الاجتهاد القضائي
في نصوص قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ

ا.و. حيدر حسين كاظم الشمري ا.م.و. ثامر داود الشافعي
كلية القانون — جامعة كربلاء

المقدمة

لعب القضاء وما يزال دورا فاعلا في تطوير نصوص قانون الاحوال الشخصية النافذ على الرغم من قدمه وعدم مواكبته للتطورات الحاصلة في الاسرة العراقية ومرور اكثر من عقدين على اخر تعديل جرى عليه .

وقد قام القضاء بدور فاعل في الاستجابة للقضايا الملحة والمتكررة على سوحه والتي لم يسعفنا النص القانوني فيها فكان هذا الدور يتمحور في اتجاهين :

الاول : القضاء الدستوري والمتمثل بقرارات المحكمة الاتحادية العليا والتي دافعت كثيرا عن القانون النافذ وردت الطعون العديدة التي قدمت ضده من قبل الخصوم سواء بالطعن بأصل سنه او تشريعيه او بالطعن ببعض النصوص القانونية والتي يراها البعض متعارضة وثوابت الاسلام خصوصا بعد نفاذ دستور العراق الدائم لسنة ٢٠٠٥ والذي اشار في المادة (٢) منه الى انه اولاً: الاسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدر أساس للتشريع :أ ـ لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام.....).

الثاني : القضاء العادي المتمثل بقرارات القضاء العراقي ،سواء محكمة التميز الاتحادية او محاكم الاحوال الشخصية والتي من خلال المبادي التميزية والقرارات القضائية التي جاءت بأحكام جديد تماشت والاوضاع الراهنة سواء في مسائل اثبات الزواج او مشروعيته او الفرقة او حقوق الزوجة وغيرها من المسائل الاسرية .

ان هذا البحث يدور في دور الاجتهاد القضائي في قضايا الأسرة وسيركز على محور القرارات القضائية مع بيان النصوص القانونية في التشريع العراقي .وسيقع هذا البحت غي مبحثين :

المبحث الاول نتطرق فيه الى الاجتهاد القضائي الدستوري (المحكمة الاتحادية العليا) وتقع في مطلبين : الاول : الموقف من حقوق المطلقة وفيه فرعان : الفرع الاول : الموقف من المهر المقوم بالذهب، الفرع الثاني : الموقف من التعويض عن الطلاق التعسفي ،اما المطلب الثاني : دفاع المحكمة عن قانون الاحوال الشخصية .

اما المبحث الثاني :موقف القضاء العراقي العادي من الاجتهاد في قضايا الاحوال الشخصية ففيه مطلبين: المطلب الاول : الموقف من المسائل المستجدة وفيه فرعان :

الاول : الزواج والطلاق الالكتروني والثاني :عمل الزوجة ودراستها اما المطلب الثاني : الموقف من القضايا محل الجدل القانوني والاجتماعي: وفيه فرعين: الاول : الحضانة ، والثاني : الوصية الواجبة وتبديل الدين . وسنضع خاتمه لاهم النتائج والتوصيات التي سنصل اليها.

تمهيد

دور المحكمة الاتحادية العليا في البت بدستورية التشريعات النافذه محل الطعن

تعد المحكمة الاتحادية العليا اعلى سلطة قضائية في العراق والتي من بين مهامها التي حددها الدستور هو • الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة النافذة، وكذلك تفسير نصوص الدستور والفصل بالقضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين والأنظمة والقرارات الاتحادية. يكون الطعن مباشرة أمام المحكمة من كل ذي مصلحة[١] وتتألف المحكمة من رئيس ونائب للرئيس وسبعة أعضاء أصليين يتم اختيارهم من بين قضاة الصنف الأول المستمرين بالخدمة ممن لا تقل خدمتهم الفعلية في القضاء عن ١٥ سنة. وللمحكمة ٤ أعضاء احتياط غير متفرغين يتم اختيارهم من بين قضاة الصنف الأول المستمرين بالخدمة ممن لا تقل خدمتهم الفعلية في القضاء عن ١٥ سنة.

وأهم ما يميز الرقابة على دستورية القوانين التي تمارسها المحكمة الاتحادية [٢]العليا في العراق إنها رقابة مركزية فتتولى هذه التحقق من مطابقةِ المحكمة مهمة القانون للدستور أن نص الدستور على إنشائها يعني امتناع كل طرق الرقابة ([٣]) الأخرى بعد تمام ذلك الإنشاء.

وتشمل رقابة المحكمة الاتحادية العليا على دستورية كل التشريعات النافذة سواء أكانت صادرة قبل نفاذ دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ حيث جاء ما بعدهِ النص مطلقاً وبدون تخصيص أو تقييد وعلى هذا الاساس يجوز الطعن بقرارات مجلس قيادة الثورة (المنحل) لان لها قوة القانون كما يجوز الطعن بالقوانين والانظمة الصادرة من سلطة الائتلاف المؤقت ة المنحل ة بناء على سلطتها وقد دعمِ عملي لقضاء المحكمة الاتحادية العليا هذا التخريج حيث حصرت تطبيق إختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين

([١]) – لها قانون خاص هو قانون المحكمة الاتحادية العليا في العراق الصادر بموجب الأمر (٣٠) لسنة ٢٠٠٥. نصت المادة (١): تنشأ محكمة تسمى المحكمة الاتحادية العليا ويكون مقرها في بغداد تمارس مهامها بشكل مستقل لا سلطان عليها لغير القانون.

المادة (٢): المحكمة الاتحادية العليا مستقلة ماليا" وإداريا".

المادة (٣): تتكون المحكمة الاتحادية العليا من رئيس وثمانية أعضاء يجري تعيينهم من مجلس الرئاسة بناء على ترشيح من مجلس القضاء الأعلى بالتشاور مع المجالس القضائية للأقاليم وفق ما هو منصوص عليه في الفقرة هـ من المادة (الرابعة والأربعين) من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية.المادة (٤): تتولى المحكمة الاتحادية العليا المهام التالية:أولا: الفصل في المنازعات التي تحصل بين (الحكومة الاتحادية) وحكومات الأقاليم والمحافظات والبلديات والإدارات المحلية.ثانيا: الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والقرارات والأنظمة والتعليمات والأوامر الصادرة من أي جهة تملك حق إصدارها وإلغاء التي تتعارض منها مع أحكام قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية، ويكون ذلك بناء على طلب من محكمة أو جهة رسمية أو من مدع ذي مصلحة.ثالثا: النظر في الطعون المقدمة على الأحكام والقرارات الصادرة من محكمة القضاء الإداري.رابعا: النظر بالدعاوى المقامة أمامها بصفة استئنافية وينظم اختصاصها بقانون اتحادي.

([٢])- ينظر د. غازي فيصل مهدي ، المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية،ط١ ، موسوعة الثقافة القانونية/ ٢٠٠٨، ص١١.

([٣]) - د . عثمان عبد الملك صالح :الرقابه القضائية أمام المحكمة الدستورية في الكويت (دراسة تحليلية نقدية مقارنة) الطبعه الأولى كلية الحقوق .جامعة الكويت ١٩٨٦، ص ٢٢ .

والانظمة النافذة وليس المنتهي حكمها أو غير النافذة وكذلك عدم اختصاصها بالتصويت على مشروعات القوانين في مجلس النواب أو تعديل القوانين ([1]) .
و نصت المادة الثالثة من النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١ لسنة ٢٠٠٥ على ((اذا طلبت احدى المحاكم من تلقاء نفسها ،اثناء نظرها دعوى ،البت في شرعية نص في قانون او قرار تشريعي او نظام او تعليمات يتعلق بتلك الدعوى فترسل الطلب معللاً الى المحكمة الاتحادية العليا للبت فيه ولا يخضع هذا الطلب الى الرسم))
ومن خلال ما تقدم نجد إن المحاولات حثيثة نحو التعرض إلى الحقوق الدستورية التي اقرها الدستور والقانون للأسرة ممثلة بالزوجية والطفولة وغيرها من الآثار المالية لهذه الحقوق واتبع أصحاب هذا الاتجاه كل السبل بما فيها تعطيل تلك الأحكام والحقوق الصادر بموجبها عبر الطعن بها أمام المحكمة الاتحادية العليا إلا أن للمحكمة كان القول الفصل في حماية تلك الحقوق لأنها أصلت فكرة وجود هذه الحقوق في الشريعة الاسلامية الغراء ووجدتها تتفق وتنسجم مع النصوص الدستورية والثوابت الشرعية التي تعكز عليها اغلب من ادعى بعدم دستوريتها وبذلك كان للمحكمة الاتحادية العليا دور كبير ومهم في حفظ الحقوق وحفظ الأسرة من التفكك لان اغلب هذه الحقوق ذات أثار مالية وجميعها من اثار الطلاق ووجود هذه النصوص تجعل من الزوج أن يقف كثيرا عند سعيه لإيقاع الطلاق وفعلا إن ما حصل في التطبيقات القضائية العديد من الرجال يرجعون عن سعيهم لإيقاع الطلاق عند معرفته بهذه الآثار التي أقرتها تلك القوانين مما أسهم كثيرا في إدامة الروابط الأسرية.([2]) .
ورغم ان قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ هو قبل دستور عام ٢٠٠٥ الا انه تعرض للكثير من الانتقادات والهجمات من البعض على اساس انه يتعارض و وثوابت الاسلام سواء في بعض مواده ام بالجمله ما كان للمحكمة الاتحادية العليا الدور الفعال في الدفاع عن العديد من فقراته

المبحث الاول: الاجتهاد القضائي الدستوري(المحكمة الاتحادية العليا)

لعبت المحكمة الاتحادية العليا دورا بارزا في حسم الجدل الكبير الذي وقع بين مختلف مفاصل المجتمع بخصوص قانون الاحوال الشخصية ، سواء بالعموم او الخصوص) ما كان له اثرا كبيرا في استقرار الحياة الاسرية في مختلف مفاصلها وفقراتها.
والكلام بهذا الخصوص يتطلب منا تقسيم هذا المبحث على مطلبين : الاول الموقف من حقوق المطلقة والثاني نتطرق فيه الى الموقف من المسائل الاسرية الاخرى

([1])- ينظر قرارات المحكمة الاتحادية العليا المرقمة /٢٢ اتحادية /٢٠٠٦ في /٥/٣ ٢٠٠٧ / ٨و مجموعة،٢٠٠٨ ٧/٢٢/ في ٢٠٠٨/ اتحادية ٢٤ / و ، ٢٠٠٨ ٧/٢٢/ في ٢٠٠٨/ اتحادية قرارات وآراء المحكمة الاتحادية العليا، المصدر السابق ، ص ٣٤ و ص و ٧٧ ص . ٨٨ ، ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم /٣ اتحادية /٢٠٠٧ في ٢/٧/ ٢٠٠٧، جعفر كاظم المالكي / المرجع في قضاء المحكمة الاتحادية العليا،ط١، المكتبة القانونية،٢٠١١، ،ص ٣٩ (. ٧(ينظر قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم /٣٩ اتحادية /٢٠٠٨ في /١٢/١ ٢٠٠٩ ، منشور في موقع المحكمة الاتحادية العليا ،سبق الإشارة إليه.

([2])- ينظر الموقع: https://www.mohamah.net/law/

المطلب الاول: الموقف من حقوق المطلقة

يتطلب منا الخوض في هذا الطلب تقسيمه الى فرعين وكالاتي:

الفرع الاول: الموقف من المهر المقوم بالذهب

كان من بين اهم سلبيات الحصار الاقتصادي الذي فرض في تسعينيات القرن الماضي ان اصاب البلد تضخم كبير قلت معه قيمة العملة العراقية وحيث ان هنالك مهور بعقود جرت قبل ذلك بكثير ما باتت معه لا قيمة لها وحيث ان قيمة الدينار وفقا للتشريعات العراقية النافذة كان واحد مهما تغيرت العملة فكان وقع ذلك على الزوجة حيث كان الزوج عندما يطلقها يدفه لها مؤخر مهرها المذكور في العقد وكانت المهور سابقا لا تتجاوز اقصاها الالاف الدنانير والتي لم يعد لها قيمة قط في منتصف التسعينات ما زادت معه حالات الطلاق وكان هذا دافعا لتشريع القرار ١٢٧ الخاص بالمهر المقوم بالذهب والذي خفف من حالات الطلاق وان زاد حالات طلب التفريق.

وربما بعد سقوط النظام السابق وتحسن الحالات الاقتصادية واستقرار قيمة العملة وتحسن المهور كان دافعا لدى البعض ونحن منهم الى قصر هذا القرار على المهور في الحقبة السابقة وعدم تطبيقه على الوقت الحاضر ولكن هنالك من طعن بمشروعية هذا القرار كونه يخالف الشريعة وسلطان العقد لذا طعن به امام المحكمة الاتحادية طالبا الغاؤه ([1]) الا ان المحكمة العليا المعنية بالقضايا الدستورية في العراق أيّدت القرار رقم ١٢٧ لسنة ١٩٩٩، والذي ينص على "تستوفي المرأة مهرها المؤجل في حالة الطلاق مقوماً بالذهب بتاريخ عقد الزواج" لأنه لا يتعارض مع الشرع والقانون ،وبررت المحكمة هذا التوجه بأن المهر هو دَّين في ذمة الزوج يبدأ يوم نشوءه، وعوّلت على القيمة الحقيقية التي يجب أن تقاس على تاريخ نشوء هذا الدَّين، عند الاستحقاق بحسب الزمان والمكان قياساً على قيمة العملة حينها ، وبهذا يتوجب الركون إلى معرفة المهر المؤخر للمطلقة بتاريخ عقد الزواج، ومساواته وفق المتغيرات الاقتصادية يوم التأدية، من خلال الاستعانة بالخبراء ومخاطبة الجهات المعنية بالسوق المالية.

كما وان المحكمة الاتحادية العليا قد مضت الى أن القرار يؤدي إلى إنصاف المطلقات ويحقق لهن التوازن الاقتصادي بين قيمة العملة حين نشوء الدَّين مقارنة بميعاد استحقاقه، ويوفّر العدالة التي سعت لها ثوابت الشريعة الإسلامية وفق ما ذهب إليه الدستور.([2]).

([1])- الموقف القضائي، جاء بناءً على دعوى أقامها مدع ضد رئيس مجلس النواب/ إضافة لوظيفته طالباً الحكم بعدم دستورية القرار رقم (١٢٧) لسنة ١٩٩٩، وقد ذهب إلى أن المهر المقوم بالذهب يعارض ثوابت الشريعة الإسلامية ومن المفترض أن يبقى بذات القيمة بلا زيادة أو نقصان.

لكن المحكمة وبعد أن عقدت جلستها ونظرت الدعوى واستكملت إجراءاتها، قامت بردها لأنها فاقدة لسندها الدستوري والقانوني، وبهذا واصل القضاء الدستوري في العراق دوره في الحفاظ على حقوق النساء الاجتماعية، كما حافظ في عديد من أحكامه على حقوقهن السياسية والمدنية

([2])- علما ان قضاء محكمة التميز العراقي قبل ذلك مضى في مشروعية هذا القرار واصدر العديد من الاحكام وفقا له منها قرار التمييزي بالعدد ٥٤٥٥/هيئة الأحوال الشخصية والمواد المدنية/٢٠١٦ في ٢٠١٦/٨/٢٨(لدى التدقيق والمداولة وجد إن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون إذ أن المدعية كانت قد تنازلت عن مهرها المعجل وكذلك النفقات والأثاث الزوجية والتي وردت في قرار الحكم بتصديق الطلاق الخلعي الصادر من محكمة الأحوال الشخصية في الكرادة العدد (.....) المؤرخ في ٢٠١٥/٩/٢٢ ولم يكن من بين الحقوق التي تنازلت عنها المدعية (الزوجة) مهرها المؤجل لذا فهي تستحقه حسب ما ورد في عقد الزواج ومقوماً بالذهب إشارة إلى القرار المرقم ١٢٧ لسنة ١٩٩٩ وحيث أن القرار المذكور أشار إلى (الطلاق) مطلقاً

ونجد أن القرار القضائي جاء متفقاً مع الدستور نصاً وروحاً، والذي أولى اهتماماً كبيراً بالمرأة وأفرد لها مواد تعالج القضايا التي تعاني منها، كما أنه لا يبتعد عن التوجهات العالمية الممثلة بقرارات المنظمات الدولية في ضرورة الحفاظ على حقوق المرأة وعدم انتهاكها، بالاستناد إلى عامل الوقت والتطور الاقتصادي وغلاء الأسعار، وضعف قيمة المهور بمرور الوقت، كما أنه يعالج موضوع التعسف في الطلاق الذي يلجأ له بعض الرجال بحجة أن المهر المؤخر تتراجع قيمته أو تنعدم مع مرور الوقت [١].

الفرع الثاني: الموقف من التعويض عن الطلاق التعسفي

نصت المادة (٣/٣٩) من قانون الاحوال الشخصية على انه (اذا طلق الزوج زوجته وتبين للمحكمة ان الزوج متعسف في طلاقها وان الزوجة اصابها ضرر من جراء ذلك، تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويض يتناسب وحالته المالية ودرجة تعسفه، يقدر جملة، على ان لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين علاوة على حقوقها الثابتة الأخرى) [٢].

ويفهم من هذه المادة ان الزوج يعوض زوجته في حالة طلاقه لها . فيمكن تعريف التعويض عن الطلاق التعسفي بانه (مبلغ من المال يقدر جزافا يدفع للزوجة التي يطلقها زوجها طلاقا تعسفيا بما يساوي نفقتها مدة من الزمن). ويشترط لتطبيق هذه الفقرة ما يلي:

١- ان يوقع الزوج بحق زوجته طلاقا بارداته المنفردة:

٢- ان يكون الزوج متعسفا بإيقاع الطلاق: أي ان القصور لا يعود للزوجة بل من الزوج ، فان كانت الزوجة هي سبب الطلاق او لم يكن متعسفا فلا يطبق النص، [٣] بل ان

والمطلق يجري على إطلاقه فانه لم يشر إلى أي نوع من أنواع الطلاق، عليه فان المدعية تستحق مهرها المؤجل مقوماً بالذهب بتاريخ عقد الزواج وحيث أن المحكمة ذهبت خلاف وجهة النظر المتقدمة الأمر الذي اخل بصحة حكمها المميز لذا قرر نقضه وإعادة الدعوى إلى محكمتها لإتباع ما تقدم على أن يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ٢٥/ذو القعدة/١٤٣٧ هـ الموافق ٢٠١٦/٨/٢٨ م .) والقرار تمييزي رقم القرار- ٦٥/تنفيذ/٢٠١١-تاريخ القرار-٢/٥/ ٢٠١١(لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ، ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون حيث ان تطبيق قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (١٢٧)في ١٩٩٩/٧/٢٤ على طلب طالبة التنفيذ باستيفاء مهرها المعجل مقوما بالذهب بتاريخ عقد الزواج كان في غير محله ذلك لان تطبيق القرار المذكور ينحصر في حالة الطلاق فقط وان طالبة التنفيذ قد تم طلاقها مرتين ثم عادت الى عصمة زوجها وحصل التفريق بحكم قضائي تضمن اسقاط ٧٠% من مهر الزوجة المؤجل المسمى في عقد الزواج وبناءا على ما تقدم يكون احتساب مهرها المؤجل مقوما بالذهب بالرغم من حصول طلاق سابق وقبل الحكم بالتفريق لم يستند الى اساس قانوني وعليه قرر نقض القرار المميز واعادة الاضبارة التنفيذية الى مرجعها لاتباع ما تقدم وصدر القرار بالاتفاق في ٣٠/جمادى الاولى/١٤٣٢ الموافق ٢٠١١/٥/٢) .

(١)- نقلا عن الموقع: https://shafaq.com/ar

(٢)- وهذه الفقرة أضيفت الى هذه المادة بموجب المادة (١) من قانون تعديل قانون الاحوال الشخصية النافذ رقم ٥١ لسنة ١٩٨٥ . ويلاحظ على إقليم كردستان انه وفق التعديل الأخير لقانون الأحوال الشخصية عدل المادة (٣/٣٩) وأصبحت كالاتي (٣- اذا طلق الزوج زوجته وتبين للمحكمة ان الزوج متعسف في طلاقها وان الزوجة اصابها ضرر من جراء ذلك تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويض يتناسب وحالته المالية ودرجة تعسفه يقدر جملة على ان لا تقل عن نفقتها لمدة ثلاث سنوات ولا تزيد على خمس سنوات علاوة على حقوقها الثابتة الاخرى.)واضاف فقره٤ نصت على انه (٤- تلتزم حكومة الاقليم برعاية المطلقة التي لا تملك دخلاً شهرياً ويخصص مبلغ شهري لها من قبل الرعاية الاجتماعية ولغاية ايجاد فرصة عمل لها او زواجها.). وهو برايانا من الأمور الحسنة التي نامل من المشرع العراقي ايرادها في قانون الأحوال الشخصية النافذ.

(٣)- ذهبت محكمة التميز الاتحادية الى انه (يجب على محكمة الموضوع ان تجلب الاضبارة الشرعية الخاصة بالطلاق وربطها مع اضبارة دعوى المطالبة بالتعويض عن الطلاق التعسفي للوقوف على نسبة تقصير كل طرف في احداث الطلاق الذي يتم

القضاء العراقي اعتبر قيام الزوج بإيقاع الطلاق بحق زوجته خارج المحكمة لدى رجل الدين وبغيابها تعسفا منه في إيقاع الطلاق [١] .

٣- ان تطلب الزوجة المطلقة التعويض [٢] .

مع ملاحظة ان الحكم بالتعويض التعسفي يكون جزافا كمبلغ مقطوع تقدره المحكمة بالاستعانة بالخبراء بما لا يتجاوز نفقتها لمدة سنتين يراعى فيه حالة الزوج المالية [٣]. ويلاحظ على التعويض التعسفي انه لاقى معارضة من قبل العديد من رجال الدين والاوساط القانونية والاجتماعية على اعتبار ان الطلاق حق للزوج فلا يجوز من استعمل حقه ان يعتبر متعسفا ويعوض الزوجة ولكن المحكمة الاتحادية العراقية قضت بمشروعية هذا التعويض [٤].

على اساسه احتساب مقدار التعويض). رقم القرار: ٩٦٨٩/هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٣ في ٣١-١٢-٢٠١٣.

(١) -رقم القرار :٣٥٠٠/هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٥في ١٩-٣-٢٠١٥.

(٢)- وذهبت محكمة التمييز الاتحادية الى ان اتفاق الطرفين على مبلغ التعويض عن الطلاق التعسفي ومبلغ نفقة العدة يعتبر صلحا ولا يجوز الرجوع عنه وفق احكام المادة (٧١٢) من القانون المدني . رقم القار :٢٠٨٥/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٤ في ٢٤-٤-٢٠١٤ . كما ذهبت الى اعتبار ان موافقة الزوجة على الطلاق لا يمنع من الحكم لها بالتعويض عن الطلاق الخارجي باعتباره تم تعسفا. رقم القرار :٥٥٣٤/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٠ ٥في ١٧-١-٢٠١١. قرار رقم ٢٢٠٨ / شخصية اولى / ٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٩/١ م(لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية المصادفة يوم ٢٠٠٨/٥/٣١ عطلة رسمية . لذا قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الطعن التمييزي وجد انه انصب على الفقرة المتعلقة بالحكم للمدعية بالتعويض عن الطلاق التعسفي الذي اوقعه المدعى عليه عليها بغيابها بتاريخ ٢٠٠٨/١/٦ وجد انها صحيح وموافقه للشرع والقانون ذلك لان محكمة الموضوع استعانت بخبير مختص لتقديره ولموافقة وكيل المدعية على تقديره وان دفع وكيل المدعى عليه بعدم استحقاقها للتعويض بحجة تعويضها عن الطلاق التعسفي الاول الذي اوقعه عليها بتاريخ ٢٠٠٦/٥/٣٠ لا سند له من القانون لان تعويضها عن طلاقها التعسفي الاول لا يحرمها عن التعويض عن طلاقها التعسفي الثاني وان تقدير الخبير له جاء معتدلاً ومناسباً ويصلح اعتماده سبباً للحكم عملاً بأحكام المادة ١٤٠/اولاً من قانون الاثبات . لذا قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعون التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز . وصدر القرار بالاتفاق في ١/رمضان/١٤٢٩ هـ الموافق ٢٠٠٨/٩/١)

(٣)- ذهب القضاء العراقي الى القول بان (دور الخبير ينحصر في تحديد النفقة الشهرية التي يحسب على اساسها التعويض الاجمالي عن الطلاق التعسفي اما الفترة التي تحسب عنها النفقة فهو امر تختص به محكمة الموضوع). محكمة التميز الاتحادية، رقم القرار :٨٧٠/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية /٢٠١١ في ١٦-٣-٢٠١١.

(٤)- قرار حكم المحكمة الاتحادية الذي اصدرته يوم ٢٨ -١- ٢٠١٨ بشأن تعويض المرأة عن طلاقها التعسفي اذ اعتبرت المحكمة ان تعويض الزوجة عن طلاق زوجها التعسفي لا يخالف احكام الدستور الخاصة بدور الدين الدستوري كما رسمه الدستور العراقي ذلك ان هذا الدستور أخذ بالدين الاسلامي وثوابته ولم يأخذ بمصطلح الشريعة الإسلامية كما اخذت به بعض الدساتير للدول الاسلامية او مصطلح الفقه الاسلامي في بعض الدول الاسلامية الاخرى كمصر و الامارات وسوريا وغيرها من الدول الاسلامية وهذا ما نصت عليه المادة(٢/أ) من الدستور و التي قررت بانه لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام ومعنى ذلك ان هذه المحكمة اعتبرت الحكم الوارد في قانون الاحوال الشخصية الذي يعطي الزوجة بالمطالبة لزوجها بدفع تعويض عن طلاقها التعسفي يوافق احكام الدستور ولا يخالفها وبذلك فان قرار المحكمة اخذ بثوابت الاسلام التي تقرر ان الحقوق غير مطلقة ولا يجوز التوسع فيها اذ ان الحقوق مقيدة بعدم الاضرار بالغير اما اضرار الزوج بزوجته صحيح ان الدين الاسلامي يقرر الحقوق ولكن يجب ان لا يترتب على استعمال هذه الحقوق الاضرار بالأخرين بالتعسف باستعمال الحقوق خلافا للبعض الذي يرى ان الحق في الطلاق مطلق وهو كذلك شريطة عدم الاضرار بالغير كطلاق الزوج لزوجته فله الحق بالطلاق ولكن يترتب عليه التعويض اي لا يمنع الزوج من الطلاق ولكن يجب ان لا يكون متعسفا بالطلاق ونجد لذلك اساسا اخر في الفقرة رابعا من المادة ٢٩ من الدستور التي منعت التعسف في الاسرة ونجد اساسه في النظرية العامة للحق والتعسف في استعماله الواردة في المادة (٧)من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ الذي يعتبر الشريعة القانونية العامة والذي يحكم جميع القوانين والذي يعتبر دستور القوانين و الذي وضع القاعدة العامة والاساس في استعمال الحقوق حيث قررت المادة السادسة من هذا القانون ان الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعل حقه استعمالا جائزا لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من الضرر والمادة السابعة التي اعتبرت استعمال الحق غير جائز اي يعتبر الاستعمال تعسفا يوجب التعويض في ثلاثة حالات هي اذا كان القصد من استعمال الحق الاضرار بالغير او ان المصالح التي يرمي الى تحقيقها قليلة الأهمية او ان المصالح المقصودة من استعمال الحق غير مشروعه وطبيعي ان طلاق الزوج زوجته متعسفا في طلاقه أي الطلاق بدون سبب وبقصد الاضرار

وأكدت المحكمة الاتحادية العليا أن تشريع رخصة الطلاق جاءت لمقتضياته المشروعة، لافتة إلى أن تعسف الزوج في استخدام هذه الرخصة يوجب التعويض، مبينة أن هذا التوجه لا يخالف ثوابت احكام الاسلام كونها تسعى إلى العدالة داخل الاسرة بوصفها نواة المجتمع. أن "المحكمة الاتحادية العليا اكدت ايضاً أن الشريعة الاسلامية تسعى إلى تحقيق العدالة في العلاقات الزوجية باعتبار أن العائلة هي نواة المجتمع ويترتب على سلاماتها سلامة المجتمع وامنه" و أن المحكمة وجدت ان الطلاق وأن شرع شرعاً إلا أنه شرع لمقتضياته المشروعة واذا ما صدر من الزوج تعسفاً فيكون قد تعدى الحدود المشروعة للطلاق.

المطلب الثاني: الموقف من المسائل الاسرية الاخرى

ان الخوض في هذا المطلب يتطلب منا تقسيمه الى فرعين:

الفرع الاول: الموقف من دستورية قانون الاحوال الشخصية

اولا: دفاع المحكمة عن قانون الاحوال الشخصية

من الطعون التي قدمت الطعن الذي اثير بخصوص بطلان قانون الاحوال الشخصية بالمجمل كونه لم يكتسب الصيغة الرسمية له بالتوقيع من كل اعضاء مجلس ([1]) فعقدت المحكمة العليا الجلسة التي خاصم المدعي فيها رئيس مجلس النواب/ اضافة لوظيفته". واستمعت لطعن المدعي ودفوع المدعى عليه الذي طلب رد الدعوى، وأكد أن قانون الاحوال الشخصية المطعون بعدم دستوريته هو من التشريعات النافذة المعمول واستناداً إلى احكام المادة (١٣٠) من الدستور. ووجدت المحكمة الاتحادية العليا أن قانون الاحوال الشخصية موضوع الطعن قد شرّع في ظل الدستور المؤقت لسنة ١٩٥٨، وقد تخلف احد اعضاء مجلس السيادة في حينه عن وضع توقيعه عليه معترضاً على مادة منه تتعلق بمساواة ارث المرأة بإرث الرجل معتمداً في ذلك احكام الانتقال الواردة في القانون المدني ، وان "المحكمة أكدت معالجة هذه النقطة بتدخل تشريعي لاحق بموجب القانون رقم (١١) لسنة ١٩٦٣ (قانون التعديل الاول لقانون الاحوال الشخصية)، حيث عادت احكام ارث المرأة إلى ما كانت عليه قبل صدور قانون الاحوال الشخصية" وأن المحكمة وجدت بعد هذا التعديل اكتسب القانون صفته الدستورية، وذلك أن هذا التعديل والتعديلات اللاحقة عليه قد صدرت في ظل دساتير نافذة وفقاً للإجراءات المرسومة في تلك الدساتير".

كما ان هذه المحكمة اوضحت بأن المقر فقها أن التعديل الذي يدخل على قانون ما من سلطة مختصة دستورياً بإصدار التعديل يعني الاقرار بدستورية القانون الذي وقع التعديل عليه، وهذا ما جرى بالنسبة لقانون الاحوال الشخصية موضوع الطعن بعدم

بها او ان المصلحة التي يقصدها الزوج من طلاق زوجته قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع الاضرار التي تصيب الزوجة بهذا الطلاق وبذلك فلا بد من تعويض الزوجة ولنا في القاعدة العامة التي تقول ان ابغض الحلال عند الله هو الطلاق وهذا لا يعني انه منع الطلاق ولكنه يعني ان للزوج طلاق زوجته فأن كان متعسفا يصح الطلاق ويقع شرعا و قانونا ولكن الزوج يلزم بالتعويض عن طلاقه التعسفي https://www.iraqfsc.iq/news.

([1])- فالمدعي طعن بعدم دستورية قانون الاحوال الشخصية المرقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ الصادر في ظل الدستور العراقي المؤقت لعام ١٩٥٨، باعتبار أن احد اعضاء مجلس السيادة لم يوقع عليه في حينه، لذا فأنه وتبعاً لوصفه من قبل المدعي يعتبر قانوناً غير دستورياً".

الدستورية، كما ان هذه المحكمة أكدت أن الادعاء بمخالفة بعض نصوص القانون ثوابت احكام الاسلام فأن ذلك يلزم أن تقرره جهة مخولة تثبت المخالفة لثوابت تعتمدها، وبناء عليه ردت الدعوى لعدم استنادها إلى سند من الدستور والقانون ، وكانت النتيجة هي ان ردت المحكمة الاتحادية العليا دعوى الطعن بقانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، لافتة إلى أن القانون اكتسب صفته الدستورية بعد معالجة موضوع الميراث عام ١٩٦٣.

ثانيا: الموقف من تعديل قانون الاحوال الشخصية من قبل اقليم كوردستان العراق

السلطة التشريعية في اقليم كردستان العراق قامت بتعديل قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ [١] وقدم طعن بعدم دستورية احدى المواد فقد نظرت المحكمة الاتحادية العليا الدعوى بتاريخ ٣٠ /١١ /٢٠٢٢ واصدرت حكماً بالعدد (٢٣٠/اتحادية/ ٢٠٢٢) تضمن الحكم بعدم دستورية المادة الثامنة عشر من قانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٨ (قانون تعديل تطبيق قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل في اقليم كوردستان والصادر عن المجلس الوطني لكردستان العراق (البرلمان حالياً) واعتباراً من تاريخ صدور الحكم موضوع الطعن وبررت المحكمة حكمها بان المادة المحكوم بعدم دستوريتها نصت على انه (اذا تزوج الزوج بزوجة ثانية يحق للزوجة الاولى طلب التفريق) وذلك لمخالفتها احكام الشريعة الاسلامية والمادة (٢/أ) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ التي نصت على انه(لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام) .

الفرع الثاني: الموقف من الحضانه والتفريق للنشوز

اولا: الموقف من الحضانه

نصت المادة (١/٥٧) من قانون الاحوال الشخصية على ان (الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك)، وهذا يعني ان الام هي الاحق بحضانة ولدها سواء اكانت الزوجية قائمة ام لا ما دام توافرت فيها شروط الحضانة. واشارت فقرة (٧) من هذه المادة الى انه (٧- في حالة فقدان ام الصغير احد شروط الحضانة او وفاتها تنقل الحضانة إلى الاب الا إذا اقتضت مصلحة الصغير خلاف ذلك وعندها تنتقل الحضانة إلى من تختاره المحكمة مراعية بذلك مصلحة الصغير)، واوضحت فقرة (٨) من هذه المادة على انه (إذا لم يوجد من هو اهل للحضانة من الابوين تودع المحكمة المحضون بيد حاضنة او حاضن امين كما يجوز لها ان تودعه إلى دور الحضانة المعدة من قبل الدولة عند وجودها)، واوضحت فقرة ٨ من هذه المادة انه (إذا فقد أبو الصغير أحد شروط الحضانة فيبقى الصغير لدى أمه ما دامت محتفظة بشروط الحضانة، دون أن يكون لأقاربه من النساء أو الرجال حق منازعتها لحين بلوغه سن الرشد).

([١])- قانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٨ قانون تعديل تطبيق قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل في اقليم كوردستان – العراق و قانون رقم (٦) لسنة ٢٠١٥ قانون تعديل تطبيق الثاني لقانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل في إقليم كوردستان – العراق

نصت المادة (٢/٥٧) من قانون الاحوال الشخصية على انه (يشترط ان تكون الحاضنة بالغة عاقلة امينة قادرة على تربية المحضون وصيانته ، ولا تسقط حضانة الام المطلقة بزواجها، وتقرر المحكمة في هذه الحالة احقية الام او الاب في الحضانة في ضوء مصلحة المحضون) ([1]).

وخلال حقبات عدة مر المجتمع العراقي بدوامة الصراع بين الطليق وطليقته بخصوص احقية المحضون التي كانت تحسم للمطلقه (الام) فكان دافعا للبعض للاعتراض على المادة ٥٧ من قانون الاحوال الشخصية امام المحكمة الاتحادية كونها تتعارض واحكام الاسلام الا ان هذه المحكمة ردت الدعوى ([2]) بالقول (تجد المحكمة الاتحادية العليا من

([1])- وفي عام ١٩٧٨ حصل التعديل الأول للمادة ٥٧ وكان تعديلًا نوعيًا، حيث تم إلغاء المادة التي كانت تؤلف من خمس فقرات بأكملها، وحل محلها مادة أخرى مؤلفة من تسع فقرات تتناول الحضانة بشكل أوسع وأوضح، وفي عام ١٩٨٤ صدر القرار رقم ٢١١ من مجلس قيادة الثورة المنحل بهدف ملأ إحدى ثغرات القانون المتعلقة بمشاهدة المحضون وبعد ذلك بعامين أي في ١٩٨٦ جرى تعديل على الفقرة التاسعة من المادة ٥٧ التي كانت تعطي حكمًا واحدًا لحضانة الام للمحضون في حالة فقدان الأب أحد شروط الحضانة أو حالة وفاته، ولكن بعد التعديل أضيفت شروط أخرى وأصبحت لكل حالة حكمًا خاصًا، وآخر تعديل جرى على أحكام الحضانة كان في عام ١٩٨٧ أي قبل ستة وعشرون سنة وبالتحديد على الفقرة الثانية الخاصة بشروط الحاضنة، ولا تزال هناك دعوات لإجراء التعديلات على القانون بشكل عام وعلى المادة ٥٧ بشكل خاص.https://iraqnewspaper.net/

([2]) -قرار المحكمة الاتحادية العليا بالعدد ٩٨ /اتحادية /اعلام /٢٠١٧ في ٢٠١٧/١١/٧-قرار المحكمة الاتحادية العليا ذي العدد ١٢ / اتحادية / اعلام 2019 / فيما يتعلق بالمادة (٥٧/أولا) من قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل، والذي طعن فيه بأولوية حق الأم في حضانة ولدها حال قيام الزوجية والفرقة والتي طعن المدعي بعدم دستوريتها للأسباب التي أوردها المدعي بعريضة دعواه والتي لخصتها المحكمة الاتحادية بالآتي- 1 : إن النص الوارد في المادة ١/٥٧ من قانون الأحوال الشخصية النافذ (الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك) إن هذا النص أعطى حقا مطلقا دون قيد حيث ورد على الاطلاق للأم بالأحقية وهذا الحال مخالفة حيث أن الأب لديه الحق بالحضانة مثلما للأم اذا كان المقصد من المشرع عند تشريع النص (المحضون) بعمر الحضانة فيشترط ذكر العمر وليس بشكل مطلق، ولا يمكن إهدار حق الأب بالحضانة بشكل متساو مع الأم فلا يمكن حرمان الأب من حق الحضانة واعطاء الحق للأم فقط 2 . -إن المخالفة المذكورة مع أحكام الشريعة الاسلامية تتقاطع مع الدستور النافذ وفق أحكام المادة (٢ /اولا /أ) وكذلك الفقرة)ثانيا) من المادة (٢٩ (من الدستور التي ذكرت للأولاد حق على والديهم في التربية والرعاية والتعليم وللوالدين حق على أولادهم في الاحترام والرعاية ...)، وبذلك يكون النص الدستوري جاء بالاشتراك وليس بالتمييز بين الوالدين، وأعطى الحقوق والواجبات بالتساوي عليهما واليهما، ولا يمكن تطبيق نص بالرعاية أو الحضانة أو يعطي للأم أحقية أكثر من الأب سواء غيرها .ان الله سبحانه وتعالى أعطى المساواة للوالدين دون تمييز في قوله تعالى في سورة الاسراء: (وقضى ربك الا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين احسانا) الآية (٢٣ (وسورة النساء: (واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين احسانا) الاية (٣٦ ،(وفي سورة البقرة) :وإذ أخذنا ميثاق بني اسرائيل لا تعبدون الا الله وبالوالدين إحسانا) الآية (٨٣ (وسورة الانعام: (قل تعالوا أتل ماحرم ربكم عليكم ألا تشركوا به شيئا وبالوالدين احسانا) الآية١٥١وقد وردت في الأقوال النبوية المنقولة قول رسول الله)كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته، الامام راع ومسؤول عن رعيته، والرجل راع في أهله وهو مسؤول عن رعيته، والمرأة راعية في بيت زوجها وهي مسؤولة عن رعيتها .(ان النص القانوني المطعون في دستوريته في الفقرة (١) من المادة (٥٧ (من قانون الأحوال الشخصية كان قد كتب في ظروف تلائم واقع الحال عند كتابة وتشريع القانون وهنالك الكثير من التغييرات التي طرأت على الحياة خلال العقود الماضية تجعل من النص المذكور لاينسجم مع الواقع وكذلك يتقاطع مع النصوص القانونية والدستور النافذ . قرار الحكم :لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد ان المدعي يطعن بالحكم الوارد في المادة (٥٧ /١ (من قانون الأحوال الشخصية المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل ونصها)الأم أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك) لكونها مخالفة لدستور جمهورية العراق في المادة (٢ /اولا-أ) منه ونصها: (لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام) وكذلك مخالفة الفقرة (ثانيا (من المادة (٢٩ (من الدستور (للأولاد حق على والديهم في التربية والرعاية والتعليم وللوالدين حق على اولادهم في الاحترام والرعاية ...) وكذلك لتعارضها مع مبادئ الشريعة الاسلامية حسب الآيات القرآنية المباركة التي أشار إليها في عريضة الدعوى ويطلب اصدار الحكم بعدم دستوريتها ..):عليه قررت المحكمة الاتحادية العليا رد الدعوى بالنسبة للمدعى عليها الأولى من جهة الخصومة هذا من جهة ومن جهة أخرى تجد المحكمة الاتحادية العليا من الحديث الشريف ومن آراء الفقهاء ومن التشريعات المماثلة في الدول الاسلامية وما استقر عليه القضاء من أحكام في مجال الأحوال الشخصية بمجموعها انها لا تحول دون التعامل مع واقع الحضانة كل حسب ظروفه لأن الأصل في الشريعة وفي التشريعات انها جاءت لصالح الانسان، ولدفع الضرر عنه سيما إذا كانت تخص الصغار منهم لأنهم الأولى بالرعاية من مصالح الخصوم، مراعية

الحديث النبوي الشريف ومن اراء الفقهاء ومن التشريعات المماثلة في الدول الاسلامية وما أستقر عليه القضاء من احكام في مجال الاحوال الشخصية ، بمجموعها أنها لا تحول دون التعامل مع وقائع الحضانة كل حسب ظروفه ،لأن الاصل في التشريعات أنها توضع لصلح البشرية ودفع الضرر عنها ،سيما إذا كانت تخص الصغار فهم الاولى بالرعاية من مصالح الخصوم ،مراعية بذلك مصلحة المحضون ودرء الضرر عنه ، والمحكمة عند عرض الدعوى عليها تتحرى هذه المصلحة عن طريق البحث الاجتماعي الذي يجري بواسطة المختصين وعن طريق بينة المتخاصمين وتقدر في ضوء ذلك أين تكمن مصلحة المحضون فتقضي بذلك لصالح الأم المتزوجة من الغير أو لصالح الأب اذا كان زواج الأم الحاضنة يسبب ضرر للمحضون أو يصرفها عن رعايته لأن الاصل في احكام الحضانة انها تدور مع مصلحة المحضون ،وقد فصل قانون الاحوال الشخصية العراقي ذلك في احكامه المتكاملة بهذا الصدد) .

ثانيا: الموقف من التفريق للنشوز

يعرف النُشوز اصطلاحا بانه عصيان الزوجة لزوجها، وامتناعها عن طاعته في ما أمرَ به وكان من المعروف، كامتناعها عن طلب زوجها لها للفراش، وخروجها دون إذنه، وعدم تربيتها ولده، وسائر حقوقه. ويُطلَق النُشوز على المرأة الكارهة لزوجها والتي لا تُحسن إليه في العِشرة[١]. وهذا التعريف ينصرف الى نشوز الزوجة [٢]. والنشوز ورد في قوله تعالى **(وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ۚ وَالصُّلْحُ خَيْرٌ)**[٣]

وجدلية الحق في طلب التفريق للنشوز تكمن في ان المشرع فصل في هذا الامر وفرق بين امرين: **اذا كان طالب التفريق هو الزوج**: فهنا القانون اجاز له طلب التفريق بعد اكتساب حكم النشوز درجة البتات، وعلى المحكمة ان تقضي بالتفريق، وتلزم الزوجة برد ما قبضته من مهرها المعجل، ويسقط مهرها المؤجل، اذا كان التفريق قبل الدخول، اما اذا كان التفريق بعد الدخول، فيسقط المهر المؤجل، وتلزم الزوجة برد نصف ما

بذلك مصلحة المحضون ودرء الضرر عنه، والمحكمة المختصة عن نظر الدعوى المنازعة في الحضانة تتحرى هذه المصلحة عن طريق البحث الاجتماعي وتقرر في ضوء ذلك أين تكمن مصلحة المحضون وقد أوضحت الفقرة (١ (من المادة (٥٧ (من قانون الاحوال الشخصية بأن (الام أحق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك) وجاءت هذه الفقرة المطعون (بعدم دستورتها) ضمن الاحكام المتكاملة لقانون الاحوال الشخصية في موضوع الحضانة ولكل ما تقدم تكون دعوى المدعي فاقدة لسندها الدستوري والقانوني مما يستوجب ردها لذا تقرر الحكم برد دعوى المدعي وتحميله المصاريف وأتعاب محاماة وكيلي المدعى عليه الثاني مبلغا قدره مائة الف دينار وصدر الحكم بالاتفاق باتا استنادا للمادة ٩٤ من الدستور والمادة (٥ (من قانون المحكمة الاتحادية العليا 3/5/ 2019. 155في علنا وافهم

(١) - قاسم سالم عبد النبي :نشوز الزوج وإعراضه في كتب التفسير، جامعة قطر: كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية ،٢٠١٧، ص ١٠-١٤.

(٢)- أمّا نشوز الزوج فهو: أن يسيء الزوج عشرة زوجته، فيبغضها، ويهينها، ويؤذيها بالسبّ أو الضرب، وأن يحرم زوجته من حقوقها، ويقلّص نفقتها بلا حق، ويترك مضاجعتها، ويتفاخر عليها بعلمه ونسبه، وأن يستعلي عنها إلى غيرها، فيؤثر غيرها عليها لبغضه وكراهته لزوجته ،واضاف الامامية انه يتحقق بمنع الزوجة من حقوقها الواجبة عليه، كترك الإنفاق عليها، أو ترك المبيت عندها في ليلتها، أو هجرها بالمرّة، أو إيذائها ومشاكستها من دون مبرّر شرعيّ.السيد السيستاني، منهاج الصالين/مسالة ٣٥٠.

(٣)- النساء/ ١٢٨.

قبضته، اذا كانت قد قبضت جميع المهر[١] ،اما **اذا كان طالب التفريق هي الزوجة الناشز** : فهنا القانون اجاز لها طلب التفريق ، بعد مرور (سنتين) من تاريخ اكتساب حكم النشوز درجة البتات، وعلى المحكمة ان تقضي بالتفريق . وفي هذه الحالة يسقط المهر المؤجل، فاذا كانت الزوجة قد قبضت جميع المهر، الزمت برد نصف ما قبضته[٢].

وهذا اثار جدلا عند البعض لاسيما النساء في ان اهذه المادة تحلبي الرجال على النساء وتخرق مبدا المساواة التي اقرها الدستور فنظرت المحكمة الاتحادية العليا في الطعن بالدعوى المرقمة ١٣٥/اتحادية/٢٠٢١واصدرت المبدأ الاتي (بعد اطلاع المحكمة الاتحادية العليا على المادة المطعون بعدم دستوريتها، يتضح جلياً انها أوجبت على المحكمة الحكم بالتفريق اذا اقيمت الدعوى من قبل الزوجة للمطالبة بالتفريق بعد مرور سنتين على اكتساب الحكم الصادر بالنشوز الدرجة القطعية في حين اجازت الفقرة (٥/ب) من المادة ذاتها للزوج طلب التفريق بعد اكتساب حكم النشوز درجة البتات وعلى المحكمة الحكم به، من دون تحديد مدة معينة خلافاً لما جاء بنص الفقرة (٥/أ) من المادة المذكورة، وتجد المحكمة الاتحادية العليا : أن الفقرة (٥/ أ) من المادة (٢٥) من قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل لا تخالف أحكام المادة (١٤) من الدستور ولا أي نص دستوري آخر كما لا تخالف نص المادة (١٥) من اتفاقية سيداو). واكدت بانه (تجد المحكمة الاتحادية العليا : ان المادة (١٤) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ ، اقرت مبدأ المساواة دون تمييز لأي سبب، وإن مبدأ المساواة المنصوص عليها في المادة آنفة الذكر لا يعني المساواة الفعلية التي يتساوى بها المواطنون في الحريات والحقوق أياً كانت مراكزهم القانونية، بل هي مساواة قانونية رهينة بشروطها الموضوعية التي ترتد في أساسها الى طبيعة الحق الذي يكون محلا لها وما تفتضيه ممارسته من متطلبات) واكدت بانه (تجد المحكمة الاتحادية العليا : أن المشرع يملك بسلطته التقديرية لمقتضيات الصالح العام وضع شروط موضوعية تتحدد بها المراكز القانونية التي يتساوى بها الافراد أمام القانون، بحيث اذا توافرت هذه الشروط في طائفة من الافراد وجب إعمال مبدأ المساواة بينهم لتماثل مراكزهم القانونية، وإنْ اختلفت هذه المراكز بأن توافرت في البعض دون بعضهم الآخر انتفى مناط المساواة بينهم) . واشارت انه ((تجد المحكمة الاتحادية العليا انه : لما كان الزوج والزوجة في مراكز قانونية مختلفة غير متساوية من حيث الحقوق والواجبات استناداً لعقد الزواج المبرم بينهما الذي يتحدد في ضوؤه المركز القانوني لكل منهما، الامر الذي يقتضي عدم وحدة التشريعات المتعلقة بالتفريق بينهما عند صدور حكم النشوز بحق الزوجة، لامتناعها عن المطاوعة، المكتسب للدرجة القطعية، وهذا ما تأكد بنص الفقرة (٥/ أ) والفقرة (٥/ ب) من المادة (٢٥) من قانون الاحوال الشخصية آنف الذكر، ولذا فإن مبدأ المساواة يعد متحققاً بنص الفقرة (٥/أ) من المادة المذكورة لعمومتيه وتجريده وانطباقه على كل زوجة

---

(١)- ينظر المادة (٢٥/٥ فقره ب).
(٢) - ينظر المادة (٢٥/٥/ ا).

صدر حكم نشوز بحقها اكتسب شكله النهائي). واوضحت انه (تجد المحكمة الاتحادية العليا ان المادة (٢/اولاً /أ) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ نصت على أنه (لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام) وعند تدقيق نص الفقرة (٥/ أ) من المادة (٢٥) من قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل ، وما تضمنه من مدة يجوز عند انتهائها للزوجة المطالبة بالتفريق اعتباراً من تاريخ صدور الحكم بنشوزها واكتسابه للدرجة القطعية، نجد ان الفقرة المذكورة لا تتعارض مع ثوابت أحكام الشريعة الاسلامية الغراء، كما أن تلك المدة المشار اليها فيها البالغة سنتين تم تحديدها استناداً لما للمشرع من سلطة تقديرية مطلقة في تحقيق المصلحة العامة وحماية العائلة والمجتمع والحيلولة دون تصدع الاسرة والعلاقات الزوجية وانتهائها بسهولة ويسر، بناء على رغبة الزوجة الممتنعة عن مطاوعة زوجها، ولا سيما أن من أهم الواجبات الملقاة على عاتقها مطاوعة زوجها ومساكنته في دار واحدة، طالما أن استخدام المشرع لسلطته التقديرية في هذا المجال كان في حدود احترام الحقوق والحريات المنصوص عليها دستورياً).

المبحث الثاني: موقف القضاء العراقي العادي من الاجتهاد في قضايا الاحوال الشخصية

لعب القضاء العراقي ممثلا بمحكمة التميز الاتحادية دورا في وضع حلول منطقية واضحه لحل النزاعات الاسرية القائمة خاصة وان قانون الاحوال الشخصية النافذ لم يكن منظما لكل مسائل الأسرة والتي تعني الرجوع الى الاحالة على الفقه الاسلامي ([1]) ولكن القضاء العراقي تمكن في العديد من القضايا من تأسيس مبادى قانونية هي بمثابة تشريع او تأطير لهذا القانون .

وسنحاول في هذا المبحث بيان اهم الاطر التي اسسها القضاء العراقي وسار عليها مؤخرا.

ان البحث هنا يتطلب منا تقسيم هذا المبحث الى مطلبين :الاول : الموقف من المسائل المستجدة، والثاني الموقف من القضايا محل الجدل القانوني والاجتماعي

المطلب الاولك الموقف من المسائل المستجدة

رغم قدم قانون الاحوال الشخصية الا ان مرونة هذا القانون ([2]) كانت عامل ايجابيا للقضاء في ان يؤسس مبادى قضائية ويصدر احكام تكون بمثابة تشريع او تأسيس للقاعدة القانونية .

وان المستجدات التي طرأت على واقع المجتمع العراقي عديدة لعل اهما ما يتعلق بالزواج والطلاق الالكتروني وهو ما سنتظرف اليه في فرعين :

([1]) - استنادا للمادة الاولى منه والتي تنص على انه (١ - تسرى النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها .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 أقرها القضاء والفقه الإسلامي في العراق وفي البلاد الإسلامية الأخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية).

([2]) - والمتمثلة بالاحالة على الشريعة الاسلامية دون التقيد بمذهب معين استنادا للمادة الاولى منه.

الفرع الاول: الزواج الالكتروني

يعرف عقد الزواج الإلكتروني بأنه العقد الذي يتم بين الطرفين حيث يلزم أن يكون إيجاب من احد الطرفين على أن يصدر من الآخر قبولا بعد تلقيه الإيجاب وعلم الموجب بنتيجة القبول ،وطريقة الإيجاب والقبول يمكن أن تكون شفاها أو كتابة، وتتم في الاتصال الإلكتروني بشكل واضح صريح على أن يكون كال الطرفين معرفا لدى الآخر مع توافر شروط انعقاد المجلس ([١]).

ويلاحظ على هذا النوع من الزواج انه ظهر مع انتشار مظاهر العالم الرقمي او ما يعرف بالأنترنت على مختلف صورها (المرئية -المسموعة- المقروءة) وهي كانت ولا تزال محل جدال لدى علماء وفقهاء الريعة الاسلامية بين من يرى مشروعية هذه العملية وبين من يرى العكس([٢]) .

وأكده مجلس القضاء الأعلى في العراق من خلال موقعه الرسمي شرعية الزواج عن طريق الانترنت إذا تم بخطواته القانونية، فيما أشار إلى أن البعض لجأ لاستخدام التقنيات الالكترونية في التعارف والاقتران. وذكر الموقع الرسمي في تقرير، أن "أسباب عديدة دفعت إلى عودة الزواج الكترونيا عبر الانترنت إلى الواجهة بعد أن انتشر قبل عدة سنوات وأبدت جهات مختصة عدة شرعيته وصحته، فدراسة الطلاب خارج البلد وعوامل السفر الأخرى عاودت الأسئلة عن مدى صحة الزواج عبر الانترنت وإجراءاته" ([٣]) .

هو الذي يكون الايجاب والقبول بإحدى وسائل الاتصال السمعية والمقروءة والمكتوبة (هاتف – انترنيت – فاكس ...الخ) ، أي ان مجلس العقد حاضرا زمانيا وغائب مكانيا وهو مختلف في مشروعيته بين من يرى جوازه وبين من يمانع ولا توجد معالجة تشريعية له في القانون العراقي .

([١]) - بشار محمود دودين :الاطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت وفقا لقانون المعاملات الالكترونية وبالتأصيل مع النظرية العامة للعقد في القانون المدني ، ط١، دار الثقافة للنشر ،عمان، ٢٠٠٦،ص٦٨.

([٢]) - ذهب د. خالد عمران أمين عام الفتوى في دار الإفتاء المصرية الى أن عقد القران والزواج الرقمي لا يعتبر عقداً شرعياً ولا يعتد به لان عقد القران لا يجوز من خلال وسائل التواصل الحديثة. وأضاف د. فضل مراد أستاذ الفقه المعاصر أن المجمع الفقهي استثنى عقد الزواج أو النكاح من العقود التي يجوز إبرامها عن طريق الانترنت أو وسائل التواصل الاجتماعي، حفظاً للأعراض والأنساب ومنعاً للتزوير والتدليس، ولذلك لا يجوز عقد القران عن طريق الانترنت أو الهاتف، وأشار إلى أنه يمكن أن يفتى في الأمر عندما يكون هناك مؤسسات تنظم عملية الزواج عن طريق الانترنت وتشرف عليها. كما أوضح الشيخ عبد الله السلمي في حكم عقد القران والزواج عن طريق الانترنت أن المجمع الفقهي الإسلامي لم يُجز عقد النكاح من خلال مواقع التواصل الاجتماعي في الظروف الطبيعية، أما في الظروف الاستثنائية فيجب النظر إلى شروط عقد النكاح من حضور الشهود وولي الفتاة واستيفاء الزواج للشروط الشرعية والضوابط. https://www.youtube.com \ ينظر مقال:دار الإفتاء: عقد الزواج الإلكتروني غير شرعي ويفتقد العديد من الشروط على الموقع https://www.youm7.com/ تاريخ لزيارة ٢٦-٦-٢٠٢٣ ساعه ٦ مساءا. ومن القائلين بالجواز ايضا : د. مصطفى الزرقا .د. وهبه الزحيلي .د. محمد عقله. بينما يرى أكثر فقهاء مجمع الفقهي الإسلامي بجدة في المملكة العربية السعودية عدم جواز إجراء عقد النكاح بطريق الوسائل الإلكتروني . ينظر : قرارات وتوصيات مجمع الفقه الاسلامي بجده- السعودية – الدورة الاولى ، ص ١٠.

([٣]) - مقالة : القضاء: لا غبار على الزواج عن طريق الإنترنت: على الموقع : https://alghadpress.com تاريخ الزيارة ٢٦-٦-٢٠٢٣ ساعة العاشرة مساءا .

الفرع الثاني: الطلاق الالكتروني

اما بخصوص وقوع الطلاق بواسطة الهاتف العادي او النقال او الانترنيت او الفيديو وما شابهه، فاذا اتصل الزوج بزوجته فسمعت صوته بوضوح قائلا لها(انت طالق)، فهل يقع طلاقها او لا ؟

جوابا نقول ان القانون العراقي لم يعالج هذا الامر في قانون الاحوال الشخصية النافذ ولا يمكن التعويل على القوانين الاخرى النافذة [١] انما يصار الى الرجوع على الفقه الاسلامي وهو بالطبع الفقه المعاصر لا القديم ويمكن القول بان هنالك رأيين بمسالة وقوع الطلاق الالكتروني : الاول يرى وقوع الطلاق الكترونيا قياسا على قول الفقهاء الاوائل من الجمهور فان كانت الفاظ الطلاق صريحة وقع الطلاق حالا الا ان يكون معلقا فيقع بحصول الشرط المعلق عليه ،ولا يحتاج في وقوعه الى نية وان كانت الفاظه كناية احتاج نية في وقوعه [٢]. والثاني يرى عدم وقوعه [٣]، وعادة ما يرجع القاضي الى مذهب الزوج او المطلق لبيان حكم هذا النوع من الطلاق.

وما سار عليه القضاء العراقي في حسم الدعاوي التي اثيرت بهذا الخصوص . فلم تعرض أمام القضاء العراقي حالة عبر الرسائل القصرة بالهاتف النقال إنّما عرضت أمام محكمة الأحوال الشخصنة في البياع قضية طلاق عن طريق المحادثة عبر الهاتف النقال (إذ ادعت المدعية [٤](س) أنّ المدعي عليه (ص) زوجها قد أتصل بها وتلفظ بصيغة الطلاق وباللفاظ الشرعية الدالة عليه بواسطة الهاتف النقال بتاريخ ٢٠٠٩/٨/٢٨ امام كل من الشاهد (أ) والشاهد(ب) وطلبت المدعية تصديق الطلاق، ولاستماع المحكمة لشاهدي العدل والحاضرين مجلس الطلاق والمؤيدين لدعوى المدعية وإ نّ الطلاق واقع للمرة الاولى وكانت المدعية في حالة طهر فقد قررت المحكمة بتاريخ ٢٠٠٩/٩/٣ الحكم بصحة الطلاق الواقع خارج المحكمة من المدعي عليه (ص) على المدعية (س) ويجب الإشارة الى ان الحكم صدر آستناداً لأحكام المادة (٣٩) من قانون الأحوال الشخصنة العراقي من حيث آتباع إجراءات الطلاق). وبهذا يكون القضاء العراقي قد اجاز الطلاق الحاصل عن طريق المحادثة عبر الهاتف النقال كونه وسيلة اتصال حديثة منتشرة بصورة واسعة في الوقت الحاضر تؤمن سرعة الاتصال وسهولة الاستخدام . والأهم من ذلك هو ان التخاطب بين مستخدميه فوربا ومباشراً بحيث ان الزوجة تسمع صوت زوجها وتتيقن من أنّه هو المتحدث وهو الذي يلفظ الطلاق. فعلى القاضي إذا عرضت عليه مثل دعوى كهذه أنْ يتأكد من الزوج نفسه بانه هو الذي أرسل الرسالة

([١])-مثل المادة(١٠٤) من قانون الاثبات العراقي رقم١٠٧ لسنة ١٩٧٩ ولا على قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ حيث أشار في المادة (٣/ ثانيا) منه انه (لا تسري احكام هذا القانون على ما يأتي :أ- المعاملات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والمواد الشخصية) .

([٢])-ينظر:الكاساني،البدائع(١٠٩/٣).الدسوقي،حاشيته(٣٨٤/٢)،البهوتي،شرح منتهى الارادات(٣/ ٨٦) ، البهوتي ،كشاف القناع(٢٤٩/٥).الشربيني،مغني المحتاج (٣٦٣/٤).حاشيتا قليوبي و عميرة (٣٢٩/٣). قياسا على وقوع الطلاق بالرسالة. يقصد بالرسالة أن يبعث الزوج طلاق امرأته الغائبة بواسطة شخص فيذهب هذا الشخص (الرسول) إليها ويبلغها الرسالة بوجهها .

([٣])- وهم الامامية .

([٤]) - رقم الدعوى (٣٦٧٠/ش/٢٠٠٩ (في ٢٠٠٩/٩/٣ عن محكمة الاحوال الشخصنة في البياع

وآستخدام الالفاظ المنصوص عليها شرعاً لإيقاع الطلاق وإنّ نيته انصرفت الى تحقيقه والزوجة فعلاً استلمت الرسالة. وعليه لابد أنْ يمثل الزوجان أمام القاضي للتيقن من هذه الامور.

عموما يمكن القول ان الطلاق الالكتروني ومن خلال الاطلاع على بعض القضايا التي عرضت على القضاء العراقي سواء منها ما تعلق بإيقاع الزوج الطلاق بحق زوجته عن طريق الهاتف او الرسائل الالكترونية فنجد في بعضها ذهب القضاء الى عدم وقوع الطلاق شرعا او قانونا الذي يوقعه الزوج عن طريق الهاتف الخلوي لعدم حضور الزوج مجلس الطلاق ([١]) بينما قضى في دعوى سابقه بوقوع الطلاق الذي اوقعه الزوج بحق زوجته عن طريق الاتصال الهاتفي في ٢٠٠٩/٨/٢٨ كونه امام شهود وقضت بتصديقه قانونا ([٢]).

المطلب الثاني: الموقف من القضايا محل الجدل القانوني والاجتماعي

ان مثل هذه القضايا عديدة الا اننا سنحاول التركيز على اهمها .

لذا سنتطرق في المطلب الاول الى الحضانة وفي المطلب الثاني الى تبدل الدين.

الفرع الاول: الحضانة

ذهبت محكمة التمييز الى انه (لا يجوز إسقاط حضانة الام اعتمادا على تقرير اللجنة الطبية الاستئنافية إذا أسس التقرير تفضيل حضانة الأب على اقتداره المالي لا على تضرر الصغير من حضانة أمه له، لأن الأب مكلف بالأنفاق على الصغير من حالته المالية مع بقائه لدى أمه حتى بلوغه العاشرة من عمره). ([٣])

كما قضت بان سفر المدعية خارج العراق وبقاء الاولاد طيلة هذه المدة مع والدهم قد اوجد انسجاما لا يؤثر على ضمهم الى والدتهم لان دعاوى الحضانة تدور مع مصلحة المحضون ([٤]). وكذلك قضت بانه يمكن ان تقام دعوى الحضانة كلما استجد ما يضر بمصلحة المحضون لعدم شكول حجية الاحكام دعاوى الحضانة كونها تدور وجودا وعدما مع مصلحة المحضون ([٥]).

وقد ذهبت محكمة التمييز الاتحادية الى ان (تخلف المدعى عليها الحاضنة عن احضار الطفلة في مواعيد المشاهدة والاصطحاب بموجب الحكم المنفذ يفقدها شرطا من شروط الحضانة وهو الامانة لعدم مراعاتها مصلحة المحضونة في تمكين ابيها من مشاهدتها.) ([٦]). كما قضت بانه(ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح و مخالف لأحكام الشرع والقانون للأسباب التالية :حددت المحكمة مكان المشاهدة في بيت المحامي (ع) ولم يبين في الحكم مكان وجود هذا البيت رغم عدم مناسبة للمشاهدة وكون امرا غير مألوف في الحالات المماثلة اذ ان المشاهدة تكون في المدينة التي فيها الحاضنة

([١]) – ينظر: قرار محكمة التميز الاتحادية رقم ٣٢٦٣/هيئة الأحوال الشخصية/ ٢٠١٧في ٢٠١٧/٦/١٣.

([٢]) – ينظر القرار : رقم الدعوى (٣٦٧٠/ش/٢٠٠٩ (في ٢٠٠٩/٩/٣ عن محكمة الاحوال الشخصنة في البصاع...

([٣]) - رقم القرار ٦٦/اسقاط حضانة/١٩٨٠ في ١٨-٢-١٩٨٠

([٤]) - القرار محكمة التميز المرقم ٦٧٨٩/ هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/ ٢٠١٦ في ٢٤-٨-٢٠١٦

([٥])- القرار المرقم ٦٧٥٢/ هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/ ٢٠١٦ في ٣-٨-٢٠١٦

([٦])- ينظر: رقم الحكم :١٠٨٠٧/هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/ ٢٠١٩.جهة الاصدار: محكمة التمييز الاتحادية.

عملاً بحكم قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٦ لسنة ١٩٩٢ / النافذ مع مراعاة ان تكون عدد مرات المشاهدة دون ارهاق للحاضنة والمحضون. لذا قرر نقضه...) [١]. كما ذهبت الى القول بان (على المحكمة عند الحكم بمشاهدة المحضون تحديد مرات المشاهدة بما يتناسب وعمر المحضون ومدى تضرره من مفارقة أمه.) ([٢]).

ويلاحظ مما تقدم من نصوص أن المشرع العراقي لم يترك أمر حضانة الولد للحاضنة الأم، إنما أشرك معها الأب في النظر والإشراف المُباشر لما يتطلبهُ المحضون من تربية وتعليم وما يناسبهُ من تأديب واصطلاح ، وان الاصل في حق المشاهدة من حيث المكان والزمان ان يتم بتراضي الابوين وبخلافه تحدده المحكمة على ان تراعي مصلحة المحضون ونفسيته وعدم ارهاق الحاضنة فلا تصح اوقات المشاهدة في ايام الدوام الرسمي ان كان المحضون طالبا او في مراكز الشرطة او دوائر التنفيذ او المحاكم[٣].

مع ملاحظة ان المشاهدة لا تقتصر على الابوين فقط بل تشمل الجد او الجدة عند وفاة الاب او الام اما في حياتهم فتكون المشاهدة للمحضون قاصره على الابوين فقط بل ذهب القضاء العراقي الى ابعد من ذلك حين قرر ان من حق الجد للاب مشاهدة حفيدته والنظر في شؤونها وتربيتها وتعليمها اذا تأكدت المحكمة ان والد الطفلة سافر خارج العراق لغرض المحافظة على الاواصر الاسرية وتقوية مبدا صلة الرحم[٤].

محكمة تمييز العراق في احدى قراراتها بالقول بأنه اذا سقطت حضانة الأم لولدها الصغير بسبب زواجها من أجنبي عنه ، فان طلاقها رجعياً من هذا الزواج لا يعطيها حق طلب الصغير الا بعد انتهاء عدة الطلاق [٥]. كما ذهبت الى ان صدور حكم سابق بأسقاط حضانة الام لأطفالها لا يمنع من اقامة دعوى جديده بالحضانة لان دعاوى الحضانة تتكرر تبعا لتغير الاسباب الشرعية والقانونية المتعلقة بها وتبعا لمصلحة الصغير[٦] . كما ذهب الى ان للام حق طلب استرداد الحضانة لطفلتها متى ما ثبت تضرر المحضونة جراء وجودها مع والدها [٧] .وذهب القضاء ايضا الى ان الحضانة تتعلق بالنظام العام وتدور وجودا وعدما مع مصلحة المحضون وان قول الزوج بان الام تنازلت عن حضانة الاطفال لا مورد له من القانون [٨] .

---

(١)- رقم القرار: ٢٦٢٧/مكان المشاهدة /٢٠٠٨.

(٢)- رقم القرار :١٣٠٦/مشاهدة محضون /٢٠٠٩ ٢٠٠٩/٤/١٥.

(٣) - منها قرار محكمة التمييز العراقية/ بالعدد ١٣٥٣ / شخصية/ ١٩٧٥ والصادر بتاريخ ١٩٧٥/٩/٢٨ القرار منشور في مجموعة الأحكام العدلية، العدد(٣)، السنة (٦) ١٩٧٥م، ص٨١الذي نص (ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون لأنه يجب أن لا تتضرر الحاضنة من المحل الذي يُجلب إليه الصغير من قبل أبيه لغرض مشاهدته، وان إلزام المدعى عليه/ الأب بالسماح للمدعية/ الأم بمشاهدة الصغير مرة واحدة في الأسبوع من الساعة الخامسة إلى الساعة السابعة مساء كل خميس في مركز شرطة البياع فيه ضرر ظاهر للصغير والمدعى عليها معاً، إذ يجب مراعاة مصلحة الصغير لذا قرر نقضه). وفي قرار آخر لذات المحكمة غلبت فيه مصلحة المحضون متى كان مكان المُشاهدة يضر المحضون مما يستوجب تغييره في قرار لها جاء فيه (أن قرار المحكمة بتغيير زمان ومكان المشاهدة للمحضونين صحيح وموافق لأحكام الشرع والقانون لأن محكمة الموضوع وجدت أن مصلحة المحضونين بتغير مكان وزمان المشاهدة لا يُسبب لهم ضرراً ولا يؤثر على سير دراستهم) القرار التمييزي ١٠٤٢ / الهيئة الشخصية الأولى/ ٢٠١٠ في٢٠١٠/٥/١٢

(٤)- القرار التمييزي: ٦٠٤٤/هيئة الاحوال والمواد الشخصية/٢٠١٦ في ٢٢-٩-٢٠١٦.

(٥) - قرار محكمة التمييز ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد ١،١٩٨٠،ص ٣٤.

(٦) - رقم القرار التمييزي: ٢٩٤/موسعه/١٩٨٢ في ٢٩-٥-١٩٨٢،مجلة القضاء ،ع١-٢-٣،س٤ ،١٩٨٣ ، ص ٢٠٦.

(٧) -رقم القرار التمييزي ٦٤٧٨/هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/ ٢٠١٦ في ١٠-١٠-٢٠١٦.

(٨) -رقم القرارالتمييزي٦٤٧٨/هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/٢٠١٥في٢٧-١٢-٢٠١٥

كما اشار القضاء العراقي الى ان أن امتناع الأم عمداً عن تمكين الاب من مشاهدة أولاده و لمرات متكررة يُشكل سبباً لإسقاط حضانتها لأنها بذلك حرمته من حق قانوني و هو المشاهدة و شرعي و هو إدامة صلة الرحم إضافة الى عدم التزامها بتنفيذ حكم يوجب عليها تمكين الاب من مشاهدة أولاده ...)([1]).

الفرع الثاني: تبديل الدين .

اشار القانون في المادة (١٨) الى مسالة اسلام احد الزوجين بالقول (إسلام أحد الزوجين قبل الآخر تابع لأحكام الشريعة في بقاء الزوجية أو التفريق بين الزوجين).ما يعني احالة مباشرة الى احكام الشريعة الاسلامية بهذا الخصوص.

والثابت شرعا ان من حق الشخص (ذكرا ام انثى) ان يبدل دينه من الاديان الاخرى الى الدين الاسلامي وليس العكس [٢] شرط ان يكون عاقلا بالغا ويدخل تبعا له ابنه القاصر . وعموما فان اسلام كلا الزوجين او احدهما يرتب الاثار الاتية :

١- اذا اسلم الزوجان معا او على التعاقب بقيت زوجيتهما ما لم تكن الزوجة محرمة عليها شرعا على نحو ما اشرنا اليه من المحرمات المؤبدة والمؤقتة.

٢- واذا اسلم الزوج وحده فننظر ان كانت الزوجة كتابية استمر الزواج وان كانت غير كتابية عرض عليها الاسلام فان دخلت فيه واسلمت استمرت الزوجية وان ابت واصرت على دينها فرق القاضي بينمها وتكون هذه الفرقة فسخا [٣] .

٣- اذا اسلمت الزوجة فقط عرض الاسلام على الزوج ؛ فان اسلم استمرت الزوجية وان ابى(امتنع) فرق القاضي بينهم بطلاق بائن بينونة صغرى [٤] .

ويترتب على اسلام احد الزوجين نتيجتين اساسيتين:

الاولى : تثبت الحقوق الزوجية لمن اسلم من الزوجين فقط دون الاخر ويلزم من لم يسلم بالوفاء بجميع هذه الحقوق.

الثاني: الزوجية تعد قائمة قبل تفريق القاضي ، فللزوجة النفقة وكل المهر ان توفى احد الزوج قبل الفرقة الا انه لا توارث بينهما [٥].

اما قانونا فلو رجعنا الى م (٢٦/اولا) من قانون البطاقة الوطنية رقم ٣ لسنة ٢٠١٦ النافذ لوجدنا انها نصت على انه " يجوز لغير المسلم تبديل دينه وفقا لأحكام القانون" والمفهوم المخالف للنص يقضي القول بعدم جواز استبدال الدين الاسلامي بدين اخر ما

([1]) - (قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٥٨١ / هيئة الاحوال الشخصية و المواد الشخصية / ٢٠١٨ ، بتاريخ ٢٦ / ٢ / ٢٠١٨ ، نقلاً عن المحامي رحيم العتابي ، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية ، ج ٢ ، الطبعة الاولى ، ٢٠١٩ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ص ٢١٨).

([٢])- لانها تعد ردة وعقوبتها الرجم (الإعدام) .

([٣])-الدسوقي،حاشيته(٢٦٨/٢).النووي،روضة الطالبين(١٤٣/٧).الرحيباني،مطالب أولى النهى (٥/ ١٦٠).

([٤]) - واختلف الفقهاء المسلمون في مسالة عرض الاسلام على الزوج بين من يرى انه يجب عرض الإسلام على الزوج غير المسلم إذا كانا في دار الإسلام، أما إذا كان أحدهما أو كانا جميعاً في دار الحرب، فلا يجب عرض الإسلام عليه وهو قول الاحناف ، وبين من يرى أنه يجوز عرض الإسلام على الزوج غير المسلم إذا أسلمت زوجته، ولا يجب ذلك وهو قول الجمهور.البحر الرائق(١١١/٣). النووي، المجموع (٢٩٩/١٦) ، الماوردي، الحاوي (٢٦١/٩)

([٥])- د. فاروق عبد الله كريم، مرجع سابق، ص١٤٠.على خلاف في الامر مرجعه احكام الميراث بين من يرى جواز ارث المسلم من غير المسلم او العكس .ينظر :د. حيدر حسين الشمري: المختصر في احكام الوصايا و المواريث ،ط١،مطبعة الوارث- كربلاء،٢٠١٨،ص١١١ وما بعدها.

يعني عدم وقوع الرده قانونا ،كما نصت الفقرتين (٢-٣) من هذا القانون على ان(ثانيا : يتبع الاولاد القاصرون في الدين من اعتنق الدين الاسلامي من الابوين .ثالثا: يقع تبديل الدين المنصوص عليه في الفقرة اولا من هذه المادة وتبديل الاسم المجرد اذا اقترن بتبديل الدين في محكمة المواد الشخصية ولا يخضع للنشر) [١] . ويلاحظ على القضاء العراقي مؤخرا انه منع من يدخل الاسلام تبعا لدين والديه من استخدام حق الخيار بالرجوع عند البلوغ وعدها رده يعاقب عليها الاسلام [٢].

اصدرت محكمة التمييز الاتحادية قرارها القاضي بان (...الثابت من وقائع الدعوى ان المميز - المدعى – قد صار مسلما تبعا لدينة والده ، وحيث ان من صار مسلما تبعا لديانة سواء بصفة اصلية او تبعية اى تبعا لدين احد الابوين كما هو فى حالة الدعوى موضوع التدقيقات التمييزية لا يجوز الرجوع عن اسلامه اذ ان ذلك يعد بمثابة الردة التى منعها الاسلام وعاقب عليها ...) .[٣].

كما ذهب القضاء العراقي الى ان جميع المذاهب الاسلامية اجمعت ان من صار مسلما سواء بصورة اصلية او تبعيه اي تبعا لدين احد الابوين لا يجوز له الرجوع عن اسلامه وهذا ما استقر عليه قضاء الهياة العامة في محكمة التمييز [٤] .

الا ان الامر غير مؤخرا عندما صادقت محكمة التمييز الاتحادية بموجب قراراها العدد ١٤١٦١/هيئة الأحوال الشخصية والأحوال المدنية/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/١٠/٢٤ تصديق قرار محكمة الأحوال الشخصية في بغداد الجديدة العدد ٣٨٤٦/ش/٢٠٢٢ في ٢٠٢٢/٩/٤ والذي قضت فيه بقبول خيار البنت الصبية بالرجوع إلى الدين المسيحي الذي كان عليه أبويها قبل إشهار إسلام احدهم، مستنده فيه الى ان الإسلام بني على

---

(١) - في حين كانت المادة (٢/٢٠) من قانون الاحوال المدنية العراقي رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٢ الملغي تنص على انه" يجوز لغير المسلم تبديل دينه وفقا لأحكام هذا القانون " والمفهوم المخالف للنص يقضي القول بعدم جواز استبدال الدين الاسلامي لدين اخر ما يعني عدم وقوع الرده قانونا، كما نصت الفقرتين (٢-٣) من هذا القانون على ان".٢- يقع تبديل الدين في محكمة الاحوال الشخصية او محكمة المواد الشخصية كل حسب اختصاصها ....٣. يتبع الاولاد القاصرون في الدين من اعتنق الدين الاسلامي من الابوين".و واضح الخلاف ولا يحتاج الى بيان .

(٢)-ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم٢٨٥/شخصية اولى /٢٠٠٨ في ٢٠٠٨\١٢\٣١ .والقرار :٩٩/الرجوع عن الاسلام/٢٠١٢ في ١٩-١٢-٢٠١٢.

(٣) - رقم الحكم ::٩٩/الرجوع عن الاسلام/٢٠١٢ .كذلك ينظر: القرار المرقم ٢٨٥\ شخصية اولى\ ٢٠٠٨ المؤرخ١٢\٣١\ ٢٠٠٨

(٤) - لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيأة الموسعة المدنية الثانية في محكمة التمييز الاتحادية وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية لذا تقرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز فقد وجد ووفقا لما تحكيه وقائع الدعوى ان المدعيتين (ل) و(ل) كان قد تم تأشير ديانتهما في سجل الاحوال المدنية في الحمدانية على انهما مسلمتان كون والدتهما (أ أ) قد اشهرت اسلامها بموجب حجة الاشهار المرقمة ١٣٧/١٩٩٩ في ١٩٩٩/١١/٩ عملا بحكم المادة ٢١ من قانون الاحوال المدنية رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٢ المعدل والتي نصت في فقرتها الثالثة (يتبع الاولاد القاصرين في الدين من اعتنق الدين الاسلامي من الابوين) ولدى الرجوع الى الاحكام الشرعية التي تحكم هذا الموضوع وجد ان جميع المذاهب الاسلامية اجمعت على ان الموضوع تحكمه قاعدة عامة ومجردة مفادها ان من صار مسلما سواءً بصفة أصلية ام بتبعية اي تابع لدين احد الابوين كما في الحالة موضوع الطعن لا يجوز له الرجوع عن اسلامه وان هذه القاعدة لها سندها في القران الكريم والسنة النبوية السمحاء . وهذا ما استقر عليه قضاء الهيئة العامة في محكمة التمييز الاتحادية حيث قررت هذا المبدأ بعدة قرارات ومنها القرار ١٥٨ /هيئه عامة/ ٢٠٠٨ في ٢٤/ ٩/ ٢٠٠٨ لذا يكون الحكم المميز فيما قضى فيه في رد الدعوى صحيحاً وموافقاً لأحكام الشرع والقانون قرر تصديقه ورد اللائحة التمييزية وتحميل المميزتان رسم التمييز واعادة الاضبارة الى محكمتها وصدر القرار بالاتفاق في ٣/ ذي العقدة / ١٤٣٣ هـ الموافق ١٩/ ٩/ ٢٠١٢ م. https://www.sirwanlawyer.com/index.php/342/01212/11/1490-1115

الحرية والخيار، وانه لا اكراه في الدين، كما أشارت إلى الاتفاقيات والمواثيق الدولية ومنها العهد الولي للحقوق المدنية والسياسية التي صادق عليها العراق بموجب القانون رقم ٩٤ لسنة ١٩٧٠ النافذ ([1]) .

الخاتمة

اولا: النتائج

١- لعب القضاء العراقي دورا كبيرا في قانون الاحوال الشخصية سواء ما تعلق منه بالدفاع عن مشروعيته بالعموم او من خلال الدفاع عن بعض نصوصه التي اثارت جدلا كبيرا بخصوص ملائمتها لثوابت الاسلام.

٢- كان للمحكمة الاتحادية العليا دورا كبيرا في البت في الطعون الواقعة على قانون الاحوال الشخصية استنادا الى صلاحياتها الدستورية.

٣- حسمت المحكمة الاتحادية العديد من الدعوى التي اقيمت بخصوص بعض نصوص قانون الاحوال الشخصية سواء ما تعلق منها بالتعويض عن الطلاق التعسفي ام المهر المقوم بالذهب ام الحضانة الطعن بأصل هذا القانون وكانت قد ردت كل هذه الطعون وفضت بعدم تعارضها مع ثوابت الاسلام .

٤- رغم قدم قانون الاحوال الشخصية وعدم تنظيمه كل المسائل خاصة المستحدثة منها الا ان القاضي استطاع سد هذا القصور والبت في العديد من القضايا التي اثيرت امامه من خلال الاجتهاد القضائي ومنها مسالة الزواج والطلاق الالكتروني .

٥- لم يستقر الاجتهاد القضائي العراقي بخصوص اعطاء الحق لمن دخل الاسلام تبعا لأبيه ان يرجع الى دينه السابق بين قبول الامر ورفضه الا ان محكمة التميز مؤخرا عدلت عن رايها السابق بعدم الجواز الى قبول ذلك.

ثانيا: التوصيات

١- امام انعدام أي تعديل لقانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ فلابد من اعطاء السلطة الواسعة للقضاء العادي في تطوير الاجتهاد القضائي بما يتناسب وروح القانون وثوابت الاسلام ويحقق الهدف الذي من آجله سن هذا القانون.

٢- اعتماد اسلوب التفسير المطور لمعالجة مستحدثات المسائل التي تعرض على القضاء والتي لا يوجد فيها نص قانوني ولا حكم شرعي ثابت في متون امهات كتب الفقه الاسلامي.

٣- اللجوء الى اسلوب الفتية او ما يعرف بطلب الفتوى من المراجع الدينية او المجتهدين وحسب معتقد او مذهب المتداعين.

٤- زج محاكم الاحوال الشخصية بقضاة متخصصين بالفقه الاسلامي لكي يتم الوصول الى حلول منصفة للقضايا المعروضة.

---

[1]) - (https://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=781597