



إقليم كردستان – العراق  
وزارة العدل  
رئاسة الادعاء العام  
دائرة الادعاء العام – أربيل

## التفريق وفق المادة (٤٢) من قانون الأحوال الشخصية وموقف القضاء العراقي منه

إعداد الباحث  
فوزي رؤوف حسن  
قاض محكمة جنح عنكاوه

المشرف القاض  
نوزاد كريم حكيم  
نائب رئيس محكمة استئناف أربيل

رئيس محكمة أحداث أربيل  
كجزء من متطلبات الترقية من الصنف الثالث إلى الصنف الثاني من صنف القضاة

٢٧١٣ الكوردية

٢٠١٥ الميلادية

١٤٣٥ الهجرية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ  
أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً  
إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ

(سورة الروم، الآية: ٢١)

## الإهداء

إلى:

- كلّ من يهوى الالتزام بالقانون من أجل سعادته وإسعاد غيره.
- كلّ عائلة بات ركنها في رضا ومعيّة.
- كلّ من أصلح بين اثنين من أجل عدم مفارقتهما.

الباحث

## شكر وعرنان

- أقدم جزيل شكري وامتناني للقاضي نوزاد على ما قدمه لي من ملاحظات قيمة خلال كتابة بحثي هذا
- وأشكر كل من قدم لي معونة ولو بكلمة واحدة أو تبسم صادق.

الباحث

## الفهرس

الصفحة	محتويات البحث
أ	استهلال
ب	الإهداء
ت	شكر و عرفان
ث	المحتويات
١	المقدمة
٤	<b>المبحث الأول</b> التفريق وفق المادة (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية
٥	المطلب الأول: التعريف بالتفريق
٨	المطلب الثاني: حالات التفريق وفق المادة (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية
١٥	<b>المبحث الثاني</b> شروط التفريق وفق المادة (٤٢) من قانون الأحوال الشخصية وموقف القضاء العراقي منه
١٦	المطلب الأول شروط التفريق وفق المادة (٤٢) من قانون الأحوال الشخصية
٢٢	المطلب الثاني: موقف القضاء العراقي من التفريق وفق المادة (٤٢) من قانون الأحوال الشخصية
٢٤	الخاتمة
٢٧	المراجع

# المقدمة

## المقدمة

الحمد لله رب العالمين الأصل في مشروعية النكاح الكتاب والسنة والإجماع فقد دل على مشروعية النكاح آيات كثيرة منها:

١- قوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾<sup>(١)</sup>.

٢- قوله تعالى ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَتَى وَتَلْتُمْ وَرَبِعٌ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾<sup>(٢)</sup>.

٣- قوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾<sup>(٣)</sup>.

والأحاديث النبوية كثيرة بهذا الخصوص ومنها حديث ابن مسعود رضي الله عنه عن النبي أفضل الصلاة والسلام عليه قال: (يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء)<sup>(٤)</sup>.

ولقد شرع الله سبحانه وتعالى النكاح لحكم سامية يمكن إجماله بما يلي:

- (١) إعفاف الفرج: إذ خلق الله تعالى هذا الإنسان وتحرز في كيانه الغريزة الجنسية فشرع الله الزواج لإشباع هذه الرغبة ولعدم العبث فيها.
- (٢) حصول السكن والأنس بين الزوجين وحصول الراحة والاستقرار.
- (٣) حفظ الأنساب وترابط القرابة والأرحام بعضها ببعض.
- (٤) بقاء النسل البشري.

(٥) الحفاظ على الأخلاق من الهبوط والتردي من هاوية الزنا والعلاقات المشبوهة<sup>(٥)</sup>.

فقد اهتمت الشريعة الإسلامية بالزواج كون الزواج عماد الأسرة التي يتكون منها المجتمع البشري وعليه يتوقف حفظ النوع الإنساني كاملاً متماسكاً يتدرج في مدارج الرقي المهدب بالتناسل الشريف القوي وهو بعد هذا من مقتضيات الشريعة والعقل والطبع.

أما دواعي الشريعة: فالنصوص المتوافرة في القرآن والسنة على طلب انشاء هذا العقد بين الرجل والمرأة، والتشجيع عليه والترغيب فيه، ومن ذلك قوله تعالى في سورة النحل الآية

(١) سورة الروم من القرآن الكريم، الآية: ٢١.

(٢) سورة النساء من القرآن الكريم، الآية: ٣.

(٣) سورة النور من القرآن الكريم، الآية: ٣٢.

(٤) رواه البخاري، برقم (٥٠٦٥) ومسلم برقم (١٤٠٠) والمراد بالصوم وجاء: أي قاطع الشهوة والنكاح.

(٥) نقلاً عن (الفقه الميسر في ضوء الكتاب والسنة) إعداد: نخبة من العلماء، ص: ٢٦٩.

(٧٢): ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ بَيْنًا وَحَفْدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبَالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ﴾.

وأما دواعي العقل: فإن كل عاقل ينشد العزة والمنعة والنصرة في الحياة كما ينشد خلود اسمه وبقاء ذكره واستدامة خبره بعد الموت ولا يتحقق ذلك - غالباً - إلا ببقاء النسل واستمرار الخلف ولا يكون ذلك إلا بزواج مشروع.

أما دواعي الطبع: فلأن الشهوة عنصر من عناصر التكوين البشري، وهي تدعوا إلى تحقيق ما أعد لها من الاتصال الجنسي من الذكر والأنثى<sup>(١)</sup>، وقد عرف المشرع العراقي الزواج بأنه ( عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل)<sup>(٢)</sup>.

والأصل في الزواج استمرار الحياة الزوجية بين الزوجين وقد شرع الله تعالى أحكاماً كثيرة وآداباً جمياً في الزاج لاستمراره وضمان بقائه، إلا أن هذا الآداب قد لا تكون مرعية من قبل الزوجين أو إحداهما فيقع التنافر بينهما حتى لا يبقى مجال للإصلاح فكان لابد من تشريع أحكام تؤدي إلى حل عقد الزواج على نحو لا تهدر فيه حقوق أحد الزوجين مادامت أسباب التعايش قد باتت معدومة فيما بينهما، والطلاق مشروع بالكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب قال الله تعالى في محكم كتابه العزيز: ﴿الطَّلُوقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾<sup>(٣)</sup>. ومن السنة النبوية الشريفة حديث ابن عمر رضي الله عنهما إنه طلق امرأته وهي حائضة فقال النبي ﷺ لعمر (ليراجعها، فإذا طهرت فإن شاء فليطلقها)<sup>(٤)</sup>.

فأجمع علماء الأمة على جواز الطلاق ومشروعيته<sup>(٥)</sup>.

وبعد هذه المقدمة أتناول في هذا البحث التفريق ووقف المادة (٤٢) من قانون الأحوال الشخصية وموقف القضاء العراقي منه وقسمت هذا البحث إلى مبحثين تناولت في المبحث الأول التعريف بالتفريق وفق المادة (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية وشروطه وتناولت في المبحث الثاني شروط التفريق وفق المادة (٤٢) من قانون الأحوال الشخصية وموقف القضاء/ العراق منه وتناولت في الخاتمة الحلول والمقترحات.

(١) نقلاً عن د. أحمد الكبيسي (الأموال الشخصية في الفقه والقضاء القانون)، ص: ٤.

(٢) المادة الثالثة من قانون الأحوال الشخصية العراقي المرقم (٨٨)، لسنة ١٩٥٩.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٢٩.

(٤) أخرجه البخاري ومسلم.

(٥) المصدر السابق (الفقه المسير) إعداد: نخبة من العلماء: ص: ٢٨٦.



**المبحث الأول**  
**التعريف بالتفريق وفق أحكام المادة (٤٠)**  
**من قانون الأحوال الشخصية**

المطلب الأول  
التعريف بالتفريق

المطلب الثاني  
حالات التفريق وفق المادة (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية

## المبحث الأول

### التعريف بالتفريق وفق أحكام المادة (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية

نصت المادة (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية على عدد من الحالات التي يجوز فيها لكل من الزوجين طلب التفريق عند توفر إحداها وتناولت المبحث في مطلبين وتناولت المطلب الأول التعريف بالتفريق وفي المطلب الثاني التفريق وفق المادة (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية.

#### المطلب الأول

##### التعريف بالتفريق

تعريف التفريق القضائي: بأنه حلّ قيد الزواج بطلاق يوقع من قبل القاضي بناءً على طلب من الزوج أو الزوجة عند تحقق الأسباب القانونية. وقد خصص المشرع ستة مواد للتفريق القضائي ابتداءً بالمادة أربعين وانتهاءً بالمادة السادسة والأربعين وحدد في ثلاثة من تكل المواد الحالات التي يجوز فيها المطالبة بالتفريق من قبل الزوجين أو الزوجة، فخصص المادة أربعين للحالات التي يجوز فيها لكل من الزوجين المطالبة بالتفريق، وخصص المادة الحادي والأربعين كذلك لحالات الخلاف والشقاق ومنح الحق فيها لكل من الزوجين في طلب التفريق، وخصص المادة الثالثة والأربعين للحالات التي يحق للزوجة وحدها طلب التفريق أما المواد الثلاثة لأخرى فإنها يخص تحديد نوع الطلاق الواقع وبعض الأمور الإجرائية ووسائل الإثبات<sup>(١)</sup>.

والتفريق القضائي هو تطليق الزوجة من زوجها بواسطة القضاء إذا توفرت إحدى أسباب التفريق المنصوص عليها حصراً في قانون الأحوال الشخصية رقم (٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، وإنّ التفريق هو استثناء من الأصل حيث يتمّ دون موافقة الزوج، والأصل أنّ الطلاق بيد الرجل وأنّ القاض عندما يقوم بتطليق الزوجة من زوجها إنّما يمارس ولاية قانونية خولها له القانون باعتباره صاحب الولاية العامة ويقدم في كلّ ولاية من هو أقوم بمصالحها على من هو دونه لأنّها أمانة فيجب أن يقوم بها من له خبرة بها فيقدم في ولاية الحروب من هو

(١) الأستاذ المساعد الدكتور: فاروق عبد الله كريم، عقد الزواج وآثاره والفرقة وآثارها، ص: ١٩١.

أعرف بمكائدها وسياسة الجيوش وصولاً على الأعداء ويقدم في القضاء من هو أعرف بالأحكام الشرعية وأشد تفضلاً لحجج الخصوم وخدمهم<sup>(١)</sup>.

(والفرقة إما أن تكون طلاقاً أو فسخاً وتكون الفرقة طلاقاً إذا كانت من جهة الزوج أو نائبه أو القاض ولا يمكن حصول مثلها من الزوجة إلا بتفويض خاص من الزوج وتعتبر الفرقة فسخاً في الحالات التالية:

أولاً: إذا كان العقد غير لازم وحصلت الفرقة بناءً على ذلك كالفرقة بسبب نقصان المهر عن مهر المثل أو الفرقة لخيار البلوغ أو الإقامة سواء كانت الفرقة من جانب الزوج أو الزوجة لأن العقد إذا صحّ ولم يكن لازماً فإنّ الفرقة فيه تكون امتناعاً من اتمامه والامتناع عن إتمام العقد فسخ وليس طلاقاً.

ثانياً: إذا كانت الفرقة ناتجة عن موقف الزوجة من غير تفويض من الزوج كالفرقة بسبب ردها أو امتناعها عن الدخول في الإسلام ولم تكن كتابية وقد أسلم زوجها.

ثالثاً: إذا كانت الفرقة نتيجة لفساد العقد، لأنّ الطلاق لا يكون إلا من عقد صحيح فإذا كان العقد غير صحيح كانت الفرقة فسخاً ويلحق بهذا ما إذا أفسد العقد بعد انشائه كما لو طرأ عليه ما يوجب حرمة كاتصال الزوج ببنت زوجته أو أم زوجته<sup>(٢)</sup>.

وفي قرار محكمة تمييز العراق: "لدى التدقيق والمداولة وجد أنّ الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرّر قبوله تشكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنّه غير صحيح ومخالف للشرع والقانون وذلك لأنّ المميز عليه (المدعى) أسس دعواه، بطلب فسخ عقد زواجه من المدعى عليها على أنّه اشترط في عقد الزواج الصادر من محكمة الأحوال الشخصية في كركوك بالعدد ١٢٧١ / ٢٠٠٢ بأنّها باكر وتبين في ليلة الزفاف بأنّها ثيب ومزلة البكارة وحيث أنّ الرأي بخلاف ما اشترط، لأنّه لا تثبت في النكاح خيار شرط لذا فليس له الخيار في فسخ النكاح وحيث أنّ المحكمة قد قضت في حكمها المميز خلاف ذلك ممّا أدخل بصحته لذا قرّر نقضه"<sup>(٣)</sup>.

واختلفت المذاهب الإسلامية في جواز التفريق القضائي من عدمه وقال أبو حنيفة لا يملك القاضي الطلاق مهما كانت الأسباب وأحرص على بقاء الزوجية وأنّ المشرع جعل لها في

(١) الدكتور محي هلال السرحان، القواعد الفقهية ودورها في أثر التشريعات الحديثة، مطبعة أركان، بغداد، ١٩٨٧، ص: ٧١.

(٢) نقلاً عن د. أحمد الكبيسي الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، الجزء الأول، مطبعة عصام - بغداد، ١٩٧٧، ص: ١٨٥ - ١٨٦.

(٣) القرار التمييزي المرقم ٨١٥٣ / شخصية / ٢٠٠٢ في ١٧ / ٧ / ٢٠٠٤ (القرار غير منشور).

مقابل هذا الحق حق المطالبة بالطلاق عند وجود الضرر وحق المخالعة<sup>(١)</sup>، وهو ما يسمى بالتفريق القضائي فإذا وجدت المرأة في زوجها عيباً من العيوب المنفرة كالبرص والجذام والإيدز ونحوها من الأمراض المعدية أو وجدته عاجزاً تماماً عن الجماع فإنها تطلب منه الطلاق والقول بأن الأصل في الطلاق الإباحة وهو الذي ارتضاه الجمهور وكونه أبغض الحلال عند الله لا يخرج عن هذا الأصل، ويرى بعض الفقهاء أن الأصل في الحظر وتأتي بقية الأحكام طارئة عليه وهو قول الحنابلة والحنفية وكان الطلاق أبغض الحلال عند الله لأنه السبب في انهيار الأسرة وأثارة البغضاء بين الزوجين وبين أسرتيهما إنما شرعه الله ﷻ عند استحكام الشقاق واستحالة الوفاق ووجود الضرر وعدم التمكن من قضاء الوطر وتحصيل المطالب التي من أجلها شرع النكاح<sup>(٢)</sup>.

---

(١) د. محمد بكر إسماعيل - القواعد الفقهية بين الإصالة والتوجيه - الطبعة الأولى - ١٤١٧هـ - ١٩٩٧، ص: ٣٣٢.

(٢) د. محيي هلال السرحان نفس المصدر، ص: ٣٣٦.

## المطلب الثاني

### حالات التفريق وفق المادة (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية

رسمت الشريعة الإسلامية والقانون الطريقتين للزوجين في سبيل الخلاص إذا لم يكن هناك أمل للإصلاح بينهما، ومن ضمنها التفريق للضرر، ويفرق الباحثون بين نوعين من الضرر، الأول: وهو الضرر الإرادي وهو ما يكون منشأه عملاً أو قولاً إرادياً لأحد الزوجين أو كليهما مباشرة أو تسبباً، سواء كان الضرر مادياً كالضرر المترتب على عدم الإنفاق أو معنوياً كحرمان الزوجة من التمتع الجنسي بسبب غيبة الرجل أو هجره، والضرر غير الإرادي هو ما لا يكون لإرادة أحد الزوجين دخل في تكوين منشأه كالضرر الناشئ عن العلل والأمراض<sup>(١)</sup>، وفي قرار محكمة تمييز العراق: (لدى التدقيق والمداولة وجد أنّ الحكم المميز غير صحيح مخالف لأحكام الشرع والقانون ذلك)، أولاً: إنّ الضرر المنصوص عليه في المادة (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية هو الضرر العمدي الذي يقوم به أحد الزوجين ضد الآخر وإنّ إصابة الزوجة بالمرض العقلي لا ينطوي تحت ذلك، ثانياً: يحقّ للزوجة فقط أن تطلب التفريق إذا وجدت بعد العقدان زوجها مصاب بعلّة لا يمكن معها معاشرته للأضرار بالجدام .... أو الجنون، أو أصيب بها الزوج بعد ذلك عملاً بأحكام الفقرة، أولاً (٦) من المادة (٤٣) من قانون الأحوال الشخصية المعدل وعليه فإنّ الزوج ليس له مثل هذا الحق لذا قرّر نقض الحكم المميز<sup>(٢)</sup>، وفي قرار لمحكمة تمييز إقليم كردستان إن أصابه الزوجة المدعى عليها بدأ الصرع وكونها تحت المعالجة لا تعني إنها أضرت بزوجها المدعي ضرراً بحيث يتعذر معها استمرار الحياة الزوجية، وإن أصابتها بالمرض المذكور لا تبيح له من طلب التفريق بل عليه تحمل مصاريف المعالجة والتطبيب لها شرعاً وإن طلب التفريق في هذه الحالة ما هو إلاّ محاولة من الزوج المدعى من إسقاط المهر المؤجل أو جزء منه دون مسوغ قانوني أو شرعي لا سيما فإنّ الطلاق هو ملك بيده<sup>(٣)</sup>، فإن لقيت الزوجة ضرراً وعانت من الزوج لأي سبب أوجب القانون على القاضي أن يسمع لشكيتها ويعمل على انصافها فيطلب من الزوج أن

(١) الدكتور مصطفى الزلمي - مدى سلطات الإرادة في شريعة السماء وقانون الأرضية - الجزء الثاني، مطبعة العاني، بغداد - ١٩٨٤، ص: ١٨٤ - ١٩٣.

(٢) قرار محكمة التمييز المرقم ٧٩٣ / شخصية / والمرقم في ٩ / ١٢ / ١٩٨١ المنشور في مجلة أحكام العدلية، العدد الرابع - السنة الثامنة عشر، ١٩٨١.

(٣) قرار محكمة تمييز إقليم كردستان، المرقم ٣٥ / شخصية / ١٩٩٤ تأريخ القرار ٢ / ٣ / ١٩٩٤، المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز إقليم كردستان - العراق مقررات هيئة الأحوال الشخصية سنوات (١٩٩٣ - ١٩٩٨) إعداد المجال: كيلان سيد أحمد، الطبعة الأولى، أربيل، ١٩٩٩.

يفارقها بمعروف فإنّ أبي طلق هو جبراً على الزوج ليرفع عن الزوجة ما يحلقها من ظلم، لأنّه بحكم منصبه مكلف برفع المظالم عن الناس<sup>(١)</sup>.

١- إذا ضرر أحد الزوجين بالزوج الآخر أو بأولادهما ضرراً يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية ويعتبر من قبيل الإضرار الإدمان على تناول المسكرات أو المخدرات على أن تثبت حالة الإدمان بتقرير من لجنة طبية رسمية مختصة ويعتبر من قبيل الإضرار كذلك ممارسة القمار في دار الزوجية.

إنّ معيار الضرر هنا معيار موضوعي أساسه ما للزوجة من حقوق على زوجها وما عليه من واجبات قبلها وبالعكس بمقتضى عقد الزواج فالضرر ينصرف إلى كل حالة لا يستطيع معها دوام العشرة كالضرب المبرح والإهانة المتسمة بالسب والشتم والطعن بشرف الزوجة وللقاضي الحرية في مجال استظهار الضرر من وقائع الدعوى المنظورة وقد صدرت عدّة قرارات لمحكمة تمييز العراق منها (تشهير الزوج بزوجه ليلة الزواج بكونها غير باكر خلافاً لما أثبتته الفحوصات الطبية يعدّ ضرراً يبيح للزوجة طلب التفريق)<sup>(٢)</sup>.

وكذلك هناك أيضاً عدت قرارات صادرة من محكمة تمييز إقليم كردستان منها "حيث ثبت من وقائع الدعوى والأسباب الثبوتية التي استندت عليها الزوجة المدعية بأن زوجها المدعى عليه قد اتهمها بأنها مزالة البكارة قبل الزفاف خلافاً للحقيقة وهذا إتهام خطير يتعلق بشرفها وناموسها وله عواقب وخيمة مما يعتبر ضرراً ملحاً بها يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية وتبيح لها الحق في طلب التفريق استناداً لأحكام المادة (٤٠/١) من قانون الأحوال الشخصية المعدل"<sup>(٣)</sup>.

ويجب إثبات الضرر الجسيم بشكل واضح وفي حالة إثباته على القاضي الحكم بالتفريق بين الزوجين، وفي قرار لمحكمة تمييز إقليم كردستان "لدى التدقيق والمداولة وجد أنّ الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرّر قبوله شكلاً وتبين أنّ المحكمة ردت دعوى المدعية رغم ثبوت الضرر الموجب للتفريق بموجب الحكم الصادر في القضية المرقمة ٨٠٤ / ك /

(١) الأستاذ محمد حسين الذهبي، الأحوال الشخصية في مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية، ط ١، ١٣٧٨ هـ - ١٩٥٨، شركة النشر والطبع الأهلية د.م. م - بغداد.

(٢) رقم القرار (١٠٨١) شخصية في ٦ / ٥ / ١٩٧٩ منشور في مجلة الأحكام العدلية - العدد الثاني، ١٩٧٩.

(٣) نفس المصدر السابق، المحامي كيلان سيد أحمد، القرار المرقم ٥٧ / شخصية / ١٩٩٤ في ١٢ / ٤ /

٢٠٠٦ والتقرير الطبي فكان على المحكمة الحكم بالتفريق لأنّ شروط المادة (٤٠ / ١) من قانون الأحوال الشخصية متوفرة في دعوى المدعية لذا تقرّر نقض القرار<sup>(١)</sup>.

والإدمان على تناول المسكرات والمخدرات يجب أن يثبت بقرار لجنة طبية مختصة وفي قرار لمحكمة تمييز العراق<sup>(٢)</sup> إذا طلبت المدعية التفريق من زوجها المدعى عليه لاعتدائه بالضرب وكثرة المشاكل وإدمانه على الخمر فلا يجوز الحكم لها بالتفريق استناداً للبيئة الشخصية المستمعة في دعوى النفقة بل يجب الاستماع إلى شهودها وإجراء الفحص الطبي على المدعى عليه من قبل معهد الطب العدلي للتأكد من إدمانه على شرب الخمر من عدمه<sup>(٣)</sup>.

ولا ولاية للزوج على الزوجة إلاّ فيما يحفظ به عرضه وشرفه وماله وولاية الزوج على المرأة تأديبية فلا ولاية له على أموالها الخاصة بها بل لها التصرف في جميعها بلا إذنه ورضاه وبدون أن يكون له وجه في معارضتها معتمداً على ولايتها ولها أن تقبض غلة أملاكها وتوكيل غير زوجها بإدارة مصالحها وتنفيذ عقودها بلا توقف على إجازته مطلقاً ولا على إجازة أبيها أو جدها عند فقده أو وصيها إن كانت رشيدة محسنة التصرف ومهما تكون ثروتها فلا يلزمها شيء من النفقات الواجبة ولا يجوز للزوج أن يضرب زوجته ضرباً مبرحاً وله أن يؤدب زوجته تأديباً خفيفاً إن عصته أو خالفت أو امره المشروعة بالوعظ ثمّ الهجر ثمّ الضرب<sup>(٤)</sup>، وقد أصدر المجلس الوطني لكوردستان العراق قانون استثناء الزوجة من أحكام التأديب وجاء في المادة الأولى منه (يستثنى الزوجة من أحكام الفقرة (١) من المادة (٤١) من قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٩٦ المعدل<sup>(٥)</sup>).

٢- إذا ارتكب الزوج الخيانة ويكون من قبيل الخيانة الزوجية ممارسة الزوج فعل اللواط بأي وجه من الوجوه.

فالضرر الموجب للتفريق إما أن يكون ضرراً مادياً أو معنوياً فالضرر المادي هو كلّ ما يصيب الجسم من جروح أو كسور أو كدمات أو الآم نتيجة الضرب باليد أو بأي واسطة

(١) رقم القرار (٥٩٣ / شخصية / ٢٠٠٨) والمقرر في ٢٣ / ١٢ / ٢٠١٢ الصادر منه محكمة تمييز إقليم كوردستان - غير منشور.

(٢) قرار محكمة تمييز العراق (١٧٣ / شخصية / ١٩٨٤ في ١٣ / ١ / ١٩٨٥) منشور المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز العراق، قسم الأحوال الشخصية - إعداد: إبراهيم المشاهدي - ١٩٨٩، ص: ٨٨.

(٣) محمد الأحمد العمر، التطبيق الشرعي - بغداد، الأعظمية، ص: ٤٧١.

(٤) قانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠١ في ٣٠ / ٦ / ٢٠٠١ الصادر من مجلس الوطني لكوردستان العراق، مختارات من القوانين والقرارات الخاصة بالأقوال الشخصية الصادرة رقم المجلس الكوردستاني لإقليم كوردستان - العراق، إعداد المحامي عوني البزاز، ص: ١٩.

أخرى، والضرر المعنوي هو ما يصيب بضرر في اعتباره وسمعته ويقلل من هيئته بين الناس كالقذف والسبّ والخيانة الزوجية، فممارسة الزوج لفعل اللواط يسبب ضرراً معنوياً للزوجة مما يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية ويحق لها طلب التفريق بسبب ذلك وقد أصدر مجلس قيادة الثورة المنحل القرار المرقم (٥٤٤) في ٢٨ / ٧ / ١٩٨٧ المنشور في الواقع العراقية بالعدد ٣١٦٢ في ١٠ / ٨ / ١٩٨٧ نص على ما يلي:

(١) يجوز لوالد الغائب خارج العراق طلب التفريق بين ولده الغائب وزوجته بسبب الزنا وفق الشروط التالية.

(أ) أن يكون والد الغائب قد عيّن قيماً عليه بعد اكتمال مدة الغياب المنصوص عليها بالمادة (٨٥) من قانون رعاية القاصرين رقم (٨٧) لسنة ١٩٨٠.

(ب) إن يثبت جريمة الزنا بقرار من المحكمة المختصة اكتسب درجة لبتات. ثانياً: لا يجوز تحريك دعوى الزنا من قبل والد الغائب إلا بإذن من المحكمة التي عيّنته قيماً عليه.

### ثالثاً: يعتبر التفريق في هذه الحالة طلاقاً بانئاً.

رابعاً: يعمل بهذا القرار من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

٣- إذا كان عقد الزواج تم قبل إكمال أحد الزوجين الثامنة عشر دون موافقة القاضي، والفرقة بسبب خيار البلوغ هي فسخ العقد وتختلف عن الفرقة التي تكون طلاقاً حيث أنّ فرقة الفسخ تكون نقضاً للعقد من أساسه فتنتهي الحلّ الذي يثبت به الزوج بمجرد حدوثها من غير توقف على انقضاء العدة، أما الطلاق فهو إنهاء للعدة ولا أثر لفرقة الفسخ على عدد التطبيقات التي يملكها الزوج على زوجته فلو فسخ العقد بين زوج وزوجته ثمّ زوجها بعد ذلك فإنه يملك عليها ثلاث تطبيقات<sup>(١)</sup>.

وفي قرار لمحكمة التمييز العراق (ليس للزوجة التي قبضت صداقها المعجل وطالبت بنفقتها الماضية أن تطلب التفريق بحجة وقوع عقد الزواج قبل إكمال الثامنة عشر من عمرها ودون إذن القاضي)<sup>(٢)</sup>.

(١) د. أحمد الكبيسي، المصدر السابق، ص: ١٨٧.

(٢) القرار ١١٣١ / شخصية في ٢٤ / ٧ / ١٩٨٨ منشور في كتاب المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز العراق، قسم الأحوال الشخصية، إعداد: إبراهيم المشاهدي، ص: ٧٧.



وفي قرار آخر لمحكمة التمييز العراق (ليس للزوجة طلب التفريق بسبب صغر سنها إذا تمّ عقد الزواج والدخول قبل نفاذ قانون الأحوال الشخصية رقم (٢) لسنة ١٩٧٨ وجرى العقد بموافقة والد الزوجة)<sup>(١)</sup>.

وفي قرار آخر لمحكمة التمييز العراق (لا يحقّ للمدعية طلب التفريق من زوجها المدعى عليه وفقاً للفقرة (٣) من المادة (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية المعدل المرقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ إن كانت تزوجته خارج المحكمة -عندما كانت من العمر ستة عشر عاماً- بموافقة ولي أمرها والدها ودخل بها المدعى عليه وعاشرتة مدة من الزمن)<sup>(٢)</sup>.

وقد صدر من محكمة تمييز إقليم كردستان عدت قرارات بهذا الخصوص منها:

وفي قرار "إنّ قرار الحكم القاضي بالتفريق بين المدعية وزوجها المدعى عليه صحيح موافق للشرع والقانون بالنظر إلى أنّها تزوجت من المدعى عليه وهي صغيرة، دون سنّ البلوغ خارج المحكمة وبزواج شغار وبدون مهر مقدم وعلى مهر مؤجل مقداره (١٩) تسعة عشر مثقال ذهب وبما أنّها بلغت سنّ الرشد وعدم رغبتها من الزواج منه لعدم الدخول بها شرعاً...."<sup>(٣)</sup>.  
وفي قرار "إنّ الثابت في الدعوى أنّ المدعية عاشت مع المدعى عليه في دار الزوجية وإنّه دخل بها ممّا يترتب على ذلك أنّ المدعية كانت موافقة على الزواج وإنّها اسقطت حقها في طلب التفريق وفق أحكام المادة (٤٠/٣) من قانون الأحوال الشخصية المعدل (ولا يحقّ لها التمسك بسبب كون عقد الزواج قد جرى عندما كانت قاصرة قبل إكمال الثامنة عشر من العمر...)"<sup>(٤)</sup>.

وفي قرار: "ثبت من أقوال شهود المدعية بأنّه تمّ عقد زواجها من المدعى عليه عام ١٩٨٧ عندما كانت في حوالي الثالثة عشر من العمر وإنّها عند بلوغها ووصولها إلى المرحلة التي تتمكن منه من اختيار نفسها أوضحت بأنها لا تقبل أن تكون زوجة للمدعى عليه وأمام هذه

(١) القرار ٢٠٤١/شخصية ١٩٧٨ في ١٨/١١/١٩٧٨ ص: ٧٧، منشور في المصدر السابق.

(٢) القرار التمييزي المرقم (١٦٥) موسعة أولى/٨٤-٨٥ في ٣٠/٧/١٩٨٥ منشور في المصدر السابق.

(٣) المحامي كيلان سيد أحمد (المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز إقليم كردستان - العراق، مقررات هيئة الأحوال الشخصية سنوات (١٩٩٣-١٩٩٨) القرار المرقم (١٠٧/شخصية/١٩٩٧) من ٧/٦/١٩٩٧، ص: ٣٢.

(٤) المحامي كيلان سيد أحمد، نفس المصدر السابق، القرار المرقم (١١٠/شخصية/١٩٩٥) في ٢/١١/١٩٩٥.

الوقائع كان على المحكمة أن تحكم بالتفريق بين المتداعيين اسناداً إلى أحكام الفقرة (٣) من المادة (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية المعدل<sup>(١)</sup>.

وخيار البلوغ هو الحق الذي ثبت للصغير أو الصغيرة إذا بلغا وكان من زوجها غير الأب والجد يجب استعمال الخيار فور البلوغ فإذا لم تطلب التفريق فور بلوغها كان ذلك دلالة على رضاها وليس بعد ذلك خيار.

٤- إذا كان الزواج قد جرى خارج المحكمة عن طريق الإكراه وتم الدخول فمن شرط عقد الزواج الحرية والإرادة فالإكراه تفسد الرضا واستدلالاً بقول الرسول ﷺ: (رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه).

وفي قرار محكمة تمييز إقليم كردستان " أن محكمة الموضوع قرّرت الحكم بالتفريق بين الزوجين المتداعيين وفق المادة (٤٠ / ٤) من قانون الأحوال الشخصية مؤسسه حكمها على أن الزواج قد حصل بالإكراه في حينه حيث لم يثبت من سير المرافعات الجارية في الدعوى وإفادات شهود المدعية وقوع ذلك الإكراه الذي يعني إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه وكما لم يتبين بعد الاطلاع على القضية التحقيقية حصول الزواج بالإكراه فضلاً عن كل ذلك فإن سكوت المدعية وذويها على أمر الزواج ومعاشرتها المدعية لزوجها المدعي عليه لفترة طويلة دون معارضة ينفي واقعة الإكراه عن هذا الزواج لذا فإن اتجاه محكمة الموضوع إلى الحكم بالتفريق بين الزوجين المتداعيين على أساس تحقق حاله الإكراه جاء في غير محله".

٥- إذا تزوج الزوج من زوجة ثانية بدون إذن من المحكمة في هذه الحالة لا يحق للزوجة تحريك الدعوى الجزائية بموجب الفقرة (١) من البند (أ) من المادة الثالثة من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١ بدلالة الفقرة (٦) من المادة (٣) من القانون وفي قرار لمحكمة التمييز العراق "لدى التدقيق والمداولة وجد إن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون من حيث الإجراءات والموضوع فمن حيث الإجراءات أن المحكمة وفي جلسة واحدة أصدرت حكماً ولم تتبع الإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية بإفهام ختام المرافعة ومن ثم إصدار الحكم وباسم الشعب أما من حيث الموضوع فإنه لا علاقة بقرار العفو بموضوع الدعوى حيث أن ذلك ينفي الزوج عن مسؤوليته الجزائية لزوجاه

(١) القاضي كيلان سيد أحمد- المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز إقليم كردستان - العراق، مقررات هيئة الأحوال الشخصية للسنوات (١٩٩٩ - ٢٠٠٩) القرار المرقم (١٥٣/ شخصية ٢٠٠١) ص:

خارج المحكمة إذ يبقى حق الزوجة بطلب التفريق قائماً طالما أنه تزوج بزوجة ثانية بدون إذن من المحكمة بشرط أن لا تكون الزوجة قد قامت بتحريك الدعوى الجزائية م ٤٠ / ٥ أحوال شخصية قرّر نقضه<sup>(١)</sup>.

وفي قرار المحكمة تمييز إقليم كردستان "إنّ الحكم المميز القاضي بالتفريق بين المدعية والمدعى عليه صحيح وموافق لحكم الشرع والقانون اسناداً إلى المادة (٥ / ٤٠) من قانون الأحوال الشخصية لثبوت زواج المدعى عليه بزوجة ثانية دون إذن من المحكمة واعتبار التفريق طلاقاً بائناً بينونة صغرى بحيث لا يحل المدعية للمدعى عليه إلا بعقد جديد ومهر مستأنف ولزوم المدعية العدة الشرعية البالغة ثلاثة قروء اعتباراً من تاريخ القرار وأن لا تتزوج برجل آخر إلا بعد انتهاء عدتها الشرعية"<sup>(٢)</sup>.

---

(١) القرار التمييز العراقي المرقم م ١٩٩ / شخصية أولى / ٢٠٠٤ في ٥ / ذي القعدة / ١٤٢٥ الموافق ١٨ / ١٢ / ٢٠٠٤.

(٢) القاضي كيان سيد أحمد - مفردات هيئة الأحوال الشخصية للسنوات (١٩٩٩ - ٢٠٠٩) نفس المصدر السابق، (١ / شخصية / ١٩٩٩) تاريخ القرار ٣ / ١ / ١٩٩٩.

**المبحث الثاني**  
**شروط التفريق وفق المادة (٤٢) من قانون**  
**الأحوال الشخصية وموقف القضاء العراقي منه**

**المطلب الأول**  
**شروط التفريق وفق المادة (٤٢) من قانون الأحوال الشخصية**

**المطلب الثاني**  
**موقف القضاء العراقي من التفريق وفق المادة (٤٢) من الأحوال الشخصية.**

## المبحث الثاني

### شروط التفريق وفق المادة (٤٢)

### من قانون الأحوال الشخصية وموقف القضاء العراقي منه

نصت المادة (٤٢) من قانون الأحوال الشخصية المرقم (١٨٨) لسنة ١٩٩٩ على أنه: (إذا ردت دعوى التفريق لأحد الأسباب المذكورة في المادة (٤٠) من هذا القانون لعدم ثبوته واكتسب قرار الرد درجة البتات ثم أقيمت دعوى ثانية بالتفريق لنفس السبب فعلى المحكمة أن تلجأ إلى التحكيم وفق المادة الحادية والأربعون) ونصت المادة المذكورة أعلاه على أنه إذا ردت دعوى التفريق لأحد الأسباب المذكورة في المادة (٤٠) من هذا القانون والتي تم شرحها في المطلب الثاني من المبحث الأول آنف الذكر واكتسب القرار درجة البتات ثم أقيمت دعوى ثانية بالتفريق لنفس السبب فعلى المحكمة أن تلجأ إلى التحكيم وهذا يعني أن المحكمة تلجأ إلى التحكم وفق المادة (٤١) من قانون الاحوال الشخصية وتناولت هذا المبحث في مطلبين:

المطلب الأول: شروط التفريق وفق المادة (٤٢) من قانون الأحوال الشخصية

المطلب الثاني: موقف القضاء العراقي من التفريق وفق المادة (٤٢) من الأحوال الشخصية.

### المطلب الأول

### شروط التفريق وفق المادة (٤٢) من قانون الأحوال الشخصية

من خلال قراءة نص المادة (٤٢) من قانون الأحوال الشخصية نرى أنها نصت على عدّة شروط ليتمكن القاضي من تطبيقها على الحالة المعروضة أمامه وهذه الشروط هي:

(١) رد الدعوى لعدم ثبوت الضرر للأسباب الواردة في المادة (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية فإذا أقام أحد الزوجين الدعوى بطلب التفريق وفق المادة (٤٠) التي تم شرحها في المطلب الثاني من المبحث الأول وردت دعواه لعدم ثبوت الادعاء واكتسب الحكم جرجة البتات ثم أقامها المدعي ثانية لنفس السبب في الدعوى المردودة فإنه لا يكلف المدعي بتقديم دليل الإثبات ما ورد في الدعوى الثانية ويجب أن تركز المحكمة إلى التحكيم وذهب الإمام مالك أن للزوجة أن تطلب من القاضي التفريق إذا دعت أضرار الزوج لها أضراراً لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالها مثل ضربها أو سبها، أو إيذائها بأي نوع من الأنواع الإيذاء الذي لا يطاق أو إكراهها على منكر من القول أو الفعل فإن ثبتت دعواها لدى القاضي

بيينة الزوجة أو اعتراف الزوج، وكان من الإيذاء مما لا يطاق معه دوام العشرة وعجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها طليقة بائنة وإذا عجزت عن البيينة ولم يقر الزوج رفضت دعواها فإذا تكررت منها الشكوى وطلبت التفريق ولم يثبت للمحكمة صدق دعواها عين القاضي حكيم بشرط أن يكونا رجلين عدلين راشدين، لهما خبرة بحالهما، وقدرة على الإصلاح بينهما ويحسن أن يكون من أهليهما إن أمكن فإذا عجزا عن الإصلاح وكانت الإساءة من الزوجين أو الزوج قرّر التفريق بينهما بطلقة واحدة وخالف في ذلك أبو حنيفة والشافعي<sup>(١)</sup>.

إنّ الطلاق شرع في الإسلام للأغراض الاجتماعية هامة وضرورية وقد يكون واجباً كما إذا قام بين الزوجين شقاق تقطعت به علائق الزوجية وحلت محلها الكراهية والنفرة ولم يتمكن المصلحون من إزالتها فإنّ الدواء لمثل هذه الحالة الطلاق وإلاّ انقلبت الزوجية إلى عكس الغرض المطلوب فإنّها شرعت إلاّ للجمع بين صديقين تنشأ بينهما مودة ورحمة لا للجمع بين عدوين لا يستطيع أحدهما النظر إلى الآخر<sup>(٢)</sup>.

وفي قرار لمحكمة التمييز العراق: "لدى التدقيق والمداولة وجد أنّ الطعن التمييزي واقع خلال المدة القانونية قرّر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنّه غير صحيح ذلك لأنّ المدعية سبق لها إن أقامت الدعوى المرقمة ٣٥٩١ / ٢٠٠١ بتاريخ ٤ / ١١ / ٢٠٠١ وطلبت تطبيق أحكام المادة (٤٢) من قانون الأحوال الشخصية وحيث أنّ المادة المذكورة بيّنت أنّه في حالة إقامة الدعوى الثانية لنفس السبب فعلى المحكمة أن تلجأ إلى التحكيم ولا حاجة لاستماع البيّنات أو اعتبار المدعية عاجزة عن اثبات الضرر وهذا ما لم تقم به المحكمة لذا قرّر نقض الحكم المميز"<sup>(٣)</sup>.

وفي قرار لمحكمة تمييز إقليم كردستان "في حالة رد دعوى التفريق المؤسسة على أحد الأسباب الواردة في المادة (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية واكتسب الحكم درجة الثبات ثمّ أقيمت دعوى ثانية لنفس السبب فعلى المحكمة أن تلجأ إلى التحكيم كما نص بذلك أحكام المادة (٤٢) من القانون المذكور"<sup>(٤)</sup>.

(١) نقلاً عن السيد السابق، المصدر السابق، ص: ٢٤٨.

(٢) عبد الرحمن الجزيري - كتاب الفقه على المذاهب الأربعة - قسم الأحوال الشخصية، الجزء الرابع، الطبعة الخامسة، ص: ١٨١.

(٣) القرار التمييزي المرقم ٥٤٣٩ / الشخصية / ٢٠٠٢ في ١ / ذي القعدة، ١٤٢٤ هـ الموافق ٢٥ / ١٢ / ٢٠٠٢ غير منشور.

(٤) القاضي كيلان - مقررات هيئة الأحوال الشخصية - نفس المصدر السابق، ص: ٨٦.

فإذا أقيمت الدعوى الثانية للخلاف وليس لنفس السبب في الدعوى المردودة فلا مجال لتطبيق أحكام المادة (٤٢) من قانون الأحوال الشخصية وفي قرار لمحكمة التمييز العراقي "لدى التدقيق والمداولة وجد أنّ الطعن التمييزي مقدّم ضمن المدة القانونية قرّر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنّ المدعية المميّزة طلبت التفريق للخلاف وأنّ المحكمة قضت برد الدعوى بحجة أنّ المدعى عليه لم يعد زوجته بعد أن ردت دعواه للمطالبة بالتفريق للضرر ولم تستأنف الحياة الزوجية وحيث أنّ هذا الاتجاه يكون في حالة طلب التفريق وفق المادة (٤٢) من قانون الأحوال الشخصية بعد ردّ الدعوى الأولى بطلب التفريق للضرر وليس الخلاف وحيث تحقق للمحكمة من أقوال الشهود وجود خلافات بين الطرفين ممّا كان مقتضى اللجوء إلى التحكيم والسير في الدعوى وفق الإجراءات المنصوص عليها في المادة (٤١) من قانون الأحوال الشخصية ممّا أخل ذلك بصحة الحكم قرّر نقضه"<sup>(١)</sup>.

٢) اكتساب قرار الرد الدرجة القطعية: يجب أن يكتسب القرار الصادر بالرد في الدعوى الأولى المقامة وفق المادة (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية درجة البتات بمضيء المدة القانونية دون الطعن فيه تمييزاً أو بتصديقه تمييزاً فإذا أقيمت الدعوى الثانية لنفس السبب الذي ردت به الدعوى الأولى المادة (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية ولم يكتسب القرار درجة البتات فعلى المحكمة استئخار الدعوى الثانية حين اكتساب القرار درجة البتات كأن يكون قد طعن فيه تمييزاً.

٣) اللجوء إلى التحكيم وفق المادة (٤١) من قانون الأحوال الشخصية: فإذا أقيمت الدعوى الثانية لنفس السبب في الدعوى المردودة المقامة وفق المادة (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية واكتساب القرار درجة البتات فعلى المحكمة أن تعين حكماً من أهل الزوجة وحكماً من أهل الزوج إن وجدا بالنظر في إصلاح ذات البين فإن تعذر وجودهما كلّفت المحكمة الزوجين بانتخاب حكّمين فإن لم يتفقا انتخبتهما المحكمة وعلى الحكّمين أن يجتهدا في الإصلاح فإن تعذر عليهما ذلك رُفعا الأمر إلى المحكمة موضحين لها الطرف الذي ثبت تقصيره فإن اختلفا ضمت المحكمة لهما حكماً ثالثاً فإذا ثبت للمحكمة استمرار الخلاف بين الزوجين وعجز عن الإصلاح بينهما وامتنع الزوج عن التطبيق فرّقت المحكمة بينهما ويسقط من المهر المؤجل بحسب نسبة تقصير الزوجة<sup>(٢)</sup>، وجعل للزوج الحق في تأديب زوجته واعتبر

(١) القرار التمييزي المرقم ١٩٠٢/شخصية أولى/١٣/٢٠٠٣ في ٢١/شعبان/١٤٢٥ هـ، الموافق ٦/١٠/٢٠٠٤.

(٢) أنور الخطيب، الزواج في الشرع الإسلامي والقوانين اللبنانية، دار العلم للملايين، الطبعة الأولى، ١٩٦٠، ص: ٥٦.

ذلك من الحقوق الثانية للزوج على زوجته بموجب عقد الزواج بينهما فله ولاية تأديبها إذا خالفته ولم تطعه فيما تجيب عليها طاعته فيه شرعاً والأصل قوله تعالى: ﴿وَالَّتِي تُخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْتَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾<sup>(١)</sup>.

والأصل الذي بني عليه التفريق بين الزوجين بسبب الشقاق بينهما وإضرار الزوج بزوجه قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْتَغُوا حَكْمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكْمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾<sup>(٢)</sup>.

وقد استدلل بهذه الآية من يرى من العلماء كالإمام مالك وأحمد في مدى الروايتين عنه التفريق بين الزوجين إذا ادعت الزوجة أضرار الزوج بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها وطلبت من القاضي التفريق من أجل ذلك، كما استدلل بها من يرى من العلماء عدم التفريق في أصل ما ذكر كالحنفية والظاهرية والشيعة الإمامية ووجه الاستدلال بالآية على الرأي القائل بعدم التفريق أن الآية الكريمة تكاد وأن تكون صريحة في أن عمل الحكامين قاصر على يبذلا الجهد في إصلاح بين الزوجين وأن التفريق بين الزوجين ليس من عملهما حيث لم تتعرض الآية للتفريق بينهما، فلا يملك الحكمان التفريق بين الزوجين إلا بإذنها وذلك بتفويض من الزوج وتوكيل من الزوجة إذا احتاج الأمر إلى الخلع والطلاق على مال ويضاف إلى ما تقدم أن أضرار الزوج بزوجه يمكن تداركه وإزالته بتعزيز الزوج أو عدم إجبار الزوجة على طاعته فلم يتعين الطلاق الذي هو أبغض الحلال إلى الله تعالى طريق لإزالة الأضرار بها فلا يلجأ إليه - ووجه الاستدلال بالآية الكريمة على الرأي القائل بالتفريق أن سلطة الحكامين ومهمتهما ليست قاصر على الإصلاح بين الزوجين بل لهما سلطة التفريق بينهما إن لم يوفقا إلى الإصلاح بينهما لأن الله سماها حكيم والحكم والحاكم معناها واحد فيكون لهما سلطة الحكم ويؤيد الآية فهم الآية على هذا قوله تعالى: ﴿فَامْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَانٍ﴾ فإذا فات الإمساك بالمعروف لإضرار الزوج بزوجه في المعاشرة الزوجية وجب على الزوج إن يطلق زوجته فإن لم يفعل طلقها القاضي بالنيابة عنه رفعا لظلمه ودفعاً لإضراره بها وقد قال عليه الصلاة والسلام (لا ضرر ولا ضرار)<sup>(٣)</sup>، وفي قرار لمحكمة التمييز العراق "إذا ردت دعوى التفريق لأحد الأسباب المذكورة في المادة الأربعين من قانون الأحوال الشخصية واكتسب

(١) سورة النساء، الآية: ٣٤.

(٢) سورة النساء، الآية: ٣٥.

(٣) عمر عبد الله - أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية - رئيس القسم الشرعي ووكيل عليه الحقوق بجامعة الإسكندرية سابقاً - الطبعة الرابعة، ١٩٦٣، دار المعارف، ص: ٤٩٤ - ٤٩٧.



قرار الرد درجة البتات ثم أقيمت دعوى ثانية للسبب ذاته، فعلى المحكمة أن تلجأ إلى التحكيم لأن ذلك يعني أن الشقاق والخلاف مستمر بين الزوجين"<sup>(١)</sup>.

وتنفيذ هذا الأمر الإلهي بخصوص التحكيم ﴿فَاتَّبِعُوا حُكْمًا مِّنْ أَهْلِهِمْ وَحُكْمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾

سورة النساء آية، ٣٥ لدراسة شقاق الزوجين يتطلب توافر ما يلي:

- ١- أن يبعث حكم من أهلها ترتضيه، وحكم من أهله يرتضه.
- ٢- أن يكون الحكمان عادلين خبيرين بشؤون العائلة ومشاكلها.
- ٣- أن يكونا من أقارب الزوجين أن أمكن، فإن لم يكن لهما أهل، أو كان لم يكن فيهم من يصلح لذلك لعدم خبره أو العدالة أو غير ذلك فيستحب أن يكونا جارين، وحكمة اشتراط كون الحكمين من الأهل هي سعة اطلاعهما على مشاكل الزوجين، وحرصهما على سمعه الأسرتين ووفرة شفقتهم على الأولاد، وتوقع نجاح مهمتها غالباً.
- ٤- أن يكون محايدين تكون غايتهم هي الإصلاح دون تمييز وتفريق وانحياز.
- ٥- أن يجتمع الحكمان مع الزوجين في جو من الهدوء بعيداً عن الانفعالات النفسية.
- ٦- أن يرفعا تقريراً صادقاً أميناً بها متضمناً للأسباب الحقيقية لخلاف وشقاق الزوجين، محددتين فيه الجهة المقصرة منهما.

وإن فشلت هذه الخطوات فعندئذ يتضح أن هناك ما لا يدع الحياة الزوجية تستقيم وتسقر، ففي هذه الحالة من المحكمة الخضوع للواقع المر - للطلاق البغيض على كره من الإسلام فإن الطلاق أبغض الحلال إلى الله<sup>(٢)</sup>.

ومن الضروري أن نشير هنا إلى نوع الطلاق الواقع بالتفريق القضائي فقد نصت المادة الخامسة والأربعون على ما يلي:

"تعتبر التفريق في الحالات الواردة في المواد (الأربعين والحادية والأربعين والثانية والأربعين والثالثة والأربعين) طلاقاً بائناً بينونة صغرى.

والغاية من إيقاع الطلاق بائناً في المواد المذكورة أنه لو وقع القضاء الطلاق رجعيًا كان بإمكان الزوج مراجعة زوجته دون رضاها في أثناء العدة ولما تحقق الفائدة من التفريق<sup>(٣)</sup>.

(١) القرار التمييزي المرقم ٥٢٠٣/ شخصية ١٩٩٨، في ١٦ / ١١ / ١٩٩٨، منشور في مجلة العدالة، بغداد، العدد الأول، ٢٠٠١.

(٢) نقلاً (البروفيسور الدكتور مصطفى الزلمي - أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلام المقارن، دراسة مقارنة بالقانون، ص: ١١٢ - ١١٣.

(٣) الأستاذ المساعد الدكتور فارق عبد الكريم، الوسط في شرع قانون الأحوال الشخصية العراقي، عقد الزواج والفرقة وآثارهما، ص: ٢١٥.

- "والطلاق البائن بينونة صغرى، هو الذي لا يملك الزوج أن يرجع مطلقته إليه إلا بعقد جديد ومهر جديد ويترتب على هذا النوع من الطلاق ما يلي:
- (١) إزالة الملك لا الحل، بمعنى أنه تنقطع به رابطة الزوجية فتصير أجنبية عنه، وتنتهي الحقوق الزوجية لكل منهما على الآخر، سوى النفقة للزوجة مادامت في العدة، ولا يشترط لحلها لمطلقها أن تتزوج زوجاً آخر، وإنما للزوج أن يرجعها إلى عصمته (يتزوجها) بعقد ومهر جديدين.
  - (٢) لا يملك المطلق حق الرجوع في العدة، ولكن له أن يتزوجها برضاها أثناء العدة وبعدها بمهر وعقد جديدين.
  - (٣) حلول المهر المؤجل، الذين لم يعين في العقد لأن هذا أقرب الأجلين الموت أو الطلاق.
  - (٤) لا ظهار ولا إيلاء ولا لعان ولا توارث بينهما لوقوع البينونة بمجرد الطلاق.
  - (٥) انقاص عدد التطليقات، فالطلاق البائن بينونة صغرى تنقصه عدد التطليقات التي يملكها الزوج المطلق على زوجته، فإذا أعادها بعقد نكاح جديد قبل أن تنكح زوجاً غيره، وكان قد طلقها تطليقه واحدة بائنة، عادت بتطليقتين يملكها عليها، وكذلك الحكم إذا أعادها بعقد جديد بعد أنكحت زوجاً غيره، وطلقها أو مات عنها قبل أن يدخل بها ولا خلاف في هذا بين أهل العلم<sup>(١)</sup>.

---

(١) نقلاً عن (أبو مالك سيد كمال بن سيد سالم) صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة، الجزء الثالث، المكتبة التوفيقية، ص: ٢٧٤.

## المطلب الثاني

### موقف القضاء العراقي من التفريق وفق المادة (٤٢) من قانون الأحوال الشخصية

من خلال ما تقدّم يتبيّن لنا أنّ محكمة التمييز العراق الموقرة اختلفت في اتجاهاتها في القرارات المتعلقة بدعوى التفريق وفق المادة (٤٢) من قانون الأحوال الشخصية ففي الكثير من قراراتها تؤكد على ضرورة الالتزام بمنطوق المادة (٤٢) من قانون الأحوال الشخصية وإنّها لا تشترط إثبات الضرر في الدعوى الثانية المقامة أمام محكمة الأحوال الشخصية وفي قرار لمحكمة التمييز العراقي "لدى عطف النظر على الحكم المميز، وجد أنّه غير صحيح، لأنّ المحكمة قرّرت رد هذه الدعوى التي طلب فيها المدعي التفريق استناداً لنصّ المادة (٤٢) من قانون الأحوال الشخصية، باعتبار أنّ الدعوى السابقة التي أقامها برقم ٥٥٩ / ش / ٢٠٠٢ قد ردت لا بسبب عجز المدعي عن إثبات الضرر وإنّما لعدم اعتبار المحكمة الأسباب التي استند المدعي فيها أسباباً موجبة للمطالبة بالتفريق وفق المادة (٤٠ / ١)، وهذا نظر من المحكمة غير صحيح وذلك لأنّ المادة (٤٢) جاءت مطلقة، انه في حالة ردّ دعوى التفريق لأي سبب من الأسباب المذكورة في المادة من القانون لعدم ثبوته، واكتساب قرار الرد درجة البتات فعند إقامة دعوى ثانية بالتفريق لنفس السبب فعلى المحكمة أن تلجأ إلى التحكيم وهذا ما لم تفصح به المحكمة ويكون بالتالي قرارها غير صحيح لذا قرّرت نقض الحكم المميز"<sup>(١)</sup>.

وفي قرار آخر لمحكمة التمييز العراقي "لدى عطف النظر على الحكم المميز، وجد أنّه غير صحيح ذلك لأنّ المدعية سبق لها أن أقامت الدعوى المرقمة ٣٥٩١ / ش / ٢٠٠١ التي طلبت فيها التفريق من زوجها للضرر وردت دعواها وأبرزت صورة القرار الصادر فيها بتاريخ ٤ / ١١ / ٢٠٠١ وطلبت تطبيق أحكام المادة (٤٢) من قانون الأحوال الشخصية وحيث أنّ المادة المذكورة بيّنت أنه في حالة إقامة الدعوى الثانية لنفس السبب فعلى المحكمة أن تلجأ إلى التحكيم ولا حاجة لاستماع البيّنات واعتبار عاجزة عن إثبات الضرر وهذا ما لم تقم به المحكمة لذا قرّرت نقض الحكم المميز"<sup>(٢)</sup>، في حين أنّ هناك قرارات أخرى تذهب إلى وجوب إثبات الضرر الجسيم واستمراره في الدعوى الثانية المقامة لنفس السبب بعد ردّ الدعوى الأولى المقامة للضرر، حتى يتمّ اللجوء إلى التحكيم وفق المادة (٤١) من قانون الأحوال الشخصية وفي قرار لمحكمة التمييز "إذا أقيمت دعوى التفريق للضرر وردّت ثمّ أقيمت دعوى تفريق

(١) القرار التمييزي المرقم ٤٥٥٢ / شخصية / ٢٢ / ١٢ / ٢٠٠٣ (القرار غير منشور).

(٢) القرار التمييزي المرقم ٥٤٣٩ / شخصية / ٢٥ / ١٢ / ٢٠٠٣.

ضرر أخرى لاستمرار الخلافات بين الزوجين فعلى المحكمة قبل الحكم بالتفريق أن تتحقق من كون الضرر جسيماً<sup>(١)</sup>.

وفي قرار آخر لمحكمة التمييز العراقي "اتجاه المحكمة بردّ دعوى المدعية في طلب التفريق وفق المادة (٤٢) شخصية مستندة إلى الدعوى السابقة التي آلت بالردّ والمقامة لنفس السبب اتجاه صحيح وذلك لعدم استئناف الحياة الزوجية بين الطرفين بعد ردّ الدعوى السابقة"<sup>(٢)</sup>.

وفي قرار لمحكمة التمييز العراقي "إنّ الحكم صحيح ذلك لأنّ المدعية أسست دعاها على الضرر وطلبت تطبيق المادة (٤٢) شخصية بسبب ردّ الدعوى السابقة المقامة لنفس السبب لذا فإنّ الدعوى تكون موجبة للرد بسبب عدم المعاشرة الزوجية لمعرفة ما إذا كان هناك تفاقم وتجديد للضرر المزعوم وهذا ما قضت به المحكمة"<sup>(٣)</sup>، وفي قرار آخر لمحكمة التمييز العراقي "لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنّ المدعية طلبت التفريق وفق المادة (٤٢) أحوال شخصية مستندة في ذلك إلى الدعوى السابقة ١٢٧٠ / ش / ٢٠٠٣ التي آلت بالرد وإن اتجاه المحكمة بعد تحقق شروط طلب التفريق وعدم اللجوء إلى التحكيم كان صحيحاً حيث أنّ الثابت من وقائع الدعوى عدم استئناف الحياة الزوجية بين الطرفين بعد ردّ الدعوى السابقة وإنّ قضاء محكمة التمييز العراقي استقرت على وجوب استمرار نفس نوع الضرر الذي أقيمت بموجبه الدعوى الأولى إلاّ إنّ وكيل المدعية دفع بأن المدعي عليه ألحق ضرراً بموكلته واتهمها بالسرقه وإنّ المحكمة اعتبرت المميّزة عاجزة عن الإثبات ومنحتها حق تحليف المميز عليه اليمين الحاسمة بخصوص هذا الدفع قبل أن تكلفها بالإثبات ممّا أخل بالحكم الصادر قرّر نقضه"<sup>(٤)</sup>.

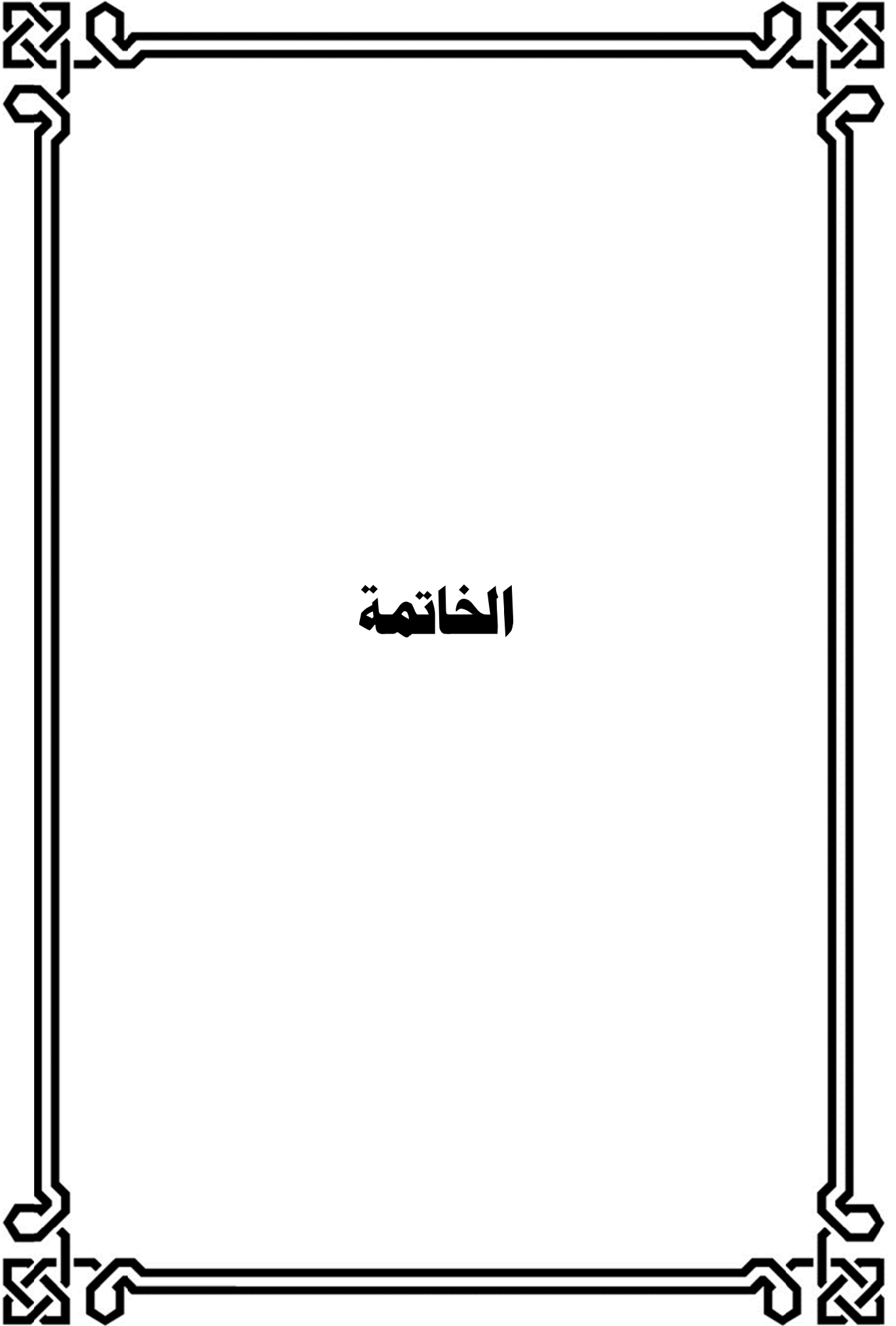
وفي رأينا المتواضع إنّ كلا الاتجاهين له أسبابه المعقولة ورغم هذا التباين فإنّنا نخلص إلى نتيجة وهي وجود نوع من التعارض بين الاتجاهين ممّا يسبب نوع من عدم الاستقرار والثبات لدى محاكم الأحوال الشخصية.

(١) القرار التمييزي المرقم ١٣٩ / شخصية / ٢٠٠٠ في ١٩ / ١ / ٢٠٠٠ منشور في مجلة العدالة العدد الثاني / ٢٠٠١ وزارة العدل بغداد، ص: ١٣٩.

(٢) القرار التمييزي المرقم ١٤٣ / شخصية / ٢٠٠٤ في ١٩ / ١٠ / ٢٠٠٤ (القرار غير منشور).

(٣) القرار التمييزي المرقم ٢٩٩٦ / شخصية / ٢٠٠٣ في ٤ / ١١ / ٢٠٠٤.

(٤) القرار التمييزي المرقم ١٤٣ / شخصية أولى / ٢٠٠٤ (القرار غير منشور).



# الخاتمة

## الخاتمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين نبينا محمد الأمين الذي بعثه الله رحمة للعالمين وترك من بعده شريعة للمسلمين وحيث أن التفريق موضوع شامل، لأنه يتعلّق بالحياة وبناء الأسرة وبالتالي بناء المجتمع والدولة وكل ما يؤثر في بنية وتركيب الأسرة سيقع تأثيره على المجتمع سلباً أم إيجاباً، فالزوجان هما القاعدة الأساسية في صياغة وصيانة سلوك الأطفال منذ البداية وحيث أنهم مستقبل وديمومة الأمة وتقدمها وعندما تقع الكراهية والبغضاء بين الزوجين ويسود الظلم والعداء بينهما ولا يمكن إصلاحهما فليس أمامها إلا مسلك الافتراق فلعل ذلك يكون علاجاً نافعاً لكلا الزوجين، ولكن علينا أن نفكر بالأطفال ومصيرهم المجهول حيث التشرّد والضياع نهايتهم المحتومة ويكونوا مصدر شرّ للمجتمع لجنوحهم في مسالك الجريمة ولكون القانون قد أعطى للزوجين وللزوجة في بعض الحالات طلب التفريق فإننا نرى أن تطبيق نصّ المادة (٤٢) من قانون الأحوال الشخصية يعني فتح الباب على مصراعيه أمام كلّ من الزوجة والزوج في طلب التفريق دون إثبات الضرر الموجب للتفريق حيث أنّه لمجرّد ردّ الدعوى المقامة استناداً لنصّ المادة (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية واكتساب القرار درجة البتات وإقامتها ثانية لنفس السبب فعلى المحكمة اللجوء إلى التحكيم والحكم بالتفريق حيث أنّ المشرع هياً دليلاً مسبقاً للمدعية فالدعوى معروفة نتيجتها ولمحاولة التوفيق بين الاتجاهين وفي سبيل معالجة الأمر، إنّ حكم المادة (٤٢) من قانون الأحوال الشخصية قد أخذ به المشرع العراقي بموجب التعديل رقم (٢١) لسنة ١٩٧٨ ولكي لا تستخدم المادة المذكورة كمعول لهدم الحياة الزوجية حيث إنّ المشرع افترض وجود خلافات بمجرد إقامة الدعوى الثانية لنفس السبب في الدعوى الأولى المردودة المقامة وفق المادة (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية ونقترح:

إلغاء هذه المادة وأن تلجأ المحكمة إلى التحكيم عند ثبوت الضرر وتعذر استمرار الحياة الزوجية كما نقترح الاستعانة بالحكمين في كلّ حالة يدعي فيه أحد الزوجين إضرار الآخر به كما نقترح إيجاد نصّ تشريعي يبيح للطرف المتضرر المطالبة بالتعويض في حالة إثبات الضرر، كما هو في الطلاق التعسفي وهذا برأينا من طلبات التفريق للضرر.

ونلاحظ إنّ المادة (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية نصّت على أنّ لكلّ من الزوجين طلب التفريق عند توفر أحد الأسباب المذكورة في المادة، وإنّ الفقرة الخامسة من المادة المذكورة نصّت على (إذا تزوج بزوجة ثانية بدون إذن من المحكمة وفي هذه الحالة لا يحقّ للزوجة تحريك الدعوى الجزائية ... الخ) ومن الناحية العملية لا يعقل أن يطلب الزوج التفريق لزوجته من زوجة ثانية وإنّ الفقرة الخامسة خاصة بالزوجة حيث يحقّ لها طلب

التفريق لزاوجه من زوجة ثانية وإنّ الفقرة الخامسة خاصة بالزوجة حيث يحقّ لها طلب التفريق من زوجها إذا تزوج بزوجة ثانية بدون إذن محكمة ونرى أنّ هناك تعارضاً بين تطبيق الفقرة الخامسة ونصّ المادة (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية ونرى إنّ هذا يحتاج إلى مداخلة تشريعية وأنّ ينصّ على هذه الفقرة ضمن المادة (٤٣) من قانون الأحوال الشخصية التي أعطت للزوجة طلب التفريق عند توفر الأسباب المذكورة من المادة أعلاه.

وفي الختام نرجو من الله تعالى أن نكون قد وفقنا في جهدنا وبحثنا المتواضع ونسأله عزّ وجلّ السداد في القول والإخلاص في العمل وما توفيقه إلّا بالله عليه توكلت وإليه أنيب.

# مراجع البحث



## مراجع البحث

### • القرآن الكريم

- (١) د. أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية من الفقه والقضاء والقانون، الجزء الأول، مطبعة عصام، بغداد، ١٩٧٧.
- (٢) كتاب الفقه المسير في ضوء الكتاب والسنة، إعداد نخبة من العلماء، القاهرة، المنصورة، الطبعة الأولى، ١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢ م.
- (٣) الأستاذ المساعد، فاروق عبد الله كريم، عقد الزواج وآثاره والفرقة وآثارها، مطبعة أركان، بغداد، ١٩٧٨.
- (٤) د. محي هلال السرحان، القواعد الفقهية ودورها في أثر التشريعات الحديثة، مطبعة أركان، بغداد، ١٩٨٧.
- (٥) د. محمد بكر إسماعيل، القواعد الفقهية بين الإصالة والتوجيه، الطبعة الأولى، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م.
- (٦) د. مصطفى الزلمي، مدى سلطات الإدارة في تشريعه السماء وقانون الأرض، الجزء الثاني، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٨٤.
- (٧) الأستاذ محمد حسين الذهبي، الأحوال الشخصية في مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية، ط ١، ١٣٧٨ هـ - ١٩٥٨ م، شركة النشر والطبع الأهلية، د. م. - بغداد.
- (٨) محمد الاحمد العمر، التطبيق الشرعي - بغداد، الأعظمية.
- (٩) السيد سابق، فقه السنة، نظام الأسرة والحدود والجنايات ، المجلد الثامن.
- (١٠) عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، قسم الأحوال الشخصية، الجزء الرابع، الطبعة الخامسة.
- (١١) أنور الخطيب- الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون اللبناني، دار العلم للملايين، الطبعة الأولى ١٩٩٦.
- (١٢) عمر عبد الله، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، رئيس القسم الشرعي ووكيل كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية سابقاً، الطبعة الرابعة، ١٩٦٣.
- (١٣) البروفيسور الدكتور مصطفى الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن ودراسة مقارنة بالقانون.

- ١٤) أبو مالك سيد كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذهب الأئمة، الجزء الثالث، المكتبة التوفيقية.
- ١٥) قانون الأحوال الشخصية المرقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، المعدل.
- ١٦) قانون استثناء الزوجة من أحكام التأديب المرقم (٧) لسنة ٢٠٠١، الصادر من مجلس الوطنية لكوردستان العراق.
- ١٧) قرارات صادرة من محكمة التمييز العراق.
- ١٨) قرارات صادرة من محكمة تمييز إقليم كوردستان.