حدود مبدأ المساواة في قانون الاحوال الشخصية العراقي

(تعليق على قرار قضائي: مراجعة موضوع)

م. م. سجى صاحب هذال
قسم الشؤون القانونية - جامعة النهرين, بغداد \ العراق

The Limits of the Equality Principle in the Iraqi Personal Status Law (Commentary on a Judicial Decision): A Topic Review

Assist. Lect. Saja Sahib Hadhal
Legal Affairs Department, Al-Nahrain University, Baghdad, Iraq.
saja.sahib24@nahrainuniv.edu.iq
07711994514

المستخلص

تعد الموازنة بين النصوص التشريعية المستمدة من الشريعة الإسلامية وبين المبادئ الدستورية الحديثة –وعلى رأسها مبدأ المساواة– واحدة من أدق المهام التي تضطلع بها الرقابة القضائية على دستورية القوانين. ويأتي قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم (135) بتاريخ 2021/11/17 ليضع حداً للجدل القائم حول دستورية التمايز في المدد القانونية لطلب التفريق للنشوز بين الزوج والزوجة, فبينما يتمسك الطاعنون بمخالفة نص المادة (25) من قانون الأحوال الشخصية للمادة (14) من الدستور واتفاقية القضاء على على جميع أشكال التمييز ضد المرأه، رسمت المحكمة في هذا القرار منهجاً قانونياً يفرق بين المساواة المطلقة والمساواة القانونية القائمة على تماثل المراكز، مؤكدة على الخصوصية التشريعية لعقد الزواج في القانون العراقي. وفي هذا التعليق، سنقف على القراءة التحليلية لهذا الحكم وأبعاده على استقرار الروابط الأسرية.

الكلمات المفتاحية: المساواة القانونية, المساواة المطلقة, الخصوصية التشريعية, النشوز.

Abstract

Balancing legislative texts derived from Islamic Sharia with modern constitutional principles—foremost among them the principle of equality—is one of the most delicate tasks undertaken by judicial review of the constitutionality of laws. Federal Supreme Court Decision No. (135) dated November 17, 2021, puts an end to the ongoing debate regarding the constitutionality of the different legal timeframes for filing for divorce on the grounds of marital discord. While the appellants maintain that Article (25) of the Personal Status Law violates Article (14) of the Constitution and the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, the Court, in this decision, outlines a legal approach that distinguishes between absolute equality and legal equality based on similarity of positions, emphasizing the legislative specificity of the marriage contract in Iraqi law. In this commentary, we will examine an analytical reading of this ruling and its implications for the stability of family relationships.

Keywords: Legal Equality, Absolute Equality, Legislative Specificity, Marital Discord (Nashuz)

اولا: هوية القرار القضائي

المحكمة الاتحادية العليا رقم القرار 135 , تاريخ القرار 17 / 11 / 2021.

ثانيا: البطاقة التعريفية للقرار القضائي

ا – المقدمة

ان التشريعات تأتي لمعالجة حالة معينة وتختلف احكام التشريعات بين الدول بالنسبة لكل واقعة حسب اختلاف اهمية هذه الواقعة بالنسبة لهذه الدول فالقانون يشرع لتحقيق مصلحة عامة والتشريعات العادية في العراق وان كان هدفها وان كان تحقيق المصلحة العامة لكنها يجب ان تكون موافقة لاحكام الشريعة الاسلامية والدستور وقد اجاز النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا للمحكمة ان تطلب من تلقاء نفسها واثناء نظر الدعوى البت في دستورية نص في القانون ويشكل هذا نوع من الرقابة على دستورية القوانين.

2 – الواقعة

تتمثل بتقديم طعن من قبل السيد قاضي اول محكمة الاحوال الشخصية الى المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية المادة (25 / 5 / أ) من قانون الاحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 المعدل وبمناسبة نظره في الدعوى الشرعية المعروضة امامه والخاصة بالتفريق.

3 – الاجراءات

اقامت المدعية دعوى في محكمة الاحوال الشخصية في الكرادة على المدعى عليه مطالبة بالتفريق بينها وبين المدعى عليه لمرور سنتين على صدور قرار الحكم المرقم (1657/ش/2019) الذي قضى بنشوزها منه, ثم تم تقديم طعن من قبل السيد قاضي اول محكمة الاحوال الشخصية الى المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية المادة (25 / 5 / أ) من قانون الاحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 المعدل وبمناسبة نظره في الدعوى الشرعية.

4 – طلبات الطعن

الحكم بعدم دستورية المادة (25 / 5 / أ) وذلك لأنها قد مايزت بين حق الرجل والمرأة في طلب التفريق لانها اقرت الحق للزوجة بطلب التفريق بعد مرور سنتين من اكتساب قرار

النشوز الدرجة القطعية في حين المادة (25 / 5 / ب) اعطت الحق للزوج بطلب التفريق بعد اكتساب قرار النشوز الدرجة القطعية وهذا مخالف للدستور العراقي النافذ الذي جعل العراقيين متساوين في المركز القانوني.

5 – المشكلة القانونية

ان لقانون الاحوال الشخصية حالة خاصة فهو مرتبط في الشريعة الاسلامية ومستمد احكامه منها وكذلك فمواده يجب ان لا تكون مخالفة للدستور بأعتباره القانون الاسمى وقد اعطت الشريعة الاسلامية حقوق للرجل لم تعطها للمرأة, وكذلك اعطت حقوق للمرأة على الرجل. الانه وفي بعض الاحيان تكون الاتفاقيات الدولية او الاعلانات ذات الصلة بحقوق الانسان تساوي بكل الاحوال بين الرجل والمرأة, فهل يمكن الطعن بعدم دستورية القانون اذا كان مخالفا لمعاهدات دولية؟ وهل لقانون الاحوال الشخصية خصوصية معينة بأعتباره مرتبطا بالشريعة الاسلامية؟

6 – حكم المحكمة الاتحادية \ الحل

لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد ان قاضي محكمة الاحوال الشخصية في الكرادة طلب من هذه المحكمة الحكم بعدم دستورية المادة (25/5/أ) من قانون الاحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 المعدل التي نصت على (للزوجة طلب التفريق بعد مرور سنتين من تاريخ اكتساب حكم النشوز درجة البتات وعلى المحكمة ان تقضي بالتفريق) وعلى اساس مخالفة الفقرة (5/أ) من المادة انفة الذكر لنص المادة (14) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 التي نصت على (العراقيون متساوون امام القانون دون تمييز بسبب الجنس او العرق او القومية او الاصل او اللون او الدين او المذهب او المعتقد او الرأي او الوضع الاقتصادي او الاجتماعي) وللمادة (15) من اتفاقية سيداو (الغاء حميع اشكال التمييز ضد المرأة) لذا تم الطعن امام هذه المحكمة بعدم دستورية الفقرة (5/ أ) من المادة (25) من قانون الاحوال الشخصية انف الذكر وبعد اطلاع هذه المحكمة على المادة المطعون بعدم دستوريتها يتضح جليا انها اوجبت على المحكمة الحكم بالتفريق اذا اقيمت الدعوى من قبل الزوجة للمطالبة بالتفريق بعد مرور سنتين على اكتساب الحكم الصادر بالنشوز الدرجة القطعية في حين اجازت اجازة الفقرة (5/ب) من المادة ذاتها للزوج طلب التفريق بعد اكتساب الحكم النشوز درجة البتات وعلى المحكمة الحكم به من دون تحديد مدة معينة خلافا لما جاء بنص الفقرة (5/أ) من المادة المذكورة وتجد المحكمة الاتحادية العليا:-

1 - ان الفقرة (5/ أ) من المادة (25) من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل لا تخالف احكام المادة (14) من الدستور مبدأ المساواة دون تمييز لأي سبب وان مبدأ المساواة المنصوص عليها في المادة انفة الذكر لا يعني المساواة الفعلية التي يتساوى بها المواطنون في الحريات والحقوق ايا كانت مراكزهم القانونية بل هي مساواة قانونية رهينة بشروطها الموضوعية التي ترد في اساسها الى طبيعة الحق الذي يكون محلا لها وما تقتضيه ممارسته من متطلبات ذلك ان المشرع يملك بسلطته التقديرية لمقتضيات الصالح العام وضع شروط موضوعية تتحدد بها المراكز القانونية التي يتساوى بها الافراد امام القانون بحيث اذا توافرت هذه الشروط في طائفة من الافراد وجب اعمال مبدأ المساواة بينهم لتماثل مراكزهم القانونية وان اختلفت هذه المراكز بأن توافرت في البعض دون بعضهم الاخر انتفى مناط المساواة بينهم, ولما كان الزوج والزوجة في مراكز قانونية مختلفة غير متساوية من حيث الحقوق والواجبات استنادا الى عقد الزواج المبرم بينهما الذي يتحدد في ضوءه المركز القانوني لكل منهما , الامر الذي يقتضي عدم وحدة التشريعات المتعلقة بالتفريق بينهما عند صدور حكم النشوز بحق الزوجة, لامتناعها عن المطاوعة, المكتسب للدرجة القطعية وهذا ما تأكد بنص الفقرة (5/أ) والفقرة (5/ب) من المادة (25) من قانون الاحوال الشخصية انف الذكر, ولذا فأن مبدا المساواة يعد متحققا بنص الفقرة (5/أ) من المادة المذكورة لعموميته وتجريده وانطباقه على كل زوجة صدر حكم نشوز بحقها اكتسب شكله النهائي.

2 - نصت المادة (2/اولا /أ) من الدستور على انه (لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام) وعند تدقيق نص الفقرة (5/أ) من المادة (25) من قانون الاحوال الشخصية انف الذكر وما تضمنه من مدة يجوز عند انتهائها للزوجة المطالبة بالتفريق اعتبارا من تاريخ صدور الحكم بنشوزها واكتسابه للدرجة القطعية نجد ان الفقرة المذكورة لا تتعارض مع ثوابت احكام الشريعة الاسلامية الغراء, كما ان تلك المدة المشار اليها فيها البالغة سنتين تم تحديدها استنادا لما للمشرع من سلطة تقديرية مطلقة في تحقيق المصلحة العامة وحماية العائلة والمجتمع والحيلولة دون تصدع الاسرة والعلاقات الزوجية وانتهائها بسهولة ويسر بناء على رغبة الزوجة الممتنعة عن مطاوعة زوجها ولا سيما ان من اهم الواجبات الملقاة على عاتقها مطاوعة زوجها ومساكنته في دار واحدة, طالما أن استخدام المشرع لسلطته التقديرية في هذا المجال كان في حدود احترام الحقوق والحريات المنصوص عليها دستوريا.

3 - تعد اتفاقية (سيداو) المصادق عليها من قبل جمهورية العراق بمرتبة اقل من مرتبة احكام الدستور وهي بمصاف التشريع الداخلي استنادا الى احكام قانون عقد المعاهدات رقم (35)

لسنة 2015 المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (4383) في 2015/10/12 ولا يوجد تعارض فيما بين النص المطعون بعدم دستوريته والمادة (15) من الاتفاقية انفة الذكر وان وجود تعارض على سبيل الفرض لا يعد مدعاة للحكم بعدم دستورية النص المطعون بعدم دستوريته ذلك لان من مهام هذه المحكمة مراقبة دستورية القوانين لا تعارضها ولعدم وجود مخالفة دستورية الامر الذي يقتضي الحكم برد الطعن بعدم دستورية المادة (25/5/أ) من قانون الاحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 المعدل وبناء على ما تقدم قررت المحكمة الاتحادية العليا الحكم برد الطعن بعدم دستورية المادة (25/5/أ) من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل المقدم من قبل قاضي اول محكمة الاحوال الخصية في الكرادة واشعاره بذلك وصدر القرار باتا وملزما للسلطات كافة استنادا لاحكام المادتين (93/ اولا و94) من دستور جمهورية العراق لسنة 2005 المعدل بالقانون رقم (25) لسنة 2021 وبالاتفاق في 11 / ربيع الاخر / 1443 هجري الموافق 2021/11/17 ميلادية.

التعليق على القرار القضائي

من خلال دراستنا للقرار فأن التعليق على القرار يتطلب منا بيان ما يلي:

اولا- الفرق بين المساواة القانونية والمساواة المطلقة في الفقه القانوني

ظهرت المساواة كمبدأ دستوري من خلال مبادئ الثورة الفرنسية حيث جرى تبني مفهوم المساواة المطلقة بين الافراد على الرغم من اختلاف مراكزهم القانونية.

تعرف المساواة على انها (محاولة لاعطاء الجميع فرصا مماثلة بقدر الامكان لينتفع كل منهم بما قد تكون بين يديه من امكانيات)[1].

وهي وفقا لهذا المفهوم مساواة مطلقة وهي تعني عدم التمييز بين الاشخاص بسبب اللغة والاصل او الدين او غيرها وهي بهذا المعنى ملاصقة لمفهوم العدالة فالمساواة هي وصف من اوصاف العدالة تقتضي بتحقيق المساواة بين جميع افراد الشعب امام القانون وعدم التفرقة بينهم متى ما اتحدت ظروفهم ومراكزهم القانونية[2].

1- د. نعيم عطية(1965), النظرية العامة للحريات الفردية, الدار القومية للطباعة والنشر, القاهرة, ص 38.

2- د. عبد الغني بسيوني(2001), مبدأ المساواة امام القضاء وكفالة حق التقاضي, منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت, ص 9.

الا ان هذه المساواة المطلقة تصطدم بالواقع العملي فالاشخاص متفاوتون ومتمايزون من حيث القدرات والمواهب ومن الثوابت انه لا توجد مساواة في الطبيعة الا من حيث التكوين الأساسي, وبما ان هذه المساواة هي وليدة الثورة الفرنسية فقد ثبت عجزها لان المساواة التي طالبت بها الثورة الفرنسية وتم ادراجها في نصوص اعلان حقوق الانسان والمواطن الفرنسي لم يقصد بها المساواة المطلقة وانما اريد بها المساواة القانونية التي تقر ذات المعاملة للأشخاص الذين هم في مركز قانوني واحد ويجب معرفة المساواة داخل القانون والمساواة بواسطة القانون.

فالمساواة داخل القانون هي: تحديد الشروط او العناصر الموضوعية للمراكز المتماثلة ولكن المشرع يحدد تلك العناصر الموضوعية للمراكز المتماثلة في ضوء الهدف من الاجراء المنصوص عليه في القانون والمصلحة العامة فأذا تم فرض الهدف وفق هذين المحورين فأن ذلك ينتج عنه اختلاف في المراكز القانونية الموضوعية, اما المساواة بواسطة القانون فيقصد بها اختلاف المعاملة الإجرائية بين المختلفين في المراكز القانونية او إقرار معاملة متساوية للمتماثلين في المراكز القانونية, ومن الأمثلة على الخروج عن مبدأ المساواة في القانون حق الزواج في تحريك الدعوى العامة ضد الزوجة الزانية تمتد الى اربع اشهر بعد الطلاق في حين حق الزوجة في تحريك الدعوى ضد الزوج يمتد الى ثلاثة اشهر بعد الطلاق [1], إعطاء الأولوية لاصحاب الديون الممتازة على بقية الدائنين الاعتياديين, الحصانة الوظيفية, الحصانة البرلمانية.

ثانيا-السلطة التقديرية للمشرع في الفقه القانوني

للسلطة التقديرية عدة تعريفات فقهية فقد عرفها البعض على انها حرية المفاضلة بين البدائل وخيارات موضوعية بالنسبة للتنظيم التشريعي الذي يهدف اليه, دون ان يفرض الدستور على المشرع طريقا بذاته يجب عليه اتباعه او توجيها محددا يتعين عليه التزامه[2].

أن مناط مبدأ المشروعية مبنى على تتبع تدرج القواعد القانونية والمتمثلة في الدستور أولا ويليه القانون العادي ثم اللوائح والقرارات وهذا يعني خضوع المشرع في ممارسته لسلطة التشريع للحدود التي رسمها الدستور وأن الحدود التي يمنحها الدستور للمشرع ليست ذات طبيعة واحدة والاصل فيها التقدير فهي رخصة يباشرها المشرع كلما اقتضى الصالح العام ذلك

1- مادة 387/ 2 من قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل.

2- د. عبد الحفيظ الشيمي(2008), القضاء الدستوري وحماية الحريات الاساسية في القانون المصري والفرنسي , دار النهضه العربيه, القاهرة, ص 360.

واساسها المفاضلة بين خيارات وبدائل موضوعية بالنسبة للتنظيم التشريعي الذي يهدف اليه[1], وبهذا المعنى جاء حكم للمحكمة الدستوريا العليا المصرية فقد ذكرت في حكمها (ان الأصل في سلطة المشرع انها تقديرية وجوهرها المفاضلة بين البدائل المختلفة التي تتزاحم فيما بينها وفق تقديره لتنظيم موضوع محدد فلا يختار فيما بينها الا ما يكون مناسبا اكثر من غيره لتحقيق الأغراض التي يتواخاها)[2], وأن التقدير هنا يعني تعدد الاختيارات المتاحة تحت أمرة المشرع وأمكانية أن يختار منها القرار الذي يرتضيه , والسلطة التقديرية موجودة في كل النشاط التشريعي ولا توجد أي مسؤولية على المشرع في تنظيم أي موضوع على وجه محدد دون الاخر ولا مقيد له الا المصلحة العامة ومن مهام الدستور هو تحديد الحريات والحقوق ويترك تنظيمها الى القانون ومثال على ذلك المادة 7 من الدستور العراقي التي نصت على (يحظر كل كيان او نهج يتبنى العنصرية او الإرهاب او التكفير... وينظم ذلك بقانون), فنجد بأن الدستور قد حدد المفاهيم العامة وترك سلطة تقديرية للمشرع في تحديد ما يعتبر عنصريا او طائفيا بشرط عدم مخالفته لنصوص الدستور او مفاهيمه العامة.

اضافة الى وجود حريات مطلقة لا يمكن إعطاء سلطة تقديرية للمشرع في معالجتها مثل المادة (14) من الدستور العراقي التي نصت على (العراقيون متساوون امام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي) وهناك مظاهر وأركان للسلطة التقديرية للمشرع تتمثل في:-

- الاختصاص وهو الركن الأساسي في سلطة المشرع ويعتبر ركن الاختصاص وليد مبدأ الفصل بين السلطات وقد اختلفت التشريعات الدستورية في صفة المشرع فنجد ان التشريع الفرنسي اعطى الولاية العامة للتشريع الى الحكومة[3], في حين اعطى الدستور العراقي سلطة التشريع الى البرلمان وذلك في المادة 61 من الدستور العراقي النافذ والتي نصت على (يختص مجلس النواب.... تشريع القوانين الاتحادية.....)
- ركن الشكل وتتمثل في فكرة الشكل في المجال الدستوري على التقيد بالأوضاع والمدد القانونية التي يفرضها الدستور.

1- د. عبير حسين(2009), دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع , دار النهضة العربية , القاهرة , ص 98.

2- حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية 2000/8/5 قضية رقم 2 لسنة 20 , منشور في الجريدة الرسمية.

3- الدستور الفرنسي لعام 1958 , مادة 34.

- ركن المحل ويعني عدم قدرة المشرع على تشريع قانون مخالف لاحكام الدستور او المبادئ العليا له , أي ان التشريع لكي يكون دستوريا يجب ان لا يكون مخالفا لنص من نصوص الدستور[1].
- ركن السبب أن القانون لا يصدر دائما بسبب وقائع معينة وانما هو تقنين لسياسة معينة أو مستقبلية وفي بعض الأحيان تصدر قوانين بواقعة معينة ولكن هذا لا ينفي ان اصدار القانون مرده سلطة المشرع التقديرية والهادفة الى تحقيق الصالح العام.
- ركن الغاية تعرف الغاية على انها حالة خارجية تولد في نفس السلطة لارادة عمل معين فهو موضوع نفسي بحت بمعنى انها ذلك الشعور الذي يولد في ذهن المشرع فيدعوه الى اصدار هذا القانون[2].

وهذا يعني ان الدستور هو الذي يحدد الحقوق والحريات المطلقة ويحدد كذلك المفاهيم العامة للحقوق والحريات الأخرى ويترك امر تنظيمها الى القوانين الاعتيادية مع إعطاء سلطة تقديرية للمشرع في تنظيم ذلك على ان لا تخالف المبادئ العامة للدستور.

ثالثا- احكام النشوز في الفقه الإسلامي والسلطة التقديرية للمشرع في دائرة الشريعة

يقول القرطبي في تفسيره المرأة الناشز هي المرتفعة على زوجها, التاركة لأمره, المعرضة عنه, المبغضة له [3], والنشوز يمكن ان يكون من المرأة او من الرجل ودليل ذلك قوله تعالى (وأن امرأة خافت من بعلها نشوزا) ونشوز الزوجة هو عصيانها لزوجها وبغضها له وخروجها من طاعته.

اما حكم نشوز المرأة فيعتبر حرام من ناحيتين:-

الناحية الأولى: فيه عصيان ومخالفة لطاعة الزوج المأمور بها في نصوص الشريعة.

الناحية الثانية: لان الله تعالى رتب عقوبة على نشوزها اذا لم تتعظ من خلال الوعظ.

ومن صور النشوز عند فقهاء المسلمين منع الزوج من الوطء من غير مانع شرعي, خروجها من البيت من غير اذن زوجها وهي تعلم بعدم رضاه, اذا سافرت بغير اذنه وكان

1- د. سامر عبد الحميد(2012), أوجه عدم دستورية القوانين في النظامين الامريكي والمصري , دار المطبوعات الجامعية, ص444.

2- د. عادل الطباطبائي(2000), الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعة والقضائية,جامعة الكويت , مجلس النشر العلمي, ص 451.

3- القرطبي(2008), الجامع لاحكام القران , الجزء الخامس , دار الكتب المصرية, القاهرة, ص 112.

السفرغيرواجب, واجاز الشرع هجر الرجل لزوجته ولكن في المضجع فقط, اما مدة الهجر فقد اختلفت الآراء فيه وكالاتي:-

الرأي الأول: ان هذا النوع من الهجر له مدة محددة وهي شهر ولكن له الزيادة على ذلك الى أربعة اشهر.

الرأي الثاني: لا يتقيد الزوج بمدة محددة فله أن يهجرها ما شاء حتى ترجع عن نشوزها.

ولا يجوز للرجل ان يتعسف في استخدام هذا الحق فيلحق في المرأة ضرر, ولا يحوز كذلك ان تمتد المدة لاكثر من شهر وفق الرأي الأول او لما يسبب ضرر وفق الرأي الثاني, أما موقف الشريعة الإسلامية اتجاه السلطة التقديرية للمشرع فهي لا تختلف كثيرا عن التشريعات الحديثة وان كان فقهاء الشريعة لم يفردوا نظرية متكاملة حول السلطة التقديرية الا انهم ربطوها على قاعدة (التصرف بالرعية منوط بالمصلحة) حيث توجد السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي في الأمور التي يقرر التشريع فيها القواعد الكلية والمبادئ العامة ويترك امر تفصيلها الى الاجتهاد ويرتبط مفهوم السلطة التقديرية كذلك بوجود الحكم الشرعي سواء كان الحكم الشرعي مستمد من القران الكريم او السنة النبوية فتنعدم السلطة التقديرية اذا كان الدليل موجود وقطعي الثبوت وقطعي الدلالة وتوجد السلطة التقديرية بشكل واسع عندما يضع الحكم الشرعي قاعدة عامة او مبدأ عام ويترك للاجتهاد امر تفصيله أو لا يوجد نص على الاطلاق [1].

لكن يجب على المشرع ان يخضع في حالة استخدامه لسلطته التقديرية الى قاعدتين أساسيتين هما:-

1 – استعمال الاصلح على ان يقدم على كل ولاية من هو أقوم بمصالحها.

2 – قاعدة استعمال الأمثل فالامثل [2].

أذن السلطة التقديرية في مسائل الأحوال الشخصية تدور وجودا وعدما مع وجود النص القطعي الثبوت والدلالة من عدمه ففي حالة عدم وجود نص جاز للمشرع الاجتهاد ولكن اجتهاده يكون مقيدا ضمن الاطار العام للشريعة الإسلامية مثل مسائل النفقة فهي من المسائل التي يرد عليها الاجتهاد في التقدير من زيادة ونقصان او اسقاط اذا استوجبت دواعيها ذلك.

1- د. احمد محمد امين(2001), حدود السلطة التشريعية, دراسة مقارنة, اطروحة دكتوراه, جامعة القاهرة , ص 263.

2- سحر علي الحسنين(2024), سلطة المشرع في تنظيم مسائل الأحوال الشخصة , مجلة البحوث القانونية والاقتصادية, العدد14, ص 8.

رابعا – مدى علوية المعاهدات الدولية بالنسبة للدستور والتشريعات الاعتيادية العراقية

لم يشر المشرع العراقي ابدا ومنذ قانون الاساس حتى دستور 2005 الى حجية ومكانة المعاهدات الدولية من التشريعات الداخلية ويرى البعض علو المعاهدات الدولية وفق فهم المادة (29) من القانون المدني العراقي التي نصت على (لا تطبق احكام المواد السابقة اذا وجد نص بخلافها في قانون خاص او معاهدة دولية نافذة في العراق) وهذا الرأي منتقد لعدة اسباب منها ان القانون المدني العراقي لم يشر الى علوية المعاهدات على الاتفاقيات بقدر ما اعطى الاولية لتطبيق هذه الاتفاقيات ووفق شروط محددة وكذلك فأن المشرع العراقي قد قيد نصوص المادة بالاتفاقيات الدولية من مبدأ الخاص يقيد العام, والرأي الراجح والمتفق عليه هو مساواة المعاهدات الدولية للتشريع العادي فقد نصت مادة(61) فقرة رابعا من الدستور العراقي على (تنظم عملية المصادقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية بقانون يسن بأغلبية ثلثي اعضاء مجلس النواب).

وبما انه قد جعل نفاذ المعاهدة الدولية مرهون بقانون داخليا فهذا يعني ان المشرع العراقي اعطى للاتفاقية حجية مساوية لحجة التشريع العادي, وتطبيقا لقاعدة تدرج القوانين فيمكن الغاء تشريع عادي بتشريع دستوري ويمكن الغاء تشريع عادي بتشريع دستوري او تشريع عادي. ويمكن الغاء تشريع فرعي بتشريع دستوري او تشريع عادي او تشريع فرعي ووفقا لهذا الفهم اذا ما خالفت بنود اتفاقية دولية الدستور العراقي فهي تعتبر باطلة من الاساس، واذا خالفت تشريع عادي يجب تطبيق التشريع العادي ويمكن نفاذ الاتفاقية الدولية من خلال تشريعها بتشريع عادي يلغي التشريع العادي السابق.

خامسا –تحفظ العراق على بعض مواد اتفاقية سيداو

سيداو اختصار لترجمة (اتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة) وهي معاهدة دولية مكرسة لضمان حقوق المرأة ووقف التمييز ضدها وعنيت هذه الاتفاقية بكل جوانب المرأة وتتألف هذه الاتفاقية من (30) مادة, أما التحفظ فهو اعلان رسمي تقدمه الدول التي صادقت على الاتفاقية الى الامين العام للامم المتحدة مصرحة بعدم التزامها بجزء او عدة اجزاء من الاتفاقية وهذا ما نصت عليه ذات الاتفاقية في المادة 28 منها والتي نصت على (يحق للدول بعد انظمامها للاتفاقية ان تقدم تحفظها على أي مادة او فقره على ان لا يتعارض ذلك مع جوهر الاتفاقية)

وقد تحفظ العراق على عدة مواد من هذه الاتفاقية وكألاتي:

1 – تحفظ العراق على المادة 2 وبخاصة الفقرتين (و, ز) في عام 2000 وتنص هذه المادة على (تشجب الدول الاطراف جميع اشكال التمييز ضد المرأة وتوافق على ان تنتهج بكل الوسائل المناسبة دون ابطاء سياسة القضاء على كل اشكال التمييز ضد المرأة).

2 – تحفظ العراق على المادة 9 من الاتفاقية والتي نصت على (تمنح دول الاطراف ألمرأه حقا مساويا لحق الرجل في اكتساب جنسيتها او الاحتفاظ بها او تغييرها) على الرغم من ان هذا التحفظ يعد ملغيا وفق المادة 18 من الدستور العراقي النافذ والتي نصت على (يعد عراقيا كل من ولد لأب عراقي أو لأم عراقية وينظم ذلك بقانون).

3 – تحفظ العراق على المادة 16 من الاتفاقية حيث اعتبرها مخالفة لمواد قانون الاحوال الشخصية العراقي والقانون المدني والتي نصت على (تتخذ الدول الاطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الامور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية وبوجه خاص تضمن على اساس المساواة بين الرجل والمرأة.

أ- نفس الحق في عقد الزواج.

ب- نفس الحق في حرية اختيار الزوج وفي عدم عقد الزواج الا برضاها التام.

ت- نفس الحقوق والواجبات بوصفهما ابوين.

ث- نفس الحقوق في ان تقرر بحرية وادراك للنتائج عدد الاطفال والفاصل بين طفل واخر.

ج- نفس الحقوق فيما يتعلق بحق اختيار اسم الاسرة او المهنة.

ح- نفس الحقوق فيما يتعلق بملكية وحيازة الممتلكات والاشراف عليها.

أذن وعلى الرغم من ان العراق قد صادق على اتفاقية سيداو في عام 1986 الا انه ابدى تحفظه على هذه المواد التي اعتبرها مخالفة لقوانينه الداخلية ومنها القانون المدني وقانون الاحوال الشخصية.

سادسا – أمثلة على اختلاف المراكز القانونية للاشخاص في التشريعات العراقية

1 – في قانون الاحوال الشخصية

أ- مسائل المواريث.

ب- نصت المادة 17 من قانون الاحوال الشخصية التي اجزت للرجل المسلم الزواج من امرأة غير مسلمة لكنه لم يجز للمسلمة ان تتزوج من رجل غير مسلم.

ت- نصت المادة 9 فقرة 2 من قانون الاحوال الشخصية العراقي على عقوبة لا تزيد على 3 سنوات او بالغرامة او بأحدى هاتين العقوبتين اذا كان من قام بالاكراه قريب من الدرجة الاولى وعقوبة لا تزيد على عشر سنوات ولا تقل عن ثلاث سنوات اذا كان من قام بالاكراه من غير هؤلاء.

2 - **في قانون العقوبات**

أ- المادة 41 / 1 من قانون العقوبات العراقي التي اباحت للزوج تأديب زوجته.

ب- المادة 377 من قانون العقوبات العراقي والتي فرقت بين زنا الزوج وزنا الزوجة فجرمت الزوجة الزانية مطلقا بينما جرمت الزوج في حالة ارتكاب الزنا في منزل الزوجية فقط.

ت- مادة 409 من قانون العقوبات العراقي التي حصرت العذر المخفف بجرائم الشرف للرجل فقط.

أذ أن هذه المواد وغيرها في كل التشريعات العالمية مردها اختلاف المراكز القانونية للاشخاص وهذا هو التوجه الفقهي القانوني الحديث الذي اوجب المساواة في المركز الواحد.

سابعا- رأينا الخاص في القرار

لذا ولكل ما تقدم فأننا نرى بأن توجه المحكمة الاتحادية الخاص برد الطعن هو توجه صحيح وذلك لعدة اسباب, وهي ان الطعن استند اولا على ان المادة (25/5/أ) مخالفة للدستور العراقي في المادة (14) منه الا انا نرى انه لا توجد ابدا مخالفة بين المادة المذكورة اعلاه من قانون الاحوال الشخصية وبين الدستور العراقي النافذ وذلك لأتفاق الفقه القانوني الحديث على ان المساواة هي مساواة مراكز قانونية وليس اشخاص فالمساواة يجب ان تكون لكل من لهم مركز قانوني واحد وفي هذه المادة فأن كل النساء متساوون في طلب التفريق بعد مضي سنتين على اكتساب النشوز الدرجة القطعية وكل الرجال متساوون في ان لهم الحق في طلب التفريق بعد اكتساب القرار الدرجة القطعية وهذا هو التساوي الحقيقي, فالمركز القانوني والشرعي للزوج يختلف عن المركز القانوني والشرعي للزوجة واذا ما أردنا تطبيق المساواة الفعلية بين الرجل والمرأة فكيف سنتعامل بالحقوق المفروضة للمرأة بأعتبارها امرأة وزوجة مثل حقها في النفقة او الحضانة او حق السكنى وغيرها فالمركز القانوني يصنعه طبيعة الشخوص والرجل هنا له مركز قانوني اوجدته الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي وحددت له حقوق وواجبات بناء

على كونه رجل والمرأة لها مركز اجتماعي وحقوق وواجبات حددتها الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي لها بأعتبارها امرأة والمساواة الحقيقة تأتي من تطبيق هذه الحقوق والواجبات بعدالة لكل مركز.

واستند الطعن كذلك على مخالفة احكام المادة المذكورة للشريعة الاسلامية واننا نرى كذلك انه لا يوجد خلاف بين هذه المادة واحكام الشريعة الاسلامية أذ ان الشريعة الاسلامية لم تحدد بنص قطعي الدلالة احكام النشوز وهنا اجازت الشريعة السلطة التقديرية للمشرع بما يراه مناسب لتحقيق الصالح العام وربما يرى المشرع انه في حالة كون الزوجة ناشزا فأن قطع النفقة عنها لمدة سنتين يعتبر من باب التأديب الذي قد يعيدها عن نشوزها والى دارها ولكن اذا زادت هذه المدة عن سنتين سيسبب لها ضررا وقد يرى المشرع بأن هذه السنتين هي الفترة المناسبة لمعاقبة الزوجة على نشوزها واكثر منها يعتبر تعسف واضرار ويخضع لاحكام القاعدة الفقهية (لا ضرر ولا ضرار) اذن بما انه لا يوجد نص قطعي الدلالة يخالف المادة المذكورة اعلاه فقد اجازت الشريعة الاسلامية والفقه القانوني السلطة التقديرية للمشرع في حدود عدم مخالفته للدستور وتحقيق المصلحة العامة وقد ذكرنا أنه لا توجد مخالفة دستورية او شرعية وبالتالي لا يسأل المشرع عن سلطته التقديرية ومناط سلطته مرهون بتحقيق الصالح العام وفقا لما يراه.
واستند الطعن اخيرا على مخالفة المادة المذكورة لاتفاقية سيداو وهذا نبحثه من جانبين:الاول مقام الاتفاقية الدولية بالنسبة للتشريعات العراقية وقد ذكرنا بأن المشرع العراقي جعلها بمصاف التشريع العادي وليس الدستور فلا يمكن برأينا الحكم بعدم دستورية مادة قانونية لمخالفتها اتفاقية دولية اذ أن الاتفاقية الدولية لا تدخل ضمن النفاذ الداخلي للاحكام العراقية الا بعد تشريعها كقانون داخلي. اذن اذا كانت الاتفاقية الدولية مساوية لقانون الاحوال الشخصية العراقي بأعتباره تشريع عادي فلا يمكن الطعن بعدم دستورية مواد هذا القانون لاختلافها مع مواد الاتفاقية اذ ان الاثنين في درجة واحدة. والجانب الاخر هو ان العراق وان كان قد انظم الى اتفاقية سيداو الا انه قد تحفظ على بعض من مواد هذه الاتفاقية لمخالفتها لقانون الاحوال الشخصية والقانون المدني وهذه المواد هي المواد الخاصة بالمساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق والالتزامات ي المسائل الاسرية والمدنية اذن العراق لم يوافق ابتداءا على هذه المواد من الاتفاقية, لذى فأننا نرى ان توجه المحكمة الاتحادية العليا برد الطعن صحيح وتسبيبها للرد رائع.

المراجع

1. د. احمد محمد امين, (2001), حدود السلطة التشريعية , دراسة مقارنة , ,اطروحة دكتوراه , جامعة القاهرة.
2. د. سامر عبد الحميد، (2012)، أوجه عدم دستورية القوانين في النظامين الامريكي والمصري , دار المطبوعات الجامعية.
3. د. عادل الطباطبائي،(2000)، الحدود الدستورية بين السلطتين التشريعة والقضائية,جامعة الكويت , مجلس النشر العلمي.
4. د. عبد الحفيظ الشيمي،(2008)، القضاء الدستوري وحماية الحريات الاساسية في القانون المصري والفرنسي , دار النهضه العربيه, القاهرة.
5. د. عبد الغني بسيوني, (2001), مبدأ المساواة امام القضاء وكفالة حق التقاضي, منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت.
6. د. عبير حسين, (2009), دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع , دار النهضة العربية , القاهرة.
7. د. نعيم عطية, (1965), النظرية العامة للحريات الفردية , الدار القومية للطباعة والنشر, القاهرة.
8. سحر علي الحسنين, (2024), سلطة المشرع في تنظيم مسائل الأحوال الشخصة , مجلة البحوث القانونية والاقتصادية, العدد14.
9. القرطبي, (2008), الجامع لاحكام القران , الجزء الخامس , دار الكتب المصرية, القاهرة.

القوانين

1. قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959.
2. قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل.
3. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.