حرية العراقي في الالتزام بأحواله الشخصية

أ.م.د حميد سلطان الخالدي **م.د.مصدق عادل طالب**

قسم القانون الخاص **قسم القانون العام**

الملخص

يعالج هذا البحث التاصيل الدستوري والقانوني والشرعي لحرية من الحريات المستحدثة المنصوص عليها في دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، ألا وهي حرية العراقي في الالتزام بأحواله الشخصية وفقاً لدينه أو مذهبه أو عقيده أو اختياره، حيث تناول البحث تحديد الطبيعة الدستورية والقانونية لهذه الحرية والنتائج المترتبة عليها، فضلاً عن استعراض الأحكام الشرعية بخصوص الاختلاف الحاصل بشان تطبيق الأحوال الشخصية بالنسبة لتابعي المذاهب الإسلامية، وهو ما ادى إلى وجوب معالجة مدى تطابق قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ مع الدستور بشأن حرية العراقي في الالتزام بأحواله الشخصية، ودون ان تفوتنا الاشارة إلى استعراض الحجج المناهضة والمؤيدة لهذه الحرية من اجل وضع نظرية عامة دستورية وقانونية وشرعية تحكم حرية الأحوال الشخصية في العراق.

Abstract

This Research deals with The Constitutional, legal and legitimate rooting for freedom of innovative freedoms enshrined in the Constitution of the Republic of Iraq in 2005, namely Iraqi Freedom in commitment to their personal status according to religion or doctrine or dogma or chosen. where he addressed the research to determine the constitutional and legal for this freedom and consequences of nature, as well as a review of the legal provisions concerning the difference quotient on the application of personal status for the followers of Islamic schools, which led to the need to address the compatibility of the Personal Status Law No. 188 of 1959 with the Constitution on Iraqi freedom in commitment to their personal status, and without that we miss the reference to the review arguments against and in favor of

freedom in order to develop and regulate a general theory of constitutional, legal and legitimate freedom of personal status in Iraq.

المقدمة

يُعد موضوع الأحوال الشخصية من المواضيع المتجددة في الشريعة الإسلامية والقانون، ومما يزيد من هذه الأهمية هو اعتناق المشرع الدستوري في المادة (٤١) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ مبدأ حرية العراقي في اختيار أحواله الشخصية وفق الدين أو المذهب أو المعتقد أو الاختيار.

ومن ثم فقد غدى من المسلم به أنَّ حرية الأحوال الشخصية أصبحت من الحريات الدستورية، نتيجة للنص عليها في صلب الدستور، وهو الأمر الذي جعل العديد من الفقهاء والكتاب ينقسمون بين مؤيد لهذه الحرية، وبين معارضٍ لها.

عليه فإنَّ اهمية هذا الموضوع تتمثل من الناحيتين النظرية والعملية، إذ تتمثل الناحية النظرية في عدم وجود دراسات دستورية أو قانونية مُعمقة تناولت هذا الموضوع بالتأصيل والدراسة، فيما تتمثل الاهمية العملية لهذا الموضوع في تزايد الدعوات إلى إصدار القانون الذي ينظم كيفية تمتع العراقي بحرية اختيار أحواله الشخصية في ضوء الواجب الدستوري الملقى على عاتق المشرع نتيجة احالة الدستور تنظيم هذه الحرية الى قانون يصدر لهذا الغرض.

ومن ثم فإنَّ بحثنا هذا قد جاء للاجابة على التساؤلات الآتية: هل بالامكان تطبيق النص الدستوري واعتماد الأحكام الشرعية الواردة في المذاهب الفقهية على الرغم من وجود قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ النافذ، ام أنَّ تطبيق حرية العراقي في اختيار أحواله الشخصية امر يتوقف على صدور القانون الذي ينظم هذه الحرية؟

وهل توجد شبهة دستورية في قانون الأحوال الشخصية، بمعنى آخر هل يوجد تعارض بين القانون المذكور ونص المادة (٤١) من الدستور، وما هو الأثر المترتب على ذلك؟

فضلاً عن تكييف حرية اختيار الأحوال الشخصية وفق نصوص الدستور، فهل تعد هذه الحرية حرية مستقلة قائمة بذاتها، ولها خصائصها المميزة، ام أنها تعد جزء من حرية الدين والعقيدة؟ وهل توجد اشكالات قانونية ناجمة عن تطبيق هذه المادة من الناحية الواقعية؟

لذا ومن أجل الوقوف على أحكام هذا الموضوع، واستعراض كافة التفاصيل المتعلقة به لذا سنقسم هذه الدراسة إلى المباحث الآتية:

المبحث الاول : مفهوم الحرية في الالتزام بالأحوال الشخصية وطبيعتها وتطورها التأريخي.

المبحث الثاني : أساس حرية العراقي في اختيار أحواله الشخصية.

المبحث الثالث : طبيعة حرية العراقي في اختيار أحواله الشخصية وتقويمها.

المبحث الاول

مفهوم الحرية في الالتزام بالأحوال الشخصية وطبيعتها وتطورها التأريخي

إنَّ تحديد مفهوم حرية الالتزام بالأحوال الشخصية يستوجب منا التعرض إلى تعريف هذه الحرية، وتحديد المقصود بالأحوال الشخصية، ودون أنْ تفوتنا الاشارة إلى استعراض نشأة هذه الحرية في الدساتير والقوانين العراقية السابقة، لذا سنتناول هذه الأحكام في المطالب الآتية:

المطلب الأول

تعريف حرية الالتزام بالأحوال الشخصية وخصائصها

عالج المشرع العراقي حرية اختيار الأحوال الشخصية في المادة (٤١) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ وذلك في الفصل الثاني من الباب الثاني المتعلق بالحقوق والحريات، حيث نص المشرع في الفصل الأول على الحقوق، وذلك في فرعين تناول في الفرع الأول الحقوق المدنية والسياسية، فيما تناول في الفرع الثاني الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، أما الفصل الثاني فقد عنونه المشرع الدستوري بـ(الحريات)، وتناول فيه صوراً كثيراً للحريات التي اراد أنْ يقررها للافراد كالحرية في الكرامة[١]، والحريات المتعلقة بالرأي[٢]، وحرية

---

[١]- تنص المادة (٣٧) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ على أنَّ ((أولاً: أ- حرية الإنسان وكرامته مصونة. ب- لا يجوز توقيف أحد أو التحقيق معه إلا بموجب قرار قضائي. ج- يحرم جميع أنواع التعذيب النفسي والجسدي والمعاملة غير الانسانية، ولا عبرة بأي اعتراف أُنتزع بالإكراه أو التهديد أو التعذيب، وللمتضرر المطالبة بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي أصابه وفقاً للقانون. ثانياً: تكفل الدولة حماية الفرد من الإكراه الفكري والسياسي والديني. ثالثاً: يُحرم العمل القسري(السخرة)، والعبودية وتجارة العبيد (الرقيق)، ويحرم الإتجار بالنساء والأطفال، والإتجار بالجنس)).

[٢]- تنص المادة (٣٨) من الدستور على أنْ ((تكفل الدولة، بما لا يخل بالنظام العام والآداب : أولاً: حرية التعبير عن الرأي بكل الوسائل. ثانياً: حرية الصحافة والطباعة والإعلان والإعلام والنشر. ثالثاً: حرية الاجتماع والتظاهر السلمي، وتُنظم بقانون)) .

تاسيس الجمعيات والاحزاب السياسية[1]، وحرية الاتصالات والمراسلات البريدية والبرقية والهاتفية والالكترونية[2]، وكذلك حرية الفكر والعقيدة[3]، وأخيراً حرية التنقل والسفر والسكن[4].

ولعل اهم الحريات تلك التي نص عليها المشرع الدستوري في المادة (٤١) والمتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية، وبغية الترابط العلمي في الافكار التي تتطلب دراستها في هذا البحث فإنَّ الامر يتطلب منا تقسيم هذا المبحث إلى فرعين نتناول في الفرع الأول منها التفسير الفقهي والقانوني للمادة (٤١) من الدستور، فيما نتناول في الفرع الثاني خصائص حرية اختيار الأحوال الشخصية وكالآتي:

الفرع الاول
التفسير الفقهي والقانوني للمادة (٤١) من الدستور

تنص المادة (٤١) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ على أنَّ ((العراقيون أحرار في الالتزام بأحوالهم الشخصية حسب دياناتهم أو مذاهبهم أو معتقداتهم أو اختياراتهم ويُنظم ذلك بقانون)).

يتضح من النص أعلاه أنَّ الدستور العراقي قد انفرد من بين الدساتير العربية في ايراد مثل هذا الحكم، فيجوز لتابعي كل دين أو مذهب أو طائفة حرية اختيار الأحكام التي يريدون الخضوع لها في أحوالهم الشخصية.

---

[1]- تنص المادة (٣٩) من الدستور على أنْ ((أولاً: حرية تأسيس الجمعيات والأحزاب السياسية، أو الانضمام اليها، مكفولة، ويُنظم ذلك بقانون . ثانياً: لا يجوز إجبار أحد على الانضمام إلى أي حزبٍ أو جمعية أو جهة سياسية، أو إجباره على الاستمرار في العضوية فيها)) .

[2]- تنص المادة (٤٠) من الدستور على أنْ ((حرية الاتصالات والمراسلات البريدية والبرقية والهاتفية والالكترونية وغيرها مكفولة، ولا يجوز مراقبتها أو التنصت عليها، أو الكشف عنها، إلا لضرورةٍ قانونية وأمنية، وبقرار قضائي)).

[3]- تنص المادة ٤٢ من الدستور على أنَّ((لكل فرد حرية الفكر والضمير والعقيدة)) . فيما تنص المادة (٤٣) منه على ان ((أولاً:- اتباع كل دينٍ أو مذهبٍ أحرارٌ في: أ- ممارسة الشعائر الدينية، بما فيها الشعائر الحسينية . ب- إدارة الأوقاف وشؤونها ومؤسساتها الدينية، ويُنظم ذلك بقانون. ثانياً:- تكفل الدولة حرية العبادة وحماية أماكنها)).

[4]- تنص المادة (٤٤) من الدستور على أنَّ ((أولاً:- للعراقي حرية التنقل والسفر والسكن داخل العراق وخارجه . ثانياً:- لا يجوز نفي العراقي، أو إبعاده، أو حرمانه من العودة إلى الوطن)).

عليه يمكننا القول أنَّ المشرع العراقي بسلوكه المذكور قد سار على هَدي القاعدة العامة التي تسير عليها غالبية الامم، والتي تتمثل في تطبيق الأحكام الدينية الشرعية فيما يتعلق بالأحوال الشخصية التي يعتنقها الشخص صاحب العلاقة، إلا أنَّ المشرع العراقي انفرد عنها في إقرار هذه الحرية بصرف النظر عن الدين، فيستوي في ذلك المسلمين وغير المسلمين في التمتع بهذه الحرية.

ومن ثم يتضح أنَّ تابعي الديانات أو المذاهب كجماعات أحرار في اختيار تطبيق الأحكام الشرعية الفقهية لديانتهم دون التقيد بمذهب معين، وأنَّ هذه الحرية ينصرف معناها إلى حرية الجماعات العراقية المختلفة في أنْ لاتتقيد بأحكام الديانة أو المذهب أو المعتقد فقط، بل لها أنْ تختار الحكم الذي ترتضيه والذي تراه مناسباً للتطبيق عليها من أي مذهب أو دين، أو أي مصدر، كأنْ يكون مستقى من مبادئ حقوق الانسان أو من الفكر الانساني أو قد يكون حكماً مستحدثاً.

وعلى الرغم من وضوح النص كما يتراءى لنا لأول وهلة إلا أنَّ تفسيره بدقة من الصعوبة بمكان حيث ينطوي على تفسيران: التفسير الأول: هو التفسير الواسع: والذي مؤداه اطلاق حرية العراقي في الالتزام بأحواله الشخصية وفق اختياره، فلم يقيد النص حرية الالتزام بالأحوال الشخصية بتطبيق الديانات أو المذاهب أو المعتقدات فقط، وإنما ذهب ابعد من ذلك بإقراره امكانية تطبيق الحكم وفق اختيار العراقي.

وبعبارة أخرى: فإنَّ المقصود بهذه الحرية هي ((أنْ يكون لكل شخص الحرية التامة في اختيار الخضوع لنظام قانوني (تشريعي وقضائي) وفق الأحكام المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية غير متقاطع مع ما تقضي به ديانته أو مذهبه الذي يتبناه أو معتقده الذي يلتزم به وهو ما يقضي بوجوب تطويع النظم القانونية الحاكمة لتكون منسجمة وغير متعارضة لخيارات الشخص الاعتقادية والدينية والمذهبية))[١].

أما التفسير الثاني وهو التفسير الضيق: فقد انقسمت الآراء الفقهية بشانه، حيث ذهب الراي الاول: إلى أنَّ حرية العراقي في الالتزام بالأحوال الشخصية ليست حرية الجماعات

[١] – د. حسام عبد الواحد – مبدأ حرية الشخص في اختيار نظام الأحوال الشخصية واثره في الدستور والقانون العراقيين– بحث منشور في مجلة القانون المقارن– العدد ٦٢ لسنة ٢٠٠٩– ص ١٢٢.

العراقية المختلفة كالشيعة أو السنة في تحديد الأحكام التي يخضعون لها في أحوالهم الشخصية، ولكن هذه الحرية مقررة للعراقي كفرد[1].

فيما ذهب الراي الثاني: إلى ان حرية الاختيار تعني حرية الجماعات العراقية المختلفة في أنْ لا تتقيد بأحكام الديانة أو المذهب أو المعتقد فقط، ولو أنَّ لها هذا الحق، إذ إنَّ مصلحتها قد تفضي إلى وجوب اختيار حكم مخالف لما ورد في مذهب الجماعة أو دينها[2].

ولانؤيد التفسيرين المذكورين على اطلاقهما، حيث أنَّ المشرع الدستوري قد اورد عبارة (وينظم ذلك بقانون) ومن ثم يتضح أنَّ التفسير المذكور لا ينسجم مع مبدأ سلطان الارادة في اختيار العراقي ما يشاء من أحكام عند اجراء التصرف، ولو كان الأمر كذلك لسادت الفوضى في المجتمع.

لذا نرى من جانبنا أنْ تنظيم هذه الأحكام يعد أمر متروكاً لصدور القانون من مجلس النواب باعتباره ممثلاً الشعب، ومن ثم فإنَّ المشرع بمسلكه المذكور قد نقل حرية اختيار الأحوال الشخصية من الشعب أو ممثلين المذاهب الإسلامية إلى عاتق السلطة التشريعية، و من ثم فلا ينصرف مفهوم النص الدستوري الوارد في الماد (٤١) من الدستور إلى الإلغاء الحتمي أو الوجوبي لقانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، ولكن التطبيق العملي لهذا النص الدستوري سيفضي حتماً وبالضرورة إلى إلغاء هذا القانون إذا ما علمنا أنه احتوى على العديد من الأحكام الهجينة أو الغريبة على المذهبين الرئيسين (الجعفري الاثنا عشري والحنفي) كما سنرى لاحقاً.

عليه ينصرف التفسير الفقهي لنص المادة (٤١) من الدستور إلى أنَّ العراقيين أحرار في اتباع مذاهبهم في قضايا الأحوال الشخصية، وعند النظر في المسائل التي يعالجها قانون الأحوال الشخصية نجد أنَّ من اهمها مسائل الزواج والطلاق والتفريق والنسب والنفقة والحضانة والميراث.

---

[1] – القاضي رحيم حسن العكيلي– حرية العراقيين في الالتزام بأحوالهم الشخصية– منشور في دروس في تطبيقات القوانين– بغداد– ٢٠٠٧– ص ٢٨١.

[2] – جمال ناصر جبار– التنظيم القانوني للأحوال الشخصية في العراق من تاسيس الدولة العراقية إلى صدور الدستور الدائم لسنة ٢٠٠٥– منشور في دراسات دستورية– مركز العراق للدراسات– السلسلة رقم (٣٥) – مطبعة البينة– ٢٠٠٩– ص١٠٨.

ولعل التفسير الفقهي المناسب لنص المادة (٤١) أعلاه يجعل من القاضي ملزماً بالحكم في المسائل موضوع الخلاف والتي تُعرض عليه وفقاً للمذهب الذي ينتمي لما يختاره اطراف النزاع من احكام في هذه المسائل.

كما ينصرف التفسير الفقهي لحرية العراقيين في الالتزام فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية بحسب دياناتهم، إلى أنَّ لفظ الديانات الوارد في النص ينصرف إلى الديانة الإسلامية وغيرها من الديانات، وقد بينا أنَّ القاضي وفقاً لنص المادة أعلاه يجد نفسه ملزماً بالحكم وفقاً للاحكام التي يختارها العراقي من المذاهب الاسلامية إذا كان مسلماً.

ووفقاً لقانون الأحوال الشخصية النافذ فإنَّ هذا القانون يطبق على العراقيين جميعاً إلا من استثنى منهم بقانون[١]، فالاصل هو سريان القانون أعلاه على كل العراقيين، إلا أنَّ المشرع اورد استثناء على هذا الاصل يتعلق بالعراقيين الذين يُشرع لهم قانون خاص لحكم أحوالهم الشخصية، فهولاء تحكمهم هذه القوانين الخاصة[٢]، والمراد بالمستثنى من هذا القانون هم غير المسلمين من الديانات الاخرى، فهولاء يطبق عليهم النصوص المتبقية في بيان المحاكم الصادر بتاريخ ١٩١٧/١٢/٢٨ والتي مازالت نافذة لغاية يومنا هذا.

وفيما يخص غير العراقيين المسلمين فهولاء تنظر دعواهم محاكم البداءة باعتبارها المحاكم المختصة بالنظر في قضاياهم[٣].

ووفقاً لما تقدم فإنَّ النص الدستوري قضى بان غير المسلم يخضع لما يخضع له المسلم العراقي في احكام الأحوال الشخصية بموجب القانون رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ باستثناء مسألتي الزواج والطلاق فيخضع لها للاحكام الخاصة الواردة ببيان المحاكم لسنة ١٩١٧.

---

[١]- تنص هذه المادة على انه ((١- تسري أحكام هذا القانون على العراقيين الا من استثنى منهم بقانون)).

[٢] - تنص الفقرة (٢) من المادة (٢) من قانون الأحوال الشخصية النافذ على أنه ((يطبق أحكام المواد (١٩) و(٢٠) و(٢١) و (٢٢) و(٢٣) و(٢٤) من القانون المدني في حالة تنازع القوانين))، ويبدو أنَّ هناك شئ من التباين بين الفقرة (١) والفقرة (٢) من المادة (الثانية) من قانون الأحوال الشخصية لأنَّ الفقرة (٢) لا تتعلق باختلاف الجنسية ،فالعراقي سواء كان مسلماً ام غير مسلماً يعتبر عراقياً، في حيث أنَّ الفقرة (١) تنص على تطبيق قانون الأحوال الشخصية على العراقيين المسلمين فقط .

[٣]- د. احمد الكبيسي شرح قانون الأحوال الشخصية، الزواج، والطلاق – مطبعة الارشاد – بغداد – دون سنة الطبع – ج١ – ص١٢.

وإذا كان من الممكن جدلاً القول بقبول الحكم الوارد في النص الدستوري فيما يتعلق بحرية العراقيين في الالتزام بأحوالهم الشخصية حسب دياناتهم أو مذاهبهم أو معتقداتهم، إلا أنَّ هذا الحكم يصبح غير مقبولاً، بل وفيه نوع من عدم الدقة فيما يخص لفظ (أو اختياراتهم)، فهذا اللفظ يُفهم منه أنَّ العراقي حر في الالتزام بالأحكام الخاصة بالأحوال الشخصية وبحسب اختياره.

وبعبارة أخرى أنَّ العراقي الذي ينتمي لمذهب معين مثلاً أنْ يختار ما يناسبه من أحكام المذاهب الاخرى، فللشخص الذي ينتمي للمذهب الحنفي مثلاً أنْ يأخذ من الأحكام ما يختاره وإنْ كان متعلقاً بمذهب آخر كالمذهب الجعفري، وهو في راينا أمرٌ يُفقد النص الدستوري قيمته القانونية، ويجعل الأمر في كل الأحوال بيد الافراد ليختاروا من الأحكام ما يناسب حالتهم، ولا يضر بها.

أما فيما يتعلق بموقف القضاء العراقي من تفسير هذه المادة فتجدر الاشارة إلى أنه لم يصدر من المحكمة الاتحادية العليا تفسير واضح لنص المادة (٤١) موضوع البحث[١].

وفي الختام فإنَّ المشرع بإقراره حرية اختيار الأحوال الشخصية قد وضع معايير عدة يمكن الاستهداء بها في هذا الشان وهي أنْ يتم الاختيار وفق الاديان أو المذاهب أو العقيدة أو الاختيار، ومن ثم يتوجب برأينا أنْ يصار إلى اتباع التسلسل الذي أورده المشرع عند إصدار القانون الذي ينظم الأحوال الشخصية، فلا يصار إلى تطبيق الاختيار الشخصي للمواطن العراقي إلا بعد تعذر تطبيق المعايير الأخرى وهي الدين أو المذهب أو العقيدة.

الفرع الثاني

خصائص حرية اختيار الأحوال الشخصية

من استقراء دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ نجد أنَّ حرية اختيار الأحوال الشخصية تتسم بالعديد من الخصائص، إذ يتمثل **أولها:** في أنها من الحريات الممنوحة للعراقي حصراً، ومن ثم فإنَّ نطاق التمتع بهذه الحرية يدور وجوداً وعدماً مع التمتع بالجنسية العراقية، فلا يتمتع غير العراقي بهذه الحرية.

---

[١]- أُنشأت المحكمة الاتحادية العليا بالقانون رقم (٣٠) لسنه ٢٠٠٥، وقد حدد الدستور في المادة (٩٣) اختصاصات هذه المحكمة بشكل مغاير لما هو منصوص عليه في القانون المذكور أعلاه، وهو الامر الذي جعل العديد من الفقهاء يوجهون سهام عدم الدستورية إلى هذا القانون وذلك من ناحية عدم تشكليها وفق الشكل الذي نص عليها الدستور.

فيما يتمثل **ثاني** هذه الخصائص: في أنها تُعد حرية تخاطب كلا الجنسين، فهي تشمل الذكور والاناث على حد سواء، فلا يجوز أنْ نقصر هذه الحرية على فئة الذكور باعتبار أنَّ لفظ (العراقيون) هو جمع مذكر سالم، وهو ما لا يجوز انصرافه إلى الاناث، فالمخاطب في القاعدة الدستورية والقانونية واحداً، حيث توجه إلى الاشخاص كافة ذكوراً كانوا أو اناثاً استناداً لقاعدتي العمومية والتجريد اللتان تتسمان بهما القاعدة القانونية، واستناداً إلى مبدأ المساواة الذي اعتنقه الدستور العراقي.

أما **ثالث** خصائص هذه الحرية: فهي أنها حرية فردية يمارسها العراقي بمعزل عن مذهبه أو الجماعات المكونة لمذهبه، حيث أنَّ المشرع الدستوري لم يربط بين حرية الشخص في اختيار أحواله والأحكام المقررة في مذهب معين، وهو ما يؤدي بنا إلى نتيجة مؤداها أنَّ هذه الحرية هي حرية فردية وليست حرية جماعية، حيث يمارسها الفرد بمعزل عن الجماعة المذهبية التي ينتمي اليها.

فيما تتمثل **رابع** الخصائص: في اتسام هذه الحرية بالاطلاق وعدم التحديد، فلم يحدد المشرع الدستوري حرية الاختيار من مذهب معين، وإنما تركها مطلقة لاختيار الشخص وبمحض ارادته، ودون التقيد بالأحكام الواردة في مذهب معين، وهو ما يُفهم منه عدم التزام الشخص بتطبيق أحكام مذهبه، بل اطلق له الخيار في اختيار ما يشاء من المذاهب الأخرى.

أما **خامس** هذه الخصائص: فتتمثل في أنَّ حرية العراقي في اختيار أحواله الشخصية ليست مطلقة ولا ترد عليها أي قيود، بل إنَّ المشرع الدستوري أحال تنظيم ذلك إلى قانون يصدر لهذا الغرض ، ومن ثم فإنَّ تطبيق هذا النص الدستوري يتوقف على صدور القانون المُنظم لذلك.

المطلب الثاني
مفهوم الأحوال الشخصية

يُعد مصطلح الأحوال الشخصية(personal status) مصطلحاً حادثاً لم يعرفة الفقهاء القدامى، وإنما هو مصطلح ابتداعه الفقه الايطالي في القرنين (الثاني عشر) و(الثالث عشر) وذلك حين واجهت هذا الفقه مشكلة تنازع القوانين، لظهور نظامين قانونين آنذاك: **النظام الاول:** هو القانون العام الذي كان له التطبيق العام في ايطاليا كلها، **والنظام الثاني:** هو القانون المحلي الذي كان يطبق في مدينة معينة، وقد لجأ الرومان لتمييز هذين النظامين إلى اطلاق لفظ (حال) على القانون المحلي، ثم قُسمت الأحوال إلى أحوال خاصة بالمال وأحوال تتعلق بالاشخاص، واخذت القوانين الغربية بهذا التقسيم، وصار يُطلق مصطلح (الأحوال

الشخصية) على الروابط الخاصة بالمسائل الشخصية في مقابل الأحوال العينية وهي الأحوال المتعلقة بالاموال[١].

وعند الفقهاء العرب فإنَّ مصطلح الأحوال الشخصية يعد حديثاً نسبياً، فهو لم يكن معروفاً لديهم قبل مطلع القرن (العشرين)، وإنما أُدخل إلى اللغة العربية بتأثير المصطلحات الأجنبية التي دخلت إلى العالم العربي بعد الحملة الفرنسية على مصر وقد استحسن الفقهاء العرب هذا المصطلح في نطاق المصطلحات الفقهية والتشريعية، وأول من استخدم هذا المصطلح في الفقه الإسلامي هو العلامة المصري (محمد قدري باشا) عندما الف كتابه (الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية) عام ١٢٩٨، ثم ظهرت بعد ذلك المؤلفات الفقهية[٢]، والتشريعات العربية التي استخدمت هذا المصطلح[٣].

وتعرف الأحوال الشخصية بأنها مجموعة ما يتميز به الانسان عن غيره من الصفات الطبيعية والعائلية التي رتب القانون عليها اثراً قانونياً في حياته الاجتماعية مثل كونه ذكراً أو انثى، زوجاً أو ارملاً أو مطلقاً، أو اباً أو ابناً شرعياً، أو كونه ناقص الاهلية لصغر أو جنون أو كونه كامل الاهلية، أو كونه حاضناً أو محضوناً، أو وارثاً أو موصياً و غيرها من الأحوال[٤].

وهكذا يمكن القول بأنَّ مفهوم الأحوال الشخصية الذي اورده المشرع الدستوري العراقي ينصرف إلى كل المسائل المتعلقة التي يتميز بها الانسان العراقي عن غيره سواء تعلقت بمسائل النسب أو الرضاع أو الحضانة أو النفقة أو الولاية أو الزوج أو الطلاق أو الوصية أو الميراث وغيرها من المسائل الاخرى التي تميز كل انسان عن انسان آخر.

المطلب الثالث

التطور التأريخي لحرية اختيار الأحوال الشخصية في العراق

من تتبع الجذور التأريخية للنصوص الدستورية والقانونية التي عالجت موضوع الأحوال الشخصية يتضح لنا أنَّ العراق يُعد من أول الدول التي اعتنقت حرية اختيار الأحوال

---

[١] – ينظر الموقع الالكتروني www. K 1700 .comLt5601-topic

[٢]– ومن هذه المؤلفات كتاب الأحوال الشخصية للشيخ عبد الرحمن تاج، وكتاب (الأحوال الشخصية) للشيخ محمد ابي زهرة.

[٣]– ومن هذه التشريعات قانون الأحوال الشخصية العراقي (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، وقانون الأحوال الشخصية الاردني رقم (١٦) لسنة ١٩٧٦، وقانون الأحوال الشخصية السوري رقم (٥٩) لسنة ١٩٥٣.

[٤]– ينظر الموسوعة العربية الميسرة في الفقه والقضاء – العدد الاول–

الشخصية، حيث أنَّ المادة (٧٥) من القانون الأساسي العراقي لعام ١٩٢٥ قسمت المحاكم الدينية إلى المحاكم الشرعية، والتي تختص بالمسلمين (شيعة وسنة)، والمحاكم الروحانية الطائفية، والتي تختص بالمسيحيين واليهود.

ولم يقتصر الامر عند هذا الحد فحسب، بل إنَّ المادة (٧٦) منه حددت اختصاص المحاكم الشرعية بالنظر في الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية للمسلمين والدعاوى المتعلقة بإدارة اوقافهم، ويجري القضاء في المحاكم الشرعية وفقاً للأحكام الشرعية الخاصة بكل مذهب من المذاهب الإسلامية، ويكون القاضي من مذهب اكثرية السكان في محل تعيينه.

وبالمقابل فإنَّ المجالس الروحانية الطائفية تشمل المجالس الروحانية الموسوية والمجالس الروحانية المسيحية، وتختص هذه المجالس بالنظر في المواد المتعلقة بالنكاح والصداق والطلاق والتفريق والنفقة الزوجية وتصديق الوصايات[١].

فيتضح من النصوص المذكورة أعلاه أنَّ الدستور العراقي الأول لعام ١٩٢٥ قد اقر لتابعي الديانتين المسيحية والموسوية الحق في تطبيق الأحوال الشخصية لهم، كما أنه اقر حق المسلمين في تطبيق أحكام المذاهب الإسلامية يستوي في ذلك أكان جعفرياً أو حنفياً أو شافعياً أو حنبلياً أو مالكياً على تابعيه، وذلك بمعرفة قاضي يكون من مذهب اغلبية السكان (شيعة أو سنة)، ومن ثم فليس بامكان القاضي اختيار أحكام ليطبقها من مذهب آخر غير مذهب المتقاضين،كون الدستور الزم القاضي بنص صريح بتطبيق الأحكام الواردة بمذهب المتقاضي.

وبهذا يتضح مسلك الاختلاف في الدستور أعلاه، حيث أنه لم يساوِ بين حق اتباع الطائفتين المسيحية واليهودية من جهة، واتباع المذاهب الإسلامية من جهة أخرى فيما يتعلق بتطبيق الأحوال الشخصية، ففي الوقت الذي اعطى للطائفتين المسيحية والموسوية حرية الاختيار المطلق للأحكام التي يخضعون لها، فلم يخضعهم بشكل عام لأحكام مذاهبهم، خلافاً لما هو عليه الحال بالنسبة إلى المسلمين الذين لم يُعطهم الدستور حرية اختيار الأحكام التي يريدون الخضوع لها في أحوالهم الشخصية، وإنما اخضعهم في ذلك لأحكام مذاهبهم[٢].

ولم يقتصر الامر عند هذا الحد فحسب، بل نجد أنَّ المشرع قد سار على هذا النهج في قانون تنظيم المحاكم الدينية للطوائف المسيحية والموسوية رقم (٣٢) لسنة ١٩٤٧، حيث صدر هذا القانون متضمناً بين نصوصه وجوب قيام الطوائف بإعلان الأحكام والقواعد الفقهية التي

---

[١] – ينظر المادتان (٧٨) و(٧٩) من القانون الأساسي العراقي الصادر عام ١٩٢٥.

[٢] – القاضي رحيم حسن العكيلي– مصدر سابق– ص ٢٧٨–٢٧٩.

تريد اتباع الديانين المسيحية واليهودية الخضوع لها، وبالفعل تم تأسيس محاكم خاصة بطائفة السريان الارثوذكس والطائفة الموسوية، فضلاً عن تأسيس مجالس تمييز شرعية[1].

ولما جاء قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ فلم يغير في اوضاع اليهود والمسيحيين شيئاً وانما تعطل تطبيقه بعد صدوره، وذلك بسبب صدور ارادة ملكية بتعطيل العمل بالمحاكم الموسوية والكاثوليكية.

عليه استمرت المحاكم الدينية في تطبيق الأحكام الشرعية الفقهية للطوائف المسيحية واليهودية لحين تعطيل هذه المحاكم عام ١٩٤٧، بصدور الارادة الملكية بهذا الشأن، ومن ثم اختصت محكمة البداءة بنظر دعاوى المواد الشخصية للطائفتين أعلاه، ومن ثم تم تطبيق أحكام بيان المحاكم لسنة ١٩١٧ فيما يتعلق بالأحوال الشخصية لغير المسلمين، حيث تطبق الأحكام والاجتهادات الفقهية لديانة أو طائفة المتداعين، ويتم ذلك من خلال استفتاء المراجع الدينية[2].

وينطبق الحكم المذكور على الطائفتين المسيحية واليهودية حصراً، خلافاً لما هو عليه الحال بالنسبة إلى طائفة الايزيدية (طائفة الامويين اليزيدية) و(طائفة الصابئة) اللتان لم يُعترف بهما آنذاك، حيث كان يطبق على تابعي هذين الطائفتين أحكام المذهب الحنفي حتى عام ١٩٥٩، ثم قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، واستمر الحال كذلك لحين صدور نظام الطوائف الدينية رقم (٣٢) لسنة ١٩٨١، حيث تم اعتبار هاتين الطائفتين بصورة خاصة، والطوائف الأخرى بصورة عامة غير خاضعين لقانون الأحوال الشخصية، ومن ثم تم الرجوع إلى القاعدة التي كانت مطبقة في العهد الملكي ألا وهي تطبيق الأحكام الشرعية الفقهية للطائفة وفقاً لبيان المحاكم لسنة ١٩١٧[3].

وتجدر الإشارة بهذا الصدد إلى خلو الدساتير الصادرة في العهد الجمهوري من إيراد نص يعالج الأحوال الشخصية، فقد جاء دسور ٢٧ تموز١٩٥٨ ساكتاً عن ايراد نص يعالج الأحوال الشخصية، وتلاه في ذلك قانون المجلس الوطني رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٣، وقانون المجلس الوطني لقيادة الثورة رقم (٦١) لسنة ١٩٦٤، ودستور ٢٩نيسان ١٩٦٤، ودستور ١٦

---

[1] –ينظر المادة(١٩)من قانون تنظيم المحاكم الدينية للطوائف المسيحية والموسوية رقم(٣٢)لسنة ١٩٤٧.

[2] – ينظر المادتان(١٣) و(١٤) من بيان المحاكم لعام ١٩١٧.

[3] – للوقوف على الطوائف المعترف بها في العراق حالياً ينظر ملحق نظام الطوائف الدينية رقم (٣٢) لسنة ١٩٨١.

تموز ١٩٧٠، ومن ثم فإنه يُفهم من هذا المسلك الدستوري أنَّ القاعدة الواجبة التطبيق فيما يتعلق بالأحوال الشخصية هي تطبيق قانون الأحوال الشخصية النافذ.

وانتهى التطور بمحاولة لالغاء قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ وذلك بإصدار مجلس الحكم القرار رقم (١٣٧) الصادر في ٢٠٠٣/١٢/٢٩[١]، ونتيجة الانتقادات اللاذعة والضغوطات التي مُورست على الحاكم المدني لسلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) آنذاك تم رفض التوقيع على هذا القرار، فما كان من مجلس الحكم إلا أنَّ قام بإلغائه وذلك بموجب القرار رقم (٣٢) لسنة ٢٠٠٤، ومن ثم عادت الأحوال الشخصية كما كانت عليه في قانون الأحوال الشخصية النافذ[٢].

ونتيجة لهذه الاسباب فقد جاء قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤ خالياً من أي نص أو اشارة إلى الأحوال الشخصية للعراقيين.

نخلص مما تقدم إلى أنَّ تابعي الطوائف غير المسلمة أُقر لهم الحق في تطبيق أحكام دياناتهم وطوائفهم بالرجوع إلى مراجعهم الدينية فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية استناداً إلى بيان المحاكم لعام ١٩١٧ فيما يتعلق بقضايا الزواج والطلاق حصراً، خلافاً لما هو عليه الحال للمسلمين، إذ لا يتمتعون بحق تطبيق الأحكام الواردة في مذهبهم، حيث تُطبق عليهم الأحكام الواردة في قانون الأحوال الشخصية دون أي اعتبار للأحكام الواردة في مذهبهم أو طوائفهم.

---

[١] – نص قرار مجلس الحكم رقم (١٣٧) لسنة ٢٠٠٣ (الملغى) على (١– تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فيما يخص الزواج والخطبة وعقد الزواج والاهلية واثبات الزواج والمحرمات وزواج الكتابيات والحقوق الزوجية من مهر ونفقة وطلاق وتفريق شرعي أو خلع والعدة والنسب والرضاعة والحضانة ونفقة الفروع والاصول والاقارب والوصية والايصاء والوقف والميراث وكافة المحاكم الشرعية (الأحوال الشخصية) وطبقاً لفرائض مذهبه.٢– إلغاء كل القوانين والقرارات والتعليمات والبيانات وأحكام المواد التي تخالف الفقرة (١) من هذا القرار.٣– يعمل به من تاريخ صدوره)

[٢] – جمال ناصر جبار– مصر سابق– ص ١٠٣–١٠٦.

المبحث الثاني
أساس حرية العراقي في اختيار أحواله الشخصية

تتنوع الأُسس التي بموجبها تم إقرار حرية العراقي في الالتزام بأحواله الشخصية، فمن هذه الأسس ما هو سياسي، ومنها ما هو ديني، ومنها ما هو فلسفي، لذا ومن اجل الوقوف على هذه الأُسس سنتناولها في المطالب الآتية:

المطلب الاول
الأساس السياسي لحرية العراقي في اختيار أحواله الشخصية

سبق وأنْ بينا أنَّ مجلس الحكم أصدر القرار رقم (١٣٧) لسنة ٢٠٠٣، والمتضمن إلغاء قانون الأحوال الشخصية النافذ وذلك بتطبيق الأحكام الواردة في الشريعة الإسلامية في مسائل الأحوال الشخصية، ومن ثم تتمثل الأسباب الكامنة وراء إصدار هذا القرار في رؤية بعض القوى السياسية الحاكمة المتمثلة في عدم صلاحية تطبيق قانون الأحوال الشخصية على أفراد مذهبها.

وعلى الرغم من اصدار هذا القرار فانه لم يطبق طيلة فترة إصداره، حيث قوبل بمعارضة شديدة من قبل غالبية الفقهاء والمواطنين كما سنرى لاحقاً.

وقد انتقلت الايدلوجية السياسية ذاتها إلى دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥، حيث أنَّ واضعوا هذا الدستور يرون في نص المادة (٤١) منه الأساس الذي يمكن الاعتماد عليه عند القيام بتشريع قانون جديد للأحوال الشخصية يمكن أنْ يكون بديلاً عن القانون رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ النافذ، إذ ينظر واضعوا الدستور الحالي إلى أنَّ قانون الأحوال الشخصية لا يمكن أنْ يحكم في بعض مواده مجتمعاً كالمجتمع العراقي الذي تتعدد فيه الديانات والمذاهب على شكل واسع، وأنَّ نصوص هذا القانون لم تكن كافية لانصاف هذا التعدد والتنوع المذهبي داخل العراق[١]، لذلك وجد واضعوا دستور ٢٠٠٥ ضرورة تشريع نص جديد يعالج بصورة اشمل و اكثر انصافاً ذلك التعدد المذهبي داخل العراق، وهو ما تم صياغته في المادة المذكورة آنفاً.

فيتضح مما تقدم أنَّ الاسباب السياسية تمثل الأساس الذي بموجبه تم صياغة المادة الدستورية المتعلقة بحرية العراقيين في اختيار أحوالهم الشخصية، حيث كان لها الدور الاعظم

---

[١]- سالم روضان الموسوي، مقاربة بين نص المادة (٤١) من الدستور العراقي وقانون الأحوال الشخصية النافذ-بحث منشور على الموقع الالكتروني : www.f-low.net

في تبني هذه المادة على الرغم من الانتقادات التي وجهت سابقاً إلى قرار مجلس الحكم الذي عالج هذه الحرية.

المطلب الثاني
الأساس الديني لحرية العراقي في اختيار أحواله الشخصية

يتضمن الأساس الديني القاعدة التي تبيح لاتباع كل مذهب في اختيار قانونهم، حيث إنَّ المتتبع لتركيبة وتكوين المجتمع العراقي من الناحية المذهبية يجد أنَّ العراق بلد متعدد الأديان والمذاهب، كما أنَّ اكبر المذاهب الفقهية الإسلامية اتباعاً في العراق مذهبان هما: **الأول:** المذهب الحنفي، **والثاني:** المذهب الامامي الاثنا عشري، وعند البحث والتعمق في الأحوال والمبادئ المتبعة في هذين المذهبين نجد أنهما يختلفان اختلافاً كبيراً في الكثير من المسائل وخصوصاً تلك المتعلقة منها بمسائل الأحوال الشخصية، و تتمثل بعض صور هذا الاختلاف بالآتي:

أولاً: الاختلاف في اثبات نسب الصغير بطريق الزواج: حيث ذهب فقهاء الحنفية إلى أنَّ نسب الصغير يثبت من الزوج بمجرد العقد، ولو لم يتحقق الدخول، ويبنون رايهم هذا بثبوت الكرامات لبعض الاشخاص، مما يتصور معه مواقعه الزوج لزوجته مع وجود هذه الكرامات حتى لو كان بعيد عنها[1].

في حين ذهب فقهاء الامامية إلى القول بأنَّ نسب الصغير يثبت من الزوج بالعقد إضافة إلى ثبوت الدخول الحقيقي بالمرأة[2].

ثانياً: الاختلاف في تحديد مدة الرضاع: حيث اختلف الفريقان في تحديد مدة الرضاع باعتبارها حقاً للصغير، أي: تلك المدة التي يحتاجها الصغير لبناء جسمه ولاشتداد عوده، حيث حددها فقهاء الحنفية بـ(ثلاثين شهراً الاولى) من عمر الصغير[3]، في حين حدد فقهاء الامامية

---

[1] – محمد امين الشهير بابن عابدين – حاشية رد المحتار على الدر المختار – ج٢ – مطبعة الحلبي – مصر – ١٩٦٦– ص٢ . كما ينظر العلامة زين الدين ابن نجيم الحنفي – البحر الرائق شرح كنز الدقائق – دار المعرفة – بيروت لبنان – دون سنة النشر – ج٤ – ص ١٦٩.

[2] – الشهيد السعيد زين الدين الجبعي العاملي – الروضة البهية – شرح اللمعة الدمشقية – دون سنة الطبع –ج٢ – ص١٣٤ .

[3] – وهم يستندون في ذلك إلى بعض الادلة التي لامجال لذكرها، ونشير هنا إلى أنَّ بعض فقهاء الحنفية قد خالفوا هذا الراي وحددوا هذه المدة بسنتين وهم صاحبا ابا الحنفية ابو يوسف ومحمد . للمزيد من التفصيلات ينظر الشيخ نظام وجماعته من علماء الهند – الفتاوي الهندية في مذهب الامام ابي حنيفة

مدة الرضاع الواجبة للصغير بـ(السنتين الاوليين) من عمر الصغير وهم يوافقون بذلك راي صاحبا (ابي حنيفة)[1].

ثالثاً: في بيان من تنتقل إليه حضانة الصغير بعد وفاة الأم أو فقدها لشروط الحضانة: حيث ذهب فقهاء الحنفية إلى أنَّ الحضانة تنتقل بعد الأم إلى محارم الصغير من النساء فتقدم ام الأم وإنْ علت، فإنْ لم توجد انتقلت إلى ام الأب وإنْ علت، فإنْ لم توجد انتقلت إلى الاخوات الشقيقات، ثم إلى الاخوات لام، ثم الاخوات لاب[2].

في حين ذهب فقهاء الامامية إلى القول بانتقالها إلى الأب بعد فقد الأم، وعند فقد الأب تنتقل إلى الجد، وبعدها إلى الجدة لام، ثم الجدة لاب وإنْ عليا، ثم العمة، ثم الخالة وهكذا[3].

رابعاً: الاختلاف في ترتيب اصحاب الحق في الولاية على النفس: حيث ذهب فقهاء الحنفية إلى أنَّ الترتيب يكون لجهة الابوة، أي: الأب ثم للجد وإنْ علا، وبعدها تكون لجهة الاخوة وأولادها الاخ الشقيق، ثم الاخ لاب، ثم لابن الاخ الشقيق، ثم لابن الاخ لاب، ثم لأولادهم وعلى ذات الترتيب[4].

في حين تثبت الولاية على النفس عند فقهاء الامامية للاب أولاً، ثم لوصيه، ثم للجد لاب وإنْ علا، ثم لوصي الجد، ثم للحاكم[5].

ومن خلال الصور المتقدمة يتبين لنا أنَّ هناك اوجه اختلاف بين المذهبين الاكبر والمتبعين في العراق، وهو امر تنعكس آثاره السلبية على المسائل المتعلقة بمواضيع الاختلاف،

النعمان – المجلد الأول – المكتبة الإسلامية – تركيا – دون سنة الطبع – ص٤١٧ . كما ينظر علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني – بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع – بيروت– لبنان – ١٩٨٢ –ج٤ – ص٦.

[1]– الروضة البهية – ج٢ – ص١٣٩. كما ينظر السيد صادق الحسيني الشيرازي – المسائل الإسلامية المنتخبة–– ط٢٥ – دار صادق للطباعة – كربلاء – ٢٠٠٣ – ص٤١٠.

[2]– شمس الدين السرخسي – المبسوط – ج٥ – دار المعرفة – بيروت – لبنان – ١٩٧٨ –– ص٢١٠.

[3]– الروضة البهية – المصدر السابق – ج٢ – ص ١٤٠– ١٤١.

[4]– كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام – شرح فتح القدير – طبعة ١ – مطبعة بولاق – ١٣١٦هـ – ج ٢ – ص٧٠. ينظر كذلك شمس الدين السرخسي – مصدر سابق – ج٤– ص ٤٠٧.

[5]– الروضة البهية – ج٢ – ص٧٠.

فالعراقيون بموجب نص المادة (٤١) من الدستور أحرار في الالتزام بالأحكام الخاصة الشخصية وبما يتفق مع مذهبهم أو دياناتهم المختلفة.

وواضح أنَّ هذا النص لم يعطِ الحرية في اختيار الالتزام بالأحوال الشخصية بالنسبة للعراقيين المسلمين فقط، وانما اعطى النص هذا الامر للمسلمين وغير المسلمين على اختلاف مذاهبهم ومعتقداتهم، سواء كانت الديانة الإسلامية أو المسيحية أو غيرها من الديانات الأخرى الموجوة داخل الدولة العراقية.

فيتضح مما تقدم ان اختلاف الاحكام الشرعية الخاصة بكل مذهب يعد أحد الاسباب الكامنة وراء رغبة المشرع الدستوري في اعتناق حرية اختيار الاحوال الشخصية.

المطلب الثالث
الأساس الفلسفي لحرية العراقي في اختيار أحواله الشخصية

يعد التنوع المجتمعي في العراق من أهم الاسباب التي ادت إلى الإقرار للعراقيين بالحق في اختيار أحوالهم الشخصية، حيث يعد العراق واحداً من المجتمعات المتنوعة تعايشت فيه ومنذ القدم مكوناته المختلفة، حيث ترعرت فيه الاديان السماوية الثلاثة (اليهودية والمسيحية والإسلام)، ولئن تاملنا هذه الاديان لوجدنا انها تتسم بتنوع الطوائف فالمسيحيين عموماً في العراق بما فيهم الناطقين بالسريانية ينقسمون إلى كلدان كاثوليك واثورين نساطرة وسريان ارثودكس (المعروفين عند بعض الاوساط باليعاقبة) وجماعات بروتستانتية صغيرة، أما المسلمون فينقسمون إلى شيعة وسنة، والذين ينقسمون إلى مذاهب، فالشيعة ينقسمون إلى الشيعة الاثنا عشرية، أما السنة فهم اربعة مذاهب والمتمثلة في الاحناف والمالكية والشافعية والحنابلة، وفضلاً عن ذلك فإلى جانب الديانات المذكورة توجد أديان وطوائف أخرى كالصابئة والايزيدية والشبك والكاكائية[١].

وقد تنبه المشرع إلى هذا التنوع فحدد الطوائف في العراق بموجب ملحق نظام الطوائف رقم (٣٢) لسنة ١٩٨١والتي تتمثل في طائفة الكلدان والطائفة الاتورية و الطائفة الاثورية الجاثيليقية وطائفة السريان الارثوذكس وطائفة السريان الكاثوليك وطائفة الارمن الارثوذكس وطائفة الارمن الكاثوليك وطائفة الروم الارثوذكس وطائفة الروم الكاثوليك وطائفة اللاتين

[١]- اثير ادريس عبد الزهرة- مستقبل التجربة الدستورية في العراق- دار ومكتبة البصائر- بيروت- لبنان- ٢٠١١ - ص ١٢٧-١٢٩ . كما ينظر سليم مطر- جدل الهويات- المؤسسة العربية للدراسات والنشر- بيروت- ٢٠٠٣- ص٣٦.

والطائفة البروتستانتية والانجيلية الوطنية والطائفة الانجيلية البروتستانتية الاثورية وطائفة الادفنتست السبتيين والطائفة القبطية الارثوذكسية وطائفة الامويين اليزيدية وطائفة الصابئة والطائفة اليهودية[1].

فاحترام التنوع الديني والمذهبي والفكري والثقافي والاجتماعي الذي يتميز به الشعب العراقي وإتاحة الفرصة امام العراقي لترتيب أحوالهم الشخصية وفقاً لما يومنون به ويعتقدونه هو الذي ادى إلى اعتناق حرية العراقي في اختيار أحواله الشخصية، والنص عليها في صلب الدستور العراقي لتعزيز الفلسفة التي اعتنقها المشرع الدستوري المتعلقة بالتنوع الديني، حيث أنَّ المادة (٢/ثانياً) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ تنص على أنْ((يضمن هذا الدستور الحفاظ على الهوية الإسلامية لغالبية الشعب العراقي، كما و يضمن كامل الحقوق الدينية لجميع الافراد في حرية العقيدة والممارسة الدينية كالمسيحيين والايزيديين والصابئة المندائين))، كما تنص المادة (٣) منه على أنَّ ((العراق بلد متعدد القوميات والاديان والمذاهب...)).

يتضح مما تقدم أنَّ الأساس الفلسفي لحرية العراقيين في اختيار القانون الحاكم لأحوالمه الشخصية هو تغليبهم لقانون مذهبهم على أي قانون اخر، وهذا ما ادى الى فصل قانون الاحوال الشخصية عن القانون المدني وافراد قانون خاص بكل واحد منهما، حيث جعل قانون الاحوال الشخصية خاصاً باحوال الانسان واوقافه واهليته، بينما جُعل القانون المدني متخصصاً باحوال الانسان وممتلكاته.

[1] – نُشر نظام ملحق نظام رعاية الطوائف الدينية في الوقائع العراقية بالعدد ٢٨٦٦ في١٩٨٢/١/١٨.

المبحث الثالث
طبيعة حرية العراقي في اختيار أحواله الشخصية وتقويمها

سنحاول في هذا المبحث بيان مدى اتفاق نص المادة (٤١) من الدستور العراقي مع مفهوم القاعدة الدستورية، وهل أنَّ وضع هذه المادة ضمن نصوص الدستور يعطيها الصفة الدستورية، كما سنحاول في هذا البحث ايضاً بيان كيفية معالجة الاختلاف في قوانين الدول العربية، ثم سنتناول استعراض الانتقادات والاعتراضات التي وجهت إلى هذه الحرية وذلك في المطالب الآتية:

المطلب الاول
مدى اتفاق حرية العراقي في اختيار أحواله الشخصية مع القواعد الدستورية

سنتناول هذا المطلب بتقسيمه إلى الفرعين الآتيين:

الفرع الاول
مدى اتفاق نص المادة (٤١) من مفهوم القواعد الدسورية

يقصد بالدستور (constitution) مجموعة من القواعد المتعلقة بتبيان مصدر السلطة، وتنظيم ممارستها، وانتقالها، والعلاقة بالحقوق والحريات العامة للافراد في الدولة، وتحتل القواعد الدستورية قمة الهرم القانوني في الدولة، فهي تعلو على غيرها من القواعد القانونية، وتعتبر في الوقت ذاته مصدر قانونية جميع القواعد في الدولة[١].

وهناك دساتير أخرى تهتم بالإضافة إلى الجانب السياسي بالجوانب الاجتماعية والاقتصادية والثقافية وغيرها من الجوانب.

وواضح أنَّ الدستور العراقي ينتمي إلى هذه الطائفة الاخيرة من الدساتير، فهناك من قواعد هذا الدستور قواعد اقتصادية تركز على الجانب الاقتصادي في الدولة، ومن ذلك مثلاً نص المادة (٢٢) التي تؤكد على حق العمل، وتعتبره حقاً مشروعاً لكل عراقي، وذلك ايماناً باهمية العمل في تطوير البنية الاقتصادية للدولة[٢]، ومن هذه القواعد أيضاً نص المادة (٢٣)

---

[١]- د. احسان حميد المفرجي ، د. كطران زغير مطر ، د. رعد ناجي الجدة – النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق – ط٢ – مطبعة العاتك – ٢٠٠٩ – القاهرة – ص١٦٣.

[٢] تنص هذه المادة على أنه ((أولاً- العمل حق لكل عراقي بما يضمن مهم حياة كريمة. ثانياً- ينظم بقانون العلاقة بين العمال واصحاب العمل على اسس اقتصادية)).

والتي تؤكد على حياته حق الملكية وما يتفرع عنها من حقوق[١]، ومنها أيضاً نص المادة (٢٦) والتي تؤكد تشجيع الاستثمار في القطاعات المختلفة[٢].

كما أنَّ هناك قواعد تركز على الجانب الثقافي ومثالها نص المادة (٣٨) من الدستور والتي اكدت على أنَّ الدولة تكفل حرية التعبير عن الراي وحرية الصحافة وحرية الاجتماع والتظاهر السلمي[٣].

وهناك قواعد تركز على الجوانب الاجتماعية للدولة ومنها نص المادة (٤٢) والتي تعطي لكل فرد حرية الفكر والضمير والعقيدة، وكذلك نص المادة (٤٤) والتي جاء في فقرتها (الاولى) أنه ((للعراقي حرية التنقل والسفر والسكن داخل العراق وخارجه)). ومنها أيضاً المادة (٣٣) والتي اعطى بموجبها المشرع لكل فرد حق المعيشة في ظروف بيئة سلمية[٤]، ومنها أيضاً نص المادة (٣٤) التي تناول فيها المشرع التعليم كعامل من عوامل تقدم الدولة، واكد على كفالته من قبل الدولة وكونه الزامياً في المراحل الابتدائية ومجانياً في كل مراحله[٥].

ولعل هذا النوع الاخير من القواعد تنتمي اليه المادة (٤١) موضوع بحثنا فهي مادة تتناول فيها المشرع جانب اجتماعي مهم من جوانب حياة المواطن العراقي، وهو جانب الأحوال الشخصية والمسائل المتعلقة بهذا الجانب[٦]، حيث اعطى فيه المشرع الدستوري كما اشرنا

---

[١] – تنص هذه المادة على أنه ((اولاً: الملكية الخاصة مصونة ويحق للمالك الانتفاع بها واستغلالها والتصرف بها في حدود القانون . ثانياً– لا يجوز نزع الملكية الا لغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل وينظم ذلك بقانون...)).

[٢] – تنص هذه المادة على انه ((تكفل الدولة بتشجيع الاستثمارات في القطاعات المختلفة وينظم ذلك بقانون ...)).

[٣]– تنص هذه المادة على انه ((تكفل الدولة بما لا يحل بالنظام العام والاداب: أولاً: حرية التعبير عن الراي بكل الوسائل . ثانياً : حرية الصحافة والطباعة والاعلان والنشر ثالثاً: حرية الاجتماع والتظاهر السلمي. وينظم ذلك بقانون)).

[٤]– تنص هذه المادة على أنه ((أولاً: لكل فرد حق العيش في ظروف بيئية سليمة. ثانياً: تكفل الدولة حماية البيئة والتنوع الاحيائي والحفاظ عليها)).

[٥]– تنص هذه المادة على أنه ((أولاً: التعليم عامل لسلسي لتقديم المجتمع وحق تكفلة الدولة وهو لكل العراقيين بمختلف مراحله...)).

[٦]– تجدر الاشارة بهذا الصدد إلى أنه ينصرف مفهوم الأحوال الشخصية في قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ إلى حقوق الرجل والمرأة ضمن إطار العائلة، والزواج والإرث والقضايا الأخرى المتعلقة بها، حيث يتناول القانون وتعديلاته قانون الاسرة في العديد من مواده، كالخطبة

الحرية للعراقيين في الالتزام بما يتفق مع دياناتهم أو مذاهبهم أو معتقداتهم أو اختيارتهم من الأحكام الخاصة بالأحوال الشخصية، وهو نص حاول فيه المشرع الدستوري أنْ يعالج ذلك التنوع الديني والمذهبي الذي تتسم به الدولة العراقية بالنسبة لافرادها، ومحاولاً ايضاً أنْ يسد لبعض النقص الذي يكتنف نصوص القانون رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ النافذ، إذ إنَّ هذا القانون هو قانون مستقى في اغلب نصوصه من الفقة الإسلامي، وتحيل فيه الفقرة (٢) من المادة (١) منه القاضي إلى مبادى الشريعة الإسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون عند انعدام النص التشريعي لديه[١].

ومعلوم أنَّ احالة القاضي إلى نصوص الشريعية الإسلامية عند انعدام النص التشريعي لديه هو أمرٌ لا إشكال فيه إذا كانت المسالة المعروضة أمام القاضي هي مسألة محل اتفاق بين فقهاء الشريعة الإسلامية، ومثال هذا الامر اتفاق الفقهاء على إجازة اثبات النسب بطريق البينة[٢]، ومثال المسائل المتفق عليها أيضاً بين الفقهاء اتفاقهم على اعتبار الأم احق الناس

والزواج في المواد (٣-١١) والزيجات المحرمة غير المشروعة والزواج من اهل الكتاب (اتباع الديانات الموحدة) في المواد (١٢-١٨)، والحقوق والواجبات الزوجية في المواد (١٩-٣٣)، وفسخ عقد الزواج في المواد من (٣٤-٤٦) وفترة العدة في المواد من (٤٧-٥٠) والولادة ومايتبعها في المواد (٥١-٦٣)، والوصايا في المواد (٦٤-٨٥) والميراث في المواد (٨٦-٩١). أما قواعد الأحوال الشخصية الأخرى فقد توزعت في عدة قوانين اخرى منها القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ حاليا كالأحكام الخاصة بالأهلية بالمادتين ١١و١٨ وشروط صحة الزواج إذا كان هناك طرف اجنبي ومسائل الوصايا والقوامة والميراث والوصية بالمواد (١١،٦-١٢) وكذلك وردت بعض قواعد الأحوال الشخصية في قانون رعاية الأحداث رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣، وقانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠، كالقواعد المتعلقة باستحداث مجلس محاسبة للاولياء والاوصياء وكذلك مايتعلق باموال القاصرين.

[١]- تنص المادة (٢) من قانون الاحوال الشخصية العراقي على انه ((١- تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناول هذه النصوص في لفظها أو محواها ٢- اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقة فيحكم بمقتضى الشريعة الإسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون)).

[٢]- وتشمل البينة عند الفقهاء الشهادة والقرائن الاخرى التي يثبت بها المدعي دعواه، إذ تشتمل الشهادة لدى الفقهاء شهادة رجل أو رجل وامراتين وهي ما يسمى بـ(الشهادة الكاملة)، وهذا النصاب مطلوب في حالة ما اذا انصب النزاع على اثبات النسب ذاته، أما إذا انصب النزاع على اثبات واقعة الولادة فيكتفى بشهادة امرأة واحدة كان تكون القابلة التي ولدت المولود، كما تشمل البينة عند الفقهاء القرائن الاخرى ومثالها مايسمى (بالقيافة)، والقائف هو الشخص المختص بمعرفة الاسباب عن طريق

بحضانة الصغير ورعايته في السنوات الاولى من عمره، وهي تقدم على غيرها من النساء في هذا المجال، وذلك لتوفر جانب الرفق والشفق والقدرة على الحفظ والرعاية لديهما بصوره اكبر مما تتوفر فيه هذه الامور بالنسبة للرجال[1].

إلا أنَّ هذه الاحالة تعتبر امراً بالغ الاهمية والصعوبة والدقة عندما تكون المسالة المعروضة امام القاضي هي مسالة ليست محل اتفاق بين الفقهاء، وكما اشرنا فإنَّ المسائل التي اختلف فيها الفقهاء في مسائل الأحوال الشخصية هي مسائل كثيراً جداً، بل يكاد الخلاف يكون موجوداً في اغلب هذه المسائل[2].

وما دمنا في اطار الكلام عن مدى اتفاق نص المادة (٤١) من الدستور مع مفهوم النصوص الدستورية فلا بد لنا هنا أنْ نشير إلى أنَّ الفقه الدستوري قد انقسم في مسالة طبيعة القواعد الاجتماعية والثقافية والاقتصادية إذا ماوردت في صلب الدستور، وسبب اختلافهم في هذا الامر هو أنَّ الاصل في الدساتير أنها تُعنى بيان القواعد المتعلقة بالنظام السياسي في الدولة وكل ما يتعلق بذلك من مسائل.

حيث ذهب **الراي الاول** من الفقهاء: إلى القول بأنَّ هذا النوع من القواعد (الاجتماعية والاقتصادية والثقافية) تعتبر غريبة عما يجب أنْ يحتوي عليه الدستور، لأنَّ الدستور- بحسب رايهم- يجب أنْ يهتم فقط بتنظيم ممارسة السلطة في الدولة[3].

في حين ذهب **الراي الثاني:** إلى القول بأنَّ الدساتير يجب أنْ لا تهتم بالمسائل المتعلقة بممارسة السلطة فقط، وإنما يجب أيضاً أنْ تبين نشاط هيئات الدولة المختلفة، وذلك لتحقيق

استظهار التشابه في الصفات الجسمانية والوراثية، واذا كان الخلاف بين الفقهاء قد انصب على ما تحتويه البينة من صور إلا أنَّهم كما اشرنا اتفقوا على أنَّ البينة تعتبر من اهم وسائل اثبات النسب. للمزيد من التفصيلات ينظر في ذلك – كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي- مصر سابق- ج٣ – ص٣٠٦ . كما ينظر ابن قدامه المقدسي- المغني والشرح الكبير- دار الكتاب العربي – دون سنة الطبع – ج٢ – ص٤. الروضة البهية –ج١- ص٢٤٥-٢٥٥. المبسوط –ج٥-ص١٤٩.

[1]- الامام مالك ابن النس الاصبعي- المدونة الكبرى- مكتبة المثنى – بغداد – دون سنة الطبع – ج٣ – ص٣٥٦ . كما ينظر البحر الرائق – ج ٤ – ص١٨٠ . شرح فتح القدير- ج ٣ – ص ٣١٤ . المبسوط –ج٥- ص ٢٠٨.

[2] – ومن هذه المسائل: الاختلاف في اثبات نسب الصغير بطريق الزواج، والاختلاف في تحديد مدة الرضاع، والاختلاف في ترتيب اصحاب الحق في الولاية، وقد سبق الاشارة إلى هذه المسائل.

[3]- د. اسماعيل مرزة – القانون الدستوري – دار صادر – بيروت- ١٩٦٩- ص ٣٥٣.

الفكرة القانونية التي على أساسها جاء الدستور، وهذه الفكرة كما تشمل التنظيم السياسي فإنها تشمل ايضاً التنظيم الاجتماعي والاقتصاي والثقافي، ولعل هذا الاتجاه الفقهي هو الاتجاه الاكثر منطقية والاكثر قبولاً[1].

وبالرجوع إلى السؤال الذي جعلناه عنواناً لهذا المطلب وهو مدى اتفاق نص المادة (٤١) مع مفهوم القواعد الدستورية، فطالما أنَّ هذه المادة الدستورية تبين جزء من الحريات الممنوحة للافراد في اطار الدستور لذا فاننا نقول أنَّ هذه المادة لا يمكن نفي الطبيعة الدستورية عنها بأي حال من الأحوال.

ولعل سندنا في اعتبار هذه المادة ذات طبيعية دستورية هي أنَّ الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ قد اعتبر وثيقة اعلان حقوق الانسان والمواطن التي اقرتها الجمعية الوطنية بعد الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ بمثابة مقدمة لهذا الدستور، وذهب الاتجاه الفقهي الغالب إلى منح الصفة الدستورية لهذه الوثيقة على الرغم من أنها وثيقة لا تتعلق بالتنظيم السياسي للدولة، وانما تتعلق ببيان الأحكام المتعلقة بحقوق الانسان وحرياته الشخصية، كما هو الحال في نص المادة (٤١) موضوع البحث[2].

وبناء على ماتقدم نقول أنَّ الاشكالات والصعوبات التي يمكن أنْ ترافق تطبيق القاضي لنص المادة (٤١) موضوع البحث لا ينفي الطبيعة الدستورية لهذه المادة، وذلك أخذاً بالاتجاه الغالب في دساتير العالم في عدم قصر القواعد الدستورية على القواعد المتعلقة بالتنظيم السياسي للسلطة، وانما تتعداها إلى الجوانب الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والحريات المتعلقة بهذا الجوانب.

الفرع الثاني
تحديد طبيعة حرية الأحوال الشخصية ومدى تعارضها مع ثوابت الإسلام

من استقراء نصوص دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ نجد أنَّ المشرع الدستوري عالج مسألة اختيار العراقي لأحواله الشخصية في الفصل الثاني منه المعنون (الحريات) من الباب الثاني منه المعنون (الحقوق والحريات)، وهو ما يتضح منه أنه اعتبر اختيار الأحوال الشخصية من المواطن العراقي حرية من الحريات العامة، وبهذا المسلك يتضح عدم مساواة

---

[1]- ينظر د. احسان حمبد المفرجي وآخرون – المصدر السابق – ص٢٤٠ .

[2]- للمزيد من التفصيلات حول بيان القيمة الدستورية لوثيقة اعلان حقوق الانسان والمواطن التي اقرتها الجمعية الوطنية الفرنسية بعد ثورة ١٧٨٩ ينظر د ابراهيم عب العزيز شيحا – القانون الدستوري – بيروت – لبنان – ١٩٨٣ – ص١٩١.

الدستور بين هذه الحرية والحقوق المدنية والسياسية من جهة والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية من جهة اخرى، وهو ما يُدلل على أنَّ هذه الحرية تأتي في مرتبة تالية من حيث التدرج بالنسبة إلى الحقوق المقررة في الدستور.

وبهذا الصدد يثار تساؤل مؤاده: **هل تُعد حرية اختيار الأحوال الشخصية حرية مستقلة قائمة بذاتها، أم إنها تعد حرية مكملة لحرية الدين والعقيدة؟**

على الرغم من أنَّ الاتجاه الغالب في الدساتير لا يُفرد أي نص للأحوال الشخصية على اعتبار أنَّ الأحوال الشخصية تعد من حرية الدين والعقيدة، إلا أنَّ المتامل لنصوص الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ يجد أنَّ المشرع لم يعتبر هذه الحريات وجهان لعملة واحدة، إذ اقر تمتع كليهما بالاستقلال، حيث أنَّ المادة (٤١) منه عالجت حرية العراقي في اختيار أحواله الشخصية، فيما عالجت المادة (٤٢) منه حرية العقيدة[١]، أما المادة (٤٣) فقد جاءت لتعالج حرية ممارسة الشعائر الدينية[٢]، وهو الامر الذي يدلل على اعتناق المشرع الدستوري لمسلك مغاير لما تسير عليه الدساتير العربية، وذلك بإقرار الاستقلال التام للحرية في اختيار الأحوال الشخصية عن حريتي العقيدة وممارسة الشعائر الدينية، حيث عالج حرية الدين باعتباره عقيدة دينية تتفرع من الحرية الفكرية وحرية العقيدة.

عليه فإنَّ اوجه العلاقة بين اختيار الأحوال الشخصية وحرية العقيدة تتمثل في أنه على الرغم من أنَّ مسائل الأحوال الشخصية ترتبط بأحكام دينية شرعية لها صلة وثيقة بديانة الشخص صاحب الشان إلا أنَّ هناك العديد من اوجه التشابه والاختلاف فيما بينهما، فلئن تاملنا دستور جمهورية العراق لوجدنا أنه افرد نصين مستقلين لمعالجة الحريات المذكورة، وهو ما يبرز لنا اختلاف السند الدستوري المنشأ للحريتين.

وبالمقابل ذهب بعض الكتاب إلى أنَّ الحرية في مسائل الأحوال الشخصية ترتبط ارتباطاً غير قابل للانفصال بحرية الدين والعقيدة، ولابد من إقرار الحرية في مسائل الأحوال الشخصية تبعاً لإقرار الحرية في الدين والعقيدة، وعلى الرغم من ذلك إلا أنَّ الحرية المنصوص عليها في المادة (٤١) من الدستور لا تعني حرية مشابهة لحرية الدين والعقيدة، إذ إنَّ الاخيرة تعد حرية

---

[١] – تنص المادة (٤٢) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ على أن ((لكل فرد حرية الفكر والضمير والعقيدة)).

[٢] – تنص المادة (٤٣) من الدستور على أنَّ ((أولاً– اتباع كل دين اومذهب أحرار في أ– ممارسة الشعائر الحسينية. ب– ادارة الاوقاف وشؤونها ومؤسساتها الدينية. ثانياً– تكفل الدولة حرية العبادة وحماية اماكنها)).

فردية وهي حق أساسي للشخص، فيما تتمثل حرية الأحوال الشخصية في حرية تابعي الاديان والمذاهب أنْ يحددوا كجماعات متميزة أحكام يختاروها بانفسهم لتطبق عليهم في أحوالهم الشخصية[1].

كما تختلف حرية العقيدة عن حرية الأحوال الشخصية في أنَّ الاولى تعد حرية كامنة في النفس، ومن ثم فليس لها أثر عملي في الخارج، خلافاً للثانية التي لها أثر خطير في الخارج والمتمثل في ضرورة تطويع النظم القانونية لتنسجم مع معتقدات الشخص، خلافاً لما هو عليه الحال بالنسبة لحرية الشخص في ممارسة شعائره الدينية، حيث أنَّ المظهر الذي تمثله هذه الحرية يقتصر على عدم المنع من من ممارسة هذه الشعائر[2].

وهذا المسلك الذي انتهجه المشرع الدستوري على الرغم من اتسامه بالعديد من المزايا إلا أنه مما يؤخذ عليه هو مدى وجود تعارض بينه وبين ثوابت الإسلام، فالتساؤل الذي يثار هنا: **هل ان قيام العراقي من مذهب معين باختيار أحواله الشخصية من مذهب آخر يتعارض مع ثوابت الإسلام، ام إنه امر مشروع لاغبار عليه؟**

بالرجوع إلى القران الكريم فإنه لا يوجد حكم صريح عالج هذا الفرض، ومن ثم فليس بالامكان اعتبار الشخص من مذهب معين وقام باختيار أحواله الشخصية من مذهب آخر بـ(المرتد)، فالردة لاتتحقق إلا بتغيير الدين الإسلامي الحنيف إلى غيره من الاديان[3].

ونزولاً على ما تقدم فلئن استقرئنا السنة النبوية الشريفة لوجدنا أنها اقرت هذه الحرية قبل مئات السنين حيث جاء في مأثور النبي محمد (ص) (اختلاف امتي رحمة).

---

[1] – القاضي رحيم حسن العكيلي– مصدر سابق– ص٢٧٧.

[2] – د. حسام عبد الواحد– مرجع سابق– ص ١٢٣–١٢٤.

[3] – وبهذا الصدد جاء في قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (٩٩) الصادر في ٢٠١٢/٩/١٩ (ان جميع المذاهب الاسلامية اجمعت على ان الموضوع تحكمه قاعدة عامة ومجردة مفادها ان من صار مسلما سواءاً 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).
منشور على الموقع الالكتروني لمجلس القضاء الاعلى الاتحادي:
http://qanoun.iraqja.iq/view.1794

ومن ثم نخلص من ذلك إلى أنَّ الحرية في اختيار الأحوال الشخصية تعد من الحريات المستقلة عن حرية الدين والعقيدة التي اقرها الإسلام، ولا يوجد تعارض بينها وبين ثوابت الإسلام في حالة اختيار العراقي لأحواله الشخصية بالاستناد إلى الدين أو المذهب أو المعتقد، خلافاً لما هو عليه الحال في حالة اعتماد الاختيار الشخصي للعراقي في الالتزام بالأحوال الشخصية بمعزل عن الدين أو المذهب، إذ يتوجب في الحالة مراعاة العديد من القيود، إذ ياتي في مقدمتها وجوب عدم التعارض مع ثوابت الإسلام، فضلاً عن عدم جواز مخالفة الحكم للدين الإسلامي الحنيف باعتباره المصدر الأساسي للتشريع في العراق[1].

فضلاً عن وجوب مراعاة النظام العام والاداب، باعتبار أنَّ هذا القيد يعد من القيود العامة التي ترد على الحقوق والحريات كافة، كما يتوجب مراعاة القيود التي يفرضها المشرع عند إصداره للقانون الذي ينظم الأحوال الشخصية لصراحة المادة (٤١) من الدستور التي جاء فيها (وينظم ذلك بقانون)[2].

المطلب الثاني

كيفية معالجة الاختلاف المذهبي في دساتير وقوانين الدول العربية

بادئ ذي بدء لابد من الاشارة إلى أنَّ القران الكريم عالج المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية في الايات التي عالج فيها أحكام المعاملات بصورة عامة، ويبلغ عدد الايات الخاصة بالأحوال الشخصية (٧٠) اية منها ما يتعلق بالزواج[3] والطلاق[4] والخطبة[5] والوصايا[1] والمواريث[2] والرضاع[3] والنفقة[4] والعدة[5] وغيرها من المسائل الأخرى.

---

[1]- تنص المادة (٢) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ على أنه ((أولاً: الإسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدر أساس للتشريع:أ- لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام...)).

[2] - تنص المادة (٤٦) من الدستور على أنه ((لا يكون تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون أو بناءً عليه، على أنْ لا يمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق أو الحرية)).

[3]- قال تعالى (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ).

[4]- قال تعالى ﴿ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ ﴾ [البقرة: ٢٣٦] وقوله تعالى:﴿ وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾ [البقرة: ٢٤١].

[5]- قال الله تبارك وتعالى في سورة النساء الاية ٤ (وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا).

وبعد وفاه النبي محمد (ص) ، وبعد أنْ كان (ص) هو المرجع للمسلمين في كل المسائل والمستجدةً لم يجد الناس شيئا من فقه مكتوب يمكن الاستناد اليه، وبعد أنْ توسعت الدولة الإسلامية إلى مناطق شاسعة لم تعد ايات الأحكام الجزائية الواردة في القران الكريم تستوعب الوقائع الجديدة والحادثة، الامر الذي دفع الفقه إلى الالتجاء إلى الأحكام العامة أو مايسمى بـ(مقاصد الشريعة) لايجاد الحلول لتلك المستجدات، وهكذا تطور الفقة الإسلامي وخصوصاً في مجال الأحوال الشخصية، فظهرت المدارس الفقهية ، كمدرسة اهل الراي في العراق التي تزعمها (ابو حنيفة النعمان) (٨٠-١٥٠)هـ ، ومدرسة اهل الحديث في الحجاز بزعامة الامام مالك (٩٣-١٧٠)هـ ، وبعد ظهور هذه المدارس تبلورت المذاهب الفقهية كالحنفي والشافعي والحنبلي، والشيعة الزيدية، والجعفرية الانثى عشرية[٦].

لذا ومن أجل الوقوف على كيفية معالجة الاختلاف المذهبي في التشريعات العربية لذا سنتناول هذا المطلب بتقسيمه إلى الفروع الآتية:

الفرع الاول
موقف الدساتير العربية من تطبيق حرية الأحوال الشخصية

إذا كان دستور جمهورية العراق يعد من أهم الدساتير التي عالج بنصوص صريحة الحرية في الالتزام بالأحوال الشخصية، إلا أنَّ هذا المسلك لا يعد من أولى التجارب بهذا الشان، حيث سبقه في اعتناق هذه الحرية المشرع الدستوري في لبنان، نتيجة تنوع الطوائف والاديان فيه، حيث تنص المادة (٩) من الدستور اللبناني لعام ١٩٢٦ المعدل على أنّ (حرية الاعتقاد مطلقة والدولة بتاديتها فروض الاجلال لله تعإلى تحترم جميع الاديان والمذاهب وتكفل

---

[١]- قال تعالى ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ [النساء: ١١].

[٢]- قال تعالى ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلاَدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ ﴾ [النساء: ١١].

[٣]- قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ).

[٤]- قال تعالى في الآية ٢٣٣ من سورة البقرة ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لاَ تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا لاَ تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا ﴾.

[٥]- قال تعالى: {وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ} سورة البقرة(٢٣٤)، كما قال تعالى {وَأُوْلاَتُ الأحمال أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ} سورة الطلاق الاية (٤).

[٦]- د. عبد الكريم زيدان – المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية – طبعة ١٤ – مؤسسة الرسالة – ١٩٩٦ –ص١٤٩.

حرية اقامة الشعائر الدينية تحت حمايتها على ان لا يكون في ذلك اخلال في النظام العام وهي تضمن ايضاً للاهليين على اختلاف مللهم احترام الأحوال الشخصية والمصالح الدينية).

فيتضح من النص أعلاه أنَّ كل طائفة من الطوائف الإسلامية والمسيحية والدرزية في لبنان لها قوانينها وأحكامها الخاصة، والتي تختص بتطبيق أحوالها الشخصية محاكمها الشرعية أو الروحية، حيث أنَّ المحاكم الشرعية الإسلامية تنقسم إلى المحاكم الشرعية السنية والمحاكم الجعفرية والتي تكون بدورها على درجتين، الاولى المحاكم الشرعية البدائية والمحكمة العليا، كما أنَّ هناك محاكم روحية غير إسلامية تخضع للقانون الكنسي أو الديني[1].

إلا اننا مع ذلك نجد أنَّ الاتجاه الغالب من الدساتير العربية يحجم عن ايراد نص صريح يعالج حرية الأحوال الشخصية تاركاً التفصيل في هذه المسالة لما تنظمه قوانين الأحوال الشخصية بهذا الخصوص على اعتبار ان تنظيم التفصيل في مسائل الأحوال الشخصية يدخل في القوانين التي تعالج هذه المسائل، وتكتفي الدساتير في اغلب البلدان بوضع قواعد عامة لمعالجة المسائل الخاصة بالاحوال الشخصية والتي يمكن من خلالها ان يستخلص مشروعوا قوانين الأحوال الشخصية الكثر من الاحكام.

الفرع الثاني
موقف قوانين الأحوال الشخصية العربية من تطبيق حرية الأحوال الشخصية

استمدت قوانين الأحوال الشخصية التي ظهرت في القرن العشرين أحكامها من مبادئ الشريعة الإسلامية ومن أحكام الفقه الإسلامي، ومن هذه القوانين قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، وقد اخذ هذا القانون أحكامه من جميع المذاهب الإسلامية دون التقيد بمذهب معين أو النظر إلى مذهب العراقي المسلم[2]، حيث جاء هذا القانون بحالة وسيطة وشاملة بحيث يطبق على عموم المسلمين، بينما يتم العمل في قضايا الأحوال الشخصية للمسيحيين واليهود بموجب لوائحهم الخاصة وفقاً لدياناتهم وتختص بالنظر في قضاياهم محاكم البداءة[3].

---

[1] – جبار ناصر– مصدر سابق– ص ١١٠– ١١١.

[2] – وهذا ما نصت عليه الفقرة (٢) من المادة الاولى والتي تنص على أنه ((إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقة فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون)).

[3] – وهذا ماجاءت به الفقرة (١) من المادة (الثانية) من قانون الاحوال الشخصية العراقي والتي تنص على انه ((تسري أحكام هذا القانون على العراقيين الاما استثنى منهم بقانون خاص)).

لذا نجد أنَّ هذا القانون يأخذ بعض أحكامه بما هو مقرر في الفقة الحنفي، ويأخذ بعضها الاخر مما هو مقرر في الفقة الجعفري، وأحكاماً أخرى من بقية المذاهب.

وهذا الاتجاه الذي اخذ به المشرع العراقي في تطبيق القانون من حيث الاشخاص، ودون التقيد بمذهب معين هو أمر سارت عليه العديد من التشريعات ومنها قانون الأحوال الشخصية المصري رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٥ الذي نص على سريان أحكامه على كل مصري مسلم متزوج بمسلمة أو مسيحية أو يهودية، كما يسري على المصريين غير المسلمين إذا اختلفوا في طوائفهم، كما يسري القانون على كل اجنبي مسلم تزوج بمصرية مسيحية أو يهودية، وذلك عملاً بالمادة (١٤) من القانون المدني التي تقضي بتطبيق القانون المصري في هذه

وهكذا فقد جاء القانون المصري كما هو الحال في القانون العراقي ذا صفة شمولية من حيث التطبيق ومن حيث الأحكام الواردة فيه، فلم يميز القانون من حيث التطبيق بين المصري المسلم والمصري غير المسلم، وكذلك لم يتقيد واضعوا نصوص هذا القانون بمذهب معين، وانما أحالوا إلى جميع المبادى التي استقر عليها الفقه الإسلامي بصورة عامة.

ومع كون المشرع المصري قد تاثر في الكثير من أحكامه التي اوردها بالفقه الحنفي إلا أنه مع ذلك لم يتقيد بهذا المذهب في مواضيع عدة ولاعتبارات مختلفة، واخذ بالأحكام الواردة في فقه المذاهب الاخرى، ومن ذلك مثلاً الأخذ بصحة الوصية للمعدوم ومن هو في حكمه في مذهب الامام الشافعي ومذهب الامام احمد، وأخذ كذلك بالأحكام الخاصة بالقتل المانع من الميراث من مذهب الامام مالك[٢].

ولم يكتفِ المشرع في مصر عند هذا الحد، بل نجد أنَّ المحكمة الدستورية العليا قد ارست العديد من المبائ المتعلقة بالأحوال الشخصية، حيث قررت الحكم بـ(عدم دستورية النصوص التشريعية في مجال الأحوال الشخصية في حالة عدم وجود مايبرر ذلك استناداً إلى اصول العقيدة التي وردت بشانها، حيث أنه لا يجوز أنْ يميز المشرع في مسالة لا تتعلق باصول العقيدة وجوهر أحكامها بين المصريين تبعاً لديانتهم، حيث أنَّ الاصل هو مساواتهم قانوناً ضماناً لتكافؤ الحماية التي يكفلها الدستور أو المشرع لجموعهم سواء في مجال الحقوق التي يتمتعون بها أو على صعيد واجباتهم، فالاسرة القبطية هي ذاتها الاسرة المسلمة فيما عدا

---

[١]- ينظر: عبد الناصر توفيق العطار – الاسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم (١٠٠) لسنه ١٩٨٥، المؤسسة العربية الحديثة – القاهرة – دون سنة الطبع – ص١٤-١٥.

[٢]- ينظر: محمد فهر شقنة- قانون الأحوال الشخصية – طبعة ١ – ١٩٨٢ – دون مكان الطبع – ص١٢-١٤.

الاصول الكلية لعقيدة كل منهما، وتظلهم بالتالي القيم والتقاليد عينها إلى مجتمعهم يفيئون فلا يكون تقيدهم بالاسس التي يقوم عليها إلا تعبيراً عن انتمائهم إلى هذا الوطن، واندماجهم فيه تربوياً وخلقياً ودينياً، وكلما كفل المشرع لبعض ابناء الوطن الواحد حقوق حجبها عن سواهم على غير اسس موضوعية كان متعمقاً في وجدانهم وعقولهم اعتقاداً أو شعوراً بانهم اقل شاناً من غيرهم من المواطنين)[١].

ومن جهة اخرى نجد أن هناك دولاً اخرى نظرت وهي تشرع قوانينها إلى المذهب الاكثر شيوعاً بين افرادها لتجعل هذا المذهب أساساً للحكم في حالة انعدام النص التشريعي عند القاضي ومن هذه القوانين مدونة الأحوال الشخصية المغربية لسنة ١٩٥٧ والتي نصت في الفصل الثاني والثمانون على اعتماد الراجح من الأحكام في مذهب الامام مالك في حالة انعدام النص التشريعي لدى القاضي[٢]، ومنها أيضاً قانون الأحوال الشخصية الاردني رقم (٦١) لسنه ١٩٧٦ والذي احال القاضي في حالة انعدام النص التشريعي لديه إلى الراجح من الأحكام في مذهب ابي حنيفة[٣]، حيث تطبق أحكام هذا القانون على المسلم الاردني، اما غير المسلم فتطبق عليه أحكام طائفته فيما يتعلق بأحواله الشخصية.

ومن القوانين الاخرى ما نصت على إحالة القاضي في حالة انعدام النص التشريعي إلى مذهب معين فإنَّ انعدم الحكم أحالته إلى مذهب آخر ومنها القانون الاماراتي رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٥ والذي نصت الفقرة (٣) من المادة (٢) منه على أنه (اذا لم يوجد نص في هذا القانون يحكم بمقتضى المشهور من مذهب مالك ثم مذهب احمد ثم مذهب الشافعي، ثم مذهب ابي حنيفة).

في حين اخذت الفقرة (٢) من المادة (١) من هذا القانون بتطبيق النصوص الواردة فيه على كل مواطني دولة الامارات باستثناء من كان لهم أحكام خاصة بطوائفهم أو مللهم حيث

---

[١] – د. مجدي مدحت النهري– تفسير النصوص الدستورية في القضاء الدستوري– مكتبة الجلاء الجديد– المنصورة– ٢٠٠٣– ص ٢٣٧–٢٣٨.

[٢] – وقد نص هذا الفصل على أن ((كل ما لم يشمله هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الامام مالك)).

[٣] – وهو ما نصت عليه المادة (١٨٣) من قانون الأحوال الشخصية الاردني رقم (٦١) لسنة ١٩٧٦ المعدل بالقانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٧٧بأنَّ ((ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجع من مذهب ابي حنيفة)).

نصت على أنْ (تسري أحكام هذا القانون على مواطني دولة الامارات العربية المتحدة ما لم يكن لغير المسلمين منهم أحكام خاصة بطائفتهم وملتهم...).

أما وضع الأحوال الشخصية في مملكة البحرين فلا يختلف عما هو عليه الحال في العراق قبل نفاذ قانون الأحوال الشخصية النافذ، حيث أنه على الرغم من عدم وجود قانون للأحوال الشخصية في البحرين، إلا أنَّ الواقع العملي قد جرى على وجود محاكم شرعية جعفرية ومحاكم شرعية سنية ليختص كل منهما بالأحوال الشخصية لتابعي كل مذهب حسب الأحكام الفقهية لمذاهبهم[1].

وهكذا نجد أنَّ كل قوانين الأحوال الشخصية تجعل من النصوص الواردة فيها أساساً للتطبيق على جميع افرادها من حيث الاصل، وتورد على هذا الاصل استثناءات معينة، وهي من جهة اخرى تنظر إلى المذهب الاكثر شيوعاً بين افرادها من المذاهب الإسلامية، فتُحيل القاضي إليه في حالة انعدام النص التشريعي لديه وهي تاخذ بهذا الاتجاه، ولا تعطي لكل طائفة من الطوائف العودة إلى فقه تلك الطائفة، الامر الذي قد تعمل معه كل طائفة على الحفاظ على الأحوال الواردة في الفقه الذي تومن به، مما يؤدي عند التطبيق إلى تعارض اكيد في الأحكام في حالات عدة لعل من ابرزها مسائل الزواج والطلاق والوصايا والمواريث، وذلك للاختلاف الفقهي الواسع في الأحكام الخاصة بهذه المسائل.

المطلب الثالث

الانتقادات والاعتراضات التي وجهت لإقرار المشرع الدستوري حرية العراقي في اختيار أحواله الشخصية وتقويمها

ثار الخلاف السياسي والفقهي في العراق بعد صدور دستور جمهورية العراق بصورة عامة، والمادة (٤١) منه المتعلقة بحرية اختيار الأحوال الشخصية بصورة خاصة، إذ عد البعض في هذا النص انصافاً واحقاقاً لحرية الافراد في تحديد التزاماتهم بمسائل الأحوال الشخصية، وهي غاية يهدف اليها الدستور في كثير من مواده، في حين عدها البعض الآخر تكرسياً للاختلاف المذهبي في الدولة العراقية، واعتبروها مثاراً للجدل والفتنة الطائفية.

لذا ومن أجل الوقوف على هذه الاعتراضات وتقويمها لذا سنتناولها في الفروع الآتية:

الفرع الاول

[1] – القاضي رحيم العكيلي– مصدر سابق– ص ٢٧٢.

الرأي المعارض لحرية اختيار الأحوال الشخصية

لئن تاملنا نص المادة (٤١) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ لوجدنا أنها جاءت لتعلن عن حرية العراقين في الالتزام بأحوالهم الشخصية حسب الديانة أو المعتقد أو الاختيار، ومن ثم فإنَّ هذه المادة تشكل واحدة من اهم المواد التي حظيت بالكثير من الجدل الفقهي، حيث راى البعض أنَّ هذه المادة تشكل إلغاء لقانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ الذي كان يهدف إلى توحيد أحكام المذاهب الإسلامية الخمسة في العراق بقانون واحد يجاري روح العصر[١].

ومن ثم تعددت الانتقادات الموجهة إلى نص المادة (٤١) من الدستور العراقي والتي يمكن اجمالها بالآتي:

١-إنَّ الأخذ بالمادة (٤١) من الدستور في صيغتها الحالية يؤدي إلى ترك المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية إلى رجال الدين، وجعل القاضي مجتهداً لا مطبقاً للقانون لعدم وجود نص يرجع اليه، حيث يتوجب عليه الرجوع إلى المذاهب المختلفة، وأنْ يتعمق في دراسته، وبالتالي يصبح فقيهاً وليس قاضياً، وتصبح لدينا ثلاث محاكم (محاكم شيعية وسنية ومحاكم غير إسلامية) دون وجود قانون واحد يحكمها جميعاً، أي: إنَّ حرية اختيار الأحوال الشخصية ستؤدي إلى عدم وضوح الرؤية امام القاضي.

٢-ومما يؤخذ على هذه المادة أيضاً أنها ستؤدي إلى حصول ارباك في النظام القضائي، نتيجة تعدد محاكم الأحوال الشخصية بتعدد الاديان والمذاهب والمعتقدات، كما أنها تترك الخيارات للشخص باللجوء إلى محاكم مختلفة بغض النظر عن نوعها وعن طائفته في حالة اعتناقه للأحوال الشخصية حسب اختياره الشخصي[٢].

٣-كما أنها تضع الحواجز والعراقيل امام الزواج المختلط، مما يعزز الطائفية ويكرسها في وقت فيه البلاد بامس الحاجة إلى تقوية الاواصر والروابط بين ابنائه، ونزع فتيل الطائفية وليس مزيد من الانقسام الاجتماعي.

٤-إنَّ تطبيق الأحكام الشرعية لكل مذهب سيؤدي إلى نشوب خلاف في بعض المسائل، كما في حالة تحديد سن الزواج، فبعد أنْ كان قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ قد حددها بـ(١٨) سنة فإنه في ضوء المادة (٤١) من الدستور فانها تتراوح بين (السابعة)

---

[١] - اثير ادريس عبد الزهرة- مصدر سابق- ص ٢٠٩ . كما ينظر رشيد الخيون، بدور زكي محمد- الدستور والمراة- معهد الدراسات الاستراتيجية – بغداد- بيروت- ٢٠٠٦- ص ٨.

[٢] - د. حسام عبد الواحد- مصدر سابق- ص١٤٠.

وحتى (التاسعة)، وكذا الأمر بالنسبة لعقد الزواج حيث أنه وفقاً للمذهب السني يجب أنْ يكون للمرأة وصي ذكر ليمثلها خلال مراسيم الزواج، في حين يجوز للمرأة وفقاً للمذهب الجعفري أنْ توقع على عقد زواجها بنفسها، وكذلك الاختلاف في سن نقل الوصاية من الأم إلى الأب بحسب المذهب وغيرها من الامور الأخرى المختلف فيها.

٥- إنَّ تطبيق النص الدستوري يؤدي بالنتيجة إلى ضرورة تشريع قانون جديد للأحوال الشخصية على الرغم من أنَّ ما ورد في هذا القانون أعلاه هو تجميع لأحكام المذهبين السني والجعفري، حيث أنه أخذ أحكامه من مذهب الاحناف (مدرسة الإمام أبو حنيفة النعمان) و(مذهب الإمام أبو جعفر الصادق) (ع)، وخاصة بالنسبة لإرث البنت وحجبها للورثة للآخرين من غير الزوج والأب والأم والطلاق المقترن لفظاً وإشارة حيث لا يقع إلا مرة واحدة، كما تضمن هذا القانون المذاهب الأخرى، أي انه في حقيقة الامر قانوناً متضمناً كل المذاهب، حيث اخضع هذا القانون جميع المسلمين في العراق إلى معايير موحدة من القوانين المتعلقة بالاسرة والزواج بعد أنْ تم تعديل الأحكام الواردة فيه المغايرة لمبادئ الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي [١].

٦- واضاف آخرون سلبيات تتعلق بقانون الأحوال الشخصية النافذ، حيث أنْ تطبيق النص الدستوري يوجب بالضرورة إلغاء حقوق المرأة التي كفلها هذا القانون، وذلك من خلال الرجوع إلى أحكام المذاهب والاديان التي تبنت الفكر الذكوري، لذا فإنه يجهض بالكامل المنجزات المتحققة للمرأة العراقية في القانون أعلاه، فضلاً عن خسارة السوابق القضائية المتعلقة بهذا القانون، كما أنه من الناحية الشكلية فإنَّ السلطة التي وضعت قانون الأحوال الشخصية وصفها البعض بانها سلطة غير شرعية [٢] .

٧- فضلاً عن أنَّ حرية العراقي في اختيار أحواله الشخصية تتقاطع مع مبادئ دستورية هامة كمبدأ المساواة امام القانون والمنصوص عليه في المادة (١٤) من الدستور العراقي، كما أنه سيخضع الأحكام القانونية للاسرة إلى معيار مبهم وهو العقيدة والمذهب، وطالما أنَّ كليهما يعدان من الأمور الباطنة في نفس الانسان وتتعلق بالايمان لذا فإنَّ الكذب في الاخبار عن العقيدة امر وارد، كما أنَّ النص جاء ساكتاً عن تنظيم أحكام الاسرة بالنسبة لمن كان ذا معتقد غير ديني، وعلى الرغم من أنَّ ظاهر النص يشير إلى امكانية اختيار النظام القانوني

---

[١] - زينب وحيد - تأثير قانون الأحوال الشخصية العراقي على الوحدة الوطنية - رؤية قانونية منشورة على الموقع الالكتروني www.fcdrs.com/articles/l21.html

[٢] - جمال ناصر جبار- مصدر سابق- ص ٩٩-١٠١.

للأحوال الشخصية بالنسبة لمن لم يكن له معتقد أصلاً بناء على الاختيار الشخصي، إلا أنَّ هذا المعيار يعد غير منضبط ، و لايمكن اخضاع النظام القانوني له، كونه سيؤدي إلى نتائج غريبة وشاذة عن المجتمع كما في حالة المرأة غير الملتزمة بمعتقد، حيث سيسمح لها بتعدد الازواج[1].

٨-كما أنَّ تطبيق النص الدستوري يفضي إلى نقل السلطة من الدولة إلى الجهات الدينية، فضلاً عن المشكلات التي ترافق هذا التطبيق ومنها حصول ارباك في النظام القضائي، حيث يتوجب انشاء محاكم جديدة وتدريب الملاكات القضائية، وإلغاء مبدأ وحدة التشريع، فضلاً عن إلغاء الخصائص العامة للقانون المتمثلة في العمومية والتجريد[2].

٩-أما المشكلات المتعلقة بالتطبيق العملي فتتمثل في أنْ ترك الباب مفتوحاً لحرية الأفراد في اختيار (أحوالهم الشخصية) من شأنه أنْ ينخر في كيان المجتمع وبنائه، ويفرق بين طوائفه وأطيافه، ويخلق المشاكل والمنازعات الشخصية بين الأفراد، فالعراقي باديانه وطوائفه المختلفة لم يسبق له وأنْ تم تسجيل مذهبه في السجلات الرسمية، حيث النص الدستوري يستوجب من خلال مفهوم تسجيل المذهب لكل عراقي إزاء ديانته، ومن ثم تلتزم الدولة تبعاً لذلك بإقامة محاكم للأحوال الشخصية والمواد الشخصية بعدد المذاهب في كل مدينة وناحية وقضاء.

الفرع الثاني

الرأي المؤيد لحرية اختيار الأحوال الشخصية

على خلاف الرأي السابق ذهب راي آخر إلى تاييد مسلك المشرع الدستوري في إقراره حرية العراقي في اختيار أحواله الشخصية، وقد استندوا في ذلك إلى العديد من الحجج والتي تتمثل في الآتي:

١-إنَّ عدم تطبيق حرية الطوائف المسلمة في تطبيق الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية التي يؤمنون بها ينطوي على اخلال بمبدأ المساواة الذي اعتنقه المشرع العراقي، حيث سار المشرع العراقي على قاعدة الاعتراف لغير المسلمين في تطبيق أحكام طوائفهم ومذاهبهم الشرعية الفقهية، وهو الامر الذي يدعو إلى المساواة بين المواطنين في تطبيق أحكام الأحوال الشخصية، لاسيما إذا ما علمنا بارتباطها الوثيق باعتقاد الفرد ودينه، فضلاً عن عدم انطواء هذا المسلك على تفريط بالقانون، أو تاثيره على التشريعات الأخرى النافذة.

---

[1] – الدكتور حسام عبد الواحد – مصدر سابق– ص١٣٩-١٤١.

[2] – جمال ناصر جبار– مصدر سابق– ص ١١٣– ١١٤.

٢-لا تنطوي حرية العراقي في الالتزام بأحواله الشخصية حسب الدين أو المذهب أو المعتقد على أي تعميق للنفس الطائفي، فلا يوجد مانع قانوني من سريان قانون معين على فئة غير محددة من المواطنين طالما لم يتم تحديدهم مسبقاً.

٣-لا توجد أي مشاكل قانونية تتعلق بتطبيق قانون للأحوال الشخصية لكل مذهب أو طائفة على حدة وبالاخص فيما يتعلق بانشاء محاكم مختصة بذلك، حيث أنَّ انشاء المحاكم يعود إلى السلطة القضائية، ومن ثم بالامكان انشاء المحاكم وفقاً للكثافة السكانية أو مذهب غالبية السكان[١].

٤-وأضاف آخرون إلى ذلك بأنَّ المنجزات المتحققة للمرأة في قانون الأحوال الشخصية العراقي له أصل في الاجتهادات الفقهية لدى المذاهب الإسلامية المختلفة، كما أنَّ المادة (٤١) من الدستور لاتخل بمبدأ المساواة امام القانون، كونها ساوت بين العراقيين بغض النظر عن الدين أو المذهب أو المعتقد، ولم تفرق بين العراقيين من المسلمين وغيرهم[٢].

٥-كما أنَّ المشرع العراقي في المادة (٧٠) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ قد احال أحكام المواريث الشرعية فيما لا نص فيه إلى الأحكام الشرعية الخاصة بمذهب المورث، وقد تواتر القضاء العراقي على تطبيق هذا المبدأ، حيث يتحرى القاضي مذهب المورث ومعتقده قبل توزيع الحصص الارثية، وهو الامر الذي يدعو إلى تعميم هذا النص ليشمل الأحوال المتعلقة بالأحوال الشخصية[٣].

ونحن بدورنا نؤيد الاتجاه المعارض لاقرار حرية العراقي في اختيار احواله الشخصية وذلك لسببين:

السبب الاول: ان التطبيق العملي لهذا المبدأ سيفرز إشكالات واسعة تتمثل بتعدد المحاكم وفقاً للمذاهب واختلاف الاحكام فيما بينها، وهو امر ينعكس سلباً على أداء وعمل واستقرار السلطة القضائية في مسائل الاحوال الشخصية.

السبب الثاني: ان قانون الاحوال الشخصية النافذ منذ العام ١٩٥٩ ولحد الان لم يفرز في الواقع العملي أي اشكالات فيما يتعلق بالمسائل الخاصة بالاحوال الشخصية، ويسير عمل المحاكم في تطبيق احكامه بصورة انسيابية، فهو قانون أخذ واضعوه بنظر الاعتبارات

---

[١] - جمال ناصر جبار - مصدر سابق- ص ١١٥-١١٨.

[٢] - القاضي رحيم العكيلي- مصدر سابق- ص ٢٨٦-٢٩٢.

[٣] - الدكتور حسام عبد الواحد - مصدر سابق- ص ١٣٣.

الاختلاف المذهبي الموجود في الشعب العراقي فجاءت احكامه ونصوصه ملبية لهذا الاختلاف.

الـخـاتـمـة

بعد أنْ انتهينا من دراسة موضوع حرية العراقي في اختيار أحواله الشخصية فقد توصلنا إلى بعض النتائج والتوصيات والتي يمكن اجمالها بالآتي:

١- اتضح لنا أنَّ دستور جمهورية العراق قد نص على حرية العراقي في الالتزام بأحواله الشخصية، إلا أنه لم يطلق العنان لهذه الحرية لتكون دون ضوابط، فقد وضع المشرع الدستوري عدة معايير يمكن معها تطبيق هذه الحرية وهي إما الدين أو المذهب أو الطائفة أو العقيدة أو الاختيار.

٢- إنَّ حرية الأحوال الشخصية تعد حرية من الحريات العامة في دستور جمهورية العراق، ومسلك هذا الدستور يشابه مسلك بعض الدساتير العربية كما هو الحال بالنسبة إلى لبنان التي تقر حرية تابعي المذاهب في اختيار وتطبيق الأحكام الشرعية الخاصة بكل مذهب.

٣- إنَّ المشرع الدستوري في دستور ٢٠٠٥ قد اعتنق ذات المبدأ الذي سار عليه اول دستور عراقي وهو القانون الأساسي لعام ١٩٢٥ إلا أنه يختلف عنه في أنه في الوقت الذي اقر فيه هذا الدستور حرية غير المسلمين في اختيار أحوالهم من أي مصدر يستقوه، ولم يطلق هذه الحرية للمسلم كونه ملزم بتقييد الأحكام الشرعية الخاصة بمذهبه أو طائفته، نجد بالمقابل أنَّ دستور ٢٠٠٥ ساوى بين المسلمين وغير المسلمين في اختيار الأحوال الشخصية المتعلقة بكل منهم، يستوي في ذلك أنْ يكون وفق الدين أو المذهب أو الاختيار.

٤- اتسمت حرية العراقي في اختيار أحواله الشخصية بالعديد من الخصائص ومنها أنها حرية فردية، كما أنَّ تطبيقها يتوقف على صدور القانون الذي ينظم كيفية التمتع بهذه الحرية.

لما تقدم فاننا نوصي المشرع الدستوري العراقي بإعادة النظر بنص المادة (٤١) موضوع البحث وذلك اما بالنص على الغائها او تعديلها، وذلك لكفاية نصوص قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ النافذ في حكم المسائل المتعلقة بالاحوال الشخصية، وللعمل على استقرار سير العمل القضائي ومنع الاجتهادات المتعددة في مسائل الأحوال الشخصية الامر الذي يمكن ان يفرز مشاكل عدة في التطبيق العملي.

المصادر

اولاً: الكتب والبحوث

١. ابن قدامه المقدسي- المغني والشرح الكبير- ج٢ - دار الكتاب العربي – دون سنة ومكان الطبع .

٢. اثير ادريس عبد الزهرة- مستقبل التجربة الدستورية في العراق- دار ومكتبة البصائر- بيروت- لبنان- ٢٠١١.

٣. الامام مالك ابن النس الاصبعي- المدونة الكبرى- ج٣ - مكتبة المثنى – بغداد – دون سنة الطبع .

٤. جمال ناصر جبار- التنظيم القانوني للأحوال الشخصية في العراق من تاسيس الدولة العراقية إلى صدور الدستور الدائم لسنة ٢٠٠٥- منشور في دراسات دستورية- مركز العراق للدراسات- السلسلة رقم (٣٥) – مطبعة البينة- ٢٠٠٩.

٥. د ابراهيم عب العزيز شيحا – القانون الدستوري – بيروت – لبنان – ١٩٨٣.

٦. د. احسان حميد المفرجي ، د. كطران زغير مطر ، د. رعد ناجي الجدة – النظرية العامة في القانون الدستوري والنظام الدستوري في العراق – ط٢ – مطبعة العاتك – القاهرة – ٢٠٠٩.

٧. د. احمد الكبيسي شرح قانون الأحوال الشخصية الزواج، والطلاق الجزء الاول – مطبعة الارشاد – بغداد – دون سنة الطبع .

٨. د. اسماعيل مرزة – القانون الدستوري – دار المنشورات الحقوقية صادر – بيروت- ١٩٦٩.

٩. د. حسام عبد الواحد – مبدأ حرية الشخص في اختيار نظام الأحوال الشخصية واثره في الدستور والقانون العراقيين- بحث منشور في مجلة القانون المقارن- العدد ٦٢ لسنة ٢٠٠٩.

١٠. د. عبد الكريم زيدان – المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية – طبعة ١٤ – مؤسسة الرسالة – ١٩٩٦.

١١. د. مجدي مدحت النهري- تفسير النصوص الدستورية في القضاء الدستوري- مكتبة الجلاء الجديد- المنصورة- ٢٠٠٣.

١٢. رشيد الخيون، بدور زكي محمد- الدستور والمراة- معهد الدراسات الاستراتيجية – بغداد- بيروت- ٢٠٠٦.

١٣. زينب وحيد – تأثير قانون الأحوال الشخصية العراقي على الوحدة الوطنية – رؤية قانونية منشورة على الموقع الالكتروني www.fcdrs.com/articles/l21.html
١٤. سالم روضان الموسوي، مقاربة بين نص المادة (٤١) من الدستور العراقي وقانون الأحوال الشخصية النافذ–بحث منشور على الموقع الالكتروني : www.f–low.net
١٥. سليم مطر– جدل الهويات– المؤسسة العربية للدراسات والنشر– بيروت– ٢٠٠٣.
١٦. السيد صادق الحسيني الشيرازي – المسائل الإسلامية المنتخبة–– ط٢٥ – دار صادق للطباعة – كربلاء – ٢٠٠٣.
١٧. شمس الدين السرخسي – المبسوط – ج٥ – دار المعرفة – بيروت – لبنان – ١٩٧٨.
١٨. الشهيد السعيد زين الدين الجبعي العاملي – الروضة البهية – شرح اللمعة الدمشقية – الجزء الثاني– دون سنة ومكان الطبع .
١٩. الشيخ نظام وجماعته من علماء الهند – الفتاوي الهندية في مذهب الامام ابي حنيفة النعمان – المجلد الأول – المكتبة الإسلامية – تركيا – دون سنة الطبع.
٢٠. عبد الناصر توفيق العطار – الاسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم (١٠٠) لسنه ١٩٨٥، المؤسسة العربية الحديثة – القاهرة – دون سنة الطبع.
٢١. علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني – بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع – ج٤– بيروت– لبنان – ١٩٨٢ .
٢٢. العلامة زين الدين ابن نجيم الحنفي – البحر الرائق شرح كنز الدقائق – دار المعرفة – بيروت لبنان – دون سنة النشر – ج٤.
٢٣. القاضي رحيم حسن العكيلي– حرية العراقيين في الالتزام بأحوالهم الشخصية– منشور في دروس في تطبيقات القوانين– بغداد– ٢٠٠٧.
٢٤. كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام – شرح فتح القدير – ج ٢ – الطبعة ١ – مطبعة بولاق – ١٣١٦هـ.
٢٥. محمد امين الشهير بابن عابدين – حاشية رد المحتار على الدر المختار – ج٢ – مطبعة الحلبي – مصر – ١٩٦٦.
٢٦. محمد فهر شقنة– قانون الأحوال الشخصية – الطبعة الأولى – دون مكان الطبع واسم الناشر – ١٩٨٢.

ثانياً: التشريعات

١. دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ .
٢. قانون الأحوال الشخصية الاردني رقم (١٦) لسنة ١٩٧٦.
٣. قانون الأحوال الشخصية السوري رقم (٥٩) لسنة ١٩٥٣.
٤. قانون الأحوال الشخصية العراقي (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.
٥. بيان المحاكم لعام ١٩١٧.
٦. القانون الأساسي العراقي الصادر عام ١٩٢٥.
٧. قانون تنظيم المحاكم الدينية للطوائف المسيحية والموسوية رقم (٣٢) لسنة ١٩٤٧.
٨. قرار مجلس الحكم رقم (١٣٧) لسنة ٢٠٠٣ (الملغى).
٩. ملحق نظام الطوائف الدينية رقم (٣٢) لسنة ١٩٨١.

ثالثاً: القرارات القضائية

١. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (٩٩) الصادر في ٢٠١٢/٩/١٩ .
٢. قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٥٨/هيئة عامة/٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٩/٢٤.