وزارة التعليم العالي

و البحث العلمي

جامعة البصرة

كلية القانون

موضوع البحث

(عقد الكفالة)

بحث تقدم به الطالب : احمد محمد جميل ناجي

الى كلية القانون الدراسات المسائية وهو جزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في القانون

إشراف الاستاذ الدكتور حسين عبد القادر البهادلي

١٤٤١ هـ

٢٠٢٠ م

(بِسْمِ اللَّـهِ الرَّحْمَـٰنِ الرَّحِيمِ)

(وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ ۖ وَسَتُرَدُّونَ إِلَىٰ عَالِمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ) سورة التوبة الاية ١٠٥

(وَمَا كَانَ لِنَفْسٍ أَنْ تَمُوتَ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ كِتَابًا مُؤَجَّلًا ۗ وَمَنْ يُرِدْ ثَوَابَ الدُّنْيَا نُؤْتِهِ مِنْهَا و مَنْ يُرِدْ ثَوَابَ الْآخِرَةِ نُؤْتِهِ مِنْهَا ۚ وَسَنَجْزِي الشَّاكِرِينَ) سورة ال عمران الاية ١٤٥

الاهداء

الى من اخفض لهم جناح الذل من الرحمة ..... ابي العزيز وامي الغالية

والى اخوتي واخواتي الاعزاء ....

والى اخي الشهيد الذي سالت دماءه في سبيل الوطن والعقيدة ...

والى اصدقائي وزملائي واقاربي .....

والى شهداء الوطن جميعاً والى احرار العالم ....

والى الاساتذة ممن تولوا تعليمي ....

اهدي لهم هذا الجهد المتواضع ....

شكر و تقدير

بعد شكر العلي القدير على ما منه علي من فضل ، اتقدم بخالص الشكر و التقدير الى المشرف الاستاذ الدكتور حسين عبدالقادر و اساتذتي الافاضل الذين لهم الفضل في تعليمي

المحتويات

ت	الموضوع	رقم الصفحة
١.	المقدمة	٦
٢.	المبحث الاول : ماهية عقد الكفالة	٧
٣.	المطلب الاول : مفهوم عقد الكفالة	٨
٤.	الفرع الاول : تعريف عقد الكفالة	٨
٥.	الفرع الثاني : خصائص عقد الكفالة	١٤
٦.	المطلب الثاني : تمييز عقد الكفالة عن ما يشتبه به من العقود	٢١
٧.	المبحث الثاني : عقد الكفالة اركانه واثاره	٢٦
٨.	المطلب الاول : اركان عقد الكفالة	٢٦
٩.	المطلب الثاني : اثار عقد الكفالة	٣٣
١٠.	المبحث الثالث : انقضاء عقد الكفالة	٤٠
١١.	المطلب الاول : انقضاء عقد الكفالة بصفة تبعية	٤٠
١٢.	المطلب الثاني : انقضاء عقد الكفالة بصفة اصلية	٤٢
١٣.	الخاتمة	٤٣
١٤.	المصادر	٤٤

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين حمد عباده الشاكرين و افضل الصلاة و اتم التسليم على سيدنا وقائدنا و حبيبنا و نبينا محمد بن عبدالمطلب و اله الطيبين الطاهرين وصحبه و من سار على نهجه الى يوم الدين .

سنتناول في مبحثنا هذا موضوع عقد الكفالة و سنبحث في تعريفها خصائصها و ما يشتبه بها من العقود الاخرى و اركان العقد و اثاره و انقضائه.

ان التأمينات بأنواعها المختلفة تهدف الى الضمان الوفاء بالالتزامات المترتبة في ذمة المدين و ان هذه التأمينات عبارة عن وسائل قانونية التي تمكن الدائن من الحصول على حقه و تجنبه خطر اعسار المدين و هذه الوسائل حقيقة لها اهمية حيث تؤدي وظيفة اقتصادية و اجتماعية للدائن و المدين معاً .

اهمية الدراسة لعقد الكفالة لما يعد عقد الكفالة من العقود المهمة و الحيوية في الحياة اليومية و عقد الكفالة يقدم بعض التسهيلات للأشخاص في معاملاتهم مع الغير ، فهو ضمان يقدمه المدين للدائن ليضمن الدائن وفاء المدين بالتزامه.

اما منهجية الدراسة هي للتعرف على عقد الكفالة و التحليل و معرفة الكفالة في القانون و الآراء و النصوص و الاستفادة منها .

اما خطة البحث سوف نقسم عقد الكفالة في مبحثنا هذا الى ثلاثة مباحث سنتناول في المبحث الاول تعريف عقد الكفالة و خصائصه و تمييزه عما يشتبه به من العقود الاخرى و نتناول في المبحث الثاني اركان عقد الكفالة و اثاره و المبحث الثالث سنخصصه في الحديث في انقضاء عقد الكفالة ، و الله ولي التوفيق .

المبحث الاول

ماهية عقد الكفالة

التأمينات بأنواعها المختلفة تهدف الى ضمان الوفاء بالالتزامات وواحدة من هذه التأمينات هو عقد الكفالة الذي يعد من العقود المهمة و الحيوية في حياتنا اليومية ، و عقد الكفالة يقدم بعض التسهيلات للأشخاص في معاملاتهم مع الغير ، فهو ضمان يقدمه المدين للدائن ليضمن الدائن وفاء المدين بالتزامه ، و لقد اشار المشرع العراقي لعقد الكفالة في القانون المدني العراقي ، و سوف نقسم مبحثنا هذا الى مطلبين فالمطلب الاول نتناول به مفهوم عقد الكفالة وبه فرعين الفرع الاول تعريف عقد الكفالة والفرع الثاني خصائص عقد الكفالة والمطلب الثاني نتناول به تمييز عقد الكفالة عما يشتبه به من العقود .

المطلب الاول

مفهوم عقد الكفالة

الفرع الاول

تعريف عقد الكفالة

الكفالة لغة : ضمنه ، و يقال كفل المال ، و كفل عنه المال لغيره فهو الكافل و معناها الضم .(١)

تعني الضم اي تكفل فلان بالشيء اي الزم نفسه به

و منه قوله تعالى (و كفلها زكريا) (٢) اي ضمن زكريا (ع) حضانة مريم (ع) و تكفله بالقيام بأمرها (٣)

١- ابراهيم مصطفى و احمد الزيات و حامد عبدالقادر و محمد النجار ، المعجم الوسيط ، ج١ ، ط دار الدعوة ، استنبول _ تركيا ، ص ٤٠٠.

٢- سورة ال عمران الآية (٣٧) .

٣- الاشقر ، محمد سليمان ابو ريخه ، ماجد محمد و شبير ، محمد عثمان و الاشقر ، عمر سليمان : **بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة** ،المجلد الاول ، ط ١ ، **الاردن :** دار النفاش للنشر و التوزيع : ١٩٩٨ ، ص ٤٢١.

و في الحديث الشريف قال رسول الله محمد (ص) (انا و كافل اليتيم في الجنة هكذا و اشار بالسبابة و الوسطى و فرج بينهما شيئا له (١) و الكفيل والضمين و الضامن و القبيل و الحميل و الزعيم كلها بمعنى واحد و هو الكفيل (٢)

و جاء ايضا في الحديث الشريف (الزعيم غارم) اي ضامن الحديث اخرجه البخاري رقم الحديث (٢٩٨٣) (٣)

و الكفيل هو الضامن و الكافل هو الذي يعيل انسانا و ينفق عليه (٤)

١- البخاري محمد بن اسماعيل ابو عبدالله الجعفي ، **جامع الصحيح المختصر** ، دار ابن كثير ، اليمامة ، بيروت ، ط ٣ (١٤٠٧ه _ ١٩٨٧م) تحقيق د مصطفى ذيب البغا ، ج ٥ ، ص٢٠٣٢ و حديث رقم ٤٩٩٨ .

٢- د زيدان عبدالكريم ، **الكفالة و الحوالة في الفقه مقارنة** ، مكتبة القدس ، ص ١٠٨ .

٣- البخاري ، **الجامع الصحيح المختصر** ، مرجع سابق ، رقم الحديث ٢٩٨٣.

٤- احمد محمد اسماعيل ، **الكفالة بالمال و اثرها في الفقه الاسلامي** _ دراسة مقارنة و تطبيقات معاصرة ، الإسكندرية : دار الجامعة الجديدة للنشر ، ٢٠٠٤ ، ص ٥٠٤ .

الكفالة اصطلاحا : لا تختلف الكفالة في الاصطلاح عن معناها

في اللغة و قد اختلف الفقهاء في اعطاء معنى واحد للكفالة ،

فمنهم من اطلق عليها لفظ الضمان و منهم من فرق بين الكفالة و الضمان

فعرفها جمهور الكفالة بانها ضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل في المطالبة مطلقا بنفس او بدين او عين مغصوبة . (١)

كما عرفها الكاساني : التزام المطالبة بما على الاصيل (٢)

يرى المالكية و الشافعية في المشهورة و الحنابلة

ان الكفالة هي : ان يلتزم الرشيد بإحضار بدن من يلزم حضوره

في مجلس الحكم (٣)

يسمي الشافعية الكفالة بالضمان و الضمان شرعا هو

(هو عقد يقضي التزام دين ثابت في ذمة الغير او احضار عين مضمونة او بدن من يستحق حضوره) .

١- ابن عابدين محمد امين ، حاشية رد المختار على الدرر المختار شرح تنوير الابصار ، ج٥ ، ط٢ ،مصر: شركة و مطبعة مصطفى البابي الحلبي و اولاده ، ١٩٦٦ ، ص ٢٨١ .

٢- الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج٢ ، بيروت : الكتاب دار الكتب العلمية ، ١٩٨٦ ، ص٢١٨ .

٣- الشيربيني محمد الخطيب ، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج ، ج٢ ، بيروت دار الفكر ، ص ١٩٩ .

تعريف الكفالة قانونا :

فقد عرف المشرع العراقي الكفالة في القانون المدني العراقي في نص المادة (١٠٠٨)

(الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطلبة بتنفيذ التزام) (١)

و معنى تعريف المشرع العراقي للكفالة كما مبين اعلاه

بأن ليس للكفيل ان يخرج نفسه من الكفالة و لكن له ذلك قبل ترتب الدين في ذمة الاصيل في الكفالة المعلقة و الكفالة المضافة و لا تضامن بين الكفيل و المدين ما لم يشترط ذلك في عقد الكفالة او في عقد منفصل (٢).

اما المشرع المصري فقد عرف الكفالة في المادة (٧٧٢) من القانون المدني المصري (عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزم بأن يتعهد الدائن بأن يفي بهذا الالتزام اذا لم يف به المدين نفسه) (٣)

١-نص المادة ١٠٨ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

٢-المحامي عبدالقادر اللامي ،معجم المصطلاحات القانونية ،ط١،المكتبة الوطنية ،بغداد، ١٩٩٠ ،ص١٢١ .

٣-د.نبيل ابراهيم سعد ،التامينات العينية والشخصية ،منشورات العرابي الحقوقية، ٢٠١٠، ص٣٠٥.

ويمكن ان نؤخذ من تعريف القانون المدني المصري للكفالة هي انضمام ذمة مالية اخرى الى ذمة المدين في ضمان تنفيذ التزام ، ان عبارة اذا لم يف به المدين نفسه يجب ان لا يفهم ان التزام الكفيل معلق على شرط واقف ،هو عدم قيام المدين بالوفاء وانما تعهد الكفيل منجز ،وانما يقصد منها ان التزام الكفيل تابع لالتزام المدين الاصلي .(١)

وان من الممكن ان يكون التزام الكفيل مبلغ من النقود او اعطاء شيء غير النقود او ان يكون عملاً او امتناعاً عن عمل ،فاذا كان شي غير النقود وجب عليه التعويض نتيجة اخلاله بالالتزام .

وللعلم انه لا يشترط ان يكون الكفيل شخصاً طبيعياً بل يجوز ان يكون شخصاً معنوياً .(٢)

١-د. رمضان ابو سعود ، التامينات الشخصية والعينية ،منشأة المعارف ،الاسكندرية ، ١٩٩٥ ،ص٣٠ .

٢-ينظر : سعاد توفيق سلمان ابو مشايخ ، عقد الكفالة المدنية و الاثار المترتبة عليها_ دراسة مقارنة ، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية في نابلس ، ٢٠٠٦ . ص ١٢ .

ويرى بعض الفقهاء و الباحثين ان النص الوارد في القانون المدني المصري كان ادق من النص الوارد في القانون المدني العراقي و الدليل على ذلك بانه بين الفرق بين الكفالة و التضامن .

فأن عبارة (ضم ذمة الى ذمة) الواردة في كل من القانون المدني العراقي و مجلة الاحكام العدلية تبقى منتقدة لأنها تؤدي الى الخلط وعدم التفرقة بين الكفالة و التضامن و ذلك لأن المدين المتضامن هو مدين اصلي و التزمه التزام اصلي ، بينما الكفيل فدينه تابع لدين اصلي (١)

فالكفالة عموماً تكون تابعة لألتزام من الالتزامات و التبعية هي من اهم خصائص التأمينات عموماً على اختلاف انواعها (٢)

١- د. صلاح الدين الناهي ، شرح القانون المدني ، بغداد ،١٩٦٨ ، ص ٢٥٦ .
٢- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج١٠ ، ص١٩ .

الفرع الثاني

خصائص عقد الكفالة

يتميز عقد الكفالة بعدة خصائص و هي :

اولاً : الكفالة عقد من عقود الضمان الشخصي .

فالكفالة التزام شخصي للكفيل يضاف الى التزام المدين ، اي انها تمنح الدائن ضماناً شخصياً بالتزام الكفيل بالوفاء بما التزم به المدين عند عدم وفاء المدين بالالتزام (١) ، وعليه يعد كل من الكفيل و المدين مسؤولان مسؤولية شخصية في جميع اموالهم تجاه الدائن ، غير ان مسؤولية الكفيل تختلف عن مسؤولية المدين فأن التزام المدين التزام اساسي بينما التزم الكفيل التزام احتياطي و عليه اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه سيقوم الدائن بالتنفيذ عليه وعند عدم استطاعته الوفاء يتم اللجوء اخيراً الى الكفيل .

لذا فان الكفالة تعتبر الصورة النموذجية للتأمينات الشخصية

التي سأل بمقتضاها الكفيل عن تعهده للدائن بالوفاء بالالتزام الاصلي

في حالة عدم وفاء المدين به و هي مسؤولية غير محدودة في جميع

امواله (١) تشمل جميع ما في ذمة المدين .

ان الكفالة نجدها تتركز عتى التزام اصلي و تعمل على ضمان

الوفاء به لان الكفالة ترتب التزاماً شخصياً في ذمة الكفيل محله الوفاء

بالالتزام الاصلي اذا لم يف به المدين ، فالتزام الكفيل تابع لالتزام

المدين الاصلي في وجوده و انقضائه و صحته و بطلانه و في

اوصافه ايضاً .

ثانياً : عقد الكفالة عقد رضائي .

جاء في نص المادة ي (١٠٠٩) من القانون المدني العراقي (تنعقد الكفالة بإيجاب و قبول من الكفيل و المكفول له)

١- د. رقية عبدالجبار علي ، التأمينات و الكفالة في القانون البحريني ، سلسلة الكتب القانونية ٢٥ ، ص٢٣٢

الرضائية قوامة العقود جميعاً و العقد الرضائي هو الذي لا يتطلب المشرع شكلاً خاصا لانعقاده و انما يكفي بتراض طرفيه عليه لانعقاده و يكفي التعبير عن ارادتها أيا كان شكل هذا التعبير او بالإشارة الدالة كما جاء في القانون المدني العراقي ، و عقد الكفالة يبقى عقد رضائي و ان القانون اشترط الكتابة للأثبات فأن هذا الشرط ليس ضرورياً للانعقاد و لكنه شرط لازم للأثبات (١)

و اما القانون المدني المصري لا يلزم لانعقاد الكفالة شكل خاص ، و انما يكفي الرضا بين الدائن و الكفيل ، و على الرغم من ان المادة (٧٧٣) من القانون المدني المصري نصت على الكفالة لا تثبت الا بالكتابة (٢) لكن الكتابة المطلوبة هي شرطاً للأثبات و ليست ركناً للانعقاد ، و قد يتم اثباتها بالكتابة او يقوم مقامها من اقرار او يمين (٣) ، اما اذا كانت الكتابة للانعقاد فلا يجوز اثبات الكفالة بالإقرار او اليمين عند تخلف الكتابة .

١- د. نبيل ابراهيم سعد ، مصدر سابق ، ص ٢٧.

٢- القانون المدني المصري ، المادة (٧٧٣).

٣- د. عبدالسلام سعيد سعد ،الوجيز في التأمينات الشخصية و العينية ، د.ط.ن ، ص١٩٩٧ ، ص ١٧.

ثالثاً : عقد الكفالة عقد ملزم لجانب واحد .

يعتبر عقد الكفالة ملزم لجنب واحد حيث لا يلزم الا الكفيل اما الدائن في الطرف الاخر في عقد الكفالة لا يلتزم بشيء ناتج عن عقد الكفالة ، فأن جميع الالتزامات تقع على الكفيل و ليس على الدائن شيء ، و لا يغير من عقد الكفالة بأعتباره ملزم لجانب واحد ما يلتزم به الكفيل تجاه المدين لأن مصدر هذه الالتزامات ليس عقد الكفالة اذ ان المدين ليس طرفاً فيه (١) .

و يذهب جانب من الفقهاء بالقول بأن عقد الكفالة يعتبر ملزم لجانبين (٢) اذا وجد لجانب عقد الكفالة تأميناً اخر سواء كان شخصياً او عينياً ٠

١- د. رقية عبدالجبار علي ، مصدر سابق ، ص٣٠٧ .
٢- د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج ١٠ ،ص ٢٤.

رابعاً : عقد الكفالة من عقود التبرع

يعتبر عقد الكفالة من عقود التبرع و تعريف عقد التبرع

(بأنه العقد الذي يقدم فيه احد المتعاقدين منفعة للعاقد الاخر

من دون ان يحصل على مقابل لها) و يعتبر عقد الكفالة من

عقود التبرع لأن الكفيل يضم ذمته الى ذمة الاصيل دون مقابل ، و

يشترط في عقد الكفالة الاهلية كما في عقد التبرع اي ان يكون

الكفيل تتوفر فيه الاهلية اللازمة و هذا ما اشارت اليه مجلة الاحكام

العدلية في المادة (٦٢٨) (تشترط لانعقاد الكفالة كون الكفيل عاقلاً و

بالغاً فلا تصح كفالة المجنون و المعتوه و الصبي و لو كفل حال

صباه لا يوخد و ان اثر بعد البلوغ بهذه الكفالة) (١)

لأن الكفيل يعتبر متبرعاً للدائن يلتزم في مواجهته دون مقابل (٢)

١- مجلة الاحكام العدلية ، المادة (٦٢٨)

٢- انظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص١٠ و د. رمضان ابو السعود ، مصدر سابق ، ص ٣٥ .

خامساً : عقد الكفالة عقد تابع .

ان الغرض من الكفالة هو ضمان الوفاء بدين من الديون لذلك فالكفالة تتبع الدين في وجوده وصحته ، فالكفالة لا تنشأ الا اذا وجد التزام اصلي و بالتالي لا يكون التزام الكفيل صحيحاً الا اذا كان التزام المكفول صحيحاً ايضاً ، و فكرة التبعية هي التي تحكم اثار عقد الكفالة ، اذ لا يجوز للدائن ان يرجع على الكفيل وحده قبل ان يرجع على المدين و هذا ما اشارت اليه المادة (١٠٢١) من القانون المدني العراقي (و لا يجوز كذلك ان ينفذ على اموال الكفيل قبل ان ينفذ على اموال المدين) (١) و هذه المادة صريحة جداً و اوضحت ان عقد الكفالة هو تابع لالتزام المدين و لا يجوز التنفيذ على الكفيل قبل التنفيذ على المدين و كذلك ورد في القانون المدني المصري بمعنى انه لا يجوز ان يكون الزام الكفيل اشد من التزام الاصيل (٢)

١- القانون المدني العراقي ، المادة (١٠٢١)

٢- د عنان الرحال ، العقود المسماة في المقاولة و الكفالة ، ط ١ ، عمان : مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، ١٩٩٦ ، ص ٢٠٣

سادساً : عقد الكفالة معلق على شرط واقف

تعتبر الكفالة في التشريع العراقي عقد معلق على شرط واقف و هو عدم وفاء المدين بالدين و هذا ما اشارت اليه المادة ١٠٢١ من القانون المدني العراقي التي نصت على (يفرض في الكفالة على انها انعقدت معلقة على شرط عدم وفاء المدين بالدين ما لم يكن الكفيل قد نزل هذا الشرط او كان قد تضامن مع المدين) (١)

و عليه في التشريع العراقي فأن الرجوع الدائن على الكفيل هو عم وفاء المدين بالتزامه ، فإذا وفى المدين بالتزامه فلا مجال حينئذ للرجوع على الكفيل ، اما التشريع المصري فأنه مختلف عن التشريع العراقي اذ يعتبر الكفالة عقد متجزأ و بالتالي لا تعد الكفالة معلقة على شرط واقف و هو وفاء المدين الاصلي و ذلك لكون التزام الكفيل عند حلول الاجل مطالب بالوفاء به ، و لكن لا يجوز

١- القانون المدني العراقي ، المادة ١٠٢١ .

للدائن ان يطالب الكفيل وحده قبل الرجوع على المدين الاصلي و

هذا ما اشارت اليه المادة (٧٨٨) الفقرة (١) من القانون المدني

المصري .

المطلب الثاني

تمييز عقد الكفالة عما يشتبه به من العقود

ينبغي التعرف على الكفالة و بين ما يسمى في العمل (كفالة) و التي تنطوي على دفع مبلغ من النقود ضماناً للقيام بعمل معين ، مثال المبالغ التي يدفعها بعض الموظفين ضماناً لحسن قيامهم بأعمالهم ،
وهذه التأمينات المقدمة ليس بعقد كفالة (١) ، و لا بد ان نمييز بين عقد الكفالة و غيره من العقود التي تشابه .

١- د. سمير السيد تناغو ، التأمينات الشخصية و العينية ، الاسكندرية ، منشأة المعارف ، ١٩٩٦، ص ٢٥

اولاً : تمييز بين عقد الكفالة و الحوالة

نظم المشرع العراقي احكام الحوالة في باب خاص تحت عنوان انتقال الالتزام ، و الحوالة نوعان هما حوالة الدين و حوالة الحق ،
و في القانون المدني العراقي اشارت المادة (٣٣٩) و التي نصت على انه (حوالة الدين هي نقل الدين و المطالبة به في ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه) (١) . اما حوالة الحق فقد اشارت اليها المادة (٣٦٢) من القانون المدني العراقي و التي نصت (يجوز للدائن ان يحول الى غيره ماله من حق على مدينه الا اذا حال دون ذلك نص في القانون او اتفاق المتعاقدين او طبيعة الالتزام و تتم الحوالة دون الحاجة الى رضا المحال عليه) (٢) و هي تقابل المادة (٣٠٣) من القانون المدني المصري ، اما حوالة الدين فقد اشار المشرع المصري اليها في المادة (٣١٥) و التي نصت على انه (تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين و شخص اخر يتحمل عنه الدين) (٣) ونرى من خلال النصوص اعلاه بأن المشرع لم يكن موفقاً حينما درج تسمية حوالة الحق تحت باب الالتزام لأن في حوالة الحق بأن الحق هو الذي ينتقل و ليس الالتزام و كان عليه تسمية الباب اعلاه بالحوالة (٤) .

١- القانون المدني العراقي ، المادة ٣٣٩ .
٢- القانون المدني العراقي ، المادة ٣٦٢ .
٣- القانون المدني المصري ، المادة ٣١٥ .
٤- ا.م.د. رعد ادهم عبدالحميد و ا.م.د. نوزاد صديق سليمان ، عقد الكفالة ، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية و السياسية ، كلية القانون و السياسة . جامعة صلاح الدين ، ص ٢٣ .

ثانياً :التمييز بين عقد الكفالة و التعهد عن الغير .

التعهد عن الغير هو ان يتعهد شخص نحو اخر بأن يجعل شخصاً ثالثاً يقبل القيام بعمل او عدم القيام بعمل و الا عوضه عن ذلك (١) ، و يراد بالتعهد و هو موضوع التزام المتعهد و هو حمل الغير على قبول التزام معين لذلك فأنه التزام اصلي و ليس التزام تبعي بينما الكفيل يضمن تنفيذ التزام المدين و يقوم بتنفيذه ان لم يف به المدين بنفسه ، و تختلف الكفالة عن التعهد عن الغير بأن الكفيل اذا اوفى بالدين فأنه يرجع به على المدين بما اوفاه لأن التزامه تبعي ، بينما المتعهد بأنه لا يرجع على الغير بشيء لأن التزامه اصلي .

١- د. عبدالمجيد الحكيم و الاستاذ عبدالباقي البكري و الاستاذ المساعد محمد طه البشير ، نظرية الالتزام ، ج١ ، بغداد ، ١٩٨٠ ، ص ٦٣ .

ثالثاً : التمييز بين عقد الكفالة و الانابة الناقصة .

في الانابة الكاملة لا وجه للالتباس بينها وبين الكفالة لأن المنيب يختفي ليحيل محله المناب و بالتالي لا يكون امام الدائن الا مديناً واحداً و هو المناب و بالتالي لا يوجد ازدواج

او تعدد للمدينين يدعو الى الخلط بين الانابة الكاملة و الكفالة
و لكن الخلط يحدث بين الانابة الناقصة و الكفالة لأن المنيب في الانابة الناقصة لا يختفي بل يظل ملتزماً بالدين مع المناب في مواجهة الدائن ان المنيب لا يلتزم بصفة تبعية بل بصفة اصلية ، فلا يجوز للمنيب ان يدفع في مواجهة الدائن بضرورة رجوع الدائن على المدين اولاً مثل ما في عقد الكفالة ، و ايضاً لا يجوز للمنيب ان يتمسك في مواجهة الدائن بالدفع بالتجريد .

رابعاً : تمييز عقد الكفالة و الفضولي .

الفضولي هو الشخص الذي يقوم عن قصد في القيام بعمل لحساب شخص اخر دون ان يكون ملزماً بذلك ، و لقد اشار اليه المشرع العراقي في المادة (١٣٥) في الفقرة (١) و التي نصت على انه (من تصرف في ملك غيره بدون اذنه انعقد تصرفه موقوفاً على اجازة المالك و هي تقابل المادة (١٨٨) في القانون المدني المصري و هذه النصوص تبين انه قد تشتبه احكام الفضالة بأحكام في الكفالة في حالة رجوع الكفيل على المدين اذا قام الكفيل في الوفاء دون اذن من المدين ، اما مجلة الاحكام العدلية فأنها لا تجيز الكفيل في الرجوع بما اوفاه على المدين اذا كان دون اذنه او امراً منه ،

فالاختلاف يظهر انه يعتبر الفضولي نائباً لرب العمل بينما الكفيل يعتبر نائباً للمدين في حالة تخلف المدين عن القيام بتنفيذ التزامه .

خامساً تمييز عقد الكفالة عن التضامن بين المدينين .

تختلف الكفالة عن التضامن بين المدينين لكون المدين المتضامن يلتزم بصفة اصلية في مواجهة الدائن يعني هو يلتزم بنفس الدين الذي يلتزم به كل مدين متضامن معه حتى لو كان كفيلاً اما الكفيل فهو لا يلتزم بصفة اصلية بل بصفة تبعية و هو لا بدين المدين المكفول اذا لم يف به المدين نفسه (١) .

و للكفيل المتضامن الحق في التمسك بسقوط التزامه اذا لم يرجع الدائن على المدين لأن الكفيل و ان كان متضامناً فأنه يلتزم بصفة تبعية على خلاف المدين المتضامن فهو يلتزم بصفة اصلية حتى ولم تكن له في علاقته بالمدينين الاخرين مصلحة في الدين

---

١ - د. سمير عبدالسيد تناغو و مصدر سابق ، ص٢٥

المبحث الثاني

عقد الكفالة اركانه و اثاره

عقد الكفالة شأنه شأن باقي القعود يوجب على المتعاقدين توافر اركان و يرتب عليه اثار و سنتناول في المطلب الاول اركان عقد الكفالة و هي الرضا و المحل و السبب و في المطلب الثاني نتطرق الى اثار عقد الكفالة .

المطلب الاول
اركان عقد الكفالة

اولاً : الرضا في عقد الكفالة .

من الطبيعي بأن عقد الكفالة كغيره من العقود قوامه التراضي، لذلك فأنه يخضع للقواعد العامة من حيث التعبير عن الارادة وشروط صحته ، وايضا فأن عقد الكفالة لايشترط شكلا معينا لأنعقاده فهو ينعقد بمجرد تبادل الطرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين في ان يلتزم الكفيل بضمان دين المدين امام الدائن اذا لم يفِ به المدين نفسه (١). والرضا المطلوب في هذا العقد هو رضا الدائن والكفيل ولا يشترط رضا المدين لأنه ليس طرفا في عقد الكفالة، اما فيما يتعلق بالاهلية فأن عقد الكفالة تعتبر من عقود التبرع الضارة ضررا محضا من جانب الكفيل لأنه يلتزم دون مقابل اي بضمان دين لا مصلحة له فيه وبالتأكيد يتحقق ذلك اذا كان الكفيل رشيدا اي اتم الثامنة عشرة سنة من عمره وهذا ما اشارت اليه م/١٢٦ من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه (سن الرشد هي ثماني عشرة سنة كاملة) بينما القانون المدني المصري اشار بأن سن الرشد هي احدى وعشرون سنة وكما جاء في م/٢٢ ف٠ منه،

١- ينظر : ا.م.د. رعد ادهم عبدالحميد و ا.م.د. نوزاد صديق سليمان ، عقد الكفالة (دراسة في القانون و الشريعة الاسلامية)

اما اذا كان الكفيل ناقص الاهلية كالصبي المميز ومن في حكمه فأن العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا لكونه يقدم الكفالة الى الدائن من دون ان يأخذ مقابلاً وما يرتب عليه من ضرر محض، والعكس في ذلك فأن الكفالة بالنسبة للدائن فالأصل تعتبر عملا نافعا نفعا محضا لذلك لا يشترط فيه الاهلية للتعاقد لكون الدائن يأخذ الكفالة دون ان يدفع للكفيل مقابلاً، الا اذا دفع الدائن للكفيل مقابلاً للكفالة عندئذ يصبح تلك الاعمال دائرة بين النفع والضرر وبالتالي يصبح موقوفة على اذن الولي او الوصي حسب مقتضى الحال. اما مسألة التعبير عن الارادة في عقد الكفالة بالنسبة للدائن والكفيل فأن العقد ينعقد سواء صدر الايجاب من الكفيل او الدائن وفي كل الاحوال سواء كان اللفظ صريحا كقوله انا كفيل او زعيم او ضمين او قبيل (١) وكيفية التعبير عن الارادة لا يثير اي صعوبة بالنسبة للدائن فهو يعبر عن ارادته بشكل صريح او ضمني لا بل ان السكوت يعتبر قبولا من جانبه لكون الايجاب يتمخض لمصلحته، الا ان صعوبة التعبير عن الارادة تثور لدى الكفيل حيث يذهب جانب من الفقهاء على ضرره اشتراط التعبير عن الكفيل وذلك لخطورة عقد الكفالة بالنسبة للكفيل بينما ذهب فريق اخر من الفقهاء بأنه لا يشترط بأن يكون التعبير عن الارادة صريحاً لأنه لا يوجد نصاً في القانون يوجب ذلك(٢)، ونحن نتفق مع الرأي الاخير بما جاء من تفسير في تلك المسألة، واخيرا بقي علينا ان نتعرف على عيوب الارادة والتي يمكن ان يصيب اطراف عقد الكفالة وعيوب الارادة طبقاً لقواعد القانون هي الاكراه والغلط والغبن مع التقرير والاستغلال(٣) ولا تخرج الكفالة بهذا الصدد عن القواعد العامة والمشاكل التي تثور عملاً بصدد الاكراه والغبن مع التقرير سواء حدد من احد اطراف العلاقة العقدية وهما الدائن او الكفيل او من شخص المدين والذي يعتبر اجنبيا عن العقد،

١- منير القاضي ، شرح المجلة ، ج٢ ، ص١٣ .

٢- د. محمود جمال الدين زكي ، دروس في التأمينات الشخصية و العينية ، القاهرة ، ١٩٥٨، ص٥٢٢ .

٣- انظر : المواد (١١٢، ١١٧، ١٢١، ١٢٥) من القانون المدني العراقي .

وفي تلك المسألة فأن حكم م/١٠٠ من القانون المدني العراقي تسري على المتعاقد المغبون والذي لا يجوز له طلب ايقاف العقد الا اذا ثبت بأن المتعاقد الاخر بأنه كان يعلم او كان من السهل عليه ان يعلم بهذا التغرير وقت ابرام العقد اما بخصوص الغلط فأن اهم ما يثيره من مشاكل في العمل هو وقوع الكفيل في غلط متعلق بشخص المدين والغلط يجب ان يكون جوهريا طبقا للقواعد العامة وبالتالي يجوز ابطال العقد على اساسه وخصوصا اذا وقع في ذات المتعاقد او في صفة من صفاته وكانت تلك الذات او تلك الصفة السبب الوحيد او الرئيسي في التعاقد (١) وهذا الحكم يمكن ان يمتد ايضا الى الغلط في شخص المدين او في صفة من صفاته سيما وان (المادة ١١١) من القانون المدني العراقي لم تحصر حالات الغلط الجوهري بل ضربت امثلة على ذلك وهي امثلة يجوز القياس عليها و بالتالي فأن المدين وان لم يكن طرفاً في عقد الكفالة الا انه في الحقيقة شخصيته محل اعتبار في التعاقد و من ثم اعتبار الغلط الصادر منه يعد جوهرياً .

ثانياً : المحل في عقد الكفالة .

من الطبيعي بأن محل التزام الكفيل هو ضمان تنفيذ الالتزام الاصلي والوفاء به اذا لم يف به المدين بنفسه، وحتى يكون التزام الكفيل ممكنا يجب ان يكون الالتزام الاصلي المكفول موجودا وصحيحا، وعليه اذا كان الالتزام الاصلي غير موجود او وجد ثم ابطل او وجد صحيحا ثم انقضى في هذه الحالة لايكون لألتزام الكفيل محل وبالتالي يقع باطلاً، ويشترط كذلك لصحة التزام الكفيل ان يكون محله معيناً او قابلاً للتعيين وهذا التعيين او القابلية للتعيين يجب ان يكون مرتبطاً ايضاً بالتزام المدين اما شرط المشروعية فهو مفروض دائما لأن التعهد بكفالة التزام صحيح هو محل مشروع في جميع الاحوال كقوله تعالى { ولمن جاء به حمل بَعير وأنا به زعيم }، اي ضامن.

١- انظر المادة (١١٨) من القانون المدني العراقي .

وسوف نسلط الضوء على هذه المسألة في نقتطين الاولى لشروط التزام الكفيل والثانية في تعيين التزام الكفيل (نطاق التزام الكفيل).

١- شروط التزام الكفيل

اولاً : يشترط ان يكون التزام المكفول صحيحاً . اي ان لا شك ان التزام الكفيل هو التزام تابع لا يقوم بذاته بل لابد من وجود التزام اخر صحيح يستند اليه ويضمن الوفاء به. وبالتالي فأن اي التزام يمكن كفالته ايا كان مصدره ومحله اذ يمكن كفالة الالتزام الذي يكون مصدره العقد و كفالة الالتزام الذي يكون مصدره العمل الغير مشروع او مصدره الكسب دون سبب او مصدره القانون . و لا يمنع ان يكون محل الالتزام دفع مبلغ من النقود اي المقترض يأتي بكفيل يضمنه(١) لدى المقرض او بأن يكون محل الالتزام نقل ملكية عقار او منقول .

ثانياً : يشترط ان يكون الالتزام موجوداً ،يستلزم ايضا بان يكون الالتزام المكفول موجودا وممكنا وكذلك ايضا بأن يكون معيناً او قابلاً للتعيين الا انه لا يمنع بأن يكون هذا الالتزام مستقبلاً او شرطياً وبالتالي فألتزام المستقبل صحة كفالة الالتزام المستقبل ليست الا تطبيقا للقاعدة العامة الواردة في م/١٠٨ ف١ من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه (١- يجوز ان يكون محل الالتزام معدوما وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول عليه في المستقبل وعيّن تعيينا نافيا للجهالة والغرر) اما القانون المدني المصري فأنه اشار الى حكم الالتزام المستقبل في م/١١١ والتي نصت على انه (تجوز الكفالة في الدين المستقبل اذا حدد مقدما المبلغ المكفول، كما تجوز في الدين الشرطي).

١- د. عبدالرزاق السنهوري ، مصدر سابق ،

جمهوريه العراق:وزاره التعليم والبحث العلمي

جامعه البصره:كليه القانون والسياسه

التفريق للضرر

بحث تقدمت باعداده الطالبه(اسراء حيدر عبد الحسين)الى كليه القانون وهو جزء من متطلبات نيل شهاده البكالوريوس في القانون

اشراف الدكتور

(د.حسين عبد القادر)

١٤٤١ه

٢٠٢٠م

بسم الله الرحمن الرحيم

"قالو سبحانك لاعلم لنا الأماعلمتنا انك انت العليم الحكيم"

صدق الله العظيم

سوره البقره الأيه ٣٢

اهداء

وصلت رحلتي الجامعيه الى نهايتها بعد تعب ومشقه...وها انا ذا أختم بحث تخرجي بكل همه ونشاط وامتن لكل من كان له فضل في مسيرتي وساعدني ولو بليسير

الأبوين-والأهل- والاصدقاء-والأساتذه المبجلين..

أهديكم بحث تخرجي...

الطالبه اسراء حيدر عبد الحسين

ا

بسم الله الرحمن الرحيم

الشكر والثناء لله عز وجل على الصبر والقدره على انجاز هذا العمل واتقدم بلشكر لاستاذي الفاضل حسين عبد القادر على اشرافه على هذا البحث وكل ماقدمه لي من ملاحظات وارشادات

المقدمه

بسم الله الرحمن الرحيم

(فأن اطعنكم فلاتبغوا عليهن سبيلا)

صدق الله العظيم

"ابغض الحلال عند الله الطلاق"

الحديث الشرف –ابن ماجه(٢٠٠٨)

كثيرا ماتطرا على الحياه الزوجيه حالات تجعل الطلاق ضروره لازمه حيث يصل الشقاق بين الزوجين الى حد يستحيل عند الصلح وتصبح الحياه الاسريه جحيما لاتطاق فتتنافر طباعهما وتستقر في نفس احدهما او كليهما كراهيه شديده للأخر فيريد كلاهما ان يفارق الاخر ولاهميه موضوع البحث سنتناول بايجاز جوانبه المهمه

ولما عزمت على الكتابه في موضوع التفريق للضرر توكلت على الله وضعت له خطه تتكون من من مقدمه ومبحثان كلأتي

المقدمه

المبحث الاول:التفريق للضرر

المطلب الاول:-ماهيه التفريق للضرر

المطلب الثاني:-اسباب طلب التفريق للضرر

المبحث الثاني:مدى سلطان الاراده في الطلاق

المطلب الاول:التفريق للضرر الارادي

المطلب الثاني:التفريق للضرر الارادي

المبحث الاول:التفريق للضرر

المطلب الاول:ماهيه التفريق لضرر

يحق كل من الزوجين طلب التفريق للضرر الذي يتعذر معه دوام العشره بينهما ولان كان الزوج يمللك ايقاع الطلاق حين الضرر بارادته المنفرده فلا يصح ان يمنع عنه حق طلب التفريق للضرر كي لاتتخذ الزوجه المشاكسه من اساءتها وسيله الى اجبار الزوج ع طلاقها دون مقابل فتحمله خساره وتبعات ماديه كثيره وان الحياه الزوجيه تصبح بلضرر والنزاع جحيما وبلاء والضرر الذي يقع بين الزوجين لايقتصر اثره في الزوجين فقط بل يتعداهما الى الاولاد والى من له علاقه قرابه او مصاهره وعلى القاضي حينما يتقدم اليه احد الزوجين طالبا التفريق للضرر ان يتحقق اولا من الضرر قولا وفعلا الذي يحتج به طالب التفريق وهل هو من النوع الذي يتعذر معه استمرار الحياه الزوجيه لجسامته وخطورته ويجب على القاضي ان يذل كل جهده في محاوله

الاصلاح بينهما فاذا تعذرالاصلاح يحكم بلتفريق.وان الفقهاء اختلفوا في الضرر الذي قد يحدث فالحنفيه قال وان الضرر ليس سببا لكي يفرق بين الزوجين لان الضرر الذي يقع على احدهما يمكن ازالته بوسائل اخرى غير التفريق وللزوج ان ترفع امرها للقاضي ليأمر زوجها بان يحسن معاشرتها أما المالكيه فقد قال ان للزوجه طلب التفريق اذا اساء الزوج اليها لكن المشرع العراقي قد اخذ برأي المالكيه في نص الماده (٤٠)وان الماده السادسه من القانون عالجت الضرر كسبب من اسباب التطليق وقالت بأن الضرر الموجب للتطليق في ذلك المجال هو الاذي الذي يصدر من الزوج نفسه على زوجته اما بلقول او بالفعل الذي لايكون عاده بين امثالها ولايستطاع معه دوام العشره بينهما ولايشترط ان يتكرر ايقاع الاذى او الضرر في الفقه المالكي لاجابه الزوجه الى طلب التطليق بل يكفي لذلك ان تثبت ان زوجها ارتكب معها ماتتضرر منه ولو لمره واحده ويجب ان يكون الضرر لازما أي غير قابل للزوال ولاتستطيع معه الزوجه دوام العشره ويستوي في طلب التفريق للضرر الزوجه المدخول بها والزوجه غير المدخول بها وتقدير الضرر الذي يلحق بلزوجه موضوعي تستقل به محكمه الموضوع

الا ان معياره شخصي يختلف من زوجه الى اخرى فقد يعتدي الزوج على زوجته بالسب والاهانه ولايعتبر ذلك ضررا واقع عليها تبعا لظروف البيئه والعادات والتقاليد بينما تعتبر زوجه اخرى ان تلك الاهانه ضررا لاتستقيم معه الحياه الزوجيه وان الضرر قد يكون سلبيا وقد يكون ايجابيا فالضرر الايجابي هومايصدر عن الزوج من قول او فعل تتأذى منه الزوجه ويؤدي الى احداث الشقاق بينهما كالاعتداء عليها بلضرب او السب الذي لا تقره الشريعه ولايدخل في نطاق التأديب الشرعي ومن أمثله الضرر الايجابي اتهام الزوج زوجته من دون دليل في شرفها وكرامتها واطلاقه على سلوكها الأقاويل ولاشك ان مثل هذا السلوك يصيب الزوجه في عفتها وهذا ضرر من الاضرار الذي لايستطيع معه دوام العشره بين الزوجين.اما الضرر السلبي فهو الامتناع واوضح مثال لذلك هجر الزوج لزوجته من دون مبرر شرعي لأن هجر الزوج لها يعد اشد ضروب الضرر الذي ينال منها ومن مشاعرها اذ تشعر حينئذ انها معلقه وليست مع زوج تتمتع بعطفه وحنانه وحسن عشرته.ولايشترط في الهجر ان يكون بقصد عمدى من الزوج فالضرر يتوافر طالما ان الهجر قد تحقق بلفعل وذلك استنادا الى الحديث النبوي الشريف (لاضرر ولاضرار)

ويتعين على الزوجه اثبات الضرر الواقع عليها من الزوج والموجب للتفريق سواء بلبينه الشرعيه شهاده الشهود او بأي طريقه اخرى من طرق الاثبات المقرره شرعا واذا فشلت الزوجه في اثبات الضرر يحكم القاضي برفض طلبها الا انه لها ان تعود الى اقامه دعوى التفريق من جديد لوقائع مغايره لتلك التى رفضت عنها الدعوى الاولى فأذا ثبت الضرر في الدعوى الجديده وعجز القاضي عن الاصلاح بينهما قضى بتطليق الزوجه طلقه بائنه أما اذا لم يثبت الضرر في الدعوى الجديده فأن تكرار طلب التفريق بعد رفضه مع ثبوت الضرر يوجب على القاضي ان يبعث حكمين عدليين للصلح بين الزوجين من اهلها ام امكن والا فمن غيرها ليصلح بينهما فأن لم يتمكنا من الاصلاح كان له التفريق في نظير بدل تلتزم به الزوجه وهو مايعرف في الشريعه الاسلاميه بنظام الخلع.

المطلب الثاني:أسباب طلب التفريق للضرر

هناك أسباب من شأنها ان تشكل خرقا للرابطه الزوجيه وتنافي الاعراق والتقاليد الاجتماعيه ومثل هذه الاسباب تلحق ضررا جسيما بلزواج يتعذر معه استمرار حياتهم الزوجيه ومن هذه الاسباب هي :

١:أذا ارتكب الزوج الاخر الخيانه الزوجيه ويكون من قبيل الخيانه الزوجيه ممارسه الزوج فعل اللوط بأي وجه من الوجوه وقد قضت محكمه التمييز بقرارها المرقم ٦٣/ش/٧١ في ١٩٧١/٣/١٧"ليس للزوجه طلب التفريق اذا تسببت هي بلاضرار بنفسها وبسمعتها وبسمعه زوجها لارتكابها جريمه الخيانه الزوجيه" وكذلك قضت محمكه التمييز بقرارها المرقم ٥٦٧/ش/٦٧ في ١٩٦٧/٣/٥"ان اتهام الزوج لزوجته بلخيانه الزوجيه اتهام خطير يتعلق بشرفها وناموسها وكرامتها وله عواقب وخيمه وهذا ضرر كبير يلحق بلزوجه يوجب التفريق عملا بأحكام الماده(٤٠)من قانون الاحوال الشخصيه وقضت محمكه التمييز ايضا بقرارها

المرقم ٧٧٥/ش/ ٨٠ في ١٩٨١/٥/١٣ منشور في مجموعه الاحكام العدليه ص ٤١ (للزوجه طلب التفريق اذا اتهمها زوجها بلخيانه الزوجيه وان كان قد تنازل عن شكواه وقرر قاضي التحقيق انقضاء الدعوى الجزائيه)ونرى ضروره حرمان الزوجه عند ارتكابها فعل الخيانه الزوجيه من كافه حقوقها الشرعيه والقانونيه .

٢:اذا اضر احد الزوجين بلزوج الاخر او باولادهما ضررا يتعذر معه استمرار الحياه الزوجيه ويعد من قبيل الاضرار الادمان على تناول المسكرات او المخدرات على ان تثبت حاله الادمان بتقرير من لجنه طبيه رسميه مختصه ويعد من قبيل الاضرار ممارسه الاقمار في بيت الزوجيه وقد جاء في قرار محكمه التمييز ٤٤٩شخصيه ٢٠٠٠في ٢٠٠٠/٢/١٧(يعتبر الادمان على تناول المسكرات والمخدرات الثابت بتقرير لجنه طبيه رسميه مختصه ضررا يبيح للزوجه طلب التفريق من زوجها).

٣:اذا عقد الزواج قد تم قبل اكمال احد الزوجين الثامنه عشر دون موافقه القاضي .

٤:اذا تزوج الزوج بزوجه ثانيه دون اذن من المحكمه وفي هذه الحاله لايحق للزوجه تحريك الدعوى الجزائيه بموجب الفقره ١١من البند (أ)من الماده الثالثه من قانون اصول المحاكمات الجزائيه رقم ٢٣لسنه ١٩٧١بدلاله الفقره ٦من الماده الثالثه من هذا القانون (لايحكم بلتفريق بسبب تزوج الزوجه بزوجه ثانيه دون اذن القاضي اذا كان الزواج قد تم قبل نفاذ قانون تعديل الثاني لقانون الاحوال الشخصيه رقم ٢١لسنه ١٩٧٨الذي اجازالتفريق للسبب المذكور لعدم سريانه على عقود الزواج الجاريه قبل نفاذه)

٥:للزوجه طلب التفريق للضرر اذا حكم على زوجها بعقوبه مقيده للحريه مده ثلاث سنوات فأكثر ولو كان لو مال تستطيع الانفاق منه)وذلك لأن الزوجه تتضرر من حبس الزوج لشعورها بلوحشه وقد تتعرض للفتنه والقلق والوحده والضرر حينئذ اكبر من ايذائها بلقول او بلفعل ولافرق هنا اذا كان

له مال تستطيع الانفاق منه ام لا ولكن ينبغي ان يكتسب الحكم درجه قطعيه وتنفيذ العقوبه بحق الزوج فعلا ولاتقبل الدعوى اذا كانت اقل من المده المذكوه.

٦: كذلك اذا هجر الزوج زوجته مده سنتين او اكثر بلا عذر مشروع وان كان الزوج معروف الاقامه وله مال يستطيع الانفاق منه

٧:ان يكون الضرر مما لايستطيع دوام العشره بين امثال الزوجين وذلك يختلف بأختلاف البيئه والثقافه المضرور في المجتمع لان ماتتضرر منه زوجه من طبقه وبيئه وثقافه معينه قد لاتتضرر منه زوجه اخرى والزوجه الأميه التي تنتمي الى طبقه متواضعه قد لاتتضرر من الضرر او السبب بقدر ماتتضرر منه زوجه متعلمه وتقدير الضرر الذي يجعل دوام العشره مستحيلا موضوعي متروك للقاضي.

المبحث الثاني:مدى سلطان الاراده في التفريق

المطلب الأول:التفريق للضرر اللارادي

المقصود بلضرر اللارادي هو مالايكون لاراده احد الزوجين دخل في تكوين منشأه لا مباشره ولاتسببا كالضرر الناشئ عن العلل والامراض والعاهات والأمراض المنفره .

وقد أختلف الفقهاء الشريعه في التفريق للضرر الارادي على ثلاث أقوال

(لايجوز مطلقا- يجوز مطلقا- يجوز للزوجه فقط)

ومنشأ خلافهم غياب نص صريح يدل على جواز تفريق للضرر الذي منشأه لارادي ...

القول الأول:- المنع مطلقا

فلايحق لاحد الزوجين ان يطلب التفريق قضاءا بحجه قيام الضرر كما يجوز للقاضي استجابه هذا الطلب وقد تبناه هذا الاتجاه فقهاء الظاهريه وبعض الزيديه واستدلو بأدله اهمها مايلي:-

١:-قوله تعالى "لايكلف الله نفسا الا وسعها" فالضرر الارادي ليس في وسع الانسان وغير

خاضع لارادته واختياره فلا يحاسب عليه بمقتضى هذه الأيه

٢:- الزواج الصحيح يثبت بكتاب الله والسنه ومن فرق بينهما بغير الكتاب والسنه يسري عليه حكم قوله تعالى"فيتعلمون منها مايفرقون به بين المرء وزوجه"

٣:- عدم وجود سابقه قضائيه عن الرسول (ص)مع عرض مثل هذه القضايا عليه منها قضيه زوجه عبد الرحمن بن الزبير الذي كان مصابا بالعنه ومع ذلك لم يفرق بينهما

٤:- من الضرورات الديني هان الزواج الصحيح لاينتهي الأ بلطلاق او الموت فلايوجد نص صريح على جواز انهاء العلاقه الزوجيه بينهما

القول الثاني:جواز التفريق بلضرر الارادي

ذهب جمهور المالكيه والشافعيه والحنابله والجعفريه وجمهور الزيديه والاباضيه الي القول بجواز التفريق قضاءا بلضرر الناشئ عن الامراض والعيوب اللارادیه مع اختلافهم

اولا:- المالكيه

الامراض والعيوب المبرره للتفريق عندهم محدوده منها مشتركه كالجذام والبرص ومنها خاصه بالزوج كالعنه ومنها تنفرد بها الزوجه كالرتق والقرن وهم بالاضافه الى الاخذ بفكره تحديد الاسباب اشترطوا توافر مايلي :-

١:- ان لا يكون الطرف السليم عالما بلسبب قبل العقد او راضيا به بعده فأن علم بلعيب ورضى عنه فلايحق له طلب التفريق

٢:- ان يكون السبب موجود عند العقد فلاسباب الطارئه بعد الزواج بأستثناء الجذام البين والبرص المضر- لاتبرر التفريق

٣:-ان يؤجل التفريق لمده سنه من تاريخ طلبه في كل مرض يرجى شفائه وللمالكيه بعد تحقق هذه الشروط قولان احدهما يطلقها القاضي نيابه عن الزوج ان أبى الطلاق والثاني يأمر القاضي الزوجه ان تطلق نفسها ثم يحكم به هو والفرقه على كلا القولين طلقه بائنه

الشافعيه:-اخذ فقهاء الشافعيه تحديد الاسباب وهي عندهم سبعه منها مشتركه كالجنون والجذام والبرص ومنها مختصه بلزوج كالعنه والجب

ومنها تنفرد بها الزوجه كالرتق والقرن واشترطو للتفريق بها الشروط التاليه :-

١:-ان يكون طلب التفريق بعد العلم بلعيب مباشرة فكل تأخير دون العذر يسقط الحق قياسا على خيار العيب في البيع

٢:-ان يكون التفريق بالعنه بعد تأجيل سنه من تاريخ الدعوى

٣:-ثبوت السبب المدعى به لدى القاضي

٤:-الا تكون العنه حادثه بعد الدخول والا فلا تبرر طلب التفريق

٥:- ان لايكون كلاهما مجنونين لان التفريق لايكون الا بعد الطلب من احد الزوجين والمجنون ليس اهلا للطلب

وبعد تحقق هذه الشروط يتولى القاضي فأن لم يوجد فالحكم والأ فللزوجه حق الفسخ بنفسها للضروره والفرقه فسخ.

الحنابله:-لاخلاف عندهم في التفريق للعلل التناسليه المانعه من المعاشره الزوجيه لكن :اذا كان المانع موجود لدى الطرفين بان يكون الزوج عنينا والزوجه رتقاء ففي احد القولين لهم لايفرق بينهما

اما الاسباب الاخرى فلا خلاف ايضا في التفريق بالجنون والجذام والبرص ولهم فيما عدا هذه الثلاثه رأيان احدهما وهو اختيار ابن تيميه وابن قيم يثبت حق طلب التفريق بكل مرض او عارض يضر بالطرف الاخر دون تحديد

وشروط التفريق بلامراض والعلل عند الحنابله هي:-

١:-ان يكون السبب موجود حين العقد ولايعلم به الطرف السليم فاذا حدث بعده فلهم قولان احدهما لايجوز التفر يق

٢:-في التفريق للعجز الجنسي يجب التأجيل سنه من رفع الدعوى

٣:-تقديم الطلب من المتضرر واقتناع القاضي بوجود الضرر

القول الثالث:-حق التفريق للعلل والامراض ثابت للزوجه فقط وهو اختيار الحنفيه فقالو:-

ان الزوج يملك الطلاق فللزوجه حق طلب التفريق اذا كان زوجها مصابا بعله من العلل التناسليه كالعنه والجب والخصاء .اما بلنسبه لبقيه الامراض الساريه والمنفرده فلم يرى ابو حنيفه ولاابو يوسف منحها هذا الحق لان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما الخيار يثبت في العيوب التناسليه لانها مخله بلمقصود الذي شرع لاجله الزواج

واشترط فقهاء الحنفيه للتفريق بلعلل مايلي:-

١:- ان لايصدر عن الزوجه مايدل على الرضا بلعيب

٢:-ان لايكون العيب طارئا بعد الدخول

٣:-ان يكون الحكم بلتفريق للعنه بعد تأجيل سنه من الدعوى

٤:-عند مطالبه الزوجه بلتفريق للعنه يجب ان لاتكون رتقاء لانه لا حق لها في المطالبه بلمعاشره الجنسيه مع قيام المانع فيها

بسم الله الرحمن الرحيم

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة البصرة

كلية القانون

حق المطلقة في السكنى

بحث لنيل درجة البكالوريوس

اعداد الطالبة

اساور عبد الصمد عبد الجبار

بأشراف الدكتور

أ.د. حسين عبد القادرمعروف

١٤٤١ هـ

٢٠٢٠ م

المقدمة

بما أن الأسرة هي نواة المجتمع البشرم كاساس لاستقراره ، فاستقرار الاسرة والحياة الزوجية هي دليل استقرار المجتمع ورقيه إلا أنه قد يحصل خلاف بين الزوجين في أي مرحلة من مراحل الزواج لأسباب كثيرة فيتعذر معه استقرار واستمرار الحياة الزوجية لذلك أباح الإسلام الطلاق وقد رتب المشـــرع حقوقا زوجية بعض هذه الحقوق ناشـــئة عند قيام الرابطة الزوجية وأخرى تترتب بعد انتهاءها بالطلاق أو افرقة ومن أهم هذه الحقوق التي تســـتحقها الزوجة عند قيام الرابطة الزوجية وتســـتمر حتى بعد انتهاءها بالطلاق أو الوفاة وهي نفقة الطعام والكســـوة والسكنى.

على الرغم من أهمية هذه النفقات بأنواعها المختلفة فان نفقة الســـكنى تعتبر الاكثر أهمية وضـــرورة من بقية النفقات الاخرى بالنســـبة للمطلقة لما للســـكنى من آثار اجتماعية وأخلاقية ونفسية فضلا عن الآثار الشرعية والقانونية. ولأهمية حق السكنى فقد أصدر المشرع العراقي قانون رقـم ٧٧لسنة ١٩٨٣ والذي أعطى بموجبه للمطلقة حق السكنى وذلك ببقاء المطلقة ساكنة بعد الطلاق أو التفريق في الدار أو الشـــقة التي كانت تســـكنها قبل الطلاق مع زوجها بصـــورة مستقلة سواء كانت مملوكة له أو مستأجرة من قبله وقد حدد هذا القانون شروط استحقاق المطلقة لحق الســـكنى وحالات الحرمان منه وكذلك بين مدة الســـكنى وابتدائها وانتهاءها وكذلك حدد التزامات المطلقة المتمتعة بحق السـكنى ولبيان ما اشـتمل عليه هذا القانون ولمعرفة آراء الفقهاء كقانون الأحكام الشخصية العراقي رقـــم ١٨٨لسنة ١٩٥٩ مقارنة مع مواقف القوانين المقارنة فضلا عن التعرف على موقف قضاء محكمة التمييز والطتبيقات القضائية بهذا الشأن اثرنا البحث في هذا الموضوع.

وللإحاطة بما تقدم سنقســـم المبحث الاول مفهوم حق السكنى للمطلقة على مطلبين ، نتناول في اولهما مفهوم حق السكنى وسنخصص الثاني لشروط استحقاق المطلقة لحق السكنى.

أما البمحث الثاني فسنتناول فيه احكام حق السكنى وذلك على مطليبن سنكرس اولهما لالتزامات المطلقة للتمتع بحق السكنى وسنعرض في ثانيهما حالات انتهاء حق السكنى.

المبحث الاول

مفهوم حق المطلقة للسكنى

السكن للمطلقة له أهميته سواء كانت معتدة من طلاق رجعي أو مطلقة طلاقا بائنا فهو بالنسبة للمعتدة من طلاق رجعي مكان السكن هو مكان لقضاء العدة ومايتعلق بها من احكام لان الزوجية مازالت قائمة حكما وان كانت مطلقة طلاقا بائنا فالسكن له أهميته لاعتبارات انسانية واجتماعية تفرض على المطلق (الزوج) اسكان مطلقته خاصة اذا كانت المطلقة معسرة وليس لها مأوى بعد طلاقها. لذا يعتبر حق السكن في مسكن الزوجية هو حق من حقوق المطلقة.

ولأجل تسليط الضوء على مفهوم حق السكنى ومدى استحقاق المطلقة لهذا الحق وفق شروط معينة والحالات التي تحرم فيها المطلقة من حق السكنى قسمنا هذا المبحث على مطلبين خصصنا أحداهما لتعريف حق السكنى للمطلقة وخصصنا الآخر لشروط استحقاق حق السكنى للمطلقة في بيت الزوجية.

المطلب الاول

التعريف بحق السكنى للمطلقة

السكن يعبر عنه بالبيت والدار الشقة كالمنزل [1]. لكن المسكن هو اخص من البيت والدار والمنزل بذلك يكون للمسكن دلالة حقيقية لغوية وقد جرى العرف على استعمال كلمة مسكن على المكان المشغول فعلا بالسكن فيقال لفلان سكن بجهة كذا إذ كان يقيم فيه لذا فان ما جرى به العرف هو المعتمد والثابت في تحديد المراد من كلمة السكن[2]. ولم يعط غالبية الفقهاء المسلمين معنى معينا للسكن ولم يضعوا تعريفا محددا لمسكن الزوجية بل اكتفوا بوضع عدة شروط ومواصفات أكدوا على ضرورة توافرها بمسكن الزوجية[3]

([1]) "محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي" ، "مختار الصحاح" ، "دار الكتاب العربي" ، "بيروت . لبنان" ،"١٩٨١" ، "ص٣٠٧".

([2]) "د.احمد نصر الجندي" ، الاحوال الشخصية (تعليق النصوص)"،"بلا مكان طبع" ، بلا سنة طبع" ، "ص٣٥٤".

([3]) "ابو جعفربن الحسن بن علي الطوسي" ، المبسوط في فقه الامامية" ، "ج٥"، "المكتبة المرتضوية لاحياء الاثار الجغرافية"، "بلا سنة طبع"، "ص٢٥٤"، "زين الدين بن نجم الحنفي"، البحر الرائق شرح كنز الحقائق"،"ج٤"،"ط١"،"دار المعرفة"،"بيروت_لبنان"، "بلا سنة طبع"،"ص٢٨١"شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي"، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير"،"ج٢"،"داراحياء التراث العربي"،"بلا مكان طبع"،"بلا سنة طبع"،"ص٥١٥"،"محمدبن ادريس الشافعي"،"الام"،"ج٥"،"ط١"،"دار الفكر للطباعة والنشر"،" بلا مكان طبع"

اما في الاصطلاح فقد عرف السكن: بأنه المكان الذي يكون مشتملا على كل مايلزم للسكفن من اثاث وفرش وآنية ومرافق وغيرها مما تحتاج اليه الاسرة وتراعى في ذلك حالة الزوج والزوجة من يسار واعسار ووضعهما الاجتماعي[٤] . وعرف ايضا بأنه:المسكن الذي يؤمن راحة الزوجة بأن يكون خاصا بها لايشاركها فيه احد ويكون مشتملا على المرافق الضرورية وكل مايلزم ويكون مستورا بحيث تؤمن الزوجة على نفسها ومالها وعرضها ويتناسب مع حالة الزوج الاجتماعية[٥] .

وفيما سبق عرضه يمكن ايجاز معنى للسكن وهو المكان الذي يعده الزوج سكنا لزوجته مستكملا للشروط الشرعية بحيث يجب عليها ان تطيعه بالاقامة فيه واذا امتنعت كانت ناشزة وسقط حقها في النفقة.

واذا يممنا جهنا نحو موقف التشريعات العربية ومنها التشريع العراقي من حق السكنى للمطلقة

نجد ان المشرع العراقي استخدم مفردة "الدار او الشقة" ضمن نصوص قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى رقم ٧٧ لسنة١٩٨٣ كذلك في المادة (١/١) حيث نصت على انه:"على المحكمة التي تنظر دعوى الطلاق أو التفريق ان تسأل الزوجة عما اذا كانت ترغب في البقاء ساكنة بعد الطلاق أو التفريق في الدار او الشقة -----" ، اما قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨لسنة ١٩٥٩ فقد تضمن مفردات "البيت كالدار" في المادتين(٢٥ و٢٦) حيث نصت المادة (١/٢٥) على انه ": لانفقة للزوجة في الاحكام الاتية:--١ اذا تركت بيت زوجها بلا اذن وبغير وجه شرعي " ونصت المادة(١/٢٦) على انه": ليس للزوج ان يسكن مع زوجته بغير رضاها ضرتها في دار واحدة"

اما موقق القوانين المقارنة فإنها لم تتناول في نصوص قوانيها حق السكنى للمطلقة وانما تناولت هذا الحق ضمن اهم النفقات التي تستحقها المعتدة وليس المطلقة ومن هذه القوانين قانون الاحوال الشخصية السوري رقم ٥٩ لسنة١٩٥٣ وهذا ما أشارت اليه المادة (١٥٢) والتي نصت على انه : "يجب على الرجل نفقة معتدته من طلاق أو تفريق أو فسخ أو دخول في النكاح الفاسد أو بسببه.

اما يمكن ملاحظته من هذا النص ان المشرع السوري أوجب النفقة للمطلقة المعتدة بشكل مطلق.

،"١٩٨٠"،"ص٩٧"،"ابو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة لبمقدسي"،"المغني"،"ج٩"،"دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع والطبع"،"بلا مكان طبع"،"بلا سنة طبع"،"ص٢٩١"،"الامام يحيى بن الحسين"،"كتاب الاحكام في الحلال والحرام"، "ج١"،"بلا مكان طبع"،"بلا سنة طبع"،"ص٤٩٢"،"ابو محمد عليين سعيد بن حازم الظاهري"،"المحلى"،"ج١٠"،"دار الفكر"،"بلا مكان طبع"،"بلا سنة طبع"،"٣٤٠".

(٤) "د.محمد مصطفى شلبي"،"احكام الاسرة في الاسلام"،"ط٤"،"الدهرالجامعية"،"بيروت_لبنان"،"١٩٨٣"،"ص٤٥٥.

(٥) "د.احمد الكبيسي"،" الاحوال الشخصية (الزواج والطلاق واثارهما)"،"ط٢"،"مطبعةالارشاد"،"بغداد"،"١٩٧٢"،"ص ١٤٦".

وسار على هذا النهج المشرع الكويتي في المادة (١٦٢) من قانون الاحوال الشخصية الكويتي رقم ٥١لسنة ١٩٨٤ والتي نصت على أنه : "يجب النفقة للمعتدة من طلاق أو فسخ أو من دخول في زواج أو بشبهة. "

واتخذ الموقف نفسه المشرع المصري في نص المادة (٢) من قانون الاحوال الشخصية المصري رقم ١٠٠لسنة ١٩٨٥ والتي نصت على أنه : " على أن المطلقة التي تستحق النفقة تعتبر نفقتها دينا من تاريخ الطلاق كتستحق النفقة لمدة لا تقل عن ستين يوما وهو اقل مدة للعدة ولا تزيد على سنة ميلادية وهي اقصى مدة لتنفيذ حكم بنفقة العدة وتشمل نفقة العدة شأن نفقة الزوجية والأصل أن عدة القبض ثلاث حيضات فتستحق حق النفقة عنها لثلاث مرات وعدة من لا ترى الحيض لصغر في السن أو لبلوغها سن اليأس ثلاث شهور ومنها أن تضع الحامل حملها سواء كان الطلاق رجعي أو بائن وسواء كانت حاملا أو لا وتستحق النفقة على مطلقها سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا وسواء كان بائنا بينونة كبرى أم بينونة صغرى ويكون استحقاق المطلقة للنفقة من تاريخ الطلاق وتسمى نفقة عدة وتكون مستحقة للمطلقة على مطلقها حتى تنتهي عدتها منه شرعا. "

وعلى نفس النهج سار التشريع السوداني في نص المادة (٧٢) من قانون الاحوال الشخصية السوداني لسنة ١٩٩١حيث نصت على أنه: "يجب على الزوج نفقة معتدته من طلاق أو تطلبق أو فسخ ما لم يكن الفسخ سبب محظور من الزوجة"

واتخذ الموقف نفسه المشرع العماني في نص المادة (٥٢) من قانون الاحوال الشخصية العماني رقم ٢٢لسنة ١٩٩٧ والتي جاء النص فيها: "يجب على الزوج نفقة معتدته ما لم يتفق على خلاف ذلك".
واخذ بهذا الاتجاه المشرع الاماراتي في نص المادة (٦٩) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي رقم ٢٨لسنة ٢٠٠٥ حيث نصت على أنه: "يجب النفقة والسكنى للمعتدة من طلاق والمعتدة من طلاق بائن وهي حامل كما يجب للمعتدة من طلاق بائن وهي غير حامل [٦]"

([٦]) "تقابلها نص المادة(٧٠) من قانون الاحوال الشخصية القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦ حيث نصت على أنه : " تستحق العدة من الطلاق أو فسخ نفقة عدتها ما لم يكون الفسخ بسبب من قبلها وتستحق المعتدة الحامل نفقة عدتها حتى تضع حملها "،" زتقابلها نص المادة(٥٢) من قانون الاسرة البحريني رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٩ حيث نصت على أنه :"أ_ يجب النفقة الشاملة للمعتدة من الطلاق رجعي أو دخول في زواج غير صحيح ب_ لا نفقة للمعتدة عن الطلاق بائن بسبب يرجع اليها وانما لها الحق السكنى طوال عدتها "، " وتقابلها نص المادة (١٥١) من قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠ حيث نصت على انه:" أ_ نفقة العدة كنفقة الزوجة ويحكم

أما البعض الآخر من القوانين العربية المقارنة فقد اوجبت حق السـكنى في الطلاق الرجعي في حين لـم توجب هذه القوانين السكنى في الطلاق البائن ومن هذه القوانين قانون الاحكام الشخصية اليمني رقـم ٢٠ لسنة ١٩٩٢في المادة (٨٦_٨٧) حيث نصت المادة (٨٦) منه على أنه : " العدة من طلاق رجعي لها ثمانية أحكام هي ٤ وجوب السـكن ٥ وجوب النفقة" أما المادة (٨٧) منه نصـت : "العدة من طلاق بائن لها سـتة أحكام هي ٤ عدم وجوب السـكن ٥عدم وجوب الـنـفـقـة"

وبذلك نجد أن المشـرع اليمني قد فرق بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن في حق السـكنى للمعتدة .

واذا يممنا وجهنا نحو القضاء في العراق نجد ان محاكـم الاحوال الشخصية استخدمت مفردة الدار حيث جاء في قرار لها جاء فيه":قررت المحكمة بصحة الطلاق الواقع بين الطرفين والحكم بإلزام المدعي بعدم معارضـة المدعى عليها من السكن في الدار العائد للمدعي التي كانا يسكنان فيه قبل الطلاق لمدة ثلاث سنوات وبدون بدل"[٧] ، وفي قرار اخر لها جاء فيه": قررت المحكمة صحة الطلاق الذي اوقعه المدعي وفي حال تصديقه بحق المدعى عليها فإنها تحتفظ بكافة حقوقها الشرعية والقانونية وتطلب حق السكن لانها كانت تساكن المدعي في دار مستقلة" [٨] .

أما القضاء السوري فقد طبق ماقرره قانون الاحوال الشخصية السوري رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣ فقد اشـار الى حق السكنى للمعتدة حيث جاء في قرار محكمة النقض السورية ما نصـه : "وأن المدة التي قضتها المعتدة في بيت الزوجة بعد الطلاق تنزل من نفقة عدتها[٩] .

وفي ذات المعنى أشـارت محكمة النقض المصـرية في قرار لهاا كرد فيه : "نفقة المعتدة واجبة على مطلقها مادامت في العدة[١٠] .

نلخص مما تقدم ان حق المطلقة المعتدة في السـكنى يتضـمن الحق في البقاء في بيت الزوجية بإعتبار ذلك من أهم الحقوق بل من أهم النفقات التي تستحقها لعدة اعتبارات اجتماعية وانسانية .

بها من تاريخ وجوب العدة اذا لم يكن للمطلقة نفقة زوجية معروفة فاذا كان لها نفقة فانها تمتد الى انهاء العدةعلى ان لا تزيد مدة العدةعلى سنة ب_ لا تسمح دعوى نفقة العدة بعد مرور سنة على تبليغ الزوجة الطلاق ".

([٧]) "رقم القرار ٧٤٠٥/ش/٢٠١٦ في ٢٠١٦/١٢/٢١" .

([٨]) "رقم القرار ٣١٩٣/ش/٢٠١٧ في ٢٠١٧/٥/٣١" .

([٩]) "د.طه صالح خلف"،" حق الزوجة في السكنى رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة الموصل"،"٢٠٠٥"،"ص٤٩" .

([١٠]) "احمد نصر الجندي"،"مبادئ القضاء الشرعي"،"مجلد الثاني"،"ط٢"،"دار الفكر العربي"،"مصر،"١٩٧٨"،"ص١٠٤٨" .

المطلب الثاني
شروط استحقاق المطلقة السكنى في بيت الزوجية

حتى يكون للمطلقة الحق في البقاء ساكنة في مسكن الزوجية لابد من توفر عدة شروط والتزامات توجب على المطلقة ان تلتزم بها حتى لا تحرم من التمتع بهذا الحق وللإحاطة بشروط استحقاق المطلقة لحق السكنى وحالات الحرمان من هذا الحق قسمنا هذا المطلب على فرعين سنعرض في الاول لحالات استحقاق حق السكنى للزوجة المطلقة وسنتناول في الثاني حالات الحرمان منه .

الفرع الاول
شروط استحقاق المطلقة السكنى في بيت الزوجية

بحث فقهاء المسلمين[١١] حق المطلقة طلاقا بائنا في السكنى اثناء فترة العدة ما لم يتناولوا حق السكنى للمطلقة بعد انتهاء فترة العدة.

واذا رجعنا الى مواقف قوانين الاحوال الشخصية المقارنة في تنظيم شروط استحقاق السكنى للمطلقة في بيت الزوجية فبعض منها أغفل الاشارة إلى احكام حق السكنى للمطلقة طلاقا بائنا واكتفت بالاشارة اليه باعتباره من ضمن أهم النفقات التي تستحقها المعتدة سواء كانت معتدة من طلاق او وفاة او كانت حاضنة ، بينما افردت بعضها قانون خاص لهذا الحق ومنها القانون العراقي حيث أصدر قانونان خاصان سُمي بقانون حق المطلقة في السكنى رقم ٨٣ لسنة ١٩٧٧ حيث نجد أن المشرع العراقي أعطى بموجب هذا القانون للمطلقة الحق في البقاء بعد الطلاق أو التفريق في الدار أو الشقة التي كانت تسكنها مع زوجها بصورة مستقلة لذلك اشترط هذا القانون شروطا عدة لكي تحكم المحكمة للمطمقة بهذا الحق وهي :

([١١]) "سماحة السيد علي الحسيني السيستاني"،"منهاج الصالحين(المعاملات) ج٣"،"المرسسة العلمية للمطبوعات" "بيروت_لبنان"،"١٤١٦هـ"،"ص٨٩"،"علاء الدين بن مسعود الكاساني"،"بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع "،"ج٣ " ،"المكتبة الحيدرية"،بلا مكان طبع"،"١٩٨٩"،"٢٠٩"،"أبو محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي"،"ج٩" ،"مرجع سابق"،"ص٢٩٢"،"محمد بن ادريس الشافعي"،"ج٥"،"مرجع سابق"،"٢٥٣"،"ص٢٥٣"،"شمس الدين الشيخ محمد بن عرفة الدسوقي"،"ج٢"،"مرجع سابق"،"ص٥١٥"،"أبو محمد علي بن سعيد حزم الظاهري"،"ج١"،"مرجع سابق "ص٣٤٠".

١_ أن تطلب الزوجة حق السكنى أثناء نظر دعوى الطلاق إن التفريق : حيث نصت المادة(١/١) على أن : "على المحكمة التي تنظر في دعوى الطلاق أو التفريق أن تسأل الزوجة عما إذا كانت ترغب في البقاء ساكنة بعد الطلاق أو التفريق في الدار أو الشقة التي كانت تسكنها مع زوجها بصورة مستقلة إذا كانت مملوكة له كلا أو جزءا أو كانت مستأجرة من قبله وتفصل المحكمة في هذه النقطة مع الحكم الفاصل في الدعوى " من خلال هذه المادة نجد أن المشرع العراقي اشترط أن تتوفر الرغبة لدى المطلقة في البقاء بعد الطلاق أو التفريق في دار الزوجية فألزم المشرع المحكمة المختصة عند نظر الدعوى بسؤال المطلقة عما كانت ترغب في البقاء ساكنة في دار الزوجية أم لا و الا سيكون قرار المحكمة عرضة للنقض إذا لم يتم سؤالها وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها ما نصه: "وجد أن الحكم المميز غير صحيح ومخالف لاحكام الشرع والقانون حيث لم تتقيد المحكمة باحكام المادة (١/١) من قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣ المعدل التي توجب على المحكمة التي تنظر دعوى الطلاق أو التفريق أن تصدر فقرة حكمية مستقلة بهذا الحق سواء كان ذلك بالايجاب أو الرد من ضمن فقرات الحكم الفاصل في الدعوى[١٢] "، ويجب على المطلقة أن تبدي رغبتها بالبقاء في دار الزوجية اثناء نظر دعوى الطلاق أو التفريق لأنها لا يجوز لها المطالبة بهذا الحق في دعوى مستقلة والى ذلك استقر قضاء محكمة التمييز في قرار لها ما نصه : " أن الحكم المميز صحيح وموافق لاحكام الشرع والقانون ذلك لأن الواجب تصدي محكمة الموضوع أثناء نظر دعوى تصديق الطلاق لموضوع السكن والفصل فيه
مع الحكم الفاصل في الدعوى الأولى وأن ذهول المحكمة عن ذلك لا يمنح المميزة حق المطالبة به بدعوى مستقلة وان رد الدعوى تطبيق سليم لاحكام القانون لذا قرر تصديقه[١٣]
بناءا على ماسبق بما ان المشرع العراقي أوجب على المطلقة التي تريد البقاء ساكنة في بيت الزوجية بعد طلاق أو الفراق أن تطلب ذلك في دعوى الطلاق أو التفريق ولا يجوز لها أن تطلب ذلك في دعوى مستقلة وهذا مايؤخذ على التشريع العراقي حيث كان يجدر به إعطاؤها الحق بإقامة دعوى مستقلة لأن أغلب المطلقات يجهلن وجود هذا الحق ولكن شريطة اقامة الدعوى ضمن مدة محددة حتى لا يبقى الزوج تحت رحمة الزوجة في المطالبة بهذا الحق متى شاءت .

---

(١٢) "رقم القرار ٦٨٢/تنفيذ/١٩٩٥في ١٩٩٥/٦/١٤ نقلا عن القاضي شلال شكور سمين "،" حق السكن للزوجة المطلقة"،" بلا مكان طبع"،" بلاسنة طبع"،" ص٣" .

(١٣) "رقم القرار ٤٧٤٣/ الهيأة الشخصية الاولى /٢٠٠٩ في ٢٤/١١/٢٠٠٩ غير منشور" .

٢_ أن يكون سكن الزوجين قبل الطلاق أو التفريق في دار أو شقة سكنية مملوكة للزوج كلا أو جزءا أو مستأجرة من قبله : اشترط المشرع وفقا للمادة (١/ف١) من قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى رقم لسنة ١٩٨٣ أن تكون الدار أو الشقة التي تطلب الزوجة السكن فيها مملوك للزوج سواء كانت مملوكة له بالكامل أو يملك سهاما شائعة فيها مهما كانت حصته فيها ويكون الزوج مالكان للدار أو الشقة يعني تكون مسجلة باسمه في سجلات التسجيل العقاري وبخلاف ذلك لا مجال لتطبيق احكام هذا القانون إذا كانت الدار أو الشقة غير مسجلة باسمه أو إذا كانت مغصوبة من قبل الزوج ولا يكون الزوج مالكا لها أو إذا كانت الدار أو الشقة مستأجرة أو كانت من قبل الزوج فتنتقل الحقوق والالتزامات المقررة في عقد الايجار المبرم مع زوجها اليها باستثناء الالتزام بتسديد بدل الايجار حيث تقع على عاتق الزوج استنادا لحكم المادة (١/ف٣) من قانون حق المطلقة في السكنى رقم ٧٧لسنة ١٩٨٣.

٣_ أن يكون سكن الزوجين قبل الطلاق أو التفريق في الدار أو الشقة بصورة مستقلة : حتى يحكم للمطلقة بالسكنى في دار الزوجية بموجب احكام قانون حق المطلقة في السكنى رقم ٧٧لسنة ١٩٨٣ لا يكفي أن يكون الزوج مالكان للدار أو الشقة أو مستأجرا انما يجب أف يكون سكنى الزوجين فيها بصورة مستقلة قبل الطلاق أو التفريق استنادا لحكم المادة (١/ف١) من القانون المذكور بخلاف ذلك إذا تبين أن الزوجة كانت تسكن مع أهل زوجها أو مع ضرتها في دار كاحدة فلا تستحق السكن بهذا قضت محكمة التمييز في قرار لها ما نصه: "أن القرار المميز غير صحيح ومخالف لاحكام القانون لأن الكشف الجاري من قبل محكمة الموضوع لم يكن واضحا اذ لم يتبين منه أن الطابق الثاني معزول عن الطابق الأول وهل يشكلان وحدة مستقلة أم أن الطابق الثاني مما كان الواجب التحقق من ذلك وصولا للحكم العادل"[١٤]

وبذلك تقوم مديرية التنفيذ باخلاء الدار أو الشقة من الزوج وممن لا يجوز أن يسكنوا معها عدا من يعيلهم الزوج وكانوا مقيمين معهما فيها وتبدأ مدة السنوات الثلاث من تاريخ الاخلاء استنادا إلى حكم المادة (٤) من قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى رقم ٧٧لسنة ١٩٨٣، واذا تأخر الزوج عن اخلاء المسكن بعد تبليغه يصدر المنفذ العدل قرارا بتغريمه عن كل يوم تأخير استنادا لحكم المادة (٦) من القانون اعلاه ، ومنع هذا القانون نفاذ كل التصرفات التي يقوم بها الزوج قبل ستة أشهر من وقوع الطلاق أو من تاريخ اقامة دعوى التفريق من

([١٤]) "رقم القرار ٥٧٧٠ /شخصية / ١٩٩٥ في ١٩٩٦/٦/٤"،" منشور في الموسوعة العدلية ع ٨٥"،"لسنة ٢٠٠١"،"ص٩

الزوجة إذا أدت تلك التصـــرفات إلى نقل ملكية الدار أو الشـــقة إلى الغير أو ترتيب أي حق من الحقوق العينية الأصلية أو التبعية

عليها إذا كان من شـــأن تلك الحقوق حرمان الزوجة من التمتع بحقها في ســـكنى الدار أو الشـــقة تاعائدة للزوج استنادا لحكم المادة (١/ف٢) من قانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣ .

نرى ان تحديد المدة على عدم نفاذ التصرفات التي يقوم بها الزوج بمسكن الزوجية قبل ستة اشهر من تاريخ وقوع الطلاق أو من تاريخ اقامة دعوى التفريق اذا أدت تلك تاتصـــرفات الى حرمان المطلقة من التمتع بحقها تحديد غير منطقي لان العلاقة الزوجية قد تكون حســـنة هذه المدة ويقوم الزوج بالتصـــرف بالعقار بيعا او رهنا فليس من الحكمة الطعن بهذا التصـــرف القانوني الســـليم بمجرد وقوعه قبل الطلاق او التفريق بســـتة اشـــهر فكان الاجدر بالمشـــرع العراقي ان يمنع نفاذ تلك التصرفات فقط اذا كان الزوج سيء النية حصرا وكان سبب تصرفه الضرار بالزوجة .

الفرع الثاني
حالات الحرمان من حق السكنى

نصت المادة الثالثة من قانون حق المطلقة في السكنى رقم ٧٧لسنة ١٩٨٣ على الحالات التي تحرم فيها الزوجة المطلقة من حق السكنى وهي :

١_ الخيانة الزوجية سببا من اسباب التفريق فأنها تعتبر احد الاسباب التي تؤدي الى حرمان المطلقة من حق السكنى وفقا لنص المادة(٣/ف أ) من قانون حق المطلقة في السكنى رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣ وذلك وفقا لنص المدة(٤١) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ حيث نصت غلى أنه :" لكل من الزوجين طلب التفريق عند توفر احد الاسباب الآتية : ٢. اذا ارتكب الزوج الاخر الخيانة الزوجية ويكون من قبيل الخيانة الزوجية ممارسة فعل اللواط بأي وجه من الوجوه "

٢_ رضا الزوجة بالطلاق والتفريق تعتبر من حالات حرمانها عن حق السكن وفقا لنص المادة(٣/ ف ب) ويحصل رضا الزوجة بالطلاق عندما تكون مفوضة به أو موكلة به من قبل الزوج بإيقاعه عند عقد الزواج فيقع الطلاق بناء على ذلك أما للتفريق فان الزوجة تعتبر راضية به إذا كانت هي التي اقامت الدعوى أو اقامها الزوج فرضيت هي بالتفريق وتعتبر راضية إذا

هي صرحت بذلك في الدعوى المقامة واذا لم تصرح به فعلى الزوج اثبات ذلك بتوجيه اليمين الحاسمة لها [١٥] .

مايمكن ملاحظته ان المشرع العراقي لم يكن موافقا حينما حرم المطلقة من حق السكنى اذا هي رضيت بالطلاق أو التفريق دون الالتفات الى ان رضا الزوجة بالطلاق أو التفريق قد يكون نتيجة اصرارها على ذلك لسبب ادمان الزوج المخدرات أو المسكرات لذا يجب على المشرع أن يورد قيدا بمنح الزوجة حق السكنى اذا رضيت بالطلاق أو التفريق لأسباب تعود الى الزوج .

٣_ اذا حصل التفريق نتيجة المخالعة فان الزوجة تحرم من حق السكنى وفقا لنص المادة ٣

(٣/ف ج) والسبب في ذلك انها رضيت بالتفريق لان المخالعة اساسها التراضي بين الزوجين فهو طريق اختياري للتفريق .
بناءا عمى ماتقدم كان الاجدر بالمشرع العراقي حذف هذه (ف ج) من هذه المادة لان (ف ب) تغني عنها والتي تقضي بحرمان المطلقة من حق السكنى اذا رضيت الطلاق او التفريق.

٤_ الزوجة يسقط حقها في السكنى إذا كانت تمتلك مسكنا مستقلا وفقا لنص المادة (٣/ف د) أما

إذا كانت تمتلك سهاما أو حصة شائعة في السكن فانيا لا تحرم من هذا الحق لأن النص اشترط في السكن المملوك للمطلقة أن يكون حصة تامة وليس حصة شائعة[١٦] .
لكن كان الاجدر على المشرع العراقي ان يبين وقت امتلاك المطلقة الدار او الشقة لكي تحرم من هذا الحق ، والمشرع العراقي لم يعالج مسألة امتلاك الزوجة المطلقة دارا او شقة سكنية خلاف فترة تمتعها بحق السكنى (أم خلال مدة السنوات الثلاثة) فكان الاجدر على المشرع ان ينص على انتهاء هذا الحق اذا تملكت الزوجة دارا او شقة سكنية اثناء مدة تمتعها بحق السكنى انسجاما مع الاسباب الموجبة لقانون حق الزوجة المطلقة في السكنى الذي صدر دفعا للضرر.

أمابقية القوانين فقد عالجت موضوع حق السكنى من ضمن النفقات التي تستحقها الزوجة ولذلك فان الحرمان من هذا الحق تسقط بنشوز الزوجة وهذا ما ذهب اليه قانون الاحوال الشخصية السوري رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣ في المادة (٧٤) حيث نصت على أنه: "إذا انشزت المرأة فلا نفقة

([١٥]) "د. عصمت عبد المجيد"،"حق المطلقة في السكنى " ،" دراسة في ضوء أحكام القانون المرقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣ المعدل والتطبيقات القضائية"،" الدراسة منشورة في مجلة العدالة مجلة فصلية تصدرها وزارة العدل العراقية "،"ع١"،"س١٩٩٩"،"ص٣٩".
([١٦]) "جمعة سعدون الربيعي"،"أحكام النفقة شرعا وقانونا وقضاءا"،"بغداد"،"١٩٩٠"،"ص٢١١ .

. "لها مدة النشوز

والى ذلك ذهب المشرع الكويتي في قانون الاحوال الشخصية الكويتي رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ في المادة (١٦١/أ) حيث نصت على أنه : " ..... تعتبر ناشزة إذا خرجت من البيت بغير مسوغ .

وجدير بالذكر أن القضاء بالعراق قد طبق ما قررته المادة (٣) من قانون حق المطلقة في السكنى رقم ٧٧لسنة ١٩٨٣ كالتي تتعلق بحالات حرمان المطلقة من هذا الحق فقد جاء في قرار المحكمة التمييز الاتحادية بشأف حرمان الملمقة في السكنى إذا هي رضيت بالتفريق وأصرت عليه ما نصه : " الزوجة رضيت بالتفريق واصرت على طلب التفريق أمام محكمة الاحوال الشخصية ومن ثم فانها لا تستفيد من احكام قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى " وفي قرار آخر لها أوصت به محكمة التمييز بضرورة تحليف المدعية المطلقة اليمين الحاسمة لمعرفة رضاها بالتفريق ان لم تصرح بذلك في الدعوى المقامة ما نصه : " أن الحكم المميز غير صحيح ومخالف للقانون إلا انه كان على المحكمة التحقق من دفع المدعي عليه (المميز) من ان المدعية (المميز عليها) هي التي طلبت الطلاق وبالتالي حصل بموافقتها حيث كان على المحكمة تكليف المميز باثبات دفعه هذا وفي مجال عجز عن الاثبات منحه حق توجيه اليمين الحاسمة إلى المدعية[١٧]

([١٧]) " القاضي شلال شكور سمبن"،" مرجع سابق "،" ص٦_٧" .

المبحث الثاني
أحكام حق السكنى للمطلقة

بما أن السكنى شرع لدفع الضرر عن المطلقة لذا يجب على المطلقة أن تمارسه دون أن تلحق ضرارا بالزوج لذا على المطلقة أن تلتزم بعدة التزامات أثناء تمتعها بحق السكنى ، والمشرع العراقي في قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣ منح المطلقة حق السكنى لمدة ثلاث سنوات وهي مدة رآها المشرع كافية لتهيئة مسكن لها فينتهي حق السكنى بانتهاءها وللاحاطة بما تقدم قسمنا هذا البحث على مطلبين عرضنا فأولهما لالتزامات المطلقة وخصصنا ثانيهما لانتهاء حق السكنى.

المطلب الأول
التزامات الزوجة المطلقة

على الرغم من أن المشرع العراقي في قانون الزوجة المطلقة في السكن رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣ اعطى للزوجة المطلقة الحق في البقاء ساكنة في مسكن الزوجية لمدة ثلاث سنوات وبدون بدل إن كان السكن مملوكا للزوج أو لحلول محل الزوج في عقد الايجار ان كان السكن مستأجرا لكنه لم يجعل هذا الحق مطلقا بل قيده بعدة شروط وهي :

أ_ أن لاتؤجر الزوجة الدار أو الشقة كلا او جزءا[١٨] .

كي ينشأ للمطلقة حق المطالبة في السكن في منزل الزوجية اشترط المشرع العراقي أن تكون الدار أو الشقة التي تطلب المطلقة السكن فيها مملوكة للزوج أو مستأجرة من قبله سواء كانت مملوكة له بالكامل أم كان يملك سهماما شائعة فيها مهما كانت حصته فيها . ويكون الزوج مالكان للدار أو الشقة إذا كانت مسجلة باسمه في سجلات التسجيل العقاري أما أن كان قد اشتراها بعقد خارجي ولم تسجل باسمه فلا يمكن اعتباره مالكا ولا مجال لتطبيق احكام قانون حق المطلقة في السكنى ولا يمكن تطبيق احكام القانون المذكور إذا كانت الدار مغصوبة من

([١٨]) "نص المادة (٢/ف٢) من القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣ .

قبل الزوج أو كان يشغلها على سبيل الاباحة لأنه لا يعد مالكان أو مستأجرا ، وأعطى المشرع حق المطلقة الطالبة بحق السكن إن كان الزوج مستأجرا للدار أو الشقة قبل الطلاق أو التفريق وفي هذه الحالة تنتقل الحقوق والالتزامات المقررة في عقد الايجار اليها باستثناء الالتزام بتسديد بدل الايجار حيث يقع على عاتق الزوج ، أما إذا كانت الزوجة هي المستأجرة للدار أو الشقة فلا مجال لتطبيق أحكام هذا القانون ، وعليه إن قامت المطلقة بتأجير العقار أو الانتقال منه إلى عقار آخر أو تأجير أجزاء منو فان هذا التصرف معناه انتفاء حاجتها إلى العقار وهذا يؤدي إلى زيادة الاعباء على العقار من حيث سرعة استهلاكه مما يؤدي إلى احداث أضرار فيه[١٩] . ثم اذا أخلت المطلقة بالتزاماتها كأجرت الدار كلا أو جزءا عاد المأجور إلى الزوج المطلق وليس للمؤجر وهذا لا يمكن اعمال حكم الفقرة (ب) مف المادة (١٧) من قانون العقار لا يمكن للمؤجر أن يرفع دعوى تخلية المأجور ضد الزوج لأن الزوج لم يؤجر المسكن من الباطن ولم يتنازل عن حقه في الايجار لمصلحة الزوجة بمحض ارادته وان كان ذلك بحكم القانون[٢٠]

كما يمكن ملاحظته على احكام قانون حق المطلقة في السكنى رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣ أن حق المطلقة في السكن ينحصر في الدار أو الشقة التي كانت تسكن فيها مع زوجها قبل الطلاق أو التفريق (سواء كانت مملوكة للزوج أو مستأجرة من قبله) ولا يمكن أن ينتقل هذا الحق إلى دار أو شقة أخرى فإذا عمد الزوج إلى تسليم الدار أو الشقة من قبله إلى مالكها أثناء نظر دعوى الطلاق أو التفريق فان ذلك لا يحول دون الحكم للزوجة بحق السكنى ولا يمكن الزام الزوج بتهيئة دار أو شقة أخرى للزوجة[٢١]

ب_ يشترط لكي تتمتع المطلقة بحق السكنى في دار الزوجية أن تكون ساكنة مع مطلقها بصورة مستقلة قبل الطلاق فإذا ثبت أنها كانت تسكن مع أهل زوجها المطلق في الدار أو الشقة فلا تستحق السكنى[٢٢] ، واذا استحصلت الزوجة على حكم بالنفقة لها ولأولادها فلا يجبر الزوج على إسكان زوجته في داره بل يحق لها المطالبة بزيادة النفقة إن كان لها مقتضى

ج _ عدم الاضـرار بمسـكن الزوجة : لكي تتمتع الزوجة بحق السـكنى في دار الزوجية هو وجوب التزام المطلقة بأن لا تحدث أضـرارا بالدار أو الشـقة عدا الاضـرار البسـيطة الناجمة

---

(١٩) "د.عصمت عبد المجيد بكر"،"حق الزوجة المطلقة في السكنى"،"مرجع سابق "،"ص٣٩" .
(٢٠) "د.طه صالح"،"مرجع سابق "،"ص٣٥ " .
(٢١) "القاضي شلال سمين"،" مرجع سابق "،" ص ٧_٨" .
(٢٢) قرار محكمة التمييز ٥٦٢١ /شخصية/ ١٩٩٧ /في ١٩٩٧/١١/١٥ غير منشور .

عن الاستعمال الاعتيادي ولذلك فان الاضرار الجسيمة غير الاعتيادية هي كافية لكي تسوغ حرمان المطلقة من الاستمرار في سكنى الدار أو الشقة السكنية وتقدير كون الضرر جسيما أو بسيطا يعود إلى القضاء الذي له الاستعانة بالخبراء أو اجراء المعاينة على العقار موضوع النزاع وكذلك تحرم المطلقة من هذا الحق إذا أحدثت تغيرا جذريا في الدار أو الشقة دون موافقة مطلقها كما لك استعملت الدار أو الشقة خلافا للغرض من تشييدها مما يترتب عليه اساءة لسمعة مطلقها أو إلحاق الضرر بالدار أو الشقة[٢٣] .

لكي تتمتع المطلقة بحق السكنى يجب أن لا تسكن معها في مسكن الزوجية أي شخص عدا من كانوا تحت حضانتها باستثناء من هذا الشرط أجازت (ف٢ من م ٢) من قانون حق الزوجة في السكنى للمطلقة أن تسكن معها أحد محارمها بشرط أن لا توجد أنثى تجاوزت سن الحضانة بين من يعيلهم الزوج ومن يقيمون معها في الدار أو الشقة[٢٤] .

اما بقية القوانين القارنة فلم تنظم قانون خاص يتناول تنظيم حق السكنى للمطلقة واكتفت بما شرعته في قوانين احوالهاالشخصية باعتبار هذا الحق ضمن أهم النفقات التي تستحقها المعتدة .

المطلب الثاني
انتهاء حق السكنى

لاشك في إن الدار أو الشقة التي تتمتع المطلقة بحق السكنى فيها أما أن تكون مملوكة للزوج أو مستأجرة من قبله فإذا كانت الدار أو الشقة مملوكة للزوج فينتهي حق السكنى في حالتين

أولهما : إذا أخلت الزوجة المطلقة بالتزاماتها المقررة في المادة الثانية من قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى كان تكون أجرت الدار أو الشقة كلا أو جزءا أو أحدثت أضرارا جسيمة فيها فإنه يحق للزوج اللجوء إلى القضاء لأخلاء الدار أو الشقة وتسليمها له خالية من الشواغل كذلك باقامة الدعوى أمام محكمة البداءة فإذا صدر حكم يلزم الزوجة المطلقة بالاخلاء وتكون ملزمة تسليم الدار خالية من الشواغل ولا يكون لها البقاء مدة أخرى[٢٥] ، ولا يمكن للمطلقة أن

---

(٢٣) "قرار محكمة التمييز الرقم ٢٢٨٣ / شخصية / ٨٤.٨٥"،"في"١٩٨٥/٩/٢ مجموعة الاحكام العدلية"،" ع٣.٤"،"١٩٨٥ " ،" ص٧٦" .

(٢٤) "د.طه صالح خلف" ،" مرجع سابق" ،" ص٣٦" .

(٢٥) نص المادة (٢/ف٢) من القانون المرقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣" .

تستفيد من المهلة المحددة في قانون ايجار العقار في المادة (٢/٢٢) والتي جاء النص فيها "على دواء التنفيذ امهال المحكوم عليه بالتخلية مدة لا تزيد على تسعين يوما من تاريخ تنفيذ الحكم لديها ولا يؤثر في سريان هذه المدة الطعن تمييزا في التنفيذ العدلي.

كما يمكن ملاحظته ان المشرع العراقي لم يورد نص بالقانون يلزم فيه قيام مديرية التنفيذ بناءا على طلب الزوج باتخاذ إجراءات التخلية إذا انتهت مدة السنوات الثلاث وامتنعت الزوجة من اخلاء الدار أو الشقة دون الحاجة إلى اقامة دعوى منع المعارضة لأن المطلقة قد استكفت حقها بالكامل .

أما إذا كانت الدار أو الشقة مستأجرة من قبل الزوج فإن الحقوق والالتزامات المقررة في عقد الايجار تنتقل إلى المطلقة لزوجة وتحل المطلقة في السكنى حلولا قانونيا محل المطلق حيث يصبح مركزها القانوني بصفة مستأجر فإذا ما أخلت المطلقة بالتزاماتها فإن للمؤجر طلب تخلية المأجور[٢٦] .

أما الحالة الثانية / بما أن حق السكن مقيد بمدة ثلاث سنوات حيث ان قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣ ينهي حق السكنى إذا انقضت كل المدة ولم تقم المطلقة بإخلاء الدار أو الشقة انها في هذه الحالة تعد غاصبة للعقار وللزوج اقامة دعوى منح المعارضة أمام محكمة البداءة هذه في حالة إذا كانت الدار أو الشقة التي تسكن فيها المطلقة ملكا للزوج ، أما إذا كانت مستأجرة فليس للمؤجر في هذه الحالة بعد انقضاء مدة الثلاث سنوات المنصوصة في القانون أعلاه طلب تخلية المأجور لأن المشرع منح المطلقة حق السكنى لثلاث سنوات وهي مدة رآها المشرع كافية لتهيئة مسكن لها حسب ما ورد في الاسباب الموجبة لقانون حق الزوجة المطلقة في السكنى[٢٧] . ولذلك فانها تمتتع بحق السكنى طيلة مدة ثلاث سنوات بموجب هذا القانون الذي هو قانون خاص فلا يجوز للمؤجر طلب تخلية المأجور لأي سبب من أسباب التخلية المنصوص عليها في قانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩الذي هو قانون عام والخاص يقيد العام .

---

(٢٦) " ينظر نص المادة(٥) من قانون حق الزوجة المطلقة بالسكنى رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣" .

(٢٧) " القاضي شلال شكور سمين" ،" مرجع سابق " ،" ص ٩٠٨" .

الخاتمة

بعد وصولنا الى نهاية دراستنا في موضوع حق المطلقة في السكنى خرجنا بتوصيات مهمة ومنها السكن بمعنى عام هو ذلك المكان الذي يعده الزوج لزكجتو ويجب أن يكون مستوفيا شروطه الشرعية كافة بحيث يكون ملائما لحالة الزوج المالية كأن يكون مستقلا ومشتملا على كل مستلزمات السكن من أثاث وفرش وأدوات منزلية ، وحق السكن : يعتبر عنصرا مهما من عناصر النفقة التي تفرض على الزوج. وتبين ان فقهاء الشريعة الاسلامية بحثوا حقوق المطلقة ومنها السكنى اثناء فترة العدة ولم يتناولوا حق السكنى للمطلقة بعد انتهاء العدة، تبين لنا أن استمتاع المطلقة بحق السكنى يتطلب من المطلقة عدة التزامات حتى لاتحرم من هذا الحق بموجب قانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٨٣، اشترط قانون حق المطلقة في السكن شوروطا عدة لكي تتمتع المطلقة بهذا الحق ، حدد هذا القانون حالات تحرم فيها المطلقة حق السكن، ولغرض حماية المطلقة فقد نص القانون على عدم نفاذ التصرفات التي يقوم بها الزوج قبل ستة اشهر من وقوع الطلاق أو من تاريخ اقامة دعوى التفريق ، فرض القانون المذكور التزامات عدة على المطلقة عند تمتعها بحق السكن ، عند صدور حكم للمطلقة في السكنى تقوم مديرية التنفيذ باخلاء الدار أو الشقة من الزوج وممن لايجوز أن يسكنوا مع الزوجة وتبدأ ثلاث سنوات من تاريخ الاخلاء و أذا اخلت المطلقة بالتزاماتها المنصوص عليها في القانون فللزوج أن يقيم دعوى لاخلاء الدار أو الشقة وتسليمها له خالية من الشواغل .

المراجع

القرآن الكريم

أولا / مراجع الشريعة الاسلامية

أ. كتب التفسير

١. أبي جعفر محمدبن جرير الطبري ، جامع البيان عن تأويل آية القرآن ،ج١٠و٢٨ ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بلا مكان طبع ،١٩٩٥ .

ب. كتب الفقه الاسلامي

١. الفقه الامامي

١. السيد علي الحسيني السيستاني ، منهج الصالحين(المعملات) ،ج٣، المؤسسة العالمية للمطبوعات ، بيروت_لبنان، ١٤١٦ هـ .

٢. أبو جعفر محمد بن علي الطوسي ، المبسوط في الفقه الامامية ،ج٥، المكتبة المرتضوية لاحياء الاثار الجعفرية، بلا مكان طبع ،بلا سنة طبع .

٢.الفقه الحنفي

١. علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ج٣، المكتبة الحيدرية، بلا مكان طبع، ١٩٨٩ .

٢. زين الدين نجيم الحنفي، البحر الرائقشرح كنز الدقائق، ج٤، ط١، دار المعرفة، بيروت_لبنان، بلاسنة طبع ، .

٣.الفقه المالكي

١. شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية السوقي على الشرح الكبير، ج٢، دار احياء التراث العربي، بلا مكان طبع، بلا سنة طبع .

٢. صالح عبد السميع الأبي الزهري، الثمر الداني في تقريب المعاني، ج١، المكتبة الثقافية، بيروت_لبنان ، بلا سنة طبع .

٤.الفقه الشافعي

١. محمد بن ادريس الشافعي، الام، ج٥، ط١، دار الفكر للطباعة والنشر، بلا مكان طبع، ١٩٨٠ .

٥.الفقه الحنبلي

١. أبو محمد بن عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج٩، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع والطبع، بلا مكان طبع، بلا سنة طبع .

٦.الفقه الزيدي

١. الامام يحيى بن الحسين، كتاب الاحكام في الحلال و الحرام، ج١، بلا مكان طبع، بلا سنة طبع .

٧.الفقه الظاهري

١. أبو محمد علي بن سعيد بن حزم الظاهري، المحلى، ج١٠، دار الفكر، بلا مكان طبع، بلا سنة طبع .

ج. المراجع الفقهية المتفرقة

١. أحمد نصر الجندي، مبادىء القضاء الشرعي، مجلد الثاني ط٢، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٧٨ .

ثانيا / المراجع القانونية

أ. الكتب :

١.أحمد نصر الجندي، الاحوال الشخصية(تعليق على النصوص)، بلامكان طبع، بلا سنة طبع .