



ISSN: 1994-4217 (Print) 2518-5586(online)

Journal of College of Education

Available online at: <https://eduj.uowasit.edu.iq>

Assis.Lectu. Saham
Hameed Majid

Wasit University
Department of
Dormitory Affairs

Email:

Sehamalabody621@gmail.com

07714486475

Keywords:

Civil Liability, Shared Principle, Harm, Compensation, Husband, Engagement, Divorce, Separation, Compensation Mitigation.

Article info

Article history:

Received 15.May.2023

Accepted 10.JUN.2023

Published 20.aug.2023



Shared Principles of Civil Liability between Civil Law and Iraqi Personal Status Law

A B S T R A C T

Numerous jurisprudential and legal principles have been explicitly recognized by the law in the texts of various civil and personal status legislations, including Iraqi law, which is the focus of our study. These principles primarily centre on establishing liability within public and family relations. One of these fundamental principles is the concept of "no harm and no infliction of harm." Individuals who exercise their rights, whether through contracts or other means, have a responsibility not to misuse those rights. Hence, cases of liability for negligence may arise in the context of marriage contracts, separate from the examination of contractual responsibilities that the spouses recognize within the contract under the category of "fulfilment of contracts." Therefore, causing harm or being responsible for harm to the other party, for instance, unjustified termination of an engagement, arbitrary divorce, separation, or frequent disputes, all result in liability and, as a consequence, the requirement to provide compensation. Based on our research, we discovered that these provisions are founded on a set of shared principles affirmed and emphasized by both civil law and personal status law. As a result, both Iraqi legal frameworks have played a role in recognizing the principles of civil liability (which are contractual) within marriage contracts and their preliminary stages (engagement).. These provisions were undoubtedly introduced to safeguard the family structure and the well-being of future generations. This preservation is rooted in the righteousness of parents, their sense of responsibility, and their ability to overcome life's obstacles and challenges.

© 2022 EDUJ, College of Education for Human Science, Wasit University

DOI: <https://doi.org/10.31185/eduj.Vol52.Iss1.3607>

قواعد المسؤولية المدنية المشتركة بين القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية العراقي

م.م سهام حميد مجيد

جامعة واسط / قسم شؤون الاقسام الداخلية

المستخلص

هناك عدة قواعد فقهية، وقانونية حيث ان القانون قد اقرها بالنص عليها ضمن متون اغلب التشريعات المدنية والشخصية في القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية ومنها العراقي محل دراستنا، وان محور هذه القواعد محل البحث تدور حول اقرار المسؤولية ضمن العلاقات العامة و العلاقات الأسرية، من هذه القواعد (لا ضرر ولا ضرار) و عدم التعسف في استعمال الحق وغيرها، فيمكن ان تثار المسؤولية التقصيرية ضمن عقد الزواج بعيداً عن البحث في المسؤولية العقدية المسلّم بها للزوجين ضمن هذا العقد تحت بند الوفاء بالعقود ، فإحداث الضرر او التسبب به من قبل احد الزوجين لآخر مثل فسخ الخطبة بدون مبرر ،الطلاق التعسفي ،الشقاق وكثرة الخلافات ، عدم الإنفاق يوجب المسؤولية بالتالي يتوجب فرض التعويض، من خلال البحث وجدنا ان الأساس الذي بنيت عليه هذه النصوص هي قواعد مشتركة قد ذكرتها واكدتها نصوص كلاً من القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية ، بالتالي كلا القانونين العراقيين قد اشتركا في اقرار قواعد المسؤولية المدنية (عقدية كانت ام تقصيرية) ضمن عقد الزواج ومقدماته (الخطبة) ، وان من المؤكد كل هذه العناية في النصوص جاء من اجل الحفاظ على بناء العائلة وصلاح الأجيال ؛ ذلك ان صلاح المجتمع ونوعيته نابعة من مدى صلاح الوالدين ومدى شعورهم بالمسؤولية ومدى تفهمهم في تجاوز عقبات الحياة ومصاعبها.

الكلمات المفتاحية : المسؤولية المدنية ، قاعدة مشتركة ، الضرر ، التعويض ، الزوج ، الخطبة ، الطلاق ، التفريق ، تشطير التعويض.

المقدمة

ان بناء المجتمع وتقدمه، يتوقف على اهم كيان فيه الا وهو الأسرة، بالتالي يقع على مكوناتها وخاصة كلا الزوجين مسؤولية انشاء ودعم ابناء واعية و متفهمة يمكن الاستفادة منها لبناء جيل جيد، ولا يمكن ذلك مالم يكن أساس الأسرة المتمثل بالزوج او الزوجة من الإلتزام بعقد الزواج ومراعاة حقوق الطرف الآخر، وإلاّ الزم بدفع التعويض.

من أهم الأسس والمبادئ التي جاء بها "قانون الاحوال الشخصية العراقي، ذي العدد ١٨٨ لعام ١٩٥٩"، هي كونه قد جاء متوافقاً مع المبادئ والقواعد التي تأسست عليها مواد القانون المدني العراقي، وبصفة خاصة ما يتعلق بقواعد المسؤولية المدنية عقدية كانت ام تقصيرية ، اي اننا نناقش الخطأ الذي ندرسه في القانون المدني شرطاً في توافر مسؤولية احد الزوجين في نطاق احتكاهما الى قانون الأحوال الشخصية ، ومثل ذلك بالنسبة للضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر؛ وحيث ان الدراسات القانونية المدنية قد أوفت بدراسة العناصر المتقدمة ، فلن نتعرض لها ، بل الى المواضيع التي تمثل نقاط التقاء قواعد القانون المدني العراقي مع قانون الأحوال الشخصية ، الا وهو التعويض ، امكانية تعويض احد الزوجين المتضرر من العلاقات الأسرية في حالة ما اذا ثبت مسؤولية الزوج الآخر عن هذا الضرر ويكون على صور متعددة مثل رد المهر المؤجل من قبل الزوجة أو دفعه من قبل الزوج ، تحميل الزوج الذي أضرّ رسوم الدعوى والمصاريف، الطرف المتضرر زوجاً كان ام زوجة الشخص الذي وقع عليه الضرر، وغيرها ،وللمحكمة الزام احد الخطيئين التعويض، عند فسخه الخطبة اذا كان هذا الفسخ مقترناً بالتعسف.

اشكالية البحث :

جملة من الآثار الخطيرة المترتبة على فهم هذه القواعد؛ لارتباطها بحقوق الزوجين ، مدى كفاية النصوص القانونية في التشريع المدني العراقي حالات الطلاق وهل يتطلب الأمر تشريع قانون جديد يخص التعويض ، ماهية هذه القواعد ، واين تجد اساسها ضمن المنظومة القانونية التشريعية واي طرف بإمكانه الاستفادة منها ، هل يقتصر ذلك على الزوج ، ام الزوج والزوجة؟

منهجية البحث:

تم اعتماد المنهج التحليلي المقارن في بحثنا هذا، حيث قمنا بتحليل النصوص القانونية المتعلقة بالمسؤولية المدنية ، ومدى إمكانية انطباق قواعد المسؤولية التقصيرية بجانب المسؤولية العقدية المتمثلة بعقد الزواج، في التشريع المدني وقانون الأحوال الشخصية العراقي .

خطة البحث:

تمثلت الدراسة في مبحثين ، تضمن المبحث الأول تعويض الضرر في الخطبة والزواج ، وقد شملت مطلبين، المطلب الأول الخطبة والتعويض في حالة العدول عنها، و الثاني : هو المطلب الثاني: تعويض الضرر في العلاقات الأسرية.

اما المبحث الثاني ، فقد حمل عنوان التعويض بالتفريق القضائي وتشطير التعويض، والذي قسم على مطلبين، فالمطلب الأول : نتناول التعويض بالتفريق القضائي، وفي المطلب الثاني منه نتناول تشطير التعويض.

المبحث الاول : تعويض الضرر في الخطبة والزواج

لا يمكن ان يقع الضرر دون ان يجبر ، ويقع على السلطات المخولة المتمثلة بالقضاء مهمة رفع الضرر قدر الإمكان وسنقسم هذا المبحث الى مطلبين ، في المطلب الأول نتناول الخطبة والتعويض عنها ، وفي المطلب الثاني التعويض عند انحلال الزواج بالطلاق .

المطلب الأول: الخطبة والتعويض في حالة العدول عنها

لا يمكن الإحاطة بالتعويض عن العدول عن الخطبة دون التعرض الى مفهوم الخطبة، وسنتناول ذلك في هذا المطلب نتناول ماهية الخطبة في الفرع الأول منه، والتعويض عن العدول عنها في المبحث الثاني .

الفرع الأول: ماهية الخطبة

الخطبة في اللغة من خطب امرأة يخطبها خطبًا وخطبة بكسر الخاء، وفي قوله تعالى ((وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ)) (سورة البقرة، الآية ٢٣٥) ، وقد عرّفها فقهاء الشريعة الإسلامية بتعاريف مختلفة، منها : " انها الذكر الذي يستدعي به الى عقد النكاح" (جرادات ، ٢٠١٢م ، ١٠٩) ، وعرّفت ايضًا على إنها " اظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة ، واعلام المرأة او وليّها بذلك وقد يتم هذا الإعلام من الخاطب مباشرة او بواسطة اهله". (الزحيلي، ١٩٩١ ، ٦٤٩٢)

الخطبة مقدمة الزواج وحكميا تابع له ؛ فمن لم يصح زواجها لا تصح خطبتها (كريم ، ٢٠٠٤ ، ٢٣) ، ولكي تكون الخطبة مباحة يجب ان لا تكون المرأة المخطوبة محرمة على الرجل حرمة مؤبدة ولا حرمة مؤقتة، فلا يجوز ان تخطب ذات زوج باي حال من الاحوال، لأنها محرمة مادامت زوجة ولأن خطبتها اعتداء على حق الزوج.(نوابضة ، ٢٠١٠ ، ٤١)

الخطبة ليست عقداً، بل هي وعد بالتعاقد، وهذا التكليف متفق عليه بين المذاهب الإسلامية كلها، وكذلك متفق عليه من الناحية القانونية حيث نصت على ان الوعد بالزواج لا يعد زواجا (الحموي، ٢٠١١، ٤١٨، ٢٧) ، كما ان الخطبة لاتحل شيئاً كان حراما سوى النظر الى المخطوبة، اذ اباح الشارع لكل واحد من الخاطبين النظر الى الاخر حتى تتم الملائمة بينهما . (الرافعي، ٢٠٠٢، ٢١٤)

لم يعرف المشرع العراقي الخطبة ولكن في معرض تناوله لهذا الموضوع لم يعتبرها عقداً بل من مقدمات الزواج حيث جاء في الفقرة الثالثة، من المادة الثالثة من قانون الاحوال الشخصية "الوعد بالزواج وقراءة الفاتحة والخطبة لا تعتبر عقداً" فليس هناك عقد زواج بل هي وعد بالزواج يضل كل من طرفي هذا الوعد اجنبياً عن الآخر، ولا ينعقد عقد الزواج إلا بائتمام عقد الزواج وتترتب الأحكام الشرعية والقانونية بناءً على ذلك. (الزحيلي، مصدر سابق، ٣٦)

الفرع الثاني: التعويض المترتب في حالة فسخ الخطبة

لم يرد في قانون الاحوال الشخصية العراقي ، كما مرّ تعريفًا واضحاً للخطبة ، وقد اقتضت المادة (٣/الفقرة ٣) على ذكر "٣- الوعد بالزواج وقراءة الفاتحة والخطبة لا تعتبر عقداً" اي ان لكل من الخاطبين حق الرجوع عن هذه الأمور الثلاثة المبينة في المادة المذكورة، سواء تمت او لم تتم وسواء كان الرجوع بسبب او لم يكن، ولكن الحق في الرجوع هذا قد يترتب عليه الحق للطرف الآخر الذي قد يتضرر من هذا العدول ،ضرراً مادياً او معنوياً ويكون للقاضي حينئذ حق النظر في التعويض على اساس المسؤولية التقصيرية، كما و اعتبر المشرع العراقي الوعد بالزواج و قراءة الفاتحة و الخطبة بدرجة واحدة، وعدم اعتبار اي منها عقداً. (صالح، ٢٠١٨، ١١٢)

ورغم ان قانون الاحوال الشخصية لم يتعرض لجوازية العدول عن الخطبة، إلا اننا ايضاً يمكن ان نستشف ذلك ،بتطبيق المادة (الأولى) بقدرتها الثانية منه "إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون"، وأن من يستعمل حقه بدون تعسف لا تجوز مقاضاته ، ولا مطالبته بالتعويض عن الضرر الذي يلحق غيره نتيجة استعمال هذا الحق؛ وان التراجع عن اتمام الخطبة، حق ثابت وقد أقرته الشريعة الإسلامية للأشخاص دون قيود ، والأمر الجائز فالإقدام عليه، ليس له أي أثر سلبي استناداً إلى "قاعدة ان الجواز الشرعي، ينافي الضمان" ، إلا لو كان متعمداً في استعمال هذا الحق، وتترتب عن العدول ضرر للآخر، مادياً كان هذا الضرر ،أو معنوياً فيحكم بالتعويض بتوافر شروط معينة لهذا المتضرر وحسب الحال. (الرجوب، ٢٠٠١، ٢٢٤)

وطبقاً لما تقدم فيجب على المتضرر في الخطبة الإلتجاء الى قواعد المسؤولية التقصيرية في القانون المدني وحسب كل حالة ، وإقامة الدليل على تحقق الضرر، وإثبات العلاقة السببية، فهي نقطة الوصل بين الضرر المتحقق وفعل التعدي ، مع إثبات الخطبة التي كانت قائمة بين الطرفين، بالتالي توافرت أركان المسؤولية المدنية التي يجب توافرها، مهما كانت الشروط القانوني المعتمدة ، لإقامة دعوى جبر الضرر أو الضمان، سواء أكانت مبنية على أساس المسؤولية العقدية أو على أساس المسؤولية التقصيرية. (البدراوي، بدون سنة طبع، ١٣٦)

و يمكن ملاحظة تجارب دولية خاصة، قررت الأساس الذي يمكن ان يستند عليه احد الخاطبين في التراجع عن اتمام الخطبة، فقد اوجد الفقه القانوني الفرنسي نظرية بطلان الوعد بالزواج ، في محاولة منه للتخلص من مساوئ النظرية العقدية لها، التي جعلت من الخطبة عقداً لازماً يجب تنفيذه تنفيذاً عينياً بالذات، او تنفيذه بمقابل في حالة العدول عنه بالإرادة المنفردة، عن طريق التعويض حالة العدول عنه ؛ وذلك لأنه حسب نظريتهم لا يمكن إكراه احد العاقدين، على تنفيذ هذا العقد زهو الخطبة، عيناً بالإكراه؛ لأن المسألة ترتبط بالحرية في الإقدام على الزواج فهو مبدأ أساسياً لا يمكن

التخلي عنه، فلرغبتهم بسحق النظرية العقدية للخطبة، جردوا هذا الوعد من الإلزام مستندين في ذلك الى الإرادة المختارة ، وان وجود الجزاء عن ضرر العدول عن الخطبة بالإرادة المنفردة، أو بالإتفاق على اي صيغة جزائية تترتب على التراجع عنها ، يشكلان تهديدان غير مباشران للطرفين، لما سيتحمله من ضمانات بسبب الفسخ.(ابو اصبح ، ١٩٩٤ ، ٣٧)

من خلال ما تقدم، يمكن ان نستنتج أن توفر المسؤولية التقصيرية بأركانها الثلاثة (الخطأ ،الضرر ،العلاقة السببية بينهما)، يوجب جبر الضرر؛ لإعادة الحال الى ما كان عليه قبل وقوع الضرر، والأخير قد يكون مادياً او غير مادي(معنوي) يصيب الشخص في عواطفه وشعوره، اما العلاقة السببية فهي العلاقة بين الفعل الذي وقع مضرًا في الآخر، والنتيجة التي آل اليها، وعليه فإذا اعتبرنا أن العدول المقترن بخطأ الخاطب أو الخاطبة هو إخلال بالتزام قانوني يرتب المسؤولية في حالة الإخلال به (الحكيم ، ١٩٩٤ ، ١٦٩، -١٧٠) ، فما هو نوع هذا الالتزام؟

وبدراسة قواعد القانون المدني الخاصة بالمسؤولية المدنية، إن كل فعل يؤدي الى الحاق الضرر بالغير، عمداً كان أو بخطأ أو عدم استعمال الحيطة والحذر، فهو موجب لجبر هذا الضرر والتعويض عنه، فبالإضافة إلى الإلتزامات المحددة بنصوص قانونية، هناك التزامات المسؤولية المدنية المتحققة، فالفعل الذي يعمل على تفويت الكسب، خسارة المال، يحقق المسؤولية ، ومن الطبيعي ان هذا الفعل المحقق للمسؤولية، مخالفاً للأحكام القانونية، اما إذا ما سمح به القانون ففاعله غير ضامن، اما بالنسبة للعدول عن اتمام خطبتهم دونما تعسف، هو حق مشروع لكلا الخطيبين .(دواس ، ١٩٩١، ٩٩-١٠٠)

نستنتج مما تقدم، ان الخطبة ليست عقداً، ولا العدول عنها يعتبر الركن الأول من اركان المسؤولية التقصيرية ،بالتالي فإن العدول عن الوعد بالزواج لا يرتب على الواعد أي التزام وأن التراجع عنه حق لا يوجب الضمان ، إلا أن أن هذا الحق لا ينبغي إساءة استعماله، بالتالي يثور والحال هذا تساؤلاً مفاده مدى صحة تطبيق (نظرية التعسف، في استعمال الحقوق)؟

وكان الفقه الإسلامي قد أكد ،عدم وجود حق يتصرف فيه الاشخاص بصورة مطلقة ، بدون ان يراعي في استعماله لحقه هذا حقوق الآخرين، مقيداً بالغاية المتوخاة من الحق و المقررة من قبل الشارع ؛ حيث أن المشرع يقرر الغايات الممكنة للحقوق المملوكة ، وان استعمال الحق لغير الغايات المقررة تعد، يستوجب المسائلة ؛ حيث أن الشرائع عادة لا يمكن ان تحمي من الحقوق إلا بقدر الغرض المشرع الذي يحققه لصاحبه دون إطلاق.(ابو السعود ، ٢٠٠٧، ٤٩٩)

بالنسبة للقانون العراقي فقد أقر العمل بالنظرية المتقدمة في قانونه المدني، ولم يعرفها كما هو التوجه في اغلب التشريعات القانونية؛ فليس من وظيفته ايراد التعاريف فهذا من وظيفة الفقه، إلا انه اورد نصاً في المادة السادسة والسابعة منه ، ووجب ان لا يكون الهدف من استعمال الحق هو إلحاق الضرر بغيره فيؤاخذ القانون على ذلك، ويجب ان تكون المصلحة المتأتية من استعمال اي حق، اكبر من قيمة الضرر الواقع بسبب هذا الاستعمال، ولا يكن قد قصد الاضرار بالغير، فيكون للقضاء مؤاخذته على افعاله بمجرد أن يتسبب في الضرر لغيره عند استعمال حقه، إذا انتقت مصلحته، أو كانت هذه المصلحة اقل من الضرر الذي لحق بغيره من الأشخاص، بالتالي اذا قصد الخاطب من عدوله عن الخطبة، الإضرار بالخطيب الآخر، عدّ متعسفاً في استعمال حقه في هذا العدول (معيار شخصي) كونه مرتبط بالنية، ويعد عدم وجود المصلحة من القرائن على ذلك، أو ان الفائدة المرجوة من استعمال هذا الحق، اقل من الضرر المتحقق بسببها أو إذا توخى تحقيق مصلحة او غاية غير مشروعة ،وهذا هو المعيار (الموضوعي) في تقدير توفر الشروط من عدمه.(الزحيلي ، ١٩٨٣ ، ٢١٢)

وعند النظر الى الأحكام القضائية الخاصة بهذا الموضوع، نجد ان بعض القرارات القضائية تذهب إلى أنه: "يتعين للحكم بالتعويض عند فسخ الخطبة، أن تتوفر شروط المسؤولية التصريحية، بأن يقوم العادل قد قام بأفعال خاطئة بذاتها، ومستقلة عن الخطبة استقلالا تام و منسوبه لأحد الخطيبين، وأن ينتج عن الفعل ضرر مادي، أو أدبي للطرف الآخر". (الكشور، ٢٠٠٦، ١٤٥)

نستنتج من ذلك ان الراجح في الفقه والقضاء ، ان العدول عن الخطبة لا تستوجب التعويض إلا اذا رافق ذلك افعال ضارة موجبة للمسؤولية التصريحية ، وكانت نتيجة وقوع هذه الافعال الضرر المادي والمعنوي الذي يصيب الطرف الآخر، كما لو قام بإعداد وليمة أو قام بالإفناق على اعداد مكان الخطبة دون مبرر . (الكبيسي، ٢٠١٠، ٢٧)

وبالنظر لما سبق يكون فاسخ الخطبة، ضامناً لقيمة الضرر الذي يصيب الطرف الآخر في الخطبة بسبب التعسف في استعمال الحق ،بتوافر الشروط المبينة في المواد القانونية المذكورة؛ حيث أن الطرف الثاني يستطيع الإدعاء بأن الخاطب كان يستطيع أن يمنع الضرر الواقع عليه، في حال انه لم يعدل عن هذا الوعد بالزواج ،وبإمكان الخاطب الذي عدل عن الخطبة، ان يدفع المسؤولية عنه ،عندما يقيم الدليل على أن ضررا كان سيجيبه بدون شك في حالة ما استمر بالخطبة، وانتهت بهما الى عقد الزواج، ويبقى للقضاء سلطة تقدير و تكييف هذه الأوضاع ،وكشف أهميتها ورجاحتها كي تكون سبباً للتراجع من عدمه، وبالتالي تضمين الخاطب العادل ام لا، و يكون للمتضرر من فسخ الخطبة ان يتقدم للقضاء مطالباً بالتعويض عن الضرر الواقع عليه، جراء تعسف الخاطب في استعمال حقه بفسخ الخطبة، كون التعسف في استعمال الحقوق سبب من اسباب المسؤولية. (المواد ٧٢، ٢٠٥، من القانون المدني العراقي)

غير أن المشكلة التي قد يعترض المتضرر لها هو إثبات اركان المسؤولية، الضرر الحاصل معه، و خطأ الطرف المتراجع عن إكمال الخطبة، أو الرابطة بين الركنين الخطأ والضرر ، و المشكلة تبرز اكثر في مجال الإثبات إذا أنكر احد الطرفين قيام الخطبة من الأساس، فيكون على القضاء النظر في الدعوى و الاستماع للطرفين، وتحليل الوقائع، والتأكد من ان يكون خطأ احد الطرفين مستغرقاً لفعل الآخر ، وتقدير مسائلة احدهما مقابل إعفاء الآخر من المسؤولية ، أو توزيعها بينهما حسب الظروف القائمة. (الذنون، ٢٠٠٤، ٣٤٨)

المطلب الثاني: تعويض المضرور في العلاقات الأسرية

وسنتناول هذا التعويض بفرعين في الفرع الأول، منه نبين ماهية عقد الزواج ، وفي الفرع الثاني نتناول التعويض المترتب على انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق .

الفرع الأول: ماهية عقد الزواج

قال تعالى: ((مِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ۗ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ)) . (الروم ، ٢١ آية)

وقد عرّفه قانون الأحوال الشخصية في الفقرة الأولى من المادة الثالثة، بأنه: "الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً غاية إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل".

أما عند فقهاء القانون المدني العراقي فقد عرف بأنه: "عبارة عن ارتباط الايجاب الصادر بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه". (الحكيم، ١٩٩٤، ١٩)

حيث يعتبر عقد الزواج من العقود القائمة على الإيجاب والقبول اللفظيين، حيث يشترط فيه رضا كلا طرفي العقد والتأكد من لفظ صيغة الإيجاب والقبول ونطقها امام الحاكم الشرعي. (البحراني، ١٤٠٥ هـ، ١٥٦)

ما يلاحظ على الفقرة الأولى من المادة الثالثة المتقدمة، أنها عرّفت الزواج في المادة بأنه عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً، وكان من الأفضل ان لا تقتصر على حلّية المرأة للرجل فقط في هذا العقد، بل تكون (يحلّ كل منهما للآخر شرعاً)؛ لأنه عقد يفيد حلّية استمتاع كلا الطرفين في العقد؛ لذا نرجح تعريف الإمامية لعقد الزواج حيث انهم قد اوضحوا هذا الجانب في تعريفهم له عندما قالوا بأنه: "النكاح عقد بين الرجل والمرأة يحلّ بسببه كل منهما على الآخر"، وثانياً: إضافة الى هذه الملاحظة المأخوذة على التعريف يمكن القول، بأن مهمة وضع التعاريف من اختصاص الفقه وليست من اختصاص مشرعي القانون، واخيراً، إنّ الغاية من العقد التي ذكرها المشرع، وهي إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل، إنّما هو حكمة دون ان تكون موضوعاً، فلا يغني عنه. (خلاف، ١٩٩٠، ٢٤، وما بعدها)

الفرع الثاني: التعويض عند انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق

إذا وقع احد الزوجين الطلاق، دون ان يستند الى اي مبرر موضوعي أو قانوني، يكون من أوقعه متعسفا في استعمال هذا الحق، حيث ان الإسلام قد حرّم الطلاق بدون مبرر معتبر يدعو إليه، وفي ذلك ذكر الله تعالى: ((وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُورَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْتَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا)). (النساء، آية ٣٤)

وحيث ان الشريعة الإسلامية منعت كما ذكرنا التعسف باستعمال الحقوق عموماً، وأوان يتعسف باستعمال (حق الطلاق) خصوصاً، حيث ورد عن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) بأنه قال: "أيما امرأة سألت زوجها الطلاق في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة". (العالمي، ٢٠١٣، ٢٨٣)

ولم يقتصر المنع على الشريعة الإسلامية، بل تعدى الى القانون، حيث نصت على ذلك التشريعات القانونية، وهو ما تضمنته نصوص قانون الأحوال، الشخصية، اوضحت بان الزوجة اذا اصابها ضرر بسبب التعسف في طلاقها من قبل الزوج، كان الأخير ضامناً، بمقدار درجة تعسفه، وعلى ان لا يتجاوز التعويض المقدر من قبل المحكمة مقدار نفقة سنتان. (المادة ٣٩/٣ ف من القانون المذكور)

فإذا أضر الزوج بسمعة زوجته، بطلاقه اياها، وخصوصاً في حال كان الطلاق بدون سبب معتبر يدعو اليه، يكون متعسفاً في ايقاعه، فهذه الإساءة ترفضها الشرائع، وفي مقدمتها الشريعة الإسلامية، و حتى القوانين النافذة، مقررة ذلك بقواعد المسؤولية المدنية التي تستوجب رفع الضرر قدر الإمكان بإحدى اشكال التعويض، وهذا ما نلمسه عملياً في قرار حكم المحكمة الاتحادية الذي اصدرته بشأن تعويض المرأة عن طلاق زوجها التعسفي حين اعتبرت المحكمة "التعويض الذي تقرضه المحكمة على الزوج للزوجة، عن طلاقه التعسفي، غير مخالف لأحكام الدستور الخاصة بتعاليم الدين، حيث يقع كما اسس له الدستور العراقي، فالأخير قد أخذ بالدين الاسلامي وثوابته، ولم يأخذ بمصطلح الشريعة الإسلامية او مصطلح الفقه الاسلامي مثل ما اخذت به بعض الدساتير للدول الاسلامية في بعض الدول الاسلامية الاخرى، مثل سوريا مصر والامارات وغيرها من الدول الاسلامية حيث ان الفقرة أ من المادة الثانية من الدستور، قررت بعدم جواز سن قوانين تتعارض مع الاحكام والثوابت التي جاء بها الاسلام، اي ان هذه المحكمة اعتبرت الحكم الذي ورد في قانون الاحوال، والذي قد أعطي للزوجة الحق بمطالبة زوجها بأن يدفع تعويض عن طلاقها المتعسف، موافقاً لأحكام الدستور وغير مخالف لها؛ وبالتالي فان قرار المحكمة قد اخذ بثوابت الدين الاسلامي، التي تقرر بعدم اطلاق الحقوق، بالتالي ليس من الجائز التوسع بها، فهي مقيدة بضرورة عدم الاضرار بالغير ومنها الزوجة، صحيح ان الاسلام قد قرر الحقوق

إلا أنه يجب ان لا ينتج عن استعمالها الاضرار بالآخرين بالتعسف باستعمال الحقوق ". (احوال شخصية، القرار ١٨٤ ، ٢٠١٨)

ولقد حرص المشرع العراقي على الأخذ بأسس أو شروط التعسف في استعمال حق الطلاق ،حيث أنه قد اعتبر الزوج الذي يوقع الطلاق دون مبرر معقول، متعسفاً في التعامل مع هذا الحق ،ويترتب عليه التعويض عن الضرر الذي أصاب مطلقته من جراء ذلك ويتناسب هذا التعويض مع حالة الزوج المالية ودرجة التعسف.(المادة ٣٩ /ف ٣) من قانون الأحوال الشخصية، ومن المعايير التي تعتمد غالباً لاعتبار الطلاق تعسفياً، هي:

١- أن يقع الطلاق من قبل الزوج دون مبرر، أو ضرورة تدعو اليه.

٢- أن لا يكون ايقاعه ناتجاً عن سوء تصرف الزوجة.

٣- أن لا يكون برضا الزوجة أو طلبها.

٤- أن يكون الطلاق سبباً في وقوع الضرر بالزوجة.

فإذا ما توفرت هذه المعايير، بدعوى الطلاق، فيعتبر الزوج متعسفاً في استعمال حق الطلاق،مع ملاحظة ان الطلاق اذا وقع بناء على طلب زوجته فتكون قد أسقطت حقها بالمطالبة عن التعويض؛ لأنها تعتبر السبب في الطلاق وبالتالي لا يكون الزوج متعسفاً في استعمال حق الطلاق، حيث جاء في احد القرارات القضائية "نقض الحكم الصادر من محكمة الأحوال الشخصية في الكرخ المرقم ٣٣١/ش/١٩٩٦ في ١٩٩٦/١/٢٨ من جهة التعويض عن الطلاق التعسفي لان المحكمة المذكورة لم تحكم بالتعويض للمدعى عليها طبقاً للمادة (٣/٣٩) أحوال شخصية وان وقائع الدعوى تبين أن المدعى عليها التي طلبت الطلاق وأقام شاهدين خارج المحكمة وأقيمت الدعوى لتصديق الطلاق بناء على طلب المدعي ويستنتج من هذا القرار انه يجوز الحكم للزوجة بالتعويض عن الطلاق التعسفي حتى إذا كانت هي التي طلبت الطلاق بينما القرار التمييزي السابق المرقم ٢٤٢٦/ش/شخصية ٩٦/ في ١٩٩٦/٨/١١ لم يجيز الحكم للزوجة بالتعويض عن الطلاق التعسفي إذا كانت قد طلبت الطلاق من زوجها"، مع ملاحظة نص المادة (٣/٣٩) أحوال شخصية ، انه قد قصر حالة التعسف بأستعمال حق الطلاق على الزوج فقط فذكرت (إذا طلق الزوج زوجته..)؛ لأنه غالباً ما يملك هو حق الطلاق، رغم أن القانون ذاته أعطى للزوجة حق تطليق نفسها إذا كانت موكلة بهذا الحق من قبل زوجها، ونؤيد اتجاه القانون العراقي بتقييد حالة التعسف على الزوج فقط في استعمال حق الطلاق؛ لأنه وان لم يكن هناك مانع من شمول الزوجة بهذا التعسف بناءً على إساءة استعمال الحق ، إلا ان القول بذلك افتراضاً يؤدي الى اجبارها على الرضوخ تحت سطوة الزوج ،حال عدم قدرتها على اثبات الضرر من استمرار الزواج في ظل صعوبة تجاوز العقبات في المجتمع الحالي ، وخصوصاً اذا كانت المنفعة المرجوة من الفراق، تفوق الضرر المتحصل من استمر الحياة الزوجية ، اصف لذلك أن الزوج يكون على علم مسبق، بناءً على تفويضه اياها بإيقاع هذا الطلاق متى ارادت ،بأن زوجته قد توقعه للتخلص منه بدون موافقته. (<https://m.facebook.com/AliHadiAISaidiLawyer>)

نستنتج من ذلك ، انه لكي يثبت القاضي بتعسف الزوج في إيقاع الطلاق، و تستحق الزوجة تعويضاً عن الطلاق المتعسف، لا بد من الشروط التي حددتها المادة (٣٩ /ف ٣) أحوال شخصية ، حيث نصت على "إذا طلق الزوج زوجته وتبين أن الزوج متعسف في طلاقها وان الزوجة أصابها ضرر من جراء ذلك تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويض يتناسب وحالته المالية ودرجة تعسفه يقدر جملة على أن لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة الأخرى"، ولعل من المناسب ان نورد تساؤلاً مفاده، بما ان التعويض يدور وجوذاً وعدمًا مع الضرر الذي يصيب المطلقة

تعسفاً، فما هو الحكم لو تعسف الزوج بالطلاق وكان الطلاق رجعيًا وخلال فترة العدة الشرعية ورجع الزوج إليها، فهل تستحق الزوجة التعويض أم لا ؟

ان الضرر يصيب الزوجة بمجرد (طلاقها دون سبب راجع اليها)، سواء كان ضرراً مادياً ام معنوياً، حيث إن فعله يدخل تحت إطار إساءة استعمال الحق ،بالتالي فإن الزوجة تستحق التعويض المالي ولو أعيدت إلى بيت الزوجية بالطلاق الرجعي ضمن فترة العدة الشرعية للطلاق الرجعي؛ لانها تملك حق اكتسبته بالحكم ،وهو التعويض بالتالي فهي بالخيار، إن شاءت نفذته أو تتنازل عنه، وقد لا تقيم دعوى المطالبة بالتعويض ، وإن كانت المحكمة قضت للزوجة تعويضاً ثم أعيدت الى الزوج بالطلاق الرجعي، فلها أن تعيد التعويض لزوجها أوان يبرئها منه كل ذلك حسب الظروف العائلية التي تحيط بهما .(الدسوقي ، ٢٠٠٧، ٢١٣)

المبحث الثاني

التعويض بالتفريق القضائي، وتشطير التعويض

وسنقسم هذا المبحث الى مطلبين متواليين، في المطلب الأول نتناول التعويض بالتفريق القضائي، وفي المطلب الثاني منه نتناول تشطير التعويض .

المطلب الأول: التعويض التفريق القضائي

نتعرف في الفرع الاول منه الى ماهية التفريق القضائي، وفي الفرع الثاني نتناول امكانية تشطير التعويض بين الزوجين

الفرع الاول: ماهية التفريق القضائي

يقصد بالتفريق في اللغة ،معان متعددة منها انه" خلاف الجمع ، ومنه التفريق والافتراق ، وتفريق الرجلان : ذهب كل منهما، او يأتي بمعنى القسمة ، فالتفرقة بين الاشياء يعني قسمتها، وقد يأتي بمعنى التمييز ، اي ميز بين الاشياء ، او ميزها بعضها من بعض، او قد يقصد به التبدد اي تبدد الشيء وتلاشى".(ابادي ، ١٩٨٣، ٢٨٣)

اما مصطلح التفريق القضائي، فيقصد به: " انهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناءا على طلب احدهما لسبب كالثقاق والضرر وعدم الانفاق، او بدون طلب من احد حفظا على حق الشرع كما لو ارتد احد الزوجين" (امام، ١٩٧٧، ١٩٧)، او هو " حل عقدة النكاح بحكم القاضي حالا او مالا بناءا على أمر الشرع ، او طلب احد الزوجين".(النجار، ٢٠٠٤، ٦)

ويتضح من هذه التعاريف ، بأن طلب التفريق القضائي ليس حكراً على الزوجة وحدها ، وانما بإمكان الزوج ايضا ان يتقدم للقضاء لطلب التفريق عن الزوجة اذا ما لحقه ضرر من الزواج بها ولم يشأ استعمال سلطة الطلاق، وهذا ما يظهر بوضوح من نص م(٤٠) من قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ، حيث استفتحت بالقول: " لكل من الزوجين طلب التفريق عند توفر احد الاسباب الاتية .."والمادة التي نصت على: " لكل من الزوجين طلب التفريق عند قيام خلاف بينهما ، سواء اكان ذلك قبل الدخول ام بعده"،وهو على ثلاثة انواع:

١- طلب التفريق من قبل الزوجين بسبب الثقاق .

٢ - طلب التفريق من قبل الزوجين بسبب الضرر .

ويمكن ان تطلب الزوجة التفريق بوحدة من الاسباب الأخرى التي ذكرتها المادة ٤٣ من القانون.

الفرع الثاني: التعويض في حالة التفريق

وستنقسمه تبعاً الى أولاً التعويض بسبب التفريق الشقاق، وثانياً: التعويض عند التفريق القضائي بسبب الضرر.

أولاً : التعويض بسبب التفريق الشقاق

يعد التفريق بسبب الشقاق، من أهم انواع التفريق التي جاء بها قانون الاحوال الشخصية العراقي، عندما يصبح استمرار الحياة الزوجية غير ممكنة ؛دفعاً للحرص الذي قد يصيب احدهما وجلباً للتيسير، ويعتبر التطبيق بسبب الشقاق وسيلة قضائية متاحة أمام كلا الزوجين ، وإن كان وسيلة مهمة تمتلكها الزوجة ؛ للتيسير لها وتجنباً للمشقة ، وإن الله تعالى قرر حكمه في محكم كتابه المجيد بقوله : { وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا أَنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقَ اللَّهُ بَيْنَهُمَا أَنْ اللَّهُ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا } .(آية ٣٥ ، سورة النساء)

وإن المشرع العراقي تكلم عن التفريق للشقاق والتفريق للضرر في مادتين مختلفتين في المواد (٤١،٤٠)؛ لأن كلا منهما يعد سبباً مختلفاً عن الآخر اختلافاً كبيراً، فان مصطلح الضرر مفهوم عام يندرج تحته كثيراً من حالات بعيدة عن وصف الشقاق، وعليه حدد المشرع العراقي في معنى الشقاق فقال: انه إيذاء الزوجة بالقول أو الفعل كالضرب المبرح والشتم المقذع أو أن يحملها الزوج على فعل ما حرم الله، أو يهجرها بالفراش، أو بأن يعرض عنها من غير سبب وما أشبه ذلك من أوجه الإيذاء.

ان أهم الأحكام التي رتبها قانون الاحوال الشخصية عند الحكم بالتفريق بالشقاق، هي فرض التعويض على الطرف المتسبب في الفراق ويتخذ التعويض في هذه الحالة صورة دفع المهر المؤجل من قبل الزوج ، او التنازل عنه في حال كانت المرأة هي المتسببة في صدور الحكم بالتفريق، نصت الفقرة الرابعة من المادة الأربعين على أنه "يسقط المؤجل من المهر إن كان التصير من قبل الزوجة، فإذا كانت الزوجة قد قبضت جميع المهر يحكم عليها برد ما لا يزيد على نصف المهر للزوج" وهذا التحديد من المشرع العراقي تحديد سيئ ربما نتج عنه ضرر للزوج، وكان من الأولى أن لا يعيد البديل الذي تدفعه الزوجة ، إلا أنه قد يكون من العدالة في بعض الحالات التي تدفع الزوجة بدلاً مساوياً للمهر أو أكثر منه إذا ما ظهر سوء قصدتها وتعتمدها في إحداث الشقاق لكي تنفصل عنه وتلحق بزواج آخر بناء على تقاهم سابق.

(الكبيسي، ٢٠١٥، ٢٤٢)

ففي التفريق للشقاق، فإن كلا الطرفين سواء كان (الزوج أو الزوجة) متساويان ،في إنهاء علاقتهم الزوجية ، أو من حيث استطاعتهم على الحصول على التعويض المقدر من المحكمة ،حيث لا يتطلب لذلك إلا أن تكون مسؤولية الزوج المدعى عليه ، ثابتة بالطرق والشروط القانونية المقررة ،فبالإضافة الى الدعوى الأصلية، يقدم المدعي طلب مستقل مدفوع عنه الرسوم القضائية لغرض الحكم قضائياً بالتعويض ، و على المحكمة واجب مراعاة الدقة في تقرير مسؤولية كلاً من الزوجين في سبب التفريق، أي أن المحكمة تراقب احقية الزوجين في استعمال احدهما مصطلح الشقاق، و تتكون قناعة المحكمة عن طريق الجلسات التي تعقدها بحضور كلا الزوجين بغرفة المشورة ، مع الأخذ بنظر الإعتبار حضورهم أو تخلف احدهم عن الحضور، وكل المحاولات التي تقوم بها المحكمة لغرض إصلاح ذات بين الزوجين.(نص الفقرة الرابعة من المادة نفسها)

ولا يمكن نسيان دور التقرير الذي يعده الحكمان ،حيث انهما يقومان بالتعرّف على أسباب الخلاف ،وإذا ما فشلوا في التوصل الى الإصلاح بينهما ، يبلغان المحكمة على الزوج المتسبب في صعوبة الوصول الى الصلح، و بعد كل ذلك تتولد لدى المحكمة القناعة بطلب التعويض المقدم من عدمه، نصت الفقرة الثالثة من المادة نفسها ،على انه: " على

الحكمين أن يجتهدا في الإصلاح، فان تعذر عليهما ذلك رُفعا الأمر إلى القاضي موضحين له الطرف الذي ثبت لهما أنه هو المقصر فإن اختلفا ضم القاضي إليهما حكما ثالثا". (حاميدي، ٢٠٠٨، ٨٣)

ومن القرارات القضائية حول هذا الموضوع "الدعوى المدعية بواسطة وكيلها وطلبها الحكم بالتفريق القضائي للخلافات والمشاكل الدائرة بينها وبين زوجها الداخل بها المدعي عليه وللمرافعة الغيابية العلنية وعقد الزواج الصادر من محمة الاحوال الشخصية في .. بعدد .. بتاريخ .. المتضمن زوجية الطرفين واستجواب هذه المدعية عن ماهية الخلافات وللبيئة الشخصية التي استمعت اليها المحكمة وتقرير البحث الاجتماعي المؤرخ / ترى هذه المحكمة مما تقدم ان الخلافات بين طرفي الدعوى بسيطة وغير مستعصية وامكانية حلها باللجوء الى وسائل اخرى وكونها لا تستوجب فصح عرى العلاقة الزوجية ولا بد فصح المجال لهما بغية اصلاح ذات البين بينهما لذا ومما تقدم قررت المحكمة الحكم برد دعوى المدعية وتحميلها رسوم الدعوى ومصاريفها وصادر الحكم غيابيا قابلا للاعتراض والتميز على وفق المواد ٢٢ و ٧١ اثبات و ١٥٦ و ١٥٩ و ١٦١ و ١٦٦ مرافعات مدنية وافهم علنا في ٢١/٧/٢٠١٣" (تميز كوردستان، ٢٠١٣، ١٧)

ومن الفقه من يرى بأن تقرير التعويض من قبل المشرع في التطلاق للشقاق، من شأنه أن يعمل على تخفيف من مساوئه التي تتمثل في سهولة إنهاء الحياة الزوجية؛ حيث ان تحميل أحد الزوجين بالتزامه بالتعويض، يعمل على دفع الزوج الذي يطلب التفريق للشقاق، للتراجع عن طلبه إذا كان السبب الذي يتمسك به تافهاً، كما أن المشرع حسنا فعل عندما قررّ إن التعويض يشمل الطرفين معا؛ وذلك لأن واجب المحافظة على استقرار الأسرة تحت مسؤوليتهم معا وهذا ما يقتضيه الحكم بالإنصاف والعدل، فمن مظاهر الموازنة و المساواة بين الزوج وزوجته بعد انتهاء علاقتهم الزوجية ، الحكم بالتعويض لفائدة الزوج عن الضرر الذي لحقه بسبب التطلاق للشقاق، الذي تسببه زوجته .

(الأخرسي، ٢٠٠٥، ١٩٢)

إن المبرر القانوني للمطالبة بالتعويض عن الضرر في التفريق للشقاق، يجد أساسه في قواعد المسؤولية التقصيرية ، وتعتبر المادة (٢٠٧) من القانون المدني العراقي و الخاصة بتقدير التعويض في المسؤولية التقصيرية انموذجاً لذلك، و التي نصت في الفقرة ١ منها على : " تقدر المحكمة التعويض في جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر و ما فاته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعة للعمل غير المشروع" ، فهي احدى اهم الأسس في المطالبة بالتعويض للضرر في التفريق القضائي للشقاق (الذي تحكمه قواعد المسؤولية التقصيرية)، حيث إن هذه المسؤولية تستغرق جميع الأفعال التي تشكل خطأ يستحيل معها دوام الحياة الزوجية، سواء كان هذا الخطأ ،سلوك الزوج المضر بالزوجة أو خرقة للحقوق والواجبات ، او كان للخطأ طابع جرمي مثل الخيانة الزوجية والضرب طابع جرمي كالاغتداء بالضرب والخيانة الزوجية.(الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ١٩٨٠، ٢٤٠)

ومن التطبيقات القضائية حول هذا الموضوع ، "وحيث أن المحكمة قد قامت بجلسة الصلح الأولى/و قد بينت الأخيرة ،بأن محاولة الصلح لم تفلح في غايتها، وأصرت الزوجة على طلب التفريق... وحيث أن زواج المدعى عليه بدون علم ورضا زوجته الأولى ، فيلحق بها ضررا ماديا ومعنويا، مما يجعل لها الحق في طلب التعويض عن هذه الأضرار". (الفخوري، ٢٠٠٧، ١١٨)

وجاء ايضاً: "لكن حيث أن المحكمة سببت قرارها، بأن فشل محاولة الصلح بين الزوجين كان بسبب إصرار الزوجة طالبة التفريق على بقاءها في الخارج، وهو ما تستحيل معه المعاشرة الزوجية بينهما، ويجعل طالبة التفريق مسؤولة عن إنهاء العلاقة الزوجية، والمحكمة لما حكمت عليها تبعا لذلك بالتعويض المذكور لفائدة زوجها ،طبقا للمادة ٩٧ المحتج بها ووفق

سلطتها التقديرية في تحديد المبلغ المناسب فإنها تكون بذلك قد بنت قضائها على أساس ذلك، وعَلَّت قرارها بذلك تعليلاً كافياً". (محكمة تطوان، ٢٠٠٦، ١٢٠،)

ثانياً: التعويض عند التفريق القضائي بسبب الضرر

نصت المادة ٤٠ من قانون الاحوال، على أنه لكل من الزوجين طلب التفريق عند توفر واحدة من هذه الأسباب ، وتشمل :

١- الإنحرافات الأخلاقية، إذا ما قام أحد الزوجين بارتكابها، حيث أنه يعتبر والحال هذا مضرًا بجميع الأسرة، سواء الزوج الآخر والأولاد بما يبرر للطرف الآخر طلب التفريق ، وتشمل :

آ- الإدمان على تناول المخدرات او المسكرات قد سماها الإسلام أم الخبائث، حيث أن الإعتياد على تناول هذه السموم من أشد الخبائث التي تعمل على هدم الأسرة و المجتمع ولعل متعدّدة ،وقد أوجب المشرّع أثبات ذلك على المدعي بتقرير طبي.

ب- القمار في مسكن العائلة، فهو احد الأسباب الموجبة للفرقة بين الزوجين حسب نص (الفقرة الأولى من المادة ٤٠) من قانون الاحوال الشخصية.

٢- وكذلك الخيانة الزوجية اي الزنا، ويدخل في حكمه ان يرتكب الزوج فعل اللواط ، حسب نص (الفقرة الثانية من المادة ٤٠) من القانون المذكور آنفًا.

٣- الزواج دون السن القانوني بدون إذن القاضي ، فإذا تزوج شخص، وكان دون سن الثامنة عشر بإذن القاضي ، فالأمر لا إشكال فيه ، أما إذا تم بدون أذنه فيمكنه المطالبة بالتفريق، حسب نص (الفقرة الثالثة من المادة ٤٠) .

٤- ان يتم عقد الزواج بالإكراه بدون القيام بإجراءات المحكمة، فإن القانون يعتبره عقدًا باطلاً إذا تم الدخول، إلا أن بطلانه لا يمنع الزوج المكروه من حقه في المطالبة بالتفريق القضائي، حسب نص (الفقرة ٤ من المادة ٤٠) .

٥- الزواج بدون اذن وموافقة المحكمة ؛ فإذا تزوج الزوج زوجة أخرى، دون موافقة المحكمة فالأولى مخرية بين أن تطلب التفريق، أو تحريك دعوى جزائية فإن ارادت التفريق، ليس لها الحق في تحريك الدعوى الجزائية ، ويفرق القاضي بينهما حسب نص(ف٥ من م ٤٠)من القانون الاحوال.

وقد اعتبر القضاء التشهير والإساءة الى السمعة باتهام الزوج لزوجته بشرفها ، ضرراً من قبيل الأضرار المعنوية التي تتوجب التفريق حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية: "اتهام الزوج لزوجته بشرفها يعد ضرراً من قبيل الأضرار المعنوية يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية ويكون سببا جسيما يوجب التفريق". (حرجان، ٢٠١٧، ٣٢،)

بعد بيان انواع حالات التفريق للضرر المتقدمة بشكل موجز، نستخلص ان التعويض المحكوم به للزوج المتضرر من زوجه الآخر، كان تطبيقاً لعدة قواعد فقهية وافقتها التشريعات المعاصرة، مثل قاعدة(لا ضرر ولا ضرار)، أو تعسف الزوج في استعمال الحق، في تطبيق زوجته بأن لم يكن هناك سبب يدعو اليه، بالتالي يتوجب عليه التعويض ؛لان المرأة عادة ما تصاب بالضرر نتيجة الطلاق، و تتأثر سمعتها بين اقرانها ، و احدى أسسه (من استعمل حقه استعمالاً غير جائزاً وجب عليه الضمان) ، بالتالي يكون التعويض عن ضرر الطلاق التعسفي قد اجازه الشرع والقانون.(موافي، ١٤١٨، هـ، ٧٢١)

ان نصوص قانون الاحوال الشخصية العراقية ،عند تشريعه لم يشير الي احكام التعويض في التفريق للضرر، إلا ان المادة (السادسة) مدني عراقي اشارت الي ان "الجواز الشرعي ينافي الضمان"، "ومن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر" كما وأن المادة (٧) فقرة (١) منه تنص علي "ان من استعمال حقه استعمالاً غير جائز، وجب عليه الضمان"، إلا انه اشار الي التعويض عن الطلاق التعسفي بالقانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٥ المعدل لقانون الاحوال الشخصية، وعدّل المادة ٣٩ من قانون الحوال الشخصية العراقي واصبحت الفقرة الثالثة الحالية من المادة ٣٩ من قانون الاحوال الشخصية العراقي، تشير الي انه اذا كان الزوج متعسفاً في التظليق، وقد اصاب الزوجة ضرر وطلبت التعويض، فتحكم المحكمة على مطلقها بتعويض مناسب مع حالته المالية و درجة تعسفه على ان لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة الاخرى، وجاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية في العراق انه: "على المحكمة التحقيق في اسباب الطلاق لتحديد درجة التعسف حيث ليس كل طلاق خارجي يعني التعسف" وفي قرار آخر ذكرت: "ان سبب ايقاع الطلاق يعتبر معياراً لتحديد درجة التعسف والتعويض" و "ان نفقة السنتين للطلاق التعسفي ليس مطلقة حيث هذه النفقة تكون عندما تكون درجة التعسف ١٠٠% وللمحكمة سلطة تقديرية في ذلك".

(<https://www.krjc.org/Default.aspx?page=article&id=732&l=3>)

المطلب الثاني: الاتفاق على مبدأ التعويض وتشطير التعويض

يمكن القول بأن التعويض الإتفاقي، وسيلة أوجدتها الإرادة لغرض تعزيز تنفيذ الالتزامات ويكون اتفاقاً مسبقاً على امكانية تقدير او إحتساب التعويض المستحق لأحد الزوجين في حالة وقوع الضرر عليه من سوء تصرفات الطرف الآخر، حين إقدامه على إنهاء الحياة الزوجية بالطلاق أو بالتفريق القضائي، هذه حالة وهناك حالة اخرى لا بأس من التكلم عنها حتى ولو بإيجاز، وهي حالة عدم وجود هذا الاتفاق، بل وجود المسؤولية المشتركة لكلا الزوجين في الطلاق أو التفريق، فالمحكمة بسلطتها التقديرية الواسعة يمكنها ان تحمل كلا الزوجين مسؤولية انهاء الرابطة الزوجية بالطلاق أو التفريق حسب الوقائع، ومن تم تشطير المسؤولية بين الزوجين، وعلى ضوء ما سبق نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول التعويض الإتفاقي ونخصص الفرع الثاني لتشطير المسؤولية عند تقدير التعويض.

الفرع الأول: التعويض الإتفاقي

إن من الجائز إعمال القواعد المتعلقة بالتعويض الإتفاقي عند انتهاء الرابطة الزوجية؛ فليس فيه ما يخالف النظام العام والآداب العامة، بالرغم من أن قانون الاحوال الشخصية العراقي لم يتضمن النص الصريح الذي يجيز أو يمنع الزوجين على الاتفاق مقدماً على القيام بإعطاء أحدهما الآخر تعويضاً، إذا ما بادر إلى إنهاء علاقتهما الزوجية، وإن هذا الاتفاق يجد سنده في نظرنا في القواعد العامة التي وردت في قانون الالتزامات والعقود والتي تجعل من العقد الشريعة لكلا المتعاقدين، وأن الاتفاقات التي تنشأ على وجه صحيح تقوم مقام القانون للأشخاص التي أنشأتها مادامت لا تعارض نصاً صريحاً، ولا تخالف النظام العام والآداب العامين. (الحكيم، ١٩٧١، ٣٢)

ويلاحظ بان القانون المدني قد تطرق الى الشرط الجزائي حينما نص على

١- يجوز للمتعاقدين ان يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق ويراعى في هذه الحالة احكام المواد ١٦٨ ، ٢٥٦ ، ٢٥٧ ، ٢٥٨ .

٢- ولا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً اذا أثبت المدين ان الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز تخفيضه اذا اثبت المدين ان التقدير كان فادحاً او ان الالتزام الاصلي قد نفذ في جزء منه ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف احكام هذه الفقرة .

٣- أما إذا تجاوز هذا الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن ان يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا اذا أثبت ان المدين قد ارتكب غشاً او خطأ جسيماً". (المادة ١٧٠ مدني عراقي)

وعلى ضوء ما سبق نقترح على المشرع العراقي اضافة مادة في قانون الأحوال الشخصية تنص على امكانية ان يتفق الأطراف مقدماً على ترتيب التعويض في حالة قيامه بفعل يسبب ضرراً مادياً أو ادبياً للزوج الآخر، فيمكن لأي من الزوجين الحصول على التعويض الاتفاقي من الآخر وفق شروط معينة مسبقاً، خصوصاً وأن هذه الشروط تصبح جميعها ملزمة طبقاً للقاعدة الفقهية "المؤمنون عند شروطهم" والتي تنص على أن جميع الشروط ملزمة، إلا الشروط التي تخالف أحكام ومقاصد العقد، والتي تخالف النظام والآداب العامة، والقواعد الآمرة للقانون. (مكارم، ١٤١١ هـ، ٣٢٥)

الفرع الثاني: إنقاص التعويض

إن المسؤولية العقدية تنشأ من عدم تنفيذ المدين الملتمزم بهذا العقد، لالتزامه الذي نشأ عن العقد، وتحقق الضرر الذي يمس بمصلحة أو حق الغير، لكن قد يحدث ان يكون للمتضرر دور في تحمله هذا الضرر، وتبقى السلطة للمحكمة في تقدير هذه المسؤولية وتحقق مسؤولية المدين وتحملها من قبله كاملة بتفريدها اي ان المسؤولية كاملة تقع على فرد او شخص واحد فقط ، كما وللمحكمة ان تجعل كلا اطراف العقد مسؤولة عن الضرر الحاصل لأحدهما ، فالمسؤولية غير مقتصرة عليه، بالتالي انقاصها وجعل المدين غير ملتزم بها كاملة (تشطيرها)، على اعتبار التشطير هو نتيجة حتمية لوجود خطأ المتضرر الذي اقترن بخطأ المدعى عليه، حيث نصت المادة ٢١٠ مدني عراقي على: "يجوز للمحكمة ان تنقص مقدار التعويض او الا تحكم بتعويض ما اذا كان المتضرر قد اشترك بخطئه في احداث الضرر او زاد فيه او كان قد سؤاً مركز المدين" ، ويصعب على القاضي في كثير من الأحيان تحديد مسؤولية كل من المضرور والمدعى عليه، ويصعب عليه أيضاً معرفة نسبة مساهمة كل منهما في إنتاج الضرر، فالعبرة في ذلك هو مدى توفر ورجحان علاقة السببية بين فعل المضرور والمدعى عليه من جهة والضرر الحاصل من جهة أخرى، حتى يمكن للقاضي تقدير نسبة مساهمة المضرور في إنتاج الضرر، وتقدير التعويض العادل للمضرور. (ريضي، ٢٠١١، ١٦٥)

ولا مانع من ان ينطبق على إنقاص التعويض وتشطير المسؤولية، في القواعد العامة التي وردت في القانون المدني، ما ينطبق على المسائل والملابسات التي يتم الرجوع اليها في تقدير التعويض عند إنتهاء العلاقة الزوجية، وسندنا في ذلك إن المشرع قد اعطى السلطة التقديرية كاملة للمحكمة لتشكيل قناعتها في تقرير الزوج الذي يتحمل المسؤولية الأكبر في إنهاء العلاقة الزوجية ويمكن ان نذكر ببعض الاجتهادات القضائية التي عملت على تشطير التعويض بين الزوجين، ففي احد القرارات القضائية قد جاء: "... وحيث أنه ثبت للمحكمة بالإطلاع على وثائق الملف أن الزوج المدعى عليه قد ساهم فيما انتهت به العلاقة الزوجية والتي آلت الى التطلق، نظراً لمدة الاقتران والتي استمرت اكثر من ثلاثة عشر سنة، الأمر الذي شكل ضرراً للمدعية تستحق عنه التعويض والذي تقدره المحكمة في مبلغ مقداره ألفاً درهم لا غير".

(<https://www.youm7.com/story/2020/10/30>)

الخاتمة**النتائج**

- ١- الخطبة مقدمة الزواج وحكميا تابع له ؛ فمن لم يصح زواجها لا تصح خطبتها، وهي ليست عقداً، بل وعد بالتعاقد، وهذا التكييف متفق عليه بين المذاهب الإسلامية كلها.
- ٢- على المتضرر في الخطبة الإلتجاء الى قواعد المسؤولية التقصيرية في القانون المدني وحسب كل حالة ، وإقامة الدليل على تحقق الضرر، وإثبات العلاقة السببية، فهي نقطة الوصل بين الضرر المتحقق وفعل التعدي، وهي لا تستوجب التعويض إلا إذا رافق ذلك افعال ضارة موجبة للمسؤولية التقصيرية ، وكانت نتيجة وقوع هذه الافعال الضرر المادي والمعنوي الذي يصيب الطرف الآخر بسبب التعسف في استعمال الحق ،بتوافر الشروط المعينة قانوناً.
- ٣- اذا وقع احد الزوجين الطلاق ، دون ان يستند الى اي مبرر موضوعي أو قانوني، يكون من أوقعه متعسفا في استعمال هذا الحق، حيث ان الإسلام قد حرّم الطلاق بدون مبرر معتبر يدعو إليه حسب (المادة ٣٩ / ف ٣) من قانون الأحوال الشخصية.
- ٤- لكي يبت القاضي بتعسف الزوج في إيقاع الطلاق، و تستحق الزوجة تعويضاً عن الطلاق المتعسف ،لا بد من الشروط التي حددتها المادة (٣٩ / ف٣) أحوال شخصية .
- ٥- . إن المبرر القانوني للمطالبة بالتعويض عن الضرر في التفريق للشقاق، يجد أساسه في قواعد المسؤولية التقصيرية.
- ٦- ان التعويض المحكوم به للزوج المتضرر من زوجه الآخر، كان تطبيقاً لعدة قواعد فقهية وافقتها التشريعات المعاصرة، مثل قاعدة(لا ضرر ولا ضرار)، أو تعسف الزوج في استعمال الحق، في تطليق زوجته بأن لم يكن هناك سبب يدعو اليه و (من استعمل حقه استعمالاً غير جائزاً وجب عليه الضمان).

التوصيات

- ١- نقترح على المشرع العراقي اضافة مادة في قانون الأحوال الشخصية تنص على امكانية ان يتفق الأطراف مقدماً على ترتب التعويض في حالة قيامه بفعل يسبب ضرراً مادياً أو ادبياً للزوج الآخر، فيمكن لأي من الزوجين الحصول على التعويض الإلتقائي من الآخر وفق شروط معينة مسبقاً، خصوصاً وأن هذه الشروط تصبح جميعها ملزمة طبقاً للقاعدة الفقهية "المؤمنون عند شروطهم".
- ٢- نقترح على المشرع العراقي النص على انقاص التعويض المترتب على انهاء العلاقة الزوجية على اعتبار التشطير هو نتيجة حتمية لوجود خطأ المتضرر الذي اقترن بخطأ المدعى عليه .
- ٣- ضرورة قيام الجهات المعنية بحقوق الأسرة بتنظيم حملات توعية الافراد بحقوقهم وواجباتهم ضمن الأسرة ، والنتائج المترتبة على الاخلال بالالتزامات، سواء كانت هذه الحملات اعلانات مرئية او مسموعة ، او ورقية ؛ وصولاً لمجتمع مثقف بحقوقه والتزاماته.

المصادر والمراجع

الكتب

١. القرآن الكريم
٢. أحمد علي جرادات، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية الجديد الزواج والطلاق، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٢.
٣. أحمد موافي، الضرر في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، السعودية، ١٤١٨ هـ.
٤. أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في إقليم كردستان العراق، دار الكتب القانونية، القاهرة. د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء التاسع، الطبعة الأولى، دمشق.
٥. محسن عبدالقادر صالح، الخطبة والضرر الناتج عنها في قانون الأحوال الشخصية العراقي (دراسة مقارنة)، مجلة كلية القلم الجامعة/كركوك - (العدد ٤) السنة ٢٠١٨.
٦. أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، ج ١، الطبعة الثالثة، العاتك لصناعة الكتاب، لبنان، ٢٠١٠.
٧. أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية، الجزء الأول، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، ٢٠١٥.
٨. أدريس الفاخوري، العمل القضائي الأسري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الآفاق المغربية للنشر، المغرب، ٢٠٠٧.
٩. أسامة محمد منصور الحموي، آثار العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج ٢٧، العدد ٣، ٢٠١١.
١٠. اسماعيل أمين نوابضه، أحمد محمد المومني، الأحوال الشخصية فقه النكاح، دار المسيرة، عمان، ٢٠١٠.
١١. الفيروز ابادي، القاموس المحيط، ج ٣، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٣.
١٢. أمين دواس، معايير التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، رسالة ماجستير غير منشورة، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، عمان، ١٩٩١.
١٣. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية "مصادر وأحكام الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
١٤. سالم عبد الغني الرفاعي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، دار ابن حزم، بيروت، ٢٠٠٢.
١٥. سعاد الأخرسي، مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، مسار التعديلات ومطالب الحركة النسائية، دار السلام للطباعة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥.
١٦. عادل حامدي التطليق للشقاق وإشكالاته القضائية، الطبعة الأولى، مطبعة الأمنية بالرباط، ٢٠٠٨.
١٧. عبد المجيد الحكيم، -عبد الباقي البكري، وآخرون، مصادر الإلتزام، ج ١، المكتبة القانونية، بغداد، ١٩٨٠.
١٨. عبد الهادي أبو أصبع الأحكام الشرعية لأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ١٩٩٤.
١٩. عبدالمنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، أحكام الإلتزام، ج ٢، مطبعة المدني، القاهرة، من دون سنة طبع
٢٠. عبدالوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، ١٤١٠ هـ، ١٩٩٠ م.
٢١. عيسى ربضي، مسؤولية الناقل الجوي الدولي عن الضرر الواقع على الأشخاص وأمتعتهم، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١١ م.
٢٢. فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، جامعة السليمانية، ٢٠٠٤.
٢٣. محمد الكشور، شرح مدونة الأسرة، ج ١ الزواج، الطبعة الأولى ٢٠٠٦، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.
٢٤. محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشريعة، ج ٢٢، مطبعة مؤسسة آل البيت، الطبعة الثالثة، ٢٠١٣ م.
٢٥. محمد عرفة الدسوقي، حاشيته، ج ٣، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، ٢٠٠٧.
٢٦. محمد كمال الدين امام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، ١٩٧٧.

٢٧. ناصر مكارم، القواعد الفقهية، ج ٢، الطبعة الثالثة، مطبعة مدرسة الإمام أمير المؤمنين (ع)، كربلاء، ١٤١١هـ.
٢٨. نايف محمد الرجوب، احكام الخطبة في الفقه الاسلامي، بدون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، لبنان .
٢٩. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي، مطبعة دار الفكر، دمشق، ١٩٨٢.
٣٠. يوسف البحراني، الحقائق الناظرة، ج٢٣، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين، قم المشرفة، ١٤٠٥ هـ.

البحوث والرسائل

١. عدنان علي النجار، التفريق القضائي بين الزوجين، اطروحة دكتوراه مقدمة الى الجامعة الاسلامية، غزة، ٢٠٠٤ م.

المصادر الالكترونية:

- ١- <https://www.facebook.com/Jaferasmai/photos> تاريخ الزيارة ١٩/٤/٢٠٢٣ .
- ٢- <https://www.facebook.com/AliHadiAlSaidiLawyer> / تاريخ الزيارة ٢٨/٦/٢٠٢٣ .
- ٣- https://m.facebook.com/AliHadiAlSaidiLawyer/photos/a.1400446143314732/14006857132_90775/?type=3&locale2=hi_IN تاريخ الزيارة ١/٦/٢٠٢٣ .
- ٤- <https://www.krjc.org/Default.aspx?page=article&id=732&l=> تاريخ الزيارة ٢٢/٥/٢٠٢٣ .
- ٥- <https://www.youm7.com/story/2020/10/30> ١٧/٥/٢٠٢٣ .

القوانين

- ١- قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته .
- ٢- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتعديلاته .