إقليم كوردستان العراق
مجلس القضاء

هەرێمی کوردستان / عێراق
ئەنجومەنی دادوەری

Judicial Council

السلطة التقديرية للقاضي في دعاوى التفريق القضائي

بحث

مقدم الى مجلس القضاء في اقليم كوردستان – العراق
كجزء من متطلبات الترقية من الصنف الرابع الى الصنف الثالث

من قبل

القاضي / كريستان عزيز محمد

قاضي محكمة الاحوال الشخصية في اربيل

بإشراف

القاضي / نادر عبدالعزيز محمدامين الهركي

نائب رئيس محكمة استئناف منطقة اربيل / رئيس محكمة جنايات اربيل / الاولى

١٤٤٥ هجري ٢٧٢٤ كوردي ٢٠٢٤ ميلادي

بسم الله الرحمن الرحيم

يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ لِلَّهِ شُهَدَآءَ بِٱلۡقِسۡطِۖ وَلَا
يَجۡرِمَنَّكُمۡ شَنَـَٔانُ قَوۡمٍ عَلَىٰٓ أَلَّا تَعۡدِلُواْۚ ٱعۡدِلُواْ هُوَ
أَقۡرَبُ لِلتَّقۡوَىٰۖ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَۚ إِنَّ ٱللَّهَ خَبِيرُۢ بِمَا
تَعۡمَلُونَ ٨

صدق الله العظيم

سورة المائدة اية: ٨

توصية المشرف

تم تكليفي بالاشراف على البحث المقدم من قبل زميلتنا القاضية السيدة (كريستان عزيز محمد) حول موضوع (السلطة التقديرية للقاضي في دعاوى التفريق القضائي) فاثناء الاطلاع على مضمون البحث وجدتها قد بذلت جهداً كثيراً في البحث عن المصادر من امهات كتب القانون في هذا المجال وان موضوع البحث من المواضيع المطروقة والواردة في التطبيق العملي فخيراً باختيارها لعنوان البحث وموضوعه وقد وجهتها لترتيب المباحث ومزوداً بالقرارات القضائية وزودتها بالملاحظات عسى ان اكون قد افدتها بملاحظاتي وبالاجمال فإن البحث المذكور جدير بان ينال رضى وقبول لجنة المناقشة .

ومن الله التوفيق

المشرف القاضي

نادر عبدالعزيز محمدامين الهركي

نائب رئيس محكمة استئناف منطقة اربيل

رئيس محكمة جنايات اربيل / الاولى

المقدمة

ان الزوجية هي في الحقيقة سنة من سنن الله في خلقه وهي الاسلوب الوحيد الذي جعله الله عز وجل الطريق الصحيح للتولد والتكاثر واستمرار الحياة فجعل عقد الزواج عقداً للاستمرار ومع ذلك فقد يعتري الحياة الزوجية بعض المشاكل والمصاعب والخلاف او الشقاق بين الزوجين ويصل لدرجة ان يمنع استمرار الحياة المشتركة بينهما فيبغي ويعتدي احد الزوجين على حق الاخر فيتطلب الامر رد المعتدي الى الصواب .

وفي اي دعوى تفريق قضائي فإن للقاضي سلطة تقديرية واسعة حيث انه يقييم الوقائع ويحدد ما إذا كان الضرر موجبا للتفريق ام لا ولان التفريق القضائي تعتبر الوسيلة الوحيدة لانحلال الرابطة الزوجية بعد الطلاق وفي حدود تتبعنا لم نجد دراسات او بحوث متعمقة تتناول سلطة القاضي التقديرية في منازعات التفريق القضائي وان وجدت فلم تتطرق الى تناول مسائلها من كل الجوانب وانما تناولت الجانب الفقهي فقط او القانوني او التطبيقات القانونية والقضائية المقارنة وهذا ما شجعنا لتناول هذا الموضوع بصورة واسعة قدر الامكان .

اهمية البحث :

يكتسي البحث في هذا الموضوع اهمية تتجلى في ناحيتين ؛ الاولى : اهمية علمية نظرية تنطوي على ما يشكل البحث في موضوع السلطة التقديرية للقاضي في دعاوى التفريق القضائي من اضافة الى مجال القضاء ، كما تمنح تصورا شاملاً لمفهوم السلطة التقديرية وكيفية قيام القاضي بالنشاط الذهني لمنح الحق في التفريق للزوج المتضرر. والثانية : اهمية عملية تطبيقية منبثقة من دور قاضي محكمة الاحوال الشخصية وما له من سلطة لتطبيق القانون وتحقيق مقاصيد الشريعة الاسلامية .

مشكلة البحث :

إن المشرع العراقي كغيره من المشرعين اورد النصوص المجردة في التفريق القضائي وبين فيه حالات على سبيل المثال للحكم بالتفريق وخول القاضي سلطة تقديرية للبحث في ذلك وبالتالي فإن حالات اعمال السلطة التقديرية وضوابطها لا يوجد لها حدود مرسومة في القانون وهذه هي الاشكالية الاساسية التي سنحاول ايجاد حلول قانونية مناسبة لها موافقة مع الشريعة الاسلامية .

نطاق البحث :

ان البحث ينصب على دراسة السلطة التقديرية للقاضي في دعاوى التفريق القضائي وفقاً لذلك تخرج من نطاق هذا البحث السلطة التقديرية للقاضي في اي مجال قضائي اخر حتى لو كان في الدعاوى الخاصة بقانون الاحوال الشخصية.

منهجية البحث:

سنعتمد في هذا البحث على المنهج التحليلي التطبيقي ؛ بتحليل النصوص القانونية والاراء الفقهية ومن ثم تطبيقاتها في القضاء عن طريق القرارات التمييزية التي تبين موقف القضاء من ذلك .

خطة البحث :

تتكون خطة البحث من مبحثين وخاتمة على الوجه التالي :

المبحث الاول - ماهية السلطة التقديرية للقاضي.

المطلب الاول : تعريف السلطة التقديرية للقاضي واهميتها.

المطلب الثاني : خصائص السلطة التقديرية للقاضي وتمييزها عن ما يشابهها.

المبحث الثاني - اساسيات وضوابط السلطة التقديرية للقاضي وتطبيقاتها في دعاوى التفريق القضائي.

المطلب الاول : اساسيات إعمال السلطة التقديرية للقاضي وضوابطها.

المطلب الثاني : تطبيقات إعمال السلطة التقديرية للقاضي في دعاوى التفريق القضائي .

وبعد ذلك ستكون هناك خاتمة تتضمن اهم الاستنتاجات والتوصيات التي توصلنا اليها من خلال هذا البحث .

ونسأل الله ان يوفقنا واياكم

المحتويات

الموضوع	الصفحة
الاية القرآنية	أ
توصية المشرف	ب
المقدمة	١-٢
المحتويات	٣
المبحث الاول:	**٤-١٠**
ماهية السلطة التقديرية للقاضي	
المطلب الاول : تعريف السلطة التقديرية للقاضي واهميتها	٤-٦
الفرع الاول : التعريف اللغوي للسلطة التقديرية للقاضي	٤-٥
الفرع الثاني : التعريف الإصطلاحي للسلطة التقديرية للقاضي	٥-٦
المطلب الثاني : خصائص السلطة التقديرية للقاضي وتمييزها عن ما يشابهها	٧-١٠
الفرع الاول : خصائص السلطة التقديرية للقاضي واهميتها	٧-٨
الفرع الثاني : تمييز السلطة التقديرية للقاضي عن ما يشابهها	٨-١٠
المبحث الثاني :	**١١-٢٢**
اساسيات وضوابط السلطة التقديرية للقاضي وتطبيقاتها في دعاوى التفريق القضائي	
المطلب الاول : اساسيات إعمال السلطة التقديرية للقاضي وضوابطها	١١ -١٥
الفرع الاول : اساسيات إعمال السلطة التقديرية للقاضي	١١-١٣
الفرع الثاني : ضوابط إعمال السلطة التقديرية للقاضي	١٤-١٥
المطلب الثاني : تطبيقات إعمال السلطة التقديرية للقاضي في دعاوى التفريق القضائي	١٦-٢٢
الفرع الاول : السلطة التقديرية للقاضي في التفريق للضرر وللعلل والعيوب	١٦-١٩
الفرع الثاني : السلطة التقديرية للقاضي في التفريق للخلاف والهجر	١٩-٢٢
الخاتمة	٢٣
المصادر	٢٤-٢٥

المبحث الاول

ماهية السلطة التقديرية للقاضي

إن ادراك ماهية السلطة التقديرية للقاضي يكون بتعريفها أو بيان حدها و يراد بالتعريف الاحاطة بمعنى المعرف ،حيث يكون شاملاً لكل معانيه مانعاً من دخول معاني اخرى فيه[١] واعتاد المعرفون لأي موضوع الانطلاق من اصله اللغوي وايصاله بإستعماله الاصطلاحي ثم الموازنة بين هذه التعريفات وكذلك بيان خصائصها واهميتها وما يمييزها عن ما يشابهها . لذلك سنتناول في هذا المبحث مطلبين ؛ في الاول نعرف السلطة التقديرية للقاضي وكذلك تعريف التفريق القضائي وفي الثاني نسرد خصائص السلطة التقديرية ونمييزها عما يشابهها .

المطلب الاول

تعريف السلطة التقديرية للقاضي واهميتها

لأجل الالمام بمفهوم اي مصطلح لابد من تعريفه لغةً واصطلاحاً عليه سنتناول في هذا المطلب تعريف السلطة التقديرية للقاضي لغة ومن ثم تعريفها اصطلاحا في فرعين كالاتي :-

الفرع الاول

التعريف اللغوي للسلطة التقديرية للقاضي

السلطة التقديـرية للقاضي مصطلح مركب من ثلاثة الفاظ لذلك سنقوم بتعريف كل لفظ على حدة ونعرف التفريق القضائي ايضاً :

اولاً- السلطة لغة : من سَلطَ ، يَسْلَط ، سَلاطةَ ، القهر[٢] وسلطَةً فتسلطَ عليهم ؛ اطلق له السُلطان والقدرة ومكنه منه وحكمه فيه ، والسلطة التسلط والسيطرة والتحكم والقدرة والملك والسهم الدقيق الطويل [٣] وانها اسم من التسلط ، والسلطان هو الولي والجمع سلاطين وكذلك هو الحجة والبرهان[٤]ومن خلال عرض هذه المعاني تبين ان السلطة اجمالا تشمل الملك والقوة والقدرة ، حيث تأتي تباعاً وهي متلازمة .

---

(١) علي بن محمد شريف الجرجاني ، كتاب التعريفات مكتبة لبنان ، بيروت ، ١٩٨٨، ص٢٤ .
(٢) اسماعيل بن حماد الجوهري ، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية تحقيق احمد عبدالغفور ، ج٣ ، دار اللغة للملايين ، ب . ت. سنة نشر ، ص ١١٣٣ .
(٣) احمد ابو حاقة ، معجم النفائس الوسيط ، بيروت ، لبنان ، النفائس ، ٢٠٠٧ ، ص٥٨٥ .
(٤) جمال الدين محمد بن مكرم ابي الفضل ، ابن منظور ، لسان العرب بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٤ ،مجلد١٢ ، ص ٢٣٠.

وقد استعملت النصوص الشرعية اللفظ في مواضع عدة من ذلك قوله تعالى **(ولو شاء الله لسلطهم عليكم فلقتلوكم فإن اعتزلوكم فلم يقتلوكم والقوا اليكم السلم فما جعل الله لكم عليهم سبيلا)** [١] ومعنى ذلك أن الله لو شاء لمكنهم منكم ولكنه لطف بكم وكف أذاهم عنكم .

ثانياً - التقديرية لغة : من قَدّرَ ، قُدِر ، قَدْراً نظر اليه ودبره واقتدر الشيء ، بين مقداره و جعله بِقدر و جمعه وامسكه و قَدّرَ ؛ تمتهل وفكر في تسوية أمر وتهيئته ، وبين له وحكم به عليه ، والتقدير تحديد كل مخلوق بحده الذي يوجد من حسن او قبح او نفع او ضر او غيره [٢] وهو على وجوه و معاني احدها ، التروية والتفكير في تسوية امر وتهيئته ، والثاني : تقديره بعلامات يقطعه عليها و غيرهما والقدرة والطاقة والقوة على الشيء والتمكن منه [٣] .

يظهر من هذه المعاني ان التقدير لغة ؛ التفكير و اعمال العقل في تسوية أمر معين وتهيئته لحكم بعد مقاسته وتبينه بعلامات قاطعة .وقد ورد لفظ قدّر في القرآن الكريم من ذلك قوله تعالى **(وقَدّرَ في السَّردِ)** [٤] .

ثالثاً - القاضي لغةً : من قضى يقضي قضياً و قضاء ، حكم و فصل ويقال قضي بين الخصمين و قضى له والقضية، الحكم والمسألة المتنازع فيها وتعرض على القاضي للبحث والفصل فيها او هي ما يحمل الصدق والكذب لذاته ويصح ان يكون موضوعا للبرهنة [٥] . فالقاضي هو الشخص الذي يحكم بين الناس فيما ينشأ بينهم من خصومات بعد البحث في الدعاوي وتحري صدقها من كذبها .

رابعاً – التفريق لغة : مصدره فرق ، يقال فرق بينهما اي فصل بين شيئين [٦] .

يستنتج مما سبق ان تعريف السلطة التقديرية للقاضي لغوياً هو : صلاحية تمنح لمن يتولى الفصل بين جماعة من الناس يربطهم أمر مشترك ، و ذلك بالتروي والتفكير لتسوية ما ينشأ بينهم من خصومات بعد البحث في ادعائهم وتحري صدقهم من كذبهم .

الفرع الثاني

التعريف الاصطلاحي للسلطة التقديرية للقاضي

يقصد بالتعريف الاصطلاحي ؛ المدلول الاستعمالي للفظ من الالفاظ في عرف اهل فن من الفنون ، فهو يجعل للالفاظ مدلولات جديدة غير مدلولاتها اللغوية الاصلية . لذلك سنحاول بيان مدلول السلطة التقديرية من الناحية الشرعية والقانونية :

---

(١) سورة النساء الاية ٩٠ .
(٢) احمد ابو حاقة ، مصدر سابق ، ص٩٧٣ .
(٣) جمال الدين محمد بن مكرم ، ابن منظور ، مصدر سابق ، ص٣٧ .
(٤) سورة سبأ الاية ١١ .
(٥) احمد ابو حاقة ، مصدر سابق ، ص٣٣٣.
(٦) جمال الدين محمد بن مكرم ، ابن منظور ، مصدر سابق ، ص ٤٢.

اولاً - السلطة التقديرية للقاضي والتفريق القضائي في الاصطلاح الشرعي :-

سبق القول ان مصطلح السلطة التقديرية للقاضي هو مصطلح قانوني ، وأن وجوده في الفقه الاسلامي كان تحت مسميات اخرى ، الا أن هذا لم يمنع الباحثين المعاصرين في مجال الشريعة من تعريف السلطة التقديرية للقاضي التي قيل انها "صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتفكير والتدبر تحسب النظر والمقايسة لاقامة شرع الله في الامور المعروضة امامه في جميع مراحلها ابتداء من قبول سماعها الى تهيئتها لاثبات صحتها او كذبها الى حكم عليها واختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم مع مراعاة احوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى لاهميته واثره في الحكم القضائي"[١].

بينما يعرف الباحثون في الشريعة التفريق بانهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بايقاع القاضي للطلاق بناءاً على طلب احدهما لسبب كالشقاق والضرر [٢].

ثانيا - السلطة التقديرية للقاضي في الاصطلاح القانوني :-

إن المشرع العراقي عند اصداره قانون الاحوال الشخصية و غيره من القوانين الاخرى لم يورد نص على مصطلح السلطة التقديرية بهذا اللفظ ، ولم يضع لها تعريفا محدداً ، بل ترك الامر لاهل الاختصاص من الفقهاء وشراح القانون لبحث وايجاد المدلول المتوافق مع ارادته التي ضمنتها كثير من النصوص القانونية . فاقتناع المحكمة نموذج حي للسلطة التقديرية للقاضي (اذا لم تقتنع المحكمة ببينة الزوجة لاثبات وجود خلافات مستحكمة ينبغي ان تعتبرها عاجزة عن الاثبات ومنحها حق توجيه اليمين الحاسمة الى زوجها) [٣] فقد عرفوها بانها : نشاط يرمي الى كشف مدى تطابق المقدمة الكامنة في عناصر النزاع مع المقدمات النموذجية المنصوص عليها في القانون فإذا ما تم كشف هذا التطابق فإن الاثر القانوني او النتيجة القانونية تنطلق من القاعدة القانونية لتحكم المركز المتنازع عليه [٤] . غير انه التفريق القضائي في الاسطلاح القانوني يعرفوا " بانه انهاء الحيات الزوجية جبرا بحكم القاضي لما لحق الطرف الاخر من الضرر" [٥].

ويرى اخر انها : نشاط ذهني يقوم به قاضي الموضوع مادته الوقائع والقانون معاً ، ويخضع بصدده لرقابة المحكمة العليا دون تميز بتقديره للواقع وتقديره للقانون على اعتبار الخطأ في تقدير ايهما هو خطأ في القانون بمعناه الواسع تختص بتصحيحه محكمة التمييز . وهناك من قال انها : مكنة قانونية تخول صاحب الاختصاص حرية تقدير ممارسة اختصاص اذا توافرت الشروط القانونية لذلك [٦] .

---

(١) محمود محمد ناصر بركات ، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الاسلامي ، الطبعة الاولى ، دار النفائس ،بيروت ، ٢٠٠٧ص ٨١.
(٢) منصور بن يونس البهوتي الحنبلي ، كشاف القناع عن متن الاقناع ، بيروت ، الطبعة الاولى ، عالم الكتب ، ١٩٩٧ ، ص٢٧.
(٣) قرار المحكمة تمييز اقليم كوردستان المرقم ٧٤٣ / هيئة الاحوال الشخصية / ٢٠١٨ في ٢٠١٨/١٢/٢٣ ، القاضي محمد مصطفى محمود جاف ، الجديد في قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان ، قرارات هيئة الاحوال الشخصية ، اربيل ، مكتبة هةولير القانونية ، ٢٠٢٢ ، ص١١ .
(٤) نصرالدين فريد محمد واصل ، السلطة القضائية ونظام القضاء في الاسلام ، مصر ، المكتبة الوقفية ،١٩٩٠ ، ص٨١.
(٥) منصور بن يونس البهوتي الحنبلي ، مصدر سابق ، ص٢٨.
(٦) علي خطار شطاوي ، موسوعة القضاء الاداري ، عمان ، الاردن ، مكتبةالثقافة ، ٢٠٠٤ ، ص١٥٨ .

المطلب الثاني

خصائص السلطة التقديرية للقاضي وتميزها عن ما يشابهها

سبق القول إن عناصر ماهية اي موضوع تستوجب سرد خصائصها او بيان ما يميزها وهو الأمر الذي سنحاول التطرق اليه في هذا المطلب المقسم الى فرعين :

الفرع الاول
خصائص السلطة التقديرية للقاضي واهميتها

اولا- الخصائص : السلطة التقديرية للقاضي في محكمة الاحوال الشخصية بالرغم من اشتراكها في التعريف او المعنى مع السلطة التقديرية للقاضي في سائر الفروع الاخرى إلا انها لها خصائص تنفرد بها .

١/ من حيث مجال استعمالها : منح المشرع لقاضي محاكم الاحوال الشخصية سلطة تقديرية واسعة اثناء ممارسة وظيفته القضائية التي لا تقتصر على فصل في الخصومات وقطع النزاعات فقط وانما تمتد حتى للعمل الاصلاحي وكذا العمل الولائي :-

أ / في مجال العمل القضائي : وهو العمل الابرز للقاضي والمتمثل في بحث والفصل في كل ما ينشأ من خصومات من خلال تطبيق النصوص القانونية المتعلقة بالنزاع نجد القاضي ملزماً بتطبيق النص القانوني، وفي حالة انعدام النص او غموضه خول له القانون سلطة تقديرية واسعة لايجاد الحل القانوني ، من خلال بذل الجهد والوسع في الفهم وتفسير النصوص لاستنباط الاحكام القانونية وتقدير الحماية القضائية [١] .

ب / في المجال الاصلاحي : ألزم القانون القاضي في بعض المنازعات الاسرية بإجراء محاولة الصلح خاصة في حالة الخلاف بين الزوجين والاقدام على التفريق [٢] غير انه من جانب اخر خول له سلطة تقديرية واسعة فيما يتعلق بالصلح بينهما من خلال بذله الجهد في التوفيق بينهما (الخلاف الموجب للتفريق يجب ان يكون مستحكما غير قابل للاصلاح) [٣].

ج / في المجال الولائي : للقاضي ولاية واسعة في كل ما يتعلق بالاسرة فهو المخول بتقدير مدى توفر المصلحة في كل الطلبات المقدمة اليه فيما يتعلق بالوصاية وزواج القصر وابرز مثال على المجال الولائي سلطته التقديرية في تقدير النفقة المؤقتة للزوجة محتسباً على نتيجة الدعوى الاصلية المعروضة امامه بالحكم والرد[٤].

---

(١) عمر نبيل اسماعيل ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية ، مصر، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٨، ص١٠٩ .

(٢) المادة (٤١) من قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

(٣) قرار محكمة اقليم كوردستان رقم ١٧٤ / هيئة الاحوال الشخصية / ٢٠١٩ في ٢٠١٩/١٠/٧ ، القاضي محمد مصطفى محمود جاف ، الجديد في قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان ، قرارات هيئة الاحوال الشخصية ، ج١، اربيل ، مكتبة هةولير القانونية ، ٢٠٢٢ ، ص٣٦٦ .

(٤) المادة (٣١) من قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

٢/ الدور الايجابي الذي يمارسه القاضي : من خلال السلطة التقديرية الممنوحة له في نطاق قانون الاحوال الشخصية والذي يقضي دائماً في ايجاد الحلول الموضوعية لكل ما يطرح امامه ، فنجد ان للقاضي دور ايجابي من خلال السطة التقديرية الواسعة المخولة له بموجب القانون الموضوعي وكذلك الاجرائي الذي لم يجعل منه عنصراً محايداً في القضية بل جعل منه عنصراً فعال فيها يبحث في مدى توفر المصلحة ويبحث في الدوافع ويحمي المصالح من خلال اتخاذ التدابير الملائمة لذلك [١] .

٣/ من حيث خصوصية المسائل التي يحكم فيها : لأن الاسرة هي الخلية الاساسية للمجتمع وهي عماد واساس صلاحه لذلك فممارسة القاضي للسلطة التقديرية في هذا المجال ليس بالامر الهين وهذا لعظم شأن هذا الفرع من فروع القانون واتصاله الوثيق بكل فرد من افراد المجتمع حيث ان موضوعه يتعلق بأمور شخصية تمس الجوانب النفسية والاجتماعية والدينية وهذا يترتب عنه الاختلاف في القضايا المنظورة لانها وإن اتفقت في الظاهر إلا ان لكل قضية خصوصية وميزة تختلف باختلاف الظروف والاشخاص ، الامر الذي يجعل القاضي امام اختبار حقيقي لقدراته وملكاته الذهنية التي تختلف من قاضٍ لاخر وهذا ما يستدعي المناداة بضرورة تخصيص القضاة في هذا المجال وتولية هذا الفرع الاهمية اللازمة[٢].

٤/ الطابع المركب للسلطة التقديرية للقاضي : إذ إن السلطة التقديرية في الوقت ذاته التزام وواجب فالقاضي عند اعماله لنشاطه الذهني يهدف الى كشف المراكز القانونية ومنح الحماية القضائية وبذلك هو مرتبط بالغاية التي حددها له القانون كما انه ملزم بالنظر في الظروف والملابسات والمواءمة بين الواقع والقانون[٣].

يستنتج مما سبق أن السلطة التقديرية للقاضي وإن كانت من طبيعة واحدة في كل الفروع القانونية إلا انها تختلف باختلاف المواضيع التي يتناولها كل فرع ولهذا تتميز هذه السلطة التقديرية بخصوصية المسائل التي يفصل فيها القاضي فهي تجعل دوره فعالاً و ايجابياً .

ثانياً ـ اهمية السلطة التقديرية للقاضي : إن المشرع مهما حرص على وضع القواعد القانونية فإنه لا يمكن مواجهة سلوك الافراد ومتغيرات المجتمع ، وهو الامر الذي تتصدى له فكرة السلطة التقديرية للقاضي من خلال سد الثغرات القانونية وتفادي القصور التشريعي وكذلك ملاءمة القواعد القانونية للواقع والمستجدات ومن هنا فالسلطة التقديرية لقاضي محكمة الاحوال الشخصية تكتسب اهمية بالغة لانها تضفي على قانون الاحوال الشخصية طابعه العملي الحي فهي من يحدد ابعاده ومداه وتجعل من قواعده الجامدة ذات حركة وفعالية خاصة وإن الامور التي يعالجها هذا القانون هي ذات طبيعة شخصية وتمس الركن الاساسي في المجتمع (الاسرة) وكثيرة هي القواعد التشريعية التي يعود الفضل في وجودها للسلطة التقديرية للقاضي .

يستنتج مما سبق إن السلطة التقديرية للقاضي هي جوهر العمل القضائي [٤] وهي من تكفل تطبيق القانون وتجعل من قاضي محكمة الاحوال الشخصية عنصراً إيجابياً وليس مجرد آلة خيالية من الارادة والنشاط الذهني.

---

(١) عبدالرحمن بربارة ، شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية ، الجزائر ،منشورات البغدادي ،٢٠٠٩ ،ص٣٤٤.
(٢) عمر نبيل ، مصدر سابق ، ص٩٥ .
(٣) عمر نبيل ، المصدر السابق ، ص٩٧ .
(٤) عمر نبيل اسماعيل ، مصدر سابق ، ص١٣٩.

الفرع الثاني

تمييز السلطة التقديرية للقاضي عن مايشابهها

بعد بيان مميزات وخصائص السلطة التقديرية للقاضي بوجهٍ عام وقاضي محكمة الاحوال الشخصية بوجهٍ خاص سنحاول الان عرض بعض الافكار المشابهة للسلطة التقديرية و نقاط تميزها عنها .

اولاً// تمييز السلطة التقديرية للقاضي عن السلطة التعسفية (التحكمية)

تتميز السلطة التقديرية للقاضي عن التحكمية في إن هذه الاخيرة لا تستند الى مبدأ الشرعية ولا رقابة عليها من القانون وهي سادت في القدم نظراً لتسلط الحكام وانعدام الفصل بين السلطات بينما الاولى نظام قانوني اقره القانون حيث تمارس بموجبه وفي اطاره[١] .

ثانياً // تمييز السلطة التقديرية للقاضي عن السلطة المقيدة :

تتحقق السلطة المقيدة عندما يحدد المشرع للقاضي مسبقاً سلوكاً معيناً يجب عليه العمل في اطاره وحدوده ولا يملك الخروج عنه كما في تحديده السقف الأدنى والاعلى للشيء ، ويكون امام سلطة تقديرية عندما يترك هامشاً من الحرية للقاضي في الاختيار بين عدة أمور طرحها المشرع ، وتقدير متى يتم تطبيق القاعدة القانونية وترتيب اثرها القانوني [٢] والاكيد ان صياغة عبارات النص الذي يخول للقاضي سلطة التقدير هي من تبين ما اذا كانت السلطة مطلقة أم مقيدة .

ثالثاً// التمييز بين السلطة التقديرية للقاضي والتقدير القضائي [٣]:

اذا كانت هاتان الفكرتان قانونيتين ومتشابهتين فهذا لا يعني انهما متطابقتان ، فالتقدير هو النشاط الذهني الذي يمارسه القاضي في شأن المسائل المطروحة امامه في حين أن السلطة التقديرية هي الصلاحية التي تخول للقاضي مباشرة هذا النشاط في نطاق مبدأ الشرعية .

رابعاً// التمييز بين السلطة التقديرية والحق الشخصي [٤]:

إن الحق الشخصي هو سلطة مقررة لشخص تجاه الاخر تخول لصاحبها حرية ممارستها من عدمه مما يعني أن الحق الشخصي يمكن التنازل عنه [٥] أما السلطة التقديرية للقاضي فيمارسها بحكم وظيفته القضائية ، ولا يستطيع التنازل عنها ولا تعد حقاً شخصياً لأن ذلك يجعل القاضي طرفاً في النزاع .

ويتضح مما سبق ان السلطة التقديرية للقاضي في محكمة الاحوال الشخصية اضافة الى تمييزهما عن السلطة التقديرية للقاضي في مختلف فروع القانون فإنها تتمييز أيضاً عن بعض الافكار القانونية المشابهة لها .

---

(١) محمد علي الكيك ، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي ، الاسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية ، ٢٠٠٧ ،ص٧.
(٢) عمر نبيل اسماعيل ، مصدر سابق ، ص٨.
(٣) عمر نبيل اسماعيل ، التقدير القضائي المستقبلي ، مصر ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، ١٩٩٩ ، ص٢٣ .
(٤) محمد علي الكيك ، مصدر سابق ، ص٩ .
(٥) عبدالمنعم فرج الصدة ، اصول القانون ، بيروت ، لبنان ، دار النهضة العربية ، ب . ت . سنة نشر ، ص٣١٥.

خلاصة المبحث :

نستخلص مما تقدم الى نتيجة مفادها أن السلطة التقديرية للقاضي هي مكنة قانونية قوامها النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي وهي ذات طبيعة واحدة في كل فروع القانون ، لكن لها مميزات خاصة في قانون الاحوال الشخصية بحكم طبيعة المسائل التي يتناولها القانون ونوعية القضايا التي يفصل فيها القاضي بموجب هذا القانون ، وهذه السلطة هي جوهر الوظيفة القضائية لذلك تكتسي اهمية بالغة في تحقيق الاستقرار العادل .

المبحث الثاني

اساسيات وضوابط السلطة التقديرية للقاضي و تطبيقاتها في دعاوى التفريق القضائي

للوقوف على الجانب العملي لممارسة القاضي للسلطة التقديرية لابد من توضيح اساسيات وضوابط ممارسة القاضي لهذه السلطة ومن ثم ذكر نماذج معينة من التفريق القضائي وبيان مدى اعمال القاضي للسلطة التقديرية في هذا المجال عليه سنقسم هذا المبحث الى مطلبين ؛ في الاول نوضح اساسيات اعمال السلطة التقديرية للقاضي وضوابطها وفي الثاني نورد تطبيقات اعمال السلطة التقديرية للقاضي في دعاوى التفريق القضائي .

المطلب الاول

اساسيات إعمال السلطة التقديرية للقاضي وضوابطها

بما إن السلطة التقديرية للقاضي مستمدة من القانون وممارستها تكون بشروط وضوابط ونتائجها قابلة للرقابة عليه نقسم هذا المبحث الى فرعين نتناول فيه ما ذكر اعلاه .

الفرع الاول

اساسيات إعمال السلطة التقديرية للقاضي

عند عرض دعوى قضائية ، على القاضي حسمه ولأجل ذلك فعليه القيام بنشاط ذهني لمطابقة الواقع مع القانون لما يترتب على ذلك من اثر قانوني وهذا الامر يعد في غاية الصعوبة لما يتطلبه من دقة وتركيز وعليه ان يسلك منهجية معينة وفقاً للمنطق وسنوضح ما سبق من خلال مايلي :

اولاً// إعمال القاضي لنشاطه الذهني في مجال الوقائع :

تعد الوقائع المادة الاولى لنشاط القاضي الذهني ويقصد بها مجموعة الاحداث التي جرت بين الخصمين والتي تشكل في مجموع عناصرها موضوع النزاع وهذه الوقائع يعرض الخصوم منها ما يشاؤون ، حيث يلتزم القاضي بما تم عرضه أمامه دون تجاوز ذلك وإلا عد متجاوزاً لسلطته[1] .

---

(١) عمر نبيل اسماعيل ، سلطة القاضي التقديرية ، مصدر سابق ، ص١٢٦ .

وبما ان الوقائع المدعى بها من طرف الخصوم ترتبط اوثق الارتباط بالحكم الذي يصدره القاضي ، فلا يجوز له الحكم بغير ما طلب منه كما لا يجوز له تعديل الطلب القضائي أو سببه ، وإنما يحكم في اطار ماتم تحديده من قبل الاطراف ، وفي هذا الصدد ما يلتزم به القاضي هو ما يتم من مطالبة قضائية للخصوم ، كمطالبة الزوجة مثلاً بالتفريق إستناداً لأحد اسباب المادة (٤٠) من قانون الاحوال الشخصية الى المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بها فالقاضي في هذه الحالة لابد يتصدى الى كلا الطلبين سواء بالقبول او الرفض أما في حالة عدم مناقشته لأحدهما هنا يكون قراره فيما بعد معيباً قانونياً .

فبعد قيام الخصوم بالادعاء يأتي عنصر اثبات الوقائع عن طريق تقديم الحجج والبيانات التي تدعم وتؤكد قيام المركز القانوني المتنازع عليه حيث يساعد الاثبات في تكوين الاقتناع الشخصي لقاضي ولا يؤسس حكمه إلا بناء على ماتم تقديمه من اسانيد قانونية .

ولابد من القول ايضاً أن تحليل القاضي لهذا الواقع والوقوف على حقيقة الادعاءات المرفوعة اليه تعد من الاشارات التي تدل على صحة ما يستخلصه من وقائع فعالة تتعلق بالخصومة من خلال غربلته لتلك الوقائع عن طريق الاستئناس بما تم تقديمه من إثبات الوقائع المدعى بها [١].

اما المقصود بالوقائع المنتجة فنعني بذلك الوقائع التي لها دور في اقناع القاضي وتساهم فيما بعد في تكوين قراره واثناء ذلك هو حر في تقدير الوقائع وتحصيل فهمه للدعوى ولارقابة عليه في كيفية تفكيره ولكنه ملزم باحترام القواعد الموضوعية والاجرائية للاثبات حيث يعد ذلك من النظام العام ويستنتج مما سبق إن القاضي يقوم في مجال الوقائع بنشاط ذهني يهدف الى استخلاص الوقائع المنتجة في القضية حسب تقديره [٢] .

ثانياً// اعمال القاضي لنشاطه الذهني في مجال القانون :

القاضي واثناء فحصه الوقائع ومحاولة ما هو منتج فيها ؛ يقوم بذلك وقد تواجدت في ذهنه القواعد القانونية المحتملة التطبيق على النزاع ، وهذا كتمهيد لاجراء التكييف القانوني .

والتكييف القانوني يعني اعطاء الوصف القانوني للنزاع المطروح على القاضي الذي يقوم بإجراء عملية ذهنية يتوصل بها الى تطبيق القانون ، من خلال محاولة انزال الفروض النموذجية الموجودة بالقاعدة القانونية الى الواقع ومقارنتها به فإذا تم التطابق بين الفرض الموجود في القاعدة القانونية وبين الواقع ويتم ترتيب الاثر القانوني المنصوص عليه [٣] .

غير إنه في حالات معينة تكون هذه الفروض غامضة وهنا يتطلب من القاضي اللجوء الى عملية التفسير القضائي بتحديد معنى القاعدة القانونية وتعيين نطاق تطبيقها ، ويجدر الذكر ان هذا التفسير الذي يقوم به القاضي ، بمناسبة النزاع والذي على ضوئه يتم ايجاد الحل القانوني لا يحمل صفة الالزام ، فيجوز له ان لا يلتزم به في نزاع اخر كما أنه لا يكون ملزماً لغيره [٤] إلا اذا تم إقراره من طرف محكمة عليا (محكمة التمييز) وقتها يصبح ملزماً كمبدأ تمييزي .

---

(١) نادية فوضيل ، دروس في المدخل للعلوم القانونية ، بن عكنون ، الجزائير ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ١٩٩٩ ، ص٩٥.
(٢) ابراهيم بن حديد ، السلطة التقديرية للقاضي المدني ، دراسة تحليلية نقدية ، جامعة الجزائر ، ١٩٩٥ ،ص٣٦ .
(٣) عبدالحميد الشواربي ، المسؤلية القضائية ، الاسكندرية ، منشأة المعارف ، ١٩٩٧ ، ص٢١٣ .
(٤) نادية فوضيل ،دروس في المدخل للعلوم القانونية،بن عكنون ،الجزائر،ديوان المطبوعات الجامعية ، ١٩٩٩ ، ص١١٩ .

والقاضي عندما يقوم بتطبيق حكم القانون على دعوى معروضة امامه فهو يقوم بنشاط تقديري يصدر منه بموجب ولاية القضاء وبمناسبة وظيفته القضائية التي تتطلب منه رفع كل تجهيل يصادف المادة القانونية ، ففهم القانون وتطبيقه هي مسألة يختص بها القاضي وحده ويخضع بنشأتها لرقابة قضائية .

ثالثاً// الوسائل التي يستدل بها القاضي في البناء المنطقي للحكم :

إن القاضي لكي يصل الى حكم قضائي يعتمد في استدلاله على وسائل منطقية ولا يكون استدلاله مبنياً على افتراضات وتخمينات .والمنطق يقصد به العلم الذي يبين القواعد العامة للتفكير السليم بصرف النظر عن الموضوعات التي يتناولها التفكير [١] .

والحكم حسب كثير من الفقهاء المعاصرين هو بناء منطقي ؛ لأن الاستدلال القضائي الذي يقوم به القاضي هو عملية منطقية تتمثل في استخلاص نتيجة معينة من المقدمتين الكبرى والصغرى للقياس الذي يجريه ويستهدف تبرير الحكم أو القرار الذي يتخذه بحيث يبدو أنه قرار غير تحكمي وانه قرار عادل [٢].

ونجد ان القاضي لكي يتوصل الى قرار حاسم في دعوى معروضة امامه يقوم بالاستدلال القضائي مبني على مقدمتين صغرى تتمثل في الواقع التي قام بتحليلها وضبط عناصرها ، ومقدمة كبرى تتمثل في القاعدة القانونية التي قام القاضي باختيارها ثم حلل افكارها المركبة الى عناصرها الاولية وهذا من خلال انزال الفروض النموذجية الواردة بها على الواقع حتى يتأكد من تطابقها فإذا ما ثبت تطابق القانون والواقع فإن الاثر القانوني او النتيجة القانونية تنطلق لتحكم المركز المتنازع عليه [٣] .

فالقاضي ملزم بذكر الاسباب الواقعية والقانونية للحكم وهذه الاسباب هي التي توضح المنهج الذي يسلكه القاضي في حكمه وكذلك المنطق الذي اعتمده في ذلك ، وهي التي تبين ما اذا كان القياس القضائي الذي قام به القاضي صحيحاً ام لا وبالتالي يكون قد طبق القانون تطبيقاً سليماً ، او يتبين ان الحكم استخلص بناءً على استدلال فاسد وغير منطقي ونكون هنا امام خطأ في تطبيق القانون [٤] .

نستنتج ان القاضي ومن اجل ايجاد الحل القانوني للدعوى يقوم باستعمال وسائل منطقية كالاستدلال القضائي والقياس القضائي والجدل والمقارنة والاستنباط وغيرها من ادوات المنطق التي تساعده في بناء الحكم .

---

(١) عبدالحميد الشواربي ، مصدر سابق ، ص٢٠١ .
(٢) عبدالحميد الشواربي ، المصدر السابق ، ص٢٠٣ .
(٣) ابراهيم بن حديد ، مصدر سابق ، ص١٨ .
(٤) ابراهيم بن حديد ،المصدر السابق ، ص٢٠ .

الفرع الثاني

ضوابط إعمال السلطة التقديرية للقاضي

مع ان المشرع منح القاضي سلطة تقديرية واسعة إلا ان هذه السلطة ملازمة للولاية القضائية ويجب اخضاعها لجملة من الضوابط التي تحكم العمل القضائي بشكل عام وينبغي على القاضي ان يلتزم بها عند استخدامه لهذه السلطة حتى لا يسيء استغلالها فتصبح مناط تعسف من قبله وسنوضح لك تباعاً

اولا// عدم الانحراف عن الغاية التي رسمها القانون :

لقد خول القانون للقاضي سلطة تقديرية في بحث النزاع المطروح امامه ولم يجعل منه الة نعطي لها القانون فتصدره بشكل حكم لنا وانما منح له جانباً من الحرية لممارسة نشاطه الذهني في بحث النزاع واصدار الحكم بعد فهمه للقانون والوقائع المدعي بها:

أ/ الغاية من وجود القضاء ومنح القاضي سلطة تقديرية : إن القاضي اذا ما عرض عليه نزاع حول مركز قانوني معين فهو مطالب بإنزال حكم القانون عليه ورفع التجهيل الذي احاط بهذه المراكز القانونية ، ولكي يتوصل الى ذلك لابد ان يقوم بالبحث والاجتهاد وهذا بحكم طبيعة وظيفته ، وهنا لابد ان يكون على دراية كافية بالقانون حتى يتمكن من تحقيق الغاية التي يصبو المشرع الى تحقيقها [١] .

لذلك يسعي جاهداً الى احقاق الحق وعدم الميل عنه ، فهو مأمور وملزما بالفصل في كل ما يطرح امامه عن طريق البحث والاجتهاد في كل مراحل الدعوى ؛ ولا يجوز له ان يمنع عن الفصل في القضايا دون مسوغ قانوني وإلا عد مرتكباً لانكار العدالة [٢] .

ب / المصلحة وتصرف القاضي : إن القاضي عند ممارسته السلطة التقديرية مقيد بإعمالها من اجل تحقيق المصلحة العامة التي يهدف الى تحقيقها القانون وبالتالي لا يجوز له ان يتخذ من هذه السلطة وسيلة لتحقيق مصالح او مكاسب شخصية لأنه بذلك ينحرف عن الهدف الذي رسمه المشرع عن منحه هذه السلطة [٣] .

إن الغاية الاساسية من وجود القانون هي تحقيق المنفعة لكل المجتمع دون استثناء ذلك جاءت قواعده عامة ومجردة تخاطب الجميع على منبر المساواة ، والقاضي بموجب ولاية القضاء يعد منفذاً ومترجماً لارادة المشرع لذلك فإن النشاط الذهني الذي يقوم به يجب ان يصدر منه بصفة موضوعية واضعاً صوب عينيه المصلحة العامة للمجتمع ككل ، مجتنباً النظر في مصلحته الشخصية .

ج / ضرورة التقيد بمجال الاجتهاد : إن ممارسة القاضي لسلطته التقديرية لاتأتي من فراغ وإنما يمارسها بموجب نص قانوني ،لذلك فهي مكنة مخولة بموجب القانون وتمارس في ظله، ولذلك نجد ان المشرع عندما يخول القاضي ممارسة نشاط تقديري فإنه يحدد له مجال هذه الممارسة ، وهذا بذاته يعد قيداً على حرية تقديره [٤] .

---

(١) ابراهيم بن حديد ،المصدر السابق ، ص١٥١ .
(٢) محمود محمد ناصر البركات ، مصدر سابق ، ص١٥٢ .
(٣) محمود محمد ناصر البركات ، المصدر السابق ، ص١٥٣.
(٤) نبيل عمر اسماعيل ، مصدر سابق ، ص٩٤ .

ثانياً// عدم قضاء القاضي بعلمه الشخصي :

لقد ذهب جانب من الفقه الى مبدأ "مشروعية وسيلة الاثبات" التي يعني بها الحصول على الادلة المتعلقة بالنزاع المطروح من ضمن ما تم تقديمه من طرف الخصوم الى القول انه لا يجوز للقاضي بناء امتناعه على حيثيات خارجة عن اوراق الدعوى انطلاقاً من علمه الشخصي بها فلو قام بذلك لأعتبر علمه باطلاً لأنه ازدوج بين صفة الشاهد والقاضي، وهذا من شأنه الاخلال بحق الدفاع ومبدأ حياد القاضي .

واستناداً لمبدأ حياد القاضي يمنع من القضاء بعلمه الشخصي ويقصد بالحياد تجريد القاضي من اي مصلحة شخصية في النزاع وعدم تحيزه الى أي طرف من اطراف الدعوى على نحو يؤهله الى الحكم بصفة موضوعية[١].

غير ان هناك من يرى أن المقصود بحياد القاضي يعني وقوف القاضي من النزاع موقفاً سلبياً من كلا الخصمين غير أن هذا المفهوم يقودنا الى مبدأ حياد القاضي في نظر المذهب التقليدي الذي يجعل من القاضي عنصراً غير فعال في القضية ، وهذا عكس المذهب الحديث الذي يجعل القاضي عنصراً فعالاً في بحث القضية حيث لا يكتفي بالنظر ، وانما يقوم بمبادرات تساعد على ايجاد الحل القانوني للنزاع [٢] .

ويستثنى من ذلك امور يجوز للقاضي الاستناد فيها الى علمه الشخصي عند بحث النزاع المطروح استناداً الى معلوماته الشخصية التي يفترض علم الجميع بها كما يفترض علمه بالقانون الواجب التطبيق في القضايا التي ينظر فيها ، فالخصوم يفترض فيهم العلم بالواقع والقاضي يفترض فيه العلم بالقواعد القانونية، ولقيام القاضي بتطبيق القانون انطلاقاً من معلوماته الشخصية في هذا المجال لا يعد قضاء بعلمه الشخصي ، لأنه هو الشخص المخول بمعرفة القانون وترتيب الاحكام الواردة فيه على الوقائع التي تتطابق معه [٣] .

ثالثاً// التزام القاضي بتسبيب الحكم :

يقصد بتسبيب الحكم "بيان الادلة الواقعية والحجج القانونية التي يبني عليها القاضي حكمه" [٤]. فالتسبيب وفقاً لهذا المفهوم يعني سرد الوقائع التي تشكل موضوع النزاع وبيان الادلة التي استند اليها الخصوم في تبرير ادعائهم ، وكذلك ذكر الحجج القانونية التي يعني بها ذكر القاضي النصوص القانونية التي استند اليها في منح هذه الوقائع وصفاً قانونياً والتي بموجبها ترتبت النتيجة التي توصل اليها في الحكم .

فالقصد من التزام القاضي بالتسبيب هو ضرورة قيامه بعرض العناصر القانونية والواقعية التي استند اليها في بناء عقيدته واقتناعه الشخصي في اطار ما تم طرحه من طرف الخصوم حيث يبين من خلاله مدى صحة الاستدلال القانوني والقضائي الذي قام به ، وابرزه من خلال عرضه للعناصر التي قادته للخروج بهذه النتيجة القانونية للخصوم ولكل من يطلع على الحكم بالهدف الدراسة أو الفحص ، إن ما توصل اليه هو اقرب ما يكون الى الحق ومطابقة الواقع .

---

(١) عبدالحميد الشواربي ، مصدر سابق ، ص٦١ .
(٢) عبدالحميد الشواربي ، المصدر السابق ، ص٦٣ .
(٣) نبيل عمر اسماعيل ، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي ، مصدر سابق ، ص١٢٥ .
(٤) فاطمة الزهراء تبوب ، سلطة القاضي في تقدير ادلة الاثبات في المواد المدنية ، جامعة الجزائر ، ١٩٩٧،ص٨٩ .

المطلب الثاني

تطبيقات إعمال السلطة التقديرية للقاضي في دعاوى التفريق القضائي

إن تطبيقات السلطة التقديرية للقاضي في منازعات التفريق القضائي واسع ومتشعب ولكن محاولة منا في عدم الاستطالة نذكر منها بعض النماذج البارزة في قانون الاحوال الشخصية العراقي ولذلك نقسم هذا المطلب الى فرعين في كل فرع نتناول نموذجين :

الفرع الاول

السلطة التقديرية للقاضي في التفريق للضرر وللعلل والعيوب

سنحاول بيان كل واحدة فيها معززة بقرارات تمييزية توضيحية وتطبيقية موضحين فيها موقف الفقه والقانون والقضاء .

اولاً // التفريق للضرر وسلطة القاضي فيه :

يراد بالضرر ما يلحقه احد الزوجين بالأخر من انواع الاذى التي لا تستقيم معها العشرة الزوجية سواء كان هذا الضرر بالقول كالشتم والسب أم بالفعل كالضرب والاجبار على فعل المحرم والقبيح وامتهان الكرامة وغير ذلك [١] وهو احد الطرق التي ينحل بها عقد الزواج وللقاضي دور كبير في فض المنازعات التي تنشأ بين الزوجين بسبب الضرر ويتضح ذلك في مباديء متعددة لمحكمة تمييز اقليم كوردستان منها (إن ادعاء المدعية وجود مشاكل بينها وبين زوجها المدعي عليه كالضرب والشتم والضعف الجنسي لدى زوجها لم يثبت بتقرير طبي صادر من الجهة المختصة حيث يصبح من الجسامة بحيث يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية كما انها اعترفت بأنها انجبت من فراش الزوجية طفل وبذلك فإن ادعائها لاترتقي الى درجة يستوجب التفريق) [٢] و هنا استعمل القاضي السلطة التقديرية فيما إذا كان الضرر الواقع موجباً للتفريق اولاً (لكل من الزوجين طلب التفريق اذا اضر احد الزوجين بالزوج الاخر ضرراً يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية) [٣] .

موقف الفقه من التفريق للضرر : لقد اختلف الفقهاء في جواز التفريق للضرر على قولين؛ القول الاول ؛ ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة في قول لهم الى ان التفريق للضرر غير جائز مهما كان كبيراً او شديداً لأن دفع الضرر يمكن ان يكون بغير التفريق والطلاق عن طريق لجوء الزوجة للقضاء والزام الزوج بالكف عن الاضرار . والقول الثاني ؛ ذهب المالكية الى انه يجوز للزوجة طلب التفريق للضرر منعاً للنزاع وحتى لا تصبح الحياة الزوجية جحيماً لا يطاق ولقول الرسول (صلى الله عليه وسلم) : " لا ضرر ولا ضرار " وبناء على قولهم ترفع الزوجة المتضررة أمرها الى القاضي

---

(١) وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وادلته ، ج٩، ب . ت . سنة نشر ومكان نشر، ص٩٧ .

(٢) قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان المرقم ٧٢ /شخصية/٢٠٠٠ في ٢٠٠٠/٦/١٣ ، القاضي طيلاني سيد احمد ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان - العراق للسنوات (١٩٩٩-٢٠٠٩) ، مقررات هيئة الاحوال الشخصية ، مطبعة مناره ، اربيل ، ٢٠١٠ ، ص٦٤ .

(٣) قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان المرقم ٧٠ / هيئة الاحوال الشخصية / ٢٠١٩ في ٢٠١٩/٥/٥ ، القاضي محمد محمود مصطفى جاف ، مصدر سابق ، ص٣٩٥ .

فإن ثبت الضرر طلقها القاضي بعد تقديره لهذا الضرر وثبوت دعواها بالبينة ومن صور الضرر سبها او ضربها او ترك الوطء دون عذر [١] ومذهب المالكية الى ان التفريق للضرر وإن وقع فيكون بطلقة واحدة بائنة وذلك بأن يأمر الحاكم الزوج بالتطليق فإن ابى كان للقاضي سلطة التطليق عليه اي يقضي بالتفريق وإن لم يرضَ الزوج ، وقد تبنى ذلك الموقف قانون الاحوال الشخصية العراقي [٢] وكذلك في قرارات محكمة التمييز حيث جاء (إن المحكمة لم تطبق كل ما يتعلق بالحكم الوارد وفق المادة (٤١) من قانون الاحوال الشخصية المعدل في الفقرة (٤-أ) منها التي تجب على المحكمة السؤال من الزوج عما اذا يطلق زوجته فإن امتنع عنه تفرق بينهما) [٣].

وللقاضي عند مذهب المالكية سلطة التقدير للضرر وردع الزوج وكف اذاه بالوعظ والزجر والارشاد والتعزير فإن لم يجدِ أمره بالتطليق فإن لم يرضَ فرق القاضي بينه وبين زوجته رغم رفضه ويكفي عندهم للحكم بالتفريق أن يقع الضرر مرة واحدة ولا يشترط تكراره فيكفي أن تقوم البينة على حصول الضرر مرة واحدة ليحكم بالتفريق .

موقف القانون والقضاء من التفريق للضرر : لقد اخذ المشرع بالقول الثاني فأجاز التفريق للضرر واخذ احكامه من الفقه المالكي الا ان المشرع اعطى حق طلب التفريق لكلا الزوجين اذا ما اضر احدهما بالزوج الاخر فنص المشرع (اذا اضر احد الزوجين بالزوج الاخر او باولادهما ضرراً يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية) [٤] ومن تطبيقاته القرار التمييزي الذي جاء فيه (وجود اتصالات غير شرعية للزوج مع امرأة اخرى تعتبر من قبيل الاضرار بالزوجة وجرح مشاعرها مما يتعذر عليها الاستمرار مع زوجها تحت سقف واحد في الدار الزوجية)[٥].

غير انه في المادة الثالثة والاربعون حصره بالاضرار التي تصيب الزوجة حصراً عندما نص فيه (للزوجة طلب التفريق عند توافر احد الاسباب الاتية....) ومن تطبيقاته القرار التمييزي (تبين ان في الوقت الذي نصت فيه المادة الثالثة والاربعون / اولاً-٥ من قانون الاحوال الشخصية النافذ على حق الزوجة في طلب التفريق بسبب عقم الزوج فإنه لا يوجد نص مماثل يبيح للزوج طلب التفريق بسبب عدم انجاب الزوجة لأنه يجوز للزوج في مثل هذه الحالة استعمال حقه في الطلاق المقرر له بموجب الشرع والقانون كما له استحصال الاذن الخاص بالزواج من زوجة ثانية من المحكمة المختصة لوجود المعذرة الشرعية) [٦] .

فالضرر الذي نص عليه المشرع يشمل الاذى المادي (قولي و فعلي) والاذى المعنوي (النفسي) وقد جاء النص عاماً فيحمل النوعين لذلك اعطى المشرع للقاضي سلطة تقديرية في نوع الضرر الذي يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية لفض المنازعات الناشئة بسببه فلفظ الضرر اورده المشرع لفظ ينصرف لكل حالة يتعذر معها على الزوجين الاستمرار في الحياة الزوجية دون حصر الحالات التي تبيح التفريق حيث يتوضح في المبدأ التمييزي (الضرر الموجب للتفريق يجب ان يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية) [٧] .

---

(١) شمس الدين محمد الطرابلسي ، المالكي المعروف بالحطاب ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل ، لبنان ، ج٤ ، ١٩٩٢، ص١٧.
(٢) المادة الحادية والاربعون من قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ .
(٣) قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان المرقم ٤٦١ / هيئة الاحوال الشخصية /٢٠١٩ في ٢٠١٩/٦/٩ ، القاضي محمد مصطفى محمود جاف ، مصدر سابق ، ص٢٩٧ .
(٤) المادة (الاربعون - ١) من قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل قم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ .
(٥) قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان رقم ٤٧٩ / هيئة احوال الشخصية/ ٢٠١٩ في ٢٠١٩/٥/٢٨ ، القاضي محمد مصطفى محمود جاف ، مصدر سابق ، ص٢٩٤ .
(٦) قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان رقم ٤٨ /شخصية/ ٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٢/١٧، القاضي طيلاني سيد احمد ، مصدر سابق، ص٧.
(٧) قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان رقم ١٥٨ /شخصية/ ٢٠١٩ في ٢٠١٩/٣/١٣، القاضي طيلاني سيد احمد ، المصدر السابق ، ص٢٧١.

ويلزم ان يكون الضرر جسيماً وشديداً (ينبغي ان يكون الضرر الموجب للتفريق جسيماً) [١] وهذا المبدأ التمييزي اعمال واضح للفكرة .

ثانياً// التفريق للعلل والعيوب وسلطة القاضي فيه :

العلة هي المرض الشاغل لصاحبه وهي من اسباب التفريق القضائي وانهاء عقد الزواج [٢]

موقف الفقه من التفريق للعلل والعيوب: اختلفت اراء الفقهاء هذه المسألة ولكن يمكن اجمالها بثلاثة اقوال ، **القول الاول؛** منع التفريق للعلل والعيوب مهما كان العيب مفقراً وهو مذهب الظاهرية. القول الثاني ؛ يذهب اصحابه الى جواز التفريق للعلل والعيوب لكلا الزوجين إن كان بالزوج الاخر علة تنفر الاخر منه ولا يتحقق مع هذه العلة مقاصد الزواج وهو مذهب ابي نور امام البصرة .

غير ان المالكية والشافعية والحنابلة والجعفرية اختلفوا **في قولهم** عدد العلل التي تبيح التفريق لكلا الزوجين منها الخاصة في الرجل الجب والعنة ، وفي المرأة الرتق والقرن والمشتركة بينهما الجنون والجزام والبرص ، اما **القول الثالث؛** فهو قول مذهب الحنفية حيث اعطى حق التفريق للعلل والعيوب للزوجة دون الزوج وحصروها بالجب والعنة والخصاء [٣] .

موقف القانون والقضاء من التفريق للعلل والعيوب : إن المشرع العراقي جعل التفريق للعلل جوازياً فنص (اذا وجدت زوجها عنيناً أو مبتلى بما لا يستطيع معه القيام بواجبات الزوجية سواء كان ذلك لاسباب عضوية او نفسية) ونص كذلك (اذا وجدت بعد العقد أن زوجها مبتلى بعلة لا يمكن معها معاشرته بلا ضرر كالجذام او البرص او السل او الزهري او الجنون او انه اصيب بعد ذلك بعلة) [٤] فالمشرع اخذ بالتفريق للعلل وقصر الحق فيه على الزوجة دون زوجها اخذاً بمذهب الحنفية في ذلك وتوسع المشرع في العيوب واضاف اليها عيوب جديدة لم ينص عليها الفقهاء واعطى للقاضي سلطة تقديرية حيث ما ان جاء في النص على سبيل المثال لا الحصر .

ويتضح موقف القضاء من ذلك ومن سلطة القاضي في تقدير العلل والعيوب في قراراته التمييزية منها (ان المدعي طلب الحكم بالتفريق لان زوجته قليلة الادراك بموجب التقرير الطبي المرفق بالدعوى وتتصرف تصرفات لا ارادية وحيث ان قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل لم يجز للزوج طلب التفريق اذا كانت زوجته مبتلاة بأمراض او علل لا ارادية بل اجاز للزوجة طلب ذلك اذا ابتلى زوجها بها بموجب احكام الفقرة السادسة (أولا) من المادة الثالثة والاربعون لذا فإن الحكم المميز برد الدعوى جاء صحيحاً وموافقاً لحكم المشرع والقانون) [٥].

---

(١) قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان رقم ٥٩٧ /هيئة الاحوال الشخصية/ ٢٠١٨ في ٢٠١٨/٩/٣، القاضي محمد مصطفى محمود جاف ، مصدر سابق ، ص٢٧١ .

(٢) موحان ابراهيم الطيار ، التفريق للعلل في الشريعة والقانون العراقي ، بيروت ، دار النهضة ، ١٩٩١ ، ص٥.

(٣) موحان ابراهيم الطيار ، المصدر السابق ، ص٢٧.

(٤) المادة الثالثة والاربعون ، اولاً-ف ٤ و ٦ من قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ .

(٥) قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان رقم ١٣٠/شخصية /٢٠٠٥ في ٢٠٠٥/٦/٢١ ، القاضي طيلاني سيد احمد ، مصدر سابق ، ص٨٧ .

والقاضي يحيل المسألة الى اللجان الطبية فإن قررت ان العلة لا يرجى شفاؤها قضى القاضي بالتفريق ويتوضح ذلك في المبدأ التمييزي (على المحكمة عرض الزوج على اللجنة الطبية المختصة للتأكد من ان الزوج كان عقيماً او ابتلى بالعقم بعد الزواج) [١] . إن كانت العلة مما يرجى شفاؤها اجل القاضي دعوي التفريق سنة كاملة مع تنبيه الزوجة بتمكينه من نفسها إن كانت العلة نفسية وليست عضوية فإن مرت السنة او زادت المدة ولم يشفَ الزوج منها واصرت الزوجة على التفريق قضى لها القاضي بالتفريق وقد تأيد كل ما سبق بموقف القضاء حيث جاء في القرار (التفريق للامراض اللارادية هي لازالة ضرر المتضرر) [٢].

الفرع الثاني

السلطة التقديرية للقاضي في التفريق للخلاف والهجر

سنحاول بيان كل منها واحدة منها معززة بقرارات تمييزية توضيحية وتطبيقية موضحين فيها موقف الفقه والقانون والقضاء :

اولاً// التفريق للخلاف وسلطة القاضي فيه :

الخلاف والشقاق هو في اللغة غلبة العداوة والخلاف أو العداوة بين فريقين [٣] والخلاف هو من اسباب انحلال عقد الزواج وينشأ بسببه الكثير من المنازعات .

موقف الفقه من التفريق للخلاف : انقسم الفقهاء في مسألة التفريق للخلاف والشقاق كسبب يبيح التفريق الى قولين:

القول الاول ؛ ان الشقاق والخلاف بين الزوجين لا يصلح ان يعد سبباً للتفريق وانحلال العقد وهو قول الحنفية واحمد في رواية والشافعية والظاهرية والجعفرية [٤] أما **القول الثاني** ؛ فقد ذهب الإمام احمد في رواية ثانية وقول للامام مالك والقول الأظهر للشافعية وقول فقهاء المدنية من ان الخلاف والشقاق يجوز به التفريق والعلة في ذلك أن بقاء الخلاف هو ضرر بالزوجة والضرر في الفقه يزال وزواله إنما يكون هنا بالتفريق [٥] . وقد ذهب اصحاب القول الثاني القائل بالتفريق إلا ان التفريق لا يكون إلا بعد بعث الحكمين ومساعي الاصلاح بين الزوجين واختلفوا في تدخل القاضي في بعث الحكمين.

---

(١) قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان رقم ٩١١ /هيئة الاحوال الشخصية/ ٢٠١٩ في ٢٠١٩/١٠/٢٩، القاضي محمد مصطفى محمود جاف ، مصدر سابق ، ص٤٠٧ .

(٢) قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان رقم ١١٩ /هيئة الاحوال الشخصية/ ٢٠١٩ في ٢٠١٩/٥/٥، القاضي محمد مصطفى محمود جاف ، المصدر السابق ، ص٣٩٣ .

(٣) لسان العرب ، ج١٢ ،كتاب في اللغة ، ب . ت . سنة نشر ومكان نشر ، ص ٥٠ .

(٤) المغني المحتاج ، شرح المصطلحات ، ب . ت . سنة نشر ومكان نشر ، ج٧ ، ص٤٩ .

(٥) ابي العربي المالكي ، احكام القرأن ، ج١ ، ب . ت . سنة نشر ومكان نشر ، ص ٤٢٧ .

موقف القانون والقضاء من التفريق الخلاف : بالنسبة لموقف القانون فقد اخذ الجواز التفريق للخلاف حيث وافق المالكية وبعض الحنابلة القائلين بجوازه فنص المشرع بالقول (لكل من الزوجين طلب التفريق عند قيام خلاف بينهما، سواء كان ذلك قبل الدخول ام بعده) ونصت المادة ايضاً (اذا اثبت للمحكمة استمرار الخلاف بين الزوجين وعجزت عن الاصلاح بينهما وامتنع الزوج من التطليق فرقت المحكمة بينهما) [١] .

والقاضي له سلطة تقديرية في تقدير الخلاف ودرجته حيث جاء في القرار التمييزي (إن المدعية حصرت سبب التفريق بالخلاف علماً ان الخلافات القائمة بين الزوجين المتداعيين هي خلافات بسيطة وبالتالي فهي لا ترتقي الى مستوى الخلاف الخطير الذي يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية بين المتداعيين الذي انجبا سبعة اولاد من فراش الزوجية يضاف الى ذلك ما ظهر من تقرير الحكمين بأن التقصير كله من جـانب المدعية فكان على المحكمة والحالة هذه رد الدعوى لعدم ثبوت الخلاف الموجب للتفريق) [٢] . فليس كل خلاف يفرق القاضي بسببه بين الزوجين بل يجب ان يكون خلافاً مستحكماً ومن النوع الذي يحترز منه غالباً ولا تظهر اسبابه قهراً وانه ليس مجرد اختلاف وجهات نظر بين الزوجين فهو مما يقع كثيراً بين الازواج.

ويجب ان يكون الخلاف قوياً يشق على النفس تحمله وأن يكون مستمراً ولايمكن دوام العشرة الزوجية معه ويلاحظ ما سبق بوضوح في القرار التمييزي (إن ترك الزوجة لدار الزوجية لاشهر عدة ومرات عديدة خلافات مستحكمة تستوجب التفريق) [٣] .

فالقاضي له سلطة في تقدير الخلاف فلا يلتفت الى المشاجرات العادية التي تحصل في الحياة الزوجية عادةً ويستخلص القاضي درجة الخلاف من خلال وقائع الدعوى اما الخلافات البسيطة فلا يلتفت لها لأنه بالامكان التوفيق بين الزوجين دون الحاجة الى التفريق (عدم تهيأة الزوج الدار قرب اهل زوجته ومعاملتها ببرودة ليست بخلافات مستحكمة تستوجب التفريق) [٤] .

ويقدر القاضي كذلك مسألة مشاركة كل من الزوجين في الخلاف ونسبة اسهام كل من الطرفين فيه وكونه مستمراً وليس متقطعاً ، ويقدر القاضي كون الخلاف لا يمكن اصلاحه بالنصح والارشاد ، بعد دور الحكمين في الاصلاح ورأب الصدع بينهما فإن تبين عجزهما وأنه خلاف عميق لايمكن اصلاحه من قبل الحكمين اوالاهل والاصدقاء،وأنه خلاف مستحكم عندها وبعد التقدير يحكم القاضي بالتفريق بين الزوجين ويتوضح ذلك في القرار (أن المحكمة طبقت احكام المادة (٤٢) من قانون الاحول الشخصية المعدل بعد ان كانت المدعية طالبة التفريق ردت لها دعوى الضرر التي اقامتها سابقاً فلجأت المحكمة الى التحكيم وفق ما فصلته احكام المادة (٤١) من القانون المذكور وتعذرت عليها اصلاح ذات البين رغم تعين الحكمين من الطرفين وضمها للحكم الثالث لاختلاف الحكمين في استناد التقصير الى الجانبين [٥] .

---

(١) المادة الحادية والاربعون (١-٤ / أ) من قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ .

(٢) قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان رقم ٢٦ /لشخصية / ٢٠٠٠ في ٢٠٠٠/١/٧، القاضي طيلاني سيد احمد ، مصدر سابق، ص٦٣ .

(٣) قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان رقم ٥٣٦ / هيئة الاحوال الشخصية / ٢٠١٩ في ٢٠١٩/٧/٢٩، القاضي محمد مصطفى محمود جاف ، مصدر سابق ، ص٣٧٩ .

(٤) قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان رقم ٦٣٢ / هيئة الاحوال الشخصية/ ٢٠١٩ في ٢٠١٩/٩/١٥، القاضي محمد مصطفى محمود جاف ، المصدر السابق ، ص٣٨٢ .

(٥) قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان رقم١٨٧/ هيئة الاحوال الشخصية/ ٢٠١٩ في ٢٠١٩/٣/٣١، القاضي محمد مصطفى محمود جاف ، المصدر السابق ، ص٣٦٥.

ويترك المشرع مسألة تقدير الخلاف للقاضي لأن الخلافات من الكثرة بحيث لا يمكن ان يحيطها المشرع بنصوص كافية ، ونلاحظ ان للعرف دوراً كبيراً في تقدير الخلاف ايضاً ويستعين به القاضي لتقدير درجة الخلاف وهل هو موجب للتفريق أم لا [١] .

ثانياً// التفريق للهجر وسلطة القاضي فيه :

الهجر هو ضد الوصل وهو هجر الزوجة في الفراش وغيره وقال الدمغاني الهجر هوتحويل الوجه من الفراش عن الزوجة وهو مأخوذ من قوله تعالى (واهجروهن في المضاجع)[٢] اي حولوا وجوهكم عنهن في الفراش. واما القانون فعرفه بأنه ترك الزوجة دون مراجعة فالهجر مفهوم عام يشمل الهجر في الفراش والهجر بعدم مراجعة الزوجة والاهتمام بها والغيبة عنها والابتعاد عنها دون مبرر مشروع [٣] .

والهجر هو احد الطرق التي ينحل بها عقد الزواج وينشأ بسببه المنازعات فكل سبب من اسباب الغياب والهجر قد يكون هو سبب للمنازعة بين الزوجين وللقاضي دور وسلطة فيه حيث يتبن ما سبق في القرار التمييزي جاء فيه (ان الزوج لم يقم دعوى المطاوعة ليطلب فيها عودة زوجته الى دار الزوجية كما لم يطلب كشف من المحكمة على البيت الشرعي المزعوم كما ان مدة الهجر لا تنقطع بطلب الزوج عودة زوجته مادام لم يهيء لها بيتاً شرعياً مستقلاً ويستحصل عليها حكماً بالمطاوعة لذا فإن الحكم الصادر من المحكمة بالتفريق بين المدعية والمدعى عليه بسبب الهجر واعتباره طلاقاً بائناً بينونة صغرى صحيح وموافق لحكم الشرع والقانون) [٤] .

موقف الفقه من التفريق للهجر : إن موقف الفقهاء كسبب يبيح التفريق فيه قولان :القول الاول؛ ذهب الحنفية والشافعية والظاهرية والجعفرية للقول أن الزوجة ليس لها حق التفريق للهجر وإن غاب عنها زوجها او طالت غيبته ، وذلك لعدم قيام دليل شرعي على حق التفريق للزوجة في حالة الهجر وبالتالي تبقي تنتظر إلا اذا كان الغائب مجهول المكان اي مفقوداً وجاءت البينة على وفاته فعندها يلزمها القاضي بالعدة ويقسم الميراث بين الورثة [٥]. اما القول الثاني ؛ فهو قول المالكية والحنابلة حيث اجازوا التفريق للغيبة اذا طالت وتضررت الزوجة بها وإن ترك زوجها مالاً تنفق منه لأنها تتضرر من الغياب وإن كان عندها مال تنفق منه ، والضرر عندهم يدفع بقدر الإمكان للحديث (لا ضرر ولا ضرار) ولكن اختلف الفقهاء في نوع الغيبة و مدتها وعذر الغياب المشروع أو غير المشروع والذي يبيح التفريق عند وقوعه .

موقف القانون والقضاء من التفريق للهجر : لقد اجاز المشرع العراقي للزوجة طلب التفريق للهجر حيث نص (للزوجة طلب التفريق ، عند توافر احد الاسباب الاتية :٢-اذا هجر الزوج زوجته مدة سنة فأكثر بلا عذر مشروع، ولو كان الزوج معروف الاقامة وله مال تستطيع الانفاق منه) [٦] .

فالمشرع قد اخذ بالتفريق للهجر من الفقه المالكي ، إلا انه المشرع الكوردستاني في قانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٨ وافق الفقه المالكي وخالف المشرع العراقي في تحديد مدة الهجر بسنة واحدة بينما كان سابقاً سنتين وفق ما حدده المشرع العراقي .

---

(١) هادي حسين الكرعاوي ، التفريق القضائي ، مجلة الكوفة،١٩٩٥ ، العدد ٤ ، ص١٢٠ .
(٢) سورة النساء الاية / ٣٤ .
(٣) فاضل جابر حلبوص المالكي ، التفريق للهجر في قانون الاحوال الشخصية العراقي ، جامعة بغداد ،٢٠٠٥ ، ص٤ .
(٤) قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان رقم ٢٩٠ / شخصية/ ٢٠٠٥ في ٢٠٠٥/١٠/١٠، طيلاني سيد احمد ، مصدر سابق، ص٨٨ .
(٥) الأم للشافعي ، ج٥ ، مكتبة بيروت ، ب . ت . سنة نشر ، ص٢٣٩ .
(٦) المادة الثالثة والاربعون - اولاً / ٢ من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل بقانون رقم(١٥) لسنة ٢٠٠٨ الصادر عن برلمان كوردستان .

واشترط المشرع للهجر أن يكون غير مشروع لكي يحق للزوجة أن تطلب بسببه التفريق ، فإن كان لسبب مشروع كدراسة وتجارة و علاج من مرض ونحوه فلا حق لها بطلب التفريق [١] . وخالف المالكية في ذلك والذين يرون الضرر واقع بالزوجة حتى لو غاب بسبب المشروع مدة سنة او اكثر ويعطوها حق طلب التفريق بينما المشرع فرق بين السبب المشروع وغير المشروع وترك للقاضي سلطة تقديرية في تقدير السبب المشروع وغير المشروع حيث جاء في القرار التمييزي (أن المدعية اثبتت دعواها من خلال بينتها الشخصية المؤيدة لهجر المدعى عليه منذ عام ٢٠١٥سواء كان سبب الاختفاء بارادته او دونه طالما لا تعرف سبب الاختفاء او اذا كان السبب مشروع أو غير المشروع فللمدعية الحق بمطالبة التفريق اذ يفترض مشروعية السبب الى حين اثبات العكس) [٢].

وقد يكون العذر مشروعاً في البداية ثم يتحول الى عذر غير مشروع فيما بعد وتبقى مسألة العذر المشروع وغير المشروع وتحوله متروك لسلطة القاضي التقديرية فيقدر العذر والحق وهل هو مع الزوج في هجره ام مع الزوجة في تضررها ويوازن بين المصلحتين ويقدر المسألة ويتوضح ما سبق في تطبيق القضاء له في القرار التمييزي (عدم توفر شروط دعوى الهجر في طلب المميزة طالما ثبت للمحكمة ان المدعية هي التي تركت الدار الزوجية بسبب المشاكل والخلافات بينهما بحيث اقامت المميزة المدعية شكوى جزائية على زوجها فأفقدت المميزة بذلك شروط دعواها للهجر المبنية على توفر الهدوء فترة الهجر وان لا تتخللها المشاكل والخلافات) [٣] .

فالمشرع اخذ بالفقه المالكي في جواز التفريق للهجر واخذ بالفقه الحنبلي في مسألة التفريق بين العذر غير المشروع المبيح للتفريق للهجر والعذر المشروع الغير مبيح لذلك وترك للقاضي النظر والتقدير .

---

(١) حنان محي نايف ، التفريق القضائي ، مجلة كلة التربية ، المجلد ٢٢ ، العدد ٤ ، لسنة ٢٠١١ ، ص٨٦٧

(٢) قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان رقم ١٠٩ / هيئة الاحوال الشخصية/ ٢٠١٩ في ٢٠١٩/٣/١٣، القاضي محمد مصطفى محمود جاف ، مصدر سابق ، ص٣٣٢ .

(٣) قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان رقم ١٥١ / هيئة الاحوال الشخصية/ ٢٠١٩ في ٢٠١٩/٣/١٣، القاضي محمد مصطفى محمود جاف ، مصدر سابق ، ص٣٣٠ .

الخاتمة

من خلال عرضنا المحدود الموضوع التفريق القضائي وسلطة القاضي التقديرية فيه في ضوء الفقه والقانون والتطبيقات القضائية حوله نجد ان العلة التي يدور معها التفريق هي الضرر الحال بالزوجة من قبل زوجها في السب والشتم او سوء المعاشرة او الهجر او الخلاف ونحوه و من اجله يبرر التفريق للزوجة .

وبعد الانتهاء من كتابة البحث توصلنا الى الاستنتاجات والتوصيات الاتية :

اولاً// اهم نتائج هذا البحث :

١- إن الفقهاء حصروا الطلاق بيد الزوج وجعلوه الاصل وأما التفريق فهو استثناء عن الاصل ولا يصار للاستثناء إلا في حالات تضرر الزوجة كما قرر الفقهاء وقيد الحكم في المسألة باللجوء للقاضي للنظر والتقدير فيها فقط .

٢- منح المشرع حق التفريق بالشمول الواسع للزوجة ومع ذلك منح الزوج الحق في طلب التفريق في حالات معينة رغم أن الطلاق بيده شرعاً .

٣- إن انواع التفريق إن تحققت شروطه فإنه يقع بها طلاقاً بائناً لأن الغاية من التفريق دفع الضرر الحال بالزوجة وهذا لا يحصل بالطلاق الرجعي .

٤- إن الفقهاء في تقريرهم لمسائل التفريق القضائي إنما استندوا الى قواعد و اصول ولم تكن اقوالهم في التفريق من محض اجتهادات وإنما استدلوا بأدلة معتبرة في هذا الموضوع .

٥- اعطي المشرع مساحة واسعة للقاضي وسلطة التقدير والاجتهاد في حالات التفريق بما يحقق رفع الضرر والظلم بالزوجة ويحفظ لها حقوقها .

٦- ان سلطة التقديرية للقاضي لا تنحصر بجانب واحد في دعاوى تفريق القضائي وانما هي صلاحية ممنوحة من قبول الدعوى الى تهيئتها للنطق بالحكم .

ثانياً / التوصيات :

١- ورد في المادة (الحادية والاربعون - ١) على ان طلب االتفريق للخلاف حق كلا الزوجين ، غير انه في (٤-أ) نص المشرع على (امتنع الزوج عن التطليق... ،فرقت المحكمة بينهما) ويكون ذلك نقص للحالة التي يكون طالب التفريق للخلاف هو الزوج ، عليه نوصي بتعديل مناسب لهذه المادة .

٢- نص المشرع على التفريق للضرر فمن المستحسن وجود نصوص من ما يدل على التعويض عن ذلك الضرر اذا ثبت وتم التفريق بموجبه وان يكون هذا الحق شاملاً كلا الزوجين .

٣- ان السلطة التقديرية في التفريق القضائي صلاحية واسعة ممنوحة للقاضي دون تقييد بسقف معين سوى رقابة محكمة التمييز وحيث ان التمييز اختياري في دعاوى التفريق القضائي فلا يخضع جميعها للرقابة عليه نوصي بوضع نصوص تحدد الاضرار مع ترك مجال في تقدير الحالة .

واسأل الله ان اكون قد وفقت في تقديم هذا البحث

المصادر بعد القران الكريم

اولاً // الكتب :

١- ابراهيم بن حديد ، السلطة التقديرية للقاضي المدني ، دراسة تحليلية نقدية ، جامعة الجزائر ، ١٩٩٥ .
٢- ابي العربي المالكي ، احكام القران ، ج١ ، ب . ت .سنة نشرومكان نشر .
٣- اسماعيل بن حماد الجوهري ، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية،تحقيق احمد عبدالغفور ، ج٣ ، دار اللغة للملايين ، ب . ت . سنة نشر.
٤- الأم للشافعي ، ، ج٥ ، مكتبة بيروت ، ب . ت . سنة نشر.
٥- جمال الدين محمد بن مكرم ابي الفضل ، ابن منظور ، لسان العرب ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٤ ، مجلد ١٢.
٦- حنان محي نايف ، التفريق القضائي ، مجلة كلية التربية المجلد ٢٢ ، العدد ٤ ، السنة ٢٠١١ .
٧- شمس الدين محمد الطرابلسي ، المالكي المعروف بالحطاب ، مواهب الجليل ، شرح مختصر خليل ، ج٢، بيروت ، ١٩٩٢ .
٨- عبدالحميد الشواربي ، المسؤلية القضائية ، الاسكندرية ، منشأة المعارف ، ١٩٩٧ .
٩- عبدالرحمن بربارة ، شرح القانون الاجراءات المدنية والادارية ، الجزائر ، منشورات البغدادي ، ٢٠٠٩.
١٠- عبدالمنعم فرج الصدة ، اصول القانون ، بيروت ، لبنان ، دار النهضة العربية ، ب . ت . سنة نشر.
١١- علي بن محمد شريف الجرجاني ، كتاب التعريفات ، دار اللغة للملايين ، مكتبة لبنان، ١٩٨٨ .
١٢- علي خطار شطاوي ، موسوعة القضاء الاداري ، عمان ، الاردن ، مكتبة الثقافة ، ٢٠٠٤.
١٣- عمر نبيل اسماعيل ، التقدير القضائي المستقبلي ، مصر ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، ١٩٩٩ .
١٤- عمر نبيل اسماعيل ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية ، مصر ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٨.
١٥- فاضل جابر حلبوص المالكي ، التفريق للهجر في قانون الاحوال الشخصية العراقي ، ب . ت. مكان نشر ، ٢٠٠٥ .
١٦- فاطمة الزهراء تبوب ، سلطة القاضي في تقدير الادلة الاثبات في المواد المدنية ، جامعة الجزائر، ١٩٩٧ .
١٧- لسان العرب ، ج١٢ ، كتاب في اللغة ، ب. ت . سنة نشرومكان نشر .
١٨- محمد علي الكيك ، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي ، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية ، ٢٠٠٧ .
١٩- محمود محمد ناصر بركات ، السطة التقديرية للقاضي في الفقه الاسلامي ، الطبعة الاولى ، دار النفائس ، بيروت ، ٢٠٠٧ .
٢٠- موحان ابراهيم الطيار ، التفريق للعلل في الشريعة والقانون العراقي ، بيروت ، ١٩٩١ .
٢١- منصور بن يونس البهوتي الحنبلي ، كشاف القناع عن متن القناع ، بيروت ، الطبعة الاولى ، عالم الكتب ، ١٩٩٧ .
٢٢- احمد ابو حاقة ، معجم النفائس الوسيط ، بيروت ، لبنان ، النفائس ، ٢٠٠٧.
٢٣- المغني المحتاج ، ج٧ ، شرح المصطلحات ، ب . ت . سنة نشر ومكان نشر .
٢٤- نادية فوضيل ، دروس في المدخل للعلوم القانونية ، بن عكنون ، الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ١٩٩٩.
٢٥- نصرالدين محمد واصل ، السلطة القضائية ونظام القضاء في الاسلام ، مصر، المكتبة الوقفية،١٩٩٠.
٢٦- هادي حسين الكرعاوي ، التفريق القضائي ، مجلة الكوفة ، ١٩٩٥ ، العدد ٤ .
٢٧- وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وادلته ، ج٩ ، ب . ت . سنة نشر ومكان نشر .

٢٨ـ القاضي طيلاني سيد احمد ، المباديء القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان ـ العراق ، مقررات هيئة الاحوال الشخصية ، اربيل ، الطبعة الاولى ، مطبعة منارة ، ٢٠١٠ .
٢٩ـ القاضي محمد مصطفي محمود جاف ، الجديد في قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان ، قرارات هيئة الاحوال الشخصية ، ج١ ، اربيل ، مكتبة هةولير القانونية ، ٢٠٢٢ .
٣٠ـ القاضي محمد مصطفي محمود جاف ، الجديد في قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان ، قرارات هيئة الاحوال الشخصية ، ج٢ ، اربيل ، مكتبة هةولير القانونية ، ٢٠٢٢ .

ثانياً // القوانين :

١- قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل رقم ١٨٨ لسنة١٩٥٩ .
٢- قانون رقم (١٥) لسنة٢٠٠٨ الصادر عن برلمان كوردستان .