المعهد العراقي للحوار

Iraqi Instite For Dialogue

التنظيم القانوني للأحوال الشخصية في العراق: من تأسيس الدولة العر اقية إلى صدور الدستور الدائم لسنة 2005

جمال ناصر جبار الزيداوي

مجلة حوار الفكر

بحث

العدد(4) ايلول(2007)

07905400123
hewarelfikr@gmail.com

المقدمة

تعد مسألة تنظيم الاحوال الشخصية والنص عليها في صلب الدستور الدائم لسنة 2005 من اكثر المسائل جدلاً واثارة للنقاش في العراق بين مختلف الاوساط السياسية والاجتماعية بين مؤيد ورافض لفكرة اخضاع الاحوال الشخصية للاحكام الدينية والمذهبية لمعتقد الفرد الذي يؤمن به والتي نصت عليها المادة (41) من الدستور الدائم وما تمثله هذه المسائل من اهمية كبيرة في حياة الإنسان وعلاقاته الاسرية كمسائل الزواج والخطبة والمهر والطلاق والميراث والنفقة والحضانة وغيرها كانت ولا تزال خاضعة للدين ووفقاً لما يقضي به ولا يخلو أي دين سماوي من تنظيم هذه المسائل المهمة والضرورية في حياة الإنسان وفي مقابل هذا الامر وجد اتجاه يعارض هذه الفكرة ويذهب إلى ضرورة ابعاد هذه المسائل وفك ارتباطها بالجانب الديني واخضاعها للقانون المدني فقط مسايرة للتطور الحاصل في المجتمعات الإنسانية. وسنتطرق في هذا البحث الموجز إلى الاساس التاريخي لتنظيم الاحوال الشخصية في العراق ايام الحكم العثماني الذي كان في العراق . بدايات تأسيس الدولة العراقية وما نص عليه الدستور الملكي لسنة (1925) الذي يعتبر اول دستور للعراق تضمّن النص، على مسائل الاحوال الشخصية ثم نتعرف ايضاً على قانون الاحوال الشخصية النافذ رقم 188 لسنة 1959 وعيوبه ومزاياه وذلك في الفصل الاول.

ثم نتناول في الفصل الثاني قرار مجلس الحكم رقم 137 ومحاولة الغاء قانون الاحوال الشخصية رقم 188 ثم نعرج على المادة (41) من الدستور الدائم ونتعرف على مضمونها ومقارنتها مع النصوص الدستورية في بعض الدول المقارنة ومزاياها والنقد الذي وجه لها.

الفصل الاول : الأحوال الشخصية في العراق قبل عام 2003

سنتعرف في هذا الفصل على مفهوم الاحوال الشخصية ومتى استخدم هذا المصطلح في العراق وكيف كانت تنظم الاحوال الشخصية في العراق ايام الدولة العثمانية وبعد تأسيس الدولة العراقية بموجب دستور 1925 وكذلك نتعرف على اول قانون للاحوال الشخصية في العراق رقم 188 لسنة 1959.

المبحث الأول: مفهوم الأحوال الشخصية وتطورها التاريخي في العراق

سنتاول في هذا المبحث تحديد المقصود بالاحوال الشخصية ونتعرف على تنظيم الاحوال الشخصية ايام الحكم العثماني الذي كان العراق خاضعاً له ثم نتعرف على تنظيم الاحوال الشخصية ايام الاحتلال البريطاني وتأسيس الدولة العراقية وما نص عليه اول دستور للعراق والمسمى (القانون الاساسي لسنة 1925).

المطلب الأول : المقصود بالأحوال الشخصية

يعتبر موضوع تحديد المقصود بالاحوال الشخصية من الامور الدقيقة التي يصعب فيها وضع معايير ثابتة[1] اذ لم يضع الفقه الاسلامي تعريفاً للاحوال الشخصية رغم ان فقهاء الاسلام قد بحثوا في كل ما يتعلق باحوال الإنسان الاجتماعية الخاصة والعامة في كتب الفقه سواء أكان ذلك بصورة مستقلة أم خلال بحثهم في قسم المعاملات.

غير انهم لم يطلقوا على هذه الابحاث تسمية (الاحوال الشخصية) فهو اصطلاح دخيل من الفقه الغربي[2] واول ظهور لمصطلح (الاحوال الشخصية) من الفقه القانوني كان في الفقه الايطالي القديم عندما ظهرت خلال القرنين الثاني عشر والثالث عشر ولآيات ومدن مستقلة في شمال ايطاليا وكانت كلٌ منها تطبق قوانين خاصة بها سميت بالاحوال (statute) إلى جانب القانون الروماني الذي كان يعتبر القانون العام لجميع الولايات[3] وفي الفقه القانوني العربي فقد تنوعت وتعددت التعاريف لمصطلح الاحوال الشخصية فذهب البعض إلى تسمية قانون الاحوال الشخصية بـ"حقوق الاسرة" ويطلق عليه في لبنان "قانون الاسرة".

وذهب البعض إلى تعريف الاحوال الشخصية بانها " قواعد تبحث عن احوال الإنسان وعلاقاته بأسرته وبالمجتمع"[4].

اما محكمة النقض في مصر فقد عرفت الاحوال الشخصية بانها "المقصود بالاحوال الشخصية هو مجموع ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية العائلية التي رتب القانون عليها اثراً قانونياً في حياته الاجتماعية لكون الإنسان ذكراً كان أو انثى وكونه زوجاً أو ارملاً أو مطلقاً أو اباً أو ابناً شرعياً أو كونه تام الاهلية أو ناقصها لصغر سنه أو عته أو جنونه أو كونه مطلق الاهلية أو مقيدها بسبب من اسبابها القانونية"[5].

اما الدكتور صلاح الدين الناهي فقد عرف الاحوال الشخصية بانها "مصطلح قانوني حديث معناه مجموعة من القواعد القانونية والشرعية التي تحكم الروابط العائلية كأحكام الزواج والطلاق مما يدخل ضمن ما يسمى حقوق العائلة".

على ان مصطلح الاحوال الشخصية ليس مرادفاً لمصطلح حقوق العائلة بل هو اوسع منه احياناً ويقابل مصطلح الاحوال العينية أي مجموع القواعد القانونية التي تحكم الروابط المالية[6] وفي فرنسا حاول بعض الفقهاء تحديد معنى الاحوال الشخصية فقال بوتيه "ان المراد بالاحوال الشخصية هو القواعد المنظمة لمسائل الحالة والاهلية والولاية والوصاية[7].

وبالايجاز فاننا يمكن ان نقسم ما يدخل في دائرة الاحوال الشخصية إلى قسمين:

اولاً: قسم ينظم علاقة الفرد باسرته اعتباراً من وجوده كجنين ثم الحضانة والرضاعة والنفقة والزواج والميراث والوصية والوقف.

ثانياً: القسم الخاص بحالة الإنسان الطبيعية من حيث التمييز والاهلية وعوارض الاهلية كالجنون والعته والغفلة والسفه.

والاحوال الشخصية بحسب ما تقدم هي فرع من القانون المدني والفرع الاخر هو المعاملات التي تنطوي على الحق العيني والحق الشخصي[8].

وفي العراق فقد عرف هذا الاصطلاح لأول مرة في المادة (11) من بيان المحاكم الصادر في 28 كانون الاول سنة 1917 ثم في بيان مايس سنة 1921 ثم في قانون المحاكم الشرعية الصادر في 30 حزيران سنة 1923 ثم تقرر في القانون الاساسي (دستور 1925) في المواد من (80.74) ثم في قانون الاحوال الشخصية للاجانب رقم 78 لسنة 1930.[9]

المطلب الثاني: تنظيم الأحوال الشخصية في ظل الحكم العثماني

لقد كان العراق احد البلدان التابعة للامبراطورية العثمانية منذ سنة 1534 وبقي تحت حكمهم اربعة قرون كسائر البلاد العربية لذلك فقد كان يخضع لقوانين الدولة العثمانية ويجري عليه ما يجري على باقي الدول الاخرى التي كانت ترزح تحت الحكم العثماني.

ولم تدون في مجلة الاحكام العدلية والتي جمعت الاحكام القانونية السائدة في الدولة العثمانية احكام مسائل الاحوال الشخصية من زواج وطلاق ونفقة وبنوة ونسب وولاية ووصاية وحضانة وغير ذلك الا ما جاء في الكتاب التاسع عن الحجر واهلية الصغار وسائر فاقدي الاهلية.

وكذلك لم تبحث في احكام الارث والوصية والمفقود والاوقاف ولا الامور الاخرى التي نجدها في القوانين المدنية الحديثة. ويعود السبب في ذلك إلى الخلاف الكبير الواقع في بعض المسائل والى اعتبارها مرتبطة بحرية العقيدة وبالقانون الديني والى تعدد الملل والطوئف في المملكة العثمانية والى سياسة التسامح التي دفعت الدولة العثمانية إلى ان تترك لغير المسلمين حريتهم في امورهم المذهبية[10].

لذلك كان تدوين الاحوال الشخصية بطيئاً فبدأ اولاً في بعض المسائل حيث وجد ان في اتباع ارجح الاقوال من مذهب ابي حنيفة يوجب بعض الحرج لذلك فصدرت عام 1916 ارادتان سنيتان الاولى اجازت التفرقة في الزواج بناء على طلب الزوجة التي غاب عنها زوجها من دون نفقة نقلاً عن المذهب الحنبلي وغيره من المذاهب السنية.

والثانية اجازت التفرقة بسبب اصابة الزوج ببعض العلل الخطيرة وذلك وفقاً لرأي محمد بن الحسن صاحب ابي حنيفة[11] ، وفيما عدا ذلك فإن مسائل الاحوال الشخصية بقيت من دون تدوين حتى سنة 1917 اذ اصدرت الدولة قانوناً لاحكام الزواج والفرقة للمسلمين والمسيحيين والموسويين كل بحسب شرائعهم وتقاليدهم واسمته قانون حقوق العائلة.

وهذا القانون وان كان في الاصل على المذهب الحنفي بالخصوص الا انه في كثير من المسائل اخذ عن باقي المذاهب الاسلامية[12] وكانت المحاكم المختصة بالنظر في مسائل الاحوال الشخصية هي (المحاكم الشرعية) والتي كانت مؤلفة من قاضٍ منفرد يسمى قاضي أو نائب الشرع ويعينه شيخ الاسلام.

وكان هذا القضاء الشرعي يطبق الاحكام الشرعية وحدها وفقاً للمذهب الحنفي الرسمي للدولة العثمانية مبدئياً اما بالنسبة للاحوال الشخصية لطوائف الاقليات غير المسلمة فكانت تختص بها المحاكم الروحية[13].

المطلب الثالث : تنظيم الأحوال الشخصية في ظل الحكم الملكي ودستور 1925

بعد احتلال العراق من قبل بريطانيا وانسلاخه عن الدولة العثمانية قامت قوات الاحتلال البريطاني باصدار بيان سنة 1917 اعيد بموجبه تشكيل المحاكم الشرعية وحصر اختصاصها بالنظر في القضايا الشرعية المتعلقة بمذهب اهل السنة فقط حيث جاء في المادة (11) منه ما يأتي : [1. تنظر المحاكم المدنية فضلاً عن المواد المدنية والتجارية التي كانت تنظر فيها إلى الآن في الدعاوى المتعلقة بالنكاح والطلاق والوصية والمناسبات العائلية والحجر والارث والهبة الوقف وما اشبه ذلك مما هو معبر عنه فيما يأتي بالمواد الشخصية باستثناء ما كان عائداً إلى المحاكم الشرعية وتفصل في تلك الدعاوى] [14].

كما اصدر الاحتلال ايضاً نظام المحاكم الشرعية لسنة 1918 وفيه اسس مجلس تمييز شرعي لتدقيق الاحكام الصادرة من المحاكم الشرعية السنية واما قضايا الاحوال الشخصية المتعلقة بالمذهب الجعفري فقد انيطت بالمحاكم المدنية (البداءة). [15] وفي سنة 1923 قررت الحكومة العراقية العمل بالمرافعات الشرعية الصادرة في زمن الحكومة العثمانية ثم شرع بعد ذلك قانون المحاكم الشرعية سنة 1923 وفيه تشكلت المحاكم الشرعية الجعفرية والغى وظائف نواب الجعفرية وسمح بتعيين قاضٍ جعفري كما واجاز تعيين قاضيين احدهما سني والاخر جعفري في الاماكن التي يعيش فيها اناس من اتباع السنة والجعفرية وجاء في المادة الخامسة من هذا القانون ما يأتي [تحسم الدعاوى الاتية فقط بمقتضى الفقه الجعفري:

1.الدعاوى المتعلقة بالنكاح والطلاق والمهر والحضانة والنفقة والزوجية أو التي يرفعها الاولاد إلى ابويهم والوصاية على القصر والمناسبات الزوجية وان كان الزوج جعفرياً في وقت عقد النكاح ودعاوى النفقة من غير المتقدمة وان كان المدعى عليه جعفرياً].

2.دعاوى حجر السفيه والمعتوه والغائب وان كانوا جعفريين.

3.دعاوى الارث والوصايا ان كان المتوفى جعفرياً ووقعت وفاته بعد اليوم 11 من مارس 1917 اما اذ اكان قد توفى قبل هذا التاريخ فالدعوى تحسم وفقاً للمذهب السني الا اذا رضي الطرفان بحسمها وفقاً للمذهب الجعفري.

4.دعاوى الوقف وشروطه والتوليه ان كان الواقف جعفرياً[16].

كما واسس مجلس تمييز شرعي جعفري ترأسه الفقيه السيد هبه الدين الشهرستاني[17].

وبعد صدور اول دستور عراقي والذي سمي القانون الاساسي في سنة 1925 اقر تشكيل هذه المحاكم ونص على ذلك في صلب الدستور في المادة (75) منه التي قسمت المحاكم الدينية إلى قسمين:

أ.المحاكم الشرعية.

ب.المجالس الروحانية الطائفية.

وحددت المادة (76) اختصاصات المحاكم الشرعية حيث نصت على (تنظر المحاكم الشرعية وحدها في الدعاوى المتعلقة بأحوال المسلمين الشخصية والدعاوى المختصة بادارة اوقافهم).

وتقوم هذه المحاكم بتطبيق الشريعة الاسلامية وفقاً لاجتهادات واحكام كل مذهب ينتمي إليه الفرد وذلك بموجب المادة (78) من القانون الاساسي التي نصت على [يجري القضاء في المحاكم الشرعية وفقاً للاحكام الشرعية الخاصة بكل مذهب من المذاهب الاسلامية بموجب احكام قانون خاص ويكون القاضي من مذهب اكثرية السكان في المحل الذي يعين له مع بقاء القاضيين السنيين والجعفريين في مدينتي بغداد والبصرة.

اما بالنسبة لغير المسلمين فان الجهة المختصة للنظر في مسائل احوالهم الشخصية هي (المجالس الروحانية) للطائفة الموسوية والمسيحية التي حددت اختصاصها المادة (78) من القانون الاساسي التي نصت على (تنظر المجالس الروحانية:

1.في المواد المتعلقة بالنكاح والصداق والطلاق والتفريق والنفقة الزوجية وتصديق الوصايات ما لم تكن مصدقة من كاتب العدل خلا الامور الداخلة ضمن اختصاص المحاكم المدنية في ما يخص أفراد الطائفة عدا الاجانب منهم.

2.في غير ذلك من مواد الاحوال الشخصية المتعلقة بأفراد الطوائف عند موافقة المتقاضين.

وقد صدرت عدة قوانين خاصة ببعض الطوائف منها قانون طائفة الارمن الارثوذكس رقم 70 لسنة 1931 وقانون الطائفة الاسرائيلية رقم 77 لسنة 1931 وكذلك صدر القانون رقم 32 لسنة 1947 والخاص بتنظيم المحاكم المدنية للطوائف المسيحية والموسوية فأجاز ان تنشأ حسب الحاجة محكمة طائفية ومجلس تمييز طائفي لكل من الطوائف الاتية وهي الكاثوليك على اختلاف فرقهم والارمن والارثوذكس والسريان الارثوذكس والاسرائيليين.

وفي سنة 1933 جرت محاولة لاصدار قانون للاحوال الشخصية للمسلمين قام بها ديوان التدوين القانوني ووضعت لائحة بهذا المشروع غير انها تعثرت كثيراً ولم يقدر لها الظهور[18].

وفي 1945/1/29 اصدرت وزارة العدل امراً بتشكيل لجنة من اربعة اعضاء عهد إليها وضع لائحة (قانون الاحوال الشخصية) وقد انجزت هذه اللجنة المشروع المكلفة به.

غير انه ولكون المادة (77) من القانون الاساسي السالفة الذكر قد نصت على ان القضاء في المحاكم الشرعية انما يجري وفقاً للاحكام الشرعية الخاصة بكل مذهب من المذاهب الاسلامية بموجب قانون خاص بها فإن هذه اللجنة قد دونت مشروعها على هذا الاساس فأخذت الفقه الاسلامي اساساً لمشروعها كوحدتين اساسيتين هما المذهب السني والمذهب الجعفري فدونت ما امكن الاتفاق عليه وذكر الاختلاف فيه بصراحة لدى كل من هاتين الوحدتين على نحو ما اوضحته مذكرة الاسباب الموجبة[19].

وقد تعرض هذا المشروع للاعتراض من المرجع الديني السيد محسن الحكيم "قدس" ويظهر ذلك جلياً في رسالته التي بعث بها إلى قادة انقلاب 8 شباط 1963 التي جاء فيها "واضيف هنا ان حكومة العهد الملكي سبق ان شرعت قانوناً للاحوال الشخصية خالفت فيه الشرع الاسلامي وعرضته على مجلس النواب فأرسلت احد اولادي للاتصال بالنواب وابلاغهم استنكاري لهذا القانون ووجوب الغائه واصدر رأيي بهذا الشأن مما حدا بالنواب إلى معارضته فاضطرت الحكومة إلى احالته إلى لجنة مختصة لدراسته واعادة النظر فيه[20].

وفي ظل هذه الضغوط اضطر مجلس النواب إلى رفض مشروع القانون وبذلك انتهت هذه المحاولة لاصدار قانون للاحوال الشخصية.

المبحث الثاني : تنظيم الأحوال الشخصية في الدساتير المؤقتة وقانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959

سنتناول في هذا المبحث ما تضمنته الدساتير المؤقتة والتي صدرت في العراق بعد سقوط النظام الملكي وقيام النظام الجمهوري في العراق ثم نعرج بعد ذلك على قانون الاحوال الشخصية النافذ رقم 188 لسنة 1959 وما تضمنه من احكام لمسائل الاحوال الشخصية ومزاياه وعيوبه.

المطلب الأول/ تنظيم الأحوال الشخصية في ظل الدساتير المؤقتة من (1958) ولغاية دستور(1970).

بتاريخ 14 تموز 1958 اعلن عن قيام النظام الجمهوري في العراق ونهاية النظام الملكي وسقوط القانون الاساسي (دستور 1925) ووضع دستور جديد للعراق هو دستور 1958 المؤقت.

ولم يشر دستور 1958 إلى موضوع الاحوال الشخصية وكيفية البت فيها بخلاف دستور 1925 وهذا الامر يستدل منه إلى توجه النظام الجديد إلى وضع قانون موحد في احكام الاحوال الشخصية يكون اساساً لاقامة بناء العائلة العراقية.

وتحقيقاً لهذه الغاية الفت لجنة في وزارة العدل بموجب امرها المرقم (560) المؤرخ 1959/2/7 لجنة لوضع لائحة للاحوال الشخصية استمدت مبادئها مما هو متفق عليه من الاحكام الشرعية وما هو مقبول من قوانين البلاد الاسلامية وما استقر عليه القضاء الشرعي في العراق [21].

وقد واجه هذا القانون معارضة كبيرة من جانب المرجعية الدينية العليا في النجف وخصوصاً من قبل سماحة المرجع الديني آية الله العظمى السيد (محسن الحكيم)"قدس" الذي طالب بالغائه وتعديله وذلك لمخالفته الشريعة الاسلامية وخصوصاً في موضوع المساواة بين المرأة والرجل في مسألة الارث التي نصت عليها المادة (77) والتي تم تعديلها لاحقاً بموجب التعديل الاول رقم 11 لسنة 1963.

بل ورفض سماحة السيد الحكيم (قدس) استقبال رئيس الوزراء عبد الكريم قاسم على الرغم من الضغوطات والتهديدات التي تعرض لها سماحته [22].

ورغم ذلك فقد استمر العمل بهذا القانون ولا يزال نافذاً لحد الآن رغم التعديلات العديدة التي جرت عليه.

واما بالنسبة للدساتير الاخرى اللاحقة مثل دستور 1963 ودستور 1968 المؤقت ودستور 1970 المؤقت فانها لم تتضمن أي نص يتعلق بالاحوال الشخصية وكيفية تنظيمها ويستفاد من ذلك إلى اقرار الانظمة السياسية التي وضعت هذه الدساتير لقانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 وعدم الرغبة في تغير المبادئ والاحكام التي جاء بها.

المطلب الثاني: قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 [23]

يعد هذا القانون اول قانون عراقي يتولى تنظيم الاحوال الشخصية في العراق اذ سبق ان عرفنا ان الاحوال الشخصية كانت وفقاً للشريعة الاسلامية وحسب المذهب الشخصي للفرد ونتعرف فيما يلي وبشكل موجز على هذا القانون ومضمونه وايجابياته وسلبياته. وبشكل موجز.

الفرع الاول/ الأسباب الموجبة

جاء في الاسباب الموجبة لهذا القانون ما يلي "لم تكن الاحكام الشرعية للاحوال الشخصية قد شرعت في قانون واحد يجمع من اقوال الفقهاء ما هو متفق عليه والاكثر ملائمة للمصلحة الزمنية. وكان القضاء الشرعي يستند في اصدار احكامه إلى النصوص المدونة في الكتب الفقهية والى الفتاوى في المسائل المختلف عليها والى قضاء المحاكم في البلاد الاسلامية.

وقد وجد ان في تعدد مصادر القضاء واختلاف الاحكام ما يجعل حياة العائلة غير مستقرة وحقوق الفرد غير مضمونة فكان هذا دافعاً للتفكير بوضع قانون يجمع فيه اهم الاحكام الشرعية المتفق عليها[24].

وهذا القانون جاء ليقنن ويجمع الاحكام الشرعية لمسائل الاحوال الشخصية في نصوص واضحة وموحدة وتوفق بين جميع الاراء المختلفة للمذاهب الاسلامية وذلك في المسائل المتعلقة بالزواج والخطبة والطلاق والولادة والنسب والحضانة والنفقة والوصية والميراث.

وقد ذكر ايضاً في الاسباب الموجبة ان القانون قد استمدّ مبادئه اضافة إلى ما ورد من احكام الشريعة الاسلامية دون التقيد بمذهب معين وكذلك مما هو مقبول من قوانين البلاد الاسلامية وما استقر عليه القضاء الشرعي في العراق.

الفرع الثاني / مضمون القانون

سنتعرف فيما يلي على ما تضمنه القانون من مواضيع دون الخوض في تفاصيل هذه المواضيع ومدى فائدتها وانسجامها مع مصلحة الاسرة العراقية أو مدى اتفاقها مع الشريعة الاسلامية من ابرز هذه القضايا ما يلي:

أ.لقد اقتبس القانون في المادة "الاولى" فيه نص المادة الاولى من القانون المدني العراقي رقم 41 لسنة 1951 مع اجراء بعض التعديل لها وذلك في سريان نصوص هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في نصها وفحواها واذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون.

ب. نص القانون في المادة (2) على سريانه على جميع العراقيين الا من استثنى بقانون خاص وحدد من استثني بقانون خاص هم العراقيون من الديانات التالية:

1.الطائفة الاسرائيلية اذ ان لها القانون رقم (77 لسنة 1931).

2.الارمن الارثوذكس ولهم القانون رقم 70 لسنة 1931.

وكذلك هنالك قوانين اخرى عدلت هذه القوانين عام 1949 و1950 . وايضاً صدر القانون رقم 132 لسنة 1974 للطائفة المسيحية والموسوية. علماً ان هذا القانون قد استبعد الاجانب فلا يطبق عليهم هذا القانون وانما يطبق عليهم قانون الاحوال الشخصية للاجانب رقم 78 لسنة 1931.

ج .اقر القانون مبدأ وحدانية الزواج بشكل عام بمعنى انه لم ينظر إلى مسألة تعدد الزوجات التي تقرها الشريعة الاسلامية وقيد الزواج بأخرى بوجوب موافقة القاضي الذي يشترط لاصدار اذنه ان تكون هنالك مصلحة مشروعة من الزواج باخرى وان يتمتع الزوج بكفاية مالية تؤهله لاعاله اكثر من زوجة واحدة وذلك حسب المادة (3) من القانون.

وكذلك ما نصت عليه المادة الخامسة بقولها "اذا خيف عدم العدل بين الزوجات فلا يجوز التقدم ويترك تقدير ذلك للقاضي. واعتبر القانون الزواج باكثر من زوجة واحدة دون اذن القاضي جريمة يعاقب عليها القانون بالحبس مدة لا تزيد على سنة واحدة أو بالغرامة بما لا يزيد على مائة دينار أو بهما.

د .ونص القانون ايضاً في مسألة الطلاق باعتبار لزوم ايقاع الطلاق بصيغه الشرعية ولم يعتبر بالطلاق المقترن بلفظ "الثلاث" الا طلقة واحدة المادة (37) من القانون.

هـ. يقرر القانون مبدأ احقية الام بحضانة الولد أو البنت حال قيام الزوجية وبعد الفرقة وذلك حسب المادة (57) وقد جرت عدة تعديلات على هذه المادة جاءت لمصلحة الام المطلقة فأصبح بامكانها الاحتفاظ بابنتها أو ابنها حتى لو تزوجت على خلاف اغلب القوانين العربية التي تسلبها حق الحضانة اذا تزوجت[25].

وفي حالة موت والد الطفل لا يحق لاقربائه من الرجال والنساء منازعة الام في حضانتها لبناتها وابنائها لا يحق لاقربائه من الرجال والنساء منازعة الام في حضانتها لبناتها وابنائها ما دامت محتفظة بشروط الحضانة وهي ان تكون بالغة عاقلة امينة قادرة على تربية المحضون.

و .وفي باب النفقة يقرر القانون بأن نفقة كل إنسان تكون من ما له الا الزوجة فأن نفقتها على زوجها المادة (58) من القانون.

وكذلك فقد نص ايضاً على استمرار الاب في النفقة على اولاده إلى ان تتزوج الانثى ويصل الولد إلى الحد الذي يمكنه من التكسب غير انه في حالة كون الولد لا زال مستمراً بالدراسة فتبقى نفقته على والده (المادة "59" من القانون).

واذا كان الاب عاجزاً عن النفقة فيكلف بنفقته الولد من تجب عليه عند عدم الاب وتكون هذه النفقة ديناً على الاب للمنفق يرجع عليه اذا ايسر (المادة "60" من القانون).

كما ويوجب القانون على الولد اذا كان موسراً النفقة على والديه الفقيرين ولو كانا قادرين على العمل والتكسب بشرط عدم اصرار الاب على البطالة وعدم العمل (المادة"61").

ز . ولقد اتخذ القانون طريقاً في نصه على المبادئ العامة فقط لاحكام الاحوال الشخصية تاركاً للقاضي الرجوع إلى المطولات لاخذ الاحكام الفرعية من النصوص الاكثر ملائمة لاحكام هذا القانون اذ وجد انه من المتعذر وضع قانون بجمع كافة المسائل الكلية والجزئية[26].

الفرع الثالث/ تقويم القانون

أولاً: إيجابيات القانون

لقد قيلت عدة اراء بشأن القانون رقم 188 حاولت ان تبرز ايجابياته ومميزاته التي تضمنتها نصوصه وفيما يلي ابرز هذه الآراء:

أ. هو وجود قانون واحد مقنن وموحد يحكم الاحوال الشخصية وتمتد ولايته لتشمل جميع العراقيين حيث ان الاحكام الشرعية للاحوال الشخصية قبل تشريع القانون 188 لسنة 1959 لم تقتن في قانون واحد فلا يوجد تشريع موحد يحكم الاحوال الشخصية في ثناياه ما هو متفق عليه في اقوال الفقهاء بالنحو الذي يراعي المصلحة الزمنية والتطورات التي تطرأ على المجتمع العراقي في المجالات المختلفة[27].

ب . لقد كانت المحاكم الشرعية العراقية قبل صدور القانون رقم 188 لسنة 1959 تستند في احكامها على تطبيق احكام الفقهين السائدين في العراق وهما (الحنفي والجعفري الاثنى عشري) فالمحاكم الشرعية السنية تطبق احكام الفقه الحنفي والمحاكم الشرعية الجعفرية تطبق احكام المذهب الجعفري ونفس الحال بالنسبة لمجلس التمييز الشرعي السني والجعفري اما القانون رقم 188 فقد ترك الباب مشرعاً امام القاضي ليستمد احكامه من روح الشريعة الاسلامية دون التقيد بمذهب معين مستنداً إلى نص المادة الاولى من القانون المذكور بفقراتها الثلاث[28].

ج. ان قانون الاحوال الشخصية رقم 188 امتدت ولايته لتشمل جميع العراقيين لا فرق بين مسلم وأخر أو بين مسلم وغيره الا من استثني بقانون فنصت المادة الثانية منه في الفقرة الاولى (تسري احكام هذا القانون على العراقيين الا

من استثني منهم بقانون خاص) وبذلك اصبح قانون الاحوال الشخصية القانون العام فيما احتواه من مبادئ واحكام لكون قوانين الاحوال الشخصية الاخرى قوانين خاصة.

د. وقف القانون موقفاً صارماً تجاه العادات والتقاليد البالية (كالنهوة، الفصلية، الاكراه) وتلتمس ذلك في المادة التاسعة في فقراتها الثلاث فلم يجوز القانون لاي من الاقارب اكراه أي شخص ذكراً كان ام انثى على الزواج دون رضاه ويعتبر عقد الزواج باطلاً بسبب ذلك بل ويعاقب من يخالف ذلك بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبالغرامة أو بأحدى هاتين العقوبتين واجاز القانون ايضاً لمن تعرض للاكراه أو المنع من الزواج مراجعة سلطات التحقيق مباشرة بهذا الخصوص[29].

هـ. اتسم قانون الاحوال الشخصية بضمان حقوق المرأة وابنائها بما وفر لهم من ضمانات وذلك بمنعه عقود الزواج التي تعقد خارج المحكمة وذهب إلى وضع شروط قانونية ملزمة لاجراء عقد الزواج رسمياً وايضاً لسماع دعوى الزوجية بتسجيل عقود الزواج في المحكمة المختصة وهذه الشروط هي قيود قانونية وضعها المشرع لاسباب اقتضت هذه الشروط ووضع جزاءات تترتب على مخالفتها انظر المادة (10) من القانون.

ثانياً/ سلبيات القانون

وفي مقابل ما ذكر من ايجابيات فإن القانون مشوب بالكثير من العيوب والسلبيات كما يأتي:

أ. ان قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 لم يأتِ بمنجزات حقيقية للمرأة العراقية فمعظم ما جاء فيه مما يعد انتصاراً للمرأة لحقوق المرأة يوجد اصله في الاجتهادات الفقهية لدى المذاهب الاسلامية المختلفة[30] وان ما يوجد في المذاهب الاسلامية باختلافها يحفظ للمرأة كرامتها ومكانتها في المجتمع بل واكثر مما هو موجود في هذا القانون وبقية القوانين الوضعية الاخرى فالاسلام رفع قدر المرأة في المجتمع وليس كما يتصور البعض من ان الاسلام قد حط من قدرها وان تطبيق الشريعة الاسلامية سيؤدي إلى الحاق الظلم بالمرأة.

ب. صحيح ان قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 لم يذكر مذهباً من المذاهب عند نصه على احكامه القانونية الا انه جاء باحكام غريبة وغير معروفة ولا يوجد لها أي اساس فقهي في أي مذهب من المذاهب الاسلامية بل متناقض مع الشريعة الاسلامية ومنها ما تضمنته المادة (77) التي تم تعديلها لاحقاً في المساواة بالارث بين المرأة والرجل وكذلك ايضاً ما تضمنته المادة (الثالثة)، من ضرورة مواقفة القاضي واجازته وذلك من اجل الزواج بأكثر من امرأة والذي اجازته الشريعة الاسلامية.

ج . من الناحية الشكلية فأن السلطة التي وضعت هذا القانون هي سلطة غير شرعية اتت عن طريق الانقلابات العسكرية لذلك فان هذا القانون لم يأتِ عن طريق الشعب عبر ممثلين حقيقيين له وبالوسائل الديمقراطية وانه فرض فرضاً على الشعب العراقي، ورأينا كيف ان مجلس النواب في العهد الملكي رفض مشروع قانون الاحوال الشخصية في سنة 1945 وذلك لمخالفته الشريعة الاسلامية.

د. ان الاحكام الشرعية التي كانت تقضي بها المحاكم الشرعية قبل سن قانون الاحوال الشخصية لم تكن احكاماً شفوية أو غير مدونة بل انها كانت موجودة في الكتب الفقهية المعتبرة ولمختلف المذاهب الاسلامية وكان من المتيسر لاي شخص الرجوع إليها فضلاً عن القاضي الشرعي الذي بنظر في مسائل الاحوال الشخصية.

هـ / ان قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 لم يبقَ على وضعه بل جرت عليه العديد من التعديلات بلغت اكثر من 17 تعديلاً اضافة إلى قرارات ما يسمى بمجلس قيادة الثورة المنحل لذلك فان كثرة التعديلات على هذا القانون دليل على عجز هذا القانون في حكم مسائل الاحوال الشخصية وعدم قدرته على مواكبة التطورات الاجتماعية والاقتصادية للمجتمع العراقي.

الفصل الثاني : الأحوال الشخصية بعد عام 2003

سنتناول في هذا الفصل تنظيم الاحوال الشخصية بعد سقوط نظام صدام في 2003/4/9 والتغير الذي طرأ في موضوع الاحوال الشخصية الذي جاء انسجاماً مع التغييرات الحاصلة في العراق وذلك في قرار مجلس الحكم رقم 137 لسنة 2003 تم في قانون ادارة الدولة والمادة 41 من الدستور الدائم وكما يأتي:

المبحث الاول/ قرار مجلس الحكم رقم 137 لسنة 2003

بعد سقوط النظام البائد تم في شهر تموز 2003 الاعلان عن اول سلطة عراقية بعد حل كافة المؤسسات للنظام السابق وقد عمل هذا المجلس مع سلطة الائتلاف المؤقتة (الادارة المدنية لسلطة الائتلاف) على ادارة الدولة العراقية وتشكيل مؤسساتها وكان مجلس الحكم يمارس سلطاته ويتولى اصدار القرارات التي تسير شؤون الوزارات ومن اهم القرارات التي اصدرها مجلس الحكم هو القرار (137) الذي صدر بتاريخ 2003/12/29 والذي كان يقضي بالغاء العمل بقانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 ونص على ما يلي:

1. تطبيق احكام الشريعة الاسلامية فيما يخص الزواج والخطبة وعقد الزواج والاهلية واثبات الزواج والمحرمات وزواج الكتابيات والحقوق الزوجية من مهر ونفقة وطلاق وتفريق شرعي أو خلع والعدة والنسب والرضاعة

والحضانة ونفقة الفروع والاصول والاقارب والوصية والايصاء والوقف والميراث وكافة المحاكم الشرعية (الاحوال الشخصية) وطبقاً لفرائض مذهبه.

2. الغاء كل القوانين والقرارات والتعليمات والبيانات واحكام المواد التي تخالف الفقرة (1) من هذا القرار.

3. يعمل به من تاريخ صدوره.

وجاء هذا القرار بتوقيع سماحة السيد عبد العزيز الحكيم الرئيس الدوري لمجلس الحكم في ذلك الوقت[31].

وقد واجه هذا القرار معارضة كبيرة من القوى الليبرالية والمنظمات النسوية التي اعتبرت هذا القرار تكريساً للانقسام الطائفي والمذهبي في المجتمع العراقي واعتباره اهداراً لحقوق المرأة وانجازاتها التي تحققت بفضل القانون رقم 188 لسنة 1959 وان الغاءه يعود بالمرأة إلى عصور الجهل والتخلف ويجعل المرأة ضحية للتقاليد والاعراف الاجتماعية والدينية التي خلصها منها القانون 188 لسنة 1959.

لذلك فقد نظمت حملات اعلامية واسعة في مختلف المؤسسات العاملة في مجال الاعلام من صحافة ومجلات ومواقع الكترونية على شبكة الانترنيت والقنوات الفضائية المختلفة من اجل الغاء هذا القرار واعادة العمل بقانون الاحوال الشخصية، هذا من جانب القوى الليبرالية اما من الجانب الاخر فأن القرار (137) قد وجد دعماً كبيراً ولا محدوداً من قبل القوى السياسية الاسلامية والمؤسسات الدينية المختلفة واعتبرت ان هذا القرار هو انتصار للاسرة العراقية وتماسكها ووحدتها التي وفرتها الشريعة الاسلامية وان اعادة العمل بالشريعة الاسلامية في تنظيم مسائل الاحوال الشخصية هو الحل الصحيح والانسب للمجتمع العراقي وذلك لان مسائل الاحوال الشخصية ترتبط بعقيدة الإنسان ودينه وخلاف هذا اهدار للشريعة وتفريط بمبادئها التي ضمنت للاسرة كامل حقوقها وضمنت السعادة الدنيوية والاخروية لها.

وبسبب الجدل واللغط الذي اثير حول القرار (137) ونتيجة للضغوط التي مورست على العديد من اعضاء مجلس الحكم وايضاً التأثير الذي تم على الحاكم المدني لسلطة الائتلاف المؤقتة (بول بريمر) الذي رفض التوقيع على هذا القرار فقد قام مجلس الحكم بالغاء هذا القرار وذلك بموجب القرار المرقم (32) لسنة 2004 والذي نص على ما يلي: الغاء القرار 137 الصادر عن مجلس الحكم بتاريخ 2003/12/29 والحقيقة ان القرار "137" قد تمت صياغته بعجالة غير مبررة وبصورة غير محكمة وتم طرحه بوقت غير مناسب دون اية ضرورات مقبولة تستوجب ذلك.

اذ ان القرار جاء بشكل مقتضب ولم يتضمن اية تفاصيل إذ انه نص على الغاء قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 وتطبيق الشريعة الاسلامية ولم يشر إلى كيفية تطبيق الشريعة الاسلامية وكيفية انشاء المحاكم المعنية بالامر وهل يتم ذلك بواسطة محاكم الاحوال الشخصية، اذ ان الامر لا يكون بهذه الصورة بل كان يجب ان يصاغ

بطريقة اكثر وضوحاً وبصورة تفصيلية اكثر وكان الاولى ان يتم التريث به واختيار الوقت المناسب لاصدار هذا القرار وان يأخذ وقته في المناقشات لتتحقق الغاية المتوخاة منه.

المبحث الثاني / تنظيم الأحوال الشخصية في ظل الدستور الدائم لسنة 2005

لم يتضمن قانون ادارة الدولة للفترة الانتقالية وباعتباره الدستور المؤقت قبل دستور 2005 أي نص يتناول موضوع الاحوال الشخصية وكيفية تنظيمها خصوصاً بعدما اثير من جدل حول قرار مجلس الحكم 137.

اما الدستور الدائم لسنة 2005 فقد نص وبشكل صريح على حرية العراقيين في تنظيم احوالهم الشخصية وذلك بموجب المادة (41) منه وسنتعرف فيما يلي على هذه المادة ومضمونها ومقارنتها مع الدساتير المقارنة والنقد الذي وجه لها واهم مميزاتها وكما يأتي.

الفرع الأول/ نص المادة (41) من الدستور

نصت المادة (41) من الدستور على [العراقيون احرار في الالتزام بأحوالهم الشخصية حسب دياناتهم أو مذاهبهم أو معتقداتهم أو اختياراتهم وينظم ذلك بقانون].

يلاحظ على هذه المادة انها استهلت بكلمة (العراقيون) وهذا الامر له دلالاته الشكلية في كون الدالة لحكم النص على المدلول عليه هو الفرد أو المواطن العراقي ولم تسع إلى غيره[32] ، وبذلك يستبعد الاجنبي من حكم هذه المادة حتى وان كان يشترك مع العراقيين في الدين أو المذهب والمقصود هو من يحمل صفة العراقي فقط.

واعطت المادة (41) الحرية للمواطنين العراقيين في الالتزام باحوالهم الشخصية حسب "مذاهبهم" أي ان يختار تابعو المذاهب السنية مثلاً تطبيق احكام المذهب الحنفي عليهم فقط في مسائل الاحوال الشخصية دون الاحكام المعتمدة في باقي المذاهب الاسلامية الاخرى.

وكأن يختار تابعو طائفة الكلدان ان تطبق عليهم في احوالهم الشخصية احكام طائفتهم فقط دون اقرار من احكام مذاهب الديانة المسيحية الاخرى[33] ، فالعراق كما هو معروف بلد تتعدد فيه الاديان والمذاهب والقوميات والطوائف لذلك فإن هذه المادة اتاحت لكل فرد الحرية في تنظيم الامور المتعلقة بالاحوال الشخصية وفق مذهبه دون ان تفرض عليه مذهباً معيناً أو قانوناً بالقوة والاكراه.

اما قول النص (حسب اختياراتهم) فإنه يعني حرية الجماعات العراقية المختلفة في ان لا تتقيد بأحكام الديانة والمذهب أو المعتقد فقط ولو ان لها مثل هذا الحق، اذ قد تجد ان من مصلحتها اختيار حكم مخالف لما ورد في مذهب الجماعة أو دينها[34] وهذا الامر يعطي الحرية الكاملة للمواطن العراقي وليس فيه ما يؤدي إلى الاضرار بحقوقه بل هو يوفر الضمانات الكافية لتحقيق مصلحة الاسرة والمجتمع.

فمثلاً قد يختار من يتبع المذهب الحنفي حكم المذهب الجعفري في اعتبار الطلقات الثلاث في المجلس الواحد طلقة واحدة وليس ثلاث طلقات حسب ما جاء في فقه المذهب الحنفي والمذاهب السنية الاخرى.

وكذلك في مسألة طلاق الهازل الذي اخذت بصحته المذاهب السنية الاربعة بخلاف المذهب الجعفري الذي لم يعتد به، أو ان يأخذ البعض ببطلان زواج صغيرة السن الذي يجيزه المذهب الجعفري.

علماً ان هذا الامر يوفر فرصة للعراقيين في تطوير الاحكام التي تنظم احوالهم الشخصية مع تطور المجتمع في الجوانب الاجتماعية والفكرية دون التقيد باحكام محددة مفروضة.

وقد اشترطت المادة (41) ان يتم تنظيم حرية المواطنين العراقيين من الالتزام باحوالهم الشخصية بموجب قانون يجب ان يتضمن الاحكام الخاصة بكل مذهب أو ديانة في العراق كما يجب ان يتضمن تفاصيل المحاكم الشرعية التي تتولى النظر في مسائل الاحوال الشخصية ومندرجاتها وكيفية تشكيل محاكم التمييز التابعة لها.

ورغم ان دستور 2005 قد جاء بنفس المبدأ الذي نص عليه دستور الحكم الملكي والمسمى (القانون الاساسي لسنة 1925) الا ان الفرق بينهما هو ان دستور الملكية لم يعطِ لغير المسيحيين واليهود حرية الاختيار المطلق للقواعد والاحكام والقواعد التي يريدون الخضوع لها في احوالهم الشخصية، اما المسلمون فاخضعهم للاحكام والقواعد الواردة في فقه مذاهبهم دون ان يعطيهم الخيار في الرجوع لغيرها، واغفل غير هؤلاء فلم يورد ذكرهم في حكم النصوص الدستورية اما دستور 2005 فإنه ساوى بين العراقيين جميعاً مسلمين وغير مسلمين فأطلق لهم حرية الالتزام بأحوالهم الشخصية [35].

المطلب الثاني / مضمون المادة (41) والدساتير المقارنة

لم يكن الدستور العراقي الدائم لسنة 2005 هو الدستور الوحيد الذي منح المواطنين حرية الالتزام بأحوالهم الشخصية اذ توجد العديد من الدول التي سبقته في هذا الموضوع والنص على ذات المبدأ في توفير الحرية للمواطن في تنظيم احواله الشخصية وفق دينه أو مذهبه، وذلك انسجاماً مع التركيبة السكانية لهذه الدول وسنتعرف فيما يلي على نموذجين من هذه الدول وهما الدستور اللبناني ودستور الجمهورية الاسلامية في ايران.

أولاً// لبنان

تضم الجمهورية اللبنانية عدداً كبيراً من الطوائف والاديان تشكل الطوائف المسيحية نصفهم تقريباً والنصف الاخر من الطوائف الاسلامية[36] ويخضع الجميع في الاصل لقضاء واحد وتشريع واحد ولكن تستثنى من ذلك مسائل

الاحوال الشخصية اذ انها تخضع لاحكام كل طائفة ووفق ما نقضي بها وذلك بموجب المادة (9) من الدستور اللبناني، التي نصت على [حرية الاعتقاد مطلقة والدولة بتأديتها فروض الاجلال لله تعالى تحترم جميع الاديان والمذاهب وتكفل حرية اقامة الشعائر الدينية تحت حمايتها على ان لا يكون في ذلك اخلال في النظام العام وهي تضمن ايضاً للاهليين على اختلاف مللهم احترام الاحوال الشخصية والمصالح الدينية] [37].

وبذلك تخضع كل طائفة لقوانينها واحكامها الخاصة ويختص بها محاكمها الشرعية والروحية المستقلة.

وتنقسم المحاكم الشرعية الاسلامية إلى فئتين المحاكم السنية والمحاكم الجعفرية وكل منهما على درجتين المحاكم الشرعية البدائية ثم المحكمة العليا فالاولى مؤلفة من قاض شرعي منفرد مركزه في المدن والقرى المهمة اما المحكمة العليا فمركزها بيروت وهي تتألف من ثلاثة قضاة شرعيين مع قاضٍ عدلي يقوم بوظيفة المدعي العام لها.

وايضاً توجد اضافة لذلك محاكم روحية غير اسلامية تخضع للقانون الكنسي أو الديني تتولى النظر في مسائل الاحوال الشخصية .

وكذلك للطائفة الدرزية في لبنان قانونها الخاص للاحوال الشخصية صادر في 24 شباط سنة 1948 ولها ايضاً محاكم مذهبية خاصة تؤلف جزءاً من تنظيمات الدولة القضائية[38].

ثانياً// الجمهورية الإسلامية في إيران

الجمهورية الاسلامية في ايران بلد يضم العديد من القوميات والاديان والمذاهب ويشكل الشيعة فيه 95% من عدد السكان ولكن رغم ذلك فان الدستور قد كفل للمذاهب والاديان الاخرى حريتها في مسائل الشعائر الدينية والاحوال الشخصية اذ لم يفرض الدستور على الاقليات الدينية والمذهبية المذهب الرسمي للدولة وهو المذهب الجعفري بل ترك لهم الحرية في ممارسة شعائرهم وفقاً لمذهبهم وذلك بموجب المادة (الثانية عشرة) التي نصت على ما يأتي [الدين الرسمي لأيران هو الاسلام والمذهب هو المذهب الجعفري الاثنا عشري وهذه المادة تبقى إلى الابد غير قابلة للتغيير].

اما للمذاهب الاسلامية الاخرى والتي تضم المذهب الحنفي والشافعي والمالكي والحنبلي والزيدي فأنها تتمتع باحترام كامل واتباع هذه المذاهب احرار في اداء مراسمهم المذهبية حسب فقههم ولهذه المذاهب الاعتبار الرسمي في مسائل التعليم والتربية الدينية والاحوال الشخصية (الزواج والطلاق والارث والوصية)، وما يتعلق بها من دعاوى في المحاكم.

وفي كل منطقة يتمتع اتباع احد هذه المذاهب بالاكثرية فأن الاحكام المحلية لتلك المنطقة في حدود وصلاحيات مجالس الشورى المحلية تكون وفق ذلك المذهب هذا مع الحفاظ على حقوق اتباع المذاهب الاخرى.

هذا بالنسبة للمسلمين الذين ينتمون إلى مذاهب اسلامية متعددة

اما بالنسبة لغير المسلمين فقد نصت المادة (الثالثة عشر) على حريتهم في اداء مراسيمهم الدينية وتنظيم احوالهم الشخصية وذلك بقولها [الايرانيون الزرادشت واليهود والمسيحيون هم وحدهم الاقليات الدينية المعترف بها وتتمتع بالحرية في اداء مراسمها الدينية ضمن نطاق القانون ولها ان تعمل وفق قواعدها في الاحوال الشخصية والتعاليم الدينية].

وبذلك فأن هذه النصوص تبيّن لنا ان ما جاءت به المادة (41) من الدستور العراقي الدائم لسنة 2005 هو ليس امراً جديداً في مسألة تنظيم الاحوال الشخصية كما ويتبين ايضاً ان العمل بالاحكام الدينية والمذهبية وخصوصاً وفقاً للدين الاسلامي ليس فيه ما يظلم المرأة أو يخل بحقوق المواطنين اذ ان لهذه الدول تجربة في ذلك ولا زالت تعمل بنفس المبدأ في مجال الاحوال الشخصية .

المطلب الثالث / تقويم نص المادة (41) من الدستور

تتباين الاراء بشأن المادة (41) من الدستور بين مؤيد لها ورافض ومن قبل مختلف الاوساط السياسية والقانونية والاجتماعية وايضاً المنظمات النسوية والتي طالبت وبقوة بالغاء نص هذه المادة أو تعديلها في حين كان هنالك الطرف الاخر المؤيد لهذه المادة وعدم تعديلها وسنتعرف فيما يأتي على اراء المنتقدين والمدافعين عنها وكالآتي:

أولاً: الانتقادات الموجهة إلى المادة (41) من الدستور

1.ان تطبيق المادة (41) من الدستور سيؤدي إلى الغاء وخسارة قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 وما ضمنه للمرأة العراقية من امتيازات وحقوق وكذلك خسارة للسوابق القضائية الصادرة عن القضاء العراقي بهذا الشأن ويؤدي إلى تسرب الحقوق الشخصية من سلطة الدولة إلى سلطات الجهات الدينية والعشائرية[39].

2.ان المادة (41) من الدستور ساوت الجميع امام القانون دون تمييز ولكن المادة (41) قد خلقت تمييزاً ضد المرأة عندما حصرت بالعراقيين ذكوراً حق الاختيار بالالتزام بالاحوال الشخصية من دون اعطاء المرأة هذا الحق فكلمة العراقيون جمع مذكر سالم ولم يعرف في العربية ان جمع المذكر السالم تخاطب به الاناث[40].

3.ان تطبيق المادة (41) سيقود إلى ارباك قانوني ويحتاج إلى وضع قوانين كثيرة والى انشاء محاكم جديدة وتدريب الملاكات القضائية بالاضافة إلى ما تحمله بعض المذاهب من انقسام فالمذهب الجعفري الذي يأخذ بالتقليد أي ان الشيعي يجب ان يقلد احد المجتهدين حياً أو ميتاً فكيف ستعمل المحاكم في مثل هذه الحالة هل تنشأ محكمة لكل مجتهد وملحق نظام الطوائف الدينية اشار إلى وجود طائفة من غير المسلمين[41].

4.ان احكام المادة (41) تلغي مبدأ وحدة التشريع من خلال وضع تشريعات خاصة لكل طائفة ما يسبغ على الطائفية شرعية دستورية وهذا الامر ينقل الفرد العراقي وبنص دستوري من حالة المواطنة إلى حالة الطائفية[42].

5.ان تطبيق المادة (41) من الدستور يلغي الخصائص العامة للقانون باعتبار نصوصه عامة ومجردة تنظم سلوك الأفراد في المجتمع في حين ان المادة المذكورة لا تملك صفة العموم على ابناء الشعب الواحد من خلال تشتت الطوائف في قوانين متعددة[43].

6.ان المادة (41) تلغي قاعدة التكليف والجزاء لاختلاف الحل والحرمة بين المذاهب فما يعتبر حلالاً لدى احد المذاهب لا يلزمه الجزاء ولكن يوجد مذهب اخر يعتبر الفعل محرماً يلزمه الجزاء وبذلك نكون قد اهدرنا مبدأ وحدة الجزاء على ابناء الشعب الواحد[44].

الفرع الثاني // مزايا المادة (41) من الدستور

وفي مقابل ما ذكرناه من نقد للمادة (41) سنتعرف فيما يأتي على مزايا هذه المادة والاراء التي ترد على منتقديها وكالآتي:

1. العراقيون غير المسلمين خاصة المسيحيون واليهود تطبق عليهم منذ وقت طويل احكام طوائفهم وديانتهم الشرعية الفقهية رغم اختلافهم وتعدد طوائفهم تعدداً كبيراً في ضوء اعداد نفوسهم فلماذا ينكر على المسلمين ان يختاروا حقهم في الرجوع لاحكام وقواعد يؤمنون بها في احوالهم الشخصية حسب دياناتهم أو مذاهبهم ولماذا لاتثار مسألة تطبيق القواعد الشرعية الفقهية للديانات الاخرى بخلاف الامر في شأن المسلمين[45].

2.ان مسائل الاحوال الشخصية دائماً تكون مرتبطة باعتقاد الفرد ودينه وان جميع الاديان تنظم المسائل المتعلقة بالاسرة لذلك فأن اخضاع مسائل الاحوال الشخصية لاحكام الدين أو المذهب الذي يؤمن به الفرد ليس فيه تفريط بالتشريعات القانونية فأيجاد تشريع قانوني ينظم الاحوال الشخصية خاص بكل مذهب أو طائفة أو دين هو امر ممكن تطبيقه وليس فيه أي اشكال ويعود إلى السلطة التشريعية (البرلمان) المختصة بذلك.

3.ليس في اقرار حرية العراقيين في الالتزام بالاحوال الشخصية حسب دياناتهم ومذاهبهم أو معتقداتهم أي تعميق للنفس الطائفي أو شرذمة لاتحاد الطوائف والاديان والمذاهب في العراق ولا يقصد من الدعوة لقانون احوال شخصية موحد أي شيء من دعوات الوحدة بل هو مجرد تخوف من بعض احكام الشريعة الاسلامية في مسائل الاحوال الشخصية بدليل ان من يدعو لقانون احوال شخصية لا يدعو إلى قانون يشمل جميع العراقيين بمختلف دياناتهم كالمسيحية والصابئة والايزيدية بل ان من يدعو إلى قانون واحد للاحوال الشخصية فهو لا يقصد ان يطبق على غير المسلمين بل يدعو لاحوال شخصية للمسلمين فقط لذلك فهو لن يوحد العراقيين لانه لم يسمهم جميعاً[46].

4.ان ما ثبت فعلياً في العراق ان الناس ترفض احترام احكام الاحوال الشخصية التي لا تؤمن بها وتلك مسألة لا يختص بها العراقيون بل كل الامم والشعوب ومن الوقائع التي دلت على ذلك ما نقل عن الكثير من العراقيات اللواتي امتنعن عن اخذ حصة مساوية لحصة الذكر والتي هي اكثر مما تستحقه بموجب الشريعة الاسلامية في الارث وذلك حيثما صدر قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 في زمن عبد الكريم قاسم حيث كانت المادة (74) منه (والتي عدلت لاحقاً) بان تطبيق احكام انتقال حق التصرف في الاراضي على انتقال الاموال بالارث وهي احكام تساوي بين الرجل والمرأة ولا تطبق احكام الشريعة الاسلامية .

5.لا اعتقد انه يوجد ارباك فيما يتعلق بانشاء محاكم مختصة بتطبيق المادة (41) اذ كما هو معروف ان انشاء المحاكم يعود للسلطة القضائية التي تستطيع انشاءها وحسب الحاجة اما بالنسبة للاختصاص في مسائل الاحوال الشخصية فممكن انشاء محكمة احوال شخصية يرأسها قاضٍ من المذهب الذي تنتمي إليه اكثرية اهل المنطقة التي توجد فيها المحكمة وخصوصاً وان المناطق معروفة ومحددة بالنسبة لانتماءاتها وعقائدها.

6.ان تعدد انتماءات الشعب العراقي إلى ديانات متنوعة ومذاهب وطوائف هو امر واقع ومستقر منذ ان وجدت الحياة في العراق ولا يمكن الغاؤه بنص تشريعي أو قانون محدود وان منح الحرية للمواطن في تنظيم احواله الشخصية امر لا علاقة له بباقي التشريعات القانونية الاخرى التي تسري على الجميع بدون تمييز.

7.ان ما ذكر بخصوص مفردة (عراقيون) في المادة (41) من الدستور وانها تشمل الذكور فقط ولا تشمل الاناث فهو امر غير صحيح فكلمة عراقيون تشمل الجميع (الاناث والذكور) اذا ان الاحوال الشخصية لا يمكن ان تنظم للنساء فقط أو للرجال فقط بل يجب ان تكون هنالك علاقة تنظيمية بين الرجل والمرأة لذا فان هذا الامر يشمل الجميع ولابد ان نشير إلى ان قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 نص في المادة الثانية منه على (تسري احكام هذا القانون على العراقيين الا من استثني منهم بقانون خاص) لذلك فان حمل كلمة (العراقيون) على الذكور فقط امر لا يستقيم مع المعنى المقصود والا فأن القانون المشار إليه لا يشمل النساء ويشمل الذكور فقط والمعروف ان قانون الاحوال الشخصية يسري على الرجال والنساء بدون تمييز.

الخاتمة

من خلال ما تقدم في البحث يتبين لنا ان ما تضمنته المادة (41) من الدستور الدائم لسنة 2005 في منح المواطنين العراقيين حرية الالتزام بأحوالهم الشخصية حسب دياناتهم أو مذاهبهم أو معتقداتهم هو ليس امراً جديداً في العراق بل هو الاصل في تنظيم الاحوال الشخصية في العراق بدءاً من ايام الحكم العثماني الذي كان العراق خاضعاً له وحتى بعد تأسيس الدولة العراقية .

الاحتلال البريطاني عام 1917 كما رأينا في البحث المتقدم وحينما صدر اول دستور للعراق والمسمى القانون الاساسي في سنة 1925 فقد اقر هذا الموضوع واخضع الاحوال الشخصية للشريعة الاسلامية والمحاكم الدينية الخاصة بكل مذهب بالنسبة للمسلمين وللمجالس الروحانية لكل طائفة دينية بالنسبة لغير المسلمين وظل العمل بهذا التنظيم مستمراً لحين قيام النظام الجمهوري في العراق عام 1958 وصدور قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 الذي لم يراعِ الخصوصيات الدينية والمذهبية التي في العراق وفرض احكامه والتي كان الكثير منها مخالفاً لاحكام الشريعة الاسلامية .

لذلك فان اعادة العمل بتطبيق الشريعة الاسلامية ووفقاً للاحكام الخاصة بكل مذهب للمسلمين الذين يشكلون غالبية الشعب العراقي وتطبيق الاحكام الخاصة بكل طائفة بالنسبة لغير المسلمين ليس فيه ما يعارض الحقوق والحريات الواردة في الدستور أو يخل بمبدأ المساواة أو يسبب الظلم للمرأة خصوصاً وان المادة (41) من الدستور لم تفرض احكام الشريعة الاسلامية على العراقيين بل تركت لهم الحرية في اختيار ما يناسبهم وان كل ما اثير بشأن هذه المادة من اشكالات قانونية ليس لها محل في الواقع وان حقيقتها دوافع سياسية وليست قانونية.

لذا فإن أي تعديل للدستور أو لهذه المادة بالذات ينبغي ان لا يمس جوهرها والمبدأ الذي نصت عليه في منح العراقيين حرية الالتزام بأحوالهم الشخصية فهي جزء من الدستور الذي صوت له العراقيون بنسبة 80% فلا يمكن اهدار ارادة غالبية الشعب استجابة لطلبات بعض مؤسسات المجتمع المدني أو المنظمات النسوية وان نغفل ارادة الشعب العراقي في هذا الموضوع.

الهوامش

1. الدكتور توفيق حسن فرج، احكام الاحوال الشخصية لغير المسلمين بيروت، الدار الجامعية للطباعة والنشر 1980،ص22.
2. علاء الدين خروفه، شرح قانون الاحوال الشخصية ، رقم 188 سنة 1959، الجزء الاول، مطبعة العاني بغداد، ص30.
3. الدكتور عبد الواحد كرم، الاحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص العراقي، مطبعة المعارف سنة1979.
4. علاء الدين خروفة، مصدر سابق ص30
5. مجموعة القواعد القانونية ج1، ص454.
6. الدكتور صلاح الدين الناهي، الاسرة والمرأة ص184.
7. الاستاذ فريد فتيان، مقدمة القانون المدني ص141.
8. علاء الدين خروفة، مصدر سابق ص31.
9. الاستاذ فريد فتيان، مصدر سابق ص111.
10. المحامي صبحي محمصاني، الاوضاع التشريعية في الدول العربية ماضيها وحاضرها، الطبعة الثانية، دار العلم للملايين، بيروت ص182.
11. المصدر نفسه ص183.
12. المصدر نفسه ص183.
13. المصدر نفسه ص187.
14. علاء الدين خروفة، مصدر سابق، ص54.
15. محمد شفيق العاني، اصول المرافعات والصكوك في القضاء الشرعي الطبعة الثانية، مطبعة الارشاد، بغداد سنة 1966ص8.
16. علاء الدين خروفة، مصدر سابق، ص56.
17. عالم شيعي توفي عام 1967.
18. علاء الدين خروفة، مصدر سابق، ص23.
19. الاستاذ كامل السامرائي، نظرة في مشروع قانون الاحوال الشخصية ص12.

20.محمد بحر العلوم، اضواء على قانون الاحوال الشخصية، ص10 عن جريدة الجهاد، للعد 8 في اذار 1963.

21.علاء الدين خروفة، مصدر سابق، ص25.

22.السيد محمد باقر الحكيم "قدس" (الامام الحكيم، السيرة الذاتية، الجانب العلمي، المرجعية الدينية، الحوزة العلمية، ص68، منشورات دار الحكمة.

23.نشر هذا القانون في جريدة الوقائع العراقية بعددها المرقم (280) السنة الثانية والصادرة بتاريخ 1 رجب سنة 1379هـ، 20كانون الاول سنة 1959.

24.انظر الاسباب الموجبة للقانون رقم 188 لسنة 1959.

25.وذلك بموجب التعديل الثاني المرقم 21 لسنة 1978.

26.انظر الاسباب الموجبة للقانون رقم 188 لسنة 1959.

27.المحامي طارق المختار، لقاء منشور على شبكة الانترنيت موقع "الطريق".

28.المصدر نفسه.

29.المصدر نفسه.

30.القاضي رحيم العكيلي، بحث بعنوان (حرية العراقيين في الالتزام باحوالهم الشخصية، منشور في صحيفة البينة الجديدة العدد 204 في 2007/3/6)

31.ذهب البعض الذين عارضوا القرار بأنه هو قرار شخصي من قبل سماحة السيد عبد العزيز الحكيم لانه سبق لوالده سماحة المرجع الديني السيد محسن الحكيم "قدس" ان عارض قانون الاحوال الشخصية والحقيقة ان موقف السيد عبد العزيز الحكيم هو موقف موضوعي وليس شخصياً مبني على اسباب قانونية وشرعية.

32.سالم روضان، (الهوية العراقية والمادة "41") مقال منشور على شبكة الانترنيت موقع (شبكة النبأ المعلوماتية) .

33.رحيم العكيلي ، مصدر سابق.

34.المصدر نفسه.

35.المصدر نفسه .

36.صبحي محمصاني، مصدر سابق ص253.

37.الدكتور محمد المجذوب، القانون الدستوري والنظام السياسي في لبنان، الدار الجامعية، بيروت سنة 2000 ص254.

38.صبحي محمصاني ، مصدر سابق.

39.من توصيات ندوة بعنوان (الواقع القانوني للمرأة العراقية) من نشاطات معهد المرأة القيادية منشورة على موقع المدى الالكتروني على شبكة الانترنيت.

40.المحامية سحر الياسري، مقال بعنوان (عسل الحرية وسم المادة 41 الدستورية) منشور في صحيفة الصباح العدد 992 في 14 ذو القعدة 1427 كانون الاول 2006.

41.المصدر نفسه.

42.سيف الدين كاطع مقال بعنوان (صورة الجدل القائم في مجال الاحوال الشخصية) منشور في جريدة الصباح العدد 1090 28 ربيع الاول 1428، 17/نيسان 2007.

43.المصدر نفسه.

44.من (مقترحات المنظمات النسوية لتعديل الدستور) منشورة على الانترنيت على موقع "حواء".

45.القاضي رحيم العكيلي.مصدر سابق.

46.المصدر نفسه.