التعويض عن تفويت الفرصة في مسائل الزواج و الفرقة دراسة مقارنة

أ.م.د. خولة همزة حسين
khawla.hussien@epu.edu.iq
جامعة التقنية أربيل / المعهد التقني الإداري أربيل- قسم الإدارة القانونية / قسم القانون

م.د. آوات كمال حمدأمين
جامعة كوية/ فاكلتي العلوم الإنسانية والإجتماعية
awat.kamal@koyauniversity.org

Compensation for Loss of Opportunity in Marriage and Divorce Matters: A Comparative Study

Dr. Khawla Hamza Hussien
Assistant Professor of
-Erbil Polytechnic University
- Erbil Technical Administrative Institute
Department of Legal Administration

Lecturer.Dr. Awat Kamal Hamadamin
- Koya University
- Faculty of Humanities and Social Sciences
Department of Law

قەرەبووکردنەوەی دەرفەتی لەدەستچوو لە بابەتی هاوسەرگیری و جیابوونەوە، لێکۆڵینەوەیەکی بەراوردکاری

د. خەولا حەمزە حسێن
زانکۆی تەکنیکی هەولێر / پەیمانگای تەکنیکی کارگێڕی هەولێر - بەشی کارگێڕی یاسایی / بەشی یاسا
د. ئاوات کەمال حەمەد ئەمین
زانکۆی کۆیە/فاکەڵتی زانستە مرۆییەکان و زانستە کۆمەڵایەتییەکان

الملخص
تظهر فكرة تفويت الفرصة في مسائل الزواج والفرقة بصورة واضحة مقارنةً بمسائل آخرى بسبب إنعكاس آثارها ممتدة إلى ما بعد العلاقات الشخصية داخل الأسرة مثل ضياع فرصة تكوين الأسرة وإنجاب الأطفال في المستقبل. وبما أن هناك إختلافاً فقهياً وقضائياً حول تعويض الضرر الذي ينتج عن تفويت الفرصة بسبب إحتمالية وقوعه وتحققه في المستقبل، إلا أن الضرر الذي ينتج عن تفويت الفرصة في مسائل الأحوال الشخصية يستوجب التعويض عنه على وفق شروط قانونية عامة للتعويض، لأن الحرمان من الفرصة أو حتى تفويتها في هذه المسائل، هو في حد ذاته ضرر حال محقق، حتى ولو كانت نسبة الإستفادة من الفرصة بالنسبة إلى المضرور أمراً محتملاً في المستقبل، وبما أن تفويت الفرصة في هذه المسائل تنتج عنه الأضرار المادية والمعنوية (الأدبية) فلابد من وجود تنظيم قانوني يبين فيه للقاضي كيفية الحكم بالتعويض عن ضررتفويت الفرصة في هذه المسائل مع بيان أساسه القانوني وكيفية تقدير التعويض في ضوء الأحكام العامة للمسؤولية المدنية في القانون المدني لضمان حقوق الطرف المتضرر، في طيات هذه الدراسة نحاول بيان صور تفويت الفرصة في مسائل الأحوال الشخصية وبيان النواقص والثغرات التشريعية المتعلقة بهذا الموضوع وكيفية تعويض الضرر الناشئ عنه ضمن نصوص القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية ومقارنته بنصوص قوانين دول آخرى مع تقديم إقتراحات نصوص قانونية للمشرع العراقي والكردستاني لسد هذه الثغرات والنواقص القانونية مع بيان القرارات القضائية الواردة بهذا الشأن.
الكلمات الافتتاحية: التعويض، تفويت الفرصة، الخطبة، الزواج، الإكراه، الفرقة، تعليق الزوجة.

Abstract
The concept of missed opportunities in marriage and separation issues is more apparent than in other matters because its effects extend beyond personal relationships within the family. This includes missing the chance to form a family and have children in the future. There is a jurisprudential and judicial debate regarding compensation for the damage resulting from missed opportunities due to the potential for such opportunities to occur in the future. However, the damage caused by missing opportunities in personal status matters warrants compensation

under general legal conditions because the deprivation or loss of such opportunities constitutes real and present harm. This is true even if the potential benefit for the injured party is uncertain. Since missing these opportunities can lead to both material and moral damages, a legal framework is needed to guide judges in awarding compensation for such losses. This framework should include the legal basis for compensation and methods for estimating it, based on the general principles of civil liability in civil law, to protect the rights of the injured party. In this study, we aim to explore the forms of missed opportunities in personal status issues and highlight the legislative shortcomings and gaps related to this topic. We will also examine how to compensate for the resulting damage under the Civil Code and the Personal Status Law, comparing these with the laws of other countries. Furthermore, we will present proposals for legal texts to the Iraqi and Kurdish legislators to address these legal gaps and deficiencies, along with an analysis of relevant judicial decisions.

پوختە
بیرۆکەی لەدەستدانی دەرفەتێک لە بابەتی هاوسەرگیری و جیابوونەوەدا بە بەراورد لەگەڵ پرسەکانی دیکەدا بە ڕوونی دەردەکەوێت چونکە کاریگەرییەکانی لە پەیوەندییە کەسییەکانی ناو خێزان زیاتر درێژدەبێتەوە، وەک لەدەستدانی دەرفەتی پێکهێنانی خێزان و منداڵبوون لە داهاتوودا. بەو پێیەی جیاوازیی فەقێ و دادوەری هەیە سەبارەت بە قەرەبووکردنەوەی ئەو زیانانەی کە لە ئەنجامی لەدەستدانی دەرفەتێکەوە دێتە ئاراوە بەهۆی ئەگەری ڕوودانی و بەدیهێنانی لە داهاتوودا، ئەو زیانانەی کە لە ئەنجامی لەدەستدانی دەرفەتەکە لە بابەتی باری کەسیدا دێتە ئاراوە پێویستی بە قەرەبووکردنەوە هەیە بەپێی گشتی مەرجی یاسایی بۆ قەرەبووکردنەوە، چونکە بێبەشکردنی دەرفەتەکە یان تەنانەت لەدەستدانی لەم بابەتانەدا، خۆی لە خۆیدا زیانێکی ڕاستەقینە و دەستبەجێیە، تەنانەت ئەگەر ڕێژەی سەدی سوودمەندبوون لە دەرفەتەکە بۆ لایەنی بریندار ئەگەری هەیە لە داهاتوودا، و لە دوای ونبوونیەوە دەرفەت لەم... ئەو پرسانەی کە زیانی ماددی و ئەخلاقی (ئەخلاقی)یان لێدەکەوێتەوە دەبێت ڕێسایەکی یاسایی هەبێت کە بۆ

دادوەر ڕوون بکاتەوە کە چۆن قەرەبووی زیانەکانی لەدەستدانی دەرفەت لەم پرسانەدا بدرێتەوە، لەگەڵ ڕوونکردنەوەیەک لەسەر بنەما یاساییەکەی و چۆنیەتی خەملاندن قەرەبووکردنەوە لە ژێر ڕۆشنایی بڕگە گشتییەکانی بەرپرسیارێتی مەدەنی لە یاسای مەدەنیدا بۆ گەرەنتیکردنی مافەکانی لایەنی بریندار، لەم چوارچێوەیەدا توێژینەوەکە هەوڵدەدات فۆرمەکانی لەدەستدانی دەرفەت لە بابەتی باری کەسیدا ڕوون بکاتەوە، کەموکوڕییەکان و بۆشاییە یاساییەکانی پەیوەست بەوەوە ڕوون بکاتەوە بۆ ئەم بابەتە، و چۆنیەتی قەرەبووکردنەوەی ئەو زیانانەی کە لە ئەنجامی دەقەکانی یاسای مەدەنی و یاسای باری کەسییەوە دێتە ئاراوە، و بەراوردکردنی لەگەڵ دەقەکانی یاساکانی وڵاتانی دیکە، لەگەڵ پێشکەشکردنێک پێشنیارەکان بۆ دەقی یاسایی بۆ یاسادانەری عێراق و کوردستان بۆ پڕکردنەوەی ئەو بۆشای و کەموکوڕییە یاساییانە، لەگەڵ ڕوونکردنەوەیەک لەسەر ئەو بڕیارە دادوەرییانەی لەو بارەوە دەستیان کەوتووە.

وشەی سەرەتایی: قەرەبووکردنەوە، دەرفەتی لەدەستچوو، دەستگیراندارى، هاوسەرگیری، زۆرەملێ، جیابوونەوە، کۆمێنتی ژن.

المقدمة

يعد التعويض عن ضرر فوات الفرصة في مسائل الزواج والفرقة ضرورة قانونية لحماية الطرف المتضرر من تفويت الفرصة وفقاً للقاعدة الفقهية الواردة (لا ضرر ولا ضرار)[1] وللاحاطة بهذه الموضوع بصورة واضحة ودقيقة لابد من دراسته في نطاق نصوص القانون المدني العراقي و قانون الأحوال الشخصية العراقي بشكل مقارن وعلى النحو الآتي:

أولاً: أهمية البحث:

١-إن الأخذ بفكرة التعويض عن ضررتفويت الفرصة في مسائل الزواج والفرقة فيه حماية للطرف المضرور وتحقيق العدالة الإجتماعية وخاصةً إذا تم التعويض وفقاً للأحكام العامة للتعويض في القانون المدني، لأن القانون المدني العراقي لم ينص صراحةً على التعويض عن فوات الفرصة بنص خاص.

٢- بيان صور تفويت الفرصة في مسائل الزواج والفرقة التي تمت دراستها بصورة دقيقة و واضحة في سياق قانوني الأحوال الشخصية والقانون المدني العراقي بصورة مقارنة.

٣- بحث نظرية تفويت الفرصة في مسائل الزواج والطلاق وبيان أساسه القانوني للتعويض عنها فقهياً وقانونياً وقضائياً لكي يكون سبيلاً للطرف المتضرر عن

[1] محمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني، سنن ابن ماجه، دار الفكر، بيروت، بلا سنة الطبع، ص١٤٧

الحرمان من هذه الفرصة في المستقبل وحصوله على الضمان القانوني لرفع هذا الظلم عنه في نطاق الأسرة ولكي تكون هذه الدراسة معيناً للقضاة للحكم بتعويض المتضرر من فوات الفرصة في هذه المسائل.

ثانياً: أهداف البحث:

١- تقديم نموذج قانوني حول هذا الموضوع للتعويض عن ضرر ضياع الفرصة في هذه المسائل حيث يختلف حوله فقهاء القانون على أساس أن الضرر الذي ينتج عن تفويت الفرصة هو ضرر احتمالي في تفويت الفرصة ولكن ضرر الحرمان من الفرصة في هذه المسائل في أغلبية حالتها محققة وجدية يستوجب التعويض عنها، وعززنا رأينا هذا بوجود قرار قضائي بهذا الخصوص في حالة تعليق الزوجة من قبل الزوج وفوات فرصة تكوين الأسرة وإنجاب الأطفال.

٢- بيان الثغرات القانونية متعلقة بموضوع التعويض عن ضرر فوات فرصة الزواج وتكوين الأسرة وإنجاب الأطفال في كلا القانونين قانون الأحوال الشخصية والقانون المدني وسد هذه الثغرات بعدة إقتراحات قانونية للمشرع والقاضي لعلاج هذه النواقص القانونية وكيفية التعويض عن ضرر فوات الفرصة في هذه المسائل التي تتعلق بالحقوق الشخصية التي ذكر حمايتها بالنصوص الشرعية والدستورية والقانونية.

ثالثاً: إشكالية البحث وسبب إختيار الموضوع البحث:

١- الإحاطة بموضوع تفويت الفرصة في مسائل الزواج والطلاق بصورة كاملة و دقيقة وكيفية التعويض عنها قانونياً وقضائياً، لأن موضوع التعويض عن تفويت الفرصة في المسائل الزواج قد بحث من قبل الباحثين القانونيين، ومن بينها موضوع التعويض عن تفويت الفرصة في المسائل الأسرية وركزت دراستهم على تفويت الفرصة في مقدمات الزواج (في حالة العدول عن الخطبة) فقط، إلا أن مسألة تفويت الفرصة تظهر في مسائل أخرى من الزواج كموضوع المنع من الزواج من قبل الولي أو الإكراه على الزواج وفي مسائل الفرقة مثلاً تفويت الفرصة في مسألة تعليق الزوجة من قبل الزوج وعدم مراجعتها أو تطليقها، وتفويت الفرصة في مسألة عدم الإنجاب.

٢- عدم وجود قوانين خاصة التي تنظم موضوع التعويض عن ضرر تفويت الفرصة في مسائل الزواج والفرقة يصعب على الطرف المتضرر في هذه المسائل وقد يستحيل عليه أحياناً الحصول على التعويض التي يجبر الضرر الذي أصابه من تفويت الفرصة عليه، وقد يصل الوضح بالمتضرر من تفويت الفرصة من هذه المسائل عدم اللجوء إلى المحاكم ليرفع الدعوى ويثير المسؤولية المدنية ويطالب

بحقه في التعويض عن الضرر الذي لحقه ولا يجد أمامه إلا رفع يده بالدعاء على من تسبب له بالضرر والمطالبة بحقه ممن أعتدى عليه إلى عدالة السماء.
٣- عدم وجود فكرة التعويض عن ضرر تفويت الفرصة لدى المشرع في القانون المدني في مسائل الزواج والفرقة ذلك يعيق عمل القاضي للحكم بالتعويض عن ضررتفويت الفرصة في هذه المسائل لان الأساس القانوني للتعويض عن هذه المسائل يختلف من مسألة إلى أخرى، تارةً يكون تعويض الضرر الناتج عن تفويت الفرصة في هذه المسائل على أساس المسؤولية العقدية وتارةً يكون على أساس المسؤولية التقصيرية حسب توفر شروط كل منها فعدم وجود نص قانوني يعيق عمل القاضي ويصعب عليه الأمر لذا نحاول تقديم اقتراح نصوص قانونية لتسهيل عمل القاضي وتحقيق العدالة.

رابعاً: منهجية البحث: إعتمدنا في بحثنا هذا على المنهج المقارن بين نصوص قانوني الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) المعدل والقانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة(١٩٥١) مع نصوص قوانين لدول أخرى مثل القانون المدني الفرنسي وبعض قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية كالقانون الأردني والإماراتي وغيرهما من الدول العربية، ونعزز دراستنا هذه بقرارات قضائية في المحاكم الفدرالية العراقية وقرارات صادرة عن محكمة التمييز- هيئة الأحوال الشخصية في إقليم كردستان.

خامساً: خطة البحث: تم تقسيم البحث إلى مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة، ففي المبحث الأول نتناول التعريف بتفويت الفرصة والذي يتضمن تعريف تفويت الفرصة وطبيعة الضرر فيه والأساس القانوني للتعويض عنه. أما في المبحث الثاني فنخصصه لدراسة تفويت الفرصة في مسائل الزواج والفرقة ونتطرق فيه إلى مسائل تفويت الفرصة في الزواج والتي ترتكز على مسألة تفويت الفرصة في حالة عدول أحد الخاطبين في الخطبة وكذلك تفويت الفرصة عند منع الزواج والإكراه عليه. أما في المبحث الثالث فنبين كيفية التعويض عن تفويت الفرصة في مسائل الزواج والفرقة والتي يتضمن شروط التعويض عن تفويت الفرصة وكيفية تحديد مقدار تعويض عن تفويت الفرصة. و في نهاية البحث نبين أهم الاستنتاجات والاقتراحات التي توصلنا إليها من خلال دراستنا لهذا الموضوع.

المبحث الأول

التعريف بتفويت الفرصة

من أجل توضيح مفردات هذا المبحث سوف نقسمه على ثلاثة مطالب: نبحث في المطلب الأول

تعريف تفويت الفرصة، وفي المطلب الثاني نتطرق إلى الضرر في تفويت الفرصة، وفي المطلب الثالث نبين طبيعية الضرر في تفويت الفرصة وأساسه القانوني وذلك كالآتي:

المطلب الأول
تعريف تفويت الفرصة

تعريف تفويت الفرصة لغةً: إن معنى تفويت الفرصة في اللغة مكون من قسمين، فوت وفرصة. و(فوت) لغةً: فاتها لأمر فواتاً، ذهب عنه وأفاته إياه غيره وفوت الفوات: الفجأة وهو فوت رمحه ويده أي حيث يراه ولا يصل إليه وتفاوت الشيئان: تباعد بينهما[1].

و**تعريف الفرصة لغةً**: قطعةٌ و خرقةٌ وشقةٌ وأصاب فريصته، والفرصة: الريح التي يكون منها الحدب وفرصة بالضم يعني النوبة والشرب وفرصة بالكسر يعني الشديد أو الغليظ الأحمر وجد لعمر بن أحمر الشاعر. فراص وأفترصته الفرصة أمكنه والمفارصة بمعنى المناوبة[2].

إذن تعريف تفويت الفرصة لغةً، بمعنى القحط والشدة وسوء الحال الذي يصيب المضرور في أمر ذهب عنه وأفاته إياه غيره كان من الممكن له انتهازه[3].

أما تعريف تفويت الفرصة إصطلاحاً: فقد ذهب بعض الفقهاء إلى تعريف تفويت الفرصة منها (أنه حرمان الشخص من فرصة كان يحتمل أن تعود عليه بالكسب إذ يكون هناك كسب مرجح كان يمكن أن يتحقق وقد أفضى محدث الضرر بفعله الضار على تحققه[4]. وعرفه أخر على أنها: (أمل غير مؤكد وأن هذا الأمل صار مستحيلاً تحققه بسبب الفعل الضار من محدث الضرر، الذي حرم المضرور من فرصة كانت من شأنها أن تجعل له حظاً في تحقق أمله لو سارت الأمور سيرها الطبيعي، لكن قد صار من المستحيل نهائياً تحققه، بسبب تدخل محدث الضرر بفعله الضار الذي تسبب في وقف السير الطبيعي للأمور)[5].

---

[1] مجد الدين بن يعقوب الفيروز آبادي، معجم القاموس المحيط، الطبعة الثالثة، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ٢٠٠٨، ص١٠١٦.

[2] الفيروز آبادي، مصدر سابق، ص٩٨٧.

[3] أحمد ياسر مسك، التعويض عن ضرر تفويت الفرصة، رسالة مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، ٢٠١٥، ص١٥.

[4] د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، بلا سنة الطبع، ص١٣٦.

[5] د. سليمان المرقس، الوافي في شرح القانون المدني الأردني (الفعل الضار والمسؤولية المدنية)، الجزء الثاني، المجلد الثاني، الطبعة الخامسة، منشورات صادر، الاردن، ١٩٨٨، ص٤٣٢.

فيما يخص بتعريف تفويت الفرصة في الفقه الإسلامي هو (الحرمان من مصلحة أو منفعة مشروعة أنعقد سبب حصولها للمضرور بوجود القرائن الدالة على وجودها حيث إن المعتبر شرعاً هو ما يفيد اليقين أو غلبة الظن أي المال الذي يحكم به على من تسبب في عدم إدراك إنسان مصلحة أو فائدة مشروعة له، تأكد حصولها)[١].

أما تعريف تفويت الفرصة قانوناً: فلم ينص المشرع العراقي في القانون المدني على مسألة التعويض عن تفويت الفرصة باعتبارها ضرراً يصيب المتضرر الذي فاتت عليه تلك الفرصة، وهذا هو مسلك العديد من التشريعات العربية و الأجنبية. إلا إننا وجدنا نص المادة (٤٢٥) في المشروع المدني العراقي التي نصت على أنه (يجوز الحكم بالتعويض عن الضرر الناشيء عن تفويت الفرصة على المتضرر إذا رجح لدى المحكمة إمكان الإفادة منها).

ويتمثل تفويت الفرصة بافتراض أن المدعي كان يأمل في منفعة كانت ستؤول إليه من خلال إنتهازه لهذه الفرصة التي كان يعول عليها بحيث أنها تمكنه من تحقيق أمله فيما لو قد سارت الأمور على وفق مجراها الطبيعي إلا أن فعل المسؤول هو الذي فوت هذه الفرصة وبدد أمله في إنتهازها فقضى على إمكانية تحقيق الهدف حتى ولو كان الهدف محتملاً وليس مؤكداً[٢].

إن تفويت الفرصة يقوم أصلاً على أن الفعل الخاطيء حال دون الضحية والقيام بعمل كان من الممكن أن يجلب إليها المنفعة. يمكن للفعل الضار أن يقعد الضحية عن تحقيق مصلحة هدفت إليها فتفوت عليها هذه الفرصة مما يلحق الضرر بها. هذا الضرر حال و ليس مستقبلاً. وبالتالي فهو قابل للتقدير حين حصوله و يعوض عنه كضرر قائم بذاته مع الأخذ بالاعتبار الفرص التي كانت سانحة لتحيق الهدف المستقبلي واستعداد الضحية لذلك و الظروف الأخرى التي كانت تجعل تحقيق الهدف ممكناً. فالهدف مستقبلي، ولكن تفويت الفرصة ضرر حال فيما إذا تحققت مقوماته[٣].

---

[١] محمد محمود، التعويض عن الفرصة الفائتة، مقال منشور على الموقع الإلكتروني في أدناه: (تأريخ أخر زيارة ٥/٣/ ٢٠٢٤)
https://jordan-lawyer.com/2022/02/16/damages-for-lost-opportunity/

[٢] د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، الطبعة الأولى، دار ئاراس للطباعة والنشر، أربيل، ٢٠٠٦، ص٢٩٤.

[٣] د. مصطفى العوجي، القانون المدني (المسؤولية المدنية)، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٦، ص٢٠٧- ص٢٠٨.

جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق: (إذا تعسفت أمانة العاصمة بعدم منح مالك الأرض إجازة بناء، فإنه يستحق تعويضاً يعادل ما فات المالك من فرصة الانتفاع من عقاره، وذلك لتحقق الضرر في حقه بسبب تعسف الأمانة بعدم منح الإجازة)[١].

يقصد بتفويت الفرصة بصفة عامة أن المضرور كان ينتظر في المستقبل أن يكون في مركز أفضل أو في وضع أكثر ملاءمة، إلا أن الفعل الضار الذي ارتكبه المدعى عليه قضى على هذا الأمل[٢].

جاء في تفسير نص المادة (١٣٨٣) من القانون المدني الفرنسي رقم(١٣١) لسنة(٢٠١٦) حول مفهوم خسارة الفرصة: (يشكل وحده خسارة فرصة يمكن التعويض عنها الزوال الحالي و الأكيد لإمكانية مؤاتية). وجاء في قرار آخر (بعد تحققهم من خطأ الطبيب الجرّاح، يمكن للقضاة أن يقرروا أنه إذا لم يكن أكيداً أن هذا الخطأ هو الذي تسبب بموت المريض فإنه على الأقل قد حرم هذا الأخير فرصة البقاء)حكم نقض مدني فرنسي ١، ١٨ آذار/ مارس ١٩٦٩[٣].

انصبت معظم التشريعات ومنها التشريع الأردني في التعويض عن الفرص الضائع على الشروط الواجب توافرها لتقرير التعويض و تقديره، ولم يتطرق أي من هذه التشريعات إلى تعريف ماهية الفرصة الضائعة، وتُرك الأمر لإجتهاد الفقه و القضاء.

بناءً على ما تقدم، يمكننا تعريف تفويت الفرصة بأنه هي (خسارة فرصة حقيقية للحصول على مصلحة بسبب الفعل الضار من محدث الضرر الذي غير اتجاه سير الأحداث إلى اتجاه خطأ مما أدى إلى الإضرار بالمدعي).

المطلب الثاني

الضرر في تفويت الفرصة

إن تفويت الفرصة ككل المجالات الأخرى التي تستوجب التعويض يبرره ما لحق المضرور من ضرر يمكن التمسك به و يلجأ المدعي إلى القضاء طالباً التعويض بغية جبر الضرر الواقع عليه أو سعياً للتخفيف من وطأته عليه وفقاً لأحكام المسؤولية المدنية.

---

[١] د. خليل سعيد إعبية، التعويض عن تفويت الفرصة، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، ٢٠١٨، ص١١٣.

[٢] د. مصطفى عبد الحميد عدوي، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، بدون ناشر، الطبعة الأولى، ١٩٩٦، ص٣٥٩.

[٣] ينظر: د. أدوار عيد و د. بشير بيلاني، القانون المدني الفرنسي بالعربية، الطبعة ١٠٨، دار دالوز، ٢٠٠٩، ص١٣٥٧- ص١٣٥٨.

لقد تطور موقف القضاء الذي كان يرفض التعويض عن الضرر الناتج عن تفويت الفرصة بحجة أن الضرر فيه إحتمالي متجهاً إلى أن الحرمان من الفرصة لا يقتصر أثره على المساس بمجرد الأمل في الكسب، إنما ينطوي على المساس بالحق في انتهاز فرصة محاولة الكسب، وإن سلب هذا الحق في ذاته يعتبر ضرراً محققاً وإن كانت نتيجة مباشرته احتمالية، فمع كون نتيجة الفرصة أمراً محتملاً إلا أن تفويتها أمر محقق[١].

ذهبت محكمة التمييز العراقي في قرار رقم(٨٣٧) هيئة مدنية في (٦/٣/ ١٩٨٠) إلى القول (بأن التعويض عن الضرر المستقبلي جائز للصغار لأنهم يشعرون مستقبلاً بذل اليتيم ومرارة فقدان المتوفى)[٢].

وجاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية: (قرار اعتبر أن حكم التبرئة من الجنحة المبني على انتفاء العلاقة السببية بين الخطأ الطبي و الوفاة لا يحول دون صدور حكم مدني بالتعويض مبني على العلاقة السببية بين الخطأ و خسارة فرصة البقاء) نقض مدنية١، ١٧ تشرين الثاني/ نوفمبر ١٩٨٢- ١٩٨٣[٣].القرار متعلق بمسؤولية الطبيب، حيث إن القضاء الفرنسي في بداية الأمر صنف مسؤولية الطبيب على أنها مسؤولية تقصيرية، لكنه عدل بعد ذلك واستقر على أنها مسؤولية عقدية.

إن أول قضية أخذ بها القضاء المصري في مجال فوات الفرصة كانت عام ١٩١٠ حيث توصل القضاء إلى أنه إذ كان الحرمان من الكسب الإحتمالي لايمثل سوى ضررٍ إحتمالي، ومن ثم لايقبل التعويض عنه، فإنه يمكن اعتبار مجرد الحرمان من التطور المعتاد للأمور ضرراً محققاً يتمثل في الحرمان من فرصة الكسب [٤].

قضت محكمة التمييز الأردنية في قضية بوجوب ضمان المحامي الذي فوت على موكله فرصة المدد القانونية المقررة في إجراءات الخصومة. إن لفظ الضمان جاء في القرار للدلالة على التعويض حيث إن لهما ذات المدلول[٥].

---

[١] د. خليل سعيد أعيبة، مصدر سابق، ص١٣.

[٢] مشار إليه لدى: حسام حسن علي الدليمي، التنظيم القانوني للتعويض عن الضرر المرتد (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة سوسة تونس، ٢٠٢١، ص١١٨.

[٣] د. أدوار عيد و د. بشير بيلاني، مصدر سابق، ص١٣٥٨.

[٤] منى شايم محارب الرمالي الشمري، المسؤولية المدنية للطبيب عن تفويت فرصة الشفاء في ظل القانون القطري، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة، قطر، ٢٠٢٠، ص٧١.

[٥] د. خليل سعيد إعبية، مصدر سابق، ص٢٣.

يتبين من القرارات القضائية السابقة الذكر بأن الضرر موجود عند تفويت الفرصة ويستوجب التعويض عنه.

المطلب الثالث
طبيعة الضرر في تفويت الفرصة و أساسه القانوني
الفرع الأول
طبيعة الضرر في تفويت الفرصة

إن المطالبة بتعويض تفويت الفرصة تختلف عن غيرها من دعاوى المطالبة بالتعويض في أنها ترتكز على كون الضرر فيها إحتمالي، مما يستتبع إستبعاد دعاوى المطالبة بالتعويض عن ضرر محقق وقع فعلاً بالمضرور كالضرر المستقبلي، كونها تخرج عن نطاق دعوى تفويت الفرصة. فمن أجل صحة المطالبة بالتعويض عن تفويت الفرصة يجب أن يكون الكسب النهائي إحتمالياً ومرجحاً بأن تدعمه الدلائل وظروف الحال بما يغلب احتمالية حصوله و تحقيقه، أما إن كان الكسب المأمول من قبل المدعي مجرد آمال و أحلام في عالم الخيال لا سند لها على أرض الواقع، فإن من مقتضيات العدالة ألا يحكم للمدعي بتفويت الفرصة بالتعويض في حالة الكسب الاحتمالي غير المرجح، فهذه الأضرار الاحتمالية المبنية على كسب إحتمالي غير مرجح – بناءً على ما قررته بعض المحاكم – هي أضرار وهمية أو افتراضية لايمكن أن تصلح أساساً لرفع دعوى المسؤولية و المطالبة بالتعويض[1]. ومثالاً على هذه الحالات قضت محكمة النقض المصرية بأنه: (من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا كانت الفرصة إحتمالياً، فإن تفويتها أمر محقق، ولا يمنع القانون أن يحسب في الكسب الفائت ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب، مادام لهذا الأمل أسباب مقبولة)[2].

تقف الفرصة باعتبارها إحتمالاً مرجحاً في منزلة وسطى بين الاحتمال و اليقين، فهي احتمال أكبر من مجرد الأمل و أقل من اليقين، وتقدر قيمة الفرصة بقدر درجة هذا الاحتمال، بغير أن تصل إلى درجة اليقين، وأثارت الصفة إحتمالية لضرر فوات الفرصة الشكوك حول مدى جواز تعويضها في ضوء المبدأ القاضي بعدم جواز تعويض الضرر ما لم يتحقق فعلاً أو كان قابلاً للتحقق مستقبلاً، ولنكون بصدد فرصة معتبرة قانوناً فلابد أن تتصف هذه الفرصة بالحقيقية و الجدية، بحيث تعكس وجود كسب محتمل أو مرجح الوقوع بالقوة أو تجنب خسارة وشيكة و مؤكدة، وتكون الفرصة مجرد افتراض حين يكون وقوع الضرر أمراً محتملاً.

---

[1] د. خليل سعيد أعيبة، مصدر سابق، ص١٦- ص١٧.

[2] منير رياض حنا، المسؤلية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، مصر، ٢٠١٤، ص٤٨٨- ص٤٨٩.

ولكي يقدر ضرر فوات الفرصة باعتباره ضرراً محققاً واجب التعويض، لابد أن تكون فرصة تحقق النتيجة المرجوة قد ضاعت على المضرور بصفة مؤكدة و نهائية، بحيث يحرم من الكسب الذي كان يأمله، وهو ما يعبر عنه بكون الفرصة حالة أو مستقبلية، فإذا كانت هذه الأخيرة أمراً محتملاً فإن في ضياعها أمر محقق عاجلاً أم مستقبلاً، وفي الحرمان من الفرصة ضرر محقق و إن كانت الإفادة منها أمراً محتملاً، ولهذا فإن التعويض لايكون عن الفرصة ذاتها و إنما لفواتها[١].

إذاً فإن الضرر في فوات الفرصة ضرران، ضرر الحرمان من الفرصة وهو ضررٌ محقق، وكسب الفرصة والإستفادة منها وهو ضررٌ احتمالي، لأن استفادة المضرور من الفرصة ليس أمراً مؤكداً لأنه من الممكن أن يحدث شيء يعرقل سير الأحداث و بالتالي لايصل صاحب الفرصة إلى النتيجة التي كان يرجوها، ولكن عندما يفوت على الشخص فرصة المحاولة أو فرصة السير مع الأحداث بشكل طبيعي دون تدخل سبب خارجي يعيق هذا السير، فإن هذا الفوات بحد ذاته ضررٌ محقق، والضرر أينما كان تجب إزالته و تعويض المضرور.

و جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية (غالباً ما يحكم في حالة خسارة فرصة تطور إيجابي للنشاط المهني، شرط أن يبين كيف أن خسارة الفرصة كانت أكيدة وأنها متصلة مباشرة بالفعل الضار) نقض مدنية ٢،٩ تموز / يوليو ١٩٥٤ [٢].

و جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق (إذا رفض أمين العاصمة منح صاحب الأرض إجازة بناء دون سبب قانوني فلصاحب الأرض حق طلب التعويض لا على أساس أجر المثل وإنما عن فوات فرصة الانتفاع بالأرض و يراعى فيه القدر المتيقن عن الفعل الضار في ضوء المنطقة العمرانية وما يسمح به قانون إدارة البلديات من منح إجازة مؤقتة- القرار رقم ٥٣/ مدنية ثالثة/ ١٩٧٣ في ١٩٧٣/٦/٦)[٣].

وكذلك قررت المحاكم الكويتية أن الحرمان من الفرصة أو حتى تفويتها، هو في حد ذاته ضرر حال محقق، حتى ولو كانت نسبة الاستفادة من الفرصة بالنسبة الى المضرور أمراً محتملاً[٤].

الفرع الثاني
الأساس القانوني لتعويض الضرر في تفويت الفرصة

[١] د. آمال بكوش، تعويض الفرصة الفائتة في إطار الإلتزام بالتبصير الطبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، ٢٠١٧، ص٩٩- ص١٠٠.

[٢] د. أدوار عيد ود. بشير بيلاني، مصدر سابق، ص١٣٥٧.

[٣] النشرة القضائية لمحكمة تمييز العراق- العدد الثاني- السنة الرابعة- ١٩٧٣)، ص٧٦- ص٧٧.

[٤] منى شايم محارب الرمالي الشمري، مصدر سابق، ص٧٢.

تشكل المسؤولية المدنية أحد أركان النظام القانوني و الإجتماعي. فكل إنسان عاقل مسؤول عن أعماله، أي ملتزم بموجبات معينة تجاه الغير أهمها عدم الاضرار به. والمسؤولية المدنية إما عقدية أو تقصيرية، فالمسؤولية العقدية تنشأ عن إخلال حاصل بالالتزامات التي يرتبها العقد على كل من طرفيه، بينما المسؤولية التقصيرية تنشأ عن فعل ضار بالغير[١].

إن أغلب التشريعات المدنية تخلو من الإشارة إلى التعويض عن تفويت الفرصة، بما أن تفويت الفرصة ضرر لايختلف عن أي ضرر آخر يصيب المدعي أو(المضرور)، عليه يمكن الاستناد إلى القواعد العامة للمسؤولية وتحديد الضرر وتقدير التعويض الذي تنص عليه كافة القوانين المدنية في مسألة تفويت الفرصة.

إذاً الضرر يمكن أن يكون نتيجة للإخلال بعقد أو يكون نتيجة للفعل الضار(المسؤولية التقصيرية)، وفي كلتا الحالتين الضرر يوجب التعويض. ولقد ورد في القانون المدني العراقي التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية و كذلك التقصيرية، جاء في نص الفقرة(٢) من المادة(١٦٩) أنه: (يكون التعويض عن كل إلتزام ينشأ عن العقد سواء أكان التزاماً بنقل ملكية أو منفعة أو أي حق عيني آخر أو إلتزاماً بعمل أو إمتناع عن عمل و يشمل ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب بسبب ضياع الحق عليه أو بسبب التأخير في إستيفائه بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالإلتزام أو التأخير عن الوفاء به. ونصت الفقرة (٣) من نفس المادة أنه : (إذا كان المدين لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً فلا يجوز في التعويض ما يكون متوقعاً عادةً وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت). وجاء في نص المادة (٢٠٤): (كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض). وجاء في الفقرتين (١ و٢) من المادة (٢٠٥) أنه (١/ يتناول حق التعويض الأدبي فكل تعد على الغير في حريته أو عرضه أو شرفه أو في سمعته أو في مركزه الإجتماعي أو في إعتباره المالي يجعل المتعدي مسؤولاً عن التعويض. ٢/ ويجوز أن يقضي بالتعويض للأزواج وللأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب). ونصت في الفقرتين(١و٢) من المادة (٢٠٧) على أنه: (١/ تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة للعمل غير المشروع. ٢/ ويدخل في تقدير التعويض الحرمان من منافع الأعيان ويجوز أن يشتمل الضمان على الأجر).

[١] د. مصطفى العوجي، مصدر سابق، ص٧- ص١٥.

جاء في نص المادتين (١٣٨٢ و ١٣٨٣) من القانون المدني الفرنسي : (كل عمل من أحد الناس ينجم عنه ضرر للغير، يجبر من حصل بخطئه على التعويض) (يسأل كل شخص عن الضرر الذي سببه، ليس فقط بفعل إرتكابه بل أيضاً بإهماله وعدم تبصره)[١].

ونص القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة(١٩٤٨) في المادة (١٦٣) على أنه: (كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض). وجاء في نص المادة(٢٥٦) من القانون المدني الأردني رقم(٤٣) لسنة(١٩٧٦) أنه : (كل أضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر). وتنص المادة (١٢٤) من القانون المدني الجزائري رقم (٧٥- ٥١) لسنة(١٩٧٥) أنه: (كل عمل أياً كان يرتكبه المرء ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض).وكذلك نص قانون الموجبات و العقود اللبناني رقم (٥١) لسنة(١٩٣٢) في المادة (١٢٢) منه على أن: (كل عمل من أحد الناس ينجم عنه ضرر غير مشروع بمصلحة الغير، يجبر فاعله إذا كان مميزاً على التعويض)[٢].

كل هذه النصوص وغيرها تنص على التعويض عن الضرر ويمكن الإستناد عليها في تقدير ضرر تفويت الفرصة و التعويض عنه حيث إن فيها السند القانوني للتعويض بشكل عام و التعويض عن تفويت الفرصة بشكل خاص، كتطبيق للمباديء العامة في المسؤولية المدنية. لأن التعويض عن تفويت الفرصة كمبدأ قضائي نشأ في أحضان القضاء وترعرع في مؤلفات الفقهاء. ما كان له أن يبصر النور إلا بالاستناد إلى النصوص التشريعية التي تنظم المسؤولية المدنية و تقرر التعويض بناءً عليها[٣].

والأساس القانوني للتعويض عن ضرر تفويت الفرصة في مسائل الأحوال الشخصية قد تكون المسؤولية المدنية (العقدية والتقصيرية) في حالة تعليق الزوجة ولكن في حالات أخرى كتفويت الفرصة في حالة العدول عن الخطبة والمنع من الزواج والاكراه هو تعسف الخاطب في حقه في العدول والولي في حق ولايته فكلاهما له حق استعمال حقهما في العدول عن الخطبة والولي عن ولايته ولكن إذا سبب الضرر جراء هذا الاستعمال عليهما التعويض عن الأضرار سواء أكان ضرراً مادياً أو معنوياً وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية، لأن كما نعلم ان إساءة إستعمال الحق تطبيق من تطبيقات المسؤولية التقصيرية وجاء أحكام التعسف في إستعمال الحق وشروطه في المادتين (٦ و٧) من القانون المدني العراقي على

[١] د. أدوار عيد ود. بشير بيلاني، مصدر سابق، ص ١٣٤٤.
[٢] د. خليل سعيد أعيبة، مصدر سابق، ص١٤٠.
[٣] د. خليل سعيد إعيبة، المصدر السابق، ص١٤٢.

النحو الآتي: المادة (٦) نصت على (الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من الضرر). ونصت المادة (٧) على أنه (١/ من أستعمل حقه استعمالاً غبر جائز وجب عليه الضمان. ٢/ويصبح إستعمال الحق غير جائز في الأحوال الآتية:١- إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الإضرار بالغير. ٢- إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الإستعمال إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.٣ - إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الإستعمال إلى تحقيقها غير مشروعة).

يتضح فيما تقدم، إن عدم وجود نص خاص حول تفويت الفرصة في القوانين المدنية ليس عائقاً أمام تعويض المضرور في تفويت الفرصة الذي أخذ به القضاء بشكل واسع مشيراً في تسبيب أحكامه المتعلقة بالتعويض عن تفويت الفرصة إلى الأحكام العامة في التعويض في القانون المدني سواء أكان أساسه المسؤولية المدنية أو تعسف في استعمال الحق.

المبحث الثاني
تفويت الفرصة في مسائل الزواج والفرقة

سوف نذكر في هذا المبحث مسائل الزواج التي يمكن أن نجد في مساحتها ما يسبب تفويت الفرصة على أحد في طرفي العلاقة الزوجية مما يوجب التعويض عن الضرر الذي يتسبب بها ومن ثم نخوض في المطلب الثاني حالات تفويت الفرصة في مسائل الفرقة وعلى الوجه الآتي:-

المطلب الأول
تفويت الفرصة في مسائل الزواج

يعتبر الضرر من جملة الأسباب التي تؤدي إلى وقوع التنازع بين الأفراد، وحصول التقاضي بشأنه في ساحات المحاكم. ولما كان الضرر هو الأذى الذي يصيب الانسان في حق من حقوقه التي يحرص عليها، ولا يتحمل التفريط فيها، فإنه لهذا الاعتبار كان متغيراً في طبيعته و مداه، بحسب تغير أوضاع الناس ومراكزهم و معيشتهم، وما يسود أزمانهم من مفاهيم وأعراف و نظم. والضرر الناجم عن مسائل الزواج و الطلاق يعتبر واحداً من تلك الأضرار ذات التأثير الكبير في الحياة، لأنه كما يمكن أن يكون مادياً، يمكن أن يكون معنوياً يزلزل كيان من يلحق به، وقد يمنعه من مواصلة حياته كغيره من الناس لما قد يسببه له من إضطراب نفسي، قد يمنعه من الارتباط مستقبلاً[1].

[1] مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، اطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقائد، تلمسان، الجزائر، ٢٠٠٩ – ٢٠١٠، ص٢.

من أجل الإحاطة بمسألة تفويت الفرصة في مسائل الزواج، سوف نحاول الإشارة إلى جميع الحالات التي يمكن أن تفوَّت فيها فرصة على طرف من أطراف العلاقة الزوجية، وذلك حسب ترتيب الحقوق و الحالات في قانون الأحوال الشخصية:

الفرع الأول

تفويت الفرصة في مقدمات الزواج(مسألة العدول عن الخطبة)

إن عقد الزواج لأهميته و لكل المعاني التي يحتويها من حب و مودة و اهتمام بين أفراد الأسرة التي تكون ثمرة هذا العقد، فإن له مقدمات ومراسيم قبل انعقاده، و أهمها الخطبة التي تشكل مرحلة مهمة من مراحل الوصول إلى انعقاد عقد الزواج، عليه سوف نحاول بيان ماهية الخطبة و الآثار المترتبة عليها و الإشارة إلى مواقع تفويت الفرصة فيها وسوف تكون مادة هذا الفرع كالآتي:-

أولاً: ماهية الخطبة:

١-تعريف الخطبة : الخطبة لغةً " خطب، خطباً و خطيب الفتاة : أي دعاها أو طلبها إلى التزويج فهو خاطب"[١]. أما في الإصطلاح القانوني: فهي طلب الرجل الزواج بامرأة معينة، سواء توجه بالطلب إليها أو إلى أهلها[٢].

و في القانون لم يأتِ المشرع العراقي بتعريف للخطبة في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم(١٨٨) لسنة(١٩٥٩) المعدل ولكن اكتفى بالنص في الفقرة (٣) من المادة (٣) من قانون الأحوال الشخصية على أن (الوعد بالزواج و قراءة الفاتحة والخطبة لا يعتبر عقداً). وكذلك المشرع الفرنسي لم يعرف الخطبة مع أن الأحكام القضائية جاء فيها (إنهاء الوعد بالزواج) والمشرع الأردني أيضاً لم يأتِ بتعريف للخطبة و كذلك المشرع السوري.

أما المشرع الإماراتي فقد أتى بتعريف للخطبة في نص الفقرة (١) من المادة(١٧) في قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم(٢٨) لسنة(٢٠٠٥) على أن (الخطبة طلب التزوج و الوعد به و لا يعد ذلك نكاحاً). وكذلك جاء في نص المادة (٥) من المدونة الأسرة المغربية رقم (٣٠، ٧٠) لسنة(٢٠١٥) على أن (الخطبة تواعد رجل و إمرأة على الزواج). إذاً القانون الإماراتي و القانون المغربي كلاهما عد الخطبة على أنها تواعد و لم يقوما بحصره على طرف دون آخر – لم

[١] لويس معلوف، المنجد في اللغة والإعلام، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧، ص١٨٧.

[٢] د. فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم(١٨٨) لسنة(١٩٥٩) (التعديلات الخاصة بإقليم كوردستان) (عقد الزواج وآثاره والفرقة وآثارها وحقوق الأقارب)، مطبعة يادگار، السليمانية، العراق، ٢٠٢٠ ، ص٢٩.

يذكرا رجلاً أو إمرأة كمبادر للزواج، و الخطبة بهذا الإعتبار ليس له أية ملامح قانونية، غير أن الطرفين يتفقان عليه.

إذاً المشرع العراقي لم يعرف الخطبة، و كذلك السوري و الأردني[1]، و لم يعرفها أيضاً القانون الفرنسي، و قام بتعريفها المشرع المغربي و كذلك الإماراتي.

هنا نستطيع أن نقول بأن الخطبة: (تواعد بين رجل و إمرأة على إتمام عقد الزواج بينهما أو وعد بالزواج من طرف لآخر).

٢ـ الطبيعة القانونية للخطبة : إن معرفة الطبيعة القانونية لأي تصرف أو إتفاق أو علاقة هي التي تحدد الحقوق و الواجبات التي تتولد منها، و كذلك تحدد كافة السلطات التي للشخص الحق في ممارستها. و هنا من أجل معرفة كل هذا حول موضوع الخطبة، نحاول الوصول إلى حقيقتها و تكييفها القانوني.

كما أشرنا سابقاً جاء في نص الفقرة (٣) من المادة (٣) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أنه : (الوعد بالزواج و قراءة الفاتحة و الخطبة لا تعتبر عقداً)، و هذه هي الفقرة الوحيدة التي تحدث فيها المشرع العراقي عن الخطبة، وواضح أنه نفى عنها صفة العقد.

و أيضاً بنفس المعنى جاء في المادة (٣) من قانون الأحوال الشخصية الأردني: (لا ينعقد الزواج بالخطبة -----). و كذلك نص المادة (٢) من قانون الأحوال الشخصية السوري جاء فيه : (الخطبة و الوعد بالزواج و قراءة الفاتحة و قبض المهر و قبول الهدية لا تكون زواجاً) وهنا يقصد المشرع أنها لا تكون عقداً لأنه نص في المادة (١) من القانون نفسه أنه : ((الزواج عقد -------))، إذاً هنا أيضاً نفى المشرع السوري صفة العقد عن الخطبة. ومشرع الإمارات العربية المتحدة كذلك نفا صفة العقد عن الخطبة حيث جاء في نص الفقرة (١) من المادة (١٧) التي أشرنا اليها سابقاً : (الخطبة طلب التزوج و الوعد به ولا يعد ذلك نكاحاً). و بالنسبة للقانون الفرنسي فإنها لم تنص على الخطبة، ولكن هناك إشارة إليه في القضاء الفرنسي حيث جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية (إن قضاة الموضوع تمكنوا من أن يستنتجوا بسلطانهم من الطلب بالزواج الموجه إلى الأهل وجود وعد بالزواج) محكمة النقض الفرنسية ٢،٢١ نيسان / أبريل ١٩٨٢، قرار رقم (٥٩)، هنا أشار إلى الوعد بالزواج في إطار المادة (٣٤٠ قديمة) من القانون المدني الفرنسي وهذه المادة خاصة بإثبات النسب للإطفال الذين يولدون نتيجة العلاقات خارج إطار عقد الزواج. وجاء في قرار آخر(يثبت الوعد بالزواج بأية وسيلة) القرار المرقم(٢٩٦) نش مدنية ا في ١،٦ تشرين الثاني/ نوفمبر ١٩٧٤. برأيينا أن

[1] ينظر: قانون الأحوال الشخصية السوري رقم(٥٩) لسنة (١٩٥٣) و قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم(١٥) لسنة(٢٠١٩).

القضاء الفرنسي إعتبر الخطبة أو (الوعد بالزواج) واقعة قانونية حيث جاء في قرار لمحكمة النقض (يمكن إثبات الوقائع الصرفة بمختلف طرق الإثبات المقبولة قانوناً، وبوجه خاص شهادة الشهود) نقض مدنية ٢٤ كانون الاول / ديسمبر ١٩١٩. وقد إعتبر مسؤولية إنهاء ما سماه بالوعد بالزواج بالمسؤولية التقصيرية، حيث جاء في نص قرار لتلك المحكمة: (رد دعوى مقدمة من إمرأة متروكة لم تبن دعواها على المسؤولية الجرمية) نقض مدنية ١، ١٥ آذار / مارس ١٩٨٨؛ مج قصر ١٩٨٩. ١. ٣٧٤[١].

إذاً هذه القوانين نفت صفة العقد عن الخطبة. ونحن نقول ليست كل التصرفات التي تتولد الحقوق والواجبات عنها عقداً، حيث يمكن أن يكون تشريعاً أو إرادة منفردة (تصرف إرادي- وعد)،أو العمل غير المشروع.

جاء في قرار لمحكمة إستئناف القاهرة: (إن الخطبة ماهي إلا وعد بالزواج وعليه يكون حق العدول عنها من الحقوق المطلقة التي لا يملك القضاء تقييدها مهما نجم عنها من مضار، ولأن الزواج ليس في حقيقته من عقود المعاملات المادية، وإنما هو بناء إجتماعي منوط به توفير السعادة الزوجية للزوجين، و إستتباب الأمن العائلي، وهو لا يتحقق إلا بالرضا الخالص بين الطرفين، الأمر الذي يقتضي خلوه من التقييد بالوعد السابق)، ويظهر من ذلك أن القضاء في مصر قد إستقر وحسم الجدال الدائر حول الطبيعة القانونية للخطبة، وأكد أنها تمهيد للزواج، وهذا الوعد بالزواج ليس له أي صفة إلزام على كل من المتواعدين. ورتب القضاء المسؤولية ليس على الوعد بالزواج و العدول عنه و لكن عن الظروف المحيطة بهذا العدول. فهذه الظروف هي التي من شأنها أن تلحق الضرر بأحد الطرفين[٢].

بالرجوع الى النص العراقي يفهم منه أن الخطبة وسيلة للزواج وليست غاية في ذاتها، وهي من الناحية القانونية ليست عقداً و إنما هي أشبه بوعد بالزواج غير ملزم للطرفين بإتمام الزواج، لكل منهما العدول عن الخطبة سواء أكان هناك مبرر أم لم يكن، أي إن الخطبة عند المسلمين أمر مشروع ولذلك لم يرتب المشرع عليه

[١] جاء في نص المادة(١٣٨٢) حول المسؤولية الجرمية: (كل عمل من أحد الناس ينجم عنه ضرر للغير، يجبر من حصل بخطئه على التعويض). وهو نفس مفهوم ما جاء في نص المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي، حيث جاء فيها: (كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض). مشار إليه لدى: د. أدوار عيد ود. بشير بيلاني، مصدر سابق، ص٢٣٢- ص٢٣٣ والقانون المدني العراقي.

[٢] مسعودة نعيمة إلياس، مصدر سابق، ص٤٤- ص٤٥.

أي نوع من أنواع الإلتزامات و التعويضات إذا لم يحدث نتيجة العدول أي ضرر مادياً كان أو أدبياً لأحد الخاطبين[١].

ثانياً: العدول و ضرر تفويت الفرصة في مسألة الخطبة:-

مما لاشك فيه أنه من أجل قيام المسؤولية في حالة العدول عن الخطبة، أن يؤدي الخطأ إلى حدوث الضرر الذي هو ركن مهم من أركان قيام المسؤولية. وإذا كان الضرر هو الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه، أو مصلحة مشروعة له، فإنه يستوي بالنسبة له أن يكون ذلك الحق أو تلك المصلحة مما يتعلق بكيانه الأدبي أو بحقوقه المادية[٢].

لقد أسلفنا بأن حق العدول عن الخطبة قد كفلتها التشريعات لكلا الطرفين، جاء في نص المادة(٣) من قانون الأحوال الشخصية السوري: (لكل من الخاطب و المخطوبة العدول عن الخطبة)، هنا شرع المشرع السوري حق العدول عن الخطبة دون الإشارة إلى حق تعويض الطرف المتضرر. وكذلك جاء في نص المادة (٦) من مدونة الأسرة المغربية: (يعتبر الطرفان في فترة الخطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج ، و لكل من الطرفين حق العول عنها). وأيضاً نص المشرع الأردني في المادة(٤) من قانون الأحوال الشخصية على أنه: (لكل من الخاطب و المخطوبة العدول عن الخطبة)، كما جاء في نص الفقرة(١) من المادة(١٨) من قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربي المتحدة أنه : (لكل من الطرفين العدول عن الخطبة، و إذا ترتب ضرر من عدول أحد الطرفين عن الخطبة بغير مقتض كان للطرف الآخر المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر).

يشير الاستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهوري في الوسيط: أن القضاء المصري إنتهى إلى مباديء ثلاثة بالنسبة للخطبة وهي كالآتي:

-أن الخطبة ليست بعقد ملزم.

- أن مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً موجباً للتعويض.

- أنه إذا اقترنت بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضرراً بأحد الخطبين جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية[٣].

إذاً خلاصة القول في العدول أنه حق مكفول للخطيبين دون جدال، ولكن القول يكون في مسألة وجوب التعويض مقابل العدول أوفي أثره.

---

[١] عدنان زيدان العنبكي، شرح قانون الأحوال الشخصية معززة بقرارات محكمة التمييز الإتحادية، دار السنهوري، بيروت، لبنان، ٢٠٢١، ص١٨- ص١٩.

[٢] د. عبدالله مبروك النجار، مصدر سابق، ص٨٨.

[٣] د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الإلتزام) الجزء١، منشأة المعارف، الأسكندرية، مصر، ٢٠٠٣، ص٦٧٨.

إن الخطبة لاترقى إلى مرتبة العقد وإنما هي مجرد وعد ليس لها صفة الإلزام، عليه إذا عدل طرف عن الخطبة فإنه لايعد خارقاً لإتفاق قانوني. إن الشخص حر في إختيار شريك حياته دون أدنى ضغط أو إكراه، وهذا المبدأ يتطلب عدم إضفاء الصبغة الإلزامية على الخطبة[١].

إن العدول عن الخطبة حق و لكن إستعماله مقيد بوجوب أن يكون مطابقاً للحكمة التي من أجلها شرعت. فإذا أسيء إستعمال هذا الحق أي حق العدول، لم يكن الفعل تطبيقاً لهذا الحق الذي يكون غير قائم بعدم قيام وجوبه، وبذلك يكون تصرف الناكل منافياً لتعهده، ويكون في ذلك إضرار بالغير، وهذه الإساءة تستوجب إلزام فاعلها بتعويض ما ينشأ عنها من ضرر. يرى الدكتور: عبدالرزاق السنهوري أن العدول عن الخطبة قد يشكل في بعض الأحيان خطأً تقصيرياً، و معيار الخطأ هنا هو السلوك المألوف للرجل العادي، فإذا انحرف الخاطب وهو يفسخ الخطبة عن السلوك المألوف للشخص العادي في مثل الظروف التي أحاطت بالخطيب، كان العدول عن الخطبة خطأ يوجب المسؤولية التقصيرية، وبإعتبار الخطبة وعد بالزواج وليس عقداً فإن الخطأ غير مفترض و لكن يجب إثبات الخطأ و التقصير من جانب العادل، وإذا لم يكن الخطأ واضحاً في الطريقة التي تمت بها العدول، يمكن أن يكون الخطأ في عدم وجود مبرر شرعي للعدول[٢].

جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية ١،٣ تشرين الثاني/ نوفمبر١٩٧٦، رقم٣٢٢ : (إنهاء مفاجيء و دون سبب للخطبة إنهاء مؤد الى مسؤولية أحد الخاطبين)[٣].

لقيام المسؤولية التي توجب التعويض في العدول عن الخطبة يجب أن ينتج عن الخطأ ضرر يصيب أحد الخطيبين، وإثبات الخطأ و الضرر و العلاقة السببية بينهما يجب أن يثبتها من يدعيها، وبإثباتها يكون التعويض واجباً على من عدل عن الخطبة. وأنواع الضرر في الخطبة قد تكون مادية وقد تكون أدبية، الضرر المادي هو الذي ينطوي على مساس بمصلحة ذات قيمة مالية للمضرور، ويشترط فيه أن يكون محققاً، و الضرر المحقق هو الذي يكون قد وقع فعلاً، أو يكون وقوعه في المستقبل على نحو مؤكد. مثل الضرر المؤكد في العدول عن الخطبة ما ينفقه الخاطب من أجل الاستعدادات لزواج لن يتم، وما يكون وقوعه في المستقبل على نحو مؤكد هي الأضرار التي تظهر بعد مدة من العدول مثلاً يقوم الخاطب ببيع المصوغات الذهبية التي تعيدها المخطوبة إليه وبسبب تنزيل المصنعية منها يخسر فيها مبلغاً كبيراً.

---

[١] مسعودة نعيمة إلياس، مصدر سابق،ص٣٥- ص٣٦.

[٢] مسعودة نعيمة إلياس، مصدر سابق، ص٧٣- ص٧٤.

[٣] مصدر سابق، د. أدوارعيد ود. بشيربيلاني، ص٢٣٣.

و إذا كان الضرر المستقبلي محقق الوقوع فإنه يختلف عن الضرر المحتمل، وهو الذي يمكن أن يقع أو لا يقع. فهنا نزول سعر الذهب في السوق ضرر محتمل لا يستحق التعويض إلا إذا وقع بالفعل.

ومع أن الضرر المحتمل لا يعوض عنه كما سبق القول، إلا أن هناك مسألة تفويت الفرصة والتي أشرنا إلى طبيعتها وقلنا أنه في فوات الفرصة ضرران ضرر الحرمان من الفرصة نفسها وهو ضرر محقق، وكسب الفرصة و الاستفادة منها وهو ضرر احتمالي، لأنه من الممكن أن يحدث شيء يعيق سير الأمور و بالتالي لا يستطيع صاحب الفرصة الوصول إليها، إلا أن فوات فرصة المحاولة أو فرصة السير مع الأحداث بشكل طبيعي دون أي تدخل خارجي فهو ضررٌ محقق واجب إزالته و التعويض عنه[1].

من هذا القبيل تفويت فرصة الزواج مستقبلاً على المخطوبة التي أساء إليها خطيبها بعد العدول عن خطبته لها، جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية المرقم (٣٨-١٣٣- ٧٣٢) في١٩٧٧/٣/٢٢

: (القانون لا يمنع من أن يدخل في عناصر التعويض ما كان للمضرور من رجحان كسب فوته عليه العمل غير المشروع، ذلك أنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً، فإن تفويتها أمر محقق يجب التعويض عنه)[2].

إن ما يبنى عليه عقد الزواج يختلف إختلافاً كبيراً عمّا يبنى عليه أي عقد آخر، فللأخلاق و السمعة الطيبة أكثر ما يبحث عنه طالب الزواج سواء كان رجلاً أو إمرأة، فأي وصف أو حديث حول سمعة الشخص له بالغ الأثر في تقليل أو القضاء نهائياً على فرصة الزواج. مثلاً ينسب الخاطب إلى المخطوبة مرضاً عضالاً يجعل من يعلم به ينفر منها ولا يفكر في الاقتران بها، أو يدعي أن لها رائحة كريهة لا يطيقها من يقترب منها، أو أنها لا تحتاط في ما يتعلق بسمعتها وكرامتها، أو غير ذلك من النعوت التي تتعلق بالسمعة وأمور شخصية وغاية في الخصوصية أو أنها أجرت عمليات تجميلية أو انها ذات طبائع سيئة[3].

وأيضاً هناك حالات تكون لإختيار توقيت العدول الأثر الكبير في تضرر أو عدم تضرر الطرف المتروك في مسألة العدول عن الخطبة و بالتالي يؤثر أيضاً في مدى مسؤولية العادل، لأنه إذا كان للعدول مبرراته و أسبابه المشروعة، فيستحسن

---

[1] حمادي عبد النور، التعويض عن فوات الفرصة بين اجتهاد القضاء وخصوصية المسائل الأسرية، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلسمان، المجلد(١٦)، العدد (٢)، الجزائر، ٢٠٢٣، ص ٦٧٣.

[2] د. عبدالله مبروك النجار، المصدر نفسه، ص٩٤- ص٩٥.

[3] مسعودة نعيمة إلياس، مصدر سابق، ص٧٦- ص٧٧.

التعجيل في العدول عن الخطبة أول ما يظهر فيها أسباب و مبررات يقتضي ذلك، لأنه برأيينا تأجيل العدول بعد ظهور المبررات مع وجود نية العدول يكون عدم إهتمام لأهمية الموضوع وعدم الالتفات لمصلحة الطرف الآخر وأي فرصة للزواج أو مصلحة أخرى تضيع على الطرف الآخر بسبب تأخير العدول تكون محل اعتبار ويجب التعويض عنها.

إن للعدول عن الخطبة أضرار كثيرة تتمثل في فوات فرص متعددة على أطراف العلاقة، كفرصة استكمال دراسة يؤجلها الشخص أو يغض الطرف عنها نهائياً من أجل الارتباط والزواج، أو يفوت على الشخص فرصة الالتحاق بعمل مهم يضحي به من أجل مشروع الزواج الذي لم يتم بسبب الطرف الذي عدل عن الخطبة أو بيع الخاطب داره بناء على طلب المخطوبة ومن ثم عدلت عنها [1].

إذاً فإن فوات الفرصة كضرر ناتج عن العدول عن الخطبة ضرر محقق يستوجب التعويض، ولأن الخطبة ليست بعقد كما توصلنا إلى ذلك سلفاً، فإن خطأ من عدل عن الخطبة ليس مفترضاً، وإنما يجب على من يدعي الخطأ و الضرر إثباتهما و كذلك إثبات العلاقة السببية بينهما حتى يستطيع المطالبة بالتعويض. ولما كان العدول حقاً مكفولاً للخطيبين، فإنها لاتشكل خطأً طالما أنها كانت لها مبرراتها المقبولة، لأن كل من يعدل عن الخطبة بالتأكيد يأتي بالمبررات، ولكن يجب أن يكون مبررات مقبولة ولها ما يسندها. إن عدم وجود المبررات لايسلب مَنْ عَدَل حق العدول، لأنه كما قلنا أنه حق مكفول للطرفين، ولكن وجود وعدم وجود المبررات يؤثر على مسؤولية من عدل عن الخطبة وكذلك على مقدار التعويض لأن قاضي الموضوع في النهاية لديه السلطة التقديرية في تقدير حجم الضرر وتقدير قيمة التعويض المستحق.

بناءً على تقدم إذا فوت أحد الخاطبين فرص الزواج أو العمل أو أساء إلى السمعة على نحو يعطل ويصعب مشروع الزواج في المستقبل يستوجب التعويض عنها سواءً أكانت الأضرار الناشئة مادية أو معنوية عليه نقترح على المشرع العراقي والكردستاني ما يأتي (الأضرار المادية والمعنوية المتمثلة بتفويت الفرصة والناتج عن العدول عن الخطبة يستوجب التعويض عنها من قبل الطرف المتسبب فيه وفقاً للأحكام العامة للتعويض في القانون المدني).

الفرع الثاني
تفويت الفرصة في مسألة المنع من الزواج أو الإكراه عليه

[1] مسعودة نعيمة إلياس، مصدر سابق، ص٤٩.

إن الزواج رباط مقدس وأثره خطير في المجتمع، لذا أكدت الشريعة الإسلامية على أن يتولاه الولي الحسن الرأي و التصرف تحقيقاً للنفع و المصلحة المرجوة منه و دفعاً للضرر[١]. وكذلك قانون الأحوال الشخصية العراقي نص في الفقرة (١) من المادة (٨) على أنه : (إذا طلب من أكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج، فللقاضي أن يأذن به، إذا ثبت له أهليته و قابليته البدنية، بعد موافقة وليه الشرعي، فإذا امتنع الولي طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحددها له، فإن لم يعترض أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار أذن القاضي بالزواج)، ولقد أصبح العمر المشار إليه في هذه المادة في التعديل قانون تطبيق قانون الأحوال الشخصية رقم (١٥) لسنة(٢٠٠٨) في إقليم كوردستان العراق على أنه: (من أكمل السادسة عشرة)، إذن موافقة الولي الشرعي شرط لإتمام الزواج، ولكن إذا اعترض على الزواج فإن القاضي يحدد له مهلة للموافقة، فإن لم يعترض أو اعترض ولكن لم يكن إعتراضه مسبباً أو مبرراً بأسباب و مبررات معقولة للمنع أذن القاضي بالزواج[٢].

إن الأحكام الشرعية نظمت تزويج الصغار من قبل أوليائهم الشرعيين و إن تسجيل مثل هذا الزواج لا يعتبر شرطاً من شروط الصحة وإنما يثبت العقد و الزوجية و لو لم يأذن القاضي و لو لم يسجل في المحكمة الشرعية، حيث إن عقد الزواج في الشريعة الإسلامية عقد رضائي و لم يفرض له القانون شكلاً معيناً يتوقف عليه انعقاده[٣].

من هذا المنطلق تأتي مسألة الإكراه على الزواج أو المنع (العضل) منه، لأن الولي الشرعي له الحق في تزويج ابنته القاصرة ممن يختاره لها حتى دون موافقتها، حيث إن الولاية قسمان : ولاية إجبار و ولاية اختيار، الولاية الأولى تعتبر كاملة، لأن الولي يستبد فيها بإنشاء الزواج على المولى عليها لا يشاركه فيه أحد[٤].

جاء في الفقرتين(١ و٢) من نص المادة(٤٠) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أنه: (لكل من الزوجين طلب التفريق: إذا كان عقد الزواج قد تم قبل

---

[١] القاضي محمد حسن كشكول والقاضي عباس السعيدي، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم(١٨٨) لسنة(١٩٥٩) وتعديلاته دراسة قانونية فقهية مقارنة تطبيقات قضائية، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة الطبع، ص٧٧.

[٢] د. فاروق عبد الله كريم، مصدر سابق، ص١٠٦.

[٣] علي محمد إبراهيم الكرباسي، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) المعدل، مطبعة بغداد، شارع المتنبي، ١٩٨٥، ص٢٠.

[٤] د. مصطفى راتب حسن علي، مصدر سابق، ص١٩٠٦.

إكمال أحد الزوجين الثامنة عشرة، دون موافقة القاضي. إذا كان الزواج قد جرى خارج المحكمة عن طريق الإكراه، وتم الدخول). إن هاتين الفقرتين تشيران إلى مسألتين مهمتين وهما: مسألة الزواج في سن ما قبل البلوغ القانوني و الذي تكون فيه أمور الشخص غير البالغ في يد وليه لأن النفوس لم تتهيأ في هذه السن للتبصر و مقاومة المخاطر، ولاتمتد الأنظار إلى المستقبل البعيد، وهذا يشكل بعض الأسباب التي من أجلها جُعِلَت أمور القاصر بيد وليه وخصوصاً في عقد الزواج. وهذه السلطة التي في يد الولي تجعله في بعض الأحيان يستبد بها، حيث يُكرِه القاصر على زواج لايرغب فيه، أو يمنعه من زواج يرغب فيه، وكل ذلك بحجة المحافظة عليه وعلى مصالحه.

وحول هذه المسألة جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني، نص المادة(٦) الفقرتان (أ و ب): (أ- للقاضي عند طلب حق تزويج البكر التي أتمت الخامسة عشرة من عمرها من الكفؤ في حال عضل الولي غير الأب أو الجد من الأولياء بلا سبب مشروع. ب- أما إذا كان عضلها من قبل الأب أو الجد فلا ينظر في طلبها إلا إذا كانت أتمت ثمانية عشر عاماً و كان العضل بلا سبب مشروع.) (وعضل المرأة هو منعها من التزويج ظلماً كما في قوله تعالى: (**فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ**)[1] ، وعضل الولي للفتاة من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع بلا معقب طالما أقامت قضاءها على أسباب مقنعة[2].

إذاً هنا لا يحق الإعتراض على العضل إذا كان ولي الفتاة أبوها أو جدها إلا بشرطين، أن تبلغ الفتاة الثامنة عشرة من عمرها ويكون العضل بلا سبب مشروع، حتى في حال كون الولي غير هؤلاء فليس للبكر التي أتمت الخامسة عشرة الاعتراض على الزواج ورفع أمرها للقاضي إذا كان العضل له سبب مشروع .

وجاء في قانون الأحوال الشخصية السوري حول الولاية على الزواج ضمن المادة(١٨) و(٢٠)

: (١- إذا إدعى المراهق البلوغ بعد إكمال الخامسة عشرة أو المراهقة بعد إكمال الثالثة عشرة و طلبا الزواج يأذن به القاضي إذا تبين له صدق دعواهما و احتمال جسميهما. ٢- إذا كان الولي هو الأب أو الجد إشترطت موافقته) (الكبيرة التي أتمت السابعة عشرة إذا أرادت الزواج يطلب القاضي من وليها بيان رأيه خلال مدة

[1] سورة البقرة، الآية (٢٣٢).

[2] د. مصطفى راتب حسن علي، أثر العدول عن الخطبة و موقف القضاء منه، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد الحادي و الثلاثون، الجزء الرابع، ٢٠١٦، ص١٩٠٩ .

يحددها له فإذا لم يعترض أو كان إعتراضه غير جدير بالإعتبار يأذن القاضي بزواجها بشرط الكفاءة).

إن عضل الولي للفتاة من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع بلا معقب طالما أقامت قضائها على أسباب سائغة لها سندها.

ولا إشكال إذا كان عضله بحق، أي أن إمتناعه عن تزويجها قائم على أسباب سائغة و مبررة، كأن يكون مريد الزواج منها كفء. لكن تثور المشكلة فيما لو كان عضل الولي بغير حق ولا سائغ أو مشروع مثلاً منع الفتاة من الزواج بقصد رعاية أبيها أو أمها أو طمعاً في دخلها وثروتها، فهل إستعمال الولي لحقه بهذا الشكل يعتبر تعسفاً تترتب عليه المطالبة بالتعويض؟

للإجابة عن هذا السؤال نقول: إن صور التعسف في استعمال الحق تتمثل في: غيبة المصلحة في استعمال الحق، أو تفاهة المصلحة، أو عدم مشروعية تلك المصلحة. فالتعسف يرد بشأن استعمال حق أحدث ضرراً بالغير، ولم تكن لصاحبه فيه مصلحة ذات قيمة و مشروعة[1].

وعلى هذا الأساس ليس للولي أن يمتنع عن تزويج من له الولاية عليها، إذا كان في هذا الإمتناع مضرة بها، أو لم يكن يقصد تحقيق مصلحة لها [2]، فإذا استعمل الولي هذا الحق في غير ما شرع له كان متعسفاً، فلا ينفذ تصرفه ولا يترتب عليه أي أثر.

إن من يمارس حقاً لا مسؤولية عليه إلا إذا جاوز حدود هذا الحق، عندها يكون قد تصرف دون حق، أي يكون قد ارتكب خطأ، مما يرتب المسؤولية عليه في حال أحدث ضرراً للغير بتجاوزه حدود حقه. فحدود الحق تقف عند إساءة استعماله فيصبح التصرف دون حق[3]. والتعسف في استعمال الحق قد ينتج عن فعل إيجابي أو فعل سلبي في حالة الامتناع. وحتى الامتناع غير المقرون بنية الإضرار يؤدي إلى ترتيب المسؤولية طالما كان موضوع الامتناع موجب قانوني أو تنظيمي أو إتفاقي أو حتى مهني[4].

إن الأولياء مسلطون على الفتاة المولى عليها، فإن صلحوا في ولايتهم عليها فنعماً هي، و إن فسدت تلك الولاية، فلا أقل من تقدير حقها في الرجوع عليهم عند

---

[1] د. شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق(طبيعته و معياره في الفقه و التشريع و القضاء) دار الشروق، القاهرة، مصر،٢٠٠٨، ص١١٣- ص٢١١.

[2] د. مصطفى راتب حسن علي، مصدر سابق، ص١٩١٢.

[3] د. مصطفى العوجي، مصدر سابق، ص٣١٩.

[4] د. هدى عبدالله، الأعمال المباحة (المسؤولية المدنية)، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٨، ص١٠٣- ص١٠٤.

عضلها و منعها من التزويج بغير مسوغ مشروع لحاجة في نفوسهم، لترجع عليهم حينذآك بالتضمين و التعويض[١].

إذاً بقيام الولي بإساءة إستخدام حق الولاية عند زواج الفتاة من كفء بمنعها، يكون للفتاة الحق في الرجوع عليه بالتضمين وطلب التعويض عند إصابتها بضرر من جراء ذلك. بالإضافة إلى سلب الولاية من الولي وانتقاله إلى ولي آخر يليه في ترتيب الأولياء، أو ينتقل الولاية إلى القاضي عند عدم وجود غيره.

إن الولي كما يمكن أن يمنع المولى عليها من الزواج، يمكن أيضاً أن يكرهها على الزواج بمن لاترضى به، سواء أكانت تراه غير كفء لها أو ترفض فكرة الزواج من هذا الشخص لعدم ميل نفسها إليه.

هذا و يلاحظ أن قانون الأحوال الشخصية العراقي لم يأخذ بالولاية على الكبيرة بل منع حتى تدخل الأب وعاقب الإكراه على الزواج أو منعه في المادة (٩) التي صدرت بالتعديل الثاني رقم (٢١) لسنة ١٩٧٨[٢]، جاء في نص الفقرة (١) من المادة(٩) ما يلي: (لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار إكراه أي شخص ذكراً كان أم أنثى على الزواج دون رضاه، ويعتبر عقد الزواج بالإكراه باطلاً، إذا لم يتم الدخول، كما لايحق لأي من الأقارب أو الأغيار، منع من كان أهلاً للزواج، بموجب أحكام هذا القانون من الزواج). وجاء في الفقرة الثانية: (يعاقب من خالف أحكام الفقرة (١) من هذه المادة، بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات، وبالغرامة أو إحدى هاتين العقوبتين، إذا كان قريباً من الدرجة الأولى. أما إذا كان المخالف من غير هؤلاء، فتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنوات، أو الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات).

إذاً هنا حق عدم الإكراه على الزواج أو عدم المنع من الزواج حق مكفول و محمي بموجب القانون و الاعتداء عليه يشكل جريمة يعاقب عليها القانون. ومن البديهي أن لكل من يُعتدى على حق من حقوقه أن يلجأ إلى القضاء لاسترداد حقه و طلب التعويض عما لحقه من أضرار جراء ذلك.

وسواء أكان العضل (المنع من الزواج) أو الإكراه على الزواج تعسفاً في استعمال حق الولاية، أو مخالفة للقانون، من الطبيعي أن يسبب أضراراً لمن وقع عليه الفعل، سواء أكان ضرراً مادياً أو معنوياً، ويمكن أن يكون الضرر تفويت فرصة، ففرصة الزواج بشخص أفضل أو فرصة الحصول على منحة دراسية أو فرصة الزواج بشخص كفء (عند المنع)، أو فرصة الحصول على وظيفة جيدة تضيع بسبب الإكراه على زواج، أو ضياع فرصة إكمال الدراسة و الحصول على

[١] د. مصطفى راتب حسن علي، مصدر سابق، ص١٩١٥.
[٢] القاضي محمد حسن كشكول و عباس السعدي، مصدر سابق، ص٨٠.

شهادة عالية، كل ذلك و غيرها تمثل فرصاً تضيع على المتضرر بسبب المنع من الزواج أو الإكراه عليه.

وإذا كان كل ذلك فرصاً يعني احتمال الكسب أو تجنب الخسارة، فالضرر يكمن في الحرمان من هذه الفرصة. أي الضرر يتمثل في حرمان المضرور من فرصة كان محتملاً الفوز بها، إلا أنه و بالنظر للخطأ الذي وقع، فقد أصبح تحققها أمراً مستحيلاً[٢]. فالضرر في ذاته يتمثل في تفويت الفرصة أما مدى الضرر فيتمثل في مدى قوة أو ضعف رجحان تحققها [٣]، وعلى ذلك جاء في قضاء محكمة النقض المصرية بأنه: (من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا كانت الفرصة أمراً احتمالياً، فإن تفويتها أمر محقق، ولا يمنع القانون من أن يحسب في الكسب الفائت ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب، مادام لهذا الأمل أسباب مقبولة)[٤]، عليه فإنه طبيعي و واقعي بأن نقول بتضرر أصحاب الشأن في حالات المنع من الزواج أو الإكراه عليه، وثابت بالقانون أن كل ضرر يوجب التعويض.

المطلب الثاني

تفويت الفرصة في مسائل الفرقة

إن الفرقة بين الزوجين قد تحصل بإرادة الزوج المنفردة و تسمى طلاقاً، وقد تحصل بحكم القضاء و تسمى التفريق القضائي، و قد تحصل بإتفاق الزوجين و تسمى (الخلع) أو الطلاق الخلعي[٥]. وكل حالة من هذه الحالات يمكن أن تكون لها سبب أو مبرر واضح و بَيّن، ويمكن أن لاتكون. نادراً مايتفق الزوج والزوجة على الفرقة، في أغلب الحالات يكون هناك طرف يريد الفرقة و يطلبها بإلحاح ولكن الطرف الآخر لا يرضا، أو يرفض طرف الفرقة و لكن الطرف الآخر يفارق. في كل الحالات يمكن أن يتضرر طرف، ومتى أخل شخص بإلتزام مقرر في ذمته وقع تحت طائلة أحد نوعي المسؤولية المدنية، و إذا ترتب على هذا الإخلال ضرر بالغير أصبح الشخص بالتالي مسؤولاً عن تعويض ما لحقه من ضرر، و تفويت الفرصة كنوع من أنواع الضرر والذي قد يلحق بأحد الزوجين واجب التعويض عنه في حالة وقوعه و إثباته.

---

[١] د. خليل سعيد إعيبة، مصدر سابق، ص٧٠.

[٢] منير رياض حنا، مصدر سابق، ص ٤٨٨.

[3] أحمد ياسر مسك، مصدر سابق، ص٥٢.

[4] منير رياض حنا، مصدر سابق، ص٤٨٨ - ص٤٨٩.

[٥] د. فاروق عبدالله كريم، مصدر سابق، ص٢١٢.

عليه سوف نتطرق في هذا المطلب إلى مسألة تفويت الفرصة عند تعليق الزوجة أو(الزوجة المعلقة) و تفويت الفرصة في حالة عدم الإنجاب وذلك ضمن الفروع الآتية:-

الفرع الأول

تعريف تعليق الزوجة أو(الزوجة المعلقة) وبيان حكمها في الشريعة و القانون

إن الأصل في العلاقة الزوجية أن تكون قائمة على التآلف و التودد و الرحمة، وقد نظمت الشريعة الإسلامية و القانون الحقوق و الواجبات بين الزوجين للحد من النزاع و الشقاق أو ما يهدد هذه الرابطة. ومن الأسباب التي تهدد العلاقة الزوجية إلحاق الضرر بالزوجة، و (تعليق الزوجة) وضع غير إعتيادي يوضع فيه الزوجة رغماً عنها من أجل الإضرار بها. و من أجل توضيح مفهوم و ماهية تعليق الزوجة والإشارة الى تفويت الفرصة على الزوجة سوف نعرف أولاً تعليق الزوجة و من ثم نبين حكمه في الشرع و القانون:

أولاً:- تعريف تعليق الزوجة أو (الزوجة المعلقة):-

الزوجة المعلقة هي التي لا يعاشرها زوجها و لا يطلقها، فهي لامتزوجة ولا مطلقة[١]. ومنه قوله تعالى: (**فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ**)[٢]، وقول المرأة في حديث أم زرع: (زوجي العشنق إن أنطق أُطَلَّق، وإن أسكت أُعَلَّق)[٣]. ووردت تعاريف كثيرة معاصرة منها: (الزوجة المعلقة هي التي ليست بزوجة تتمتع بحقوق الزوجية ولا هي مطلقة)، ويعرف أيضاً بالطلاق العاطفي، وهو علاقة زوجية فيها الشريك حياة منفصلة عن شريكته بعيداً عن الحياة الزوجية الطبيعية. ويعرف أيضاً بالطلاق الصامت: وهو عبارة عن أن المتزوجة تعيش بوضع المطلقة[٤].

أما عن تعريف الزوجة المعلقة في القانون، فلم يتطرق المشرع العراقي إلى مسألة تعليق الزوجة بصورة مباشرة، ولكن بيّن فقط الحقوق و الواجبات بين الزوجين، وتطرق أيضاً إلى هجر الزوجة و عدم إلحاق الضرر بها أو إيذاءها، و أشار إلى عدم الإنفاق على الزوجة، جاء في نص الفقرة (٢) من المادة(٣٤) ضمن أسباب طلب الزوجة التفريق عن زوجها :(إذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين فأكثر

---

[١] د. عبدالله علي محسن القليصي، أحكام الزوجة المعلقة في الشريعة الإسلامية والتطبيقات القانونية المعاصرة، بحث منشور في مجلة كلية الآداب، جامعة الحديدة، العدد(١٥)، لسنة (٢٠٢٢)، ص١٥.

[٢] سورة النساء، الآية (١٢٩).

[٣] أبو عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، تحقيق مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، الجزء الخامس، اليمامة، بيروت، لبنان، ١٩٩٨، حديث رقم(٤٨٩٣)، ص١٩٨٩.

[٤] عبدالله علي محسن القليصي، مصدر سابق، ص١٦.

بلا عذر مشروع، و إن كان الزوج معروف الإقامة، وله مال تستطيع الإنفاق منه)، المقصود بالهجر إمتناع الزوج عن معاشرة زوجته بغير عذر و بقصد الإضرار بها و هو الهجر في الفراش و الهجر بعدم تفقد الزوجة أو معاشرتها معاشرة الأزواج أو ترك الزوجة دون عذر مشروع مدة سنتين فأكثر[١].

لقد عدَّل المشرع الكردستاني هذه الفقرة على الوجه الآتي: (إذا هجر الزوج زوجته مدة سنة فأكثر بلا عذر مشروع، ولو كان الزوج معروف الإقامة و له مال تستطيع الإنفاق منه). وهنا لا يؤثر في جواز طلب التفريق كون الزوج معروف محل الإقامة، وكونه منفقاً على زوجته، لأن ترك المعاشرة هو السبب في إجازة طلب التفريق، كما أن المرأة في هذه الحالة معلقة لا هي زوجة و لا هي مطلقة، عليه لابد من حسم الأمر، فضلاً على أن هجره لها دون عذر مشروع يدل على وجود قصد الإضرار لديه[٢].

وقد جاء القانون المدني الفرنسي – حول الهجر- بمصطلح (إختلال الرابطة الزوجية)، حيث جاء في نص المادة (٢٣٧): (يمكن طلب الطلاق من قبل أحد الزوجين عندما تختل نهائياً الرابطة الزوجية)، وجاء مدلول و معنى (إختلال الرابطة الزوجية) في نص المادة (٢٣٨) على أنه: (ينتج الخلل النهائي في الرابطة الزوجية عن توقف الحياة المشتركة بين الزوجين، عندما يعيشان منفصلين منذ سنتين وقت الإدعاء بالطلاق)[٣].

أما قانون الأحوال الشخصية الإماراتي فقد جاء في نص المادة (١٢٩) منه أنه: (للزوجة طلب التطليق بسبب غياب زوجها المعروف موطنه أو محل إقامته ولو كان له مال يمكن استيفاء النفقة منه، ولا يحكم لها بذلك إلا بعد إنذاره: إما بالإقامة مع زوجته أو نقلها إليه أو طلاقها، على أن يمهل لأجل لا يزيد على سنة). هنا المشرع الإماراتي لم يذكر وجود العذر للغياب، أي أنه فقط الغياب سبب تستند عليه الزوجة لطلب التفريق و لكن بشرط إنذار الزوج قبل طلب التطليق بأن يقيم مع زوجته أو ينقل إقامة الزوجة الى محل تواجده، أو يطلقها قبل أن يحكم القاضي بالتطليق القضائي، كل ذلك بعد أن يمهل الزوج مدة لا تزيد على سنة للاختيار. ولم يذكر المشرع الإماراتي مدة غياب الزوج و إنما ذكر فقط مدة إمهال الزوج للاختيار.

إن الضرر الواقع على الزوجة من غياب زوجها ضرر من نوع خاص، فهي كما تضررت من إيذاء الزوج لها في حال وجوده، تضررت أيضاً من غيابه عنها. فقد يغيب الزوج عن زوجته مدة طويلة بلا عذر مقبول، ثم لا هو يحملها إليه، ولا هو

[١] عدنان زيدان العنبكي، مصدر سابق، ص ٢٢٩

[٢] د. فاروق عبد الله كريم، مصدر سابق، ص٢٧٧.

[٣] د. أدوار عيد ود. بشير بيلاني، مصدر سابق، ص٢٩٣- ص٢٩٤.

يطلقها لتتخذ لها زوجاً غيره، و مقامها على هذه الحال زمناً طويلاً- مع المحافظة على العفة و الشرف أمر لا تحتمله الطبيعة في الأعم الأغلب، و إن ترك لها مالاً تستطيع الإنفاق منه، من أجل ذلك كان لها حق طلب التفريق بسبب الهجر و الغيبة[١].

إن الزوجة تتضرر نفسياً من غياب الزوج عنها، وترك معاشرتها من قبل الزوج هو السبب في إجازة طلب التفريق، و سواء أكان غياب الزوج عنها بعذر أو بدون عذر، فإن الضرر واقع عليها، و كون الزوجة لا يحق لها في القانون العراق طلب التفريق إذا كان غياب الزوج بعذر مشروع كالذهاب للتجارة أو بعثة علمية، فهذا إجحافٌ في حقها كما هو ظاهر[٢]. و في كل الأحوال فإن التمييز بين ما هو عذر و ما ليس بعذر مسألة موضوعية متروكة للسلطة التقديرية للقاضي، فبإمكانه أن لا يعد الهجرة للعمل عذراً مشروعاً فيما لو كان الزوج ميسور الحال، أو كان ممكناً الحصول على عملٍ في محل إقامته مع زوجته.

ثانياً:- حكم تعليق الزوجة في الشرع و القانون:-

إن تعليق الزوجة يعتبر من أبشع صور ظلم الزوج لزوجته، وهو من الأمور الجاهلية التي نهى الإسلام عنها، يقول الباري عزَّوجل **(وَلَن تَسْتَطِيعُوٓاْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْۖ فَلَا تَمِيلُواْ كُلَّ ٱلْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَٱلْمُعَلَّقَةِۚ وَإِن تُصْلِحُواْ وَتَتَّقُواْ فَإِنَّ ٱللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا)**[٣]، دلت الآية على تحريم تعليق الزوجة، فلا يجوز للزوج أن يظلمها و يرفض طلاقها، ولا أن يغبطها حقوقها ولا يحسن إليها كزوجة، فيذرها كالمعلقة لا هي فارغة فتتزوج، ولا هي ذات زوج إذا لم يوفيها حقها كزوجة[٤]. وفي القوانين الوضعية فإن هجر الزوجة وجعلها كالمعلقة سبب يعطي الحق للزوجة أن تطلب التفريق عن زوجها بحكم القضاء. وتعليق الزوجة تعتبر مخالفة لعقد الزواج من قبل الزوج، لأن الزواج وكما جاء في نص الفقرة (١) من المادة(٣) يعتبر: (الزواج عقد بين رجل و امرأة تحل له شرعاً غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة و النسل) وتعليق الزوجة ليس فيه أي شيء من هذه العبارات بل حياة الزوجة المعلقة عكس ذلك تماماً. والمشرع الكردستاني بعد تعديل هذه الفقرة قد زاد في تكثيف هذه المعاني حيث جاء ضمن الفقرة المعدلة لتعريف الزواج على

---

[١] أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في قانون الإمارات العربية المتحدة، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٧، ص٣٣٧.

[٢] د. أحمد عبيد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، الجزء الأول، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٩٧٠، ص٢٥٠.

[٣] سورة النساء، الآية (١٢٩).

[٤] د. عبد الله علي محسن القليصي، مصدر سابق، ص١٨.

أنه: (الزواج عقد تراضي بين رجل و امرأة يحل به كل منهما للآخر شرعاً غايته تكوين الأسرة على أساس المودة و الرحمة و المسؤولية المشتركة طبقاً لأحكام هذا القانون). ونحن نقول أين تعليق الزوجة من المودة والرحمة وتكوين الأسرة و المسؤولية المشتركة؟ إن كل هذه المعاني معكوسة بحق الزوجة المعلقة؟

الفرع الثاني
تفويت الفرصة في مسألة تعليق الزوجة

إن أثر غياب الزوج عن الزوجة هو حصول الضرر النفسي و الجسدي، والقاضي لا يحكم بالتفريق للغيبة إلا بناءً على وجود خصومة، ودعوى من الزوجة طالبة التفريق، ولابد من مضي مدة الغياب و الهجر، لأن الفرقة التي تحدث بسبب الغيبة، هي بسبب الضرر الواقع لا بسبب الضرر المتوقع. وحق المرأة في طلب التفريق لا يسقط مع وجود مال للزوج الغائب تستطيع الزوجة الإنفاق منه، لأن الفرقة هنا بسبب ما في الغيبة نفسها من الضرر على الزوجة، لا لعدم الإنفاق عليها[1].

جاء في نص المادة (١٣٦) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم (٦٩) لسنة(٢٠٠٧) على أنه : (إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول، جاز لزوجته أن تطلب تطليقها إذا تضررت من غيبته، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه).إذاً هنا تستطيع الزوجة أن تطلب التطليق على زوجها الغائب فقط إذا تضررت، أي على الزوجة أن تثبت أنها متضررة، فإذا لم تثبت ذلك فلا طلاق، فقد يغيب زوج على زوجته ولا تضرر من هذه الغيبة، وترى الزوجة المقام معه على هذه الحالة[2].

إذاً الزوجة المعلقة في كل الأحوال متضررة من وضعها غير طبيعي، والضرر المباشر هو إحساسها بالوحدة و أنها مهملة، وتضررٌ من غياب الزوج لا يُعلمُ طبيعتها إلا من جهتها و هو خشيتها على نفسها من الوقوع في الفتنة من بُعد الزوج عنها، وهذه الخشية ضررٌ لا يجبرها إلا الطلاق. وكذلك بقاء الزوجة معلقة هكذا مدة طويلة دون شك سوف يفوت عليها الكثير من المصالح والمكاسب التي ترمي إليها، و خصوصاً إذا كانت صغيرة السن والمستقبل أمامها تتطلع اليها، لأن تعليق المرأة واقعة تحتاج إلى الزمن حتى تظهر إلى الوجود ويلاحظ، وحتى المرأة المعلقة نفسها تحتاج الى مرور الوقت حتى تستطيع رفع أمرها إلى القضاء و طلب التطليق، لأنه وكما أسلفنا سابقاً فإن القاضي لا يحكم بالتفريق للغيبة إلا بعد مضي

[1] د. محمد سمارة، أحكام وآثار الزواج شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة – دار العلمية الدولية، عمان، الأردن، ٢٠٠٢، ص٣٣٢- ص٣٣٣.
[2] أحمد نصر الجندي، مصدر سابق، ص٢٨٧- ص٢٨٨.

مدة الهجر، لأنه يحكم على أساس الضرر الذي وقع فعلاً على الزوجة بسبب بُعد الزوج عنها.

إن الطلاق نفسه ضررٌ كبير يلحق المرأة وخصوصاً في المجتمعات الشرقية كمجتمعنا، حيث ينظر الناس بعين الإهانة و التقليل من الشأن إلى المرأة المطلقة. والطلاق نفسه يفوت على المرأة الفرص الجيدة للزواج برجل آخر يعوضها عما رأت من المآسي، كما قلنا فإن التعليق يتسبب في تقدم العمر بالمرأة وهي لا تعلم إذا كانت متزوجة أم مطلقة، لا هي متزوجة تعيش حياة الود و الإهتمام و مع زوجها، ولا هي مطلقة تستطيع أن تمارس حياتها كيفما تشاء و تتزوج من تشاء، لأنها مقيدة بحبل زواج يُضيق عليها الحياة يوماً بعد يوم.

إن تعليق الزوج للزوجة يفوت عليها فرصة الزواج من رجل آخر وإنجاب الأطفال والحرمان من حق الأمومة، لأنها لم تطلق منه فتعتد عدة الطلاق ثم تنتظر من يتقدم لها حتى يتزوجها[1]. وأيضاً يمكن أن يفوت عليها فرصة عملٍ كانت تحمل المؤهلات للتوظيف فيه، أو تفوت عليها فرصة الالتحاق ببعثة للدراسة، وفي كل الأحوال تفوت عليها فرصة العيش والإستمتاع بالحياة كأية إمرأةٍ طبيعية. إن مرور الزمن يسرق من المرأة المعلقة شبابها وجمالها وتطلعاتها، وكل ذلك أضرارٌ وقعها أكبر من وقع بُعد الزوج عنها مدة التعليق. ولابد أن يكون هناك أساس قانوني يعوض المرأة عن كل هذه الأضرار التي تلحقها بسبب تفويت الفرصة عليها في تجربة كل ما هو من حقها تجربته كإنسانة إعتيادية.

في ضوء ماتقدم، يتبين مدى الظلم والمعاناة التي تواجه الزوجة المعلقة في حالة تعليقها من قبل زوجها وهجره وتفويت فرصة الانجاب عليها والزواج ثانية بعد المطالبة بالتفريق القضائي للهجر لذا نقترح نصاً قانونياً يحكم بالتعويض عن الاضرار المادية والمعنوية التي تلحق الزوجة المعلقة وخاصة بسبب الهجر الجسدي للزوج وغيابه عن زوجته وكالآتي(للزوجة حق في المطالبة بالتعويض من زوجها أمام محكمة البداءة عن الضرر الأدبي والمادي الذي لحقها بسبب هجره لها جسدياً وحرمانها من حق الأمومة وتكوين الأسرة). وهذا ما أشارت إليه المحكمة الاتحادية العراقية في القرار رقم (٣٥٦) والمؤرخ في (٢٠١٥/١١/١٦) في أن تختص محكمة البداءة بدعوى المطالبة بالتعويض المادي والأدبي عن أضرار الهجر الجسدي للزوجة وحرمانها من حق الأمومة وتأسيس الأسرة لأن التكييف القانوني لموضوع الدعوى هو من الأعمال غير المشروعة التي تقع على الغير تطبيقاً لأحكام المادتين (٢٠٤ و ١/٢٠٥) من القانون المدني رقم (٤٠)

[1] د. عبدالله علي محسن القليصي، مصدر سابق، ص١٩.

لسنة(١٩٥١) المعدل والذي يدخل ضمن اختصاص محكمة البداءة ذات الولاية العامة بالفصل في المنازعات كافة إلا ما استثني بنص خاص عملاً بأحكام المادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة(١٩٦٩) المعدل لأن الاختصاص النوعي لمحكمة الأحوال الشخصية محدد حصراً وفقاً للمادة (٣٠٠و٣٠٢) من قانون المرافعات المدني العراقي)[١].

الفرع الثالث

تفويت الفرصة في مسألة عدم الإنجاب

عرف عقد الزواج في الفقرة (١) من المادة (٣) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أنه (الزواج بين رجل وإمرأة تحل له شرعاً غايته إنشاء رابطة الحياة المشتركة والنسل). يفهم من هذه المادة أن الغاية من الزواج هي وجود عدة أهداف أو غرائز وهي:

١- الغريزة الجنسية المادية بين الرجل والمرأة تلك العلاقة التي تجذب أحدهما نحو الآخر عندما تنص على (تحل له شرعاً).

٢- الغريزة العاطفية الروحية (الحب المعنوي) بين الجنسين المتأتية من الحياة المشتركة.

٣- غريزة إنشاء الأسرة (الحب العائلي) الذي يربط بين الزوجين من جهة وبينهما وبين الأولاد من جهة آخرى[٢].

إذن إحدى غايات عقد الزواج هي الانجاب وزيادة النسل و وجود غريزة الأمومة والأبوة لدى كلا الزوجين ولكن قد تحدث بعض المعوقات التي تحول دون تحقيق هذه الغاية منها عقم أحدهما أو دخول شخص آخر يعيق عملية الإنجاب مثلاً إجراء عملية جراحية للزوجة في الرحم من قبل طبيب ويرتكب الطبيب خطأً مثلاً إستئصال إحدى المبيضتين للزوجة ويؤدي ذلك إلى عقم الزوجة أو أخذ الزوجة الأدوية لمنع الحمل أو وضع لولب لمنع الحمل بدون علم الزوج ويحرم الزوج من حق الأبوة أو بالعكس وقد يأخذ الزوج علاجاً أو يجري عملية وبخطأ طبي من طرف الطبيب يسبب ذلك عقم الزوج ويحرم الزوجة من حق الامومة.

---

[١] مشار إليه على الموقع الالكتروني في أدناه : قرار رقم (٣٥٦) لمحكمة الاتحادية العراقي والمؤرخ في (٢٠١٠/١١/١٦) وعلى الموقع الإلكتروني الآتي: (تأريخ أخر زيارة ٢٠٢٤/٧/٢٦)

https://www.facebook.com/photo.php?fbid=95457011511783&id=16171

[٢] د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلام المقارن دراسة مقارنة بالقانون، منظمة نشر الثقافة القانونية للطباعة والنشر، العدد(٢٩٩)، أربيل، العراق، ٢٠٠٩، ص١٢.

على الرغم من أن قانون الأحوال الشخصية قد نص في الفقرة (٥/ أولاً) المادة(٤٣) على أنه (للزوجة طلب التفريق عند توافر أحد الأسباب الآتية: ٥/ إذا كان الزوج عقيماً ، أو أبتلي بالعقم، بعد الزواج ولم يكن لها ولد منه على قيد الحياة) فبموجب هذا النص يحق للزوجة أن تطالب بالتفريق اذا كان الزوج عقيماً او أبتلي بالعقم بعد الزواج وبهذه المادة تصون حق الزوجة في حصولها على فرصة الثانية في الإنجاب إذا فرقت قاضي بينهما وتزوجت مرة أخرى، ولكن لم يعطي هذا الحق للزوج على اساس انه بيده الطلاق ويجوز الزواج بالثانية وهذا ما ذكر في قرار قضائي في هيئة الأحوال الشخصية في إقليم كوردستان المرقم(٤٨) والمؤرخ(١٧/ ٢/ ٢٠٠٢) على أنه(تبين أن في الوقت الذي نصت فيه المادة ٤٣ /أولاً في قانون الأحوال الشخصية النافذ على حق الزوجة في طلب التفريق بسبب عقم الزوج فإنه لا يوجد نص مماثل يبيح للزوج طلب التفريق بسبب عدم إنجاب الزوجة لأنه يجوز للزوج في مثل هذه الحالة استعمال حقه في الطلاق المقرر بموجب القانون والشرع وكما له استحصال الإذن الخاص بالزواج من زوجة الثانية في المحكمة المختصة لوجود العذر الشرعي)[١] حسب هذا القرار فإن الزوج أيضا مصان قانونياً من تفويت الفرصة انجاب بسبب عقم زوجته إلا أنه اذا كنا منصفين بحق الرجل نجد إجحافاً بحق الزوج في هذا الشأن وصحيح أن الزوج له حق الطلاق اذا كانت زوجته عقيمة ولكن إذا طلقت زوجته عقيمة فأنه عليه دفع المهر المؤجل لها ومن ثم عند زواجه بالثانية عليه دفع المهر لزوجته الثانية وهذا يعتبر أضراراً مادياً يلحق الزوج هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى صحيح أن للزوج حق الزواج بالثانية بسبب عقم زوجته الأولى ولكن حسب التعديلات التي اجريت على مواد قانون الأحوال الشخصية العراقي في إقليم كردستان فإن هناك شروطاً أخرى على الزواج لكي تتعدد الزوجات و غالباً ما يصعب عليه تحقيقه وذلك كالآتي(أ/ موافقة الزوجة الاولى على زواج زوجها أمام المحكمة. ب/ المرض المزمن المانع من المعاشرة الزوجية والذي لا يرجى منه الشفاء أو عقم الزوجة الثابت بتقرير من لجنة طبية مختصة. ج/ أن يكون لطالب الزواج الثاني امكانية مالية تكفي لإعالة أكثر من زوجة واحدة على أن يثبت ذلك بمستمسكات رسمية يقدمها للمحكمة عند اجراء عقد الزواج. د/ أن يقدم الزوج تعهداً خطياً أمام المحكمة قبل اجراء عقد الزواج بتحقيق العدل بين الزوجين في القسم وغيره من الالتزامات المادية والمعنوية. ه/ أن لا تكون الزوجة قد اشترطت عدم التزوج عليها في عقد الزواج).

[١] مشار إليه لدى: القاضي گيلاني سيد أحمد، المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز إقليم كوردستان- العراق مقررات هيئة الأحوال الشخصية للسنوات(١٩٩٩ لغاية نهاية سنة ٢٠٠٩)، ص٧٥.

فبموجب هذه التعديلات فان الزواج بالثانية بسبب عقم الزوجة الأولى فانه يستوجب الاذن منه وكذلك العدل بينهما ووجود كفاية مالية للزوج ومن ثم عدم اشتراط الزوجة الأولى عدم التزوج عليها فنتسأل هل يستطيع الزوج تحقيق كل تلك شروطاً ؟ وخاصة إذا كان معسراً وليس له امكانية مالية للتعدد؟ للإجابة عن هذ السؤال نقول فأنه لا يستطيع الزواج بالثانية مع وجود هذه القيود والشروط الكثيرة وخاصةً إذا كان ذا دخل محدود، وإذا تزوج خلافاً لهذه الشروط فأنه يعاقب بموجب الفقرة (و) من نفس المادة بالحبس مدة لاتقل عن ستة أشهر ولا تزيد على سنة وبغرامة قدرها عشرة ملايين دينار. فبوجود هذه الشروط من الصعب الزواج بالثانية ودفع مهراً جديداً لزوجته الثانية وخاصة إذا كان معسراً وبذلك يفويت عليه فرصة الزواج بالثانية وإنجاب الاطفال. لذا إننا نفضل نص الفقرة (٤) من المادة (٣) في قانون الأحوال الشخصية قبل التعديل والنافذ في العراق والتي تنص على (لا يجوز الزواج بأكثر من واحدة إلا بإذن القاضي ويشترط لإعطاء الاذن تحقق الشرطين التاليين: أ/ أن تكون هناك مصلحة مشروعة. ب/ إذا خيف عدم العدل بين الزوجات فلا يجوز التعدد ويترك تقدير ذلك للقاضي). أو تعديل الفقرة(٥/ أولاً) من المادة (٤٣) وتحويل هذه الفقرة الى نص المادة (٤٠) وعلى النحو الآتي(لكل من الزوجين، حق طلب التفريق عند توافر أحد الأسباب الآتية: ٦/ أذا كان أحدهما عقيماً أو ابتلي بالعقم بعد الزواج ولم يكن لهما ولد على قيد الحياة). وبذلك نضمن حق الزوج من الانجاب وعدم تفويت فرصته بالزواج بالثانية والأبوة بالمستقبل.

المبحث الثاني

كيفية التعويض عن تفويت الفرصة في مسائل الزواج والفرقة

ضمن المبحث الأول تحدثنا عن ضرر فوات الفرصة في مسائل الزواج والفرقة، ومن البديهي الخوض في مسألة التعويض عن حالات تفويت الفرصة تلك، وتوصلنا إلى أنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً فإن تفويتها أمر محقق يجب التعويض عنه. عليه سوف نتحدث ضمن هذا المبحث عن شروط و مقدار التعويض عن تفويت الفرصة في مسائل الزواج و الفرقة، و نقسم المبحث على مطلبين كالتالي:-

المطلب الأول

شروط التعويض عن تفويت الفرصة في مسائل الزواج و الفرقة

من أجل أن يكون فوات الفرصة ضرراً موجباً للتعويض يجب أن تتوافر فيه مجموعة من الشروط، منها شروط عامة نأخذها من القواعد العامة للضرر

والتعويض عنه، وشروط خاصة بتفويت الفرصة. لذا سوف نقسم المطلب على فرعين كالتالي:

الفرع الأول
الشروط العامة للضرر

هناك شروط عامة يجب أن تتوفر في الضرر من أجل أن يستوجب التعويض عنه، ولأن تفويت الفرصة في مسائل الزواج و الفرقة ضررٌ أقمنا الدليل على جواز حدوثه، و أنه ضررٌ قائم بذاته و لكنه يشترك في الأسس و القواعد العامة مع الضرر بشكل عام. والشروط العامة التي يجب توافرها في ضرر تفويت الفرصة هي:-

أولاً: إثبات الضرر :

إن الضرر الناتج عن تفويت الفرصة قد يكون ضرراً مادياً و أدبياً في الوقت نفسه، ويترتب عليه فوات الفرصة في تحقيق كسب أو تجنب خسارة. ويمكن إثبات هذا الضرر عن طريق القرائن، ويتوقف وجود القرينة على درجة احتمال تحقق الفرصة الفائتة، كلما كان الإحتمال معقولاً، فإن الضرر يكون ثابتاً. إن مسألة إثبات الضرر الناتج عن تفويت الفرصة من المسائل المهمة ويشكل صعوبات بالنسبة لطالب التعويض[١].

إن الضرر النهائي أو الضرر المباشر لا يمكن أحياناً إثباته أو إثبات العلاقة السببية بينه و بين الفعل الضار، و لكن في نفس الوقت ممكن إثبات ضرر تفويت الفرصة و علاقته بالخطأ، لأنه في أغلب الأحيان مجرد تفويت الفرصة على الشخص أمر مؤكد، حتى ولو كان تحقيق ذات الفرصة إحتمالياً، لأنه مجرد حرمان شخص من خوض تجربة أو حرمانه من محاولة الاستفادة من فرصة، أو قطع الطريق عليه للمضي في تحقيق آماله أو آمال القريبين من حوله فيه، كل هذا يعتبر ضرراً محققاً بغض النظر عن درجة احتمال تحقق الفرص أو الوصول أو عدم الوصول إلى تحيق الآمال.

إن السوابق القضائية التي تتعرض للتعويض عن تفويت الفرصة تبين أن تفويت الفرصة قد يكون في إطار المسؤولية العقدية، كما يمكن أن يكون ضمن المسؤولية التقصيرية، ومع أن قواعد الإثبات تختلف في كلتا المسؤوليتين، فإن هذا الاختلاف ليس له تأثير يذكر على إثبات الفرصة في ذاتها. فالدائن الذي يدعي فوات الفرصة ضمن أحكام المسؤولية العقدية، لايكفي منه لإثبات الفرصة الفائتة أن يثبت وجود

[١] د. أيمن إبراهيم العشماوي، تفويت الفرصة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٠، ص٦٢ .

العقد بينه و بين المدعى عليه و أنه لم ينفذ العقد، كل ذلك لايغنيه في شيء و إنما يجب عليه أن يثبت جدية وحقيقة الفرصة التي يدعي فواته[1].

إن الأصل في قواعد الإثبات كما جاء في نص المادة (٧) من قانون الإثبات العراقي رقم(١٠٧) لسنة(١٩٧٩) على بأنه: (البينة على من إدعى و اليمين على من أنكر، و المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر و المنكر هو من يتمسك بإبقاء الأصل). وتطبيقاً لهذه القاعدة العامة فإن عبء الإثبات يقع في الأصل على المدعي و هو المضرور أو المصاب على حسب الأحوال[2]. وهذه القواعد هي نفسها مهما كان نوع الضرر أو حجمها. و الفرق يكمن في أنه هناك أضرار من السهل إثباتها كالأضرار المادية، أما الأضرار المعنوية أو الأدبية فإنها تشكل صعوبة في الإثبات. فإن الفتاة التي تدعي أن عدول خطيبها عن خطبتها دون مبرر معقول كان سبباً في أن يفوت علها فرصاً عديدة للزواج، أو أنها بسبب الخطبة التي عدل عنها الخاطب قد ضاعت عليها فرصة التقديم لبعثة علمية كانت قد أُعلن عنها، إنما عليها أن تثبت جدية و حقيقة تلك الفرص حتى تستطيع إقناع القضاء بضرورة التعويض عنها.

يجب ملاحظة أن وقوع الضرر أو عدم وقوعه واقعة مادية و ليست عملاً قانونياً، ويترتب على ذلك أنه يجوز إثبات الضرر و مقداره بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البينة و القرائن، وعلى هذا الأساس قضت محكمة النقض المصرية بأن إثبات وقوع الضرر أو نفيه من الأمور الواقعية التي تقدرها محكمة الموضوع[3].

إذاً إن حال المضرور الذي يطالب بالتعويض عن فوات الفرصة في أي موضوع متعلق بالزواج أو الفرقة، حاله لايختلف عن حال أي مضرور آخر في المسائل المدنية من حيث عبء الإثبات و ضرورة الإتيان بالبينة و القرائن من أجل إثبات ما يدعيه من لحوق الضرر به جراء تفويت فرصة حقيقية عليه.

ثانياً: إثبات العلاقة السببية بين الخطأ و ضرر تفويت الفرصة:

نصت المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي على أنه: (إذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الإلتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، وكذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه)، وكذلك نصت الفقرة الأولى من المادة(٢٠٧) منه على أنه: (تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر

[1] د. خليل سعيد إعيبة، مصدر سابق، ص ٨٠.

[2] د.حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية - الضرر، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ٢٠٠٦، ص٢٤٤.

[3] د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص٢٤٥.

من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن تكون هذه نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع)، وتقضي أيضاً المادة (٢١١) منه بأنه: (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كآفة سماوية، أو حادث فجائي، أو قوة قاهرة، أو فعل الغير، أو خطأ المتضرر، كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك).

إن النصوص السابقة يفهم منها أن القاعدة العامة في القانون هي أن الإنسان لا يسأل إلا عن نتائج فعله إذ ليس من المقبول لا من الناحية العقلية ولا المنطقية ولا من الناحية القانونية أن يسأل الإنسان عن تعويض ضررٍ لم يكن نتيجةً لفعله أو عمله أو نتيجةً لفعل الأشخاص أو الأشياء التي هي من ضمن مسؤولياته، إذ ينبغي أن تقوم صلة بين تصرف الإنسان و بين الضرر الذي أصاب الغير يربط كلُ منهما بالآخر كما ترتبط النتيجة بسببها[١]. جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية: (عندما يثبت شخص، من جهة، أن العدوى الحموية التي أصابته قد حصلت على أثر نقل الدم، ومن جهة أُخرى، أنه ليس معرضاً شخصياً لأي نوع من العدوى الخاصة به، يكون على مركز نقل الدم، المدلى بمسؤوليته، أن يثبت أن المواد الدموية التي قدمها كانت خالية من أي عيب).نقض مدنية ١، ٩أيار/ مايو٢٠٠١: رقم ١٣٠[٢].

إذاً كقاعدة عامة كل من يدعي أنه لحقه ضرر من فعل الغير وجب إثبات العلاقة السببية التي تربط بين الفعل و حدوث الضرر المدعى به. و فوات الفرصة كغيره من الأنواع الأخرى من الضرر، يستوجب وجود علاقة سببية بينه و بين الفعل أو (الخطأ) الذي يدعي المتضرر أنه السبب في تفويت الفرصة عليه.

عليه يترتب على عدم توافر العلاقة السببية رفض القضاء دعوى المطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج عن تفويت الفرضة، وتمارس محكمة التمييز رقابة شديدة على قضاة الموضوع للتحقق من وجود العلاقة السببية[٣].

عليه فالمرأة التي تدعي أنها بسبب تعليقها من قبل الزوج و رفضه طلاقها، و مرور مدة طويلة لحين حصولها على الطلاق أدى إلى تقدم العمر بها بحيث جعل فرصة الزواج أمامها ضئيلة، أو أصبح مستحيلاً بالنسبة لها أن تنجب، يجب عليها أن تثبت العلاقة السببية بين فعل الزوج و الفرص التي تدعي أنها فاتت عليها أو ضئُلت. لأنه أينما وجد إدعاء بالتضرر من فعلٍ ما، وجب على المدعي مع إثبات الضرر أن يثبت الرابطة السببية التي تربط الضرر بفعل المدعى عليه.

---

[١] د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني (الرابطة السببية)، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ٢٠٠٦، ص٦.

[٢] د. أدوارعيد ود. بشير بيلاني، مصدر سابق، ص١٣٦١.

[٣] د. أيمن إبراهيم العشماوي، مصدر سابق، ص٦٧.

إذاً الشروط العامة التي يجب أن تتوفر عند المطالبة بالتعويض عن أي ضرر، هي نفسها مطلوب توافرها عند إدعاء ضرر تفويت الفرصة و طلب التعويض عنه.

الفرع الثاني
الشروط الخاصة بضرر تفويت الفرصة

إن المحاكم تتطلب أن يقوم المدعي الذي يتمسك بتفويت الفرصة بإثبات بعض الشروط الخاصة بهذه الفرصة إضافةً على الشروط العامة التي أشرنا إليها، عليه سوف نتحدث من خلال هذا الفرع عن الشروط الخاصة المتعلقة بضرر تفويت الفرصة، وهي كالآتي:-

أولاً: أن تكون الفرصة حقيقية و جدية:

من الناحية المنطقية يمكن الجزم بأن ضرر تفويت الفرصة يقع بين الضرر المحقق من ناحية و الضرر المحتمل من ناحية أخرى، ولقد توصل القضاء إلى أن الفرصة الفائتة يجب أن تكون حقيقية و جدية. وبذلك يتأكد لدى القضاء من أن الربح أو الكسب الذي كان ينتظره المضرور كان من الممكن أن يتحقق لو أن الفعل الضار لم يقع أصلاً. قضت محكمة النقض المصرية بأنه: (تفويت الفرصة و إن كان يجيز للمضرور أن يطالب بالتعويض عنه على أن يدخل في عناصره ما كان المضرور يأمل في الحصول عليه من كسب من وراء تحقيق هذه الفرصة إلا أن ذلك مشروط بأن يكون هذا الأمل قائماً على أسباب مقبولة من شأنها طبقاً للمجرى العادي للأمور ترجيح كسب فوته عليه العمل الضار غير المشروع).

عليه يجب التحقق أولاً من وجود الفرصة، وفي سبيل ذلك يجب اللجوء إلى حساب الاحتمالات، على سبيل المثال الحصان الذي يتأخر بفعل الناقل و لا يستطيع المشاركة في السباق الذي تتنافس معه فيه عشرة خيول أخرى، كانت لديه فرصة واحدٍ على عشرة للفوز بالسباق. فالفرصة كانت موجودة إذاً، وهو الذي يبرر تعويض المضرور عن ضياع تلك الفرصة[1].

لذلك فإن المرأة التي تدعي فوات فرصة الزواج أو الإنجاب عليها لأن زوجها هجرها و تركها كالمعلقة، أو لأن وليّها زوَّجها دون رضاها من رجل كبير في السن طمعاً في جاهه وثروته، مما ضيَّع عليها فرصة الإنجاب، أو الفتاة التي تدعي أنها فاتت عليها فرصة الزواج من شخص كفء لها بسبب أن عمها الذي كان وليها منعها من الزواج من ذلك الشخص لأنه أراد تزويجها لابنه، في هذه الأحوال يجب على المدعية إثبات حقيقة وجدية الفرص التي تدعي فواتها حتى تتمكن من المطالبة بالتعويض عنها.

[1] د. أيمن إبراهيم العشماوي، مصدر سابق، ص٧٠- ص٧١.

ثانياً: أن تكون الفرصة حالة أو وشيكة:

من أجل التأكد من أن الفرصة الفائتة جدية و حقيقية، هناك شرط تُركز عليه المحاكم لتكملة الصورة و تحديد درجة إحتمالية الفرصة، و يتمثل هذا الشرط في أنه كلما كانت المسافة الزمنية بعيدة بين الوقت الذي ضاعت فيه الفرصة و الوقت الذي كان من الممكن أن تتحقق فيه الفرصة، كان واقعياً أن نصل إلى أن الأمل في تحقق الفرصة كان ضعيفاً. و ذلك لأن وجود المسافة الزمنية كبيرة بين الحدثين يعني تدخل أكثر للأحداث الخارجية التي من الممكن أن تغيّر مجرى الفرصة و تُعيق تحققها، وهذا يزيد من درجة إحتمالية الفرصة[1]. فمن أجل التعويض عن تعويض الفرصة في الترقية الوظيفية، يلزم أن تكون الترقية وشيكة[2].

و هنا نقول بأن هذا الشرط في مسائل الزواج و الفرقة له خاصية تختلف عن باقي المسائل الأخرى، لأنه في العديد من مسائل الزواج تأثير الخطأ في فوات الفرصة تزداد يوماً بعد يوم، ففرص الزواج و كذلك الإنجاب تتضاءل أكثر بمرور الوقت، لأن هناك فرص عديدة في الحياة تتأثر بعمر الإنسان، وكل من الإكراه على الزواج أو المنع منه، وكذلك طول مدة الخطوبة و الترك أو العدول عنها دون وجود أسباب واضحة، وكذلك تعليق الزوجة مدة طويلة و حرمانها من ممارسة حياتها الطبيعية، كل ذلك يسرق من عمر الانسان و يفوت عليه الكثير من الفرص الجيدة في حياته.

ثالثاً: أن تكون فوات الفرصة شخصياً و مباشراً:

إن فوات الفرصة ضرر و معنى أن يكون شخصياً يعني أن يكون الضرر قد نزل بالمدعي بالذات، ويستوي أن يكون قد إنصب على المدعي، أو على ماله، أو على مصلحة مشروعة له تحميها القانون. لأنه في دعوى التعويض يجب أن يكون المدعي هو المضرور. ومع ذلك هناك (الضرر المرتد) و مفاده أن الفعل الضار يصيب شخصاً و ضرره يقع على شخص أو أشخاص آخرين، مثلاً الضرر الذي يصيب عائلة المتوفى على أثر حادث يودي بحياته.

أما معنى أن تكون فوات الفرصة مباشراً هو أن يكون الضرر نتيجة طبيعية للخطأ الذي تسبب في إحداثه. جاء في نص الفقرة (٣) من المادة(١٦٩) من القانون المدني العراقي بخصوص المسؤولية العقدية على أنه: (إذا كان المدين لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعاً عادة وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت). وأما ضمن المسؤولية التقصيرية، فتنص المادة(٢٠٧) على

[1] د. أيمن إبراهيم العشماوي، مصدر سابق، ص٧٥.

[2] د. جلال علي العدوي، أصول الإلتزامات (مصادر الإلتزام)، منشأة المعارف بالأسكندرية، مصر، ١٩٩٧، ص٤٣٤.

أنه: (١- تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر مالحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن تكون هذه نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع. ٢- و يدخل في تقدير التعويض الحرمان من منافع الأعيان و يجوز أن يشتمل الضمان على الأجر). إذاً هنا المشرع يشترط فقط أن يكون الضرر نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع ولا تشترط إلا أن يكون مباشراً ولا يهم بعد ذلك أن يكون متوقعاً أو غير متوقع[١].

إذا التعويض في المسؤوليتين العقدية و التقصيرية يكون عن الضرر المباشر فقط، المتوقع في المسؤولية العقدية و المتوقع و غير المتوقع في المسؤولية التقصيرية. وإذا كان أساس قانوني للتعويض عن تفويت الفرصة في مسائل الزواج والفرقة تعسف في استعمال الحق وجب توافر شروط الضمان هذا التعسف وفق الشروط الواردة في الفقرات(أ و ب و ج/ ٢) من المادة(٧) من القانون المدني العراقي(٢ /ويصبح استعمال الحق غير جائز في الأحوال الآتية: أ- إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير. ب- إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب مطلقة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. ج - إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال تحقيقها غير مشروعة).

وفي مجال مسائل الأحوال الشخصية سواء أكانت في الزواج أو في الفرقة، فإن الأضرار في أغلب الأحيان إن لم يكن دائماً شخصي بحت، ودون شك عند تقدير التعويض في المسائل التي لم يرد بشأنها نص في قانون الأحوال الشخصية منطبق عليها القواعد العامة الخاصة بالتعويض.

المطلب الثاني

مقدار التعويض عن تفويت الفرصة في مسائل الزواج و الفرقة

بعد أن يثبت المضرور الضرر و أن الفرصة كان من المحتمل أن تتحقق، أي أن الفرصة كانت جدية و حقيقية، من خلال هذا المنظور يكون للقاضي وحده تقدير ذلك، ولأن فوات الفرصة لايوجد بصدده نص مباشر، لذلك يتمتع قاضي الموضوع بسلطة تقديرية واسعة لتقدير الضرر و بالتالي الحكم بتعويض مناسب.

بالنسبة لتقدير الضرر جاء في نص المادة(١٦٩) من القانون المدني العراقي بأنه: (١- إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون، فالمحكمة هي التي تقدره). وتقضي المادة (٢٠٧) بأنه: (١- تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر مالحق المتضرر من ضرر و ما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا

[١] د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية - الضرر، ص١٨٢- ص٢٤١.

نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع. ٢- و يدخل في تقدير التعويض الحرمان من منافع الأعيان و يجوز أن يشتمل الضمان على الأجر)، وكذلك جاء في نص المادة (٢٠٨) بأنه: (إذا لم يتيسر للمحكمة أن تحدد مقدار التعويض تحديداً كافياً فلها أن تحتفظ للمتضرر بالحق في أن يطلب خلال مدة معقولة إعادة النظر في التقدير)، وبصدد التعويض أيضاً تقضي المادة(٢٠٩) في الفقرة الأولى على أنه: (تعين المحكمة طريقة التعويض تبعاً للظروف، ويصح أن يكون التعويض أقساطاً أو إيراداً مرتباً، يجوز في هذه الحالة إلزام المدين بأن يقدم تأميناً). هذه كلها المباديء العامة لتقدير التعويض في القانون المدني العراقي. وكذلك المادتين (٦ و٧) في القانون المدني العراقي والمتعلق بضمان المتضرر من تعسف استعمال الحق وشروطه الذي ذكرناها في المبحث الأول.

الأصل في التعويض أن يتولى القاضي تقديره إلا إذا إتفقت أطراف العلاقة على تقديره عن طريق الشرط الجزائي أو الصلح، هذا كله في حال إذا لم يكن المشرع قد حددها بنص صريح. وعلى القاضي أن يبذل كل ما في وسعه، ويستخدم كل ما يتمتع به من علم و معرفة و فطنة و حكمة و نزاهة و حياد، لكي يجعل مقدار التعويض الذي يقضي به للمدعي مساوياً لما نزل به من ضرر لا يزيد ولا ينقص. فلو كان مقدار التعويض أقل مما لُحقَ بالمضرور من ضرر لما حقق النتيجة التي رمى إليها المشرع من التعويض و هي إزالة الضرر و محو آثاره، ولو قضى بتعويض أكثر مما لحق المدعي من ضرر لكان في هذا القضاء خلط بين فكرة التعويض المدني و بين العقوبة الجنائية. وعلى هذا الأساس قضت محكمة التمييز العراقي بأن التعويض الذي يحكم به للمتضرر لا يصح اعتباره عقاباً على الخصم الآخر أو مصدر ربح و إنما هو يبرر الضرر[١].

إن مبلغ التعويض يجب أن يقاس بالضرر الذي لحق بالمصاب، و حيث أن الضرر و خصوصاً إذا كان ضرراً أدبياً - وهو صفة أغلبية الأضرار التي تنشأ عن فوات الفرصة في مسائل الزواج و الفرقة – فهو بطبيعته غير قابل للتقدير. وكذلك تستحيل معه إعادة حال المتضرر إلى الحالة نفسها التي كان عليها قبل وقوع الضرر، ولهذا لا سبيل أمام المحاكم إلا اللجوء إلى طريقة التعويض بمقابل[٢].

إن المشكلة في التعويض عن الفرصة الفائتة هو أن في ضرر فوات الفرصة شقين، الشق الأول يتعلق بالفرصة التي ضاعت و التي تمثل كسباً غير مؤكد، إذاً هو ضرر إحتمالي، والقواعد العامة تشترط في الضرر أن يكون محققاً، ولكن

[١] د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية – الضرر-، ص٢٧٢.

[٢] د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية بوزارة العدل، بغداد، ١٩٨١، ص١٤٨.

تفويت الفرصة على المتضرر لمحاولة تحيق هذا الكسب ضررٌ محقق واجب التعويض، عليه يجب مراعاة قاعدتين أساسيتين لتقدير التعويض عن تفويت الفرصة تتمثلان في:

أولاً: حصر التعويض على قيمة الفرصة:

إن التعويض عن تفويت الفرصة يُعتمد فيه على قيمة الفرصة، وهذا هو العنصر الأهم في عملية التعويض، ففوات الفرصة أو خيبة الأمل و الإحساس بالقهر هي المعوض عنها، فالطالب الذي يحرم من فرصة الاشتراك في الإمتحان يعوض عن فرصة النجاح و هذا بحد ذاته ضرر محقق و أكيد، ولايمكن القول بأنه لن ينجح في الإمتحان وعلى هذا الأساس فإن الضرر إحتمالي لا يستحق التعويض، ولكن هذه تفويت الفرصة يترتب عليه ضرر حال و حقيقي، فالتعويض يكون عن فوات الفرصة الذي هو أمر محقق، وليس فقط هذا بل بما تمثله من أهمية حسب حال و ظروف المتضرر[١].

عليه فإن التعويض عن فوات الفرصة في مسائل الزواج و الفرقة يقاس بقيمة الفرصة لدى المضرور و حال المضرور نفسه و وقع فوات الفرصة عليه.

ثانياً: كيفية تقدير قيمة الفرصة:

إن القاضي يقوم بتقدير قيمة الفرصة بعد ما يرجح وتتوفر لديه قناعة كبيرة نحو تحقيق الفرصة للكسب بحيث أن الاحتمال يكون مرجحاً إلى حد يقرب من اليقين، إن عناصر تقدير قيمة التعويض يُستند فيها الى خصائص و مقومات فكرة الفرصة بذاتها وهي جديتها والقيمة الذاتية لها، ثم الفوات المؤكد و النهائي لهذه القيمة، و الأساس الذي يجب على القاضي الاعتماد عليه هو فهم قيمة الفرصة و الظروف المحيطة به. جاء في قرار للمحكمة العليا الجزائرية: (أن التعويض عن الضرر الناتج عن تفويت الفرصة للكسب يستلزم وجوباً تحديد الضرر طبيعةً و نطاقاً مع تبيان أُسس و معايير تقدير مبلغ التعويض)[٢].

جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية: (يجب قياس التعويض على الفرصة المفقودة ولا يمكن أن يساوي المنفعة التي كانت قد وفرتها هذه الفرصة فيما لو تحققت) نقض مدنية ١، ١٦ تموز/يوليو ١٩٩٨؛ نش مدنية ١، رقم ٢٦٠. و جاء في قرار آخر: (يتوجب على المتضرر فقط أن يحدد المبلغ الذي تقدر به الأضرار المختلفة التي أصابته، على أن تتمثل مهمة القاضي عندئذٍ بأن يتأكد من صحة

[١] عسالي عرعارة، تفويت الفرصة في القانون المدني، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية و الإجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، المجلد(٧) العدد(٣) سنة (٢٠٢٢)، ص١٤٨.

[٢] عسالي عرعارة، المصدر السابق، ص٧٠١- ص٧٠٢.

الطلب و أن يحدد بسلطته المطلقة الجزء من هذه الأضرار المرتبط بخسارة فرصة تجنبها؛ نقض مدنية ١، ٨ تموز/ يوليو ١٩٩٧[١].

عليه فإن تقدير التعويض عن فوات الفرصة في المسائل الداخلة في الأحوال الشخصية يجب أن يعتمد فيها القاضي على القواعد العامة لتحديد الضرر و تقدير التعويض عنها و ذلك لعدم وجود نصوص خاصة عن تفويت الفرصة و التعويض عنها حتى ضمن القواعد العامة ناهيك عن توافرها في قانون الأحوال الشخصية. ويجب أن يعتمد القاضي أيضاً و بشكل واسع على خبرته و درايته بحقيقة الواقع الذي يعيش فيه الفرد في مجتمعه من حيث ظروف المعيشة في البلد، و كذلك الأوضاع الإجتماعية و الإقتصادية للمضرور لتقييم قيمة الفرصة التي فاتت عليه من أجل تقدير التعويض.

بناءً على ما تقدم، نقترح على المشرع العراقي والكردستاني الأخذ بنظرية تفويت الفرصة بشكل عام وخاصة في مسائل الأحوال الشخصية (الزواج والطلاق) في الحالات التي ذكرناها وحكم بالتعويض للطرف المتضرر من الخطأ الذي نتج عنه الضرر وفوات الفرصة المؤكدة بالتعويض العادل مع مراعاة كيفية تقدير مقدار التعويض من قبل قاضي حسب النصوص القانونية الواردة في القانون المدني العراقي. ونقترح النص الآتي(يستوجب على قاضي الموضوع الحكم بالتعويض العادل للمتضرر عن الأضرار الناتجة عن حالات تفويت الفرصة في مسائل الزواج والفرقة إذا تحقق الفعل الضار وشرط الضرر الذي ينتج عن تفويت الفرصة المؤكدة والعلاقة السببية بينهما. ب/ ويترك تقدير التعويض عن ضررتفويت الفرصة لسلطة القاضي الموضوع).

الخاتمة

بعد أن انتهينا من بحثنا هذا بفضل الله تعالى فقد آثرنا أن نجمل ثمار ما توصلنا إليه من نتائج ونعرض بصددها صفوة مقترحاتنا، كما في الآتي:

أولاً: الاستنتاجات:

١-عرف تفويت الفرصة بتعريفات متفاوتة لغةً وإصطلاحاً، وسكتت التشريعات المدنية عن تعريفه بمعنى لا يوجد تعريف متفق عليه لذا عرفناه كالآتي((خسارة فرصة حقيقية للحصول على مصلحة بسبب الفعل الضار من محدث الضرر الذي غير إتجاه سير الأحداث إلى إتجاه خطأ مما أدى إلى الإضرار بالمدعي).

٢- لقد تطور موقف القضاء الذي كان يرفض التعويض عن الضرر الناتج عن تفويت الفرصة بحجة أن الضرر فيه إحتمالي متجهاً إلى أن الحرمان من الفرصة لا

[١] د. أدوار عيد ود. بشير بيلاني، مصدر سابق، ص١٣٥٨.

يقتصر أثره في المساس بمجرد الأمل في الكسب، إنما ينطوي على المساس بالحق في انتهاز فرصة محاولة الكسب، وإن سلب هذا الحق في ذاته يعتبر ضرراً محققاً وإن كانت نتيجة مباشرته إحتمالية، فمع كون نتيجة الفرصة أمراً محتملاً إلا أن تفويتها أمر محقق لذا يستوجب التعويض.

٣- إن أغلب التشريعات المدنية تخلو من الإشارة إلى التعويض عن تفويت الفرصة، لأن تفويت الفرصة ضرر لايختلف عن أي ضرر آخر يصيب المدعي أو(المضرور)، عليه يمكن الاستناد إلى القواعد العامة للمسؤولية وتحديد الضرر وتقدير التعويض تنص ينص عليه كافة القوانين المدنية في مسألة تفويت الفرصة.

٤- الأساس القانوني للتعويض عن ضرر تفويت الفرصة وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني أما هو تعسف في استعمال الحق أو المسؤولية المدنية (العقدية والتقصيرية).

٥- يظهر تفويت الفرصة في مسألة العدول عن الخطبة، والعدول عن الخطبة من قبل أحد الخاطبين بحد ذاته أمر شرعي وقانوني لأنه لا يعتبر عقداً إلا أنه إذا ترتب عن ذلك العدول ضرراً يفوت الفرص المادية أو المعنوية على الطرف أخر فيعتبر ذلك تعسفاً في استعمال حق العدول ويستوجب التعويض كأحد تطبيقات المسؤولية التقصيرية.

٦- يعد (المنع من الزواج) أو الإكراه على الزواج تعسفاً في استعمال حق الولاية، أو مخالفة للقانون إذا كان بغير وجه الحق، ومن الطبيعي أن يسبب أضراراً لمن وقع عليه الفعل، سواء أكان ضرراً مادياً أو معنوياً، ويمكن أن يكون الضرر تفويت فرصة لذا يستوجب التعويض.

٧-الظلم والمعاناة التي تواجه الزوجة المعلقة في حالة تعليقها من قبل زوجها وهجرها وتفويت عليها فرصة الانجاب والزواج مرة أخرى بعد المطالبة بالتفريق القضائي للهجر تترتب على ذلك الأضرار المادية والمعنوية وخاصة بسبب الهجر الجسدي للزوج وغيابه عن زوجته يستوجب التعويض وهناك قرار قضائي حكم بذلك.

٨- عدم إنجاب أحد الطرفين(الزوجين) لأي سبب كان سببه يحرم الطرف الآخر من حق الأبوة أو الأمومة ويشكل ذلك ضرراَ يفوت فرصة الإنجاب أو تأخره أو الزواج مرة أخرى لذلك يستوجب التعويض عنه بعد مطالبة التفريق القضائي وأننا نفضل أن لا يقتصر حق المطالبة بالتفريق القضائي على الزوجة فقط بل أن يشمل ذلك الزوج أيضاً في حالة عقم الزوجة وفسرنا رأينا هذا عند دراستنا لهذا الموضوع.

٩- القاضي في حكمه بتعويض الضرر الناشئ عن تفويت الفرصة يستند إلى القواعد العامة للتعويض عن الضرر في القانون المدني والذي يقوم بإثبات الضرر وإثبات العلاقة السببية بين ضرر تفويت الفرصة والفعل الضار، وعليه أن يراعي شروطاً خاصة للحكم بالتعويض عن ضرر تفويت الفرصة والتي هي، يجب أن يكون ضرر تفويت الفرصة حقيقة وجدية ويجب أن يكون حالة أو وشيكة الوقوع، ويجب أن يكون شخصياً ومباشراً.

١٠- بعد توافر الشروط العامة للتعويض عن الضرر والشروط الخاصة المتعلقة بالتعويض عن ضرر تفويت الفرصة يحكم القاضي بالتعويض عادل ومناسب لمقدار الضرر ومقدار تفويت الفرصة الناتجة عن هذا الضرر ولقاضي الموضوع السلطة التقديرية في ذلك.

ثانياً: الاقتراحات:

١-نقترح على المشرع العراقي الأخذ بفكرة التعويض عن ضرر الناتج عن تفويت فرصة بشكل عام في القانون المدني وفي سياق مسائل الأحوال الشخصية بشكل خاص، لأن الفعل الضار الذي ينتج عن الضرر تفويت الفرصة في هذه المسائل يلحق بالمضرور أضراراً مادية ومعنوية جدية وحقيقة وذات أبعاد بعيدة كتفويت فرصة تكوين الأسرة وإنجاب الأطفال.

٢- ننويه قاضي الموضوع بالأخذ بالمفهوم الواسع في تعويض المضرور عن أضرار تفويت الفرصة في مسائل الأحوال الشخصية إذا وجد الضرر وتفويت الفرصة والعلاقة السببية بينهما.

٣- لإحاطة بضمان الضرر عن العدول عن الخطبة الذي يفوت الفرصة على أحد الخاطبين الحكم بالتعويض وعليه نقترح النص الآتي (الأضرار المادية والمعنوية التي تفوت الفرصة على أحد الخاطبين بسبب العدول عن الخطبة يستوجب التعويض عنها من قبل الطرف المتسبب فيها وفقاً للأحكام العامة في القانون المدني).

٤- نقترح على المشرع العراقي والكردستاني نصاً قانونياً في قانون الأحوال الشخصية يحكم بالتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي تلحق بالزوجة المعلقة بسبب الهجر الجسدي للزوج وغيابه عن زوجته وكالآتي (للزوجة حق في المطالبة بالتعويض من زوجها أمام محكمة البداءة عن الضرر الأدبي والمادي الذي لحقها بسبب هجره لها جسدياً وحرمانها من حق الأمومة وتكوين الأسرة).

٥- لكي نتفادى الإجحاف بحق الزوج الذي تضيع عليه فرصة الأنجاب بسبب عقم زوجته وضمان حقه تعديل الفقرة (٥) من المادة (٤٣) من قانون الأحوال الشخصية العراقي التي تختص بحق الزوجة بمطالبة بالتفريق القضائي بسبب عقم

زوجها وتحويل مكانه إلى نص المادة (٤٠) لكي يكون حقاً للزوج أيضاً في حق المطالبة بالتفريق القضائي إذا كانت زوجته عقيماً وعلى النحو الآتي(لكل من الزوجين، طلب التفريق عند توافر أحد الأسباب الآتية: ٦/ أذا كان أحدهما عقيماً أو ابتلي بالعقم بعد الزواج ولم يكن لهما ولد على قيد الحياة).

٦- نقترح على المشرع العراقي والكردستاني الأخذ بنظرية تفويت الفرصة بشكل عام وخاصة في مسائل الأحوال الشخصية (الزواج والطلاق) في الحالات التي ذكرناها والحكم بالتعويض للطرف المتضرر من الفعل الضار الذي تنتج عنه الضرر والذي يتمثل بفوات الفرصة المؤكدة بالتعويض العادل مع مراعاة كيفية تقدير مقدار التعويض من قبل القاضي حسب النصوص القانونية الواردة في القانون المدني العراقي. ونقترح النص الآتي(يستوجب على قاضي الموضوع الحكم بالتعويض العادل للمتضرر عن الأضرار الناتجة عن حالات تفويت الفرصة في مسائل الزواج والفرقة إذا تحقق الفعل الضار وشرط الضرر الذي ينتج عن تفويت الفرصة المؤكدة والعلاقة السببية بينهما. ب/ ويترك تقدير التعويض عن ضرر تفويت الفرصة لسلطة القاضي الموضوع).

المصادر

القرآن الكريم

أولاً: كتب اللغة:

١- لويس معلوف، المنجد في اللغة والإعلام، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧.

٢- مجد الدين بن يعقوب الفيروز آبادي، معجم القاموس المحيط، الطبعة الثالثة، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ٢٠٠٨.

ثانياً: كتب الحديث:

١- أبو عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، تحقيق مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، الجزء الخامس، اليمامة، بيروت، لبنان، ١٩٩٨.

٢- محمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني، سنن ابن ماجه، دار الفكر، بيروت، بلا سنة الطبع.

ثالثاً: الكتب القانونية:

١- د. أحمد عبيد الكبيسي الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، الجزء الأول، مطبعة الارشاد، بغداد، ١٩٧٠,

٢- أحمد نصر الجندي، الأحوال الشخصية في قانون الإمارات العربي المتحدة، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٧,

٣- د. أدوار عيد و د. بشير بيلاني، القانون المدني الفرنسي بالعربية، الطبعة ١٠٨، دار دالوز، ٢٠٠٩ .
٤- آمال بكوش، تعويض الفرصة الفائتة في إطار الإلتزام بالتبصير الطبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، ٢٠١٧,
٥- د. أيمن إبراهيم العشماوي، تفويت الفرصة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٠,
٦- د. جلال علي العدوي، أصول الإلتزامات (مصادر الإلتزام)، منشأة المعارف بالأسكندرية، مصر، ١٩٩٧,
٧- د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية - الضرر، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ٢٠٠٦,
٨- د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني (الرابطة السببية)، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ٢٠٠٦,
٩- د. خليل سعيد إعبية، التعويض عن تفويت الفرصة، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، ٢٠٠٨,
١٠- د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، منشورات مركز البحوث القانونية بوزارة العدل، بغداد، ١٩٨١,
١١- د. سليمان المرقس، الوافي في شرح القانون المدني الأردني (الفعل الضار والمسؤولية المدنية)، الجزء الثاني، المجلد الثاني، الطبعة الخامسة، منشورات صادر، عمان، الأردن، ١٩٨٨,
١٢- د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، بلا سنة الطبع.
١٣- د. شوقي السيد، التعسف في إستعمال الحق(طبيعته و معياره في الفقه والتشريع و القضاء) دار الشروق، القاهرة، مصر، ٢٠٠٨,
١٤- د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الإلتزام) الجزء الأول، منشأة المعارف، الأسكندرية، مصر، ٢٠٠٣.
١٥- د. عبدالله مبروك النجار، التعويض عن فسخ الخطبة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٠.
١٦- عدنان زيدان العنبكي، شرح قانون الأحوال الشخصية معززة بقرارات محكمة التمييز الإتحادية، دار السنهوري، بيروت، لبنان،٢٠٢١.
١٧- علي محمد إبراهيم الكرباسي، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل، مطبعة بغداد، شارع المتنبي، ١٩٨٥,

١٨- د. فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم(١٨٨) لسنة(١٩٥٩) (التعديلات الخاصة بإقليم كوردستان) (عقد الزواج وآثاره والفرقة وآثارها وحقوق الأقارب)، مطبعة يادگار، السليمانية، العراق، ٢٠٢٠,
١٩- القاضي گيلاني سيد أحمد، المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز إقليم كوردستان- العراق مقررات هيئة الأحوال الشخصية للسنوات(١٩٩٩ لغاية نهاية سنة ٢٠٠٩) الطبعة الأولى، أربيل، العراق، ٢٠١٠,
٢٠- القاضي محمد حسن كشكول والقاضي عباس السعيدي، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم(١٨٨) لسنة(١٩٥٩) وتعديلاته(دراسة قانونية فقهية مقارنة تطبيقات قضائية)، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة الطبع.
٢١- د. محمد سمارة، أحكام و آثار الزواج شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة – الدار العلمية الدولية، عمان، الأردن، ٢٠٠٢,
٢٢- د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلام المقارن دراسة مقارنة بالقانون، منظمة نشر الثقافة القانونية للطباعة والنشر، العدد(٢٩٩)، أربيل، العراق، ٢٠٠٩.
٢٣- د. مصطفى العوجي، القانون المدني (المسؤولية المدنية)، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٦,
٢٤- د. مصطفى عبد الحميد عدوي، النظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام)، بدون ناشر، الطبعة الأولى، ١٩٩٦,
٢٥- د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، الطبعة الأولى، دار ئاراس للطباعة والنشر، أربيل، ٢٠٠٦,
٢٦- منير رياض حنا، المسئولية المدنية للأطباء والجراحين فى ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية، مصر، ٢٠١٤,
٢٧- النشرة القضائية لمحكمة تمييز العراق، العدد الثاني، السنة الرابعة،١٩٧٣ .
٢٨- د. هدى عبدالله، الأعمال المباحة (المسؤولية المدنية)، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٨.

رابعاً:البحوث والرسائل والأطاريح الجامعية:

١-أحمد ياسر مسك، التعويض عن ضرر تفويت الفرصة، رسالة مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، ٢٠١٥.

٢- حسام حسن علي الدليمي، التنظيم القانوني للتعويض عن الضرر المرتد (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة سوسة تونس، ٢٠٢١,
٣- حمادي عبد النور، التعويض عن فوات الفرصة بين اجتهاد القضاء وخصوصية المسائل الأسرية، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلسمان، المجلد(١٦)، العدد (٢)، الجزائر، ٢٠٢٣,
٤-عسالي عرعارة، تفويت الفرصة في القانون المدني، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية و الإجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، الجزائر، المجلد(٧) العدد(٣) سنة (٢٠٢٢).
٥- د. عبدالله علي محسن القليصي، أحكام الزوجة المعلقة في الشريعة الإسلامية والتطبيقات القانونية المعاصرة، بحث منشور في مجلة كلية الآداب، جامعة الحديدة، العدد(١٥)، لسنة (٢٠٢٢).
٦- مسعودة نعيمة إلياس، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقائد، تلمسان، الجزائر، ٢٠٠٩ – ٢٠١٠,
٧- د. مصطفى راتب حسن علي، التعويض عن تفويت الفرصة، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط ، جامعة الأزهر، المجلد (٢٨)،العدد (٢٨)، ٢٠١٦,
٨- منى شايم محارب الرمالي الشمري، المسؤولية المدنية للطبيب عن تفويت فرصة الشفاء في ظل القانون القطري، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة، قطر، ٢٠٢٠.

خامساً: القوانين العراقية:-

١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠)لسنة(١٩٥١) المعدل.
٢- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم(١٨٨)لسنة(١٩٥٩) المعدل.
٣- قانون تطبيق قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم(١٨٨) لسنة(١٩٥٩) المعدل بقانون رقم(١٥) لسنة (٢٠٠٨) في إقليم كوردستان.
٤- قانون الإثبات العراقي رقم(١٠٧) لسنة (١٩٧٩).
٥- قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة(١٩٦٩) المعدل.

سادساً: القوانين العربية والأجنبية:

١- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم(١٥) لسنة(٢٠١٩).
٢- القانون المدني الفرنسي رقم(١٣١) لسنة(٢٠١٦).
٣- القانون المدني المصري رقم(١٣١) لسنة(١٩٤٨).
٤- القانون المدني الجزائري رقم(٧٥-٥١) لسنة(١٩٧٥).

٥- القانون المدني الأردني رقم(٤٣) لسنة(١٩٧٦).
٦- قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم(٢٨) لسنة(٢٠٠٥).
٧- قانون الموجبات والعقود اللبناني رقم(٥١) لسنة(١٩٣٢).
٨- قانون الأحوال الشخصية السوري رقم(٥٩) لسنة(١٩٥٣).
٩- مدونة الأسرة المغربية رقم(٠٣، ٧٠) لسنة(٢٠١٥).
١٠- قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم(٦٩) لسنة(٢٠٠٧).

سابعاً: المواقع الالكترونية:

١- محمد محمود، التعويض عن الفرصة الفائتة، مقال منشور على الموقع الالكتروني في أدناه: (تأريخ أخر الزيارة ٣/٥/ ٢٠٢٤)
https://jordan-lawyer.com/2022/02/16/damages-for-lost-opportunity/

٢- قرار رقم (٣٥٦) لمحكمة الإتحادية العراقي والمؤرخ في (٢٠١٠/١١/١٦) وعلى الموقع الإلكتروني الآتي: (تأريخ أخر الزيارة ٢٠٢٤/٧/٢٦)
https://www.facebook.com/photo.php?fbid=954570115117813&id=16171