Middle East Journal of Legal and Jurisprudence Studies

Homepage: http://meijournals.com/ar/index.php/mejljs/index

ISSN: 2710-2211(Print) ISSN: 2788-4694 (Online)

مجلة الشرق الأوسط
للدراسات القانونية والفقهية

ملاحظات على مشروع قانون تعديل قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل

أ.د.سلام عبد الزهرة الفتلاوي
كلية القانون، جامعة بابل، العراق
salamalfatlawi@gmail.com

م.د فاطمة عبد الرحيم علي المسلماوي
تدريسية في قسم القانون ،كلية المستقبل الجامعة، العراق
fatimaal-muselmawi@mustaqbal-college.edu.iq

استلام البحث: 28/05/2021 مراجعة البحث: 26/06/2021 قبول البحث:28/06/2021

ملخص الدراسة:

تَميز هذا القانون بحداثته وإنسانيته ، اذ جاء بمبادئ أنصفت المرأة والطفولة والأسرة وعززت من مكانة المرأة في المجتمع وضمنت حقوقها واحترمت خصوصيتها ورعت حقوق الطفولة والأمومة واستقرار الأسرة ، فبالنسبة لسن الزواج اشترط لإتمام أهليته العقل وإكمال الثامنة عشرة من العمر ، وأجاز عقد زواج مَن أكمل الخامسة عشرة من العمر بإذن القاضي وبعد التثبت من أهليته وقابليته البدنية ، وعاقب على عقد الزواج بالإكراه واعتبر العقد باطلاً ، وعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر كل رجل عقد زواجه خارج المحكمة وثلاث سنوات ولا تزيد على خمس سنوات إذا عقد خارج المحكمة زواجاً آخر مع قيام الزوجية ، ولم يُلزم الزوجة بمطاوعة زوجها ، ولا تُعتبر ناشزاً إذا كان الزوج مُتعسفاً في طلب المطاوعة قاصداً الإضرار بها ، التي أنصفت الأسرة وغير ذلك من النصوص القانونية التي اسهمت باستقرار الاسرة.

الكلمات المفتاحية: ملاحظات - مشروع - قانون تعديل - قانون - الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة.

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية

Observations on a draft law amending the Personal Status Law No. 188 of 1959

Dr. Sallam Abdel-Zahra Al-Fatlawi
College of Law, University of Babylon, 51002 Hillah, Babil, Iraq

Fatima Abdel Rahim Ali
Al-Mustaqbal University College, 51001 Hillah, Babil, Iraq

Abstract

This law was distinguished by its modernity and humanity. It came with principles that achieved justice for both women and the family, strengthened their position in the society, guaranteed their rights, respected their privacy, supported the mother and children's rights, and kept the stability of the family. As for marriage age, and in order for this marriage to have full legal capacity, it was stipulated that a person shall enjoy eighteen years of age, and the marriage contract of those who had completed fifteen years was legal with a permission from the judge, after ascertaining his capacity and physical ability, and penalized all enforced marriage contracts and rendered these contracts void. Also, every man who contracted his marriage outside the court shall be sentenced with imprisonment for a period of no less than six months, and a sentence of at least three years, and not more than five years, if he contracted another marriage outside the court and he is already married. This law has not obligated the wife to forcedly obey her husband, and she is not considered disobedient if the husband is abusive in his request for her obedience, with the intention to harm her, which in turn, did justice to the family along with other legal texts that contributed to the stability of the family.

Keywords: Notes - Draft - Amendment Law - Status Law No. 188 of 1959.

مقدمـــــــــــة

يعد قانون الأحوال الشخصية من القوانين المهمة التي لها مساس مباشر بحياة الناس فهو القانون الذي يعنى بمسائل الأسرة ويضع القواعد القانونية التي تكفل حمايتها ، وانطلاقا من هذه الحقيقة نجد أن المشرع العراقي عندما سن قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل حاول أن يستقي أحكام الأسرة من جميع المدارس الإسلامية بحسب توائمها مع حاجات المجتمع العراقي فلم يتقيد بمذهب معين ، ومع ذلك فقد اغفل تنظيم الكثير من المسائل ما استوجب ملاحقته بالعديد من التعديلات إلى عام 2003 .

أهمية البحث

عند كتابة الدستور العراقي ظهر اتجاه قوي يدعو إلى الاحتكام إلى القواعد الدينية في حكم مسائل الأحوال الشخصية وتكلل هذا الاتجاه بنص المادة (41) من الدستور العراقي الدائم لعام 2005 ، التي أشارت إلى (إن العراقيين أحرار في الالتزام بأحوالهم الشخصية ، حسب دياناتهم أو مذاهبهم أو معتقداتهم أو اختياراتهم ،

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية

وينظم ذلك بقانون) ، لذا عادت الدعوات إلى تعديل قانون الأحوال الشخصية مرة أخرى وبقوة وتكللت بتقديم مشروع لتعديل هذا القانون إلى مجلس النواب العراقي الذي صوت عليه بالموافقة من حيث المبدأ .

مشكلة البحث

تعرض موقف مجلس النواب العراقي إلى الكثير من النقد من قبل المنظمات الحقوقية ومنظمات حقوق الإنسان لتسرعه في التصويت بالموافقة على تعديل قانون الاحوال الشخصية ، دون الرجوع إلى الجهود الفقهية والحقوقية التي قدمت مجموعة من التوصيات لتعديل القانون والتي لم تلق أذانا صاغية من قبل مشرعينا الذي كانوا في غفلة عنها ، وبهذا صدد طرح التساؤل الاتي :

1- هل ان الرجوع الى الفقه الإسلامي على وفق التعديل المقترح سيحقق الأهداف المطلوبة أم انه سينعكس سلبا على الواقع الاجتماعي ؟
2- ما النقاط الإيجابية والسلبية في مشروع تعديل قانون الاحوال الشخصية ؟

هدف البحث

يهدف البحث الى :

1- الإجابة عن التساؤلات التي أثيرت بمشكلة البحث ، ومحاولة وضع الحلول لها .
2- تسليط الضوء على هذا الموضوع من خلال بيان النقاط الايجابية والسلبية في مشروع قانون تعديل قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل .

خطة البحث

لتحقيق مرامي البحث ارتئينا ان نقسم الكلام فيه على مطلبين : سنتناول في أولهما التعديلات المتعلقة بمسائل الزواج وسنكرس ثانيهما للتعديلات المتعلقة بمسائل الطلاق ، فإذا فرغنا من ذلك كله وصلناه بخاتمة نبين فيها اهم النتائج والتوصيات .

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية

المطلب الأول

التعديلات المتعلقة بمسائل الزواج

أورد مشروع القانون مجموعة من التعديلات التي تتعلق بعقد الزواج المقترن بالإكراه ونفقة الزوجة وفي الوقت ذاته اغفل مواضيع تستوجب الملاحقة بالتعديل وسنستعرض كلا الطائفتين من خلال فرعين سنتناول في اولهما الخطبة وآثارها ، وسنفرد ثانيهما لعقد الزواج المقترن بالإكراه .

الفرع الأول

الخطبة وآثار انحلالها

غابت فكرة تعديل المادة (3) من قانون الأحوال الشخصية ومعالجة النقص الواضح فيها في مشروع التعديل الذي وافق عليه مجلس النواب العراقي من حيث المبدأ وسنستعرض أدناه أهم ما يتعلق بالملاحظات حول موضوع الخطبة ، والخطبة بكسر الخاء هي طلب الرجل الزواج بامرأة معينة ،وغالباً ما تقترن الخطبة بقراءة الفاتحة بين الخاطب وولي المخطوبة إعلاناً للارتباط الأولي وتثبيتاً للوعد بالزواج فيما بينهما، لذا فان الفقه الإسلامي لا يعتبر الخطبة عقداً ، من هنا نصت الفقرة 3 من المادة الثالثة من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أن ((الوعد بالزواج وقراءة الفاتحة والخطبة لا تعتبر عقدا)) ، ومن هنا ذهب جمهور الفقهاء إلى إن الخطبة هي وعد بالزواج وليست عقداً ومن ثم أجازوا لكل من الخطيب والمخطوبة الرجوع عن الخطبة [1](1) ، بيد إن هذا العدول قد تترتب عليه عدة أمور من أهمها : حكم الهدايا والمهر التي يقدمها الخطيب أثناء فترة الخطبة ؟ ثم إذا أعطيناهما الحق في العدول فما هو حكم الضرر الذي يلحقه الخطيب بالمخطوبة إذا ما عدل عن الخطبة ؟

على المخطوبة إن ترد ما أخذت من المهر سواء كان العدول عن الخطبة منها أو من الرجل فإذا كان ما أخذته من المهر قائماً بعينه فعليها أن ترده إلى الخاطب ، أما إذا كان الشيء قد هلك فعليها أن ترد مثله إن كان مثلياً أو قيمته إذا كان قيمياً ذلك لان المهر هو اثر من اثار الزواج وحيث لا عقد فلا اثر ، وقد نصت

[1] 1- د. عبد الكريم زيدان ، المفصل في احكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الاسلامية ، ط1، ج6 ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 1993 ، ص74 .

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية

على هذا الحكم (الفقرة 2) من المادة (19) من قانون الأحوال الشخصية التي نصت على إنه (إذا سلم الخاطب إلى مخطوبته قبل العقد مالاً محسوباً على المهر ثم عدل احد الطرفين عن إجراء العقد او مات احدهما فيمكن استرداد ما سلم عينا وان استهلك فبدلا) .

ولكن نشب الخلاف بشأن الهدايا التي يقدمها الخطيب أثناء فترة الخطبة وكذا بشأن الضرر الذي يصيب الخطيبة أو الخطيب جراء العدول ، ونرجح رأي الفقه المالكي الذي اعتبر إن العدول عن الخطبة إذا كان من قبل الخاطب فليس له أن يطالب باسترداد ما أهداه حتى وان كان باقياً على حاله لدى المخطوبة ، أما إذا كان العدول عن الخطبة من قبل المرأة فهنا يجب عليها أن ترد إلى الخطيب جميع ما قدمه لها من هدايا وما أنفقه عليها من نفقات ، فان كانت الهدايا باقية على حالها ردتها إليه ، وأما إذا هلكت فحينئذ يرجع الخطيب ببدل ما هلك ،الا اذا كان هناك اتفاق بينهما على خلاف ذلك ، او كان عرف البلد الذي يعيش فيه الرجل والمرأة يقضي بان ما يقدمه الخطيب لمخطوبته من هدايا في فترة الخطبة لا يسترد اذا فسخت الخطبة سواء كان الفسخ والعدول من جانبه او من جانبها [1] .

أما الأضرار التي قد تترتب على العدول عن الخطبة ، فقد تكون هناك اضراراً مادية تلحق بأحد الطرفين ،كان ينفق الخاطب اموالاً لإعداد دار للزوجية المرتقبة او تكون المخطوبة قد اخذت في تجهيز نفسها بما يحتاج له امثالها من ملابس ونحوها ، وقد يرتب العدول عن الخطبة ضرر معنوي يمس كرامة الطرف الاخر –الرجل أو المرأة– بين اسرته او معارفه ، لذا فاذا اقترن بالعدول عن الخطبة افعال اخرى الحقت ضرراً بأحد الخطيبين فان من حق المتضرر ان يطالب بالتعويض عما لحقه من ضرر على اساس المسؤولية التقصيرية [2](2) .

[2] – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لابن عرفة الدسوقي المالكي(محمد بن احمد بن عرفة)،ج2،دار الفكر–بيروت ، دون سنة نشر، ص219، وقد اخذ بهذا الرأي قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984.

وهذا ما استقر عليه القضاء المصري إذ جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية ما نصه:(إن الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج وهذا الوعد بالزواج لا يقيد احد المتواعدين ، فلكل منهما ان يعدل عنها في أي وقت شاء خصوصاً وانه يجب في هذا العقد ان يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته ، لما للزواج من الخطر في شؤون المجتمع وهذا لا يكون اذا كان احد الطرفين مهددا بالتعويض ولكن اذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه قد لازمتهما افعال اخرى مستقلة عنهما استقلالا تاما وكانت هذه الافعال قد الحقت ضررا ماديا او ادبيا بأحد المتواعدين فأنها تكون مستوجبة التضمين على من وقعت منه

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية

الفرع الثاني

عقد الزواج المقترن بالإكراه

عالج المشرع العراقي حالة الإكراه على الزواج ومنع أي شخص أن يكره رجلاً أو امرأة على الزواج دون رضاه وهذا ما نصت عليه المادة (9) من قانون الأحوال الشخصية العراقي إذ جاء فيها: ((1- لا يحق لأي من الأقارب أو الاغيار إكراه أي شخص ذكراً كان أم أنثى على الزواج دون رضاه ويعتبر عقد الزواج بالإكراه باطلاً إذا لم يتم الدخول كما لا يحق لأي من الأقارب أو الاغيار منع من كان أهلا للزواج بموجب أحكام هذا القانون من الزواج . 2- يعاقب من يخالف أحكام الفقرة 1 من هذه المادة بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة سنوات وبالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا كان قريباً من الدرجة الأولى أما إذا كان المخالف من غير هؤلاء فتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشرة سنوات أو الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات)) .

نستنتج من النص السابق إن المشرع العراقي منع أي شخص سواء كان هذا الشخص قريباً أم أجنبياً من التدخل بإكراه الرجل أو المرأة على الزواج ، وبالتالي لا يجوز للأب أن يجبر ابنته على الزواج ولا يجوز للأخ أن يكره أخته على الزواج ، وإذا فعل كان عقد الزواج باطلاً قبل الدخول ،كما لا يجوز لأي شخص قريباً كان أم أجنبيا أن يمنع كامل الأهلية من الزواج ، بل المشرع العراقي ذهب إلى ابعد من ذلك عندما عاقب من يكره شخص على الزواج أو يمنعه من ذلك ، والمشرع العراقي أراد القضاء بهذه المادة على ظاهرة اجتماعية تسود في المجتمع العراقي وهي ظاهرة الإكراه على الزواج أو ما تسمى بالنهوة ، ولكن يؤخذ على المشرع العراقي تصحيحه للعقد الباطل بالإكراه إذا تم الدخول واعتبر مشروع تعديل قانون الأحوال الشخصية العراقي الذي صوت عليه مجلس النواب العراقي بالموافقة من حيث المبدأ عقد الزواج بالإكراه باطلا ما لم يلحقه الرضا إذ ورد في المادة الخامسة من المشروع ما نصه (يلغى نص البند (أ) من المادة التاسعة من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل، ويحل محله ما يأتي: 1- لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار إكراه أي شخص ذكراً كان أم أنثى على الزواج دون رضاه ، ويعتبر عقد الزواج بالإكراه باطلاً ما لم يلحقه

وذلك على اساس انها في حد ذاتها افعال ضارة موجبة للتضمين) نقض في 14 كانون الاول 1939 طعن رقم 13 س9ق مجموعة عمر ج3 رقم 14 ص30 .

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية

الرضا، كما لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار منع من كان أهلاً للزواج بموجب أحكام هذا القانون من الزواج) .

ويلاحظ إن هذا التعديل وقع بنفس المحظور الذي كان موجود سابقا وهو أن العقد الباطل لا يمكن أن تلحقه الإجازة ولو برضا الأطراف ، لذا يقترح بعض الفقه وبحق استبدال كلمة باطل بفاسد أو موقوف للأسباب الاتية:

1- العقد الباطل لا يمكن أن تلحقه الإجازة بينما أجاز المشرع العراقي تحوله إلى صحيح إذا أجازه الأطراف وهذا خلاف المنطق القانوني .
2- اعتبر المشرع العراقي في المادة(155) من القانون المدني عقد المكره موقوفا .
3- اخذ المشرع العراقي في المادة (6) بالعقد الفاسد متأثراً بالفقه الحنفي [1]

الفرع الثالث

نفقة الزوجة

يقصد بالنفقة بشكل عام المال الذي يصرفه الشخص على من يعوله من زوجته وأولاده وأقاربه وتشمل الطعام والكسوة والمسكن والدواء وجميع ما به من مقومات الحياة بحسب العرف [2] ، والنفقة التي تعنينا هي نفقة الزوجة وهي اسم لما يصرفه الزوج على زوجته . ولا خلاف بين فقهاء المسلمين في أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها وهذا ما قرره قانون الأحوال الشخصية العراقي أيضاً إذ نصت المادة (23) على انه (1- تجب النفقة للزوجة على الزوج من حين العقد الصحيح ولو كانت مقيمة في بيت أهلها إلا إذا طالبها الزوج بالانتقال إلى بيته فامتنعت بغير حق) . ويقترح بعض الفقه وبحق إضافة فقرة ثالثة إلى المادة (23) المشار لها أعلاه يكون نصها الاتي: (للزوج الفقير العاجز عن العمل النفقة على زوجته الغنية) ويعلل ذلك بالأسباب الآتية :

1- ربط القران الكريم النفقة بالميراث في قوله تعالى **(وعل الوارث مثل ذلك)** بعد قوله **(وعلى المولود له رزقه وكسوتهن)** [3][3] اي على وارث الطفل بعد وفاة والده نفقته وهذا الربط من باب الغرم بالغنم فما

[3] 1- انظر: د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، الكامل للزلمي في الشريعة والقانون ، مجموعة الأبحاث القانونية ، ط1 ، دار احسان ، أربيل ،2014 ، ص185 وما بعدها .

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية

دامت الزوجة وارثة للزوج اذا مات قبلها فهي مسؤولة عن الانفاق عليه اذا كانت متمكنة وهو فقير عاجز عن الكسب.

2- بين الزوجين ميثاق غليظ كما في قوله تعالى**(واخذن منكم ميثاقا غليظا)**[1] ، فالرابط بينهما رابطة روحية مستقاة من هذا الميثاق وبمقتضاه يجب ان يكونوا شركاء في السراء والضراء [2] ، من هنا نتمنى على مشرعنا العراقي أن يأخذ بمقترح إلزام الزوجة الغنية بالإنفاق على زوجها الفقير العاجز عن العمل لما يحققه من تكافل اسري ويمكن أن نضيف إليه على أن يكون المقدار الذي تنفقه دينا في ذمته إلى أن يتحقق يساره .

ومن نافلة القول أن نفقة الزوجة تتضمن عناصر هي : الطعام والملبس والمسكن ، فيجب على الزوج ان يهيأ للزوجة مسكناً يليق بها ويتناسب مع حالته المالية ، واذا لم يهيأ الزوج المسكن المناسب ورفعت الزوجة امرها الى القضاء فرض لها القاضي أجرة مسكن [3] ، والزمت المادة (3/26) من قانون الأحوال الشخصية الزوج بإسكان احد أبويه أو كلاهما إذا لم يكن لهما سكن وليس للزوجة ان تعترض [4] ، والغريب ان مشروع القانون الغى هذا النص واستبدله بنص اخر يرفع هذا الالزام عن الزوج فقد نصت المادة (7) من المشروع على انه (يلغى نص البند (3) من المادة السادسة والعشرين من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل ، ويحل محله ما يأتي: (2- يحق للزوج إسكان أبويه أو أحدهما مع زوجته في دار الزوجية وليس للزوجة حق الاعتراض على ذلك ما لم تتضرر به) ، ولاشك ان هذا التعديل سيقوض التماسك الاسري ويتعارض مع امرنا به الله تعالى من بر الوالدين والاحسان اليهما .

2- القاضي محمد حسن كشكول والقاضي عباس السعدي ،شرح قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته، ط2 ، المطبعة القانونية ، بغداد ،2011 ، ص106 .

3- سورة البقرة الآية 233 .

1- سورة النساء الآية 21.

2- د. مصطفى الزلمي ، مرجع سابق ، ص186 وما بعدها .

3- جاء في قرار لمحكمة التمييز ما نصه (اذا ظهر للمحكمة ان البيت الشرعي المهيأ من قبل الزوج غير صالح لسكنى الزوجة فيترتب عليها تكليفه بإعداد بيت شرعي اخر فان امتنع تحكم عليه بالنفقة الزوجية) قرار رقم512/ شخصية /82 -83 في 1983/10/17 ، أشار له إبراهيم المشاهدين ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز في قسم الأحوال الشخصية ، مطبعة اسعد ، بغداد ، 1989 ، ص325 .

4- انظر نص المادة (3/26) من قانون الأحوال الشخصية ، والتي نصت على انه (على الزوج اسكان ابويه او احدهما مع زوجته في دار الزوجية ، وليس للزوجة الاعتراض على ذلك) .

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية

المطلب الثاني

التعديلات المتعلقة بمسائل الطلاق

أورد مشروع القانون تعديلاً يتعلق باشتراط الزوجة على الزوج في عقد الزواج أن تكون وكيلة عنه في طلاق نفسها متى أخل بحقوقها الزوجية من النفقة وحسن المعاشرة وهو أمر يدخل في حكم المادة (6) من قانون الأحوال الشخصية [1] وهو قليل الأهمية بالنسبة لمواضيع أخرى تستوجب الملاحقة بالتعديل ، وهذا ما سنعرضه من خلال فرعين سنتناول في أولهما طلاق المريض مرض الموت ، وسنخصص ثانيهما للتفريق القضائي .

الفرع الأول

طلاق المريض مرض الموت

مرض الموت هو المرض الذي يؤدي غالباً إلى الهلاك ويتصل به الموت ، ولابد لتحققه توافر شرطان

1- أن يصاب بمرض يؤدي إلى الموت عادة .
2- ان يموت فعلا بهذا المرض [2] .

وقد اجمع فقهاء المسلمين على أن طلاق المريض مرض الموت يقع ولكنهم اختلفوا في ميراث المطلقة في مرض الموت على عدة أقوال : فقال الحنفية إنها ترث إذا طلقها طلاق رجعياً ومات في فترة العدة ، وان طلقها طلاقا بائنا ورثت إذا توفي في فترة العدة، وترث إذا توفي بعد مرور سنة من تاريخ الطلاق على رأي فقهاء الامامية بشرط أن لا تتزوج ، وترث عند فقهاء الحنابلة ما لم تتزوج ، وعند فقهاء المالكية ترث مطلقا [3][4] .

---

[4] 1- نصت المادة (6) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على انه (3- الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الايفاء بها.....5- للزوجة ان تشترط على الزوج عند عقد الزواج تفويضها بالتطليق) .

2- د.وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وادلته ، ج4 ، ط2 ، دار الفكر ، دمشق ، 1985 ، ص133 .

3- انظر في عرض هذه الآراء د. مصطفى الزلمي ، مرجع سابق ، ص188 وما بعدها .

1- انظر الفقرة (2) من المادة (35) من قانون الأحوال الشخصية ، والتي جاء فيها لا يقع طلاق الأشخاص (المريض في مرض الموت أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك إذ مات في ذلك المرض أو تلك الحالة وترثه زوجته) .

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية

واخذ المشرع العراقي بموقف مغاير لموقف الفقه الإسلامي فأعتبر أن المريض في مرض الموت إذا طلق زوجته فان طلاقه لا يقع حسب ما قضت به (الفقرة2 من المادة 35) [1] من قانون الأحوال الشخصية العراقي وألحقت المادة نفسها بمرض الموت من يكون في حالة يغلب معها الهلاك، من مثل المحكوم عليه بالإعدام وهو يقدم للتنفيذ ، أو الراكب في سفينة أوشكت على الغرق او في طائرة اشرفت على السقوط .

وقد انتقد بعض الفقه هذه الفقرة وبحق وطالب بإلغائها واعتبر هذه الفقرة من الأخطاء التي وقع بها المشرع العراقي لان القول بعدم وقوع الطلاق من المريض مرض الموت سوف يجعل المرأة في حيرة من أمرها، لان مرض الموت لا يتحقق إلا إذا أصيب الشخص بمرض مميت عادة ومات فعلاً بهذا المرض فإذا ما تحقق هذان الشرطان كان المريض في مرض الموت ومن ثم فان طلاقه لا يقع، ولكن لو فرضنا انه مرض أو أصيب بهذا المرض ثم طلق زوجته فان الزوجة عليها أن تنتظر ، فان مات بهذا المرض فعندئذ يعتبر المريض مرض موت وطلاقه لا يقع وان شفي من هذا المرض فعندئذ لا يعد مريض مرض موت وبالتالي يكون طلاقا صحيحا [2] .

الفرع الثاني

التفريق القضائي

التفريق القضائي هو الطلاق الذي يوقعه القاضي بناءً على طلب الزوج أو الزوجة وهناك جملة من المقترحات التي تتعلق بنظام التفريق القضائي والتي أغفلها مشروع التعديل نجملها بما يلي :

أولاً: إلغاء أسباب التفريق القضائي ذات الطابع السياسي

استحدث المشرع العراقي أسباباً للتفريق القضائي لأسباب سياسية ومنها :

1- ما نصت عليه الفقرة (ثالثا) من المادة (43) من قانون الأحوال الشخصية العراقي التي ورد فيها (أ- للزوجة العراقية طلب التفريق عن زوجها المقيم خارج القطر بسبب تبعية جنسيته لدولة أجنبية إذا مضى على إقامته في الخارج مدة لا تقل عن ثلاث سنوات بسبب منعه أو امتناعه عن دخول القطر .

2- د. مصطفى الزلمي ، مرجع سابق ، ص189 .

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية

ب- يعتبر تأييد الجهة الرسمية المختصة بإقامة الزوج في الخارج لأغراض هذه الفقرة بديلا عن إجراءات تبليغه بلائحة الدعوى وموعد المرافعة، على أن يتم نشر الحكم الصادر على الزوج في إحدى الصحف المحلية) .

-2- ما نص عليه قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (1529 لعام 1986) والذي نص على (اولا: للزوجة طلب التفريق من زوجها اذا تخلف او هرب من اداء الخدمة العسكرية مدة تزيد على ستة اشهر او هرب الى جانب العدو، وعلى المحكمة ان تحكم بالتفريق مع الاحتفاظ للزوجة بكامل حقوقها الزوجية .

ثانيا : يعتبر التفريق بموجب هذا القرار طلاقا رجعيا يجيز للزوج مراجعة زوجته اذا التحق بالخدمة العسكرية او عاد من الهروب خلال مدة العدة .

ثالثا : اذا كرر الزوج الهروب وحكم بالتفريق ثانية وفق احكام هذا القرار، يعتبر التفريق في هذه الحالة طلاقا بائنا بينونة صغرى) .

ثانياً : الغاء المادة (42) من قانون الأحوال الشخصية

نصت المادة (42) على انه (إذا ردت دعوى التفريق لأحد الأسباب المذكورة في المادة الأربعين من هذا القانون لعدم ثبوته واكتسب قرار الرد درجة البتات ثم أقيمت دعوى ثانية بالتفريق لنفس السبب فعلى المحكمة أن تلجا إلى التحكيم وفقا لما ورد في المادة الحادية والأربعين) ، فاذا ردت دعوى التفريق المقامة استنادا لأحد الأسباب الواردة في المادة (40) من قانون الأحوال الشخصية [1](5) واكتسب القرار درجة البتات

[5] 1- نصت المادة 40 من قانون الاحوال الشخصية على انه (لكل من الزوجين طلب التفريق عند توافر أحد الاسباب الاتية :1- إذا اضر احد الزوجين بالزوج الاخر او بأولادهما ضررا يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية ، ويعتبر من قبيل الاضرار ، الادمان على تناول المسكرات او المخدرات ، على ان تثبت حالة الادمان بتقرير من لجنة طبية رسمية مختصة ، ويعتبر من قبيل الاضرار كذلك ، ممارسة القمار في بيت الزوجية.

2- اذا ارتكب الزوج الاخر الخيانة الزوجية . ويكون من قبيل الخيانة الزوجية , ممارسة الزوج فعل اللواط باي وجه من الوجوه .

3- اذا كان عقد الزواج قد تم قبل اكمال احد الزوجين الثامنة عشرة دون موافقة القاضي .

4- اذا كان الزواج قد عقد خارج المحكمة عن طريق الاكراه وتم الدخول .

5- اذا تزوج الزوج بزوجة ثانية بدون اذن من المحكمة وفي هذه الحالة لا يحق للزوجة تحريك الدعوى الجزائية بموجب

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية

ثم أقامها المدعي للأسباب المذكورة ذاتها ولغير الفترة السابقة وطلب التفريق فعندئذ لا يكلف بتقديم دليل لإثبات ما ادعاه في الدعوى الجديدة المقامة من قبله ولا يكلف بإثبات الضرر وإنما على المحكمة أن تركن إلى التحكيم وعلى النحو الوارد في المادة (41) لأن تكرار إقامة دعوى التفريق لاحد الاسباب الواردة في المادة (40) دليل على وجود الخلاف . ويلاحظ ان نص المادة (42) لا يرتبط بالمادة (40) حيث إن من حق احد الزوجين اقامة دعوى ثانية بالتفريق للضرر بعد أن ردت دعوى التفريق المقامة وفقاً للمادة (40) وهنا لا يتعين على القاضي أن يتحقق من أسباب الخلاف ولا يكلف المدعي بتقديم ما يؤيد ثبوت الضرر أو الخلاف وإنما يجب على القاضي القيام

بإجراءات التحكيم وعلى النحو المفصل في المادة (41) وان تكرار إقامة الدعوى للسبب نفسه يؤكد على وجود الخلاف والضرر والشقاق الذي يهدد استمرار الحياة الزوجية. لذا كان من الأجدر ترك فترة زمنية كافية لا تقل عن سنة مثلاً بين اكتساب الدرجة القطعية لحكم رد الدعوى وإقامة الدعوى الثانية لإعطاء فرصة للتفكير وعدم استغلال نص المادتين بإقامة الدعوى الأولى على نحو شكلي وتعمد ردها بعدم الإثبات ورفض التحليف وصولاً إلى إقامة الدعوى الثانية التي سنلجأ من خلالها إلى التحكيم فإذا ما قال الحكمين إن الخلافات مستمرة بين الطرفين ولا يمكن حلها عندئذ سوف يفرق القاضي بينهما لذلك ستكون الدعوى الأولى شكلية والغاية هي الدعوى الثانية وصولاً إلى التفريق بين الزوجين وهذا ما يهدد كيان الأسرة ويؤدي إلى كثرة حالات الطلاق .

ثالثاً : التفريق بسبب الحكم على الزوج بعقوبة مقيدة للحرية

نصت المادة (43) من قانون الأحوال الشخصية على انه: (للزوجة طلب التفريق عند توافر احد الأسباب الآتية :1- اذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فاكثر ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه) ، فاذا حكم على الزوج بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر فان من حق الزوجة ان تطلب التفريق حتى وان كان للزوج اموال تستطيع ان تنفق منها على نفسها ولم يشترط القانون مضي مدة معينة على بدء تنفيذ العقوبة اذ انه اعطى الحق للزوجة في طلب التفريق بمجرد صدور الحكم وكان الافضل ان

يمنحها المشرع هذا الحق بعد مرور سنة من تاريخ حبسه لاحتمال الافراج عنه بعفو عام او خاص او يتبين انه كان بريء من هنا يقترح بعض الفقه وبحق تعديل هذه الفقرة على الحو الاتي (اذا حكم على زوجها بعقوبة

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية

مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فاكثر بعد مضي سنة على تنفيذ الحكم ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .[6](1)

رابعاً : التفريق بسبب هجر الزوج

نصت المادة (43) من قانون الأحوال الشخصية على انه (للزوجة طلب التفريق عند توافر احد الأسباب الآتية: ....2- اذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين فاكثر بلا عذر مشروع وان كان الزوج معروف الإقامة وله مال تستطيع الانفاق منه) ، والمقصود بالهجر هو الامتناع عن معاشرة الزوجة أربعة أشهر فأكثر بغير عذر وبقصد الاضرار بها من غير حل على عدم معاشرتها ، او بعبارة اخرى الهجر في الفراش والهجر بعدم تفقد الزوج لزوجته ومعاشرتها معاشرة الازواج دون عذر مشروع .

وقد اعطت الفقرة السابقة الحق للزوجة التي يهجرها زوجها ولو كان له مال ظاهر يمكن استيفاء النفقة منه في طلب التفريق ولكن يشترط ان يهجرها الزوج مدة سنتين فاذا هجرها لمدة سنتين فاكثر فمن حقها ان تطلب التفريق حتى وان كان الزوج معروف الاقامة او كان مستعداً للإنفاق على زوجته او كان له مال ظاهر تستطيع الانفاق منه لان الهجر وترك الزوجة هذه المدة هو ضرر بحد ذاته للزوجة والمشرع العراقي اراد ان يرفع الضرر او الحيف عن هذه الزوجة فأعطاها الحق في ان تطلب التفريق .

ويقترح بعض الفقه تعديل هذه الفقرة وذلك بتقليص مدة الهجر الموجب لطلب التفريق من سنتين الى سنة واحدة تماشيا مع اراء فقهاء المسلمين[7](2) وتوجه بعض تقنينات البلاد العربية التي حددتها سنة واحدة فقط ، ومنها ما نص عليه قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم (15) لسنة (2019) في المادة (122) والتي جاء فيها (اذا اثبتت الزوجة هجر زوجها لها وامتناعه عن قربانها في بيت الزوجية مدة سنه فاكثر .....) .

[6] = الفقرة 1 من البند ا من مادة 3 من قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم 23 لسنة 1971 بدلالة الفقرة 6 من مادة 3 من هذا القانون) .

[7] 1- د. مصطفى الزلمي ، مرجع سابق ، ص191 .

2- د. مصطفى الزلمي ، المرجع نفسه ، ص192

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية

الخاتمة

من خلال بحثنا لموضوع **(ملاحظات على مشروع قانون تعديل قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل)** وبعد أن استعرضنا أهم التعديلات التي وردت في مشروع قانون تعديل قانون الأحوال الشخصية الذي صوت عليه مجلس النواب العراقي بالموافقة من حيث المبدأ توصلنا الى عدة نتائج دعتنا الى أن نتقدم بعدد من التوصيات نأمل أن يأخذ بها المشرع العراقي .

اولا : النتائج

1- إن التعديلات تدل على استعجال واضعيه وعدم إحاطتهم بنصوص قانون الأحوال الشخصية التي تحتاج إلى تعديل .
2- لم يستفد واضعيه من جهود الفقه العراقي الذي اشر ملاحظات دقيقة على النصوص التي تحتاج إلى تعديل وقدم حلول ناجعة لتعديل قانون الأحوال الشخصية .
3- إن بعض التعديلات تتنافى مع القيم التي تسود المجتمع العراقي وما أرشدت له الشريعة الإسلامية وخاصة في موضوع إسكان الأبوين في دار الزوجة .

ثانيا : التوصيات

1- التريث في استكمال إجراءات التصويت على مشروع قانون تعديل قانون الأحوال الشخصية وإعادته إلى مجلس الوزراء لإعادة دراسته بتمعن من قبل المتخصصين .
2- ضرورة قيام اللجان النيابية بالاستفادة من آراء فقهاء القانون والشريعة الإسلامية في العراق عند تعديل القوانين النافذة أو تشريع القوانين الجديدة خاصة وان لدينا خبرات علمية تعد مفخرة لبلدنا أمام جميع الشعوب.

المراجع

بعد القران الكريم

أولاً- كتب الفقه الإسلامي

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية

1 – المحلى لابن حزم أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد ، ج9 ، المكتب التجاري للطباعة والنشر ، بيروت ، بدون سنة نشر .

2– حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لابن عرفة الدسوقي المالكي (محمد بن احمد بن عرفة) ،ج2 ،دار الفكر، بيروت ، دون سنة نشر .

3– د.عبد الكريم زيدان ، المفصل في احكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الاسلامية ، ط1 ،ج6 ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، 1993 .

4– د.وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وادلته، ج4 ، ط2 ، دار الفكر، دمشق ،1985 .

ثانياً– كتب القانون

1– ابراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز في قسم الاحوال الشخصية ، مطبعة اسعد، بغداد ،1989 .

2– القاضي محمد حسن كشكول والقاضي عباس السعدي،،شرح قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته ، ط 2، المطبعة القانونية ، بغداد ،2011 .

3– د.مصطفى إبراهيم الزلمي ، الكامل للزلمي في الشريعة والقانون ، مجموعة الأبحاث القانونية ، ط1، دار إحسان، اربيل ، 2014 .

ثالثاً– القوانين

1– الدستور العراقي الدائم لعام 2005 .

2– قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل .

جميع الحقوق محفوظة لمجلة الشرق الأوسط للدراسات القانونيه والفقهية