السلطة التقديرية لقاضي الاحوال الشخصية في التفريق للضرر بين النص والتطبيق

أ . ام كلثوم صبيح محمد م.م . سجى حازم محمود
كلية القانون-الجامعة المستنصرية

المقدمة

اعطت الشريعة الاسلامية ومن بعدها القوانين الوضعية للاسرة مكانة مهمة في المجتمع فتم ايلائها عناية خاصة من حيث تأسيسها على مقتضيات الشرع والقانون ، واستمرارها على أسس المودة والرحمة ، فالاسرة هي الخلية الاولى في تكوين المجتمع، وهي رباط يحقق الاستقرار والانس والسكينة ، لكن الواقع العملي اثبت ان هناك حالات لا يمكن معها تحقيق هذه المقاصد ، فقد يضر احد الزوجين بالآخر ضرراً يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية ، وفي هذه الحالة اعطى المشرع العراقي لكل من الزوجين الحق في طلب التفريق للضرر استنادا الى نص المادة ٤٠ من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ ، لكن المشرع العراقي في هذه المادة أورد صوراً للضرر على سبيل المثال لا الحصر كما اوجبت توافر شروط دون توضيح ، الامر الذي فسح المجال لأعمال سلطة القاضي التقديرية ، بمعنى ان المشرع العراقي اورد نص المادة ٤٠ بصيغة مرنة بحيث ترك المجال واسعا لتدخل القاضي من خلال استعمال سلطته التقديرية لحسم النزاع المعروض عليه ، فضلا عن ان التطورات التي شهدتها المجتمعات في مختلف المجالات ولدت الكثير من الاضرار التي كان لها تاثير كبير على حياة احد الزوجين او كلاهما كالخيانة الالكترونية وشذوذ احد الزوجين وغيرها ، لذلك كان من الضروري اعطاء القاضي دوراً ايجابياً لتقدير ما اذا كان النزاع المعروض عليه يعتبر من قبيل الاضرار الموجبة للتفريق ام انه لا يعتبر كذلك ، مع التاكيد على ان القاضي لا يعتبر ذا سلطة تحكمية لانه لا يملك خلق القاعدة القانونية ، وانما يكون له استعمال القاعدة القانونية النافذة وتطويعها بما يتناسب مع تطورات الحياة لحسم النزاع المعروض عليه.

وتتمثل اشكالية الموضوع بضرورة معرفة حدود السلطة التي يتمتع بها قاضي الاحوال الشخصية في تقدير جدية الاسباب المقدمة اليه من اي من الطرفين وكونها تعتبر من الاضرار الموجبة للتفريق ام انها لا تعتبر كذلك ولأهمية الموضوع من الناحية العلمية والعملية وانعكاسه على الرابطة الزوجية والحياة الاسرية ، فقد قسمنا هذا الموضوع الى

مبحثين ، نخصص الاول لبيان ماهية السلطة التقديرية لقاضي الاحوال الشخصية في التفريق للضرر، ونوضح في الثاني مدى سلطة القاضي في التفريق للضرر.

المبحث الاول: ماهية السلطة التقديرية للقاضي في التفريق للضرر

اورد المشرع العراقي الكثير من النصوص القانونية وخاصة في مجال الاحوال الشخصية بصيغة مرنة تفسح المجال لاعمال سلطة القاضي التقديرية ومنها نص المادة ٤٠ الذي أورد صورا للضرر على سبيل المثال لا الحصر، وهنا يبرز دور القاضي المتمثل باستعمال سلطته التقديرية التي لابد من تنظيمها لتكون وسيلة فعالة في اقتضاء الحق وحمايته ، وفي الوقت ذاته لا تؤدي الى اهداره نتيجة المغالاة في الشكل على حساب الموضوع ، ولغرض توضيح ذلك لابد من بيان المقصود بالسلطة التقديرية وكذلك بيان المقصود بالتفريق للضرر وهو ما سنبحثه في المطلبيين الاتيين .

المطلب الاول: مفهوم السلطة التقديرية للقاضي

يتوجب علينا قبل البحث في مدى سلطة القاضي في ايقاع التفريق للضرر من توضيح مفهوم تلك السلطة وموقف الفقه منها وهذا ما سنبينه في فرعين نخصص الفرع الاول لتعريف سلطة القاضي التقديرية بينما نوضح في الفرع الثاني موقف الفقه والقانون من منح القاضي تلك السلطة

الفرع الاول : تعريف سلطة القاضي التقديرية

عرف الفقه القانوني السلطة التقديرية للقاضي بانها " النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي عند ممارسته لولاية القضاء أياً كان مجال العمل القضائي أو نوعه"[١]، وعُرفت كذلك بانها " النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في فهم الواقع المطروح عليه واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة يقدر انها هي التي تحكم النزاع المطروح عليه "[٢] ، وقيل بانها " صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتفكر والتدبر بحسب النظر والمقايسة لتطبيق النصوص القانونية على النزاع المطروح امامه من جميع جوانبه بدأ من قبول سماع الدعوى إلى تهيئتها لأثبات صحتها إلى الحكم فيها واختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم مع مراعاة احوال اطراف العقد في جميع مراحل الدعوى لأهميته واثره في الحكم القضائي "[٣] ، فهذه التعاريف وان اختلفت في الفاظها إلا انها تقاربت في معانيها فجميعها تذهب الى ان السلطة التقديرية للقاضي تعني التفكير والنظر في النصوص التي تحمل اكثر من معنى او النصوص العامة أو الغامضة لبيان المقصود منها ، ومدى امكانية تطبيقها على الوقائع المطروحة امامه والتي لم يرد نص يحكمها .

---

[١]- احمد محمود سعد ، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني – ماهيتها وضوابطها وتطبيقاتها ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨ ، ص ٢٠ .

[٢]- نبيل اسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ٢٠٠٢ ، ص ١٢١ وما بعدها .

[٣]- محمود محمد ناصر بركات ، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الاسلامي ، ط١ ، دار النفائس ، الاردن ، ١٤٢٧ هـ ، ص ٨١ .

أما المشرع العراقي فلم يورد تعريفاً للسلطة التقديرية للقاضي على اعتبار ان وضع التعاريف هي مهمة فقهية وليست من مهام المشرع ، وبدورنا نميل للقول بأن السلطة التقديرية لقاضي الاحوال الشخصية يقصد بها (صلاحية قانونية يتمتع بها قاضي الاحوال الشخصية يتمكن بموجبها من اعمال نشاطه الذهني في فهم الواقع في حدود نص قانوني معين يكون صالح للتطبيق على النزاع المعروض) .

فالسلطة التقديرية للقاضي قوامها النشاط الذهني والنظر العقلي للوصول إلى العدالة وأحقاق الحق وانهاء الخصومة المطروحة أمامه ، وهي من اساسيات العمل القضائي ، فضلا عن كونها ملازمة له ويمارسها القاضي في جميع مراحل الدعوى ؛ بمعنى اخر يمكن القول ان السلطة التقديرية ملازمة للسلطة القضائية فحيثما وجدت سلطة قضائية وجدت معها سلطة تقديرية [١] ، والسبب في ذلك يرجع إلى ان القاعدة القانونية تؤسس عند تشريعها على فكرة العدالة الشكلية ، الامر الذي يستلزم وجود سلطة تقديرية للقاضي للوصول الى العدالة الموضوعية ، وذلك من خلال الموائمة بين مفترضات القاعدة القانونية والنزاع المطروح ، لكن استعمال القاضي للسلطة التقديرية واصدار الاحكام بناءً على ذلك لا يعني ان القاضي يقوم مقام المشرع أو يحل محله ، بل كل مافي الامر انه يقوم بعملية ذهنية مؤداها إعمال فكره وعقله وقناعاته لأبتداع الحلول المناسبة للقضايا المطروحة للوصول إلى العدالة ، وذلك بتقدير مدى امكانية تطبيق قاعدة قانونية معينة على الوقائع المطروحة امامه [٢]

الا انه يتوجب التأكيد على أن سلطة القاضي التقديرية في حقيقتها تمثل سلطة استثنائية ؛ إذ لا يمكن اعتبارها سلطة مطلقة لانها ترتبط بالغاية التي من اجلها وضع المشرع النص القانوني ، بمعنى انها سلطة مقيدة بحدود النشاط الذي ترسمه القاعدة القانونية ولا يملك القاضي الخروج عن تلك الحدود ، لكنها في نفس الوقت لا تعتبر سلطة مقيدة بشكل كامل لان القاضي يكون حر في تكوينها [٣]

الفرع الثاني : موقف الفقه والقانون من سلطة القاضي التقديرية

تعددت الاتجاهات الفقهية حول السلطة التقديرية للقاضي بين مؤيد لوجودها ومعارض لذلك ، فظهر اتجاهان وكالاتي :

الاتجاه الاول : ذهب جانب من الفقه إلى عدم الاعتراف بمثل هذه السلطة وانكار وجودها لدى القاضي ؛ والسبب في ذلك حسب رأيهم يرجع إلى ان القاضي عندما يمارس عمله القضائي يستند إلى النصوص القانونية التي وضعها المشرع ، أي ان القاضي يستمد ولايته من المشرع فهو الذي يتولى تحديد مجال عمل القاضي ونطاقه استناداً إلى نصوص قانونية قاطعة الدلالة لامجال لتقدير القاضي فيها ، اي ان السلطة التي يمارسها القاضي اثناء الفصل في النزاع المعروض أمامه لا تعد سلطة تقديرية لانها مقيدة بغايات

---

[١]- محمود محمد ناصر بركات ، المرجع السابق ، ص ٨١ .

[٢]- نبيل اسماعيل عمر ، المصدر السابق ، ص ١٠٩ ، حسين عامل ، التعسف في استعمال الحقوق والغاء العقود ، ط١ ، مطبعة مصر ، مصر ، ١٩٦٠ ، ص ٥ .

[٣]- عباس مهدي الدقوقي ، الاجتهاد القضائي ، ط١ ، المركز القومي للاصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٥ ، ص ٤١١.

العمل القضائي ، فالسلطة التي يطلق عليها بالتقديرية هي في حقيقة الامر قررت لخدمة السلطة القضائية ، أضف إلى ذلك ان عملية التقدير هي من مهام المشرع وحده وليس للقاضي ان يقوم بمثل هذه المهمة .

واستنادا لما تقدم قرر اصحاب هذا الاتجاه ان تطبيق القاضي للقانون لابد وان يكون بطريقة آلية محضة ، وعندئذ يقتصر دوره في الدعوى على التعبير عن إرادة المشرع [١]، كما واستندوا في تبرير رأيهم ذلك إلى ان أعطاء القاضي مثل هذه السلطة سيفتح المجال أمام تحكم القضاة وطغيانهم واصدار الاحكام وفقاً لأهوائهم تحت ذريعة ما يسمى بالسلطة التقديرية وهذا سيؤدي إلى التضارب في الكثير من الاحكام وبالتي عدم استقرار العمل القضائي في المحاكم والذي بدوره يؤدي إلى اختلال ميزان العدالة [٢] .

الاتجاه الثاني : ذهب فريق آخر إلى الاقرار بوجود السلطة التقديرية للقاضي تأسيساً على انه لا يمكن القول بان دور القاضي ينحصر في تطبيق القاعدة القانونية فحسب ، فهو ليس مجرد آلة أو ماكنة تعمل دون تفكير، بل ان القاضي يقوم بأعمال ذهنه وةتفكيره للفصل في النزاع المعروض عليه ، ذلك لأن تحقيق الغاية الاساسية من القانون تستلزم أضفاء المرونة على قواعده ، فالقاضي بما يملكه من سلطة تقديرية يعمل على اخراج القواعد القانونية من حالة الركود والسكون إلى حالة الحركة والفعالية ، وبالتالي يحقق الغاية من وجودها ، فالقاضي يقوم بتفسير النصوص القانونية بعد تطويعها لتتناسب مع مستجدات المجتمع وما يطرأ على حياة الافراد من تطورات ، لكن ذلك مقيد بأن لا يؤدي ذلك التفسير إلى حد تغيير القاعدة القانونية ، كما ان السلطة التقديرية التي تمنح للقاضي اثناء ممارسة عمله القضائي لا يمكن ان تتعارض مع تحديد سلطات القاضي ذلك لأن السلطة التقديرية للقاضي لا تنصب على القاعدة القانونية بل على مفترضات تطبيقها وعلى الاثر الذي تنظمه ، لذلك من غير الممكن انكار وجود السلطة التقديرية للقاضي سواء تعلق الامر بفهم الوقائع المعروضة أو باعمال القانون [٣] .

ونحن نميل الى القول بوجود السلطة التقديرية للقاضي ذلك لأن العمل القضائي يستلزم وجود السلطة التقديرية ، فالسلطة التقديرية ملازمة للسلطة القضائية ، كما ان ممارسة السلطة التقديرية يتم في نطاق القانون وفي أطاره ؛ فالقاضي هو رجل قانون يقوم بدراسة النصوص القانونية ويتعمق في فهم معانيها ، كما انه يتأثر بالنظريات الفقهية والاجتهادات القضائية السائدة في المجتمع ، لذلك فان الاحكام التي يصدرها وفقا لسلطته التقديرية تبنى على اساس القناعة المسببة والمحاطة بضوابط معينة بعيدة

---

[١]- ابراهيم بن حديد ، السلطة التقديرية للقاضي المدني – دراسة تحليلية مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، معهد الحقوق والعلوم الادارية ، ٢٠١٥ ، ص ١٠ .

[٢]- عزمي عبد الفتاح ، تسبيب الاحكام واعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية ، ط١ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٣ ، ص ١٩٤

[٣]- نبيل اسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص ١٠٠

عن اهواء القاضي ورغباته الشخصية ، وهذا ما ذهب إليه المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية ، فالمشرع عند وضعه للنصوص القانونية لا يمكن ان يكون ملماً بكل ما سيطرأ في المجتمع من مستجدات وتطورات ، لذلك جاءت نصوص قانون الاحوال الشخصية بصيغة مرنة فسحت المجال لأعمال سلطة القاضي التقديرية من خلال تطويع النصوص القانونية لتتناسب مع كل ما يستجد ويظهر في المجتمع من منازعات ودعاوى نتيجة التطور العلمي والتكنولوجي ومن ثم تحتاج الى نصوص قانونية تحكمها وتفصل فيها .

المطلب الثاني: مفهوم التفريق القضائي للضرر

التفريق سلطة منحت للقاضي لانهاء عقد الزواج ولابد من تحديد سبب يقتنع به القاضي لايقاع الفرقة بين الزوجين ومن اهم تلك الاسباب الضرر ، ونوضح في هذا المطلب تعريف التفريق بشكل عام في الفرع الاول ، بينما نخصص الفرع الثاني لتعريف التفريق للضرر .

الفرع الاول : مفهوم التفريق القضائي

يعرف التفريق القضائي بصورة عامة بأنه " انهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحكم القاضي بناء على طلب احدهما لسبب كالضرر والشقاق أو بدون طلب من احد حفظاً لحق الشرع كما إذا أرتد أحد الزوجين " [١]، ويعرف كذلك بأنه " قطع النكاح بين الزوجين بأمر القاضي بناءُ على طلب احدهما " [٢] ، فالتفريق القضائي هو ذلك الذي يقع من قبل القاضي عن طريق القضاء والذي يؤدي إلى انهاء الرابطة الزوجية وانحلالها إذا توفرت احد الاسباب القانونية أو الشرعية [٣]، والقانون منح القاضي صلاحية التفريق بين الزوجين أي تطليق الزوجة من زوجها بغض النظر عن موافقة الزوج أو رفضه ، وهو بذلك يكون نائباً عن الزوج في ايقاع الطلاق ، ونيابة القاضي في هذه الحالة هي نيابة قانونية تم الاقرار بها على خلاف الاصل ، فالاصل ان الطلاق بيد الرجل وهو حق للرجل لأنه وحده من يتحمل تبعاته وآثاره ، لكن هناك حالات سلب حق الزوج في ايقاع الطلاق ومنح للقاضي ، وذلك إذا رفع احد الاطراف الامر إليه ورأى بموجب سلطته التقديرية ان ذلك السبب كافياً لجعل استمرار الحياة الزوجية ما بين الطرفين مستحيلة .

فالغاية من التفريق القضائي جعله وسيلة لانقاذ الزوجة او لانهاء زواج لايمكن لاحد طرفيه الاستمرار فيه الا انه يتعذر عليه انهائه ، مع عدم قدرة الوسائل الاختيارية من (طلاق او خلع) على انهاء ذلك الزواج ، وعندئذ يعد التفريق حلاً شرعياً لابقاء كيان الاسرة متماسكا .

---

[١]- محمد كمال الدين امام ، الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي ، ط١ ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، لبنان ، ١٩٩٦ ، ص ١٩٧

[٢] الخطيب ، مغني المحتاج ، ٣/ ٢٠٢

[٣]- مصطفى شلبي ، احكام الاسرة في الاسرة في الاسلام (دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون) ، ط١ ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ص ٤٦١

ويختلف التفريق القضائي عن الطلاق في ان الطلاق حق بيد الزوج فله وحده حق ايقاعه عن اختيار وارادة ، ومن ثم فلا يصح ان يفرض عليه " لتحقق الكراهة المبطلة لايقاع الطلاق " [١] ، في حين يكون التفريق سلطة بيد القاضي يستخدمها بعد رفع الدعوى اليه ودون حاجة لرضا الزوج ، كما يتوجب لايقاع الطلاق توافر اركان حددها الفقه والقانون من صيغة وطرفين فضلا عن الشهادة ، في حين لا يشترط في التفريق توافر هذه الاركان ، واخيرا فان الطلاق قد يكون رجعيا وقد يكون بائنا في حين ان التفريق القضائي يكون في اغلب صوره بائنا لتحقيق الغرض من تشريعه فلا يمنح الزوج حق الرجوع لان السماح بالرجعة يؤدي الى انتفاء الفائدة والغرض من التشريع .

الفرع الثاني : تعريف التفريق للضرر

من الاسباب التي يمكن للأطراف الاستناد إليها في طلب التفريق القضائي هو الضرر، ويقصد بالضرر في نطاق الرابطة الزوجية ذلك الاذى الذي يسببه احد الطرفين للأخر، أي هو الاذى الذي يسببه الزوج لزوجته أو العكس ، ، فوصف الضرر يندرج تحته الكثير من الاسباب التي تعطي لاي من الزوجين طلب التفريق عند تحققها ، الا ان المشرع العراقي خصص المادة (٤٠) من قانون الاحوال الشخصية للضرر بعده سببا يمكن الاستناد اليه لانهاء العلاقة الزوجية ، ولا يقف الامر عند حدود اطراف الرابطة الزوجية بل يتعدى إلى أبعد من ذلك ويشمل الاولاد ، فالضرر في نطاق الرابطة الزوجية لايقتصر على الاذى الذي يسببه احد الطرفين للاخر بل يمتد ليشمل أيضاً ذلك الاذى الذي يسببه احد الطرفين لأولادهما ، وهذا ما جاء به المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية العراقي ، إذا نصت المادة (٤٠) اعلاه على " لكل من الزوجين طلب التفريق عند توفر احد الاسباب الاتية : ١- إذا أضر أحد الزوجين بالزوج الآخر أو بأولادهما ضرراً يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية " ، كما ان المشرع العراقي أورد مجموعة من الاضرار التي يمكن الاستناد إليها في طلب التفريق إذ نصت المادة سالفة الذكر على " ويعتبر من قبيل الاضرار الادمان على تناول المسكرات أو المخدرات على ان تثبت حالة الادمان بتقرير من لجنة طبية رسمية مختصة ، ويعتبر من قبيل الاضرار كذلك ممارسة القمار ببيت الزوجية " ، والواضح من هذه المادة ان المشرع العراقي أورد الاضرار على سبيل المثال لا الحصر، والاضرار ليست على وتيرة واحدة فقد تكون أضرار مادية قولية أو فعلية وقد تكون أضرار معنوية – نفسية ، فلفظ الضرر ورد بصيغة عامة لتشمل كلا النوعين ، بمعنى ان المشرع العراقي أفسح المجال لشمول جميع ما يستجد في المجتمع من حالات وتطورات يمكن ان تنعكس سلباً على الحياة الاسرية والرابطة الزوجية ومنها الخيانة بالوسائل الالكترونية وكذلك اللجوء إلى العمليات التجميلية واستعمال الماكياج لاخفاء العيوب في فترة الخطبة وما قبلها وغيرها من حالات ، وأياً كان نوع الضرر فالمشرع العراقي اشترط فيه حتى

---

[١]- محمد جواد مغنية : فقه الامام الصادق ، دار العلم للملايين ، ط١، ١٩٧٠، ج٦، ص٥٤

يكون سبباً موجباً للتفريق ان يكون جسيماً بحيث يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية أي يكون مستحيلاً أو لا يستطاع معه استمرار الرابطة الزوجية .

المبحث الثاني : سلطة القاضي التقديرية في التفريق للضرر

حدد المشرع العراقي في المادة (٤٠) من قانون الاحوال الشخصية عدة صور للضرر يمكن من خلالها لكلا الزوجين طلب التفريق من القضاء ، وعند التدقيق نجد ان هناك صورا حددها المشرع يمكن للقاضي اعمال سلطته التقديرية ومن ثم يتم الحكم بانهاء العلاقة الزوجية بناء على القناعة المتولدة لدى القاضي بضرورة انهاء العقد من عدمه ، في حين ذكرت المادة صورا اخرى لا يتصور اعمال السلطة التقديرية للقاضي كونها تتعلق بوقائع يمكن اثباتها ، واذا تم الاثبات الزم القاضي بالحكم بالتفريق وسنوضح تلك الصور التي وضحتها المادة اعلاه في مطلبين وكالاتي :

المطلب الاول: صور الضرر التي يتم اعمال القاضي لسلطته التقديرية فيها

الاصل ان انهاء العلاقة الزوجية محصور بيد الزوج الا أن الفقه استثناءً وفي حالات ضيقة وخاصة اعطى للقاضي حق انهاء عقد الزواج عند ثبوت تحقق الضرر ، واصبح هو السائد في اغلب قوانين الاحوال الشخصية ومنها قانون الاحوال الشخصية العراقي ، وبغية توضيح مدى سلطة القاضي التقديرية في ايقاع التفريق للضرر الى فرعين وكالاتي :

الفرع الاول : مدى سلطة القاضي في ايقاع التفريق للضرر

اكدت الفقرتين (١-٢) من المادة (٤٠) من قانون الاحوال الشخصية والتي جاء فيها (لكل من الزوجين طلب التفريق عند توافر احد الاسباب الاتية:

١- اذا اضر احد الزوجين بالزوج الاخر او باولادهما ضررا يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية.ويعتبر من قبيل الاضرار ، الادمان على تناول المسكرات او المخدرات ، على ان تثبت حالة الادمان بتقرير من لجنة طبية رسمية مختصة.ويعتبر من قبيل الاضرار كذلك، ممارسة القمار في بيت الزوجية.

٢- اذا ارتكب الزوج الاخر الخيانة الزوجية . ويكون من قبيل الخيانة الزوجية ، ممارسة الزوج فعل اللواط، باي وجه من الوجوه .

من خلال النص اعلاه يمكننا ان نتبين ان لفظ الضرر الذي ورد في المادة اعلاه لفظ عام ينطبق على كل حالة يتعذر معها استمرار الحياة الزوجية ، وان ما ذكره المشرع من حالات تعد امثلة يتم القياس عليها للحكم بالتفريق عند ثبوت تحقق الضرر ، فقد منح المشرع العراقي القاضي مساحة واسعة من خلال اطلاق صلاحياته لايقاع التفريق اذا تأكد بحسب العرف ومقتضيات العدالة من عدم امكانية استمرار الزوجية بين طرفين ثبت تحقق الضرر باحدهما ؛ لان الحياة الزوجية تصبح عندئذ جحيماً ووبالاً ، وقد يمتد ذلك الضرر ليتعدى الزوجين الى ما خلق الله بينهما من ذرية ، بل يمكن ان يمتد الاثر السيء الى كثير ممن يرتبط بالزوجين بعلاقة قرابة او مصاهرة ، مما يوجب ازالته بانهاء الزواج من قبل القضاء .

وهنا يبرز دور السلطة التقديرية للقاضي ، فالمشرع العراقي في هذه المادة ترك للقاضي سلطة تقدير الواقعة المعروضة عليه هل تعتبر من قبيل الاضرار ام انها لا تعتبر كذلك ، واذا كانت تعد من قبيل الاضرار فهل هي من قبيل الاضرار الجسيمة التي يتعذر معها استمرار الحياة الزوجية بحيث تكون موجبة للتفريق أم انها لا تعتبر كذلك ؛ بمعنى آخر يمكن القول ان المشرع العراقي ترك المجال واسعاً لأعمال سلطة القاضي التقديرية ، فالقاضي لابد وان يكون دقيقاً في تقدير الضرر ودرجته للحكم بالتفريق من عدمه فليس كل ضرر يمكن الحكم معه بالتفريق، بل لابد وان يكون الضرر مما يتعذر معه استمرار الزواج وغالباً ما يشترط ان يكون ضرراً شديداً وجسيماً ، ولا يمكن اصلاحه ، كما ويتوجب ان تفشل مساعي الحكمين في الاصلاح ما بين الزوجين ، وان لايكون هناك ما يشير إلى قبول الطرف المتضرر بالضرر، لأنه لو كان كذلك فهذا يعني ان الحياة الزوجية لم تصل إلى حد الاستحالة بل ما زالت مستمرة ويمكن بقاؤها واستمرارها ، وعندئذ على القاضي ان يكون دقيقاً في تقدير الوقائع المعروضة عليه قبل الحكم بالتفريق [١] .

وان معيار تقدير تحقق الضرر هو معيار شخصي يختلف باختلاف طرفي العقد ، اذ لم يقصر المشرع العراقي حق طلب التفريق بسبب الضرر بالزوجة فقط بل منحه لكلا الزوجين ، وعندئذ فان ما يمكن ان يمثل ضرراً على الزوجة قد لا يمثل ضرراً على الزوج ، بل ان معيار تضرر الزوجة يختلف من امراة لاخرى فضلاً عن اختلافه من رجل لاخر ، فهو بشكل عام يختلف باختلاف البيئات والثقافة والوسط الاجتماعي وطبيعة العمل من عدمه .

وبما ان المشرع العراقي قد ذكر التفريق للضرر بنص مرن أطلق من خلاله الضرر الموجب للتفريق بين الزوجين دون تقييده بايذاء مادي او معنوي ، بل انه لم يشترط ايقاعه بالزوج الاخر ، اذ يمكن الاستناد لطلب التفريق على الضرر الذي يقع على الذرية ، كما ان نص القانون لم يحدد درجة الضرر من حيث الشدة والخفة بل قرنه بتعذر استمرار الحياة بين الزوجين وعندئذ يبرز دور القاضي في اعمال سلطاته لتقدير هل ما يحدث بين طرفي دعوى التفريق يمثل مانعاً من استمرار الزوجين مع بعض من عدمه ، فضلاً عن عدم اشتراط المشرع للتكرار في ايقاع الضرر ؛ بمعنى هل يشترط لطلب التفريق وقوع الضرر مرة واحدة او يشترط التكرار؟ واذا اشترط التكرار فما هي الحدود الدنيا الواجب توافرها لامكانية المطالبة بالتفريق؟

والاجابة عن هذه التساؤلات تدخل ضمن سلطة قاضي الاحوال الشخصية التقديرية كونه هو الذي يتولى تعيين وتقدير الضرر موضوع الدعوى ، وهو يباشر اعمال سلطته تلك بالاستناد الى ما جرى عليه العرف وما درج عليه الاجتهاد القضائي ؛ بمعى انه يجوز لاي من اطراف عقد الزواج طلب انهاء العقد من خلال حكم القاضي بالتفريق بينهما بناء على اقوال او افعال او سلوكيات تصدر من احد الزوجين ويقدر القاضي بعد

---

[١] - حسين غازي عباس ، التفريق للضرر- مناقشة القرار التمييزي ، ٢٠٠٥ ، ص٧

اثباتها من قبل المدعي تعذر مواصلة العشرة الزوجية بينهما ، وبغض النظر عن نوع التصرفات الضارة " شتماً او سباً او ضرباً او اعراضاً او ابتزازاً او اجحافاً او امتناعاً عن اداء الحقوق المترتبة على الزوجية " [١] ، وقد ذكر المشرع امثلة للاضرار التي يمكن الاستناد اليها لطلب التفريق فذكر الادمان على المسكرات او المخدرات او القمار ، فضلا عن الخيانة الزوجية وفعل اللواط ، والتي من خلالها يمكن ان يتبين القاضي استحالة استمرار الحياة الزوجية ، مع ملاحظة ان عدم رغبة احد الزوجين في البقاء مع الزوج الاخر لا يعد سبباً يمكن الاستناد اليه لطلب التفريق ، كما ويتوجب على القاضي التأكد – قبل الحكم بالتفريق – من كون الضرر صادراً من الزوج الاخر وليس من الغير ما لم يكن قد تم التحريض للغير من ذلك الزوج ، كما يتوجب ان ينتج عن الخطأ الصادر من احد الزوجين ضرراً يلحق بزوجه الاخر او باحد فروعه ، وان يكون من صدر الضرر منه اهلاً لصدور التصرفات القانونية منه ، كما ويتوجب على القاضي اعمال سلطته التقديرية للتاكد من سبب ارتكاب الفعل الموجب للضرر ، فقد يكون الزوج المتضرر سبباً فيما لحق به ، اي ان يكون المتضرر بافعاله قد سبب نفور زوجه الاخر واجبره على التصرف بشكل خاطئ نتيجة الاهمال او سوء العشرة ، ولذا يتوجب على القاضي قبل الحكم بالتفريق من التاكد من ان حكمه سيحقق مصلحة الاسرة ويدرء عنها المفسدة ، فالزوجين هما بشر لا يسلمان من النقائص وقد يسئ احدهما استعمال حقه ويقصر فيه بل قد يصدر منه فعل منافي للمصلحة ويضر بشريكه في العلاقة الزوجية او باولاده [٢].

الفرع الثاني : مدى سلطة القاضي التقديرية في ايقاع التفريق للضرر الالكتروني

انتشر في وقتنا الحاضر صور حديثة لاضرار عدها المشرع سببا لطلب التفريق الضرر ، ولعل ابرز الامثلة على ذلك ما نجم عن انتشار وسائل التواصل الاجتماعي الناجم عن ثورة الاتصالات والمتمثل بالادمان الالكتروني والخيانة الالكترونية .

ففيما يتعلق بالادمان الالكتروني : نجد ان شبكات الانترنت بشكل عام ووسائل التواصل الاجتماعي بشكل خاص ، قد لعبت دورا بارزا في زيادة حدة الخلافات بين الزوجين ، نتيجة ادمان احدهما او كلاهما على استخدام تلك الوسائل ، وما ينجم عن ذلك الادمان من برود العلاقة العاطفية ، فضلا عن احتمالية اشعال نار الغيرة ، وازدياد الشك في الشريك في رابطة الزوجية نتيجة الانشغال الدائم عن شريكه بمواقع التواصل او الاشتراك في الالعاب الالكترونية او غيرها من الامور التي تتم من خلال شبكات التواصل الالكتروني ، والتي تلعب دورا بارزا في تفكيك اواصر المودة بين الزوجين ، من خلال ما تبثه من شعور بالاهمال ، ناهيك عن ضعف التواصل بين الزوجين وعدم الانتباه لما قد يطرا او يواجه حياتهما الزوجية من امور تستوجب الانتباه والمعالجة لضمان الاستمرارية ، وما قد يرافق ذلك من امكانية طلب التفريق ، ومما لاشك فيه ان

---

[١] ـ د. دليلة براف : التطليق للضرر المعتبر شرعا في الاجتهاد القضائي الجزائري ، بحث منشور في مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية ، كلية الحقوق ، جامعة سعد دحلب، العدد الاول ، ٢٠٢٢ ، ص ٢١٣

[٢] ـ احمد علي الخطيب ، حمد عبيد الكبيسي ، محمد عباس السامرائي ، شرح قانون الاحوال الشخصية ، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، ١٩٨٠، ص٩٨.

دور القاضي في التثبت والتأكد من وجود حالة الادمان هذه يلعب دورا بارزا ؛ لان هذا الادمان قد لا يمكن اثباته بتقارير طبية كما هو الحال في الادمان على المسكرات او المخدرات ، الا انه لا يقل ضررا عنهما ، فهو يشابه الهجر من حيث اثره ، وضرره ثابت لا محالة ، وغالبا ما يلجأ القاضي الى البحث الاجتماعي او قد يطلب احالة الزوج المدمن الكترونيا الى خبير للتثبت من حالة الادمان ، فاذا تحقق القاضي من ثبوت الادمان امكنه اتخاذ الحكم الصحيح وبما يضمن مصلحة الاسرة .

اما فيما يتعلق بالخيانة الالكترونية فاذا كان المشرع العراقي قد نص صراحة على عد الخيانة الزوجية سببا يبرر طلب التفريق لما لها من ضرر ، فهل يمكن عد الخيانة الالكترونية من صور الخيانة الزوجية اعلاه؟

واجابة هذا التساؤل تدخل ضمن سلطة القاضي التقديرية ؛ لان القانون اعطى للقاضي سلطة تمكنه من قبول البينة الشخصية على حدوث الضرر نتيجة خيانة غير مادية او حتى ردها ، ومع ان سلطة القاضي ليست سلطة مطلقة ، بمعنى ضرورة بناء قناعته على وقائع محددة ومسببة وعدم الاستناد على قناعته الشخصية المحضة ، فاذا تاكد من وجود دلائل تثبت حصول خيانة الكترونية متمثلة باستخدام الزوجين او احدهما للتقنيات الحديثة للقيام بعمل يخالف ما أئتمنه الزوج الاخر او الشرع عليه بما يخص الزوجية وبدون علم زوجه الاخر مما يؤدي الى تمزيق النسيج الاجتماعي للاسرة فضلا عن هتك الاعراض ونشر الرذيلة فان تفسيره لذلك التصرف والذي يعد محور سلطته في استنباط حكم للدعوى سيؤدي الى التفريق اذا وجدها تسبب ضررا ، او قد لا يرى ذلك ومن ثم لا يحكم بالتفريق ، وبشكل عام نجد ان القضاء قد عد الخيانة الالكترونية وان لم تمثل زنا حقيقي الا انها في حقيقتها تمثل خطوة اولى وحقيقية لزنا الزوجية ، كما ان القاضي بسلطته التقديرية قد اسقط الحضانة بسببها مما يعني ان سلطة القاضي التقديرية قد اضفت على الخيانة الالكترونية نوعا من عدم المشروعية وبنت عليها حكما ومن ثم يمكن عدها سببا للتفريق القضائي .

المطلب الثاني: حالات الضرر التي تقيد فيها سلطة القاضي التقديرية

اذا كان المشرع العراقي قد فسح للقاضي المجال لاستعمال سلطته التقديرية ومن ثم اصدار حكمه بالتفريق بين الزوجين استنادا للضرر ، من خلال مواجهة وتحديد الاسباب التي تمثل خطرا على عقد الزواج نتيجة ما تؤدي اليه من الحاق ضرر باحد الزوجين من الزوج الاخر ، الا ان نص المادة (٤٠) من قانون الاحوال الشخصية ذاته قد قيد سلطة القاضي التقديرية ، والزمه بالحكم بالتفريق في حالات ثلاث وضحتها الفقرات (٣-٤-٥) من المادة اعلاه والتي جاء فيها:

(٣- إذا كان عقد الزواج، قد تم قبل إكمال أحد الزوجين الثامنة عشرة، دون موافقة القاضي.٤- إذا كان الزواج، قد جرى خارج المحكمة عن طريق الإكراه، وتم الدخول.٥- إذا تزوج الزوج بزوجة ثانية بدون إذن من المحكمة وفي هذه الحالة لا يحق للزوجة تحريك الدعوى الجزائية....)

من النص اعلاه يتضح لنا ان الحالات التي يتم تحديد سلطة القاضي التقديرية في الحكم بالتفريق للضرر تتمثل بالاتي :

اولا : تزويج القاصر دون موافقة القاضي :

المشرع العراقي اجاز زواج القاصر الذي لم يبلغ بشروط لعل ابرزها : انه جعل ذلك الزواج موقوفا على موافقة القاضي الذي يتوجب عليه قبل اصدار تلك الموافقة وابرام عقد الزواج التأكد من اهلية القاصر بالتوثق من اتمامه الخامسة عشر من العمر او بلوغ تلك السن في حالة الضرورة ، فضلا عن التأكد من قابلية القاصر البدنية على الزواج والحصول على موافقة ولي القاصر وهذا ما اكده نص المادة الثامنة من قانون الاحوال الشخصية والتي جاء فيها (١- اذا طلب من أكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج، فللقاضي أن يأذن به، إذا ثبت له أهليته وقابليته البدنية، بعد موافقة وليه الشرعي، فإذا إمتنع الولي طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحددها له، فإن لم يعترض أو كان إعتراضه غير جدير بالإعتبار أذن القاضي بالزواج ٢- للقاضي أن يأذن بزواج من بلغ الخامسة عشرة من العمر إذا وجد ضرورة قصوى تدعو إلى ذلك ويشترط لإعطاء الإذن تحقق البلوغ الشرعي والقابلية البدنية).

الا ان هناك حالات يتم تزويج القاصر دون علم وموافقة القضاء ، وعندئذ وبغية مواجهة هكذا حالات قررت الفقرة (٣) من المادة (٤٠) التأكيد على رفض المشرع لهذه العقود والنظر اليها نظرة سلبية فهو وان اجبر على الاعتراف بها لحرمة الزواج وصعوبة الاثار المترتبة عليه الا انه اجاز لمن تم ابرم عقد زواجــه من قبل وليه قبل بلوغــه الثامنة عشر من العمر ودون موافقة القاضي حق طلب التفريق وتم اعتبار الضرر واقــع لا محــالـــة ويتجسد ذلك الضرر في ان احد اطراف العقد او كليهما كانا دون سن الرشد وغير قادرين على اتخاذ قرارات سليمة بشكل كامل لقصورهما ؛ فالتكليف بمسؤولية الزواج دون فهمه يعد ضررا محققاً .

فاذا تم رفع دعوى من القاصر المتزوج بغير رضاه ودون موافقة القاضي للمطالبة بالتفريق للضرر فعندئذ لا يتوجب على القاضي الذي ينظر الدعوى استعمال سلطته التقديرية ليبحث في مدى تحقق الضرر من عدمه ؛ لان الضرر مفترض وقوعه دون حاجة لاثبات ، كما ذكرنا سابقا ، وانما يتوجب عليه التأكد من ابرام العقد خارج المحكمة ومن ثم يصدر قراره بالتفريق بين الزوجين للضرر .

ثانيا: الزواج خارج المحكمة عن طريق الاكراه .

الزواج عقد اساسه التراضي ، فلابد من موافقة كلا طرفيه (الرجل والمراة) على ابرامه وبكامل ارادتهما وهو ما اكده نص المادة السادسة من قانون الاحوال الشخصية ، الا ان طرفي العقد او احدهما ، غالبا ما تكون المراة عن طريق النهوة ، قد يجبر على ابرام العقد دون ارادته وقد عد المشرع العراقي عقد الزواج المبرم تحت تاثير الاكراه ودون موافقة احد طرفيه او كلاهما باطلا اذا لم يتم الدخول وهذا ما اكدته المادة التاسعة من نفس القانون (١-لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار إكراه أي شخص، ذكراً كان أم أنثى على الزواج دون رضاه، ويعتبر عقد الزواج بالإكراه باطلاً، إذا لم يتم الدخول، كما

لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار، منع من كان أهلاً للزواج، بموجب أحكام هذا القانون من الزواج.
٢- يعاقب من يخالف أحكام الفقرة (١) من هذه المادة، بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة سنوات، وبالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين، إذا كان قريباً من الدرجة الأولى. أما إذا كان المخالف من غير هؤلاء، فتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنوات،أو الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات.)؛ بمعنى انه اذا تم الدخول فان الزواج يكون صحيحا ويرتب اثاره ، ونتيجة لعدم امكانية المطالبة بابطال العقد المبرم دون ارادة احد طرفيه اذا تم الدخول فقد يبادر مرتكب الاكراه الى ابرام زواجه خارج المحكمة لعدم امكانية ابرامه امام القضاء ؛ اذ يتوجب على القاضي التاكد من تحقق الرضا ، فضلا عن استعجال الدخول ليضمن تنفيذ العقد وعدم ابطاله ، ولمواجهة هذه الحالة تم فسح المجال في الفقرة (٤) من المادة (٤٠) من قانون الاحوال الشخصية ، لمن اجبر على ابرام عقد زواجه دون ارادته (ذكرا كان ام انثى) وتم الدخول ، للتخلص من هكذا عقد من خلال طلبه للتفريق من قبل القاضي ومن ثم انهاء رابطة الزوجية .

فاذا تم رفع دعوى لطلب التفريق بناء على الاكراه ، فيمكن لنا تخيل اعمال سلطة القاضي التقديرية للتأكد من وجود اكراه يتمثل بضغط غير مشروع على الارادة ، وغالبا ما يمكن التاكد من عدم الموافقة بالبينة او الشهادة ، الا انه لا يكفي اثبات الاكراه ، بل يتوجب ان يكون عقد الزواج قد ابرم خارج المحكمة ؛ بمعنى انه ان كان الزواج قد ابرم من قبل القاضي فلا يمكن الطعن بعدم وجود التراضي ؛ فالقاضي ملزم بنص القانون من التاكد من موافقة كلا طرفي العقد على ابرامه موافقة صريحة ، ومن عدم وجود اكراه على اي من الطرفين فضلا عن التاكد من توافر بقية شروط العقد ، فاذا توافر الشرطان من ابرام لعقد زواج خارجي فضلا عن ثبوت تحقق الاكراه فعندئذ يلزم القاضي بالتفريق بين الزوجين لثبوت تحقق الضرر الذي افترض المشرع تحققه بمجرد توافر الشرطين .

ثالثا : الزواج باكثر من زوجة خارج المحكمة .

اباحت الشريعة الاسلامية تعدد الزوجات ، ونص المشرع العراقي صراحة على حق الرجل في الزواج باكثر من زوجة (المادة الرابعة / بفقرتها ٣ ومابعدها) ، الا انه قرنه بضرورة توافر عدة شروط ابرزها موافقة القاضي الذي يتوجب عليه التاكد قبل الموافقة على التعدد من وجود مصلحة تبرر هكذا زواج فضلا عن قدرة الزوج المالية على الانفاق على اكثر من زوجة ومن عدالة الزوج بين زوجاته ، فاذا تخلف احد هذه الشروط فعندئذ لا يجوز للقاضي الموافقة على التعدد ، ولكن قد يلجا الزوج الى ابرام عقد زواجه من امراة اخرى خارج المحكمة عند تاكده من عدم تحقق الشروط التي نص عليها المشرع ، وفي هذه الحالة (ابرام الزواج الاخر خارج المحكمة) ، قرر المشرع عقوبات تفرض على الزوج (المادة الثالثة / ٦) والتي نصت على (كل من أجرى عقداً بالزواج باكثر من واحدة خلافاً لما ذكر في الفقرتين ٤ و٥ يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عل سنة أو بالغرامة بما لا يزيد على مائة دينار أو بهما.)

كما اجاز المشرع العراقي للزوجة التي تم التزوج عليها ان تطلب التفريق استنادا لنص الفقرة (٥) من المادة (٤٠) من نفس القانون ، وبرر المشرع منح الزوجة هذا

الحق بوجود ضرر مؤكد يلحق بها اذا تزوج زوجها بزوجة اخرى، لان عدم تصديق الزواج داخل المحكمة يعني ان الزوج لم يرغب بالحصول على موافقة القاضيلعلمة بعدم توافر الشروط التي حددها المشرع للموافقة على التعدد ، وعدم توافر تلك الشروط يدلل على تحقق الضرر بالزوجة دون حاجة لتقديم ادلة تثبت تحققه ، ومن ثم فاذا طلبت الزوجة التفريق واثبتت قيام زوجها بالتزوج عليها خارج المحكمة، يلزم القاضي بالاستجابة لطلبها ولا يمكنه اعمال سلطته التقديرية ، مع ملاحظة انه لا يحق للزوجة اذا طلبت التفريق للضرر ان تحرك دعوى حبس الزوج التي فرضها المشرع على كل من يتزوج زوجة اخرى دون موافقة المحكمة.

الخاتمة

في نهاية هذا البحث الموسوم بالسلطة التقديرية للقاضي في التفريق للضرر توصلنا الى مجموعة من النتائج والتوصيات سنوردها على النحو الاتي :

اولا- النتائج

١- تمثل السلطة التقديرية للقاضي احدى الحلول التي يتم اللجوء اليها لتفادي القصور في النصوص القانونية والفراغ التشريعي

٢- ساهم القاضي من خلال استعمال سلطته التقديرية في تفسير الغموض الذي اعترى نص المادة ٤٠ من قانون الاحوال الشخصية العراقي خاصة فيما يتعلق بمواجهة الحالات المستجدة والتي افرزها التطور التكنولوجي

٣- اورد المشرع العراقي صور للضرر على سبيل المثال لا الحصر الامر الذي فسح المجال لأعمال سلطة القاضي التقديرية

٤- أن السلطة التقديرية للقاضي تمثل في حقيقتها سلطة استثنائية ؛ إذ لا يمكن اعتبارها سلطة مطلقة لانها ترتبط بالغاية التي من اجلها وضع المشرع النص القانوني ، بمعنى انها سلطة مقيدة بحدود النشاط الذي ترسمه القاعدة القانونية ولا يملك القاضي الخروج عن تلك الحدود ، لكنها في نفس الوقت لا تعتبر سلطة مقيدة بشكل كامل لان القاضي يكون حر في تكوينها

٥- انتشر في الوقت الحاضر صور حديثة لاضرار عدها المشرع سببا لطلب التفريق الضرر ، منها على سبيل المثال الامثلة ما نجم عن انتشار وسائل التواصل الاجتماعي الناجم عن ثورة الاتصالات والمتمثل بالادمان الالكتروني والخيانة الالكترونية

ثانيا – التوصيات

١- نوصي باقامة دورات تدريبية يخضع لها القضاة بفترات دورية لتدريبهم حول كيفية ايجاد الوسائل والحلول القانونية لمواجهة الحالات التي تخفق نصوص التشريع في ايجاد حل لها

٢- نوصي المشرع العراقي بالنص صراحة في قانون الاحوال الشخصية العراقي على عد الادمان اللكتروني والخيانة الالكترونية ضمخاطرا على عقد الزواج وفسح المجال امام كلا الزوجين لطلب التفريق بسببهما

المصادر

١ - ابراهيم بن حديد ، السلطة التقديرية للقاضي المدني – دراسة تحليلية مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، معهد الحقوق والعلوم الادارية ، ٢٠١٥ ، ص ١٠ .
٢- احمد علي الخطيب ، حمد عبيد الكبيسي ، محمد عباس السامرائي : شرح قانون الاحوال الشخصية ، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، ١٩٨٠
٣- احمد محمود سعد ، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني – ماهيتها وضوابطها وتطبيقاتها ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨ ، ص ٢٠ .
٤- حسين عامل، التعسف في استعمال الحقوق والغاء العقود، ط١، مطبعة مصر، مصر،١٩٦٠، ص ٥.
٥- حسين غازي عباس ، التفريق للضـرر- مناقشة القرار التمييزي ، ٢٠٠٥ ، ص٧
٦- دليلة براف: التطليق للضرر المعتبر شرعا في الاجتهاد القضائي الجزائري، بحث منشور في مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، العدد الاول، ٢٠٢٢، ص ٢١٣
٧- عباس مهدي الدقوقي ، الاجتهاد القضائي ، ط١ ، المركز القومي للاصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٥ ، ص ٤١١.
٨- عزمي عبد الفتاح ، تسبيب الاحكام واعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية ، ط١ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٣ ، ص ١٩٤
٩- محمد جواد مغنية : فقه الامام الصادق ، دار العلم للملايين ، ط١، ١٩٧٠، ج٦، ص٥٤
١٠- محمد كمال الدين امام ، الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي ، ط١ ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، لبنان ، ١٩٩٦ ، ص ١٩٧
١١- محمود محمد ناصر بركات ، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الاسلامي ، ط١ ، دار النفائس ، الاردن ، ١٤٢٧ هـ ، ص ٨١ .
١٢- مصطفى شلبي ، احكـام الاسرة في الاسرة في الاسلام (دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون) ، ط١ ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ص ٤٦١
١٣- نبيل اسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ٢٠٠٢ ، ص ١٢١ وما بعدها .