التعويض عن الطلاق التعسفي
في الشريعة الإسلامية والقانون
دراسة مقارنة

إعداد/ المدرس المساعد
شذى مظفر حسين
جامعة القادسية – كلية القانون

الخلاصة :

يرتبط القانون والشرع الإسلامي بأواصر قوية ، وان القانون هو لسان القرآن رغم اعتقاد الأغلبية، أن هناك اختا كبيراً بينهما،مستدلين على ذلك بالتصنيف المذكور لكل منهما،فهما يشتركان بأنهما قواعد سلوك اجتماعي تنظم العلاة الناشئة بين أفراد المجتمع بما يحفظ الحقوق للجميع ،ويحمله على القيام بواجباته الإجتماعية،ويفترقان من حيث أن الش بمعناه الخاص(الشريعة الإسلامية) قانون الهي له أحكام تكليفية تراعي سلامة العلاقة المعنوية بين الخالق والمخل برادعٍ نفسي، أما قواعد القانون فهي وضعية، تمثل إرادة السلطة المختصة بالتشريع، وتقتصر غايتها على إيجاد تنا مناسبٍ لعلائق عن طريق قوانين تفرضها عليه ؛ وفي كل الأبحاث المقارنة لا يمكن لأي باحث أن يخرج بنتيجة سليمةٍ من خلال التطرق إلى ما وضعته الشريعة الإسلامية من قوانين خاصةً .

ان علم الفقه الإسلامي من أشرف العلوم وأعظمها، إذ به يعرف الحلال من الحرام وبه تستقيم عادات الناس ومعاملات وقد جاءت نصوص شريعتنا كلية عامة، وذلك لأنها خاتمة الشرائع السماوية، وما يأتي من حوادث متجددة تحتاج إ الإجتهاد في النصوص، وإن فهم الفقهاء للنصوص يختلف من فقيهٍ إلى فقيهٍ آخر، وقد نتج عن هذا الفهم إختلاف في ك من المسائل الفقهية مما أدى إلى نشأة المذاهب الفقهية المختلفة ، وإن لكل مذهبٍ من المذاهب أدلته وكتبه وإستقلاليته

وتحقيقاً للهدف المقصود، فقد عملنا على دراسة موضوع البحث دراسةً مقارنةً لأنها من أعظم الوسائل لتحديد المفا وتجليتها،وذلك وفقاً لخطة علمية مكونة من فصلين نتناول في الأول منها: في بيان مفهوم التعسف والطلاق التعسفي؛ وخصصنا الثاني :نظام التعويض عن الطلاق التعسفي ؛

وألحقناهما بخاتمة جمعنا فيها ما توصلنا إليه من نتائج ومقترحات

We all know that there were strong links between law and Shara, and that the law is in San believe the Koran, although the majority, that there is much difference between the maintaining that the classification for each share they understand the rules governing th conduct of social relations emerging between members of the community, preserving the rights of all, And carry on the duties of social, and hand in that sense Shara on Syariah (Islamic) law of God is Tklevip take into account the provisions of the moral integrity of relationship between the Creator and the creature deterrent myself, and the rule of law i status, represents the will of the competent authority legislation, and the only purpose of organization to find a suitable The ties imposed by the laws it; in every research scholar not come to a conclusion that only through sound addressed by the Islamic Sharia laws.

Given the importance of the issue of divorce, it came in the Al-Quran on behalf of divo The name also stems from the issue of control of the divorce, which is the main theme of sura, and this shows that the divorce issues attached great importance to Islamic law, so had discussed all matters relating to divorce Surat in full; resolution of the dispute betw the parties of God to the satisfaction of both the right and gives it full.

Given the high incidence of cases of arbitrary divorce, and the possibility that other ca In order to achieve the intended goal, we have worked on the study in question compara study because it is one of the greatest means of identifying concepts and Tgeeltha, accord to a scientific plan to deal with in the first two chapters, including: a sense of arbitrarine and arbitrary divorce;

And we have two: the system of compensation for divorce Olhaknahma and brought tog the conclusion we have reached conclusions and proposals

المقدمة :

يرتبط القانون والشرع الإسلامي بأواصر قوية ، وان القانون هو لسان القرآن رغم اعتقاد الأغلبية، أن هناك اختلافاً كبيراً بينهما،مستدلين على ذلك بالتصنيف المذكور لكل منهما،فهما يشتركان بأنهما قواعد سلوك اجتماعي تنظم العلاقات الناشئة بين أفراد المجتمع بما يحفظ الحقوق للجميع ،ويحمله على القيام بواجباته الإجتماعية،ويفترقان من حيث أن الشرع بمعناه الخاص(الشريعة الإسلامية) قانون الهي له أحكام تكليفية تراعي سلامة العلاقة المعنوية بين الخالق والمخلوق برادعٍ نفسي، أما قواعد القانون فهي وضعية، تمثل إرادة السلطة المختصة بالتشريع، وتقتصر غايتها على إيجاد تنظيم مناسب لعلائق عن طريق قوانين تفرضها عليه ؛ وفي كل الأبحاث المقارنة لا يمكن لأي باحث أن يخرج بنتيجة سليمةٍ إلا من خلال التطرق إلى ما وضعته الشريعة الإسلامية من قوانين خاصةً .

ان علم الفقه الإسلامي من أشرف العلوم وأعظمها، إذ به يعرف الحلال من الحرام وبه تستقيم عادات الناس ومعاملاتهم، وقد جاءت نصوص شريعتنا كلية عامة، وذلك لأنها خاتمة الشرائع السماوية، وما يأتي من حوادث متجددة تحتاج إلى الإجتهاد في النصوص، وإن فهم الفقهاء للنصوص يختلف من فقيهٍ إلى فقيهٍ آخر، وقد نتج عن هذا الفهم إختلاف في كثير من المسائل الفقهية مما أدى إلى نشأة المذاهب الفقهية المختلفة ، وإن لكل مذهب من المذاهب أدلته وكتبه وإستقلاليته

ونظراً لأهمية موضوع الطلاق، فقد جاءت سورة في القرآن بإسم الطلاق؛ ووجه تسميتها أيضاً ينطلق من احتوائها لموضوع الطلاق الذي يعتبر الموضوع الرئيسي في هذه السورة، وهذا يدل على أن الطلاق من المسائل التي أولتها الشريعة الإسلامية اهتماماً بالغاً ، حيث أنها ناقشت أغلب مسائل الطلاق في سورةٍ كاملة؛ وفض الله النزاع بين الطرفين بما يرضي كلاً منهما ويعطيه حقه كاملاً.

وإذا كان الطلاق حقا لمن بيده عقدة النكاح يستطيع استعماله لأن الرابطة الزوجية في أحوال خاصة ، فإن استخدام هذا الحق لا يخلوا من احتمال التعسف فيه؛ ونظراً لكثرة وقوع حالات الطلاق التعسفي ، وإحتمال حصول حالاتٍ أخرى، فإننا لا نجد الدراسات كافية -على حد علمنا- لوضع الحلول الكفيلة بحكمه على نحو تحقيق العدالة بين طرفيه، ولذا نجد ضرورة للبحث في التعويض عن الطلاق التعسفي إسهاماً منا في تعزيز المكتبة القانونية الشرعية في مجال تنظيم العلاقات الإنسانية بما يلائمها .

وتحقيقاً للهدف المقصود، فقد عملنا على دراسة موضوع البحث دراسةً مقارنةً لأنها من أعظم الوسائل لتحديد المفاهيم وتجليتها،وذلك وفقاً لخطة علمية مكونة من فصلين نتناول في الأول منها:في بيان مفهوم التعسف والطلاق التعسفي؛وخصصنا الثاني :نظام التعويض عن الطلاق التعسفي؛وألحقناهما بخاتمة جمعنا فيها ما توصلنا إليه من نتائج ومقترحات.

الفصل الأول:

مفهوم التعسف في إستعمال الحق

الثابت في الشريعة الإسلامية أن الحق هبة الله سبحانه وتعالى لعباده(١)، حيث من عليهم بأحكام وأسباب جعلية منه عز وجل تؤول الى هذه النعمة ،لكن استعمال الحق دون مصلحة شرعية ترجى يعتبر من الممنوعات(٢) ، سوف نستعرض مفهوم التعسف ومعاييره في الشريعة والقانون وذلك في خمسة مطالب .

المطلب الأول: مفهوم التعسف

أولاً:معنى التعسف اللغوي

العسف بفتح العين وسكون السين في اللغة ، السير بغير هداية ، ويقال اعتسف الطريق اعتسافا إذا قطعه دون صوب توخاه ، والعسف ركوب الأمر بلا تدبير ولا روية ، والتعسف الظلم ، يقال عسف السلطان إذا ظلم (٣) (وعسف عن الطريق يعسف: مال وعدل)(٤)

ثانياً:التعسف في الفقه الإسلامي

يرتكز معنى التعسف في الفقه الإسلامي كما تؤصله النصوص، على معيارين أساسيين(٥): أحدهما شخصي: وهو الإرادة الباطنة للتعسف والتي ينتج عنها إلحاق الضرر بشخصٍ آخر، ويحكم هذا المعيار الحديث الشريف:(إنما الأعمال في النيات)(٦)، حيث أن النية أساس العمل ، والأعمال تدور مع النيات حلاً وحرمةً.

الثاني موضوعي:وهو التعبير عن إرادة الضرر، وإن كانت غير مصرح بها ولا يمكن التوصل اليها، لأنها غالباً ما تكون باطنة.

ويحكم هذا المعيار الحديث الشريف المعروف:(لا ضرر و لا ضرار في الإسلام)(٧)

الذي يقرر حرمة الضرر، إذ لا تخلو حالات التعسف من هذين المعيارين إن لم تجتمعا فيه .

فإلى المعيارين الأساسيين ترد جميع حالات التعسف،ولا يكفي لمشروعية الفعل المرتكب أن يكون صاحبه قد إلتزم بالحدود الموضوعة المنصوص عليها ، وإنما يلزم أن تكون ممارسته للحق قد روعي فيها الجانب النفسي المتمثل في تحقيق المصالح التي تقرر الحق من أجلها،فإذا انتفت النية السليمة كنا في نطاق التعسف في إستعمال الحق، والذي ينفي عن الفعل الصفة المشروعة ليندرج تحت نطاق عدم المشروعية(٨).

ويلاحظ ان مصطلح التعسف لم يجر على لسان الفقهاء القدماء، فالمصطلح متأخر في الأبحاث الفقهية وسبقت إليه الأبحاث القانونية؛ وهذا ما أشار اليه أحد الباحثين في التعسف:

(... أن جذور التعسف تمتد إلى القانون الروماني، ومنه إنتقلت إلى القانون الفرنسي القديم، مؤكداً بأن الشريعة الإسلامية، قد عرفت نظرية التعسف، كنظرية عامة تنصرف إلى كافة الحقوق)(٩).

والواقع أن التعسف وإن لم يعرف في مباحث الفقهاء على ما هو عليه الآن لكنهم بحثوا مصاديقه في ثنايا المسائل المتعددة، ففي المعاملات: كما في منع الإحتكار ومنع بيع الحاضر للباد، وفي المناكحات: كما في تزويج الفتاة من الكفء بغير إذن الولي إن عضلها، وفي السياسات: كما في منع الخليفة عمر التزوج من الكتابيات (١٠) .

وعلل ذلك الأستاذ العيسوي:(ان فقه الشريعة الإسلامية لم يعرف النظريات العامة على النحو المعروف في الفقه الوضعي، وإنما كان الفقهاء يستنبطون الحلول من الحوادث الفردية من واقع الحياة اليومية) (١١).

ومن أبرز تعاريف مفهوم التعسف في الأبحاث المتأخرة في الفقه نذكر منها :

-عرفه أبو سنه:(انه إستعمال الإنسان لحقه على وجه غير مشروع) (١٢)

- وناقش الدكتور فتحي الدريني تعاريفه كلها ونقدها ثم عرفه:(والتعسف أساسه المناقضة بين مقصد الشارع من تشريع الحق، وبين قصد المكلف، صاحب الحق في تصرفه.)(١٣) ويدلنا إلى ذلك قول الشاطبي- من الفقهاء المتقدمين – يقرب مفهوم التعسف بقوله:(إن في الشريعة قواعد عامة تسري على جميع الحقوق، فالمباح يصير غير مباح بمقاصد المستعمل لذلك المباح، فصاحب الحق له أن يستعمل حقه ولكن لابد أن يتساءل في أي غرض؟ والى أي مدى؟وبأية كيفيةٍ؟ فلو إستعمل الشخص حقه المباح له لتحقيق مقاصد غير مشروعة بحيث تصبح نتائج إستعماله لحقه غيرعادلة ومجحفة بحقوق الآخرين،فهو متعسف.لذلك قيل يشترط لممارسة الشخص لحقه وإستيفائه له ملاحظة المقاصد،والنتائج،والطرق لأنها تشكل العناصرالأساسية لمفهوم التعسف من الناحية الفكرية والقانونية).(١٤)

المطلب الثاني /

معايير التعسف في الفقه الإسلامي

إن فكرة التعسف بوجهٍ عام، هي الحياد أو الأنحراف عن الغاية الشرعية للحق

والتي قصدها الشارع من تشريع الحكم. ويترتب على هذا الأنحراف المساءلة والمنع من التصرف. لأن الحقوق في الإسلام مقيدة بما قيدها به الشرع.

وعندما نعود إلى تأصيلها، نرى أن لفقهاء الشريعة الإسلامية تعبير(المضارة من استعمال الحق) والذي يصدق على إساءة استعمال الحق، والقاعدة في الفقه الإسلامي تقضي بأن: (الجواز الشرعي ينافي الضمان) أي: إن من يستعمل حقه إنما يستعمل ما أعطته الشريعة وأجازته فيه بحيث تنفي عنه كل تبعة أو ضمان ينشأ نتيجة استعمال الحق ضمن الحدود والأغراض المحددة له؛وهو ما أخذ به القانون في مواضيع المسئولية التقصيرية والفعل الضار القانوني،أو ما يسمى بمناقضة صاحب الحق للغاية التي وضع لها ذلك الحق؛ لأن فقه الشريعة الإسلامية أعطى مجالاً واسعاً لتطبيق فكرة ونظرية التعسف في استعمال الحق، فأصبحت لها قواعد ثابتة من خلال بعض المعايير التي ترتكز عليها والمتمثلة في:

أ- قصد الإضرار بالغير وهو معيار شخصي يتوصل إليه القاضي من خلال استخلاص نية مستعمل الحق ويعني انه لا يجوز لأي شخص أن يستعمل حقه متقصداً الإضرار بالآخرين؛ على الرغم من وجود الإختلاف بين الفقهاء في الإعتداد بها(١٥).

ب ـ انعدام المنفعة: ويقصد بها خلو الفعل من المصلحة الشرعية التي قصد الشارع تحقيقها من تشريعه للفعل (١٦) وتتحقق إذا كان استعمال الحق لم يحقق أية منفعة لصاحبه وأحدث ضرراً للآخرين.
جـ ـ تحقق ضرر عام فإذا ما استعمل صاحب الحق حقه وأحدث ضرراً للعموم فيعتبر مسيئاً لاستعمال حقه وان كان الاستعمال فيه منفعة لصاحبه ويطلق على هذا الفكرة أو المعيار بفكرة (يتحمل الضرر الخاص بدفع الضرر العام).وهو ما يميز التشريع الإسلامي عن غيره، لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة(١٧)
د- معيار الضرر الفاحش: إذا نتج عن استعمال الحق ضرر فاحش أصاب الآخرين فيكون صاحب الحق مسيئاً في استعمال الحق ولو تحققت له بعض المنافع من وراء هذا الاستعمال؛ فقد قرر الفقهاء المسلمون هذا المعيار لتنسيق المصالح الفردية المتعارضة لا سيما في المعاملات الجوارية.(١٨)
هـ- رجحان كفة الضرر على المنفعة: فإذا تسبب صاحب الحق عند استعماله له بالضرر للغير اكبر من المنفعة التي يرمي إليها يعتبر تعسفاً يجب منعه عنه؛ إمتثالاً لأمر الله تعالى(فاتقوا الله ما استطعتم)(١٩)
والمعايير الأربعة الأخيرة معايير موضوعية ينظر فيها إلى النتائج التي تنجم عن استعمال الحق وليس إلى نية صاحب الحق كما في المعيار الشخصي الأول .
وقد إعتمدت القوانين العربية على هذه المعايير إعتماداً واضحاً، مما أظهر التشابه الكبير بل والتوافق أحياناً بين المعايير الشرعية والمعايير في القانون، فهم وإن اختلفوا في تأصيل الفعل التعسفي، بين مدرج له في باب المسؤولية التقصيرية والفعل الضار (٢٠)، وبين من يرى أنه مناقضة صاحب الحق للغاية التي وضع لها الحق(٢١).
ويلاحظ: إن قيام نظرية التعسف في إستعمال الحق، يعود إلى الطبيعة المزدوجة للحق في الفقه الإسلامي، و مردها نظرة الإسلام المفردة، وأنها تنظر إلى الفرد أنه وحدة إنسانية تعيش في إطار إجتماعي وليس مستقلاً، وهو يرتبط مع غيره من أفرادالمجتمع برباط المصالح المتبادلة.(٢٢) و ينبغي أن يكون هناك مراعاة للحقوق من الطرفين ضمن إطار التكافل هذا من جهة.
ومن جهة ثانية فان لقواعد الأخلاق صلة وثيقة بنظرية التعسف(٢٣)، وهذا أمر يؤكد عليه العلماء المسلمون، لإيمانهم ان مزجاً لا ينفك بين الفقه(القانون الشرعي) والأخلاق وقد ذكر صاحب تفسير الميزان:(...عدم جواز التفرقة بين الأحكام الفقهية والأصول الأخلاقية، والاقتصار في العمل بمجرد الأحكام الفقهية، والجمود على الظواهر والتقشف فيها، فإن في ذلك إبطالاً لمصالح التشريع ،وإقامة لغرض الدين وسعادة الحياة الإنسانية، فإن الإسلام كما مر مراراً دين الفعل دون القول، وشريعة العمل دون الغرض، ولم يبلغ المسلمون ما بلغوا من الانحطاط إلا بالإقتصار على أجساد الأحكام، والإعراض عن روحها وباطن أمرها)(٢٤).
ومن جهةٍ ثالثةٍ: وهو ما أكدنا عليه آنفاً من أن مجالات التعسف في الفقه الإسلامي كثيرة جداً،وهناك الكثير من الاحكام التي يمكن أن تستغل تعسفاً ومنها موضوع البحث .

المطلب الثالث:

الأدلة الشرعية في تحريم التعسف :

نستعرض في هذا المطلب أهم الأدلة الشرعية والقواعد الفقهية التي يثبت من خلالها منع التعسف في إستعمال الحق، لمناقضته لقصد الشارع من تشريع الحكم نذكر منها بما يلاءم هذا البحث باختصار.

أولاً: القرآن الكريم

(أ)- قوله تعالى:(والذين اتخذوا مسجداً ضراراً وكفراً وتفريقاً بين المؤمنين وأرصادا لمن حارب الله ورسوله من قبل وليحلفن إن أردنا إلا الحسنى والله يشهد إنهم لكاذبون لا تقم فيه أبداً لمسجدٌ أسس على التقوى من أول يومٍ أحق أن تقوم فيه)(٢٥). وجه الدلالة: إن إقامة المساجد للصلاة فيها من الواجبات ، إلا أنه لما كان القصد من الإقامة الضرر بأهل مسجد النبي عليه الصلاة والسلام ليقل الجمع فيه ،أمر الله النبي بعدم الصلاة فيه معاملة للمنافقين بنقض قصدهم ، فالباعث على إقامة مسجد ضرار غير مشروع ، وهذه مضادة لقصد الشارع والمضادة تعسف ، فيبطل التصرف، لذا أمر الله تعالى بعدم القيام فيه (٢٦).
(ب)- قوله تعالى:(ولا يضار كاتبٌ ولا شهيدٌ)(٢٧).
إن الله تعالى نهى الكاتب والشاهد عن المضارة (بأن يعجلا عن مهم، ونهى المدين عن الإضرار بهما(بأن يدعوا الشاهد إلى إثبات الشهادة وإقامتها في حال عذر أو يضيق على الكاتب فيدعوه إلى الكتابة في وقت لا يتفرغ فيه)(٢٨).

ثانياً: السنة النبوية

حديث الضرر المتقدم ومن سبب نزوله تظهر حرمة التصرف الضرري عموماً،بدلالة (لا) النافية للجنس،ومما لا شك فيه أن وقوع النكرة في سياق النفي أو النهي يدل على عموم السلب لجميع أفراد النكرة ، لأن عدم الطبيعة إنما يكون بعدم جميع أفرادها

فقد نقل في قصة سمرة ، منها موثوقة زرارة ، عن أبي جعفر (ع):(إن سمرة بن جندب كان له عذق في حائط لرجل من الأنصار، وكان منزل الأنصاري بباب البستان، وكان سمرة يمر إلى نخلته ولا يستأذن، فكلمه الأنصاري أن يستأذن إذا جاء فأبى سمرة، فجاء الأنصاري إلى النبي (ص) فشكى إليه، فأخبر بالخبر، فأرسل رسول الله وأخبره بقول الأنصاري وما شكاه، فقال :إذا أردت الدخول فاستأذن، فأبى،فساومه حتى بلغ من الثمن ما شاء الله، فأبى أن يبيعه،(٢٩). فقال:لك بها عذق في الجنة، فأبى أن يقبل، فقال رسول الله (ص) للأنصاري: اذهب فاقلعها وارم بها إليه، فإنه لا ضرر ولا ضرار) (٣٠).

ثالثاً: القواعد الفقهية

و من القواعد الفقهية التي يتمسك بها جمهور الفقهاء في أبحاثهم نذكر قاعدة واحدة وقد ذكرت في القانون المدني العراقي أيضاً وهي:

- قاعدة درء المفاسد مقدم على جلب المنافع:(٣١)

إذ المنافع والمفاسد مختلطة في الأفعال، والمصالح المحضة قليلة ، والمفاسد المحضة قليلة،والأكثر منها ما اشتمل على المصالح والمفاسد(٣٢)

وإذا اجتمعت مصالح ومفاسد: فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد فعلنا ذلك، وإن تعذر الدرء والتحصيل: إن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة و لا نبالي بفوات المصلحة.(٣٣)

وقد يصار إلى الحكم بالتعويض عند العجز عن إزالة الضرر، تبعا لتحقيق ربط الضرر بالنوايا بواسطة الأدلة الكافية (لان الأصل في الضمان أو التعويض المالي في الشريعة الإسلامية انه لجبر الضرر وليس للعقوبة.)(٣٤) وما يسببه الطلاق التعسفي ليس الأضرار المادية فحسب، لان الضرر المعنوي الذي يتركه الطلاق هو اكبر و أكثر إضرارا ولا يمكن جبره مهما كان التعويض.

المطلب الرابع

الجزاء الشرعي للتعسف

لما كان لسوء النية والتحايل لتحصيل المفاسد والإضرار،هما أكثر أسباب التعسف ،لذا وجب على القاضي أن تكون له خبرة واسعة بقرائن الأحوال وفقه نافذ بأحوال الناس الاجتماعية (٣٥). وبما أن الأصل في جزاء التعسف – بأعتباره نية باطنة- فمن الصعب وضع حكماً دنيويا عليه بواسطة القضاء على السرائر التي لا يعلمها إلا الله ،لذلك فأن جزاءه هو جزاء أخروي ،لارتباطه بالمقاصد والأغراض التي يصعب الوقوف عليها وإثباتها، وذلك يتطلب توجيه النفوس إلى ضرورة العمل بأحكام الدين وإتباع أوامر الله تعالى واجتناب نواهيه لما يتولد عنها من مراقبة الله في السر والعلن أو الالتزام بما أمر.(٣٦)

قد يشكل على ان الضرر المعنوي ليس مالا، فلا يمكن تعويضه بمال وانه يتعذر وزن قيمته ..لكن الشريعة جاءت بتعويض ما ليس بمال: كالدية ومهر المثل وبدل الخلع(٣٧).

وعليه فلا مانع من تقدير الضرر المعنوي والتعويض عنه، و كما سبق وان ذكرنا ان مجالات التعسف أمور غير واضحة للعيان، لان اغلبها يعود إلى أمور نفسية، وهذا يؤدي إلى صعوبة تحديد الضابط في معرفة التعسف، كمعيار يهتدي به القاضي، ولكن يمكن ان نذكر بعض المعايير للتعسف والتي يمكن الاستهداء بها:

(أ)- أن يتصرف الزوج تصرفا مباحا أو مكروها أو مندوبا لكنه يقصد به الإضرار بزوجته أو بأهلها ، كمن تزوج إضرارا بزوجته الأولى ويترك زوجته الأولى كالمعلقة، فالعنوان الاولي في مثل هذه الأمور الجواز، إلا إنها حصلت لأغراض الإضرار. وجزاء هذا النمط من التعسف بعد ثبوت إرادة الضرر في استخدام الحق ان يردعه القاضي (من خلال بعض القرائن المقدمة)، بالإضافة إلى العقاب والمؤاخذة عند الله تعالى .

ب – ان يقصد تحقيق مصلحة مشروعة أو دفع ضرر عن نفسه إلا ان ذلك ينتج عنه ضررا أعظم من المصلحة المجلوبة أو الضرر المدفوع ، كالاحتكار وهو أيضا كمن طلق زوجته لرغبة زوجة أخرى فله مصلحة ولكن ينتج عنها ضرر بالغير .

ج- ان يستعمل حقه بما لم يتعارف عليه بين الناس كمن سقى زرعه بشكل غير معتاد فأتلف زرع جاره وهو بذلك قد أثم وعليه الضمان.

د- فيمن أوقع نفسه في موضع يترتب على عدم احتراسه إضرار قطعا ، وهو كمن أراد ان يصيد طيرا فطاش سهمه وأصاب إنسانا أو من استعمل في الدفاع الشرعي سلاحا لا تدعو إليه الضرورة.(٣٨)

والسبب في ذلك يعود إلى أن مآلات الأفعال معتبرة في الشريعة للحكم على الأفعال جوازا أو حرمة بحسب النص أو المآل فبيع السلاح جائز لكنه إذا بيع إلى أهل الفتنة انقلب حراما والكذب لوحده حرام لكنه لو استخدم لإصلاح ذات البين صار جائزا، والطلاق لوحده مباح أو مكروه لكنه إذا كان تحت قصد الإضرار تحول لحرمة القصد لاسيما إذا كان قصده غير مشروع، كما لو طلب من زوجته أمرا محرما فلم تجبه فطلقها أو طلقها في ظروف يشتبه الناس انه طلقها لمس في عفتها فهذا كله مع القصد لا يخلو من حكم التحريم. وترتكز فكرة تحريم التعسف على الخطأ التقصيري مما كان الفقهاء يطلق عليها التعدي والتفريط ،لكنه في مجال الطلاق التعسفي يكون التعدي أو التفريط ما يسبب أضراراً معنوية (٣٩).

وعليه ففي ما ذكرناه : ان المعيار الأول مبني على حرمة قصد الضرر، ويكشف التعسف من خلال ملاحظة الأضرار غير الاعتيادية الناتجة عن طلاق تعسفي.

والثاني فلعدم الموازنة بين مصلحة الزوج والمضرة الحاصلة للمطلقة، والثالث مبني على مخالفة عرف العقلاء،والرابع على عدم الاحتراس فيما يجب مراعاته .

ومن ذلك نرى أن المعايير المذكورة مبنية على أساس فلسفي وهو ان حق الفرد (الحق الشخصي) في الشريعة لا يمكن إن يكون حقا خاصا محضا، وإنما للمجتمع حصة في حقوقه ويلزمه مراعاته ،لكن لا يلحق الخصوص مضرة لا تنجبر.(٤٠)

ونلحظ من أنواع الجزاء المختلفة على إساءة الشخص استعمال حقه ، نلحظ محاولة الإسلام الدائمة لدفع الشخص للتصرف في إطار حقه الموضوعي ،جلباً للمصلحة دون إساءةٍ ولا مجاوزةٍ؛ وان الجزاء الدنيوي مع تنوعه، قد لا يردع ما لم يكن الرادع الجزاء الأخروي ومراقبة الله عز وجل وهي الميزة التي تميزت بها القوانين الإسلامية على القوانين الوضعية.

وإذا اجتمعت مصالح ومفاسد: فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد فعلنا ذلك، وإن تعذر الدرء والتحصيل: إن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة و لا نبالي بفوات المصلحة.(٤١)

وقد يصار إلى الحكم بالتعويض عند العجز عن إزالة الضرر، تبعا لتحقيق ربط الضرر بالنوايا بواسطة الأدلة الكافية (لان الأصل في الضمان أو التعويض المالي في الشريعة الإسلامية انه لجبر الضرر وليس للعقوبة.)(٤٢)، وما يسببه الطلاق التعسفي ليس الأضرار المادية فحسب، لان الضرر المعنوي الذي يتركه الطلاق مما لا يمكن جبره مهما كان التعويض.

المطلب الخامس

التعسف في القانون المدني العراقي:

لقد تناول القانونيون موضوع التعسف في استعمال الحق دراسةً وبحثاً، واستعانوا في كثير من الأحيان بالتطبيقات العملية التي أوردها الفقهاء المسلمون ،وهم وإن اختلفوا في تأصيل الفعل التعسفي ،بين مدرج له في باب المسؤولية التقصيرية والفعل الضار؛(٤٣) وبين ناظرٍ له من خلال مناقضة صاحب الحق الغاية التي وضع لها الحق من ناحية قانونية (٤٤) إلا أنهم يرون أن لابد من وضع ضوابط للفعل التعسفي كما في الشريعة الإسلامية، في محاولة لتحديد مفهومه وصوره وفروعه، حتى يتمكن القاضي من الحكم على الوقائع المختلفة التي تعرض له في المنازعات . وقد أولى القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ، اهتماماً كبيراً لهذه النظرية ، قاصداً بذلك أن يجعل منها نظرية عامة تنطبق على جميع الحقوق شخصية أو عينية أو أموالاً معنوية ، وهي الحقوق التي ترد على شيء غير مادي ، حيث اعتبر إساءة الإستعمال خطأً تقصيرياً يلتزم من صدر منه بتعويض الضرر الناشئ عنه ؛ فصاحب الحق طالما استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا تترتب عليه أية مسؤولية (٤٥)

والمشرع العراقي بعد أن ساق المادة ٦ في الباب التمهيدي من القانون المدني ، والتي قضت بمايلي:(الجواز الشرعي ينافي الضمان) فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ على ذلك من الضرر؛عالج نظرية إساءة استعمال الحق في المادة (٤٦) من القانون فنص فيها على حكم عام، هو الضمان على من يستعمل حقه استعمالاً غير جائز، ثم عدد الحالات التي يكون فيها استعمال الحق غير جائز ،ولذا فالضمان يكون في ثلاث حالات وهي:

١- من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان.

٢- ويصبح إستعمال الحق غير جائز في الأحوال الآتية :

(أ)- إذا لم يقصد بهذا الإستعمال سوى الإضرار بالغير .

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

(ج)- إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الإستعمال إلى تحقيقها غير مشروعة .

والملاحظ أننا نجد أن المشرع العراقي قد تبع في تشريعه للضمان طبق الفقرة (٣) من المادة (٥) من القانون المدني المصري: يكون إستعمال الحق غير مشروع في الأحوال التالية:

١- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

٢- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

٣- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.

أما في الفقه الإسلامي ويراد به المسؤولية المدنية، والمسؤولية المترتبة على الإستعمال الغير جائز للحق،وهي المسؤولية التقصيرية، والتعبير الدقيق لها في الفقه الإسلامي،هو ضمان الفعل، (٤٧)

وتبع المشرع العراقي في تشريعه لهذه المادة على القانون المصري، وهذا ما سلكته الدول العربية في تشريعاتها للقوانين المدنية وغيرها، لسبقه وعراقته في تشريع القوانين.(٤٨)، هذا من جهةٍ؛ ومن جهةٍ أخرى،

أن نظرية التعسف متفرعة عن نظرية الحق في الشريعة الإسلامية الواسعة النطاق والمضبوطة في فروعه ،فالفقهاء يعبرون عنها تعبير (المضارة من استعمال الحق) على إساءة استعمال الحق ، ويرون أنه :(تعبير قرآني ، وهو أدق من مصطلح التعسف ، لأن التعسف يتحقق إذا ترتب على استعمال الحق ضرر مقصود للغير ، أو كانت الفائدة التي تنال صاحب الحق قليلة بالنسبة للضرر اللاحق بالغير، مؤكداً أن الحق والتعسف هما نقيضان لا يجتمعان.) (٤٩)، والقاعدة في الفقه الإسلامي تقضي بأن (الجواز الشرعي ينافي الضمان) أي أن من يستعمل حقه إنما يستعمل ما أعطته الشريعة وأجازته له ، وهذا ما يزيل عنه كل تبعة أو ضمان ينشأ نتيجة استعمال الحق ضمن الحدود والأغراض المحددة له وكما ذكر أحد الباحثين أن الحقوق في الشريعة الإسلامية تثبت مقيدة بعدم الضرر (٥٠) .وقد يحدث أن يتضرر الآخرون من جراء استعمال الحق كأن يكون الإستعمال بنية الأضرار بالآخرين أو تكون المصلحة المراد تحقيقها من استعمال الحق محرمة شرعاً لذلك قيد الفقهاء المسلمون استعمال الحق في مثل هذه الحالات حيث أوجهوا تقييد إذا أسيء استعمال الحق وخرجت عن الأغراض المقدرة لها ؛ فأساس الحقوق مقيد بعدم الإضرار بالآخرين لقوله تعالى (..ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين)(٥١) فمثلاً من تتبع الأمثلة التطبيقية في كتب الفقه يعلم أن هناك إجماع على منع الإضرار بالجار ضررا فاحشاً (٥٢). الفقه الإسلامي هو الفقه المشبع بروح دينية سامية تنهي عن التعسف وتأمر بالرفق والإحسان ، وهذه النظرية لها جذور في الماضي وما لبثت أن استقرت في العصر الحاضر وثبت عليها القضاء فالشريعة الإسلامية قد عرفت نظرية التعسف كنظرية عامة تنصرف الى كافة الحقوق وهو ما أكده القرآن الكريم أيضاً في أكثر من موضع (٥٣)

المبحث الثاني
الطلاق التعسفي

في هذا المبحث سوف نبحث فى ماهية الطلاق التعسفي، وصوره، وقيوده في الفقه الإسلامي والقانون، وذلك في خمسة مطالب منها:

المطلب الأول/ مفهوم الطلاق

اولاً:الطلاق لغةً:الطلاق هو:رفع القيد مطلقا حسياً كان أو معنوياً، فمن الحسي قولهم:أطلق الرجل البعير، إذا رفع القيد عنه، ومن المعنوي قولهم:طلّق الرجل امرأته، إذا رفع القيد الثابت بعقد النكاح.(٥٤) ثانياً:معنى الطلاق في الفقه الإسلامي:

عرف بأنه:إزالة قيد النكاح بغير عوض بصيغة طالق.(٥٥) وهو كما نرى جاء مطابقاً للتعريف اللغوي ؛وقد اتفقت تعاريف الفقهاء للطلاق على أنه رفع قيد النكاح وحله ،سواء أوقع بألفاظ صريحة أو إشارة.(٥٦) ولا تحل المطلقة لزوجها إذا انتهت عدة الطلاق دون رجعة إلا بعقد ومهر جديدين . وأخذ بهذا التعريف قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ في المادة ٣٤ منه على ان: الطلاق هو رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو من الزوجة إن وكلت به أو فوضت،أو حصل من القاضي عند تعذر إستمرار الحياة الزوجية). وقد نظم الفقه والقانون عملية الطلاق والتفريق في مجموعة من الاحكام وبناءاً على منطوق ودلاله الحديث النبوي الشريف:(ابغض الحلال عند الله الطلاق)(٥٧) فالطلاق في وضعه الأصلي مبغوض من الله.وأنه مما يهتز له العرش،فقد روي عن الإمام الصادق(ع)أنه قال:(تزوجوا ولا تطلقوا فإن الطلاق يهتز منه العرش)(٥٨) .

وعلل السيد فضل الله ذلك:(...لان فيه تعبير عن مدى خطره على استقرار الأسرة واخلاله بوظيفتها،من حيث أن العرش هو موقع إدارة رمزي الوجود وتنظيم أموره،فيهتز لكل خلل يحدث في الحياة؛المكروه من ا لطلاق ما يكون لغير ضرورة تفرضه).(٥٩) فإن أوقع الرجل الطلاق دون سبب معقول أو حاجةٍ ماسةٍ، فهو تفريط في مقتضى الميثاق من الوفاء وتفريط في بناء الأسرة، ومعلوم أن بناء الأسرة مقصد شرعي.

وكون الطلاق في الأصل إيقاعاً يصدره الزوج بإرادته المنفردة ، فيمكن أن يوقعه طبيعياً وسليماً، ويمكن أن يوقعه متعسفاً ، والتعسف إذا حصل بالأدلة فإن القانون قبل تعديل عام ١٩٨٥ لم يتعرض إلى الطلاق التعسفي ،إلا أنه أدخل في قانون الأحوال الشخصية بالتعديل المرقم ٥١ لسنة ١٩٨٥ والمنشور في الوقائع العراقية عدد ٣٠٥٢ في ٧/١/ ١٩٨٥ ، وجرى العمل به منذ ذلك التاريخ، وهو ما سنبينه لا حقاً.

المطلب الثاني:

الطلاق التعسفي في قانون الأحوال الشخصية العراقي

أما الطلاق التعسفي فهو الطلاق الذي يقع من الزوج بالمفهوم العام للطلاق، ولكن إيقاعه دون سبب معقول يبرر، وبدون سوء تصرف من الزوجة وبدون طلبها أو رضاها وإنما يقع لمجرد قصد الإضرار بالزوجة وهنا يعتبر الزوج متعسفاً في استعمال حق الطلاق ويتحمل النتائج المترتبة عليه شرعاً وقانوناً. واغلب قوانين الدول العربية تكاد تخلو نصوصها من وضع تعريف للطلاق التعسفي ولكنها أوردت بعض المعايير والأسس التي تقوم عليها ونصت في ثنايا موادها القانونية على شروط تحققه وكيفية تقدير التعويض عنه في حالة ثبوت تعسف الزوج.

وقانون الأحوال الشخصية العراقي المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل اخذ بفكرة التعسف في استعمال حق الطلاق وذلك في القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٥ قانون تعديل قانون الأحوال الشخصية حيث جاء في الأسباب الموجبة لتشريعه انه حماية للزوجة المطلقة من تعسف زوجها في إيقاع الطلاق لما يلحق بهم من ضرر ينجم عن هذا الطلاق دون سبب من الزوجة إذ يعد الزوج في هذه الأحوال متعسفاً في استعمال حق الطلاق وهذا التعسف أو الإساءة في استعمال الحق يجيز للقضاء التدخل من اجل حماية الزوجة التي أصابها الضرر وتعويضها عن ذلك باعتبار إن حق الطلاق يخضع لأشراف القضاء. وقد أورد القانون المذكور حالة التعسف في استعمال حق الطلاق حيث جاء في القانون (٣/٣٩) منه:(إذا طلق الزوج زوجته وتبين للمحكمة أن الزوج متعسف في طلاقها وان الزوجة أصابها ضرر من جراء ذلك تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويض يتناسب وحالته المادية ودرجة تعسفه يقدر جملة على أن لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة الأخرى). ويظهر من هذا النص أن المشرع العراقي وضع بعض الضوابط والمعايير؛ لتحديد حالة التعسف وحسب سلطة المحكمة التقديرية، ومن خلال وقائع الدعوى المنظورة، وبناءاً على طلب الزوجة المطلقة التي أصابها الضرر بسبب الطلاق.

وأخذت بعض القوانين العربية [٦١]. بهذه الفكرة من حيث التعسف والتعويض ووضعت حكم لها على مطلقها بالتعويض الذي يراه مناسباً بشرط أن لا يتجاوز نفقتها على سنة ويدفع هذا التعويض جملة أو تقسيطاً حسب مقتضى الحال ويراعى في ذلك الزوج يسراً وعسراً ولا يؤثر ذلك على باقي الحقوق الزوجية الأخرى للمطلقة بما فيها نفقة العدة).

ولابد من الإشارة الى بعض الأسس والمعايير المتفق عليها والدالة على التعسف، والمدى الذي بموجبه تستحق المطلقة للتعويض، واغلب هذه المعايير متفق عليها بين البلاد العربية بعض الاختلافات البسيطة في تحديد مقدار التعويض الذي تستحقه المطلقة وكيفية تقديره وتسديده نذكر منها: مشروع قانون الأحوال الشخصية العربي الموحد فقد اخذ بفكرة الطلاق التعسفي حيث نصت المادة (٩٧/ب) منه على أن:(للمطلقة طلب التعويض إذا تعسف المطلق في استعمال حقه في الطلاق ويقدره القاضي بما لا يزيد على نفقة ثلاث سنين)،وجاء في الفقرة (أ) من المادة ذاتها على انه:(تستحق المطلقة المدخول بها المتعة حسب يسر المطلق وحال المطلقة). والمتفق عليه هو أن القانون العراقي والسوري والأردني جاءت نصوصها مطابقة بالنسبة لمعايير الطلاق التعسفي، سواء كان الطلاق قبل الدخول أم بعده وهذا هو مذهب الظاهرية؛ [٦٢] الذين استندوا على عمومية الآية الكريمة (وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين)، بينما القانون المصري ومشروع قانون الأحوال الشخصية العربي الموحد نص على حالة طلاق الزوجة المدخول بها فقط،حيث يعتبر الطلاق تعسفي، أما غير المدخول بها فلا يعتبر مطلقها متعسفاً وان توافرت الشروط اللازمة له. ونرى إن ما تبناه القانون العراقي والقوانين العربية المشابهة هو الراجح، لأنه قد تصاب الزوجة المطلقة غير المدخول بها بالضرر نفسه الذي تصاب به المطلقة المدخول بها، وقد يكون ضرراً مادياً أو أدبيا مؤثراً على سمعة وشرف الزوجة التي تطلق قبل الدخول بها دون سبب مقنع مما يؤدي إلى تشويه سمعتها، فالضرر الذي يصيبها لا يختلف عن الضرر الذي يصيب المطلقة المدخول بها بل قد يكون اشد منه في بعض الأحيان. أما بالنسبة للشروط والمعايير فأن القانون العراقي لم يختلف عن القوانين العربية الأخرى خصوصاً فيما يتعلق بوقوع الطلاق دون سبب أو دون تقصير من الزوجة وان لا يكون بطلبها أو رضاها وان يصيبها ضرر عن جراء الطلاق.

المطلب الثالث

صورة التعسف في الطلاق في الشريعة والقانون

لتحديد صور التعسف في الطلاق، لابد لنا من إلقاء نظرة سريعة وموجزة على بعض هذه الصور وذلك في فرعين/ أحدهما يكون خاصاً في القانون ومقارنته مع بقية القوانين العربية، والثاني في الشريعة الإسلامية

الفرع الأول: صورة الطلاق التعسفي في قانون الأحوال الشخصية العراقي: قانون الأحوال الشخصية العراقي كبقية القوانين والتشريعات العربية التي اكتفت بذكر المعايير التي يمكن بها،تحديد ما إذا كان الطلاق قد استعمل بتعسف من الزوج أم لا؛ وبناءً على ذلك لا يمكن تحديد صوراً أو حالاتٍ للطلاق التعسفي على سبيل الحصر، لان في ذلك صعوبةً؛وذلك يعود الى اختلاف الأعراف والتقاليد الاجتماعية من مكانٍ لأخر،من الأشخاص من يعتبر أن مجرد خروج زوجاتهم خارج البيت دون إذنهم،إهانة لهم ولمشاعرهم ومساساً بعقيدتهم الدينية والأخلاقية، فيكون ذلك مدعاة إلى إيقاع الطلاق على زوجاتهم ومن وجهة نظرهم، انهم لم يتعسفوا في إيقاع الطلاق، بل كان لابد منه. وقد تكون تلك الحالات مثل تلك الحالات بالنسبة لأشخاص آخرين، فأنها لا تثير فيهم أي إحساس ولا يعتبرونها مساساً لمشاعرهم وفق نشأتهم الاجتماعية وعاداتهم وأخلاقهم، ولا يعتبرون من لديهم سبباً مشروعاً لإيقاع الطلاق، وإذا ما وقع الطلاق من هذه الفئة من الأزواج، فهل يعتبرون متعسفين في استعمال هذا الطلاق؟ ونجمل بعض صور الطلاق التعسفي على سبيل المثال لا الحصر، من خلال التطبيقات القضائية لنص الفقرة الثالثة من المادة التاسعة والثلاثين ومنها:

أولاً. دعاوى تصديق الطلاق الواقع خارج المحكمة:

فعندما يقوم الزوج بإيقاع الطلاق على زوجته خارج المحكمة سواء أمام رجل الدين أو الشهود أو بدونهم وسواء كانت الزوجة حاضرة مجلس الطلاق أم لا، ويقع الطلاق دون موافقة الزوجة، وليس بناء على طلبها وتصاب بالضرر المادي أو الأدبي من جرائه، فعندما تقام دعوى أمام محاكم الأحوال الشخصية لتصديق الطلاق من قبل الزوج أو الزوجة فالمحكمة في مثل هذه الحالات تفترض تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق، ما لم يثبت الزوج أن الطلاق وقع بناء على سبب يبرر إيقاعه، فإذا اثبت ذلك السبب للمحكمة واقتنعت به، فستنتفي عن الزوج حالة التعسف.لان اعتبار الطلاق الواقع خارج المحكمة طلاقاً تعسفياً ليس قاعدة عامة؛ فهو وان صح في بعض الحالات[٦٣] فقد لا يصح ذلك في الحالات الأخرى[٦٤] فليس كل الطلاق خارج المحكمة هو طلاق تعسفي فقد يطلق الزوج زوجته خارج المحكمة ولديه من الأسباب ما يكفي لإيقاع الطلاق على زوجته، ولكنه يرى إن المصلحة تقتضي أن لا يطرح الموضوع على القضاء، خاصة وان بعض الأسباب تتعلق بالقيم الأخلاقية التي يتوجب كتمانها وعدم الكشف عنها حفاظاً على كرامة الإنسان.

هناك قرار تمييزي (غير منشور) برقم ١٠٥١ (شخصية) /١٩٩١ في ١٩٩٦/٨/٤ جاء مخالفاً لقرار التمييزي السابق الذكر، حيث انه نقض الحكم الصادر من محكمة الأحوال الشخصية في الكرخ المرقم ٣٣١/ش/١٩٩٦ في ١٩٩٦/١/٢٨ من جهة التعويض عن الطلاق التعسفي لان المحكمة المذكورة لم تحكم بالتعويض للمدعى عليها طبقاً للمادة (٣/٣٩) أحوال شخصية وان وقائع الدعوى تبين أن المدعى عليها التي طلبت الطلاق وأقامت شاهدين خارج المحكمة وأقيمت الدعوى لتصديق الطلاق بناء على طلب المدعي ويستنتج من هذا القرار انه يجوز الحكم للزوجة بالتعويض عن الطلاق التعسفي حتى إذا كانت هي التي طلبت الطلاق بينما القرار التمييزي السابق المرقم ٢٤٢٦/شخصية /٩٦ في ١٩٩٦/٨/١١ لم يجيز الحكم للزوجة بالتعويض، إذا كانت قد طلبت الطلاق من زوجها.

ثانياً:- إصرار الزوج على الطلاق/

في هذه الصورة قد يحصل أن يقيم الزوج دعوى الطلاق أمام المحكمة المختصة وعند التحقيق يظهر أن الزوج هو المقصر ولكنه يصر على الطلاق رغم ذلك بواسطة المحكمة خصوصاً إذا كانت الزوجة متمسكة بالرابطة الزوجية(٦٥).

ثالثاً:- مفاجأة الزوج للمحكمة وإيقاعه الطلاق. يحصل أن تنظر المحكمة في دعوى الطلاق وفي خلال الإجراءات وقبل أن تتم المحكمة تحقيقاتها حول موضوع الدعوى يقوم الزوج بمفاجأة المحكمة ويتلفظ بلفظ الطلاق على زوجته سواء كانت حاضرة المجلس أم لا خصوصاً وان الزوجة ترفض الطلاق أو التفريق(٦٦).

وهناك من يرى وجوب شمول الزوجة أيضاً بالتعسف في إستعمال الحق إذا كانت موكلة به وأساءت استعماله بتطليق نفسها من زوجها دون سبب وإنما بقصد الإضرار بالزوج فعليها التعويض أيضاً (٦٧) .

وهو ما نروم أن يحققه لنا المشرع العراقي على الرغم من أن الزوج هو الذي فوض زوجته في تطليق نفسها متى شاءت ولو بدون موافقته.

الفرع الثاني / صور الطلاق التعسفي في الفقه الإسلامي

أجمع الفقهاء المسلمين ومنذ نشوء الدولة الإسلامية ، انه للرجل حق تطليق زوجته إذا كان لديه سبب يصح شرعاً لإيقاع الطلاق من أجل الخلاص من الحياة الزوجية التي لا مناص من إنهائها؛ بيد إن هذا الإجماع على منح الرجل حق إيقاع الطلاق على زوجته ليس مطلقاً، دون ضوابط أو شروط لأن هذا الحق يقيد بالضرورة القصوى والحاجة الملحة.

ومن المعلوم إن الشريعة الإسلامية الغراء لم تجز الطلاق لمجرد رغبة الزوج في الخلاص من الزوجة، وانها أوجبت معاشرة الأزواج بالحسنى، وعدم التساهل في أمور الطلاق دون حاجة ملحة أو ضرورة ، فإنه يكون إثماً ديانة، ويترتب في ذمته حق الزوجة وهو تعويضها مالياً، لجبر خاطرها، إضافة إلى حقوقها الشرعية الأخرى الثابتة لها، حيث ان التعويض المالي أو ما يسمى بـ (المتعة) في الفقه الإسلامي لا يعطل استحقاقاتها الأخرى المترتبة عن عقد الزواج، كنفقة العدة ومؤجل الصداق وحق السكن في دار الزوجية (٦٨).

اختلف الفقهاء في حكم الطلاق التعسفي وهو ما يعرف عندهم بـ (الطلاق بلا سبب موجب) مع استقامة حال الزوجين على قولين:

أحدهما: أنه محرم إذا كان لغير حاجة – ونسب الرأي للإمام أحمد.(٦٩)ولم يقل به أحد من الفقهاء . ثانيهما: و مشهور الحنابلة أنه مكروه. (٧٠) والأمامية ايضاً ،وقد جاء في تعريفه: (وهو الطلاق مع إلتيام الأخلاق :أي أخلاق الزوجين، فإنه ما من شيءٍ مما أحله الله تعالى أبغض إليه من الطلاق. وذلك حيث لا موجب له)(٧١)،

وقد ذكر الشيخ الطبرسي عن أبي جعفر(ع) قال: قال رسول الله (ص):(أوصاني جبريل(ع) بالمرأة حتى ظننت أنه لا ينبغي طلاقها إلا من فاحشة بينة.)(٧٢)

فعلى الرغم من أن روايات الطلاق وإن اشتملت على أدوات النهي، لكن لم يقل واحد من الفقهاء بحرمته،إلا فيما ذكرنا نظراً إلى أن النهي في غير العبادة لا يفسد المعاملة.(٧٣) ولكن مرتكب النهي يأثم. وفي القول بكراهيته، حكمة وعدالة؛ لم يحرِم الطلاق رغم مبغوضيته، وذلك ليس لأجل المرأة، بحيث لو رضيت أو أرضيت هي وأهلها ، لما كان مبغوضاً، رغم انه قد يؤدي إلى أضرار جسيمة على المرأة من فقدانها للمعيل بعد أن كانت نفقتها على زوجها، وأصبحت فرصة زواجها مرةً أخرى ضئيلة ؛ وقد تعاني آثار نفسية قد تنقلب إلى آثار سلوكية، بالإضافة إلى النظرة الاجتماعية المجحفة في حق المطلقة ، إلا ان الطلاق يبقى كالنكاح في ان أساس كل منهما العلاقة الإنسانية، فإذا كره احدهما الآخر وعزفا عن الاستمرار فلهما أن ينفصلا حيث يصعب التعايش .

المطلب الرابع

ما هو الأصل في الطلاق:

اختلف الفقهاء في طبيعة الطلاق وهل الأصل فيه الإباحة أم الحظر، لإختلافهم في تفسير الآيات الكريمة التي نصت على كيفية إيقاع الطلاق وهيئته الشرعية . فهل الأصل الإباحة أم الحظر أم أنه محظور ولا يباح إلا للضرورة؟ يرى قسم من الفقهاء أن الأصل في الطلاق الإباحة،ويرى البعض الأخر أن الأصل فيه الحظر ولا يباح إلا لعذر مشروع ووجود مصلحة تستوجب إيقاعه، بينما يرى فريق ثالث إن حق الطلاق هو كما في الحقوق يخضع لإشراف القضاء، وتبعا للآراء اختلفوا في مدى استعمال الرجل حق الطلاق، وهل هو مقيد أم مطلق؟ وذلك ما يصح أن يكون أساساً للكشف عن التعسف وعقوبته وهذا ما سنبحثه في الفروع الثلاثة آلاتية:

الفرع الأول:

الأصل في الطلاق الإباحة:

الإباحة هو ما كان المكلف يخير بين فعل الشيء وتركه، وأصحاب هذا الاتجاه [٧٤] يقولون إن الله سبحانه وتعالى جعل الطلاق بيد الرجل يوقعه بمليء إرادته وحده، وهو حر في استعمال هذا الحق وبأي وقت شاء، دون أن تترتب عليه أية مسؤولية، وبالتالي فأن الرجل المطلق وفق هذا الاتجاه لا يلزم بالتعويض؛ طالما انه استعمل حقاً من حقوقه .(وهو ما لا يعرف عند الامامية، فلا يقع الطلاق مباحاً.(٧٥)

واستدل أصحاب هذا الاتجاه بعدة آيات منها الآية الكريمة: (ولا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة)[٧٦]. فقالوا إن نفي الإثم ورفع الجناح دليل على الإباحة لان نفي الجناح معناه نفي الإثم، وذلك يقتضي إباحة الطلاق[٧٧].

وفي جوابه عن استيضاح ألأصل في الطلاق ذكر السيد فضل الله : ان الطلاق مباح لكنه مكروه .(٧٨) واستدلوا بما روي أن النبي (ص) طلق حفصة ثم راجعها . والنبي(ص) لا يفعل فعلاً محظوراً. (٧٩) والقضاء في بعض الدول العربية سار بهذا الاتجاه عندما اعتبر حق الطلاق من الحقوق المطلقة للزوج ولا يتحمل أية تبعة، أو ضمان فيما لو طلق زوجته ولو بدون سبب، لأنه يستعمل حقاً من حقوقه المباحة[٨٠].

الفرع الثاني:

الأصل في الطلاق الحظر الديانى:

وبحسب هذا الاتجاه إن الأصل في الطلاق الحظر (المنع)، وهذا الحظر هو حظر ديانى و قضائي، فالزوج ابتداءاً يمتلك حق الطلاق، ولكنه إذا طلق زوجته دون سبب فأنه يكون آثم ديانة، والقاضي لا يستطيع أن يمنعه من إيقاعه، أو يتدخل فيه إذ قد يشعر الزوج في قرارة نفسه بعدم الميل لزوجته وهذا جانب نفسي ومتروك لضمير الزوج ، فالقاضي لا يمتلك أن يتدخل لمعرفة الأسباب، حرصاً على سمعة الأسرة وخاصة في مسالة الطلاق من هتك أسرار لا يجوز التعرض لها ، فأن الأصل إذن وفق ما تقدم إن الطلاق محظور ولا يباح إلا لحاجة؛

وهذه الحاجة تختلف نسبياً من زوج لأخر، فقد تكون نفسية أو مرضية أو أي دافع أخر لا يستطيع الزوج الاستمرار في الحياة الزوجية، وقد تكون هذه الحاجة مما يجب ستره وكتمانه ولا يجوز إعلانه بين الناس و القضاء، واذا ما وجدت هذه الحاجة و وقع الطلاق على أساسها، فليس صحيحاً فرض التعويض على الزوج المطلق[٨١]. واستدل أصحاب هذا الاتجاه[٨٢]. بآيات الله البينات؛ ومنها:

قوله تعالى:(فأن أطعنكم فلا تبتغوا عليهن سبيلا إن الله كان علياً كبيرا)[٨٣]. وقوله تعالى:(عاشروهن بالمعروف فأن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيرا)[٨٤].

ولدى تتبع آيات أحكام الطلاق في القرآن الكريم؛ فأنها تدعو إلى الحذر والتروي وعدم التسرع في إيقاع الطلاق، وانه إذا وقع دونما حاجة تدعو إليه فهو إما حرام أو مكروه، وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم توصي بما أوصى به القرآن العظيم وتؤكد على إن الطلاق عمل غير محتسب عند الله، وإنها تقيد الطلاق بحالة وجود حاجة داعية إليه فالطلاق دون حاجة أو ضرورة فهو بغي وظلم وعدوان، ويكون الطلاق بهذه الصورة كفران لنعمة الزواج ونكران لهذا الرباط المقدس، وكل كفران محظور.

فالطلاق محظور لان نظام الزواج مشرع لمصلحة الفرد والأسرة والمجتمع، وبقاء نوع بني الإنسان وفي الطلاق إبطال لهذه المصلحة والإبطال مفسدة والمفسدة أساس كل محظور(٨٥).

الفرع الثالث:

الطلاق حق من الحقوق الخاضعة لإشراف القضاء:

في هذا الاتجاه إن للرجل حق الطلاق يستعمله في أي وقت بإرادته المنفردة إلا انه يخضع في ذلك لإشراف القضاء فمن استعمل حق الطلاق واعتبره القضاء متعسفاً في إيقاعه وجب عليه التعويض للزوجة المطلقة.

وذهبت بعض القوانين العربية (٨٦) إلى ابعد من ذلك؛ فسلبت من الرجل حق الطلاق وجعلته بيد القضاء بدافع إن المصلحة تقضي بذلك بعد أن أساء أكثر الرجال استعمال هذا الحق. وبعد أن تناولنا الاتجاهات الثلاثة في أصل عملية الطلاق،

نرى ان هذا الإختلاف في أصل عملية الطلاق (الإباحة أو الحظر)، يصح أساساً نظرياً الكشف عن التعسف وعقوبته، فالقائلون بالحظر يرون انه تعسف إلى أن يقوم ما يدعو إليه من الأسباب المعقولة التي يقرها العرف، لما يفترض في الرجل السوي انه لم يطلق إلا تحت ضغط سبب ما، فإنه إذا طلق أتى بمكروه شرعي، وترتب عليه ضرر مادي ، وحصل بقصد ضرري فإنه يستحق أن يعاقب تعزيزا له على هذا الفعل (٨٧) أما إذا كان الطلاق في الأصل مباحاً، فإنه على محرك دعوى التعسف، إثبات ما يخل بالإباحة الأصلية والإباحة الشرعية، من أن الرجل له أن يطلق زوجته، مطلقاً دون أن يكون السبب شرطاً في صحة الطلاق.

وعليه فالطلاق إذا وقع موافقاً للقانون في مضمونه ومقاصده ونواياه ونتائجه ، فإنه مباح لا تلحقه مشكلة التعسف، وإن وقع موافقاً للقانون في مظهره فقط ، فإنه في الأقل على حكم الكراهة، ويحكم بالتعويض لأجل السبب المفقود من تصرفه المناقض لمقصود الشارع.

ولذا فإن اعتبار الزوج متعسفاً يحصل إذا قصد بطلاقه غير القصد الشرعي فيكون التعسف مبنياً على مناقضة قصد الشارع.

المطلب الخامس :

آثار التعسف في الطلاق

لكل فعل من أفعالنا،يتعلق بها حكم تكليفي(٨٨) من الأحكام الخمسة، وربما له حكم وضعي(٨٩)كأن يكون: سبباً أو شرطاً أو مانعاً؛وقد يكون الحكم التكليفي– الحرمة مثلا مما له جزاء دنيوي، وقد يكون جزاؤه أخرويا ويتعدد الجزاء بين الأخروي والدنيوي (القضائي).

والتعسف – الذي نطاقه – النوايا الباطنية التي لا يستطيع القضاء إثباتها بطرقه ومعاييره المعتمدة،لأنها تندرج في الجزاء الأخروي، لأن أكثر مصاديق القصود خفي لا يذكره المسلم، فلنفرض لو سئل القاضي المطلق عن سبب الطلاق فان اعلانه سبب الطلاق يؤدي إلى ضرر بالغ بالزوجة، أما لو ادعى إن درء طلاقه لأسباب نفسية فلا إثبات عليها غير إقراره، لان منعقد العلاقة الزوجية مسوغات عاطفية، لكن لو توضحت الأسباب والأضرار والأغراض المناقضة للشرع والقانون فهل يمكن ان يمنع الزوج من إيقاع الطلاق؟!

ان منع الزوج من الطلاق أمر غير ممكن ، و لايمكن ان يقاس بالمعايير التي ذكرت ولا يمكن اعتماد المعايير المذكورة في حالة الطلاق ، حتى مع ثبوت التعسف من قبل الزوج،فلا يعالج هذا النمط من التعسف برد الدعوى ، ولا يمكن أن يقاس الطلاق التعسفي على ما ذكرنا(في بحث معايير التعسف)،حالة الطلاق حتى مع ثبوت وتبين التعسف من قبل الزوج ،لذلك للقاضي أن يطيل الإجراءات ، ويستعمل أساليبه في الوعظ ،وإذا أصر فإن التعزير في حق المطلق غير بعيد .

وثاني الآثار:رفع الضرر الناتج عن التعسف؛كمن بنى في ملكه ما يسد على جاره الضوء أو الهواء، فالقضاء يأمره بإزالة سبب الضرر.

ولو حكم القاضي بإزالة الضرر الواقع على المطلقة لأمره بإعادتها، وهو بحكم ما لو منعه من إيقاع الطلاق ، وحيث ان هذا مخالف للنص والإجماع فلا يعالج به فعل التعسف في طلاق الزوج إلا التعزير وهو الحكم عليه بتعويض مالي مناسب للزوجة، مقابل الضرر الواقع عليها بسبب الطلاق.

الفصل الثاني

التعويض عن للطلاق التعسفي فقهاً وقانوناً-

سنتناول في هذا الفصل نظام التعويض (المتعة) في الشريعة الإسلامية والقانون، ضمن المبحثين التاليين وعدة مطالب.

المبحث الأول:

نظام التعويض في الشريعة الإسلامية

إن الغرض من تشريع الطلاق، هو أن يتخلص الزوجان من رابطة الزواج إذا تحقق لهما أن استمرارها مستحيلاً، والطلاق لابد منه، ولما جعل الله تبارك وتعالى الطلاق بيد الرجل فقد رتب عليه التزاماً لكي لا يتعسف في استعمال الحق.

والمتعة المشروعة يدفعها الزوج للزوجة إذا حصل التفريق بين الزوجين بسبب من الزوج، أما إذا حصلت الفرقة من الزوجة فلا متعة لها.وعليه سيكون البحث في عدة مطالب :

المطلب الأول/ المتعة والحكمة من تشريعها

المتعة في الشريعة الإسلامية ترادف التعويض في القوانين الوضعية وهي بمثابة تعويض عما يلحق بالزوجة من ضرر، وجبر لخاطرها لما قام به من هدم ميثاقٍ غليظٍ بغير مبررٍ شرعي.

وأطلق عليها أحد الفقهاء:(إنها هدية الفراق التي يقدمها الزوج للمرأة المطلقة للتدليل على إن انفصالهما لا يمثل عقدة في ذاته تجاهها ولا عداوة لها، بل أمر اقتضته التعقيدات التي أحاطت بها ، وربما كان هذا النهج الإسلامي حركة في إبقاء الذكريات المتبادلة – بعد الفراق – حية بطريقة حميمة بالرغم من سلبياته) (٩٠).

ورد نظام (المتعة) في كتاب الله العزيز في الآيات الكريمة وهي :

(وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين)(٩١).

و(ولا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع وزره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين)[٩٢].

وقوله تعالى:(يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحاً جميلا).

وقوله:(فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحاً جميلا)[٩٣].

ويمكن أن نلخص الحكمة من مشروعية المتعة فيما يلي :

١- هي نوع من الإلتزام الذي يقع على الزوج المطلق لكي لا يوقع الطلاق إلا بعد ترو وأناة واستنفاذ وسائل الإصلاح الممكنة. ولا يقال إن المهر المؤجل والنفقة في العدة يؤديان الغرض، فإنهما وإن كانا كذلك فإن في المتعة مزيد تأكيد على المعنى نفسه، كما أن النفقة هي في مقابل احتباسها عن العمل لحق الزوج. وأما المهر فإن كان معجلاً فلا يؤدي الغرض المراد بالتروي في الطلاق، كما أن الناس يتساهلون فيه غالباً، وإن كان مؤجلاً فقد يكون قليلاً لا يؤدي الغرض وإن كان كثيراً وانضمت إليه المتعة كان ذلك الى التروي.(٩٤)

٢- ما كان للأسر أثر كبير في تقوية الصلات بين أفراد المجتمع فيها تنتشر المودة ين القبائل والشعوب، أمكن أن يكون للتفريق أثر في القطيعة وعدم التراحم بين القبائل والشعوب ، لذا أمر الله عز وجل أن يكون التفريق بإحسان (فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان) (٩٥) بإعطاء الزوجة متعة وحثه على ذلك في آيات كثيرة، وبين أنها من علامات التقوى ، ومن صفات المحسنين ترغيباً لهم على الإمتثال بها.

٣-ان في تمتيع الزوجة إزالة لإيهام قد يدور في نفوس الكثيرين بأن الزوج طلقها لشيءٍ رابه منها ، فإذا هو متعها متاعاً حسناً تزول هذه الغضاضة ويكون هذا المتاع بمنزلة الشهادة لنزاهتها.

المطلب الثاني /

حكم المتعة ومقدارها:

لفقهاء المسلمين آراء مختلفة في المتعة وحكمها ،فقول الشافعي الجديد وأحمد في رواية عنه أن المتعة واجبة لكل مطلقة إلا التي طلقت قبل الدخول وقد سمي لها مهراً(٩٦)، ودليلهم عموم الآية وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين (٩٧)، أما المطلقة قبل الدخول وقد سمي لها مهراً فلا متعة لها ؛ لقوله تعالى:(وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم)(٩٨)

وعند الأحناف القول المشهور أن المتعة قسمان ، ويقضي بها القاضي ويلزم بها الزوج المطلق. وأما المستحبة فهي المتعة التي تستحقها المطلقة بعد الدخول سواء سمي لها مهر أو لا، وللمطلقة قبل الدخول إذا سمي لها مهر ويلزم بها الزوج ديانة لا قضاءاً.(٩٩)

وعند المالكية أن المتعة مستحبة في جميع الحالات (١٠٠)

ويرى الظاهرية أن المتعة واجبة لكل مطلقة مطلقاً سواء كان الطلاق قبل الدخول أم بعده وسواء فرض لها مهر أثناء العقد أم لم يفرض، ودليلهم عموم الآية:(وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين)(١٠١)حيث جاءت مطلقة(١٠٢) .

وقال الجعفرية لا تجب المتعة إلا للمطلقة قبل الدخول التي لم يفرض لها مهر[١٠٣] ونقل عن الإمام الصادق(ع):في رجل طلق زوجته قبل أن يدخل بها ، قال عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئاً وإن لم يكن فرض لها فليمتعها على نحو ما يمتع مثلها من النساء.(١٠٤)

وذكر العلامة الطباطبائي في للآية:(للمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين) الآية تذكر حق المطلقات المطلق، ثم ان تعليق الحكم بوصف التقوى مشعر بالإستحباب(١٠٥)

وفي وجوب المتعة لكل مطلقة خلاف على ثلاثة أقوال:

الأول: أنها لكل مطلقة ، إلا المختلعة والمبارية والملاعنة(١٠٦).

الثاني: أنها للتي لم يسم لها صداق خاصة، لأن المتعة جابرة لما أصابها من ابتذال بالطلاق وهو مذهب أهل البيت (ع) (١٠٧).

الثالث: لكل مطلقة ولكن على وجه الإستحباب والأحسان. (١٠٨)

والمعتبر في المتعة هو رعاية حال الزوج في السعة والإقتار، فالغني يمتع بناءاً على ما ذكر في الروايات، بالدابة وهي الفرس لأنه الشائع في معناها عرفاً، أو الثوب المرتفع قيمته عادةً أو عشرة دنانير، والمتوسط في الفقر والغنى يمتع بخمسة دنانير؛لقوله تعالى: لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين) (١٠٩) وقوله تعالى: للمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين)(١١٠)

وذكر في التفسير:(إنما يجب عليكم أن تمتعوا المطلقات عن غير فرض متاعاً بالمعروف وإنما يجب على الموسع قدره؛ أي ما يناسب وحاله من التمتيع، وان في الآية لفظتان (حقا) و(المحسنين)؛ فالأول مشعر بالوجوب، والثاني مشعر بالإستحباب .(١١١) إلا إن ما ذكر عن أهل البيت :ان متعة المطلقة فريضة:(ان النصوص من طرق أهل البيت تفسر الحكم بالوجوب)(١١٢) ، والفقير بدينار أوخاتم ذهب أوفضة معتد به عادة ، وشبهه من الأموال المناسبة لما ذكر من الدابة والثوب والدنانير .

والمرجع في الأموال الثلاثة العرف، لأنه مدلول الآية(١١٣) وفي رواية عن أبي بصير قال قلت لأبي جعفر (ع):أخبرني عن قول الله عز وجل، وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين:ما أدنى ذلك المتاع إذا كان معسراً لا يجد؟ قال: خمار أو شبهه(١١٤)وفي رواية أخرى عن أبي عبد الله (ع):إذا كان الرجل موسعاً عليه متع إمرأته بالعبد والأمة والمقتر يمتع بالحنطة(والشعير) والزبيب، والثوب والدراهم.(١١٥)

وللدكتور الكبيسي وجهة نظر لا بأس من ذكرها هنا: (ان طلاق الرجل المتعسف ، وإن كان فيه حل لمشكلة الزوج ، فلا يجب أن يكون أساساً لخلق مشكلة للزوجة ، فحمت الشريعة مصالحها بالتعويض المادي، حتى تتوازن الحقوق. وما يلاحظ إن كل حق في الشريعة الإسلامية غالباً ما يصاحبه أو ينشأ عنه في الغالب ضرر للآخرين ، فإذا كان الطلاق حقاً للرجل يوقعه بإرادته ليحل مشكلته ؛ لابد من مراعاة حق الزوجة ، طالما استفاد من طلاقه غنم ، فأن لكل غنم غرم) . (١١٦)

المبحث الثاني /
التعويض في القانون

قبل استعراض التعويض عن الطلاق التعسفي في القانون العراقي ، لابد لنا من البحث في أساسه القانوني وشروطه وكيفية تقديره، وذلك في عدة مطالب:

المطلب الأول/

الأساس القانوني في التعويض

إن من مصادر الالتزام في القانون المدني العراقي،العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع ،وان هذه المصادر نشأت أما عن العمل القانوني (التصرف) أو الواقعة القانونية[١١٧]. القانون كمصدر مباشر للالتزامات لا يلزم أخذه اعتباطاً، وإنما مبنياً على الاعتبارات الاجتماعية والاقتصادية والإنسانية، فتقوم على مبدأ مثل التزام النفقة بين الأهل والأقارب والأصول والفروع، كذلك التعويض عن الطلاق التعسفي وغيرها من الالتزامات القانونية؛ ومن ذلك نجد أن التعويض عن الطلاق التعسفي هو مسؤولية قانونية، أي التزام مصدره القانون وفقاً لفكرة إساءة استعمال الحق[١١٨] وليس التزاماً عقدياً ناتجاً عن إخلال الزوج بعقد الزواج.(١١٩)

فالتعويض الذي تستحقه الزوجة وفقاً لأحكام المادة (٣/٣٩) من قانون الأحوال الشخصية النافذ ،هو تعويضاً مادياً يتناسب وحالة الزوج المادية ودرجة تعسفه في إيقاع الطلاق؛ وهو لا يتعارض مع الحقوق الشرعية الأخرى للمطلقة ويفرض التعويض بمبلغ لا يتجاوز نفقة الزوجة لمدة سنتين. والتعويض حيث النص جاء مطلقاً، ليشمل نوعي الضرر المادي والأدبي؛ اللذين يلحقا بالزوجة،(لان قاعدة المُطْلق يجري على إطلاقه ما لم يقيد بنص). وتسري صفة الطلاق بخصوص المطلقة التي تستحق التعويض؛ سواءً المطلقة قبل الدخول أم بعده، إذا أصيبت المطلقة بضرر من جراء الطلاق التعسفي، وان حدوث الطلاق قبل الدخول أم بعده، يمكن أن تؤخذ بعين الاعتبار عند تقدير التعويض.

أما هل يجوز التعويض عينياً للزوجة المطلقة تعسفياً أم أن التعويض يجب أن يكون نقدياً؟!

نرى من خلال النص ان المشرع ذكر التعويض وربطه بحالة الزوج المادية يسراً أو عسراً، ويقدر جملة بحيث لا يتجاوز نفقة الزوجة لمدة سنتين، والمعروف أن نفقة الزوجة تحتسب على أساس المبالغ النقدية كما جرى عليه القضاء العراقي الشرعي؛ وليس على أساس التعويض العيني، رغم أن الشريعة الإسلامية الغراء والسنة النبوية الشريفة لم تمنعنا أن يكون التعويض أشياء عينية .

المطلب الثاني:

شروط استحقاق التعويض

لكي تستحق الزوجة التعويض عن الطلاق التعسفي، عند توفر كافة الشروط التي حددتها المادة (٣/٣٩) أحوال شخصية وبعد اقتناع القاضي بتعسف الزوج في إيقاع الطلاق، ومن استقراء النص نحدد أهم شروط استحقاق التعويض وهي:

أولا: أن يكون الزوج قد تعسف في إيقاع الطلاق على زوجته؛ وهو يكون كذلك إذا كان الطلاق دون سبب يبرره، وتقدير تعسف الزوج من عدمه يخضع لسلطة المحكمة التقديرية[١٢٠]، من خلال وقائع الدعوى ما إذا كان لدى الزوج ما يصلح لإيقاع الطلاق شرعاً أو عرفا(١٢١)إذا تحقق السبب الموجب للطلاق فلا تعسف لإيقاعه، حيث على المحكمة أن تجري تحقيقاتها، وتسمع البينات عن جدية الأسباب التي دعت الى ايقاع الطلاق؛ وبناءاً على ذلك تقدر حالة وجود التعسف من عدمه، وليس للمحكمة أن تصدر حكمها دون الخوض في أسباب الطلاق، وتعبتره تعسفاً وتلزم الزوج بالتعويض عنه(١٢٢) فمحكمة الموضوع ومن خلال تحقيقاتها فيما يعرض تتوصل الى تحديد التعسف ودرجته، خاصة الطلاق الواقع خارج المحكمة(١٢٣)، وحالة إصرار الزوج على الطلاق، ومفاجئته للمحكمة بإيقاعه أثناء المرافعة(١٢٤) ؛ ففي هذه الحالات لا يفسح المجال الكافي للمحكمة لإكمال تحقيقاتها بشأن الأسباب المبررة للطلاق، ومدى جديتها وصلاحيتها في إيقاع الطلاق، وبالتالي فالمحكمة ملزمة بتثبيت وقوع الطلاق الصادر من الزوج، إذا توفرت أركانه الشرعية فإذا ما ثبت الطلاق بناءً على ما تقدم فأنه يكون طلاقاً تعسفياً وفقاً لقناعة المحكمة.

وينطبق وصف التعسف أيضاً إذا لم تطلب الزوجة الطلاق ورفضته تمسكاً منها بالحياة الزوجية أو كانت غائبة عن مجلس الطلاق كل ذلك يعد تعسفاً ما لم يكن سوء تقصير في جانب الزوجة ساعد على حدوث الطلاق(١٢٥).

ثانياً:- أن تصاب الزوجة المطلقة بضررٍ من جراء هذا الطلاق،والضرر بنوعيه المادي والأدبي، فغالباً ما تفقد الزوجة المطلقة معيلها خاصةً إذا كانت ربة بيت أو تركت وظيفتها لغرض إدارة شؤون الأسرة وتربية الأطفال وغير ذلك من الواجبات الملقاة على عاتقها ، وأما جانب الضرر المعنوي فيتمثل في تدهور الحالة النفسية للمطلقة من جراء نظرة المجتمع لها.

وخيراً فعل المشرع العراقي عند إطلاقه التعويض عن نوعي الضرر، وخصوصاً إذا ما علمنا من قضايا الطلاق المعروضة أمام القضاء أن غالبية الأزواج يطلقون زوجاتهم وهم متعسفين في إيقاعه، لان الطلاق يقع لأتفه الأسباب دون مراعاة لحرمة وقدسية الرابطة الزوجية التي شرعها الله لعباده. ومسألة الضرر والتحقق من وجوده أمر تستقل به المحكمة بمفردها، ولا تعرض الأمر على خبراء لمعرفة ما إذا كانت الزوجة أصيبت بالضرر أم لا[١٢٦]، وتجسد ذلك في قرار محكمة التمييز المرقم ١٤٥٨/شخصية /١٩٨٨ في ١٩٨٨/٢/٢، في قضية تتلخص وقائعها بأن المدعية (ع) ادعت لدى محكمة الأحوال الشخصية في الناصرية بأن المدعى عليه (س) مطلقها وحيث انه كان متعسفاً في طلاقها، فقد طلبت المحكمة عليه بتعويض يتناسب ودرجة تعسفه، فأصدرت المحكمة المذكورة بتاريخ ١٩٨٧/١٠/٢٧، وعدد ١٩٢٩ /ش/١٩٨٦ حكماً حضورياً يقضي برد دعوى المدعية، حيث لا يعتبر كل طلاق خارج المحكمة تعسفاً والضرر متحقق فيه،فقد قررت محكمة التمييز ما يلي: (... وجد أن المحكمة ردت دعوى المدعية بحجة انه لم يتضح لدى المحكمة انه أصابها ضرر من جراء قيام المدعى عليه بطلاقها، وقد فات المحكمة أن تلاحظ بأنها لم تتحقق عن التعسف ودرجته والضرر الذي أصاب الزوجة من عدة كل ذلك على ضوء الفقرة الثالثة من المادة التاسعة والثلاثين من قانون الأحوال الشخصية مما اخل بصحة حكمها المميز...).

ثالثاً:- يستحق التعويض بناءاً على طلب المطلقة أو من ينوب عنها قانوناً:-

ويقع الطلب أما على شكل دعوى حادثة متقابلة ضمن الدعوى الأصلية أو في دعوى مستقلة[١٢٧]، إذا لم تطلبه في الدعوى الأصلية؛ ويجوز تقديم طلب التعويض من الطلاق التعسفي في الدعوى الاعتراضية [١٢٨] إذا كان حكم الطلاق قد صدر بحق الزوجة غيابياً ، فالمحكمة تتحقق من طلب المعترضة على الحكم الغيابي حول وجود التعسف من عدمه ، وقد تمضي مدة الاعتراض على الحكم الغيابي دون وقوع الاعتراض من الزوجة على حكم الطلاق الغيابي، فلها إقامة دعوى المطالبة بالتعويض بصورة مستقلة حيث لا يجوز تفسير غياب الزوجة في الدعوى الأصلية قبولاً منها بالطلاق، أو إنها متنازلة عن حقها في التعويض ، أما إذا تنازلت الزوجة أو من ينوب عنها قانوناً عن حقوقها الشرعية والقانونية وبضمنها التعويض، وصدر الحكم بتأييد الطلاق بين المتداعيين، فليس لها بعد ذلك المطالبة به بدعوى مستقلة، لأنها أسقطت حقها فيه، والساقط لا يعود. ولكنها إذا عدلت عن تنازلها قبل صدور الحكم في الدعوى فلا يعتد بتنازلها ويجوز لها طلب التعويض بدعوى مستقلة[١٢٩]. ويلاحظ أن مفهوم المخالف لنص المادة (٣/٣٩) من قانون الأحوال الشخصية، انه إذا لم تطلب الزوجة أو وكيلها التعويض عن الطلاق التعسفي فليس للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها، وكذلك أن النص أعلاه لم يحدد المدة التي تستطيع الزوجة خلالها إقامة دعوى مستقلة بالتعويض، إذا لم تطلبه في الدعوى الأصلية

المطلب الثالث

إثبات التعسف وكيفية تقدير التعويض

إن وقع الطلاق دون سبب يدعو له، فيقع على عاتق المطلق الإثبات فيما يخص وجود أسباب دعته للطلاق لكي ينفي صفة التعسف عنه، فإن لم يستطع ذلك فيكون متعسفاً في إيقاع الطلاق ومن ثم تشرع المحكمة في كيفية تقدير التعويض لكي تصدر حكمها النهائي بصدد ذلك سواء كان في دعوى الطلاق الأصلية أم بدعوى مستقلة والتعويض لا يقدر جزافاً بل يستند على بعض المعايير التي يستند عليها الخبراء عند التقدير وسيتم مناقشة عنوان البحث في فرعين على التوالي.

الفرع الأول

إثبات التعسف و درجته

من المعايير التي يعتمد عليها في إثبات التعسف في إستعمال حق الطلاق منها: انعدام المصلحة المشروعة، و توفر نية الإضرار بالغير والاستعمال غير الاعتيادي للحق الذي ينافي الغرض الاجتماعي منه. فهذه معايير يعتمد عليها عند إثبات التعسف من عدمه وجاءت هذه المعايير في القانون المدني العراقي المتعلقة بنظرية التعسف في استعمال الحق والمستمدة من أحكام الفقه الإسلامي ، وجاء في قانون الأحوال الشخصية وفي المادة (٣/٣٩) منه تعبير تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق، ولما كان الأصل في الطلاق إلا لحاجة أو سبب يبرره ،فأن من يدعي توافر أسباب الطلاق فعليه إثبات ذلك وعند ثبوت الأسباب وصلاحيتها لوقوع الطلاق، ينتفي معها تعسف الزوج حيث أن التعسف مفترض في جانب الزوج إذا لم تكن لديه أسباب دعته لإيقاع الطلاق، وعلى الزوجة إثبات الضرر الذي أصابها وبالتالي يلزم الزوج بالتعويض كما أن المحكمة أن تستخلص من وقائع الدعوى وتقدير البحث الاجتماعي والبينات

الشخصية المستمعة فيما إذا كان الزوج متعسفاً أم لا ! حيث لا يمكن اعتباره متعسفاً إذا اشتركت معه الزوجة في التقصير، فقد يحدث أن يكون تقصيرها، وسوء سلوكها، هو السبب الرئيسي لإيقاع الطلاق ونسبة التقصير قليلة من جانب الزوج.واثبات التعسف من عدمه[١٣٠] ؛ يكون بكافة طرق الإثبات[١٣١]. أما إثبات عدم التعسف فيقع على عاتق الزوج المطلق[١٣٢] فإذا ما ثبتت المحكمة وجود الأسباب الداعية لإيقاع الطلاق انتفت عنه صفة التعسف وللمحكمة سلطة تقديرية واسعة للتثبت من وجود التعسف والضرر الذي يصيب المطلقة من خلال ما يعرض عليها في الدعوى[١٣٣]، حيث إن مسألة وجود التعسف من عدمه، هي مسألة قانونية تختص المحكمة في الفعل فيها لا الخبراء ولا أطراف الدعوى، وبخصوص درجة تعسف الزوج فنصل إليها من ملاحظة نسبة التقصير في كلا الحالتين أو إن خطأ احدهما يستغرق خطأ الثاني، أو إن احدهم غير مقصر مطلقاً و الأخر هو المقصر ويريد الطلاق بصورة أو بأخرى ويؤخذ بنظر الاعتبار درجة التعسف عند تقدير التعويض حسب نص المادة (٣/٣٩) أحوال شخصية .

الفرع الثاني
كيفية تقدير التعويض

هناك بعض المعايير وردت الإشارة إليها في المادة موضوعة البحث وتساعد على تقدير التعويض عند تحقيق شروط استحقاقه التي مر ذكرها في هذا البحث وهذه المعايير هي:-

أولاً. أن يتناسب التعويض وحالة الزوج المالية. يؤخذ بنظر الاعتبار عند تقدير مبلغ التعويض عن الطلاق التعسفي حالة الزوج المالية يسراً أو عسراً ومن خلال ما يمتلكه من أموال منقولة وغير منقولة والموارد الأخرى، كالراتب مثلاً ويقع عبء إثبات يسر حالة الزوج على عاتق الزوجة بكافة طرق الإثبات بما فيها الشهادة (١٣٤)، أما حالة الزوجة المادية ومكانتها الاجتماعية فليس لها أي تأثير ايجابي أو سلبي، عند تقدير التعويض لها لان النص المذكور أوجب أن يكون التناسب مع حالة الزوج المادية دون سواها.

ثانياً:- أن يتناسب التعويض ودرجة تعسف الزوج في إيقاع الطلاق. وهذا المعيار الثاني ورد أيضاً في نص المادة (٣/٣٩) أحوال شخصية بحيث يتناسب التعويض مع درجة تعسف الزوج حيث أن التعسف مسألة نسبية تختلف من حالة لأخرى، وحسب نسب التقصير في كل من الزوجين كما ذكرنا.

ثالثاً:- يقدر التعويض جملة بما لا يتجاوز نفقة الزوجة مدة سنتين:-

أي إن مبلغ التعويض يقدر دفعة واحدة وليس أقساط [١٣٥] ويكون مبلغاً لا يزيد على مجموع مبلغ نفقة الزوجة لمدة سنتين على أن يجوز تقدير التعويض لمدة تقل عن سنتين مع بيان أسباب ذلك[١٣٦]

رابعاً:- يقدر التعويض بأتفاق الطرفين او بواسطة الخبراء: ان تقدير مبلغ التعويض لكي يصدر الحكم بناءاً عليه يتم أما بأتفاق الطرفين المتداعيين في حالة حضورهما[١٣٧]، إذا عرض الزوج مبلغاً للتعويض ووافقت عليه الزوجة أو العكس ، أو يتم الاتفاق عليه بواسطة وكيليهما[١٣٨]، وإذا لم يقدر التعويض بالاتفاق فعلى المحكمة أن تقرر تقديره عن طريق الخبراء إذ ليس للمحكمة أن تقدره مباشرة[١٣٩]، حيث تكلف الطرفين بالاتفاق على خبير قضائي لتقدير التعويض فإذا لم يتفقا على ذلك، وتركا الأمر للمحكمة فيتم تعيين احد الخبراء القضائيين المسجلين في جدول خبراء المحكمة ومن خارج الجدول مع بيان أسباب ذلك؛ وفي هذه الحالة تُحلفه المحكمة اليمين بأن يؤدي خبرته بنزاهة وحياد ،ثم نسمح بالإطلاع على اضبارة الدعوى ليتسنى له معرفة حالة الزوج المادية ، ليقوم بتقدير التعويض استناداً عليها، ويقدم خبرته للمحكمة أما بصورة شفوية أو تحريرية ؛ تتضمن مبلغ التعويض الذي حدده والأسس التي استند عليها فإذا لم يعترض عليه الطرفان[١٤٠] واقتنعت المحكمة بأنه مناسباً للطرفين فيعتمد التقدير كسبب من أسباب الحكم[١٤١]. وإذا اعترض احد الأطراف على التقدير فله أن يطلب انتخاب ثلاثة خبراء وان إجابة الطلب من عدمه متروك لسلطة المحكمة ،إذا رأت إن الاعتراض لم يكن له مبرره سوى إطالة أمد النزاع. وإذا صدر الحكم بالتعويض بناءً على تقدير الخبير في دعوى الطلاق الأصلية وطعن بالفقرة الحكمية الخاصة بتصديق الطلاق فقط، ثم أعيد الحكم منقوضاً فليس للمحكمة إعادة تقدير التعويض مرة أخرى بعد النظر الدعوى به[١٤٢].

ومن الإشكالات التي يمكن الإشارة اليها :

من أهم الإشكالات التي ترد على هذا التشريع،وهو أن المشرعين عند وضعهم لقرار التعويض قاسوه و قدروه بالنفقة لا بالضرر الذي يسببه التعسف.

وهو ما أكد عليه الدكتور السرطاوي:(مما يؤكد أن القوانين تعسفت في استعمال مبدأ التعويض في الطلاق التعسفي، لأنها قدرته بالنفقة، والأصل أن يقدر بمقدار الضرر الذي لحق بالمطلقة(١٤٣) .

٢- كما أن القوانين تفاوتت في الحد الأعلى للمدة الزمنية للتعويض،
٣-ولم تحدد فيه مدة المطالبة بالتعويض، كي لا تبقى الحقوق معلقة بين الزوجين المطلقين فترة طويلة وكذلك لبيان مدى جدية الضرر الذي أصاب الزوجة المطلقة وحاجتها الفعلية لمبلغ التعويض حيث أن مرور مدة طويلة ، دون أن تقام خلالها دعوى المطالبة بالتعويض قرينه على عدم تضرر الزوجة من الطلاق.
وهذا هو شأن التشريع الذي يضعه البشر من عند أنفسهم ويرى العدول إلى مبدأ التعويض الذي يقدره البشر فتختلف فيه العقول، وتتدخل فيه الأهواء إلى الأخذ بنظام المتعة الذي أقرته الشريعة الإسلامية .وأخيراً نرى ضرورة دراسة هذا الموضوع ، ووضع قوانين تتوافق مع التشريع الإسلامي المعتدل المقرر في الشريعة الإسلامية تجنباً لإختلاف الآراء .

المطلب الرابع

هل تغني المتعة عن التعويض عن الطلاق التعسفي ؟

إن القول بالتعويض بالإضافة إلى المتعة ، أو التعويض فقط دون متعة يؤدي إلى فتح باب التخلص من التعويض عن طريق ادعاء المطلق تسبب الزوجة في الطلاق بتصرفاتها ، وان في القول بالتعويض فقط تعطيل للنصوص التي أمرت بالتمتيع ، ثم أنه يندر أن نجد زوجاً يطلق يعترف بمسؤوليته عن الإيقاع أو عن خطئه في ذلك ، فكان الحل الأمثل هو القول بالتمتيع في حالة الطلاق وهي تغني عن فرض التعويض ،لأن المتعة في تشريعها تبرع غير معلل فتصلح أن تكون تعويضاً .
وفي نهاية المطاف نقول : إن المتعة لا تغني عن التعويض عن الطلاق التعسفي ولا تحل محله ، لان المتعة إنما تجب للمطلقة التي لم يسم مهرها وتستحب لغيرها ، والتعويض يجب لكل مطلقة ما دام أنه ثبت أن لا يد مباشرة لها في إيقاع الطلاق لان الطلاق إن وقع غالباً ما يكون لاختلاف الزوجين فيما بينهم وهي طرف فيه ، ولكن قد يكون السبب المباشر في الطلاق تصرفات الزوج اللامسؤولة مما يترتب عليه ردة فعل الزوجة الرافضة فينشأ الخلاف
وبذلك يظهر لنا أن التعويض يجب لمن لا متعة واجبة لها ، فلا تغني المتعة بذلك عن التعويض ، لأنها تجب لفئة مغايرة عن تلك التي يجب لها التعويض ، ونكون بذلك قد شملنا جميع المطلقات ببدل الطلاق وهو المتعة المنصوص عليها شرعاً ، وإما بالتعويض المقيسة فكرته الى المتعة ، وكأن واضع قانون الأحوال الشخصية قد فرق بين المتعة والتعويض ، وقرر إستحقاق المطلقة بدون سبب معقول التعويض المحدد ، وأنه لا يؤثر على باقي الحقوق الزوجية .وقد ورد في الفقه وحتى في القانون الوضعي حيث تناول المشرع العراقي هذه المسألة وأشار اليها في الباب التمهيدي منه:(لا مساغ للإجتهاد في مورد النص)(١٤٤).
ترى هل أن ما قرره القانون فيه ما يدعوا إلى إعتبار نظرية التعسف في الطلاق ، رغم ما أشرنا إليه من النقص الذي يدعوا المختصون إلى البحث والتحقيق فيه ؟ لان الله تعالى يريد للعقل ان يتحرك في عملية استلهام آياته في الكون، وفي نظام الإنسان، وحركة الحياة ،ليتفهم من خلال ذلك ، القوانين والسنن الكونية والاجتماعية والحياتية، التي أودعها الله في هذا النظام الكوني و الإنساني، كما يتفهم من خلاله آيات الله التي تنظم حياته القانونية في تشريعاته ، التي أوحى بها إلى رسله، فوضع له القواعد التي من خلالها يستطيع ان يحقق التوازن في شؤون حياته الفردية والاجتماعية.

فليس العقل حركة في التجرد الذهني الذي يتأمل في أجواء المطلق ، بل هو حركة في كل ما يتصل بالحياة الزوجية والعملية للإنسان .
وقد نستوحي منها الدعوة إلى مواجهة التشريعات الإلهية بالفكر، الذي ينطلق نحوها ليبحث في خلفياتها ومعطياتها وحدودها، ولا يكتفي بالتعبد الجامد الذي يتقبل الأشياء من دون أن يحاول إدراك خصائصها في حياة الإنسان، لان المكلف الذي يتحرك في امتثال التكليف، يتحرك من موقع الوعي لمضمونها الروحي والعملي في المصالح والمفاسد النوعية

الخاتمة:

يتجلى من خلال البحث في تعويض المطلقة تعسفياً ، مجموعة من النتائج العلمية الثابتة فيه ، إضافة إلى مقترحات ترمي من ورائها الوصول إلى حسن تنظيم للعلاقات الزوجية ، وضمان حق الزوجة من تعسف زوجها

بحقوقه تجاهها ،من خلال استعراض القوانين ومقارنتها مع قوانين الفقه الإسلامي، ونورد نتائج البحث والمقترحات تباعاً وبحسب الآتي :

النتائج

(١)- إن كثرة الآراء التي تأخذ على الشريعة الإسلامية إقرارها مبدأ الطلاق لم تكن تعي الحكمة من شرعية الطلاق ، فالإسلام أباح الطلاق ضمن ضوابط شرعية للضرورة القاهرة والظروف الإستثنائية الملحة التي تجعله دواءً وعلاجاً للتخلص من شقاء محتم يمتد ليشمل أفراد الأسرة جميعها .

(٢)- إن المتفق عليه إن المطلق تعسفاً آثم، وهو مؤاخذ من الله تعالى المطلع على السرائر ،لان نقله إلى العقوبة القضائية يحتاج إلى دليل شرعي ، ولان المطلق بإيقاعه الطلاق كانت له دواعيه الخاصة التي تعود إلى أمر نفسي وباطني به ، ويصعب فيها الإثبات والكشف عنها وضبطها والوقوف عليها ،فيبقى الأمر بينه وبين ربه فلا يمكن إخراجه من نطاق إلى نطاق آخر إذ لا يمكن قياسه بالقدر المادي إلا بالدليل، وربما يكون مما يجب ستره وان الإعلان عنه يكون فيه مضرة للمرأة بالذات .

(٣)- لم يقف القانون الوضعي على مبدأ موحد في تعين التعويض عن الضرر جراء الطلاق التعسفي ، رغم ان القضاء قد اصدر له أحكاما وجرى العمل بها لكن يبقى الإجحاف بحق المرأة المطلقة قائما على حاله، لان القضاء عاجز عن يتبين التعسف لفقدانه الضابط في ذلك بالإضافة إلى فقدانه تحديد درجة التعسف لأنهم استندوا على أساس النفقة رغم ان كل منهما منفصل عن الآخر .

(٤)- أشار القانون إلى ملاحظة حالة الزوج المادية ودرجة تعسفه وعليه لو كانت حالة الزوج المتعسف متدنية فلا يمكن حينئذٍ للمحكمة ان تحكم بالتعويض، فما يكون مصير المطلقة يا ترى ؟

(٥)- إن الإسلام دين الدولة لا يمنع من ترقية القوانين والأفكار المستجدة الخاصة بالمرأة وطبقاً لذلك فإن القانون لا يستجيب لمتطلبات حماية الأسرة مما يؤدي ذلك إلى بعدها عن المقاصد الحضارية التي تتطلع إليها الأمة .)

(٦)- ولاحظنا أيضاً أن النص موضوع البحث قيد إساءة استعمال الحق الطلاق وقصره على الزوج فقط ولم يشمل الزوجة إذا كانت العصمة بيدها وطلقت نفسها إضرارا بالزوج وأيدنا ذلك لان الزوج عندما سلمها عصمة الطلاق يعتبر على علم بأنها سوف تستخدم هذا الحق متى شاءت.

ثانياً: التوصيات

(١)- إن هذا الموضوع برمته يحتاج إلى نظر وتعديل والمسؤولية تقع على كل المختصين في هذا الشأن .

(٢)- إن الحد من ظاهرة الطلاق التعسفي يحتاج إلى عمل وجهد متكاملين على جميع الصعد؛ التشريعية والتربوية والإعلامية والاجتماعية والنفسية ، وضرورة تبني خطة على المستوى الوطني تشارك بها جميع الأجهزة والمؤسسات المعنية ذات الصلة للتصدي لهذه الظاهرة وكبح جماحها .

(٣)- إيجاد صندوق للنفقة ومأوى إسعافي للمطلقات حتى لايؤدي الطلاق إلى تشرد الأطفال وتلاشي الأسرة .

(٤)- أن تعرف المرأة أن لها ثمة حقوق في حالة الطلاق غير نفقة العدة، وأن تكرس ثقافة المطالبة بالحقوق من خلال توعيتها من خلال استغلا شتى الوسائل المتاحة والميسرة .

(٥)- نحن بحاجة إلى ما يسمى بمحكمة العائلة والأسرة فهي محاكم مختصة بإجراءات مستعجلة تعالج المشاكل الأسرية وتكفل الحصول على حقوقها في وقت قصير .

(٦)- ندعو المشرع العراقي الى تنظيم حالات الطلاق التعسفي وأحكامه ، ووضع القواعد والضوابط المحد دة له ،باعتباره أمراً حاصلاً في الواقع فضلاً عن كونه محتمل الوقوع ، وفي ذلك رعاية وانصافاً للمرأة ودعم لموقفها القانوني وحقها في العيش الآمن .

(٧)- تحديد مدة سنة تبدأ من اليوم الذي تبلغ الزوجة بالطلاق أو علمها به تستطيع خلالها إقامة دعوى التعويض المستقلة إذا لم تطلبه بالدعوى الأصلية وتعتبر المدة أعلاه مدة سقوط يسقط بمرورها سماع الدعوى.

ذلك ما توصلنا إليه خلال بحثنا في ضوء أحكام المادة (٣/٣٩) أحوال شخصية تاركين للأيام المقبلة أن تمن علينا بعلوم حقوقية جديدة وإجتهادات فقهية تؤكد على ضرورة عقاب كل من يتعسف في إستعمال الحق أو يسيء الإرتكاز الى الحقوق التي وضعت اساساً للصالح العام ، وخير البشرية جميعاً. والله ولي التوفيق

الهـــــــــــــــــوامش

(١) د. فتحي الدريني ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ط١،مطبعة جامعة دمشق١٩٦٧، ص٧١.
(٢) نفس المصدر السابق، ص٢٦٣
(٣) أبو الفضل جمال الدين محمد بن بكر بن منظور،لسان العرب ، دار صادر بيروت ،١٩٥٥،مادة عسف ٢٤٥/٩.
(٤) الفيروز آبادي ، مجد الدين، القاموس المحيط ، ج ٣ ،المؤسسة العربية للطباعة والنشر، بيروت ،ص١٨١ .
(٥) عبير ربحي شاكر القدومي ، التعسف في إستعمال الحق،ط١،دار الفكر،عمان٢٠٠٧، ص٢٠.
(٦) البخاري ،احمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة ، صحيح البخاري بشرح فتح الباري، دار الفكر، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ج١ص٩ ، حديث ١.
(٧) محمود بن يزيد القزويني ،إبن ماجة ، سنن إبن ماجه ،دار إحياء التراث العرب٢،٧٨٤/١٩٧٥ ، حديث٢٣٤٠.
(٨)المحامي نزيه نعيم شلالا، دعاوي التعسف وإساءة استعمال الحق ، منشورات الحلبي الحقوقية ط ،بيروت – لبنان ،٢٠٠٦ ، ص٨ .
(٩) المحامي نزيه نعيم شلالا، مصدر رسبق ذكره ، ص٨ .
(١٠)القدومي ،عبير ربحي شاكر، مصدر سبق ذكره ص ١٧ .-
وانظر بحث في التطبيقات التشريعية للدور الوقائي لنظرية التعسفي التقنين المدني الجزائري، وسائر التقنينات العربية، وفي التشريع الإسلامي بإعتباره الأصل الذي إستحدث منه أحكام هذه النظرية سواء في التصرفات القولية أم الفعلية: بقلم الدكتور محمد فتحي الدريني، ص٢
(١١) الأستاذ أحمد عيسوي، نظرية التعسف في إستعمال الحق في الفقه الإسلامي _مجلة العلوم القانونية والاقتصادية،تصدرها كلية الحقوق جامعة عين شمس ، السنة الخامسة ، العدد الأول ١٩٦٣ ، ص١
(١٢)أحمد فهمي أبو سنه: النظرية العامة للمعلومات محاضرة في مجموعة المحال أسبوع الفقه الإسلامي ص١٠٠-١١٠.
(١٣) د فتحي الدريني،: نظرية التعسف في إستعمال الحق في الفقه الإسلامي ط٤،مؤسسة الرسالة بيروت١٩٨٨ص٣٥ .
(١٤) الشاطبي،إبراهيم بن موسى اللخمي،الموافقات في أصول الشريعة ،ط ١، دار الكتب العلمية ،بيروت ١٩٣٩ ١٦٣/٣ .
(١٥)علي حسن عبد الله، الباعث و أثره في المسؤولية الجنائية، الزهراء للإعلام العربي، القاهرة١٩٨٦، ص٤١.
(١٦)السنهوري، عبد الرزاق الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج١، ط٣ ، منشورات الحلبي، بيروت،٢٠٠٠، ص١٧٣.
(١٧)الشاطبي، الموافقات ، مصدر سبق ذكره ، ص٢٦٤.
(١٨) د. الدريني، نظرية التعسف في إستعمال الحق، مصدر سبق ذكره، ص٢٦٩.
(١٩) سورة التغابن:١٦.
(٢٠) السنهوري، الوسيط (مصدر سبق ذكره) ،ج١، ص ٥١،
(٢١) د.الدريني، فتحي ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط٤، مؤسسة الرسالة، بيروت١٩٨٨، ص٣٧ .
(٢٢) محمد شكري سرور، النظرية العامة للحق ط١، دار الفكر العربي، ١٩٧٩ ص٣١٠،
(٢٣) الشيخ محمد أبو زهرة ، التعسف في إستعمال الحق في الفقه الإسلامي، ، أعمال الفقه الإسلامي،دمشق، طبع القاهرة، ١٩٦٣ ص٢٩.
(٢٤) السيد محمد حسين الطباطبائي ، تفسير الميزان، ج ٢ ، ط ٢ ، مؤسسة الأعلمي، بيروت١٩٧٣ ،ص٢٣٥.
(٢٥) سورة التوبة: الآية/ ١٠٧-١٠٨ .
(٢٦) الطبرسي، أبو علي الفضل بن الحسن، مجمع البيان في تفسير القرآن، ج٥، دار المعرفة ، بيروت ، ص ١١٠.
(٢٧) سورة البقرة: ٢٨٢.
(٢٨) الطبرسي، مجمع البيان ، مصدر سبق ذكره ، ص٦٨٤.

(٢٩) محمد بن يعقوب الكليني ، الكافي ، ط ١ ، ج٥ ،منشورات الفجر ، بيروت ،ص٢٩٢ ،الحديث٢ من باب الضرر
(٣٠)المادة ٨:قانون المدني العراقي، رقم ٤٠ لسنة١٩٥١
(٣١)الدريني ،التعسف في إستعمال الحق مصدر سبق ذكره ،ص٢٠٢
(٣٢) عز الدين بن عبد السلام السلمي ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج١ مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة ١٩٦٨ ، ص١٢.
(٣٣) المرجع السابق، ص٨٣.
(٣٤) العيسوي، أحمد ، مصدر سبق ذكره،٧١ .
(٣٥) القدومي،التعسف في إستعمال الحق،ص٥٦،نقلاً عن محمد نصر الدين محمد ،أساس التعويض ،رسالة دكتوراه،جامعة القاهرة مصر ١٩٨٣،ص١٧٣ .
(٣٦) أحمد العيسوي، مصدر سبق ذكره ،ص١١٦
(٣٧)أبو سنة ،النظريات العامة،نظرية الحق، مصدر سبق ذكره، ص١٠٧
(٣٨)السلمي، عز الدين بن عبد السلام ، مصدر سبق ذكره ، ص١٢.
(٣٩)الشاطبي، الموافقات، مصدر سبق ذكره، ج٢، ص٢٦٦.
(٤٠) المرجع السابق، ص٨٣.
(٤١) القدومي، التعسف في استعمال الحق، نقلاً عن : (أساس التعويض، رسالة دكتوراه،) مصدر سبق ذكره، ص ١٧٣ .
(٤٢)السنهوري، الوسيط (مصدر سبق ذكره)، ج١،ص٥١.
(٤٣) محمد شكري سرور، النظرية العامة للحق، مصدر سبق ذكره، ص٣١٠.
(٤٤) د . سعيد عبد الكريم مبارك ،التعسف في إستعمال الحق دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة القانون المقارن العدد ٢١، لسنة ١٩٧٩ ، ص٥٠.
(٤٥) السنهوري، الوسيط (مصدر سبق ذكره)، ص٩٤٨. (ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى: السوري م٦ مطابق، الليبي م٥ مطابق، اللبناني م١٢٤ مقارب).
(٤٦) د . عبد المجيد الحكيم /عبد الباقي البكري / محمد طه البشير ، نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مكتبة السنهوري،بغداد،١٩٨٠ ص٢٣٠ ـ٢٣١
(٤٧) السنهوري،الوسيط ،مصدر سبق ذكره،ص٩٥٥
(٤٨) المحامي نزيه نعيم شلالا، مصدر سبق ذكره ، ص١٠.(نقلاً عن الأستاذ محمد أبو زهرة في بحث (أساءة إستعمال الحق _ مجلة إدارة قضايا الحكومة _ السنة الخامسة _ العدد الثالث_ ١٩٦١ _ ص٨٢ وما بعدها.
(٤٩) نفس المصدر السابق.
(٥٠)سورة البقرة : ١٩٠
(٥٢) الزيعلي ، فخر الدين عثمان بن علي ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج٤ المطبعة الكبرى بولاق ، مصر ١٣٤٠ هـ ، ص ١٩٦.
(٥٣) كقوله تعالى (فمن عفى له من أخيه شيء فإتباع بالمعروف واداء اليه بإحسان)من سورة البقرة : الآية ١٧٨. وقوله تعالى : (وإن كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) من سورة البقرة : الآية ٢٨٠.
(٥٤) ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن بكر، لسان العرب، مادة طلق ج١٠، دار صادر، بيروت ١٩٥٥، ص٢٢٥.
(٥٥) العاملي ،زين الدين الجبعي ،الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ،ط١ ،مؤسسة إسماعيليان قم ،١٤١٥ هق،٣٧٨/٢ .
(٥٦) أبو العينين، بدران، الزواج الطلاق في الإسلام، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، بلا تاريخ ص٣٠٢.
(٥٧) السيوطي ،جلال الدين عبد الرحمن ،الأشباه والنظائر،ط١، دار الكتب العلمية ، بيروت، ص٧ .
(٥٨)الطبرسي ، الشيخ رضي الدين،،مكارم الأخلاق،ط٦ مؤسسة الأعلمي ، بيروت، ١٩٧٢، ص٢١٦
(٥٩) فضل الله، السيد محمد حسين، فقه الشريعة ج٣، ط ٢، دار الملاك، بيروت ٢٠٠١، ص٥٧٥.
(٦٠). جاء في م ٣٤ من قانون الاحوال الشخصية الأردني المرقم ٦١ لسنة ١٩٧٩: (إذا طلق الزوج زوجته تعسفاً وكأن طلقها لغير سبب معقول وطلبت من القاضي التعويض حكم لها على مطلقها بالتعويض الذي يراه مناسباً

بشرط أن لا يتجاوز نفقتها على سنة ويدفع هذا التعويض جملة أو تقسيطاً حسب مقتضى الحال ويراعى في ذلك الزوج يسراً وعسراً ولا يؤثر ذلك على باقي الحقوق الزوجية الأخرى للمطلقة بما فيها نفقة العدة).

- جاء في م٨ من قانون الاحوال الشخصية المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل.

- (الزوجة المدخول بها في زواج صحيح إذا طلقها زوجها بدون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقة عدتها متعة تقدر بنفقة سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسراً أو عسراً وظروف الطلاق ومدة الزوجية ويجوز أن يرخص المطلق في سداد هذه المتعة على أقساط).

- نصت م ١١٧ من قانون الاحوال الشخصية السوري المرقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣:(إذا طلق الرجل زوجته وتبين للقاضي أن الزوج متعسف في طلاقها دونما سبب معقول وان الزوجة سيصيبها لذلك بؤس وفاقه جاز للقاضي ان يحكم لها على مطلقها بحسب حالته ودرجة تعسفه بتعويض لا يتجاوز مبلغ نفقة سنة فوق نفقة العدة وللقاضي أن يجعل دفع هذا التعويض جملة أو شهرياً بحسب مقتضى الحال).

القانون التونسي لسنة ١٩٦٢ المعدل الفصل ٣٠ ،٣١ ومن حيث تطرقت على فرض تعويض على الزوج المطلق (غرامة نقدية) لمطلقته تدفع لها شهرياً إلى أن تتوفى أو تتزوج أو تغيير حالها إلى يسره كما جاء القانون المذكور اتفاق الزوجين على مبلغ معين للتعويض النقدي

(٦١). القاضي عبد القادر إبراهيم علي – تفسير ايآت الأحكام من القرآن الكريم المتعلقة بعمل القضاء – مكتبة النهضة بغداد-١٩٦٦ ص٢٦-٢٧.

(٦٢).انظر القرار التمييزي ٦٥٢/شخصية/١٩٩٢ في ١٩٩٢/٣/٩ (غير منشور) كذلك قراري محكمة الأحوال الشخصية في الكاظمية المرقمتين ١٥٠ و٩٠٤ في ١٩٩٤/٣/٩ و١٩٩٥/٣/١٤ على التوالي (غير منشور).

(٦٣). قرار محكمة التمييز ٢٤٢٦ /شخصية /١٩٩٦ في ١٩٩٦/٨/١١ (غير منشور) حيث صدق قرار محكمة الأحوال الشخصية في الرصافة المرقم ١٩٩٥/١١/٥ في ١٩٩٦/٥/٢٠ القاضي برد طلب المدعية في التعويض عن الطلاق التعسفي حيث تبين من وقائع الدعوى أن الطلاق كان بسبب سوء تصرف الزوجة وطلبها المتكرر من زوجها بان يطلقها على أن الطلاق واقع على الثالثة.

- كذلك القرار التمييزي ١٤٨٥/شخصية /٨٧ في ١٩٨٨/٢/٢ (منشور) في مجموعة الأحكام العربية – العدد الأول – ١٩٨٨ – ص٨٢.

(٦٤). القرار التمييزي ٥٨٧/شخصية /١٩٩٢ في ١٩٩٢/٣/٢ (غير منشور).

(٦٥).القرار التمييزي ٥٨٧/ شخصية/ ١٩٩٢،في ١٩٩٢/٣/٢(غير منشور).

(٦٦) قراري محكمة الأحوال الشخصية في الكاظمية ٨٤٨ /ش/١٩٩١ و ٤٠٠٠/ش/١٩٩٤ في ١٩٩٠/٦/١٣ و ١٩٩٤/٨/٣١ على التوالي (غير منشورين) جاء فيهما:(مفاجأة الزوج للمحكمة وإصراره على الطلاق يستوجب التعويض عن الطلاق التعسفي).

(٦٧) د. عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية ط٢، دار الفكر ١٩٦٨، ص١١٨.

---

(٦٨) العاملي، الشهيد محمد جمال الدين مكي، الروضة البهية ، ط١ ، ج٢، مؤسسة اسماعيليان ١٤١٥ هـ ، ص٣٩٦-٣٩٧ ،-

وعليه المشرع العراقي، بموجب القرار المرقم ٨٠٧ في ٢٥/ ٧/ ١٩٨٣ أصدر القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣ وتعديلاته ، وهو حق الزوجة المطلقة بالسكن في الدار أو الشقة التي كانت تسكنها .

(٦٩) الدمشقي، محمد بن عبد الرحمن، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، ط١، مطبعة أسعد ،بغداد، ص٢٢٨

(٧٠) نفس المصدر السابق

(٧١) العاملي ، الروضة البهية ،مصدر سبق ذكره ،ص٣٨٣ .

(٧٢)الطبرسي، رضي الدين إبن نصر الحسن بن الفضل ، مكارم الأخلاق، ط٦ مؤسسة الأعلمي، بيروت ، ١٩٧٢ ،ص٢١٦

(٧٣) العاملي، الروضة البهية مصدر سبق ذكره – ص٢٨٥

(٧٤) -ألإمام إبن همام السيواسي، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير طبعة ، ج٣ ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص٣٢٧

(٧٥)العاملي، الروضة البهية، مصدر سبق ذكره،ج٦،من سلسلة منشورات جامعة النجف الدينيةط١، ص٣٠

(٧٦) سورة البقرة: الآية٢٣٦.
(٧٧)الشيخ حسن خالد الدكتور عدنان نجا – أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية – دار الفكر بيروت – ط٢ – ١٩٧٢ . ص١٦٥
(٧٨)السيد فضل الله، مكتب الإستفتاء ١٧/ شوال/ _ ١٤٢٩ www.bayynat.com.
(٧٩)ابن عابدين ، محمد امين، حاشية رد المختار، دار الفكر، ١٩٧٩،ج٤١٥/٢. .
٨٠) من قبل ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف في مصر بتاريخ ١٩٢٧/١٢/١٨(أن الطلاق هو حق للزوج بحكم الشريعة ولان الزوجة حين زواجها كانت على بينة من حق زوجها هذا، وأذن فهي تعلم وقت التعاقد النتائج التي قد ترتبت على عقدها فلا يجوز لها أن تتظلم منها ولان الشريعة وهي القانون الخاص الذي يخضع له عقد الزواج قصرت حق الزوجة من الطلاق على مؤخر الصداق ونفقة العدة دون التعويض ولان المناقشة في التعويض يستلزم الخوض في أسباب الطلاق وفي ذلك فضح الأسرار العائلات ولان المصلحة العامة تقتضي بألا يلزم الزوج بمعاشرة زوجته لا يطيقها لعيب نفسي أو خلقي وفي الحكم عليه بالتعويض إكراه على قبول هذه الحالة). نقلاً عن د. عبد الرحمن الصابوني – مصدر سبق ذكره– ص١٠٠.
(٨١) الشيخ محمد أبو زهرة – الأحوال الشخصية، ط٣، دار الفكر العربي،١٩٥٧ قسم الزواج – ص٢٨٢.
يرى (إن الأصل الطلاق الحظر ولا يباح إلا لحاجة...وقد اخطأ من حكم بالتعويض من اجل الطلاق ولو كان ثمة شرط يوجب التعويض)
(٨٢) السيواسني ،الامام كمال الدين ، مصدر سبق ذكره ، ص٣٢٧.
(٨٣) .سورة النساء الآية ٣٤.
(٨٤) سورة النساء الآية ١٩.
(٨٥) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، مدى سلطان الإرادة في الطلاق في شريعة السماء وقانون الأرض خلال أربعة ألاف سنة ، ج١ ، ط١ ، مطبعة العاني. بغداد ، ١٩٨٤ ص٧٩.
(٨٦) انظر الفصل (٣٠) من القانون التونسي لسنة ١٩٦٢
(لا يقع الطلاق إلا لدى المحكمة) كذلك مشروع القانون المصري لسنة ١٩١٦ (..... لا يجوز أن يطلق زوجته لا بإذن القاضي الشرعي الذي في دائرة اختصاصه مكان الزوج) نقلاً عن د. عبد الرحمن الصابوني – المصدر السابق – ص١٠٥.
(٨٧) الذهبي، محمد حسين ، الأحوال الشخصية بين مذهب اهل السنة ومذهب الجعفرية ط١ ، ١٩٨٥ شركة الطبع الأهلية ، بغداد ص ٢٢٠ ـ٢٢٢.
(٨٨) د. الزلمي، مصطفى ابراهيم ، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية ، ط١، طبع شركة الخنساء للطباعة المحددة ، بغداد، ص٢٩ (الحكم التكليفي: هو خطاب الشارع أو المشرع المتعلق بتصرفات الإنسان على وجه الإقتضاء أو التخيير ، وان التصرفات القانونية والوقائع القانونية حكم وضعي وهو ما جعله الشارع أو المشرع سبباً لحكم تكليفي أو شرطاً له أو مانعا منه.)
(٨٩) نفس المصدر السابق ، ص ٥٧:(وعرف الحكم الوضعي في موضع آخر أنه: (مدلول خطاب الشارع المتعلق بتصرفات الإنسان والوقائع ذات الصلة بالإنسان من حيث جعلها سببا أو شرطاً له أو مانعاً منه كالقرابة جعلت سبباً للميراث ، والعقل جعل شرطاً للمسؤولية الجنائية ولصحة التصرفات ، والجنون جعل مانعاً من المسؤولية الجنائية) .
(٩٠)السيد فضل الله، تفسير وحي القرآن، تفسير الآية ٢٤١، www.A Lb ayynat.org.
(٩١) سورة البقرة: ٢٤١.
(٩٢) سورة البقرة: ٢٣٦،
(٩٣) سورة الأحزاب: ٤٦ـ ٢٨
(٩٤) د. السرطاوي، مصدر سبق ذكره ص ١٨٠.
(٩٥) سورة البقرة، الآية ٢٢٩
(٩٦).الشربيني، الشيخ محمد بن احمد، مغني المحتاج، ج٣، مطبعة مصطفى الحلبي،مصر ١٩٥٨،ص٢٤١.
(٩٧) سورة البقرة: ٢٤١.
(٩٨) سورة البقرة: ٢٣٧
(٩٩) ابن قدامة، موفق الدين، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل،ج٧، ط١، دار الفكر، بيروت١٩٨٥، ص١٨٤

(١٠٠) الشربيني مصدر سبق ذكره، ص٢٤١ .
(١٠١) سورة البقرة : ٢٤١
(١٠٢) ابن حزم ، أبو محمد علي بن سعيد ، المحلى بالآثار ،ج١٠، دار الكتب العلمية ، بيروت ١٩٨٨، ص٣
(١٠٣)العاملي، مصدر سبق ذكره ، ج٥ ، ٣٤٨.
(١٠٤) الكافي، مصدر سبق ذكره،ج٦٩/٦.
(١٠٥) الطباطبائي ،تفسير الميزان، مصدر سبق ذكره،ج ٢/ ٢٤٧
(١٠٦) العاملي ، الروضة البهية، ٣٤٨/٥.
(١٠٧) الشربيني، مغني المحتاج ، مصدر سبق ذكره،ج ٣ ص٢٤١.ـ الطوسي، التبيان،مصدر سبق ذكره،ج٢/ ص٢٦٩.
(١٠٨) ابن رشد ، بداية المجتهد، ٢/ ١٠٦ـ الشربيني ، مغني المحتاج ،٢٤١/٣.
(١٠٩) السيد الخميني، روح الله، تحرير الوسيلة،ط٢، دار العلم، مطبعة مهر،قم ج٢،ص٢٩٨.
(١١٠)سورة البقرة : ٢٣٦
(١١١) سورة البقرة : ٢٤١.
(١١٢) الطباطبائي، ٢٤٥/٢.ـ الكافي ٦٨/٦.
(١١٣) العاملي، الروضة البهية ، مصدر سبق ذكره، ٥/ ٣٤٧ـ ٣٤٨.
(١١٤)الكليني ،الكافي، مصدر سبق ذكره، ج٦،ص٦٨
(١١٥) نفس المصدر السابق
(١١٦)الدكتور الكبيسي ،احمد، نظام الأسرة، طبع بغداد،ص٢١٤.
(١١٧). د. عبد الحميد الحكيم –الموجز في شرح القانون المدني العراقي، مصادر الإلتزام، مطبعة نديم ط٥ ١٩٧٧، ص١٩.
(١١٨). الدلو، إبراهيم فاضل الدلو – الضمان الاجتماعي في الإسلام – مطبعة الرشاد بغداد ط ـ١٩٨٨ – ص٢١.

ـ يقول الدكتور رحمن صبحي احمد (... وارى وجوب تقييد حق الزوج في الطلاق إذا ما أقدم عليه بدون سبب من الزوجة بإلزامه بالتعويض بناء على مبدأ إساءة استعمال الحق) مجلة القضاء والقانون وزارة العدل – الكويت – مجلة دورية عدد/١ السنة الرابعة ١٩٧٣ ص٢٨.
(١١٩)-الشيخ حسن خالد –احكام الاحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ط٢، دار الفكر ١٩٧٢، – ص١٦٦
(أن كون الأصل في الطلاق الحظر لا يجيز إلى الحكم بالتعويض نظراً لقيام الزواج على التعاقد مشروع لا يوجب مثل هذا التعويض).
(١٢٠)قرار المحكمة التمييز المرقم ٩٦٣/شخصية /١٩٨٨ في ١٩٨٨/١/١٠ منشور في مجموعة الأحكام العدلية – العدد الأول – ١٩٨٨ (... غير انه وجد ان المرعية طلبت الحكم لها بالتعويض بحجة ان الزوج كان متعسفاً في إيقاع الطلاق وحيث أن التعسف يجب أن يثبت لدى المحكمة بوجه قانوني ثم يصار إلى تقدير التعويض بمعرفة الخبراء ولا يجوز إحالة الأمر ابتداء إلى الخبراء لان وجود التعسف في إيقاع الطلاق إنما هو متصل في نقطة قانونية تخص المحكمة فيها الأجراء).
(١٢١)المحامي علي حسين الحمدان – كلمة يهتز لها العرش – مطبعة دار البلاغ – الكويت – بلا تاريخ ص٤٠.
(١٢٢) نظراً للقرار التمييزي المرقم ٢٦٠/شخصية /١٩٩٢ في ١٩٩٢/٣/٩ (غير منشور) ملخص القرار:- ادعى (ش) لدى محكمة الاحوال الشخصية في القائم بأن المدعى عليها (م) هي زوجته شرعاً وقد تركت دار الزوجية منذ عدة سنوات وترفض العودة إليها مما اضطره إلى طلاقها لدى المطلق الشرعي بتاريخ ١٩٩١/٩/٩ طلاقاً رجعياً غيابياً، عليه طلب دعوتها للمرافعة والحكم بتصديق الطلاق وتحميلها الرسوم والمصاريف أصدرت المحكمة المذكورة بتاريخ ١٩٩١/١٢/٣١ وبعدد ٢٠١/ش/١٩٩١حكماً حضورياً بتصديق الطلاق الواقع بين المتداعيين بتاريخ وقوعه في ١٩٩١/٩/٩ واعتباره طلاقاً بائناً بينونة صغرى لا يحق للمدعي الرجوع بزوجته دون عقد جديد ومهر مستأنف، ولعدم قناعة المدعى عليها بالحكم المذكور طلبت تدقيقه تمييزاً ونقضه.

القرار:- (لدى التدقيق والمداولة وجد أن الحكم المميز بخصوص إيقاع الطلاق صحيح وموافق للقانون إلا أن المحكمة فأنها التحقيق بالتعويض عن الطلاق التعسفي الذي أوقعه الزوج خارج المحكمة لذا قرر نقض الحكم المميز من هذه الجهة ....).

(١٢٣). القرار التمييزي ٢٢٥٣/شخصية/١٩٩٢ (غير منشور) بموجبه صدق القرار محكمة أحوال الشخصية في الاعظمية ٩٥٧/ش/١٩٩٢ في ١٩٩٢/٣/٤ الذي اعتبر الطلاق الواقع خارج المحكمة طلاقاً تعسفياً. حيث جاء في نصه (لدى التدقيق والمداولة وجد أن الفقرتين الحكميتين المميزتين الخاصتين بالحكم الطلاق وإلزام المميز بالتعويض صحيحتان وموافقتان للشرع والقانون...).

- انظر أيضاً قرارات المحكمة الاحوال الشخصية في الكاظمية حول الموضوع ذاته.

٩/ش/١٩٩٢ في ١٩٩٢/٢/١٥ (غير منشورة).

٣٨١٢/ش/١٩٩٢ في ١٩٩٢/١٠/٤ ٠غير منشور).

٤٤١٠/ش/١٩٩٣ في ١٩٩٣/٨/٣١ (غير منشور).

- قرار محكمة الاحوال الشخصية في الكرخ ٣١٢٨/ش/١٩٩٦ في ١/٢٣/ ١٩٩٦ (غير منشور).

(١٢٤). قراري محكمة الاحوال الشخصية في الكاظمية ٥٢٥٩/ش/١٩٩٤ في ١٩٩٤/١١/٢٨ و ٩٦٥/ش/١٩٩٥ في ١٩٩٥/٤/١٢ (غير منشور).

(١٢٥). قرارات محكمة الأحوال الشخصية في الكاظمية (غير منشورة).

٩٢٦ /ش/١٩٩٥ في ١٩٩٥,/٣/٢٣

٩٥٦/ش/١٩٩٣ في ١٩٩٥,/٣/١٢

٥٨١٤/ش/١٩٩٤ في ١٩٩٣,/١٠/٢

١٠٦/ش/١٩٩٤ في ١٩٩٤,/٢/٢

٨٥٣/ش/١٩٩٥ في ١٩٩٥,/٣/٥

١٧٩٩/ش/١٩٩٦ في ١٩٩٦/٦/١٨.

(١٢٦) القرار التمييزي ٥٥٠/ شخصية/١٩٨٨ في ١٩٨٨/٦/١٣ منشور مجموعة الأحكام العدلية. عدد /٣- ١٩٨٨ (... التحقيق فيما إذا كان الزوج متعسفاً في طلاقه لزوجته وان الزوجة أصابها ضرر من جراء الطلاق أمر تستقل به المحكمة ولا ينبغي إحالته على الخبراء واستناداً لأحكام المادة (٣/٣٩) المعدلة من قانون الاحوال الشخصية).

- كذلك القرار التمييزي ٨٠٩٥/شخصية /١٩٨٨ في ١٩٨٨/٩/١١ منشور المجموعة أعلاه (ليس للمحكمة أن تلزم الزوج بالتعويض عن الطلاق التعسفي قبل إجراء تحقيق كافي عما إذا كان الزوج متعسفاً حينما طلق زوجته وهل أصاب الزوجة ضرر من جراء ذلك).

(١٢٧). القرار التمييزي ٢٠٥٨/شخصية/١٩٨٩ في ١٩٨٩/٦/٧ (غير منشور) (...أما استناداً لمحكمة برد الدعوى إلى أن المدعية لم تطلب التعويض في دعوى الطلاق فقد استقر قضاء محكمة التمييز على أن للزوجة طلب التعويض عن الطلاق التعسفي أما في دعوى الطلاق نفسها أو في دعوى أخرى لعدم اشتراط المادة (٣/٣٩) أحوال شخصية التي بحثت التعويض أن ينحصر الطلب المذكور في دعاوى الطلاق فقط).

- والقرار التمييزي ٣٦٩/موسعة أولى/١٩٨٦ في ١٩٨٧/٢/٢٨.

(للمطلقة تعسفاً أن تطلب من المحكمة الحكم لها بالتعويض ضمن دعوى الطلاق أو بإقامة دعوى مستقلة به طالما أن الطلاق واقع بعد نفاذ قانون تعديل في ١٩٨٥/٧/١ . المحامي جمعة الربيعي – المصدر السابق ص٢٠٣.

كذلك قرارات محكمة التمييز آلاتية (غير منشور)

٤٣٦٤/شخصية/١٩٩٠ في ١٩٩٠,/١٠/١٣

٦٤١١/شخصية/١٩٩٢ في ١٩٩٢,/١١/١٧

٥١٣٩/شخصية/١٩٩٢ في ١٩٩٣,/١/٣٠

٤٨٥٥/شخصية/١٩٩٤ في ١٩٩٣,/١/٢١

١٠١٦/شخصية/١٩٩٦ في ١٩٩٦,/٨/٤

٧٩٩/شخصية/١٩٩٨ ١٩٩٨/٢/٢١.

(١٢٨). قرار محكمة التمييز ٥١٠٤/شخصية/١٩٩٤ في ١٩٩٣/١/٢٧ (غير منشور)

(١٢٩)القرارالتمييزي ٥١٣٦/شخصية/١٩٨٨في ١٩٨٨/٦/٩ منشور في مجموعة الأحكام العدلية عدد/٣-ص٨٣

(إذا طلبت المدعية الحكم لها بالتعويض عن الطلاق التعسفي فلا يجوز رد دعواها بحجة إنها أفاد تفي دعوى الطلاق بأنها لا تطالب بالتعويض إذا دفع لها زوجها حقوقها الزوجية ثم عدلت عن هذا العرض ولم تصدر المحكمة الحكم بالطلاق إذ لا يعتبر هذا العرض إسقاطاً لحق الزوجة وفقاً للقاعدة الفقهية (الساقط لا يعود بل ينبغي النظر في دعوى وتكليف المدعية بالإثبات).

- القرار التمييزي المرقم ٦١٧٢/شخصية/١٩٩٤ في ١٩٩٦/٣/١١ (غير منشور).

(١٣٠). القرار التمييزي ٣٣٠٢/شخصية /١٩٨٦ في ١٩٨٦/٧/٣١ منشور مجموعة الأحكام العدلية عدد ٣و٤- ١٩٨٦ ص٩٦ (لدى التدقيق والمداولة وجد أن الحكم الصادر غير صحيح ذلك أن تقرير الباحثة الاجتماعية قد أشار إلى وجود تقصير من الطرفين فكان على المحكمة في هذه الحالة التحقيق في ذلك ليتسنى لها الوقوف على درجة تعسف الزوج في إيقاع الطلاق...)

(١٣١). م١٤٤ أحوال شخصية (يجوز إثبات أسباب التفريق بكافة وسائل الإثبات...).

(١٣٢) القرار التمييزي ٤٩٧٧/ شخصية /١٩٩٢ في ١٩٩٢/١/٢٣ (غير منشور) (..إن الفقرة الحكمية المميزة غير صحيحة ومخالفة للشرع والقانون ذلك أن المدعي دفع بأن هناك أوراق تحقيقية تثبت سبب إيقاعه وطلب جلبها وان المحكمة لم تستجب لطلبه..)).

- كذلك القرار التمييزي ٥٠٢٣/شخصية/١٩٩٢ في ١٩٩٣/١/٣٠ (غير منشور) (..أن الحكم المميز غير صحيح ومخالف للشرع وكذلك للقانون ذلك أن المدعى عليه دفع بأن المدعية تعتدي عليه بالسب والشتم وإنما ممتنعة عن فراشها لمدة ثلاثة اشهر وان المدعى عليه عجز عن إثبات الواقعة بالسب والشتم والمنع فأظهرت المدعية استعدادها لحلف اليمين على السببين الأول والثاني وأقرت بالثالث نتيجة الخلاف ولفترة موافقة لذا فأن السبب الثالث لا يكفي لإيقاع الطلاق ولا ينفع عن المدعي مظنة التعسف...).

(١٣٣). القرار التمييزي ١٤٧٣/شخصية /١٩٨٦ في ١٩٨٩/٢/٢٥ منشور مجموعة الأحكام العدلية – عدد١و٢- ١٩٨٦ – ص١٠٣ . (إذا دفع وكيل المدعى عليها بأن المدعي طلق زوجته تعسفاً فلا يصح إهمال هذا الدفع وتصديق الطلاق دون التحقيق في الدفع المذكور..).

(١٣٤). قرار محكمة الاحوال الشخصية في الاعظمية ٢١٣٦/ش/١٩٩٦ في ٩٦/٧/٢٠ (غير منشور) (...وللبنية الشخصية المستمعة المؤيدة لدعوى المدعية يكون المدعى عليه بالإضافة إلى راتبه يعمل سائق سيارة أجرة...).

(١٣٥) القانون الأردني رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ حددت للمادة (١٣٤) منه مقدار النفقة التعسفية بما لا يتجاوز سنة يدفع جملة أو أقساط.

- القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وفي المادة (١٨) منه جعلت التعويض بما يعادل نفقة سنتين على الأقل ويجوز تسديده على شكل أقساط. - القانون السوري رقم ٩ لسنة ١٩٥٣ جعل التعويض بما لا يتجاوز مدة سنة ويمكن ان تنفذ جملة أو تقسيطاً.

- مشروع قانون الاحوال الشخصية العربي الموحد جعل التعويض بما لا يتجاوز نفقة ثلاث سنوات (م٩٧).

(١٣٦). القرار التمييزي ٥٠٠٦/شخصية / ١٩٩٢ في ١٩٩٢/٢/٢٧ (غير منشور) ((إن الحكم المميز غير صحيح ومخالف للشرع والقانون ذلك أن المحكمة قدرت التعويض لمدة سنة واحدة فقط دون بيان أسباب ذلك ودون الاستعانة بخبير لتقدير التعويض...).

(١٣٧). القرار التمييزي ٣٠٧٢/شخصية/١٩٩٢ (غير منشور). (.. وجد ان الحكم المميز بالنظر للأسباب المبينة فيه صحيح وموافق للشرع والقانون حيث أن مبلغ التعويض فرض بالاتفاق ...). كذلك القرار التمييزي ٣٨٦٤/شخصية/١٩٩١ في ١٩٩١/١٢/٢٨ (غير منشور) (... وجد أن الحكم المميز بالنظر للأسباب المبينة فيه صحيح وموافق للشرع والقانون حيث أن التعويض فرض باتفاق الطرفين...). أيضاً قرار محكمة التمييز والأحوال الشخصية في البياع ١٤٨٩/ش/١٩٩٢ في ١٩٩٣/٣/٢٠ (غير منشور).

(١٣٨) قرار محكمة التمييز والأحوال الشخصية في الكاظمية ١٦٨٣/ش/١٩٩٦ في ١٩٩٦/٦/١٨ غير منشور (... للاتفاق الحاصل بين وكيلي الطرفين على مقدار نفقة التعسف....).

(١٣٩). القرار التمييزي ٤٤٤/شخصية/١٩٨٧ في ١٩٩٧/١٠/٢٠ منشور – مجموعة الأحكام العدلية – ٣و٤ – ١٩٨٧ ص٩٧ (ليس للمحكمة أن تقدر التعويض للزوجة المطلقة من قبلها مباشرة بل يقتضي تقديره من قبل أهل الخبرة).

(١٤٠) القرار التمييزي ٥٨٣٦/شخصية/١٩٩٢ (غير منشور)

(وجد أن الحكم المميز بالنظر للأسباب المبينة فيه صحيحة وموافق للشرع والقانون حيث أن التعويض بالطلاق التعسفي الذي أصر عليه الزوج بذمته قد جرى بمعرفة الخبراء).

(١٤١) م١٤٠ قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

(١٤٢). قرار محكمة التمييز ٣٠٢٤/شخصية/١٩٩٢ في ١٩٩١/٦/٢ (غير منشور) (...أما الفقرة الحكمية الخاصة بالتعويض فأنها غير صحيحة ذلك لان المحكمة سبق وان انتخبت خبيراً قدر التعويض وحكمت به قبل عرض الدعوى على محكمة التمييز لان قرار النقض لم يتطرق إلى مقدار التعويض لذا فلجؤها إلى تقدير التعويض مرة أخرى غير لازم وغير صحيح).

-(١٤٣)-السرطاوي،محمود، شرح قانون الأحوال الشخصية،مصدر سبق ذكره،ص١٨٠

(١٤٤) المادة (٢) من القانون المدني العراقي، رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١،

المصادر

(أ)القرآن الكريم والتفاسير والدراسات القرآنية:

١- الشيخ الطوسي، محمد بن الحسين ، التبيان في تفسير القرآن، ط١مؤسسة الأعلمي، بيروت. ٢- الطبرسي، الفضل بن الحسن ، مجمع البيان في تفسير القرآن ، شركة المعارف، طهران.

٣- الطباطبائي، محمد حسين ، الميزان في تفسير القرآن،مؤسسة الأعلمي،ط٢، بيروت، ١٩٧٣.

(ب) كتب اللغة

(ا)ابن منظور ، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ، لسان العرب ،ط١، دار صادر ، بيروت١٩٥٥.

(٢)الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب ، القاموس المحيط ، المؤسسة العربية للطباعة والنشر ، بيروت.

(ت)- كتب الحديث والفقه وأصوله :

إبراهيم فاضل الدلو الضمان الاجتماعي في الإسلام مطبعة الرشاد بغداد ط١ ١٩٨٨.

٢- إبن الهمام السيواسي،كمال الدين،شرح الفتح القدير على الهداية،مطبعةمصطفى الحلبي،مصر،ط١ ١٩٧٠

٣ - ابن ماجة، محمد بن يزيد القزويني ، سنن ابن ماجة ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار الفكر بيروت

٤- ابن حزم ، ابو محمد علي بن سعيد ، المحلى بالآثار ، دار الكتب العلمية، بيروت ١٩٨٨.

٥- إبراهيم ، حاشية الحاج إبراهيم على الأنوار ، ط أخيرة ، مؤسسة الحلبي ، القاهرة ,١٩٧

٦- ابن قدامه ، موفق الدين ابو عبد الله محمد بن أبي بكر ، المغني في فقه الإمام احمد بن حنبل ط١، دار الفكر ، بيروت ١٩٨٥ .

٧- ابو سنة ، د. احمد فهمي ، النظريات العامة للمعاملات ، مطبعة دار التأليف ١٩٧٦.

٨- الخميني، روح الله، تحرير الوسيلة، ط٢،دار العلم ، مطبعة مهر ، قم

٩- الزيعلي،فجرالدين عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط١ ، المطبعة الأميرية، مصر ١٣١٣هـ.

١٠- الزلمي ،مصطفى إبراهيم – مدى سلطان الإرادة في الطلاق في شريعة السماء وقانون الرحمن خلال أربعة ألاف سنة – مطبعة العاني – بغداد –ج١ – ١٩٨٤.

١١- الدمشقي، محمد بن عبد الرحمن، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ط ١، ١٩٩٠، مطبعة اسعد بغداد.

١٢- الدريني ، فتحي ، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ، مطبعة جامعة دمشق ، ,١٩٧٦

١٣- الدريني ، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي ،ط٤

١٤- ابو زهرة ،محمد ، الاحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ط٣ ، ,١٩٥٧

١٥- ابوزهرة،محمد،التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي،محاضرات اسبوع الفقه،دمشق طبع القاهرة ١٩٥٧

١٦- ابو عبد الله محمد بن اسماعيل، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، طبعة دار المعارف ، بيروت.

١٧- العاملي ، زين الدين الجعبي ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، ط ١، جامعة النجف ١٣٨٦ هجري. .

١٨- السيد فضل الله ، محمد حسين ، فقه الشريعة ،دار الملاك ،ط٢ ، ,٢٠٠١

١٩- الشاطبي ،إبراهيم بن موسى النخمي ، الموافقات في أصول الشريعة، ط١،دار الكتب العلمية ،بيروت,١٩٩١

٢٠- القد ومي ، عبير شاكر ، التعسف في استعمال الحق في الأحوال الشخصية ،دار الفكر ، ط١عمان ,٢٠٠٧

٢١- السرطاوي ، محمود على ،شرح قانون الأحوال الشخصية ، ط٢،عمان ٢٠٠٧

٢٢- السيوطي،جلال الدين،الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية ، ط١، دارالكتب العلمية ، بيروت ١٩٨٣ .
٢٣- الكليني ، محمد بن يعقوب ، الكافي ، منشورات الفجر، بيروت ،ط١ ، ٢٠٠٧,
٢٤- النووي ، يحيى بن شرف ، شرح النووي على صحيح مسلم المطبعة المصرية / الازهر ١٩٢٩ .
٢٥- الذهبي ، محمد حسين ، الاحوال الشخصية بين مذهب اهل السنة ومذهب الجعفرية / ط١٩٨٥شركة الطبع الاهلية ، بغداد .
٢٦- الشربيني،الشيخ محمد،مغني المحتاج لمعرفةألفاظ معاني المنهاج ج٣دارإحياءالتراث العربي بيروت بلا تاريخ.
٢٧- الشيخ محمد كاظم الخراساني، كفاية الأصول ط١، مؤسسة آل البيت(ع) لإحياء التراث ، قم ،١٤٠٩هـ.
٢٨- الشيخ محمد رضا المظفر ، اصول المظفر، ط٤، مؤسسة اسماعليان قم ١٣٧٠هـ ش.
٢٩- ابن عابدين ، محمد امين، حاشية بن عابدين، دار الفكر ١٩٧٩.
٣٠- السلمي ، عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة١٩٦٨.
٣١ - السنهوري، عبد الرزاق احمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،ط٣، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠,
٣٢- الشيخ حسن خالد الدكتور عدنان نجا ، احكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر بيروت،ط٢، ١٩٧٢ .
٣٣- الطوسي، محمد بن الحسن ،تهذيب الأحكام ،تحقيق السيد حسن الخرسان، مطبعة النعمان النجف الأشرف،١٩٥٩.
٣٤- د. الصابوني، الرحمن الصابوني ،في مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع الشرائع السماوية والقوانين الأجنبية وقوانين الاحوال الشخصية مطبعة دار الفكر، بيروت ط٢ ١٩٦٨.
٣٥ - الطبرسي ،الشيخ رضي الدين أبي نصر الحسن بن الفضل، مكارم الاخلاق مؤسسة الاعلمي للمطبوعات ، بيروت ، ط٦ ، ١٩٧٢ .
٣٦- الطبرسي ،الشيخ رضي الدين أبي نصر الحسن بن الفضل، مكارم الاخلاق مؤسسة الاعلمي للمطبوعات ، بيروت ، ط٦ ، ١٩٧٢ .
٣٧ -العاملي،محمدجمال الدين مكي،الروضة البهيةط١مؤسسةاسماعليان،قم،١٤١٥هـ./وط١جامعة النجف ١٣٨٦هـ.
٣٨- العز بن عبد السلام ، قواعد الاحكام ، مطبعة البابي ، الحلبي مصر .
٣٩- الكبيسي ، احمد عبيد ، نظام الأسرة ، طبع بغداد ،
٤٠- النووي، يحيى بن شرف، شرح النووي على صحيح مسلم ، المطبعة المصرية، الأزهر ١٩٢٩
٤١- بدران أبو العينين بدران،الزواج والطلاق في الإسلام،مطبعة محمد، مؤسسة الشباب الجامعة الاسكندرونة – بلا تاريخ.
٤٢- جمعة سعدون الربيعي، أحكام النفقة فقهاً وقانوناً وقضاءاً دراسة مقارنة ،شركة آب للطباعة بلا تاريخ.
٤٣- سرور محمد شكري، النظرية العامة للحق، ط١، دار الفكر العربي، ١٩٧٩,
٤٥- عبد القادرإبراهيم علي،تفسيرآيات الأحكام من القرآن الكريم المتعلقة بعمل القضاء مكتبة النهضة،بغداد ١٩٩٦,
٤٦- علي حسن الحمدان – كلمة يهتز لها العرش – مطبعة دار البلاغ –كويت بلا تاريخ.
٤٧- عبد القادر إبراهيم علي تفسيرايآت الأحكام من القرآن الكريم المتعلقة بعمل القضاء مكتبة النهضة بغداد ١٩٩٦,
٤٨-عبد المجيد الحكيم الموجز في شرح القانون المدني العراقي – مصادر الالتزام مطبعة نديم ط٥ ١٩٧٧,
٤٩- علي حسن الحمدان – كلمة يهتز لها العرش – مطبعة دار البلاغ –كويت بلا تاريخ.

ث: المجلات والدوريات

مجلة القانون المقارن – جمعية القانون المقارن العراقية عدد /٢١-١٩٨٩.
- مجموعة الأحكام العدلية عدد /١و٢-١٩٨٦ – عدد /٣-١٩٨٧ عدد ١و٢و٣-١٩٨٨.
- العيسوي،احمد،نظريةالتعسف في استعمال في الفقه الإسلامي،مجلةالعلوم القانونيةوالإقتصادية،العدد الأول ١٩٦٣.
- مجلة القضاء والقانون - وزارة العدل - الكويت - العدد١ ، السنة الرابعة١٩٧٣.
- سعيد عبد الكريم مبارك –التعسف في استعمال الحق – مجلة القانون المقارن عدد /٢١-١٩٨٩.
- القاضي عاد هاتف جبار – بحث الطلاق – مجلس العدل ١٩٨٨.

- عيسوي ، احمد ، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الأول ،١٩٦٣.
- الدكتور فتحي الدريني، التطبيقات التشريعية للدور الوقائي لنظرية التعسف في التقنين المدني الجزائري وسائر التقنينات العربية وفي التشريع الإسلامي
ج- القوانين
١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١,
٢. قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩,
٣. قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩,
٤. قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩,
٥.. قانون حق الزوجة المطلقة في السكن رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣.
الانترنت
- السيد محمد حسين فضل الله، تفسير وحي القران.
www.arabic.bayynat..،
-السيد محمد حسين فضل الله ، مكتب الإستفتاءات
www.istifbayynat.org