحيلة لا يحكم به بالتفريق لأنه ليس فيه مصلحه المجتمع والأسرة، ومن ثم أشتراط أن يكون الضرر بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين الزوجين او تقتضيه مصلحه المجتمع [٧٥].

وعليه فلو رضي أحد الزوجين الأستمرار في الحياة الزوجية بعد وقوع الضرر من الزوج الآخر فإنه قد أسقط حقه في طلب التفريق وقبل بالرضا وهذا الرضا قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً فلو تصالح الزوج مع زوجته التي قامت بضربه وتنازل عن الشكوى الجزائية أو العكس منها نكون أمام رضا صريح ومثلها قول الزوج للأخر عفوت عنك أو ضمنياً ينكشف من الظروف مثل سكوت الزوج عن الضرر الحاصل من زوجته أو بقاءة في المنزل أو أي ظرف أخر يستشف منه القبول.

ومعيار الضرر الذي لا يستطاع معه دوام

العشرة بين أمثال الزوجية معيار شخصي لا مادي وهو يختلف بأختلاف بيئة وثقافة المستوى الأجتماعي للزوجين مما يعتبر ضرراً يستحيل معه العشرة في بيئة أو ثقافة أو وسط أجتماعي لايعتبر كذلك في وسط اخر عليه فأن أعتداء 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 أعتادت هذه المعاملة وفي كل الأحوال فأن تقدير ما يعد من الضرر الذي يستحيل معه أستمرار الحياة الزوجية بين أفعال الزوجين هو من الأمور الموضوعية التي تخضع لتقدير قاضي الموضوع [٧٦] وتخضع لتدقيق ورقابة محكمة التميز.

ويلاحظ أنه لايشترط في القانون العراقي والمصري والأردني أقامه الدعوى خلال مدة زمنية معينة من وقوع الضرر بل أطلقوا المدة بخلاف بعض التشريعات الغربية كالقانون الأنكليزي الذي وضع قيوداً لرفع دعوى طلب الطلاق والتي حددها بما لا يقل عن سنه واحدة من تاريخ أبرام الزواج حسب م (١/٣١) من قانون الأحوال الشخصية وأن أجازت (ف٢) من ذات المادة تقديم طلب الطلاق بعد التأريخ المذكور اعلاه مستنداً الى سبب واقع قبله أي أجاز أن يكون الضرر الحاصل قبل السنة ولكن لا يجوز رفع الدعوى الا بعد أنقضاء هذه السنة كما أنه وفق م(١/٤١)من قانون الأحوال الشخصية يحق لكل من الزوجين طلب التطليق من المحكمة إذا كان هناك سبب يبررة ويكون بحيث يتعذر معه الأستمرار في الحياة الزوجية وللمحكمة الحكم به إذا أقتنعت بأنه لا سبيل لأصلاح ما اصاب الزواج من الخلل[٧٧].

أما سوء السلوك وفق هذا القانون فأنه 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 لايمكن توقع العيش مع المدعي علية ويجوز للمحكمة الحكم بالتطليق إذا حصلت لديها القناعة اللازمة، ومعيار إصابات العيش وفق هذا القانون هو معيار موضعي وليس شخصي يعتد به بالعبرة في الرأي العام والرجوع الى العقل السليم للحكم بأمكان أستمرار الحياة الزوجية [٧٨].

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

ستة 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 الأصلاح بين الزوجين

اختلف الفقهاء في تفريق الحكمين بين الزوجين إذا اتفقا عليه، هل يحتاج إلى إذن من الزوج، أولا 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، أومن يوكله الزوج؛ لأن الطلاق إلى الزوج شرعاً، وبذل المال إلى الزوجة، فلا يجوز إلا بإذنهما.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 التفرقة بين الزوجين والجمع) فالإمام مالك يشبّه الحكمين بالسلطان، والسلطان يُطلِّق في رأيه بالضرر إذا تبين، وقد سماهما الله حكمين في قوله تعالى:{فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها} [٧٩]، ولم يعتبر رضا الزوجين [٨٠].

واشترط الفقهاء في الحكمين: أن يكونا رجلين، 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 أهلهما، بعث القاضي رجلين أجنبيين، ويستحسن أن يكونا من جيران الزوجين ممن لهما خبرة بحال الزوجين، وقدرة على الإصلاح بينهما[٨١].

إما بخصوص التشريعات المقارنه، فوفق القانون العراقي فأن اقامة الدعوى من قبل أحد الزوجين على الزوج الآخر وفق أحكام م (٤٠) من القانون الأحوال الشخصية موضوع البحث يدفع المحكمة التي تنظر الدعوى الى إن تقتصر في اجراءاتها على أثبات تحقق الضرر وعدم أمكانية أستمرار الحياة الزوجية بين المتداعين، وإذا اقتنعت بالأمر أصدرت قرارها بالتفريق بين الزوجين دون أن تمضي نحو أمكانية الأصلاح بينهما، حيث لم يوجب القانون العراقي 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 لأنهاء النزاع صلحاً ولو لم يطلب ذلك منه أحد

الزوجين، حيث انه وفق المادة أعلاه يعرض الصلح في مسائل التطليق مرتين يفصل بينهما مدة لاتقل عن (٣٠) يوماً ولا تزيد على (٦٠) يوماً وذلك رغبة من المشرع في منح الزوجين تلك المدة لكي تكون وقتا"كافيا" لأن يراجع كل زوج نفسه في محاولة للاصلاح حتى تعود الحياة الأسرية،مع ملاحظة أن هذه المادة لم ترسم للمحكمة طريقاً معيناً لتدخل القاضي في الاصلاح بين الزوجين، لذلك فالمحكمة تتدخل بالطريقة التي تراها مناسبة والأصلاح بين الزوجين من خلال التعرف على طبيعة النزاع القائم بينهما والظروف الملابسة المحيطة به حتى يتمكن القاضي من وضع السبل الناجحة لأنهائه صلحاً [٨٢]. وعرض الصلح على الزوجين يكفي لتدخل القاضي في الاصلاح دون تدخل المحكمة في الصلح في أي مرحلة تكون عليها الدعوى ولا يشترط حضور الزوجين معاً عند تدخل المحكمة لأنهاء النزاع صلحاً ولا يشترط قبول الزوجين أمام المحكمة لانهاء النزاع صلحاً بل يكفي حضور وكيل مفوض عنهما بالصلح او رفضه وحضور الأخير أمام المحكمة و رفضة الصلح يعد ذلك سبباً كافياً لأثبات عجز المحكمة عن الأصلاح بين الزوجين مع ضرورة تثبت ذلك بمحاضر جلسات المحكمة لان الحكم بالتطليق دون تدخل المحكمة بالصلح حكمها بالبطلان لتعلق الأمر بالنظام العام مع وجوب أثبات المحكمة تدخلها لأنهاء النزاع صلحاً عند تسبب حكمها والا كان مشوباً بالقصور وعرضته للنقض [٨٣].

وإذا كان اتجاه المشروع المصري يذهب الى اللجوء الى الصلح ومن تم اصدار الحكم بالتفريق فأن المشروع الأردني ذهب مذهباً أبعد من ذلك حيث أشار الى أنه إذا كان طلب التفريق من الزوجة و اثبت أضرار الزوج بها فأن القاضي يبذل جهده في الأصلاح بينهما فأن تعذر عليه ذلك أنذر القاضي الزوج بضرورة اصلاح حاله مع زوجته وقام بتأجيل الدعوى مدة لاتقل عن شهر فأن لم يتم الاصلاح بينهما احال الامر الى الحكمين[٨٤]، وإذا لم تستطيع أثبات دعواها ردت، اما إذا كان المدعي هو الزوج واثبت وجود النزاع والشقاق ،فأن القاضي يبذل جهده في الأصلاح بين الزوجين فأن تعذر ذلك قام القاضي بتأجيل الدعوى مدة لاتقل عن شهراً كاملاً للمصالحة، وإذا أنتهت المهلة وأصر الزوج على دعواه ولم يتم الأصلاح أحال القاضي الأمر الى الحكمين وان لم يستطيع الزوج أثبات الدعوى ردت[٨٥].

وعلية فأن القانون الأردني يوجب على القاضي

بعد أثبات الضرر والعجز عن الاصلاح أحالة الأمر الى حكمين قبل أصدار الحكم بالطلاق خلافاً للقانون العراقي والمصري، وأشترط القانون الأردني في الحكمين:

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

ب-العدالة: -فالفاسق لا يصلح ان يكون حكما"،والمراد بالعداله الأستقامه وأتباع تعاليم الدين ولو في الظاهر ،بأن يكون مستور الحال غير مجاهر بالفسق والأنحراف.

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

د-أن يكون أحدهما من أهل الزوجة والآخر من أهل الزوج أن أمكن فأن تعذر ذلك عين القاضي حكمين من ذوي الخبرة والعدالة والقدرة على الأصلاح[٨٦].

ويقوم الحكمان بمهمة الاصلاح والتوفيق من خلال تلمس اسباب النزاع بين الزوجين ويقومان بتدوين تحقيقاتهما بمحضر يوقع عليه، فإذا توصلا الى الصلح بين الزوجين فقد قضي الأمر وأنتهت المسألة [٨٧]، اما إذا لم يستطيع الحكمان الأصلاح بين الزوجين وتبين لهما ان الطرف الضار هي الزوجة قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريانه شريطة ان لايقل عن المهر وتوابعة، وإذا كان الطرف الضار هو الزوج قررا التفريق بينهما بطلقة بائنة على أن للزوجة ان تطالب بسائر حقوقها الزوجية كما لو طلقهما بنفسه [٨٨].

أما إذا ظهر للحكمين ان الاضرار صادر من كلا الزوجين قررا التفريق بينهما على قسم من المهر بنية اضرار كل منهما فأن جهل الحال ولم يتمكنا من تقدير نسبة الاضرار قررا التفريق بينهما على العوض الذي يريان أخذه من ايهما (الزوجين) [٨٩] ،اما في حالة الحكم على الزوجة بأي عوض وكانت هي طالبة التفريق فعليها ان توقف دفعة قبل قرار الحكمين بالتفريق الا إذا رضي الزوج بتأجيله وفي حالة موافقة الزوج على التأجيل يقرر الحكمان التفريق بينهما ويحكم القاضي بذلك اما إذا كان الزوج هو طالب التفريق وقرر الحكمان ان تدفع الزوجة عوضاً فيحكم القاضي بالتفريق والعوض وفق قرار الحكمين[٩٠]، اما في حالة أختلاف الحكمين يقوم القاضي 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 القاضي بالنتيجة التي تم التوصل اليها

وعلى القاضي ان يحكم بمقتضاه 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 لاحقا،عند التطرق لاثار تحقق الضرر ،مع ملاحظة أن هنالك قصوراً تشريعياً من وجهة نظرنا بالنسبة للقانون العراقي من حيث عدم أشتراطه الأصلاح بين الزوجين على خلاف ما أوجبة 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 الأستجابة 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 خطرا 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 ايضاً 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 للاصلاح 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 الأساءة مشتركة دون بيان النسبية إلا إذا جهل الحال، وذهبت ايضا الى انه إذا تناقض أحد الحكمين

في التقرير الثاني لما في تقريرة الأول ،وكذلك قضت بان يقيد القاضي الحكمين حين تعينهما بمدة ووقت معين ويحكما بعدها (٩٤).

المبحث الثالث: أحكام دعوى التفريق للضرر المادي والمعنوي

أن تحقق شروط الضرر والتي بحثتها سابقاً لا تعني حصول الفرقة من تلقاء نفسها بل لابد من إقامة دعوى امام المحكمة المختصة من قبل أحد الزوجين والذي لحقه الضرر ولابد من إن يقوم المدعي باثبات دعواه، وللمحكمة سلطة تقديريه في الحكم بالتفريق، ويترتب على تحقق الضرر وصدور الحكم بالتفريق أثاراً مالية وأخرى معنوية. وقد تُرد 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: نخصصه لأجراءات دعوى التفريق للضرر المادي والمعنوي.

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

المطلب الأول: اجراءات دعوى التفريق للضرر المادي والمعنوي

ان البحث في اجراءات دعوى التفريق للضرر ينطلب منا تناوله في ثلاثة فروع هي:

الأول: نخصصه لرفع دعوى التفريق واثبات الضرر.

الثاني: نخصصه لحكم تجديد اقامة دعوى التفريق للضرر المردوده.

الثالث: نخصصه لسلطة المحكمة في إصدار القرار.

الفرع الأول: رفع دعوى التفريق واثبات الضرر

إن البحث في هذا الفرع يتطلب تقسيمه على جانبين: الاول، نتناول فيه اجراءات رفع دعوى التفريق للضرر، والثاني، نتناول فيه أثبات الضرر.

اولاً: اجراءات 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 أقامة هذه الدعوى بينما قصر المشرع المصري هذا الحق على الزوجة فقط أنطلاقاً 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 بأستثناء بعض القوانين، كالقانون الأنكليزي والذي أشترط مرور سنة على أبرام

عقد الزواج.

وأجراءات رفع الدعوى تكون عبارة عن طلب يرفعه المدعي (الزوج أوالزوجة) 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 للمرافعه وتبليغ الطرفين به، ولابد من المدعي من ارفاق صورة مصدقة من عقد الزواج مع عريضة الدعوى الأثبات حالة الزوجيه، وأخيراً فأنه 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 الأستجابة للطلب دون حاجه لقبول الطرف الآخر كما ومن حقه طلب التفريق لاحقاً في دعوى جديدة إذا استجدت ظروف ووقائع جديدة.

وان هنالك شروطا عامه للدعوى تتمثل بالاهلية والمصلحة والخصومة يشار اليها في شروحات قانون الرافعات ولامجال لبحثها، 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 التسامع 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 سماعا فاشيا مستفيضا على السنة النساء والخدم والجيران[٩٦].

إما وفقاً للقانون المصري فأن أحكام التطليق للضرر أستحدثها المشرع المصري وان كانت مستمده من مذهب الأمام مالك كما اسلفنا الا أنه بنيت على قواعد خاصة لاثبات الضرر، وان كان ينبغي الرجوع الى الرأي الراجح في المذهب الحنفي، فنصاب الشهادة في ذلك المذهب هو شهادة رجلان أو رجل و أمرأتان، مع ملاحظة انه لا يجوز أثبات الضرر بشهادة السماع في بعض المسائل و ان كان ليس منها

وقائع الأضرار التي تبيح التطليق، كما أن شهادة الاصل لفرعه والفرع لاصلة أو أحد الزوجين لصاحبه غير جائزه ومقبوله شرعاً، كما يجوز للشاهد ان يتدارك ما وقع في شهادته من خطأ قبل أن يغادر مجلس القضاء [٩٧].

وتطرقنا سابقاً لأثر الحكم الجنائي على الدعوى المرفوعه وما إذا كان حجة في اصدار حكم بالتفريق وقلنا ان م (٤٥٦) من قانون الأجراءات الجنائية المصري وم (١٠٢) من قانون الأثبات المصري أشترطتا لكي يجوز الحكم الجنائي حجة أمام محاكم الأحوال الشخصيه اوالمحاكم المدنية توافر شروط هي:

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

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

٣-أكتساب 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 بضربها أو ايذائها واستندت في دعواها على صدور حكم جنائي بأدانته فأن هذا الحكم يكون حجة على محكمة الأحوال الشخصية، ولكن لو كان الحكم الجنائي يقضي بالبراءة أو الأفراج فهنا من حق محكمة الأحوال الشخصية أن تبحث وتستند الى أدله أخرى لتكوين عقيدتها، مع ملاحظة أن أدلة الاثبات وفق هذا القانون لا تقتصر على الشهادة أو الاقرار أو صدور حكم جنائي بل تستند الى ادلة اخرى كتابية أو بالاستناد الى تقارير طبية رسمية كل حسب حالة الأعتداء أو الضرر المدعي به [٩٨].

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

اما قانون الأحوال الشخصية العراقي فقد جاء ت م (٤٤) منه بنص عام في الأثبات في جميع دعاوى التفريق ومنها التفريق للضرر، حيث اشارت هذه المادة الى أنه" يجوز إثبات إسباب

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

وهذا يعني ان 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 ان كانت متواترة، اي على السماع من أحد المتداعين دون انقطاع، كما يمكن أثباته باقرار 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 ان 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 هي إما رجلان أو رجل وإمراتان كما يمكن،أثباته بالدليل الكتابي (عادي أو رسمي) وتعتبر محاضر التحقيق والأحكام القضائية (المدنية والجنائية) من قبيل الأدلة الكتابية الرسمية ،و أن الغالب الشائع في عمل محاكم الأحوال الشخصية في العراق يسير نحو أثبات الضرر عن طريق الشكاوي الجزائية أو صدور حكم جنائي بأدانة الزوج الآخر بالأعتداء ولكن عدم صدور قرار بالادانة وصدوره بالأفراج لا يمنع من أقامة الزوجة طلب التفريق للضرر وأثباته بكافة طرق الأثبات، وفي ذلك تذهب محكمة التميز الى القول بأن " الأفراج عن الزوج بالدعوى الجزائية بسبب تعمده التشهير بزوجته لبساطته وحسن نيه لا يسقط حق الزوجة في طلب التفريق للسبب المذكور" [١٠٠].

وعليه فإن الإيذاء المادي أو المعنوي وأن تعددت صوره وتطبيقاته فأن القاضي الموضوع سلطة واسعة في تقدير مدى جسامته والأعتداء به فتلك الأمور تختلف من واقعه الى أخرى طبقا" للعناصر القائمة في كل قضية على حدة فالأمر يختلف بأختلاف البيئات والمجتمعات والطبقات الأجتماعية وبصفه خاصة فيما يتعلق بالإيذاء الادبي الذي يتسم بالنسبية ويتفاوت بتفاوت الظروف التي يتم فيها وان الاعتداء

المادي أو الادبي يعتبرن الوقائع المادية التي يمكن أثباتها بكافة الطرق ومنها صدور حكم جنائي [١٠١].

وهنالك من يذهب الى تقليب النظر في صور الضرر،لصعوبة إثبات البعض منها؛ كوطء الزوجة في غير محل الحرث، أو إكراهها على ارتكاب المحرمات، أو هجرها بقطع الكلام معها، أو سبها وسب أبيها، ويرى ان بعض هذه الصور تُعد 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 بالامكان الإثبات بغير الطرق المألوفة وذلك بتقرير الطبيب الشرعي بعد إجراء الكشف الطبي عند حدوث الواقعة، وتحرير محضر في مركز الشرطه 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 حدوث بعض الخدوش جراء العراك، فضلاً عن ارتباكه و اختلاط أقواله أثناء التحقيق.وأما بالنسبة لإثبات الضرر الواقع من ارتكاب الزوج فعل الزنا، أو شرب الخمر، وتعاطي المخدرات، فيرى امكانية إثبات هذه الوقائع بطرق الإثبات الشرعية، كما أن حيازة هذه المواد كاف في إثبات الضرر اللاحق بالزوجة؛ لأن حيازتها دليل علي 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 [١٠٢].

الفرع الثاني: حكم تجديد دعوى التفريق للضرر المردوده

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

ولكن ماهو الحكم لو جدد هذا الزوج دعواه مرة أخرى بعد صدور قرار الرد وأكتسابه 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 البتات ثم أقيمت دعوى ثانية بالتفريق لنفس السبب فعلى المحكمة أن تلجئ الى التحكيم وفقاً لما ورد في م (٤١)، وأشار الشطر الأخير من م(٦) من القانون المصري ((...إذا تكررت الشكوى من بعد رفض طلبها التفريق ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكمين وقضى على الوجه المبين بالمواد من (٧-١١).

والذي يتبين من نص المادتين أعلاه ان المشرعين العراقي والمصري قد وجدا في تكرار أقامة دعوى التفريق للضرر والعجز عن أثبات الادعاء من أن هنالك ضرراً ومشقة أصابت ولاتزال المدعي مم حذا بكلا المشرعين الى أعتماد أسلوب الحكمين. اما القانون الأردني فسبق وأن أشرنا الى أنه حذا هذا المنحى أبتداً عند أقامة دعوة التفريق للضرر بعد أثبات الضرر والعجز عن الأصلاح ،بينما نجد أن 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 الحكمين وأجراءتهما في التحكيم فلا داعي لتكرارها وسنقتصر البحث على القانونين المصري والعراقي لوجود بعض الأختلافات الجوهرية في أحكامها مماً الزمنا التفريق في توضيح الأحكام كلاً على أنفراد.

فقد أشترط المشرع المصري في الحكمين عدة شروط اهما الشرطين التاليين [١٠٣]:

١-أن يكونا عدلين.

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

كما وأشترط هذا القانون على المحكمة أن يشتمل قرار تعين الحكمين على تاريخ بدء عملهما وأنتهائه على الا يتجاوز مدة ستة أشهر، وتخطر المحكمة الحكمين والخصم بذلك، وعليها تحليف كل من الحكمين اليمين بأن يقوم بمهمته بعدل وأمانة [١٠٤]، وأن أجاز هذا القانون للمحكمة أعطاء مهلة أخرى للحكمين لمدة واحدة لاتتجاوز ثلاثة أشهر فأن لم يقدما تقريرهما

أعتبر أنهما غير متفقين.

كما وأنه لا يؤثر في سير عمل الحكمين امتناع أحد الزوجين عن حضور مجلس التحكيم متى تم أخطاره وعلى الحكمين أن ينظرا في أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهودهما في الأصلاح بينهما على أي طريقة ممكنة [١٠٥].

وتطرق القانون الى حالة عجز الحكمان عن الأصلاح فميز بين عدة حالات عند صدور تقرير الحكمين [١٠٦] وكما يلي:

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

٢-حالة الأساءة الصادرة كلياً من الزوجة، فأن كانت الأساءة كلها من جانب الزوجة أقترحا الحكمان التطليق نظير بدل مناسب يقدرانه وتلزم به الزوجة.

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

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

كما أوجب القانون على الحكمين أن يرفعا تقريرهما الى المحكمة مشتملاً على الأسباب التي بني عليها ، فأن لم يتفقا بعثت المحكمة لهما حكماً ثالثاً له خبرة بالحال وقدرة على الأصلاح وحلفته اليمين ،وإذا أختلفوا ولم يقدموا تقريرهم في المعياد المحدد سارت المحكمة في الأثبات،وأن عجزت المحكمة عن التوفيق بين الزوجين وتبين لها أستحالة العشرة بينهما وأصرت الزوجة على الطلاق قضت المحكمة بالتطليق بينما مع أسقاط حقوق الزوجة المالية كلها أو بعضها والزامها بالتعويض المناسب ان كان لذلك كله مقتضى [١٠٧].

ويلاحظ أن واضعي التشريع المصري لم ياخذوا بمذهب الأمام مالك على أطلاقه لاسيما فيما يخص الحكم بالتطليق في حالة ما إذا كانت الأساءة من جانب الزوجة وأن الزم القانون تلك الزوجة المسيئة بأن تدفع لزوجها تعويضاً بحسب ما يراه الحكمين ممن أثار أستغراب البعض من هذا الأمر يعد إقراراً للزوجة المشاكسة يهدم عرى الزوجية بين الزوجين بلا مبرر[١٠٨].

ولو تم أُلاخذ بمذهب الأمام مالك وعُمل به فيقضي لها بالتطليق بدون عوض أو مقابل، وبالعكس فالمشرع المصري تفادي هذا الأنتقاد

مسبقاً حيث أوضح في المذكرة الأيضاحية للقانون بان" 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 إيذاء الآخر قصد الأنتقام... فرؤى أن المصلحة داعية الى الأخد 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 أخر أن هذا الأقرار للزوجة المشاكسة سيدفعها لأن تتخذ من أسائتها وسيلة لتطليقها من زوجها بدون مقابل ومن غير عوض إذا ما أوخذ بمذهب مالك علانه أذ الأخير في بقاء زوجيته زوجتة مشاكسة تنقص الحياة على زوجها وتضايقه بأستمرار فيضطر في أخر الأمر الى التخلص منها والى أنهاء الزوجية بينهما بأن يطلقها بدون عوض[١٠٩].

ونرى ضرورة عدم أعطاء 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 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 [١١٠]. وبخصوص أحكام الشقاق الواردة في هذا القانون والذي الزم المحكمة عند تكرار أقامة دعوى التفريق للضرر مجدداً بعد رد الدعوى الأولى لعدم ثبوت الضرر فأن القانون الزم المحكمة بأجراء التحقيق في أسباب الخلاف والشقاق فإذا ثبت لها وجوده تعين حكماً من أهل الزوجه وحكماً من أهل الزوج أن وجدا للنظر في أصلاح ذات البين،

فأن تعذر وجودهما كلفت المحكمة الزوجين بأنتخاب حكمين ،فأن لم يتفقا أنتخبتهما المحكمة[١١١]، ولم يحدد القانون شروطاً معينة في الحكمين كما فعل ذلك القانون المصري و الأردني ما يعني احالة الامر على الفقه الاسلامي،لكنه أوجب على الحكمين أن يجتهدا في الأصلاح ، فأن تعذر عليهما ذلك رفعا الأمر الى المحكمة موضحين الطرف الذي ثبت تقصيره فأن أختلفا ضمت المحكمة اليهما حكماً

ثالثاً [١١٢].

كما أن القانون لم يرسم أجراءات التحكيم ولم يحدد مدة معينة للحكمين لتقديم تقريرهما أو حكم تخلف أحد الزوجين عن حضور جلسات التحكيم أو حكم أرسال وكيل عنه، كما فعل القانون المصري، ونرى أن هذا يعد قصوراً تشريعاً لابد من تلافيه بالنص عليه فإذا ثبت للمحكمة من خلال تقرير الحكمين أستمرار الخلاف بين الزوجين وعجزت عن الأصلاح بينهما وأمتنع الزوج عن التطليق فرقت المحكمة بينهما، ولكن القانون ميز فيما يخص أستحقاق 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 فأن القاعدة هي:

أستحقاق الزوجة من المهر المؤجل= المهر المؤجل / نسبة التقصير للزوج * ١٠٠

١٠٠٠٠٠٠ / ٧٠ * ١٠٠ = ٧٠٠٠٠٠دينار أستحقاقها من المهر المؤجل.

ونرى أن صياغة النص غير دقيقة فيما يخص أحتساب نسبة التقصير من المهر المؤجل ذلك أن المهر المؤجل قد يقل أو يزيد عن المهر المعجل المقبوض، ومن ثم فأن الزوجة قد تكون غابنه او مغبونه بحسب الأحوال خصوصاً وأن أحكام الشرع والقانون توجب أن يتم أحتساب المهر كله وتقسيمه على أثنين 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 أضافة الى سقوط مهرها المؤجل.

الفرع الثالث: سلطة المحكمة في أصدار الحكم بالتفريق للضرر

قد بينا الى الأذهان سؤال مفاده إذا ما أثبت المدعي (الزوج أو الزوجة) دعواه بالطرق التي حددها القانون فان للقاضي سلطة في أصدار الحكم بالتفريق او رد الدعوى حسب الأحوال

ولكنها ليست سلطة مطلقة، حيث أوضحنا أن المدعي إذا ما عجز عن أثبات دعواه فيلزم حكماً برد الدعوى طبقاً لقاعدة البينية على من أدعى واليمين على من أنكر ولكن لو أثبت دعواه وأصر على طلب التفريق (التطليق) فيكون لزاماً على المحكمة الأستجابة الى طلبه فلا يحق لها رفض دعواه بحجة تماسك الحياة الزوجية أو لا يوجد ما يبرر التفريق والا كان القرار عرضة للنقض من محكمة التميز في التشريع العراقي والمحكمة الأستئنافية في التشريع الأردني ومحكمة النقض في التشريع المصري ،ولكن هذا لا يمنع من سلطة القاضي في تفسير الضرر ومدى جسامته لان تقدير ذلك من المسائل الموضوعيه وان كان خاضعاً لرقابة المحاكم العليا عند الطعن بالحكم من قبل الطرف الذي خسر دعواه ،مع ملاحظة أن القانون الأردني قد أعطا للحكمين سلطة تقرير الطرف المقصر من عدمه وتحديد نسبة التقصير وأسحقاق الزوجة للمهر من عدمه ولكن هذا لا يمنع من الزام المحكمة للحكمين بأتباع سير معين رسمه القانون والا كان التقرير الذي يرفعانه عرضة للنقض من المحاكم العليا،أما المشرعان العراقي والمصري فأنهما اعطيا حق أصدار القرار للمحكمة بعد أثبات الضرر دون الحاجة الى أحالة القضية الى الحكمين الا إذا رفعت الدعوى لنفس السبب بعد أن ردت على النحو الذي فصلناه سابقاً فهنا على المحكمة أحالة القضية على التحكيم وفق الأجراءات التي فصلناها حينها ولكن المحكمة في كل الأحوال لايجوز لها أصدار 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 فأن سلطة المحكمة تقتصر في بيان أثباتات الضرر ومدى أعتباره من الجسامه التي يوجب بها القانون التفريق ومدى توافر الشروط الدعوى بالمدعي من عدمه دون أن يتعداه الى غير ذلك.

ويلاحظ أنه وفق القانون المصري فأن الزوجة إذا ما نجحت في أثبات الضرر المعتبر قانوناً تعين على المحكمة قبل الحكم بالتفريق أن تصل الى أزاله أسباب الشقاق بين الزوجين المتخاصمين فأن هي قضت بالتطليق دون أن تحاول التوفيق بينهما كان قضاؤها باطلاً بأعتبار أن سعيها للأصلاح قبل الحكم بالتفريق أجراء جوهري أوجبه القانون وهو لصيق بالنظام العام.

المطلب الثاني: الاثار المترتبة على التفريق للضرر المادي والمعنوي

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

الأول: نوع الفرقة الحاصلة بالتفريق للضرر

الثاني: الأثار المادية

الفرع الأول: نوع الفرقة الحاصلة بالتفريق للضرر

ينقسم الطلاق على أنواع عده بأعتبارات مختلفة [١١٣]: فهو من حيث الصيغة المستعملة فيه ينقسم الى طلاق صريح وكناية، ومن حيث الأثر الناتج عنه ينقسم الى 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 الى المستقبل، وقدر تعلق الأمر بموضوعنا فأن الطلاق من حيث الأثر الناتج عنه أو من حيث إمكان الرجعة من عدمها يقسم الى طلاق رجعي وبائن[١١٤].

فالطلاق الرجعي هو الذي يملك الزوج فيه إعادة المطلقه الى الزوجية من غير حاجة الى عقد جديد مادامت في العدة ولو لم ترتضى، ويكون ذلك بعد الطلاق الأول والثاني غير البائن إذا تمت المراجعة قبل إنقضاء العدة ،فإذا أنتهت العدة انقلب الطلاق الرجعي بائن، فلا يملك الزوج إرجاع زوجته المطلقه الا بعقد جديد ،اما الطلاق البائن فهو على نوعين: الأول بائن بينونه صغرى وهو الذي لا يستطيع الرجل فيه ان يعيد المطلقة الى عصمته الا بعقد ومهر جديدين ويكون في حالات هي: الطلاق قبل الدخول أو على مال، أو الذي يوقعه القاضي للضرر أو الرجعي الذي انقضت العده فيه ولم يراجع الزوج مطلقته [١١٥].

اما الثاني فهو البائن بينونه كبرى وهو الذي لا يستطيع الرجل معه ان يعيد المطلقة لعصمته الا بعد ان تتزوج بزوج أخر زواجاً صحيحاً ويدخل بها دخولاً حقيقياً ثم ينفصل عنها بفرقة أو وفاة او طلاق وتنقضي عدتها منه وذلك بعد الطلاق الثالث حيث لا يملك الزوج أن يعيد زوجته اليه الا إذا تزوجت بزوج أخر[١١٦].

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

أحكام مختلفة حسب حالة الأساءة والجهة التي صدر عنها، فاعتبرت م (١٣٢/هـ) التفريق على عوض (مال) يراه الحكمان على ان لا يقل عن مهر المثل ان كانت الأساءة من جهة الزوجة، اما إذا كانت الاساءة كلها من الزوج قرر الحكمان التفريق بينهما بطلقة بائنة مع احتفاظ الزوجة بالمطالبة بحقوقها الأخرى كما لو طلقها الزوج بنفسه، لكن في جميع الأحوال فأن احكامه لا تختلف مع القانون العراقي والمصري من حيث أعتبارها طلاقاً بائناً ببينونة صغرى لانها فرقة قاضي.

الأثار العامة المترتبة على الطلاق البائن ببينونة صغرى:

ويترتب على الفرقة البائنة ببينونة صغرى الأحكام الاتية [١١٧]:

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

٢-نقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج كالطلاق الرجعي.

٣-يحل بمجرد الطلاق الصداق المؤجل الى حد الأجلين ، الموت أو الطلاق مع ملاحظة موقف القانون من المهر بالتفريق للضرر والتي سنوضحه لاحقاً.

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

ويلاحظ ان هذه الاثار أعلاه تترتب من لحظة صدور الحكم بالتطليق أو التفريق للضرر لا من لحظة صدور الضرر أو إقامة الدعوى،لان اثار التفريق للضرر خصوصاً والتفريق بكافة أنواعه عموماً هي منشأة لا كاشفة بخلاف دعوى تصديق الطلاق الرجعي الذي يوقعه الزوج غيابياً على زوجته التي تكون كاشفة، ولكن في كل الأحوال لا يرتب الحكم أثره الا بعد أن يكتسب الدرجة القطعية اما بأنتهاء المدة القانونية للطعن وعدم وقوع طعن على الحكم أو التنازل عن الطعن القانوني أوتصديق جهة الطعن على الحكم اما لو نقض الحكم الأبتدائي من الجهات العليا فلا يرتب الحكم المنقوض أثاره بل يتوقف على أصدار حكم جديد ويرتب أثاره لحظة صدوره مع بيان أكتسابه الدرجة القطعية على النحو الذي اوضحناه.

الفرع الثاني: الأثار المالية

ان الأثار المالية المترتبة على التفريق للضرر يمكن ردها الى الجانبين التاليين:

الاول: المهر.

الثاني: الحقوق المالية والمعنوية الأخرى.

اولاً: 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 الى أحكام المهر عند تنظيمه للنصوص القانونية الخاصة بالتفريق للضرر الواردة في م (٤٠) أحوال شخصية بخلاف القانون الأردني، وهذا يعني ان الزوجة التي يفرق بينها وبين زوجها الداخل بها للضرر وفق أحكام م (٤٠) أحوال شخصية فأنها تستحق كامل مهرها المؤجل المدون في عقد الزواج سواء كانت مدعية ام مدعى عليها.

وقد يتسائل البعض عن أهمية رفع دعوى تفريق من قبل الزوج على زوجته إذا ما كانت الزوجة تستحق المهر المؤجل وان كان بأمكانه ايقاع الطلاق عليها لان النتيجة الفعلية والمادية هي (طلاق يضاف اليه المهر)؟

ويرد على هذا التساؤل بالقول إن احكام الطلاق الغيابي الرجعي الذي يوقعه الزوج على زوجته خارج المحكمة له انعكاسات مادية عليه في التشريع العراقي لا سيما وانه سيكون ملزم بدفع أعباء ماليه أخرى لذا نرى ان ألاتجاه لدى غلبية الأزواج في العراق بدأ لا سيما بعد شهر اب من عام ١٩٩٩ يتجه نحو أقامة دعوى تفريق للضرر إذا ما لم يرغب بزوجته بدلاً من ايقاع الطلاق الخارجي عليها.

اما لو كان التفريق قبل الدخول فأن الزوجة تستحق نصف المهر وتستحق المهر المؤجل طبقاً للاحكام العامة في المهر[١١٩]، وهو نفس الحكم في التشريع المصري، غير ان القانون الأردني كما تطرقنا سابقاً قد عالج المهر حسب جهة الضرر وكما ياتي [١٢٠]:

١-إذا كانت الأساءة كلها من الزوجة فأنها تُلزم بان تدفع عوض لزوجها يقدره الحكمين على ان لا يقل عن المهر وتوابعه.

٢-إذا كانت الأساءة كلها من الزوج فأنها تستحق جميع حقوق المطلقه من مهر ونفقه إلخ.

٣-إذا كانت الأساءة مشتركة بين الزوجين فأن

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

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

غير أن القانون العراقي والمصري قد تناولا أحكام المهر في حالة ما إذا ردت دعوى التفريق للضرر لعدم ثبوتها وأقيمت مجدداً فهنا يصار الى تطبيق أحكام الخلاف أو الشقاق في القانون العراقي و المصري بعد تعين الحكمين وحسب الأحكام التي تطرقنا اليها سابقا والتي نحيلها اليه ولا داعي لتكرارها ،مع ملاحظة ان أحكام القانون المصري في هذا الخصوص هي مطابقة لأحكام القانون الأردني بينما نظم القانون العراقي التفريق للشقاق أو الخلاف في أحكام خاصه تقترب بعض الشئ من القانونين المصري والاردني في بعض الاحكام الا أنها تختلف معها في أحكام أخرى[١٢١].

ثانياً: الحقوق المالية والمعنوية الأخرى

يترتب على صدور حكم بالتفريق للضرر بعض الأثار المالية والمعنوية الأخرى ومن بين هذه الأثار حق الزوجة في نفقه العده وهي لمدة ثلاث قروء (ثلاثة أشهر) ويتوقف أستحقاق نفقة العدة كون الزوجة مدخول بها من عدمه فأن كان مدخولاً بها تستحق النفقه في العدة سواء كانت هي مدعيه ام مدعى عليها رضيت بالتفريق من عدمه اما إذا كان غير مدخول بها فلا تستحق ذلك وهذا الحكم مستمد من الأحكام العامة في الطلاق.

اما حضانة الأولاد فأن التفريق لا يمنع من أستمرار الزوجة (الأم) بحضانة اولادها الى أن يتجاوز سن الحضانه مادامت شروط الحضانة متوافره فيها [١٢٢] والا من حق الزوج وأقاربه عند وفاته أو فقده، طلب أسقاط الحضانه عن الأم إذا ما فقدت شرط من شروط الحضانه، مع ملاحظة ان الزوجة بعد انتهاء العدة وقيامها بحضانة الأولاد تستحق على زوجها أجره حضانه نظير تربية الأولاد والأشراف على شؤون حياتهم.

اما حق الزوجة المفرق بينها وبين زوجها للضرر في سكنى الزوجيه فقد عالج القانون العراقي ذلك بقانون خاص يسمى قانون حق الزوجه 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

زوجها بصورة مستقلة إذا كانت مملوكة له كلاً أو جزاءاً او كانت مستأجره من قبله [١٢٤] وتفصل المحكمة في هذه النقطة مع الحكم الفاصل في الدعوى، كما ان القانون أعتبر التصرفات التي يقوم بها الزوج قبل سته أشهر من وقوع الطلاق أو من تأريخ إقامة دعوى التفريق ،من نقل ملكية الدار أو الشقة للغير غير نافذه بحق الزوجة المطلقة أو المفرق عنها[١٢٥]، وتكون مدة السكن هي ثلاثة سنوات بلا بدل على أن لا تؤجر الدار أو الشقة كلاً أو جزاءاً أو تسكن معها اي شخص عدا من كانوا في حضانتها او معارفها وان لا تحدث ضرراً جسيماً بالدار أو الشقة [١٢٦]، غير أن هذا القانون حرم الزوجة من هذا الحق في الحالات الاتية [١٢٧]:

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 الأستقلال دار أو شقه سكنية.

وتطبيق ذلك على دعوى التفريق للضرر فأن الزوجة المفرقه تستحق حق السكنى وفق ما أوضحناه أعلاه في كل الأحوال عدا حالة ما إذا كانت الزوجة هي المدعيه أو قابلة على التفريق أو كان التفريق بسبب خيانتها الزوجية وفي كل الأحوال لا تستحق حق السكنى إذا ما كانت تملك على وجه الأستقلال دار أو شقة سكنية [١٢٨]، عليه فلو أقامت الزوجة دعوى التفريق فإنها تكون قد رضيت بالتفريق ابتداءً وسعت اليه، ومن ثم تحرم من حق السكنى، اذ ليس من العدالة ان ينزل بالزوج الضرر نتيجة لحالة نسيت فيها الزوجة او رضيت بها [١٢٩]، 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 لان استحقاق الزوجة لكامل مهرها المؤجل او 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 فأنه يبقى مقصورا على مورده 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[١٣٠].

الخاتمة:

من خلال البحث أمكن التوصل الى اهم النتائج والمقترحات الاتية:

اولا: النتائج:

يمكن اجمالها فيما يلي:

١-ان التفريق للضرر حول محل خلاف في جوازه في الفقه الاسلامي، حيث راى الجمهور عدم جواز التفريق للضرربل ان الزوجه ترفع الامر الى القاضي الذي يرى احالة الامر الى الحكمين 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 ومنم من فرق بين الضرر والشقاق وان اعطى الحق في طلب التفريق لك ومفهالزوجين.

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

٤-ان هنالك ثلاثة شروط اساسيه لجواز الفرقه للضرر هي تقديم طلب ممن له الحق في ذلك وجسامة الضرر وتعذر الاستمرار بالحياة الزوجية، وهو ما يمكن الاستدلال به من خلال النصوص التي نظمت المسالة.

٥-المشرع العراقي ميز في التنظيم والاحكام بين التفريق للضر 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 مستقله في م (٤١) احوال شخصيه وهو امر ينتقد عليه المشرع العراقي.

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

ثانيا: المقترحات

١-تعديل أحكام م ٤٠ من قانون الاحوال الشخصية العراقي واحلال عبارة (أذى) 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

من ق.أ.ش ابعاد الصور الأخرى للتفريق الواردة في الفقرات ٢-٥ من م ٤٠ اعلاه والحاقها بالصور الأخرى الوارده في م ٤٣من 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 الأحوال الشخصية بأضافة فقرة جديدة توجب على المحكمة قبل الحكم بالتفريق وبعد أثبات الضرر اللجوء الى امكانية الأصلاح بين الزوجين وأمهالها مدة مناسبة لاتقل عن(٣) أشهر تؤجل فيها الدعوى مرة كل شهر للوقوف عن امكانية الأصلاح 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 خطرٍ على المجتمع يتمثل بالتفكيك الأسري وما يترتب عليه من أثار سيئة على الأسرة خصوصاً والمجتمع عموماً.

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-د. سعدي أبو حبيب: القاموس الفقهي،ط٢،مطبعة دار الفكر،دمشق،١٤٠٨هـ ، ص ٣٤٥. ينظر: د.محمد مصطفى شلبي:أحكام الأسرة في الإسلام،دار النهضة، بيروت، ١٩٧٧،ص٢٩٩.

٤-د. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته، ج٧، دار الفكر المعاصر -بيروت،١٩٩٧، ص ٥٢٧ ، ٦٠١.

٥- قرار شرعي سني، نقلا عن: احمد جمال الدين، القضاء الشرعي ،مطبعه الزهراء -النجف ١٩٤٩،ص٢١٨.

٦- د.مصطفى إبراهيم الزلمي:مدى سلطان الإرادة في الطلاق في الشرائع والقوانين والأعراف خلال أربعة آلاف سنة ، ط١ ،بدون ذكر اسم مطبعة او سنة الطبع ص٣٧١.

٧- المحامي جمعة سعدون الربيعي ،المرشد إلى إقامة الدعاوى الشرعية وتطبيقاتها العملية ، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٦ ، ص٦٤٨. وعرفه اخر بانه" إيذاء الزوج لزوجته بالقول، أوبالفعل كالشتم المقذع، والتقبيح المخل بالكرامة، والضرب المبرِّح ، 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 الالكتروني، www.alukah.net ، ص٤٦.

٨-ينظر: د. فاروق عبدالله كريم ــ الوسيط في شرح قانون الاحوال لشخصية العرافي ــ ص١٩٥

٩-ينظر: د.احمد سالم ملحم ،الشرح التطبيقي لقانون الأحوال الشخصية الأردني مكتبة الرسالة الحديثة ، عمان ١٩٩٨ ،

ص١٩٥.

١٠- البقرة/ ٢٢٩,٢٢١-٢٢٢.

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

١٢-ابن منظور ،لسان العرب ،(١٦٦/٢) ،مادة شقق. وللشقاق باللغة عدة معاني منها: النصف والجهة والمشقة الصدع، والخلاف، والعداوة والمفارقة، ويرجح البعض الاصطلاحات الخمسة الاخيرة 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 مقدمه الى القضاء الشرعي من كلية الشريعة والقانون في الجامعة الإسلامية بغزة ،٢٠٠٧،ص٣٧.

١٣-الرازي، فخر الدين محمد: التفسير الكبير،ج٣،دار الفكر الجامعي – بيروت ،١٩٨٤ ،ص ٩٢. الجواهري ،الشيخ محمد حسن ألنجفي ،جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام ،ج٣١،ط٣ ،مطبعة خورشيد،١٣٦٧ش،ص٢٤٥. القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج٢، ط١، دار الكتب العلمية ، ١٩٨٨،ص١. الماوردي، أبو الحسن على بن محمد بن حبيب: الحاوي الكبير ،ط١، دار الكتب العلمية بيروت،١٩٩٤، (١٢)

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

١٥- أحمد بخيت الغزالي وآخرون ،أجوبة السائلين عن مشكلات وقضايا الأحوال الشخصية للمسلمين ،مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص٥٠٤ وما بعدها.وكذلك م (٤٥) من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

١٦-د.مصطفى الزرقاء المدخل الفقهي العام ، ج٢ ، 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:د.أحمد ألكبيسي،شرح قانون الأحوال ألشخصية ألعراقي ، الزواج والطلاق وأثارهما ، ألمكتبة ألقانونية بغداد ، ٢٠١٠ ، ص ١٥٨ وما بعدها.

٢٠- سورة النساء / ٢٤.

٢١- ينظر: علاء الدين الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٢، ط١، ١٣٢٧ هـ ، ص٣٣٤.السيد سابق:فقه السنه،ج٢، ط١١، دار الفتح للأعلام العربي،١٤١٤هـ -١٩٩٤م، ص٤٥٦ ، ابن حزم الظاهري ،المحلى ،ج١٠،منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر، بيروت ،ص٤١. العاملي ،الشهيد الثاني زين الدين الجبعي: الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج٢،مطبعة أمير-قم ،١٤١٠هـ ،ص ١٣٣،الحلي،المحقق،شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ،ج٢ ،ط٢ ،مطبعة أمير-قم،١٤٠٩هـ.،ص٤٢.الحلي،المحقق جعفر ابن الحسن، المختصر النافع، مطبعة وزارة الاوقاف -مصر ،١٣٧٧هـ.ص١٧١. الحجاوي ،شرف الدين موسى المقدسي، الاقناع في فقه الامام أحمد بن حنبل،ج٣ المطبعة المصرية

بالأزهر، بلا سنة طبع ،ص٢٥٠. محمد الشربيني الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج،ج٢، مطبعة مصطفى ألبابي الحلبي ،مصر ،١٩٥٨ ، ص ٢٥٩-٢٦٠. ابن قدامه،عبد الله بن محمد: المغني ،ج٧ ،ط١،دار الفكر-بيروت ،١٤٠٥هـ ، ص٤٩. الشيرازي أبو إسحاق،إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشافعي:المهذب في فقه مذهب الإمام الشافعي ،ج٢،مطبعة عيسى البابي ،الحلبي و شركاء بمصر،ص٧٠.حسين خلف الجبوري ، فرق النكاح وبيان أحكامها في الشريعة الإسلامية ، ط ١، دار الحرية للطباعة بغداد ١٩٧٤ ، ص١٠٩ – ١١٠.

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

٢٣- المرجع السابق، ص ٤٥٧.

٢٤- ابن حزم ،المحلى،(٢٧١/١٠).

٢٥- الحلي،المحقق،شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام،ط٢،مطبعة أمير-قم ،١٤٠٩ هـ. ص ٤٢. كذلك: الحلي ،المختصر النافع ، مرجع سابق ، ص٢٧١.

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

٢٧- ابن قدامه ، المغني ،(٤٩/٧).

٢٨- ينظر: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي ،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،ج٢ ، دار إحياء الكتب العربية،ص٢٨١،سيد سابق، فقه السنة ،مرجع سابق، ص٤٥٩. سليمان بن خلف الباجي ، المنتقى شرح موطأ إمام مالك ،ج٢،من دون ذكر أسم المطبعة وسنة الطبع.ص١١٣. الدسوقي ،حاشية الشرح الكبير على الدسوقي(٢٨١/٢) ،أبي القاسم محمد بن أحمد بن جزيّ الكلبي القوانين الفقهية،دار الكتب العلمية بلبنان، الطبعة الأولى،١٤١٨هـ.ص٢١٥،الشربيني،مغني المحتاج (٢٠٧/٢-٢٠٩).ابن قدامه، المغني(٦/ ٥٢٤-٥٢٧)، ابن رشد الحفيد ،القاضي أبو الوليد محمد بن احمد بن محمد بن احمد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ،ج٢،دار الحديث-القاهرة ، ٢٠٠٤، ص ٥٠.

٢٩-محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي ،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،ج٢ ، دار إحياء الكتب العربية، ص ٢٨١، ٢٨١، ٢٨٥،ابن جزي، القوانين الفقهية ،ص٢١٥،الشربيني، مغني المحتاج،(٢ /٢٠٧-٢٠٩)،ابن قدامه، المُغْني (٦/ ٥٢٤-٥٢٧)،ابن رشد الحفيد ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ،(٥/٢).

٣٠-[النساء:٤/٣٥]

٣١-ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ،(٨١/٢ – ٨٢). أحمد بن يحيى المرتضى ، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ،ج٣ ، ط١، مطبعة السنة المحمدية ، مصر ، ١٩٤٩ ، ص٩٠. الشيرازي ،المهذب ،(٧٠/١). ابن قدامه(٥١/٧).الدسوقي ،الشرح الكبير،(٢ /٢٨١، ٢٨٥. ابن جزي، القوانين الفقهية،ص٢١٥، الشربيني، مغني المحتاج (٢٠٧/٢-٢٠٩).ابن قدامه، المُغْني،(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 الموطأ ،ج٢ ، ص١١٣، ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ،(٨١/٢-٨٢).

٣٣- المرتضى ،البحر الزخار ، (٣/٩٠).
٣٤- الشيرازي ، المهذب ،(٢/٧٠).ابن قدامه ،المغني (٧ /٤٩).
٣٥- ابن قدامه ،المغني (٧ /٤٩).
٣٦- العلامة الشيخ خليل بن إسحاق المالكي،مختصر خليل،مكتبة ومطبعة المشهد الحسيني ، مصر ، ص ١٤٦.
٣٧- السيوطي ،تنوير الحوالك ،شرح موطأ مالك، مكتبة ومطبعة المشهد الحسيني، القاهرة ،ج٧ ، ص ٢١٨.
٣٨- وهذه القوانين هي: أ-قانون الطلاق المعدل بقانون اصلاح الطلاق لسنة ١٩٦٩ ب-قانون الطلاق 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 رمسيس،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-ط١،مطبعة الفجالة الجديدة -١٩٥٨، ص ٣١٤.
٤٤- ينظر: د مصطفى ابراهيم الزلمي-مرجع سابق -ص٤٥.
٤٥-وقد توسع الفقه والقضاء في المانيا الاتحادية (سابقا) كثيراً في تفسير السلوكية المخلة بالآداب حتى شملت كل اساءة تؤدي الى اضطراب العلاقات الزوجية وتدهورها وانتفاء 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 كالضرب و التهديد و الاهانة وعدم الاحترام.٢-قيام أحد الزوجين بهجر زوجته دون عذر مقبول.٣-أخلال أحد الزوجين بالواجبات الزوجية أخلالاً بالغاً لا يمكن معه أن تستقيم الحياة الزوجية.٤-قيام أحد الزوجين بتحريض الآخر على أنتهاج سلوكية مشينة ومخلة بالآداب كالتحريض على الدعارة والسمسرة.٥-ارتكاب أحد الزوجين جريمة شائنة من شأنها أن تلحق بالطرف الآخر ضرراً لا يطاق. ينظر: المرجع السابق، ص٤٤٩.
٤٦- مثل القانون العراقي م(١/٤٠)،الأردني م(١/١٣٢)،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 الشرائع المسيحية باختلاف مذاهبها قد أعطت لكلا الزوجين الحق في طلب التفريق للضرر دون اقتصاره 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 واخرون ،مرجع سابق، ص٥١٠ وما بعدها.وكذلك ما تقدم ذكره من موقف الفقه الإسلامي من هذه المسألة.

٥٠- عمر عيسى الفقي ، مرجع سابق،ص٩٠-٩١.

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

٥٢- ينظر م(٤١) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل والنافذ الخاصة بحق التأديب ضمن الفعل الخاص بأسباب الإباحة والتي تشمل بالإضافة الى استعمال الحق اداء الواجب والدفاع الشرعي. أنظر في ذلك قرار محكمة الأحوال الشخصية في مدينة الصدر رقم ٤٠٠ / ش/ ٢٠٠٧ في ٧/٢٧ / ٢٠٠٧(غير منشور)،والذي يشير الى أن المدعى عليه كان يعذب المدعية بالكلام القاسي أي اعتبرت الكلام القاسي من أنواع التعذيب النفسي على أساسه قررت المحكمة التفريق للضرر. وبنفس الاتجاه قرار محكمة الأحوال الشخصية في مدينة الصدر رقم٧٧/ش/ ٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٢/٢٢ (غير منشور).

٥٣- د. أحمد بخيت و اخرون ،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 في الوقائع العراقية.

٥٥- المستشار عمر الفقي،الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية ،ج٢، الطلاق ، ط١ ، المكتب الجامعي الحديث ، الأسكندرية ، ٢٠٠٥. ص٨٧-٨٨.

٥٦- قرار سري،مجلة المحاماة عدد ٦٤ س٦، نقلا عن: أحمد جمال الدين،مرجع سابق،ص ٢١٨.

٥٧- قرار سري مجلة المحاماة ٦٤ س٦، نقلاً عن: المرجع السابق ،ص ٢١٧. 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 الضرر، كما يؤيده أن مذهب المالكية مأخذ هذا النص يبيح للزوجة طلب التفريق إذا ما ضارها الزوج بأي نوع الإيذاء التي تتمخض كلها في أن للزوج مدخلاً فيها، وإرادة متحكمة في اتخاذها.(نقض مدني في الطعن رقم ٨ لسنة ٤٣ قضائية – جلسة ١٩٧٥/١١/١٩ مجموعة المكتب الفني – السنة ٢٦ – الجزء الثاني – ص ١٤٢٦ وما بعدها).

٥٨-ينظر: د. مصطفى الجمال ، الاحوال الشخصية لغير المسلمين، منشورات الحلبي الحقوقية ،٢٠٠٢،ص٤٥٥-٤٥٦.

٥٩- ينظر: د. توفيق حسن فرج ،احكام الاحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين ،ط ١،منشاة المعارف – الاسكندرية،١٩٦٢.ص٧٠٨-٧٠٩.

٦٠- رئاسة محكمة تمييز اقليم كوردستان العراق ، العدد/ ٢٧٦ / هيئة الاحوال الشخصية/ ٢٠٠٧.رقم الاضبارة/ ٦٧ / ش/ ٢٠٠٧.

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

٦٢- بالعدد ٢٤٤٥ / شخصية/ ٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٨/١٨.

٦٣-العدد ٥١/ش / ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٩/٢٦. علما ان هذا القرار اولي غيابي 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 ،ص٦١.

٦٥- قرار تميزي رقم ١٩٣/هيئة عامة ثانيه /٧٤ في ١٩٧٥/٢/١ نقلاً عن: عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية ، ج٣ ، ط١ ، مطبعة بابل ، بغداد ، ١٩٧٧.

٦٦- رقم القرار التميزي٨٣٤ في ١٩٦٩/١/٢٢ نقلاً عن:الشيخ د. أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون ،ج١،الزواج والطلاق وأثارها،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 ص٤٥٦-٤٥٧.

٦٩- توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص٧٠٩.

٧٠- وقضت في قرار أخر أن شك الزوج في زوجته لعلاقتها بأبن عمها يعتبر ضرراً يجيز تطليقها نقض ١٩٧٠/١/١٧.

٧١- د. محمد حسين منصور ،مرجع سابق، ص٤٣٥.

٧٢- عمر عيسى الفقي، مرجع سابق، ص٩٨.

٧٣- ينظر: عمر عيسى الفقي ،مرجع سابق، ص٩٢.

٧٤-المحامي جمعة سعدون الربيعي ، مرجع سابق ، ص١٥١.

٧٥- عمر عيسى الفقي ،مرجع سابق، ص٩٢.

٧٦- ينظر:د. مصطفى ابراهيم الزلمي، مرجع سابق،ص٤٣٩.

٧٧- المرجع السابق،ص٤٤٠.

٧٨- ينظر: عمر عيسى الفقي،مرجع سابق،ص٩٢-٩٣.

٧٩-[النساء:٤/٣٥].

٨٠-الدسوقي، الشرح الكبير،(٢ / ٢٨١، ٢٨٥).ابن جزي، القوانين الفقهية ،ص ٢١٥، الشربيني ،مغني المحتاج(٢ /٢٠٧-٢٠٩)،ابن قدامه، المُغْني،(٦/٥٢٤-٥٢٧)،ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد (٢ / ٥).

٨١-في تفاصيل هذه الشروط ينظر: د.عبد الله محمد ربابعه ، د.محمد محمود طلافحه ، د. اسامه علي الفقير الربابعه: التحكيم في الشقاق بين الزوجين واليات تطويره في القضاء الشرعي الاردني، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ،العدد (٣٩) ،يوليو-٢٠٠٩، ص١٧٥-١٨٧. وائل طلال سكيك ،مرجع سابق،ص٦٧-٧٢.

٨٢-عمر عيسى الفقي،مرجع سابق، ص٩٣.

٨٣- ينظر: أحمد سالم ، مرجع سابق ،ص١٩٥.

٨٤- ينظر: م (٢،١/١٣٢) من قانون الاحوال الشخصية الأردني.

٨٥- أحمد سالم ملحم، مرجع سابق، ص١٩٥.ويلاحظ على القانون الاردني انه لا يقبل من الزوجين تكليف حكمين في دعوى التفريق للشقاق والنزاع لان ذلك من صلاحية القاضي ، ينظر: القرار رقم(٧٧٧٥) في ١٩٥٣/١/١٠ ،اشار اليه:احمد داود ، القرارات الاستئنافية في اصول المحاكمات الشرعية ومناهج الدعوى،ج٢،ط١،دار الثقافه والنشر –عمان، ٢٠٠٤،ص٨٨٠.

٨٦- ينظر: م (١٣٢/ د).

٨٧- ينظر: م (١٣٢/ هـ).

٨٨- ينظر: م (١٣٢/ و).

٨٩- ينظر: م (١٣٢/ ز).

٩٠- أحمد سالم ملحم، مرجع سابق، ص ١٩٧.

٩١- ينظر: م (١٣٢/ج ، ط). ويشير البعض الى وجود ماخذ على اجراءات عيين الحكمين للمهمه فكان ينبغي النص على انه في حالة الموافقه من قبل الخصمين على الحكمين على تلك المهمة اشعار القاضي بالقبول وفي حالة الرفض لابد من اعذارهما او احدهما عن ذلك ليصار الى استبدالهما او المعتذر منهما.ينظر:د. عبد الله محمد ربابعه ،د.محمد محمود طلافحه،د.اسامه علي الفقير الربابعه ،مرجع سابق ،ص١٩١.

٩٢- رقم القرار /٧٥٥٦ ،النشرة القضائية ،يصدرها المكتب الفني بمحكمة التمييز – العراق ،ص٣٤.

٩٣- رقم القرارات /٢٣١٣،٢٤٦٧٢،٢٤٧٣٩،٢٤٦٧٢،٣٠٣٩، ٢٤٤١٣ ،النشرة القضائية ،صفحات٣٤ ،٨٢،٨٤،٨٥،٨٩.

٩٤- 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.

٩٥-مواهب الجليل للحطاب ،(٣٣/٤).

٩٦-عمر عيسى الفقي ،مرجع سابق ،ص٩٠-٩١.

٩٧-المرجع السابق ،ص٩١.

٩٨- انظر القرار التميزي رقم ٥٥٧/شرعية / ٧٣ في ١٩٧٤/٥/٣ نقلاً عن: عبد الرحمن العلام ،مرجع سابق،ص٥٧٩.

٩٩- رقم القرار التميزي ،٢٨/٢٧/شخصية /٧٩في ١٩٨٠/٩/٩،مجموعة الأحكام العدلية العدد (٣) السنة (١١) ، ١٩٨٠ / ص٢٤.

١٠٠- من أمثلتها:تقديم حكم قضائي بالإدانة والعقوبة على الزوجة للتفريق بينه وبين زوجته ف١ م(٤٣)،كذلك أثبات عنة الزوج أو ابتلائه بما لا يستطيع حقة القيام بواجبات الزوجية وكذلك عقم الزوج عن طريق تقرير صادر عن لجنة طبية رسمية مختصة ف٥/٤/كذلك أثبات اصابة الزوج بعلة لا يمكن معاشرته بلا ضرر كالجذام والبرص أو السل الزهري أو الجنون ،عن طريق تقرير صادر عن لجنة طبية رسمية مختصة ف٦، كذلك الاقتناع النفقة من الزوج بالاستناد الى أجبار التي تحتوي قرار

تحكم بالمنفعة ، ف٩ أثبات المفقودة عن طريق حجة على مفقود لإثبات فقد الزوج لكي تتمكن الزوجة من طلب التفريق من زوجها المفقود ف٣٠ طلب تفريق الزوجة الموافقة من زوجها المقيم خارج القطر بسبب تعينه جنسية لدولة أجنبية عن طريق تأييد الجهة الرسمية المختصة بإقامة الزوج في الخارج.ثالثا"/ ب.

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

١٠٢- علي عدنان النجار:مرجع سابق،ص١٦٠-١٦٢.ووفقا لقانون الاثبات العراقي فيلزم المدعي او المدعية بأثبات دعواهما. وان اثبات المدعي (الزوج او الزوجة) دعواهما بالبينة الشخصية. ووفقا للمبادئ الشرعية والقانونية فيجب ان يكون نصاب الشهادة رجلين او رجل و امرأتين و ملاحظة ان شهادة الامرأتين في الامور الشرعية يجب الاستماع اليهما مجتمعتين. سيما وان قانون الاثبات في مادته الحادية عشر نص على ان القانون يسري على المسائل غير المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية مالم يوجد دليل شرعي خاص او نص في القانون الاحوال الشخصية يقضي بخلاف ذالك. القرار التميزي المرقم ٢٣١٤/ش١/٢٠٠٥ في ٢٠٠٥/١٠/٢٣ (غير منشور).

١٠٣- القرار التميزي المرقم ٢٣١٤/ش١/٢٠٠٥ في ٢٠٠٥/١٠/٢٣ (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 الاسرة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠١، ص١٥٤.

١٠٩- انظر عمر عبد الله،الأحوال الشخصية،ص٥٣٦،وهبه الزحيلي،ص٥٣١.

١١٠- ذهبت محكمة التميز العراقية بقرار لها الى أنه " إذا ردت دعوى التفريق المؤسسة على أحد الاسباب الواردة في م(٤٠) من قانون الأحوال الشخصية لعدم ثبوت السبب واكتسب قرار الرد درجة البتات واقيمت دعوى ثانية بالتفريق للسبب نفسه فعلى المحكمة أن تلجأ الى التحكيم حسب م(٤١) من القانون المذكور ،اما إذا ظهر ان الدعوى الأولى لم ترد لأحد الأسباب المذكورة في م(٤٠) من القانون أو انها أبطلت فلا يجوز اللجوء الى التحكيم بل يجب الفصل في الدعوى بإعتبارها دعوى ضرر". رقم القرار ٨٣١٤ /شخصية/١٩٨٠ في ١٩٨١/٧/٨،مجموعة الأحكام العدلية ،العدد الثالث ،السنة (٢)،١٩٨١،ص١٩. كذلك القرار التميزي الذي يقضي بأنه " إذا ردت دعوى التفريق المستنده على طعن الزوج بشرف زوجته واكتسب حكم الرد درجة البتات واقيمت دعوى ثانية بالتفريق لنفس السبب فعلى المحكمة ان تلجأ الى التحكيم طبقاً للمادة (٤٢) من قانون الأحوال الشخصية المعدل ".رقم القرار:٢٩٧/شخصية/١٩٧٨ في ١٩٧٨/٢/٢٧ ، مجلة الأحكام العدلية ،١٩٧٨،العدد (١) ص٦١.

١١١- ينظر ف٢ من م(٤١) من هذا القانون.

١١٢- ينظر ف٣ من م(٤١) من هذا القانون.

١١٣- في تفاصيل ذلك أنظر: رمضان السيد الشربناصي و د. جابر عبد الهادي ،مرجع سابق ص٣١. د.مصطفى الزلمي ،مرجع سابق،ص٢٢٩ وما بعدها.

١١٤- د. أحمد الكبيسي ،مرجع سابق ،ص٤١.

١١٥- د. مصطفى الزلمي ، مرجع سابق ،ص١٩٩ وما بعدها.

١١٦- د. علاء الدين خروفه ،شرح قانون الأحوال الشخصية،ج١، مطبعة المعارف – بغداد ١٩٦٣، ص٣١٥.

١١٧- المرجع السابق ،ص٣٢٠ وما بعدها.

١١٨- رمضان السيد الشربناصي و د. جابر عبد الهادي ، مرجع سابق ،ص٣٤٩.

١١٩- بموجب م(٣/٣٩) من قانون الأحوال الشخصية فأن الزوج إذا طلق زوجته وتبين للمحكمة ان الزوج متعسف في طلاقها وان الزوجة اصابها ضرر من جراء ذلك ،تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويض يتناسب وحالته المادية ودرجة تعسفه ويقدر جمله على ان لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاه على حقوقها الثابتة الأخرى.بينما القانون الأردني حدد مدة النفقة بسنه (أنظر م١٣٤) من قانون الأحوال الشخصية الأردني. كما أن المطلقة في التشريع العراقي اقرار رقم ١٢٧ في ١٩٩٩/٧/٢٤ تستوفي مهرها المؤجل في حالة الطلاق الواقع بعد ١٩٩٩/٨/٢ مقوما" بالذهب بتأريخ عقد الزواج: وهو نص أنفرد به التشريع العراقي على سائر التشريعات العربية الأخرى خاصة الوقت الذي شهد تضخم في الأسعار ممن جعل المهور القديمة ثمناً بخساً يستطيع الرجل دفعه لمطلقته في اي وقت.

١٢٠- ينظر: م (١٣٢/هـ ،و).

١٢١- منها ان التقصير لو كان كلياً على الزوجة وهي المدعية وتمسك الزوج بالخيانة الزوجية ردت دعواها،وكذلك عدم الزام الزوجة بدفع بدل عن ايقاع الطلاق. وان نسبة التقصير هي التي تمدد مصير المهر المؤجل أو المعجل.

١٢٢- وهذه الشروط هي: البلوغ والعقل وان تكون قادرة على تربية المولد وصيانته واضاف القانون شرط عدم الزواج بغير محرم للصغير م(١٠٠) أردني اما 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 العراقي العدد ٢٦٣٩ في ٢٠ / ١٩٧٨/٢.

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 ص٤١.

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

المصادر والمراجع:

القران الكريم

اولا: 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-د. سعدي أبو حبيب: القاموس الفقهي ، ط٢ ، مطبعة دار الفكر ، دمشق ، ١٤٠٨ هـ.

ثانيا: كتب الفقه الاسلامي المعاصر

١-احمد بخيت الغزالي و آخرون ،أجوبة السائلين عن مشكلات وقضايا الأحوال الشخصية للمسلمين ،مكتبة النهضة المصريه ،القاهرة ،٢٠٠٥.

٢- احمد جمال الدين، القضاء الشرعي ،مطبعه الزهراء -النجف ١٩٤٩.

٣-احمد داود ،القرارات الاستئنافيه في اصول المحاكمات الشرعيه ومناهج الدعوى،ج ٢،ط١،دار الثقافه 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 السنه،ج٢، ط١١، دار الفتح للاعلام العربي،١٤١٤ هـ -١٩٩٤م.

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 ، ج٢ ، دمشق ، ٢٠٠٨.

٢- د. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته، ج٧،، دار الفكر المعاصر -بيروت،١٩٩٧.

ثالثا: كتب الفقه الاسلامي القديم

١- ابن حزم الظاهري،المحلى ،ج١٠،منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر،بيروت، بدون سنة نشر.

٢-ابن قدامه،عبد الله بن محمد: المغني ،ج٧ ،ط١،دار الفكر-بيروت ،١٤٠٥هـ.
٣-ابن رشد الحفيد، القاضي أبو الوليد محمد بن احمد بن محمد بن احمد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ،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 ألنجفي ،جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام ،ج٣١،ط٣ ،مطبعة خورشيد،١٣٦٧ ش
٧-الحلي،المحقق،شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام،ج٢ ،ط٢ ،مطبعة أمير-قم، ١٤٠٩هـ.
٨-الحلي،المحقق جعفر ابن الحسن،المختصر النافع،مطبعة وزارة الاوقاف -مصر ،١٣٧٧هـ.
٣- الحجاوي،شرف الدين موسى المقدسي، الاقناع 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 ألفاظالمنهاج،ج٢، مطبعة مصطفى ألبابي 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 الفيروز أبادي الشافعي:المهذب في فقه مذهب الإمام الشافعي ،ج٢،مطبعة عيسى البابي،الحلبي و شركاء بمصر،بدون سنة نشر.
١١-العاملي،الشهيد الثاني زين الدين الجبعي: الروضة البهية في شرح اللمعة 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، ط١، دار الكتب العلمية ، ١٩٨٨،ص١.
١٥- الماوردي، أبو الحسن على بن محمد بن حبيب: الحاوي الكبير ،ط١، دار الكتب العلمية بيروت ،١٩٩٤، ص١٢.

رابعا:كتب القانون

١-د. احمد سالم ملحم ،الشرح التطبيقي لقانون الأحوال الشخصية الأردني، مكتبة الرسالة الحديثة ، عمان ، ١٩٩٨.
٢-د.أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون ،ج١،الزواج والطلاق وأثارها ،القاهرة ،٢٠٠٧.
١- تادرس ميخائيل تادرس،القانون المقارن في الاحوال الشخصية للأجانب في مصر ، ط ١ ،مطبعة رمسيس، الاسكندرية ، ١٩٥٤.
٢- د. توفيق حسن فرج ،احكام الاحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين ،ط١،منشاة المعارف – الاسكندرية،١٩٦٢.
٥ -جمعة سعدون الربيعي المحامي ،المرشد إلى إقامة الدعاوى الشرعية وتطبيقاتها العملية ، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٦.
٦ -رمضان السيد الشربناصي ود. جابر عبد الهادي ، أحكام الاسرة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠١
٧-عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية ، ج٣ ، ط١ ، مطبعة بابل ، بغداد ، ١٩٧٧.
٨-د. علاء الدين خروفه ،شرح قانون الأحوال الشخصية،ج١، مطبعة المعارف – بغداد ١٩٦٣.
٩-د. فاروق عبدالله كريم ــ الوسيط في شرح قانون الاحوال لشخصية العرافي،جامعة السليمانيه ،٢٠٠٤.
١٠ - كامل عثمان:المرشد في الاحوال الشخصية-ط١،مطبعة الفجالة الجديدة – ١٩٥٨.
١١-د.مصطفى إبراهيم الزلمي:مدى سلطان الإرادة في الطلاق في الشرائع والقوانين والأعراف خلال أربعة آلاف سنة ، ط١ ،بدون ذكر اسم مطبعة او سنة الطبع ص٣٧١.
١٢-د. مصطفى الجمال ، الاحوال الشخصية لغير المسلمين، منشورات الحلبي الحقوقية ،٢٠٠٢.

خامسا: البحوث

١-د. عبد الله محمد ربابعه،د.محمد محمود طلافحه، د.اسامه علي الفقير الربابعه:التحكيم في الشقاق بين الزوجين واليات تطويره في القضاء الشرعي الاردني، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ،العدد (٣٩)،يوليو-٢٠٠٩ ص١٧٥-١٨٧.

٢-د. 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(المصريه)ع ٦٤ س٦،

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

٣- مجموعة الأحكام العدلية ،العدد الثالث ،السنة (٢) ، ١٩٨١.

٤-مجموعة المكتب الفني – السنة ٢٦ – الجزء الثاني

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

١- النشرة القضائية الصادرة عن محكمة التمييز العراقي.

سابعا: قرارات غير منشوره صادرة عن القضاء العراقي:

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

٢-القرار التميزي المرقم ٢٣١٤/ش١/٢٠٠٥ في ٢٠٠٥/١٠/٢٣.

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

٤-قرار محكمة الأحوال الشخصية في مدينة الصدر رقم ٤٠٠ / ش/ ٠٠٧ في ٧/٢٧ / ٠٠٧ ٢.

٥-قرار محكمة الأحوال الشخصية في مدينة الصدر رقم ٧ ٧ / ش / ٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٢/٢٢.

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

ثامنا: رسائل واطاريح

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

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

تاسعا: قوانين

١–المرسوم المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩المعدل بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.
٢–قانون الاحوال الشخصية العراقية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.
٣–قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.
٤–قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦.
٥–قانون سكنى الزوجية العراقي لسنة ١٩٨٣ المعدل.