المقدمة:

بسم الله الرحمن الرحيم

(الطلـٰق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحُسـٰن)

صدق الله العظيم

سورة البقرة (229)

تعد الاسرة اللبنة الاساسية لبناء المجتمع السليم والمتماسك ضد التيارات الخارجية التي تهدد كيان المجتمع القائم على اسس الاخلاق والعيش الكريم فكلما كانت العائلة متفاهمة ومتجانسة فيما بينها تسودها الالفة والاحترام المتبادل قلت اثارها السلبية على المجتمع فان مظاهر العنف الاسري التي في تزايد في الوقت الحاضر لاسباب كثيرة منها اقتصادية ومنها اجتماعية والتي تختلف من اسرة الى اخرى اصبحت من الجسامة بحيث لا تقتصر اثارها على الزوجين فقط اللذين هما نواة الاسرة بل تعدت الى افرادها ، وحماية للطرف المتضرر في العلاقة الزوجية وعدم استغلاله فقد نظم قانون الاحوال الشخصية العراقي مواد قانونية هي موضوع بحثنا و حيث اصبحت المحاكم اليوم مكتظة بالدعاوى الشرعية المتعلقة بالتفريق بين الزوجين ولاسباب متعددة وان الاكثر تضررا من انحلال هذه الرابطة هم الاطفال ، وهذا ما دفعني الى الكتابة في هذا الموضوع المهم كما تشير الاحصائيات في محكمة الاحوال الشخصية في دهوك ان دعاوى التفريق المحسومة قد بلغت عددها من شهر كانون الثاني الى شهر حزيران من هذا العام حوالي 137ماعدا دعاوى الطلاق وتصديق الطلاق الخارجي ، وقد قسمنا بحثنا الى مبحثين، المبحث الاول عن مفهوم التفريق القضائي للضررواسبابه والمبحث الثاني عن شروط التفريق القضائي والاثار القانونية للتفريق القضائي .

المبحث الاول:

تعريف التفريق القضائي القائم على الضرر واسبابه

سنتناول في هذا المبحث مطلبين الاول تعريف التفريق القضائي للضرر والثاني عن اسباب التفريق للضرر وكالاتي :

المطلب الاول / تعريف التفريق القضائي القائم على الضرر.

الفرع الاول: تعريف التفريق القضائي للضرر

ان انحلال الرابطة الزوجية قد تكون بالطلاق الذي يوقعه الزوج اي إرادة الزوج المنفردة أو بالفسخ إن كان عقد الزواج قد إعتراه خلل مثل الحرمة المؤبدة أوالمؤقتة بين الزوجين أو باتفاق الطرفين أو بما يعرف بالخلع أو التفريق القضائي و يكون بقرار من المحكمة والذي هو موضوع بحثنا ، وإن انحلال الرابطة الزوجية سواء كان بإرادة منفردة أو باتفاق الطرفين أو بقرار قضائي يعد طلاقاً وفق ما وصفته المادة 45 من قانون الأحوال الشخصية[1]، وعلى هذا الاساس فقد عرف بعض شراح قانون الاحوال الشخصية التفريق القضائي (بانه حل قيد الزواج بطلاق يوقعه القاضي بناء على طلب الزوج أو الزوجة عند تحقق الأسباب القانونية)[2] .

---

١ - نص المادة 45 من قانون الاحوال الشخصية رقم188لسنة1959المعدل.

٢ - د.فاروق عبدالله كريم –الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي – طبع جامعة السليمانية عام2004 - ص193.

وكما سنتناول تعريف الطلاق لغة وإصطلاحا على إعتبار أن التفريق القضائي ما هوالا طلاق صادرمن القاضي وكالاتي :

أولا :

التعريف اللغوي للطلاق :

الطلاق لغة كلمة مشتقة من أصل الفعل الثلاثي طلق ومعناه في اللغة (اخلاء السبيل، وذكر الفقيه المصري سيد سابق بان (الطلاق مأخوذ من الاطلاق، وهو الارسال والترك .تقول: اطلقنا لاسير ،اذا حللت قيده وأرسلته)[1]. ومن ذلك نرى أن التعريف اللغوي للطلاق هو إخلاء السبيل أو الترك أو الاطلاق. وكان الطلاق معروفا قبل الاسلام الا انه لم يكن محدد العدد بل هو مطلق للرجل ان يوقعه متى ماشاء و بعدد ما شاء من الطلقات كما كان الطلاق في صدر الاسلام بغير عدد ، و كان الرجل يطلق امرأته متى شاء من واحد الى عشرة و يراجعها في العدة .

ثانيا:

التعريف الاصطلاحي للطلاق :

يراد بالطلاق اصطلاحا معنيين الاول:حل عقدة النكاح ، والثاني: الترك والارسال ، فمن الفقهاء من عرفه بانه : (رفع قيد النكاح بلفظ

---

١ -فقه السنة – الشيخ سيد سابق المجلد 2 ، ج 6، الطبعة الرابعة، دار الفكر للطباعة و النشر ، لبنان ، بيروت ،1983، ص241.

مخصوص صريحا أو كناية او اشارة) [1] .وألاصل الشرعي في الطلاق هوالقرأن الكريم بقوله تعالى في كتابه الكريم (الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح بإحسان) [2]. وكذلك السنة النبوية الشريفة : ليس شيء من الحلال أبغض الى الله تعالى من الطلاق .رواه أبو داود بإسناد صحيح[3]. وقد عرفه السيد سابق بان الطلاق (حل رابطة الزواج وانهاء العلاقة الزوجية) [4] .وهناك موارد وشواهد كثيرة في القرأن الكريم على الطلاق منها سورة باسم الطلاق وهذا دليل على أهمية الطلاق واثره في بنية المجتمع لذلك فان التعريف الاصطلاحي أوالشرعي للطلاق هو التعريف الذي ورد في نص المادة الرابعة والثلاثون- أولا- من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل (الطلاق هو رفع قيد الزواج بايقاع من الزوج او الزوجة ان وكلت به او فوضت او من القاضي ..)عليه فان التفريق القضائي هو تطليق القاضي لاحد الازواج من زوجه الاخر ولو بدون رضاه في حالة قيام اسباب معينة تجعل الحياة الزوجية مستحيلة بين الطرفين .

---

١ -السيد سابق ،المصدر السابق ص283.

٢ - سورة البقرة الاية 229.

٣ - زكريا الانصاري، فتح الوهاب، الجزء السادس، الطبعة الاولى ، دار الكتاب العلمية، لبنان بيروت، 1997، ص124.

٤ - السيد السابق، المصدر السابق ص241.

الفرع الثاني :

تعريف الضرر:

التعريف اللغوي للضرر فما كان بضم الضاد فهو ضرر بالبدن وما كان بفتح الضاد فهو ضرر ضد النفع ، الشدة ، الضيق [1]. أما تعريف الضرر اصطلاحا فقد اختلف فقهاء القانون في تعريفه حيث عرفه الاستاذ الدكتورالسنهوري بانه : إخلال بحق اومصلحة [2]، والضرر هو الاذى الذي يصيب الانسان في جسمه أو ماله أو عواطفه أو كرامته. وتم تقسيم الضرر الى :

١ -الضرر المادي - هو الذي يصيب الانسان في نفسه او ماله أو في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له.

٢ -الضررالمعنوي – هو الضرر الذي يصيب الانسان في شعوره وعاطفته أو في كرامته وشرفه أو مركزه الاجتماعي [3] ، وقد أخذ المشرع العراقي بفكرة التفريق للضرر الجسدي والنفسي ضمن المواد الاربعون و الثالثة والاربعون من قانون الاحوال الشخصية المرقم 188لسنة 1959المعدل كما ان الضرر المقصود في النص الاربعون من القانون

---

١ -فؤاد افرام البستاني ، منجد الطلاب ،الطبعة الحادية عشرة ،بيروت،1971،ص423.

٢ -الوسيط في شرح القانون المدني ،الاستاذ عبد الرزاق السنهوري ، دار احياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الثانية، الجلد الاول، ص971.

٣ -القاضي اسو سردار رشيد –التفريق للضرر –دراسة مقارنة مطبعة منارة هولير 2010ص21.

أعلاه هوالضرر الجسيم الذي يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية وان معيار الضرر الجسيم هو معيار موضوعي يرجع تقديره لمحكمة الموضوع ، لذا فان الضرر هو الايذاء الجسيم الذي يسببه الزوج لزوجته اوالزوجة لزوجها سواء بالقول اوالفعل فهنا يجوز للطرف المتضرر من الزوجين طلب التفريق من القاضي .

المطلب الثاني

اسباب التفريق القضائي القائم على الضرر

سنتناول في هذا المطلب الحالات التي ذكرها المشرع العراقي كسبب من اسباب التفريق القضائي للضرر في المواد الاربعون و الثالثة والاربعون من قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل والتي جاءت على سبيل المثال وليس الحصر وكالاتي:

اولا: نصت الفقرة الاولى من المادة الاربعين من قانون الاحوال الشخصية : لكل من الزوجين طلب التفريق عند توافر احد الاسباب الاتية:

١ -اذا اضر احد الزوجين بالزوج الاخر او باولادهما ضررا يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية ومن الامثلة على ذلك الضرب والشتم والاهانة الذي يصدر من احد الزوجين بحق الاخر اوبحق شخص عزيز عليهما كالاولاد او الابوبين او الاخوة.

ويعتبر من قبيل الاضرار الادمان على تناول المسكرات او المخدرات

على ان تثبت حالة الادمان بتقرير من لجنة طبية رسمية مختصة . وهذا ما ذهبت اليه محكمة تمييز العراق في قرارها المرقم 2702/شخصية/84-85 (اذا طلبت المدعية التفريق من زوجها بسبب ادمانه على المسكرات فلا يصح الحكم استنادا الى الشهادات المستمعة، وانما يقتضي التحقق فيه وعرض المدعي عليه على اللجنة الطبية المختصة للتاكد من ادمانه) [1] .

---

١ -((المبادىء القانونية في قضاء محكمة التمييزفي قسم الاحوال الشخصية-ابراهيم المشاهدي سنة1989ص 94 مطبعة اسعد-بغداد))

ويعتبر من قبيل الاضرار كذلك، ممارسة القمار في بيت الزوجية مع انه كان الاجدر بالمشرع ان يجعل النص مطلقا بممارسة القمار سواء في بيت الزوجية أو خارجها كون هذا الفعل يلحق الأذى بمن يمارسه وبأفراد أسرته اينما كان، في حين يجب على الازواج معاشرة كل منهما للاخر معاشرة حسنة ، كما جاء في قوله تعالى في سورة النساء الاية 19: وعاشروهن بالمعروف، وقوله تعالى في سورة البقرة الاية 228: ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف.

٢ -اذا ارتكب الزوج الاخر، الخيانة الزوجية ، ويكون من قبيل الخيانة الزوجية ممارسة الزوج فعل اللواط باي وجه من الوجوه. وقد جعل هذا النص فعل اللواط ضمن مفهوم الخيانة الزوجية على اعتبار اللواط ابشع من الزنا واكثر قذارة وان فعل الزوج اللواط بزوجته يكون سببا من اسباب طلب الزوجة التفريق لشناعة الفعل ، وفي قرار لمحكمة تمييز اقليم كوردستان المرقم 123/شخصية/2008 – ((ثبت من اقرار الزوج جماعه مع زوجته في مكان غير مخصص للنسل عليه فان الضرر ثابت والحكم بالتفريق بينهما صحيح وموافق للشرع واحكام الفقرة 1من المادة الاربعون من قانون الاحوال الشخصية)) [1].

٣ -اذا كان عقد الزواج قد تم قبل اكمال احد الزوجين الثامنة عشر من العمر دون موافقة القاضي حيث اجازت هذه الفقرة لاي من الزوجين بعد اتمامه السن القانونية اقامة دعوى التفريق اذا جرى عقد النكاح خارج المحكمة دون موافقة القاضي وقبل اكمال سن الثامنة عشرة .

---

١ -المبادى القانونية في قضاء محكمة تمييزاقليم كوردستان –العراق مقررات هيئة الاحوال الشخصية للقاضي كيلاني سيد احمد، الطبعة الاولى، اربيل،2010، ص97.

٤ -اذا كان الزواج قد جرى خارج المحكمة عن طريق الاكراه وتم الدخول. فقد اعتبر المشرع العراقي الزواج الواقع خارج المحكمة بالاكراه باطلا اذا لم يتم الدخول لانعدام ركن الرضا فاذا تم الدخول يكون العقد صحيحا ويحق للمكره طلب التفريق القضائي ويستثنى من ذلك اذا جرى عقد الزواج بحضور الولي الشرعي كالاب وكان قد احسن الاختيار وتوافرت جميع اركان العقد وشروطه ففي هذه الحالة لايجوز طلب التفريق القضائي لمجرد ان العقد جرى خارج المحكمة [1] .

٥ -اذا تزوج الزوج بزوجة ثانية بدون اذن المحكمة ، وفي هذه الحالة لايحق للزوجة تحريك الدعوى الجزائية ،بموجب الفقرة (1)من البند (أ)من المادة الثالثة من قانون الاصول الجزائية رقم 23 لسنة 1971،بدلالة الفقرة (6)من المادة الثالثة من هذا القانون . يتضح من خلال هذه المادة ان الزوجة الاولى لها الخيار فيما اذا تزوج زوجها بزوجة ثانية خارج المحكمة ودون علمها ان تحرك الدعوى الجزائية ضد زوجها اوتطلب التفريق منه فاذا اختارت التفريق فلا يحق لها تحريك الشكوى الجزائية ، الا ان الفقرة(7)من المادة الثالثة من قانون الاحوال الشخصية المعدل استثنى من احكام الفقرتين 4- 5 من هذه المادة حالة الزواج باكثر من واحدة اذا كان المراد بها ارملة . وكذلك في حالة اعادة الزوج زوجته المطلقة الى عصمته لايعتبر زواجا باكثر من واحدة اذا سبق للزوج ان عقد زواجه على امرأة اخرى قبل اعادة مطلقته الى عصمته استنادا للقرار رقم 147في1982/1/27والمنشور في الوقائع العراقية العدد 2865 في 1982/1/4، وقد الغيت الفقرة 7(المراد بها ارملة) في القانون رقم 15 لسنة 2008 الصادر من البرلمان الكوردستاني . وان المشرع الكوردستاني قيد الزواج بأكثر من واحدة بعدة شروط مما دفع بالكثير من اهالي الاقليم الى تنظيم عقود زواجهم خارجها مما قلل من

---

١ -القاضي عبدالقادر ابراهيم علي،خلاصة محاضرات في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188لسنة 1959وتعديلاته القيت على طلاب المعهد القضائي 2006ص155.

اهمية تطبيق هذه المادة في الاقليم. كما انه تم ايقاف العمل بالفقرة 5 من المادة الاربعين في القانون اعلاه حيث جاءت في المادة الثامنة عشرة / 5 (اذا تزوج الزوج بزوجة ثانية يحق للزوجة الاولى طلب التفريق).

ثانيا- المادة الثالثة والاربعون من قانون الاحوال الشخصية رقم 188لسنة 1959فقد اشارت الى اسباب اخرى للتفريق القضائي شملت الزوجة دون الزوج ومن هذه الحالات هي:

اولا: للزوجة طلب التفريق عند توافر احد الاسباب الاتية :

1-اذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فاكثر ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه. اي ان المشرع العراقي جعل للزوجة الحق بطلب التفريق بمجرد الحكم على زوجها لمدة ثلاث سنوات فاكثر وبعد اكتساب الحكم الدرجة القطعية لان حبس الزوج يلحق الضرر بالزوجة لابتعاده عنها ، الا ان المشرع الكوردستاني قام بتعديل المادة وكالاتي (اذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاثة سنوات فاكثر بعد مضي سنة على التنفيذ ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه) [1] وهذا هو مذهب الامامين المالكي واحمد الحنبلي، اللذين ادخلا التطليق للحبس ضمن التطليق للضرر وقد اخذ بها ايضا القانون المصري في المادة 14 منها اذا حبس الزوج لمدة ثلاث سنوات فاكثر يحق للزوجة بعد مرور سنة على التنفيذ طلب التفريق من زوجها[2].

1-المادة التاسعة عشر/1من القانون رقم 15لسنة 2008 الصادرمن برلمان كوردستان

2-فريد فتيان، شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي مع تعديلاته واحكام محكمة التمييز، الطبعة الثانية ، دار واسط ، لندن،1986ص145.

٢ -اذا هجرالزوج زوجته مدة سنتين فاكثر بلا عذر مشروع، وان كان الزوج معروف الاقامة ، وله مال تستطيع الانفاق منه .وبما ان الزواج وحسب تعريفه في المادة الخامسة لمشروع القانون العربي الموحد للاحوال الشخصية(الزواج ميثاق شرعي ، بين رجل وامرأة ، غايته انشاء اسرة مستقرة ، برعاية الزوج ، على اسس تكفل لهما تحمل اعباءها بمودة ورحمة) [1] . فان هجر الزوج لفراش الزوجية بدون عذر مشروع وان كان معروف الاقامة ومستمر بالانفاق على زوجته يكون سبب الحاق الاذى بالزوجة وبالتالي تفقد الزواج معانيه المقصودة بها الاستقرار والمودة والرحمة وان مدة سنتين دليل قاطع على عدم رغبة الزوج في العيش مع زوجته مما يستوجب التفريق. كما ان المشرع في كوردستان جعل مدة الهجر سنة واحدة بدل من سنتين بعد تعديلها لهذه الفقرة في المادة التاسعة عشر/ 2 من القانون رقم 15لسنة 2008.

٣ -اذا لم يطلب الزوج زوجته غير المدخول بها للزفاف خلال سنتين من تاريخ العقد ، ولا يعتد بطلب الزوج زفاف زوجته اذا لم يكن قد اوفى بحقوقها الزوجية . اي انه اذا لم يدفع الزوج لزوجته حقوقها الزوجية وهي معجل مهرها ولم يهيىء لها البيت الشرعي على اعتبار ان الزوجة غير ملزمة بالسكن مع اهل الزوج في بيت واحد فلها الحق بطلب التفريق من زوجها الغير مدخول بها.

---

١ -د.محمد كمال الدين ، امام في الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي ، دار الجامعية للطباعة و النشر، ص32.

٤ -اذا وجدت زوجها عنينا اومبتلى بما لايستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية ، سواء كان ذلك لاسباب عضوية او نفسية ، او اذا اصيب بذلك بعد الدخول بها وثبت عدم امكان شفائه منها بتقرير صادر من لجنة طبية رسمية مختصة ، على انه اذا وجدت المحكمة ان سبب ذلك نفسي، فتؤجل التفريق لمدة سنة واحدة،شريطة ان تمكن زوجها من نفسها خلالها . وفي قرار لمحكمة تمييز اقليم كوردستان المرقم 338/ الشخصية / 2011 في 13 / 6/ 2011 تنص((ان الحكم بالتفريق للضررصحيح وموافق للشرع والقانون لثبوت كون الزوج قد اتهم زوجته بعدم البكارة وظهر خلاف ذلك وهذا طعن بشرف الزوجة في حين ثبت انه هو السبب لانه لم يستطع الدخول بزوجته)) [1].

٥ -اذا كان الزوج عقيما ، اوابتلى بالعقم بعد الزواج و لم يكن لها ولد منه على قيد الحياة . والمقصود هنا بالعقم هو الذي لايرجى شفاءه، اما اذا تضمن التقريرامكان الشفاء خلال فترة معينة فلا يحكم بالتفريق[2].وفي قرارلمحكمة تمييز اقليم كوردستان/شخصية/2002في 2002/02/17، للزوجة طلب التفريق بسبب عقم الزوج الا انه لايوجد نص مماثل يبيح للزوج طلب التفريق بسبب عدم انجاب الزوجة وله في هذه الحالة استعمال حقه في الطلاق المقرر له بموجب الشرع والقانون ، كما له استحصال الاذن الخاص بالزواج بالزوجة الثانية من المحكمة المختصة لوجود المعذرة الشرعية (المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان –العراق مقررات هيئة الاحوال الشخصية ص 75، القاضي كيلاني سيد احمد 2010).

1-قرار غير منشور.

2-القاضي عبدالقادرابراهيم علي ، المصدر السابق ، ص103.

٦ -إذا وجدت بعد العقد، إن زوجها مبتلى بعلة لايمكن معها معاشرته بلا ضرر، كالجذام ، البرص، السل، الزهري، الجنون، أو انه قد أصيب بعد ذلك بعلة من هذه العلل أو ما يماثلها، على انه اذا وجدت المحكمة بعد الكشف الطبي ان العلة يؤمل زوالها، فتؤجل التفريق حتى زوال تلك العله، و للزوجة ان تمتنع عن الاجتماع بالزوج طيلة مدة التأجيل، اما اذا وجدت المحكمة،ان العلة لا يؤمل زوالها خلال مدة مناسبة و إمتنع الزوج عن الطلاق و أصرت الزوجة على طلبها فيحكم القاضي بالتفريق . ويشترط في هذه الحالة ان لاتكون الزوجة عالمة بعلة زوجها، فإذا علمت وقت العقد او بعده و رضيت صراحةً أو دلالةً، فليس لها الحق في طلب التفريق، على إعتبار إن العيب أوالمرض في أحد الزوجين يمنع من حصول مقاصد الزواج الاصلية من التناسل والمعاشرة الجنسية ويلحق ضرراً ماديا بالزوج السليم كالجذام أوضررا ماديا ومعنويا كالجنون الذي يلحق الاذى المادي بجسم الزوج السليم أو يشعرها بالحرج أمام الناس .

٧ -اذا امتنع الزوج عن الانفاق عليها دون عذر مشروع، بعد امهاله مدة اقصاها ستون يوما.وفقا لنص هذه الفقرة على المحكمة ان تقررنفقة مؤقتة للزوجة عند اقامتها الدعوى وتمهل الزوج مدة اقصاها ستون يوما فاذا انفق عليها ترد دعواها واذا امتنع يفرق القاضي بينهما،والحكمة من فرض النفقة المؤقتة هي للتاكد من جدية الزوج بالانفاق على زوجته من عدمه ولايحكم بالتفريق لعدم الانفاق الا بعد امهال الزوج مدة اقصاها ستون يوما وامتناعه رغم امهاله وفي قرارلمحكمة تمييز اقليم كوردستان المرقم 426 / شخصية / 2008 في 2008/9/2 (المبدأ / نفقة الزوجة تجب على زوجها بمقتضى العقد من تاريخ امتناعه مقابل احتسابها حتى وان كانت الزوجة في دارها

المسجل باسمها اودار ذويها [1] .وقد اصبح للزوجة الحق في طلب التفريق لعدم الانفاق بعد صدور هذا القانون اخذا برأي الجمهور[2].

٨ -اذا تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيبه او فقده او اختفائه او الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على سنة.اي للزوجة طلب التفريق من زوجها الغائب اوالمفقود اوالمختفي بعد تبليغه بالصحف المحلية وعند عدم وجود اموال ظاهرة له ، وعلى الزوجة اثبات ذلك بالبينات المعتبرة وتحليفها اليمين قبل الحكم بالتفريق . و للزوجة ان تطالب بتطليقها من زوجها الغائب وعلى القاضي ان يطلقها اذا لم يكن هناك عذر لغيابه غيبة قريبة ، وقد اخذ القانون بهذا الموضوع بمذهب الائمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمدالحنبلي . [3] وكذلك حالة الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على سنة وعدم وجود اموال ظاهرة لديه. ومتى ما دفع الزوج بنفسه او بوساطة غيره نفقة للزوجة فلا يحق لها طلب التفريق.

٩ -اذا امتنع الزوج عن تسديد النفقة المتراكمة المحكوم بها ، بعد امهاله مدة اقصاها ستون يوما من قبل دائرة التنفيذ. مفهوم هذه الفقرة ان هناك حكم صادر من محكمة الاحوال الشخصية بالنفقة المستمرة وقد نفذته الزوجة في دائرة التنفيذ ومضت مدة على تنفيذه ولم يدفع الزوج النفقة المحكوم بهـا حتى تراكمت عليـه فتمهلـه دائـرة التنفيذ ستون يوما فان

---

١ -مجلة دادوه ر القانونية العدد -1- السنة الاولى 2009 ص341.

٢ -الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون للدكتور احمد عبيد الكبيسي مطبعة الارشاد –بغداد 1970-ص261.

٣ -جمعة سعدون الربيعي ، احكام النفقة شرعا و قانونا و قضائا ، دراسة مقارنة و معززة بقرارات محكمة التمييز، بغداد ، 1990، ص 7.

سدد المتراكم خلال نظر دعوى الزوجة بالتفريق اولم يبق شيئاً في ذمته ترد المحكمة دعوى التفريق ، اما اذا امتنع الزوج عن التسديد على الرغم من الامهال فتحكم المحكمة بالتفريق حينها لان اصراره دليل على عدم الانفاق وإستهانته بالحقوق الزوجية بعد جلب الاضبارة وربطها بدعوى التفريق .

ثانيا- للزوجة الحق في طلب التفريق قبل الدخول ، وفي هذه الحالة على المحكمة ان تقضي بالتفريق ، بعد ان ترد الزوجة الى الزوج ما قبضته من مهر وجميع ما تكبده من اموال ونفقات ثابتة صرفها لاغراض الزواج. وهذا النص الزم القاضي بالاجابة الى طلب الزوجة بعد التاكد من واقعة رد الزوجة جميع ماقبضتها من مهر وهدايا قدمت لها بمناسبة عقد الزواج دون ان تشترط تحقق سبب من اسباب التفريق القضائي .

ثالثا- أ- للزوجة العراقية طلب التفريق عن زوجها المقيم خارج القطر بسبب تبعية جنسيته لدولة اجنبية اذا مضى على اقامته في الخارج مدة لاتقل عن ثلاث سنوات بسبب منعه اوامتناعه عن دخول القطر .

ب-يعتبر تأيد الجهة الرسمية المختصة باقامة الزوج في الخارج لاغراض هذه الفقرة بديلا عن اجراءات تبليغه بلائحة الدعوى وموعد المرافعة،على ان يتم نشر الحكم الصادر على الزوج في احدى الصحف المحلية.

القانون اعتبر حالة تسفير الزوج الى خارج العراق من قبل الجهات الرسمية المختصة سببا يتعذر معه تحصيل النفقة ويجوز طلب التفريق عند عدم وجود مال ظاهر له .وان المشرع الكوردستاني الغى هذه الفقرة في المادة التاسعة عشر/ثانيا من القانون رقم 15لسنة 2008 لكون قانون الاحوال الشخصية تطرق الى موضوع الهجرة وعدم الانفاق للغيبة.

رابعا-1- لزوجة المفقود الثابت فقدانه بصورة رسمية ان تطلب من المحكمة التفريق عن زوجها بعد مرور اربع سنوات على فقدانه ، وعلى المحكمة ان تتثبت من استمرار الفقدان بالطريقة نفسها التي ثبت بها فقدانه ثم تصدر حكمها بالتفريق .

٢ -تعتد زوجة المفقود بعد الحكم بالتفريق اربعة اشهر وعشرة ايام.

في هذه الحالة وعند مراجعة زوجة المفقود للمحكمة لغرض طلب التفريق من زوجها المفقود على القاضي التحقق من مضي المدة وتثبيت الزوجية والدخول بها من عدمه ، وحال الزوج انه مفقود حقيقة واستمرار الفقدان وبعدها يحكم القاضي بالتفريق وتعتد الزوجة باربعة اشهر وعشرة ايام وانها ليست عدة وفاة وانما تعتبر دليلا على وفاء الزوجة لزوجها المفقود . كما ان المجلس الوطني الكوردستاني وبجلسته المنعقدة بتاريخ 1999/4/24اصدر قانون رقم (3) لسنة 1999قانون المفقودين في حملات الابادة الجماعية والذي جاء في مادته الخامسة ، يعتبر يوم صدور حجة الوفاة تاريخا لوفاة المفقود المشمول بهذا القانون حكما ، وعلى زوجة المفقود ان تلتزم بعدة الوفاة البالغة اربعة اشهر وعشرة ايام من تاريخ صدور الحجة .

المبحث الثاني

شروط التفريق القضائي القائم على الضرر و اثاره القانونية

سنتناول في هذا المبحث مطلبين الاول عن شروط التفريق القضائي ويتكون من فرعين الاول عن شروط دعوى التفريق والثاني عن شروط الضررالموجب للتفريق.

المطلب الاول:شروط التفريق القضائي للضرر.

الفرع الاول :

الشروط المتعلقة بدعوى التفريق القضائي .

الدعوى – عرفها قانون المرافعات المدنية – هي طلب شخص حقه من اخر امام القضاء [1]. وان دعوى التفريق القضائي من الدعوى الشرعية التي لا تختلف عن الدعوى المدنية من حيث شروطها واحكامها ولكنها تمتازعنها بسمات معينة وذاتية خاصة .من حيث انها تتناول العلاقات بين الازواج والاقارب والاولاد فتمس الجنين منذ خلقه الى حين ولادته و الى ان يبلغ رشده ويساهم في بناء المجتمع حتى وفاته وتوزيع تركته وتنفيذ وصاياه[2] .

---

١ -لمادة الثانية من قانون المرافعات رقم 83 لسنة 1969.

٢ -جمعة سعدون الربيعي،المرشد الى اقامة الدعاوى الشرعية وتطبيقاتها العملية ،الطبعة الاولى ،1994،ص5.

وعند اقامة دعوى التفريق ينبغي ملاحظة مايلي :

أ - التحقق من صفة الخصوم وهوياتهم وسواء كانت مقامة من قبل المدعية اوالمدعي نفسه بعد التاكد من سلامة اجراءات التبليغ ومن حقيقة دعواه .واذا كانت مقامة من قبل الوكيل يجب التاكد من الوكالة ونوعها استنادا للمادة 52 من قانون المرافعات المدنية ،اي يجب ان تكون بتفويض خاص من قبل الموكل يمنح الوكيل ممارسة الحقوق الشخصية من ضمنها الحق بطلب التفريق [1]. وفي قرار لمحكمة تمييز إقليم كوردستان المرقم 282 /هيئة الاحوال الشخصية/ 2005في 2005/9/22((تبين انه غير صحيح ومخالف للشرع والقانون حيث كان على المحكمة إبتداءً التحقق من الخصومة فان كانت الزوجة قد اتمت الخامسة عشر من العمر تعتبر هي الخصم في الدعوى ولايصح الاب ان يكون خصما حسب ولايته بل يجب رد الدعوى من ناحية الخصومة)) [2].

ب - التقييد بعريضة الدعوى حيث بينت المادة الاربعون من قانون الاحوال الشخصية ان لكل من الزوج والزوجة الحق في طلب التفريق للضررعند توافر اسبابه يجب على المدعي ان يحصر دعواه باحد الاسباب التي دفعه الى طلب التفريق .

---

١ - القاضي اسو سردار رشيد ، المصدر السابق ، هه ولير 2010 ص 301.

٢ - المحامي مروان حاجي زيباري ، المبادئ القانونية لقرارات محاكم تمييزاقليم كوردستان واستئناف منطقة اربيل ودهوك وجنايات دهوك بصفتها التمييزية سنة 2013 ، ص269.

ج- المرافعة في الدعوى اما ان تكون حضورية اي بحضور الطرفين جلسات المرافعة حتى وان تغيب احدهما في الجلسات اللاحقة،او غيابية اذا تغيب الخصوم عن حضور المرافعة حتى صدور القرار في الدعوى استنادا للمواد 51 و56 من قانون المرافعات وتقام دعوى الفرقة أوالطلاق في محكمة اقامة المدعى عليه او محل العقد أو في محكمة المحل الذي حدث فيه سبب الدعوى استناداً للمادة 303من قانون المرافعات المدنية .

د- دور الباحث الاجتماعي- على المحكمة قبل الفصل بدعوى التفريق للضرر احالة الزوجين اللى الباحث الاجتماعي للوقوف على اسباب الدعوى ومعالجتها ويتم كتابة تقرير مفصل يقدمه الى القاضي قبل اتخاذ القرار الفاصل في الدعوى وجاءت في المادة الرابعة والثلاثون- ثانيا- من قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل (لايعتد بالوكالة في اجراءات البحث الاجتماعي والتحكيم وفي ايقاع الطلاق).

أما في القانون رقم 15لسنة 2008 الصادر من أقليم كوردستان فقد جاء في مادته الثالثة عشر على ايقاف العمل بالمادة الرابعة والثلاثون أعلاه ونصت في فقرتها الثانية:لايعتد بالوكالة في اجراءات البحث الاجتماعي والتحكيم وفي ايقاع الطلاق مالم يكن هناك مانع من حضور احد الزوجين.

هـ - دور الادعاء العام: نصت المادة الثالثة عشر/اولا وثانيا من قانون الادعاء العام رقم 159 لسنة 1979على دورالادعاء العام في حضور دعاوى التفريق وتقديم الطلبات ومراجعة طرق الطعن في القرارات والاحكام التي تصدرها محكمة الاحوال الشخصية .

و- صدور القرار في الدعوى :يصدر القاضي قراره بالتفريق بين الزوجين اذا ثبت له بعد اقامة المدعي البينة على الاضرار به وعجزت المحكمة عن اصلاحها ويكون الطلاق في هذه الحالة بائنا بينونة صغرى استنادا لاحكام المادة الخامسة والاربعون من قانون الاحوال الشخصية المعدل ، وان دعوى التفريق للضرر يجوز اثباتها بكافة طرق الاثبات بما

في ذلك الشهادات الواردة على السماع اذا كانت متواترة ويعود تقديرها الى المحكمة باستثناء الحالات التي حدد القانون وسائل معينة لاثباتها وهذا ما نصت عليها المادة الرابعة والاربعون من قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل .

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالضرر كسبب من اسباب التفريق .

الضرر هو الاذى الذي يلحق بالغير وسواء كان ماديا او معنويا و قد لا تقتصر الضرر بين الزوجين بل يتعدى الى من لهم بهما علاقة قرابة او مصاهرة والضررالمقصود هنا هو الذي يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية . وشروط الضرر فهي:

- ان يكون الضرر محققا اي لحق بالفعل بالمدعي اوالمدعية وليس ضررا احتماليا ويكلف المدعي باثباته بجميع طرق الاثبات.
- ان يكون الضرر معلوما وعلى المدعي او المدعية ان يبين ذلك في عريضة دعواها وعلى المحكمة ان تسال المدعي او المدعية عن ماهية الضرر وكيفية حصوله وذلك من اجل افساح المجال للطرف الاخر للدفاع عن نفسه .
- ان لايكون قد تم الفصل به من قبل محكمة الاحوال الشخصية بالرد استنادا لمبدأ حجية الاحكام وتفاديا لعدم استقرار المعاملات .

- ان يكون الضرر جسيما، ومعيار الضرر هنا معيار موضوعي اساسه ما للزوجة من حقوق على زوجها وما عليه من واجبات قبلها بمقتضى العقد وما للزوج من حقوق على زوجته وما عليها من واجبات قبله بمقتضى عقد الزواج ايضا، فكل خروج من احد الزوجين على حدود ما اوجبه عليه عقد الزواج من واجبات قبل الاخر يعتبر ضررا يخول الطرف المتضرر حق التفريق[1].

الا انه من خلال واقع التطبيق القضائي نجد ان معيار الضرر هومعيار شخصي اي يتبع الشخص نفسه حسب عاداته ونظرته للحياة الزوجية وثقافته والكفأءة ويعود تقدير ذلك للقاضي لان الهدف من دعوى التفريق هو رفع الضرر. ويجوز الطعن بقرار القاضي امام محكمة التمييزخلال عشرة أيام من اليوم التالي للتبليغ بالقرار حسب المادة 204 من قانون المرفعات المدنية .

---

١ - المحامي جمعة سعدون الربيعي ،المرشد الى اقامة الدعاوى الشرعية وتطبيقاتها العملية سنة 1994ص156.

المطلب الثاني
الاثار القانونية للتفريق القضائي للضرر

يتضمن هذا المطلب اهم الاثار القانونية التي تترتب على التفريق القضائي وانتهاء عقد الزواج وعلى ضوء قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل ومن تلك الاثار :

اولا – يقع بالتفريق القضائي طلاق بائن بينونة صغرى استنادا لاحكام المادة الخامسة والاربعون من قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل وتصبح المطلقة اجنبية عن مطلقها ولايجوز له إعادته الى عصمته خلال فترة العدة إلابموافقتها وبمهر وعقد جديدين وبعد عودتها الى عصمته تبقى للزوج طلقتين فقط ،كما لايرث أحدهما الاخر خلال العدة أو بعدها ويحل بالطلاق البائن موعد المهر المؤجل الى أبعد الاجلين (الطلاق اوالوفاة).

ثانيا- وجوب العدة .

شرع الله سبحانه وتعالى العدة لتكون فترة تربص للمرأة فلا تستطيع خلالها إبرام عقد جديد بعد وفاة زوجها أو فراقه لها، ،والغرض هو إستبراء الرحم حفظا للانساب من الاختلاط أي أنها تجب بعد الدخول ولا تجب قبل الدخول الا في حالة الوفاة وذلك دليل على وفاء الزوجة لزوجها المتوفي وقد اشارت الى ذلك المادة السابعة والاربعون من القانون كما اشارت المادة التاسعة والاربعون الى ان العدة تبدأ من يوم الفرقة سواء علمت الزوجة بالفرقة ام لا، أي سواء كان الحكم حضوري أوغيابي وتنتهي بانتهاء أجلها بحسب حالة المرأة النسائية والتي تعتبر من الامور الشخصية البحتة وعلى القاضي سؤال المرأة بنفسها عن حالتها النسائية ولايجوز سؤال وكيلها عن ذلك.

والعدة على انواع منها :

العدة بالقروء و تشمل ذوات الحيض المنتظم وهي ثلاثة قروء حسب الفقرة 1من المادة الثامنة والاربعون لقوله تعالى في الاية 228من سورة البقرة :(والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلثة قروء).

- العدة بالاشهر وتعتد بها المرأة التي لاتحيض لصغر سنها اوبلوغها سن الياس او بلغت سن الحيض دون ان تحيض لخلل في رحمها وهي ثلاثة اشهر كاملة كما جاءت في المادة الثامنة والاربعون/ 2 من قانون الاحوال الشخصية.

- عدة الفرقة بسب فقدان الزوج فعدة زوجة المفقود هي عدة الوفاة فتعتد زوجة المفقود والمتوفي عنها زوجها باربعة اشهر وعشرة ايام حسب الفقرة (3) من المادة الثامنة والاربعين من قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل اما الفقرة الرابعة من نفس المادة فنصت على:اذا مات زوج المطلقة وهي في العدة فتعتد عدة الوفاة ولاتحتسب المدة الماضية .

- عدة الحامل وهي اذا كانت المرأة حاملا وفرق القاضي بينها وبين زوجها فعدتها تنتهي بوضع حملها طالت المدة او قصرت لقوله تعالى في الاية 4 من سورة الطلاق : (والئ يَـر ٍسن من المحيض من نسار ٍكم ان ارتبتَم فعدتهن ثلثة اشهر والئ لم يحضن واولَت الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن ومن يتق الله يجعل له من امره يسرا) .
وحددت احكام العدة المواد السابعة والاربعون والثامنة والاربعون والتاسعة والاربعون من قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل .

ثالثا – وجوب نفقة العدة : نصت المادة الخمسون – تجب نفقة العدة للمطلقة على زوجها الحي ولوكانت ناشزا ولانفقة لعدة الوفاة .
اي ان المرأة تستحق نفقة العدة لثلاثة اشهر بعد التفريق وتقام بدعوى مستقلة وبعد حسم دعوى التفريق اما المتوفي عنها زوجها او المفقود فلا تستحق نفقة العدة كون الزوج المفقود ايضا يعتبر ميت حكما .
ويترتب على الحكم بالتفريق ما يترتب على الطلاق من احكام ومن ضمنها انه من تاريخ صدور الحكم بالتفريق لاتوارث بين الزوجين سواءخلال فترة العدة او بعد انتهائها بعكس الطلاق الرجعي الذي يجوز فيه التوارث بين الزوجين خلال فترة العدة .

الخاتمة

ان التفريق القضائي يتم بقرار من قاضي الموضوع بعد التاكد من وجود عنصر الضرر اي متى ما تحقق الضرر حكم القاضي بالتفريق اما اذا لم يتحقق فلا يصار الى التفريق وان الضرر الذي يصيب احد اطراف العلاقة الزوجية اما ان يكون ضرر مادي اوضرر جسدي اوضرر نفسي واي اخلال بالحقوق والواجبات الزوجية يلحق الضرر بالطرف الاخر ويكون السبب في هدم بناء الاسرة وان معيار الضرر معيار موضوعي خاضع الى تقدير القاضي وان اسباب الضرر عديدة منها الضرب والشتم والادمان على المخدرات والخيانة الزوجية من قبل الزوجين ولم يخص بالضرر الزوجة فقط انما الزوج اذا تزوج بزوجة ثانية فان المشرع جعل مجرد الزواج من ثانية سببا كافيا لطلب التفريق لتحقق الضرر بينما في الفقه الاسلامي لا يعتبر الزواج بزوجة ثانية سببا لطلب التفريق الا اذا تضررت الزوجة من عدم عدل الزوج بين زوجاته. والمرض الذي لايرجى شفائه والحكم على الزوج بعقوبة مقيدة للحرية واختفائه او فقده او هجره لزوجته حتى لو كان له مال تستطيع الزوجة الانفاق على نفسها .وكذلك حالة طلب التفريق لعدم الانفاق على الزوجة رغم امكانيات الزوج المالية الجيدة فقط اضرارا بالزوجة واخلالا بواجباته الزوجية وقد شرع التفريق للضرر منعا من تعسف الزوج في استعمال حقه في الطلاق . وفي جميع حالات التفريق يقع الطلاق بها بائنا بينونة صغرى ولا توارث بين الزوجين سواء في العدة او بعدها وتستحق الزوجة المطلقة نفقة العدة لثلاثة اشهر.

المقترحات

١ ـ نقترح بإنشاء مراكز للاستشارات الاسرية ومساعدة المقبلين على الزواج او المتزوجين الجدد لمساعدتهم وتوعيتهم في كيفية بناء العلاقات البناءة لدعم مسيرة حياتهم الزوجية وبيان الاثار السلبية التي تؤثر على الاطفال مستقبلاً في حال عدم انجاح هذه العلاقة الاسرية وان الحياة الزوجية مسؤولية كبيرة يجب على الشخص ان يكون مستعدا لتحملها .

٢ ـ تطوير وتوسيع دور الباحث الاجتماعي في دراسته لحالة الزوجين واسداء النصح لهما وتفهم مشكلتهم وحلها وبيان اسبابها وهذا لن يكون بنصف ساعة كما هومعمول به في محاكمنا اليوم وانما بامهال الباحث الاجتماعي مدة معلومة لتكون فرصة ايضا للزوجين للتفكير واعادة حساباتهما وذلك بالاعتماد على باحثين ذو دراية وكفاءة علمية واسعة في فهم العلاقات الاسرية وضمانا للامن والسلام في المجتمع .

٣ ـ تعديل الفقرة المتعلقة بممارسة الزوج للقمار في بيت الزوجية لان القمار سواء كان في بيت الزوجية او خارجها فانها تجلب المصائب لصاحبها ويلحق الضرر بطرفي العلاقة الزوجية وذلك بجعل الفقرة كالاتي:((يعتبر من قبيل الاضرار كذلك ممارسة الزوج للقمار)).

قائمة المصادر والمراجع

١ -المصحف الشريف .

٢ -القاضي اسو سردار رشيد- التفريق للضرر دراسة مقارنة ،مطبعة منارة هه وليز-2010.

٣ -د.احمد عبيد الكبيسي – الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون – مطبعة الارشاد – بغداد 1970.

٤ -جمعة سعدون الربيعي –المرشد الى اقامة الدعاوى الشرعية وتطبيقاتها العملية – الطبعة الاولى ،مطبعة الجاحظ 1994.

٥ -جمعة سعدون الربيعي واحكام النفقة شرعا وقانونا وقضاء- دراسة مقارنة معززة بقرارات محكمة التمييز- المكتبة القانونية – بغداد 1990.

٦ -زكريا الانصاري- فتح الوهاب- الجزء السادس، الطبعة الاولى ، دار الكتاب العلمية ،لبنان – بيروت-1997.

٧ -سيد سابق – فقه السنة، المجلد 2 ، ج6- الطبعة الرابعة – دار الفكر للطباعة والنشر – لبنان – بيروت- 1983.

٨ -عبدالرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني – دار احياء التراث العربي ، بيروت- الطبعة الثانية- الجلد الاول.

٩ -القاضي- عبدالقادر ابراهيم علي – خلاصة محاضرات في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188لسنة 1959وتعديلاته القيت على طلاب المعهد القضائي – 2006.

١٠ -د.فاروق عبدالله كريم – الوسيط في شرح قانون الاحوال عام الشخصية العراقي – طبع جامعة السليمانية 2004.

١١ -فريد فتيان – شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي مع تعديلاته واحكام محكمة التمييز ، الطبعة الثانية ، دار واسط ، لندن ، 1968.

١٢ -فؤاد افرام البستاني – منجد الطلاب ،الطبعة الحادية عشرة ، دار المشرق، لبنان 1971.
١٣ -د. محمد كمال الدين امام ، الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي – دار الجامعية للطباعة والنشر.

القرارات التمييزية:

١ -ابراهيم المشاهدي- المبادىء القانونية في قضاء محكمة التمييز في قسم الاحوال الشخصية – مطبعة اسد- بغداد- 1989.
٢ -كيلاني سيد احمد – المبادىء القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان- العراقن مقرارات هيئة الاحوال الشخصية للسنوات 1999لغاية نهاية 2009 اربيل – الطبعة الاولى- 2010.
٣ -المحامي مروان حاجي زيباري – المبادىء القانونية لقرارات محاكم تمييز اقليم كوردستان واستئناف منطقة اربيل ودهوك و رئاسة محكمة جنايات دهوك بصفتها التمييزية سنة 2013.
٤ -مجلة دادوه ر –القانونية- العدد1-السنة الاولى -2009 .
٥ -قرار 338/ شخصية / 2011صادر من محكمة تمييز اقـــليم كوردستان – غير منشور.

القوانين

١ -قانون الاحوال الشخصية العراقي المرقم 188لسنة 1959 المعدل .
٢ -قانون رقم 15 لسنة 2008 الصادر من اقليم كوردستان العراق .
٣ -قانون المرافعات المدنية رقم 83لسنة 1969.
٤ -قانون المفقودين في حملات الابادة الجماعية قانون رقم 3 لسنة 999الصادر من برلمان اقليم كوردستان .