سلطة القاضي التقديرية في إنهاء الرابطة الزّوجيّة بين الشريعة الاسلامية والقانون

وئام عبد علي حاتم [1]

[1] باحثـــة في القانون الخاص، الجامعة المستنصرية، العراق.

البريد الإلكتروني: wiaam.1965128@gmail.com

إسماعيل محمود محمد الجبوري[2]

[2] أستاذ القانون الخاص، الجامعة المستنصرية، العراق.

البريد الإلكتروني: ismiellaw@gmail.com

الملخص:

تعدد صور إنهاء الرابطة الزوجية كما في الطلاق و الخلع والتفريق القضائي و الفسخ، وغيرها من الصور التي تكون بإرادة الزوجين سواء بالإرادة المنفردة أو المشتركة، كما وتعدد الاسباب التي تدعو إلى حلّ الرابطة الزوجية و إنهائها التي أقّرها المشرعون. وهذا الواقع استوجب منح قدر من السلطة التقديرية للقاضي على المستويين الاجرائي والموضوعي، ضيقاً و إتساعاً، حين النظر في دعوى حل الرابطة الزوجية، و هو ما يظهر أهمية موضوع السلطة التقديرية للقاضي في حل الرابطة الزوجية جلية، حيث بات منح القاضي مثل هذه السلطة ما يشكل علاجا لظاهرة إنهاء الروابط الزوجية، التي باتت تعكر صفو حياة الأسرة والمجتمع اليوم.

الكلمات المفتاحية: السلطة التقديرية. انهاء الرابطة الزوجية. الطلاق. الخلع. التفريق القضائي.

تاريخ إرسال المقال: 2020/10/19، **تاريخ قبول المقال:** 2021/06/28، **تاريخ نشر المقال:** 2021/10/10.

لتهميش المقال: وئام عبد علي حاتم، إسماعيل محمود محمد الجبوري، " سلطة القاضي التقديرية في إنهاء الرابطة الزّوجيّة بين الشريعة الاسلامية والقانون"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 02 ، 2021، ص ص. 621-645.

المقال متوفر على الرابط التالي: https: //www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72

المؤلف المراسل: وئام عبد علي حاتم:wiaam.1965128@gmail.com

Le pouvoir discrétionnaire du juge de mettre fin à une relation conjugale

Les multiples formes de rupture du lien conjugal, comme le divorce, le « khulaa », la séparation de corps, la résiliation, et d'autres formes découlant de la volonté des époux, seuls ou conjointement, ainsi que les multiples motifs de dissolution et de fin du lien matrimonial approuvé par les législateurs.

Cette réalité a nécessité d'accorder au juge une certaine marge d'appréciation sur les plans procédural et substantiel, de manière étroite et large, lors de l'examen de l'affaire de la dissolution du lien conjugal, ce qui montre l'importance de la question du pouvoir discrétionnaire du juge dans la dissolution du lien conjugal, car octroyer au juge une telle autorité est ce qui constitue un remède au phénomène de rupture des liens conjugaux, qui perturbe aujourd'hui la vie de la famille et de la société.

Mots-clés : Pouvoir discrétionnaire, fin de relation conjugale, divorce, Khul'aa, séparation de corps

The judge's discretion to terminate a conjugal relationship

The multiple forms of rupture of the conjugal bond, such as divorce, "khulaa", legal separation, termination, and other forms arising from the will of the spouses, alone or jointly, as well as the multiple grounds for dissolution and end of the matrimonial bond approved by the legislators.

his reality made it necessary to grant the judge a certain margin of appreciation on the procedural and substantial levels, in a narrow and broad manner, when examining the case of the dissolution of the marital bond, which shows the importance the question of the judge's discretionary power in the dissolution of the marital bond, because granting the judge such authority is what constitutes a remedy for the phenomenon of the rupture of marital ties, which today disrupts the life of the family and of society.

Keywords: Discretionary power, end of marital relationship, divorce, Khul'aa, legal separation

مقدّمة

يفترض أن يتطابق السلوك الإنساني والذي يعد "الزّواج" أحد أبرز صوره مع القواعد القانونية بتنظيم معظم الروابط الاجتماعية وترسم حدودها وآثارها، ومع ذلك يمكن أن يحدث إشكال أو اختلال في هذا السلوك، فيتطلب الأمر معالجته من طرف آخر حيادي، ليست له علاقة بأي من أطرافه الأخرى، وعلى أن يتسم بصفات معينة تستلزمها طبيعة عمله، وأن يمنح سلطات عدة، منها ما يمكنه من البحث والتقصي عن حقيقة الأسباب التي يستند إليها أيّ من الزوجين لطلب حلّ الرابطة الزوجية، على النحو الذي يتوافق مع قواعد القانون المنظمة لها، بغية الوصول للغاية المرجوّة من تفعيل السلطة التقديرية للقاضي، والتقليل قدر الإمكان من حالات الإنهاء أو التفريق والفسخ أو الطلاق وما ينتج عنها من أوضاع متشابكة تمس حياة الاسرة والمجتمع ككل.

فالأسرة هي نواة النظام الاجتماعي فهي منبع الاستقرار والازدهار لأي مجتمع من المجتمعات، و ما نلاحظه ونلمسه دوريّاً من إحصائيات تشير إلى كثرة دعاوى انحلال الرابطة الزوجية في المحاكم العراقية بصورة خطيرة، قد ينتج عنها تفكك جذور المجتمع و ليس الأسرة فقط، فضلا عن ترسيخ الوعي لدى الأسرة بالآثار الناجمة عن انحلال الزواج بصفة عامة باعتبارها تشمل الأسرة و المجتمع بأكمله، وبالتالي لابدّ من الابقاء على هذه الخلية الأساسية للمحافظة على كيان المجتمع. ولمّا كان تقدير القاضي للعناصر الواقعية والموضوعية ومقاربتها مع الظروف الشخصية لأطراف العلاقة الزوجية، والنظر في ميزان مجرّد لكل إدعاء أو دفع يمكن أن يقدم في دعوى حل الرابطة الزوجية، أمر لا يتم بسهولة في مطلق الاحوال، وانما يحتاج لدراسة دقيقة تمهد السبيل لتوضيح الدور الذي يقوم به القاضي، واستخدامه لأدواته القانونية التي تؤسس لصلاحيته وسلطته التقديرية، إنطلاقاً من فكرة أساسية مفادها؛ الصلة الحتمية بين إعمال القاعدة القانونية وضرورة ان يتمتع القاضي بسلطة تقديرية، لأنّ وجود القاعدة القانونية يستند أصلاً على عدة عناصر مهمة، أوّلها وأبرزها وجود دور إيجابي فعّال للقاضي يتجسّد في السلطة التقديرية التي يفترض أن تمنح له.

وقد إعتمدت هذه الدارسة في دراسة موضوع السلطة التقديرية للقاضي في حل الرابطة الزوجية، على المنهج الوصفي في عرض الأفكار والمواقف في كل من القوانين والطروحات الفقهية القانونية وأحكام القضاء من جهة، وأراء الفقه الاسلامي متمثلة بموقف المذاهب الإسلامية على إختلافها بغية الترجيح بينها. مع الاعتماد على المنهج التحليلي الذي يفيد في التعمّق المطلوب للوصول إلى الاستنتاجات المطلوبة في الموضوعات التي تضمنتها هذه الدراسة، بالإستعانة بأسلوب المقارنة بين التشريعات القانونية مع موقف الفقه الاسلامي على إختلاف مذاهبه، من خلال عرض وتحليل النصوص القانونية والآراء الفقهية في جميع موضوعات الدراسة، وترجيح الرأي فيها كلما كان ذلك مناسباً.

وقد إقتضت طبيعة البحث في موضوع " السلطة التقديرية للقاضي في إنهاء الرابطة الزوجية"، وإبراز أهميّته على المستويين النظري والعملي،أن تنقسم خطة البحث فيه إلى مباحث ثلاث، خصص الأول منها للبحث في التعريف بسلطة القاضي في إنهاء الرابطة الزّوجيّة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. أمّا المبحث

الثاني، فسيتمّ فيه بيان أساس سلطة القاضي التقديرية في إنهاء الرابطة الزّوجيّة في الشريعة الاسلامية والقانون لوضعي، أمّا المبحث الثالث فسيتم تخصيصه لإستعراض أهم التطبيقات التي تظهر فيها سلطة القاضي التقديرية، تحت عنوان؛ تطبيقات سلطة القاضي التقديرية حين إنهاء الرابطة الزّوجيّة.

وفي خاتمة؛ يمكن تسليط على عدد من النتائج والمقترحات التي تمّ التوصّل إليها من خلال هذا البحث، والتي يكون في تبنّيها وتسليط الضوء عليها فائدة علمية وعملية.

المبحث الاول: التعريف بسلطة القاضي في إنهاء الرابطة الزّوجيّة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

الزّواج يعد من الروابط المقدسة في المجتمعات، وهو النظام القانوني والشرعي الوحيد التي تجوز فيه المعاشرة بين كلا الجنسين، وهو الأمر الذي استقر عليه بدوره المشرع العراقي الذي ربط الزّواج بالعقد لما يحتويه من شروط وأركان، وذلك من أجل حماية مثل هذه العلاقة.فالزّواج لغة؛ إقتران أحد الشيئين بالآخر، وإرتباطهما بعد ان كانا منفصلين واحد عن الآخر، قال تعالى في سورة التكوير" وإذا النفوس زوّجت"، أي قرن كل فرد بقرينه، والعقد: نقيض الحل عقده يعقده، وهو الجمع بين الشيئين بما يعسر الإنفصال معه.[1]

والسلطة التقديرية لغةً، مصطلح من مفردتين هما؛ السلطة والتقدير، والسلطة لغة؛ تأتي من التسلّط، وفيها معنى الغلبة والتمكّن.[2]أمّا لفظة التقديرية، فهي من التقدير، وهو مأخوذ من الفعل قدّر، وفيها معانٍ كثيرة، منها قدّر الأمر أي دبّره، وقدّر الشيء بالشيء أي قاسه وجعله على مقداره، ومنها أقدره الله على الأمر؛ أي قوّاه عليه، ومنه أسم الفاعل؛ القادر وهو الذي يفعل بالقصد والإختيار والقدر بعد الفهم والاستيعاب.[3]

وإنّ التعريف بسلطة القاضي في إنهاء الرابطة الزّوجيّة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، يمكن ان يتم من خلال مطلبين رئيسين، يتم بيان المقصود بسلطة القاضي في إنهاء الرابطة الزّوجيّة في المطلب الأول؛ أمّا في المطلب الثاني فسيتم تحديد نطاق سلطة القاضي في انهاء الرابطة الزوجية، وكالآتي:

---

[1] ينظر معجم مقاييس اللغة: أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، ج4، ط2، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1970، ص 86. وأصل العقد الربط والوثيقة، تقول العرب: عهدنا أمر كذا وكذا أي: عرفناه، وعقدنا أمر كذا وكذا أي: ربطناه بالقول، كربط الحبل بالحبل... ينظر: لسان العرب: لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، م3، دار صادر، بيروت 2004، ص 296.

[2] السلطة الممنوحة للقاضي هي ما تمكنه في حسم النزاع والنطق بالحكم العادل، ولفظة القاضي مأخوذة من لفظ القضاء، وتعني الحُكْم أو الفصْل، ينظر للمزيد في المعنى اللغوي، القاموس المحيط: محمد بن يعقوب بن مجد الدين الفيروز أبادي، مادة قضى، ط8، بلا دار نشر، 2005، ص 1216. ولسان العرب: المرجع السابق، ص 230.

[3] التفسير الصحيح: حكمت بن بشير بن ياسين، م3، ط1، دار المآثر، المدينة المنوّرة، 1999، ص 245.

المطلب الأول: المقصود بسلطة القاضي في إنهاء الرابطة الزّوجيّة

يعرّف الزواج في الفقه الاسلامي من الناحية الإصطلاحية بتعريفات متعددة؛ فعند فقهاء الحنفية؛ يعرف الزّواج بأنّه "عقد يرد على مُلكِ المتعة قصداً".[4]ويعرف فقهاء المالكية؛ الزّواج على أنه "عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم ومجوسية، وأمة كتابية بصيغة"،[5].ويعرّف الزّواج عند فقهاء الشافعية بأنّه "عقد إباحة أو تمليك"[6]، ومنهم من قال بأنّه "عقد يتضمن إباحة الوطء بلفظ إنكاح أو تزويج، فهو مُلك انتفاع لا مُلكُ منفعة".[7]ويعرّف فقهاء الحنابلة؛ الإنكاح أو التزويج بأنّه " عقد يعتبر فيه لفظ نكاح أو تزويج أو ترجمة، وهو حقيقة في العقد مجاز في الوطء".[8]ويشتهر لدى فقهاء الإمامية استخدام لفظ النكاح أكثر من عقد الزّواج، ويعرّفون النكاح بأنّه (عقد بين الرجل والمرأة يحل بسببه كل منهما على الآخر).[9] هذا من جانب.

ومن جانب آخر؛ فقد عرّف المشرّع العراقي في قانون الأحوال الشخصية النافذ الزّواج؛ بأنّه " عقد بين رجل وإمرأة تحل له شرعاً غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل".[10]وهذا التعريف التشريعي مستمد من الفقه الإسلامي وتوجهاته، فالزّواج كرابطة؛ ينشأ عن عقد صحيح، بما ينتجه من آثار ويفرضه من إلتزامات ويقرره من حقوق، فالزّواج رابطة وضعها الشارع ليفيد حلّ استمتاع كل من الرجل والمرأة بالآخر على وجه مشروع، لذلك لم يحدد المشرّع العراقي إنهاء الاستمتاع كغاية أو هدف للزواج، بقدر ما اعتبر الحياة المشتركة والنسل الباعث

---

[4] رد المختار على الدر المختار على متن تنوير الأبصار: بن عابدين، ج2، كتاب النكاح، دار الطباعة، مصر، بدون تاريخ نشر، ص 179.

[5] أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك: أحمد بن محمد أحمد الدردير، باب ندب النكاح، مكتبة أيوب، مطبعة كانو- نيجيريا، 1420هـ، ص 58.

[6] نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: ابن شهاب الدين الرملي،، ج6، ط13، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1424، ص 179.

[7] حاشية القليوبي على منهاج الطالبين: شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي، ج3، كتاب النكاح، ط3، مصطفى البابلي الحلبي وأولاده، مصر 1955. ص 206.

[8] كشاف القناع عن متن الإقناع: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، ج5 كتاب النكاح، عالم الكتب، بيروت 1403 - 1983، ص 5 وما بعدها.

[9] للمزيد من التفصيل لدى الإمامية، ينظر الفقه على المذاهب الخمسة: الجعفري – الحنفي – المالكي – الشافعي – الحنبلي، محمد جواد مغنية، المجلّد الثاني، ط5، محقّقة ومزيدة ومنقّحة، مؤسسة الصادق للطباعة والنشر، طهران 2014 ، ص 261، وكذلك مجموعة فقه الشيعة من القرن الثامن – كتاب النكاح: للسيد أبو القاسم محمد تقي الخوئي، المتوفى سنة ١٤١١، الجزء: ١، منشورات مدرسة دار العلم (6) مباني العروة الوثقى، دون سنة طبع، ص 9 وما بعدها.

[10] المادة الثالثة، الفقرة 1 من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ رقم 188 لسنة 1959 النافذ المعدّل.

الدافع لإبرام عقد الزّواج، فالاستمتاع وإن كان مقصوداً في الزّواج، إلّا أنّ غاية الرابطة الزّوجيّة أكبر وأعمق، إذ تتجه نحو الحياة المشتركة والتناسل.[11]

والتشريعات القانونية المقارنة على إختلافها، تتبنّى مصطلح سلطة القاضي التقديرية حين نظر الدعوى، كما أنّ دلالة مصطلح سلطة القاضي التقديرية معروفة في الفقه الإسلامي أيضاً، حيث يعبّر الفقهاء المسلمون عن السلطة التقديرية بمصطلح مقارب لها في المضمون والغاية، ألا وهو الإجتهاد القضائي، وهو ما يعطي دلالة واضحة للدور الإيجابي للقاضي في حسم الدعوى المعروضة أمامه.[12]

ويذهب الفقهاء المسلمون إلى أنّ الإجتهاد القضائي هو " إستفراغ الوسع لتحصيل ظن بحكم شرعي عملي"[13]. فالمجتهد وهو هنا القاضي، أن يستفرغ وسعه في استنباط الحكم الشرعي ويجتهد في تطبيقه كذلك، على النحو الذي يحقق العدالة المنشودة التي ابتغى الشارع الكريم تحقيقها.

ويذهب بعض الفقه القانوني إلى تعريف سلطة القاضي التقديرية بشكل عام بأنها؛ أنّها "نشاط ذهني يرمي إلى ضبط وتحديد عناصر النزاع في الواقع وفي القانون" [14]فغاية السلطة التقديرية هنا هي حسم النزاع.[15]

وفي هذا المقام؛ يمكن أن نطرح تعريفاً لسلطة القاضي التقديرية في إنهاء الرابطة الزّوجيّة بأنّها "مكنة قانونية أقرّها المشرّع للقاضي المختص بنظر دعوى إنهاء الرابطة الزّوجيّة، خوّله فيها صلاحية المواءمة بين النصوص القانونية والظروف والملابسات الموضوعية والشخصية المتعلقة بالدعوى، وحسم الدعوى من خلال الفهم العميق وإعمال مَلَكَة الوعي والتفكّر لديه، للوصول إلى الحكم العادل فيها".

ومن خلال هذا التعريف يمكن ان نستخلص مجموعة من الخصائص المميزة سلطة القاضي التقديرية في إنهاء الرابطة الزّوجيّة، تتمثل بـ:

---

[11]للمزيد ينظر فاروق عبدالله كريم: الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، رقم 188 لسنة 1959، ط2، مطبعة يادكار، السليمانية، 2015، ص 42.

[12]حيث تتطابق فكرة السلطة التقديرية في القانون الوضعي مع فكرة الاجتهاد في الفقه الاسلامي، من حيث المعنى والمضمون والغاية وحتى الاليات التي يتحقق بها كل منهما، لذلك ستعتمد الدراسة في البحث عن أحكام السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي عن طريق البحث في أحكام الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي.

[13]إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق في علم الأصول: للإمام محمد بن الشوكاني، تحقيق سامي بن العربي الأثري، مج 1، بلا دار ولا مكان نشر، ص 418.

[14] نبيل إسماعيل عمر: سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة مصر 2008، ص192.

[15] نبيل إسماعيل عمر: المرجع نفسه، ص 193.

أوّلاً: أنّ سلطة القاضي التقديرية في إنهاء الرابطة الزّوجيّة سلطة ذات طبيعة خاصة:مراعاةلحساسية الموضوع الذي تنصب عليها هذه السلطة كونه يتعلق بالأسرة التي هي نواة المجتمع، من جهة، وكونها تتعلق بجوانب موضوعية وإجرائية على حد سواء ضمن المجالات التي يجيز فيها القانون إنفاذ هذه السلطة. [16]

ثانياً: السلطة التقديرية هي نشاط ذهني منظّم:النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في فهم الواقع المطروح عليه، واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع نطاق قاعدة قانونية معينة، يقدّر أنّها هي التي تحكم النزاع المطروح عليه هذا النشاط وعلاقته بالواقع والقانون، لهذا يمارس القاضي سلطة تقديرية في تقدير طرق الإثبات بغية تكوين قناعته القضائية، ومن ثم إصدار الحكم القضائي في القضية المطروحة.

أمّا التفكير المنظم فهو أن يكون القاضي ذا عقل مرتب وان يحاذر من التفكير المضطرب الذي يجعله يتحول من مشكلة الدعوى إلى مشكلة أخرى قبل ان يقوم بحل المشكلة الأولى وقاضي الموضوع هو وحده صاحب الحق في تقدير ما يقدم اليه في الدعوى من أدلّة لكي لا يبني حكمه الا على الدليل الذي يطمئن إليه وجدانه وشعوره.[17]

ثالثاً: أنّها سلطة لا تحكمية: فعملية تقدير الأدلّة مبنية على قناعة القاضي التي هي نشاط عقلي، ولم يتدخل المشرع في كيفية ممارسة القاضي لهذه القناعة وكيفية تكوينها، ولم يرسم كيفية التفكير أو تشكيل معادلاته الذهنية، في مجال تقدير الأدلّة ليصل من خلالها إلى الحقيقة، وإنّما وضع ضوابط محددة وحدد نتائج تترتب فور قيام مقدماتها،[18] لذلك فإنّ من صفات التفكير القضائي السليم أن يكون التفكير واضحاً وحاسماً.

رابعاً: سلطة القاضي التقديرية في إنهاء الرابطة الزّوجيّة هي سلطة جوازية:

فهي سلطة إستثائية، أقرّها المشرع استثناءً من الأصل الذي يقضي بالإلتزام بالنصوص التشريعية، والتطبيق الحرفي لها.[19]

خامساً: السلطة التقديرية هي تجسيد للدور الإيجابي للقاضي في العمل القضائي: قديراً من قبل المشرع للدور الذي يقوم به القاضي؛ وهو يضطلع بأعباء اهم واعقد مشكلة لازمت وما برحت تلازم المجتمع البشري، ألا وهي مشكلة إثبات الحقوق وحمايتها بضمان حسن تمتع أصحابها بمزاياها في اطار المصلحة الاجتماعية للحق، بغية العمل على تحقيق العدالة الحقيقية لا الشكلية، من خلال توفير المشرع لما يلزم للقاضي من سلطة لأنّ يقوم باظهار الحق.[20]

---

[16] خير الدين كاظم الأمين: سلطة القاضي التقديرية في القانون الدولي الخاص، مجلّة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلّد 15، العدد 2، 2008، ص 825.

[17] ضياء شيت خطاب: التفكير القضائي، مجلة القضاء، نقابة المحامين العراقيين، العدد1، 1/4/1981، ص 19.

[18] نبيل اسماعيل عمر: سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 16 وص78.

[19] وجدي راغب فهمي: النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الاسكندرية 1974، ص 341.

[20] آدم وهيب النداوي: المرافعات المدنية، مكتبة السنهوري، بغداد، 2009، ص45.

سادساً: سلطة القاضي التقديرية، سلطة محددة في إستعمالها بموجب القانون، مصدراً ومضموناً وغايةً: فمن ناحية المصدر، فالمصلحة في منح القاضي السلطة التقديرية، تكون أساس وجود فكرة حق التقاضي، ومعايير تحقيق العدالة في إستعمال حق التقاضي، إذ أن المصلحة هي مناط الدعوى[21]،

أمّا من ناحية المضمون والغاية، فعلى أساس المصلحة يمكن تحديد مضمون السلطة التقديرية الذي يقره القانون،لأن المشرع يحدد السلطات التي يتمتع بها القضاة، وهو أيضا من يقيدهم في إستعمالهم لها من أجل تحقيق غايات معينة.[22] أمّا الغاية، يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة فينظر الدعاوى، ومن دون أن يخضع في ممارسة هذه السلطة لرقابة أي محكمة في استخلاص وقائع الدعاوى طالما كان هذا الاستخلاص سائغاً[23]، إلّا أن سلطة القاضي التقديرية ليست مطلقة، وإنّما مقيدة بعدم الإنحراف بها و إستعمالها إستعمالاً كيديا ابتغاء مضارة أحد الخصوم محاباة للخصم الاخر، لذا يعد إنحراف القاضي في ممارسة سلطتها التقديرية تعسفا بإستعمال المكنة المقررة له بموجب القانون.[24]

المطلب الثاني: نطاق سلطة القاضي في انهاء الرابطة الزوجية في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي

إنّ البحث في نطاق سلطة القاضي في انهاء الرابطة الزوجية في الفقه الاسلامي و القانون الوضعي، يستوجب بيان أدوات القاضي في تفعيل سلطته التقديرية في انهاء الرابطة الزّوجيّة من جهة، ومن جهة أخرى؛ مجال سلطة القاضي التقديرية في إنهاء الرابطة الزّوجيّة، كالآتي:

---

[21] عبد المنعم الشرقاوي: نظرية المصلحة في الدعوى، إطروحة دكتوراه، بدون ناشر، القاهرة، 1974م، ص41، وكذلك ابراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الخاص: الخصومة القضائية أمام محاكم الدرجة الاولى – الحكم القضائي، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، 1982، ص147، ورمزي سيف: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية: قانوني المرافعات والإثبات الجديدين رقم 13 ورقم 25 لسنة 1968، دار النهضة العربية، القاهرة 1968، ص129.

[22] لتفصيل أكثر ينظر احمد ابراهيم عبد التواب: الاساءة في إجراءات التقاضي والتنفيذ، في قانون المرافعات المصري والفرنسي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية 2009م، ص172.

[23] حامد فهمي ومحمد حامد فهمي: النقض في المواد المدنية والتجارية، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر القاهرة 1973، ص241 وما بعدها د. احمد السيد صاوي: نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع، دار النهضة العربية، القاهرة 1984م، ص124.

[24] احمد ابراهيم عبد التواب: النظرية العامة...، المرجع السابق، ص489.

الفرع الأوّل: أدوات القاضي في تفعيل سلطته التقديرية في انهاء الرابطة الزّوجيّة

ذهب جانب من الفقه؛ إلى أن بعض القواعد القانونية وضعت على سبيل مساعدة القاضي وإرشاده إلى تفسير التصرفات أو التعابير الواردة فيها، للوصول إلى الحكم العادل في النزاع دون أن تكون نصوص قانونية ملزمة له[25]، وهذه القواعد هي :

1- سلطة القاضي في التفسير: فتفسير النصوص القانونية من جهة، وتفسير البنود الواردة في عقد الزّواج مثلا من قبل القاضي من جهة أخرى، يجري عن طريق استخلاص قصد المشرّع أو نية المتعاقدين من الوقائع المعروضة عليه.

2- الغاية من التشريع: نطاق سلطة القاضي في مجال نصوص القانون التي تمثل الإرادة التشريعية، هي من ترسم للقاضي طريق ومنهاج وغاية عمله.

3- مراعاة قواعد العدالة: إن لجوء القاضي إلى طبيعة الموضوع وقواعد العدالة، فهما وان كانتا أقرب للواقع من كونها قانونا، إلّا أنّها انعكاس فكرة توحيد الاجتهاد القضائي، والحلول للنزاعات المتقاربة أو المتشابهة تلقي بظلالها على هاتين الوسيلتين لتكونان أقرب للقانون منهما إلى الواقع، عن طريق ممارسة محكمة الطعن لرقابة الاجتهاد وإلزام القضاة بأنواع معينة من الحلول الاجتهادية، سواء من حيث الوسيلة أو النتيجة.

ومن الحلول المطروحة حين عجز النصوص القانونية عن إسناد سلطة القاضي التقديرية في حل الرابطة الزوجية، وتقديم عدة خيارات أمام القاضي كوسائل إرشادية أو توجيهية له، فيمكن أن يصار إلى لجوء القاضي إلى المصادر الإحتياطية للقانون؛ فيكون للقاضي أن يقوم بدور المشرع مستند في عمله إلى المصادر الاحتياطية التي يوفرها له القانون ذاته، اللجوء إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، وكذا الحال بالاسترشاد بالموقف في القضاء والقوانين العربية.[26]

أو أن يتم إلزام القاضي بالدور المحدد له قانوناً حين الفصل في الدعوى؛ أنّ سلطة القاضي هي سلطة تقديرية واسعة منحت للقاضي من قبل المشرع ليسمح بحرية البحث في مدى ملائمة القانون ذاته للوقائع المعروضة عليه، ولم يقف به، أي بالقاضي عند حد معرفته بالقانون فقط[27].

---

[25] حامد فهمي ومحمد حامد فهمي: النقض في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص253. وعبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الإلتزام، مصادر الإلتزام، ج1، طبع وتوزيع المكتبة القانونية، بغداد، 2012، ص153. وعبد الرزاق عبد الوهاب، الطعن في الأحكام بالتمييز، دار الحكمة، العراق بغداد، 1991، ص116.

[26] حامد زكي، التوفيق بين الواقع والقانون، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد التي تصدرها كلية الحقوق في جامعة القاهرة، السنة الثانية، العدد الأول، ص269. ونبيل إسماعيل عمر: المرجع السابق، ص181.

[27] محمد شتا أبو سعد: سلطة القاضي التقديرية المدني في ضوء المعايير و القواعد القانونية المرنة و الجامدة، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، السنة السابعة و السبعون، العدد 406،أكتوبر 1986، ص621.

الفرع الثاني: مجال سلطة القاضي التقديرية في إنهاء الرابطة الزّوجيّة

منح القاضي السلطة التقديرية حين انهاء الرابطة الزّوجيّة، حيث أنّ نصوص قانون الأحوال الشخصية، تعطي القاضي المختص سلطة تقديرية في إنهاء الرابطة الزّوجيّة من عدمه، فضلا عن سلطته في تقدير الاثار التي تترتب على هذا الانهاء، بحسب قناعته وتقديره، فقد جاء في المادة الحادية والاربعون/ 4- أ من قانون الأحوال الشخصية النافذ ما نصه "... 4 – أ- إذا ثبت للمحكمة إستمرار الخلاف بين الزوجين وعجزت عن الإصلاح بينهما وإمتنع الزوج عن التطليق، فرّقت المحكمة بينهما"، فلا يجوز للمحكمة المختصة أن تصدر حكمها برد الدعوى أو الحكم بالتفريق، دون التثبت من الأدلّة أو النظر في كافة الادعاءات والدفوع، فلا يجوز مثلا إهمال دليل طلب أحد الطرفين من المحكمة النظر فيه، أو الاستعجال بالحكم دون النظر في بقية طلبات الخصوم، فيجب عليها النظر في الأدلّة المقدّمة من جهة، ومن جهة أخرى التثبت من كون الخلاف المراد إثباته خلاف مستحكم أو غير مستحكم، وإصدار الحكم بعد ذلك.

وهنا نجد تقدير المحكمة وسلطتها في التحكم في الدعوى مبنية على عبارة " وعجزت عن الاصلاح بينهما"، فلها أي المحكمة أن تتخذ ما تراه مناسباً للإبقاء على الرابطة الزّوجيّة، فإنّ هي عجزت عن ذلك وثبت لديها استحالة رأب الصدع ومحو الخلاف بين الزوجين، كان لها أن تحكم بالتفريق بينهما.

وفي مثال تشريعي آخر؛ ضمن أحوال إنهاء الرابطة الزّوجيّة، جاء في المادة التاسعة والثلاثون/3 من قانون الأحوال الشخصية ما نصه " 3 – إذا طلق الزوج زوجته وتبين للمحكمة أن الزوج متعسف في طلاقها وإن الزوجة أصابها ضرر من جراء ذلك، تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويض يتناسب وحالته المادية ودرجة تعسفه، يقدر جملة، على أن لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة الأخرى، [28] وهنا يجري تقدير التعسّف في الطلاق الصادر من الزوج، بإعتبار التعسّف أصلاً واقعة مادية تنظر من قبل قاضي الموضوع، فيكون له اتخاذ ما يراه مناسباً من إجراء، يقرر على أساسه التعويض الذي يمكن أن يحكم به للزوجة المطلّقة تعسفاً.

فإذن نستنتج من ذلك؛ إنّه يمكن أن يكون للقاضي دور في إنعقاد الرابطة الزّوجيّة، بأن يساهم في استكمال جوانب من موضوع عقد الزّواج الذي ينشئ الرابطة الزّوجيّة بعد تقرير إنعقاده، ويقترب عمله في استكمال تكوينه دون أن يشارك في ذلك التكوين الذي اكتمل وفق اتفاق الأطراف على العناصر الجوهرية على أقل تقدير، فالعقود عموما هي من صنعة الإرادة [29]، لكن وفق قواعد أو قوالب قانونية، وكما يمكن للإرادة ذاتها استكماله وتعديله وإنهائه باتفاقات لاحقة، فقد أباح القانون لأطرافه الطلب من القاضي تكميله وتعديله وفسخه في حالات

---

[28] أضيفت الفقرة 3 إلى المادة 39 بموجب القانون رقم 51 لسنة 1995/ قانون التعديل التاسع وعلى أن ينفذ من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية ويسري على الدعاوي التي لم يصدر فيها حكم بات.

[29] سلام منعم مشعل: مفهوم الإلتزام بتقديم خدمات ما بعد البيع وطبيعته القانونية، بحث منشور في مجلة الحقوق التي تصدرها كلية الحقوق في جامعة النهرين، المجلد 12، العدد8 كانون الثاني، لسنة 2005، ص 1 من البحث.

مخصوصة ولغايات مشروعة، ولا يصح هذا كله ما لم يتقرر إنعقاده وإبرامه بصورة واضحة جلية، من دون أن يرقى الشك إلى ذلك.

ولتحقيق الغايات أعلاه يضطلع القاضي عند إذنه بالزّواج، بعدة مهام تتصف بكونها "تقديرية" وليس مهمة واحدة، فعليه حين الحكم بإنهاء الرابطة الزّوجيّة أن يقرر وفق سلطته التقديرية ماهية الأسباب التي دفعته إلى إصدار الحكم بالفرقة، وما دفعه لترتيب الإلتزامات المالية كالتعويض أو النفقة وغيرها من ناحية النوع والكم، والى أي مدى يمكن أن تصل درجة أهميتها بالنسبة لموضوع إنهاء الرابطة الزّوجيّة، إذ ليس كل ما يطلبه المدّعي يجاب إليه، بل الأمر يخضع لتقدير قانونية الطلب أو الادعاء من قبل القاضي.

المبحث الثاني: أساس سلطة القاضي التقديرية في إنهاء الرابطة الزّوجيّة في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي

تؤسس سلطة القاضي التقديرية في إنهاء الرابطة الزّوجيّة، سواء الفقه الإسلامي على أساسما استقرّ عليه الفقهاء المسلمون عندما بحثوا بشكل معمّق شؤون القضاء في الإسلام بشكل عام، و ذهبوا في تأصيل سلطة القاضي التقديرية على وفق الأصول المعتمدة في استقاء الحكم الشرعي. أمّا الأساس القانوني، فيتمثل بالنصوص القانونية المنظمة لعمل القاضي والمقررة لسلطته التقديرية في القوانين الإجرائية وعلى رأسها قانون المرافعات وقانون الإثبات النافذين، تنظم الجوانب الإجرائية لهذه السلطة، لذا يكون لزاماً تحرّي الاساس القانوني لهذه السلطة في هذه القوانين.

ولذلك؛ سيتم بيان أساس سلطة القاضي التقديرية في إنهاء الرابطة الزّوجيّة في الشريعة الاسلامية، في مطلب أول، والأساس القانوني لسلطة القاضي التقديرية في إنهاء الرابطة الزّوجيّة، في مطلب ثانٍ، وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: أساس سلطة القاضي التقديرية في إنهاء الرابطة الزّوجيّة في الشريعة الاسلامية

يرى فقهاء الحنفية عند بحثهم موضوع شرائط القاضي وصفاته، أنّ لسلطة القاضي مصادر تستقى منها شرعيته،[30] حيث نقل عنهم أيضاً " يجوز تقليد القضاء لمن كان عارفاً بالكتاب والسنة وإجتهاد الرأي، وقد ذكر

[30] فقد ذكر بن عابدين في معرض كلامه عن شرط الكفاية العلمية أو الإجتهاد لدى القاضي ما نصّه "وكونه حاوياً لكتاب الله تعالى، فيما يتعلّق بالأحكام، وعالماً بالحديث متناً وسنداً وناسخاً ومنسوخاً وبالقياس "، والكلام هنا متعلّق بالقاضي، فمن تحقق فيه هذه الاشتراطات كان اولى بأن يترك له مجال من الحرية لإعمال تقديره وفق النظر الذي يراه في المسألة التي تعرض عليه للفصل فيها.... رد المحتار على الدرر المختار شرح تنوير الابصار: للعلامة محمد أمين الشهير بإبن عابدين الحنفي، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، الشيخ علي محمد معوض :ج 8، دار عالم الكتب – الرياض 2003، ص 38.

الإجتهاد هنا لعلّة؛ وهي أنّ القاضي قد لا يجد حكماً لحالة معينة تصادفه، لأنّ النصوص متناهية والحوادث غير معدودة، لذا فإنّ الإجتهاد هو أمر لا مناص منه".[31]

ويذهب فقهاء المذهب الشافعي إلى صحة ممارسة القاضي لسلطته التقديرية، وذهبوا إلى أنّه لا يوجد خلاف في أنّ القاضي أن يكون عالماً بكتاب الله والسنة النبوية وإجماع الأمة، وعليه أن يعرف القياس والعمل على ترجيح أقوال الأئمة عند الاختلاف إذا اختلفت عنده. [32]

وحدد فقهاء المالكية؛ مصادر الحكم الشرعي التي يستطيع القاضي الاستعانة بها في الكشف عن الحكم الشرعي للفصل في الدعوى، وأول هذه المصادر كتاب الله الكريم، وثانيها سنة رسول الله ﷺ، وقد قسموا السنة النبوية إلى درجتين. الأولى؛هي الأحاديث المتواترة، وكذلك السنة المشهورة وأخبار الأحاد. [33]

أمّا الدرجة الثانية: فهي السنة التي صاحبها عمل أهل المدينة،[34] حيث تقدّم هذه السنة على خبر الآحاد، وهذا توجه فقهاء المالكية إذ يقدّمون عمل أهل المدينة على خبر الآحاد، ويرون العمل بها واجب. [35]

وحدد فقهاء الإمامية المصادر والاصول التي يرجع إليها القاضي للحكم في النزاع المعروض أمامه، ولم يأخذوا ببعض الأصول التي أخذت بها المذاهب الأخرى. فمصادر سلطة القاضي في الفقه الإمامي، هي الكتاب والسنة النبوية، والسنة عندهم تشتمل على قول الرسول محمد صلى الله عليه وآله وسلّم، وقول الإمام المعصوم، حيث أنّ الثابت عندهم أنّ الحكم بغير الكتاب والسنة مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية، وقد استند الإمامية في ذلك إلى الحديث الذي يرويه الامام جعفر الصادق (عليه السلام) عن النبي محمد ﷺ أنّه قال " من حكم في درهمين بغير ما أنزل الله عز وجل، ممن له سوط أو عصا، فهو كافر بما أنزل على محمد".[36]

---

[31] المحيط البرهاني: للعلامة برهان الدين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة بن مازة البخاري الحنفي، م 12، ط1، مؤسسة نزيه كركي، بيروت 2004، ص 145.

[32] أدب القاضي: أبو العباس أحمد بن أبي أحمد بن القاص الطبري الشافعي، تحقيق الدكتور حسين خلف الجبوري، ج1، ط1، مكتبة الصدّيق للنشر والتوزيع، الطائف 1989، ص 98.

[33] يقسم الفقهاء الأصوليين الحديث المتصل من حيث قوة روايته، إلى ثلاث أقسام هي؛ الحديث المتواتر؛ والحديث المشهور وحديث الآحاد...للمزيد في أقسام الحديث ينظر د. مصطفى الزلمي: أصول الفقه في نسيجه الجديد، ط1، أربيل – كردستان العراق 2014، ص 71 وما بعدها.

[34] اشترط المالكية للعمل بحديث الآحاد أن لا يتعارض مع عمل أهل المدينة ويقصدون به مدينة الرسول صلى الله عليه وآله وسلّم، لأنّ اهل المدينة عاصروا التنزيل وشاهدوا أعمال الرسول صلى الله عليه وآله وسلّم، لأنّهم يعتبرون اعمالهم بمثابة الخبر المتواتر، ولذلك يقدمون عمل أهل المدينة على خبر الواحد...للمزيد ينظر د. مصطفى الزلمي: أصول الفقه في نسيجه الجديد، المرجع السابق، ص 80 وما بعدها.

[35] للمزيد في ذلك ينظر الفروق: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي المالكي، ط1، دار النوادر، الكويت 2010، ص 128 وما بعدها.

[36] وسائل الشيعة: الحر العاملي، ج 27، ط2، مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، قم – إيران 1414 هـ، ص 60.

ويرى فقهاء الحنابلة؛ أنّ مصادر سلطة القاضي التقديرية تتعلّق أساساً بالشروط الواجب توافرها في القاضي لتولّي منصب القضاء، وقد جعلوا كتاب الله الكريم أول مصدر لهذه السلطة، وقد اشترطوا في القاضي أن يكون مجتهداً، حيث لابدّ أن يكون القاضي مجتهداً ليتولى منصب القضاء.[37]

المطلب الثاني: الأساس القانوني لسلطة القاضي التقديرية في إنهاء الرابطة الزّوجيّة

من الناحية القانونية فإنّه يتجسّد هذا الاساس في فلسفة المشرّع التي في منح القاضي سلطة تقديرية في دعاوى الأحوال الشخصية؛ حيث يعدّ عمل القاضي عند الفصل في الوقائع، عملاً مركباً من الواقع والقانون، ولهذا يتعين على القاضي، حين ممارسة سلطته التقديرية في مجال الإثبات أن يلتزم بالأدلّة المحددة قانونا للإثبات التي نص عليها القانون، فليس له أن يعتمد غير أدلّة الإثبات التي حددها قانون الإثبات العراقي، والتي تسري على المسائل المالية وغير المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية، على ضوء ما أكدته المادة (11/ ثانياً وثالثاً)، مع مراعاة عدم وجود دليل شرعي خاص أو نص في قانون الأحوال الشخصية يقضي بخلاف ما ورد في قانون الإثبات،[38] فإن خالف القاضي إحدى هذه القواعد أو أخطأ في تطبيقها تعرّض حكمه للنقض لمخالفته القانون.[39]

وبقدر تعلّق الأمر بالتوجه التشريعي الخاص بقانون الإثبات العراقي النافذ، فإنّ سلطة القاضي التقديرية والذي ينظر في النزاع المتعلّق بإنهاء الرابطة الزّوجيّة، خصوصاً المسائل غير المالية في الأحوال الشخصية على وجه الخصوص، فإنّ المشرّع قد تبنّى موقفاً مرناً في مجال الإثبات على وفق المادة 11 من قانون الإثبات النافذ، وذلك في فقرتها الثالثة، التي أوجبت على القاضي مراعاة عدم وجود دليل شرعي خاص أو نص في قانون الأحوال الشخصية، يقضي بخلاف ما ورد في قانون الإثبات، حيث أجاز المشرّع بموجب هذا التوجّه سلطة القاضي التقديرية في الإثبات، وفق استثناء يجعل الإثبات في هذا المجال يقترب من مفاهيم المذهب الحر في الإثبات، حيث لا يرسم القانون طريقا محددا في الإثبات، ولا يتقيّد القاضي فيه بقبول أو عدم قبول أي دليل يقدّم له، حيث يخوّل فيه من تكوين قناعته على وفق ما يتمكن طرفي الدعوى من تقديمه من أدلّة[40].

ومن أبرز الأمثلة التي أوردها المشرّع العراقي في نصوص قانون الأحوال الشخصية النافذ، والمتعلّقة بسلطة القاضي التقديرية في إثبات المسائل المرتبطة بإنهاء الرابطة الزّوجيّة، هي:

أ: واللتان جاء فيهما: "3-لا يجوز الزّواج بأكثر من واحدة إلا بإذن القاضي ويشترط لإعطاء الإذن تحقق الشرطين التاليين:

---

[37] كشاف القناع: البهوتي الحنبلي، المرجع السابق، ج6، ص 377 وما بعدها.

[38] تبنّى المشرع العراقي أدلة الإثبات على سبيل الحصر، من خلال النص عليها في القانون وتشمل الدليل الكتابي، والإقرار، والشهادة، والقرائن وحجية الأحكام، واليمين، والمعاينة والخبرة.

[39] احمد السيد الصاوي: نطاق محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص135. ينظر قانون الاشراف القضائي رقم 29 لسنة 2016، الخاصة بتحديد مهام هيئة الاشراف القضائي في العراق.

[40] . ينظر نص المادة الثالثة في فقرتيها 4 و5 من قانون الحوال الشخصية العراقي النافذ سابق الذكر.

أ- أن تكون للزوج كفاية مالية لإعالة أكثر من زوجة واحدة.

ب- أن تكون هناك مصلحة مشروعة.

4- إذا خيف عدم العدل بين الزوجات فلا يجوز التعدد ويترك تقدير ذلك للقاضي".

ومناط السلطة التقديرية هو ترك المشرّع مكنة تقدير تحقق شروط الزّواج بأكثر من واحدة وعدمه، في ظل ظروف وأوضاع الزوج، الذي يمكنه بعد أن يثبت الكفاية المالية ووجود المصلحة المشروعة من الزّواج أن يأذن له القاضي إذا ما اقتنع بإمكانية الزوج على العدل بين الزوجات، وهي قناعة مسببة مبنية على مواءمة بين ظروف موضوعية وشخصية يقف عليها القاضي، ويبني حكمه عليها، وإذا ما اختلت هذه الشروط، لا يكون له منح الاذن بالزّواج، فلا ينبغي للقاضي، بحجة سلطته التقديرية أن يصدق المدّعي بقوله ولا بيمينه، إذا لم توجه إليه اليمين ولا بورقة صادرة منه يقدمها في الدعوى أو أدلّة يصطنعها بنفسه،[41] إذ لا يستطيع الإنسان ان يتخذ من عمل نفسه دليلاً لنفسه يحتج به على الغير.[42]

ومن ناحية أخرى؛ فإنّ للمرتكزات الاساسية في قانون المرافعات دور مهم في إقرار سلطة القاضي التقديرية في انهاء الرابطة الزّوجيّة، ويمكن بيان ذلك الدور من خلال ما يلي:

1- إنّ طبيعة العمل القضائي تقتضي أن تكون السلطة التي تمارس الفصل في منازعات الأشخاص تتسم بالاستقلال والحياد، وهو حجر الزاوية لمؤسسات الدولة الحديثة، إذ استقلال القضاء يعني فصل السلطة القضائية عن السلطة التشريعية والتنفيذية تحت مفهوم الفصل بين السلطات الثلاث.[43]

2- كون سوح القضاء ليست ميداناً للمسائل الكيدية بين الخصوم بل هو ميدان لفض المنازعات واقرار الحقوق لأصحابها باعتماد الوقائع والأدلّة التي تظهر الحقيقة القضائية.وهو ما يتطلب مراقبة كيد الخصوم وتعسفهم في إستعمال حق الإثبات أو نقض أدلّة الخصوم، ولا يكون ذلك إلّا بمعالجة قانونية تعكس الفكر الثاقب والمتوازن بين المصالح، بحيث يضمن عدم التعسّف وعدم ضياع الحقوق في نفس الوقت، وهذا متروك للسلطة التقديرية للقاضي الذي يقرر وجود ذلك من عدمه لانها من مسائل الواقع التي تعود لتقديره.[44]

---

[41] توفيق حسن فرج: الإثبات في المواد المدنية والتجارية، بيروت، الدار الجامعية للطباعة والنشر، 1980، ص23.

[42] وقد قضت محكمة التمييز الإتحادية العراقية بأنّه (لا يحق للمدعي أن يعد الدليل لنفسه بنفسه، وإنّما يترتب عليه تقديم البينة المثبتة لما يدعيه). قرار محكمة التمييز 1717/ادارية/85/84 في 1985/1/12، مجموعة الأحكام العدلية، العدد 1، 2، 1985، ص. 53

[43] هذا الاستقلال أكده الدستور الدائم للعراق لعام 2005 في مادته (19)" القضاء مستقل لا سلطان عليه لغير القانون"، والمادة (85) "القضاة مستقلون لا سلطان عليهم في قضائهم لغير القانون ولا يجوز لأية سلطة التدخل في القضاء أو في شؤون العدالة".

[44] اجياد الدليمي: أسس و مبادئ التنظيم القضائي في التشريعات الحديثة، بحوث ودراسات في القانون الخاص،ج2، مكتبة الجيل العربي، الموصل 2009، ص260. آدم وهيب النداوي: مدى سلطة المحكمة في تعديل نطاق الدعوى، ط1، دار الرسالة للطباعة، بغداد 1979، ص20. عبد الجبار ناجي صالح: مبدأ حسن النية في التنفيذ، ط1، بغداد، 1975، ص22.

3- تؤثر قاعدة تبسيط الشكلية في العمل القضائي في سلطة القاضي التقديرية؛ فمن المعلوم أنّشكلية الإجراء القضائي تستجيب لعامل السرعة في انجاز الإجراء الصادر، حيث تؤدي إلى معرفة طريق اتخاذ الإجراء وتقديم وسائل منضبطة للتعرف إليه، مع وضع حدود زمنية للقيام به، ولكنها لا تحقق هذه الأهداف الا إذا كانت مبسطة سهلة قليلة التكاليف، وإلّا انقلبت عبئاً ثقيلاً من الإجراءات التي ليس لها معنى.[45]

فالقاضي حين الفصل في دعوى إنهاء الرابطة الزّوجيّة، سيكون معززاً قناعاته الذهنية التي تولّدت لديه حين نظر الدعوى والإطلاع على تفاصيلها والتعرف على دقائقها، فيكون له مكنة الفصل في الدعوى بالاستناد إلى عنصرين أثنين:

العنصر الأول، يتمثّل بحصيلة الأدلّة المعروضة أمامه في دعوى إنهاء الرابطة الزّوجيّة.

أمّا العنصر الثاني؛ فيتمثّل في قدرته على إعمال العقل والمنطق في تقدير الوقائع المعروضة ضمن وقائع دعوى إنهاء الرابطة الزّوجيّة وظروفها وملابساتها.

ويكون مجال إعمال سلطة القاضي التقديرية يكون في إطار العنصر الثاني أكبر من العنصر الأول، لأنّ السلطة التقديرية وفق هذا المنظور ستتمثّل بحالة ذهنية نابعة من ضمير القاضي ذاته، لا تتقيّد إلّا بما يحدده المشرع لها من مجال بنصوص صريحة، لذلك نجد القاضي – في غير الأحوال التي يلزم فيها بقبول دليل معين قانوناً– في حرية من الاختيار والمفاضلة بين الأدلّة التي تتوافر في الدعوى المنظورة.[46]

وتطبيقاً لما تقدّم؛ فقد أورد المشرّع العراقي نصوصاً قانونية عديدة في قانون المرافعات العراقي النافذ رقم 83 لسنة 1969 المعدّل، تتعلّق بسلطة القاضي التقديرية، حيث فسح المجال أمام القاضي لإتخاذ القرار المناسب في الدعوى، ومنها دعاوى إنهاء الرابطة الزّوجيّة، على اعتبار ان للقاضي الولاية العامة للنظر في المنازعات بموجب المادة (29) من القانون، حيث نصّت على " تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل في كافة المنازعات إلا ما استثنى بنص خاص"، وتستوجب ولاية القاضي منحه الحرية في إتخاذ بعض الإجراءات المطلوبة في الدعوى، خصوصاً فيما تعلّق بالجانب التطبيقي أو الإجرائي فيها، هذا من جانب.

ومن جانب آخر؛ تنص المادة (30) من القانون ذاته على أن " لا يجوز لأيّة محكمة أن تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه، وإلّا عدّ الحاكم ممتنعاً عن إحقاق الحق. ويعد أيضا التأخّر غير المشروع عن إصدار الحكم إمتناعاً عن إحقاق الحق"، وهو ما يعني أنّ إعمال سلطة القاضي التقديرية أمر حتمي للفصل في الدعوى، كونه سيفسح المجال امامه في إختيار الحل العادل والصحيح للنزاع المعروض امامه،

---

[45] فتحي والي: دروس في النظرية العامة للعمل الإجرائي، القاهرة، 1974، ص127.

[46] للمزيد من التفصيل في هذا الصدد ينظر: حسن صادق المرصفاوي: المرصفاوي في القانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة بلا سنة طبع، ص 966.

خصوصاً عند عدم النص على إنهاء للنزاع في متن القانون، لأنّه إذا أمتنع عن الفصل في الدعوى، كان ذلك مدعاة لمساءلته بوصف فعله يعد إمتناعاً عن إحقاق الحق.[47]

المبحث الثالث: تطبيقات سلطة القاضي التقديرية حين إنهاء الرابطة الزّوجيّة

إنّ سلطة القاضي التقديرية حين إنهاء الرابطة الزّوجيّة، تكون من حيث المجال الذي يتمكن فيه القاضي من ممارسة سلطته التقديرية،إمّا سلطة تقديرية مقيّدة للقاضي وتبرز في حالتي الطلاق والخلع، كون أحكام هذين الحالين منظّمة بشكل مفصّل سواء على مستوى الشريعة الاسلامية أو القانون الوضعي.أو تكون سلطة تقديرية واسعة للقاضي، حيث تبرز في إطار أحوال الفسخ والتفريق القضائي، كون هذه الاحوال مرتبطة بوقائع عملية، تخضع في تقديرها للظروف والأحوال التي ترافقها في إطار الدعوى المرفوعة امام القاضي، والتي في ضوئها يتم إتخاذ الحكم القضائي بالتفريق أو عدمه.

وعليه؛ يمكن تقسيم هذه التطبيقات في ضور التصوّر المتقدم إلى مطلبين كالآتي:

المطلب الأول: تطبيقات السلطة التقديرية المقيّدة للقاضي حين إنهاء الرابطة الزّوجيّة

بحسب تعدد أحوال إنهاء الرابطة الزّوجيّة ضمن حدود السلطة التقديرية المقيّدة للقاضي، بحسب الصورة التي يقع فيها الإنهاء، سواء كان بالطلاق أو بالخلع، وهو ما يتمّ التفصيل فيهفي فرعين، كالآتي:

الفرع الأول: سلطة القاضي التقديرية حين إنهاء الرابطة الزّوجيّة بالطلاق

أمّا فيما يتعلّق بالسلطة التقديرية للقاضي في إنهاء الرابطة الزوجية فيمكن ان تظهر في سلطة القاضي في التحقق من توفر شروط إيقاع الطلاق، أورد المشرّع العراقي مجموعة أحوال لا يقع فيها الطلاق، في المادة الخامسة والثلاثون من قانون الأحوال الشخصية، فلا بد لإيقاع الطلاق ان يتأكد القاضي من توفّر شروطه القانونية، سواء ما تعلق منها بالزوج المطلق أو بالصيغة التي يقع بها الطلاق،[48]فلا بدّ أن يتحقق إبتداءً من أن يكون المطلّق بالغاً عاقلاً، لأنّ طلاق الصغير سواء كان مميزاً أو غير مميز لا يصح،[49]وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، وإن كان الحنابلة أجازوا طلاق المميز، إذا كان يعقل الطلاق ويعلم بأن زوجته تبين منه وتحرم عليه إذا طلقها.[50]

---

[47] بارق يوسف محمد: التعسف بإستعمال حق التقاضي – دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون بجامعة الفلوجة، 2019، ص 154.

[48] عبد الرحمن الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الرابع، النكاح – الطلاق، الطبعة الأولى، دار الأفاق العربية، القاهرة، 2006، ص 218.

[49] عبد المجيد محمود مطلوب: الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، الطبعة الأولى، مؤسسة المختار، القاهرة، 2004، ص 231.

[50] وهبة الزحيلي: مرجع سابق، ص 364.

كما يتحقق من كون من يوقع الطلاق عاقلاً، لأنّ العقل من شروط التكليف، فلا يقع طلاق من زال عقله بجنون أو إغماء أو نحو ذلك،[51] كالغضب الذي يصل بالرجل إلى درجة لا يدري فيها ما يقول ويفعل، وينسى ما قاله وفعله بعد ذهاب غضبه، فإنّ طلاقه في هذه الحالة لا ينفذ وذلك لحديث النبي ﷺ: " لا طلاق ولا عتاق في إغلاق"[52]، والإغلاق هو الغضب الذي يغلق على الرجل إرادته وقصده، أمّا الغضب الخفيف الذي لا يمنع صاحبه من إدراك ومعرفة ما يقول ويفعل فطلاقه واقع،[53] ويعود لذكاء القاضي وفطنته ونباهته ان يميّز بين حالة الغضب الذي يقع به الطلاق أو الغضب العادي الذي لا يقع به طلاق. هذا من جهة.

ومن جهة أخرى؛ فإنّالسلطة التقديرية في إستنفاد وسائل الصلح بين الزوجين، تتجسّد فيما تنص عليه المادة الحادية والاربعين من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ، والتي جاء في فقرتها الثانية ما يلي: المادة الحادية والأربعون:...2 –على المحكمة إجراء التحقيق في أسباب الخلاف، فإذا ثبت لها وجوده تعين حكماً من أهل الزوجة، وحكماً من أهل الزوج –إن وجدا– للنظر في إصلاح ذات البين، فإنّ تعذر وجودهما كلفت المحكمة الزوجين بإنتخاب حكمين، فإنّ لم يتفقا إنتخبتهما المحكمة...." ويفهم من المادة المذكورة بأن التحكيم هو وسيلة أخرى يلجأ إليها القاضي إذا فشلت مساعي الصلح، بتعيين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة للإصلاح بينهما. ويكاد الاتفاق ينعقد على عدم جواز أن يحكم القاضي بالتفريق، إلّا بعد أن يشرع في محاولة الاصلاح بينهما مستعينا بالحكمين.[54]

كما أنّ للقاضي المرفوع أمامه دعوى طلاق بالتراضي، صلاحيات سلطة تقديرية بعد الإستماع إلى الزوجين على انفراد ثم مجتمعين ليتأكد من رضائهما، ويحاول الصلح بينهما إذا أمكن، وان ينتظر مع الزوجين أو وكلائهما في الإتفاق الذي تراضيا من خلاله على الطلاق، وللقاضي أن يعدل في شروط الإتفاق إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو خالفت النظام العام، ثم يصدر القاضي حكما يتضمن المصادقة على الإتفاق النهائي ويصرح بالطلاق، وله أن يلغي أو يعدل في شروطه، إذا كانت تتعارض مع مصلحة الأولاد أو خالفت النظام العام.[55]

يثبت القاضي إرادة الزوجين، بإصدار حكم يتضمن المصادقة على الإتفاق النهائي ويصرح بالطلاق.

---

[51] المغني: موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي ومحمد عبد الفتّاح محمد الحلو،ج 10،ط3، دار عالم الكتب، الرياض 1997، ص 350.

[52] صحيح الجامع الصغير وزيادته: محمد ناصر الدين الألباني، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، المكتب الإسلامي، لبنان، 1988، ص 1250.

[53] عبد القادر درداوي: أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، 2010، ص 272.

[54] د. مصطفى الزلمي: مدى سلطان الإرادة في الطلاق، المرجع السابق، ص 185 و ص 496.

[55] قارن مع عبد الفتاح تقية: قضايا شؤون الأسرة من منظور الفقه والتشريع والقضاء، منشورات تالة، الأبيار، الجزائر، 2011، ص 72.

واخيراً؛ فإنّ من أهم مظاهر سلطة القاضي التقديرية في حالة إنهاء الرابطة الزّوجيّة بالطلاق، هي عدم الإعتداد بالطلاق الذي يتلفظ به الزوج، ما لم يكن صادراً عن الجهة القضائية طبقا للمادة التاسعة والثلاثون/ 1 و2، من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ، صحيح أنّ في ذلك مخالفة لما استقر عليه فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث ذهبوا إلى صحة الطلاق الذي يصدر عن إرادة الزوج المنفردة، ولكن لتوجّه المشرّع هذا ما يبرره، حيث قصد من ذلك تثبيت حقوق الزوجة حماية لها من تعسف الزوج.[56]

وتبرز السلطة التقديرية في إطار آثار الزّواج في مجالين أثنين مهمّين، هما سلطة القاضي التقديرية في مجال الآثار غير المالية؛ أقرّ المشرّع العراقي وجوب العدّة كأثر من آثار الطلاق، ولكن هنا يمكن أن ينشأ الخلط الذي ينجم عن حساب العدّة الشرعية بسبب هذا النص، مما يؤدي إلى ازدواجية العدّة بين عدة شرعية وأخرى قانونية، تفضي إلى إشكالات وتناقضات محتملة بين ما نظمته الشريعة الإسلامية على وجه الإلزام وما جاء به قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ، من حيث جواز الرجعة قانونا وعدم جوازها شرعاً.

وقد أقرّ المشرّع العراقي سلطة القاضي التقديرية في ترتيب الآثار المالية للطلاق، من خلال منحه مكنة الحكم بالتعويض عن الطلاق التعسفي، وذلك في الفقرة (3) من المادة التاسعة والثلاثون الحق للمطلقة في طلب التعويض من مطلقها، إذا كان متعسفاً في طلاقه لها وأصابها ضرر من تعسفه، وتقدير التعويض عند ثبوت حالة التعسّف أمر تنفرد به المحكمة، حيث تراعي المحكمة عدّة مسائل مهمة عند تقديرها للتعويض منها، الغاية من التعويض؛ ودرجة تعسّف الزوج،[57] ووقت وقوع الطلاق التعسفي. [58]

الفرع الثاني: سلطة القاضي التقديرية حين الإنهاء الإختياري للرابطة الزّوجيّة بالخلع

الخلع لغة: "خالَعتِ المرأة زوجها (مُخالَعَة)، إذا افتدت منه وطلقها على الفدية (فخَلعَهَا)، فخَلعَهَا هو (خلْع)".[59] وعرّفه الحنفية بأنّه: "إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها بلفظ الخلع أو ما في معناه".[60]وعرّفه المالكية بأنّه: "عقد معاوضة على البضع، تملك به الزوجة نفسها، ويملك الزوج العوض به".[61] وعرّفه

---

[56]لهذا نصت الفقرة 3 من المادة التاسعة والثلاثون على أنّه " 3 –إذا طلق الزوج زوجته وتبين للمحكمة أن الزوج متعسف في طلاقها وإن الزوجة أصابها ضرر من جراء ذلك، تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويض يتناسب وحالته المادية ودرجة تعسفه، يقدر جملة، على أن لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة الأخرى".

[57] مجيدي العربي: المرجع السابق، ص 370.

[58]نبيلة بن صوشة: المرجع السابق، ص 10

[59] المصباح المنير في غريب الشرح الكبير: أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي الرافعي، دون سنة نشر، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، ج1، ص 178.

[60]البحر الرائق شرح كنز الدقائق: زين الدين بن ابراهيم بن نجيم، دار الكتاب الإسلامي، دار المعرفة، بيروت لبنان، ط2، 1423، ج4، ص 119، وفتح القدير، بن الهمام، مرجع سابق، ج4، ص 210.

[61] منح الجليل شرح مختصر خليل المؤلف: محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي (المتوفى: 1299هـ)، دار الفكر – بيروت 1409هـ/1989م ج 2، ص 182، ومواهب الجليل : للحطاب، مرجع سابق، ج 4، ص 18.

الشافعية بأنّه: " فرقة بعوض بلفظ طلاق أو خلع ".[62]وعرّفه الحنابلة بأنّه: " فراق الزوجة بعوض بألفاظ مخصوصة ".[63]وعرّفه الإمامية؛ بأنّه "الخلع هو الطلاق بفدية من الزوجة الكارهة لزوجها".[64]

ومجال سلطة القاضي التقديرية في الخلع، يتجسّد بما جاءت به المادة (46) من قانون الأحوال الشخصية بعبارات عامة، تطرّق المشرع فيها إلى تعريف الخلع، وأعطى للزوجين حرية التفاهم على المال الذي يتفقان عليه قليلا كان أو كثيرا، أكثر من المهر أو أقل، ولم يورد المشرع العراقي نصوصا صريحة في القانون النافذ حول ما ينال الحقوق المالية الثابتة للزوجين المتخالعين بموجب عقد زواجهما بعد وقوع الخُلع بينهما.

غير أن القضاء العراقي قد أستقر على عدم تأثر سائر الحقوق المالية الأخرى الثابتة للزوجين من رابطتهما الزّوجيّة بوقوع الخُلع، إلا إذا تضمن عقد الاتفاق على الخُلع غير ذلك.

المطلب الثاني: تطبيقات السلطة التقديرية الواسعة للقاضي حين إنهاء الرابطة الزّوجيّة

إنّ من أبرز تطبيقات السلطة التقديرية للقاضي حين إنهاء الرابطة الزّوجيّة، والتي يكون فيها مجال السلطة التقديرية واسعاً، هي حالة إنهاء الرابطة الزوجية بالفسخ وكذلك التفريق القضائي، ويمكن بيان مجال هذه السلطة في فرعين كالآتي:

الفرع الأول: السلطة التقديرية للقاضي حين فسخ الرابطة الزّوجيّة

الفسخ في اللغة يطلق على عدة معان، منها النقض والرفع والقطع والإزالة، يقال: فسخ العقد نقضه، ورفعه، والفسخ في القانون المدني هو إنهاء الرابطة العقدية بناء على طلب أحد المتعاقدين، إذا أخلّ أحدهما بإلتزاماته العقدية، ليتحرر المتعاقد الآخر من الإلتزامات التي يفرضها عليه العقد.[65]

وفي الإصطلاح فالفسخ هو وسيلة لإنهاء الرابطة الزّوجيّة عند طروء سبب يستدعي الفسخ، وقد طرح الفقه تعريفات عديدة لفسخ عقد الزّواج تحدد معناه على نحو مفصّل، فمنهم من عرّفه على أنّه " رفع عقد الزّواج ونقضه وإزالة ما يترتب عليه من أحكام في الحال".[66]

وعرّفه بعض الفقه بتعريف آخر نرجحه، على أنّه "نقض عقد الزّواج بسبب خلل وقع فيه وقت العقد أو بسبب خلل طرأ عليه يمنع من بقائه واستمراره".[67]

---

[62] نهاية المحتاج: للرملي: مرجع سابق، ج 6، ص 393، ومغني المحتاج : للشربيني، مرجع سابق، ج 3، ص 262.

[63] البهوتي، الروض المربع، المرجع السابق، ج2، ص322.

[64] السيد علي الحسيني السيستاني: منهاج الصالحين، المعاملات، الجزء الثالث، بدون ناشر، 1439 هـ، ص 85، المسائل رقم 611 وما بعدها. وكذلك الفقه على المذاهب الخمسة:محمد جواد مغنية، المرجع السابق، ص 422.

[65] محمد صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004، ص371.

[66] عبد الحميد الشواربي: فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، بدون سنة طبع، ص ١١٤.

[67] محمد محي الدين عبد الحميد: الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية، المكتبة العلمية ،بيروت ،لبنان، ٢٠٠٧،ص٢٤٢.

ويتأسس فسخ الزّواج على إرادة المتعاقدين إذا اتفق المتعاقدان على شروط والتزامات عند العقد ولم يتم الوفاء بها، فيحق حينئذ فسخ العقد، وحجة أصحاب هذاالرأي حديث النبي ﷺ " المسلمون على شروطهم"[68]، حيث يقوم فسخ الزّواج على ركن الرضا، لأنّ أساس العقد هو الرضا والمحل، مع وجوب قيام رابطة بين هذين الإساسين.

وفي هذا الصدد؛ فإنّ لسلطة القاضي التقديرية في مجال أسباب الفسخ مظاهر متعددة أيضاً، حيث تظهر سلطة القاضي التقديرية في مجال أسباب الفسخ، كونها أسباب إنهاء الرابطة الزوجة، وذلك لأنّ أغلب أسباب الفسخ تتوقف على قضاء القاضي، ففي بعضها يوجد خفاء في سببه أو يسلتزم القضاء به توافر بعض الشروط فيه، والتي لا بد من التحقق من توافرها من قبل القاضي، ومثال ذلك، الفرقة بسبب إباء الزوجة الإسلام بعدما أسلم زوجها، والفرقة لعدم الكفاءة الفرقة بسبب خيار البلوغ لأحد الزوجين عند الحنفية، الفرقة بسبب نقصان المهر عن مهر المثل، وغيرها من الأسباب.

وأبرز مثال على سلطة القاضي التقديرية في إنهاء الرابطة الزّوجيّة؛ هي السلطة التي تمنح للقاضي تجاه طلب الفسخ الذي يقدم له لإنهاء الرابطة الزّوجيّة، إذ تتوافر للقاضي عدة خيارات محددة بنص القانون وهي قبول طلب الفسخ، أو منح الزوج فرصة البقاء على الرابطة الزّوجيّة، أو رفض طلب الفسخ، وعلى أن يبرر سبب تبنّيه لأي من هذه القرارات، وهو ما يمكن أن يحدث أيضا في فرضية تقديم دعوى من احد الطرفين تتضمن نزاعا حول أمر ما يكون حله بإنهاء الرابطة الزّوجيّة، إذ يمكن للقاضي نظر الدعوى والمضي قدماً في إنهاء الرابطة الزّوجيّة، أو رفضه إذا وجد في حيثيات الدعوى وأسبابها ما تساعد على ممارسة سلطته في إنهاء الرابطة الزّوجيّة، وأن دفوع الطرف الأخر أكثر إقناعا وملاءمةً من ادعاءات المدّعي التي قد تكون غير مناسبة أو غير مبررة أو ينقصها الدليل.

وفي كل هذه الأحوال على القاضي أن يسبب قراره أو حكمه ليكون بمنأى عن النقض والتجريح من قبل المحكمة المختصة بالطعن التمييزي، وهو ما سارت عليه محكمة التمييز العراقية، حين صادقت على إيقاع التفريق بين الزوجين للضرر الذي أصاب الزوجة، بسبب عدم الانفاق، وفي ذات الوقت لم تحكم للمدعية بنفقة السكنى، لعدم توفر شروطها، حيث مارست المحكمة سلطتها التقديرية في إجراء التحقيقات اللازمة وصدور الحكم القانوني العادل في الدعوى المعروضة.[69]

---

[68] شرح السنة: أبو محمد الحسين بن مسعود الفراء البغوي، الجزء الثامن، المكتب الإسلامي، لبنان، 1974، ص 209.

[69] قرار محكمة التمييز الإتحادية العراقية، بالمصادقة على حكم محكمة الأحوال الشخصية في الكرّادة، بتاريخ 2017/12/13، رقم القرار 8398/ هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/ 2018، بتاريخ 2018/9/5، منشور لدى رحيم العتابي: المختار من قضاء محكمة التمييزالإتحادية،الأحوالالشخصية،الجزءالثاني،المكتبةالقانونية،بغداد 2019، 80.

الفرع الثاني: السلطة التقديرية للقاضي حين التفريق القضائي للرابطة الزّوجيّة

أمّا بالنسبة لسلطة القاضي التقديرية في أحوال إنهاء الرابطة الزّوجيّة بالتفريق القضائي؛ والتفريق القضائي؛ هو حلّ قيد الزّواج بطلاق يوقع من قبل القاضي، بناءً على طلب الزوج أو الزوجة، عند تحقق الأسباب القانونية".[70]

أولا: السلطة التقديرية في حالة التفريق للضرر:

يتحقق الضرر عند قيام النزاع الشديد المستمر بين الزوجين لدرجة يتعذر معه استمرار العلاقة الزّوجيّة الطيبة، باعتبار أن آثاره ولدت كراهة وتباغضا مستحكماً،[71] وعجز الحكماء عن رفعه بينهما

أمّا بالنسبة لموقف المشرّع العراقي، فقد نصت الفقرة 1 من المادة 40 من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ، على انّه " إذا أضر أحد الزوجين بالزوج الآخر أو بأولادهما ضرراً يتعذر معه استمرار الحياة الزّوجيّة، ويعتبر من قبيل الأضرار، الإدمان على تناول المسكرات أو المخدرات، على أن تثبت حالة الإدمان بتقرير من لجنة طبية رسمية مختصة.ويعتبر من قبيل الإضرار كذلك، ممارسة القمار ببيت الزّوجيّة".

وسلطة القاضي التقديرية هنا؛ تظهر في نص القاعدة العامة التي جاءت بها هذه الفقرة، حيث أنّ للقاضي الأخذ بأي حال أو سبب يؤدّي إلى إضرار أحد الزوجين بالأخر أو بالعائلة المتمثلة بالأولاد، ضرراً يتعذر معه الاستمرار بالحياة الزّوجيّة، حيث يقف اعتبار وجود الضرر من عدمه على قناعته التي تتعزز بإثبات المدّعي للضرر أو الأذى الذي يصيبه جرّاء الضّرر الذي يلحقه من الطرف الآخر، وله ان يقبل أي دليل في الإثبات يقدّمه الخصوم، ويمكن أن يوصله إلى قناعة بعدم أمكانية الاستمرار بالحياة الزّوجيّة، عدا الادعاء بالادمان، فلا بدّ ان يتم إثبات ذلك بالطريقة التي اوجبها القانون، ألا وهي تقرير من لجنة طبية مختصة.[72]

ثانياً: السلطة التقديرية في حالة التفريق بسبب الخيانة الزّوجيّة :

الحياة الزوجية هي الدفء والاستقرار، بوجود رب الأسرة الذي يوفر الأمن والأمان لهذه الأسرة، والرعاية الكافية، لكن قد تطرأ في بعض الأحيان أشياء تعكر صفو هذه الأسرة، كالحكم على الزوج بعقوبة جزائية لإرتكابه الخيانة الزّوجيّة على نحو تستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، [73]

---

[70] فاروق عبدالله: الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 231.

[71] كتاب السرائر الحاوي لتحرير الفتاوي: الشيخ الجليل ابي عبد الله محمد ابن احمد ابن ادريس الحلي المتوفى سنة 598 هـ. تقديم وتحقيق : السيد محمد مهدي السيد حسن الموسوي الخرسان، بيروت 1410 هـ، ج 2، ص 730، وكذلك مغني المحتاج: الشربيني، مرجع سابق، ج2، ص 207.

[72] قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية، رقم 2015/ هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/ 2018، بتاريخ 2018/5/8، وقرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية، رقم 7861/ هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/ 2017، بتاريخ 2017/12/4 منشوران لدى رحيم العتابي: المختار من قضاء محكمة التمييز، المرجع السابق، ص 17و ص47.

[73] قارن مع باديس ذيابي: صور وآثار فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة– الجزائر 2007، ص47.

ويلاحظ هنا أنّ المشرع بيّن أمثلةً يمكن الإستناد إليها لطلب التفريق، من قبيل اللواط، بإعتبار أنّ هذه الجريمة المقترفة من شأنها المساس بشرف الأسرة، وكرامتها وسمعتها. [74]

والمشرع هنا لم يقصر الجرائم التي تمس بشرف الأسرة على اللواط، وإنّما جاءت من باب المثل لا الحصر، لأن الجرائم كثيرة يصعب حصرها، فكل جريمة ترتكب فيها مساس بشخص المعني المرتكب لها في شرفه ونزاهته واعتباره، وهي بذلك موجهة لأن تسبب الإساءة للأسرة بكاملها." [75]

ثالثاً: سلطة القاضي التقديرية في حالة التفريق للنشوز:

يعرف النشوز بأنّه: "جحود الزوجة لغير سبب شرعي"،[76]وهو "كراهة كل واحد منهما صاحبه، و سوء عشرته له". ومعنى نشزت المرأة على زوجها إذا عصته وخرجت عن طاعته، ونشز عليها زوجها إذا جفاها أو أضرّ بها.[77]

ومما يتقدّم يمكن القول، بأنّ للقاضي سلطة تقديرية في النظر في أسباب النشوز لدى الزوجة، والتحقق منها وفق الظروف الموضوعية والشخصية للزوجين، وعليه يمكن أن لا تعتبر الزوجة ناشزا إذا إشترطت لرجوعها حضور الزوج إلى بيت أهلها لرد كرامتها وهو الشرط الذي تنتفي معه حالة النشوز بأغلبية آراء الفقهاء، فإنهم أخطأوا في تفسير القانون ومتى كان ذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه.

ولا بد على القاضي من أن يتحقق ويبحث عن سبب إمتناع الزوجة عن الرجوع إلى محل الزّوجيّة، وليس بمجرد إمتناعها عن الرجوع تعتبر ناشزاً، وعلى القاضي أن يناقش ويتفحص جيدا الدفوع التي تثيرها الزوجة والتي تدفع بها إدعاء الزوج بأنها ناشز، فإذا كان سبب إمتناعها عن الرجوع لمحل الزّوجيّة هو عدم توفير الزوج لزوجته سكن زوجي منفرد فإنّ هذا يعتبر مبرر شرعي وحق مشروع للزوجة، ولا تعتبر في هذه الحالة ناشزاً، وعليه فإنّ السلطة التقديرية متروكة للقاضي في مدى إعتبار الحالة المعروضة عليه نشوزاً من أحد الزوجين.

رابعاً: السلطة التقديرية في حالة التفريق للعقوبة السالبة للحرية:

على وفق ما جاء في الفقرة 1 من المادة 43 من قانون الأحوال الشخصية النافذ، ما نصه"1-إذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه".

وهنا يكون للمحكمة سلطة تقديرية في التحقق من ثبوت الاسباب التي تستدعي التفريق، والتي وردت في هذه المادة، ويجب ان تكون هذه الاسباب قائمة إلى حين الحكم بالتفريق، فإذا انتفت الاسباب، فلا يجوز الاستناد

---

[74] للمزيد من التفصيل ينظر سليمان ولد خسال: الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري. الطبعة 2، شركة الأصالة للنشر والتوزيع، الجزائر العاصمة 2012م، ص160.

[75] باديس ذيابي صور وأثار فك الرابطة الزوجية، في قانون الأسرة الجزائري. المرجع السابق، ص48.

[76] الإمام أبو زهرة:الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية،دار الفكر العربي،القاهرة 1975، ص 277.

[77] النهاية في غريب الحديث والأثر: للامام مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير (544 – 606 ه) تحقيق محمود محمد الطناحي مؤسسة اسماعيل يان للطباعة والنشر والتوزيع، قم إيران، بلا سنة طبع، الجزء الخامس، ص 56.

إليها في الحكم بالتفريق، وبالتالي لا يجوز للزوجة أن تطلب التفريق بسبب الحبس، بعد انتهاء مدة محكوميته، لأنّه بانتهاء المحكومية تعود الحياة الزّوجيّة إلى طبيعتها، وبالتالي لا يوجد موجب في القانون يوجب التفريق، وهو ما أقرته محكمة التمييز الاتحادية العراقية أيضاً.[78]

خامساً: سلطة القاضي التقديرية في حالة التفريق للهجر:

إذا هجر الزوج عن زوجته لسبب ما وصبرت الزوجة على فراقه مع معلومية حياته، فلا إشكال ولا ريب عند جميع الفقهاء في بقاء علاقة الزّوجيّة بينهما، وعليها أن تصبر وتتصرف بمقتضى كونها زوجة، ولها حقوق عليه، وعليها واجبات اتجاهه، أمّا إذا رفعت أمرها للحاكم الشرعي مدعية أنها متضررة بالصبر عليه، وأرادت التفريق منه، فتبرز سلطة القاضي التقديرية هنا؛ في مسائل وتفاصيل مهمة في هذا النوع من التفريق، فعليها أن تتثبت من تحقق شروط توجّه الخصومة إبتداءً، فإنّ كان الزوج معلوم الحياة والإقامة، توجهت الخصومة نحوه، أمّا إذا كان غير ذلك فيمكن أن تتوجه الخصومة إلى أحد ذويه من أهله، أو أي جهة أخرى، كدائرته التي يعمل فيها للوقوف على موقفه، وللتحقق من وجوده على قيد الحياة ومعرفة محل إقامته ونحو ذلك، كي تستمر في السير في الدعوى، وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز الاتحادية العراقية، بـ "رد دعوى التفريق للهجر، إذا لم تستطع المدعية إثبات أنّ المدعى عليه لا يزال محتفظاً بشخصيته القانونية، لكي يصار إلى مخاصمته قانوناً، وهذا لا يحول دون إقامة الدعوى مجدداً، متى ما توصّلت المدعية إلى محل إقامته".[79]

خاتمة

في خاتمة هذه الدراسة؛ يمكن ان نطرح بعض النتائج والمقترحات التي نرى في الأخذ بها وتبنّيها فائدة على المستويين النظري والعملي، وكالآتي:

أوّلا: النتائج:

1. عقد الزواج؛ نظام شرعي وقانوني لرابطة ناشئة عن ميثاق غليظ بين رجل وإمرأة تحلّ له، ينتج آثار بما يفرضه من إلتزامات و يقرره من حقوق، وهو يمثّل فاتحة لنشوء الأسرة و أساسا لتكوين أجيال في الإطار القانوني والشرعي الصحيح، و حماية للنسل في إطار العلاقة المشتركة بين رجل و إمرأة تحل له.
2. "مكنة قانونية أقرّها المشرّع للقاضي المختص بنظر دعوى إنهاء الرابطة الزّوجيّة، خوّله فيها صلاحية المواءمة بين النصوص القانونية والظروف و الملابسات الموضوعية و الشخصية المتعلقة بالدعوى، و حسم الدعوى من خلال الفهم العميق و إعمال مَلَكَة الوعي و التفكّر لديه، للوصول إلى الحكم العادل فيها.

---

[78] قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية، رقم 6471 و6472/ هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/ 2012، بتاريخ 2012/8/12 منشور لدى رحيم العتابي: المختار من قضاء محكمة التمييز، المرجع السابق، ص 60.

[79] قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية، رقم 1443/ هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/ 2013، بتاريخ 2013/2/13 منشور لدى رحيم العتابي: المختار من قضاء محكمة التمييز، المرجع السابق، ص 58.

3. عندما يضطلع القاضي بنظر دعوى حل رابطة الزواج، فإنّه يماس عدّة مهام تتصف بكونها "تقديرية"، فعليه حين الحكم بإنهاء الرابطة الزوجية أن يقرر و فق سلطته التقديرية، ماهية الأسباب التي دفعته إلى إصدار الحكم بالفرقة على وفق ما يثبت أمامه من أدلّه يقدّمها الخصوم، و ما دفعه لترتيب الالتزامات المالية كالتعويض أو النفقة وغيرها من ناحية النوع و الكم.

1- طبيعة السلطة التقديرية تتجسّد في كونها عملاً قانونيّا و قضائيّاً في الوقت نفسه، يستقل فيه القاضي بتقدير وقائع الدعوى ولملمة جوانبها و تفاصيلها، على وفق ما رسمه له القانون من قواعد تحكم عمله، يكون للقاضي بموجب هذه الطبيعة المزدوجة لعمله؛ مكنة مراعاة العوامل الموضوعية و الشخصية في الدعوى، و التي أدت إلى نشوب النزاع أو تعذر الابقاء على الرابطة الزوجية.

2- تؤثّر القيود التي يضعها المشرّع على سلطة القاضي التقديرية، على نطاق تلك السلطة ضيقاً و إتساعاً، ويمكن للقاضي هنا؛ أن يُعمل سلطته التقديرية الموضوعية على وفق معيارين، هما العقلانية و الملائمة، وهما يمثلان في ذات الوقت قيود الا يجوز للقاضي التغاضي عنهما، و لذلك فقد يتخذ القاضي عدة أنواع من القرارات الملائمة لطبيعة الخلاف القائم بين الزوجين، بالرغم من عدم النص عليها قانوناً أو شرعاً، في محاولة منه لرأب الصدع الذي نشأ في علاقتهما.

ثانياً: المقترحات:

1- نقترح على المشرّع النص صراحة على منح القاضي سلطة تقديرية في مجال الأحوال الشخصية عموماً، ودعاوى إنهاء الرابطة الزوجية على وجه الخصوص، من حيث الاثبات او الآثار المالية التي تترتب على الانهاء، حيث لا توجد قدرة حقيقية لأي مشرع لأن يستوعب كل فروض و وقائع الحياة العملية في نص قانوني جامد، يكون للقاضي أن يعمل قدراته العلمية و الفكرية في الحكم في الواقعة المعروضة امامه، بموجب ما يتسنى له من رأي لإكمال قناعته، و يراه عادلاً للحكم في الدعوى، وله أراء الفقهاء المدونة في بطون المراجع الفقهية ما يسعفه في ذلك على أكمل وجه.

2- نتوجّه بالتوصية إلى القضاء العراقي، وذلك بتفعيل السلطة التقديرية للقاضي في حل الرابطة الزوجية في الفروض الآتية:

أ- المرونة في تطبيق النصوص القانونية التي تعطي الحق للمطلقة في طلب التعويض من مطلقها، إذا كان متعسفا في طلاقه لها و أصابها ضرر من تعسفه، خصوصاً عند تطبيق أحكام الطلاق على الخلع، وهو ما يعني إستبعاد احكام الطلاق التعسفي على الخلع، إذ ينتفي التعسف بتراضيهما بإرادتهما الحرة على البدل الواجب في الخلع، إذ لا يوجد أي مبرر منطقي لتصور ذلك في ظل الرضائية القائمة بين الزوجين، والتوافق بينهما على إنهاء علاقتهما الزوجية. و بالتالي يكون للقاضي المختص سلطة تقديرية في تطبيق أحكام المادة 39 من القانون بما ينسجم وطبيعة الخلع والفلسفة التي يقوم عليها.

ب- تبنّي نوع من السلطة التقديرية للقاضي في ظل مفاهيم المذهب الحرفي الاثبات، حيث يعطى القاضي بموجب هذا الاتجاه، دوراً إيجابياً في الإقتناع بالدليل الذي يقدّمه الخصوم أو يطلبه و تقديمه في الدعوى.

ت- نوصي قضاة محاكم الأحوال الشخصية بتضمين أحكامهم في دعاوى إنهاء الرابطة الزوجية، فقرة تتضمن الإشارة إلى المدة التي يبدأ بها سريان العدّة الواجبة بعد حكم الطلاق،وتاريخ ابتدائها و انتهائها، مع بيان نوع الطلاق، إذ اكان بائنا بينونة صغرى أو كبرى، على نحو لا يترك مجالاً للشبهة أو الاختلاف و التأويل، ومنعا للخلط الذي يمكن أن يقع في الآثار الشرعية المترتبة على إنهاء الرابطة الزوجية كالعدة والنفقة.