المقدمة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على رسول الله (صلى الله عليه وسلم) وعلى اله وصحبه اجمعين . اما بعد .

ان مسائل الاحوال الشخصية ، مسائل مهمة تتعلق بالانسان ذاته ، بمعنى ، ان محل العقد في اغلب الاحيان محله (الانسان) ولان الانسان محور الكون ، وكل القوانين وجدت لتنظيم حياته ومعاملاته ، فان عقد الزواج كأحد اهم مواضيع الاحوال الشخصية ، هو المبدء لباقي العلاقات التي تنظمها الاحوال الشخصية ، وبلا شك ان عقد الزواج ليس كباقي العقود حيث وصفه الباريء بالميثاق الغليظ لقدسية العلاقة وموضوعها الذي هو (الانسان) المسخر الكون له ، حيث قال تبارك وتعالى في محكم كتابه : (وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقاً غَلِيظاً)[1] ، ومن هذا المنطلق ، طبيعي ان يكون دعاوى الاحوال الشخصية من حيث الاجراءات وطرق اثباتها تختلف عن باقي العقود والدعاوى وذلك لخطورة الاثار المترتبة عليها وتنعكس اثارها السلبية على المجتمع ، ومن جانب ان الطبيعة الخاصة لدعاوى الاحوال الشخصية نابع من كون مسائل الاحوال الشخصية اكثر احكامها ان لم نقل جميعها مستوحاة من الشريعة الاسلامية ، حيث كانت العراق خاضعة للدولة العثمانية وتطبق مجلة الاحكام العدلية في قضايا الاحوال الشخصية ، لذا ان المشرع في قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 وفي المادة 299 منه نصت : (تطبق النصوص التالية على الدعاوى الشرعية ، فان لم يوجد نص تطبق احكام المرافعات المبينة بهذا القانون بما يتلاءم مع طبيعة الدعوى الشرعية) ، فهنا قانون المرافعات اخذ بنظر الاعتبار خصوصية الدعوى الشرعية عند تطبيق احكامه على الدعاوى الشرعية ، كما ان (الفقرة ثالثا) من المادة (11) من قانون الاثبات رقم 107 لسنة 1979 عند بحثها لموضوع نطاق سريان القانون ، نصت : (المسائل غير المالية المتعلقة بالاحوال الشخصية ما لم يوجد دليل شرعي خاص او نص في قانون الاحوال الشخصية يقضي بخلاف ما ورد في هذا القانون) ومن هنا يكون امام القاضي الشرعي مبرر وسند قانوني للالتفات (ان صح التعبير) على بعض احكام قانون المرافعات وقانون الاثبات بما يتلاءم خصوصية الدعاوى الشرعية .

[1] الاية 21 من سورة النساء .

اهمية الموضوع

تكمن اهمية موضوع هذا البحث في ان موضوع دعاوى الاحوال الشخصية سواء من حيث الاجراءات المتخذة بخصوص اقامة الدعوى ولغاية نهايتها وكذلك موضوع الاثبات موزعة بشكل عام بين قانوني المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 وقانون الاثبات رقم 107 لسنة 1979 ، وبما ان القانونين وفي المادة (299) مرافعات والمادة (11 / ثالثا) من قانون الاثبات قد احال القاضي الشرعي الى تطبيق احكام خاصة بطبيعة الاحوال الشخصية والابتعاد عن احكام القانونين المذكورين ، فهذا يخلق ارباكا لدى القاضي الشرعي ، والسبب هو عدم وجود قانون خاص ينظم مسائل المرافعات والاثبات الخاص بالدعاوى الشرعية ، فأهمية الموضوع تكمن في محاولة لتسليط الضوء على اهم الاحكام المتعلقة بموضوع الاحوال الشخصية فيما يتعلق بالمرافعات والاثبات املا في وصول المشرع الى قناعة بضرورة تقنين هكذا مسائل في قانون خاص .

مشكلة البحث

ان البحث في اية موضوع من مواضيع القانون لا يخلو من عقبات ومشاكل سواء بندرة المصادر او القرارات التمييزية ، فان موضوع البحث هذا (خصوصية الأجراءات في دعاوى الأحوال الشخصية) لم يخلو من المشاكل ، اهمها ندرة المصادر الموجودة لبحث الموضوع بشكل منفصل ، لذا اضطررت الى البحث عنه في شروحات المرافعات والاثبات الخاصة بالدعاوى بشكل عام ومن ثم استنباط الاحكام الخاصة بمسائل الاحوال الشخصية ، وهذا يعني قلة الدراسات التي تتناول الموضوع بشكل متكامل بل كانت متناثرة في الدراسات الاخرى ، كما ان مواضيع الاحوال الشخصية يتسم بالحلال والحرام مما ادى الى التأني في سرد المواضيع منعا للالتباس والوقوع في المحاذير الشرعية .

منهجية البحث

حاولت في البحث الالتزام بطريقة (تحليلي تطبيقي) ، حيث حاولت سرد النصوص القانونية فيما يتعلق بمواضيع الاحوال الشخصية سواء في قانون المرافعات او الاثبات او قانون

الاحوال الشخصية او قوانين اخرى ، وحاولت قدر الامكان ايراد قرارات صادرة من محكمة التمييز ، سواء محكمة تمييز اقليم كوردستان او محكمة التمييز الاتحادية ، لكل موضوع عندما حاولت التطرق الى اجراء من اجراءات المرافعات او طرق من طرق الاثبات فيما يخص مسألة من مسائل الاحوال الشخصية ، حيث مما لاشك فيه ان القرارات التمييزية لها من المكانة لدى القضاء العراقي بأعتباره حجة قضائية ويمكن اعتمادها كمصدر من مصادر التشريع اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه واسعاف المحكمة .

هيكلية البحث

سوف ابحث الموضوع بشكل بعيد عن التعقيد والغموض ، وحاولت تقسيم البحث بشكل عام الى جانبين ، جانب يخص بقانون المرافعات ، والاخر بقانون الاثبات ، فوزعت البحث الى مبحثين، الاول (خصوصية الاجراءات فيما يتعلق بمسائل المرافعات) وقسمت المبحث الاول الى ثلاث مطالب ، ففي الاول تتطرقت الى موضوع خصوصية الخصومة ، وفي الثاني الى خصوصية السير والابطال وفي الاخير الى خصوصية الطعن ، اما المبحث الثاني (خصوصية الاثبات في الدعاوى الشرعية) فمقسم الى ثلاث مطالب ايضا ، ففي الاول بحثت موضوع الشهادة واحكامها الخاصة ، وفي الثاني الاقرار واليمين وفي الاخير المعاينة والخبرة ، ثم ختمت البحث بالاستنتاج والتوصية .

الباحث

المبحث الاول

خصوصية الاجراءات فيما يتعلق بمسائل المرافعات

المبحث الاول

خصوصية الاجراءات فيما يتعلق بمسائل المرافعات

المطلب الاول

طبيعة الخصومة في الدعاوى الشرعية

الفرع الاول : تعريف الخصومة

تعد الخصومة من المسائل القانونية المهمة التي يجب على المحكمة بحثها عند نظر الدعوى والتأكد فيما اذا كانت متوجهه من عدمه او ناقصة بغية اكمالها لانها من النظام العام .

الخصم لغة (خصم ، احكم الخصومة ، جادله ، لقنه حجته على خصمه) [2] ، اما اصطلاحا فهنالك تعاريف عدة لا مجال لسرده ، بل نختار (الخصومة وسيلة التعبير عن عرض النزاع على القضاء)[3] ، او (الخصومة تعني حضور شخص امام القضاء بطلب من خصمه ليقضي منه حقا ثابتا له او مزعوما وبهدف الحصول لنفسه على حكم باحترام هذا الحق او رده اليه)[4] .

اما تعريف الخصومة قانونا ، فلم يعرف قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 الخصومة ، بل اكتفى ببيان احكامها في عدة مواد باعتبار ان وضع التعريف من عمل الفقهاء وليس من وظيفة المشرع ، لكن لا يخفى ان من القضاة المؤلفين من عرفوا الخصومة ، منها تعريف (الخصومة تعني سلطة الالتجاء الى القضاء للحصول على تقرير حق او لحمايته)[5] .

---

[2] ابراهيم مصطفى واخرون ، المعجم الوسيط ، دار الدعوة ، استانبول ، ص 239 .

[3] الدكتور : عباس العبودي ، شرح قانون المرافعات المدنية ، دراسة مقارنة ، دار الكتب بغداد ، 1979 ، ص 196 .

[4] القاضي : عبدالحسين صباح صيوان الحسون ، المورد القانوني ، الطبعة الاولى ، 2011 ، ص 186 .

[5] القاضي : مدحت المحمود ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 ، الطبعة الثالثة ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2009 ، ص 82 .

الفرع الثاني : الخصومة في الدعاوى الشرعية

عند نظر الدعوى من قبل المحكمة فان على االقاضي ان يتاكد من صفات الخصوم ، وذلك بالتحقق من كون من رفع الدعوى قد توافرت فيه صفة (المدعي) وان من رفعت عليه الدعوى قد توافرت فيه صفة (المدعى عليه)[6].

تعتبر الخصومة من المواضيع الاساسية التي لابد للمحكمة التصدي لها وفحصها قبل الدخول في اساس الدعوى ولو دون اثارتها من قبل الاطراف ، بل وحتى في مرحلة الطعن كأحد المواضيع التي اجيز اثارتها ولو لاول مرة امام محكمة الطعن بعكس باقي اسباب الطعن .

فقانون المرافعات المدنية المرقم 83 لسنة 1969 وفي مادتها (4) ، بينت معايير الخصومة بالنسبة للمدعى عليه [7] ، في الحقيقة ان المشرع وان اقتصر الخصومة في تلك المادة على المدعى عليه فان المدعي يجب ان يكون خصما للمدعى عليه ايضا [8], ومع ذلك فان نفس القانون وفي المادة (299) [9]اعطت الحق للقاضي بتطبيق المواد الخاصة بمسائل الاحوال الشخصية في قانون المرافعات بما يتلاءم مع طبيعة الدعاوى الشرعية والسبب يكمن في ان الانسان هو محور مسائل الاحوال الشخصية ، حيث ان اكثر التعاريف الملائمة لقانون الاحوال الشخصية هو (مجموع ما يتميز به الانسان عن غيره من الصفات الطبيعية او العائلية التي رتب القانون عليها اثرا قانونيا في حياته الاجتماعية ، ككون الانسان ذكرا او انثى وكونه زوجا او ارملا او مطلقا او ابا او ابنا شرعيا ، او كونه تام الاهلية او ناقصها لصغر سن او عته او جنون او كونه مطلق الاهلية او مقيدها بسبب من اسبابها القانونية) [10] , ولهذا فان القوانين ذات العلاقة بالخصومة وكذلك المحاكم سواء محاكم الاحوال الشخصية أو محكمة التمييز ،

---

[6] المحامي : صباح المفتي ، قواعد الاثبات الشرعي ، دراسة في الاثبات الشرعي بالاقرار والشهادة واليمين والخبرة ، الطبعة الاولى ، 2008 ، ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ص 8.

[7] المادة 4 تنص : (يشترط أن يكون المدعى عليه خصما يترتب على اقراره حكم بتقدير صدور اقرار منه وان يكون محكوما أو ملزما بشيء على تقدير ثبوت الدعوى) .
ومع ذلك تصبح خصومة الولي والوصي والقيم بالنسبة لمال القاصر والمحجوز والغائب وخصومة المتولى بالنسبة لمال الوقف . وخصومة من اعتبره القانون خصما حتى في الأحوال التي لا ينفذ فيها اقراره) .

[8] عبدالرحمن علام ، شرح قانون المرافعات المدنية ، الجزء الاول ، الطبعة الثانية ،2008 ، ص 53 .

[9] المادة 299 تنص (تطبق النصوص التالية على الدعاوى الشرعية فإن لم يوجد نص تطبق أحكام المرافعات المبينة بهذا القانون بما يتلاءم مع طبيعة الدعوى الشرعية).

[10] محسن ناجي ، شرح قانون الاحوال الشخصية ، الطبعة الاولى ، مطبعة الرابط ، بغداد 1962 ، ص 23 .

اعطت للخصومة في مسائل الاحوال الشخصية بعدا مغاييرا في احيان كثيرة وبالامكان القول انها قد تعارض او تختلف مع ما رسمتها المادة (4) من قانون المرافعات .

لعل احد اهم الاسباب تكمن في ارتباط مسائل الاحوال الشخصية بالاضافة الى البعد الانساني للانسان ، فانها وثيقة الصلة بجانب العقيدة والشريعة له والمبني عليه حياته العائلية بدءا بالزواج ومرورا بباقي احكامه الى وفاته ، بل وحتى بعد مماته كتوزيع ارثه وتنفيذ وصيته ، وقبل ذلك دفنه ، لذا فان الخصومة فيها ، خصومة مشتركة بين حق العباد وحق الله ، فحق الله هو يغلب فيه حق الله ، كدعوى الطلاق ولمحاكم التمييز قرارات عدة بهذا الخصوص منها القرار المرقم 253/شخصية /2006 المؤرخ 2006/11/29 الصادر عن محكمة تمييز اقليم كوردستان : (ان دعوى الطلاق من الدعاوى الحسبية لتعلقها بالحل والحرمة وليست حقا خالصا لصاحبها بل حقا ممتزجا بحق الشرع ..... لان ابطال عريضتها لا يتلاءم مع طبيعة هذه الدعوى) [11] ، لذا من حق كل من علم به رفع الامر الى القضاء رغم كونه ليس من الاطراف ، لانه من قبيل الامر بالمعروف والنهي عن المنكر وهي واجبة على كافة المسلمين [12]. وهنا نعرض بعض الصور الخاصة للخصومة في دعاوى الاحوال الشخصية معززا بقرارات القضاء ان امكن :-

اولا : خصومة القاصر : ان المادة 106 من القانون المدني نصت على ان (سن الرشد هي ثمانية عشرة سنة كاملة) ، كما ان المادة السابعة /1 من قانون الاحوال الشخصية يشترط كأصل في اتمام اهلية الزواج العقل واكمال الثامنة عشرة من العمر [13] فالاصل ان اكمال السن المذكور هي مناط الاهلية للخصومة في الدعوى ، لكون الخصومة تترتب عليه الزام اطراف الدعوى بالتزامات قانونية قد يكون ضررا محضا وهذا ما لايجيزه احكام ناقصي الاهلية اذا ما باشروا الدعوى بانفسهم ، الا ان المادة الثامنة بفقرتيها (1 ، 2) نصت على استثنائين فيما يتعلق بمن اكمل السادسة عشرة من العمر وطلب من القضاء الاذن للزواج وكذلك اذن القضاء لمن بلغ الخامسة عشرة من العمر والمتوفر لديه ضرورة قصوى ، فان المادة (3) من قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980 اعطت معنا اخر لخصومة هؤلاء ، حيث نصت : اولا : (يسري هذا القانون على :-

---

[11] القاضي : كيلاني سيد احمد ، المباديء القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان ، العراق مقررات هيئة الاحوال الشخصية ، الطبعة الاولى ، 2010 مطبعة منارة ، اربيل ص139 .

[12] المحامي : صباح المفتي ، المصدر السابق – ص 8 .

[13] المادة السابعة من قانون الاحوال الشخصية نصت : (1- يشترط في تمام اهلية الزواج العقل واكمال الثامنة عشرة من العمر) .

أ – الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد وهو تمام الثامنة عشرة من العمر، ويعتبر من اكمل الخامسة عشرة وتزوج باذن من المحكمة كامل الاهلية .

لدى امعان النظر في احكام المادة المذكورة نجد انها اعتبرت الاهلية كاملة وبالتالي خصومته متوفرة لمن اكمل الخامسة عشرة وتزوج باذن المحكمة الا ان النص قاصر على من اكمل الخامسة عشرة من العمر وتزوج بأذن المحكمة ، فلم يحدد مصير من بلغ الخامسة عشرة وان تزوج بأذن المحكمة حسب الفقره (٢) من الماده الثامنة من قانون الاحوال الشخصية ، لان الاكمال غير البلوغ ، كما ان تلك المادة لم يوضح خصومة من تزوج من القصر خارج المحكمة ومن ثم تم تصديق زواجه امامها ، فهل يعتبر كامل الاهلية وتشملها احكام المادة (3) من قانون رعاية القاصرين ؟ برأي ارى ان حكم المادة (3) من القانون المذكور هو استثناء على الاصل فلا يجوز التوسع فيه واراه نقصا تشريعيا خاصة بالنسبة لمن بلغ الخامسة عشرة وتزوج باذن المحكمة للضرورة القصوى ، حيث لابد من تلافي هذا النقص التشريعي .

عموما فان للقضاء احكام عدة لا حصر لها بخصوص اعطاء الخصومة للقاصر المتزوج باذن المحكمة منها ، القرار المرقم 282/شخصية /2005 المؤرخ 2005/9/22 الصادر عن محكمة تمييز اقليم كوردستان : (كان على المحكمة ابتداءا التحقق من الخصومة فان كانت الزوجة قد اتمت الخامسة عشرة من العمر وتزوج باذن المحكمة ، تعتبر هي الخصم في دعاوى الاحوال الشخصية ....) [14]. فعند التمعن نلاحظ ان محكمة التمييز اعتبرت الزوجة التي أتمت الخامسة عشرة من العمر وتزوجت باذن المحكمة خصما في الدعوى الشرعية ، وكذلك القرار 55/شخصية /2006 المؤرخ 2006/2/22 الصادر عن محكمة تمييز اقليم كوردستان : (ان الزوجة المدخول بها تصح للخصومة في دعوى المطاوعة اذا كانت قد اكملت الخامسة عشرة من عمرها وتزوج باذن المحكمة) [15] ، كما ان لهيئة الاحوال الشخصية في محكمة تمييز اقليم كوردستان الموقرة العديد من القرارات في هذا المجال منها القرار المرقم 244/شخصية /2014 المؤرخ 2014/5/20 حيث جاءت : (..... لانه بموجب المادة 1/3 اولا –أ من قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980 ان البنت التي تبلغ 15 سنة تتزوج

[14] القاضي : كيلاني سيد احمد ، المصدر السابق ، ص 125 .

[15] القاضي : كيلاني سيد احمد ، نفس المصدر ، ص 125 .

بموافقة المحكمة تكون بحكم البالغة ....) [16], اذا كمال الاهلية وبالتالي تحقق الخصومة يكون فى حدود ما يتعلق بعقد الزواج وما تنشأ عليه من الالتزامات [17].

ثانيا : الوكالة :

الوكالة عرفها القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 في المادة 927 بقوله : (الوكالة عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم) .

كما ان قانون المرافعات اشارت في المادة 52 الى احكام الوكالة فيما يتعلق بالخصومة وبينت بان الوكالة بالخصومة تخول الوكيل ممارسة الاعمال والاجراءات التي تحفظ حق موكله .. .. ورفع الدعوى والمرافعة فيها حتى ختامها..... مراجعة طرق الطعن القانونية .... ما لم ينص سند الوكالة على خلاف ذلك .. وما لم يوجب القانون تفويضاً خاصاً ، وان ممارسة الحقوق الشخصية البحتة يحتاج الى التفويض او النص الخاص بها في الوكالة .. والوكالة العامة المطلقة لا تخول الوكيل العام ممارسة تلك الحقوق .

اذا ، ورغم كون الوكالة العامة المطلقة يخول الوكيل للقيام بكافة التصرفات والاجراءات القانونية نيابة عن موكله ، واستثنى بعض الامور من الاطلاق الا بتفويض خاص ومنها الحقوق الشخصية البحتة كما في مسائل الاحوال الشخصية . والمثال على ذلك الاقرار بواقعة الزواج والدخول ، من الامور الشخصية البحتة وللقضاء تطبيقات عدة في هذا المجال منها : .. لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لاحكام القانون .. ذلك لانه فات على محكمة الموضوع ملاحظة الفقرة الاولى من المادة / 52 من قانون المرافعات المدنية والتي تنص على ان الوكالة بالخصومة تخول الوكيل حق رفع الدعوى والترافع فيها .. اما التفويض الخاص في ممارسة الحقوق الشخصية البحتة فهي التي تحتاج الى التفويض او النص الخاص بها في الوكالة .. وحيث ان موضوع الدعوى ينصب على تصديق واقعة الطلاق فأنه بامكان المحكمة ان تطلب حضور المدعي لاستجوابه بشأن واقعة الطلاق عملاً بأحكام المادة / 71 من قانون الاثبات .. وحيث ان المحكمة لم تلاحظ ما تقدم مما اخل بصحة حكمها

[16] القاضي : الدكتور محمد عبدالرحمن السليفاني ، قبسات من احكام القضاء ، الطبعة الاولى ، مكتبة هولير القانونية 2017 ، ص 439 .

[17] القاضي عقيل طارق محمد ، خصومة القاصر ومن في حكمه في الدعوى المدنية ، الطبعة الاولى ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2020 ، ص 84 .

المميز .. لذا قرر نقضه [18] ، وفي قرار اخر (..... لم تستجوب محكمة الموضوع المدعي شخصياً عن واقعة الطلاق .. اذ ان ذلك من الحقوق الشخصية البحتة التي لايملك الوكيل العام حق الاقرار بها عملاً بحكم المادة 2/52 من قانون المرافعات المدنية .. كما لم تستجوب المحكمة المدعى عليها عن حالتها النسائية بتاريخ ايقاع الطلاق وفترة افتراقها عن المدعي في فراش الزوجية) [19].

وجدير بالذكر ان قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 قبل تعديله في اقليم كوردستان ، قد نص في المادة (الرابعة والثلاثون / ثانيا) منه كالاتي : (لا يعتد بالوكالة في اجراءات البحث الاجتماعي والتحكيم وفي ايقاع الطلاق) ، فالمتأمل للنص يرى ان النص منع بشكل قطعي الوكالة عن الزوج في ايقاع طلاق الزوجة وذلك لصراحة النص ، حيث انه لا عبرة في مقابلة التصريح ، اما في اقليم كوردستان فان المادة المذكورة وبموجب القانون رقم 15 لسنة 2008 فقد جاءت النص كالاتي : (لا يعتد بالوكالة في اجراءات البحث الاجتماعي والتحكيم وفي ايقاع الطلاق ما لم يكن هناك مانع من حضور احد الزوجين) ، فالشق الاخير توحي بانه بالامكان حضور الوكيل عن الزوج لايقاع طلاق موكله بحق زوجة الاخير اذا ما قامت مانع من حضوره شخصيا ، فهذا برأي خروج واضح من احكام المادة 52 من قانون المرافعات المدنية وكذلك تخرج موضوع الطلاق من الحقوق الشخصية نوعا ما .

ورغم ما جاءت به النص في اقليم كوردستان ، الا انه يبدو ان لهيئة الاحوال الشخصية في محكمة تمييز اقليم كوردستان الموقرة رأي اخر ، حيث في احدى قراراتها وبعدد 85/شخصية / 2015 المؤرخ 2015/2/15 نصت : (..... ولدى ملاحظة الجلسة المذكورة لم يظهر ما يشير الى وقوع اي طلاق من قبل الزوج في تلك الجلسة ولا الجلسات الاخرى التي قبلها وما ورد في لائحة الوكيل لا يمكن الاستناد اليه ولم يظهر ان المدعى عليه قد تلفظ الطلاق ، ثم ان التوكيل في ايقاع الطلاق غير وارد قانونا حسب احكام المادة 34/ثانيا من قانون الاحوال الشخصية .....)[20].

[18] العدد / 5759 / هيئة الأحوال الشخصية / 2013 في 2013/8/15 محكمة تمييز الاقليم (غير منشور)

[19] العدد / 1407 / شخصية / 2009 في 2009/5/18 محكمة تمييز الاقليم (غير منشور)

[20] القاضي : الدكتور محمد عبدالرحمن السليفاني ، المصدر السابق ، ص 336 .

المطلب الثاني

اجراءات سير الدعوى الشرعية وحسمها والتنازل والابطال

الفرع الاول / السقف الزمني لحسم الدعوى وتغيير موضوع الدعوى

مما لا خلاف فيه إن العدالة تشكل عصب الحياة الانسانية ,وبخلافها تعم الفوضى ويسود الظلم في المجتمع، لذا حرصت الشرائع السماوية وغير السماوية على ارساء القواعد التي تؤمن تحقيق العدالة بين بني البشر، أن العدالة المطلوبة هي العدالة التي لا يشوبها التأخير حيث جاء في قول الفيلسوف افلاطون (العدالة البطيئة صورة من صور الظلم) .

كما ان قانون المرافعات المدنية وفي المادة 286 عد بشكل غير مباشر التأخير غير المبرر من قبل القاضي سببا للشكوى منه حيث نصت المادة المذكورة : (لكل من طرفي الخصوم ان يشكو الحاكم أو هيئة المحكمة أو أحد حكامها أو القضاة الشرعيين في الأحوال الآتية : 3- اذا امتنع الحاكم عن احقاق الحق ، ويعتبر من هذا القبيل ان يرفض بغير عذر الاجابة على عريضة قدمت له، أو يؤخر ما يقتضيه بشأنها بدون مبرر أو يمتنع عن رؤية دعوى مهيأة للمرافعة واصدار القرار فيها بعد ان حان دورها دون عذر مقبول .....) . بل وقد يكون من الاخطاء المهنية الجسيمة ، ومن قبيل الامتناع عن احقاق الحق امتناع القاضي عن الفصل في الدعوى او تأخره غير المشروع [21].

الا انه عند التمعن في احكام الاحوال الشخصية نجد عكس ذلك احيانا وفي ومواضيع محددة ، حيث بخلاف ما مذكور اعلاه طلب المشرع عدم التسرع والزم القاضي بأتخاذ التأني في حسم دعوى معينة ، مثلا دعوى طلب ايقاع الطلاق ودعوى التفريق ودعوى النشوز وغيرها .

ففي دعوى النشوز ان المشرع وفي قانون الاحوال الشخصية وفي المادة الخامسة والعشرون / ثانيا نصت : (على المحكمة ان تتريث في اصدار الحكم بنشوز احد الزوجين حتى تقف على اسباب النشوز وان تستنفذ جميع مساعيها في ازالة تلك الاسباب التي تحول دون ذلك) ، كما ان نفس القانون منح الحق للمحكمة عدم افساح المجال امام الزوج لايقاع الطلاق امامها الا بعد جملة من الاجراءات قد تطول بالدعوى منها الاستماع المفصل لبيان اسباب الطلاق وكذلك احالة الطرفين للباحث الاجتماعي وكذلك اخذ رأي عضو الادعاء العام المنسب امامها ،

[21] عبدالرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية ، الجزء الرابع ، الطبعة الثانية ، العاتك لصناعة الكتاب ، بغداد ، ص 533 .

وكذلك بالنسبة لدعاوى التفريق القضائي بالاضافة للاجراءات المذكورة بالنسبة للطلاق فعلى المحكمة اللجوء الى التحكيم في احيان او تكليف الزوجة بتمكين زوجها منها لمدة معينة ، فكل هذه الاجراءات بطبيعتها تأخذ وقتا كافيا مما يؤدي الى تأخير حسم الدعوى ومع ذلك لا يسأل القاضي عن اسباب التأخير لان القانون نوعا ما منحه مبررا لهكذا تاخير ، لان طبيعة حسم تلك الدعاوى تقتضي ذلك لما لها من اثار على الطرفين وتعديه الى غير اطرافها من الاولاد مثلا ، ومن تطبيقات محاكم التمييز بهذا الشأن ، القرار المرقم 29/شخصية /2003 المؤرخ 2003/1/28 الصادر عن محكمة تمييز اقليم كوردستان : (ان المدعى عليها لم ترفض مطاوعة المدعى عليه في البيت الشرعي حيث انها ذكرت في جلسة المرافعة بأنها مستعدة للعودة الى الدار الزوجية ومطاوعة المدعي بموجب الشرع والقانون ازاء ذلك كان على محكمة الموضوع عدم التسرع في اصدار الحكم بنشوزها وافساح المجال ومنح الفرصة للمدعى عليها بغية العودة الى دار الزوجية ومراعاة التقاليد الاجتماعية المحلية) [22].

[22] القاضي : كيلاني سيد احمد ، المصدر السابق ، ص 168 .

الفرع الثاني / الابطال والترك في الدعاوى الشرعية

يقر المشرع في سبيل حسن سير القضاء ، اجراءات ومواعيد محددة يجب على الخصوم مراعاتها ، لذا كان من البديهي ان يرتب على مخالفتها جزاءات اجرائية معينة ليضمن احترامها ، ولان سبب اعطاء حكم خاص لبعض الدعاوى الشرعية بالنسبة للابطال والترك هو نفس السبب ، لذا سوف نبحثها معا .

ان قانون المرافعات المدنية خلا من تعريف للابطال وكذلك الترك ، اما على صعيد الفقة فالابطال هو (نزول المدعي عن الخصومة القائمة بينه وبين المدعى عليه مع احتفاظه باصل الحق المدعى به ، بحيث يجوز له تجديد المطالبة به) [23]، وجزاء الابطال هو (اعتبار الدعوى كأن لم تكن) وهو صورة من صور سقوط الخصومة [24].

كما قرار ترك الدعوى للمراجعة امر حتمي على المحكمة ان تقرره اذا توافرت اسبابه ، ولا يجوز للمحكمة ان تنظر في الدعوى [25].

ففي العديد من مواد قانون المرافعات المدنية حددت الحالات التي يجب في حالات ويجوز في اخرى ابطال عريضة الدعوى او ترك الدعوى للمراجعة ، ففي الابطال ، فالمادة 50 من القانون نصت على ابطال عريضة الدعوى بقرار من المحكمة اذا لم تكمل المدعي البيانات الواجب ذكرها خلال مدة مناسبة ، والمادة 54 من نفس القانون اعتبرت الدعوى مبطلة بحكم القانون اذا لم يتم تجديد الدعوى بعد عشرة ايام من تركها للمراجعة و كذلك تبطل بقرار المحكمة اذا تركت الدعوى للمرة الثانية ، كما ان المادة 2/56 من القانون المذكور اعطت الحق للمدعى عليه طلب ابطال عريضة الدعوى اذا لم يحضر المدعي رغم تبلغه بموعد المرافعة ، وفي المادة 82 مرافعات اذا لم يراجع احد الطرفين بعد اتفاقهما على وقف المرافعة ، خلال عشرة ايام التالية لنهاية الاجل تبطل الدعوى بحكم القانون ، وكذا الحال بالنسبة لاستئخار الدعوى اذا استمر الوقف بفعل المدعي او امتناعه ولم يراجع خلال ستة اشهر تبطل عريضة الدعوى بحكم القانون ، والامر عينه في المادة 1/88 مرافعات اعطت الحق للمدعي طلب ابطال عريضة الدعوى .

---

[23] د: عباس العبودي ، المصدر السابق ، ص 290 .

[24] الدكتور : اجياد ثامر نايف الدليمي ، ابطال عريضة الدعوى للاهمال بالواجبات الاجرائية ، الطبعة الاولى ، بيت الحكمة ، 2012 ، ص 33 .

[25] عبدالرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، 2008 ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ص 137 .

اما فيما يخص ترك الدعوى للمراجعة ، فان المادة 1/54 من قانون المرافعات نصت على ترك الدعوى للمراجعة اذا اتفق الخصوم على ذلك او لم يحضرا رغم تبلغهما او تبلغ المدعي .

هذا بشكل عام في احكام الابطال بالنسبة للدعاوى عموما ، الا ان الابطال وترك الخصومة امام المدعى عليه ليس بهذه الحرية في بعض دعاوى الاحوال الشخصية لمس ذلك بالحل والحرمة ، حيث لم يعط هذه الحرية للمدعي لطلب ابطال او ترك دعواه وكذلك للمدعي عليه طلب ابطال دعوى خصمه المدعي وكذلك يمنع تطبيق ما اعتبر مبطلا بحكم القانون او بقرار المحكمة على بعض دعاوى الاحوال الشخصية او قيام المحكمة بترك الدعوى للمراجعة اذا لم يحضر الطرفان او المدعي رغم تبلغه ، لتعلقها المباشر بالحل والحرمة ، والامثلة على ذلك كثيرة منها (الطلاق ، والنسب ، والزواج ، والميراث والملاعنة والظهار .....الخ) ، حيث ان طبيعة تلك الدعاوى تأبى تطبيق احكام الابطال عليه ولكون احكام الابطال لا تلاءم احكام تلك المواضيع ، لذا على محكمة الاحوال الشخصية عدم الاستجابة لطلبات الاطراف لابطال تلك الدعاوى ، بل عليها اللجوء الى البت فيها وحسمها وربطها بقرار فاصل .

وللمحاكم تطبيقات لا تعد ولا تحصى من القرارات في هذا المجال ، منها ، القرار المرقم 49/شخصية / 2006 المؤرخ 2005/5/29 الصادر عن محكمة تمييز اقليم كوردستان ، حيث جاءت : (..... حيث يستلزم التثبت من صحة الطلاق الواقع وحيث ان موضوع الطلاق يتعلق بالحل والحرمة فلا يجوز للمدعي ابطال الدعوى ....) [26]، (لا يجوز ترك دعوى الحكم بالطلاق للمراجعة لان ذلك يؤدي الى ابطالها وفقا للمادة 54 مرافعات وحيث ان الدعوى تتعلق بالحرمة وذات طبيعة خاصة لذا وجب على المحكمة تبليغ الطرفين وتصدر حكمها) [27]، وهذا ما ذهبت اليه محكمة تمييز اقليم كوردستان في قرارها المرقم 86/ شخصية / 2004 المؤرخ 2004/8/8 : (لا يجوز للمحكمة ابطال دعوى الطلاق لتعلقها بالحل والحرمة ....) [28].

[26] القاضي : جاسم جزاء جافر والمحقق : كامران رسول سعيد ، اهم المباديء القضائية لمحكمة تمييز اقليم كوردستان – العراق ، الطبعة الاولى ، 2015 ، السليمانية ، ص 182 .

[27] قرار برقم 1449 /شخصية / 1985 في 1985/3/7 الصادر عن محكمة تمييز الاتحادية ، منشور على موقع السلطة القضائية العراقية .

[28] القاضي : كيلاني سيد احمد ، المصدر السابق ، ص 138 .

المطلب الثالث : الطعن بالقرارات الصادرة في الدعاوى الشرعية

الفرع الاول : خصوصية الطعن في الدعوى الشرعية

عدد القانون طرق الطعن ويمكن ردها فقها الى طرق عادية وهي التي اجاز المشرع سلوكها ايا كان نوع الخطا المسند الى الحكم ، وطرق طعن غير عادية وهي التي لم يجز القانون سلوكها الا في احوال معينة ولاسباب خاصة ذكرها على سبيل الحصر [29]، ولابد من ممارسة طرق الطعن خلال مدة مناسبة ومحددة قانونا ، والا فان جزاء ذلك رد الطعن شكلا دون الخوض في موضوع الطعن ، وان مراعاة المدة المعينة لكل طريقة من طرق الطعن حتمية لابد من مراعاتها استنادا لاحكام المادة 171 من قانون المرافعات ويبدأ سريان المدد القانونية من اليوم التالي لتبليغ الحكم او اعتباره مبلغا استنادا لاحكام المادة 172 مرافعات ، كما ان الطاعن لا يضار بطعنه .

الا انه عند امعان النظر في موضوع الطعونات في مسائل الاحوال الشخصية ، نرى ان احكام محكمة الاحوال الشخصية كأصل يتم الطعن به لدى محكمة التمييز وليس الاستئناف و انه اخذ منحا اخر كون اغلب دعاوى الاحوال الشخصية يتعلق بالحل والحرمة وان موضوع تقديم الطعن خارج المدة القانونية وكذلك اضرار الطاعن بطعنه والتنازل عن حق الطعن وكذلك اصرار محكمة الموضوع على رأيها رغم نقض قرارها من محكمة الطعن وكذلك التصدي لموضوع معين دون طلب كتصحيح القسام الشرعي حتى دون طلب ذلك الجزء [30]، مسائل لها معنا اخر وذلك لغلبة حق الله على حق العباد ولكون المواضيع من الحسبة .

فمن حيث المدد الواجب مراعاتها في اتباعها اثناء تقديم الطعن والا ترد الطعن شكلا ، نرى ان اغلب المسائل الشرعية تنظر من قبل محكمة التمييز حتى وان تم تقديمه خارج المدة القانونية بحجة تعلق الموضوع بالحل والحرمة ولابد من التصدي لها وعدم رد الطعن شكلا وفق ما يتطلبها المادة 171 مرافعات ، كما ان موضوع الحل والحرمة يعني بأمكان اي من الطرفين الطعن بالقرار لانه لا وجود لرابح او خاسر في اغلب

---

[29] عبدالرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية ، الجزء الثالث ، الطبعة الثانية ، 2008 ، العاتك لصناعة الكتاب – ص 285 .

[30] القرار التمييزي المرقم 537/شخصية / 2015 المؤرخ 2015/8/31 الصادر عن محكمة تمييز اقليم كوردستان : (دعوى طلب تصحيح القسام من النظام العام يتم التصدي له تلقائيا) ، القاضي الدكتور : محمد عبدالرحمن السليفاني ، المصدر السابق ، ص 458 .

الدعاوى الشرعية وان قاعدة (لابد من ان يكون الطرف الخاسر هو الطاعن) ليس بالضرورة تطبيقها في حالات ودعاوى معينة هنا منها على سبيل المثال دعاوى (الطلاق والتفريق والمفقود والنسب والفسخ والقسام) ، وهنالك العديد من القرارات بهذا الخصوص منها القرار المرقم 147/شخصية /2017 المؤرخ 2018/8/23 الصادر عن محكمة التمييز الاتحادية : (..... ولان الحكم الصادر من محكمة الاحوال الشخصية في النجف الاشرف لم يطعن به تمييزاً الا ان باب الطعن به مازال قائماً كون واقعة اثبات النسب تتعلق بالحل والحرمة ولهذا فان مدد الطعن القانونية في الاحكام وان كانت من النظام العام فانها تتوقف ويحق لاي من اطراف الدعوى او عضو الادعاء العام الطعن تمييزاً في الحكم في الدعاوى التي تتعلق بالحل والحرمة حتى ولو انقضت مدد الطعن القانونية لان حتمية الطعن خلال هذه المدد واعتبارها من النظام العام لا يكون لها أي حضور وتنحى جانباً عندما تتعارض مع الدعاوى التي تتعلق بالحل والحرمة كون نظام الحل والحرمة اعلى منزلة وأقدس مكانة من فكرة النظام العام الذي يعتبر مفهوم نسبي يخضع لتغيرات الزمان والمكان على عكس فكرة الحل والحرمة فهو مفهوم مطلق فالحلال حلال والحرام حرام في كل زمان ومكان ولهذا فان المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية قد احتاط لذلك واعطى حيزاً للقضاء لممارسة دوره في القضايا التي تتعلق بالحل والحرمة وقد تجسد ذلك في نص المادة (299) من قانون المرافعات المدنية والتي نصت : (تطبق النصوص التالية على الدعاوى الشرعية فان لم يوجد نص تطبق أحكام المرافعات المبنية بهذا القانون بما يتلائم مع طبيعة الدعوى الشرعية). وكذلك تأكيده في الاسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية على طبيعة الدعوى الشرعية والتي اعتبرها ذو طبيعة خاصة تتصل اتصالاً مباشراً بمفهوم الحل والحرمة فلا تكون والحالة هذه حقاً خالصاً لاصحابها.....)[31] .

الا انه شمول القرار الشرعي بالنظر تمييزا حتى بعد فوات المدة ، ان كان له مزايا كونه يتعلق بالحل والحرمة ، الا انه لا يخلو من محاذير ومخاطر ، منها على سبيل المثال بعد صدور قرار بتصديق الطلاق او الحكم بالتفريق القضائي وبعد اكتساب القرار للدرجة القطعية ومضي العدة الشرعية ان تتزوج المطلقة ومن ثم يأتي الزوج المطلق ويطعن بعد المدة (رغم كونها حتمية) الا ان محكمة التمييز تتصدى لها بحجة الحل والحرمة وتنقض القرار وتعود الحالة الزوجية بين الزوجين قائمة حقيقة وبالمقابل نكون امام زواج ثاني للمطلقة وربما امام اولاد من الزوج الثاني خاصة في ظل تأخر

[31] قرار منشور على موقع السلطة القضائية العراقية .

حسم الطعونات لانها لازالت تطعن بها في اقليم كوردستان امام محكمة تمييز اقليم كوردستان وتحتاج الى وقت طويل لحسمها ، لذا وامام هذه المعضلة والمحذور الشرعي اقترح اما شمول تلك الدعاوى بالتمييز التلقائي وان كان هذا يشكل عبئا لا يحتمل على محكمة التمييز او اعطاء اختصاص الطعن بدعاوى الشرعية بمحكمة استئناف المنطقة.

وفي سياق طبيعة الدعاوى الشرعية الخاصة بمحكمة الطعن نورد قرار صريح من محكمة التمييز بعدم تطبيق نص قانوني صريح لمخالفة النص لاحكام الشريعة الاسلامية وهو القرار المرقم 437/شخصية /2011 المؤرخ 2011/5/18 الصادر عن محكمة تمييز اقليم كوردستان : (لا يجوز ايقاع الطلاق الخلعي دون رضا الزوج كما لا يجوز اجبار الزوج على المخالعة لمخالفة ذلك لاحكام الشريعة ونصوص الدستور .....)[32] .

[32] القاضي الدكتور : محمد عبدالرحمن السليفاني ، المصدر السابق ، ص 323 .

الفرع الثاني : تقييد دور الادعاء العام بالطعن في الدعاوى الشرعية

ان قانون الادعاء العام رقم 159 لسنة 1979 نصت على حماية الاسرة والطفولة احد اهم اهدافه وفق ما ذكره في المادة (1) من القانون[33] ، كما ان المادة (13) من نفس القانون اجاز لعضو الادعاء العام المنسب امام محكمة الاحوال الشخصية الحضور في دعاوى عينتها المادة المذكورة وهي دعاوى متعلقة بالقاصرين و المحجور عليهم والغائبين والمفقودين و الطلاق والتفريق و الاذن بتعدد الزوجات وهجر الاسرة وتشريد الاطفال وكل دعوى متعلقة بحماية الاسرة وبيان رأيه وتقديم المطالعة ومراجعة طرق الطعن في القرارات والاحكام الصادرة من المحكمة ، كما ان المادة اوجبت على محكمة الاحوال الشخصية اخبار عضو الادعاء العام المنسب امامها بالقضايا المذكورة في المادة (13) من القانون قبل نظرها بثلاثة ايام على الاقل ، الهدف من منح الدور للادعاء العام في دعاوى الاحوال الشخصية هو لحسن وسلامة تطبيق القانون وترسيخ سيادة القانون والحفاظ على الاسرة والطفولة وهذا ما يجعله في مركز محايد من الطرفين ، وانه يمثل المجتمع ومصالحها عندما يباشر مهامه [34].

ان عضو الادعاء العام المنسب امام محكمة الاحوال الشخصية في سبيل حسن تطبيق القانون وحماية الاسرة والطفولة كأحد اهم اهداف قانون الادعاء العام يقوم عمليا ببيان المطالعة وابداء الرأي و ومراجعة طرق الطعن في القرارات والاحكام الصادرة من المحكمة ، فأن الذي يهمنا هنا دوره في الطعن .

ففي صلاحياته في الطعن ، فان المادة (13) من قانون الادعاء العام منحه هذا الحق ، اي ان له مراجعة طرق الطعن في الدعاوى التي له حضور فيها عندما يتولد لديه قناعة بأن المحكمة لم تكن مصيبة في حسمها لاحدى الدعاوى المذكورة في المادة (13) من القانون المذكور اعلاه ، وان هذا الحق جاء مطلقا اذا ما تم اعطاء تفسير موسع لمفهوم حماية الاسرة الواردة في المادة (1) من القانون ، بمعنى اذا طعن عضو الادعاء العام بقرار صادر من المحكمة والقاضي برد دعوى طلب الزوجة التفريق من زوجها للضرر مثلا (المادة اربعون من قانون الاحوال الشخصية) فانه يكون قد خالف احد مباديء واهداف قانون الادعاء العام وهي (حماية الاسرة) اذا اخذنا بمعنى الضيق للحماية وهي عدم تفكك الاسرة وهذا ما اخذ به

---

[33] المادة (1) : (يهدف هذا القانون، الى تنظيم جهاز الادعاء العام، لتحقيق ما ياتى : (..... سابعا / الاسهام في حماية الاسرة والطفولة) .

[34] بختيار محمد علي عارف ، تدخل الادعاء العام في الدعاوى الشرعية والمدنية كضمانة صحة التقاضي ، الطبعة الاولى ، مكتبة يادكار ، 2019 ، ص 38 .

محكمة تمييز اقليم كوردستان في قرارها المرقم 521/الشخصية /2015 المؤرخ 2015/8/30 : (.....وجد ان الطعن خارج اختصاص الادعاء العام استنادا لاحكام المادة 1/13 من قانون الادعاء العام رقم 159 لسنة 1979 المعدل ، لان الهدف منه حماية الاسرة والطفولة ...) [35] .

وكذلك القرار المرقم 253/شخصية / 2014 الصادر عن محكمة تمييز اقليم كوردستان : (يرد طعن الادعاء العام اذا ال اصل دعوى التفريق الى الرد، لان هدف الادعاء العام حسب احكام المادة 13/اولا من قانون الادعاء العام يجب ان يكون حماية الاسرة والطفولة وهو غير متحقق في طلب الطعن) .

خلاصة القضية :

المدعية طالبت التفريق امام محكمة الاحوال الشخصية للضرر وان المحكمة ردت الدعوى لعدم وجود سبب مستوجب للتفريق بقناعة المحكمة وان عضو الادعاء العام المنسب امام تلك المحكمة طعن بقرار الحكم طالبا النقض .

وجه التعليق :

ان محكمة تمييز اقليم الموقرة اخذت بالمعنى التقليدي او الضيق لمفهوم حماية الاسرة والطفولة ، حيث رأت ان الحماية تكمن في عدم جواز تقديم الادعاء العام للطعن بهكذا قرار والابقاء على الظروف الاسرية وان كانت قاسية ومربكة وغير متحققة للغرض المقصود من الزواج ، فهذا المفهوم يخالف احكام الزواج منذ ابرام العقد ، حيث ان الغاية من العقد هو المودة والاحترام المتبادل والمسؤولية المشتركة طبقا للتعديل الاخير برقم (15) لسنة 2008 ولغاية انهائها بالطلاق او التفريق ، كما ان هذا المفهوم للحماية يناقض تماما الغاية من تشريع احكام الطلاق والتفريق في قانون الاحوال الشخصية والا ما هي الغاية من سرد المواد المنظمة لاحكام الطلاق والتفريق كأخر سبيل لحل الخلافات الزوجية ، ومن جانب اخر عند النظر في مصير الاولاد بعد الطلاق والفرقة على سبيل المثال ، حيث ان المادة 5/57 من قانون الاحوال الشخصية اعطت الحق للمحضون اذا اتم الخامسة عشرة من العمر في اختيار الحاضن حتى وان كان اختيار المحضون لشخص كحاضن خارج الاسرة ولا احد يقول بان الاسرة هنا غير

[35] القاضي الدكتور : محمد عبدالرحمن السليفاني ، المصدر السابق ، ص 443 .

محمية بالرغم من ابعاد احد افرادها فبلا شك الابعاد هنا كانت لحماية احد افراد الاسرة ، هذا بالاضافة الى ان قانون مناهضة العنف الاسري في الاقليم رقم 8 لسنة 2011 جسدت ما نذهب اليه بان حماية الاسرة قد تكون احيانا بخلاف ما ذهبت اليها السيد محكمة التمييز الموقرة حيث المادة (4) من القانون الانف الذكر اعطت الحق لطالب الحماية من اصدار قرار بحق احد افراد الاسرة (المسبب للعنف الاسري) من دخول الدار الاسري لحماية باقي افراد الاسرة ، السؤال المطروح هنا اذا اثبتت الزوجة قيام زوجها بخيانتها او ادمانه على المسكرات او المخدرات او اللواط بها ومع ذلك ردت المحكمة دعواها وهي غير ملمة بطرق الطعن ، ايعقل ان تقف الادعاء العام باعتباره حاميا للاسرة والطفوله متفرجا وعاجزا عن الطعن بهذا القرار بذريعة ان مهمته الابقاء على هذا الوضع لان الاسرة لابد ان تبقى امام هذا الظرف المأساوي ؟ ام ان وضع حد لهذه الحالة تكون سبيلا لعدم اقدام الزوجة على الانتحار او تشرد الاولاد ؟ .

خلاصة القول ارى ان حماية الاسرة قد تكون في حالة من الحالات بايقاع الطلاق او الحكم بالتفريق اي بابعاد احد عناصر الاسرة (الزوج او الزوجة حسب الحالة) لحماية باقي افراد الاسرة وهذا ما يتطابق وينسجم مع الحكمة من تشريع الطلاق والتفريق وغيرها من المسائل المنظمة للعلاقات الزوجية .

المبحث الثاني
خصوصية الاثبات في الدعاوى الشرعية

المبحث الثاني : خصوصية الاثبات في الدعاوى الشرعية

المطلب الاول : الشهادة واحكامها الخاصة في الدعاوى الشرعية

الشهادة قانونا : اخبار الانسان بحق لغيره على غيره [36]، وهي من الادلة القولية ، وتسمى البينة ، فالشهود هم اعين واذان العدالة [37]، فالشهادة ترد على الوقائع المادية ، وان كثير من مسائل الاحوال الشخصية تدخل ضمن الوقائع المادية ، لذا تلعب الشهادة دورا بارزا فيها .

تعتبر الشهادة لدى محاكم الاحوال الشخصية سببا من اسباب الحكم في جميع الدعاوى المرفوعة امامها والتي لم تربط بسندات وليس فيها حجج وبينات تحريرية معتبرة .

الا ان للشهادة احكام خاصة احيانا فيما يخص مسائل الاحوال الشخصية وهذا ما اخذها بنظر الاعتبار المادة (11 / ثالثا) من قانون الاثبات المرقم 107 لسنة 1979 عند بحثه لنطاق سريان القانون حيث نصت : (يسري هذا القانون على ..... ثالثا : المسائل غير المالية المتعلقة بالاحوال الشخصية ، ما لم يوجد دليل خاص او نص في قانون الاحوال الشخصية يقضي بخلاف ما ورد في هذا القانون) .

عند التمعن في موضوع الشهادة فيما يتعلق بدعاوى الاحوال الشخصية نجد تطبيقا للنص اعلاه ، حيث نلاحظ اختلافا لبعض جوانب الشهادة في المسائل الشرعية ، نورد على سبيل المثال ما يلي :

الشهادة لابد ان تكون عيانية كي تكون دليلا للاثبات ولمحكمة التمييز قرارات عدة بهذا الخصوص منها القرار المرقم 191/ شخصية / 1997 المؤرخ 1997/7/12 الصادر عن محكمة تمييز اقليم كوردستان : (ان الشهادات المبنية على السماع لا يجوز الاخذ بها قانونا وبالتالي لا تصلح دليلا لاثبات لان المفروض في الشهادة ان ترد على الحدث الواقع امام بصر الشاهد وسمعه بالذات لا على روايات الاخرين)[38]

---

[36] المحامي : محمد علي الصوري ، التعليق المقارن على مواد قانون الاثبات ، الجزء الثاني ، المكتبة القانونية – بغداد ، 2011 ، ص 699 .

[37] المحامي : محمد علي الصوري ، نفس المصدر اعلاه ، ص 700 .

[38] المحامي : ايفان زهير عبدالرحمن الدهوكي ، المبادي القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان – الطبعة الاولى ، اربيل ، 2009 ، ص 94 .

، الا ان المادة (الرابعة والاربعون) من قانون الاحوال الشخصية ، اخذت بالشهادات الواردة على السماع اذا كانت متواترة فيما يتعلق باثبات اسباب التفريق القضائي وانحلال عقد الزواج ، حيث نصت : (يجوز اثبات اسباب التفريق و انحلال عقد الزواج بكافة وسائل الاثبات بما في ذلك الشهادات الواردة على السماع اذا كانت متواترة ويعود تقديرها الى المحكمة وذلك بأستثناء الحالات التي حدد القانون وسائل معينة لاثباتها) .

كما ان للشهادة غير العيانية دور في مسائل شرعية اخرى منها : اشتهار الزواج بشهود الولائم وكذلك مشاهدة الشهود لارتياد الزوج دار الزوجية رغم عدم شهادتهم على مراسيم الزواج ، او شهادتهم على الوفاة كونهم اشتركوا في مراسيم العزاء رغم كونهم لم يروا واقعة الوفاة .

كما ان المادة (91) من قانون الاثبات الزمت الخصم حصر شهوده اذا ما قررت المحكمة الاستماع لهم ، والغاية من حصر الشهود هي سد الطريق امام الخصم طالب الشهادة من احضار شهود اخرين كلما وجد ان الشهود الذين احضرهم لم تتفق شهاداتهم مع دعواه وفي ذلك اطالة لامد التقاضي وتأبيد للخصومات ومجافاة للعدالة [39]، الا ان هذا الحصر لا محل له اذا اقتضت طبيعة الدعوى غير ذلك [40]، ففي دعاوى الاحوال الشخصية (الطلاق ، النسب ، تصحيح القسام ، رجعة ....الخ) مسائل لا تحصر الشهود فيها لتعلق الموضوع بالحل والحرمة وتعتبر من مسائل الحسبة .

كما ان المادة (17 / اولا) من قانون الاثبات اعطت الحق للمحكمة ان تقرر احضار الشاهد الممتنع عن حضور جبرا عليه اذا كانت الدعوى متعلقة بالحل والحرمة ، وهنا لاترد الدعوى بحجة عجز المدعي عن احضار شهوده ، بل على المحكمة احضار الشهود جبرا عليهم لاستماع اقوالهم ، كما ذهبت محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم 379/شخصية / 2007 المؤرخ 2007/3/18 : (..... كان على المحكمة احضار شاهدي الزواج الخارجي امامها جبرا بواسطة الشرطة عملا باحكام المادة 17 من قانون الاثبات لتعلقه بالحل والحرمة) [41].

---

[39] ابراهيم المشاهدي ، معين المحامين ، الجزء الاول ، دون طبعة وسنة نشر ، ص 67 .

[40] المادة (91) اثبات : (اذا قررت المحكمة سماع الشهود اللذين طلب احد الخصوم تقديمهم ، فعلى ذلك الخصم : ..... ثانيا : حصر الشهود المطلوب سماع شهاداتهم ، الا اذا اقتضت طبيعة الدعوى غير ذلك) .

[41] القاضي : عدنان مايح بدر ، حيثيات الدعوى الشرعية ، المكتبة القانونية ، بغداد 2018 ، ص 12 .

فنصاب الشهادة في حقوق العباد رجلان او رجل وامرأتان وذلك في الزواج والرجعة والطلاق والخلع والعدة [42]، كما ذهبت محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم 13/ شخصية / 2008 المؤرخ 2008/2/12 : (.... ان البينة الشخصية المستمعة لم تثبت وقوع الطلاق بتاريخ المدعى به اذ ان النصاب الشهادة لاثبات واقعة الطلاق رجلان او رجل وامرأتان مما كان الواجب اعتبار المميز عليها عاجزة عن اثبات ذلك ومنحها حق توجيه اليمين الحاسمة للمميز)[43] .

لكن قد يكتفي شهادة امرأة واحدة لاكمال نصاب الشهادة وذلك فيما لا يطلع عليه الا النساء ، كالولادة والبكارة و الحيض والحمل وعيوب النساء وفي كل ما تحت الثياب [44]، وسند ذلك قول الرسول (صلى الله عليه وسلم) : (شهادة النساء جائزة فيما لا يستطاع للرجل النظر اليه) ، كما ان القول قول الزوجة في مسائل الخلوة ، لان الخلوة من المسائل الخاصة بالنساء والقول قولهن مع يمينهن ، وهذا ما ذهبت اليه محكمة تمييز اقليم كوردستان بقرارها المرقم 310/شخصية / 2015 المؤرخ 2015/5/24 : (الخلوة من المسائل الخاصة بالنساء والقول قولهن مع يمينهن ولا يجوز تكليف الزوجة بالاثبات) [45].

[42] المحامي : صباح المفتي ، المصدر السابق ، ص 43 .

[43] القاضي : عدنان مايح بدر ، المصدر السابق ، ص 211 .

[44] المحامي : صباح المفتي ، المصدر اعلاه ، ص43 .

[45] القاضي الدكتور : محمد عبدالرحمن السليفاني ، المصدر السابق ، ص 398 .

المطلب الثاني : الاقرار واليمين في الدعاوى الشرعية

الفرع الاول : الاقرار

الاقرار : هو اعتراف خصم لخصمه بالحق الذي يدعيه مقدرا نتيجته قاصدا الزام نفسه بمقتضاه [46]، اما المادة (59) من قانون الاثبات المرقم 107 لسنة 1979 ، فقد عرفت الاقرار بأنه : (الاقرار القضائي : هو اخبار الخصم امام المحكمة بحق عليه لاخر ، والاقرار غير القضائي هو الذي يقع خارج المحكمة) .

اما في مسائل الاحوال الشخصية قد يكون للاقرار احكاما يختلف ، وهذا لا يعد خروجا على قانون الاثبات ، بل مستمد هذا الحق (حق الخروج) من القانون نفسه بموجب المادة (11/ثالثا).

ففي الاقرار من قبل الوكيل ، فان الوكالة العامة لا تخول الوكيل العام بغير تفويض خاص الاقرار بحق او التنازل عنه ولا الصلح ولا التحكيم .... ولا ممارسة الحقوق الشخصية البحتة) ، وهذا ما ذهبت اليه محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم 483/ شخصية / 2008 المؤرخ 2008/2/25 : (..... ان الاقرار بالنسب من الامور الشخصية البحتة لا يجوز ممارستها الا بموجب تفويض خاص ....)[47] .

رغم ان قانون الاثبات في المادة (67) نصت على ان : (الاقرار حجة قاطعة و قاصرة على المقر) ، الا انه عند امعان النظر على المادة (الحادية عشرة) من قانون الاحوال الشخصية نلتمس بأن الاقرار قد يكون متعدي الحجة فيما يخص من حيث الاثر ، مثلا قد يقر الزوج حال حياته لامراة انها زوجته ولم يكن هنالك مانع شرعي او قانوني وصدقته ثبتت زوجيتهما له باقراره ، حتى وان ادى ذلك الى مزاحمة اولاد الزوج او الزوجة في المستقبل بحجة توارث المقر له ، ولا يجوز لهم الاعتراض على الاقرار باعتبارهم من الغير بالنسبة له وبكون الاقرار ماس بحقوقهم المستقبلية ، وكذلك الحال اذا اقرت المراة بانها تزوجت فلانا وصدقها في حياتها) وان كان البعض يرى ورغم الاقرار لابد من الاستماع الى الشهود لان الامر يتعلق بالحل والحرمة وهذا ما صرحت بها محكمة التمييز الاتحادية في قرارها المرقم 1926/ شخصية / 2015 المؤرخ 2015/3/15 : (..... كان على المحكمة تكليف المدعية باحضار البينة

[46] احمد نشأت : رسالة الاثبات ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، 2005 مكتبة العلم ، قاهرة ، ص 2 .

[47] القاضي : عدنان مايح بدر ، المصدر السابق ، ص 50 .

الشخصية والاستماع الى اقوالهم بصدد واقعة الزواج وعدم الاكتفاء بالاقرار ....)[48] ، وكذلك الحال بالنسبة للاقرار بالبنوة ولو في مرض الموت لمجهول النسب يثبت به نسب المقر له اذا كان يولد مثله لمثله ، وان ادى ذلك الى زيادة الورثة وبالتالي مزاحمة الباقيين منهم .

وبخصوص التفريق ، فان المادة (اربعون / 1) من قانون الاحوال الشخصية لم يعط اية اهمية للاقرار فيما يتعلق باقرار الزوج بادمانه الكحول او المخدرات في حال طلب الزوجة التفريق القضائي بسببها ما لم يؤيد هذا الاقرار بتقرير صادر من لجنة طبية مختصة بكون الزوج مدمن على تناول الكحول او المخدرات ، فهنا الاقرار لم يكن حجة على المقر .

كما انه عند النظر الى المادة (الرابعة والثلاثون / ثالثا) من قانون الاحوال الشخصية المعدل بقانون رقم 15 لسنة 2008 ، يمكن القول بأن القانون وفي امر غاية الاهمية والخطورة اخذ بالاقرار غير القضائي ، والامر متعلق باثبات واقعة الطلاق الخارجي ، حيث نصت : (لا يعتد بالطلاق الا بحضور شاهدين عدلين حين الايقاع او الاقرار به امامها او امام القاضي) .

كما ان المادة (68) من قانون الاثبات نصت : (ثانيا : لا يصح الرجوع عن الاقرار) ، لان الاقرار وبموجب الفقرة (اولا) من نفس المادة ملزم للمقر ، الا ان لموضوع رجوع الزوجة المطلقة عن اقرارها بكونها كانت في حالة الطهر اثناء الطلاق الى كونها لم تكن طاهرة اثناء الطلاق حكم اخر ، وان موضوع الطهر من عدمه اثناء الطلاق يختلف باختلاف مذهب الزوجة ، فانه لا محل لبحثه هنا ، فان البعض يرى ان لها حق الرجوع عن اقرارها بكونها طاهرة الى عدم الطهر ولا يجوز اثبات عكس ذلك ، لان ذلك من الامور التي تختص النساء فيكون القول قولهن[49] ، كما انه في المذهب الجعفري ، فان الاقرار وحده لا يعد دليلا لاثبات واقعة الطلاق ، بل لابد من الاستماع لشهود المجلس ، وقد ذهبت محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم 7525/ شخصية / 2016 المؤرخ 2016/11/13 الى : (..... ان المحكمة لم تستمع الى شاهدي مجلس الطلاق سيما وان الطرفين من المذهب الجعفري والذي يتطلب ايقاع الطلاق شهادة الشاهدين وحيث ان المحكمة اعتمدت فقط على اقرار المدعى عليه ... الامر الذي اخل بصحة الحكم ....) [50].

[48] القاضي : عدنان مايح بدر ، المصدر اعلاه ، ص 12 .

[49] القاضي : عدنان مايح بدر ، المصدر السابق، 208 .

[50] القاضي : عدنان مايح بدر ، المصدر اعلاه ، ص 225 .

الفرع الثاني : اليمين

اليمين: (قول يتخذ به الحالف الله شاهدا على صدق ما يقول على انجاز ما يعد ويستنزل عقابه اذا ما حنث) [51]، وان قانون الاثبات المرقم 107 لسنة 1979 لم يورد تعريفا محددا لليمين وانما نص الفقرة (اولا) من المادة (108) من القانون (بأن تكون تأدية اليمين أن يقول الحالف (أقسم) ويؤدي بالصيغة التي أقرتها المحكمة) . فاليمين تصرف قانوني صادر من جانب واحد واوجده المشرع لتلافي عيوب مذهب الاثبات المقيد ويسمح لمن يعوزه الدليل ان يحتكم الى ذمة الخصم لا على اساس من القانون ، بل على اساس من العدالة [52]، ويترتب على طلب توجيه اليمين التنازل عن الادلة الاخرى [53].

عند النظر في مسائل الاحوال الشخصية نجد احكاما مغاييرا نوعا ما فيما يتعلق باليمين سواء فيما يتعلق في جواز توجيهها ام لا ، او في اقرار انواع خاصة من اليمين او اليمين المتممة .

ففيما يتعلق بجواز توجيه اليمين من عدمه ، نرى وان اعطى قانون الاثبات الحق للخصم الذي يفتقر الى الدليل والخصم غائب ، اللجوء الى طلب توجيه اليمين والاحتكام الى ضمير وذمة الخصم واصدار الحكم غيابيا معلقا على النكول عن اليمين عند الاعتراض ، الا ان البعض يرى ان الطبيعة الخاصة لدعاوى الطلاق والتفريق والزواج يأبى ذلك ، لان الزواج والطلاق واقعة شرعية ولها اثار خطيرة ، لذا يجب ان يتم اثباتها بالادلة المعتبرة وبخلافه ترد دعوى المدعي[54] ، وهذا ما ذهبت اليه محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم 3888/ شخصية اولى / 2010 المؤرخ 2010/11/2 : (.... ان اثبات الطلاق يتطلب شروطا لاثباته و لايجوز اصدار الحكم معلقا على النكول عن اليمين عند الاعتراض والانكار ...) [55]، والسبب ان الزوج قد لا يعترض على القرار لسبب او لاخر والقرار يكتسب الدرجة القطعية ، مما يؤدي بالزوجة الى الزواج بزوج اخر رغم ان الطلاق قد يكون غير موافق للشرع والقانون ، كما ذهبت

---

[51] المحامي : ذاكر خليل العلي ، اليمين الحاسمة والاثار المترتبة عليها ، الطبعة الاولى ، 2011 ، مكتبة الجليل العربي ، الموصل ، ص 18 .

[52] الدكتور عصمت عبدالمجيد ، الوجيز في شرح قانون الاثبات ، مطبعة الزمان ، بغداد 1997 ، ص 283

[53] المادة (111) من قانون الاثبات رقم 107 لسنة 1979 .

[54] القاضي : عدنان مايح بدر ، المصدر السابق ، ص 18 .

[55] القاضي : عدنان مايح بدر ، المصدر السابق ، ص 232 .

محكمة تمييز اقليم كوردستان بقرارها المرقم 558/شخصية /2014 المؤرخ 2014/11/4 الى : (.... لا يجوز اصدار حكم التفريق غيابيا معلقا على النكول عن اليمين عند الاعتراض ، لان النكول عن اليمين لا يعتبر اقرارا) [56] ، وكذلك قرارها المرقم 565/شخصية / 2015 المؤرخ 2015/10/4 : (.... لا يجوز توجيه اليمين المتممة في دعاوى التفريق والطلاق)[57] .

أما ما يتعلق بأنواع خاصة من اليمين في مسائل الاحوال الشخصية ، ما جاءت به المادة (108) من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 ، في حال اذا طلبت الزوجة النفقة من مال زوجها الغائب واقامت البينة على دعواها ، فلا يفرض لها النفقة الا بعد ان تحلف على

الصيغة التالية : (والله ان زوجي لم يترك لي نفقة ولا شيئا من جنس النفقة ولم اكن ناشزا ولا مطلقة انقضت عدتي) ، وكذلك اذا زوج الصغيرة غير الاب والجد للكفء وبمهر المثل ، وبلغت فاختارت نفسها بالبلوغ وطلبت الفسخ ، فلا يفرق القاضي بينهما الا اذا حلفها انها اختارت نفسها وقت بلوغها ، وكذلك ما جاءت به المادة (124) من قانون الاثبات رقم 107 لسنة 1979 ، فيما اذا ادع احد حق في التركة واثبته ، فلا يحكم له الا حلف انه لم يستوف هذا الحق بنفسه ، ولا بغيره من الميت ولا ابرأه منه ولا احاله على غيره وليس للميت في مقابلة هذا الحق رهن عنده ولم يستوف الحق بوجه من الوجوه ، وهذا اليمين يسمى يمين الاستظهار[58] ، وهذا ما ذهبت اليه محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم 441 /شخصية /1987 المؤرخ 1987/11/17 : (..... الدعوى مقامة على التركة ، لذا يلزم قبل الحكم تحليف المدعي يمين الاستظهار المقررة في المادة 124 من قانون الاثبات [59].

[56] القاضي الدكتور : محمد عبدالرحمن السليفاني ، المصدر السابق ، ص 292 .

[57] القاضي الدكتور : محمد عبدالرحمن السليفاني ، المصدر السابق ، ص 313 .

[58] المحامي : صباح المفتي ، المصدر السابق ، ص 74 .

[59] المحامي : صباح المفتي ، المصدر السابق ، ص 75 .

المطلب الثالث : القرينة والمعاينة والخبرة في مجال الدعاوى الشرعية

الفرع الاول : القرينة

القرينة أما يكون قانونية او قضائية ، فالقانونية : (هي استنباط المشرع أمرا غير ثابت من أمر ثابت) [60]، أما القرينة القضائية : (هي أستنباط القاضي أمرا غير ثابت من أمر ثابت لديه في الدعوى المنظورة)[61] ، والقرائن هي عبارة عن الامارة البالغة حد اليقين أو الامارة الواضحة بحيث يصبح الامر في حيز المقطوع به .

ففي مسائل الاحوال الشخصية احيانا تلعب القرائن دورا في اثبات الدعوى وذلك لخصوصية تلك المسألة ، مثلا للشخص الذي تزف اليه بنت ليلة زفافه ان يجتمع بها باعتبار انها زوجته ، ولو لم يشهد له شاهدان عدلان ، او اثبات الزواج بين رجل وامراة بأن يشهد الناس بأن تلك المرأة زوجة ذلك الرجل ولو لم يحضروا عقد الزواج ولم يعاينوه بالذات ، اذا شاهدوا معاشرة الرجل مع امرأة معاشرة الازواج وكان يتردد الى نفس الدار ، او في حال النزاع على امتعة البيت فيحكم بالامتعة الخاصة للنساء للزوجة والامتعة الخاصة بالرجال للزوج ، اما الاثاث المشاعة بين الزوجين كالسجاد والاواني مثلا ، فيحكم بها للزوج ، لان هذه الاشياء تحت يد الرجل ، ولانها مدار السكنى عليها ، والسكنى مضافة الى الزوج ، وايضا على سبيل المثال، لو مات احد الزوجين وتخاصمت ورثته مع الحي منهما ، كان المتاع للحي سواء كان زوج او زوجة ، لاسبقية يد الزوج الحي على يد الورثة ، والاسبقية من باب الترجيح ، واما يد الوارث فعارضة [62]، وكذا الحال بالنسبة لاثبات الوفاة ، اذا ما شاهد اناس برؤية ذوي الميت اقامة مجلس العزاء ، يكفي لاثبات الوفاة ، لذا ، نرى في المواضيع المذكورة على سبيل المثال ، لا نجد نصا قانونيا بالتحديد تعالجها ، بل عالجها القرائن ، والقرائن في مسائل الاحوال الشخصية تلعب دورا بارزا حتى في اخطر المسائل موضوع اثبات الزواج وفق ما مذكور اعلاه ، حيث ان مجرد شهادة الشهود على تردد الرجل على الدار الموجود فيها امراة ولو لم يحضروا العقد او الزفاف ، يكفي لاعتباره قرينة على ثبوت الزواج .

---

[60] المادة (98) من قانون الاثبات رقم 107 لسنة 1979 .

[61] المادة (102) من قانون الاثبات رقم 107 لسنة 1979 .

[62] المحامي : صباح المفتي ، المصدر السابق ، ص 65 .

الفرع الثاني : والمعاينة والخبرة

المعاينة : هي مشاهدة المحكمة لموضوع النزاع او محله [63]، اما الخبرة : تدبير حقيقي و استشارة فنية يستعين بها القاضي بغية الوصول الى معرفة علمية او فنية تتعلق بالواقعة المعروضة عليه ، تنير الطريق امامه ليبني حكمه على اساس سليم[64] ، الاصل ان المحكمة تقوم بتحري حقيقة الادعاء في الجلسة ، وسندها في ذلك قناعتها عن طريق الادلة التي يطرحها الخصوم ، غير ان هنالك حالات لا يمكن الوقوف على حقيقتها الا بمشاهدة المحكمة لها شخصيا .

فالمعاينة والخبرة لهما دور بارز في بعض المسائل الشرعية وخاصة فيما يتعلق بالكشف على البيت الشرعي معاينة للوقوف عليها للتاكد فيما اذا كانت بعيدة عن اهل الزوج وكذلك معاينة الاثاث الموجودة فيها ولبيان فيما اذا كانت صالحة للعيش فيها ام لا ، وهنا يكون واجبا من انتقال القاضي بنفسه لمعاينة البيت الشرعي ولا يغني عن ذلك قيام الخبير او المعاون القضائي بذلك ، وكذلك انتخاب خبراء من قبل المحكمة لتقدير النفقة سواء للزوجة او الاولاد ، او زيادة او تنقيص تلك النفقة وكذا الحال فيما يتعلق بتقدير مبلغ التعويض عن الطلاق التعسفي حيث حدد المادة (التاسعة والثلاثون) من قانون الاحوال الشخصية معيار تحديدها مقدرا كنفقة من ثلاث سنوات ولحد خمسة سنوات وبعد ذلك يترك التقدير للخبير ، وكذلك لا يخفى الدور البارز للخبير في موضوع القسام ، سواء بتوزيع الحصص او اجراء المناسخة ، وان كان البعض يرى انها من اعمال القضاء ولابد للقاضي التصدي لها بعلمه القانوني والشرعي المفروض العلم بها ، الا ان العمل جرى عليه في المحاكم باحالة موضوع القسام الى الخبير في حال طلبات التصحيح والمناسخة مثلا ، وكذلك بالنسبة للدعاوى المقامة على الورثة اضافة للتركة ، وهذا ما ذهبت اليه محكمة التمييز الاتحادية في قرارها المرقم 3091 / شخصية / 2006 المؤرخ 2004/9/14 : (..... ان الواجب الزام المدعى عليهما اضافة للتركة بمقدار حصتهما من ارث المتوفي وليس كامل المهر مما كان الواجب على المحكمة انتخاب خبير حسابي للغرض المذكور ....) [65].

---

[63] المحامي : محمد علي الصوري ، التعليق المقارن على مواد قانون الاثبات ، الجزء الثالث ، الطبعة الثانية ، مكتبة العاتك ، 2011 ، ص 1222 .

[64] الدكتور : عصمت عبدالمجيد ، شرح قانون الاثبات ، الطبعة الثانية ، المكتبة القانونية 2006 بغداد ، ص 287 .

[65] القاضي : عدنان مايح بدر – المصدر السابق – ص 280 .

الخاتمة

اولا : الاستنتاج

بعد البحث هذا توصلت الى جملة من الاستنتاجات كالاتي :

1- ان المشرع اعطى طبيعة خاصة بالنسبة لدعاوى ومسائل الاحوال الشخصية في قانون المرافعات المدنية المرقم 83 لسنة 1969 وقانون الاثبات المرقم 107 لسنة 1979 .

2- ان توزيع الاحكام الخاصة باجراءات الدعوى بدءأ من اقامة الدعوى الى الطعن بالحكم وكذلك ادلة الاثبات يؤدي الى ارباك القاضي في بعض الاحيان ، لاختلاط تلك الاجراءات مع الاجراءات الخاصة بدعاوى اخرى غير شرعية .

3- ان محكمة التمييز ، سواء كانت محكمة التمييز الاتحادية او محكمة تمييز اقليم كوردستان لهم قرارات واحكام يناقض ظاهريا القواعد العامة في المرافعات والاثبات ، الا انه في الواقع يعد تطبيقا سليما للطبيعة الخاصة المطلوبة مراعاتها للدعاوى الشرعية في قانوني المرافعات والاثبات .

4- ان موضوع الحل والحرمة يلعب دورا مهما في الدعاوى الشرعية ولابد من اخذها بالحسبان عند النظر في الدعاوى الشرعية مما يقتضي المام القاضي بالجانب الشرعي الى الجانب القانوني لعدم الوقوع في المحاذير الشرعية .

ثانيا / التوصيات

بعد البحث هذا ، اقدم عدة توصيات ، كالاتي :

1- ان تصدي محكمة التمييز لاحكام الطلاق والتفريق حتى بعد مرور مدة الطعن يؤدي احيانا الى عدم استقرار الحياة الزوجية للزوجة ، وهي عندما تتزوج مرة اخرى بعد حصولها على قرار طلاق او تفريق مكتسب للدرجة القطعية والمحكمة تقوم بنقض قرار الطلاق او التفريق حتى بعد فوات مدة الطعن بحجة تعلق الموضوع بالحل والحرمة وخاصة ان حسم الموضوع في التمييز قد تطول باعتبارها الجهة الوحيدة بالنظر في دعاوى الاحوال الشخصية تمييزا ، لذا اقترح اقتراحين ، اولها وان كانت مرهقة لمحكمة التمييز وهي شمول كل قرار صادر في دعاوى الطلاق والتفريق بالتمييز التلقائي ، وثاني الاقتراح ، ان يكون الطعن في تلك الدعاوى امام محكمة استئناف المنطقة بصفتها التمييزية اختصارا للوقت على الاقل ، على غرار التعديل الساري في محاكم التابعة للسلطة القضائية الاتحادية في بغداد .

2- حث السلطة التشريعية على توحيد نظام المرافعات والاثبات في قانون واحد خاص بدعاوى ومسائل الاحوال الشخصية يسهل الرجوع اليها من قبل القاضي الشرعي بدلا من بحثه في ثنايا قانوني المرافعات والاثبات وقد يختلط عليه احيانا احكام المسائل الشرعية بالمسائل المدنية رغم وجود طبيعة خاصة لكل واحدة منهما .

3- اهتمام القاضي الشرعي بدراسة المسائل الشرعية التي لابد من الفصل فيها من قبله وعدم الاستعانة بأهل الفقه الاسلامي من رجال الدين مثلا ، لانه من المفروض علم القاضي بها .

4- نجد ان قانون رعاية القاصرين اعتبرت الاهلية كاملة وبالتالي خصومته متوفرة لمن اكمل الخامسة عشرة وتزوج باذن المحكمة الا ان النص قاصر على من اكمل الخامسه عشره وتزوج بأذن المحكمة للزواج ، فلم يحدد مصير من بلغ الخامسة عشرة وان تزوج بأذن المحكمة حسب الفقره (٢) من الماده الثامنة من قانون الاحوال الشخصية ، للضرورة القصوى ، كما انها لم توضح خصومة من تزوج من القصر خارج المحكمة ومن ثم تم تصديق زواجه امامها ، فهل يعتبر كامل الاهلية وتشملها احكام المادة (3) من قانون رعاية القاصرين ؟ لذا اراه نقصا تشريعيا لابد من معالجته تشريعيا .

المصادر

اولا : القران الكريم

ثانيا : المصادر القانونية :

1. ابراهيم المشاهدي – معين المحامين – الجزء الاول – دون طبعة وسنة نشر .
2. ابراهيم مصطفى واخرون – المعجم الوسيط – دار الدعوة – استانبول .
3. اجياد ثامر نايف الدليمي – ابطال عريضة الدعوى للاهمال بالواجبات الاجرائية – الطبعة الاولى – بيت الحكمة – 2012 .
4. احمد نشأت – رسالة الاثبات – الجزء الثاني – الطبعة الاولى – 2005 مكتبة العلم – القاهرة .
5. ايفان زهير عبدالرحمن الدهوكي – المبادي القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان – الطبعة الاولى – اربيل – 2009 .
6. بختيار محمد علي عارف – تدحل الادعاء العام في الدعاوى الشرعية والمدنية كضمانة صحة التقاضي – الطبعة الاولى – مكتبة يادكار – 2019 .
7. جاسم جزاء جافر والمحقق : كامران رسول سعيد – اهم المباديء القضائية لمحكمة تمييز اقليم كوردستان – العراق – الطبعة الاولى – 2015 – السليمانية .
8. ذاكر خليل العلي – اليمين الحاسمة والاثار المترتبة عليها – الطبعة الاولى – 2011 – مكتبة الجليل العربي – الموصل .
9. صباح المفتي – قواعد الاثبات الشرعي ، دراسة في الاثبات الشرعي بالاقرار والشهادة واليمين والخبرة ، الطبعة الاولى ، 2008 ، ، المكتبة القانونية ، بغداد .
10. عباس العبودي – شرح قانون المرافعات المدنية – دراسة مقارنة – دار الكتب بغداد – 1979 .
11. عبدالحسين صباح صيوان الحسون – المورد القانوني – الطبعة الاولى – 2011 .
12. عبدالرحمن العلام – شرح قانون المرافعات المدنية – الجزء الثالث – الطبعة الثانية – 2008 – العاتك لصناعة الكتاب .

13. عبدالرحمن العلام – شرح قانون المرافعات المدنية – الجزء الثاني – الطبعة الثانية – 2008 – العاتك لصناعة الكتاب – القاهرة .

14. عبدالرحمن العلام – شرح قانون المرافعات المدنية – الجزء الرابع – الطبعة الثانية – العاتك لصناعة الكتاب – بغداد .

15. عبدالرحمن علام – شرح قانون المرافعات المدنية – الجزء الاول – الطبعة الثانية –2008 .

16. عدنان مايح بدر – حيثيات الدعوى الشرعية – المكتبة القانونية – بغداد 2018

17. عصمت عبدالمجيد – الوجيز في شرح قانون الاثبات – مطبعة الزمان – بغداد 1997 .

18. عصمت عبدالمجيد – شرح قانون الاثبات – الطبعة الثانية – المكتبة القانونية 2006 بغداد .

19. عقيل طارق محمد – خصومة القاصر ومن في حكمه في الدعوى المدنية – الطبعة الاولى – المكتبة القانونية – بغداد –2020 .

20. كيلاني سيد احمد – المباديء القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان – العراق مقررات هيئة الاحوال الشخصية – الطبعة الاولى – 2010 مطبعة منارة – اربيل .

21. محسن ناجي – شرح قانون الاحوال الشخصية – الطبعة الاولى ، مطبعة الرابط – بغداد 1962 .

22. محمد عبدالرحمن السليفاني – قبسات من احكام القضاء – الطبعة الاولى – مكتبة هولير القانونية 2017 .

23. محمد علي الصوري – التعليق المقارن على مواد قانون الاثبات – الجزء الثاني – المكتبة القانونية – بغداد – 2011 .

24. محمد علي الصوري – التعليق المقارن على مواد قانون الاثبات – الجزء الثالث – الطبعة الثانية – مكتبة العاتك – 2011 .

25. مدحت المحمود – شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 – الطبعة الثالثة – المطتبة القانونية – بغداد – 2009 .

ثالثا / التشريعات :

1- قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959

2- قانون المرافعات المدنية المرقم 83 لسنة 1969

3- قانون الاثبات المرقم 107 لسنة 1979

4- قانون رعاية القاصرين المرقم المرقم 78 لسنة 1980

5- القانون المدني المرقم 40 لسنة 1951

6- قانون الادعاء العام المرقم 159 لسنة 1979

رابعا / المواقع الالكترونية :

1- موقع السلطة القضائية العراقية .