هەرێمی کوردستان - عێراق
ئەنجومەنی وەزیران
وەزارەتی دادا
سەرۆکایەتی داواکاری گشتی

اقليم كوردستان - العراق
مجلس الوزراء
وزارة العدل
رئاسة الأدعاء العام

# التعسف في استعمال حق الطلاق والآثار المترتبة عليه

بحث مقدم
من قبل عضوة الأدعاء العام (ليلى صابر رحمن)
إلى مجلس القضاء لإقليم كوردستان - العراق
ضمن متطلبات الترقية من الصنف الرابع إلى الصنف الثالث
من أصناف الأدعاء العام

بإشراف

(لقمان صديق صالح) عضو الأدعاء العام

٢٠٢٥م ٢٧٢٥ك ١٤٤٦هـ

**الآية الكريمة**

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ۚ﴾

سورة البقرة - الآية ٢٣١

## توصية المشرف

السادة رئيس وأعضاء لجنة مناقشة بحوث الترقية المحترمون إشارة إلى كتاب رئاسة الادعاء المرقم (١٣/١) المؤرخ ٨/ ١/ ٢٠٢٥.

إني عضو الادعاء العام (لقمان صديق صالح) في دائرة الادعاء العام في أربيل أؤيد بأن هذا البحث الموسوم بـ(التعسف في الاستعمال حق الطلاق والآثار المترتبة عليه) المقدم من قبل عضو الادعاء العام (ليلى صابر رحمان) كجزء من متطلبات الترقية من "الصنف الرابع" إلى "الصنف الثالث" من أصناف الادعاء العام، أعدت تحت إشرافي وإن الباحثة قد بذلت جهوداً كثيرة، وإن موضوع بحثه هذا موضوع حيوي وجيد و واقع مجتمعنا يحتاج إلى هذا النوع من الدراسة ولكون البحث جاهز للمناقشة، أوصي اللجنة المناقشة بقبوله.

... ومن الله التوفيق

عضو الادعاء العام
لقمان صديق صالح

## الإهداء

إلى ...

التي أرضعتني الحب والكرامة إلى روح والدتي الغالية.

إلى ...

والدي العزيز الذي عمرني بفضله.

إلى ...

رفيق دربي زوجي الحبيب.

الباحثة

## المقدمة

### أولاً: التمهيد

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين، سيدنا محمد (عليه الصلاة والسلام) ، إنّ الله سبحانه و تعالى نظم أحكام الزواج والطلاق في كتابه العزيز في غاية التنظيم و جعل من الأمور المهمة التي أنقذت البشرية من الفوضى التي كان يعاني منها قبل الإسلام ، فنظم كل ما يتعلق بحقوق كل واحدٍ منهم تجاه الآخر حيث أن الأصل في عقد الزواج الديمومة والأستمرار والمحبة إلا أنه قد تعترى الحياة الزوجية عقبات ومشاكل يصعب حلها لذلك إنّ الله سبحانه و تعالى لم يجعل هذا العقد أبدياً وإنّما وضع أحكام تعالج كل حالة من حالات الخلاف والشقاق التي تلم الأسرة فشرح الطلاق لكي يجعله آخر الدواء ، باعتباره أنسب حل للتخلص من وضع أصبح مستعصياً على المواصلة و الدوام في حياة الزوجية و وضع بيد الزوج أو الزوجة أن وكلت أو فوضت به .

أن ظاهرة الطلاق ليست وليدة اليوم الأمس بل إنها منذ قديم الزمان وأخذ به جميع القوانين والشريعة الإسلامية بين الخطوات التي يستحسن اتباعها قبل اللجوء إلى الطلاق عسى أن تعاد الحياة إلى مجاريها ومن هذه الخطوات، الموعظة والهجر في المضاجع والمبادرة إلى الصلح قبل اللجوء إلى الطلاق ، أما إذا لم يعبا الرجل بذلك بل سارع إلى تطليق زوجته دون سبب أو مبرر عندها يتحمل العواقب ويسأل عن دفع التعويض عن تعسفه في استعمال حقه ، صحيح أن هذا (حق الطلاق) هو للزوج ولكن إذا تجاوزها فإنه يعتبر متعسفاً في استعمال هذا الحق و على هذا الأساس تستحق الزوجة تعويضاً .

وهذا هو الحل الأمثل لكي يدفع أحد الأضرار التي تتعرض لها الزوجة وحتى يمكن القول إن سبب الطلاق هو سبب خاص بالزوج وهذا التعويض اعترافاً منه بعدم تقصير الزوجة، لأن الزوجة تشارك الرجل أحلامه وآلامه وترعى أولاده وتعينه على مصائب الدهر وهي ليس سلعة تباع أو تشتري حتى تهان كرامتها.

### ثانياً: أهمية الموضوع

إن هذا النوع من الطلاق له أهمية قانونية كبيرة، حيث يسعى القانون إلى حماية حقوق المرأة المتضررة منه. وتحقيق العدالة حيث يمنع استغلال حق الطلاق من قبل الزوج للأضرار بالزوجة دون مبرر، مما يضمن عدم إساءة استخدام هذا الحق

### ثالثاً: أسباب إختيار الموضوع

إن سبب إختيارى لهذا الموضوع هو أن التعويض عن الطلاق التعسفي آثار جدلاً كثيراً بين الفقهاء هذا من جهة ومن جهة أخرى إذا راجعنا المحاكم يرى زيادة نسبة الطلاق وهذا يزيد المخاطر على المجتمع بصورة عامة والأسرة بصورة خاصة، سنحاول قدر الإمكان عرض ذلك والنصوص القانونية المتعلقة بها

والتطبيقات القضائية بشأنها ضمن مباحث البحث منها نتناول في المبحث الأول معنى الطلاق لغة واصطلاحاً و تعريفه القانوني وحكمة مشروعيته والطلاق بين الحظر والإباحة وكذلك تناولنا الصور الرئيسة للطلاق التعسفي كالطلاق دون مسوغ شرعي أو قانوني وطلاق المريض مرض الموت، أما في المبحث الثاني فتناولنا تعريف التعسف لغة واصطلاحاً ونطاقه ونبذة تأريخية عن التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون، أما في المبحث الثالث فتناولنا فيه الآثار المترتبة على الطلاق التعسفي وكذلك شروط التعويض وكيفية تقدير التعويض واثبات التعسف.

وأسأل الله العظيم أن يوفقني وإياكم

## المبحث الأول
## حق الطلاق

سنتناول في هذا المبحث حق الطلاق وذلك في مطلبين، ماهية الطلاق في المطلب الأول وصور التعسف في استعمال هذا الطلاق في مطلب الثاني.

### - المطلب الأول
### ماهية الطلاق

نتناول في هذا المطلب تعريف الطلاق لغة واصطلاحاً والحكمة من تشريع الطلاق والطلاق بين الحظر والإباحة في الفرعين.

#### الفرع الأول: تعريف الطلاق

تعريف الطلاق لغةً: رفع القيد وإزالة الوثاق وقد شاع استعمال الطلاق في حل عقدة النكاح والأطلاق في حل غيرها.

وهو في الأصل اسم مصدر لطلق بالتشديد يقال طلق الرجل امرأته بالتشديد كالسلام والسراح والكلام بمعنى التسليم والتسريح والتكليم أو هو مصدر طلُقت بضم اللام أو فتحها طلاقاً كالفساد وأصل معناه رفع الوثاق والترك مطلقاً سواءً أكانَ حسياً تقيد الفرس أم معنوياً كقيد الزواج وهو مأخوذ من الطلاق والعرف خصص استعمال طلق في رفع القيد المعنوي وأطلق في رفع قيد الحسي فيقال طلق الرجل زوجته ولا يقال أطلقها.[١]

أما اصطلاحاً: الطلاق لفظ من الفاظ الجاهلية كانوا يستعملونه في الفرقة بين الزوجين فلما جاء الإسلام أقر استعماله مع تفاوت يسير. [٢]

وقد عرف قانون الأحوال الشخصية العراقي المرقم ١٨٨ سنة ١٩٥٩ المعدل في المادة ٣٤ أولاً منه (الطلاق رفع قيد الزواج بصيغة صريحة تدل عليه شرعاً وقانوناً دون التقيد بصيغة محددة أو لغة معينة بايقاع من الزوج أو الزوجة أو وكلت أو فوضت به أو من القاضي).[٣]

والمادة ٣٨ تنص على (الطلاق قسمان ١- الرجعي؛ وهو ما جاز للزوج مراجعة زوجته اثناء عدتها منه دون عقد على أن تتوافر رغبتهما في الإصلاح: ٢- بائن: وهو قسمان: أ/ بينونة صغرى: وهي ما جاز فيه

---

(١) ابن منظور، لسان العرب، دار بيروت - المجلد التاسع، ١٩٥٦، ص ٢٤٥.
(٢) علي حسب الله، عيون المسائل الشرعية في الأحوال الشخصية، طبعة الثانية، مطبعة العلوم، بيروت، ١٩٥٠، ص ١٤٣.
(٣) قانون الأحوال الشخصية المعدل المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

للزوج التزوج بمطلقه بعقد جديد. ب/ بينونة كبرى: وهي ما حرم فيه الزوج التزوج من مطلقته التي أطلقها ثلاث متفرقات ومضت عدتها). [١]

فبموجب قانون الأحوال الشخصي وكذلك الشريعة الإسلامية يملك الزوج على زوجته ثلاث طلاقات. والتطليق يكون من الزوج غالباً بإرادته المنفردة وقد يكون من الزوجة إذا خولت به من قبل الزوج أثناء إبرام عقد الزواج أو بعدهِ.

**الفرع الثاني: حكمة مشروعيتهِ**

لقد شرع الزواج لتلك المقاصد السامية التي يشعر كل زوج بالميل إلى صاحبه وبحاجة إلى معونته على إنماء ثمرة اجتماعهما ويسره أن يشاركه في الأنس بهذه الثمرة ويتمتع بكل مظاهر نموها وتقدمهما وهو شعور يدعو إلى دوام الارتباط بينهما، وقول تعالى: ﴿ وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾ ﴾[٢]. فالزواج الدائم هو الملائم للفطرة الإنسانية والموافقة لحاجة الأسرة ولذلك لا يقر الإسلام بالنكاح المؤقت، ولكن المرء قد يخدعه شعوره وحبه فيخطئ في إختيار زوجه ثم يتبين بعد الزواج سوء ما صنع وقد يعتري أحد الزوجين من أسباب النفرة ودواعي القطيعة ما يصرفه عن صاحبه فيحل الخطأ والخصام محل الصفاء والوئام وتصبح حياة الزوجين جحيماً لا يطاق وجرحاً لا يندمل إلا بالفراق.[٣]

والشريعة الصالحة العادلة لا بد أن تجعل الناس مخرجاً من كل ضيق وتيسر لهم أسباب الخلاص من العناء وتفتح لأمثال هؤلاء باب استئناف حياة زوجية أقرب إلى الدعة وأدعى إلى السعادة والسلام إذ لو الزمتهما البقاء على ما بينهما من بغضاء لأكلت الضغينة قلبيهما وكاد كل منهما للآخر وسعى إلى الخلاص منه بما يتهيأ له من وسائل وقد يعمل أحدهما الآخر ويلتمس متعة الحياة عند غيره وبذلك ينفتح باب الدعارة والفسوق ويضيع النسل وتفسد البيوت. [٤]

وكان الرجل في الجاهلية يطلق ما يشاء ويراجع في العدة ما شاء دون أن يكون له حد يقف عنده، وكان هذا باباً يلج منه الزوج إلى مضارة الزوجة وإعانتها فلما جاء الإسلام، قال الرجل لأمرأته والله لا أطلقك فتبيني ولا آويك أبداً قالت وكيف؟ قال: أطلقك فكما همت عدتك أن تنقضي راجعتك فشكت المرأة إلى

---

(١) قانون الأحوال الشخصية المقرم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل في اقليم كوردستان العراق بموجب قانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٨ الصادر من برلمان كوردستان.

(٢) سورة الروم، الآية الكريمة ٢١.

(٣) أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة والقانون، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٦، ص ٣٤.

(٤) علي حسب الله، المصدر السابق، ص ١٤٣.

عائشة فذكرته لنبي – عليه الصلاة والسلام – فنزل قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾[1].

وبهذا وضع الإسلام للطلاق حداً ينتفي معه ما كانت تلاقيه المرأة من عنت وإرهاق وامتهان إذ جعل المشروع في الطلاق أن يكون على دفعتين للرجل بعد كل منهما أن يمسك الزوجة بمعروف بأن يردها قبل إنتهاء عدتها أو أن تسرحها بإحسان بأن يدعها تبين منه بانقضاء عدتها فإذا طلقها بعد ذلك لم يكن له أن يراجعها إلا بعد أن تتزوج زوجاً آخر[2] ، وجاء قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحۡصُواْ ٱلۡعِدَّةَۖ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ رَبَّكُمۡۖ لَا تُخۡرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخۡرُجۡنَ إِلَّآ أَن يَأۡتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖۚ﴾[3]

لو أن الإسلام ترك أمر الطلاق على ما كان عليه في الجاهلية من الفوضى لبقيت المرأة العوية في يد الرجل و استمرت على ما كانت فيه من عنت ولو أنه جعل الطلاق مرة واحدة تنقطع بها العلاقة الزوجية إلى غير رجعة لكان في كثير من أحواله من بواعث الحسرة والألم مما يندم عليه لأنه كثيراً ما يقع المرء في حالة غضب يكاد يعمي فيها تقدير العواقب فيطلق لأمر تافه زوجة يحبها أو له منها أولاد يحتاجون إلى رعايتها ثم يعود إلى صوابه فيشعر بقبح ما جنى وقد يطلق الزوجة لسوء عشرتها فيعتريه الندم.

وتود هي لو عادت إلى زوجها لتستأنف معه حياة أقرب إلى الصفاء والسعادة ويميل إلى قبول ثبوتها فمن أجل هذا جعل الطلاق على دفعتين يستطيع الزوج بعد كل منهما أن يتدارك ما فرط به فإذا طلقها الثالثة كان هذا دليلاً على استحكام الخلاف وفساد العلاقة الزوجية فيعسر العلاج و يكون الطلاق حلا مقيتاً.[4]

فالشريعة تحرص على بقاء الرابطة الزوجية وتكره الطلاق ولكن تعترف به وتقره كوسيلة لحسم الخلاف بين الزوجين لم يكن بالإمكان الأستمرار في حياتهما الزوجية فإذا وقع الطلاق جاز للمرأة أن تتزوج بعد انقضاء عدتها ولا يحق للزوج أن يمنعها من الزواج.

وبالنسبة لأساس مشروعية الطلاق لقد اختلف آراء الفقهاء بهذا الشأن أيضاً هل أن الأصل فيه الحظر أم الإباحة فمنهم من قال بأنه مباح فإذا خلا عن الأسباب وانتفت عنه الدواعي والظروف المحيطة بالزواج فإن الطلاق يكون مباحاً، فإن الرجل إذا طلق زوجته فلا شيء عليه سواءً كان الطلاق لحاجة أم لغير حاجة وعليه فإن طلق الرجل زوجته بغير حاجة فإنه يرتكب معصية وبأثم أمام ربّ العالمين[5]،

---

(١) سورة البقرة، الآية الكريمة (٢٢٩).
(٢) عبدالكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة، طبعة الثالثة، بغداد، ١٩٦٧، ص ٣٩.
(٣) سورة الطلاق، الآية الكريمة (١)
(٤) عبد الكريم زيدان – المصدر السابق – ص ٤٠.
(٥) محمد مصطفى الزحيلي، التعويض عن الطلاق، بحث منشور في مجلة القضاء سنة ١٩٧٩.

وأدلة من قال بالإباحة قوله تعالى في القرآن الكريم: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِن طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمۡ تَمَسُّوهُنَّ أَوۡ تَفۡرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةٗ﴾[1].

ومنهم القرطبي وإبن المنذر والبعض الآخر يذهب إلى أن الأصل في الطلاق هو المنع أو الحظر و لا يباح إلا لحاجة لقوله تعالى: ﴿فَإِن كَرِهۡتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكۡرَهُواْ شَيۡـٔٗا وَيَجۡعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيۡرٗا كَثِيرٗا﴾[2]

ونؤيد ما جاء بالقول أن الأصل في الطلاق الحظر لأنه هو الرأي الراجح لأن الطلاق يؤدي إلى قطع رابطة الزواج التي تترتب عليها مصالح دنيوية وآخروية ولأن ما شرع الطلاق لكي يستعمل في محله ويكون الدواء بعد أن عجز الداء وبذلك يجعل الحل بما ينسجم مع العمل المطلوب.[3]

(١) سورة البقرة، الآية الكريمة ٢٣٦.
(٢) سورة النساء، الآية الكريمة ١٩.'
(٣) عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، دار الفكر، سنة ١٩٦٨، ص ٨٩.

## - المطلب الثاني -
## صور التعسف في استعمال حق الطلاق

أوضحنا آنفاً أن الطلاق وإن كان الأصل فيه الحظر ولا يباح إلا لحاجة فإذا تبين للمحكمة أن الزوج متعسف في إيقاع الطلاق فلها أن تحكم عليه بالتعويض بناءً على طلب الزوجة ولا بد أن نشير إلى أهم الصور التي يعد فيها الزوج متعسفاً في إيقاعه، الأولى إذا كان الزوج لا يملك المسوغ القانوني أو الشرعي وصورة الثانية هو طلاق المريض مرض الموت، وسنتناول ذلك في الفرعين التاليين:

### (الفرع الأول)
### الطلاق من دون مسوغ شرعي أو قانوني

أن حق الزوج في إيقاع الطلاق ليس مطلقاً وإنما هو مقيد بالحاجة إليه إذ سبق أن أوضحنا أن الأصل في الطلاق الحظر و لا يباح إلا لحاجة قد تكون تنافر الطباع وصعوبة الأنسجام.

أما إذا كان الطلاق بلا مسوغ فقد أجمع أغلب الفقهاء على أنه واقع لكن يأثم صاحبه، وأغلب القوانين العربية تكاد تخلو نصوصها من تعريف محدد للطلاق من دون سبب أو مسوغ شرعي أو قانوني وإنما أوردت بعض الأسس والأسباب التي وقع الطلاق بموجبها ومعرفة فيما إذا كان الزوج متعسفاً في إيقاعه أو لا. [1]

وقد جاء في الأسباب الموجبة لقانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل (أن ما قرر من تعويض للزوجة عن الطلاق التعسفي هو لحماية الزوجة من إيقاع الطلاق عليها تعسفاً وكذلك لما يصيبها من ضرر بسببه وضماناً لعيشتها وحفظاً لكرامتها) [2].

وبالإشارة إلى ما تقدم نجد أنه لا بد من وضع بعض المعايير التي يجعل الزوج متعسفاً في إيقاع الطلاق وهي:

١. أن يوقع الطلاق من دون سبب أو مسوغ قانوني.
٢. أن لا يكون وقوعه بسبب سوء سلوك الزوجة أو تصرفها.
٣. ألّا تكون برضاها أو طلبها.
٤. أن تصاب الزوجة بضرر من جراء ذلك.

---

(١) عبد الرحمن الصابوني، المصدر السابق، ص ١٠٧
(٢) قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل المرقم ١٨٨ سنة ١٩٥٩.

وهناك قرار محكمة التمييز ذو العدد ١٧٥/ش/٢٠٠٩ (إذا كان الطرفان متسببين في واقعة الطلاق ويتحملان نتائجها مما يوجب الحكم بالتعويض وللمحكمة سلطة التقديرية في تحديد المدة التي يجب على أساسها التعويض وفي ضوء ما تستنتجه من ظروف القضية) [١].

وبأن من الأسباب ما هو نسبي يختلف من مجتمع لآخر لأن الطلاق أنساني والسلوك الإنساني نسبي يختلف بإختلاف الزمان والمكان فما يعده شخص في بيئة معينة سبباً موجباً للطلاق قد لا يراه كذلك شخص آخر يعيش في بيئة أخرى فمثلاً خروج الزوجة في مجتمع ريفي أو محافظ غير محجبة أو خروجها من دون إذن الزوج سبباً لا يغتفر في حيث نجد آخر يعيش في بيئة ثانية لا يعترض على هذا السلوك.

## (الفرع الثاني)
## طلاق مريضٌ مرض الموت

ينبغي لنا قبل الكلام على الموضوع، إيراد تعريف شامل لمرض الموت، لكي يمكن بعد ذلك مناقشة الآثار التي تترتب على الطلاق الذي يوقعه مريض مرض الموت.

وقد عرف الدكتور عبد الرحمن الصابوني بأنه (المرض الذي اتصل به الموت، وكان من الأمراض التي يغلب فيها الهلاك عادة ولا تزيد على سنة). هناك من يضيف إلى هذا التعريف بأنه المرض الذي يقعد صاحبه في الفراش، أو يحول دون قيامه بواجباته[٢].

أما القانون المدني العراقي المرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ لم يأت بتعريف معين لمرض الموت، ولكن بالرجوع إلى مجلة الأحكام العدلية نجد أن المادة ١٥٩٥. منه قد عرفت الموت بأنه (هو الذي يغلب فيه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره إن كان من الذكور، وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث. ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان صاحب فراش أو لم يكن، وإن امتد مرضه. ومضت عليه سنة، وهو على حال واحدة، كان في حكم الصحيح، تكون تصرفاته تصرفات الصحيح، ما لم يشتد مرضه، ويتغير حاله، لكن لو يشتد مرضه وتغير حاله بما تقبل ماضي السنة، بعد حالة اعتبار من وقت التغيير إلى الوفاة مرض الموت). [٣]

أما الطلاق الذي وقعه الزوج في مرض الموت، قد أجمع الفقهاء على أنه واقع، لكنهم اختلفوا أترثه الزوجة إذا مات الزوج أم لا؟ وما المدة التي تبقى أهليتها للإرث بعد وفاته؟

---

(١) قرار محكمة التمييز، (غير منشور).
(٢) عبد الرحمن الصابوني، المصدر السابق، ص ٨٩.
(٣) سليم رستم باز – شرح المجلة – الطبعة الثالثة – بيروت – ١٩٢٣.

المالكية: لقد قالوا بتوريث المطلقة البائنة من زوجها إذا طلقها في ذلك المرض، ولو انقضت عدتها، وتزوجت بغيره، ولو كان برضاها واختيارها، ولا يرثها إذا ماتت. بأنه هو الذي فوت على نفسه حقه في الميراث.

أما الشافعية: فقد قالوا لا ترث المطلقة بائنا إذا طلقها في مرض الموت لانقطاع السبب الإرث بالإبانة، ولا ميراث بلا سبب.

أما رأي الجعفرية: فإنها ترث إذا طلقها بائنا في مرض موته، وترثه لمدة لا تزيد على سنة، بشرط أن لا تتزوج غيره[١].

وبالنسبة قانون الأحوال الشخصية العراقي المرقم ١٨٨ في سنة ١٩٥٩ المعدل، فقد جاء في المادة ٣٥ منه (لا يقع الطلاق الأشخاص الآتي بيانهم: المريض مرض الموت أو في حالة يغلب في مثله الهلاك، إذا مات في ذلك المرض أو تلك الحالة وترثه وزوجته).[٢]

ويلاحظ أن النص جاء بغير ما أجمع عليه الفقهاء من وقوع الطلاق المريض مرض الموت، وهو بذلك قد خالفهم جميعا، إلا أنه جاء بحكم غريب، وهو أن الطلاق المريض بالمرض الموت لا يقع، وهذا خلاف المعروف في الفقه الإسلامي من أن الطلاق يقع ما دام صادرا من أهله، والمراءة صالحة لا يقع الطلاق عليها، وأهلية الطلاق لا تختلف بالصحة والمرض، ولا يوجد أحد من الفقهاء، قال بعدم وقوع الطلاق المريض. [٣]

وأن يترتب عليه نتائج يصعب حلها، ومنها أن الطلاق في أول الأمر واقع. وذلك لأن الشخص حينما أوقعه حال حياته. ولا يعلم متى يحدث، ولا يمكن للقاضي في هذه الحالة التدخل و تقدير أن هذا الطلاق غير واقع بحجة أن الشخص المطلق مريض مرض الموت، لأنه من الممكن أن تتراخى الوفاة لمدة أكثر من سنة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى. فإن الزوجة ستبقى جاهلة مصيرها، لأن الموت قد يتراخى لمدة أطول، وكذلك إذا كان الطلاق غير واقعة، فيجب عليها هنا إذا كانت المعتدة من الطلاق أن تنقل بعدتها إلى عدة الوفاة، وأنه نص في صدر المادة، إنه غير واقع وعاد ونص في نهاية المادة بأنها ترث هو الملاحظ أنه لا يمكن التوقف بين العبارتين بين عدم الوقوع في الأولى والإرث في الثاني، وكان المشرع أراد أن ينص على أن الطلاق واقع، ولكن الزوجة ترثه[٤].

---

(١) محمد جواد مغنية، الأحوال الشخصية، دار العلم للملايين، بيروت، ص ١٥٦ – ١٥٧.
(٢) قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل، المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.
(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في أصول الفقه، بغداد، سنة ١٩٦٤، ص ١١٦.
(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر نفسه، ص ١١٦.

أما المشرع الكردستاني غير هذا المادة، وجعل كالآتي:

(٢- يقع الطلاق المريض، مرض الموت وفي حالة يغلب في مثلها الهلاك إذا مات في ذلك المرض أو تلك الحالة، ولم يكن فاقد التميز وترثه زوجته، ولو كان الطلاق بائنا).[١]

نرى بأن المشرع الكردستاني جاء بنص مطابق ما أجمع عليه الفقهاء المسلمون بأن طلاق المريض مرض الموت واقع ما دام صادرا من أهله، ويردع التقدير، كون مريض مرض الموت. إلى الخبرة من الأطباء.

وقد قضت محكمة التمييز الاتحادي بـ(مرض المرض بأنه المرض الذي يداهم الإنسان، ويؤدي به إلى الهلاك حتما، كأمراض السرطانات، وعدم جدوى العلاج منه).[٢]

وفي قرار آخر، قضت محكمة التمييز بما يأتي (لتحقق طلاق يجب أن يكون الزوج مريضا مرض الموت).[٣]

(١) المادة ٣٥ فقرة (٢) من قانون الأحوال الشخصية المعدل في اقليم كوردستان المرقم ١٥ لسنة ٢٠٠٨.
(٢) قرار ذو العدد ٩٢، هيئة الأحوال الشخصية، ٢٠٠٦، في ٢٠٠٦/٥/١٨ أشار إليه القاضي (عبد الله علي الشرفاني) الموجز في التطبيقات القضائية في المحاكم والدوائر العدلية، أربيل، سنة ٢٠١٠، ص ١٣٠.
(٣) ابراهيم المشهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز قسم الأحوال الشخصية، بغداد، ١٩٨٩، قرار ٨٠٦، شرعية في ١٩٦٧.

## المبحث الثاني
## ماهية التعسف في استعمال حق الطلاق

لغرض بيان التعسف لا بد من بيان معنى التعسف ونطاقه وكذلك بيان نبذة تأريخية عن الطلاق التعسفي قبل الإسلام وإساءة استعمال هذا الحق في الشريعة والقانون. وهذا ما سنتناوله في المطلبين التاليين:

### - المطلب الأول -
### التعسف لغةً واصطلاحاً ونطاقه ونبذة تأريخية عن صور الطلاق التعسفي

سنتناول في هذا المطلب معنى التعسف لغةً واصطلاحاً ونطاقه ونبذة تاريخية عن الطلاق التعسفي قبل الإسلام في الفرعين الآتيين:

#### (الفرع الأول)
#### تعريف التعسف لغة واصطلاحاً ونطاق التعسف

أولاً/ التعسف لغةً: من عسف والعسف الأخذ على غير الطريق وكذلك التعسف والاعتساف والعسوف الظلوم.[١]

ثانياً/ التعسف صطلاحاً: فعرف (بأنه استعمال الإنسان لحقه على وجه غير مشروع). [٢]

أما في مجال الفقه القانوني فعرفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري بـ(استعمال الشخص للسلطات التي يخولها له الحق استعمالاً يضر بالغير). [٣]

وقد عرفه الدكتور فتحي الرديني بأنه (مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل).[٤]

نلاحظ مما تقدم خلطاً بين فكرة التعسف في استعمال الحق والخروج عن حدود الحق ولا بد من توضيح ذلك لكي يمكن الوصول إلى الأساس للتعسف وذلك من خلال معرفة نطاقِهِ.

ثالثاً: نطاق التعسف:

من خلال نطاق التعسف نبين الفرق بين التعسف في استعمال الحق وتجاوز حدود الحق فالخطأ هو انحراف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد أما الانحراف فقد يقع من الشخص وهو يباشر رخصة وقد يقع منه وهو يستعمل حقاً، فالحق طبقاً لرأي السنهوري مصلحة معينة مرسومة الحدود يحميها القانون أما الرخصة فهي حرية مباحة في التصرف كالسير والكتابة والتقاضي، والقاعدة هي إن الإنسان يجب أن يستعمل حقه استعمالاً سائغاً مشروعاً وأن لا يسيء استعماله فإذا أساء استعماله سيتحمل

---

(١) ابن منظور، لسان العرب، دار بيروت، المجلد التاسع، ١٩٥٦، ص ٢٤٧.
(٢) د. فتحي الرديني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، بيروت، ١٩٦٦، ص ٣١٢.
(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح قانون المدني، ج١، مصادر الالتزام، بغداد، ١٩٦٦، ص ٣٢٠.
(٤) د. فتحي الرديني، المصدر السابق، ص

المسؤولية ولو لم يخرج عن حدود الحق فالسائق السيارة عند سياقة سيارته إذا خرج عن الحدود المرسومة وأحدث أضراراً بالغير يتحمل مسؤوليته ووجب عليه التعويض. [١]

كذلك أن الحقوق الزوجية كغيرها من الحقوق قد يساء استعمالها، بل إنها أكثر الحقوق تعرضاً للإساءة في استعمالها لكونها حقوقاً ذات طبيعة خاصة فهي غير قابلة للتحديد تحديداً كافياً لمنع الإساءة أو التعسف وهذه الحقوق قد تكون عائدة للزوجة فقط مثل الحق في المهر والحق في النفقة، ومنها عائدة للزوج مثل الحق في طلب المطاوعة ومنها حقوق مشتركة بين الزوجين مثل المعاشرة بالمعروف وحسن المعاملة وغيرها وكذلك الحقوق المترتبة لكل منهما على الأولاد منها حق الأم في حضانة أطفالها وحق المشاهدة لكل من الأبوين بعد انقضاء العلاقة الزوجية. [٢]

## (الفرع الثاني)
## نبذة تأريخية عن صور التعسف في استعمال حق الطلاق قبل الإسلام

شهد العصر الذي سبق الإسلام فوضى وعدم نظام أو قانون يحكم الطلاق ولا شكلية معينة فكان من صوره (الطلاق والظهار والإيلاء والخلع والعضل) أما من حيث عدد الطلقات فلم يكن لها عدد أو حد معين وسوف نوضح بإيجاز كل من صوره.

أولاً: الطلاق/ كان الزوج يطلق زوجته ما شاء أن يطلق فلما همت عدتها على الانتهاء عاد فراجعها وكذلك تجدر الإشارة إلى أن كل من يملك الطلاق من الزوج أو الزوجة كان يتمتع بحرية تامة في ممارسة التطليق ولو لأتفه الأسباب وكذلك ليس له صيغة معينة أو إجراء شكلي فكانت كثيرة ومتداولة مثل (الحقي بأهلك أو حبلك على غاربك) أما عدد الطلقات فلم يكن له عدد.[٣]

ثانياً: الظهار/ وهو تشبيه الرجل زوجته بمحرم عليه كأن يقول أنت عليه كظهر أمي أو كبطنها أو غيرها من النساء المحرمات تحريماً مؤبداً.

ثالثاً: الخلع/ وهو عبارة افتراق يتفق عليه الزوجان مقابل التزام الزوجة بدفع عوض للزوج أو تنازل عن حق لها عليه وذلك مقابل تطليقها ورجوع الزوجة إلى حريتها السابقة قبل الزواج أو العكس.

رابعاً: العضل/ هو أن يتزوج الرجل المرأة الشريفة فإذا لم توافق فارقها على أن لا تتزوج إلا بإذنه فيأتي بالشهود فيكتب بذلك عليها ويشهد فإذا خطبها خاطب فإن ارتضته إذن لها وإلا عضلها وكان أيضاً من عادة الجاهلية اهمال الرجل لزوجته فلا يطلقها ولا يراجعها و يظل مفارقاً لها أن تدفع له مالاً فيطلقها.

---

(١) اسماعيل العمري، الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق، موصل، ١٩٨٤.
(٢) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح قانون المدني، بغداد، ٢٠٠٧، ص ٣٤٥.
(٣) محمد مصطفى الزحيلي، نفس المصدر، ص ٧٥.

خامساً: الإيلاء/ وهو أن يحلف الزوج على ترك معاشرة زوجته مدة سنة أو سنتين أو سنين فأكثر. وهناك صور أخرى للطلاق في الجاهلية يقع من الزوجة وكان طلاقهن يكون بأن يحولن أبواب بيوتهن إذا كان الباب إلى المشرق جعلته إلى الغرب وإن كان الباب قبل اليمين جعلته قبل الشمال فإذا رأى الرجل ذلك عرف إن امرأته طلقته فلم يأتها. [1]

(١) د. مصطفى الزلمي، مدى سلطات الإرادة في الطلاق، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٨، ص ٧٥.

## - المطلب الثاني -
## إساءة استعمال الحق

لتحديد معنى إساءة استعمال الحق بصورة عامة وإساءة استعمال حق الطلاق بصورة خاصة لا بد لنا من إلقاء نظرة سريعة وموجزة على نظرية استعمال الحق حيث إن كل نظام قانوني بموجبها يعترف بحقوق معينة للأفراد. ينبغي عليهم استعمالها في الحدود المرسومة لها فكل حق له حدود يجب عدم تجاوزها عند استعمال ذلك الحق وإلا يعد الفرد المتجاوز متعسفاً أو مسيئاً في استعمال حقه.

وقد أخذت القانون العراقي بفكرة التعسف في استعمال الحق ذكرها في المادة السادسة والسابعة من القانون المدني العراقي والمادة ٣٩ من قانون الأحوال الشخصية. [١]

سنتناول في هذا المطلب التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية وفي القانون في الفرعين التاليين:

### (الفرع الأول)
### التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية

لم يرد على لسان الفقهاء المسلمين كلمة إساءة أو تعسف في استعمال الحق، وإنما هذا التعبير، وافد إلينا من فقهاء القانون المحدثين في الغرب. وقد ورد في كتب الأصول كلمة الاستعمال المذموم، كما أن الفقهاء كثيرا ما كانوا يطلقون على أحوال استعمال الحق دون منفعة لفظ (التعنت).

أيا كان المصطلح الذي استعمله الفقهاء المسلمون للتعبير عن التعسف في استعمال الحق، فإن أصول هذه النظرية وما يتصل بها من أحكام قد عرفتها الشريعة الإسلامية، وتناولها الفقهاء المسلمين في كتاباتهم.[٢]

وإن الشريعة الإسلامية لا تعرف الحقوق المطلقة، ولا تقر استعمال الحق على وجه تعنت أو غير اجتماعي فالحق في نظر الفقه الإسلامي ذو طبيعة مزدوجة، فهو ليس فرديا محضا. ولا جماعيا محضا فليجتمع فيه بين الصفتين، ومن هنا كان بغاية الشريعة في أصولها وأحكامها التفصيلية مزدوجة، هي رعاية مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة، والتوفيق بينهما في ضوء القواعد العامة المحكمة في الشريعة، والمبني على مقتضى من العقل والحكمة والمنطق التشريعي السليم.[٣] فمن النصوص القرآنية التي تنهى عن المضارة في استعمال الحق، قوله تعالى: ﴿۞ وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ لِمَنۡ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَۚ

---

(١) ينظر: قانون المدني العراقي المرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المادة (٦ و٧) منه، وينظر المادة (٣٩) من قانون الأحوال الشخصية المعدل في اقليم كوردستان، المرقم ١٥ لسنة ٢٠٠٨.

(٢) د. فتحي الدريني، المصدر السابق، ص ٤٠٢.

(٣) علي حسب الله، المصدر السابق، ص ٢٠٤.

وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ لَا تُكَلَّفُ نَفۡسٌ إِلَّا وُسۡعَهَاۚ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوۡلُودٞ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ﴾[1].

فالآية الكريمة صريحة في نهي الأب عن مضارة الأم بإساءة استعمال حقه في ولايته على ابنه فلا يجوز للأب انتزاع ولدها منها إذا رضيت بإرضاعه، وألفها الصبي بالمقابل تنهي الآية الكريمة الأم عن التعسف أو التعنت في استعمال حق إرضاع ابنها ضرارا بأبيه. كانت تلقي إليه بالولد بعدما ألفها، أو تشغل قلب الوالد بخوف التفريط بالولد، أو أن تجعل ما يحول دون رؤيته والإلمام به، فضلا عما في ذلك من إضرار بالولد.

وكذلك من الآيات التي تنهى عن المضارة في استعمال الحقوق قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٖۚ وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارٗا لِّتَعۡتَدُواْۚ وَمَن يَفۡعَلۡ ذَٰلِكَ فَقَدۡ ظَلَمَ نَفۡسَهُۥ﴾[2]

تشير الآية الكريمة إلى أن الرجعة حق للزوج، وقد نسب الله تعالى إلى استعماله على الوجه المشروع، وهو الإمساك مع المعاشرة الحسنة، ونهى عن رجعة الأضرار، وهي أن يستعمل الزوج حقه في المراجعة، لا لغرض سوى الإضرار بزوجته المطلقة. أما في تطويل العدة أو بتضييق النفقة في العدة.

وأدلة النظرية في السنة النبوية ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم قوله: (لا ضرر، ولا ضرار) وقوله صلى الله عليه وسلم (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئٍ ما نوى).

ومن هذين الحديثين، إن بقت جملة من القواعد الفقهية العامة، والتي تعزز من الأصول التي تقوم عليها نظرية التعسف في الفقه الإسلامي، مثل قاعدة الأمور بمقاصدها، والتي صدرت بها العدلية، وقاعدة الضرر يزال، والضرر الأشد يزال بالأخف.

و من تطبيقات التعسف في الفقه الإسلامي ما روي أن رجلاً له شجرة في أرض غيره وكان صاحب الأرض يتضرر بدخول صاحب الشجرة فشكى ذلك إلى النبي (ﷺ) فأمره أن يقبل بدلها أو يتبرع له بها فلم يفعل فأذن الرسول (ﷺ) لصاحب الأرض أن يقلعها وقال لصاحب الشجرة إنما أنت مضار. [3]

(١) سورة البقرة، الآية الكريمة ٢٣٣.
(٢) سورة البقرة، الآية الكريمة ٢٣١.
(٣) جمعة سعدون الربيعي، أحكام الفقه، بدون سنة طبع، ص ١١٠.

كذلك ما ورد في كتب الفقه من أن للقاضي أن يمنع الخصم من توجيه اليمين إذا أراد بيمينه مضرة الخصم الآخر وهذا ما يعرف بيمين مضرة. وهي اليمين التي يطلبها الخصم من خصمه فيما لا يتهم فيه ولا إمارة فيه وهو منزه عن الريب. [١]

## (الفرع الثاني)
## التعسف في استعمال الحق في القانون

لم تكن نظرية التعسف في استعمال الحق من مبتكرات الفكر القانوني المعاصر، بل كانت هناك تطبيقات بدائية لهذه النظرية القانون الروماني يحرم فيها تعمد الأضرار بالغير. مثال ذلك تلطيف حق السيد على عبيده وحق الأب على أولاده، فبعد أن كان هذا الحق مطلقا، صار مقيدا لعدم السماح للأب ببيع أولاده إلا لأسباب خطيرة.

ثم انتقلت فكرة التعسف هذه من القانون الروماني إلى القانون الفرنسي القديم، ولكن على نطاق أوسع فلم يعد مفهوم التعسف قاصراً على محض الأضرار بالغير وإنما كذلك انتفاء المصلحة أو المنفعة الجدية من استعمال الحق. [٢]

حيث كان الفقهاء الأقدمون يفرقون في هذا المجال بين الحق وبين الرخصة ويقصرون دائرة المسؤولية على إساءة استعمال الرخص دون إساءة استعمال الحق، فمن يقود سيارة في طريق عام يلزم باتخاذ الحيطة اللازمة لمنع الأذى عمن يصادفهم في هذا الطريق أما المالك الذي يحفر حفرة في أرضه أو يقيم عليها بناءً فلا يسأل عما يصيب الملاك المجاورين من أضرار إلا إذا جاوز الحفر أو البناء حدود أرضه فيسأل عندئذ لا عن (إساءة) استعمال حقه وإنما عن مجاوزة حدود هذا الحق[٣].

ولكن هذه النظرة التي تنسجم مع الأفكار الفردية لا تنسجم مع المذاهب الاشتراكية التي سادت في العصور الحديثة والتي لم تعد تنظر إلى الحقوق باعتبارها سلطة مطلقة بل أصبحت الحقوق جميعاً وظائف اجتماعية يحميها القانون ما دامت وسيلة صالحة لتحقيق هذه الغاية فإذا لم تعد كذلك رفع القانون عنها حمايته.

---

(١) وقد أشار إلى ذلك المشرع العراقي حيث نص عليه في المادة ١١٥، فقرة (٢) من قانون الإثبات رقم ١٠٧، لسنة ١٩٧٩.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٠، ص ٩٥.

(٣) د. حسن علي الذنون، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠، ص ٢٥٨.

وقد أخذ المشرع العراقي بهذه النظرية ونص عليها في باب التمهيدي لأنه أراد أن يجعلها نظرية عامة تشمل الحقوق العينية والحقوق الشخصية جميعاً، فقد جعل المشرع من التعسف في استعمال الحق خطأً تقصيرياً على فاعله مسؤولية تعويض ما ينجم عنه من مضرر.

وحسب رأي الدكتور حسن علي الذنون أن للخطأ طبيعة خاصة فهو خطأ يتصل بروح الحق وغايته الاجتماعية ولهذا أطلق عليه البعض تعبير الخطأ الاجتماعي يتحقق بالانحراف عن الغاية الاجتماعية للحق.

بعد أن قضى المشرع العراقي في المادة (٦) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل بأن الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر، عاد فنص في المادة السابعة منه على أن:

١. من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان.
٢. ويصبح استعمال الحق غير جائز في الأحوال الآتية:

أ) إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الأضرار بالغير.

ب) إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب من ضرر بسببها.

ج) إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها غير مشروعة.

وقد طبق المشرع هذه الحالة في بعض نصوصه من ذلك نص الفقرة الثانية من المادة (١٠٩٢) المدني و كذلك المادة (١٢٨٤) المدني والمادة ٣/٣٩ من قانون الأحوال الشخصية إذ لم يقتصر على القانون المدني و إنما تطبيقاتها في جميع القوانين[١].

(١) حسن علي الذنون، مصدر السابق، ص ٢٦١ – ٢٦٢.

## المبحث الثالث
## الآثار المترتبة على التعسف في ايقاع الطلاق

أن دراسة هذا الموضوع له أهمية بالغة في مجال الدراسات القانونية بشكل عام والمسائل المتصلة بالأسرة بوجه الخاص نظراً لما يرتبه من آثار تمس بكيان الأسرة والمجتمع وسنتناول في هذا المبحث التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون وشروط استحقاقه وكيفية تقديرها وكذلك إثبات التعسف في المطلبين التاليين:

### - المطلب الأول -
### التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون وشروط استحقاقه.

من أهم الآثار المترتبة على الطلاق التعسفي هي التعويض أي تعويض الزوجة التي تضرر جراء هذا الطلاق وهنا نبين التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون العراقي وكذلك شروط استحقاق هذا التعويض في الفرعين الآتيين:

#### (الفرع الأول)
#### التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون

نصت المادة ٣/٣٩ من القانون الأحوال الشخصي العراقي المعدل في اقليم كوردستان على (إذا طلق الزوج زوجته وتبين للمحكمة أن الزوج متعسف في طلاقها وأن الزوجة أصابها ضرر من جراء ذلك تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويض يتناسب وحالته المالية ودرجة تعسفه يقدر جملة على ألّا تقل عن نفقتها لمدة ثلاث سنوات ولا تزيد على خمس سنوات علاوة على حقوقها الثابتة الأخرى).

يلاحظ أن التشريع العراقي أقر بالتعويض للمطلقة سواءً كان مدخولاً بها أم غير مدخول بها وذلك مما هو واضح أن نص المادة ٣/٣٩ جاء مطلقاً والمطلق يجري على إطلاقه هذا فضلاً عن مراعاة أغلب التشريعات حالة الزوج المادية يسراً أو عسراً ودرجة تعسفه ومقدار الضرر الذي أصاب الزوجة من جراءٍ ذلك عند تقدير التعويض على أن لا يتجاوز نفقتها مدة سنتين وفقاً لقانون الأحوال الشخصية العراقية المرقم ١٨٨ سنة ١٩٥٩ وجاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية في العرق أنه (على المحكمة التحقيق في أسباب الطلاق لتحديد درجة التعسف حيث ليس كل طلاق خارجي يعني التعسف) [١]

وتم تعديل قانون الأحوال الشخصية العراقي المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ في اقليم كوردستان بموجب قانون المرقم ١٥ لسنة ٢٠٠٨ الصادر في برلمان إقليم كوردستان – العراق وجاء بنفس ما جاء في قانون الأحوال الشخصي العراقي في موضوع تعويض الطلاق التعسفي في المادة ٣/٣٩ ولكن حدد حد الأدنى والأعلى

(١) قرار محكمة التمييز ذو العدد ١٤٠١ /ش/٢٠٠٩ (غير منشور)

للتقدير التعويض حيث نصت (... تحكم المحكمة بطلب منها بتعويض ... على ان لا تقل عن نفقتها لمدة ثلاث سنوات ولا تزيد على خمس السنوات). [١]

كما ذهبت محكمة أحوال الشخصية في قضاء كويسنجق في إحدى قراراتها (قررت المحكمة الحكم بالزام المدعي عليه (م – ط – ص) بدفع مبلغ قدره (٤ ٦٠٠ ٠٠٠) أربعة ملايين وستمائة ألف دينار إلى المدعية (ر – ب – م) عن الأضرار المادية والأدبية الملحقة بها جراء تعسف عليه في استعمال حق الطلاق). [٢]

وفي قرار آخر له (قررت المحكمة الحكم في الدعويين الأصلية والحادثة المنظمة بالزام المدعي عليه (م – م) بتأدية تعويض قدره (١٠ ٠٠٠ ٠٠٠) عشرة ملايين دينار عراقي إلى المدعية (س – م) والذي يعادل تفقتها لمدة أربع سنوات تعويضاً من الأضرار المادية والأدبية اللاحقة بها جرار إساءة المدعي عليه لاستعمال حق الطلاق..). [٣]

وقرار ذو العدد ٣٣٢٥/ش/٢٠٠٩ (إذا كانت المحكمة قد أصدرت قراراً لتصديق الطلاق الرجعي فلا يصح إهمال دفع المدعي عليها بخصوص المطالبة بالتعويض عن الطلاق التعسفي). [٤]

يجب أن نلاحظ أنه لا توجد مدة محددة للمطالبة بالتعويض وذلك من خلال نص المادة ٣/٣٩ ولكن يمكن الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني المادة (٤٢٩) و (٤٣٠) بأنه لا تسمع دعوى التعويض الناشئة من العمل غير المشروع أياً كان بعد إنقضاء ثلاث سنوات وفي جميع الأحوال بعد مضي خمسة عشر سنة. [٥]

حيث هناك مدة تقادم محدد في قانون المدني العراقي وكذلك قانون المرافعات المدنية وهناك تقادم قصير وتقادم الطويل والتعويض المذكور في المادة (٤٣٠) من قانون المدني هو قائم على أساس المسؤولية العقدية وكذلك الزواج هو مسؤولية عقدية وبما أنه لا توجد نص في قانون الأحوال الشخصية بشأن مدة طلب التعويض عن طلاق التعسفي فنرجع إلى القواعد العامة الموجودة في قانون المدني وقد قضت محكمة تمييز الاتحادية بـ(أن المطالبة بالتعويض عن الطلاق التعسفي لا يشترط فيه أن يكون من خلال دعوى تصديق الطلاق ... وإنما يحق به أثناء نظر دعوى تصديق الطلاق أو إقامة دعوى مستقلة به هذا من جهة ... ومن جهة أخرى فإن الحق بالمطالبة بالتعويض عن الطلاق التعسفي لا يسقط بمرور مدة أقل من أربع سنوات وإنما يسقط بالتقادم الطويل). [٦]

---

(١) ينظر المادة ٣/٣٩ من قانون الأحوال الشخصية المعدل في اقليم كوردستان – العراق، المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.
(٢) قرار رقم ٦٩/ش/٢٠٢١ الصادر في محكمة أحوال الشخصية في كويسنجق بتأريخ ٢٠٢١/٢/٢٢ غير منشور.
(٣) قرار رقم ٥/ش/٢٠١٨ الصادر في محكمة أحوال الشخصية في كويسنجق بتأريخ ٢٠١٨/٣/٢٥ غير منشور.
(٤) قرار ذو العدد ٣٦٤/ش/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٢/٣ (غير منشور)
(٥) تنظر المادة (٤٣٠) و (٤٢٩) من قانون المدني العراقي المرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
(٦) قرار العدد/٥٨٧٥/ الشخصية – ٢٠٠١ في ٢٠٠٢/٣/١٨ (غير منشور)

## (الفرع الثاني)
## شروط استحقاق التعويض

لكي تستحق الزوجة التعويض حسب ما نصت عليه المادة ٣/٣٩ من قانون الأحوال الشخصية المعدل في الإقليم على أنه (إذا طلق الزوج زوجته وتبين للمحكمة أن الزوج متعسف في طلاقها وأن الزوجة أصابها ضرر من جراء ذلك تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويض يتناسب وحالته المالية ودرجة تعسفه يقدر جملة على ألا تقل عن نفقتها لمدة ثلاث سنوات ولا تريد على خمس سنوات علاوة على حقوقها الثانية الأخرى) [١]

من خلال هذا النص نجد أن المشرع اشترط ثلاث شروط رئيسية لاستحقاق التعويض عن الطلاق التعسفي وهي:

١. أن يكون الزوج متعسفاً حين ايقاعه الطلاق.
٢. أن تصاب الزوجة بضرر من جراء إيقاع الطلاق.
٣. أن تتقدم الزوجة بطلب

وسوف نستعرض كل شرط على حدة وعلى ضوء ما استقرت عليه المحاكم في العراق وفي إقليم كوردستان أيضاً مع مناقشة الآراء والاتجاهات.

**أولاً: أن يكون الزوج متعسفاً حين ايقاعه الطلاق**

يجب لاستحقاق الزوجة التعويض أن يكون الزوج أوقعه من دون مسوغ أو ضرورة أو سبب مشروع موجب لذلك وكذلك ألا تكون الزوجة متسببة به وهذه مسألة قانونية فعلى المحكمة التثبت منها وهذا ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية (ليس للمحكمة الحكم على الزوج بتأديته للمدعي عليها تعويضاً عمّا لحقها من ضرر بسبب الطلاق إذا كان تقرير الباحثة الاجتماعية قد أشار إلى وجود تقصير من الطرفين، بل على المحكمة التحقق في ذلك ليتسنى لها الوقوف على درجة تعسف الزوج في إيقاع الطلاق). [٢]

وهنا يثور تساؤل فيما إذا أوقع الزوج الطلاق خارج المحكمة أو مفاجئة المحكمة وايقاع الطلاق من دون السماح لها ببذل النصح والإرشاد لإمكان العدول عن طلبه بإيقاع الطلاق هل يعتبر الزوج متعسفاً في استعمال حقه في الطلاق أم لا، ويمكن ملاحظة ذلك من خلال قرارات محكمة التمييز حيث كان المبدأ يشير إلى أنه يعدُ الزوج متعسفاً عندما يوقع الطلاق خارج المحكمة وذلك من خلال القرار التمييزي الذي

---

(١) قانون الأحوال الشخصية المعدل في اقليم كوردستان – العراق المرقم ١٥ سنة ٢٠٠٨.
(٢) ابراهيم المشاهدي، المصدر السابق، القرار ذو العدد، ٣٣/ش/٨٦ في ١٩٨٦/٩/٢١.

قضى (ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه بما قضى به من تصديق الطلاق الخارجي وإلزام الزوج المدعي بالتعويض عن الطلاق التعسفي صحيح). [١]

ونجد أن هذا الاتجاه فيه اجحاف بحق الزوج حيث يجب على المحكمة التحقق من الأسباب التي دفعته إلى إيقاع الطلاق ومن المعلوم أن هذه الأسباب تخضع لسلطة المحكمة التقديرية، فمتى تبين للمحكمة أن الزوج متعسف في إيقاع الطلاق وتم البحث عن باقي الأسباب في حين نجد أن اتجاه محكمة التمييز قد تغيير حيث أوجبت التحقق من أسباب الطلاق وذلك ما قضت به محكمة التمييز بقرارها (وجد أنه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون وذلك لأن الواجب على ضوء ذلك تحديد فيما تستحق المذكورة (زوجته) التعويض). [٢]

**ثانياً: أن تصاب الزوجة بضرر من جراء ايقاع الطلاق**

من الملاحظ أن النص أطلق التعويض فجعله شاملاً للضرر المادي والأدبي لأن كلمة الضرر جاءت مطلقة والمطلق يجري على اطلاقه وأن الضرر يدور مع التعسف وجوداً وعدماً ومن الملاحظ أن الزوجة قد تصاب بالضرر إذ لا يخلو الطلاق من غضاضه وتقع الزوجة في دائرة الأقاويل هذا فضلاً عن كونها ستفقد المعيل بالطلاق لا سيما إذا كانت ربة بيت أو لا معيل لها وقد تكون تركت وظيفتها بسبب الزواج وعكفت على تربية الأطفال ومن كل ذلك يكون قد أصابها الضرر. [٣]

كما جاء في القرار التمييزي في محكمة التمييز في اقليم كوردستان (وجد أن القرار صحيح وموافق للقانون وذلك لأن المدعي أصر على ايقاع الطلاق بحجة أن المدعي عليه غير قادرة على الإنجاب ووجود عيوب خلقية فيها بوجود قلبها في الجهة اليمنى من الجسم وأن التقارير أثبت أنها قادر على الإنجاب وأن وجود القلب في الجهة اليمينة حالة ولادية ولا تعتبر مرضية وعليه فإنه متعسف بالطلاق). [٤]

وكما أسلفنا في موضوع التعسف يخضع لتقدير المحكمة بما لها من سلطة تقديرية فالمحكمة لها سلطة مطلقة في تقدير هل أن الزوج متعسف في استعمال حقه في الطلاق أم لا وذلك من خلال دراسة الموضوع.

حيث قضت محكمة الأحوال الشخصية بـ(أن المدعي أطلق زوجته أمام هذه المحكمة دون سبب مشروع فأصيبت الزوجة جراء ذلك بأضرار مادية ومعنوية تتمثل بفقد معينها وعليه قررت المحكمة الحكم بإلزام

---

(١) القرار ذو العدد (٢٦٩٢/ش/٢٠٠٢ في ٢٠٠٢/٢/٢٠) غير منشور.
(٢) القرار ذو العدد ٤٠٦٣/ش/٢٠٠٦ في ٢٠٠٧/٢/٥ (غير منشور).
(٣) ابراهيم المشاهدي، المصدر السابق، ص ٢٠١.
(٤) القرار ذو العدد ٦٦/ هيئة الأحوال الشخصية/ ٢٠١٦ في ٢٠١٦/١١/٢٧ منشور أشار إليه (القاضي صباح حسين رشيد) في قرارات محكمة تمييز اقليم كوردستان – قسم الأحوال الشخصية – مكتبة أربيل القانونية، ٢٠١٨، ص ١٩٠.

المدعي بمبلغ (.....). عن الأضرار المادية والأدبية اللاحقة بها جراء تعسف المدعي في استعمال حق الطلاق). [١]

**ثالثاً: أن يكون بطلب من الزوجة**

من المعروف أن الحق في التعويض هو من الحقوق الخاصة بالزوجة وبالتالي يجب أن يتم بطلب من قبلها وهو بذلك ليس كالحقوق العامة التي يمكن إثارتها للمحكمة من تلقاء نفسها ويجوز أن يتم المطالبة به بأحداث دعوى حادثة منظمة أو بإقامة دعوى مستقلة للمطالبة به.

وتستحق الزوجة التعويض في جميع أنواع الطلاق سواء كان طلاق رجعي أو طلاق بائن بينونة صغرى و كبرى لأن نص المادة ٣/٣٩ من قانون الأحوال الشخصية المعدل في اقليم المرقم (١٥) سنة ٢٠٠٨ جاء بصيغة مطلقة. [٢]

ولكن هناك اختلاف في الآراء حول اقامة دعوى للمطالبة بالتعويض قبل انقضاء العدة أو بعدها وانقلب الطلاق إلى طلاق بائن بينونة صغرى فهناك رأي أنه يجب أن تكون الزوجة قد انقضت عدتها حيث جاء بقرار من محكمة التمييز الاتحادي (لا يجوز الحكم بالتعويض والطلاق ما زال رجعياً إذ يجب للحكم بالتعويض انقلاب الطلاق إلى بائن بينونة صغرى عند تقديم الطلب من الزوجة للمطالبة بالتعويض).[٣] وتبريرهم لذلك أنه احتمال حصول المراجعة خلال مدة العدة.

وهناك رأي آخر على أن الزوجة تستحق التعويض إذا كان زوجها متعسفاً عند ايقاع الطلاق سواء قبل العدة أو بعدها أو قبل دخول أو بعد الدخول وهذا هو رأي الأصح لأنه كما ذكرنا نص المادة ٣/٣٩ جاء بصورة مطلقة والمطلق يجري على اطلاقه فطالما أن الزوجة تضرر من جراء الطلاق ولم تكن مقصرة تجاه زوجها فتستحق التعويض. [٤]

وكذلك يثور تساؤل هنا أيجوز الحكم بأتعاب المحاماة للدعوى المطالبة بالتعويض أم لا؟ وما الأساس الذي يحكم به لتعويض؟ أهي دعوى غير محددة القيمة و تخضع للنسبة المحددة للدعاوى الشرعية أم تكون كمطالبة بمبلغ وتخضع لحكمها؟ بالرجوع إلى قانون المحاماة ذي العدد ١٧٣ سنة ١٩٦٥ المعدل[٥].

---

(١) قرار رقم ١٢٤/ش/٢٠١٨ محكمة الأحوال الشخصية/ الصادر في ٢٠١٨/٧/٢٥ (غير منشور).
(٢) تنظر المادة ٣/٣٩ من قانون الأحوال الشخصية.
(٣) قرار المرقم ٣٦٤/ش١/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٢/٣ (غير منشور).
(٤) محمد أبوزهرة، الأحوال الشخصية، الزواج والطلاق، بدون سنة الطبع.
(٥) ينظر المادة ٢/٦٣/ب من قانون المحاماة المرقم ١٧٣، سنة ١٩٦٥.

(تحكم المحكمة ولو بغير طلب على من خسر الدعوى كلاً أو جزءاً بأتعاب محاماة عما خسره لخصمه الذي احضر عنه محامياً و يعد من ابطلت دعواه بناءً على طلبه بحكم من خسرها فيما يتعلق باتعاب المحاماة فقط) وهذا ما وضحه القرار التمييزي (وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك لأن محكمة الموضوع حكمت بإتعاب محاماة لوكيل المميز عليها المدعية بمبلغ قدره خمسون ألف دينار عن الدعوى الحادثة التي أحدثها المذكور للمطالبة بالتعويض إذ الدعوى محكومة بنص المادة (٢/٦٣/ب) من قانون المحاماة باعتبارها غير مقدرة القيمة). [١]

(١) قرار المرقم ١٦٢٤/ش١/٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٥/١٧ (غير منشور)

## - المطلب الثاني -
## إثبات التعسف وكيفية تقدير التعويض

نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في فرع الأول اثبات التعسف وفي فرع الثاني كيفية تقدير التعويض بعدما ثبت أن الزوج كان متعسفا في استعمال حق الطلاق.

### (الفرع الأول)
### اثبات التعسف

لابد قبل الإشارة إلى موضوع التعسف وكيفية إثباته أن نوضح أهم الأسس التي أخذ بها القانون المدني العراقي وذلك من خلال ما جاء بالمادتين (٦، ٧) من قانون المدني العراقي فالمادة (٦) تنص على (الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من الضرر) والمادة (٧) تنص على (١- من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجلب عليه الضمان.

٢- ويصبح استعمال الحق غير جائز في الأحوال التالية:

أ. إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الأضرار بالغير.

ب. إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

ج. إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها غير مشروعة). [١]

ولما كان الطلاق محظوراً ولا يباح إلا لحاجة أو ضرورة فمن أوقعه عليه اثبات الأسباب التي دفعته إلى إيقاعه وحين ثبت مشروعية الأسباب ينتفي معه التعسف الذي جاءت به المادة ٣/٣٩ من قانون الأحوال الشخصية المعدل، فمثلاً إذا كان لزوجة دور في ايقاعه بسبب قيامها بإرسال رسائل غرامية إلى أحد الأشخاص أي كانت سيئة الأخلاق وتسيء إلى سمعة زوجها وكرامته فهنا لا تستحق التعويض.

و تظهر مسألة عن إثبات التعسف هل تكلف الزوجة بإثبات التعسف أي تعسف الزوج عند ايقاعه الطلاق؟ أم يكلف الزوج بأنه غير متعسف عند ايقاعه الطلاق؟ يرى أغلبية الفقهاء أن تعسف هنا مفترض وعلى من يدعي أنه غير متعسف أن يورد الأسباب التي حملته على إيقاع الطلاق وأن للمحكمة سلطة تقديرية واسعة في معرفة كون الزوج متعسفاً في ايقاعه الطلاق من عدمه.

وأن ذلك يتحقق من خلال تقرير الباحث الاجتماعي والادعاء العام والبيانات التي يقدمها الزوجين وما تستنتجه المحكمة من ظروف القضية، وكون الزوج متعسفاً أم لا مسألة قانونية وتخضع لتقدير المحكمة وليس لتقدير الخبراء وهذا وأنه إيقاع الزوج للطلاق الخارجي (أي خارج المحكمة) قرينة على

---

(١) قانون المدني العراقي المرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

كونه أي كون الزوج متعسفاً في ايقاعه الطلاق، وهذا ما أشار إليه القرار التمييزي (إذا وقع الطلاق خارج المحكمة دون موافقة الزوجة فيعتبر الزوج متعسفاً بالطلاق ويحكم للزوجة بالتعويض عن الطلاق التعسفي). [١]

وقرار آخر صادر من محكمة الأحوال الشخصية أربيل (بإلزام الزوج بالتعويض عن الطلاق التعسفي لأن الزوج عجز عن بيان سبب طلاق زوجته خارج المحكمة ..). [٢]

وجاء في قرار المحكمة التمييز الاتحادي في العراق أنه (على المحكمة التحقق في أسباب الطلاق لتحديد درجة التعسف حيث ليس كل طلاق خارجي يعني التعسف) [٣]

صحيح أن الطلاق الخارجي يعتبر قرينة على أن الزوج كان متعسفاً في ايقاعه الطلاق ولكن مع ذلك يجب على المحكمة التحقق من أسباب إيقاع الطلاق وهذا هو الأصح.

و هل تستحق الزوجة التعويض لمرة واحدة أم تتعدد بتعدد الطلقات التي يوقعا الزوج.

بالرجوع إلى نص المادة ٣/٣٩ من قانون الأحوال الشخصية المعدل نجد أنه لا يوجد شيء يمنع المحكمة من الحكم بالتعويض إذا تكرر الطلاق وهذا ما قضت به محكمة التمييز (أن تعويض المدعية عن الطلاق التعسفي الأول لا يحرمها من التعويض عن طلاقها التعسفي الثاني ..). [٤]

خلاصة القول أن الزوجة تستحق التعويض عن طلاق التعسفي إذا كان زوج متعسفاً في ايقاعه الطلاق أي بدون سبب سواءً كان قبل الدخول أو بعد الدخول وسواءً كان في طلاق الرجعي أو طلاق بائن بينونة كبرى و قرار صادر من محكمة الأحوال الشخصية في كوي سنجق (قررت المحكمة تصديق الطلاق الخارجي وبموجبها الزم المدعي عليه في الدعويين الأصلية والحادثة المنظمة بتأدية مبلغ قدره (.....). إلى مطلقته المدعية عن الأضرار المادية والأدبية ..). [٥]

---

(١) د. حسن علي ذنون، المصدر السابق، ص ٢٨٥ و ما بعدها.

(٢) قرار ذو العدد ٨٤٠/ش١/٢٠٢١ (غير منشور).

(٣) قرار صادر من محكمة التمييز الاتحادي، العدد ٢٢٠٨، هيئة الأحوال الشخصية، ٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٩/١ (غير منشور).

(٤) قرار ذو العدد (١٥٠٢، هيئة الأحوال الشخصية، ٢٠١٠) في ٢٠١١/٨/٢. (غير منشور).

(٥) قرار ذو العدد (١٢٠ رش / ٢٠١٩) في ٢٠١٩/٩/١٦ (غير منشور)

**الفرع الثاني: كيفية تقدير التعويض**

لا بد أن نوضح أهم المعايير التي يعتمد عليها المحكمة لتقدير التعويض إذ يجب عليها عند تكليف الخبير لتقدير التعويض أن يراعي جملة أمور منها:

١. أن يتناسب التعويض مع حالة الزوج المادية.
٢. الحد الأدنى والأعلى لتقدير التعويض حسب ما هو مذكور في المادة ٣/٣٩ من قانون الأحوال الشخصية المعدل.
٣. أن يكون متناسباً مع درجة تعسف الزوج.
٤. آلية تقدير التعويض.
٥. مقدار الضرر الذي أصاب الزوجة.

وسنتناول كل الأمور التي ذكرناه على حدي:

**أولاً: أن يتناسب التعويض مع حالة الزوج المادية**

إذ من أول الأمور التي يجب على المحكمة مراعاتها عند ثبوت تعسف الزوج هو المقدرة المالية للزوج ومقدار ما يملكه من أموال المنقولة وغير المنقولة أي دخله بصورة عامة وهنا تكلف الزوجة ببيان ذلك وتخضع لكافة طرق الأثبات الواردة في قانون اثبات العراقي ولا عيرة بما تملكه الزوجة وحالتها المادية يسراً وعسراً عند تقدير التعويض، بل العبرة بما تملكه الزوج لأنه متعسف باستعمال حقه في الطلاق. [١]

(... فأطلعت المحكمة على الوثائق المرفقة بالدعوى منها عقد زواجهما ... وثبت المدعية حالة زوجها المادية عن طريق الشهود ... عليه قررت المحكمة بالزام المدعي عليه بتأدية مبلغ قدره (.....). إلى المدعية تعويضاً عن عموم الأضرار المادية والمعنوية اللاحقة بها جراء إساءة المدعي عليه لاستعمال حق الطلاق ..). [٢]

**ثانياً: ما هو الحد الأدنى والأعلى لتقدير التعويض**

أن قانون الأحوال الشخصية العراقي المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ كما ذكرنا سابقاً سارياً في اقليم كوردستان ألا إن التعديلات التي طرأت عليه حسب القرار المرقم ١٥ لسنة ٢٠٠٨ الصادر من البرلمان الكوردستاني فالتعويض عن الطلاق التعسفي كان له نفس الحكم الموجود في المادة ٣/٣٩ من قانون الأحوال الشخصية ولكن جعل مبلغ التعويض لا تقل عن نفقة ثلاث سنوات ولا تزيد عن خمس سنوات أي حدد الحد الأدنى والأعلى لتقدير التعويض على عكس ما جاء في قانون الأحوال الشخصي المرقم ١٨٨

---

(١) جمعة سعدون الربيعي، المصدر السابق، ص ٢٠٣.
(٢) قرار ذو العدد ١٥٢/ش/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٩/١٢، (غير منشور).

لسنة ١٩٥٩ الذي حدد فقط الحد الأعلى حيث لا تزيد على نفقتها لمدة سنتين، وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة واحدة أو شهرياً حسب مقتضى الحال. [١]

وبذلك أشار القرار التمييزي على حكم الصادر من محكمة الأحوال الشخصية في أربيل التي قضت بالتعويض لمدة ثلاث سنوات ما يلي (... وجد أن القرار صحيح و موافق للقانون للأسباب التي استند إليها إذ أنها حددت مبلغ التعويض الأجمالي في ضوء ما استصوبته من نسبة تعسف المميز عليه ..). [٢]

**ثالثاً: أن يتناسب التعويض ودرجة التعسف الزوج في إيقاع الطلاق**

كما هو معروف أن مسألة تقدير التعسف الزوج الذي اشترطته المادة ٣/٣٩ من قانون الأحوال الشخصية المعدل في اقليم يخضع لسلطة المحكمة التقديرية كونها مسألة قانونية وهذا ما قضت به محكمة التمييز (حيث يثبت من البنية الشخصية و اضبارتي المطاوعة والنفقة أن المدعي غير متعسف في طلاقه). [٣]

وفي قرار آخر (يجب الاستماع للشهود لأثبات قيام المميز عليها بترك دار الزوجية من دون إذن زوجها وأنها تعتدي عليه في بعض الأحيان وبعد ذلك تقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشخصية وتحديد نسبة تقصير كل من الطرفين في ضوئها بتحدد نسبة تعسف الزوج وبالتالي تحديد المدة يجب على أساسها التعويض ..). [٤]

هنا نلاحظ لا بد من تناسب بين مقدار التعويض ودرجة التعسف والتي تخضع للسلطة المحكمة وبرأي المتواضع أن هذا المعيار مفترض فكل زوجة تطلق تتضرر لأنها تحرم من النفقة والأعالة خاصة إذا لم تكن لها أي معونة مادية.

**رابعاً: ما هي آلية تقدير التعويض؟**

الأصل أن تم الاتفاق على مقدار التعويض فتحكم المحكمة به أو إذا عرض أحد الزوجين مقدار للتعويض ووافق عليه الزوج الآخر يتم الحكم به أيضاً هذا وتجدر الأشارة إلى أنه قد يجري الصلح الخارجي بين الزوجين على مقدار التعويض وتسلمها المبلغ فلا يجوز بعد ذلك المطالبة بالتعويض وهذا ما أشار إليه قرار محكمة التمييز الأتحادية (... أن تسلم المدعية مبلغ قدره (.....). وذلك تعويضاً عن الطلاق التعسفي وكذلك ما تستحقه الزوجة من مهر مؤجل ومعجل) [٥]

---

(١) جمعة سعدون، المصدر السابق، ص ٢٠٤.

(٢) قرار رقم ٤٩٣/ هيئة الأحوال الشخصية، ٢٠١٩، في ٢/٦/ ٢٠١٩ (غير منشور) أشار إليه (القاضي صباح حسن رشيد) المصدر السابق، ص ١٩٠.

(٣) قرار ذو العدد ٧٤٣/ش/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٢/٢٢ (غير منشور).

(٤) قرار ذو العدد ٣٨٢/ش/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٥/٢. (غير منشور).

(٥) قرار ذو العدد ١٢٤/ش/٢٠١٩ في ٢٠١٩/٧/٢٥ (غير منشور).

وفي حالة عدم اتفاق على مقدار التعويض فيتم تكليف الطرفين بالأتفاق على تحديد خبير وفي حالة عدم اتفاق على الخبير لتقدير التعويض تنتخب المحكمة أحد الخبراء من المسجلين في جدول الخبراء ويتم تكليفه بالمهمة وهي تقدير التعويض في ضوء موارد الزوج المالية ودرجة التعسف وكذلك ما أصاب الزوجة من ضرر المادي والمعنوي وكذلك على الخبير مراعاة جملة أمور منها مدة الزواج وعدد الأطفال ومقدار ما حكم على الزوج من نفقات لأنه كما هو وارد في نص المادة ٣/٣٩ من قانون الأحوال الشخصية المعدل في اقليم أن الزوجة تستحق التعويض إذا كان الزوج متعسف في ايقاعه الطلاق علاوة على حقوقها الثابتة الأخرى، لكي يستطيع التوفيق بينها وللمحكمة سلطة تقديرية واسعة لتقدير ما جاء بتقرير الخبير[١].

**خامساً: مقدار ضرر الزوجة**

قلنا إن التعويض يشمل الضرر المادي والأدبي أي (المعنوي) وذلك لورود كلمة الضرر مطلقة والمطلق يجري على اطلاقه وكذلك من الأمور التي تعد من قبل الضرر طول حياة الزوجية وعدد الأطفال وهل أن الزوجة تركت عملها أو وظيفتها بسبب الزواج أو أنها ربة بيت ولا معيل لها سوى الزوج هذا فضلاً عن الضرر الأدبي هنا متحققاً لأنه خاصة في مجتمعنا المرأة المطلقة تتأثر سمعتها وأن الزوجة ستصاب باليؤس والفاقه بسبب هذا الطلاق، وفي التعويض ما يمثل رد لجزء من هذا الأذى الذي تعرضت له ويمكن أن يقال إيضاً أنه اعتراف من الزوج بأنه لم يطلقها لسبب منها وإنما لسبب خاص وهذا التعويض يمثل هذا الاعتراف. [٢]

وجاء في قرار محكمة التمييز (على المحكمة أن تسأل زوجها (المدعي عليه) عن سبب طلاقه وتكليفه بإثباته وإذا ما ثبت لها أنه أوقع الطلاق دون سبب منها تستحق الزوجة التعويض لأن الزوجة أصابها ضرر من جراء ذلك ..). [٣]

وفي قرار آخر (أن هذا التعويض هو ليس نفقة لسقط بإرجاع الزوجة المطلقة وإنما هو تعويض عن ضرر لحق الزوجة المطلقة) [٤]

---

(١) د. محمد عبدالرحمن سليفاني، دراسة حول التعويض عن الطلاق التعسفي، منشور في موقع مجلس القضاء لإقليم كوردستان. ٢٠٢٤/١٠/٢

(٢) جمعة سعدون الربيعي، المصدر السابق، ص ٢٠٥.

(٣) قرار ذو العدد ١٧٣/ هيئة الأحوال الشخصية/ ٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٣/٩. (غير منشور)

(٤) القرار ٢٢٧/ شخصية/ ٢٠٠١ في ٢٠٠١/١/٢٤، (غير منشور).

## الخاتمة

لقد بذلت ما في وسعي من أجل إعطاء فكرة عن موضوع (التعسف في استعمال حق الطلاق) والآثار المترتبة عليه ، وأسأل الله العلي العظيم أن أكون قد وفقت لتناول جميع أو أغلب ما يحويه موضوع البحث.

وبعد انتهاء من هذا البحث بعون من الله تعالى توصلنا إلى الاستنتاجات والتوصيات الآتية:

### أولاً: النتائج

١. أن دراسة هذا الموضوع له أهمية بالغة في مجال الدراسات القانونية بشكل عام والمسائل المتصلة بالأسرة بوجه خاص لأن هذا الموضوع أكثر مواضيع تطبيقاً في المحاكم وذلك نظراً لما يرتبه من الآثار تمسُ بكيان الأسرة بوجه خاص والمجتمع بوجه عام.

٢. أن ما أثار إنتباهي هو كثرة اقامة دعاوي التفريق من قبل الزوج فلدى البحث وراء أسباب ذلك وجدت فيها التخلص من التعويض الملقى على عاتقه إذا استعمل حقه الشرعي وهو الطلاق، إن النتيجة التي تنتج هذا الاتجاه كبيرة فأول ما يلجأ إليه هو الإساءة إلى سمعة زوجته والتشهير بها وكذلك محاولة إيراد الأسباب ودفعه بالحجج والأدلة لكي يتخلص من هذا العبء، أي التعويض عن الطلاق التعسفي.

٣. تطرقنا من خلال هذا البحث إلى صور الطلاق التعسفي ومن بينها طلاق مريض مرض الموت وذلك للمعالجة غير الدقيقة التي جاء بها المشرع العراقي حيث جاء في نص مادة ٢/٣٥ من قانون الأحوال الشخصي المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ (لا يقع طلاق مريض مرض الموت أو حالة يغلب في مثلها الهلاك إذا مات في ذلك المرض أو تلك الحالة وترثه زوجته).

ولكن هذه المادة تم تعديلها بموجب قانون المرقم ١٥ لسنة ٢٠٠٨ الصادر من برلمان اقليم كوردستان وأصبح كالآتي (يقع طلاق المريض مرض الموت أو حالة يغلب في مثلها الهلاك إذا مات في ذلك المرض أو تلك الحالة ولم يكن فاقد التمييز وترثه زوجته ولو كان طلاق بائناً). وهذا هو الأصح.

٤. التعويض عن الطلاق التعسفي ضروري ونؤيده ويؤيده الفقهاء المحدثين ولكن يجب على المحكمة التأكد من أن الطلاق قد أوقع بدون سبب وأصيبت الزوجة ضرراً من جراء ذلك، والضرر يشمل الضرر المادي والأدبي.

٥. إن قانون الأحوال الشخصية المعدل في اقليم كوردستان يعطي الحق للزوجة بالتعويض عن الطلاق التعسفي سواءً كان قبل الدخول أو بعده طالما ضرر محقق لأن أحد المعايير لتحديد كون الزوج متعسفاً عند ايقاعه الطلاق هو إصابة الزوجة بالضرر وكل طلاق الضرر فيه مفترض.

٦. الأصل في الطلاق الحضر ولا يباح إلا لحاجة ودليل على ذلك قول رسول (ﷺ) (أبغض الحلال عند الله الطلاق) لذلك فمن أوقعه عليه اثبات ذلك أي على الزوج أن يثبت أنه لم تكن متعسفاً في ايقاعه حق الطلاق.

٧. أن الزوجة تستحق التعويض سواءً كان قبل دخول أو بعده وقبل العدة أو بعد العدة لأن أحد المعايير لتحقق التعويض هو إصابة الزوجة بالضرر وكل طلاق ضرر فيه مفترض وخاصة في مجتمعنا لأن المرأة مطلقة تتأثر سمعتها بين قريناتها.

## ثانياً: التوصيات

١. أن المشرع الكوردستاني حدد سقف للمدة بين ثلاث سنوات وخمس سنوات وكان حريا به لا يحدد سقفاً للحد الأدنى ويترك ذلك لتقدير قاضي المحكمة وفقاً لنهج المشرع العراقي لأن ذلك فيها إرهاق للزوج وخالف بذلك نهج أغلب القوانين الأحوال الشخصية.

٢. على المحاكم أن تتوسع في إجراء التحقيقات أسباب وقوع الطلاق وأن تعتمد على معايير مقبولة وتستند إلى أصحاب الخبرة في هذا المجال عند تقدير التعويض.

٣. نميل إلى أن يحددا المشرع الكوردستاني فترة يمكن من خلالها أن تقدم المطلقة طلب التعويض كأن تكون سنتين من تأريخ وقوع الطلاق. أو سنة وبعكسه يسقط حق الزوجة للمطالبة به.

وأخيراً أتمنى أن أكون وفقت في إعداد وإظهار هذا البحث بالشكل المناسب.

## قائمة المصادر

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: الكتب


١. ابراهيم المشهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز قسم الأحوال الشخصية، بغداد، ١٩٨٩.

٢. أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة والقانون، طبعة الثانية، مطبعة المعارف، ١٩٧٦.

٣. اسماعيل الحمدي، الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق، موصل، ١٩٨٤. جمعة سعدون الربيعي، أحكام الفقه، بدون سنة طبع.

٤. جمعة سعدقن، أحكام الفقه، بدون سنة الطبع.

٥. حسن علي الذنون، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠.

٦. سليم رستم باز – شرح المجلة – الطبعة الثالثة – بيروت – ١٩٢٣.

٧. عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق، دار الفكر، سنة ١٩٦٨.

٨. القاضي صباح حسين رشيد، قرارات محكمة تمييز إقليم كوردستان، قسم الأحوال الشخصية، أربيل، ٢٠١٨.

٩. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في أصول الفقه، بغداد، سنة ١٩٦٤.

١٠. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٠.

١١. عبدالكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة، طبعة ثالثة، بغداد، سنة ١٩٦٧.

١٢. القاضي عبد الله علي الشرفاني، الموجز في التطبيقات القضائية في المحاكم والدوائر العدلية، أربيل، ٢٠١٠.

١٣. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح قانون المدني، بغداد، ٢٠٠٧.

١٤. علي حسب الله، عيون المسائل الشرعية في الأحوال الشخصية، طبعة الثانية، مطبعة العلوم، ١٩٥٠، ص ١٤٣.

١٥. فتحي الرديني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، بيروت، ١٩٦٦.

١٦. محمد أبوزهرة، الأحوال الشخصية، الزواج والطلاق، بدون سنة الطبع.

١٧. محمد جواد مغنية، الأحوال الشخصية، دار العلم للملايين، بيروت.

١٨.محمد عبدالرحمن سليڤاني، دراسة حول التعويض عن الطلاق التعسفي، منشور في موقع مجلس القضاء لإقليم كوردستان.
١٩.محمد مصطفى الزحيلي، التعويض عن الطلاق، بحث منشور في مجلة القضاء سنة ١٩٧٩.
٢٠.مصطفى الزلمي، مدى سلطات الإرادة في الطلاق، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٨.

ثالثاً: المجلات

١. مجلة القضاء سنة ١٩٧٩.
٢. موقع مجلس القضاء في اقليم كوردستان - facebook

رابعاً: القوانين

١. قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل، المرقم ١٨٨ سنة ١٩٥٩.
٢. قانون المدني العراقي، المرقم ٤٠ سنة ١٩٥٠.
٣. قانون الأثبات، المرقم ١٠٧ سنة ١٩٧٩.
٤. قانون المحاماة، المرقم ١٧ سنة ١٩٩٩ المعدل.

خامساً: القرارات القضائية

الفهرست


| الموضوع | الصفحة |
|---|---|
| الآية الكريمة | أ |
| توصية المشرف | ب |
| الإهداء | ج |
| المقدمة | ١ |
| أولاً: التمهيد | ١ |
| ثانياً: أهمية الموضوع | ١ |
| ثالثاً: أسباب إختيار الموضوع | ١ |
| المبحث الأول: حق الطلاق | ٣ – ٨ |
| - المطلب الأول: ماهية الطلاق | ٣ – ٤ |
| الفرع الأول: تعريف الطلاق | ٣ |
| الفرع الثاني: حكمة مشروعيته | ٤ |
| - المطلب الثاني: صور التعسف في استعمال حق الطلاق | ٧ – ٨ |
| الفرع الأول: الطلاق من دون مسوغ شرعي أو قانوني | ٧ |
| الفرع الثاني: طلاق مريض مرض الموت | ٨ |
| المبحث الثاني: ماهية التعسف في استعمال حق الطلاق | ١١ – ١٧ |
| - المطلب الأول: التعسف لغةً واصطلاحاً ونطاقه ونبذة تأريخية عن صور التعسفي | ١١ – ١٣ |
| الفرع الأول: تعريف التعسف لغة واصطلاحاً ونطاق التعسف | ١١ |
| الفرع الثاني: نبذة تأريخية عن صور التعسف في استعمال حق الطلاق قبل الإسلام | ١٢ – ١٣ |
| - المطلب الثاني: إساءة استعمال الحق | ١٤ – ١٧ |
| الفرع الأول: التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية | ١٤ – ١٥ |
| الفرع الثاني: التعسف في استعمال الحق في القانون | ١٦ – ١٧ |
| المبحث الثالث: الآثار المترتبة على التعسف في إيقاع الطلاق | ١٨ – ٢٨ |
| - المطلب الأول: التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون وشروط استحقاقه | ١٨ – ٢٣ |
| الفرع الأول: التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون | ١٨ – ١٩ |
| الفرع الثاني: شروط استحقاق التعويض | ٢٠ – ٢٣ |
| - المطلب الثاني: إثبات التعسف وكيفية تقدير التعويض | ٢٤ – ٢٨ |
| الفرع الأول: اثبات التعسف | ٢٤ – ٢٥ |
| الفرع الثاني: كيفية تقدير التعويض | ٢٦ – ٢٨ |
| الخاتمة | ٢٩ – ٣٠ |
| أولاً: النتائج | ٢٩ |
| ثانياً: التوصيات | ٣٠ |
| قائمة المصادر | ٣١ – ٣٢ |
| الفهرست | ٣٣ |