

قانون الأحوال الشخصية العراقي بين الثوابت الصياغية والمتغيرات - دراسة فقهية قانونية -

Iraqi Personal Status Law between Drafting Constants and Variables Doctrinal and Legal Study -

الأستاذ الدكتور سعدى خلف مطلب الجميلي والدكتور مصعب ثامر عبدالستار العبيدي¹

كلية العلوم الإسلامية- الجامعة العراقية- جمهورية العراق- بغداد¹

Saady.motalb@aliraqia.edu.iq - Musaab.t.abdul-sattar@aliraqia.edu.iq

الاستلام: 2024/09/16 القبول: 2024/09/18

Abstract:

Legislation is considered a basic and an official source of the rules that regulate the personal status and one of the most prominent advantages of legislation is the clarity of the necessary rules and the definition of the assigned responsibilities. However, It can also include defects, for example: complexity in wording, and discrepancy in explanation and interpretation. is the large number of problems in which it is necessary to highlight the points of legislative weakness in terms of style, wording, and The defect is in the content and analysis, and therefore the nature of the subject is jurisprudential and legal.

Keywords: Personal Status; Provisions of jurisprudence, variables of legislation; Legislative weakness.

ملخص:

يُعتبر التشريع مصدرًا أساسيًا ورسميًا للقواعد التي تُنظم الأحوال الشخصية - محلُّ بحثنا هذا - ويتمثل إحدى أبرز مزايا التشريع في وضوح القواعد الواجبة وتحديد المسؤوليات المناطة، ومع ذلك، يُمكن أيضًا أن تتضمن عيوبًا مثلًا: التفتيد في الصياغة، والتباين في الشرح والتفسير؛ من المهم أن نُشير إلى السبب العلمي العام الموضوعي الذي دعانا للبحث في ذلك هو كثرة المشاكل التي لا بد من تسليط الضوء فيها على نقاط الضعف التشريعي من حيث الأسلوب والصياغة وبيان الخلل الواقع على المحتوى والمضمون وعليه تكون طبيعة الموضوع فقهية قانونية لذلك هناك فجوة بين التشريع الإسلامي الذي نجده في كتب الفقه، والتشريع الرسمي الذي يتجلى في القوانين. لذا، نحن في حاجة ماسة إلى جيل من العلماء الذين يجتمعون بين فقه الشريعة وإثقان لغة القانون، حتى يأتوا بأوضح وأكثر الوسائل فائدة لتحقيق الأهداف. هذا ما حاول المشرع القانوني تحقيقه في الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية، ولكنه وقع في الكثير من الأخطاء في بعض الأحيان.

الكلمات المفتاحية: الأحوال الشخصية؛ أحكام الفقه، متغيرات التشريع؛ ضعف تشريعي.

مقدمة المقال:

بداية.. يُمكن للباحث في مجال التشريع القانوني أن يدرس المعنى والفوائد والعيوب المرتبطة به، حيث يعتبر التشريع مصدراً أساسياً ورسماً للقواعد التي تُنظم الأحوال الشخصية - محل بحثنا هذا - ويمثل إحدى أبرز مزايا التشريع في وضوح القواعد الواجبة وتحديد المسؤوليات المناطة، ومع ذلك، يُمكن أيضاً أن تتضمن عيوباً مثلاً: التعقيد في الصياغة، والتباين في الشرح والتفسير؛ من المهم أن نشير إلى أننا لن نستكمل دراستنا بتحليل كل جوانب هذا الموضوع - نقاط الضعف التشريعي - لأن مزايا وعيوب التشريع قد تم بيانها في الكثير من الدراسات القانونية.

السبب العلمي لأعم الموضوعي الذي دعانا للبحث في ذلك هو كثرة المشكلات التي لا بد من تسليط الضوء فيها على نقاط الضعف التشريعي من حيث الأسلوب والصياغة وجهدين في بيان الحلل الواقع على المحتوى والمضمون، وسنقتصر بالإشارة إلى أهم ميزة للتشريع، وهي الكتابة. فعلى سبيل المثال: يتم توثيق القوانين والتشريعات في وثائق مكتوبة، ويتم اعتبارها ملزمة للجميع عندما تنشر رسمياً وتنفى بالإجراءات اللازمة. لذلك فالقانون المكتوب يضمن الوضوح للقواعد القانونية، والتي يجب أن تكون مصوغة بلغة قانونية دقيقة، على الرغم من أن الكتابة توفر الوضوح والاستقرار للتشريعات، إلا أنها قد تكون مصدراً للمشكلات أيضاً، إذا لم تكن الصياغة دقيقة وسليمة؛ فالصياغة السيئة قد تؤدي إلى قاعدة تشريعية ناقصة، مما يعقد عملية تطبيق القانون وتفسيره للمعنيين؛ فالدقة في الصياغة تتطلب التجبّب من التكرار والاستطراد، وتظهر المهارة في تبسيط الجمل والكلمات التي قد تكون مكررة أو غير مفيدة؛ وعليه يجب أن تكون الصياغة بسيطة وواضحة دون التخلي عن الدقة في اللغة، مع المحافظة على التأنق والاهتمام بالكلمات، ويجب أن تظل لغة القانون مستقرة عبر الزمن، طالما كانت قادرة على التعبير عن المعاني المطلوبة، مع الحاجة إلى الابتكار لتلبية الاحتياجات الجديدة التي قد تطرأ ولم تُعالج في الأنظمة القانونية السابقة.

تبرز أهمية دراسة الموضوع من إن العناية في الصياغة القانونية لها أثر كبير في تطبيق القانون، ليس من المناسب أن تصبح لغة القانون مرهقة أو غامضة بحيث لا يستطيع قارئها فهم المقاصد المنشودة، فليس من الصواب أن تكون القوانين " مبهمّة دائماً " بحيث لا يستطيع القارئ فهمها؛ وعليه نحن لا نعتقد أن هناك أمة في العالم تولي لغة القوانين الاهتمام والعناية التي توليها نحن العرب المسلمين، فنحن نملك علماً خاصاً بتنظيم لغة القانون، ونفس عناية العلماء بفقهنا، المستمد منه أكثر قوانيننا الوضعية الآن ومنها - قانون الأحوال الشخصية

العراقي محل البحث - إلا أن الذين يشرعون القوانين غالباً ما يفتقرون إلى هذا العلم والفقه، ولا يملك بعض المفكرين المعروفين عندنا خبرة في وضع القوانين.

وعليه تكون طبيعة الموضوع فقهية قانونية.. لذلك هناك فجوة بين التشريع الإسلامي الذي نجد في كتب الفقه، والتشريع الرسمي الذي يتجلى في القوانين. لذا، نحن في حاجة ماسة إلى جيل من العلماء الذين يجمعون بين فقه الشريعة وأثقان لغة القانون، حتى يأتوا بأوضح وأكثر الوسائل فائدة لتحقيق الأهداف، هذا ما حاول المشرع القانوني تحقيقه في الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية، ولكنه وقع في الكثير من الأخطاء في بعض الأحيان، سواء في الوسيلة المستخدمة أو في الهدف.

وعليه فقد كان التقييم المنهجي المتبع في الإجابة عن هذه الإشكالات والمنتقى بأن يكون على مبحثين: المبحث الأول: التأصيل الشرعي والتاريخي لمصطلح الأحوال الشخصية. وفيه مطلبان: المطلب الأول: التأصيل الشرعي لمصطلح الأحوال الشخصية.

أما المطلب الثاني: التأصيل التاريخي لمصطلح الأحوال الشخصية. أما المبحث الثاني: نقاط الضعف التشريعي في قانون الأحوال الشخصية العراقي. وفيه ثلاثة مطالب: المطلب الأول: الضعف التشريعي في الأسلوب والصياغة القانونية. والمطلب الثاني: الضعف التشريعي في المحتوى والمضمون القانوني. أما المطلب الثالث: أحكام الفقه الإسلامي ومدى إمكانية إحلالها بديلاً عن متغيرات التشريع المقتن

المبحث الأول: التأصيل الشرعي والتاريخي لمصطلح الأحوال الشخصية.

بداية لا بد من بيان بعض المفردات اللغوية والاصطلاحية منها بيان تعريف القانون لغة واصطلاحاً ثم بيان الأحوال الشخصية لغة واصطلاحاً ومفهوم الشخصية في الفكر الوضعي. بعد ذلك قسمنا المبحث الأول هذا إلى مطلبين؛ المطلب الأول: التأصيل الشرعي لمصطلح الأحوال الشخصية. أما المطلب الثاني: التأصيل التاريخي لمصطلح الأحوال الشخصية..

أولاً: تعريف القانون لغة واصطلاحاً.

- القانون في اللغة: يُطلق على القاعدة المطردة بين ظاهرتين أو أكثر وتؤدي إلى نتيجة ثابتة تُفيد استمرار أمر معين وفقاً لنظام ثابت وبهذا يُطلق القانون على النظم التي تحكم الظواهر الطبيعية،

مثل قانون العرض والطلب في علم الاقتصاد، وقانون الجاذبية الأرضية في علم الفيزياء، وقانون
عليان الماء واختلف في تحديد أصل هذا اللفظ على رأيين⁽¹⁾.

الرأي الأول: أنه ليس بعربي، وأنه لفظ يوناني⁽²⁾. قال ابن منظور: قانون كل شيء، بقياسه وطريقه.
ثم ذكر أن لفظ القانون ليس بعربي⁽³⁾ وقد دخل لفظ القانون في المجال التشريعي في العالم الإسلامي والعربي
منتصف القرن التاسع عشر الميلادي، وذلك بعد أن أقدمت الدولة العثمانية على سن تشريعات قانونية كقانون
المراجعة لعام 1887 م⁽⁴⁾.

والرأي الثاني: إلى أنه عربي الأصل مادة وشكلاً، ومادته لفظ (القن) العبد إذا ملك هو وأتواه يستوي
فيه الاثنان والجمع والمؤنث وزبما قالوا عبيد (أقنان) ثم يجمع على (أقنة). و (القنة) بالضم أعلى الجبل مثل
القلة والجمع (قنان) مثل بزمة وبرام و (قنن) و (قنات). و (القينة) بالكسر والتشديد ما يجعل فيه الشراب
والجمع (قنائين). و (القوانين) الأصول الواحد⁽⁵⁾. وأما الراجح عندنا، هو أن لفظ القانون ليس بعربي كما قال
بذلك أغلب أهل اللغة، وهو الرأي الأول والله أعلم.

- تعريف القانون اصطلاحاً:

مفهوم القانون بالمعنى الواسع: مجموعة القواعد التي تنظم الروابط الاجتماعية، والتي تفر الدولة
الناس على إتياعها ولو بالقوة عند الافتضاء وهذا يعني أن القانون يقوم على تنظيم الروابط بين الناس
وفق فلسفة خاصة يقوم عليها من حيث الوظيفة التي يؤديها في المجتمع والوسيلة التي يتبعها، والهدف الذي
ينشده هذا ما يعبر عنه القانون بلفظة (Law) وهو مراد بحثنا في هذه الدراسة⁽⁶⁾.

أما مفهوم القانون بالمعنى الضيق (Statute = Law - Act of Parliament): فيراد به مجموعة معينة
من القواعد التشريعية الخاصة بأمر معين مثل قانون المرور رقم (8) لسنة 2019م، أو قانون رعاية القاصرين
رقم (78) لسنة 1980م، أو قانون الخدمة الجامعية رقم (23) لسنة 2008م المعدل وغيرها والقانون بالمعنى
الضيق ينصرف فقط للتشريع المكتوب الصادر عن السلطة التشريعية. أما وظيفة القانون فهو حماية حقوق
الناس واحترام حرياتهم، وصون كرامتهم، وحفظ كرامة وأمن المجتمع وكفالة تقدمه. والقانون بهذا المعنى يختلف
في مراحل تطبيقه من دولة إلى أخرى، تبعاً للقائمين على تطبيقه حزبياً آخذين بنظر الاعتبار المعارضة لكثير

من الأعراف والتقاليد التي تقف عائقاً دون تنفيذه، وفي جميع الأحوال لا بدّ من التّظر جيّداً حال التّشريع والتّطبيق⁽⁷⁾.

ثانياً: تعريف الأحوال الشخصية لغة واصطلاحاً.

- تعريف الأحوال في اللغة:

لفظة الأحوال بمعنى: حال الشيء يحول حولاً⁽⁸⁾، يكون تغييراً، ويكون تحويلاً وحال الشخص يحول إذا تحرك⁽⁹⁾ وكذلك كل متحول عن حالة، ومنه قولهم: استحلّ الشخص أي؛ نظرت هل يتحرك فكأن القائل إذا قال: لا حول ولا قوة إلا بالله؛ يقول: لا حركة ولا استطاعة إلا بمشيئة الله⁽¹⁰⁾ وقيل أيضاً: حال الشيء صفته، وحال الإنسان ما يختص به من أموره المتغيرة الحسية والمعنوية⁽¹¹⁾.

- تعريف الشخص في اللغة:

فيطلق على كلّ جسم له ارتفاع وظهور، ويغلب إطلاقه على الإنسان، وجمعه أشخاص وشخص⁽¹²⁾ وتعني لفظة (شخص) في اللغة الإنجليزية (Person)، وفي اللغة الفرنسية (Personne) وكلمة (personne) مشتقة من الكلمة اللاتينية (Persona) التي تدل على القناع؛ وتعني اللفظة ذلك الذي كان يضعه الممثل على وجهه لكي يتناسب مظهره الخارجي مع الدور الذي سيقوم به في المسرحية.

- تعريف الأحوال الشخصية باعتباره مصطلحاً:

لفظة (أحوال شخصية) ذكرتها الموسوعة العربية الميسرة بما نضه: مجموعة ما يميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية، مثل كونه ذكراً أو أنثى وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً، أو أباً أو ابناً شرعياً، أو كونه تاماً الأهلية أو ناقصاً لصغر سنّ أو عته أو جنون، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيداً لسبب من أسبابها القانوني⁽¹³⁾.

- مفهوم الشخصية في الفكر الوضعي: ذكرت باعتبارها وبحق من أكثر المفاهيم الوضعية تعقيداً، إذ إنه

لم يجز لدى علماء النفس مفهوماً واحداً يتفق عليه، حتى أنّ (البورت)⁽¹⁴⁾ أحصى في كتابه عن الشخصية ما يقرب من خمسين تعريفاً، ينظر معظمها إلى المفهوم بوصفه: (تنظيم ديناميّ داخلي يحدد أسلوب سلوك الفرد)⁽¹⁵⁾.

ويعرفه البعض: ذلك التنظيم للأجهزة الإدراكية والمعرفية والانفعالية والدفاعية داخل الفرد، والتي تُحدد استجاباته الفريدة لهيئته⁽¹⁶⁾. وعليه فإن أعقد جانباً في دراسات الشخصية ما يشمل آثار الصفات الجسميّة، والعقليّة، والوجدانيّة كافّة، على أنّ هذا الموضوع هو نتاج طبيعي لفرعين من فروع علم النفس، هما: التجريبيّ - والإكلينيكيّ؛ لذلك يرى (ألبورت) أنّ اكتشاف الشخصية يُعد أحد الأحداث البارزة في علم النفس المعاصر⁽¹⁷⁾.

وبالتالي نكون قد بيّنا في تمهيد هذا المبحث أهم عناصر عنوان بحثنا ألا وهو تعريف القانون في اللغة والاصطلاح، والأحوال والشخصيّة في اللغة والاصطلاح، ومن ثمّ بيّنا مفهوم الشخصية في الفكر الوضعي، حتّى نتقل إلى التّأصيل الشرعي لمصطلح الأحوال الشخصية.

المطلب الأول: التّأصيل الشرعي لمصطلح الأحوال الشخصية.

إنّ أصل كلمة التّأصيل أصلته (تأصيلاً) أي جعلت له أصلاً ثابتاً يبنى عليه غيره، و (أصل الشيء) أن تجعل له أصلاً ثابتاً يبنى عليه، وبهذا يكون معناه إرجاع القول والفعل إلى أصل الشيء وأساس يقوم عليه؛ وأنّ القرآن الكريم والسنة النبويّة هما أصل العلوم وأساسه⁽¹⁸⁾.

البحث الذي طرحناه يتناول بين ثناياه الأسس التي بُني عليها قانون الأحوال الشخصية، والتي تمّ تشييدها بالأحكام الشرعيّة المستقاة من آراء الفقهاء المستنبطة من الشريعة الإسلامية، غاية ما هنالك أنّ هذه الآراء قد تتباين بغض الشيء نتيجة إتياء كلّ فقيه إلى مذهب خاص، وهذه الآراء الفقهيّة التي اتفق عليها من قبل الفقهاء قد نظمت بهيئة قوانين تشريعيّة من خلال بيان الطرق الشرعيّة التي تمّ الاتفاق عليها في تطبيق هذا القانون على الأشخاص والوقائع، فإذا تمّ إثبات الأصالة الشرعيّة لمفردات القانون، صار لزاماً إلحاقه بالتشريع الإسلامي.

وإن الجدير بالذكر أنّ بيان الأصالة الشرعيّة لقانون الأحوال الشخصية لا يعني العضة المطلقة، فبين ثناياه ونصوصه هناك قوانين محلّ إثارة واستغراب تُشير بوضوح قاطع لوجود انحرافات واضحة قد وقع فيها المشرع القانون أو تعتمد وضعها بين مفردات القانون نتيجة للمنهج الذي اختطه لنفسه، كلّ ذلك يدعوا بالحاح إلى إعادة النظر في بعض مفردات القانون - قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 م -، خصوصاً في مسألة الطلاق التي باتت حاجة ملحة تُوجب على المشرع العراقي الحُد منها وإيجاد الحلول الناجعة لها.

عرفنا في التمهيد ما المقصود بالقانون، وما هي الأحوال الشخصية، لقانون الأحوال الشخصية وقدمنا القول بأن المقصود بهذا هو بيان نسبة هذا القانون قانون الأحوال الشخصية إلى الشريعة الإسلامية وأشرنا إلى أن بيان هذه الأصالة يقتضي بحثها من حيثيات متعددة ومن أهم هذه الحثثات بيان التأصيل الشرعي لقانون الأحوال الشخصية من حيث التشريع وهو ما سيكون موضوع بحثنا في هذا المطلب فنقول: التشريع مشتق من الفعل الثلاثي (شرع) ولو رجعنا إلى كتب اللغة العربية لوجدنا أن لهذه الكلمة معان كثيرة منها معنيان يتعلّقان بموضوع بحثنا.

المعنى الأول: شرع بمعنى سنّ والمعنى الثاني: شرع بمعنى أظهر. يقول صاحب لسان العرب الشريعة والشرعة: ما سنّ الله من الدين وأمر به كالصوم والصلاة والحجّ والزكاة وسائر أعمال البر. وقال ابن الأعرابي: شرع أي أظهر وقال في قوله تعالى (شرع لكم من الدين ما لم يأذن به الله) ⁽¹⁹⁾ قال أظهر لهم ⁽²⁰⁾. فإذا زيد هذا الفعل الثلاثي (شرع) فأصبح (شرع) كان على وزن (فعل يفعل تفعيلاً) وكما هو معلوم أن من معاني هذه الصيغة المبالغة والتكثير ⁽²¹⁾ (فهذه الصيغة في العربية تُضيف إلى معنى المادة المصوغة بها تأكيداً وإشعاراً بقوة الوقوع) ولهذا المعنى تقلت هذه الكلمة لتكون علماً على معنيين

المعنى الأول: له أهميته الكبيرة في مجال القانون: (أولها قيام سلطة عامة مختصة في الدولة بوضع القواعد القانونية في صورة مكتوبة وإعطائها قوة الإلزام، والتشريع بهذا المعنى هو ما يُعتبر مصدراً للقانون) والمعنى الثاني: النّص الذي يصدر عن هذه السلطة العامة المختصة في الدولة والمتضمن قاعدة قانونية أو أكثر صيغت في النّص صياغة فنية مكتوبة، والتشريع بهذا المعنى يفيد القانون بمغناه الخاص ⁽²²⁾ والذي هو عبارة عن (قواعد قانونية معينة تصدر عن السلطة التشريعية العادية) ⁽²³⁾

وخلاصة القول: فإن لكلمة التشريع استعمالين: استعمال بالمعنى المصدري الذي هو سنّ الأحكام بصورة مكتوبة واستعمال بالمعنى الاسمي ليكون علماً على الأحكام المكتونة.

وللتشريع بمغنييه علاقة تبادلية مع التقنين، وهذا اللفظ - التقنين - من المشتركات اللفظية حاله حال التشريع فقد يُطلق التقنين ويراد به الوثيقة الرسمية التي تُصدرها السلطة التشريعية جامعة للقواعد القانونية المتعلقة برفع من فروع القانون بعد تبويبها وتنسيقها وقد (يُطلق التقنين) ويراد به تجميع هذه القواعد تجميعاً علمياً منطقياً وإصدارها من قبل السلطة التشريعية في وثيقة رسمية شاملة مبنوية ⁽²⁴⁾، فيقال أصدرت الدولة تقنيناً ويقال

قامت الدولة بتقنين (قوانينها) ⁽²⁵⁾ والتقنين بالمعنى الأول يرادف التشريع بمعنى الأحكام المقننة أما التقنين بالمعنى الثاني فهو يرادف التشريع بمعنى سن الأحكام بصورة مكتوبة.

ولصعوبة الفصل في البحث في التأصيل الشرعي لقانون الأحوال الشخصية من حيث التشريع بمغنيه كل على حدة لندخل مباحثه حيث إن التشريع أو التقنين بالمعنى الآسهي ما هو إلا أثر للتشريع أو التقنين بالمعنى المضدري، نرى أن نبحت في هذا التأصيل من هذه الحيثية تشريعا - من دون تفصيل وتفريق يُنن المغني الآسهي والمعنى المضدري. إن بيان الأصالة الشرعية لقانون الأحوال الشخصية من حيث التشريع يقتضي منا الإشارة إلى مسائل أهمها:

أولاً: إن التقنين في قانون الأحوال الشخصية سواء كان بمعنى تجميع الأحكام أو الأحكام المجمععة ما هو إلا مجموعة من الأحكام المستتة من الفقه الإسلامي جمعتها المشرع وحولها إلى قواعد قانونية مظهرها لها في صورة قانون، وهذا يدعونا إلى بحث التقنين القانوني للأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية.

ثانياً: إن الذين قاموا بعملية تقنين أحكام الأحوال الشخصية لم يتقيدوا بمذهب واحد فقط بل أخذوا من كل مذهب ما يحقق المصلحة بحسب ظنهم ويتلاءم مع ظروف التشريع الأمر الذي يدعونا إلى بحث الجمع - التوفيق - بين المذاهب ونماذج من تطبيقاته في قانون الأحوال الشخصية الثابتة، وأن القواعد الخاصة بحكم الأحوال الشخصية ظهرت في شكل قانون نلزم الدولة بموجبه الفضاة الحكم به بغض النظر عن مذاهبهم أو مذاهب المتخاصمين كما أن هذه القواعد تضمنت إيجاباً أو تحريماً أو ما هو مباحا في الأصل الأمر الذي يدعونا إلى البحث في سلطة ولي الأمر والزام القاضي بالحكم بمذهب معين في مسألة معينة وسلطته في إيجاب وتحريم المباح، وعلى هذا فإن هذا العمل أظهر لنا ضعفاً تشريعيًا في جوانب الأسلوب والصياغة، والمحتوى والمضمون. وهو ما سنبحثه في المبحث الثاني من صفحات بحثنا، بعدما نبيّن التأصيل التاريخي لمصطلح الأحوال الشخصية في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: التأصيل التاريخي لمصطلح الأحوال الشخصية.

التأصيل التاريخي لمصطلح الأحوال الشخصية ممّا لا شكّ فيه أنّ مصطلح الأحوال الشخصية هو ممّا أجمع عليه الفقهاء أنّه مصطلح عربي يرجع نسبته إلى الفقه الإيطالي في القرنين الثاني عشر والثالث عشر، وكان سبب ظهوره في هذه الفترة هو بروز مشكلة تنازع القوانين نتيجة تبلور نظامين قانونيين هما القانون الروماني الذي كان له التطبيق ألام في إيطاليا والقانون المحلي الذي كان يطبق في مدينة معينة أو مدن معينة دون الأخرى تتمتع باستقلال نسبي، ولتمييز هذين النظامين لجأ القانون الروماني إلى إطلاق كلمة (حال) على القانون المحلي، ثمّ قسم هذه الأحوال إلى: أحوال تتعلق بالأموال (الأحوال العينية) وأحوال تتعلق بالأشخاص (الأحوال الشخصية). وبعد ذلك أخذت القوانين الغريبة بهذا التقسيم وطوّرتّه خاصّة المدرسة الفرنسية حيث أصبح يُطلق مصطلح (الأحوال الشخصية) على تلك القواعد الخاصة بالروابط الشخصية في مقابل الأحوال العينية المتعلقة بالأموال⁽²⁶⁾.

ومن الناحية التاريخية أيضًا فيمكننا أن نربط مصطلح الأحوال الشخصية بالغزو الثقافي والفكري الغربي الذي دخل بلا هوادة وبأسلوب جامع لدى الكثير، ممّن تأثّر بالفكر الغربي الدخيل وعشق ألفاظه ومصطلحاته الوافدة مع مجموعة من القوانين الأجنبية خاصّة مع توالي الحملات الغربية على كثير من الدول العربية كمصر والمغرب.

بداية الأمر في مصر.. لعلّ العلامة المصري محمد قنبري باشا⁽²⁷⁾ هو أوّل من استعمل هذا المصطلح في الفقه الإسلامي في مطلع القرن العشرين وذلك حينما ألف كتابه المسمى (الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية)⁽²⁸⁾ يُذكر أنّ المواد القانونية التي تضمّن كتابه (647) مادّة قانونية، إقتبسها من الفقه الحنفي، الذي تزامن حكمه مع الفترات الأخيرة لحكم الإمبراطورية العثمانية التي جعلت هي الأخرى مجلّة الأحكام العدلية سنة (1293م - 1882هـ) لتكون بمثابة تقنين للأحكام الشرعية الإسلامية وفق المذهب الحنفي الذي إعتمدته الدولة، لتكون إطارًا يشتمل المعاملات المدنية والتجارية، وقد احتوى على (1851) مادّة، كلّ هذه المواد إقتبسها من تلك المجلّة إقتصر أمر القضاء فيها على المذهب الحنفي، بعد أن تغيّر هذا الأمر طوال تاريخ مصر الإسلامية حسب مذهب أحكام.

وقد جمع مُحَمَّد علي باشا علماء الأزهر وقال لهم: « لا أريد أن أحكم بشيء حرمه الله، لكن اجتمعوا وضعوا لي قانوناً؛ وقد اتفق علماء الأزهر آنذاك وقالوا ما وصلنا إلى شيء »؛ وصدر الأمران العاليان المؤرخان في 10 كانون الأول ١٩٢٠م، بخصوص أحكام الثقات وبغض من مسائل قانون الأحوال الشخصية.

وجاء الكثير من مسائل هذا القانون وفق رأي المذهب المالكي متأثراً بقانون الأسرة العثماني، وبعدها صدر القانون 25 لسنة 1929م الذي إقتصر على ما جاء وفق رأي المذاهب الأربعة، وجرى تنظيم الميراث بالقانون رقم (٧٧) لسنة 1943م وأحكام الوصية بالقانون المرقم (71) لسنة 1946م ومنذ عام 1929م، لم تدخل تغييرات على قانون الأحوال الشخصية، وإن كان قد أدخلت عليه الكثير من التعديلات آخرها قانون رقم (100) لسنة 1985م.

أما في العراق.. فأول من استعمل كلمة الأحوال الشخصية في المحاكم العراقية عبارة المواد الشخصية في بيان لسنة ١٩١٧م، بعد احتلال بغداد من قبل الإنكليز ثم درجت القوانين على استعمالها بعبارة الأحوال الشخصية⁽²⁹⁾ وبعد تأسيس الدولة الوطنية العراقية في أوائل العشرينيات من القرن الماضي، تم تغيير المحاكم الشرعية إلى محاكم الأحوال الشخصية وفي عام 1923م، تشكلت المحاكم الجعفرية، وأسس مجلس تميز شرعي جعفري، وترأسه الشيخ هبة الدين الشهرستاني، ثم الشيخ علي الشريفي، وبأثره شرعت المادة (٧٧) من القانون الأساسي العراقي 1925م، ويجري القضاء في المحاكم الشرعية وفقاً للأحكام الشرعية الخاصة بكل مذهب من المذاهب الإسلامية، بموجب أحكام قانون خاص، ويكون قاضٍ من مذهب أكثرية السكان في المحل الذي يُعين له، مع بقاء القاضيين السنيين والجعفرين في مدينتي بغداد والبصرة⁽³⁰⁾.

ثم صدر في عام 1945م، بوزارة العدل أمر بتشكيل لجنة من أربعة أعضاء عهدت إليها وضع لائحة قانون الأحوال الشخصية، وأنجزت هذا المشروع؛ إلا أن اللجنة لم تتمكن من تجاوز المادة (٧٧) من القانون الأساسي 1925م، لذا؛ أخذت الفقه الإسلامي أساساً لمشروعها كحدثين أساسيتين، هما المذهب السني والمذهب الجعفري، فدونت ما أمكن الاتفاق عليه، ولم يُقدّر لهذا المشروع أن يصبح قانوناً. وقد اعتمد القضاء الشرعي للمسلمين على المذهب الشخصي للمتداعين، وتصدر الأحكام وفقاً للفتاوى المعتبرة لهذا المذهب أو ذاك؛ وبناء على ذلك فقد تشكلت في محكمة التمييز هيئتان إحداهما جعفريةنسبة إلى المذهب الجعفري للشيعة، وأخرى سنية، غالباً ما تتبع المذهب الحنفي الذي عليه أكثر سنة العراق.

تمَّ صدر قانون تنظيم المحاكم المدنية رقم (32) في العام 1947م، وأوجب على الطوائف الدينية غير الإسلامية أن تُدوّن أحكامها وقواعدها الفقهية وأن تقوم بنشرها بإشراف وزارة العدل، وفعلًا تمَّ ذلك بعد أن نُشرت بعض الطوائف المسيحية أحكامها في جريدة الوقائع العراقية عدد (2855) بتاريخ 6 - 7 - 1950م، وكذلك نُشر اليهود أحكامهم في الوقائع رقم (2698) في 31 - 1 - 1949م، كما أودعت الأحكام الفقهية للصائبة المتدائنين لدى وزارة العدل، أمّا الازيدية فلم يُدوّنوا أحكامهم، وقد نُشرت جريدة لأليس⁽³¹⁾ التي تصدر في أربيل في عدديها (13 و 14) لعام 2001م نص مشروع قانون الأحوال الشخصية للازيديين، أعدّه اختصاصيون قانونيون.

وفي العراق ظهرت عبارة (المواد الشخصية) في بيان المحاكم رقم (6) الصادر عام 1917م، والتي تنص على تطبيق الأحكام الفقهية الخاصة بتلك الطوائف على المنازعات المتعلقة بأحوالهم الشخصية من قبل محاكم المواد الشخصية، وكان إخصاص المحاكم الشخصية بعد صدور قانون حقوق العائلة يجري التوسع فيه لأنه ظهرت الحاجة فيه إلى التوسع والأخذ بأحكام شرعية غير فقه أبي حنيفة.

وقد أصبحت محاكم المواد الشخصية تُعنى بالأحوال الشخصية لغير المسلمين؛ وذكرت عبارة الأحوال الشخصية في تعديل بيان المحاكم عام 1921م، ثمَّ في قانون المحاكم الشرعية الصادر في (30 / حزيران / 1923م). وترسخت هذه العبارة بتشريع قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم (78) لسنة 1931م، وقد قام ديوان التدوين القانوني في عام 1933م بمحاولة لإصدار قانون للأحوال الشخصية لتوحيد المسلمين، ووضعت لألحة لهذا المشروع لكنها تعثرت كثيرًا، ثمَّ وضعت وزارة العدل في عام 1945م مشروع قانون باسم (ألحة قانون الأحوال الشخصية)، ليكون قانونًا متممًا لمشروع القانون المدني، وقد تضمن قانون الأحوال الشخصية للمذهبيين الحنفي والجعفري كلاً على حدة، ولكنه لم ير النور.

وبعد انقلاب الرابع عشر 14 من تموز 1958م شكّل مجلس السيادة برئاسة نجيب الزبيعي، وألّف وزارة العدل العراقية بتاريخ 7 شباط 1959م لجنة لوضع ألحة الأحوال الشخصية بدعوى تعزيز التوازن السياسي وتكفل الحريات، واستطاعت اللجنة صياغة مشروع قانون للأحوال الشخصية، والذي عُرف بقانون رقم (188) لسنة 1959م، وقد قال القاضي خروفه حول بعض موادّه: راعت اللجنة أيضًا الانسجام بين أحكام القانون المدني في الوصية وبين ما ورد في هذه الألحة من أحكام⁽³²⁾.

وَنَقَلَ عَنْ عَبْدِ الْلطِيفِ الشَّوَّافِ أَحَدَ الْمَكْلُفِينَ بِصِياغة الدُّسْتُور الدَّائِمِ - الَّذِي لَمْ يُنْجَزْ - قَوْلُهُ: جُلِبَ عَبْدُ الْكَرِيمِ الْقَانُونُ الْمَدَنِي، وَاطَّلَعَ عَلَى الْقِسْمِ الْخَاصِ بِانْتِقَالِ حُقُوقِ النَّصْرِفِ... وَافْتَرَحَ وَطَلَبَ إِضافة الْمَوَادِّ كَمَا وَضَعَهَا السَّنْهُورِيُّ فِي الْقَانُونِ الْمَدَنِيِّ إِلَى قَانُونِ الْأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّةِ، لِيَتَطَبَّقَ عَلَى الْمَوَارِيثِ كُلِّهَا، وَبِذَلِكَ نَكُونُ قَدْ اكْمَلْنَا نَقْصَ عَدَمِ وُجُودِ قِسْمٍ لِلْمِيرَاثِ فِي الْمَشْرُوعِ، بِالإضافة إِلَى تَوْجِيدِ أَحْكَامِ الْمَذْهَبَيْنِ السُّنِّيِّ وَالْجَعْفَرِيِّ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ الْمُهْمَةِ مِنْ مَسَائِلِ الْحَيَاةِ⁽³³⁾.

وَأَضَافَ الشَّوَّافُ: إِنَّ عَبْدَ الْكَرِيمِ رَفَضَ التَّخْذِيرَاتِ مِنْ اسْتِغْلالِ هَذَا النَّقْصِ وَاعْتِبَارِ الْحُكُومَةِ ضِدَّ الشَّرِيعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ مُسْتَنَدًا إِلَى رَأْيِ أَبَاهُ رَئِيسِ مَجْلِسِ السِّيَادَةِ نَجِيبِ الرَّيْسِيِّ بِأَنَّ الْإِثْرَ... قَدْ جَاءَ فِي الْقُرْآنِ بِصِياغة الْوَصِيَّةِ يُوصِيكُمْ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلَ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ. وَهَذِهِ الْمَادَّةُ يُعَدُّ مُخَالِفًا لِنَصِّ الْقُرْآنِ الْكَرِيمِ الْصَّرِيحِ؛ وَلِذَا؛ أَبَدَتِ الْمَرْجِعِيَّةُ الدِّيْنِيَّةُ الْمُمَثِّلَةُ بِالسَّيِّدِ مُحْسِنِ الْحَكِيمِ، رَأْيَهَا فِيهِ وَطَالَبَتْ بِإِلْغَائِهِ؛ لِمُخَالَفَتِهِ الشَّرِيعَةَ الْإِسْلَامِيَّةَ فِي عِدَّةِ مَوَادِّ.

ثُمَّ أَتَى انْقِلَابُ 14 رَمَضَانَ/شَبَّاطِ عام 1963م، وَطَالَبْتُهُمُ الْمَرْجِعِيَّةُ الدِّيْنِيَّةُ أَيْضًا بِإِلْغَاءِ الْقَانُونِ، وَكَذَا الشَّيْخُ مُحَمَّدُ رِضَا الْمُطَفَرِ رَفَعَ مَذْكَرَةً إِلَى حُكُومَةِ الْانْقِلَابِ بِالْمَبَرَّاتِ الْمُلِحَّةِ لِإِلْغَاءِ قَانُونِ الْأَحْوَالِ الشَّخْصِيَّةِ رَقْمَ (١٨٨) لِسَنَةِ 1959م، وَأَنَّهُ لَا يَقْبَلُ التَّعْدِيلُ بِدَآئِهِ؛ فَكَانَ مَوْقِفُهُ دَاعِمًا لِمَوْقِفِ الْمَرْجِعِيَّةِ الدِّيْنِيَّةِ الْمَطَالِبِ بِالْإِلْغَاءِ، مَبْنِيًا مُبَرَّرَاتِهِ مِنْ مُخَالَفَتِهِ الشَّرِيعَةَ، وَصَرِيحِ الْقُرْآنِ الْكَرِيمِ، وَمَا يُخَالِفُ بَعْضَ الْمَذَاهِبِ دُونَ بَعْضِ⁽³⁴⁾. وَإِنْ وُجِدَ مِثْلُ هَذَا الْقَانُونِ يُعْطِي الْقَاضِي سُلْطَةَ الْفَقِيهِ، وَيُسَدُّ بَابَ الْاجْتِهَادِ فِي الْأَحْكَامِ.

الْأَمْرُ الَّذِي حَفَزَ السَّيِّدَ مُحَمَّدَ بَحْرَ الْعُلُومِ أَنْ يُبْدِيَ رَأْيَهُ وَيَشْكَلَ عَلَى الْقَانُونِ بِقَوْلِهِ: إِنَّهُ جَاءَ مُخَالِفًا لِلدُّسْتُورِ الْمَوْقُوفِ لِلْجُمْهُورِيَّةِ الْعِرَاقِيَّةِ، فَقَدْ وَقَعَ عَلَيْهِ إِثْنَانِ مِنْ مَجْلِسِ السِّيَادَةِ، بَيْنَمَا لَا تَتَحَقَّقُ شَخْصِيَّةُ رَئِيسِ الْجُمْهُورِيَّةِ إِلَّا بِالْأَغْضَاءِ الثَّلَاثَةِ، كَانَ مُحَمَّدٌ مَهْدِي كُتْبَةٍ قَدْ قَدَّمَ اسْتِغْلَالَتهِ وَأَنَّ هَذَا الْقَانُونُ فِيهِ تَحْدِيدٌ لِطَبِيعَةِ الْقَضَاءِ، بَيْنَمَا الْقَضَاءُ لَا يُحَدِّدُ بِقَانُونٍ، وَإِنَّمَا بِالشَّرْعِ، وَبَابُ الْاجْتِهَادِ مَفْتُوحٌ فِيهِ وَوُجِدَنَاهُ مُعَارِضٌ فِي مَوَادِّهِ لِكَثِيرٍ مِنْ آرَاءِ الْمَذَاهِبِ الْإِسْلَامِيَّةِ، مِثْلَ إعتِبَارِ الزَّوْاجِ وَالطَّلَاقِ بِشُهُودٍ، بَيْنَمَا الْحَنْفِيَّةُ لَا تَشْتَرِطُ الشَّهَادَةَ فِي الطَّلَاقِ وَالْبَيْعَةِ لَا تَشْتَرِطُ الشَّهَادَةَ فِي الزَّوْاجِ وَمَا إِلَى ذَلِكَ⁽³⁵⁾.

وَحَتَّى نِهَآيَةِ عَثَدِ الثَّانِيَّاتِ مِنَ الْقَرْنِ الْمُنْصَرَمِ، تَعَرَّضَ الْقَانُونُ إِلَى أَكْثَرَ مِنْ عَشْرَةِ تَعْدِيلَاتٍ حُكُومِيَّةٍ، خَصَّصَتِ التَّفْرِيقَ بَيْنَ الْأَزْوَاجِ وَجَعَلَتْهُ عَلَى أَسَاسِ الْمَوْقِفِ السِّيَاسِيِّ وَالْأَمْنِيِّ مِنْهَا مَا جَاءَ فِي الْقَرَارِ (١٧٠٨)

لمجلس قيادة الثورة في 17-12-1981م: إعطاء الحق للزوجة، التي صدر حكم قضائي بإدانة زوجها بجرمة خيانة الوطن أن تطالب بالتفريق. وأتاح قرار (1529) في 31-12-1985م؛ للزوجة التفريق من زوجها إذا تخلف أو هرب من الخدمة العسكرية. وجواز لوالد الغائب خارج العراق طلب التفريق بين ولده الغائب وزوجته بسبب الزنا⁽³⁶⁾ وغيرها من قرارات مجلس قيادة الثورة (١١) وأن الدستور المؤقت لسنة 1968م، وضع مادة صريحة لإطمنة المؤسسة الدينية ضد القانون (١٨٨) لسنة ١٩٥٩م، ومادته الرابعة والسبعين، جاء فيها: الإثر حق تحكمه الشريعة الإسلامية (المادة السابعة عشرة فقرة ب)⁽³⁷⁾.

لكن المرجعية الدينية الشيعية استمرت في مطالبتها بإلغاء القانون بنحو كلي؛ فكانت المرجعية الدينية لا تكفي إلا بإلغائه كما جاء في رسالة السيد الحكيم: إرجاع الأمور إلى العهد الذي كانت عليه سيرة المسلمين منذ أيام الخلافة الإسلامية، وإن موقفنا هذا هو نفس الموقف الذي وقفناه منذ صدور القانون حتى يومنا هذا، وإلى أن يتم رفعه المادة (١٧) في الدستور المؤقت 1968م.

فقد سبق للمرجع محمد حسين كاشف الغطاء أن أعطى رأيه في المادة (١٨٠١) من المجلة العشائية التي قيدت القضاء بشخص وزمان ومكان محددين؛ قال: إن القضاء والحاكمة عند الإمامية منصب إلهي لا دخل له بالسلطان، ولا بغيره، ينصبه العدل وجامعية الشرائط، ويعزله زوال بعض الصفات الركينة من العقل والعدالة والاجتهاد، فلا يتقيد بزمان ولا مكان، بل له الحكم في كل مكان وكل زمان. وكان جوهر الخلاف هو حول مكانة الفقيه أو المرجع، فالكاين بالتجف يحكم لأهل الناصرية مثلاً، وحيث يمتد المذهب، أما القانون فحدد المرجعية بسلطة القانون ورأى القاضي، رغم أن القانون أخذ مواد من مختلف المذاهب، ومن لوائح الأحوال الشخصية في البلدان الإسلامية الأخرى، وأن الدستور المؤقت 1958م، أقر الإسلام ديناً للدولة، يذكر أن قانون الأحوال الشخصية ولد ولم يكن موففاً في احتواء جميع القواعد التي تنظم قانون الأحوال الشخصية، بل اقتصر بعض قواعده على تنظيم بعض العلاقات وترك البعض الآخر، وترك البعض الآخر تخضع للشريعة الإسلامية، فجاء في المادة الأولى منه (إذا لم يوجد نص شرعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون)⁽³⁸⁾.

المنبث الثاني: فطاط الضف الشرفف فف قانون الأحوال الشخصية العراقي.

من حفا الأسلوب والصفاة فمكن إفراد أهم الملاحظات بفصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي التافد رقم (188) لسنة 1959م، وكاف فلف: قفر حجم مواد القانون وفقراته والمطلع على القانون ففد أنه ففضم (94) مافة قانونفة فقط وهف قفصرة وففر ففستوففة لكافة المسائل الفف ففضمفها مفهوم الأحوال الشخصية. وكثرة الإحالة على القوانين والشرفعات الأفرى، وهف أنه ففتمد أسلوب الإحالة على القوانين والشرفعات لكف ففستفمل القصور الوارد فف فدم ففستفباب موافه لمعظم الحالات. وفدم ففة الففوب فف فمراجعة أبواب هذا القانون فكشف لنا ففها ففر ففناسقة، فذ كان المفضى القانونف ففطلب ففسفمه إلى أربعة أجزاء. والفافل مع القوانين الأفرى، فقانون الأحوال الشخصية لا ففعمد ففله فف الوصول إلى الحكم فقط بل ففصار إلى اللجوء للقوانين الأفرى المكفلة لها. وهو ما ففعا إلى فقسفم هذا المنبث الفافى إلى ثلاث مفالب: الأول: الضف الشرفف فف الأسلوب والصفاة القانونية. أما الفافى: الضف الشرفف فف المضمون والقانونف. والفالف: أحكام الفقه الإسلامف ومفدى إمكاففة إخالها بففلا عن ففغفرات الشرفف المفن.

المطلب الأول: الضف الشرفف فف الأسلوب والصفاة القانونية.

من حفا الأسلوب والصفاة فمكن إفراد أهم الملاحظات بفصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي التافد رقم (188) لسنة 1959م، من حفا الأسلوب والصفاة وكاف فافى:

أولا: قفر حجم مواد القانون وفقراته والمطلع على القانون ففد أنه ففضم (94) مافة قانونفة فقط وهف قفصرة وففر ففستوففة لكافة المسائل الفف ففضمفها مفهوم الأحوال الشخصية بفلاف قوانين الأحوال الشخصية ففعض الفل ولعل هذا الأمر كان فف الفافع لإجزاء الففغفرات المستمرة ففله وكذلك إفاار قوافن أفرى ملففة له ففكمل فطاقه⁽³⁹⁾.

فافا: الإحالة على القوانين والشرفعات الأفرى، وهف أنه ففتمد أسلوب الإحالة على القوانين والشرفعات لكف ففستفمل القصور الوارد فف فدم ففستفباب موافه لمعظم الحالات، فلو رجفنا إلى المافة الأولى (1) من هذا القانون⁽⁴⁰⁾ الفف أشارف فف فقرفبا الأولى إلى سرفان الفصوص الشرففة الوارفة فف هذا القانون على ففمع المسائل الفف ففناول هذه الفصوص فف لففظها أو فف ففوها ثم عافف الفقرة (2) من ذات المافة إلى الإشارة إلى ففطفبق أحكام الشرفة الإسلامفة الأكثر ملاءمة لفصوص هذا القانون ففف فم وجود نص ففشرفف ففكم القففة المفروضة وهف إحالة مطاطفة وذاف مفى فففد لفعم ففهم أصول الفقه الإسلامف لافى

كما أنه تمّ العمل في قضايا الأحوال الشخصية للمسيحيين واليهود بموجب لوائحهم الخاصة وفق دياناتهم وتختص بالنظر في قضاياهم محاكم البداء باعتبار أنها محاكم المواد الشخصية التي تختص بالنظر في قضاياهم وإصدار الأحكام وفقاً لذلك، أما الصابئة المندائيون والأيزيديون فلا يشملهم اختصاص القانون بحجة عدم وجود لوائح شخصية تخصهم على الرغم من أنّ لكلٍ منهما دينه الخاص ولوائحهم الشخصية التي تصلح بأن يتم اعتمادها في الأحكام الشرعية وفق دينه المعترف به في العراق إذا ما جرى الأخذ بمبدأ الاختصاص⁽⁴²⁾.

مجلة البحوث الأسرية، الصادرة عن مخبر قانون الأسرة، جامعة الجزائر 1.

رابعاً: التداخل مع القوانين الأخرى، فقانون الأحوال الشخصية لا يعتمد عليه في الوصول إلى الحكم فقط بل يُصار إلى اللجوء للقوانين الأخرى المكملّة لها مثل قانون رعاية القاصرين رقم (78) لسنة 1980م، والقانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951م، وقانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969م، وقانون حق الزوجة المطلقة في السكني رقم (77) لسنة 1983م، وقانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم (٧٨) لسنة ١٩٣١م، إضافة إلى القرارات الأخرى التي لها قوة القانون.

خامساً: عدم تبويب كلّ موضوع في فصل خاص، فعندما نجد أنّه عرف الزّواج في المادّة (٣)⁽⁴³⁾ منه تعريضاً يتناقض مع تعريفه للطلاق في المادّة (34)⁽⁴⁴⁾ منه ويبحث في أحكام الخطبة والمهر في المادّة (٣)⁽⁴⁵⁾ ثمّ عاد في الفصل الخاص بالمهر في المادّة (١٨)⁽⁴⁶⁾ ليؤكد أنّ الهدايا في المهر يسري عليها أحكام الهبات؛ وفي الثّشور قد تطرّق للتفريق لهذا السبب وأحكامها دون أن يضعها في باب التفريق القضائي وغيرها من المسائل الأخرى.

المطلب الثاني: الضعف التشريعي في المحتوى والمضمون القانوني.

من حيث المضمون يقصد بالمضمون محتوى القانون ونصوصه الموضوعية وسنعالجها في محورين، الأول: نظرة عامة على عموم القانون وثانيها: الأحكام التي يختلف فيها القانون عن الشريعة الإسلامية وعليه هذه وقفات تشريعية على عموم القانون يمكن إجمالها بالنقاط التالية:

1 - عرف الزّواج في المادّة (٣) منه بأنه عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً غايته إنشاء رابطة الحياة المشتركة والنسل. وهو تعريف غير دقيق لأنه كما تحل المرأة للرجل شرعاً بعقد الزّواج كذلك يحل هو لها شرعاً بهذا العقد فكلاهما يحل للآخر ولا موجب لقصر الحليّة على الرجل دون المرأة؛ يذهب البعض إلى إبدال جملة (تحل له شرعاً) إلى جملة (كلّ منهما للآخر شرعاً) لأنّ عقد الزّواج كما عرفه بعض الفقهاء هو ما يفتيد حلّ استمتاع أحد الزوجين بالآخر فهما شريكان في هذا الرّباط المقدس تحل له ويحلّ لها⁽⁴⁷⁾.

2 - لم يتطرّق لأحكام الخطبة وآثارها ومصير الهدايا والهبات رغم أهميّة الموضوع بينما سوّى إشارة بسيطة في المادّة (١٠) منه والخاصة بالمهر. وتطرّق القانون المدني العراقي لبعض أحكامه. وأشار في الفقرة (3) من المادّة (١٩) إلى أنّه تيسر على الهدايا أحكام الهبة.

3 - جعل إذن القاضي لتعدد الزوجات جوازي عند تحقق شروطه التي حدتها الفقرة (4) المادة (3)⁽⁴⁸⁾ منه وليس وجوبيا، وجعل من الفقرة (5)⁽⁴⁹⁾ من ذات المادة مغيرا مطاطيا بيد القاضي لعدم التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات وهو أمر استثنائي فكيف يتم التوصل إليه قبل الزواج؟ فكان لا بد من صياغة الفقرة بالشكل الآتي: (إذا ما ثبت للقاضي بالدليل القاطع عدم العدالة المالية بين الزوجات لم يأذن له بالزواج) لأن العدل المالي هو المقصود بعبارة العدل وليس القلبي.

4 - جعل من الزواج بالإكراه باطلا وفق المادة (9)⁽⁵⁰⁾ إذا لم يتم الدخول! وصحيح إذا ما تم الدخول! هذا غير موفق ترفضه معظم المذاهب الإسلامية⁽⁵¹⁾.

5- كما جعل في المادة (9) أيضا المنع من الزواج جريمة يعاقب عليها الشخص سواء أكان قريبا أم بعيدا دون الوقوف على حق الأقارب من الدرجة الأولى أو الثانية بالمنع إذا ما كان غير مقبول كأن يكون المتقدم للزواج منبوذا اجتماعيا أو أخلاقيا... إلخ⁽⁵²⁾.

6- جعل الزواج خارج المحكمة جريمة يعاقب عليه القانون -نراه موفقا- وحسب المادة (10) أحوال، فيما لم يجعل الطلاق خارج المحكمة وعدم تسجيله جريمة وأن مضت مدة طويلة على الطلاق وعدم تسجيله وان انقضت مدة العدة⁽⁵³⁾.

7- لم يتمعن جيدا بالمحرمات سواء بالتسب أو المصاهرة أو بالرضاع سوى إشارة مبهمة إلى جواز الزواج ممن استثنى شرعا بالرضاع دون الإشارة إلى تلك الاستثناءات منعا من تفاوت الأحكام.

8- جعل الثقة الماضية للزوجة على زوجها دينًا بذمة الزوج بما لا يزيد عن سنة واحدة على إقامة الدعوى في التعديل الأخير بخلاف الفقه الإسلامي الذي جعله دينًا بذمة الزوج وإن تجاوز هذه المدة⁽⁵⁴⁾.

9- أشار في الفقرة (2) من المادة (7)⁽⁵⁵⁾ إلى أن للقاضي أن يأذن بزواج أحد الزوجين المريض عقليا إذا أثبت بتقرير طبي أن زواجه لا يضر بالمجتمع وأنه في مصلحته الشخصية إذا قبل الزوج الآخر قبولاً صريحا وقد أشار هذا النص إلى المريض عقليا دون مصلحة ذريته إذ لم يشترط صراحة أن يتضمن التقرير الطبي النص عدم تضرر الذرية من هذا الزواج الذي قد يورثها المرض العقلي كذلك يجب الإشارة إلى وجوب أن يتم قبل الإذن بزواج مريض عقليا التثبت بتقرير من لجنة طبية رسمية مختصة أن مرضه ليس من النوع الذي ينتقل إلى الذرية عن طريق الوراثة لأن ذرة المفاسد أولى من جلب المنافع⁽⁵⁶⁾.

10 - بالغ في تعريفه للطلاق والخلع، حيث عرّفت الفقرة (١) من المادة (34) منه الطلاق بأنه (أولاً: الطلاق رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو من الزوجة وإن وكلت به أو فوّضت أو من القاضي. ولا يقع الطلاق إلا بالصيغة المخصصة له شرعاً). وعرف الخلع في الفقرة (١) المادة (46) بأنه (الخلع إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو ما في معناه وينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي مع مراعاة أحكام المادة التاسعة والثلاثين من هذا القانون). وكان الأنسب أن يستبدل عبارة إنهاء العلاقة الزوجية محل إزالة ورفع قيد الزواج، الواردة في المادتين أعلاه لأن الزواج مودة ورحمة بين الزوجين وليس قيداً، مادياً كان هذا القيد أو معنوياً⁽⁵⁷⁾.

11- لم يوقع طلاق المريض مرض الموت أو من في حكمه كما ورد في الفقرة (٢) المادة (35)⁽⁵⁸⁾ منه في حين أن كل المذاهب الإسلامية أوقعت طلاقه وأقرت إرث مطلقته منه وفق شروط معينة⁽⁵⁹⁾.

12- أشارت المادة (٣٨) الفقرة (ب) منه إلى أن الطلاق البائن يثبوت كبرى بقولها (يثبوت كبرى - وهي ما حرم فيه على الزوج التزوج من مطلقته التي طلقها ثلاثاً متفرقات ومضت عدتها)، ومعنى ذلك أنه يحرم على الزوج التزوج من مطلقته ثلاثاً متفرقات إذا مضت عدتها، فإن لم تمض عدتها حتى له التزوج منها حسب المفهوم المخالف للنص وهذا الحكم مخالف للشرع الذي قضى بأن الطلاق البائن يثبوت كبرى هو ما تنحل به الرابطة الزوجية في الأحوال ويزيل الحل ومتى وقع حرمت المطلقة على مطلقها وليس له أنه أن يخلو بها أو يعقد عليها خلال عدتها أو بعدها إلا إذا تزوجت رجلاً غيره بعقد صحيح ودخل بها دخولاً حقيقياً ثم طلقها أو مات وانقضت عدة الطلاق أو الوفاة⁽⁶⁰⁾؛ لذا يرى البعض ضرورة تعديل النص المذكور بحذف عبارة (ومضت عدتها)⁽⁶¹⁾.

13 - تطرق بشكل مختصر وغير واف لأحكام الخلع في المادة (46) نص على (1 - الخلع إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو ما في معناه وينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي مع مراعاة أحكام المادة التاسعة والثلاثين من هذا القانون. 2 - يشترط لصحة الخلع أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق وأن تكون الزوجة محلاً له ويقع بالخلع طلاق بائن. 3 - للزوج أن يخالع زوجته على عوض أكثر أو أقل من مهرها). كما نرى أنه غير واف، حين أن هذا الأمر مهم جداً ويحتاج إلى تشريع مفصل لا سيما وإن الحياة العملية مكنته بقضايا الخلع أضف إلى ذلك أنه في الفقرة (2) المادة (46) منه اشترط الأهلية في الزوج المخالع الذي لا يبدل مالا ولم يشترط الأهلية في الزوجة المخالعة التي تبذل مالا لإيقاع الخلع وربما استند هذا النص إلى رأي بعض الفقهاء⁽⁶²⁾ الذين

لَمْ يَشْتَرُطُوا الْبُلُوغَ أَوْ الْعُقْلَ فِي الزَّوْجَةِ غَيْرَ أَنَّ الْبَعْضَ الْآخِرَ⁽⁶³⁾ اشْتَرَطَ ذَلِكَ عَلَمًا أَنَّ قَرَارَاتِ مَحْكَمَةِ التَّمْيِيزِ تَذَهَبُ فِي الْغَالِبِ إِلَى اشْتِرَاطِ الْأَهْلِيَّةِ كَمَا تَأْتِي تَارَةً مُتَنَاقِضَةً فِي الْأَحْكَامِ الْخَاصَّةِ بِالْخَلْعِ نَتِيجَةً لِغَدَمِ اسْتِيعَابِ النَّصِّ لِكُلِّ مَسْأَلَةٍ وَأُمُورِ الْخَلْعِ الْأَمْرِ الَّذِي يَدْفَعُ بِالْقَضَاءِ إِلَى اللُّجُوءِ إِلَى الْفَقْهِ الْإِسْلَامِيِّ أَوْ مَذَهَبِ الْمُتَدَاعِينَ.

14- أشارت الفقرة (4) المادة (43)⁽⁶⁴⁾ مِنْهُ إِلَى أَنَّ الزَّوْجَةَ إِذَا مَا وَجَدَتْ زَوْجَهَا عَيْنِيًّا أَوْ مُبْتَلًى بِمَا لَا يَسْتَطِيعُ مَعَهُ الْقِيَامُ بِالْوَاجِبَاتِ الزَّوْجِيَّةِ سَوَاءً أَكَانَ ذَلِكَ لِأَسْبَابٍ غَضَوِيَّةٍ أَوْ نَفْسِيَّةٍ أَوْ إِذَا أُصِيبَ بِذَلِكَ بَعْدَ الدُّخُولِ بِهَا وَتَبَتِ عَدَمُ إِمْكَانِ شِفَائِهِ وَهُوَ نَصٌّ مُطْلَقٌ يَعْنِي أَنَّهُ لَوْ أُصِيبَ الزَّوْجُ بَعْدَ الزَّوْاجِ بِعَشْرِ سَنَوَاتٍ مِثْلًا أَوْ أَكْثَرَ بِالْعَتَّةِ ضَمَّنَ حَقَّهَا طَلَبَ التَّفْرِيقِ دُونَ مَلَا حِظَّةٍ مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ أَهْلُ الْعِلْمِ مِنْ أَنَّ الْمُقَدَّرَةَ الْجَنَسِيَّةَ عِنْدَ الرِّجَالِ تَتَقَدَّمُ فِي الْغَالِبِ بَعْدَ تَجَاوُزِهِمْ (65) سَنَةً مِنَ الْعُمَرِ وَهُوَ أَمْرٌ لَا يَسْتَقِيمُ خُصُوصًا لَوْ أَنَّ الْعَشْرَةَ الزَّوْجِيَّةَ دَامَتْ أَرْبَعِينَ سَنَةً مِثْلًا وَحَصَلَتْ بَعْدَ ذَلِكَ الْعَتَّةِ مَعَ مَلَا حِظَّةٍ أَنَّ الْبَعْضَ مِنْ فُقَهَاءِ الْإِمَامِيَّةِ لَا يُجِيزُونَ الْفُسْخَ بِسَبَبِ الْعَتَّةِ الْحَاصِلَةِ بَعْدَ الدُّخُولِ⁽⁶⁵⁾.

15- أشارت الفقرة (6) مِنَ الْمَادَّةِ (43) إِلَى حَقِّ الزَّوْجَةِ فِي طَلَبِ التَّفْرِيقِ مِنْ زَوْجِهَا (إِذَا وَجَدَتْ بَعْدَ الْعَقْدِ، أَنَّ زَوْجَهَا مُبْتَلًى بِعِلَّةٍ لَا يُمَكِّنُ مَعَهَا مُعَاشَرَتَهُ بِلَا ضَرَرٍ، كَالْجَذَامِ أَوْ الْبَرَصِ أَوْ السُّلِّ أَوْ الزَّهْرِيِّ أَوْ الْجُنُونِ، أَوْ أَنَّهُ قَدْ أُصِيبَ بَعْدَ ذَلِكَ بِعِلَّةٍ مِنْ هَذِهِ الْعِلَلِ أَوْ مَا يُثَابِلُهَا، عَلَى أَنَّهُ إِذَا وَجَدَتْ الْحُكُومَةُ بَعْدَ الْكَشْفِ الطَّبِيِّ، أَنَّ الْعِلَّةَ يُؤْمَلُ زَوَالُهَا، فَتُؤَجَّلُ التَّفْرِيقُ حَتَّى زَوَالِ تِلْكَ الْعِلَّةِ، وَلِلزَّوْجَةِ أَنْ تَمْتَنِعَ عَنِ الْاجْتِمَاعِ بِالزَّوْجِ طِيلَةَ مُدَّةِ التَّاجِيلِ، أَمَّا إِذَا وَجَدَتْ الْمَحْكَمَةُ، أَنَّ الْعِلَّةَ لَا يُؤْمَلُ زَوَالُهَا خِلَالَ مُدَّةِ مُنَاسَبَةِ وَامْتَنَعِ الزَّوْجُ عَنِ الطَّلَاقِ وَأَصْرَتِ الزَّوْجَةُ عَلَى طَلَبِهَا، فَيَحْكُمُ الْقَاضِي بِالتَّفْرِيقِ) وَهَذَا النَّصُّ اقْتَصَرَ عَلَى حَقِّ طَلَبِ التَّفْرِيقِ لِلزَّوْجَةِ بِسَبَبِ تِلْكَ الْعِلَلِ دُونَ الزَّوْجِ الَّذِي لَا يَحِقُّ لَهُ ذَلِكَ إِذَا مَا أُصِيبَتْ الزَّوْجَةُ بِوَاحِدَةٍ مِنْ هَذِهِ الْعِلَلِ وَهُوَ يُخَالِفُ رَأْيَ فُقَهَاءِ الْإِمَامِيَّةِ الَّذِينَ أَجَازُوا لِلزَّوْجِ طَلَبَ الْفُسْخِ فِي هَذِهِ الْأَحْوَالِ قَانُونًا⁽⁶⁶⁾ وَلَهُ حَقُّ الطَّلَاقِ فَقَطْ إِلَّا أَنَّ الطَّلَاقَ تَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ آثَارٌ مَالِيَّةٌ هُوَ فِي غَنَى عَنْهَا. وَنَرَى أَنَّ نَصَّافَ فِقْهَةٍ إِلَى نَصِّ الْمَادَّةِ (40) مِنَ الْقَانُونِ تُعْطِي الْحَقَّ لِكُلِّ الزَّوْجَيْنِ بِطَلَبِ التَّفْرِيقِ إِذَا مَا أَبْثَلِي أَحَدُهُمَا بَعْدَ الزَّوْاجِ بِعِلَّةٍ لَا يُمَكِّنُ مَعَهَا الْمَعَاشَرَةَ بِلَا ضَرَرٍ كَالْجَذَامِ أَوْ الْبَرَصِ أَوْ السُّلِّ أَوْ الزَّهْرِيِّ أَوْ الْجُنُونِ.. إلخ.

16 - أشارت الفقرة (3) المادة (39) إِلَى (إِذَا طَلَّقَ الزَّوْجُ زَوْجَتَهُ وَتَبَيَّنَ لِلْمَحْكَمَةِ أَنَّ الزَّوْجَ مُتَعَسِفٌ فِي طَلَاقِهَا وَإِنَّ الزَّوْجَةَ أَصَابَهَا ضَرَرٌ مِنْ جَزَاءِ ذَلِكَ، تَحْكُمُ الْمَحْكَمَةُ بِطَلَبِ مَنَاسِبَةٍ عَلَى مُطْلَقِهَا بِتَغْوِيضٍ يَتَنَاسَبُ

و حالته المادية ودرجة تعسفه، يُقدّر جُملة، على أنّ لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة الأخرى) فيذهب البعض إلى وجوب استبدال عبارة (وتبين للمحكمة) بعبارة (وثبتت للمحكمة)⁽⁶⁷⁾ لأنّ الذي يجري حالياً هو الحكم على الزوج المطلق بالتفويض بمجرد إيقاع الطلاق دون الوقوف عمّا إذا كان مُتعسفاً فيه من عدمه فواقعة الطلاق هي التعسف بحّد ذاته مع ملاحظة أنّ الطلاق هو حق شرعي قرره الشرع للزوج، فكيف إذن يتم التفويض إذ إنّ هذا النص يتعارض صراحة مع الشريعة الإسلامية وقاعدة لا ضرر ولا ضرار.

17- أشار في المادة (40) منه إلى أنّ لكلّ من الزوجة طلب التفريق وأشار في الفقرة (5) إذا تزوّج الزوج بزوجة ثانية بدون إذن من المحكمة وفي هذه الحالة لا يحق للزوجة تحريك الدّعوى الجزائية، بموجب الفقرة (1) من البند (أ) من المادة الثالثة (3) من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم 1971م، بدلالة الفقرة (6) من المادة الثالثة من هذا القانون إلّا أنّ التّراجيح إدراج هذه الفقرة في المادة (43) منه الخاصة بالزوجة فقط وليس المادة (40) منه⁽⁶⁸⁾.

18 - جعلت الفقرة (8) من المادة (43) (إذا تعدّر تحصيل الثقة من الزوج بسبب تغيبه أو فقده أو اختفائه أو أحكام عليه بالحبس مدّة تزيد على سنة) للزوجة الحقّ بطلب التفريق عند الحكم على الزوج بالحبس مدّة تزيد على سنة دون أنّ تقيد بضرورة اكتساب الحكم الدرجة القطعية أو أن يقضي بالحبس مدّة فعلية لا تقل عن سنة لاحتمال أن يصدر بعد صيرورة الحكم النهائي عفو عامّ وبالتالي لا يجوز الإسراع بهدم أسرة لمجرد تحقّق حالة من حالات التفريق.

19- جعلت الفقرة (8) المادة (57) نصّت على (إذا لم يوجد من هو أهل للحضانة من الأبوين، تُودّع المحكمة المحضون بيد حاضنة أو حاضن أمين، كما يجوز لها أن تُودّعه إلى دور الحضانة المعدة من قبل الدّولة عند وجودها) أمّا في الفقرة (ب) من نفس المادة تنص على (إذا مات أبو الصغير فينقل الصغير لدى أمّه وإن تزوجت بأجنبي عنه من العراقيين بشرط: 1 - أن تكون الأم مُحفظة ببقية شروط الحضانة. 2 - أن تقتنع المحكمة بعدم تضرر الصغير من بقائه مع الأم. 3 - أن يتعهد زوج الأم حال عقد الزواج برعاية الصغير وعدم الإضرار به). وعليه إخلال زوج الأم بتعهد الوارد وفق الفقرة (ب) من هذه المادة بخصوص رعاية الصغير وعدم الإضرار به سبباً لتفريق الزوجة من دون أن يكون سبب لأولياء الصغير بطلب ضمّ حضانة الصغير إليهم.

20- عرّفت المادة (64) منه (الوصية تصرّف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت مقتضاه التمثيليك بلا عوض). والذي يؤخذ على هذا التعريف إصرافه إلى المال في حين أنّ الوصية قد تتضمن قضاء واحدة من حقوق الله تعالى إليه التي يذمة الموصي كالصلاة أو الصوم أو العهد برعاية صغار الموصى وتربيته⁽⁶⁹⁾.

21- أجاز في المادة (٧١) (تصح الوصية بالمنقول فقط مع اختلاف الدين وتصح به مع اختلاف الجنسية بشرط المقابلة بالمثل). ونذهب إلى الاستغراب من صياغة هذا النص لأنّ مفهوم المخالفة يقتضي بعدم جواز الوصية بالعقار مع اختلاف الدين أو اختلاف الجنسية علماً أنّ حكمّة الوصية هي أنّ هناك أقارب لا يرثون لئلاّ أو حاجب كاختلاف الدين فيصار إلى الوصية إنهم كي لا يحجبون بالوفاة فإمام هذا النص لا تصح الوصية له ثمّ ما المانع لو أن مسلماً مصرياً أوصى بدار له في العراق لمسلم عراقي! وما الضرر في ذلك إذا ما كانت المادة (5) من قانون الأحوال الشخصية للأجانب قد أجاز الإرث مع اختلاف الجنسية في العقار والمنقول فكان من باب أولى جواز ذلك في الوصية ونفّح أن يصار إلى تعديل نص المادة (٧١) أصول وجعله بالصيغة التالية: (١- تصح الوصية بالعقار أو المنقول مع اختلاف الدين. ٢ - تصح الوصية بالمنقول فقط مع اختلاف الجنسية أمّا العقار فلا تصح الوصية به مع اختلاف الجنسية إلّا إذا كان الموصى له كان عراقياً وقت إنشاء الوصية ووقت وفاة الموصي مع مراعاة أحكام القوانين الأخرى النافذة).

22 - المواد من (75 - 81) منه والخاصة بالإيصاء أصبحت بعد صدور قانون رعاية القاصرين النافذ لا حاجة لها فأصبح لازماً توحيد هذين القانونين أمّا في صلب قانون الأحوال الشخصية أو في قانون رعاية القاصرين مع الإشارة في القانون المدني إلى أنّ أحكام الأهلية والوصايا والقوامة تنظم بقانون خاص.

22- أنّ نصّ المادة (٨٩) تنص على (الوارثة بالقربة وكيفية توريثهم: 1 - الأبوان والأولاد وأن نزلوا لذكر مثل حظّ الأنثيين 2 - الجدّ والجّدات والإخوة والأخوات وأولاد الإخوة والأخوات. 3 - الأعمام والعّمات والأخوات والأخوال والحالات وذوي الأرحام. 4 - تُعتبر الأخت الشقيقة بحكمّ الأخ الشقيق في الحجب). وهنا يلتبس فيه الغموض فالسلسل الطبقّي للورثة بالقربة الواردين في هذه المادة هل هو على سبيل الحجب أم الذكر والترتيب أيّ أنّه هل إنّ الطبقة الأولى منهم تحجب الثاني والأخيرة تحجب الثالثة والأخيرة تحجب الرابعة وهكذا أمّا أنّ ما ذكر هو على سبب الذكر لا الترتيب الحاجب علماً أنّ الذي جرى العمل فيه لدى بعض المحاكم اعتبار أنّ الترتيب هو للحجب لا الذكر الترتيب كما هو وارد في الفقه الجعفري.

23 - نصّت المادة (٩٠) منه بقولها (مع مراعاة ما تقدّم يجري توزيع الاستحقاق والأنصبة على الوارثين بالتقاربة وفق الأحكام الشرعيّة التي كانت مرعية قبل تشريع قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959م، كما بقي من أحكام الموارث). وهنا أحالت ما تبقى من أحكام للموارث إلى الفقه الإسلامي بعد أن أوضح بعض أحكامه في بعض المواد القليلة لذلك يؤخذ على عموم أحكام الموارث إنها جاءت مختصرة ولا تنفي بالغرض المرجو وإن الجاري العمل به تطيق أحكام مذهب المتوفى وقت وفاته وتقسيم التركة وفقه.

24 - ذهب البعض إلى وجهة النظر القائلة: عاقب الرجل الذي يقوم بعقد زواجه خارج المحكمة بالحبس لمدة تصل إلى ثلاث سنوات أو الغرامة دون أن يُقدّر المشرع أو يُذكر خطورة ما سببته نص العقوبة السالبة للحريّة حيث يساهم بتشتيت العائلة وتدمير أساسها وحبس ميعلها وانقطاع مصدر رزقها وصياع مستقبل أطفالها بل وصياع الزوجة الثانية إضافة إلى كون هذا الفعل هو أصلاً من المخالفات التي لا ترقى لمستوى الجناية أو الجنحة في الفعل المفترى والمخالف للنصوص القانونية، ولكننا نقول ما الحل لوقف عقود الزواج خارج المحكمة. التي تترتب عليها أيضاً الكثير من المفاسد الاجتماعية وصعوبة الإثبات في الزواج والطلاق وإثبات النسب وحقوق الطفل .. الخ⁽⁷⁰⁾.

25 - أشار في الفقرة (٣) من المادة (٣٩) منه إلى (إذا طلق الزوج زوجته وتبين للمحكمة أنّ الزوج متعسف في طلاقها وإن الزوجة أصابها ضرر من جراء ذلك، تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويض يتناسب وحالته الماديّة ودرجة تعسفه، يُقدّر بحكمة، على أنّ لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة الأخرى) وهنا حجة الزواج تبقى معتبرة إلى حين إبطالها من المحكمة ولكن في حقيقة الأمر أنّ الزوج إذا طلق زوجته شرعاً وانتهت الأدة فما حجة عقد الزواج وقيمتها القانونية بل ويكون تصديق الطلاق كاشفاً للحالة لا منشأ لها عليه نرى ضرورة إلغاء هذه الفقرة وعدم الإشارة إليه.

إنّ الشريعة الإسلامية تُعتبر مصدراً مهماً من مصادر القانون بل هي تعتبر وفق السياق التشريعي ألعام مصدراً مباشراً للقانون وهو أيضاً مصدر رسمي وتاريخي. ولو تطلّعنا جيّداً على عموم القوانين العراقية نجد أنّ الذين لا يزال مصدراً من مصادر القانون في النظام القانوني العراقي فهو يُظهر كمصدر تاريخي كما هو الحال بالنسبة للقانون المدني العراقي وقانون الأحوال الشخصية والأحكام القانونيّة المطبقة في مسائل الأحوال الشخصية في محاكم الطوائف وهو يبدو تارة أخرى كمصدر رسمي وذلك في المسائل التي يُحيل فيها قانون

الأحوال الشخصية للمذاهب الفقهية الإسلامية وبقدر ما تحكم فيه المحاكم وفقاً لتعاليم الطوائف غير المسلمة التي تختلف عن القضاء⁽⁷¹⁾ فلو رجعنا إلى الدساتير العراقية لوجدنا أنها تشير إلى قاعدة عامة كلية مفادها أن الإسلام هو دين الدولة⁽⁷²⁾.

وقد تم التأكيد على هذا المبدأ بعد ٢٠٠٣م، وصدر قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية عام ٢٠٠٤م، في المادة (٧) منه بالقول (أ) إن الإسلام دين الدولة الرسمي وبعد مصدراً للتشريع ولا يجوز سن قانون خلال المرحلة الانتقالية يتعارض مع ثوابت الإسلام أجمع عليها ولا مع مبادئ الديمقراطية والحقوق الواردة في الباب الثاني من هذا القانون، ويحترم هذا القانون الهوية الإسلامية لغالبية الشعب العراقي ويضمن كامل الحقوق الدينية لجميع الأفراد في حرية العقيدة والممارسة الدينية (ب) العراق بلد متعدد القوميات والشعب العربي فيه جزء لا يتجزأ من الأمة العربية. وقد تم تأكيد هذا المبدأ في دستور العراق الدائم لعام ٢٠٠٥ م التالف⁽⁷³⁾.

والذي أكد في المادة (٢) منه على (أولاً: - الإسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدر أساس للتشريع: أ - لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام. ب - لا يجوز سن قانون يتعارض مع مبادئ الديمقراطية. ج - لا يجوز سن قانون يتعارض مع حقوق والحريات الأساسية الواردة في هذا الدستور. ثانياً: - يضمن هذا الدستور الحفاظ على الهوية الإسلامية لغالبية الشعب العراقي، كما ويضمن كامل الحقوق الدينية لجميع الأفراد في حرية العقيدة والممارسة الدينية كالمسيحيين والأيزديين والصابئة المندائيين). فيما لو رجعنا إلى القوانين العراقية لوجدنا أنها أشارت في المادة (١) الفقرة (٢) من القانون المدني العراقي على أنه (إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقييد بمذهب معين فإذا لم يوجد فمقتضى قواعد العدالة) كما أشارت المادة (١) الفقرة (٢) من قانون الأحوال الشخصية التالف على أنه (إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون). وهذا يعني أن الشريعة الإسلامية هي مصدر إحتياطي في القانون المدني يلجأ إليه بعد التشريع والعرف وهي مصدر أصلي للتشريع في قانون الأحوال الشخصية وهي مصدر إحتياطي وحيد لهذا القانون⁽⁷⁴⁾.

ومهما يكن من أمر فإن الجدل الذي يثار حالياً في العراق ينصب حول إلغاء التشريع في مجال الأحوال الشخصية واللجوء إلى الفقه الإسلامي بعد نقاذ الدستور العراقي الدائم لعام 2005م والذي أشار في المادة (41) منه على أنه (العراقيون أحرار في الالتزام بأحوالهم الشخصية حسب دياناتهم أو مذاهبهم أو معتقداتهم أو اختياراتهم وينظم ذلك بقانون) فهنا يثار التساؤل حول مدى جواز مثل هذا النص؟ وهل يمكن استبدال التشريع المقتن بأحكام الفقه الإسلامي في المجتمع العراقي؟ قبل الإجابة عن مثل هذه الأسئلة لا بد من القول بإشارة عابرة أن التشريع المكون هي ركيزة أساسية لا بد منها لاستقرار المعاملات في مجتمع ما ومن ثم البحث عن المصدر التاريخي والموضوعي لهذا التشريع، ولو ربطنا قولنا هذا في موضوع بحثنا لأمكن القول من وجهة نظرنا أنه كقاعدة عامة لا يصبح الزكون إلى التشريع الإسلامي يبحره الواسع من مصادر وأصول للأحكام ومذاهب فقهية ومؤلفات دون تقنين ذلك بتشريع جامع شامل للأسباب الآتية:

1 - أن اللجوء إلى التشريع الإسلامي مبشرة يؤدي إلى صدور قرارات مختلفة ومتفاوتة في مسائل الأحوال الشخصية تبعاً لاختلاف وتفاوت المذاهب الإسلامية بل حتى داخل المذهب الواحد والفقه الواحد في أحكام هذه المسألة أو تلك ولا نريد الخوض في هذا الخلاف لأنه يحتاج إلى مئات المجلدات وهذا الاختلاف سيؤدي إلى عدم استقرار المعاملات والمسائل الشرعية مع ملاحظة أن المذهب الواحد قد يحصل فيه اختلاف بين الفقهاء والمراجع أضف إلى ذلك إمكانية اللجوء إلى القياس لمن قال به من المذاهب وإمكانية اللجوء إلى العقل والاجتهاد عند من يقول به من المذاهب.

2 - لو طبقنا فحوى المادة (41) من الدستور الدائم وقلنا إن العراقيين أحرار في أحوالهم الشخصية فهذا الأمر يؤدي بنا إلى ظهور مشكلة أخرى تتمثل بظاهرة تنازع المذاهب تبعاً للمذهب الذي يعتنقه خضوم الدعوى فما هو الحكم لو أن مسلماً حنفياً طلق زوجته الجعفرية وكانت دعوى الطلاق قد أقيمت لدى قاض يتبع المذهب الشافعي فأى مذهب ينطبق على الواقعة.

3 - أضف إلى ذلك مسألة الوصية والميراث والوصايا والقوامة والكفارة والمهر وغيرها من الأحكام فنحتاج إلى تشريع داخلي غير مصادر الفقه الإسلامي لبيان المذهب الواجب التطبيق وفي حالة اختلاف هذا المذهب في المسألة بيان الرأى منه أو العالم أو الفقيه الذي يقبله وهكذا وهذا أمر غير منطقي وغير معقول!

4 - وأمام ما ذكرنا أعلاه نكون أمام مشكلة أخرى هي ضرورة إثبات مذهبية المتداعين وألا فتتح المجال لمن هب ودبّ لإلادعاء بأنه ينتمي للمذهب الفلاني خاصة عندما يكون الحكم في هذا المذهب ذو مصلحة له لئلا يثقل عبء الإثبات عليه أو يزيدها على خصمه أو يُعطى الحق له أو يُغفیه منه وهنا نكون أمام حالة الإثبات الرئسي التي يجب تأشيرها في سجلات الأحوال المدنية إلى جانب ديانة الشخص كان يكتب مُسلم خفي أو مُسلم جعفري وهكذا نكون بحاجة إلى تعديل قانون الأحوال المدنية وذلك بإضافة المذهب إلى جانب الديانة وضرورة إقامة دعوى لتغيير المذهب أو تنديله لمن يريد تبديل مذهبه وفي هذا انتقاص واضح لمفهوم الوطنية التي ينبغي البحث عنها فالوطنية هي مقدمة على المذهبية لأن الجميع مع اختلاف دياناتهم ومذاهبهم هم عراقيون بديل أن شهادة الجنسية العراقية يُذكر فيها الدين فقط كمعلومة عن هوية العراقي ليس إلا.

5 - وإشارة لما ذكرناه في الفقرة السابقة فإن تحديد الحكم على أساس المذهب يؤدي إلى ظهور العنصرية الطائفية والفرقة ويضعف المفهوم الوطني ويقوّي المفهوم الطائفي وربما يثير النزاع عن بعض الحقائق والمفاهيم والأحكام ذات الاختلاف المتنازع عليها بين المذاهب ويدخله مدخل التنفيد والتدك كما قلنا سابقا هو في غنى عن الأمر ولو في الوقت الراهن.

6 - وما قيل عن العراقيين المسلمين يقال أيضا على بقية الطوائف الأخرى كالمسيحية أو اليهودية أو الأزدية أو الآشورية لأن هؤلاء أيضا هم بحاجة إلى أحكام أو أديانهم وملهمهم وهم أيضا منقسمون إلى طوائف وتخل مع كل ما يترتب على ذلك من طرح بعض الأمور التي أشرنا في النقاط السابقة.

7- والإحالة على الفقه أو التشريع الإسلامي قد يتعارض مع سمة أساسية بدأت بالظهور منذ رُبع قرن ألا وهي فكرة توحيد القوانين العربية تلك الفكرة التي كانت ولا تزال الجامعة العربية تتأصل من أجلها غير أن تسلط واستبداد بعض الحكومات حال دون تطبيقها فكانت في مقدمة القوانين التي تم السعي لتوحيدها بين الدول العربية هو قانون تنظيم الأسرة وتوحيده أسسا وأحوالا وشمولية ووضع الصوابط العلمية والطبية والاقتصادية والاجتماعية بجانب الصوابط الشرعية لبناء أسرة عربية قوية على أسس العلم والخلق لرغد الأمة بالأبناء الثجباء والبنات البررة لحمل رسالة الأمة للأجيال القادمة بهداية وسعادة وأمانة ومعالجة الأسباب التي أوغلت بالفتك بنظام الأسرة المصونة التي كُنتا بُاهي بها العالم وكان يحشدنا عليها الغرب بحضرته المتأقّة الجوفاء ونشلتها من مزالق التفكك والخلل والانحلال والتردي في مسالك التشرّد والتبدّل والانحراف والهلاك وتقضي

على أسباب الطلاق الذي تضاعفت أعداده أضعافاً كثيرة عما كان في عقد الخسنيات، ولا بد أن تكون الصوابط المطلوبة لمعالجة هذه الأسباب المهلكة هي ثباتها على الأساليب العلمية والتجارب الميدانية والإحصاءات والمسوح الواقعية⁽⁷⁵⁾.

كان العراق قد أصدر قانون عقد المعاهدات رقم (111) لسنة 1979م المنشور في الوقائع العراقية في العدد 2731 في 17-9-1979م الذي أشار في المادة (1)⁽⁷⁶⁾ منه على أنه لا يسري ولا يتعارض مع مبدأ توحيد القوانين العراقية، ولا شك في أن فكرة توحيد القوانين العربية أثرت عن مشروع قانون الأحوال الشخصية العربي والذي لا تزال مسودته مكرونة على ما يروى من (18) عام.

مع ملاحظة أن قانون الأحوال الشخصية بالنسبة للمسلمين في البلاد العربية وهم الأغلبية لا يحتاج في توحيدهِ إلى مجهود كبير وكانت أهم التوصيات المتعلقة بتوحيد قوانين الأحوال الشخصية التي خلصت إليها ندوة اتحاد الحقوقيين العرب المنعقدة في بغداد في شباط 1976م، هي التوصية رقم (1) والقاضية إلى توحيد قوانين الأحوال الشخصية باعتبار مصدر التشريع في هذا القانون في البلدان العربية هي الشريعة الإسلامية والتوصية رقم (3) والخاصة بتوحيد تسمية النصوص المتعلقة بالأحوال الشخصية وجمعها وترتيبها في قانون يدعى (قانون الأحوال الشخصية) بدلا من التسميات الأخرى مثل قانون الأسرة أو قانون العائلة. والتوصيات رقم (4,5,6,7,8) والتي أشارت إلى تنظيم عقد الزواج وتناسب السن بين الزوجين والعمل على تقييد عدد الزوجات واعتبار الزواج عقد رضائي وتقييد الطلاق بكل الوسائل الشرعية واعتبار الحضانة ومدتها مقيدة بمصلحة الصغير المحضون والعناية بحقوق القاصرين واتخاذ ما يلزم لحماية أموالهم وحقوقهم من التالف أو الضياع⁽⁷⁷⁾.

وخلصت الأمانة العامة بجامعة الدول العربية إلى القول بأن قانون الأحوال الشخصية العربي الموحد هو من أقوى وأنجع القوانين في الوطن العربي الأسباب منها أن القرآن والسنة هما المصدران المباشرين لهذا المشروع وإن الإسلام هو دين غالبية الشعب العربي وإن معظم الدول العربية تجعل من الشريعة الإسلامية مصدراً مهماً في المعاملات المدنية بعد التشريع⁽⁷⁸⁾.

خاتمة المقال:

بعد أن استعرضنا بحثنا الموسوم (قانون الأحوال الشخصية العراقي بين الثوابت الصياغية والمتغيرات - دراسة فقهية قانونية-) ندون أهم الاستنتاجات والتوصيات التي أمكن التوصل إليها؛ وذلك بعد أن أسردنا في المحور الأول الملاحظات الخاصة للقانون.

الاستنتاجات:

أوردت في النتائج بعض الجوانب التي يتعارض فيها القانون مع أحكام الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي:

١- جعل تعدد الزواج منوطاً بالقاضي وله الرّفص في حين أنّ الشريعة الإسلامية قيدت التعدد بما لا يتجاوز الأربع مع العدالة المالية لا القلبية.

٢- جعلت من يتزوج سواء لأول مرة أو أكثر خارج المحكمة مخالفاً للقانون وبالتالي يعاقب هو مع الشريك (الزوج الآخر) ومن عقد عليهم أو شهد لهم بالحبس أو الغرامة وهو أمر يخالف الشريعة الإسلامية لكن يدخل من وجهة نظرنا وفق قاعدة لولي الأمر تقييد المباح أو فرض عقوبة تعزيرية لغرض تنظيم أمور الحياة لا سيما أنّ هنالك أمراضاً عصرية لا بد من كشفها في المخطوبين بغية عدم إنجاب ذرية مشوهة أو مريضة وبالتالي التأثير سلباً على المجتمع.

٣- لم يوقع القانون طلاق المريض مرض الموت في حين أننا ذكرنا سابقاً أنّ الفقهاء المسلمين أوقعوا طلاقه وقضوا بميزاث مطلقته منه وفق شروط وحالات حدوها في كتبهم ومؤلفاتهم.

٤- أعطى الحق للزوجة طلب التفريق من زوجها إذا ما تزوج عليها بزوجة ثانية خارج المحكمة في حين أنّ الشريعة أعطت الرجل الحق بالزواج مثنى وثلاث ورباع شرط العدل المالي ولم تجعل من ذلك سبباً للتفريق أو طلب الطلاق.

٥- جعل للمطلقة الحق بالمطالبة بتعويض تعسفي يُعادل نفقتها لمدة سنتين ولها الحق بالمطالبة مهرها المؤجل مقوماً بالذهب وهما حقان لا تعرفهنّ الشريعة الإسلامية لأنّ الطلاق هو أبغض الحلال وهو حق للزوج على زوجته وكيف يكون صاحب الحق ملزماً بالضمان علماً أنّ هنالك من الفقهاء من يقرّر للمطلقة تعويض ما يُسمى بالمتعة وهو قريب من التعويض لكنه يختلف عنه.

٦- لم يُحدّد سنّ أعلى للزّواج بين الزّوجين كما فعل القانون الأردنيّ حيث لا يجوز بموجبه أن يتزوَّج الكبير والعكس وإن كان شرط الفرق في العمر في الشرط غير وارد شرعاً، لم يعتد بالوكالة في إيقاع الطّلاق في حين أنّ معظم الفقهاء المسلمين يُجيزون ذلك.

٧- أنّ قانون الأحوال الشخصية التّافذ لا يزال غير مُلبي لحاجات المجتمع العراقيّ في جميع مسأله - الزّواج - الطّلاق - الوصية - الميراث - (214) قانون الأحوال الشخصية العراقيّ.

٨- إنّ كثير من المسائل والأمور الخاصّة بمسائل الأحوال الشخصية كالخلع والحضانة وأحكام الوصية والتقسيمات والمسائل الإثنيّة أمّا منظمّة بشكل مُختصر أو غير منظمّة بالقانون أو بحاجة لتوسيع وتفصيل وذلك للحاجة الماسّة إليها في الأسرة العراقيّ مع مراعاة الجانب الشرعيّ.

٩- رغم أنّ الشريعة الإسلاميّة كانت المصدر التّاريخيّ والرّسميّ والوحيد لقانون الأحوال الشخصية إلّا إنّنا نجد أنّ نصوصاً مثل تقييد تعدّد الزّوجات بإذن القاضي ومعاقبة المتزوَّج خارج الحكمة وسائل أخرى في التّفريق والوصية والميراث ليست لها أصول في الشريعة الإسلاميّة ويعتقد أنّها مُستمدة إمّا من القوانين العربيّة المتأثّرة بالغرب أو من تلك التّشريعات المباشرة.

١٠- أنّ الدّستور العراقيّ الدّائم قد زاد الطّين بلة بالنّص في المادّة (١٤) العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي لأن في مسائل الأحوال الشخصية لا بد من وجود آراء مختلفة بين المذاهب. - مراعاة ذلك بما لا يزيد الفجوة والانقسام -

١١- هناك العديد من الملاحظات التي نكون قد غفلنا عنها بخصوص نصوص القانون التي تدل على أنّ هناك قصوراً تشريعياً سواء في الصياغة أم في المضمون أما ما وقعت عليه أيدينا فقد بحثناها في هذا البحث وأشرنا إليها.

التوصيات:

وبعد هذه الاستنتاجات الواردة أعلاه نرى ضرورة وضع الحلول التّالية كبداية للوضع الراهن لمسألة إصلاح قانون الأحوال الشخصية العراقيّ وهذه الحلول، يمكن تدوينها بالنقاط الآتية:

١- تعديل المادة (١٤) من الدستور الدائم وجعلها بالصياغة التالية العراقيون المسلمون وغير المسلمين أحراراً بمسائل الأحوال الشخصية وينظم ذلك بقانون خاص يراعى فيه دياناتهم وتقارب المذاهب دون التقييد بمذهب معين.

٢- تعديل قانون الأحوال الشخصية التأخذ ويأخذ فيه ما ذكرناه من نواقص وقصور وملاحظات في التشريع الحالي يُضاف لها التوسع في مسائل الأسرة والوصية والميراث ولا بُدّ بالاستعانة بمضامين القوانين العربية والإسلامية دون التقييد بمذهب معين بل إتباع أُلّذي يكون أصليح لبناء الأسرة مع إعطاء صلاحيات للقاضي في البحث في روح وحكمة التشريع والمغزى دون البحث في ظواهر النصوص وأحكامها به مع هذا القانون.

٣- توحيد القوانين الأخرى المكتملة له أو الملحقه.

٤- إلغاء أي قانون أو قرار يتعارض صراحة وأحكام الشريعة الإسلامية إستناداً لأحكام المادة (2 / أولاً / ١) من الدستور الدائم.

٥- سنّ قانون موحد لغير المسلمين من العراقيين يُنظم أحوالهم الشخصية يراعى فيه ما تقدّم من أمور بخصوص قانون الأحوال الشخصية المسلمين.

٦- زرع التّواة والبذور الأساسية نحو تخطّي حاجز القطريّة والسّعي وراء إنشاء قانون عربي أو إسلامي موحد للأحوال الشخصية.

هوامش المقال:

- (1) د. منعم فرج الصدة، نظرية القاعدة القانونية والقاعدة الشرعية، مصطفى الباني وأولاده، مصر، ١٩٧٠م، ج ١، صفحة رقم ١٢.
- (2) مختار الصحاح للرازي تحقيق يوسف الشيخ محمد المكتبة العصرية الدار النموذجية- بيروت لسنة ١٩٩٩م، الطبعة الخامسة ج ٦، الصفحة رقم ٢١٨٥.
- (3) ابن منظور، لسان العرب دار صادر، بيروت، لبنان، مادة (فن) ج ٣، صفحة رقم ١٧٧.
- (4) وجدنا أن هذا القانون رقم (٦١) لسنة ١٨٨٧م، المتعلق بتنظيم العلاقات التجارية مازال ساري النفاذ في الضفة الغربية وغزة.
- (5) مختار الصحاح لزين الدين الرازي تحقيق يوسف الشيخ محمد المكتبة العصرية الدار النموذجية بيروت الطبعة ٥ لسنة ١٩٩٩م، الصفحة رقم ٢٦١.
- (6) د. سمير كامل المدخل للعلوم القانونية نظرية القانون القاهرة 1985م- 1986م الصفحة رقم 10 والدكتور صاحب عبيد الفتلاوي. السهل في شرح القانون المدني مدخل لدراسة علم القانون عمان دار وائل للنشر 2011 الصفحة رقم ١٨.
- (7) د. منعم فرج الصدة، نظرية القاعدة القانونية والقاعدة الشرعية، مصطفى الباني وأولاده، مصر، ١٩٧٠م، ج ١، الصفحة رقم ١٢.
- (8) الخليل بن احمد الفراهيدي، العين ج ٣ الصفحة رقم ٢٩٨.

- (9) معجم مقاييس اللغة لابن فارس، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر لسنة ١٩٧٩م، ج ٢ الصفحة رقم ١٢١، المخصص لابن سيده، تحقيق خليل إبراهيم جفال، دار احياء التراث العربي بيروت لسنة ١٩٩٦م، ج ٣ الصفحة رقم ١٠٨، أساس البلاغة للزمخشري، تحقيق محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية بيروت الصفحة رقم ٢٠٨، النهاية في غريب الحديث والأثر ابن الاثير مجد الدين أبو السعادات لسنة ١٩٧٩م، الصفحة رقم ٤٦٢١. لسان العرب لابن منظور لليازجي وجماعة من اللغويين، دار صادر بيروت ج ١١، الصفحة رقم ١٨٨-١٨٩.
- (10) لسان العرب: ج ١١، الصفحة رقم ١٨٩.
- (11) المعجم الوسيط، أحمد حسن الزيات وآخرون الجزء الأول، المكتبة الإسلامية، إستانبول، تركيا، الطبعة ٢، ١٩٧٢م، الصفحة رقم ٢٠٩.
- (12) تاج العروس - باب الصاد
- (13) وقد حددت محكمة النقض المصرية في ١٩٣٤/٢١/٩م هذا المعنى، انظر: الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي فاروق عبد الله كريم الصفحة رقم ٨.
- (14) جوردون البورت: من المؤثرين بشكل عميق ومستمر في مجال علم النفس، على الرغم من أن أعماله لم تنل نفس القدر الذي نالته أعمال غيره من الشهرة الواسعة. واكتسب البورت جزءاً من أهميته ودوره في علم النفس وسمات الشخصية، بسبب براعته في الهجوم، وأفكاره الكثيرة، ومن كتبه سمات الشخصية.
- (15) حسن عبد المحمد سعيد، خصائص الشخصية المرتبطة بموازين النجاح أطروحة دكتوراه، الصفحة رقم ٤٣.
- (16) المصدر السابق الصفحة رقم ٤٣
- (17) المصدر السابق، الصفحة رقم ٤٥.
- (18) ابن منظور، جمال الدين الانصاري، ج ١١، الصفحة رقم ٢٣٩.
- (19) سورة الشورى الآية ١٣.
- (20) لسان العرب لابن منظور، دار احياء التراث العربي، ط ١، الصفحة رقم ١٧٦/٨، فصل العين حرف الشين.
- (21) وفي هذه الحالة يكون المصدر بمعنى اسم المفعول.
- (22) عبد الباقي البكري، المدخل لدراسة القانون والشرعية، مطبعة الآداب، ١٩٧٢م، الصفحة رقم ٢٣٢.
- (23) د. حسن كيرة، المدخل لدراسة القانون منشأة المعرفة، ١٩٧١م، الصفحة رقم ١١.
- (24) عُرف التقنين بأنه عبارة عن جمع القواعد الخاصة بفرع من فروع القانون بعد تبويبها وترتيبها وإزالة ما قد يكون بينها من تناقض وفيها من غموض في مدونة واحدة ثم إصدارها في شكل قانون تفرضه الدولة عن طريق الهيئة التي تملك سلطة التشريع فيها بصرف النظر عما إذا كان مصدر هذه القواعد التشريع أو العرف أو العادة أو القضاء أو غير ذلك من مصادر القانون ينظر لذلك: د. محمد زكي عبد البر، تقنين الفقه الإسلامي المبدأ والمنهج والتطبيق، الصفحة رقم ٢١.
- (25) عبد الباقي البكري، المصدر السابق، الصفحة رقم ٣٥٦.
- (26) د. أحمد سلامة، دراسات أحكام الاسرة لأحوال الشخصية للمواطنين الغير مسلمين، دار الفكر العربي، ط ٢، ١٩٦٢م، الصفحة رقم ٢٦-٢٨.
- (27) قام الفقيه محمد قدري باشا بصياغة ثلاثة كتب على المذهب الحنفي كذلك، الاحوال الشخصية وتضمن الحجر والهبة والوصية والميراث (والعدل والاصناف في مشكلات الاوقاف ويضم ٦٤٦ مادة ونشر عام ١٨٩٣م) و(أحكام المعاملات) وسمي هذا بل مرشد الحيران لمعرفة أحوال الإنسان، ويتكون من ٩٤١ مادة. ونشر عام ١٨٩٠م جعله على أحكام عامة، وأخرى خاصة، وعرضه بمواد بلغت (١٠٤٥) مادة.
- (28) محمد قدري باشا الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية المطبعة العثمانية، القاهرة.
- (29) محمد شفيق العاني، أحكام الاحوال الشخصية المطبعة الفنية الحديثة، ١٩٧٠م، الصفحة رقم ٦.
- (30) محمد بن علي بحر العلوم، أضواء على قانون الأحوال الشخصية لسنة ١٩٦٣م، الصفحة رقم ١٤-٣٧.
- (31) الاسم مقتبس من وادي جبلي ومبعد للاريزيديين في قضاء الشيوخان التابع لمحافظة نينوى والواقع ضمن مناطق إقليم كردستان العراق.
- (32) خروفة، شرح قانون الأحوال الشخصية، ١ الصفحة رقم ١١٩.

- (33) عبد اللطيف الشواف، عبد الكريم قاسم وعراقيون آخرون، بيروت: الوراق للنشر ٢٠٠٤م، الصفحة رقم ٨٤
- (34) جانباً من اعتراض الشيخ المظفر على قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩م؛ **بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ**، لقد اطلعنا على قانون الأحوال الشخصية، فوجدناه يصطدم في كثير من مواده بالقانون الإسلامي المقدس وينصوص القرآن العظيم الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد، فأفسنا أن يشرع مثل هذا القانون، ولا سيما في العراق البلد الذي يرجع إليه المسلمون أجمع في تعزف أحكام الإسلام الحنيف وتشريع القرآن الكريم، فكان الجدير بقانون الأحوال الشخصية أن يكون صدى لصوت القرآن ونسخة مطابقة لأصل قانون الإسلام لا يحيد عنه، فلما مولى من سيادتك إصدار الأمر بتعديله على وجه يطابق القانون الإسلامي. كتاب: الشيخ محمد رضا المظفر وتطور الحركة الإصلاحية في النجف، تأليف: الشيخ الآصفي، الصفحة رقم ٨٠ - ٨١.
- (35) محمد بحر العلوم، أضواء على قانون الأحوال الشخصية النجف: مطبعة النعمان، ١٩٦٣، الصفحة رقم ١٤-٣٧.
- (36) استناداً إلى أحكام الفقرة (أ) من المادة الثانية والاربعين من الدستور قرر مجلس قيادة الثورة بجلسته المنعقدة بتاريخ 28 - 7 - 1987م، ما يلي: أولاً: يجوز لوالد الغائب خارج العراق طلب التفريق بين ولده الغاب وزوجته بسبب الزنا وفق الشروط الآتية: 1- أن يكون والد الغائب قد عين فيما عليه بعد اكتمال مدة الغياب المنصوص عليه في المادة (85) من قانون رعاية القاصرين رقم (78) لسنة 1980م. 2- أن تثبت جريمة الزنا بقرار من المحكمة المختصة اكتسب درجة البتات. ثانياً: لا يجوز تحريك دعوى الزنا من قبل والد الغائب الا بإذن من الجهة التي عينته فيما عليه. ثالثاً: يعتبر التفريق في هذه الحالة طلاقاً باتاً. رابعاً: يعمل بهذا القرار من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية. للمزيد انظر: رقم التشريع (٥٤٤) بتاريخ ١٩٨٧-٧-٢٨م
- (37) المادة: ١٧ ب / الدستور المؤقت ١٩٦٨م قاعدة التشريعات العراقية/ مجلس القضاء.
- (38) احمد الكبيسي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج ١، الزواج والطلاق، مطبعة الإرشاد، بغداد، بدون سنة طبع، الصفحة رقم ١٠
- (39) كالتقانون الأردني الذي بلغت عدد مواده (١٨٧) مادة غير الوصية التي نضمها قانون خاص وكذلك القانون السوري الذي زادت مسودته عن (٢٥٠) مادة.
- (40) قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩م، المادة (١) تنص على: ١- تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في خواها. ٢- إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون. ٣- تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقه الإسلامي في العراق وفي البلاد الإسلامية الاخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية.
- (41) قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩م، المادة (٢) تنص على: ١- تسري احكام هذا القانون على العراقيين الا من استثنى منهم بقانون خاص. ٢- تطبق احكام المواد (19 و 20 و 21 و 22 و 23 و 24) من القانون المدني في حالة تنازع القوانين من حيث المكان.
- (42) احمد الكبيسي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج ١، الزواج والطلاق، مطبعة الإرشاد، بغداد، بدون سنة طبع، الصفحة رقم ١٢.
- (43) قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩م، الباب الأول الزواج والخطبة، نص في المادة (٣) الفقرة (١) الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً غايته انشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل.
- (44) قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩م، الباب الرابع انحلال عقد الزواج، المادة (٣٤) تنص على: أولاً-الطلاق رفع قيد الزواج بايقاع من الزوج او من الزوجة ان وكلت به او فوضت او من القاضي. ولا يقع الطلاق الا بالصيغة المخصوصة له شرعاً. ثانياً-لا يعتد بالوكالة في اجراءات البحث الاجتماعي والتحكيم وفي ايقاع الطلاق.
- (45) قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩م، الباب الأول الزواج والخطبة، نص في المادة (٣) الفقرة (٣) الوعد بالزواج وقراءة الفاتحة والخطبة لا تعتبر عقداً.
- (46) قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩م، الباب الثالث الحقوق الزوجية واحكامها المادة (١٨) نصت على: ١- تستحق الزوجة المهر المسمى بالعقد. فان لم يسم او نفي اصلا فلها مهر المثل. ٢- إذا سلم الخاطب الى مخطوبته قبل العقد مالا محسوباً على المهر ثم عدل أحد الطرفين عن اجراء العقد او مات أحدهما فيمكن استرداد ما سلم عينا وان استهلك فبدلاً. ٣- تسري على الهدايا لاحكام الهبة.
- (47) باقر الخليلي، نظرة سريعة في قانون الأحوال الشخصية، خلاصة بحث منشور في مجلة القضاء، العدد (٤-١)، ٢٠٠٠م، الصفحة رقم ٢٥.

(48) قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959م، المادة (3) الفقرة (4) تنص على: لا يجوز الزواج بأكثر من واحدة إلا بإذن القاضي ويشترط لإعطاء الإذن تحقق الشرطين التاليين: أن تكون الزوج كفاية مالية لإعالة أكثر من زوجة واحدة. ب- أن تكون هناك مصلحة مشروعة. (49) قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959م، المادة (3) الفقرة (5) تنص على: إذا خيف عدم العدل بين الزوجات فلا يجوز التعدد ويترك تقدير ذلك للقاضي.

(50) قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959م، المادة (9) تنص على: 1- لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار إكراه أي شخص، ذكرًا كان أم أنثى على الزواج دون رضاه، ويعتبر عقد الزواج بالإكراه باطلاً، إذا لم يتم الدخول، كما لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار، منع من كان أهلاً للزواج، بموجب أحكام هذا القانون من الزواج. 2- يعاقب من يخالف أحكام الفقرة (1) من هذه المادة، بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة سنوات، وبالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين، إذا كان قريباً من الدرجة الأولى. أما إذا كان المخالف من غير هؤلاء، فتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنوات، أو الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات. 3- على المحكمة الشرعية، أو محكمة المواد الشخصية الإشعار إلى سلطات التحقيق لاتخاذ التعقيبات القانونية بحق المخالف لأحكام الفقرة (1) من هذه المادة. ولها توقيفه لضمان حضوره أمام السلطات المذكورة، ويجوز لمن تعرض للإكراه أو المنع، مراجعة سلطات التحقيق مباشرة بهذا الخصوص.

(51) السيد حسين علي الأعظمي، أحكام الزواج، ١٩٤٩م، الصفحة رقم ١٦. أما الإكراه في الزواج شرعاً فقد ذهب الجمهور إلى عدم وقوعه. وأشار بعض الأحناف إلى وقوعه. انظر، د. احمد الكبيسي، مرجع سابق، الصفحة رقم ٤٨. (52) أن الكفاءة في الزواج تعتبر لدى الجمهور حقاً لأولياء الزوجة، أما الجعفرية فيعتبرونه حقاً لها ولها أن تتنازل عنه. انظر د. احمد الكبيسي، مرجع سابق، الصفحة رقم ٥٢.

(53) قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959م، المادة (١٠) الفقرة (5) تنص على: يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر، ولا تزيد على سنة، أو بغرامة لا تقل عن ثلاثمائة دينار، ولا تزيد على ألف دينار، كل رجل عقد زواجه خارج المحكمة، وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات، ولا تزيد على خمس سنوات، إذا عقد خارج المحكمة زواجا آخر مع قيام الزوجية.

(54) عدل نص المادة (٢٤) الفقرة (١) بموجب القانون رقم (١٩) لسنة ١٩٩٠م.

(55) قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959م، المادة (٧) الفقرة (٢): للقاضي أن يأذن بزواج أحد الزوجين المريض عقلياً إذا ثبت بتقرير على أن زواجه لا يضر بالجمهور وأنه في مصلحته الشخصية إذا قبل الزوج الآخر بالزواج قبولاً صريحاً.

(56) المحامي باقر الخليلي، مرجع سابق، الصفحة رقم ٢٥.

(57) المرجع السابق، الصفحة رقم ٢٨.

(58) قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959م، المادة (٣٥) الفقرة (٢) تنص على: (المريض في مرض الموت أو في حالة يغلب في مثله الهلاك إذ مات في ذلك المرض أو تلك الحالة وترثه زوجته).

(59) اختلف الفقهاء حول ارث المطلقة من زوجها المريض مرض موت على عدة آراء، الأول يرى إنها ترث في العدة والثاني ترث مطلقاً ما لم تتزوج بغيره والثالث يرى إنها ترث بعد العدة وان تزوجت في تفاصيل ذلك، انظر: د. عبد الملك السعدي، الطلاق والألفاظ المعاصرة في ضوء الفقه الإسلامي، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٨٦م، الصفحة رقم ٤٠ وما بعدها.

(60) السيد حسين علي الأعظمي، مرجع سابق، الصفحة رقم ١٣٦.

(61) المحامي باقر الخليلي، مرجع سابق، الصفحة رقم ٢٩.

(62) منهم السيد محسن الحكيم، مناهج الصالحين، ج ٢، الصفحة رقم ٢٢٨. السيد أبو القاسم الخوئي، مناهج الصالحين، ج ٢، ١٩٧٢م، الصفحة رقم ٣٤١. السيد علي الحسيني السيستاني، مناهج الصالحين، ج ٣، ١٩٩٦م، الصفحة رقم ١٩٢. السيد عبد الأعلى الموسوي، جامع الأحكام الشرعية، ١٩٩٠م، الصفحة رقم ٤٤٠.

(63) السيد عز الدين بحر العلوم الطلاق بغض الحلال إلى الله، مطبعة النجف، ١٩٨٨م، الصفحة رقم ٢٦٣.

(64) قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959م، المادة (٤٣) الفقرة (٤) إذا وجدت زوجها عنباً أو مبتلى بما لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية، سواء كان ذلك لأسباب عضوية أو نفسية، أو إذا أصيب بذلك بعد الدخول بها وثبت عدم إمكان شفائه منها بتقرير صادر

عن لجنة طبية رسمية مختصة، على أنه إذا وجدت المحكمة أن سبب ذلك نفسي، فتؤجل التفريق لمدة سنة واحدة، شريطة أن تمكن زوجها من نفسها خلالها.

(65) السيد عبد الهادي الحسيني الشيرازي وسيلة النجاة، الصفحة رقم ١٨٥. السيد محمود الحسيني الشاهرودي، رسالة ذخيرة المؤمنين ليوم الدين، الناشر: م. الحسيني الشاهرودي، الصفحة رقم ١٧٤. الشيخ محمد رضا آل ياسين، بلغة الراغبين في فقه آل ياسين، الصفحة رقم ١٦٦. السيد عبد الأعلى الموسوي السبزواري، جامع الأحكام الشرعية، ١٩٩٠م، الصفحة رقم ٤١٢. السيد أبو القاسم الخوئي، منهاج الصالحين، ج ٢، ١٩٧٢م الصفحة رقم ٣١٤. السيد أبو الحسن الموسوي، وسيلة النجاة، ط ٥، الصفحة رقم ٢٦٢. السيد محسن الحكيم منهاج الصالحين، ج ٢، الصفحة رقم ٢٠٣.

(66) المراجع أعلاه.

(67) المحامي باقر الخليلي، مرجع سابق، الصفحة رقم ٣٣.

(68) المرجع السابق، الصفحة رقم ٣٣.

(69) د. مصطفى الزلي الوصية والميراث، مطبعة وزارة التعليم - بغداد، ٢٠٠١م، الصفحة رقم ١٦٦.

(70) القاضي زهير كاظم عبود الزواج والطلاق والواقع الاجتماعي والقانوني للمرأة مجلة دراسات قانونية، فرنسا، العدد التجريبي، آذار ٢٠٠٤م، الصفحة رقم ٢٨، ٢٧.

(71) د. رياض القيسي، مرجع سابق، الصفحة رقم ١٦٨.

(72) انظر المادة (١٣) من القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥م الملغى. انظر المادة (٤) من الدستور المؤقت لعام ١٩٥٨م الملغى؛ انظر المادة

(73) من الدستور المؤقت لعام ١٩٦٤م الملغى. المادة (٤) من الدستور المؤقت لعام ١٩٦٨م الملغى. المادة (٤) من الدستور المؤقت لعام

١٩٧٠م الملغى.

(74) المنشور في الوقائع العراقية العدد ٤٠١٢ في ٢٨/١٢/٢٠٠٥م.

(75) مع الإشارة إلى أننا ذكرنا سابقاً أن هناك قرارات وقوانين تخالف أحكام الشريعة الإسلامية أقرها المشرع العراقي.

(76) المحامي عبد القادر الدبوني، أسس توحيد القوانين العربية، مطبعة بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٠م، الصفحة رقم ٣٩-٤٠.

(77) قانون عقد المعاهدات رقم (111) لسنة 1979 الفصل الأول م(١) ١-يسري هذا القانون على المعاهدات الدولية التي تعقد بأسم الجمهورية العراقية أو حكومتها مع دولة أو دول أخرى أو حكوماتها أو منظمة دولية أو أي شخص قانوني دولي آخر تعترف به الجمهورية العراقية. ٢ - يقصد بالمعاهدة توافق ارادات مثبت بصورة تحريرية بين شخصين أو أكثر من الاشخاص القانونية الدولية المذكورة في الفقرة (1) من هذه المادة لغرض احداث آثار قانونية تخضع لاحكام القانون الدولي، بصرف النظر عن تسمية الوثيقة أو عدد الوثائق التي يدون فيها أحكام التوافق كالمعاهدة، أو الاتفاق، أو الاتفاقية، أو البروتوكول، أو المذكرات، أو الرسائل أو الكتب المتبادلة، أو غير ذلك من التسميات ما دامت الشروط المذكورة في هذه الفقرة متوفرة فيها.

(78) لتفاصيل أكثر حول هذه التوصيات واهم مضامينها: انظر مجلة الحقوق، بغداد، العددان (١، ٢)، ١٩٧٦م، الصفحة رقم ١٦٩.

(79) نحو قانون عربي موحد، بحث أعدته الأمانة العامة لاتحاد الحقوقيين العرب، منشور في مجلة الحقوق العربي، الأعداد (٨، ٩، ١٠)،

١٩٨٨م، الصفحة رقم ١٩٣، ١٩٢.