التفريق القضائي للضرر بين النص والتطبيق

م.د. يسرى صبري داخل
Email (yousry@ouc.edu.iq)
م.د. رشا عبدالله عبد الحسن
Email (rashaabd@ouc.edu.iq)
كلية اصول الدين الجامعة

المستخلص:

قد ازدادت في وقتنا الحاضر ظاهرة الطلاق والتفريق ،وأن هذا يشكل خطراً كبيراً على المجتمع لما يؤدي إليه الطلاق والتفريق من تفكك الأسر وبالتالي تفكك المجتمع ، حيث توجد عوامل ذاتية تؤدي إلى زيادة ظاهرة الطلاق ، لذا سوف اقسم هذا البحث الى محوريين ،المحور الاول مفهوم التفريق القضائي القائم على الضرر.والمحور الثاني شروط التفريق القضائي القائم على الضرر وأثاره القانونية....

كلمات مفتاحية : التفريق القضائي ، الضرر

Judicial differentiation of damage between text and application

Dr.Yousra Sabry dakhil
Email (yousry@ouc.edu.iq)
Dr.Rasha Abdullah Abdulhassan
Email (rashaabd@ouc.edu.iq)
Osol Aldeen university college

Abstract

In our time, the phenomenon of divorce and separation has increased, and that this poses a great danger to society because divorce and separation lead to the disintegration of families and thus the disintegration of society, as there are subjective factors that lead to an increase in the phenomenon of divorce, so I will divide this research into two axes, the first axis is the concept of separation The judicial separation based on harm. The second axis is the conditions for judicial separation based on harm and its legal effects.

Keywords: judicial separation, damage

المحور الاول

مفهوم التفريق القضائي القائم على الضرر وأسبابه

المطلب الأول

مفهوم التفريق القضائي القائم على الضرر

الفرع الأول

مفهوم التفريق القضائي

انتهاء الرابطة الزوجية قد يكون بالفسخ أو بالطلاق الذي يوقعه الزوج أو بالتفريق الاتفاقي وهو ما يعرف بالخلع أو بالتفريق القضائي وهو موضوع بحثنا هذا ، وعلى هذا الأساس سنتناول تعريف الطلاق لغةً واصطلاحاً على اعتبار أن التفريق القضائي ما هو إلا بطلاق صادر بحكم من القاضي وكالاتي:

أولاً- التعريف اللغوي للطلاق:

كلمة الطلاق لغة مشتقة من أصل الفعل الثلاثي طَلّقَ ومعناه في اللغة (إخلاء السبيل ، والمرأة تطلق طلاقاً فهي طالق وطالقة غدا.) ([1])

ثانياً- التعريف الاصطلاحي للطلاق:

في الاصطلاح يكون الطلاق على معنيين أحدهم : حل عقدة النكاح والآخر بمعنى الترك والإرسال ، فمن الفقهاء من عرفه بأنه (رفع قيد النكاح بلفظ مخصوص صريحاً أو كفاية أو إشارة) ([2]). كما عرفه المشرع العراقي في المادة الرابعة والثلاثين من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 بأنه : (رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو من الزوجة إن وكلت به أو فوضت أو من القاضي. (والأصل الشرعي في الطلاق هو القرآن الكريم بقوله تعالى في محكم كتابه الكريم {الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان}([3]) وكذلك السنة النوبية الشريفة : (ليس شيء من الحلال أبغض إلى الله تعالى من الطلاق ، رواه أبو داؤد بإسنادٍ صحيح) ([4])

الفرع الثاني
مفهوم الضرر

التعريف اللغوي للضرر (الَضرَّ والضُرّ والَضَرَر) ضد النفع ، الشدة ، الضيق ، سوء الحال ، النقصان يدخل في شيء([5]) أما اصطلاحاً فقد عرفه بعض فقهاء القانون بأنه الأذى الذي يصيب الإنسان في جسمه أو ماله أو عواطفه أو كرامته أو شرفه أو أي معنى آخر من المعاني التي يحرص الناس عليها([6]). وبهذا يمكن أن تعرف الضرر 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([7]).

المطلب الثاني
أسباب التفريق القضائي القائم على الضرر

التفريق القضائي القائم على الضر له اسباب كثيرة ولم ترد على سبيل الحصر وإنما وردت في القانون العراقي على سبيل المثال فالضرر ،لذا سنتناول في هذا المطلب الحالات التي أوردها المشرع العراقي كسبب من أسباب التفريق القضائي القائم على الضرر وكالاتي:

أولاً:- المادة الأربعون من قانون الأحوال الشخصية أجازت لكلا الزوجين طلب التفريق القضائي عند توفر أحد الأسباب التالية:

1- إذا أضر 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 قبل الإضرار كذلك ممارسة القمار في بيت الزوجية نصت الفقرة أعلاه من المادة الأربعين من قانون الأحوال الشخصية إلى مفهوم الضرر بشكل واضح وصريح وبعبارة (إذا أضر) وجاءت الفقرة أعلاه لتشمل الضرر الذي يصيب الزوج الآخر وكذلك الضرر الذي قد يصيب أولادهما ، وحسناً فعل المشرع العراقي كونه جعل الضرر الذي يمتد إلى الأولاد سبب من أسباب التفريق لما قد يؤدي هذا الضرر من التأثير السلبي على حياة الأولاد ومستقبلهم ([8]).

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

أخذت هذه الفقرة بمفهوم الخيانة الزوجية وهي أعم من الزنى وحسناً فعل المشرع العراقي بهذا الأمر ، وجعل الخيانة الزوجية مبرراً وسبباً لطلب التفريق القضائي وسواء وقعت الخيانة من الزوج أم من الزوجة . وقد جعل هذا النص فعل اللواط من ضمن مفهوم الخيانة الزوجية ، على اعتبار أن اللواط أبشع من الزنا وأكثر قذارة وقد حذر الرسول الكريم (صلى الله عليه واله وسلم) من اللواط وسماها الفاحشة ([9]).

3- إذا كان عقد الزواج ، قد تم قبل إكمال أحد الزوجين الثامنة عشرة دون موافقة القاضي.
أجازت هذه الفقرة لأي من الزوجين بعد إتمامه السن القانونية إقامة دعوى التفريق إذا جرى عقد النكاح خارج المحكمة دون موافقة القاضي وقبل إكمال سن الثامنة عشرة.

4- إذا كان الزواج قد جرى خارج المحكمة عن طريق الإكراه ، وتم الدخول.
حيث اعتبر المشرع العراقي الزواج خارج المحكمة أثراً من أثار الإكراه وجعل من العقد باطلاً ما لم يتم الدخول ، فإذا تم الدخول ففي هذه الحالة يحق للمكره طلب التفريق القضائي ، ولكن يستثنى من ذلك إذا جرى عقد الزواج بحضور الولي الشرعي كالأب وكان حسن الاختيار وتوافرت جميع أركان العقد وشروطه ففي هذه الحالة لا يجوز طلب التفريق القضائي لمجرد العقد خارج المحكمة ([10]).

5- إذا تزوج الزوج بزوجة ثانية بدون إذن من المحكمة وفي هذه الحالة لا يحق للزوجة تحريك الدعوى الجزائية ، بموجب الفقرة (1) من البند (آ) من المادة الثالثة من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم 23 لسنة 1971 بدلالة الفقرة 6 من المادة الثالثة من هذا القانون.

ثانياً- ما أشارت إليه المادة الثالثة والأربعون من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959
ذلك سنتناول هذه المادة بالتفصيل كألاتي:

أولاً- للزوجة طلب التفريق عند توفر أحد الأسباب الآتية:
إذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه . ذلك أن حبس الزوج فترة طويلة يسبب للزوجة أذى وقلقاً ووحدة قد لا تستطيع تحملها حتى وأن ترك لها مال تنفق منه على نفسها ، ذلك أن مطاليب الجسد لا تنحصر في السكن والغذاء والكساء فقط ، بل الحياة الزوجية تعني الدفء والاستقرار والمودة ، والرحمة، وهذه الأمور لا يحققها إلا الاستقرار ورعاية رب الأسرة لها . ويجب أن يكتسب الحكم بعقوبة الحبس الدرجة القطعية كي تستطيع الزوجة المطالبة بالتفريق ، وهذا الاتجاه مأخوذ عن المذهب المالكي والذي ذهب إلى جواز طلب التفريق على المحبوس إذا طلبت زوجته ذلك وادعت الضرر وذلك بعد سنة من حبسه وهم يقولون بالتفريق للغيبة سواء أكان ذلك بعذر أم بغير عذر فإذا كانت مدة الحبس للزوج سنة فأكثر جاز للزوجة طلب التفريق ويفرق القاضي بينهما بدون كتابة إلى الزوج أو إنذار وتكون الفرقة طلاقاً بائناً([11]). أخذ المشرع العراقي بالمذهب المالكي ولكن يؤخذ على المشرع العراقي أنه جعل للزوجة الحق بطلب التفريق بمجرد الحكم على زوجها لمدة ثلاث سنوات فأكثر واكتساب هذا الحكم الدرجة القطعية . وكان الأجدر أن يتم منح الزوجة فترة مناسبة بعد الحكم وقبل طلب التفريق لاحتمال صدور قرار أو قانون بالعفو عن الفعل الذي حكم على الزوج من أجله وذلك من أجل الحفاظ على كيان الأسرة وهذا ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية في إقليم كردستان – العراق والذي عدل النص الخاص بالحبس وأصبح كالآتي : [إذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر بعد مضي سنة على التنفيذ ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه] ([12]). أي أن الزوجة لا تستطيع أن تطالب بالتفريق بسبب حبس الزوج إلا بعد مضي سنة كاملة على تنفيذ الحكم بالعقوبة على الزوج ونقترح أن يأخذ المشرع العراقي بهذا الإتجاه.
إذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين فأكثر بلا عذر مشروع ، وإن كان الزوج معروف الإقامة ، وله مال تستطيع الإنفاق منه . والمقصود بالهجر في هذا النص هو هجر الزوج لفراش الزوجية بلا عذر مشروع وإن كان معروف الإقامة ومستمر بالإنفاق على زوجته لما يسببه هذا الهجر من أذى للزوجة ، ذلك إن هجر الزوج لزوجته هذه المدة دليل قاطع على عدم رغبته في العيش معها وهذا ما جاء بالأسباب الموجبة لتشريع هذا النص ، ولكن يؤخذ على هذا النص أنه جعل الهجر لمدة سنتين وهي مدة طويلة قد لا تستطيع الزوجة تحملها ، لذا نقترح تقليل هذه المدة وجعلها لمدة سنة بدلاً من سنتين على غرار ما أخذ به المشرع في إقليم كردستان العراق والذي عدل هذا الاتجاه وجعله كالآتي [إذا هجر الزوج زوجته مدة سنة فأكثر بلا عذر مشروع ولو كان الزوج معروف الإقامة وله مال تستطيع الإنفاق منه] ([13])إذا لم يطلب الزوج زوجته غير المدخول بها للزفاف خلال سنتين من تاريخ العقد ، ولا يعتد بطلب الزوج زفاف زوجته إذا

لم يكن قد أوفى بحقوقها الزوجية.
إذا وجدت زوجها عنيناً أو مبتلى بما لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية ، سواء كان ذلك لأسباب عضوية أو نفسية ، أو إذا أصيب بذلك بعد الدخول بها وثبت عدم إمكان شفائه منها بتقرير صادر عن لجنة طبية رسمية مختصة ، على أنه إذا وجدت المحكمة أن سبب ذلك نفسي ، فتؤجل التفريق لمدة سنة واحدة شريطة أن تمكن زوجها من نفسها خلالها. ([14]).
فإن عرض في أثناء السنة عارض يمنع اتصال الزوج بزوجته مدة وكان ذلك بسبب من جهة الزوجة كمرضها وحجبها وغيبتها أو لأي شأن من شؤونها فلا تحتسب تلك المدة من السنة ، بل يعوض عنها الزوج بمثلها([15]). وأن خيار الزوجة في طلب التفريق يكون حتى ولو تزوجت المرأة بالرجل وكان لا يعاني من العنة وحصل الجماع والإنجاب بينهما وأصيب الرجل بعد ذلك بالعنة أي بعد الدخول وثبت ذلك بتقرير طبي صادر من لجنة طبية رسمية وثبت فيه عدم إمكانية شفائه منها ، فيحق للزوجة طلب التفريق للعنة ويجاب طلبها من قبل القاضي بعد استكمال تحقيقاته بهذا الشأن.
إذا كان الزوج عقيماً ، أو ابتلى بالعقم بعد الزواج ولم يكن لها ولد منه على قيد الحياة.
هذا النص يشمل عقم الزوج سواء كان قبل الزواج أو أصيب به الزوج بعد الزواج هذا الأمر يبيح للزوجة طلب التفريق من زوجها أمام القضاء بشرط أن لا يكون الزواج بينهما قد أثمر عن ولادة ولد واحد ذكر كان أم أنثى وباقي على قيد الحياة ، ففي هذه الحالة لا مجال لتطبيق هذه الفقرة ، ويثبت العقم بالإحالة إلى معهد الطب العدلي ، والعقم المقصود هنا هو الذي لا يرجى شفاؤه ، أما إذا تضمن التقرير إمكان الشفاء خلال فترة معينة فلا يحكم بالتفريق([16])إذا وجدت بعد العقد ، أن زوجها مبتلى بعلة لا يمكن معها معاشرته بلا ضرر ، كالجذام أو البرص أو السل أو الزهري أو الجنون ، أو أنه قد أصيب بعد ذلك بعلة من هذه العلل أو ما يماثلها ، على أنه إذا وجدت المحكمة بعد الكشف الطبي ، أن العلة يؤمل زوالها ، فتؤجل التفريق حتى زوال تلك العلة ، أما إذا وجدت المحكمة أن العلة لا يؤمل زوالها خلال مدة مناسبة وامتنع الزوج عن الطلاق وأصرت الزوجة على طلبها ، فيحكم القاضي بالتفريق.
إن العلل المذكورة في النص أعلاه كالجذام أو البرص أو السل أو الزهري أو الجنون هي عيوب منفرة لا تستقيم معها الحياة الزوجية ، وأن النص أعلاه جاء بهذه العلل على سبيل المثال لا الحصر حيث وردت عبارة أو ما يماثلها أي كل عيب لا يمكن الزوجة البقاء مع زوجها بدون ضرر فإذا كانت عالمة بالعلة ورضيت بها فلا يحق لها طلب التفريق لهذا السبب ، ويمكن إثبات علم الزوجة بالعلة بكافة طرق الإثبات ، أما إذا وجدت المحكمة أن العلة لا يؤمل زوالها خلال مدة مناسبة وامتنع الزوج عن الطلاق وأصرت الزوجة على طلبها فيحكم القاضي بالتفريق ، أي أن القاضي يجب أن يسأل الزوج بعد ثبوت إصابته بالعلة أن يطلق زوجته فإن رفض وكان متعسفاً في رفضه فيقوم القاضي بالتفريق بينهما ، وقد اشترط الفقهاء للتفريق بالعيب شرطان وهما أن لا تكون الزوجة عالمة بالعيب وقت العقد أو أن لا ترضى بالعيب بعد العقد([17])

اذا امتنع الزوج عن الإنفاق عليها دون عذر مشروع بعد إمهالها مدة أقصاها ستون يوماً.
إذا تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيبه أو فقده أو اختفائه أو الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على السنة.
إذا امتنع الزوج عن تسديد النفقة المتراكمة المحكوم بها بعد إمهاله مدة أقصاها ستون يوماً من قبل دائرة التنفيذ.
الزوج هو المكلف بالإنفاق على زوجته شرعاً وقانوناً وأن عدم الإنفاق ينافي الإمساك بالمعروف ، وكذلك نصت المادة الثامنة والخمسون من قانون الأحوال الشخصية (نفقة كل إنسان من ماله إلا الزوجة فنفقتها على زوجها) لذلك فإن عدم إنفاق الزوج على زوجته يعتبر ضرراً وعلى القاضي أن يزيل هذا الضرر متى ما طلب منه ذلك ، وإذا كان من حق القاضي التفريق للعيب فإن الامتناع عن النفقة أشد إيذاء للزوجة ، هذا هو اتجاه المالكية . أما الحنفية يرون أنه بدلاً من التفريق يستطيع القاضي رفع الظلم عن الزوجة ببيع مال الزوج وحبسه حتى ينفق على زوجته إذا كان موسراً ، أما إذا كان معسراً فلم يقع منه ظلم إذ لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها([18])

وخلاصة الفقرات 7و8و9 هي أن يمهل الزوج الممتنع عن الإنفاق على زوجته (إعساراً أو إنكاراً) مدة ستين يوماً قبل الحكم بالتفريق فإذا أمكن تحصيل النفقة منه بأي شكل من الأشكال بأن كان له مال ظاهر أو راتب يحجز فإن المحكمة تلزم الزوج بالإنفاق من هذا المال على زوجته ولا يفرق القاضي بينهما ويستحصل المبلغ جبراً عن طريق مديرية التنفيذ. أما إذا تعذر ذلك بأن لم يكن للزوج مال ظاهر وامتنع عن تسديد النفقة المتراكمة المحكوم بها خلال فترة المهلة القانونية والبالغة ستين يوماً فيحكم القاضي بالتفريق بعد جلب الاضبارة التنفيذية وربطها بدعوى التفريق والتأكد من عدم قيام الزوج بالإنفاق على زوجته ومضي المهلة القانونية.

ثانياً- للزوجة الحق في طلب التفريق قبل الدخول ، وفي هذه الحالة على المحكمة أن تقضي بالتفريق ، بعد أن ترد الزوجة إلى الزوج ما قبضته من مهر وجميع ما تكبده من أموال ونفقات ثابتة صرفها لأغراض الزواج.

هذا النص أعطى للزوجة الحق في أن تطلب التفريق عن زوجها قبل الدخول ولم تشترط تحقق أي سبب من أسباب التفريق القضائي ، والنص ألزم القاضي بالإجابة إلى طلب الزوجة بعد التحقق من واقعة رد الزوجة جميع ما قبضته من مهر وهدايا قدمت لها بمناسبة عقد الزواج ، وهذا النص جاء كنوع من أنواع التدابير الاحترازية لتلافي الوقوع في المشاكل ما بعد الدخول

ثالثاً- أ- للزوجة العراقية طلب التفريق عن زوجها المقيم خارج القطر بسبب تبعية جنسيتهُ لدولة أجنبية إذا مضى على إقامته في الخارج مدة لا تقل عن ثلاث سنوات بسبب منعه أو امتناعه من دخول القطر.

ب- يعتبر تأييد الجهة الرسمية المختصة بإقامة الزوج في الخارج لأغراض هذه الفقرة بديلاً عن إجراءات تبليغه بلائحة الدعوى وموعد المرافعة على أن يتم نشر الحكم الصادر على الزوج في إحدى الصحف المحلية.

أضيفت هذه الفقرة بموجب قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم 1128 في 1985/9/21 والمنشور في الوقائع العراقية بالعدد 3066 في 1985/10/7 . واقترح إلغاء هذه الفقرة كون قانون الأحوال الشخصية قد عالج موضوع هجر الزوج لزوجته وغيبة الزوج عن زوجته كسبب من أسباب التفريق ، لذا لا نجد داعي لوجود هذه الفقرة.

رابعاً- أ- لزوجة المفقود الثابت بصورة رسمية أن تطلب من المحكمة التفريق عن زوجها بعد مرور أربع سنوات على فقدانه وعلى المحكمة أن تتثبت من استمرار الفقدان بالطريقة نفسها التي ثبت بها فقدانه ثم تصدر حكمها بالتفريق.

ب- تعتد زوجة المفقود بعد الحكم بالتفريق أربعة أشهر وعشرة أيام.

عرفت المادة 86 من قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980 المفقود بأنه الغائب الذي انقطعت أخباره ولا تعرف حياته أو مماته وعرفت المادة 85 من القانون أعلاه الغائب هو الشخص الذي غادر العراق أو لم يعرف له مقام فيه مدة تزيد على السنة دون أن تنقطع أخباره وترتب على ذلك تعطيل مصالحه أو مصالح غيره . بعد أن تم تعريف المفقود نجد أن الفقرة الرابعة من المادة 43 من قانون الأحوال الشخصية العراقي قد أعطت لزوجة المفقود الذي يثبت فقدانه بصورة رسمية الحق في مراجعة محاكم الأحوال الشخصية لطلب التفريق عن زوجها المفقود وذلك بعد ان تنقضي أربع سنوات على فقدانه والمحكمة ملزمة من التحقق من هذه المدة ، وبعد أن تتحقق المحكمة من فقدان الزوج ومضي المدة القانونية البالغة أربع سنوات تحكم المحكمة بالتفريق ما بين الزوجة وزوجها المفقود وهنا يشترط أن تكون الزوجة مدخولاً بها وتعتد الزوجة في هذه الحالة عده وفاة والبالغة أربعة أشهر وعشرة أيام.

المحور الثاني

شروط التفريق القضائي القائم على الضرر وأثاره القانونية

بعد أن تم تحديد مفهوم التفريق القضائي لغة واصطلاحاً ومفهوم الضرر لغةً واصطلاحاً . وبعد أن بينا الأسباب التي أخذ بها قانون الأحوال الشخصية كسبب من أسباب التفريق ، سنتناول في هذا المحور الشروط التي يجب أن تتوفر لقيام دعوى التفريق القضائي والشروط التي يجب أن تتوفر في الضرر نفسه لإمكان الأخذ به كسبب من أسباب التفريق القضائي.
وهذا ما سنتناوله في المطلب الأول من هذا المحور ، أما المطلب الثاني منه فسيتضمن الآثار القانونية التي تترتب على التفريق القضائي.

المطلب الأول
شروط التفريق القضائي القائم على الضرر

الضرر هو الأذى الذي يلحق الغير وهو أما يكون مادياً أو أدبياً والضرر المادي هو الذي يلحق الأذى بالمضرور سواء في جسمه أو ماله والضرر الأدبي هو الذي يلحق الأذى في شرف الإنسان وسمعته واعتباره ومركزه الاجتماعي([19]). كالضرر الذي يلحق أحد الأزواج من جراء القذف أو السب أو التشهير وغير ذلك والضرر كسبب من أسباب التفريق القضائي شروط يجب أن تتوفر فيه لكي تقوم دعوى التفريق القضائي القائمة على الضرر وشروط الضرر هي:
أن يكون الضرر محققاً أي لحق بالفعل بالمدعي أو المدعية 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.
أن لا يكون قد سبق الفصل به من قبل محكمة الأحوال الشخصية بالرد وذلك ينطوي تحت مبدأ حجية الأحكام لأن العمل خلاف ذلك يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات والفوضى([20]).

أن يكون الضرر ماس بالمدعي أو المدعية 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.
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.
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 ([21]) في حين نرى ومن خلال واقع التطبيق القضائي 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 ، ذلك لأن الغاية من دعوى التفريق هو رفع الأذى عن المتضرر لذا فإننا نرى أن معيار الضرر هو شخصي وليس موضوعياً..

المطلب الثاني
الآثار القانونية للتفريق القضائي

تناولنا في هذا المطلب وبشكل وجيز أهم الآثار القانونية الناشئة عن التفريق القضائي والتي أخذ بها قانون الأحوال الشخصية العراقي مع أمثلة من قرارات محكمة التمييز الاتحادية، ومن تلك الآثار:

أولاً- يقع به الطلاق بائن : وهذا ما أشارت إليه المادة الخامسة والأربعون من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 بنصها الآتي (يعتبر التفريق في الحالات الواردة في المواد الأربعين والحادية والأربعين ، والثانية والأربعين والثالثة والأربعين طلاقاً بائناً بينونة صغرى) وهذا ما أخذ به مذهب الإمام مالك ، والطلاق البائن نوعان:

1- بائن بينونة صغرى

وهو مزيل لقيد النكاح بمجرد صدوره ، فالمطلقة تصبح أجنبية عن زوجها فلا يحل له الاستمتاع بها ، ولا يرث أحدهما الآخر إذا مات قبل انتهاء العدة أو بعدها، ويحل بالطلاق البائن موعد الصداق المؤجل إلى أبعد الأجلين (الموت أو الطلاق) ، وللزوج أن يعيد المطلقة البائن منه بينونة صغرى إلى عصمته بعد موافقتها وبعقد ومهر جديدين دون أن تتزوج بآخر ([22])

2- بائن بينونة كبرى: إذا حصل التفريق بين الزوج وزوجته ثلاث مرات انقلب إلى طلاق بائن بينونة كبرى ، وهو الطلاق الذي لا يحل للرجل أن يعيد زوجته إلى عصمته إلا بعد أن تنكح زوجاً غيره نكاحاً صحيحاً بأن يدخل بها دون أن يكون هذا الزواج مفتعلاً قصد به المكيل فقط وجاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية (إن الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون وذلك لأن محكمة الموضوع اعتبرت التفريق قبل الدخول طبقاً للفقرة ثانياً من المادة 43 طلاقاً رجعياً في حين أن هذا الطلاق هو طلاق بائن بينونة صغرى وليس طلاقاً رجعياً) ([23])

ثانياً- وجوب العدة:

حيث تجب العدة على المرأة في التفريق القضائي إذ وقع التفريق بعد الدخول فقط أما التفريق المنصوص عليه في الفقرة ثانياً من المادة الثالثة والأربعين من قانون الأحوال الشخصية العراقي فلا تجب العدة فيه على المرأة لأنه يقع قبل الدخول ، حيث لا عدة على المرأة غير المدخول بها والعدة هي المدة التي يمتنع على المرأة خلالها التزوج من رجل آخر عن طليقها الذي اعتدت من طلاقه لها ، والحكمة من وجوب العدة هي للتأكد من براءة الرحم وخلوه من الحمل لئلا تختلط الأنساب ، حيث أنه قد يعلق برحم المرأة جنين وهذا لا يمكن الوقوف عليه على وجه التأكيد واليقين إلا بمرور فترة العدة ، وبغض النظر عن هذا فهي أمر من الله سبحانه وتعالى يجب الأخذ به ، وأن العدة تبدأ من يوم الفرقة سواء علمت الزوجة بالفرقة أم لا ، أي سواء كان الحكم غيابي أم حضوري وتنتهي بانتهاء أجلها بحسب حالة المرأة النسائية ، ويجب على القاضي سؤال المرأة بنفسها عن حالتها النسائية ولا يجوز سؤال وكيلها عن هذا الموضوع ذلك لأن الحالة النسائية تعتبر من الأمور الشخصية البحتة وبقرار لمحكمة التمييز الاتحادية جاء فيه بأنه (لا يجوز للمحكمة سؤال وكيلة المدعية عن حالتها النسائية وإنما يجب أن يتم سؤال المدعية بالذات عن هذه الحالة كونها من الأمور الشخصية البحتة ولأهميتها لتعلقها بالحل والحرمة) ([24]). والعدة على أنواع:

العدة بالقروء : والقرء هو الحيض فإذا افترقت المرأة عن زوجها وكانت من ذوات الحيض المنتظم فتعتد بالقروء (بثلاثة قروء) لقوله تعالى :{ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوَءٍ }([25]).العدة بالأشهر : إذا وقعت الفرقة بين المرأة والرجل وكانت المرأة ممن لا تحيض لصغر سنها أو لكبرها وبلوغها سن اليأس وهو سن انقطاع الحيض عنها انقطاعاً طبيعياً أو بلغت سن الحيض دون أن تحيض لخلل في رحمها فإنها تعتد بثلاثة أشهر بدل القروء الثلاثة لقوله تعالى {واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر والائي لم يحضن}([26]).

ج- عدة الفرقة بسبب فقدان الزوج فعدة الزوجة المفرق عنها زوجها لسبب فقدانه هي عدة وفاة ، فزوجة المفقود تعتد أربعة أشهر وعشرة أيام وهذا ما نصت إليه الفقرة (ب) من المادة الثامنة والأربعين([27]).

د- عدة الحامل : الزوجة إذا كانت حاملاً وفرق القاضي بينها وبين زوجها فعدتها تنتهي بوضع حملها طالت المدة أم قصرت لقوله تعالى :{وَاللائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُوْلاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا}([28]).

وقد حدد قانون الأحوال الشخصية العراقي المرقم 188 لسنة 1959 في المواد (47 و48 و49) منه أحكام العدة.

المادة السابعة والأربعون أشارت إلى أنه تجب العدة على الزوجة في الحالتين الآتيتين:

إذا وقعت الفرقة بينها وبين زوجها بعد الدخول سواء أكانت عن طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى أو كبرى أو تفريق أو متاركة أو فسخ أو خيار بلوغ.

إذا توفي عنها زوجها ولو قبل الدخول بها.

أما المادة 48 فقد أشارت إلى:

عدة الطلاق والفسخ للمدخول بها ثلاثة قروء.

إذا بلغت المرأة ولم تحض أصلاً فعدة الطلاق أو التفريق في حقها ثلاثة أشهر كاملة.
عدة المتوفي عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام للحائل أما الحامل فتعتد بأبعد الأجلين من وضع الحمل وبالمدة المذكورة.
إذا مات زوج المطلقة وهي في العدة فتعتد عدة الوفاة ولا تحتسب المدة الماضية.
أما المادة 39 من قانون الأحوال الشخصية العراقي فقد أشارت إلى : تبتدئ العدة فوراً بعد الطلاق أو التفريق أو الموت ولو لم تعلم المرأة بالطلاق أو الموت.
يفهم من نص المواد أعلاه أن القانون العراقي أوجب العدة على الزوجة في التفريق القضائي الواقع بعد الدخول وحدد العدة بحسب حالة المرأة وهي ثلاثة قروء أو ثلاثة أشهر أو وضع الحمل أو أربعة أشهر وعشرة أيام بالنسبة للمتوفى عنها زوجها وجاء في قرار لمحكمة التمييز انه (لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون ذلك لأن الواجب استجواب المميز عليها عن حالتها النسائية وعما إذا كانت حاملاً لأهمية ذلك في تحديد العدة الشرعية إذ أن محكمة الموضوع ألزمتها بالعدة البالغة ثلاثة قروء من تلقاء نفسها ... وحيث أن ذلك من الأخطاء الجوهرية الجسيمة لذا قرر نقض الحكم) ([29]). وفي قرار آخر لمحكمة التمييز الاتحادية (كان الواجب التحقق عن الحالة النسائية للمميز عليها/المدعية وعما إذا كانت حاملاً بغية تحديد العدة الشرعية وفق أحكام المادة 47 من قانون الأحوال الشخصية) ([30]).

ثالثاً- وجوب نفقة العدة:
من الآثار التي تترتب على التفريق القضائي باعتباره طلاقاً بائناً أن قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 في المادة الخمسين منه أوجب نفقة عدة للزوجة المطلقة عن زوجها الحي ولو كانت ناشزاً ولا نفقة لعدة الوفاة.
رابعاً- يترتب على التفريق القضائي جميع ما يترتب على الطلاق البائن من أحكام ومن ضمنها أنه من تاريخ صدور الحكم بالتفريق لا يجوز التوارث بين الزوجين المفرق بينهما سواء خلال فترة العدة أو بعد انقضائها بعكس الطلاق الرجعي الذي يجوز فيه التوارث خلال فترة العدة بين الزوجين.

الخاتمة:

بعد انتهاء البحث بمحوريه توصلنا إلى عدد من النتائج والتوصيات وحسب الآتي:-

أولا": النتائج:

1- يجوز للطرف المتضرر من الزوجين طلب التفريق من القاضي وذلك هو التفريق القضائي القائم على الضرر.
2- التفريق القضائي القائم على الضر له اسباب كثيرة ولم ترد على سبيل الحصر وإنما وردت في القانون العراقي على سبيل المثال.
3- يجب أن يكون الضرر من الجسامة بحيث يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية وهذا الأمر متروك تقديره لقاضي الموضوع إلى الذي يسعى دراسة هذا الضرر ويحاول أن يصلح ذات البين.

ثانيا"/ التوصيات

1- نوصي المشرع العراقي بإضافة مادة اللى التفريق بسبب عدم الانفاق تنص على ان (للزوجة طلب التفريق في حالة عدم انفاق الزوج بعد انتهاء مدة (30) يوما من تأريخ صدور قرار الحكم بالإنفاق بغض النظر عن مدة التنفيذ.
2- وضع معيار معيين من قبل المشرع العراقي لتحديد الضرر الموجب للتفريق وعدم ترك الباب مفتوح بدون اسس ثابتة ومعينة.

وآخر دعوانا إن الحمد لله رب العالمين

المصادر

([1]) السيد سابق ، فقه السنة ، المجلد الثاني ، الجزء 6 ، الطبعة الرابعة ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان ، بيروت ، 1983 ، ص241.
([2]) السيد سابق ، المصدر السابق ، ص283
([3]) سورة البقرة ، الآية 229
([4]) زكريا الأنصاري ، فتح الوهاب ، الجزء السادس ، الطبعة الأولى ، دار الكتاب العلمية ، لبنان – بيروت، 1997 ، ص124
([5]) فؤاد إفرام البستاني ، منجد الطلاب ، الطبعة الحادية عشرة ، دار المشرق ، لبنان – بيروت ، 1971 ، ص423.
([6]) د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، الطبعة الخامسة ، القاهرة عام 1992 ، المجلد الأول ، ص133
([7]) المحامي جمعة سعدون الربيعي ، المرشد إلى إقامة الدعاوى الشرعية وتطبيقاتها العملية ، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2006 ، ص648.
([8]) القاضي عبد القادر إبراهيم علي ، خلاصة محاضرات في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته ألقيت على طلاب المعهد القضائي ، 2006 ، ص76 .
([9]) د. احمد الكبيسي ، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته ، الزواج والطلاق واثارها ، الجزء الأول ، مطابع التعليم العالي في الموصل ، لسنة 2007 ، ص155.
([10]) القاضي عبد القادر إبراهيم علي ، المصدر السابق ، ص77.
([11]) د. رمضان علي السيد الشرنباصي والدكتور جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، القسم الثاني ، الطبعة الأولى ، 2006 ، ص145.
([12]) المادة الثالثة والأربعون الفقرة أولاً البند 1 من قانون الأحوال الشخصية النافذ في إقليم كردستان -العراق.
([13]) المادة الثالثة والأربعون الفقرة أولاً البند 1 من قانون الأحوال الشخصية النافذ في إقليم كردستان -العراق.
([14]) نظام الدين عبد الحميد ، أحكام انحلال عقد الزواج في الفقه الإسلامي والقانون العراقي ، الطبعة الأولى، جامعة بغداد ، 1989م ، ص208
([15]) القاضي عبد القادر إبراهيم علي ، المصدر السابق ، ص79.
([16]) القاضي عبد القادر إبراهيم علي ، المصدر السابق ، ص103
([17]) د. رمضان علي السيد الشرنباصي والدكتور جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، المصدر السابق ، ص125.
([18]) فريد فتيان ، شرح قانون الأحوال الشخصية مع تعديلات القانون وأحكام محكمة التمييز ، مطبعة دار واسط لندن ، الطبعة الثانية ، 1986 ، ص147
([19]) د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية ، دار الكتب والوثائق ، بغداد ، 1991 ، ص158.
([20])المادة (105 و106) من قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1976.
([21]) المحامي جمعة سعدون الربيعي ، المصدر السابق ، ص151.
([22]) فريد فتيان ، المصدر السابق ، ص121
([23])القرار التمييزي بالعدد 3355/الهيأة الشخصية الأولى / 2009 – ت 3466 في 2009/8/13 غير منشور .
([24]) القرار التمييزي المرقم 428/شخصية أولى/2009 – ت /453 في 2009/3/3 غير منشور.
([25]) سورة البقرة ، الآية 228.
([26]) سورة الطلاق ، الآية 4
([27]) المادة 43 من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 ب- تعتد زوجة المفقود بعد الحكم بالتفريق أربعة أشهر وعشرة أيام
(9) سورة الطلاق ، الآية 4
([29]) لقرار التمييزي المرقم 1197/شخصية أولى/2009- ت 1337 في 2009/4/12م غير منشور
([30]) القرار التمييزي المرقم 2138/شخصية أولى/2009- ت3355 في 2009/8/5م غير منشور.