دور القاضي الاجتهادي في حماية حقوق المرأة المطلقة

The role of the jurisprudential judge in protecting the rights of divorced women

م. د يسرى صبري واخل
كلية القانون-الجامعة المستصرية

المستخلص
تتناول هذه الدراسة دور الفقه القضائي في حفظ حقوق المرأة المطلقة. وغني عن القول أن المطلقة تكتسب حقوقاً بمجرد صدور الحكم بالطلاق، سواء كان ذلك لفظاً أو حكماً. وإذا كانت مهمة القضاء بالدرجة الأولى هي تفعيل النصوص التشريعية المتعلقة بالطلاق وآثاره، فإن له أيضاً دوراً في تكريس مبادئ قانونية مهمة عند ممارسة وظيفة الفقه على مستوى الهيئة القضائية العليا في البلاد، وهو ما نود أن نذكره. ونود أن ندرس من خلال تحليلنا لمختلف الاجتهادات القضائية المتعلقة بآثار الطلاق. يعتبر الطلاق مشكلة اجتماعية، وهو ظاهرة عامة في كافة المجتمعات، ويبدو أن انتشارها يتزايد في مجتمعاتنا في العصر الحديث، وذلك بسبب آثار التفكك الأسري السلبية وعلى الأطفال، ومن ثم الآثار الاجتماعية الكثيرة، وجميع القوانين والقوانين توفر فصولاً موسعة لتنظيم هذه العلاقة وضمان وجودها واستمراريتها. وتبين هذه الدراسة دور القضاء في الحفاظ على حقوق المرأة المطلقة
الكلمات المفتاحية: الطلاق، الآثار، الفقه، قانون الأحوال الشخصية، المبادئ القانونية

Abstract:
This study addresses the role of judicial jurisprudence in preserving the rights of divorced women. It goes without saying that a divorced woman has acquired rights as soon as a divorce ruling is issued, whether verbally or in a ruling. If the judiciary's mission is primarily to activate the legislative texts related to divorce and its effects, it also It has a role in enshrining important legal principles when exercising the function of jurisprudence at the level of the supreme judicial body in the country, which we would like to examine through our analysis of the various judicial jurisprudences regarding the effects of divorce. Divorce is considered a social problem, and it is a general phenomenon in all societies and it seems to be increasing in prevalence in Our societies in modern times, due to the negative effects of family disintegration *And on children, and then the many social effects, all laws and laws provide extensive chapters to regulate this*

relationship and ensure its existence and continuity. This study shows the role of the judiciary in preserving the rights of divorced women
Keywords: divorce, effects, jurisprudence, personal status law, legal principles

المقدمة the introduction

نعرف ان الاحكام القضائية يجب ان تكون مستنده الى القوانين وبطبيعة الحال فان القوانين تتضمن نصوصا تشريعيه تعد المصدر الرئيسي للأحكام القضائية وتلك النصوص التشريعية كما قلنا تتضمن قواعد عامه مجرده تم صياغتها بإيجاز واختضاب لكي تكون في نظر المشرع مستوعبه للحالات الكثيرة التي ستجد بعد صدور النص التشريعي وبمرور الزمن ولان التشريعات هي وضع البشر لذلك فان تلك النصوص لا تكون مستوعبه لجميع الحالات المعروضة على القضاء اما لعدم وجود نص تشريعي يعالج الحالات المستجدة وحيث ان القاضي ملزم بإصدار الحكم في الدعوى المعروضة عليه ازاء ذلك فقد نشأت الحاجه الى الاجتهاد القضائي وذلك لسد القصور التشريعي اما لفقدان النص التشريعي لكن الاجتهاد القضائي ليست عمليه اعتباطيه يقوم بها القاضي بل هو يخضع لضوابط معينه يجب على القاضي ان يتقيد بها والا كان الحكم الذي يصدره معرضا للنقد وسنحاول في هذا البحث اعطاء فكره عن الاجتهاد والتفسير القضائي ولا يمكن انكار اهمية ومكانة الفقه الاسلامي الذي يعد المعين الذي لا ينضب وماله من الفضل الكبير في ارساء الكثير من القواعد القانونية فعلى سبيل المثال تعد احكام الفقه الاسلامي من المصادر الرئيسية التي استقى القانون المدني العراقي الكثير من احكامه والاجتهادات القضائية تتطور بتطور مجموعة الظروف الاجتماعية والسياسية والاقتصادية لكل دولة إضافة الى التطور على المستوى العلمي، فإن للاجتهاد القضائي بلا شك أدوار متعددة ومختلفة أساسها ضمان استقرار الأحكام القضائية وإنشاء مبادئ قضائية سواء بالنسبة للمتقاضين، أو المحامين والقضاة ويكون ذلك في حالة وجود إبهام يمس النصوص التشريعية أو وجود نصوص قانونية غامضة، ويلعب الاجتهاد مهمة أخرى على المستوى التشريعي من خلال المساهمة في وضع القواعد القانونية لكونه الآلية التي تنقل النصوص التشريعية من حالة الجمود النصي الى حالة الأحكام القضائية الواجبة التنفيذ والنفاذ على المستوى العملي، ونظرا لأهمية الأسرة في المجتمع باعتبارها اللبنة الأولى في بناء الدولة، فان المشرع قد تدخل بعدة نصوص لحمايتها والتأكيد على ذلك من خلال عدة نصوص قانونية منها المادة (٢٩) في فقرتيها من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ التي تنص على انه " الاسرة اساس المجتمع ، وتحافظ الدولة على كيانها وقيمتها الدينية والاخلاقية والوطنية"، إلا ان هناك عدة ظواهر تطال توحد هذه اللبنة وتراصها منها ظاهرة الطلاق وخاصة الطلاق التعسفي، حيث نجد صورا عديدة للطلاق في شؤون الأسرة العراقية فلما كان ايقاع الطلاق من غير مبرر شرعي معقول ينخرط تحت قائمه الطلاق التعسفي باعتبار ان الطلاق الحظر يقع للضرورة فان الزوج بقاع الطلاق دون سبب مقنع قد اضر بزوجته وابنائه وبالمجتمع ككل وهذا ضرر ممنوع ودرئه مطلوب ورفعه اذا وقع من الواجبات لذا سنتطرق الى دور القاضي في حمايه حقوق المرأة المطلقة والاثار المترتبة على الطلاق وهل للقاضي

دور في الحد من هذه الظاهرة لتي تهدد امن واستقرار الاسرة العراقية وما هي الحالات التي يلجا اليها القاضي للحد من هذه الظاهرة.

تتصدر اليوم قضية الأسرة معظم الاهتمامات الفكرية للباحثين، نتيجة الوعي المتنامي بضرورة الحفاظ على النظام الأسري الذي أصبح مهددا بأنواع شتى من الآراء المنحرفة الداعية إلى التنصل من أحكام الشريعة الإسلامية، الأمر الذي جعل وضع الأسرة الراهن يحمل معه خطرا على المجتمع، وإن الخلاص من هذا الخطر مرهون بتحقيق تغيير حقيقي وذلك بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، واستنادا إلى أصول وضوابط الاجتهاد القضائي الشرعي للمقارنة بينه وبين غيره من الاجتهادات الوضعية التي تصدرها هيئة المحكمة العليا، ومن هنا تبرز أهمية البحث من حيث الموضوع: وذلك لأن موضوع الأسرة من المواضيع المتجددة في فروعها والتي تتصل بنظام متطور الذي يقتضي المتابعة والمراجعة المستمرة استنادا إلى ما يمليه الاجتهاد القضائي الشرعي

أهداف البحث research aims

يهدف هذا البحث إلى بيان دور القاضي الاجتهادي في حماية حقوق المرأة المطلقة طلاقا تعسفيا من بدايتها إلى نهايتها، بالإضافة إلى بيان مسألة تعالج قضية في غاية الأهمية منتشرة في مجتمعاتنا ويقع فيها الكثير من الأزواج الذين يجهلون ما يترتب عليهم من اثار قانونية جراء إيقاعهم الطلاق بإرادتهم المنفردة. وإنني تناولت هذا الموضوع من خلال وضعي خطة؛ ليتناول الموضوع من جميع جوانبه

مشكلة البحث Research problem

جاءت نصوص الشريعة الإسلامية على وفرتها غير مفصلة لجميع الأحكام التي تخص نظام الأسرة، ما جعل المجال مفتوحا للاجتهاد القضائي الشرعي بغرض استنباط الأحكام الملائمة للحوادث المستجدة، الأمر الذي يجعل القضاء الشرعي يتسم بالمرونة والصلاحية للتطبيق في كل زمان ومكان. وإن استمداد قانون الاحوال الشخصية العراقي احكامه الاجتهادية من غير أصول الاجتهاد القضائي الشرعي يجعله قاصرا عن إيجاد الحلول المناسبة واستيعاب جميع المشاكل الزوجية، ولا يسلم الأمر من أن يكون محل جدل فقهي عميق .وعلى هذا فإنّ إشكالية البحث في هذا الموضوع تقوم على طرح مجموع الأسئلة الآتية:-

ما المقصود دور القاضي الاجتهادي في حماية حقوق المرأة المطلقة ؟ وما أهدافه وأغراضه ؟ وما مدى الحاجة إليه؟ وما مدى فعاليته في علاج قضايا الأسرة ؟ - . ما هي المقصود بالاجتهاد القضائي الشرعي بشكل عام والاجتهاد القضائي الخاص بأحكام الأسرة ؟

منهجية البحث Research Methodology

اعتمدنا في هذه الدراسة على المنهج التحليلي بتحليل ما جمعناه بهدف الوصول الى الاستنتاجات واعتمدنا بشكل أساس على تحليل النصوص القانونية الصادرة عن المشرع العراقي مع الاشارة لبعض مواقف المشرع الاسلامي فضلا عن اعتمادنا على المنهج التطبيقي لموقف القضاء.

خطة البحث Search Plan

المحور الاول/ماهية اجتهاد القاضي في الطلاق التعسفي
المطلب الاول / مفهوم الاجتهاد القضائي
المطلب الثاني/ مفهوم الطلاق التعسفي
المحور الثاني/ صور االطلاق التعسفي ومدى اجتهاد القاضي في واثاره
المطلب الاول/ صور الطلاق التعسفي
المطلب الثاني/ مدى اجتهاد القاضي في اثار الطلاق التعسفي
الخاتمة

المحور الاول/ ماهية اجتهاد القاضي في الطلاق التعسفي؟

What is the judge's jurisprudence in arbitrary divorce?

المطلب الاول / مفهوم الاجتهاد القضائي/ The concept of jurisprudence

لا يجوز للقاضي أن يلجأ إلى الاجتهاد حين وجود نص قانوني واضح يحكم النزاع المطروح عليه[١] فإن الاجتهاد يعني الحل الذي تتخذه جهة قضائية في قضية مطروحة أمامها في حالة عدم وجود نص قانوني أو في حالة غموضه ويطلق مصطلح الاجتهاد القضائي على مجموعة الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية في موضوع معين[٢] ويطلق على الاجتهاد القضائي اسم القضاء وهي كلمة تفيد معنيين :فقد يقصد به السلطة القضائية، أي الجهاز الفني الذي يشرف على مرفق العدالة والذي يتكون من مجموع المحاكم الموجودة في الدولة التي تتولى أمر الفصل في القضايا المطروحة أمامها .وقد يطلق لفظ القضاء للدلالة على مجموعة المبادئ المستخلصة من استقرار أحكام المحاكم على إتباعها و الحكم بها عند تطبيقها للقانون[٣] .ويستخدم لفظ الاجتهاد القضائي عند المشتغلين بالشؤون القضائية ليقصد به استقرار أحكام المحاكم في مسألة معينة على نحو معين[٤]

ويعرف الاجتهاد لغة بانه بذل الوسع وفي الاصطلاح استفراغ الفقيه الوسع ليحصل له ظن بحكم شرعي وبذل المجهود في طلب المقصود من هذا الاستدلال[٥] وقد انتقد هذا التعريف من قبل البعض وعلل ذلك بعدم جواز العمل بالظن الا ان يقوم دليل خاص على اعتباره وهذا الذي قام الدليل على اعتباره يكون حجه مطلقه، لذا فقد عرفوا الاجتهاد بانه ((استفراغ الوسع في تحصيل الحجه على الاحكام الشرعية او تعيين الوظيفة عند عدم الوصول اليها اي عدم الوصول الى الدليل الاجتهادي المعتبر))[٦] ولقد عرف ايضا بأنه ((استفراغ القاضي وسعه في درك الأحكام الشرعية وتنزيلها على الواقع تنزيلا محكما

---

[١] جيلالي بغدادي ،اجتهاد القضائي ،الديوان الوطني للاشغال التربوية، ١٩٩٣ . ص ١٥٧،
[٢] عبد المنعم البداوري ،مبادئ القانون، القاهرة،مصر دون تاريخ الطبع ،ص .٢٤٤
[٣] د.محمد سعيد جعفور ،مدخل إلى العلوم القانونية ،دار هومه ،الجزائر الطبعة ،١٦ ٢٠٠٨، ،ص٢٠٨
[٤] محفوظ بن صغير اجتهاد القضائي في الاسلامي وتطبيقاته في ق قانون الاسرة الجزائري ،رسالة دكتوراه في العلوم الاسلامية غير منشورة ،جامعة باتنة ،٢٠٠٩ . ص ٢٣٢
[٥] الشريف الجرجاني، كتاب التعريفات، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت لبنان طبعه واحد ٢٠٠٦ صفحه ١٢
[٦] ذهب الى التعريف المذكور السيد الخوئي انظر المعجم الاصولي للشيخ محمد صنقور علي الناشر منشورات نقش الطبعة الثانية ٢٠٠٥ الجزء الاول ص ٣٢

يفضي إلى الفصل بين المتنازعين، وصيانة الحقوق))[١] ،أو هو ((القضاء الشرعي خارج نطاق النصوص القطعية في ثبوتها ودلالتها؛ أي فيما فيه مجال للاجتهاد سواء عند ورود النص الظني في الدلالة أو الثبوت، أو عند عدم ورود النص))، وهذا هو المقصود بالاجتهاد في القضاء .كما بمكن تعريف الاجتهاد القضائي في مجال القانون قياسا على تعريف الفقهاء للاجتهاد، بأنه:" بذل القاضي جهده في استنباط الأحكام القانونية من مصادرها الرسمة ."فالاجتهاد القضائي كمصدر للقانون هو:" مجموع المبادئ القانونية التي تستخلص من الأحكام التي تصدرها المحاكم في المسائل التي تفصل فيها". والمبادئ القانونية التي تعتبر مصدرا قانونيا هي المبادئ التي تفصل في مسائل لا يحكمها نص قانوني واضح ويستقر القضاء على اتّباعها[٢] .

ويرى الباحث انه يمكن وضع تعريف للاجتهاد القضائي انه (الرأي الذي يتوصل إليه القاضي في مسألة قانونية غامضة او في حالة فقدان النص والذي يقضي به ويستخلصه من مجموعة الأحكام الصادرة عن المحاكم في مسألة معينة)

المطلب الثاني / مفهوم الطلاق التعسفي The concept of arbitrary divorce

في هذا المطلب سوف نبين معنى التعسف في استعمال الحق ومعنى الطلاق التعسفي وكالاتي:-

التعسف في استعمال الحق هو أن يستعمل الإنسان حقه على وجه غير مشروع ، والفرق بينه وبين استعمال الإنسان لما ليس من حقه هو أن التعسف في استعمال الحق مزاولة الإنسان لحقه لكن بطريقة غير مشروعة ، وأما استعمال الإنسان لما ليس من حقه فهو مزاولته لما ليس من حقه من أول الأمر[٣]

وحكم التعسف في استعمال الحق في الشريعة انه لا يجوز التعسف في استعمال الحق ، اذ قامت على ذلك براهين متعددة في الكتاب الكريم، والسنة النبوية الشريفة.

فأما الكتاب الشريف فمنه قول الله تعالى ((وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه))[٤]

من الآية الكريمة نفهم ان الله تبارك وتعالى أمر الرجال إذا طلق أحدهم المرأة طلاقا رجعيا يحق له فيه أن يراجعها، أن يتصرف تصرفًا حسنا فيما يتصل بأمر المرأة، إذا انقضت عدتها ولم يبق منها إلا مقدار ما يمكنه فيه أن يراجعها، فإما أن يمسكها أي يراجعها إلى عصمته بمعروف بأن ينوي أن يعاشرها بالمعروف، أو يسرحها أي يتركها حتى تنقضي عدتها ويخرجها من منزله بطريقة حسنة، من غير شقاق بينهما ولا مخاصمة ولا ارتكاب الأمور القبيحة.

---

[١] قطب الريسوني: الاجتهاد القضائي المعاصر، دار ابن حزم، بير وت، لبنان، ط١ ، ٢٠٠٧، ص١١

[٢] راجع، محمد عبد الجواد محمد: أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، ص ١٦٣ --١٦٤

[٣] د.أحمد فهمي، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية ، سنة ص٢٠٠.

[٤] سورة البقرة / ٢٣١

اما في السنة عن رسول الله -صلّى الله عليه وسلّم- في حديثٌ له قال فيه: (أبغَضُ الحلالِ إلى اللهِ الطّلاقُ، ما أحلّ اللهُ شيئاً أبغضَ إليهِ من الطّلاق"[١])

ولقد استمد القانون المدني العراقي رقم ٤٠ سنة ١٩٥١ المعدل أحكام نظرية التعسف في استعمال الحق من الفقه الإسلامي وأولا ها عناية خاصة فأوردها في الباب التمهيدي كنظرية عامة تطبيق على جميع التصرفات لا كتطبيق للخطأ في المسؤولية التقصيرية ، فقد جاء في نص المادة السادسة منه على مبدأ هام هو ((الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن أستعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر)).

إلا إن المادة السابعة قيدت هذا المبدأ بوجوب عدم التعسف في استعمال الحق فنصت على ما يلي-:

١- من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان

.ويصبح استعمال الحق غير جائز في الأحوال التالية:

أ- إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الإضرار بالغير.

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

ج- إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها غير مشروعة.

فصاحب الحق طالما استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا تترتب عليه أية مسؤولية، ويغير ذلك يلزم صاحب الحق الضمان وبعد استعمال الحق غير مشروع فى الحالات التالية:

اولاً:- قصد الإضرار بالغير: إذا كانت نية الإضرار هي التي دفعت صاحب الحق لاستعماله بحيث يكون الإضرار بالغير هو الهدف الوحيد الذي يرمي إلى تحقيقه وان حصل صاحب الحق على بعض المنافع العرضية فأنه لا يمنع من توفر النية فالمعيار هو معيار شخصي يستخلص من خلال نية وقصد صاحب الحق في الإضرار بالغير ويتمتع قاضي الموضوع بسلطة تقديرية واسعة في استخلاص نية الإضرار بالغير من عدمه.

ثانياً: رجحان الضرر على المصلحة: ويعتبر كذلك صاحب الحق متعسفاً في استعمال الحق إذا كانت المنفعة أو المصلحة التي حصل عليها نتيجة الاستعمال اقل بكثير بحيث لا تتناسب مع الضرر الذي سببه للغير، ولغرض التثبت من ذلك يتطلب إجراء موازنة بين الضرر والفائدة والترجيح بينهم وهذا المعيار موضوعي يستند على الوقائع المعروضة.

ثالثاً: عدم مشروعية المصلحة ويتحقق هذا المعيار إذا كانت المصلحة المراد تحقيقها غير مشروعة وهو أيضاً معيار موضوعي يستند على وقائع الدعوى المعروضة

وبناء على ما تقدم واعتماداً على فكرة التعسف أو إساءة استعمال الحق اخذ المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وفي المادة (٣/٣٩) منه بفكرة التعسف في استعمال حق الطلاق واعتبر الزوج الذي يطلق زوجته دون سبب

---

[١] عبد القادر شيبة الحمد، فقه الإسلام شرح بلوغ المرام، المدينة المنورة :مطابع الرشيد، ، جزء ٧. ، صفحة ١٨٩

متعسفاً في التعامل مع حق الطلاق ويترتب عليه تعويض عن الضرر الذي أصاب مطلقته من جراء ذلك ويتناسب هذا التعويض مع حالة الزوج المالية ودرجة التعسف
بعض المعايير التي يمكن الركون إليها لاعتبار الطلاق الواقع تعسفياً من عدمه، وهذه المعايير هي:
١- أن يقع الطلاق من قبل الزوج دون سبب مبرر أو ضرورة.
٢- أن لا يكون وقوعه بسبب سوء تصرف الزوجة.
٣- ان لا يكون بطلبها أو برضاها.
٤- أن تصاب الزوجة (المطلقة) بضرر من جراء هذا الطلاق
.فهذه المعايير إذا ما توفرت جميعها بدعوى الطلاق فأن الزوج يكون متعسفاً في استعمال حق الطلاق.

والطلاق لغة يرجع لعدة معاني- : [١] الترك : ومنه طلّق البلاد تركها وطلّقت القوم تركتهم - . الفراق : ومنه طلّقت البلاد فارقتها -التخلية : ومنه أطلّقت الأسير أي خلّيته - الإرسال : ومنه ناقة طلاق بلا خطام، وهي التي ترسل في الحي فترعى في المسرح - . من لا قيد عليه : والطلاق من الإبل .. التي لا قيد عليها؛ بمعنى حل القيد والإطلاق، ومنه ناقة طلاق؛ أي مرسلة بلا قيد، وأسير مطلق؛ أي حل قيده وخلي عنه . وطلاق النساء يأتي لمعنيين : (أحدهما :حل عقدة النكاح).
ولقد عريف قانون الاحوال الشخصية العراقي الطلاق في المادة (٣٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ والمرقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩حيث نصت على انه (الطلاق رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو من الزوجة وإن وكلت به أو فوضت أو من القاضي). ولا يقع الطلاق إلا بالصيغة المخصصة له شرعاً.)
وهو على نوعين حسب نوع وعدد الطلقات التي تقع من الزوج على زوجته فقد يكون طلاقا رجعيا وهو ما جاز للزوج مراجعة زوجته أثناء عدتها منه دون عقد وتثبت المراجعة بما يثبت به الطلاق واشير لذلك بالفقرة ١ من المادة ٣٨من القانون اعلاه او الطلاق البائن وهو على نوعين فأما ان يكون بائنا ببينونة صغرى او بائنا ببينونة كبرى. فالطلاق البائن بينونه صغرى هو ما جاز فيه للزوج التزوج بمطلقته بعقد ومهر جديدين وهذا مان صت عليه احكام الفقرة ٢/أ من المادة (٣٨) من القانون اعلاه اما الطلاق البائن ببينونة كبرى فهو الطلاق المكمل لثلاث طلقات متفرقات في ثلاث اطهار ولا فرق ان كان مسبوقا بطلقتين رجعيتين او طلقتين بائنتين او بطلقتين احدهما رجعية والاخرى بائنة فبعد هذه الطلقتان وبكل الاحوال لا يمكن للزوج مراجعتها او اعادتها الى عصمته الابعد ان تنكح زوجا غيره ويطلقها او يموت عنها وتنتهي عدتها وبعدها ممكن ان يجدد الزوج العقد ومن بعد ذلك يملك ثلاث طلقات جديدة وهذا ما نصت عليه الفقرة (ب) من المادة (٣٨) من القانون اعلاه حيث نصت على) بينونة كبرى وهي ما حرم فيه على الزوج التزوج من مطلقته التي طلقها ثلاثاً متفرقات ومضت عدتها.) وبكل الاحوال

---

[١] ابن منظور : محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى: لسان العرب ،)دار صادر – بيروت ،الطبعة: الثالثة - ١٤١٤ هـ، لسان العرب، /١٠ ٢٢٥-٢٢٦

وعملا بأحكام المادة(٣٥) منه فلايقع طلاق السكران والمجنون والمعتوه والمكره ومن كان فاقد التمييز من غضب او مصيبة مفاجئة او كبر او مريض.
وايضا عرف بأنه كل طلاق بلا سبب، وتستحق به الزوجة المطلقة العوض عن الضرر الحاصل لها، والمقصود بالضرر هنا حرمانها من الحياة الزوجية المستقرة، وفقدانها للمعيل والزوج، ومعاناتها اللاحقة بها من الوحدة والفراق، ونحو ذلك.

المحور الثاني /صور لطلاق التعسفي ومدى اجتهاد القاضي في اثاره Pictures of arbitrary divorce and the extent of the judge's diligence in raising it

في المطلب الاول/ صور الطلاق التعسفي Pictures of arbitrary divorce

غالبية التشريعات العربية ومنها قانون الأحوال الشخصية العراقي اكتفت بذكر بعض الصور التي يمكن الاستئناس بها لتحديد ما إذا كان الطلاق قد استعمل بتعسف من الزوج أم لا وبناء على ذلك لا يمكن تحديد صور أو حالات الطلاق التعسفي على سبيل الحصر لان في ذلك صعوبة تكمن في اختلاف الأعراف والتقاليد الاجتماعية من مكان لأخر وحتى البلد الواحد ومن زمان لأخر ومن شخص الأخر حيث وعليه يجب أن نجمل بعض صور الطلاق التعسفي على سبيل المثال لا الحصر من خلال التطبيقات القضائية لنص الفقرة الثالثة من المادة التاسعة والثلاثين ومنها:

١- **دعاوى تصديق الطلاق الواقع خارج المحكمة:**

فعندما يقوم الزوج بإيقاع الطلاق على زوجته خارج المحكمة سواء أمام رجل الدين أو الشهود أو بدونهم وسواء كانت الزوجة حاضرة مجلس الطلاق أم لا، ويقع الطلاق دون موافقة الزوجة وليس بناء على طلبها وتصاب بالضرر المادي أو الأدبي من جرائه، فعندما تقام دعوى أمام محاكم الأحوال الشخصية لتصديق الطلاق من قبل الزوج أو الزوجة فالمحكمة في مثل هذه الحالات تفترض تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق ما لم يثبت الزوج أن الطلاق وقع بناء على سبب يبرر إيقاعه[1] فإذا اثبت ذلك السبب للمحكمة واقتنعت به فستنفي عن الزوج حالة التعسف وان اعتبار الطلاق الواقع خارج المحكمة طلاقاً تعسفياً ليس قاعدة عامة فهو وان صح في بعض الحالات فقد لا يصح ذلك في الحالات الأخرى فليس كل الطلاق خارج المحكمة هو طلاق تعسفي فقد يطلق الزوج زوجته خارج المحكمة ولديه من الأسباب ما يكفي لإيقاع الطلاق على زوجته ولكنه يرى إن مصلحة الأطفال وسمعته تقتضي أن لا يطرح الموضوع على القضاء

---

[1] **مسألة الضرر والتحقق من وجوده أمر تستقل به المحكمة بمفردها ولا تعرض الأمر على خبراء لمعرفة ما إذا كانت الزوجة أصيبت بالضرر أم لا(٦٢)، وتجسد ذلك في قرار محكمة التمييز المرقم ١٤٥٨/شخصية /١٩٨٨ في ١٩٨٨/٢/٢ في قضية تتخلص وقائعها بأن المدعية (س) ادعت لدى محكمة الأحوال الشخصية في الناصرية بأن المدعى عليه (م) مطلقها وحيث انه كان متعسفاً في طلاقها فقد طلبت المحكمة عليه بتعويض يتناسب ودرجة تعسفه، فأصدرت المحكمة المذكورة بتاريخ ١٩٨٧/١٠/٢٧ وعدد ١٩٢٩ /ش/١٩٨٦ حكماً حضورياً يقضي برد دعوى المدعية حيث لا يعتبر كل طلاق خارج المحكمة تعسفاً والضرر متحقق فيه. تمييز من قبل المدعية قررت محكمة التمييز ((.... وجد أن المحكمة ردت دعوى المدعية بحجة انه لم يتضح لدى المحكمة انه أصابها ضرر من جراء قيام المدعى عليه بطلاقها وقد فات المحكمة أن تلاحظ بأنها لم تتحقق عن التعسف ودرجته والضرر الذي أصاب الزوجة من عدة كل ذلك على ضوء الفقرة الثالثة من المادة التاسعة والثلاثين من قانون الأحوال الشخصية مما اخل بصحة حكمها المميز...)).**

حتى لا تطرح أسباب الطلاق خاصة وان بعض الأسباب تتعلق بالقيم الأخلاقية التي يتوجب كتمانها وعدم الكشف عنها حفاظاً على كرامة الإنسان.
صدر قرار محكمة التمييز الرقم ٢٢٧ / شخصية/ ١٩٩١ في ٢٤ /٤/١٩٩١ والمتضمن: (لدى التحقيق والمداولة وجد أن الحكم المميز بالنظر للأسباب المبينة فيه صحيح وموافق للشرع والقانون. حيث أن نص المادة ٣٩ في ٣ من قانون الأحوال الشخصية أوجب الحكم بالتعويض للزوجة التمضررة من الطلاق إذا تعسف زوجها في طلاقها وأن هذا التعويض عن الضرر ليس نفقة لتسقط بإرجاع الزوج المطلق زوجته وإنما هو تعويض عن ضرر وقع بالطلاق. لذا قرر تصديقه ورد الاعتراضات التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالأنفاق في ٩ / شوال/ ١٤١١ – الموافق ٣١ / ٤ / ١٩٩١ . وهناك قرار تمييزي (غير منشور) برقم ١٠٥١ (شخصية) /١٩٩٩١ في ١٩٩٦/٨/٤ جاء مخالفاً لقرار التمييزي المنشور انه نقض الحكم الصادر من محكمة الأحوال الشخصية في الكرخ المرقم ٣٣١/ش/١٩٩٦ في ١٩٩٦/١/٢٨ من جهة التعويض عن الطلاق التعسفي لان المحكمة المذكورة لم تحكم بالتعويض للمدعى عليها طبقاً للمادة (٣/٣٩) أحوال شخصية وان وقائع الدعوى تبين أن المدعى عليها التي طلبت الطلاق وأقام شاهدين خارج المحكمة وأقيمت الدعوى لتصديق الطلاق بناء على طلب المدعي ويستنتج من هذا القرار انه يجوز الحكم للزوجة بالتعويض عن الطلاق التعسفي حتى إذا كانت هي التي طلبت الطلاق بينما القرار التمييزي السابق المرقم ٢٤٢٦/شخصية /٩٦ في ١٩٩٦/٨/١١ لم يجيز الحكم للزوجة بالتعويض عن الطلاق التعسفي إذا كانت قد طلبت الطلاق من زوجها.
ونؤيد اتجاه القرار المرقم ٢٤٢٦ في /شخصية /٩٦ المذكور أعلاه لأنه إذا وقع الطلاق بناء على طلب زوجته فأنها أسقطت حقها بالمطالبة عن التعويض لأنها تكون السبب في الطلاق ولا يكون الزوج متعسفاً في استعمال حق الطلاق.

٢- **إصرار الزوج على الطلاق** :في هذه الصورة قد يحصل أن يقيم الزوج دعوى الطلاق أمام المحكمة المختصة وعند التحقيق يظهر أن الزوج هو المقصر ولكنه يصر على الطلاق رغم ذلك بواسطة المحكمة خصوصاً إذا كانت الزوجة متمسكة بالرابطة الزوجية

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

وهنا يظهر التساؤل فيما إذا كانت الزوجة مفوضة بتطليق نفسها من زوجها (صاحبة العصمة) أثناء انعقاد الزواج وطلقت نفسها من زوجها دون أسباب لمجرد رغبتها بالخلاص منه والإضرار به وانه لم يوافق على ذلك فهل يمكن تصور التعسف باستعمال حق الطلاق من جانب الزوجة المفوضة تطليق نفسها؟.
إن نص المادة (٣/٣٩) أحوال شخصية قيد حالة التعسف باستعمال حق الطلاق على الزوج فقط فذكرت ((إذا طلق الزوج زوجته.....)) فالنص تطرق إلى التعسف الصادر

من جانب الزوج رغم أن القانون ذاته أعطى للزوجة حق تطليق زوجها إذا كانت مفوضة به موكلة من قبل زوجها.
ونؤيد اتجاه القانون العراقي بتقييد حالة التعسف على الزوج فقط في استعمال حق الطلاق لأنه وان لم يكن هناك مانع من شمول الزوجة بهذا التعسف بناءاً على إساءة استعمال الحق إذا كان الاستعمال يقصد الإضرار فقط، ولكن قد تكون مصلحة الزوجة في الفراق عن زوجها أجدى أو انفع من استمرار الزواج أي أن المنفعة متوخاة من الفراق اكبر من الضرر خلال الحياة الزوجية بالإضافة إلى أن الزوج عندما يفوض زوجته تطليق نفسها منه متى شاءت يكون على علم بأن زوجته قد تلجأ إلى هذا الحق المكتسب للخلاص منه بناء على ذلك التفويض أو التوكيل ولو بدون موافقة الزوج.

المطلب الثاني/ اثار الطلاق التعسفي / Effects of arbitrary divorce

نصت المادة ٣٩ منه على ان (١ – على من أراد الطلاق أن يقيم الدعوى في المحكمة الشرعية بطلب إيقاعه واستحصال حكم به فإذا تعذر عليه مراجعة المحكمة وجب عليه تسجيل الطلاق في المحكمة خلال مدة العدة)
والذي يفهم من هذا النص ان إيقاع الطلاق يكون اما امام المحكمة المختصة وهي دعوى إيقاع طلاق يقيما الزوج على زوجته ويوقع طلاقه امام القاضي وهي نادرة الوقوع وربما تحصل بمناسبة دعوى أخرى بين الزوجين كدعوى النفقة او طلب التفريق.
وقد يكون إيقاع الطلاق خارجيا كما قلنا،أي عن طريق رجل الدين ومن ثم يتم تصديق الطلاق امام المحكمة سواء اثناء العدة ام بعدها، وسواء اكان المدعي هو الزوج ام الزوجة. وهذه اكثر الحالات شيوعا في العراق، ويلاحظ على دعوى تصديق الطلاق الخارجي الملاحظات الاتية:
ان هذه الدعوى هي كاشفة للطلاق لا منشاة له كما لو اوقعها الزوج امام المحكمة، أي ان العبرة بالطلاق من تاريخ ايقاعه لا من تاريخ تصديقه وعليه فالعدة تبدأ من تاريخ إيقاع الطلاق لا من وقت إقامة الدعوى او صدور الحكم.سلطة القاضي تكون مقيدة فقط من التحقق في توافر شروط الطلاق بعد استداء رجل الدين وحضور شاهدي مجلس الطلاق ان أمكن ذلك، اما عرض الزوجين على الباحثة الاجتماعية فهو من باب الوقوف على أسباب الطلاق وبيان الطرف المتعسف وامكانية الإصلاح بينهما.
قرار الحكم بتصديق الطلاق من عدمه لا يخضع للتمييز الوجوبي حاليا وانما لذوي العلاقة الطعن بالحكم حسب طرق الطعن القانونية ومن اثار الطلاق التعسفي ما يأتي:-

. اولا/ بقاء اثار العقد سارية المفعول:-

اشارت المادة (٢/٣٩) اعلاه على انه (تبقى حجة الزواج معتبر إلى حين إبطالها من المحكمة).ويلاحظ على هذه الفقرة انها توحي ان عقد الزواج يبقى نافذا لأثارة المالية وغير المالية مالم يصدق الطلاق وفي الحقيقة ان هذه الفقرة هي مثلمة في القانون وانها لا قيمة لها ذلك ان الزوج لو طلق زوجته في ٢٠١١/١/١ وصدق الطلاق في عام ٢٠٢٠ فوفق هذه الفقرة تبقى الزوجة المطلقة مستحقة لنفقتها كل هذه الفترة او ثبوت حق الاستمتاع ام غيرها وهذا عير صحيح لان احكام الطلاق هي من مسائل الحل والحرمة وانها تبتدأ من تاريخ الطلاق وان تصديقه له اثر رجعي فالزوجة بعد الطلاق لا تستحق

نفقة بل لها نفقة العدة ان كان مدخولا بها، عليه نرى ضرورة تعديل الفقرة الثانية أعلاه اما بالحذف او بالنص على انه (تبقى حجة الزواج معتبر لحد تاريخ ايقاع الطلاق اما امام القاضي او الخارجي

ثانيا/ فرض التعويض حماية لحقوق المرأة المطلقة

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

١-. أن يتناسب التعويض وحالة الزوج المالية. يؤخذ بنظر الاعتبار عند تقدير مبلغ التعويض عن الطلاق التعسفي حالة الزوج المالية يسراً أو عسراً [١] ومن خلال ما يمتلكه من أموال منقولة وغير منقولة والموارد الأخرى كالراتب مثلاً ويقع عبء إثبات يسر حالة الزوج على عاتق الزوجة بكافة طرق الإثبات بما فيها الشهادة(٧٤)، أما حالة الزوجة المادية ومكانتها الاجتماعية فليس لها أي تأثير ايجابي أو سلبي عند تقدير التعويض لها لان النص المذكور أوجب أن يكون التناسب مع حالة الزوج المادية دون سواها.

٢- أن يتناسب التعويض ودرجة تعسف الزوج في إيقاع الطلاق.

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

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

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

ونرى أيضاً أن المطالبة بالتعويض في دعوى الطلاق عبارة عن دعوى حادثة متقابلة وليس دفعاً من قبل الزوجة تروم من خلاله رد دعوى الطلاق وإنما تطلب الحكم لنفسها بمبلغ التعويض الذي تستحقه حيث أجاز قانون المرافعات المدنية إحداث دعوى حادثة متقابلة من جانب المدعى عليه وعند إحداث تلك الدعوى المتقابلة تلزم المحكمة عند إصدارها الحكم بإصدار فقرة حكمية خاصة بها وهي إلزام الزوج بدفع مبلغ التعويض لزوجته وبذلك تكون ربحت دعواها الحادثة المتقابلة وطالما أن المطالبة بالتعويض في الدعوى الأصلية هو دعوى حادثة فالأولى استيفاء الرسم عنها بنسبة مئوية من المبلغ المطالب به كتعويض عن الطلاق التعسفي حيث أن كل دعوى تقام يجب أن يدفع الرسم عنها[٢]ويعتبر تاريخ استيفاء الرسم هو تاريخ إقامتها إلا إذا استثنيت من استيفاء الرسم بنص خاص .

---

[١] ينظر المادة (٣/٣٩) من قانون الاحوال الشخصية رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل

[٢] تنظر المادة (٩) من قانون الرسوم العدلية رقم ١١٤ لسنة ١٩٨١

نصت المادة (٣/٣٩) من قانون الاحوال الشخصية على انه (اذا طلق الزوج زوجته وتبين للمحكمة ان الزوج متعسف في طلاقها وان الزوجة اصابها ضرر من جراء ذلك، تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويض يتناسب وحالته المالية ودرجة تعسفه، يقدر جملة، على ان لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة الأخرى) . وهذه الفقرة أضيفت الى هذه المادة بموجب المادة (١) من قانون تعديل قانون الاحوال الشخصية النافذ رقم ٥١ لسنة ١٩٨٥ . ويلاحظ على إقليم كردستان انه وفق التعديل الأخير لقانون الأحوال الشخصية عدل المادة (٣/٣٩) وأصبحت كالاتي (٣- اذا طلق الزوج زوجته وتبين للمحكمة ان الزوج متعسف في طلاقها وان الزوجة اصابها ضرر من جراء ذلك تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويض يتناسب وحالته المالية ودرجة تعسفه يقدر جملة على ان لا تقل عن نفقتها لمدة ثلاث سنوات ولا تزيد على خمس سنوات علاوة على حقوقها الثابتة الاخرى.)واضاف فقره٤ نصت على انه (٤- تلتزم حكومة الاقليم برعاية المطلقة التي لا تملك دخلاً شهرياً ويخصص مبلغ شهري لها من قبل الرعاية الاجتماعية ولغاية ايجاد فرصة عمل لها او زواجها.). وهو براينا من الأمور الحسنة التي نامل من المشرع العراقي ايرادها في قانون الأحوال الشخصية النافذ .ويفهم من هذه المادة ان الزوج يعوض زوجته في حالة طلاقه لها . فيمكن تعريف الطلاق التعسفي بانه (مبلغ من المال يقدر جزافا يدفع للزوجة التي يطلقها زوجها طلاقا تعسفيا بما يساوي نفقتها مدة من الزمن). ويشترط لتطبيق هذه الفقرة ما يلي:-

١- **ان يوقع الزوج بحق زوجته طلاقا بارداته المنفردة**: اما لو أوقعت الزوجة الطلاق بما فوضت به او وكلت به او كان الطلاق باتفاق الزوجين(مخالعة) او بأمر القاضي (تفريق قضائي) فلا يشمله النص.

٢- **ان يكون الزوج متعسفا بإيقاع الطلاق**: أي ان القصور لا يعود للزوجة بل من الزوج ، فان كانت الزوجة هي سبب الطلاق او لم يكن متعسفا فلا يطبق النص، ويستتبع التعسف الحاق المطلقة بضرر بل ان القضاء العراقي اعتبر قيام الزوج بإيقاع الطلاق بحق زوجته خارج المحكمة لدى رجل الدين وبغيابها تعسفا منه في إيقاع الطلاق[١]

. ٣- **ان تطلب الزوجة المطلقة التعويض** : سواء اكان في ذات الدعوى المقامة بتصديق الطلاق او دعوى مستقلة ،فلا يحكم به القاضي من تلقاء نفسه،

مع ملاحظة ان الحكم بالتعويض التعسفي يكون جزافا كمبلغ مقطوع تقدره المحكمة بالاستعانة بالخبراء بما لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين يراعى فيه حالة الزوج المالية. ويلاحظ على التعويض التعسفي انه لاقى معارضة من قبل العديد من رجال الدين والاوساط القانونية والاجتماعية على اعتبار ان الطلاق حق للزوج فلا يجوز من استعمل

---

[١] **أصدرت محكمة التمييز العراقية بتاريخ ١٩٨٧/١٠/٢٧ وعدد ١٩٢٩ /ش/١٩٨٦ حكماً حضورياً يقضي برد دعوى المدعية حيث لا يعتبر كل طلاق خارج المحكمة تعسفاً والضرر متحقق فيه. تمييز من قبل المدعية قررت محكمة التمييز ((.... وجد أن المحكمة ردت دعوى المدعية بحجة انه لم يتضح لدى المحكمة انه أصابها ضرر من جراء قيام المدعى عليه بطلاقها وقد فات المحكمة أن تلاحظ بأنها لم تتحقق عن التعسف ودرجته والضرر الذي أصاب الزوجة من عدة كل ذلك على ضوء الفقرة الثالثة من المادة التاسعة والثلاثين من قانون الأحوال الشخصية مما اخل بصحة حكمها المميز.)).**

حقه ان يعتبر متعسفا ويعوض الزوجة ولكن المحكمة الاتحادية العراقية قضت بمشروعية هذا التعويض المهر المقوم بالذهب[١]

ثالثا/ سكنى الزوجة:- بموجب قانون حق الزوجة المطلقة في السكن رقم (٧٧) لسنة ١٩٨٣ النافذ والذي اشار في المادة ١ منه بانه (تصدر المحكمة التي تنظر في دعوى طلاق الزوجة أو تفريقها قرارا بناء على طلبها بإبقائها بعد الطلاق او التفريق ساكنة من دون زوجها في الدار أو الشقة التي تسكنها معه اذا كانت مملوكة له ، ويصدر هذا القرار ضمن الحكم بالطلاق أو التفريق .) واوضحت المادة ٢ منه الى انه (١ – تكون سكنى الزوجة المطلقة بمقتضى المادة الاولى لمدة ثلاث سنوات وبلا بدل وفق الشروط الآتية:-

أ – أن لا تؤجر الدار أو الشقة كلا أو جزءا

ب – أن لا تسكن معها فيها أي شخص عدا من كانوا تحت حضانتها

جـ – أن لا تحدث ضررا بالدار أو الشقة عدا الاضرار البسيطة الناجمة عن الاستعمال الاعتيادي

٢- استثناء من حكم الفقرة (١ – ب) يجوز للزوجة أن تسكن معها احد محارمها بشرط أن لا توجد أنثى تجاوزت سن الحضانة بين من يعيلهم الزوج ممن يقيمون معهما في الدار أو الشقة .) كما اشارت المادة ٣ الى انه (تحرم الزوجة من هذا الحق في احدى الحالات الآتية :-

أ – اذا كان سبب الطلاق أو التفريق خيانتها الزوجية أو نشوزها.

ب – اذا رضيت بالطلاق أو التفريق

.ج – اذا حصل التفريق نتيجة المخالعة

.د – اذا كانت تملك على وجه الاستقلال دارا أو شقة سكنية.

.الخاتمة Conclusion

بعد ما انهينا بحثنا الموسوم (دور القاضي الاجتهادي في حماية حقوق المرأة المطلقة) توصلنا الى نتائج وتوصيات وكلاتي:-

اولا/ النتائج Results

١- لا يجوز للقاضي أن يلجأ إلى الاجتهاد حين وجود نص قانوني واضح يحكم النزاع المطروح عليه

٢- تتميز القاعدة القانونية بأنها عامة ومجردة لا حركية فيها تحمل الطابع الواقي من المنازعات في طياتها، فإذا وقع النزاع تم اللجوء إلى القضاء الذي يخرج النص القانوني من جموده وعموميته وتجريده إلى حركية وذاتية تجعل النص و كأنه لم يوضع إلا لحل هذا النزاع، وهذه العملية رغم ضرورتها وسعيها لتحقيق العدالة فإنها تؤثر في المراكز القانونية وجودا وعدما، فلو أحسن القضاء تطبيق النص وفقا للغايات المرجوة من

---

[١] قرار مجلس قيادة الثورة ١٢٧ المنحل لسنة ١٩٩٩ نص على ان (قرر مجلس قيادة الثورة ما ياتي :اولا – تستوفي المرأة مهرها المؤجل ، في حالة الطلاق ، مقوما بالذهب بتاريخ عقد الزواج .ثانيا – ينفذ هذا القرار من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية)

وضعه لتحقق لاجتهاد القاضي هدفه، ولو أساء تطبيقها لاختل ميزان العلاقات القانونية .

٣- أن الاجتهاد القضائي ليس في جوهره إلا تأويلا للقاعدة القانونية مهما كان مصدرها، وذلك أن الاجتهاد يطلق على عمل القاضي في استنباط الحل الذي يحكم النزاع <

٤- قد يقوم الزوج بإيقاع الطلاق على زوجته خارج المحكمة سواء أمام رجل الدين أو الشهود أو بدونهم وسواء كانت الزوجة حاضرة مجلس الطلاق أم لا، ويقع الطلاق دون موافقة الزوجة وليس بناء على طلبها وتصاب بالضرر المادي أو الأدبي من جرائه، فعندما تقام دعوى أمام محاكم الأحوال الشخصية لتصديق الطلاق من قبل الزوج أو الزوجة فالمحكمة في مثل هذه الحالات تفترض تعسف الزوج في استعمال حق الطلاق ما لم يثبت الزوج أن الطلاق وقع بناء على سبب يبرر إيقاعه

٥- لا يقف دور القاضي عند تطبيق النص الرسمي بل يتعداه إلى البحث عن الحل العادل الذي لو تبينه المشرع لوضع نصا مكتوبا بصدده، كما يقوم القاضي بتفسير النص القانوني الذي يحتمل التفسير .ولذلك أبرزت الدراسة أن الفقه أجمع على أن القانون الحي هو القانون الذي تصنعه المحاكم، وعلى هذا الأساس فإن القانون لا يمكنه أن يمنع القضاء من الاجتهاد ووضع الحلول القضائية للحالات التي لم يرد بشأنها نص قانوني.

٦- المشرع اوجب تصديق الطلاق الخارجي خلال فترة العدة، الا انه لم يضع عقوبة على الزوج المطلق في حالة عدم تصديقه خلالها ما يعني ان الامر مفتوح لمدة غير محدده فيمكن ان يقع الطلاق وبعدها بعشر سنين يصدق. فكان لزاما معاقبة من يخالف ذلك.

التوصيات For recommendations

١- نوصي المشرع العراقي بإضافة فقرة أخرى للمادة (٣٩) من قانون الاحوال الشخصية تنص على انه (يعاقب المخالف لأحكام الفقرة (١) من هذه المادة بالحبس مدة لا تزيد عن سنة او الغرامة التي لا تزيد عن مليون دينار او بكلا العقوبتين) ، كما نقترح الزام رجال الدين بإيداع نسخة من ورقة الطلاق لدى محكمة الأحوال الشخصية التي يعمل ضمن موقعا وذلك منعا للتحايل على القانون التي يحاول البعض ايهام الاخرين بها

٢- نوصي المشرع بضرورة جعل الاجتهاد القضائي مصدرا صريحا للقانون ضمن المادة الاولى من القانون المدني

٣- ضرورة عدم التمادي في سلطه القاضي التقديرية ووضع ضابط لها مراعاه تحقيق الامن القانوني

قائمة المراجع :

القران الكريم

(I) محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى: لسان العرب ،) دار صادر – بيروت ،الطبعة: الثالثة - ١٤١٤ هـ

أولا: الكتب والاطاريح

(I) جيلالي بغدادي ،الاجتهاد القضائي ،الديوان الوطني للاشغال التربوية، ١٩٩٣

(II) عبد المنعم البداوري ،مبادئ القانون، القاهرة،مصر دون تاريخ الطبع

(III) د.محمد سعيد جعفور ،مدخل إلى العلوم القانونية ،دار هومه ،الجزائر الطبعة ،١٦

(IV) محفوظ بن صغير اجتهاد القضائي في الاسلامي وتطبيقاته في ق قانون الاسرة الجزائري ،رسالة دكتوراه في العلوم الاسلامية غير منشورة ،جامعة باتنة ،٢٠٠٩ .

(V)) الشريف الجرجاني، كتاب التعريفات، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت لبنان طبعه واحد ٢٠٠٦

(VI) السيد الخوئي انظر المعجم الاصولي للشيخ محمد صنقور علي الناشر منشورات نقش الطبعة الثانية ٢٠٠٥ الجزء الاول

((VII) قطب الريسوني: الاجتهاد القضائي المعاصر، دار ابن حزم، بير وت، لبنان، ط١ ، ٢٠٠٧،

(VIII) محمد عبد الجواد محمد: أصول القانون مقارنة بأصول الفقه ، مشأة المعارف،١٩٩١

(IX) د.أحمد فهمي ابو سنة، النظريات العامة للمعاملات في الشريعة الإسلامية .

(X)عبد القادر شيبة الحمد، فقه الإسلام شرح بلوغ المرام، المدينة المنورة:مطابع الرشيد، ، جزء ٧.

القوانين

I - قانون الاحوال الشخصية رقم٨٨ لسنة ١٩٥٨ المعدل

II- القانون المدني العراقي رقم٤٠ لسنة ١٩٤١

III- قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨١

القرارات القضائية

I- قرار محكمة التمييز الاتحادية ذي العدد ١٩٢٩ /ش/١٩٨٦في ١٩٨٧/١٠/٢٧ (غير منشور)

II- قرار محكمة التمييز رقم ١٠٥١ (شخصية) /١٩٩٦ في ١٩٩٦/٨/٤ (غير منشور)