المقدمة

أولا: المدخل التمهيدي لموضوع البحث

يعد الزواج من أهم المؤسسات الاجتماعية والقانونية التي تسهم في تحقيق استقرار الأسرة والمجتمع، إذ ينظم وفق قواعد شرعية وتشريعية تهدف إلى صون حقوق الزوجين وواجباتهما. ومع ذلك فإن استمرار الحياة الزوجية قد لا يخلو من الخلافات والنزاعات التي قد تتصاعد أحياناً إلى حد الانفصال أو التفريق، مما ينعكس سلبا على استقرار الأسرة ويؤثر في الاستقرار الاجتماعي، الأمر الذي يستدعي تدخل القضاء لحسم هذه النزاعات والحد من تفاقمها. وتسعى التشريعات عموما إلى ترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، مع تقديم المصالح المشروعة على غير المشروعة، إذ تعد الثقة أساسا متينا لبناء الأسرة وضمان استمرارها. ومن هذا المنطلق نظم المشرع العراقي أحكام التفريق القضائي لتحقيق التوازن بين المصلحتين المتعارضتين، مصلحة المجتمع في الحفاظ على كيان الأسرة، ومصلحة الطرف المتضرر من استمرار العلاقة الزوجية سواء كان الزوج أم الزوجة.

ويُعدّ الخلاف الموجب للتفريق من أبرز المسائل القانونية والاجتماعية التي عالجها قانون الأحوال الشخصية العراقي، لما له من أثر مباشر في استقرار الأسرة وحماية حقوق الزوجين. ويُقصد بالخلاف المستحكم ذلك الخلاف الذي يبلغ مرحلةً يصعب معها الإصلاح أو المعالجة، بحيث يصبح استمرار الحياة الزوجية أمرًا متعذرًا. ومن المعلوم أن الخلافات تُعدّ أمرًا طبيعيًا في أغلب العلاقات الزوجية نتيجة اختلاف وجهات النظر بين الزوجين، إذ يستحيل أن يتطابق شخصان في التفكير أو أسلوب إدارة شؤون الأسرة وتربية الأبناء وتنظيم متطلبات الحياة الأسرية. إلا أن المشكلة تظهر عندما تتحول هذه الخلافات إلى نزاع مستمر وشقاق دائم يعيق استمرار الحياة الزوجية بصورة طبيعية. ومن هنا يثور التساؤل حول متى يُعدّ الخلاف موجبًا للتفريق؟ وما طبيعته؟ وأساسه القانوني والشرعي؟ فضلًا عن تحديد معيار الخلاف المستحكم المؤدي إلى التفريق.

ثانيا: أهمية الموضوع

يُعدّ موضوع الخلاف المستحكم الموجب للتفريق من الموضوعات الأساسية في قانون الأحوال الشخصية، لما له من أثر مباشر في تحقيق الاستقرار الأسري وحماية حقوق الزوجين. وتبرز أهمية الموضوع في تمكين القاضي من تقدير درجة الخلاف والفصل في النزاعات الزوجية وفق الضوابط التشريعية في قانون الأحوال الشخصية العراقي ومبادئ الشريعة الإسلامية. تتجلى أهمية البحث في محاولة وضع معايير لقياس درجة الخلاف وفق الأسس الشرعية، لاسيما أن القانون لم يتناول هذه المعايير بصورة صريحة، في ظل تزايد الدعاوى المتعلقة بالتفريق نتيجة الخلافات الزوجية، ورغبة كلٍّ من الزوجين في إنهاء العلاقة بأقل خسارة ممكنة، فضلًا عن قلة الدراسات المتخصصة التي تناولت الموضوع.

ثالثا: إشكالية البحث

تتمثل إشكالية البحث في عدم وجود معيار قانوني ثابت لقياس درجة الخلاف بين الزوجين الذي يبرر الحكم بالتفريق القضائي، فضلًا عن صعوبة التمييز بين الخلافات الزوجية الطبيعية التي لا تستوجب التفريق وبين الخلاف المستحكم الذي يبرر إنهاء الرابطة الزوجية. وتتجسد هذه الإشكالية في عدة جوانب، أبرزها عدم وجود معايير دقيقة في القانون العراقي لقياس الخلاف المستحكم، وتباين الاتجاهات القضائية باختلاف طبيعة النزاع وآثاره على الحياة الزوجية، فضلًا عن صعوبة إثبات الخلاف النفسي أو غير المادي لندرة وسائل الإثبات المتاحة. كما تبرز الإشكالية في تحقيق التوازن بين حماية كيان الأسرة وصون حق كلٍّ من الزوجين في طلب التفريق وما يترتب عليه من آثار قانونية تتعلق بالنفقة وحضانة الأطفال.

رابعا: فرضية البحث

ينطلق البحث من فرضية مفادها عدم وجود تعريف جامع ومحدد لمفهوم الخلاف، فضلًا عن غياب معايير واضحة لقياس درجة الخلاف في قانون الأحوال الشخصية العراقي، مما يستدعي وضع ضوابط قانونية تساعد المحكمة في التحقق من استحكام الخلاف، سواء كان ماديًا أم نفسيًا.

خامسا: أهداف البحث

١- تحديد مفهوم الخلاف المستحكم في القانون العراقي.

٢- اقتراح ضوابط قانونية لإثبات الخلاف المستحكم أمام القضاء.

٣- تقييم مدى فعالية التشريع العراقي في حماية حقوق الزوجين والأبناء عند استحكام الخلاف.

٤- محاولة الوصول إلى تكييف قانوني منضبط ينسجم مع روح النصوص التشريعية ومبادئ العدالة، ولا سيما مقاصد الشريعة الإسلامية.

سادسا: صعوبات البحث

تمثلت الصعوبات في محاولة المواءمة بين أحكام القانون ومبادئ الشريعة الإسلامية، مع الحفاظ على مصلحة الأسرة والأطفال، إذ جاء تنظيم الخلاف في قانون الأحوال الشخصية ضمن نطاق محدود، حيث خُصِّص له نصٌّ واحد تناول مفهومه وعناصره بصورة إجمالية دون تحديد معايير دقيقة للخلاف الموجب للتفريق، مما استلزم الرجوع إلى القواعد الفقهية عملًا بأحكام قانون الأحوال الشخصية. كما واجه البحث صعوبة في الحصول على مصادر متخصصة نظرًا لقلة الدراسات التي تناولت الموضوع، إذ إن غالبية الكتابات الفقهية اكتفت بالإشارة العامة إلى أن وجود الخلاف بين الزوجين قد يبرر التفريق دون تحديد درجة هذا الخلاف أو كيفية إثباته أو عناصره التفصيلية.

سابعا: منهجية البحث

اعتمد البحث المنهج التحليلي والتطبيقي من خلال تحليل النصوص القانونية في قانون الأحوال الشخصية والرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية ذات الصلة، فضلًا عن دراسة التطبيقات القضائية الصادرة عن محاكم التمييز في إقليم كوردستان والعراق.

ثامنا: هيكلية البحث

قسم البحث إلى مبحثين، خُصِّص الأول للتفريق بسبب الخلاف بشكل عام وأصله الشرعي والقانوني والتحكيم من خلال مطلبين، في حين تناول المبحث الثاني الخلاف المستحكم وسلطة القاضي فيه والخلاف قبل الدخول من خلال مطلبين أيضًا. وقد دُعِّمت الدراسة بالاجتهادات والتطبيقات القضائية، واختُتمت بالاستنتاجات والتوصيات التي توصل إليها البحث.

المبحث الاول

التفريق للخلاف

تطرقت قانون الأحوال الشخصية العراقية إلى حالة التفريق بسبب الخلاف بين الزوجين في المادة ٤١ منه، فجعلها أساسًا قانونيًا لإنهاء الرابطة الزوجية متى تعذر استمرار الحياة المشتركة، وتُعدّ هذه المادة نصًا وحيدًا في القانون التي تناولت مسألة الخلاف بصورة صريحة، حيث تنص المادة على أن:

١- لكل من الزوجين طلب التفريق عند قيام خلاف بينهما سواء كان ذلك قبل الدخول أم بعده.
٢- على المحكمة إجراء التحقيق في أسباب الخلاف، فإذا ثبت لها وجوده تعيّن حكمًا من أهل الزوجة وحكمًا من أهل الزوج، إن وُجدا، للنظر في إصلاح ذات البين، فإن تعذّر وجودهما كلّفت المحكمة الزوجين بانتخاب حكمين، فإن لم يتفقا انتخبتهما المحكمة.
٣- على الحكمين أن يجتهدا في الإصلاح، فإن تعذّر عليهما ذلك رفعا الأمر إلى المحكمة موضحين لها الطرف الذي ثبت تقصيره، فإن اختلفا ضمّت المحكمة لهما حكمًا ثالثًا.
٤- أ- إذا ثبت استمرار الخلاف بين الزوجين وعجزت عن الإصلاح بينهما وامتنع الزوج عن التطليق فرّقت المحكمة بينهما... إلى آخر المادة.

كما يتضح من المادة المذكورة أن المشرّع لم يضع تعريفًا محددًا لمفهوم الخلاف ولم يبيّن معاييره أو ضوابط تقديره، مما ترك سلطة واسعة للقضاء في استخلاص وجوده وآثاره من وقائع كل دعوى على حدة وفقًا لظروفها وملابساتها. لذلك سنحاول أن نبين المفاهيم والتعريفات الواردة للخلاف فقهاً وقانونًا، وكذلك أساسه الشرعي والقانوني، وذلك من خلال المطلبين.

المطلب الاول:

التفريق للخلاف واساسه الشرعي والقانوني

من الواضح أن الغرض من بناء الحياة الزوجية هو تكوين وحدة اجتماعية واستثمارها بالنسل، ولكن قد تصبح العلاقة بين الزوجين مليئة بالشقاق والنزاع والخلاف، وقد يؤدي هذا إلى متاعب كثيرة بالزوجين ويتعداه إلى الأولاد، حيث يستحيل معهما استمرار الحياة الزوجية التي وصفها القرآن الكريم بالميثاق الغليظ. لذلك فإن الشريعة الإسلامية نظّمت أحكام الطلاق لمعالجة تلك الحالة وإنهاء العلاقة، رغم أنها أعطت عصمة الطلاق بيد الرجل بإرادته المنفردة، إلا أنها لم تُهمل حق المرأة في هذا الموضوع، بل أعطت للزوجة حق المطالبة بالتفريق أمام القضاء، وعلى القاضي أن يستجيب لطلبها وفقًا للشرع والقانون.[1]

الفرع الاول:

التفريق للخلاف

يُقصد بالتفريق بسبب الخلاف (الشقاق أو النزاع) إنهاء الرابطة الزوجية بحكم قضائي عندما يبلغ الخلاف بين الزوجين درجةً يتعذّر معها استمرار الحياة الزوجية، بحيث يغدو الإصلاح غير ممكن رغم بذل الجهود الشرعية والقانونية. ويُعدّ هذا النوع من التفريق وسيلة استثنائية لحماية الزوجين من الضرر الناتج عن استمرار الشقاق، وتحقيق مصلحة الأسرة عند تعذّر الوفاق، إذ يتدخل القضاء بعد التثبت من وجود الخلاف المستحكم وتقرير الحكمين أو من يقوم مقامهما، ليقضي بالتفريق مع ترتيب آثاره الشرعية والقانونية وفقًا لأحكام قانون الأحوال الشخصية.

بمعنى آخر، إن الشقاق هو النزاع الشديد بين الزوجين من قول أو فعل كالشتم والتقبيح المخل بالكرامة والضرب المبرّح والحمل على فعل ما حرّمه الله، أو أي شيء من هذا القبيل، فيقع الخلاف وسوء المعاشرة

---

[1]. الدكتور محمد خضر قادر – دور الارادة في احكام الزواج والطلاق والوصية – دراسة فقهية مقارنة – سنة ٢٠٠٩ – اردن – ص ٢٩٤.

بين الزوجين، وإذا استمرت هذه الحالة فلا يبقى إلا اللجوء إلى القضاء من جانب أحد الزوجين للمطالبة بالتفريق بينهما.[1]

للحديث عن ذلك يتعيّن علينا تعريف الخلاف المذكور وتحديد معناه، لأن له تعريفات ومفاهيم عديدة، وتتعدد دلالاته كما يختلف نطاقه ومضمونه بحسب السياق الذي يرد فيه، لذلك نحاول تعريفه وبيان ماهيته لغةً واصطلاحًا:

اولا: الخلاف لغة:

جاء في المختار الصحاح أن (شقَّ) فلان العصا أي فارق الجماعة، وأيضًا جاء بأن الشقاق هو الخلاف والعداوة، و(شقَّ) عليه الشيء من باب ردّ و(مشقّة) أيضًا. و(شقق) الحطب وغيره (فتشقق). وأيضًا جاء في منجد الطلاب: شقَّ الشيء: فرّقه، (تشاقّ) القوم: تخالفوا وتعادوا، تشاقّ ثيابهم: شقّ كل واحد ثوب صاحبه، شقّ النبت: خرج من الأرض.[2]

ثانيا: الخلاف اصطلاحا:

على قول الفقهاء، فإن معناه الاصطلاحي يكمن في معناه اللغوي ويتداخل معه، ولا يزيد عليه بل هو أخصّ منه، وهو مخالفة كل واحد منهما صاحبه، ومأخوذ من الشق كما قال (محمد بن أحمد بن بطال)، وقد عرّفه (الشيخ أحمد حسن) كونه الزوجين في حالة من الخلاف والعداوة وحرص كل منهما على فعل ما يشق على نفس صاحبه، مما يتنافى وما يجب أن يكون عليه الزوجان من سكن كل منهما إلى الآخر وتبادل المودة والرحمة.[3]

أما تعريفه قانونًا، فكما ذكرنا لم يرد بشأنه في القانون، بل اكتُفي ببيان حالة التفريق للخلاف في المادة ٤١ من قانون الأحوال الشخصية.

---

[1]. أ.د. وهبة الزحيلي - الاسرة المسلمة في العالم المعاصر – دار الفكر المعاصر في بيروت / لبنان – ودار الفكر في ديمشق / سورية – سنة ٢٠٠٦ – ص ٣٣٤.

[2]. فؤاد افرام البستاني – منجد الطلاب – دار المشرق ش. م. م. – بيروت / لبنان – الطبعة الحادية والثلاثون – سنة ١٩٨٦ – ص ٣٧٧.

[3]. القاضي اسو سردار رشيد - التفريق للضرر – دراسة مقارنة – اربيل – سنة ٢٠١٠ - ص ٥٦ وما بعده.

الفرع الثاني:

الاساس الشرعي والقانوني للتفريق بسبب الخلاف.

اولا: الاساس الشرعي:

١- في القران الكريم.

تناولت الشريعة الإسلامية أحكامًا خاصة بالتفريق للخلاف وبيان شروطه، كما جاء في قوله تعالى:(**وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا**)[١]

والخطاب في الآية الكريمة لجماعة المسلمين أو لأولي الأمر أو للأولياء والأقارب، والمعنى: إذا ظننتم أنه سيكون بين الزوجين شقاق يؤدي إلى أن يكون كل منهما في جانب، وذلك بظهور أماراته وقيام دلائله وعلاماته، فابعثوا حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها ليتعارفا على حالهما وينظرا أمرهما ويستظهرا بواطنهما ويستوضحا خفاياهما ومعرفة أحوالهما، فإن يرد الحكمان إصلاحًا بين الزوجين يوفق الله بينهما بسبب سعيهما للإصلاح.[٢]

وإذا تمعنّا النظر في الآية الكريمة نجدها أعطت حقًّا لكل من الزوجين مطالبة التفريق بسبب الشقاق، لأن المرأة عندما تتزوج من رجل فتتزوجه على شرط ضمني وهو حسن العشرة والمعاملة، فإذا تخلّف هذا الشرط حينئذٍ جاز لها حق المطالبة بالتفريق، لأن سوء المعاملة والمعاشرة تكون جحافًا بحق الزوجة وظلمًا لها، وكما أن رفع الظلم واجب بموجب الشريعة الإسلامية، لذا على القاضي النظر في طلبها بالتفريق.

وجاء في آخر الآية الكريمة: (**إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا**)، والتي تعني باختصار أنه إذا كانت هناك حسن النية للإصلاح سواء كان من قبل الزوجين أو الحكمين، يوفق الله بينهما، وتبدأ حياة جديدة للزوجين، وهذا وعد من الله، أما إذا غابت هذه الإرادة فلا يتحقق الوفاق بينهما.

---

[١] . الاية ٣٥ من سورة النساء.

[٢]. شيخ علي الخفيف – فرق الزواج في المذاهب الاسلامية – قاهرة / مصر – دار فكر العربي - سنة ٢٠٠٨ – ص ٢٧٥.

فقد وعد الله سبحانه وتعالى بتوفيق الحكمين إن أخلصا في نيتهما وجهودهما لإصلاح ذات البين لقوله تعالى في آخر الآية: (**إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا**). ولقد أرسل أمير المؤمنين (**عمر**) رضي الله عنه حكمين لإصلاح ذات البين بين الزوجين المختلفين، وبعد أيام عاد الحكمان وقالا: فشلنا، فقال أمير المؤمنين: لو أخلصتما لوفقكما الله بينهما، فعادا إلى الزوجين من جديد بمهمة أعلى وإخلاص أشد وجدٍّ أكبر فأصلحا بينهما، فقال عمر رضي الله عنه: إن يريدا إصلاحًا يوفق الله بينهما.[١]

٢- في السنة النبوية.

جاءت في السنة النبوية الشريفة أحاديث تدل على مسألة الخلاف والتفريق بسببه والإصلاح بين الزوجين، ومنها ما رُوي عن (عائشة رضي الله عنها) في ضرب زوج لزوجته، فأتت إلى الرسول (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ) فاشتكت إليه، فقال الرسول لهما: خذ بعض مالها وفارقها، وقالت له: أيصلح ذلك يا رسول الله؟ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ)، فقال: نعم، قال: فإني صدقتها حديقتين وهما بيدها، فقال النبي: خذهما وفارقها، ففعل ذلك. وهذا دليل على أنه إذا رأى القاضي الشرعي أن الخلاف مستحكم بين الزوجين ولا يمكن إصلاحهما بينهما فيجوز له إصدار الحكم بالتفريق.[٢]

وكذلك ما رُوي أن الرسول قبل (سعد بن معاذ) في بني قريظة حيث قال: (إن هؤلاء نزلوا على حكمك)، قال: فإني أحكم أن تُقتل المقاتلة وأن تُسبى الذرية، قال: لقد حكمت فيهم بحكم الملك. وفي هذا دلالة واضحة على مشروعية التحكيم في السنة. كذلك ما ورد عن (شريح بن هاني) عن أبيه: أنه لما وفد إلى النبي مع قومه سمعهم يكنونه بأبي الحكم، فقال النبي: إن الله هو الحكم وإليه الحكم، فلم تكنَّ أبا الحكم؟ قال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضي عليّ كلا الطرفين، فقال النبي الكريم: ما أحسن هذا، ثم قال: فما لك من الولد؟ قلت: له شريح وعبدالله ومسلم، قال: فمن أكبرهم؟ قلت: شريح، قال: فأنت أبو شريح، ودعا له ولولده.[٣]

---

[١]. د. احمد الكبيسي – الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقية – الجزء الاول – سنة ٢٠٠٦ – ص ١٥٧.
[٢]. سنن أبي داود - حديث رقم (٢٢٢٨).
[٣]. د. سهيل احمد – التحكيم بين الزوجين حال نزاع و شقاق في القانون الاحوال الشخصية الاردنية و المواثيق الدولية – ص ٢٥٤.

وقال النبي محمد ﷺ (**ألا أخبركم بأفضل من درجة الصيام والصلاة والصدقة؟ قالوا بلى، قال: إصلاح ذات البين)**[1]. وهذا يدل على أن الأصل في الشريعة هو السعي إلى الإصلاح بين الزوجين قبل الوصول إلى التفريق.

تؤكد لنا الأحاديث مبدأ حسن المعاشرة، ولكن ولأن الإضرار بالزوجة مخالف لمقاصد الشريعة، وهو ما قد يؤدي عند استمراره إلى طلب التفريق. لذلك شُرع التفريق بين الزوجين عند تعذّر استمرار الحياة الزوجية، لأن الشريعة الإسلامية وإن كانت تحرص على دوام الرابطة الزوجية والسعي إلى الإصلاح بين الزوجين، إلا أنها تجيز إنهاء العلاقة الزوجية عند استحكام النزاع وتعذّر الإصلاح.

٣- الاجماع.

فضلاً عن الآيات وعن الأحاديث النبوية الشريفة، ويمكن لنا القول بأن هناك إجماعًا بين صحابة الرسول (ﷺ) على جواز التفريق بين الزوجين بسبب الخلاف، الأمر الذي يؤكد على التأصيل الشرعي. ومن هذا الخصوص يُروى أنه نشبت خصومة بين (عقيل بن أبي طالب) وبين زوجته (فاطمة بنت عتبة) تنافرا فيها، وكان سببها أن فاطمة كانت ذات مال تُدلّ بمالها على عقيل، وتُذكّره بمن قُتل يوم بدر من أهلها، فتقول له: ما فعل عتبة؟ ما فعل الوليد؟ ما فعل شيبة؟ وعقيل يُعرض عنها، إلى أن دخل ذات يوم ضجرًا، فقالت له: ما فعل عتبة والوليد وشيبة؟ فقال لها: إذا دخلتِ النار فعلى يسارك، فجمعت رحلها، وبلغ ذلك عثمان، فقرأ قوله تعالى: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا... إلى آخر الآية)، فاختار من أهل عقيل (عبد الله بن عباس) ومن أهل فاطمة (معاوية بن أبي سفيان)، وقال: عليكما أن تجمعا إن رأيتما أو تفرقا إن رأيتما، فقال عبد الله: والله لأحرصن على الفرقة بينهما، فقال معاوية: والله لا أفرّق بين شيخين من قريش، فمضيا إليهما وقد أصلحا.[2]

٤- المذاهب.

كما نعلم بأنه في الشريعة الإسلامية هناك مذاهب مختلفة بهذا الشأن، وكل واحد منها يختلف عن الآخر حول موضوع التفريق للخلاف. وبالنسبة للمذهب الشافعي، فقد ذهب إلى أنه ليس للزوجين طلب التفريق من القاضي، لأن الحياة الزوجية لا تخلو من الخلاف والشقاق عادة، بل على الطرفين رفع الطلب إلى

---

[1]. سنن أبي داود - حديث رقم (٤٩١٩).
[2]. القاضي نايف عثمان رمضان – التفريق القضائي بسبب الخلاف – الطبعة الاولى – سنة ٢٠٢٢ – ص ٢٩ وما بعده.

القاضي ليمتنع عن الضرر أو تعزيزه بما يراه رادعًا له إن لم يمتنع. فإن اشتد النزاع وخيف وقوع الشقاق بعثهما للحكمين ليقوما بالإصلاح.[1]

وكذلك في المذهب الحنفي لا يجوز للزوج المتضرر المعاشر لزوجته إذا قام بينه وبينها شقاق مستمر أن يطلب التفريق للضرر، بل عليه إذا أراد التحلل من عقد الزواج استعمال حقه في الطلاق. وكذلك لا يجوز للزوجة المتضررة المعاشرة لزوجها التي قام بينه وبينها خلاف أن تتحلل من عقد الزواج وترفع طلب التفريق، بل يجب عليها إزالة الضرر الذي لحقها نتيجة سوء معاملة زوجها، فعلى القاضي إذا ما رفعت الزوجة الأمر إليه أن يأمر بحسن المعاشرة والمعاملة الحسنى، ويلاحظ على هذا الأمر أنه غير ممكن التحقق في عصرنا الحالي. أما بالنسبة للمذهب المالكي فأجاز للزوجة المتضررة التي أُسيء إليها أن ترفع الأمر إلى المحكمة، واستدلوا بالآية الكريمة التي تأمر بإرسال الحكمين للإصلاح بين الزوجين. وقانون الأحوال الشخصية العراقية أخذ بالمذهب المالكي والحنابلة، حيث أجاز للزوجة المتضررة من سوء المعاشرة الزوجية أن تطلب التفريق للضرر أو الشقاق.[2]

فالمذهب المالكي، وخلافًا لبقية المذاهب، أجاز للزوجة طلب التفريق، منعًا لاستمرار النزاع حتى لا تصبح الحياة الزوجية جحيمًا لا يُطاق وبلاءً لا حل فيه، فترفع الأمر إلى القاضي، فإن أثبتت الضرر وصحّت دعواها فرّق القاضي بينهما، وإن عجزت عن إثباته رُفضت دعواها، وإن كررت الادعاء بعث القاضي الحكمين من أهلهما لفعل الإصلاح أو التفريق.[3]

ونحن نؤيد الرأي الأخير، حيث لا يملك القاضي من الناحية الواقعية سلطة فعلية تتيح له رفع الظلم عن الزوجة داخل الحياة اليومية للزوجين أو يفرض عليه حسن المعاشرة لها، لأن العلاقة الزوجية لها خصوصيتها وتقوم على أساس الثقة بعيدًا عن رقابة الغير، ومن ثم فإن إلزام الزوج بحسن السلوك بقرار قضائي لا يضمن تحقق ذلك عمليًا. وعليه فإن الطريق القانوني المتاح يتمثل في تمكين الزوجة من مراجعة القضاء وإثبات ما تتعرض له من إيذاء أو سوء معاملة من قبل زوجها، فإذا ثبت للمحكمة قيام الضرر أو استحكام الخلاف بينهما وتعذّر دوام العشرة وجب على القاضي الحكم بالتفريق صونًا للحقوق ورفعًا للضرر. وكما يعلم الجميع هناك قواعد فقهية مشهورة: (لا ضرر ولا ضرار) و(الضرر يُزال).

---

[1]. د.عبدالمجيد محمود مطلوب – الوجيز في الاحكام الاسرة الاسلامية – مؤسسة المختار – سنة ٢٠٠٤ – ص ٣٣٠.
[2]. محسن الناجي – شرح قانون الاحوال الشخصية – الطبعة الاولى – سنة ١٩٦٢ – ص ٣٠٤ و ما بعده.
[3]. أ.د. وهبة الزحيلي - المصدر السابق - ص ٣٣٤. و د.عبدالمجيد محمود مطلوب في الوجيز في الاحكام الاسرة الاسلامية – المصدر السابق – ص ٣٣٠.

أما قول الحنفية والشافعية بأن للقاضي إيقاف الزوج عن حده وإلزامه بحسن التصرف مع زوجته فهو غير وارد واقعيًا، لأن الزوجين يعيشان سويًا تحت سقف واحد دون أن يكون معهما آخرون، فإذا تكرر الإيذاء عدة مرات فمن الصعب على الزوجة مراجعة القضاء كل مرة، كما ويصعب عليها إثبات الإيذاء في كل حالة. وقد يحال بينها وبين المراجعة كلما تكرر الإيذاء بسبب تهديد من الزوج أو بسبب ما لديه من نفوذ[1].

ثانيا: الاساس القانوني:

إن الأساس القانوني لمسألة الخلاف، والذي يعتمد عليه القاضي أو المحكمة في الدعاوى المتعلقة، هو المادة ٤١ من قانون الأحوال الشخصية بفقراتها الأربعة فقط، لأن القانون استند في ذلك على أحكام الشريعة الإسلامية واقتبسها منها، وبالأخص على المذهب المالكي.

[1]. نظام الدين عبدالحميد - احكام انحلال عقد الزواج في الفقه الاسلامي والقانون العراقي – سنة ١٩٨٩ – ص ٢١٨ وما بعده.

المطلب الثاني:

التحيكم والية تقدير التقصير

يُعدّ التحكيم بين الزوجين وسيلة شرعية وقانونية لمعالجة النزاع الذي يستحكم بينهما ويُخشى معه الشقاق واستمرار الضرر. تلجأ المحكمة إلى التحكيم عندما يتبين لها أن الخلاف بين الزوجين بلغ درجةً يتعذر معها الإصلاح المباشر، وفشل المحاولات التي أجرتها لإزالة النزاع، فعندئذٍ تقوم بتعيين حكمين يكون أحدهما من أقارب الزوج والآخر من أقارب الزوجة، وتكلفهما بمهمة محددة هي الوقوف على أسباب النزاع وبذل الجهد للإصلاح، فإن تعذّر وجب عليهما بيان من هو المقصر أو مدى اشتراكهما في التقصير.

أما آلية تقدير التقصير فهي تقوم على أسس موضوعية لا على الانطباع الشخصي، إذ يستمع الحكمان إلى أقوال كل من الطرفين بصورة منفردة ويُحيطان بظروف النزاع وملابساته ويتحققان من الوقائع المدعى بها كالهجر أو الامتناع عن النفقة أو الاعتداء أو سوء المعاشرة أو غير ذلك من صور الإخلال بالواجبات الزوجية، كما ينظران في البيانات المتوفرة من شهادات أو مستندات أو قرائن. وتظهر أهمية تقدير التقصير في أثره على الحقوق المالية، ولا سيما ما يتعلق بالمهر المؤجل، إذ قد يتحمل المقصر تبعة التفريق بحسب نسبة الخطأ المنسوب إليه، ويظل معيار التقصير مرتبطًا بمفهوم الإضرار وسوء العشرة، وهو معيار مرن يخضع لتقدير موضوعي يراعي ظروف كل حالة وبيئتها الاجتماعية دون إفراط.

ولما كان الشقاق أو الخلاف معناه أن الطرفين يشتركان في سبب الخلاف والإساءة والإضرار بالآخر قولًا أو فعلًا، بحيث لا يمكن مع هذه الأضرار استمرار الحياة الزوجية، أي إن الخلاف قد يبلغ حدًا من الجسامة والخطورة بحيث لا تصبح الحياة ممكنة، حينما يتقدم أحد الزوجين بطلب التفريق للشقاق والخلاف يتعين على القاضي أولًا التحقق من أسباب الخلاف وبذل جهده في إصلاحه ومحاولة إزالة أسبابه قدر الإمكان، وتأجيل الدعوى مدة مناسبة بعد تكليف المدعي بيان ماهية الشقاق والوقائع التي يتضرر منها وإعطاء المجال للطرف الآخر للإجابة عنها تصديقًا أو نفيًا. فإذا ثبت للقاضي استمرار الشقاق وتعذّر عليه إصلاح ذات البين وجب عليه اتباع الإجراءات التي رسمتها المادة (٤١) من قانون الأحوال الشخصية العراقي.[١]

[١]. القاضي محمد حسن كشكول - شرح قانون الاحوال الشخصية – دراسة قانونية وفقهية وتطبيقية – ص ١٦٤.

الفرع الاول

التحكيم

التحكيم كما هو مبين في الآية الكريمة يهدف إلى إصلاح ذات البين، إلا أن الفقهاء المعاصرين، فضلاً عن الوظيفة المنصوص عليها فيها، أضافوا إلى التحكيم وظيفة أخرى وهي تحديد سبب الخلاف وتحديد المسبب والمقصر فيه، وعلى هذا الأساس يلجأ القاضي إلى التحكيم. لذلك فإن القاضي لا يلجأ إلى التحكيم وفق المادة الأربعين إذا ثبت لديه أن الضرر موجب للتفريق، بل عليه أن يحكم بالتفريق بينهما. وهذا بخلاف ما ورد في المادة الواحدة والأربعين حول الخلاف الذي يجب على القاضي أن يلجأ فيه إلى التحكيم بين الزوجين وفق ما ورد في الآية الكريمة.[1]

التحكيم يقوم على إسناد مهمة الإصلاح إلى حكمين من أهل الزوجين أو من ذوي الخبرة والعدالة، بغية تقصّي أسباب الشقاق والسعي لإزالة الخلاف وإعادة الوفاق الأسري. وقد أقرّ التشريع الإسلامي هذا النظام بوصفه آلية إصلاحية تحفظ كيان الأسرة وتحد من تفككها، كما تبنته التشريعات المعاصرة، ومنها قانون الأحوال الشخصية العراقية، باعتباره إجراءً سابقًا أو موازياً للنظر القضائي في دعاوى التفريق للشقاق والنزاع. وتنبع أهمية دراسة التحكيم بين الزوجين من كونه يجمع بين البعد الشرعي والاجتماعي والقانوني، ويهدف إلى تحقيق التوازن بين مصلحة الأسرة وحقوق الزوجين، الأمر الذي يجعله موضوعًا جديرًا بالبحث العلمي في ضوء التطبيقات القضائية المعاصرة.

فإذا استمر الشقاق بين الزوجين وأخذ الزوج يؤذي زوجته بالإهانة والضرب بين حين وآخر، وكانت الزوجة قد راجعت القضاء لتخرج مما هي فيه من سوء الحال، فهنا على القاضي استدعاء الزوج وإعطاء النصح والإرشاد ليحسن معاملة زوجته وبيان ما لها من الحقوق وما عليها من الواجبات، فإذا لقي نصحه مكانه في نفس الزوج، وحسن سلوكه معها وعاملها بالحسنى، فيكون الأمر منتهيًا وتُردّ به الدعوى. أما إذا لم يُفد إرشاده، وراجعت الزوجة القضاء ثانية، فعلى القاضي في هذه الحالة أن ينصّب حكمين من أهل الزوج والزوجة للتقارب بينهما.[2]

---

[1]. الاستاذ الدكتور فاروق عبدالله كريم - الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقية – الطبعة الخامسة – سنة ٢٠٢٣ - ص ٣٢٠.

[2]. نظام الدين عبدالحميد – المصدر السابق – ص ٢١٨.

ونحاول توضيح كيفية تعيين الحكمين وشروطهما ومهامهما وفق التفاصيل الآتية:

اولا: تعين الحكمين.

كما هو واضح من المادة ٤١ من قانون الأحوال الشخصية، بعد ثبوت سبب الدعوى تُعيّن المحكمة حكمًا من أهل الزوج وحكمًا من أهل الزوجة، وذلك للاستيضاح منهما عمن يرغبان بتعيينه عنهما. ولا تكون المحكمة ملزمة باختيار من يعيّنه من الأقارب للتحكيم، بل تختار المحكمة ما تراه صالحًا لأداء هذه المهمة. فإن تعذّر وجود حكم من أهل الزوج وحكم من أهل الزوجة، كلفتهما المحكمة بانتخاب حكم من كل واحد منهما، أي بمعنى آخر ليس شرطًا أن يكون الحكمان من أهلهما وأقاربهما، بل يجوز أن يكونا أجنبيين عنهما، فيقوم الحكمان بالاتصال بالزوجين ويسعيان للتوفيق، وإذا لم يستطيعا الإصلاح بينهما رفعا أمرهما إلى المحكمة مرفقًا بالتقرير.[١]

وإذا تم انتخاب الحكمين كلفتهما المحكمة بإصلاح ذات البين، فيقومان بالاتصال بالزوجين ويسعيان للتوفيق لإزالة أسباب الخلاف بينهما، فإن نجحا في مهامهما رفعا الأمر إلى المحكمة التي عليها أن تقوم برد الدعوى لزوال سببها. أما إذا تعذّر على الحكمين وتبين لهما استحكام الخلاف بينهما بشكل يجعل استمرار الحياة الزوجية عديم الجدوى، فيرفعان بذلك تقريرًا إلى المحكمة، ويجب أن يتضمن الأمور الآتية:

١- الأسباب التي أدت إلى وقوع الخلاف.
٢- الطرف الذي كان سببًا لهذا الخلاف.
٣- رأي الحكمين في وجوب التفريق بين الزوجين من عدمه.[٢]

وتطبيقًا لذلك جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية حيث: (إن الخلافات قد طرأت على حياة المتداعين الزوجية، وإنها قد استمرت لمدة أكثر من ثلاث سنوات، وخلال هذه الفترة كان الزوج يقوم بالاعتداء على زوجته المدعية بالسبّ والضرب ويطردها من دار الزوجية، كما أن الزوج كان يفرض على زوجته شروطًا

---

[١]. القاضي اياد احمد سعيد الساري – الاحوال الشخصية والاوقاف – مكتبة قانونية بغداد – سنة ٢٠١٧ – ص ٣٠٩ وما بعده.
[٢]. محسن الناجي – المصدر السابق – ص ٣١٥.

عند محاولة الصلح بينهما القصد منها الإهانة والنيل من كرامتها، والضرر الجسيم في أسنانها وطردها من دار الزوجية، لذا لجأت إلى المحكمة إلى التحكيم والإصلاح بين الزوجين).[1]

وجاء في قرار المرقم ٦٨/دەستەی باری کەسی/٢٠١٧ لمحكمة التمييز اقليم كوردستان (ئەركی ناوبژیوان و ناوبژیوانی سێیەم ئەوەیە کە ئاشتەوایی بکات، ئەگەر سەرکەوتوو نەبوون ئەوا پێویستە بچن دیاریکردنی رێژەی کەمتەرخەمی هەر یەکێیکیان وە بۆچوونی ناوبژیوانی سێیەم کاری پێ دەکرێت بە هۆی ئەوەی بێ لایەنە). وفی قرار المرقم ٨٢٧/دەستەی باری کەسی/٢٠١٧ لمحكمه التمييز اقليم كوردستان (دوای رەتکردنەوەی داوای یەکەم بە زیان گەیاندن و تۆماکردنەوەی داوای دووەم بە هەمان هۆکار پێویستە لەسەر دادگا بچێت بۆ ناوبژیوانی مەرج نییە ژن و مێرد بگەرێنەوە بۆ ماڵی هاوسەری تا بکرێتە مەرجێك بۆ داوای دووەم)[2]

ثانيا: شروط الحكمين.

لا شك أن تعيين الحكمين في دعاوى التفريق للشقاق والخلاف من الوسائل التي أراد بها المشرّع معالجة النزاع الأسري قبل الوصول إلى إنهاء الرابطة الزوجية، إذ يقوم على فكرة الإصلاح أولًا، فإن تعذّر ذلك يطلبان بالتفريق على وجه يراعي العدالة بين الزوجين. لذلك يجب توفر شروط معينة في الحكمين، يقتضي أن يكونا عاقلين راشدين معروفين بحسن السيرة وقادرين على فهم طبيعة النزاع الأسري وتقدير أسبابه، وأن تتوافر فيهما الأمانة والعدالة والقدرة على التقصي والاستماع إلى الطرفين دون تحيز، كما يفترض أن يكونا من ذوي الخبرة الاجتماعية أو ممن لهم دراية بأحوال الأسرة وأعراف المجتمع، لأن مهمتهما لا تقتصر على نقل أقوال الزوجين بل تتعدى ذلك إلى محاولة الإصلاح الجدي، ثم بيان نسبة التقصير إن ثبت تمهيدًا لاتخاذ القرار المناسب.

---

[1]. القاضي عدنان مايح بدر – الاجراءات العملية لدعاوى الاحوال الشخصية – سنة ٢٠١٩ – ص ٤٨.
[2]. القاضي كامەران رسول سعيد – من و تۆ و ئەو لة دادطای باری کەسی – سنة ٢٠٢٣ و ٢٠٢٤ – ص ١٨٣ وما بعده.

لذا لم يتوقف اهتمام الشريعة الإسلامية عند بعث الحكمين فقط، بل تعدّى ذلك إلى وضع شروط وضوابط مهمة يجب أن تتوفر فيهما ومنها:

١- أن يكون الحكمان من أهل الزوجين: أجمع الفقهاء على أن يكون الحكمان من أهل الزوجين، أحدهما من قبل الزوج والآخر من قبل الزوجة، وعند التعذر فيجوز أن يُعيَّن غيرهما، لأن أهل الزوجين أشرف وأقرب لحماية مصالح الطرفين وهم على دراية كاملة بأحوالهما. وكما يجوز أن يكون الحكمان من جيرانهما لأن الجار يعرف أحوال الجار الآخر.
٢- - يجب أن يكون الحكمان مسلمين، فلا يجوز ولاية الكافر على المسلم.
٣- بالنسبة لجنس الحكمين، فإن المالكية اشترطوا أن يكونا رجلين، أما الشافعية فلا يشترطون ذلك. أما الرأي الراجح قانونًا وشرعًا فهو جواز أن يكون الحكم من النساء عند عدم وجود حكم رجل كفء وصالح من قبل أحدهما.
٤- يجب أن يكون الحكمان عاقلين وبالغين ومن أهل العدالة وحسن النظر والسيرة، واشترط البعض أن يكونا فقيهين.[١]
٥- أن يكون مسلمًا.

إضافة إلى الشروط المتقدمة، أضاف المرحوم (الدكتور المصطفى إبراهيم الزلمي) عدة شروط أخرى، منها أن يكون الحكمان محايدين وغايتهما الإصلاح دون التمييز، وأن يجتمعا مع بعضهما ومع الزوجين في بيئة هادئة بعيدة عن الانفعالات النفسية والاضطرابات الشعورية والملابسات المعيشية وغيرها من الأسباب الموجبة لتكدير صفو الحياة الزوجية، وبعد ذلك يرفعان تقريرًا صادقًا أمينًا نزيهًا متضمنًا الأسباب الحقيقية للخلاف والشقاق.[٢]

أما برأينا، فمن الأفضل من الناحية العملية أن لا يكون الحكمان من أقارب الدرجة الأولى والثانية للطرفين، لأن رابطة القرابة كثيرًا ما تؤثر في الحياد المطلوب، فالقريب من الدرجة الأولى قد يجد نفسه منحازًا عاطفيًا لما وُكّل به، مما يؤثر في تقريره ويجعله محل الشك (خاصة عند تقدير التقصير) ويجعل مهمته أقرب إلى الخصومة، لأن الحياد يُعدّ ركنًا جوهريًا في مهمة الحكمين لتحديد مقدار المهر أو إسقاط بعض

[١]. القاضي نايف عثمان – المصدر السابق – ص ٤٠.
[٢]. البروفيسور الدكتور مصطفى ابرهيم الزلمي – احكام الزواج و الطلاق في الفقه الاسلامي المقارن – دراسة مقارنة – سنة ٢٠١٢ – ص ١٢٤.

الحقوق تبعًا لنسبة الإساءة. لذلك فإن اختيار شخصين مشهود لهما بالاستقامة والاتزان ومن غير ذوي القرابة اللصيقة يحقق غاية المشرّع في الإصلاح في تقدير التقصير تقديرًا موضوعيًا بعيدًا عن روابط الدم.

وهناك رأي آخر يذهب في اختيار الحكمين إلى أن يكونا من الأقارب من الدرجة الأولى أو الثانية، تأسيسًا على أن هؤلاء يكونون أكثر حرصًا واهتمامًا بمصلحة الزوجين بحكم الروابط الأسرية الوثيقة التي تجمعهم، إذ يكون الأخ أو الأخت أو أحد الأصول أو الفروع أدرى بظروف النزاع بما يحقق استقرار الأسرة ويصون كيانها. ومع ذلك فإن الرأي الذي نراه أرجح ونميل إليه يتمثل في تغليب عملية التحكيم والإصلاح إلى اختيار الحكمين من الأقارب من الدرجة الأولى حصراً متى ما توافرت فيهم صفات الحكمة والقدرة على الإصلاح. أما في المسائل التي تتعلق بتقدير الإساءة أو تحديد المسؤولية، فإنه من الأفضل إسناد الأمر إلى أشخاص أكثر حيادًا ومن خارج نطاق القرابة المباشرة، ضمانًا لعدم التأثر بالعواطف أو الانحياز، وتحقيقًا لمقتضيات العدالة والموضوعية.

وتطبيقًا لذلك جاء في القرار المرقم ٥٢٦٢/شخصية/٢٠١١ لمحكمة التمييز الاتحادية: (إن الحكمين المنتخبين من المميز والمميز عليها لم يلتقيا بالطرف الآخر، وحيث إن الغاية من تعيين الحكم هي الاجتهاد في الإصلاح ذات البين، وهذا يقتضي لقائهما مع الطرفين وهو ما لم يحصل، مما جعل تقديرهما معيبًا وبالتالي ما توصلت إليه المحكمة من نتيجة غير صحيح. هذا من جهة، ومن جهة أخرى ولغرض ضمان بذل الحكم الإصلاح ذات البين، يتعين أن لا يكون من الدرجة الأولى والثانية لانحيازهما، ويستحسن التعيين من يرتبط بصلة القرابة من غير درجات المشار إليها مع الطرفين لضمان حياديتهما)[1]

[1]. القاضي عدنان مايح بدر – المصدر السابق – ٣٢٠ وما بعده.

ثالثا: مهام الحكمين و اجراءات التحكيم:

بعد أن يتم تعيين الحكمين بالآلية المذكورة سابقًا، فعلى الحكمين القيام بعدة الإجراءات والمحادثات المطلوبة بين الزوجين للوقوف على أسباب النزاع، ومنها:

١- التعرف على أصل النزاع والشقاق بموجب الشرع والقانون، والتحري عن الأسباب والبحث في ذلك من جميع جوانبه بالوسيلة المناسبة، ويكون ذلك بأن يستمع الحكمان لأقوال الزوجين وأقوال من يمكن الاستفادة منه من الجيران والأقارب.
٢- من المهام الأساسية لعمل الحكمين بذل الجهد في الإصلاح، ولهما الاستعانة بكل من يساعد في بلوغ هذا الهدف من أقارب وأصدقاء الطرفين ومن يكون له دور إيجابي في الإصلاح، ويقوم الحكمان بمهمتهما الإصلاحية خلال مدة معقولة وكافية حتى يتسنى لهما القيام بالعمل على أكمل وجه.
٣- وبعد العجز عن الإصلاح بين الزوجين يقوم الحكمان بتحديد نسبة تقصير لكل واحد منهما، فإذا ظهر لهما أن الإساءة مشتركة بين الزوجين فيقرران تقسيم المهر بنسبة إساءة كل واحد منهما.
٤- أما عن كيفية كتابة التقرير فيقدم الحكمان تقريرًا بالنتيجة التي توصلا إليها سواء كان مشتركًا أو مستقلًا، متضمنًا كل ما قاما به في بذل الجهد للإصلاح بين الزوجين، وما عقداه من لقاءات معهما لهذا الغرض، ثم يذكران النتيجة التي توصلا إليها، وبعد تنظيم التقرير يوقعانه ويسلمان الأمر إلى القاضي المختص.[١]

وتطبيقًا لذلك، كما جاء في القرار المرقم ٧٠/شخصية/٢٠١٥ لمحكمة التمييز إقليم كوردستان: (أيٌّ من الحكمين لم يُشر إلى قيامه بالاتصال بالطرفين مجتمعين، حيث إن أحد أهداف التحكيم هو الجمع بين الطرفين والاجتماع معهما وبحث المشاكل والمسائل بحضور الطرفين، إضافة إلى بحثها منفردة مع كل طرف على حدة، ثم كان على محكمة الموضوع استجواب الطرفين حول الواقعة، سيما أن الزوج بيده عقد النكاح يستطيع تطليق زوجته).[٢]

فإذا تبين للحكمين أن الإصلاح بين الزوجين متعذر، وأن الشقاق بينهما مستحكم، يتم التفريق بينهما من قبل القاضي. فإن كان سبب الشقاق هو الزوج يتم التفريق بطلقة واحدة بائنة بينونة صغرى، وعليه أن يدفع

---

[١]. د. سهيل الاحمد – المصدر السابق – ص ٢٥٩ وما بعده.
[٢]. القاضي الدكتور: محمد عبدالرحمن السليفاني – قبسات من احكام القضاء – مكتبة هەولێر – سنة ٢٠١٧ – ص ٢٩٨.

لزوجته نصف مهرها إن كان قبل الدخول، وكامل المهر إن كان بعده. أما إذا كان التقصير من جانب الزوجة فترد ما قبضته من المهر المعجل إذا كان التقصير من جانبها وكان قبل الدخول، ويكون التفريق بائنًا بينونة صغرى. أما إذا وُجد أن مسؤولية الشقاق تقع على الجانبين وأن لكل واحد منهما قسطًا فيها في آنٍ واحد، فيُقسم المهر المؤجل بينهما بنسبة تقصير المنسوب لكل واحد منهما.[1]

وكذلك إذا ما انتهى تقرير الحكمين أو ما تستخلصه المحكمة من وقائع الدعوى إلى أن نسبة التقصير أو الإساءة تعود إلى المدعي بدرجة كبيرة جدًا، فإن ذلك يقتضي رد الدعوى لانتفاء مساهمة المدعى عليها في إحداث الخلاف أو تفاقمه، إذ لا يستقيم من منظور العدالة ترتيب آثار قانونية بحق طرف لم يثبت اشتراكه في النزاع أو إساءته.

كما ورد في قرار لمحكمة تمييز إقليم كردستان المرقم ١٥٤/هيئة الأحوال الشخصية/٢٠١٧، إذ جاء فيه: (... وإن تقرير الحكمين في الدعوى أكد بأن سبب الخلافات الزوجية من جانب الزوج (المدعي) ١٠٠% وليس من جانب الزوجة أي تقصير، لذا يتعين على المحكمة في مثل هذه الحالة تفهيم المدعي، في حالة تصميمه على إنهاء العلاقة الزوجية، لزوم إنهائها عن طريق الطلاق الذي هو بالأصل من حق الزوج إنشاؤه، وحيث إن إقامة الدعوى من قبل الزوج بالتفريق بسبب الخلاف يتطلب ثبوت مشاركة الزوجة في تلك الخلافات بالنسبة على الأقل تقدير...).[2]

أما من الناحية العملية فنجد أنه في محاكم الأحوال الشخصية لا تجري الأمور بهذا المنوال، بل إن عمل الحكمين أصبح شكليًا بحتًا، فيقدمان تقريرهما بشكل سريع دون مقابلة الطرفين واجتماعهما، وغالبًا ما ينتهي التقرير بالاقتراح للتفريق وليس للإصلاح والمصالحة بين الزوجين. بمعنى آخر إن التقرير لا يتضمن جهدًا حقيقيًا للإصلاح أو محاولة جدية للتقارب بين الزوجين، لأن الأصل في تعيين الحكمين هو تحقيق غاية الإصلاح أولًا، والكشف عن أسباب النزاع الحقيقية ثانيًا، ومن ثم تقدير مدى إمكانية استمرار الحياة الزوجية أو تعذرها. غير أن التطبيق العملي قد يشهد حالات يقتصر فيها دور الحكمين على لقاءات سريعة أو شكلية مع الطرفين، يعقبها تقرير مختصر يرفع إلى المحكمة يتضمن عبارات عامة مثل (تعذر الإصلاح واستحكم الخلاف) دون بيان تفصيلي لمحاولات الإصلاح أو تحليل موضوعي لأسباب النزاع أو تحديد واضح لنسبة

---

[1]. نظام الدين عبدالحميد – المصدر السابق – ص ٢٢٠ وما بعده.

[2]. القاضي صباح حسن رشيد – قرارات محكمة تمييز اقليم كوردستان – مكتبة هەولێر – الجزء الاول – الطبعة الثالثة – سنة ٢٠١٨ – ص ١١٤ و١١٥.

الإساءة بين الزوجين. ويعد هذا النمط من التقارير أقرب إلى التقارير الروتينية التي تعد استكمالًا لإجراء شكلي في الدعوى لا تحقيقًا لمقصود التحكيم، إذ تحرم المحكمة من معطيات مهمة تساعدها على تقدير حقيقة الخلاف ومدى استحكامه ونسبة الإساءة فيه. كما أن مثل هذه التقارير قد تؤدي إلى تضييق نطاق السلطة التقديرية للمحكمة، إذ تُبنى الأحكام أحيانًا على ما يرد في تقرير الحكمين من عبارات عامة لا تسندها وقائع مفصلة.

برأينا المتواضع، يجب على الحكمين أن يسلطا الضوء على ضرورة وضع معايير موضوعية لتقاريرهما، وأن يكون التقرير مشتملًا على بيان الجلسات المنعقدة مع الزوجين، ومحاولات الإصلاح المبذولة، وردود فعل الطرفين، وتحليل أسباب النزاع، وتحديد نسبة الإساءة إن أمكن، بما يساعد المحكمة على بناء حكمها على أساس سليم. وندعو إلى تعزيز الدور الإصلاحي للحكمين، والتأكيد على أن التحكيم ليس مجرد إجراء شكلي يسبق التفريق، بل هو مرحلة جوهرية تستهدف الحفاظ على الأسرة، أو على الأقل الوصول إلى قناعة موضوعية باستحكام الخلاف قبل الحكم بإنهاء الرابطة الزوجية.

كما يتعين على المحكمة، عند انتداب الحكمين، أن تقوم بتفهيمهما بصورة واضحة ودقيقة بطبيعة المهمة الموكلة إليهما، ولا سيما ما يتعلق بآلية تقدير نسبة الإساءة بين الزوجين والأسس التي ينبغي الاستناد إليها في هذا التقدير. إذ يجب أن توضح لهما أن دورهما لا يقتصر على مجرد السعي للإصلاح، بل يمتد إلى بيان مدى مسؤولية كل من الزوجين عن تفاقم النزاع وفقًا للوقائع والمعطيات الموضوعية المطروحة. ويقتضي ذلك أن ترشد المحكمة الحكمين إلى ضرورة الالتزام بالحياد والموضوعية.

الفرع الثاني

الية تقدير التقصير من كلا الزوجين

كما قلنا إن الحكمين إذا لم يستطيعا إصلاح ذات البين وظهر لهما أن الخلاف عميق ولا يمكن معه حسن المعاشرة بين الزوجين، فلهما أن يرفعا الأمر وفق تقرير مشترك أو مستقل إلى قاضي الأحوال الشخصية، ويجب أن يتضمن التقرير الأسباب التي أدت إلى الخلاف بينهما، والطرف المسؤول عن الخلاف، ورأي الحكمان حول التفريق بينهما من عدمه.[1]

لكن يجب أن يكون هناك معايير وآليات لكي يعتمد عليها الحكمان في تقريرهما ولا يكون عشوائيًا، لأن الشقاق بين الزوجين لا يأتي عبثًا ومن غير سبب، وإن معرفة أسباب الشقاق هي مفتاح لحل المشكلة بينهما والخطوة الأولى نحو الإصلاح. ويجب أن يتحدث كل من الحكمين مع الآخر بشكل جدي وإخلاص شديد، وأن يرشدا الزوجين إلى أن استمرار الحياة الزوجية هو الحل الوحيد، وعند التعذر يجتمع الحكمان لتحديد الشخص المسؤول عن الشقاق وتحديد المسبب.

إن مهمة الحكمين هي محاولة التوفيق بين الطرفين لا مجرد اجتماع شكلي معهما، لذلك يقول الأستاذ (محمد حسن كشكول): إن على الحكمين أن يقوما بمهمتهما بعدل وأمانة وتفهم أسباب الخلاف والشقاق والعمل على إزالتها، وضرورة بذل جهودهما من خلال الجمع بين الطرفين في مقابلة عائلية بحسن المعاشرة، مع توجيه الحكمين بعدم التسرع في إنهاء مهمتهما، وأن يعملا على تقصي أسباب الخلاف وإزالته وتحديد من هو المسؤول من الزوجين ونسبة التقصير. فإن تعذر عليهما ذلك رفعا الأمر إلى القاضي موضحين الطرف الذي ثبت تقصيره من خلال التقرير الذي يُقدّم. ويجب عدم الاكتفاء في تقارير المحكمة بنسبة التقصير فقط، لأن في أغلب الأحيان نجد أن مهمة الحكمين تنحصر بتثبيت نسبة التقصير لتنزيل المهر المؤجل، وهذا الأمر خلاف لما ورد في القانون والشرع أيضًا. وأحيانًا نجد أن بعض المحاكم لا تؤجل الدعوى بعد إحالة الطرفين إلى التحكيم، بل تترك الدعوى مفتوحة لحين تقديم تقريرهما، وهذا لا يجوز لأن بذل الجهد من قبل الحكمين واجب شرعي وتكليف قانوني. وأحيانًا تكون نسبة تقصير المدعي أكثر أو أقل من نسبة تقصير

[1]. القاضي كەمال رەزا احمد – شرۆڤەی یاسای باری كەسی – سنة ٢٠١٢ – ص ٢٩٧.

المدعى عليه، فلا يجوز أن يؤثر ذلك على نتيجة الدعوى، لأن المدعي عند إقامة الدعوى لا ينكر وجود الخلافات بينهما.[1]

عموماً، وفق رأينا الشخصي، ولأنه لا توجد معايير لا في الشرع ولا في القانون لتحديد درجة التقصير من كلا الجانبين، لذلك يمكن تعيين الطرف المسؤول عن تفاقم الخلاف وبيان نسبة التقصير لكل منهما، وذلك من خلال الاعتماد على معايير محددة يجري تقييمها بصورة موضوعية دقيقة، بمعنى أنه عند توافر الصفات الإيجابية عند أحد الزوجين المذكورة في المعايير أدناه فإن مسؤوليته تقل، والعكس صحيح، فتُخصم درجة عن كل صفة سلبية تثبت بحقه، وبذلك يمكن الوصول إلى تقدير تقريبي عادل لنسبة المسؤولية بينهما. ومن هذه المعايير:

١- معيار الوقائع الثابتة في الدعوى: يعتمد تحديد المسؤولية على ما يثبت من وقائع ملموسة في الدعوى، مثل محاضر الدعوى والأدلة المقدمة وشهادة الشهود والتقارير الطبية، فكلما توافرت وقائع تدل على إساءة أحد الطرفين، تقع المسؤولية على عاتقه.

٢- مدى الإخلال بالواجبات الزوجية: التزام كل من الزوجين بواجباته الشرعية والقانونية تجاه الآخر، مثل حسن المعاشرة بين الزوجين والإنفاق والاحترام المتبادل وعدم الإضرار بالطرف الآخر، وسلوك كل طرف أثناء الحياة الزوجية مثل وجود إهمال متعمد أو تعنت في إدارة شؤون الأسرة، كما يراعى ما إذا كان السلوك السلبي عارضًا أو متكررًا.

٣- موقف كل طرف من محاولات الإصلاح: يعتمد هذا المعيار على استجابة الزوجين لمحاولات الصلح، وهو من المؤشرات المهمة في تحديد المسؤولية، فالطرف الذي يُظهر تعنتًا ورفضًا مستمرًا للحلول أو يعرقل جهود الإصلاح دون مبرر معقول قد يُنسب إليه القدر الأكبر من المسؤولية.

[1]. القاضي اياد كاظم رشاد – التفريق للخلاف والطلاق التعسفي في الاحوال الشخصية – بغداد – سنة ٢٠١١ – ص ٣٠ وما بعده.

٤- التناسب بين الفعل ورد الفعل: يجب مراعاة ما إذا كانت تصرفات أحد الزوجين تمثل ردة فعل مناسبة لتصرفات الطرف الآخر أم تجاوزت الحد المعقول، فقد يكون أحدهما البادئ، لكن ردة فعل الآخر جاءت مفرطة وساهمت أكثر في تعميق النزاع.

٥- الظروف الاجتماعية والاقتصادية والنفسية: يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار الظروف المحيطة بكل من الزوجين في الحياة الزوجية، مثل الضغوط المالية أو الصحية أو الأسرية، إذ قد تساهم هذه العوامل في نشوء الخلاف.

٦- مراعاة السلوك اليومي للطرفين: يعد مؤشراً عمليًا على مدى التزام الزوجين، فيما إذا التزمت الزوجة بإدارة شؤون المنزل وأداء واجباتها بصورة جيدة، كإعداد الطعام وتنظيم أمور البيت ومعاملتها مع أهل الزوج من عدمه، وكذلك الحال بالنسبة للزوج فيما إذا كان ملتزمًا بالعودة إلى المنزل في أوقات مناسبة ومتعاونًا في شؤون أسرته من عدمه. ويرتكز هذا المعيار على مصلحة الأولاد عند وجودهم، فالطرف الذي يتسبب بإضرار استقرار الأبناء أو يستخدمهم كوسيلة ضغط يعد أكثر مسؤولية عن استمرار الشقاق.

٧- تكرار الشكاوى والنزاعات السابقة: إذا تبين وجود نزاعات متكررة أو دعاوى سابقة بين الزوجين، فإن دراسة تلك النزاعات قد تكشف عن الطرف الأكثر إسهامًا في استمرارها، فالتكرار المستمر لتسجيل الشكاوى من أحدهما يعد مؤشرًا قويًا على مسؤوليته.

وقد يحدث أن يمتنع أحد الزوجين أو طرفا الدعوى عن الاجتماع بالحكمين أو بحكم الطرف الآخر، فهنا لا يجوز إرغامه بأي شكل من الأشكال على الاجتماع بهما قسرًا، بل ينبغي في هذه الحالة توضيح ذلك في التقرير وبيان امتناعه عن الحضور، وبذلك ترتفع نسبة مسؤوليته، لأن امتناعه ناتج عن تعنت أو تشدد يجعله غير مستعد للجلوس لغرض الإصلاح والتوفيق بين الطرفين.[١]

[١]. القاضي كامەران رسول سعيد – المصدر السابق – ص ١٩٩.

المبحث الثاني

الخلاف المستحكم، والخلاف قبل الدخول والتفريق وفق المادة ٤٢

تحدثنا في المبحث الأول عن موضوع الخلاف وتعاريفه ومفاهيمه، ولكن الذي يهمنا هنا هو الخلاف المستحكم الذي يستوجب التفريق، واستعراض الخلافات الفقهية ومناقشة كل ما قيل قديمًا وحديثًا، وإحصاء الأسباب المبررة في نظر كل فقيه، وكذلك تمييز ما يبيح طلب التفريق من قبل أحد الزوجين وما لا يسمح به، مع الإشارة إلى غياب معيار دقيق لما يُعد سببًا للتفريق وما لا يُعد سببًا له في قانون الأحوال الشخصية العراقي لأنه من الضروري عدم فتح باب التفريق على مصراعيه وعدم السماح للقضاء بالتفريق لأسباب يمكن مواجهتها بطرق أخرى، لأن القانون منح سلطة تقديرية واسعة للقاضي في هذا المجال، وذلك مستفيدًا من خبرته الطويلة، ومستعينًا بالإصلاح بجهود الحكمين والباحث الاجتماعي.[١]

لذلك نقسم المبحث إلى مطلبين، وندرس من خلاله الخلاف المستحكم وسلطة القاضي التقديرية، وفي المطلب الثاني التفريق قبل الدخول، والتفريق وفق المادة ٤٢ من قانون الأحوال الشخصية.

[١]. د. مصطفى ابراهيم الزلمي - المصدر السابق – ص ١٥٣ وما بعده.

المطلب الاول:

الخلاف المستحكم وسلطة القاضي في تقديرها

الخلاف المستحكم هو حالة من النزاع الشديد بين الزوجين يصل إلى درجة يستحيل معها استمرار الحياة الزوجية بصورة طبيعية، أي أن العلاقة بينهما تصبح قائمة على الشقاق والتنافر الدائم بحيث لا يمكن إصلاحها أو إعادة التفاهم بين الطرفين. أما سلطة القاضي في هذا الموضوع فهي سلطة تقديرية واسعة، ولم تُقيَّد بشيء.

الفرع الاول:

الخلاف المستحكم

من البديهي أن مجرد اختلاف وجهات النظر البسيطة لا يرقى إلى درجة تبرر التفريق بين الزوجين، إذ إن التفاوت بين البشر سنة كونية ثابتة، يختلفون في مداركهم وأمزجتهم وأحاسيسهم وثقافاتهم، بل وحتى في ألسنتهم وألوانهم، كما قال تعالى في كتابه الكريم: (ومن آياته خلق السماوات والأرض واختلاف ألسنتكم وألوانكم).[1] وليس الاختلاف مقصورًا على التباين بين شخص وآخر، بل إن الإنسان بطبيعته قد تتبدل آراؤه ومشاعره باختلاف الزمان والمكان والظروف.

اولا: ماهية الخلاف المستحكم.

كما ذكرنا فإن الشقاق هو ظهور العداوة بين الزوجين وطغيان الخلاف على علاقاتهما، وبالتالي فإن الخلاف الذي نعنيه في هذا المجال هو الذي يكون أثره سيئًا على الحياة الزوجية، فيعكّر صفوها ويقلب سعادتها سعيرًا وسكنها جحيمًا، فعندئذٍ يجب تخليص الزوجين من هذا العذاب.

[1]. الاية ٢٢ من سورة الروم.

لم يتفق المؤلفون والفقهاء على تعريف جامع ومانع لهذا الخلاف، بل هناك آراء مختلفة، ومنها ما يرى القاضي كاوة رسول سعيد بأن: (الخلافات والنزاعات الزوجية تتمثل في المناقشات والجدال اليومي بين الزوج والزوجة، إذ توجد بينهما دائمًا اختلافات بسبب عدم التفاهم وتباين الآراء بشكل متعارض، إلى حد قد يؤدي إلى أن تترك الزوجة بيت الزوجية دون أن يترتب على ذلك في جميع الأحوال وقوع ضرر أو أذى. أما الخلافات التي تؤدي إلى الانفصال فيجب أن تكون خلافات جسيمة وثقيلة لا يمكن إصلاحها عن طريق الحكمين، وإذا لم تكن كذلك فلا داعي لأن تتخذ المحكمة إجراءات أخرى، بل ينبغي رد الدعوى بحجة أن الخلافات بسيطة (غير مستحكمة)، ولا يجوز أن يُهدم كيان الحياة الزوجية بسبب الخلافات البسيطة).[١]

كما يجب أن يكون الخلاف مؤثرًا ومما يشق على النفس تحمله أو الصبر عليه عادة، وهذا يختلف باختلاف الأشخاص والبيئة، وهذا الأمر متروك لتقدير القاضي. وإن الخلاف المبرر للتفريق هو الذي تصبح فيه الحياة الزوجية خالية من معانيها المقدسة وآمالها السعيدة، وتفتقر إلى أي من معاني الزواج ومقاصده، ويصل الزوجان إلى حالة من البغض والكراهية، وإذا ظهرت العداوة بينهما وزال الاحترام وحرص كل منهما على فعل ما يشق على نفس صاحبه، فذلك هو الشقاق المبرر للتفريق أما مجرد نشوز الزوجة وكرهها لزوجها فقط فليس من الشقاق المبرر للتفريق. إن الشقاق بين الزوجين تستخلصه المحكمة من جملة وقائع مختلفة في أوقات مختلفة ولا يتوقف على واقعة معينة، ويمكن أن يُستظهر الشقاق من السلوك العام لأحدهما، وللمحكمة أن تبني حكمها على الوقائع التي تدل على الشقاق باعتبارها تستقل في تقدير الأدلة الواقعية.[٢]

قد يقترن زوجان وهما مختلفان في السجايا والطباع والأفكار والثقافة، بعد أن غمّ عليهما كشف ذلك فترة الخطبة، أو تعذر عليهما إدراك ذلك لعدم وجود هذه الفترة أساسًا، وعندئذٍ ليس بمقدور أحد الزوجين أن يصبر على ما يبدر من صاحبه، فيتنكران لحقوق بعضهما، وتغيب البهجة عن شفاههما، وتختفي الرحمة من علاقتهما، ويسود الشقاق بدل الوفاق، وتغدو آمال تكوين الأسرة مهددة. وهنا تتجلى حكمة رب العالمين في معالجة تلك الحالات، فقد أوصى الطرفين بالصبر على الطرف الآخر، أما إذا لم يجدا الصبر واستمر الخلاف، فقد أرشد الشرع إلى بعث الحكمين للإصلاح بين الزوجين.[٣]

---

[١]. القاضي كامةران رسول سعيد – المصدر السابق – ص ١٨٧.
[٢]. القاضي اسو سردار رشيد – المصدر السابق – ص ٦٠ وما بعده.
[٣]. القاضي اسو سردار رشيد – المصدر السابق – ص ٥٨ وما بعده.

عليه فإن التصرفات الطارئة التي تصدر إثر موقف مفاجئ من أحد الزوجين، والتي لا يلبث أثرها أن يزول ويعقبها الندم، لا يمكن عدّها خلافًا عميقًا أو شقاقًا مستحكمًا يوجب التفريق. فالاختلاف في بعض شؤون الحياة اليومية، كالمأكل والملبس وأوجه الترفيه والزيارات العائلية أو طرق تربية الأولاد وتباين وجهات النظر بشأنهم، إنما يندرج ضمن الأمور العارضة التي تقتضيها طبيعة الحياة المشتركة. وهذه المسائل لا تُعدّ عيبًا في أحد الزوجين، بل هي انعكاس لطبيعة الإنسان وتكوينه النفسي، ولا يجوز وصفها بالخلاف المستحكم الذي يبرر إنهاء الرابطة الزوجية.

أما إثبات الخلاف فلا يعد أمرًا بالغ الصعوبة ولا يتطلب دليلًا كتابيًا، لأن المسألة ترتبط بوقائع مادية تتجسد في واقع الحياة الزوجية. فلا يُكلف طرفا العلاقة الزوجية بإعداد دليل كتابي لإثبات وجود الخلاف، وإنما يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات المقررة قانونًا، بما فيها الدليل الكتابي عند توافره، غير أن الأبرز في هذا المجال هو البينة الشخصية المتمثلة بشهادة شاهدين أو أكثر، بحسب ما تطمئن إليه المحكمة من ظروف الدعوى وملابساتها.

فإذا ثبت وجود الخلاف المستحكم بعد الاستماع إلى البيانات وجلب أوراق الدعاوى المقامة أو جلب الشكاوى من المحاكم الأخرى أو من نفس المحكمة، وبعد تحويل الطرفين إلى الباحث الاجتماعي وتعذر المصالحة، وبعث القاضي حكمًا من أهل الزوجة وحكمًا من أهل الزوج للإصلاح، عندئذٍ يجوز للقاضي إصدار القرار بالتفريق بينهما.[1]

ومن التطبيقات القضائية في هذا المجال ما جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية المرقم ٣٠٧٠ لسنة ٢٠٠٣ حول الخلاف البسيط غير الموجب للتفريق، إذ إن الزوج أبدى استعداده أمام الباحثة الاجتماعية للصلح مع المدعى عليها واستمرار الزوجية فيما إذا قامت بأداء واجباتها الزوجية كزوجة، فكان على المحكمة إمهال الطرفين وإعطاؤهم فرصة للصلح، لأن الخلافات وكما هي ثابتة فهي خلافات بسيطة وليست مستحكمة.[2]

وفي قرار آخر رأت محكمة الأحوال الشخصية المختصة بأن وجود دعوى النفقة والمشاهدة بين المتداعين ما يدل على الخلاف العميق الموجب للتفريق، إلا أن محكمة التمييز في إقليم كوردستان الموقرة بقرارها

---

[1]. د. فاروق عبدالله كريم – المصدر السابق - ص ٣١٥.
[2]. القاضي اياد كاظم رشاد – المصدر السابق – ص ٢٠.

المرقم ٥٢٧/الشخصية/٢٠١٤ نقضت الدعوى والقرار، وجاء فيه: (لأن المحكمة استمعت إلى شهادات شهود سمعوا من المدعي ولم يثبت وجود خلاف عميق، وأن إقامة دعوى نفقة أو مشاهدة طفل ليست من الدعاوى التي تؤثر على وضع الزوجية، ثم إن عقد النكاح يستطيع الزوج حلّه متى شاء).[١]

ثانيا: معاير الخلاف المستحكم وشروطه.

فالخلاف المستحكم أو الشقاق وما يقوم بين الزوجين من نزاع مستمر هو غير التفريق للضرر، لأن الأخير مخالفة أحد الزوجين لما وجب عليه بالعقد، أما الشقاق فإن له أسبابًا كثيرة قد تكون أسباب التفريق للضرر من بينها أما إذا كان الزوج يعامل زوجته معاملة غير لائقة، وذلك بشتمها وتوجيه الإهانات لها، أو بضربها من وقت لآخر ضربًا مبرحًا، فإن ذلك يُعدّ ضررًا. أما إذا حدث بين الزوجين نزاع بسبب وجود عداء قديم بين عائلتي الزوجين، أو بسبب تصرف الزوج بأموال زوجته، أو غير ذلك من الأسباب الأخرى، فإن أسباب الشقاق هنا تختلف عن أسباب طلب التفريق للضرر أما بالنسبة لموقف القضاء حول ذلك، فمن خلال دراسة القرارات الصادرة من محكمة التمييز الاتحادية وإقليم كردستان، يمكننا أن نستخلص الشروط التي يجب توفرها في الخلاف لكي يكون سببًا للتفريق، ومنها:

١- قيام نزاع حقيقي بين الزوجين، ولا عبرة لأسباب هذا النزاع، فقد تكون أسبابه الضرر الذي ألحقه الزوج الآخر المطالب بالتفريق، وقد لا تكون كذلك. والمهم أن يكون قد ثار بين الزوجين نزاع جدي استحال معه بقاء الحياة الزوجية قائمة.
٢- أن يتعذر معه بقاء الحياة الزوجية قائمة، ويجب أن يكون غير قابل للزوال عن طريق التحكيم، مع عدم استطاعة دوام المعاشرة بين الزوجين، فإن لم يصل الأمر إلى هذا الحد وكان بالإمكان إعادة الحياة الزوجية بينهما فلا يجوز الحكم بالتفريق.
٣- يجب أن يكون النزاع الذي قام بين الزوجين مستمرًا بحيث يتعذر معه التوفيق بينهما، فإذا كان الشقاق لمدة قصيرة وزالت أسبابه وكان بالإمكان التوفيق بينهما فالشرط غير متحقق.[٢]

---

[١]. القاضي الدكتور محمد عبدالرحمن السليفاني – المصدر السابق – ص ٣١٤.
[٢]. القاضي نايف عثمان – المصدر السابق – ص ٤٦. و محسن الناجي – المصدر السابق – ص ٣١٢.

نحن نرى أنه لا يوجد معيار دقيق لا في القانون ولا في الشريعة الإسلامية يمكن اعتماده كمقياس جامد للتمييز بين الخلاف المستحكم الموجب للتفريق والخلاف البسيط الذي لا يرقى إلى هذا المستوى. فالنصوص لم تضع ضابطًا أو معيارًا يمكن من خلاله قياس درجة الخلاف، وإنما تركت الأمر لتقدير المحكمة بحسب ظروف كل حالة على حدة. وذلك أن طبيعة العلاقات الزوجية تختلف من أسرة إلى أخرى، وما يُعدّ خلافًا عميقًا عند زوجين قد يكون أمرًا عارضًا عند غيرهما. ومن ثم فإن التمييز بين الخلاف المستحكم والخلاف العابر يظل مسألة تقديرية تستند إلى جسامة الوقائع، ومدى استمرارها، وأثرها في استحالة دوام العشرة، لا إلى معيار ثابت محدد سلفًا.

وهنا نحاول وضع عدة نقاط يمكن الاعتماد عليها في تحديد الخلاف المستحكم بين الزوجين الموجب للتفريق على سبيل المثال لا الحصر، وذلك في ضوء طبيعة كل دعوى وظروفها، ومن أهم هذه المعايير ما يأتي:

١- استمرارية الخلاف لمدة غير طبيعية بما يدل على أنه ليس عارضًا أو وقتيًا.
٢- ترك الزوجة بيت الزوجية لأكثر من مرتين.
٣- تكرار الإساءة أو الإيذاء المعنوي أو الضرر الجسدي بصورة تدل على اعتياد السلوك لا على واقعة منفردة، أو وقوع ضرر مادي أو نفسي يلحق بأحد الزوجين أو بالأولاد أو بأهل الطرفين.
٤- كثرة الدعاوى بين الطرفين.
٥- فقدان الثقة بين الزوجين.
٦- اتهام أحد الزوجين بالسرقة سواء كان حقيقيًا أم لا.
٧- تدخل من جانب أهل الزوج أو الزوجة بصورة غير عادية وتأثيرهم على التفكك العائلي.
٨- اقتناع المحكمة من مجموع الأدلة والقرائن بأن الخلاف بلغ درجة الشقاق المستحكم الذي لا يُرجى معه دوام العشرة.

وهذه المعايير تبقى إرشادية تسترشد بها المحكمة في تقديرها، إذ لا يوجد معيار حسابي جامد يفصل بصورة قاطعة بين الخلاف البسيط والخلاف المستحكم، وإنما العبرة بواقع الحال ومدى استحالة استمرار الحياة الزوجية على وجه سليم.

ومن التطبيقات القضائية في هذا المجال ما جاء في قرار لمحكمة التمييز في إقليم كوردستان المرقم ١٣٧/دەستەی باری کەسی/٢٠١٩: (إذا لم تكن ناكۆكيەكانی ژن و مێرد قورس (مستحكم) نەبون، ئەوا دەبێت داواكه رەتبكرێتەوه).

وفي قرار آخر المرقم ١٧٤/دەستەی باری کەسی/٢٠١٩: (ئەو ناكۆكيانەی هۆكارن بۆ جيابوونەوه دەبێت دژوار (مستحكم) بن و شياوی چاكردنەوه نەبن) وفي قرار آخر المرقم ٥٣٦/دەستەی باری کەسی/٢٠١٩: (ئەگەر ژن بۆ چەند مانگێك ماڵی هاوسەری جێهێشت و ئەوەش چەند جارێك دووباره بوويەوه، ئەوا ئەو ناكۆكيانه دژوارن و پێویسته هەردوو لا جيا بكرێنەوه).[١]

وفي القرارين المرقمين ٣٣ و٣٨ (شخصية/١٩٩٩)، وبالنظر إلى الشكاوى المتقابلة بين الطرفين لدى محكمة تحقيق السليمانية، ومما أورده طرفا الدعوى أثناء المرافعة من وجود خلافات عميقة بينهما، مما يتعذر معه عودتهما إلى كنف الحياة الزوجية، وقد أجمع حكما الطرفين المتداعين وكذلك الحكم الثالث على وجود الخلاف والشقاق الذي يتعذر إصلاحه وتلافيه، إضافة إلى ذلك فإن المدعى عليه طعن في نظافة يد المدعية).[٢]

وجاء في القرار المرقم ٥٢/الهيئة/الأحوال الشخصية/٢٠١٥: (ذلك لوجود خلافات مستحكمة بين الزوجين وفشل حكميهما في إصلاح ذات البين، كما أن الحكم الثالث لم يفلح في ذلك، ومما لم يبقَ أمام المحكمة إلا إصدار الحكم بالتفريق وهو آخر دواء لحالتهما المستعصية، لذا قرر تصديق الحكم المميز).[٣]

وجاء في قرار آخر: (إن رد دعوى المدعية للتفريق عن زوجها بسبب الخلاف صحيح، لأن السبب الوحيد الذي أوردته المدعية وقدّمته خلافًا لها مع المدعى عليه لقول الأخير لها: (تۆ له ئاستی مندا نيت كەس و كارت باش نييه) ليس بخلاف مستحكم غير قابل للإصلاح بحيث يتعذر استمرار الحياة الزوجية، فلا يصلح ما اختلفا عليه سببًا للتفريق). وفي القرار المرقم ٦٣٢/هيئة الأحوال الشخصية/٢٠١٩ حول الخلاف المستحكم: (إن رد دعوى المدعية للتفريق عن زوجها بسبب الخلاف موافق للشرع والقانون، لأن المحكمة ورغم استماعها إلى بينة المدعية توصلت إلى القناعة، والمحكمة على صواب في أن ما ادعته الزوجة

---

[١]. القاضي كامەران رسول سعيد – المصدر السابق - ص ٢٠٢ و ٢٠٣.
[٢]. القاضي گيلانی سيد احمد - المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان – الاحوال الشخصية – اربيل - الطبعة الاولى – سنة ٢٠١٠ – ص ٥٧.
[٣]. القاضي صباح حسن رشيد – المصدر السابق – ص ١٢٨.

أسبابًا للخلاف، كأن الزوج لم يهيئ لها الدار قرب أهلها ويعاملها ببرودة، ليست بخلافات مستحكمة تستوجب التفريق، بل لا تُعد خلافًا وفق أحكام المادة ٤١ من قانون الأحوال الشخصية المعدلة حتى وإن تم إثباتها، لأنها لا تجعل الحياة الزوجية متعذرة بين الطرفين).[١]

وفي قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٣٢٧/شخصية/٢٠١٦: (إن الخلافات الموجودة بين الطرفين ليست مستحكمة ولم تصل إلى طريق مسدود، كما لم تصل تلك الخلافات إلى الحد الذي يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، فكان على المحكمة رد الدعوى قبل اللجوء إلى التحكيم).[٢]

وأيضًا قضت محكمة التمييز الاتحادية: (إذا كانت الخلافات الحاصلة بين الزوجين خلافات بسيطة ولا ترتقي إلى مستوى الخلافات المستحكمة التي لا تستقيم معها الحياة الزوجية، فلا يجوز الحكم بالتفريق بين الزوجين).[٣]

وفي قرار آخر المرقم ٨٥/شخصية/٢٠٠٩ لمحكمة التمييز في إقليم كوردستان: (لأن كثرة الخصومات القضائية المدنية والجزائية تدل على وجود خلاف مستحكم يتعين على المحكمة اللجوء إلى التحكيم وفق المادة ٤١ من قانون الأحوال الشخصية).[٤]

---

[١]. القاضي محمد مصطفى محمود - الجديد في قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان – مكتبة هەولێر القانونية - الطبعة الاولى – سنة ٢٠٢٢ – ص ٣٦٣ و ٣٨٢.

[٢]. القاضي عبدالامير جمعة توفيق - الاحدث والاهم من قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان – قسم الاحوال الشخصية – العراق – الطبعة الاولى – سنة ٢٠١٨ – ص ٢١٢.

[٣]. د. على عبدالعالي الاسدي - المبسوط في الاحوال الشخصية – مكتبة قانونية بغداد – سنة ٢٠٢٢ – ص ٤٠٣.

[٤]. القاضي گۆران علي محمد – السوابق في قضاء محكمة الاحوال الشخصية – الطبعة الاولى – مكتبة تەبايى في اربيل – سنة ٢٠٢١ – ص ١٣٤.

الفرع الثاني

سلطة القاضي في تقدير الخلاف

فللقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير الخلاف ودرجته، فهو لا يلتفت إلى المشاجرات العادية التي تحصل بين الزوجين، ويمكنه أن يستخلص درجة الخلاف من خلال وقائع الدعوى. أما الخلافات البسيطة فلا يلتفت إليها لأنه بالإمكان التوفيق بين الزوجين. ويقدّر مسألة مشاركة كل من الزوجين في الخلاف ونسبة إسهام كل منهما فيه، كونه خلافًا مستمرًا أو متقطعًا، كما يقدّر فيما إذا كان الخلاف لا يمكن إصلاحه بالنصح والإرشاد من عدمه، بعد دور الحكمين في الإصلاح. فإذا تبين عجزهما وأن الخلاف عميق لا يمكن إصلاحه من قبلهما ولا من قبل الأهل والأصدقاء، يحكم القاضي بالتفريق وإن سبب ترك المشرّع مسألة تقدير الخلاف للقاضي هو أن الخلافات لا يمكن أن يحيط بها المشرّع بنصوص كافية، فقد يعرض للقاضي شتى الخلافات من ناحية تنوعها، فكان من الملائم أن يترك الأمر للقاضي، وقد أحسن المشرّع في ذلك. كما أن للعرف دورًا كبيرًا في تقدير الخلاف ويستعين به القاضي كما جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية: (إن المحكمة هي المختصة في تقدير كون الخلاف بين الزوجين مستحكمًا من عدمه).[1]

فعلى المحكمة أن تستخلص الشقاق بين الزوجين من جملة وقائع مختلفة، ولا يتوقف ذلك على واقعة معينة منفردة في وقت معين، ويمكن أن تستظهر الشقاق أو الخلاف من السلوك العام للأشخاص المتداعين. وللمحكمة أن تبني حكمها على الوقائع التي تدل على الخلاف، أما مسألة التحقيق في أسباب الخلاف فهي متشعبة جدًا، وقد تعرض أمام المحكمة بشتى أنواع الخلافات. والمهم فيها، ووفقًا لما استقر عليه اتجاه محاكم التمييز، أن تكون خلافات مستحكمة تستلزم ما رسمته أحكام المادة (٤١) من القانون.[2]

إضافة إلى ذلك فإن رأي الحكمين وما توصلا إليه من نتائج له أثر مباشر على قرار القاضي، إذ يمكن أن يبني حكمه على تقريرهما، إما بالإصلاح بين الزوجين أو بالتفريق بينهما. أما في حالة اختلاف الحكمين فلا يحكم القاضي برأي أحدهما، بل عليه أن يقرر انضمام الحكم الثالث إليهما.

---

[1]. أ. م. د. حارث على ابراهيم – سلطة القاضي التقديرية في فض منازعات التفريق القضائي – كلية قانون - جامعة بغداد – سنة ٢٠٢١ ص ٤٣٨ وما بعده.

[2]. القاضي اياد كاظم رشاد – المصدر السابق – ص ٢١ وما بعده.

أما من حيث الإجراءات، فبعد أن يقرر المدعي أن دعواه مؤسسة على الخلاف، تقوم المحكمة بتكليفه ببيان نوع الخلاف القائم بينه وبين المدعى عليه وتكليفه بإثباته. وبما أن الخلافات بين أطراف الدعوى تكاد تكون مختلفة عن أي دعوى أخرى، فقد تتداخل الأمور وتدخل في نطاق الضرر، وهي حالة تحصل كثيرًا في المحاكم. فإذا كانت دعوى التفريق المقامة بسبب الخلافات مبنية على حالة من حالات الضرر المذكورة في القانون، فتكون موجبًا للرد. وفيما يتعلق بالبيانات المقدمة من الطرفين، نجد من خلال دراسة قرارات المحاكم أنه على المحكمة ترجيح أحدها على الآخر إذا كانت الدعوى المقامة للخلاف تنصب على واقعة معينة وليس على الخلافات بشكل عام، كأن تدعي المدعية أن المدعى عليه يقوم بسبها وشتمها، فهنا يُلجأ إلى الترجيح والإثبات. كما ورد في القرار المرقم ٤٧٢ لسنة ١٩٦٩ الصادر من محكمة التمييز الاتحادية: (إذا استندت المدعية إلى وقائع معينة وطلبت الحكم بالتفريق وعجزت عن إثبات الوقائع المذكورة، فعلى المحكمة أن تمنحها حق تحليف المدعى عليه اليمين). وبهذا فإن القرار أعلاه قد حسم الموضوع وأزال ما يمكن أن يكون غموضًا لدى القارئ، فالمحكمة لا يمكنها ترجيح بيانات أحد الطرفين على الآخر إلا إذا انصب موضوع الخلاف على وقائع محددة. بالإضافة إلى ذلك فإنها تتخذ الإجراء نفسه فيما لو لم يثبت المدعي دعواه أصلًا، أو إذا تبين بعد سماع البينة أنها لا تستلزم فصم عرى الزوجية وفق ما رسمته أحكام المادة (٤١) من هذا القانون. لذا فإن ادعاء المدعية بوجود خلافات مستحكمة وبشكل عام لا يمكن معه توجيه اليمين الحاسمة، وإذا كان ذلك ممكنًا، فما هي صيغة اليمين التي يمكن أن توضع؟ وهل يجوز تحليف المدعى عليه بأن الخلافات بين الطرفين ليست مستحكمة؟ وإذا طلب رد اليمين، هل نحلف المدعية أن الخلافات بينهما مستحكمة وفق أحكام المادة (٤١) من قانون الأحوال الشخصية؟ والإجابة تكون بالنفي، لأن مسألة كون الخلافات مستحكمة من عدمه أمر تستقل به محكمة الموضوع. ويؤيد ذلك القرار التمييزي المرقم ٣٥٧ لسنة ٢٠٠٥ الصادر من محكمة التمييز الاتحادية: (إن موضوع الدعوى هو طلب التفريق لوجود خلافات مستحكمة، وبالتالي فإن توجيه اليمين للمدعى عليه حول ذلك غير صحيح). أما في حالة غياب أحد الزوجين عن جلسات المرافعة، فعلى المحكمة تكليف وكلائهما بإحضاره، في محاولة للوقوف على الأسباب الحقيقية للخلاف، لذا ينبغي توسيع دور الادعاء العام لحضور المدعي أمامه والتحقق من أسباب الخلاف.[١]

[١]. القاضي اياد كاظم رشاد – المصدر السابق – ص ٢١ وما بعده، و ص ٤٢ وما بعده.

ومن التطبيقات القضائية: قرار محكمة التمييز الاتحادية: (إن تقدير الخلاف القائم بين الزوجين، إن كان خلافًا بسيطًا أو من كونه خلافًا مستحكمًا يوجب التفريق، يكون من اختصاص المحكمة، ولا علاقة للخصوم بهذا الخصوص)[1]

وكما جاء في القرار المرقم ٣٥٠/هيئة الأحوال الشخصية/٢٠١٩ لمحكمة التمييز في إقليم كوردستان: (إن قرار محكمة الأحوال الشخصية في أربيل بالتفريق بين الزوجين بسبب الخلاف غير صحيح، لأن المحكمة لا ترى أن ما أسندته المدعية من مديونية المدعى عليه للغير وشعورها بالحرج أمام الجميع يعد خلافًا مستحكمًا يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية. طالما أن تلك المديونية لم تؤدِّ إلى الإخلال بالواجبات الزوجية للزوج، ولا برعايته لطفلته، ولا بالإنفاق على العائلة. ولم يبين ما إذا كان إيداع المدعى عليه في السجن نتيجة حكم بالحبس أو التوقيف الصادر بحقه. لذا فإن السبب المعتمد لا ينهض سببًا شرعيًا وقانونيًا للتفريق، بحيث تكون الخلافات بين الزوجين متعلقة بالعلاقات الزوجية، وليس بمسؤولية الزوج تجاه الغير).[2]

وجاء في القرار المرقم ٣٣٥/شخصية/٢٠٠٥ لمحكمة التمييز في إقليم كوردستان: (تبين أن المدعية طلبت التفريق في هذه الدعوى مستندة إلى سبب الخلاف، وحيث لم يثبت من الشهادات والدعوى الجزائية غير المحسومة قيام الشقاق أو خلاف دائم على الوجه الذي أوضحته المادة (٤١) من قانون الأحوال الشخصية، وحيث إن المحكمة تستخلص الخلاف من جملة وقائع مختلفة في وقت أو أوقات مختلفة ولا يتوقف على واقعة معينة منفردة في وقت معين، فكان على المحكمة، وبما أن المدعية عجزت عن إثبات الخلاف، منحها حق توجيه اليمين الحاسمة. لذا يكون ما ذهبت إليه المحكمة بالحكم بالتفريق غير صحيح ومخالفًا للشرع والقانون)[3].

---

[1]. القاضي عدنان مايح بدر – المصدر السابق – ص ٤٧.
[2]. القاضي محمد مصطفى محمود – المصدر السابق – ص ٣٧٦.
[3]. القاضي گۆران علي محمد – المصدر السابق – ص ١٠٨.

المطلب الثاني:

الخلاف قبل الدخول، والتفريق وفق المادة ٤٢

كل ما ذكرناه في المواضيع السابقة كان متعلقًا بالخلاف الذي يحدث بعد الدخول، أما في هذا المطلب فنتناول الخلافات التي قد تحصل قبل الدخول، حيث أجاز القانون طلب التفريق للخلاف قبل الدخول، بنفس الضوابط والشروط والكيفية التي ذكرناها سابقًا.

الفرع الاول

الخلاف قبل الدخول

أجاز المشرع العراقي للزوجين طلب التفريق بسبب الخلاف سواء قبل الدخول أم بعده، أي إن القانون لا يشترط واقعة الدخول لقيام الشقاق المبرر للتفريق، ودون معاشرة الزوجة ودون أن يتم الدخول الحقيقي، إذ يمكن تصور أن تكون هناك مساكنة ومعاشرة للزوجة دون أن يتم الدخول وكما تبين لنا فيما سبق أن الشقاق هو الخلاف والعداوة بين الزوجين، وحرص كل منهما على فعل ما يشق على نفس الآخر، فإذا لم يجتمعا تحت سقف واحد ويتعاشرا ويتعرف أحدهما على خفايا وطباع وسجايا الآخر، فمن أين ينشأ الخلاف بمعناه الاصطلاحي الشرعي؟ ومن هذا السياق يختلف الخلاف الذي نعنيه عن الضرر، لأنه في التفريق بسبب الضرر لا يشترط أن يعيش الزوجان في بيت واحد، إذ قد يصدر عن أحدهما ضرر نحو الآخر يبيح له حق طلب التفريق دون أن يتعاشرا ولو ليوم واحد. أما الخلاف فلا يتصور في الغالب إلا ضمن حياة زوجية مشتركة وتحت سقف واحد وقد أكدت محكمة التمييز الاتحادية هذا النهج في قرارها المرقم ٥٤٤ لسنة ١٩٦١: (إن الشقاق عمل إيجابي والنشوز عمل سلبي، ولا يمكن تصور الشقاق والزوجة غير مطاوعة) وفي قرار آخر لسنة ١٩٦٢: (إن نص المادة ٤٠ يسري على الزوجين اللذين باشرا الحياة الزوجية فعلًا وعاشا معًا ثم نشأ بينهما الشقاق أو تعذر دوام العشرة أو ترتب ضرر لأحدهما من الآخر، حينئذ تكون الحياة الزوجية والحالة هذه غير مجدية. والمدعية منذ أن تم نكاحها من المدعى عليه صحيحًا لم تطاوعه ولم

تجتمع معه في بيت الزوجية فتتم المعاشرة ليُقال بعدم إمكان دوامها، إذ إن الزوجية قائمة بينهما حكمًا لا فعلًا).[1]

وبرأينا وعلى هذا الأساس، فإن القول بجواز التفريق قبل الدخول لا ينبغي أن يكون بصورة مطلقة، بل يجب أن يُفسَّر في إطار ضيق يتلاءم مع طبيعة هذه المرحلة من العلاقة الزوجية، بحيث يكون التفريق استثناءً تفرضه الضرورة وتبرره أسباب جدية ومثبتة، وليس وسيلة سهلة لإنهاء عقد لم تتح له فرصة في الواقع العملي. فالموازنة بين حماية حرية الطرفين من الإكراه على علاقة يتعذر استمرارها، وبين حماية استقرار مؤسسة الزواج، تقتضي من القاضي التروي والتسبيب الدقيق عند النظر في مثل هذه الدعاوى، والتريث في الحكم بالتفريق إلا بعد التحقق من استحكام الخلاف وثبوته. كما أن إقرار التفريق في هذه المرحلة المبكرة دون التحقق الدقيق من طبيعة النزاع وأسبابه قد يؤدي إلى إفراغ عقد الزواج من مقصده الشرعي، في حين أن الحكمة من إبرامه تقوم على تأسيس أسرة مستقرة ومنح الطرفين فرصة حقيقية لاختبار إمكانية العيش بينهما. ومن ثم فإن التفريق قبل الدخول ينبغي أن يمارس القاضي سلطته فيه بحذر بالغ، بحيث لا يُصار إلى إنهاء العقد إلا إذا ثبت للمحكمة أن الخلاف قد بلغ درجة من الاستحكام والعمق تجعل الدخول والمعاشرة أمرًا غير ممكن واقعًا بمعنى آخر، فإنه يجوز طلب التفريق قبل الدخول في حالات مثل الضرب والشتم والخيانة الزوجية من قبل أحد الزوجين تجاه الآخر، أما التفريق بسبب الخلاف فله طبيعة مختلفة عن ذلك.

وبرأينا المتواضع، يبدو من غير المألوف من الناحية الواقعية والقانونية التوسع في إطار التفريق بين الزوجين بسبب الخلاف قبل الدخول، وقبل أن يعيشا معًا تحت سقف واحد، لأن الرابطة الزوجية في هذه المرحلة لم تتحول بعد إلى حياة زوجية فعلية قائمة على المعاشرة اليومية والاحتكاك المباشر الذي يكشف حقيقة الطباع ويُظهر مدى إمكانية التوافق أو التعذر. فالخلاف الذي ينشأ قبل الدخول غالبًا ما يكون وليد تصورات مسبقة أو سوء تفاهم أو تدخل من المحيط العائلي أو مخاوف نفسية مرتبطة بمرحلة الانتقال إلى الحياة الزوجية، وهي أسباب لا يمكن اعتبارها دليلًا قاطعًا على استحالة استمرار العلاقة مستقبلًا، ولا ترقى بذاتها إلى مستوى الخلاف المستحكم الذي يبرر إنهاء الرابطة الزوجية قبل أن تبدأ فعليًا ومن جانب آخر،

[1]. القاضي اسو سردار رشيد في التفريق للضرر – المصدر السابق – ص ٦٢ وما بعده.

فإن للزوجة طلب التفريق عند عدم الرغبة في الزواج وفق المادة (٢/٤٣) من قانون الأحوال الشخصية، بمعنى أنه لا يجوز إجبارها على الدخول طالما لا ترغب في ذلك، ومجرد عدم رغبتها يعطيها الحق في رفع دعوى التفريق قبل الدخول، وذلك بعد أن تعيد للزوج ما قبضته من مهر وجميع ما تكبده من أموال ونفقات ثابتة.

وبالرغم من أن نص المادة (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية لا يتضمن صراحة إلزام المحكمة بعرض الطلاق على الزوج قبل إصدار قرار بالتفريق بين الزوجين، إلا أنه لا يوجد ما يمنع القاضي من عرض الطلاق على الزوج قبل إصدار الحكم بالتفريق للضرر، تحقيقًا لمقاصد التسوية وتقليل حدة النزاع، وذلك استنادًا إلى أحكام المادة (٤١) من القانون ذاته.

الفرع الثاني

التفريق وفق المادة ٤٢ من قانون الاحوال الشخصية العراقية

هذه المادة تُعد تطبيقًا لطلب التفريق للخلاف، لأنها أوجبت على القاضي اللجوء إلى التحكيم. وعند تناول موضوع الخلاف المستحكم سواء كان قبل الدخول أم بعده، يجب ألا يقتصر البحث على بيان الأحكام العامة للتفريق، بل يتعين التطرق أيضًا إلى حالة رد الدعوى الأولى للتفريق وإقامة الدعوى الثانية وما يترتب عليها من إجراءات خاصة وفق المادة (٤٢) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، إذ تمثل هذه المادة مرحلة إجرائية لاحقة ترتبط مباشرة بموضوع التفريق للضرر. فإذا أقام أحد الزوجين دعوى التفريق بسبب الضرر وفق المادة (٤١) ولم يتمكن المدعي من إثباته، فقد تُرد الدعوى. غير أن رد الدعوى الأولى لا يعني انتهاء النزاع بصورة نهائية، إذ أجاز القانون للمدعي إقامة دعوى ثانية بعد اكتساب القرار الدرجة القطعية، وهو ما يدل على أن المشرّع أخذ بنظر الاعتبار احتمال استمرار الضرر وتفاقمه بعد رد الدعوى الأولى.

وعند إقامة الدعوى الثانية، أوجب القانون على القاضي سلوك طريق التحكيم بين الزوجين قبل إصدار الحكم بالتفريق، ويهدف هذا الإجراء إلى إعطاء فرصة أخيرة للإصلاح بين الطرفين من خلال تعيين حكمين من أهل الزوجين للنظر في أسباب النزاع ومحاولة إزالة الخلاف. فإذا تعذر الإصلاح، فإنهما يرفعان تقريرهما إلى المحكمة ليتخذ القاضي قراره بالتفريق. ومن ثم فإن إدراج أحكام المادة (٤٢) في هذا البحث له أهمية علمية واضحة، لأنها تكشف عن تدرج المشرّع في معالجة الخلافات الزوجية، إذ تبدأ المحكمة بمحاولة الإصلاح عن طريق التحكيم، وهذه المسألة لها صلة مباشرة بموضوع البحث.

ونص المادة (٤٢) من قانون الأحوال الشخصية العراقي جاء كالآتي:

(إذا رُدت دعوى التفريق لأحد الأسباب المذكورة في المادة الأربعين من هذا القانون لعدم ثبوته واكتسب القرار الرد درجة البتات، ثم أُقيمت دعوى ثانية بالتفريق لنفس السبب، فعلى المحكمة أن تلجأ إلى التحكيم وفقًا لما ورد في المادة الحادية والأربعين).

بمعنى أنه إذا تم رد الدعوى الأولى لعدم ثبوت الادعاء من جانب أحد الزوجين، واكتسب القرار الدرجة القطعية، ثم أقام المدعي الدعوى مرة ثانية للأسباب ذاتها الواردة في الدعوى الأولى وطلب التفريق من

جديد، عندئذ لا يُكلف المدعي بتقديم دليل الإثبات سواء للضرر أو الخلاف، بل تلجأ المحكمة مباشرة إلى التحكيم على النحو الوارد سابقًا. لأن تكرار إقامة الدعوى لنفس السبب من قبل المدعي يُعد قرينة على وجود خلافات عميقة بين الزوجين، ويجب على المحكمة تحديد الجهة المقصرة لاستحقاق المهر المؤخر.[١]

ويمكن بيان شروط إقامة الدعوى الثانية بالنقاط الآتية:

١- إقامة الدعوى الأولى بطلب التفريق بسبب الضرر.
٢- أن تكون الدعوى الأولى قد رُدت لعدم ثبوت الضرر.
٣- أن يكون الحكم في الدعوى الأولى قد اكتسب الدرجة القطعية.
٤- أن يرفع المدعي دعوى جديدة للسبب نفسه.

فالقاضي، وفق تلك المادة، لا يبحث في أسباب الخلاف ولا يُكلّف المدعي بتقديم ما يؤيد وقوع الضرر، بل يجب عليه اللجوء إلى إجراءات التحكيم في حالة توفر الشروط المذكورة. لأن النص أقام قرينة مفترضة مفادها أن تكرار إقامة الدعوى لنفس السبب يُعد دلالة واضحة على وجود الخلاف والشقاق المستحكم الذي يهدد العلاقة الزوجية.[٢]

أما في الواقع العملي، فنجد أن كثيرًا من دعاوى التفريق التي تُقام للضرر تكون مجرد دعاوى صورية تُرفع بهدف رد الدعوى الأولى، وبعد أن يكتسب القرار الدرجة القطعية تُقام الدعوى الثانية لنفس السبب. وبموجب منطوق المادة المذكورة، تُلزم المحكمة باللجوء إلى التحكيم بمجرد إقامة الدعوى الثانية، وعليها اتباع الإجراءات التي رسمتها المادة (٤١) من قانون الأحوال الشخصيةلذا، نرى أن هناك نقطة ضعف في هذه المادة، إذ أصبح الطرف الذي يريد إنهاء العلاقة الزوجية يستغلها على النحو المشار إليه أعلاه.[٣]

ويُلاحظ وجود ارتباط وتكامل بين هذه المادة والمادة (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية، إذ إن من حق أحد الزوجين إقامة الدعوى الثانية بالتفريق للضرر بعد أن تُرد الدعوى الأولى وفق المادة أعلاه. ولا يتعين على القاضي أن يتحقق من أسباب الخلاف، ولا يُكلف المدعي بتقديم أدلة ثبوتية، وإنما يجب عليه القيام

---

[١]. د. فاروق عبدالله كريم – المصدر السابق - ص ٣٢٠.
[٢]. المحامي مكي عبدالواحد – المرشد العملي للاحوال الشخصية – بغداد - سنة ٢٠١٥ – ص ١٤٥.
[٣]. القاضي نايف عثمان – المصدر السابق – ص ٥٥ وما بعده.

بإجراءات التحكيم، دون تحديد مدة زمنية فاصلة بين الدعويين أو اشتراط استئناف الحياة الزوجية بعد رد الدعوى الأولى وقد أدى ذلك إلى استغلال نص المادتين، بحيث أصبح الغرض من الدعوى الأولى ليس إلا وسيلة للوصول إلى إقامة الدعوى الثانية.[١]

ويُلاحظ أن المادة (٤٢) من قانون الأحوال الشخصية تتحدث فقط عن رد الدعوى الأولى المقامة للضرر بين الزوجين، ولا تتحدث صراحة عن رد الدعوى المقامة للخلاف بينهما، ويمكن القياس في هذه الحالة على الحالة الأولى.

وبالرأي المتواضع، لا يوجد فرق جوهري بين الحالتين إذا تم رد دعوى الخلاف لعدم الإثبات، كما هو الحال في دعوى الضرر، ذلك أن الغاية من النص هي إعطاء فرصة لإصلاح العلاقة الزوجية قبل الحكم بالتفريق. لذلك يمكن القياس على حالة دعوى الضرر، بحيث إذا رُدت دعوى الخلاف لعدم الإثبات ثم أُقيمت مرة أخرى، فإن على المحكمة اللجوء إلى التحكيم تطبيقًا لحكم المادة (٤٢) من قانون الأحوال الشخصية. وهذا التفسير ينسجم مع مقصد المشرّع في معالجة النزاعات الأسرية ومحاولة إصلاح ذات البين قبل إنهاء العلاقة الزوجية.

أما في الشريعة الإسلامية، فالمذاهب تختلف في هذا الشأن، فالمذهب المالكي أخذ بهذا الرأي ومنع استمرار النزاع بين الزوجين، فأجاز للطرف المتضرر رفع الأمر إلى القاضي، فإن أثبت الضرر وصحت دعواه فَرّق القاضي بينهما، وإن عجزت رُفضت دعواه، وإن كرر الادعاء (أي أعاد رفع الدعوى من جديد) لجأ القاضي إلى الحكمين، وذلك استنادًا إلى الحديث النبوي الشريف(**لا ضرر ولا ضرار**).[٢]

يتضح من ذلك أن المشرّع قد أخذ بالمذهب المالكي وفق التفاصيل أعلاه، ومنح للزوجين حق إقامة دعوى ثانية بطلب التفريق متى ما رُدت الدعوى الأولى لعدم الإثبات. بمعنى أن مجرد صدور الحكم برد الدعوى يُعد كافيًا لفتح باب التقاضي مجددًا، دون اشتراط تحقق وقائع جديدة أو توافر شروط إضافية مغايرة لما طُرح في الدعوى السابقة. وبذلك يكون لكل من الزوجين حق إقامة دعوى جديدة بطلب التفريق دون قيد أو شرط موضوعي أو شكلي، الأمر الذي يقيد سلطة المحكمة في التحقق من جدية الأسباب أو من حدوث ظروف مستجدة، وقد يقودها إلى الحكم بالتفريق.

---

[١]. القاضي محمد حسن كشكول – المصدر السابق – ص ١٦٧.
[٢]. د. وهبة زحيلي - المصدر السابق - ص ٣٣٤.

أما في الواقع العملي، ومن خلال ما لمسناه في محاكم الأحوال الشخصية، فقد تبيّن أن الخصوم قليلًا ما يلجؤون إلى إقامة دعوى التفريق للخلاف لصعوبة إثباته، وإنما يقومون بإقامة دعوى التفريق للضرر بصورة شكلية، كوسيلة للوصول إلى الدعوى الثانية. بمعنى أن إقامة الدعوى الأولى أصبحت في بعض الحالات مجرد أداة قانونية للتخلص من الطرف الآخر، وغالبًا ما تلجأ إليها الزوجة طلبًا للتفريق للحصول على حقوقها المالية ورغبتها في إنهاء العلاقة الزوجية بأي شكل من الأشكال. ومن جانب آخر، يسعى الزوج إلى التخلص من العلاقة الزوجية بأقل عبء مالي ممكن. وفي كثير من الأحيان يقبل الطرفان بنتيجة الحكم ولا يقومان بتمييز القرار وعليه، فإن نظام التحكيم والتفريق بسبب الخلاف، الذي شُرع أساسًا لتحقيق الإصلاح ورفع الضرر وحماية كيان الأسرة، قد ينحرف عمليًا عن مقصده الجليل ليصبح أداة للمساومة المالية أو وسيلة للتهرب من الالتزامات، الأمر الذي يستدعي إعادة النظر في آليات التطبيق بما يعيد للنص روحه الإصلاحية.

وبرأينا الشخصي، من بين المقترحات التي يمكن أن تساهم في الحد من إساءة استعمال دعوى التفريق للخلاف، هو إعادة تنظيم المهر المعجل، وذلك من خلال وضع ضوابط تحدد مقداره أو وضع حد أعلى له بما يمنع المغالاة عند إبرام عقد الزواج. ففي التطبيق العملي، كثيرًا ما يقبل الزوج في مرحلة الخطوبة وبداية العقد بشروط مالية مرتفعة بدافع العاطفة أو المجاملة الاجتماعية دون تقدير حقيقي لآثارها المستقبلية، ثم لا يلبث أن يندم بعد نشوء النزاع، فيجد نفسه مترددًا في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة بسبب الالتزامات المالية المترتبة عليه، الأمر الذي يدفع الزوجة في المقابل إلى سلوك طريق التفريق القضائي كوسيلة لإنهاء العلاقة ومن ثم فإن تنظيم مقدار المهر المعجل أو وضع حدود معقولة له قد يساهم في تقليل النزاعات اللاحقة، ويمنع أن تكون المسألة المالية عائقًا أمام الحلول الطبيعية للرابطة الزوجية، ويحقق قدرًا أكبر من التوازن والاستقرار في العلاقة الزوجية منذ نشأتها.

ومن وجهة نظرنا، فإن النص جاء مطلقًا، ومعالجته تقتضي تقييده بضوابط محددة تحول دون تحويله إلى مجرد وسيلة شكلية للتفريق، وذلك من خلال الأخذ بالقيود الآتية:

١- اشتراط مرور مدة زمنية معينة بين رد الدعوى الأولى وإقامة الدعوى الثانية، كمرور سنة مثلًا، وذلك لإعطاء فرصة حقيقية لتهدئة النزاع وإعادة تقييم الموقف.
٢- اشتراط تحقق وقائع جديدة أو ظروف مستجدة لم تكن مطروحة أو ثابتة في الدعوى الأولى، على أن يُبيَّن ذلك بصورة واضحة في عريضة الدعوى الثانية.

٣- التحقق من استئناف الحياة الزوجية بصورة مستقرة بعد صدور الحكم الأول، فإذا ثبتت المعاشرة الطبيعية واستمرار العلاقة مدة معتبرة عُدّ ذلك قرينة على زوال الخلاف السابق.
٤- منح المحكمة سلطة تقديرية أوسع في رد الدعوى الثانية إذا تبين أن الهدف منها التحايل على القانون بسبب حجية الحكم السابق أو استعمال الحق بصورة كيدية.
٥- إمكانية فرض رسوم أو قيود إجرائية إضافية في حال تكرار الدعاوى دون مبرر جدي، وذلك للحد من إساءة استعمال حق التقاضي.

وبذلك يتحقق التوازن بين كفالة حق التقاضي من جهة، وحماية استقرار الأسرة ومنع التعسف في استعمال الحقوق الوارد في النص من جهة أخرى. فلا تبقى المادة مجرد وسيلة أو جسر للوصول إلى التفريق بشكل أسرع وبأقل كلفة، بل تكون حلًا استثنائيًا يخضع لضوابط موضوعية دقيقة.

أما بالنسبة لموقف القضاء في هذه المسألة، فقد ذهبت محكمة التمييز الاتحادية وكذلك محكمة تمييز إقليم كردستان في تفسيرها للمادة (٤٢) من قانون الأحوال الشخصية إلى اتجاهين رئيسيين، هما: الأول: التطبيق المباشر لنص المادة عند إقامة الدعوى الثانية المستندة إلى نفس السبب الذي أُقيمت عليه الدعوى الأولى المردودة أما الاتجاه الثاني فيتجه إلى ضرورة التحقق مما إذا كانت الدعويان مقامتين لنفس السبب، واستمرار الضرر بعد استئناف الحياة الزوجية، أي ضرورة وجود معايشة ومعاشرة بين الزوجين بعد رد الدعوى الأولى وتطبيقًا لذلك، قضت محكمة التمييز الاتحادية في أحد قراراتها بأنه إذا رُدت دعوى التفريق للضرر لعدم ثبوت الضرر، فإن إقامة دعوى ثانية لنفس السبب يتطلب حصول المعاشرة والمعايشة بين الزوجين بعد تاريخ الحكم في الدعوى الأولى، لكي يتم إثبات وجود ضرر مستمر إلا أنه من خلال استقراء قرارات محكمة تمييز إقليم كردستان، تبيّن أنها قد سارت في الآونة الأخيرة باتجاه مغاير لاتجاهها السابق، حيث تطبق المادة (٤٢) من قانون الأحوال الشخصية مباشرة، وقد قضت في قرار لها المرقم (٣٨٦/شخصية/٢٠١٠) في ٢٠١٠/٦/٢٥ لدى محكمة تمييز إقليم كردستان بما يفيد ذلك.[١] بالنظر في الحكم المميز، تبيّن أنه صحيح وموافق للشرع والقانون، حيث توجد دعوى سابقة مقامة بالتفريق للضرر، وقد أُقيمت هذه الدعوى ولجأت المحكمة إلى التحكيم، وتعذّر الإصلاح بين الطرفين، وعليه تقرر تصديق الحكم المميز) [٢]

[١]. قرار غير منشور.
[٢]. القاضي نايف عثمان – المصدر السابق – ص ٥٥ وما بعده.

وهناك أيضًا تطبيقات أخرى واردة في هذا الشأن، إذ جاء في قرار المرقم (٥٣٩/هيئة الأحوال الشخصية/٢٠٢٤) لمحكمة تمييز إقليم كردستان: (تبيّن أن القرار صحيح وموافق للشرع والقانون لتوفر شروط أحكام المادة (٤٢) من قانون الأحوال الشخصية في دعوى المدعية، لسبق إقامة نفس الدعوى وبنفس الموضوع ونفس السبب في الدعوى موضوع الطعن، ولجوء المحكمة إلى إجراء التحكيم وعدم التوصل إلى حل بين الطرفين وامتناع المدعى عليه عن تطليق المدعية، لذا فإن دعوى المدعية مستندة إلى أساس شرعي وقانوني صحيح، وعليه تقرر تصديق القرار المميز)[١]

وفي قرار اخر المرقم ٢٢٠ لمحكمة التمييز اقليم كوردستان لسنة ٢٠٢٣ (دادگا دەچێت بۆ جیابوونەوەی دادوەری، دوای ئەوەی دادگا دڵنیا دەبێتەوە کە داوای پێشووتر کە داوای جیابوونەوەیە بە هۆکاری زیان گەیاندن رەتکراوەتەوە). وفي قرار المرقم ٤١٥/دەستەی باری کەسی/٢٠١٩ (پێویستە لەسەر دادگا مادەی ٤٢ لە یاسای باری کەسی جێبەجێ بکات بروات بۆ ناوبژیوان، ئەگەر داواکار داوای دووەمی تۆمارکردبوو بە هەمان هۆکاری پێشوو داواکەش رەتکرابویەوە و پلەی کۆتایی وەرگرتبێت). وفي قرار المرقم ٨٦٦/دەستەی باری کەسی/٢٠١٩ (مادەی ٤٢ مەرجی دانەناوە کە رێژەی کەمتەرخەمی داوالێکراو زیاتر بێت لە رێژەی کەمتەرخەمی داواکار). وفي قرار المرقم ٤١/دەستەی باری کەسی/٢٠٠٠ (دوبارە تۆمارکردنەوەی داوای جیابوونەوە بە هەمان هۆکاری پێشوو مانای ئەوەیە کە کێشە و ناکۆکی هەیە پێویست بە سەلماندن ناکات)[٢].

وقضت محكمة التمييز الاتحادية بأنه إذا رُدت دعوى التفريق واكتسب القرار درجة البتات، ثم أُقيمت دعوى ثانية، ولجأت المحكمة إلى التحكيم وتعذّر الإصلاح بين الطرفين، تقضي المحكمة بالتفريق بين الزوجين.[٣]

وجاء في قرار آخر على النهج نفسه، وفق القرار المرقم (١٨٦/الشخصية/٢٠٠٥)، إذ ثبت أن المدعية سبق وأن أقامت دعوى التفريق للضرر المرقمة كذا، وفق أحكام المادة (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية، وقد رُدت لعدم ثبوتها واكتسب الحكم درجة قطعية، ثم حكمت المحكمة بالتفريق بعد أن لجأت إلى التحكيم وفق المادة (٤١) من قانون الأحوال الشخصية، لذا تقرر تصديق الحكم.[٤]

---

[١]. قرار غير المنشور.
[٢].القاضي: كامەران رسول سعيد - المصدر السابق – ص ١٨٢ وما بعده.
[٣]. القاضي اياد احمد سعيد الساري – شرح قانون الاحوال الشخصية – بغداد – سنة ٢٠٢١ – ص ١٤٤.
[٤]. القاضي گۆران علي محمد – المصدر السابق – ص ١٠٠.

كما جاء في القرار المرقم (٤٥٩/هيئة الأحوال الشخصية/٢٠١٨): (كان على محكمة الأحوال الشخصية اللجوء إلى التحكيم طالما رُدت الدعوى السابقة المقامة من قبل المدعي للتفريق للضرر واكتسبت الدرجة القطعية لعدم الثبوت، وحيث إنه عند إقامة الدعوى الثانية كان على المحكمة، وبموجب أحكام المادة (٤١) من قانون الأحوال الشخصية المعدل، اللجوء إلى التحكيم لإصلاح ذات البين، وعند التعذر ورفض الزوج الطلاق تحكم المحكمة بالتفريق).[١]

وأيضًا جاء في قرار آخر على نفس اتجاه القرار السابق، بموجب القرار المرقم (١٤٤/شخصية/٢٠١٧): (كان على المحكمة اللجوء إلى التحكيم لأن المدعي أقام الدعوى الأولى للتفريق للضرر بالعدد كذا، وقد رُدت الدعوى لعدم ثبوت الضرر، وبإقامته الدعوى الثانية هذه يتوجب اللجوء إلى التحكيم لإصلاح ذات البين، وعند التعذر ورفض الزوج التطليق يُصار إلى التفريق القضائي)[٢]

وفي قرار آخر غير منشور، المرقم (٥١١/هيئة الأحوال الشخصية/٢٠٢٤): (تبيّن أنه صحيح وموافق لأحكام الشرع والقانون، وذلك لتوفر شروط وأحكام قانون الأحوال الشخصية، حيث تم رد الدعوى الأولى المقامة بطلب التفريق للضرر، وإقامة الدعوى الثانية موضوع الطعن لنفس السبب، ولجوء المحكمة إلى تحديد نسبة تقصير لكل واحد من الطرفين، وامتناع المدعى عليه عن التطليق، لذا فإن دعوى المدعية مستندة إلى أساس شرعي وقانوني صحيح، وعليه تقرر تصديق الحكم).[٣]

وايضا جاء في قرار اخر غير منشور المرقم ٣٩٨/دەستەی باری کەسی/٢٠٢٤ (بریاری تانە لێدراو راست پابەندی یاسایە بە پەیرەوکردنی سەرجەم مەرجەکانی هەردوو مادەی ٤١ و ٤٢ لە یاسای باری کەسی هەموارکراو لەبەر ئەوە بریاردرا بە پەسندکردنی).[٤]

وجاء في القرار المرقم (٤٥٩/هيئة الأحوال الشخصية/٢٠١٨): (كان على محكمة الأحوال الشخصية اللجوء إلى التحكيم طالما رُدت الدعوى السابقة المقامة من قبل المدعي للتفريق للضرر واكتسبت الدرجة القطعية لعدم الثبوت، وحيث إنه عند إقامة الدعوى الثانية كان على المحكمة، وبموجب أحكام المادة (٤١)

[١]. القاضي محمد مصطفى محمود – المصدر السابق – ص ٣٥٣.
[٢]. القاضي عبدالامير جمعة توفيق – المصدر السابق - ص ٢١٨.
[٣]. قرار غير منشور.
[٤]. قرار غير منشور.

من قانون الأحوال الشخصية المعدل، اللجوء إلى التحكيم لإصلاح ذات البين، وعند التعذر ورفض الزوج التطليق تحكم المحكمة بالتفريق)[1]

وأخيرًا، فإن الاتجاه القضائي الحديث لدى محكمة التمييز في إقليم كردستان يميل إلى تبنّي تفسير أكثر مرونة ووضوحًا في تطبيق أحكام المادة (٤٢) من قانون الأحوال الشخصية، إذ استقرّت حاليًا في العديد من قراراتها على وجوب إصدار الحكم وفق هذه المادة دون تقييده بشروط إضافية لم يرد بها نص صريح وبعبارة أخرى، فإن المحكمة تتجه إلى تطبيق المادة بحذافيرها، من غير اشتراط استئناف الحياة الزوجية أو تحديد مدد زمنية معينة، ودون استحداث قيود أو متطلبات لم ينص عليها المشرّع صراحة أو دلالة ويعكس هذا الاتجاه حرص القضاء على الالتزام بحرفية النص القانوني ومقاصده، وتجنب التوسع في تفسير المادة بما يفرض أعباء إجرائية أو موضوعية لا سند لها، بما يسهم في تحقيق الاستقرار القانوني وتوحيد الاجتهاد القضائي في مسائل التفريق والنزاعات الأسرية.

((تم بعون اللة))

[1]. القاضي محمد مصطفى محمود – المصدر السابق – ص ٣٦٣.

((الخاتمة))

في ختام هذا البحث، يمكن القول إن الخلافات العابرة والبسيطة أمرٌ عادي بين الزوجين، أما الخلافات التي تستوجب التفريق بينهما فيجب أن تصل إلى ذروتها بحيث تتعذر معها استمرار الحياة الزوجية وقد تم اختيار هذا الموضوع في هذا البحث لعدم وجود نصوص قانونية وافية أو آراء فقهية متكاملة تتناول هذا الخلاف بشكل تفصيلي، إذ إن معظمها يتناول الخلاف بصورة عامة دون التعمق في تفاصيله لذلك، تم التطرق إلى مفهومه بشيء من التفصيل، كما تم توضيح الحالات التي يكون فيها التفريق ضروريًا لوضع حد للمشكلات العائلية وتراكمها، وبالتالي التقليل من وقوع الجرائم الأسرية. ومن خلال ذلك تم التوصل إلى مجموعة من الاستنتاجات والتوصيات يمكن جمعها في النقاط الآتية:

اولا: الاستنتاجات:

١. عدم وجود تعريف شامل وجامع ومانع للخلاف من قبل المشرّع العراقي، بحيث يكون مانعًا من التناقضات في التفسير والتأويل .

٢. إن طلب التفريق بسبب الخلاف بين الزوجين يستند إلى أصل شرعي ثابت في الشريعة الإسلامية، التي أجازت التفريق عند قيام الشقاق بين الطرفين، كما يستند في الوقت ذاته إلى أساس قانوني صريح أقرّه المشرّع ضمن نصوص قانون الأحوال الشخصية، فجعل الخلاف المستحكم سببًا من أسباب التفريق بينهما .

٣. يعود التحكيم بين الزوجين إلى المبادئ الشرعية والقضائية في تلبية حقوق الناس وتحقيق العدالة لهم، وفق المنهج الشرعي، وهو آلية تهدف إلى تمكين الأسرة من الاستمرار والتقدم والاستقرار، وحفظها وحمايتها من التفكك والانقسام .

٤. إن سلطة القاضي في تقدير الخلاف مطلقة وغير مقيدة بقيد، سوى قيد تعذر استمرارية الحياة الزوجية، دون تحديد ضوابط لها، لأن النص يتحدث عن الخلاف بصورة مطلقة، وهذا قد يؤدي أحيانًا إلى صدور قرارات مختلفة .

٥. لا يوجد في التشريع أو الفقه معيار دقيق ومحدد يمكن من خلاله التمييز بين الخلاف المستحكم الذي يبرر الحكم بالتفريق، وبين الخلاف العارض أو البسيط الذي لا يرتقي إلى هذا المستوى .

٦. كما أنه لا توجد معايير منضبطة وواضحة سواء في الفقه الإسلامي أو في النصوص القانونية يمكن الركون إليها بصورة دقيقة لتحديد جانب المقصّر في العلاقة الزوجية عند قيام الخلاف بين الزوجين، إذ تُرك تقدير ذلك للحكمين بحسب ظروف كل حالة وملابساتها الخاصة .

٧. لم يستقر القضاء العراقي على نهج ثابت واتجاه واحد فيما يتعلق بالخلاف المستحكم، فقد يرى قاضي الموضوع أن الخلاف الموجود مستحكم وموجب للتفريق، بينما تختلف محكمة التمييز في ذلك .

٨. منح القانون كل من الزوجين حق طلب التفريق بسبب الخلاف قبل الدخول ودون حصول معاشرة زوجية فعلية بينهما، إذ لم يشترط المشرّع قيام حياة زوجية مستقرة أو العيش تحت سقف واحد كشرط لسماع دعوى التفريق قبل الدخول .

٩. كذلك منح القانون للزوجين حق إقامة دعوى ثانية بطلب التفريق بعد رد الدعوى الأولى لعدم ثبوت الضرر واكتساب حكم الرد الدرجة القطعية، وذلك دون أن يقيد هذا الحق بشروط موضوعية أو شكلية إضافية، فلم يشترط المشرّع تحقق أسباب جديدة أو تغير في الظروف أو مرور مدة زمنية معينة بين الدعويين .

ثانيا: التوصيات:

١- من البداية، أوصي بتوحيد المادة (٤٠) فقرة أولى مع المادة (٤١) من قانون الأحوال الشخصية، إذا حُصر الضرر في (السب والإهانة) تحت عنوان واحد، لاشتراك الزوجين في الخلاف وفي الضرر أيضًا؛ لأن الزوج أو الزوجة قد يشتركان في السب والإهانة وأحيانًا في الضرب، إذ إن الفصل بينهما عمليًا يؤدي أحيانًا إلى تداخل المفهومين.

٢- إضافة فقرة مستقلة إلى المادة (٤١) من قانون الأحوال الشخصية تقتضي بألا يكون الحكمان من أقارب الدرجة الأولى والثانية عند تقدير نسبة التقصير لهما، لأن رابطة القرابة كثيرًا ما تؤثر في الحياد المطلوب، وبالتالي تؤثر على النتائج التي يتوصلان إليها، ويكون تقريرهما محل شك.

٣- تخصيص فقرة لبيان صفات وشروط ومهام الحكمين في قانون الأحوال الشخصية، بهدف استبعاد التقارير الروتينية والإجراءات الشكلية للتحكيم، لأن معظم التقارير لا تعدو كونها إجراءً شكليًا قبل التفريق، وتفقد التحكيم مهامه الأصلية وهي الإصلاح.

٤- أن تُلزم المحكمة الحكمين والحكم الثالث أيضًا قبل مباشرة مهامهم بالحلف، ومعاملة الحكم الثالث الذي تعينه المحكمة معاملة الخبير القضائي، بما يتلاءم مع طبيعة عمله، مع جواز أن تقرر المحكمة صرف مبلغ له لقاء عمله لضمان جدية أكبر في أداء المهمة، لأن غالبية الدعاوى تُحسم من قبل الحكم الثالث.

٥- نوصي بإقامة دورات تدريبية للباحثين الاجتماعيين العاملين في محاكم الأحوال الشخصية، وتوسيع أدوارهم لتعزيز فهمهم لطبيعة النزاعات الزوجية وكيفية التعامل معها.

٦- بالإضافة إلى إرسال الطرفين إلى الباحث الاجتماعي في المحاكم، يُقترح إحالتهما إلى لجنة المصالحة المشكلة وفق قانون مناهضة العنف الأسري، وفق المادة (٥) منه.

٧- وضع معايير جامعة وآلية مناسبة لتقدير واحتساب درجة التقصير من الجانبين، رغم أن ذلك لا يؤثر على أصل التفريق، إلا أنه يؤثر على الحقوق المالية للطرفين تبعًا لدرجة تقصير كل منهما، ومن هذه المعايير: الوقائع الثابتة في الدعوى، ومدى الإخلال بالواجبات الزوجية، وموقف كل طرف من محاولات الصلح، والتناسب بين الفعل ورد الفعل، والظروف الاجتماعية والنفسية والاقتصادية، والسلوك اليومي، وتكرار الشكاوى ومن بادر بها.

٨- وضع معايير وضوابط دقيقة لاعتبار الخلاف بين الزوجين مستحكمًا من عدمه، وبيان شروط محددة لذلك، ومنها: استمرارية الخلاف لمدة غير طبيعية (مثل أكثر من سنة)، وترك بيت الزوجية أكثر من

مرتين، وتكرار الإساءة من أحد الطرفين، وكثرة الدعاوى بينهما، وفقدان الثقة، واتهام أحدهما بالخيانة أو السرقة، وتدخل الأهل، وقناعة المحكمة.

٩- من الأجدر تقييد المادة (٤٢) من قانون الأحوال الشخصية بوضع شروط وضوابط لها، مثل اشتراط مرور فترة زمنية كافية لا تقل عن سنة بين اكتساب القرار الدرجة القطعية في الدعوى الأولى وبين إقامة الدعوى الثانية، أو اشتراط وجود وقائع أو خلافات مستجدة بعد رد الدعوى الأولى أو استئناف الحياة الزوجية بينهما، أو منح سلطة تقديرية أوسع للمحكمة لرد الدعوى عندما يتبين لها أن الهدف منها هو إقامة دعوى صورية للتخلص من الطرف الآخر. وذلك لإعطاء فرصة أكبر للتصالح والتفكير وعدم استغلال النص من قبل الأطراف، خصوصًا في حال وجود أطفال.

ثالثًا: قائمة المصادر

- القرأن الكريم.

أولا: الكتب

١- د. احمد الكبيسي - الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية – الجزء الاول – سنة ٢٠٠٦.

٢- القاضي اسو سردار رشيد – التفريق للضرر – دراسة مقارنة - اربيل – سنة ٢٠١٠.

٣- القاضي اياد احمد اسماعيل الساري – الاحوال الشخصية والاوقاف – مكتبة قانونية بغداد - سنة ٢٠١٧.

٤- القاضي اياد احمد سعيد الساري – شرح قانون الاحوال الشخصية – بغداد – سنة ٢٠٢١.

٥- القاضي اياد كاظم رشاد – التفريق للخلاف والطلاق التعسفي في القانون الاحوال الشخصية – بغداد – سنة ٢٠١١.

٦- أ. م. د. حارث على ابراهيم - سلطة القاضي التقديرية في فض منازعات التفريق القضائي – كلية قانون جامعة بغداد – سنة ٢٠٢١.

٧- شيخ علي الخفيف – فرق الزواج في المذاهب الاسلامية – قاهرة – دار فكر العربي - سنة ٢٠٠٨.

٨- د. عبدالمجيد محمود مطلوب – الوجيز في الاحكام الاسرة الاسلامية – مؤسسة المختار – سنة ٢٠٠٤.

٩- القاضي عدنان مايح بدر – الاجراءات العملية لدعاوى الاحوال الشخصية – سنة ٢٠١٩.

١٠- د. على عبدالعالي الاسدي – المبسوط في الاحوال الشخصية – مكتبة قانونية بغداد – سنة ٢٠٢٢.

١١- الاستاذ الدكتور فاروق عبدالله كريم – الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي – الطبعة الخامسة – سنة ٢٠٢٣.

١٢- فؤاد افرام البستاني – منجد الطلاب – دار المشرق ش. م. م. – بيروت / لبنان – الطبعة الحادية والثلاثون – سنة ١٩٨٦.

١٣- القاضي كامەران رسول سعيد – من و تو و ئەو له دادگای باری کەسی – سنه ٢٠٢٣ و ٢٠٢٤.

١٤- القاضي کەمال رەزا احمد – شرۆڤەی یاسای باری کەسی –سنه ٢٠١٢.

١٥- الدكتور محمد خضر قادر – دور الارادة في احكام الزواج والطلاق والوصية – دراسة فقهية مقارنة – سنة ٢٠٠٩ – اردن.

١٦- محمد بن ابي بكر بن عبدالقادر الرازي – مختار الصحاح – دار الرسالة في كويت - سنة ١٩٨٣.

١٧- محسن الناجي – شرح قانون الاحوال الشخصية – الطبعة الاولى – سنة ١٩٦٢ .

١٨- القاضي محمد حسن كشكول - شرح قانون الاحوال الشخصية – دراسة قانونية وفقهية وتطبيقية.

١٩- د. مصطفى ابراهيم الزلمي - احكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي المقارن – اربيل – سنة ٢٠١١.

٢٠- المحامي مكي عبدالواحد – المرشد العملي للاحوال الشخصية – بغداد - سنة ٢٠١٥.

٢١- القاضي نايف عثمان رمضان – التفريق القضائي بسبب الخلاف – الطبعة الاولى – سنة ٢٠٢٢.

٢٢- نظام الدين عبدالحميد – احكام انحلال عقد الزواج في الفقه الاسلامي و القانون العراقي – سنة ١٩٨٩.

٢٣- د. وهبة زحيلي - الاسرة المسلمة في العالم المعاصر – دار الفكر المعاصر بيروت / لبنان – دار الفكر ديمشق سورية – سنة ٢٠٠٦

ثانيا: مجاميع الاحكام.

١- القاضي صباح حسن رشيد – قرارات محكمة تمييز اقليم كوردستان – مكتبة هەولێر – الجزء الاول - الطبعة الثالثة – سنة ٢٠١٨.

٢- القاضي عبدالامير جمعة توفيق - الاحدث والاهم من قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان – قسم الاحوال الشخصية – العراق – الطبعة الاولى – سنة ٢٠١٨.

٣- القاضي گيلانى سيد احمد - المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان – الاحوال الشخصية – اربيل - الطبعة الاولى – سنة ٢٠١٠.

٤- القاضي گۆران علي محمد – السوابق في قضاء محكمة الاحوال الشخصية – الطبعة الاولى – مكتبة تةبايى في اربيل – سنة ٢٠٢١.

٥- القاضي محمد مصطفى محمود - الجديد في قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان – مكتبة هەولێر القانونية - الطبعة الاولى – سنة ٢٠٢٢.

٦- القاضي الدكتور محمد عبدالرحمن السليفاني – قبسات من احكام القضاء – مكتبة هەولێر – ٢٠١٧.

ثالثا:البحوث:

١- د. سهيل احمد – التحكيم بين الزوجين حال نزاع و شقاق في القانون الاحوال الشخصية الاردنية و المواثيق الدولية.

رابعا: قرارات غير منشورة:

١- قرار المرقم ٥٣٩/هيئة الاحوال الشخصية/٢٠٢٤ غير منشور.
٢- قرار المرقم ٥١١/هيئة الاحوال الشخصية/٢٠٢٤ غير منشور.
٣- قرار المرقم ٣٩٨/هيئة الاحوال الشخصية/٢٠٢٤ غير منشور.

خامسا: القوانين:

١. قانون الاثبات العراقي المرقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

٢. قانون الاحوال الشخصية العراقية المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٨.