السلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية نفقة طلاق التعسّف

دراسة أصولية في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية العراقي

أ. متمرس د. عبد الامير كأظم زاهد(*)

المقدمة

يراد بالسلطة التقديرية ترك مجال للقاضي لتقدير الموقف والمصلحة على وجهها الأتم، وتحقيق العدالة مع الالتزام بتطبيق القانون

فبين الزامية المواد القانونية من الواقعة الموضوعة امام القاضي، لكن مع بقاء جزء من حسم الدعوى معلقا على فهمه للواقعة، و حكمها يرد موضوع السلطة التقديرية ،اننا نجد في قانون الاحوال الشخصية تفويض القاضي سلطة تقديرية في كثير من المواضع التي سأعرض لها اجمالاً وأقف عند نفقة التعسف تفصيلا.

فوّض قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م القاضيَ مجموعةً من الصلاحيات والسلطات التقديرية تصلح مقدمة لتبيان الشراكة بين فهم القاضي للواقعة والحكم، وبين اتجاهات القانون التي تلزمه بتطبيق حرفي لبنود القانون وتسمى تلك الشراكة السلطة التقديرية للقاضي، ومن امثلة ما خوله قانون الاحوال الشخصية:

١- إذا كان الرجل الذي يطلق زوجته متعسفا، فهنا يقرر القانون للقاضي سلطة تقديرية في الاقتناع بالتعسف و في تحديد نفقة التعسف.

٢- خول القانون القاضي لسريان القضاء العمل بفحوى النص إن لم يسعفه ظاهر النص.

٣- خول القانون القاضي عند فقدانه النص التفصيلي أن يرجع إلى مبادئ الشريعة، وأعطي حق الاستعانة بالمبادئ الأكثر ملائمة لنصوص القانون. وينقد مشرعو القانون لتشريعهم هذه الصلاحية، لأن التخويل عدَ قانون الأحوال هو الاصل، والمعيار وما يقترب منه من مبادئ الشريعة هو الرافد عند عجز النص الاصلي لإسعافه عند خلو القانون من حكم تفصيلي.

(*) جامعة الامام الصادق/ قسم القانون

٤- كذلك خوّله القانون أن يسترشد بأحكام القضاء والفقه في العراق والبلدان الإسلامية بشرط أن تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية إذا ما احتاج إلى معززات أو مستندات قانونية.

٥- منحه القانون سلطة اعطاء الأذن القضائي لمن يريد الزواج بثانية، و التأكد من تحقق الشرطين اللازمين، وهما الكفاءة المالية، والمصلحة المشروعة التي تكمن خلف إرادة الزوج التزوج بامرأة ثانية، وترك القانون تقدير تلك المصلحة المشروعة كشرط لإذن القاضي. وكان الاولى ان يمنح تقديرا لعدم وقوع الضرر، لأن دفع الضرر اولى من جلب المصلحة.

٦- أعطاه القانون حق تقدير توقع عدم العدل بين الزوجات عند الزوج الذي يروم الزواج بثانية ليمنعه من الزواج لمانع شرعي وقانوني.فقد نص القانون في المادة الثالثة الفقرة (٥) على أن يترك «تقدير ذلك للقاضي».دون أن ينّص على الآليات التي تمكنه من تقدير هذه الأمور التي يكمن اغلبها في النوايا والسرائر، ولا جواب على هذا الإشكال إلا بالإحالة على مهارة القاضي،ومدى افادته من قرائن الاحوال.

٧- خولت المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية اعتبار أي الافعال التي تصلح إيجابا يقابله القبول، واعتماد الصيغه التي يقرها العرف حتى يعتبره إيجابا معتداً به.وهي احالة على العرف مصاغة بسلطة تقديرية للقاضي.

٨- في نفاذ الشروط إذا اشترطها احد الزوجين، أعطي القاضي تقدير أي الشروط التي اذا لم تنفذ يقتضي الفسخ، و أي الشروط حينما لا يتم الوفاء بها لا يقتضي الفسخ...

٩- خوله القانون إنفاذ زواج المريض عقلياً، وله أن يقدر عدم الضرر الاجتماعي حتى يأذن له بالزواج، و له تقدير ما اذا كان زواج المريض عقليا يصب في مصلحة ذلك المريض .

١٠- أعطاه القانون تقدير أهلية من بلغ خمس عشرة سنة ممن يطلب الأذن بالزواج، وتقدير قابليته البدنية لكي يأذن بزواجه ، وخوله القانون عدم اعتبار اعتراض ولي أمره إذا اعترض، كما أن له الحكم على الاعتراض بأنه غير جدير بالاعتبار ،.بل خوله القانون أن يأذن للصبي (١٥ سنة) بالزواج على كل حال إذا وجد ضرورة قصوى تدعو إلى ذلك.

١١- خول القانون القاضي سلطة تقدير في دعوى الرضاع المرفوعة أمامه، و اختيار الاجتهاد الفقهي المناسب مع تعدد اراء الفقهاء والاجتهادات في المقدار الناشر للحرمة، فلم يحسمها القانون إنما تركها لاجتهاد القاضي..

و قد قيل إزاء ذلك إذا انكشف للقاضي «أن الرضاع» حاصل بين خاطبين قبل الدخول، فعلى القاضي اعتماد رأي الحنفية في أن قليله وكثيره ناشر للحرمة.أما إذا انكشف «مانع الرضاع»بعد الدخول فلا حرج على القاضي أن يأخذ بالآراء الأخرى.وكل تلك الأحكام ربما تعددت فيها أرآء الفقهاء وربما تعطي القاضي بدائل قانونية .

اما الذي لم تتعدد فيه أرآء الفقهاء، فهو تخويله فرض (غرامة مالية)على الرجل اذا اكتشف القاضي انه يطلق زوجته متعسفاً، وسميت بنفقة التعسف ومع صرف النظر عن خطأ التسمية، فإن في الموضوع والصلاحية مزيداً من الجدل القانوني نورده تفصيلا في ثنايا البحث.

المبحث الأول : مفهوم التعسف وجزاءه ومعايره

اولاً: مفهوم التعسف.

يرتكز مفهوم التعسّـف في الفقه الإسـلامي كما تحدده النصوص على أساسين اثنين:

الأول: الأساس النفسي: وهو الإرادة الباطنة للمتعسف التي يعبر عنها سلوكه الراغب بإيقاع الضرر بشخص آخر.

والأسـاس النظري لهذا هو حديث الرسول (ص) (إنمـا الأعمال بالنيـات، ولكل امرئ ما نوى) [١].

الثاني:الأساس المادي و هو المتمثل بإيقاع الضـرر المادي المعبـر عـن إرادة الاضرار الظاهريـة، ويحكم ذلك قولـه (ص) (لا ضرر ولا ضرار)[٢] . وربما لا تخلو حالة من حالات التعسـف عـن احـدى الناحيتين إن لـم تجتمعا فيهـا، فإلى هذين الأساسـين ترد جميع حالات التعسف.

ومن الجدير بالذكر:

ان مصطلـح التعسـف لم يجر على لسـان الفقهاء الأقدميين، فالمصطلح متأخر في الابحاث الفقهيـة وقد ظهر في الابحـاث القانونية ،بل لم تعرف في مباحث الفقهاء «التعسـف»كنظرية عامـة، وإن كانـوا قد بحثـوا مصاديقه في ثنايا المسـائل المتعددة .ومن ابحـاث المتأخرين في الفقـه نحاول عرض أبـرز تعريفاتهـم لمفهوم التعسف.

عرفه ابو سـنه : ((أنه اسـتعمال الانسـان لحقه على وجه غير مشروع))[٣].

و عرفه في مكان اخر: ((تصرف الانسـان في استيفاء حقه تصرفاً غير معتاد شرعاً))[٤].

وناقش د.فتحي الدريني تعاريفه و نقدها ،ثم عرفه بانه: ((مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل))[٥].

وهذا مستفاد فيما يبدو من ابحاث بعض الفقهاء المتقدمين كأبي اسحق الشاطبي حيث يقرب مفهوم التعسـف بقوله : ((إن في الشـريعة قواعد عامة تسـري على اسـتعمال جميع الحقـوق ، فالمباح يصير غير مباح بمقاصد المستعمل لذلك المباح، فصاحب الحق له ان يستعمل حقه، ولكن لابد أن يتسـاءل في أي غرض ؟ والـى أي مدى ؟ وبأية كيفية ؟ فلو استعمل الشخص حقه المباح له لتحقيق مقاصد غير مشروعة بحيث تصبح نتائج استعماله لحقـه غير عادلة ومجحفة بحقـوق الآخرين فهو متجاوز، وكذلك في طريقة استعماله لحقه.. هل تم بيقظة وتبصر ؟ فإن لم تتم كذلك فهو متعسف،لذلك قيل يشترط لممارسة الشخص لحقه واستيفائه له ملاحظة المقاصد،و النتائج، والطرق.

فهـذه العناصر الثلاثة هي عناصر مفهوم التعسـف، ولعل هذا المضمون يصلح مثالا في اصل قاعدة سد الذرائع هذا من جهة، ومن جهة اخرى:

يلاحـظ ان لقواعـد الاخـلاق صلـة وثيقة بنظرية التعسف [٦]، وهذا امر لم يعترض عليه الفقهاء المسلمون لايمانهم أن مزجاً لا ينفك بين الفقه (القانون الشـرعي) وبيـن الاخلاق، بينما يوجه أهل القانون نقـداً بالغاً للخلط بين القاعدة الاخلاقية والقاعدة القانونية. غير أن المزج بين قواعد القانون و قواعد الأخلاق في الفقه واضح جـداً، فـإن مخالفة القاعـدة الأخلاقيـة (بإرادة

باطنة)غالبا ما يكون جزاؤه(ديانتياً اخروياً) وليس قضائياً دنيوياً، ومثال ذلك : لوأن شخصاً أستعمل حالة جواز قانوني، و استبطن قصد الضررأو مخالفة القاعدة الأخلاقية، فإن مقصود الإرادة الباطنة غير المشار اليها بقرائن مادية سلوكية يضل حسابها حساباً ديانتياً، وهذا مشهور آراء الفقهاء .

يقابل هذا الرأي :ان القاضي يمكنه أن يمنع المستعمل لحق قانوني له، إذا دلت القرائن إنه مصحوب بقصد الاضرار، ويدعمون رأيهم بأن القانون الشرعي (الفقه) لا يحث صاحب الحق على مجرد التزام الحد المأذون له به ،لقوله تعالى {إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ }سورة النحل الآية ٩٠.بل بموجب سد الذرائع يمنعه من استعمال حقه لاغراض غير مشروعة او مضرة.

ومن جهة ثالثة : فأن تحديد مفهوم التعسف-بما تقدم- يشير إلى أن لها نطاقاً واسعاً في الفقه منها في البيوع المنهي عنها ،وأحكام تلقي الركبان والبيع على البيع، والسوم على السوم ،والنجش، وبيع الحاضر للبادي وفسخ العقد بالأعذار الملجئة ،و غيرها ادلة تحريم التعسف ، والتساؤل المركزي هل التعسف باستعمال الحق محرم شرعا ؟ وما الأدلة على ذلك ؟

اتفقت كلمة الفقهاء على الحرمة الشرعية للتعسف كحكم تكليفي وسيرد الحكم الوضعي له.أما أدلتهم على الحرمة فهي:

قوله تعالى{وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا } سورة البقرة الآية ٢٣١.

أخرج مالك والطبري: في سبب نزولها أن الرجل كان يطلق ويراجع قبل إنتهاء العدة، ليطيل العدة عليها، أو التضييق في النفقة في مدة العدة إضراراً، فورود النهي الموجب لحرمة التصرف، أي لا ترجعوهن بنية إطالة العدة على عدم مشروعية العمل، ومعلوم أن الرجعة حق للزوج، بل هي مندوبة له ،ولكن المشرع (الله تعالى) نهى عنها إذا أجراها الرجل بشكل غير مشروع [٧].

قوله تعالى: {مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ } سورة النساء الآية ١٢.

وواضح أن القيام بالوصية يدور بين الوجوب و الندب، وكذا الدين للدائنين الآخرين والإقرار به قبل الموت واجب لكن إذا أُريد به الإضرار بالورثة سواء كانت صورته على شكل وصية أو دين، أو كان مضمونه تبرع أو هبة، فإنه ينقلب إلى الحرمة لقصد الإضرار.

حديث الضرر المتقدم، ومن اجواء صدوره كما ورد في الرواية تظهر حرمة التصرف الضرري عموماً.

ثانياً : جزاء التعسف.

الأصل في جزاء التعسف – هو الجزاء الأخروي لارتباطه بالمقاصد، و الأغراض النفسية الباطنة التي يصعب الوقوف عليها و إثباتها، فيقوم الجزاء الأخروي بدوره في الزجر و الردع والمنع ديانة ، وقد يكون باباً ينفذ الاجتهاد منه إلى المنع القضائي، إذا ما دعت المصلحة وأسعفتها القواعد العامة. وقد يفضي ذلك إلى خلاف سيرد مضمونه الحكم بالضمان عند العجز عن إزالة الضرر.

ثالثاً: معايير التعسف.

لفقدان الضابط الكافي لمعرفة التعسف كمعيار يهتدي به القاضي، لابد من عرض معايير التعسف وهي:

١- قصد الإضرار من طريق ممارسة الافعال المباحة أو المندوبة أو المكروهة، فمثلا: لو تزوج شخص زوجة اضرار بزوجته الأولى فهو متعسف، وكذا لو طلق زوجته بقصد الإضرار بأهلها أو بها .فهذه الأمور، وان كانت جائزة بالعنوان الأولي، إلا أنها حصلت لأغراض الإضرار، ولم تحصل للممارسة البريئة، وتنال حق الاستفادة من التشريع وبناء على قصد المشرع، فقد صارت محرمة ربما طبقا لمبدأ سد الذرائع .

وجزاء هذا النمط من التعسف: فبعد ثبوت إرادة الضرر من المكلف المتاح له فاللقاضي، أن يعزره لما قاله فريق من العلماء ((انه إذا انكشف للحاكم أن المدعى مبطل في دعواه فإنه يؤدبه لينقطع أهل الباطل))[٨] ، ولكن ذلك الاستدلال غير تام اذ البطلان مفهوماً لا يعني استخدام المباح لأغراض الاضرار، أو تحصيل نفع غير شرعي لكن يمكن أعتباره قرينة بالاعم وهو ما يقابل في القانون اشغال السلطات القضائية بدعوى صورية أو ضررية، أو دعوى كيدية ، ومن ذلك: الاقرار بدين صوري للإضرار بالدائنين عند قسمة الغرماء. فالإقرار حق شرعي، ولكن لكونه يراد به الإضرار بالغير صار حراما؛ لأنه تعسف بأستخدام الحق.

٢-أن يقصد غرضاً غير مشروع مغايراً للأغراض الشرعية : كمن أعطى للقاضي هدية يقصد بها الرشوة، أو اجراء عقد بيع ولكن يقصد به الربا ، أو زواج التحليل الذي يقصد به تحليل المطلقة ثلاثاً لزوجها الأول، وحكم هذا النمط كحكم سابقه.

٣-أن يقصد تحقيق مصلحة مشروعة، أو دفع ضرر عن نفسه، إلا أن ذلك ينتج عنه ضرراً لاحقاً بالغير هو أعظم من المصلحة المجلوبة و الضرر المدفوع، كالإحتكار، فلو طلق زوجته تحقيقا لرغبة زوجة الأخرى، فله مصلحة، ولكن ينتج عن ذلك ضرر أكبر بالغير. فالحكم التكليفي هو الحرمة الذاتية او العرضية، ولعل العرضية أولى، وحكمه الوضعي إزالة الضرر وأما الحكم القضائي فالتعزير.

٤-أن يستعمل حقه- بما لا يتعارف عليه الناس- كمن سقى زرعه بشكل غير معتاد، فاتلف زرع جاره، أو من يحمل المأجور فوق طاقته، وحكم هذه الصورة من جهة الحكم الوضعي وجوب الضمان لما اتلف، وإعطاء إجر المثل لما أستغل من المأجور فوق الطاقة إن لم يتلف .

٥-أن يستعمل حقه – وهو ذو طبيعة يتطلب لاستعماله احتراس معين ،لكنه استعمله بلا احتراس فافضي إلى الاضرار.كمن أراد أن يصيد طيراً، فطاش سهمه وأصاب إنسانا،أو من استعمل سلاحاً في الدفاع الشرعي لاتدعو إليه الضرورة [٩]، وفي هذه الحالة يترتب على عدم احتراسه إضرار، فيقع عليه الضمان قطعا و التعزيز على رأي بعض الفقهاء.

وترجع الصور الأربعة الأولى من هذه المعايير الخمسة، إلى قاعدة سد الذرائع. لأن مآلات الأفعال معتبرة في الشريعة للحكم على الأفعال جوازاً، أو حرمة فبيع السلاح – لوحده جائز- ولكن إذا بيع لأهل الفتنة انقلب حراماً، والكذب- لوحده حرام- ولكن لو أُستعمل لإصلاح ذات البين صار سائغاً، والطلاق لوحده – مباح أو مكروه- لكنه إذا

كان تحت قصد الإضرار تحول الى الحرمة- لحرمة القصد،لاسيما إذا قصد به غرضاً غير مشروع،كما لو طلق امرأة ليس لها من يضمنها، فهنا يؤدي العنوان الثانوي دوراً مهما في الحرمة .ولو قصد بطلاقه مصلحة مشروعة كإرضاء الأبوين ،أو إرضاء زوجة أخرى ، إلا أن ضرر الطلاق على المطلقة أكبر، ولو طلق امرأة يضر طلاقها في وضعها الإجتماعي، فطلقها لأغراض التأثير على وضعها الاجتماعي ،أو لو طلقها في ظروف يشتبه الناس أنه طلقها للمس بعفتها، فهذا كله من حيث العنوان الأولي، وخلو التصرف من قصد الإضرار صحيح، ولكنه مع ملازماته لا يخلو من التحريم.

وترتكز فكرة تحريم التعسف على مفهوم الخطأ التقصيري أو المسؤولية التقصيرية، مما كان الفقهاء يطلق عليها التعدي أو التفريط، و التعدي قسمان، أما مباشرة أو بالتسبب ، ففي مجال الطلاق التعسفي- تعد أو تفريط - يسبب ضررا معنويا، وسيأتي أن الفقهاء الذين يجوزون ضمان الضرر يبنونه على قاعدة ضمان العقد[١٠]. والذي يترجح عندي أن المعيار الأول مبني على حرمة قصد الضرر وما يترتب عليه من جزاءات . ويكشف التعسف من طريق ملاحظة الأضرار غير الاعتيادية الناتجة عن الطلاق التعسفي مثلا، أما المعيار الثاني : فالمخالفة النظام العام، أما الثالث فلعدم الموازنة بين مصلحة الزوج و المضرة الحاصلة للمطلقة، والرابع مبني على مخالفة عرف العقلاء، والخامس على عدم الاحتراس فيما يجب مراعاته.

وكل المعايير مبنية على أساس فلسفي ،وهو أن حق الفرد (الحق الشخصي) في الشريعة لايمكن أن يكون حقاً خاصاً محضاً غير قابل للتضييق لأنَّ فلسفة التشريع الإسلامي تقرر ان للمجتمع حصة في حقوق الأفراد يلزم مراعاتها، ويتضح هنا أن نظرية التعسف يمكن أن تكون متفرعة عن نظرية الحق في الشريعة التي تتميز بأنها واسعة النطاق و المضبوطة في فروعها ،ولعلها في الفقه الإسلامي فيما نرى أكثر ضبطاً من القانون السويسري الذي يبني التعسف فقط على سوء النية أو القانوني الروسي الذي يبنيه على مخالفة النظام العام فقط[١١].

رابعاً: الآثار المترتبة على التعسف.

لكل فعل حكم تكليفي أي - واحد من الأحكام الخمسة في الفقه الاسلامي وربما يكون للفعل حكم وضعي كأن يكون سبباً أو شرطاً أو مانعاً، وقد يكون الحكم التكليفي (الحرمة) مثلا وحرمة من جنس ما له جزاء منصوص وهناك افعال محرمة متروكة للجزاء الأخروي ويتعدد الجزاء بين الديني (الأخروي) و الدنيوي (القضائي) .

و التعسف – الذي نطاقه – النوايا والارادة الباطنة التي ربما لا يستطيع القضاء إثباتها بضوابط الاثبات، و طرقه المعروفة، و معاييره الصحيحة لا يمكن اخضاعه للعقوبة القضائية، لان أكثر أسباب الرخصة فيه خفية لا يذكرها المكلف المسلم ،فلو سأل القاضي عن السبب الحقيقي وراء كل طلاق لأدى إعلانه في بعض الحالات إلى ضرر بالغ بالزوجة،ولو اكتفى بالأسباب النفسية اجمالاً اذا ادعاها، فلا إثبات عليها غير إقراراه، لأن منعقد الزواج يرتكز

على عوامل عاطفية،لكن ولو اكتفى بالأسباب، وتحقق الاضـرار، أو الغرض المناقض لمعتاد الشرع، أو لوثبت للقاضي ان المطلق يحقق في الطلاق مصلحة لا يوازيها الضرر الواقع على المطلقة، أو أنه اسـتعمل حقه خارج المتعارف، أو كونـه لم يحترس فيما يلزمه الاحتراس، فهل للقاضي أن يمنعه من إيقاع الطلاق ؟

الحـق أن منع الزوج من ايقـاع الطلاق لم يقـل به واحد مـن الفقهاء،فلا يعالـج هذا النمط من التعسـف برد الدعـوى، ولايمكن أن يقاس الطلاق التعسـفي على وصية الضرار لحرمان الورثـة أو الدائنيـن أو الإقـرار بدين صوري صحيـح إن واحـدا من آثـار التعسـف((إبطال الدعوى اسـتيفاء الحق متى ثبت التعسف، لكن هذا الأثر لا يمكن اعتماده في حالة الطلاق حتى مع ثبوت وتبين التعسـف من قبل الزواج، لان الطلاق حق حصري للزوج)).

ولا يصلـح ثاني الآثار: وهـو رفع الضرر الناتج عن التعسـف ،كمن بنى في ملكه ما يسـد علـى جاره الضـوء أو الهـواء، فالقضاء يأمره بإزالة سـبب الضرر، فلو حكـم القاضي بإزالة الضرر، لأمره بإعادة الزوجة، وهو بحكم ما لو منعه من إيقاع الطلاق، ولأن هذا مخالف للنص والإجماع، فلا يعالج به فعل التعسـف في طلاق الـزوج، فلم يبق إلا التعزيـر، وهو إما مادي أو معنـوي، والتعزيـر المعنـوي هو تقييـد حرية الزوج في تعاقد جديد، أو غير ذلك، أما المادي، فهو الحكم عليه بتعويض مالي مناسب للمطلقة عـن الضرر الـذي لحق بها من جـراء طلاقها بسبب تعسفي .

المبحث الثاني : الطلاق التعسفي وصورة

اولاً:الطـلاق التعسّـفي :يعـرف الفقهـاء الطـلاق بأنه: ((ازالة قيد النـكاح بصيغة أنت طالق وشبهها)) [١٢].

ونصـت المـادة (٣٤) من قانـون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ٥٩أنه ((رفع قيـد الزواج بايقاع من الزوج او من الزوجة، ان وكلت به او فوضت او حصل من القاضي، عند تعذر استمرار الحياة الزوجية)) [١٣].

وقـد نظم الفقـه والقانـون عمليـة الطلاق والتفريق وبين احكامهما.

وبنـاء على منطوق ودلالة الحديث النبوي الشـريف (ابغض الحلال الى الله الطلاق) [١٤]. ففي كل صـوره مطلقاً انـه – مبغوض من الله تعالـى – مالـم يكن علاجـاً لوضـع لا يرجى اصلاحه، فلو خلا من (حاجة ماسـة) أو (سبب حقيقـي)، فهو تفريط في بناء الأسـرة بوصفه مقصداً شرعياً. وكون الطلاق في الاصل إيقاعاً يصدره الزوج بإرادته المنفردة، فيمكن أن يوقعه طبيعياً، ويمكن أن يوقعه متعسفا،والتعسـف إذا حصـل، فإن القانون قبل تعديل عام ١٩٨٥م لم يتعـرض الـى الطلاق التعسـفي، إلا أن تعديلاً ادخل على قانون الحوال الشخصية برقم (٥١) لسـنة ١٩٨٥ م ، والمنشور في الوقائع العراقية عدد (٣٠٥٢) في ١٩٨٥/٧/١ جاء في الاسباب الموجبة لتشريعه.

((إنه حماية للزوجة من ايقاع الزوج الطلاق عليها تعسفاً، فعليه أن يعوضها عما يصيبها من ضرر من جراء ذلك ، وضماناً لعيشـها ،وحفظاً

لكرامتها ، ولأجلها شرع هذا القانون ، وادخلت في القانون الفقرة (٣) من المادة (٣٩) التي تنص على أنــه ((اذا طلق الزوج زوجته ، وتبين للمحكمة ان الزوج متعسـف في طلاقها ، وأن الزوجة اصابها ضــرر من جراء ذلك، تحكم المحكمة بطلب منها علــى مطلقها بتعويض يتناسـب وحالتــه المادية ودرجة تعسـفه، ويقدر جملة علــى أن لايتجاوز نفقتها لمدة سنتين ،علاوة على حقوقها الثابتة))[١٥].

وقـد جـرى العمـل بـه منـذ ذلـك التاريخ ،واصـدرت محكمــة تمييـز العراق قـرارات تمييزيــة مصادقة لحـكام صدرت مــن محاكم الأحــوال الشــخصية تحكم فيها على أشــخاص طلقوا زوجاتهم بنفقة التعسف [١٦].

ثانياً: صور التعسـف فــي الطلاق وقيوده مــن طريق عرض بعـض الحالات تبدو صور التعســف متفاوتــة لذلــك احتجنــا الــى معرفة شروط الحكم للزوجة المطلقة تعسفاً فكما تنص الفقرة(٣) من المادة(٣٩) على عدة شــروط اذا توافرت، فللقاضي أن يحكم بالتعويض مثل :

١- أن يتضح للمحكمة أن الزوج متعسف.

وهنا يرد الاشـكال : كيف يتسـنى للمحكمة أن تتبين التعسف بيقين ؟ وما المعايير الضابطة لمعرفة درجته ؟.

٢-أن يتبيــن للمحكمــة:إن الزوجة اصابها ضــرر من جراء ذلك ولم تفصح الفقرة(٣) من المادة(٣٩) عن نوع الضرر (مادي،اعتباري)، وحجمه ومقداره،لأن الضرر واقع لامحالة في كل طلاق. فذلك متروك لتقدير القاضي.

٣-نصــت الفقــرة إن التعويــض يلــزم أن يتناســب مع أمريــن: أ- الحالــة المادية للزوج. ب- درجة التعسف.

فلــو افترضنــا أن الحالة الماديــة (متدنية) أو متوســطة (كفاف) فإن المحكمة لايمكنها أن تحكم بالتعويض - حتى مع تبينها إنه متعسـف لفقدان شــرط القدرة المادية وبذلك يكون تعسف الفقيــر لاعقوبــة عليه وتعســف الملــئ خاضع للعقوبة .

فلا يعرف معيار لتحديد التعسف أو درجته ولم توضحه تعليمات ولوائح القانون ســوى ما يتصوره القاضي عن:

١- كيفية ايقاعه.

٢- البواعث الدافعة عليه إذا توصل اليها .

٣- والأســس الفقهيــة التــي يبنــى الفقهــاء (جواز أو كراهة الطلاق) عليها.

أما كيفية إيقاعه، فالقرائن الدالة على اختيار كيفيته كأن تكون مسـببة لحرج معنوي،أو هدر لمكانــة المــرأة كان عليه أن يتحاشــاها، وهذه تحتــاج الى قرائــن اخرى، والإ فــإن كل كيفية ينتج عنها ضرر(غير معتاد) للمرأة، ربما تكون كاشفة عن التعسف، وهذا تعميم يفقد الموضوع نطاقــه المحدد الإ إذا ظهرت بواعث ضررية بالقرائن والافعال فإنها تصلح كاشفة عنه.ومن جهة فقهية ربما يسـتند في التعسـف على رأي للفقهاء في حكم الطلاق بلاسبب موجب .

فالفقهــاء كما هو واضح قد اختلفوا في حكم الطــلاق بلا ســبب موجب ، فمع اســتقامة حال الزوجين فالفقهاء في ذلك على قولين:

أحدهمــا: إن الطــلاق محــرم إذا كان لغير حاجة- ونســب الرأي قولاً ضعيفاً للإمام احمد. وهو قول أبي حنيفة.

ثانيهمـا: إنـه مكروه وهو مشـهور مذهب الحنابلة [١٧]. فقد ذكر الدمشـقي إنه مع استقامة حال الزوجين فالطلاق مكروه بالاتفاق، بل قال أبو حنيفة بتحريمه [١٨].

إن اختـلاف الفقهاء في أصـل الطلاق هل الإباحة أو الحظر؟ يصح اساسـاً نظرياً للكشف عن التعسف فيه ووصفه بالحظر إلى أن يقوم ما يدعو اليه يقلل من صور التعسـف ،لما يفترض في المتعسـف أنه لم يطلق – تحت ضغط سبب ما وجيه وعليه، فالمطلق بلا سـبب منطقي آتى بمكروه شـرعي ترتب عليه ضرر مادي كقدر متيقـن ، وحصـل بقصد ضـرري، وعليه فإنه يستحق أن يعاقب تعزيراً له على هذا الفعل[١٩].

إذن فالطـلاق إن وقـع موافقـاً للقانـون في مضمونه ومقاصده فقط لكنه بلا سبب، فإنه في الأقـل فعل جائز محمول على الكراهة، ولكن التعويض لآجل السـبب المفقـود من تصرفه أو للسبب المناقض لقصود الشارع ولذا: فإن اعتبار الزوج متعسفا يحصل إذا قصد بطلاقه غير القصد الشرعي فيكون التعسف مبنياً على مناقضة قصد الشارع.

وخلاصة القـول: إذا كان الطلاق خالياً من قصد الإضرار، ولكنه خاليا من سـبب شرعي وجيه.

فعلـى رأي مـن يرى إباحتـه مطلقاً يترتب عليه قولان:

أ- قـول إنـه يقع قضـاءً ويحاسـب الزوج ديانـة، وليس لأحد سـلطة على إرادة الزوج أو حكم يفرض عليه شرطاً أو عقوبة.

ب- قـول إنه يقـع قضاء وعلى المتعسـف تعويـض المطلقـة، تعويضـاً مناسـباً للضرر الواقع عليها.

وسـترد تفاصيـل اخرى فـي الموازنة بين القولين.

التعويض المالي على الزوج المطلق تعسفا:

تقـدم ان الفقـرة (٣) من المـادة (٣٩) من قانـون الأحوال الشـخصية العراقـي قد اخذت بجواز الحكم عليه بتعويض مالي وفقاً للشروط التـي أثبتتها المـادة أعلاه، و تأصيـل ذلك في الفقـه و القانون جار على مجموعة اصول أدى اختلاف الفقهاء في تحديد دلالتها على انقسامهم إلى فريقين:

الفريـق الأول: لم ير صحـة جواز تعزيره بتعويض مالي للزوجة، واستدل على ذلك بادلة متعددة.

الثاني: أيد صحة الحكم عليه بتعويض مالي للزوجة متى ثبت إنه متعسف، وقد بني الخلاف على مجموعة من الأدلة:

أدلـة المجيزيـن :اسـتدل مجيـزو تعزير المطلق تعسفاً بعدة ادلة نوردها ونورد مناقشتها فيما يأتي:

١- حكـم الطـلاق: قـام الإجمـاع على أن الطلاق مكروه في حالة إستقامة الزوجين،وقال أحمد وأبو حنيفة انه مع إستقامة حال الزوجين، فهو حرام[٢٠]، فمتى قيل إنه مكروه، فانه سيبقى كذلـك حتى تقـوم له حاجة واضحـة ومحددة، فيكـون مباحـاً، فايقاعـه بدونها عمـل مكروه شـرعاً، فإذا ادى هذا العمل المكروه إلى ضرر فيلزم تعويض المتضرر إذا تعذر ازالة الضرر.

رد المانعـون أن الطـلاق مبـاح فـي حال الحاجة اليه ،ومكروه مع عدم الحاجة، والمباح و المكـروه (في دائـرة الجائز) في الشـريعة، وحيث هـو جائز، فـلا ضمان للضـرر الناتج عن فعل جائز لقاعدة (الجواز الشـرعي ينافي الضمان).

٢- أستدل المجيزون لحكم التعويض المالي بقوله تعالـى: {فَـإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُـوا عَلَيْهِنَّ سَـبِيلًا } سورة النساء الآ٣٤، والاية واضحة في ان طـلاق المتعسـف بغي مع طاعـة الزوجة، والبغـي موجـب للتعزيـر. وهو نهي شـرعي مقتضـاه الحرمـة فلزم جـواز التعزيـر وترك تحديده للقاضي.

رد المانعون إن هذا الاستدلال قاصر دلالة للاشـتراك في أن النهي للارشاد أو للتكليف من جهة، ولو سلمنا بأن النهي موجب للمؤاخذة فلا دلالة له على جواز الضمان المالي.

٣- اسـتدلوا بقوله (ص) ((لاتطلقوا النساء الإ من ريبة فإن الله لا يحب الذواقين ولا الذواقات))[٢١]. رد المانعـون إن الحديث عند أهل الفن ضعيف، ولايستدل به الإ على رأي من يرى جواز الاستدلال بالحديث الضعيف، وهو قول شاذ.

ولأن الطـلاق لغير ما سـبب سـفه وظلم، وكفـران بنعمـة الله وقطـع لمـا أمـر الله بـه أن يوصـل وجنايـة علـى الزوجـة والاولاد والمجتمـع، والطلاق قطع لهذه النعمة، وقطع النعمـة لايجـوز الإ إذا زالـت صفتها، وهي حـرام كإتـلاف المال.لذلـك وجـب التعزير على كفران النعمة والظلم على الزوجة باسـم الشـرع، وقد رد المانعون إن هذا استحسـان محـض لايتمتـع بعمـق فقهـي.

ولأن الزواج فـي الأصل عقد أبدي لاينهيه أحد العاقدين بـإرادة منفردة الإ لحاجة أو تعذر استمرار العقد، فحينئذ اجيز فسخ النكاح للحاجة، فـإن لم تقم فيبقى الامر على حكم الأصل (ابدية العقـد)، ومن هنا يتضـح أن (ضمان العقد) هو الأساس الذي يبني عليه التعويض.

ان مجموع هذه الادلـة :توضح أن الطلاق - بلا حاجة- أو لسبب الايذاء عمل محرم، وهو مخالف للنظام العام ومجرد مخالفة النظام العام تكفي سـببا للحكم عليـه بالتعزير، ومن صوره التعويض المالي.

ولكن المانعين يردون بأن التعزير لمخالفة النظـام العـام ينبغـي أن يكـون لبيـت المال، وليس للزوجـة الإ إذا كيّفناه على أنه بغي على الزوجـة، بينما يصرح المجيـزون إنه لمخالفة النظام العام ولايسلم هذا دليل لصحة التعويض المالي للزوجة .

أدلـة المانعيـن : أمـا ادلة المانعيـن: فأنهم يـرون ان التعويـض المالي ليس لـه اصل في الشريعة لمجموعة براهين منها:

١- قولـه تعالى: {لَا جُنَـاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً} سـورة البقرة الآية ٢٣٦.. واستفادوا من الآية حلية أو إباحـة الطلاق ، و الإباحـة العامة (الجواز) تنافي الضمان.

ويـرد عليـه إن الاسـتدلال بالآيـة ليـس صحيحا.وذلك: أن الاية تجيز الطلاق في صورة (عدم المسـيس)، فهي ليسـت مشـرعه لعموم جواز الطلاق كما أريد تكييفها للإسـتدلال، إنما هـي في مقام نفي الجناح في طلاق من لم تمس بعد،وفسـرها المفسـرون تفسـيراً يوضح مقام التشـريع الناظـرة لـه، وهي فيمـا ارى اجنبية عـن المورد الذي نحن فيه [٢٢]، لإنها في مجال اعطـاء مهـر أم لا إذا طلقهـا لسـبب ما، قبل المسـيس وفي حالة عدم فـرض مهراً لها؛ لأن المدخول بها المسـمى لها مهراً تسـتحق نصف المهـر ، فكيـف حال من لم يسـم لهـا مهر ولم تمس؟ هل تطلق؟ جاء الجواب بالنص القرآني، نعم وبشروط منها فرض مهر.

وعـن البيضاوي أنـه رد على من فهم من الآية إن غير الممسوسة لاتطلق حتى تفرضوا لهن فريضة (مهر) أي رد على من توهم انه لا تستحق غير الممسوسـة أو غير المفروض لها مهراً، وعليه فلا يؤخذ من لفظة (لاجناح) إباحة الطلاق مطلقاً،والدليل المسـاق لا يسـاعد على استفادة مثل هذا الحكم[٢٣].وحيث لاسابقة افتائية ولا قضائية، وإن كانت شـاذة، أو لها معارض معتبـر، فـلا دليل شـرعي تأصيلـي على هذا التعويـض-لأن النبي(ص) طلـق حفصة [٢٤]، وكذا طلق كثير من الصحابة نساءهم، ولو كان الفعل محظوراً أو عليـه تبعة تعويضية، لظهر على كثير من الصحابة عندما طلقوا نسـاءهم، ولـو كان محظـوراً عليهـم وأن عليهـم تبعـة تعويضيـة لظهر في التشـريع والفتوى، وحيث لم يرد، فلا سـابقة، ولـو كان الطلاق مرتبطاً بالحاجة إليه، لكانوا يسألون من يطلق عن وجه الحاجة لذلك، فالطلاق أمر متروك للزوج، ولو كان متعسـفا، اما عقابه فأخروي لأننا لا نملك ادنى دليل على العقوبة القضائية.

ويرد عليه: إن النبي والصحابة: ربما طلقوا غيـر مضاريـن - وطـلاق النبي قطعـاً كذلك لعصمته و السؤال عن الحاجة لم يرد في التشريع ولوائـح صحة الطلاق، وهـذا خارج عما نحن فيـه- وهو ما اذا وجد القاضي قرائن التعسـف ظاهـرة للمحكمة، وعليه لا يمكن الاسـتناد الى هذه السـوابق التي تختلف في حيثيتها مع الحالة المدروسة، وهو الطلاق التعسفي.

٢- لمـا لم يكن في الشـريعة نـص جلي في تعويض المطلقة ، فلا اقل من أن الأمر مسـكوت عنـه، وحيـث أن الطلاق جائز مطلقـاً مباحا أو مكروهاً لكن متى ترتب على الجائز ضرر، لزم ضمان حق الغير ناهيك عما إذا كان محرما، واذا لم يترتب عليه (تعويض مالي) في نص شـرعي سابق، فإن نظم امر الناس من صلاحية ولي الامر .

يـرد عليه اذا عرفنا إن نصـوص القرآن في الطـلاق من قبيل البيان التفصيلي ،اذن فلا مجال للاسـتصلاح والاستحسـان قبالة جواز الطلاق عمومـا بمقتضـى النص،وحيـث لا اجتهاد في معـرض النص ، ولا يقيـد النص بالمصلحة، أو الاستحسـان، ولا تخصص عموماته بهما، فلا حجة على الاطلاق لفرض التعويض على الزوج.

٣- لمـا كان الطـلاق الصحيـح بشـروطه نافذاً،وجائز شرعاً، فإن أي فعل جائز ، إذا ترتب عليـه ضرر، فلا ضمان لأن الجواز الشـرعي ينافـي الضمان، بل لو الزمناه بالتعويض فكأننا منعناه من فعل جائز، وهذا تحكم في الشرع.

٤-على رأي من يرى أن الطلاق حرام ما لم تقم له حاجة ، ففيه تأمل، فهو امر غير منضبط؛ لأن الحاجة قد تكون خفية لا يضبطها القضاء، ولا تخضع لوسائل الاثبات، بل قد تكون مما يجب ستره، ففي إعلان السبب مضرة أكبر للزوجة. فاذا كان في اصل التعويض كلام، فالنقض واقع على ما ترتب عليه من باب أولى.

٥- لما لم يتضمن عقد الزواج شرطاً صريحاً أو ضمنياً – بالا يفسخ الا لحاجة – وكان ذلك من جهة المشرع، فهذا كلام اجتهادي، أو فهم اجتهادي مختلف فيه كما تقدم، لأن الحاجة إلى الفسخ من النظام العام، فالعقد وحده لا يعد اساساً للتعويض المالي في حالة الطلاق التعسفي.

٦-إن المتفق عليه أن المطلق تعسفاً آثم ديانة ، لكن نقل الأثم الديانتي الى العقوبة القضائية يحتاج الى دليل، لأن الأثم الديانتي بين العبد وربه فنقله إلى ما بين العبد والعبد نقل من نطاق إلى آخر مغاير له، وفقدان الدليل على صحة نقل ما هو ديانتي إلى ماهو قضائي ، يجعله استحساناً محضاً لا يستدل به على صحة التعويض.

ردود المجيزين لنفقة التعسف.

رد المجيزون بالآتي :

أ- إنه قد ثبت أن الطلاق- مع استقامة حال الزوجين- مكروه، فاذا لم تكن هناك حاجة، فهو محرم ،وحيث جر هذا المحرم ضرراً على الزوجة و الأولاد و المجتمع، فهو مثل رد عين المغصوب، وضمان التلف وحيث لا امكان لإزالة عين الضرر المرتب على الطلاق الذي هو سبب لتضرر الغير ،فليس الإ التعويض المالي عنه.

ب- إن المطلق-تعسفاً- مسؤول عن تصرفه مسؤولية تقصيرية،لأنه مقصر في تدارك انفعاله النفسي السلبي وتعقله ورشده، وحيث يتعذّر إعادة الحال إلى حاله السابق يلزم التعويض، والفقه الإسلامي لما ثبت فيه تعويض المال المتلف، فبتحقيق بذلك المناط الذي يمكن نقله إلى تعويض الضرر الأدبي أو المعنوي، وحيث ان باب التعزير يسع ذلك، مثله مثل قول أبي يوسف في ضمان أرش الألم.فإنه يسع ذلك، ولا عبرة بعدم تعرض الفقهاء السابقين للضرر المستقبلي كحجة لمنع نفقة التعسف، فصارت النفقة من باب المستجدات التي لها حيثيات شرعية وجيهة.

ج - ويمكن تكييفها - أي نفقة التعسف - بأنها من المترتب على المسؤولية التعاقدية، لأن عقد الزواج دائمي، والزوجة ملتزمة به، فإذا طلقها متعسفاً لغير حاجة، فكأنه اخل بالعقد، لذا فإن التعويض مترتب على طبيعة العقد نفسه.

د - ولأن الشريعة مبنية على جلب المصالح ودفع المفاسد، فإن الحكمة حينما تقرر جواز التعويض فانها تقلل حالات الطلاق الكيدي، أو الطلاق الذي وراءه نزوة عابرة؛ وذلك لوجود عدد من الناس المتفاوتين في النبل والإستقامة، فلا يعاملون معاملة واحدة.

هـ - إن تعويض المطلّقة تعسّفاً بحكم حقوقها التي كفلتها الشريعة كالمهر المؤجل ونفقة العدّة، والسكنى، فله حكم مثيلاتها.

و ـ لـم تخل آية قرآنية تعرّضت للطلاق من توكيد للمعروف، والنهي عن الإساءة والإيذاء، فتعزيزه منسجم مع مقاصد الشريعة.

ز ـ قوله تعالـى {وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَـاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُـنَّ فَأَمْسِـكُوهُنَّ بِمَعْـرُوفٍ أَوْ سَـرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ }، سـورة البقرة الآية ٢٣١، والمعروف يقتضـي عـدم الإضـرار؛ لأنـه منكـر نقيض المعروف، فمتى سـرّحها بإضرار وجب عليه تعويضها عن الضرر المتحقق أو المتوقع.

ح ـ قوله تعالى {لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِـعِ قَـدَرُهُ وَعَلَـى الْمُقْتِرِ قَـدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ} سورة البقرة الآية ٢٣٦. [٢٥] والتعويض جزء من المتاع.

ويرد عليه أن هـذه الآية في من طلقت قبل المسـيس، ولم يفرض لها مهـر، ومتعة التي لم يدخل بها، ولا سـمى لها صداقاً، أن يفرض لها متاع، وفـي الآية لفظان (حقا) و (المحسـنين) والأول يشـير إلـى الوجـوب، والثاني مشـعر بالإسـتحباب، إلا أن النصـوص من طرق أهل البيت تفسّر الحكم بالوجوب.

قال ابن عباس: المتعة : خادم وكسوة ورزق. وهو المـروي عن الإئمة عليهم السـلام، وقيل: نصـف مهر مثلها عن أبـي حنيفة، وفي وجوب المتعة لكل مطلقة خلاف على ثلاثة أقوال:

الأول: إنها لـكل مطلقة على وجه الوجوب إلا المختلعـة والمبـارأ ة والملاعنـة (عن أبي العالية).

الثاني: للتي لم يسـم لها صداق خاصة (وهو مذهب أهل البيت (ع) وسـعيد بن المسيب). قال فقهاء العـراق وهم من اصحاب القول الثاني (إن السلطان يجبر الزوج على أن يمتعها) وذهب فقهاء المدينة ان الزوج يؤمر بها، ولا يجبر عليها[٢٦].

الثالث: لكل مطلقة على وجه الإسـتحباب. قيل وطـلاق الرجل- المتعسـف ـ وان كان فيه حل لمشـكلة الـزوج فلا يجب أن يكون أساسـاً لخلق مشـكلة للزوجة، فحمت الشريعة مصالح الزوجة بالتعويض المادي[٢٧].

يلاحـظ: أن أغلـب الحقـوق في الشـريعة يصاحبه او ينشـأ عنه ضرر للآخرين فإذا كان الطلاق حقاً للرجل يوقعه بإرادته ليحل مشكلته، فلابد من مراعاة حق الزوجة، طالما أستفاد من طلاقه غنم، فلكل غنم غرم.

مناقشة أدلة المجيزين:

إن المصرين على عدم جواز نفقة التعسـف يـرون المجيزيـن قد تخطـوا إصـرار الفقهاء المسـلمين علـى عـدم جـواز التعويـض عن الضـرر المعنـوي بالمال وأنهم يقيسـونه على الضـرر المـادي، وفي هذا القيـاس فارق أو يحتاج إلى دليل لإلحاقه به .

ويتخطـون قاعـدة الجواز الشـرعي ينافي الضمان.

ولايراعـون أن الطـلاق المحـرم عقوبته ديانيتـه فقـط، وجرها إلـى العقوبـة القضائية الدنيوية مبني على استحسان محض.

وإنهم يبنون تعويض التعسف على مسؤولية تقصيريـة ،لكن إثباتها صعب وعليه، فالعقوبة ديانيته فقط .

ويتخطـون أن التعزيـر فقـط على ما لا يصح شـرعاً، والطلاق جائز شرعاً، القياس علـى ارش الألـم عند أبي يوسـف جاء من جـراء عمل مـادي كالضرب والشـج الذي عليـه ديـة، والألـم فـرع عـن ذلـك.

ويتخطـون عـدم تعرض الفقهـاء للضرر المتوقع المسـتقبلي؛ لأن الضرر المعوض لابد أن يكون واقعاً لا متوقعاً.

وإنهـم يرون أن مسـؤولية المطلق تعسـفاً تعاقدية وهذا غير صحيح في رأينا لجواز الفسخ بالنظام العام. فالفسخ ليس إخلالاً بالعقد، وليس التعويـض مترتبـاً علـى طبيعة العقـد[٢٨]، أما تقليل حالات الطلاق التعسفي بفرض التعويض المالـي، فهذا مما لا يعد أصلاً ودليلاً شـرعياً، فالحكمة في التشـريعات لا تصلح دليلا شرعياً. ولا عبرة بمساواتهم بين نفقة التعسف، وحقوقها الشرعية الثابتة كالمهر المؤجل؛ لأنه دين ونفقة العـدة، لانها ثبتت بنص صريـح، والحاق نفقة التعسـف الاجتهادية، والمختلـف فيها فيما ورد به نص تحكم في الشرع.

الخاتمة

يقول الشيخ محمد أبو زهرة: ((إن المحاكم التي سـلكت مسـلك التعويض في التعسف هي الأقل عـدداً في مصـر، أما أكثـر المحاكم فقد اسـتقر امرها انـه لا تعويض في الطلاق، ومع ذلك فقد اقترح مشـروع سنة ١٩٥٦م في مصر انـه إذا كان الطلاق بعد الدخـول بغير رضاها فلها متعة سنة بعد إنتهاء العدة)) ([٢٩]).

ولما ثبت أن ليس لهذا الحكم مسـتند شرعي صحيح. فكيف يقرره قانون الأحوال الشخصية العراقـي مـن ان لها نفقة سـنتين عـلاوة على حقوقها الثابتة.

لذلـك: فـإن المـادة (٣٩) فـي فقرتها (٣) تحتـاج إلى إلغاء أو تعديل؛ لأنها لا تسـتند إلى أسـاس شرعي سـليم. فضلاً عن أن التحقق من كون الزوج متعسفاً في طلاقه أمر صعب وغير منضبـط، أن الزوجـة أصابهـا ضرر مسـألة متروكة لتقدير المحكمة، وحيث لا يصح إحالة مثـل هذه القضية إلى الخبراء([٣٠]) فإن القاضي يتمتـع بسـلطة تقديرية واسـعة، وبـلا أدوات ضابطـة لتقدير الضـرر الذي يلحـق الزوجة. وعليـه فإن الموضوع برمته يحتاج إلى تعديل، أو إلغاء، اوإحالة الأمر إلى العقوبة الديانتية.

الهوامش

١- حديث مشـهور رواه عمـر بن الخطاب ،قال علماء الاسـناد : متفـق علـى صحته،وقـال الشـافعي و أحمد:الى هذا الحديث يرجع ثلث العلم ، في تخريجه وقوتـه انظر،ابن حجر : فتح الباري ٦/١ ، و عمدة القارئ١٩/١، شـرح عمدة الأحكام٧/١.السيوطي : الأشباه و النظائر ص٧.

٢ - رواه أبو سعيد الخدري .

٣ - احمـد فهمي أبو سـنه :النظرية العامـة للمعاملات، محاضرة في مجموعة المحال أسبوع الفقه الإسلامي ص١٠٠، ١١٠.

٤ - احمـد فهمي ابو سـنه :النظريـة العامة للمعاملات ، محاضـرة فـي مجموعة أسـبوع الفقه الإسـلامي ص١١٠،١٠٠.

٥ - د. فتحي الدريني :الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده ص ٣١١.

٦ - الشيخ محمد أبو زهرة :نظرية التعسف،اعمال الفقه الاسلامي ص٢٩.

٧ - ظ. الطوسي :البيان و التبين ٢٥١/٢،الطبرسي :مجمع البيان مجلد(١) ص٣٣٢،الطباطبائي:الميزان ٢٣٦/٢.الجصاص:احكام القرآن ج٣٩٩/١.

٨ - ابن فرحون:تبصرة الحاكم ١٣١/٢،معين الأحكام ٢١٣.

٩ - احمد فهمي ابو سنه :النظريات العامة للمعاملات- نظرية الحق ص١٠٧.

١٠- العز بن عبد السلام:قواعد الاحكام-جـــــ ١٤٨/٣ ظ.ضمان الشرط الضمني .

١١ - ظ.أبو سنه:سابق ص٢٢٦.

١٢ - جواهر الكلام ج ٣٢ ،٢.

١٣ - قانون الحوال الشخصية العراقي المادة(٣٤).

١٤ - رواه أبو داود،وابن ماجه وصححه الحاكم،و المشهور ارساله .ظ.سنن ابن ماجه ٦٥٠/١ج،السيوطي:الجامع الصغير ج٥/١.

١٥- ظ قانون الاحوال الشخصية/ وهامشه ص٤٢.

١٦- ظ قرار محكمة التمييز الصادر في ١٩٩٦/٣/٣ المنشور في مجلة القضاء ص ١٨٥ ع٢س١٩٨٦.

١٧ - شرح النووي لصحيح مسلم ج١٦/١٠،سبل السلام ١٦٨/٣. نيل الأوطار ١٨٧/٦.البهوتي :منتهى الارادات ج١١٩/٣.

١٨- الدمشقي:رحمة الامة ص ٢٢٨.

١٩ - الذهبي:الاحوال الشخصية ط١ ١٩٥٨ ص ٢٢٠- ٢٢٢.

٢٠- الشعراني:الميزان الكبرى ج١٢٠/٢.

٢١- السيوطي:الجامع الصغير،ج٢٠١/٢.رواه الطبراني في الكبير عن ابي موسى الاشعري وضعفه.

٢٢- ظ تفسيرها في السيورى كنز العرفان ٣-١٠٠ الرازي:مفاتيح الغيب ٦- ١٤٨ .الطبرسي:مجمع البيان ١-٢٣٤،القرطبي:الجامع لاحكام القرآن ٣-١٩٦ .ابن كثير :التفسير١-٢٦٩ الطوسي :التبيان ٢-٢٦٩.الطباطبائي :الميزان ٢-٢٤٥،الجزائري:قلائد الدرر ٣-٢٥٠.

٢٣- زاهد:دلالة لاجناح ص ٢٤.

٢٤ - الذهبي :الأحوال الشخصية ص ٢٢١.

٢٥- سورة البقرة/ ٢٣٦. ظ. الطباطبائي: الميزان ج٢/ ٢٤٥. الطبرسي: المجمع مجلد (١) / ٣٤٠.

٢٦- الطوسي: التبيان ج٢/ ٢٦٩.

٢٧- أحمد الكبيسي: نظام الأسرة. ص٢١٤.

٢٨- ظ. أبو زهرة: الأحوال الشخصية ص٢٨٥.

٢٩- المصدر نفسه ص٢٨٥.

٣٠ - ظ. الحكم التمييزي فحكمه تمييز العراق ٥٣٤٢/ ش/ ٩٥ في ٩/ ٦/ ١٩٩٦م المنشور في الموسوعة العدلية العدد ٣٩ سنة ١٩٩٧م.

المصادر

أولاً: القرآن الكريم،

التفاسير والدراسات القرآنية.

١- الرازي، الفخر، التفسير الكبير، المطبعة/ مصر.

٢- الطباطبائي، محمد حسين، الميزان في تفسير القرآن، ط٢، مؤسسة الأعلمي/ بيروت ١٩٧٣م.

٣- الطبرسي، الفضل بن الحسن، مجمع البيان في تفسير القرآن، شركة المعارف، طهران.

٤- الطوسي، محمد بن الحسن (شيخ الطائفة). التبيان في تفسير القرآن، مؤسسة الأعلمي/ بيروت، .

٥- السيوري، الفاضل المقداد، كنز العرفان في فقه القرآن، مطبعة الغري، النجف، د.ط، د.ت.

٦- القرطبي، محمد ابن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، دار احياء التراث، بيروت، ١٩٦٥م .

٧- ابن كثير، الحافظ عماد الدين، تفسير القرآن العظيم، مطبعة مصطفى محمد/ مصر ١٣٥٦ هـ .

٨- زاهد، عبد الأمير، دلالة المفردة القرانية لا جناح في النص الشريعي في القرآن الكريم. طبع بيت الحكمة بغداد ٢٠٠٦م.

ثانياً: الحديث النبوي وعلومه.

١- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، مطبعة مصطفى محمد/ مصر/ ط٢/ ١٩٥٢م.

٢- السيوطي: جلال الدين، الجامع الصغير في أحاديث البشير النذير، مطبعة مصطفى البادي الحلبي/ مصر/ ١٩٦٠م .

٣- الصنعاني: محمد بن اسماعيل الكحلاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام (العسقلاني)، مطبعة مصطفى محمد/ مصر/ ١٩٦٠م.

٤- إبن حجر: أحمد بن علي بن محمد، فتح الباري شرح صحيح البخاري، المطبعة البهية/ مصر ١٣٤٨ هـ .

٥- العيني: محمود بن أحمد العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، مطبعة الطباعة العامرة ١٣٠٨هـ.

٦- ابن دقيق: تقي الدين أبو الفتح، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، ادارة الطباعة المنيرة، ١٣٤٢ هـ .

٧- الطوسي، محمد بن الحسن (شيخ الطائفة)، تهذيب الأحكام شرح المقنعة، تحقيق السيد حسن الخرسان، مطبعة النعمان/ النجف الأشرف. ١٩٥٩.

٨- ابن ماجة، محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي/ دار الفكر، بيروت.

٩- النووي، يحيى بن شرف، شرح النووي على صحيح مسلم، المطبعة المصرية/ الأزهر ١٩٢٩م.

ثالثاً: الفقه وأصوله.

١- البهوني: منصور بن يونس بن ادريس، شرح منتهى الإرادات، دار الفكر. بيروت.

٢- الدمشقي، محمد بن عبد الرحمن، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، ط١. ١٩٩٠، مطبعة أسعد/ بغداد.

٣- إبن رشد: محمد بن محمد بن احمد لقرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة الاستقامة/ القاهرة ١٩٥٢م.

٤- الشعراني: عبد الوهاب بن أحمد الأنصاري، الميزان الكبرى، ط١، دار الفكر. بيروت، د.ت.

٥- السيوطي: جلال الدين عبد الرحمن، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار إحياء الكتب العربية الحلبي.

٦- العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الانام طبعة مصر.

٧- إبن فرحون، إبراهيم بن علي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مطبعة الحلبي/ مصر ١٩٥٨م.

٨- الزهاوي، سعيد أمجد، التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون، ط١، دار الإتحاد العربي/ القاهرة ١٩٧٦م .

٩- أبو سنة: د. أحمد فهمي، النظريات العامة للمعاملات، مطبعة دار التأليف/ ١٩٧٦/ مطبعة الفقه الإسلامي، ط المجلس الأعلى/ مصر ١٩٧١م .

١٠- الدريني: فتحي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مطبعة جامعة دمشق/ ١٩٧٦م .

١١- أبـو زهرة: الشـيخ محمد، التعسـف في اسـتعمال الحق في الفقه الإسـلامي، محاضرات اسبوع الفقه/ دمشق/ طبع القاهرة/ ١٩٦٣م .

١٢- أبو زهرة: الشـيخ محمد، الأحوال الشـخصية، دار الفكر العربي، ط٣/ ١٩٥٧م .

١٣- الذهبـي: محمـد حسـين، الأحوال الشـخصية بين مذهب أهل السـنة ومذهب الجعفريـة/ ط ١٩٥٨م/ شركة الطبع الأهلية/ بغداد.

١٤- الكبيسـي أحمد: نظام الأسـرة، طبـع بغداد.مجلة، القانون المقارن، العدد ٢١، لسنة ١٩٨٩م، د. سعيد مبارك، التعسف في استعمال الحق.

١٥- قانون الاحوال الشـخصية العراقي رقم ١٨٨، لسنة ١٩٥٩م، ظ، شـرحه من مؤلفـات المكتبة القانونية ل(علي الكرباسي، دار الحرية للطباعة/ ١٩٧٩م).

The discretionary power of the personal status judge Abusive divorce alimony Fundamental study in Islamic jurisprudence and Iraqi personal status law

Prof. Dr. Abdul Amir Kazem Zahid
Colleg of imam al-sadiq (peace be upon him)university

The discretionary power is intended to leave the room for the judge to fully assess the situation and the interest in its full face and to achieve justice with commitment to the application of the law and between achieving justice and mandatory legal articles from the incident placed before the judge was the discretionary authority, but with the remaining part of the decision of the case dependent on the judge's understanding of the incident and its ruling, so we find in a law Personal status is a mandate for the judge to have discretion in many of the places that I will present to it as a whole and I will stand at the expense of abuse in detail.

The Personal Status Law No. 188 of 1959 delegated to the judge a set of discretionary powers and powers that serve as an introduction to clarify the partnership between the judge's understanding of the incident and the legal ruling on it and from the directions of the law that some of them require him to apply literally to the provisions of the law

This partnership is called the discretionary power of the judge, and examples of what he is authorized by the Personal Status Law - if the man who divorces his wife is abusive, then here the law determines the judge has discretionary power to be convinced of arbitrariness and to determine the punishment for abuse of the right. As for the one in which the opinions of the jurists did not multiply, it is his authorization to impose a (monetary fine) on the man if the judge discovers that he divorces his wife arbitrarily, and it is called the expense of abuse