

مقارنة بين نص المادة (٤١) من الدستور وقانون الأحوال الشخصية النافذ

القاضي/ سالم روضان الموسوي
قاضي وباحث في الشؤون القانونية والقضائية
salm1956@maktoob.com

كثر الحديث والجدل حول وجود المادة (٤١) في الدستور العراقي النافذ وانقسم الرأي حولها إلى فريقين، إذ يرى البعض إن النص عليها كمادة في صلب الدستور ضروري للحفاظ على حقوق بعض فئات الشعب العراقي التي حرمت منها في السنوات السابقة، تنص تلك المادة على أن (العراقيون أحرار في الالتزام بأحوالهم الشخصية، حسب دياناتهم أو مذاهبهم أو معتقداتهم أو اختياراتهم، وينظم ذلك بقانون) والبعض الآخر يرى فيها تفريق لوحدة الصف والرجوع عن المكاسب التي تحققت للمرأة في ظل قانون الأحوال الشخصية النافذ رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل، ومن يقرأ تلك المادة يجد فيها إن المشرع العراقي وواضعي الدستور لم يأتوا بشيء جديد يتعلق بقضايا الأحوال الشخصية سوى إنهم ذكروا إن العراقيين أحرار في إتباع مذاهبهم في قضايا الأحوال الشخصية وينظم ذلك بقانون، بمعنى إن كل فرد له الحق في تنظيم علاقاته الأسرية وقضايا الزواج والطلاق والإنفاق على وفق مذهبه الذي يدين به، واعتبر هذا الحق من الأمور الدستورية التي لا يجب الخروج عنها أو مخالفتها، وإلا طعن بدستورية بأي النص المخالف، وهذه هي نقطة التطير التي أفزعت الكثير من المنظمات النسوية التي ترى في القانون النافذ ضماناً لحقوق المرأة أكبر من سواه، لكن ولغرض وضوح الصورة لا بد وأن ننظر إلى أحكام قانون الأحوال الشخصية النافذ رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ ونرى هل فيه ما يخالف نص المادة ٤١ من الدستور أم انه ينسجم معها، فإننا سنجد أن أهم الأحكام التي ينظمها قانون الأحوال الشخصية هي: (١. الزواج ٢. الطلاق ٣. التفريق ٤. النفقة ٥. الميراث) ولغرض توضيح الصورة بشكل أدق سأعرض لكل حالة مما ذكر في أعلاه وكما يلي:

١. الزواج إن أحكام الزواج قد نظمتها أحكام المواد (الثالثة - الحادية عشر) في الباب الأول من القانون، وكل من يطالع عليها لا يجد فيها ما يخالف حكم الشريعة حيث إن أحكام الزواج من الأمور التي اتفقت عليها جميع المذاهب سوى حالة الأشهاد أثناء عقد الزواج فبعضهم يوجبها حيث نرى فقهاء الحنفية والشوافع وباقي المذاهب الإسلامية بأن عقد الزواج لا يتم (إلا بتحقق أركانه من الإيجاب والقبول، وبشرط الاشهاد. وبهذا يتم العقد الذي يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه الذي شرعه الله) والآخرين لا يقرؤها كالأمامية، وفي كلا الحالتين لم تكن في هذه الأحكام ما يضر أو يتعرض لأي من حقوق المرأة أو الرجل، كما إنها لم تكن نقطة خلافية جوهرية إلا فيما يتعلق ببعض الملاحظات حول القيود التي وضعتها السلطات السابقة في تقييد تسجيل عقد الزواج وليس في انعقاده أو شروط صحته وسأعرض لها فيما بعد.

٢. الطلاق والذي افرد له القانون إحكام الباب الرابع وفيه بيان للأحكام القانونية التي تنظم حالات الطلاق والآثار المترتبة عليه، وبما إن الشريعة الإسلامية هي مصدر الأحكام المتعلقة بالطلاق فإن جميع المذاهب متفقة على إيقاع الطلاق من قبل الرجل واختلفت بشروط صحته وإتمامه، فبعضهم يرى إن الطلاق واقع حين تلفظ الرجل بكلمة الطلاق والبعض الآخر يرى فيه التغليب بان يكون هناك شهود في محل الطلاق وان تكون المرأة في حالة طهر عند إيقاعه وهو ما موجود عند الامامية على خلاف المذاهب الأخرى لا يصح الطلاق إلا بحضور شاهدين حيث أن بقية المذاهب لا تشترط ذلك الأمر لصحة الطلاق (ولا بد من حضور شاهدين، يسمعان الإنشاء سواء قال: لهما اشهدا أو لم يقل. وسماعهما التلفظ، شرط في صحة الطلاق. حتى لو تجرد عن الشهادة، لم يقع، ولو كملت شروطه الآخر. وكذا لا يقع بشاهد واحد ولو كان عدلاً، ولا بشهادة فاسقين بل لا بد من حضور شاهدين ظاهرهما العدالة).

والخلاف الآخر المتعلق بطهر الزوجة الغير موطوءة فيه وقت إيقاع الطلاق وهذا يدخل في باب التغليب من اجل منع التساهل في تداوله كونه يتعلق بمصير أسرة وانه ابغض الحلال عند الله (إذ يستوجب بعض فقهاء المذاهب الإسلامية ومنهم الامامية أن تكون المرأة وقت الطلاق في غير حالة الحيض أو النفاس من بعد الولادة وان لا تكون موطوءة بين حيضتين ويعتبر هذا في المدخول بها، الحائل والحاضر زوجها، لا الغائب عنها مدة يعلم انتقالها من القرء وطأها فيه إلى آخر. فلو طلقها وهما في بلد واحد، أو غائبا دون المدة المعبورة، وكانت حائضا أو نفساء كان الطلاق باطلا، علم بذلك أو لم يعلم. أما لو انقضى من غيبته، ما يعلم انتقالها فيه، من طهر إلى آخر ثم طلق صح، ولو اتفق في الحيض أما الغير مدخول بها فيصح الطلاق وإن كانت حائض) فهذه هي أهم نقاط الخلاف أما فيما يتعلق ببعض الفقرات التي أضيفت إلى نص القانون والتي تحتاج إلى إعادة نظر وسأذكرها فيما بعد.

٣. أحكام التفريق سواء القضائي والرضائي فإنها جميعاً مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية كونها المصدر الرئيسي لأحكام التفريق والطلاق ولتعلق التفريق والطلاق والزواج بالحلال والحرام فإن المرجع هو الشريعة الإسلامية وهي محل مراعاة ونظر عند كل من يتصدى لتلك الأمور، والمذاهب قد اتفقت جميعاً على أحكام التفريق بأن تكون بوجود زواج صحيح وأن ولي الأمر هو الذي يقضي بالتفريق وليس احد سواه إلا أن هناك بعض الفروق البسيطة المتعلقة في الطلاق الخلعي إذ نرى أن جميع المذاهب تعتبر الطلاق الخلعي طلاق بائن لا يحق للطرفين الرجوع إلى بعضهما إلا بمهر وعقد جديدين عدا الامامية فإن الطلاق الخلعي عندهم من الممكن أن ينقلب إلى طلاق رجعي إذا رجعت المرأة عن بذلها بمعنى أنها رجعت عن تنازلها عن حقوقها وتمسكت بالمطالبة بها أو طلبت إعادة ما افتدت به نفسها ويحق للزوج أن يرجع بزوجه أثناء العدة الشرعية (لو رجعت الزوجة عن بذلها في عدة الخلع والمباراة جاز للزوج أيضا أن يرجع إليها، فينقلب الطلاق البائن رجعياً).

٤. قضايا النفقة والحضانة والرضاع فإنها مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية إلا أن القانون أخذ بمراعاة تغير الأحوال والظروف متأثراً ببعض المبادئ والأفكار التي سادت حين إصدار القانون أو فيما بعد إلا أنها بمجملها لم تكن تتقاطع مع الثوابت الإسلامية وإنما وجد المشرع لها مجالاً للاجتهاد فأعطى حكمه فيها إلا انه ترك تقدير تلك الأحوال إلى سلطة القضاء.

٥. فيما يتعلق بأحكام الميراث فإن المشرع حدد بعض الحالات على سبيل الوجوب وإن كانت تختلف عن مذهب المتوفى وهي حالة ميراث البنات فجعلها كالولد تحجب الآخرين. بينما ترى بعض المذاهب أن البنات ترث نصف التركة في حال انفرادها بالميراث. والمشرع العراقي حينما أورد هذا المبدأ لم يكن من خارج نطاق اجتهاد الفقه الإسلامي، إذ أنها فكرة قد تبنتها بعض المذاهب الإسلامية وأنها لا تتقاطع مع ثوابت القرآن والشريعة الإسلامية ومنها الامامية. إذ عندهم في الميراث (حكم الإناث إذا لم يكن معهن ذكور، فسهم البنات الواحدة النصف، وسهم البناتين أو البنات الثلاث، والباقي يرد عليها إن كانت وحدها). أما بقية أحكام الميراث فإنها تخضع على وفق أحكام مذهب المتوفى من حيث الاستحقاق والتوارث والحجب والحرمان، علماً أن هذا الجدل والخلاف لا يتعلق بأصحاب الفروض الذين اقر لهم نصيبهم القرآن الكريم، بل في حالة ذوي الأرحام التي خضعت لاجتهاد فقهاء الشريعة الإسلامية.

لذلك ومن خلال ما تقدم نجد أن القانون النافذ لم نجد فيه ما يخالف نص المادة (٤١) من الدستور إذ ترك الناس يعملون على وفق مذهبهم فيما يتعلق بالعلاقات المنظمة لشؤون الأسرة من زواج وطلاق وميراث وفي تطبيقات القضاء يجد المطلع على أن القضاء يراعي مذهب كل شخص عند التصدي لواقعة معينة وهذا ما استقر عليه العمل القضائي منذ تأسيس الدولة العراقية وحتى الآن وهذا قد حافظ على مبدأ أن يكون الناس أحرار في إتباع أحكام مذهبهم. الملاحظات حول القانون النافذ إن قانون الأحوال الشخصية النافذ رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل لا يخلو من أن بعض الأحكام الواردة فيه ستكون محلاً للنقد والملاحظة وما أراه فيه اعرضه كما يلي:

١. أن الشريعة الإسلامية سمحت وبكل مذهبها إلى تسهيل مهمة الزواج حتى تتحقق غاية الخالق في خلقه في المودة والرحمة والتناسل ودوام الحياة واستمرارها، لكن ما ورد في بعض أحكام الزواج في القانون سارت على خلاف ذلك وبدأت بتعليق الشروط وعرقلتها وهذه الشروط لم تكن سبب في بطلان عقد الزواج إذا ما تم على خلقها وإنما يرتب جزاءات نص عليها القانون ومنها اشتراطه لأن يسجل العقد في المحاكم حصراً ومن يتزوج خارجها ويسعى لتوثيقه يتعرض إلى المسائلة القانونية على وفق أحكام المادة ١٠/٥ أحوال شخصية علماً أن الذي يتزوج خارج المحكمة لا يؤثر ذلك في صحة عقده ويعتبر العقد صحيحاً ومرتباً لأثاره الشرعية والقانونية من حيث النسب والتوارث والنفقة.

٢. كذلك اشتراط إذن القاضي في حال سعي الرجل إلى الزواج بامرأة ثانية أو ثالثة ويترب جزء قانوني على من يفعل ذلك بعقوبة شديدة تصل إلى حد السجن لمد خمسة سنوات تقريباً علماً أن زواج الرجل من امرأة ثانية أو ثالثة أو رابعة دون إذن القاضي لا يؤثر في صحة عقد الزواج إطلاقاً بل ويرتب أثره الشرعي والقانوني من حيث النسب والتوارث والإنفاق، إلا أن القانون ورد فيه استثناء بجواز الزواج من أرملة كامرأة ثانية دون إذن القاضي على وفق أحكام الفقرة (٧) من المادة الثالثة من القانون ولا احد يعلم سبب هذا الاستثناء وقصره على الأرملة دون المطلقة إلا ما سرب من أخبار وتبريرات في حينه لمعالجة حالة الأرملة التي تعاطمت من جراء الحرب العراقية الإيرانية.

٣. في بعض أحكام الطلاق أجد أن المشرع كان موفقاً عندما شرع القانون في حينه، إلا أن بعض التعديلات التي أدخلت عليه أرى أن يعاد النظر فيها ومنها عدم قبول الوكالة في الطلاق المشار إليه في الفقرة (ثانياً) من المادة (الرابعة والثلاثين) وهذا لا يتفق مع منطق العقل وفقه الشريعة إذ تطور الحياة وانتقال الناس في البلدان يوجب بعد الإقامة عن وطن احد الزوجين ولا يستطيع أن يحضر أحياناً إلى بلد الزوجة لإيقاع الطلاق فكان الأجدر أن تقبل الوكالة على أن تكون مختصة بإيقاع الطلاق مع ذكر تفاصيلها مثلما تتم الوكالة بالزواج.

٤. وكذلك ما جاء في الفقرة (٣) من (المادة التاسعة والثلاثين) حول التعويض عن الطلاق التعسفي التي أرى أنها لا تتسجم وحكم الشريعة الإسلامية وإنما يمكن إدخالها في باب التعويض عن الضرر على وفق تحقق أحكام المسؤولية المدنية وأحكام القضاء الاعتيادي ولأسباب أخرى كثيرة أرى فيها ذلك الأمر.

إذن بعد أن توضح لدينا أن أحكام القانون النافذ لا تبتعد كثيراً عن نص المادة ٤١ من الدستور العراقي إلا فيما يتعلق بالملاحظات التي ذكرتها والتي استقرتها من الدستور العراقي ومن خلال العمل في محكمة الأحوال الشخصية كمحام وكقاضي ولمدة طويلة، وما يمكن أن يثير التخوف لا وجود له وإن بقاء النص الحالي بعد تعديل البعض القليل من مواده سيكون منسجماً ومتفقاً ومتطابقاً مع نص المادة ٤١ من الدستور النافذ. وكذلك بالنسبة للذين يعارضون وجود نص المادة ٤١ من الدستور فإن خوفهم وتوجسهم لا مبرر له حيث ترك النص السلطة التقديرية إلى الهيئة التشريعية لتنظيم ذلك بقانون. أي أن الأمر سوف لن يترك سائب مثلما يتصور البعض أو يسعى لتصويره، وإنما يصدر ويشرع قانون جديد يحل محل القانون السائد والنافذ بمعنى إن الأمر سوف يكون خاضع لآليات إصدار القوانين عن طريق البرلمان. وحتى لو ألغيت المادة (٤١) وعلى سبيل الفرض، ألا يستطيع البرلمان الحالي من تعديل نصوص القانون النافذ وإفراغه من محتواه وإيراد أحكام قانونية جديدة تتسجم وأفكار أغلبية البرلمانية؟ الجواب انه يستطيع لأن القانون قابل للتغيير والإلغاء بموجب قانون له نفس قوة القانون النافذ.

وفي خلاصة القول أجد أن الأمر منسجم ومتفق بين المادة (٤١) وأحكام القانون النافذ ولا يوجد أي تقاطع أو ما يثير التوجس تجاه ما موجود من أحكام لأن القضاء في الوقت الحاضر وعلى وفق أحكام القانون النافذ يراعي اختلاف المذاهب بالنسبة للنقاط الخلافية وأنه يحقق غرض وهدف نص المادة (٤١) من الدستور ولا أرى حاجة لإلغاء نص المادة (٤١) أو تغيير القانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل بمجمله إلا من خلال إزالة بعض القيود التي وضعها المشرع في الفترات الماضية والتي لا تؤثر في صحة الأحكام الشرعية وأرفق طي هذه الورقة بعض الآراء التي سبق وان نشرت في الصحف ذات الصلة بما تقدم.