قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل والمادة (41) من الدستور (دراسة مقارنة)

د. ساهرة حسين كاظم *

الملخص :

يعد قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل احد اكثر القوانين تحضراً في الشرق الاوسط لما له من مميزات ايجابية حققت جانباً مهماً من جوانب تنظيم شؤون الاسرة . كما حققت التوافق الفقهي رغم تباينه في اطار قانوني ملزم للجميع بغض النظر عن المذهب او الطائفة او القومية ....الخ فقد اشتمل قانون الاحوال الشخصية على اهم ابواب الفقه في الاحكام المتعلقة بالزواج والطلاق والولادة والنسب والحضانة والنفقة والوصية والميراث . واستمد مبادئه بالاضافة الى الشريعة الاسلامية من ما هو مقبول في قوانين البلاد الإسلامية وما استقر عليه القضاء الشرعي في العراق.

بعكس المادة (41) من الدستور العراقي والتي تنص على ان (العراقيون احرار في الالتزام باحوالهم الشخصية حسب دياناتهم او مذاهبهم او معتقداتهم او اختياراتهم وينظم ذلك بقانون) . حيث يترتب عليها تشريع قوانين احوال شخصية متعددة بتعدد المذاهب والديانات والمعتقدات ويتبع ذلك بطبيعة الحال تعدد الاحكام في المحاكم العراقية في نفس المسألة المعروضة امام القضاء في ظروفها ووقائعها وزمانها وذلك بسبب اختلاف مذاهب اشخاصها . بحيث مايراه القانون من حقوق وامتيازات لشخص يدين بمذهب اسلامي معين يحجبها القانون عن شخص آخر يدين بمذهب آخر ، وذلك بسبب اختلاف الاراء الفقهية للمذاهب الاسلامية ، بل انه في المذهب الواحد هنالك اختلاف في الاراء وكل مذهب له ادلته وحججه الشرعية .

وعليه يمكن القول ان قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل يعتبر احد المميزات الحضارية التي تميز بها عن معظم دول المنطقة التي

*. كلية القانون / جامعة واسط .

استمدت قوانينها للاحوال الشخصية من مذهب اسلامي واحد حيث استطاع هذا القانون ان يوحد أواصر العائلة العراقية من خلال المزج بين مذاهب الفقه الاسلامي السائدة في العراق وصبها في قالب واحد ضمن نصوص قانونية ملزمة للجميع على حد سواء. وان استبعاد هذا القانون وانشاء محاكم مذهبية عوضاً عنه بموجب المادة(41) من الدستور سيكون عامل فرقة وانقسام بين المسلمين في البلد الواحد، وسيترك اثره البالغ على الأسرة العراقية وسيكون سببا في تصدعها بخاصة وان التصاهر بين السنة والشيعة من المألوفات الاجتماعية في المجتمع العراقي ، ولا يوجد هناك أدل على نجاح هذا القانون وتميزه من بين قوانين البلاد العربية للأحوال الشخصية من بقائه طيلة اكثر من نصف قرن تقريباً وهو يحكم الأحوال الشخصية للأسرة العراقية دون مشاكل تذكر في التطبيق .

Abstract

The Iraqi Personal Status Law No. 188 of 1959 is one of the most civilized laws in the Middle East , because of its positive features which achieved an important aspect of the organization of family affairs, and the compatibility idiosyncratic despite variation, in binding legal framework for all, regardless of ideology, denomination, or nationality. The Personal Status Law included the most important of Jurisprudence fields in the provisions relating to marriage, divorce, birth, descent, custody, alimony, wills, inheritance, etc.

Unlike the Article(41)of the Iraqi Constitution, where the consequences of this law to enact laws on personal status by the multiplicity of denomination , religions and beliefs, It follows naturally multiple sentences in Iraqi courts in the same issue presented in court in the circumstances, its proceedings, time, because of the variety of doctrines individuals .

It can be said that Iraqi Personal Status Law No. 188 of 1959 was able to unite the Iraqi family ties , through the blending of Islamic schools of jurisprudence prevailing in Iraq and cast into a single template within binding legal texts of all alike . There is no evidence on the success of this law and the distinctiveness of the Arab country's laws of personal status of survival for more than half a century ago is governing personal status of the Iraqi family with little or no problems in the application .

المقدمة

الاحوال الشخصية اصطلاح قانوني حديث ، حيث كان الفقهاء المسلمون يدرجون مسائل الاحوال الشخصية تحت عناوين مختلفة مثل كتاب النكاح ، كتاب المواريث ،كتاب النفقة ، كتاب النسب ... الخ . الا ان جمع تلك المسائل تحت عنوان (الاحوال الشخصية) قد اعطاها معنى اكثر تحديداً وادق مدلولاً .

فالمقصود بالاحوال الشخصية : هو مجموعة ما يتميز به الانسان عن غيره من الصفات الطبيعية او العائلية التي رتب القانون عليها اثراً قانونياً في حياته الاجتماعية . ككون الانسان ذكراً او انثى ، وكونه زوجاً او ارملاً او مطلقاً ، او كونه تام الاهلية او ناقصها لصغر سن او جنون وغيرها من الصفات المتعلقة بشخص الانسان وبعلاقته مع اقرب الناس اليه [1]

الهدف من البحث

يهدف البحث الى تسليط الضوء على اهم المزايا التي امتاز بها قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل وان كان لايخلو من العيوب التي تم تلافي بعضها من خلال التعديلات التي طرأت عليه . ومن ثم بيان مدى الحاجة او عدم الحاجة الى المادة (41) من الدستور وما ستؤول اليه الامور فيما لو اخذ بهذه المادة الدستورية على الصعيد القانوني والقضائي والاجتماعي بصورة عامة .

منهجية البحث

تقوم الدراسة على اسلوب المقارنة بين قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل والمادة (41) من الدستور بالاعتماد على المصادر الفقهية والقانونية في هذا المجال . مع بيان مدى انعكاس هذه الدراسة على ارض الواقع من خلال الاستشهاد ببعض القرارات القضائية التي تصب في هذا الخصوص .

خطة البحث

تضم الدراسة ثلاثة مباحث ، يتناول المبحث الأول : التعرف بقانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل وفيه مطلبين ، المطلب الأول : البعد التاريخي لقانون الأحوال الشخصية رقم 188لسنة 1959اما المطلب الثاني فيتضمن أهم المسائل التي تناولها قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل. بينما يتناول المبحث الثاني التعريف بالمادة (41) من الدستور العراقي لعام 2005 . أما المبحث الثالث والأخير فيتضمن مقارنة بين قانون الأحوال الشخصية والمادة (41) من الدستور، وفيه مطلبين: المطلب الأول – ويتناول مسألة الزواج ، أما المطلب الثاني – فيتناول مسألة الحضانة . كما هو مبين في أدناه :

المبحث الأول: التعريف بقانون الأحوال الشخصية رقم188 لسنة1959 المعدل .

المطلب الأول – البعد التاريخي لقانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل .

المطلب الثاني – أهم المسائل التي تناولها قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل .

المبحث الثاني : التعريف بالمادة (41) من الدستور العراقي لعام 2005 .

المبحث الثالث : مقارنة بين قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل والمادة (41) من الدستور .

المطلب الأول : مسألة الزواج

المطلب الثاني : مسالة الحضانة

المبحث الأول:التعريف بقانون الاحوال الشخصية رقم188 لسنة1959 المعدل

من اجل التعرف على اي قانون لابد من معرفة الاصول التاريخية التي جاء منها ومن ثم بيان اهم المسائل التي تناولها في نصوصه على النحو الاتي : -

المطلب الأول : البعد التاريخي لقانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل

يعد قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل احد اكثر القوانين تحضراً في الشرق الاوسط لما له من مميزات ايجابية حققت جانباً مهماً من جوانب تنظيم شؤون الاسرة . كما حققت التوافق الفقهي رغم تباينه في اطار قانوني ملزم للجميع بغض النظر عن المذهب او الطائفة او القومية....الخ.

حيث كانت المحاكم الشرعية قبل صدور قانون 188 لسنة 1959 تستند في احكامها على تطبيق احكام الفقهين السائدين في العراق (الحنفي والجعفري) فالمحاكم الشرعية السنية تطبق احكام الفقه الحنفي والمحاكم الشرعية الجعفرية تطبق احكام الفقه الجعفري ، والحال نفسه بالنسبة لمجلس التمييز الشرعي السني والجعفري . فلا يوجد تشريع موحد يحكم الاحوال الشخصية للعراقيين يجمع في ثناياه ما هو متفق عليه في اقوال الفقهاء بالنحو الذي يراعي المصلحة الزمنية والتطورات التي تطرأ على المجتمع العراقي في المجالات المختلفة . فكان القضاء الشرعي يستند في اصدار احكامه على النصوص المدونة في الكتب الفقهية والى الفتاوي الشرعية في المسائل المختلف عليها ، مما قاد الى تعارض وتعدد الاحكام بسبب اختلاف مصادر القضاء ، وولد عدم استقرار وعدم تساوي في الحقوق.[2]

واستمر القضاء الشرعي خاضعاً للقاعدة المذهبية حتى نهاية الخمسينيات حيث صدر قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 . فشملت احكامه جميع العراقيين الا ما استثني بنص خاص بالنسبة للطوائف غير المسلمة . ومزج هذا القانون بين مذاهب الفقه الاسلامي على اختلافها بحسب مايلائم الشريعة الاسلامية ومتطلبات العصر ، مع تركه الباب مشرعاً امام القاضي ليستمد احكامه من روح الشريعة الاسلامية دون التقيد بمذهب معين مستنداً على نص المادة

الاولى من القانون المذكور بفقراتها الثلاث . [3] حيث جاء فيها ما يلي :-(1- تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها النصوص في لفظها او في فحواها . 2- اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون . 3- تسترشد المحاكم في كل ذلك بالاحكام التي اقرها القضاء والفقه الاسلامي في العراق وفي البلاد الاسلامية الاخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية). [4]

لقد طرأ على قانون الاحوال الشخصية رقم188 لسنة1959 منذ تشريعه(31) تعديل ، (18) تعديل منها كانت بقانون و (13) تعديل تم بموجب قرارات صادرة من مجلس قيادة الثورة المنحل [5] .

المطلب الثاني : أهم المسائل التي تناولها قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل .

اشتمل قانون الاحوال الشخصية على اهم ابواب الفقه في الاحكام المتعلقة بالزواج والطلاق والولادة والنسب والحضانة والنفقة والوصية والميراث . واستمد مبادئه بالاضافة الى الشريعة الاسلامية من ماهو مقبول في قوانين البلاد الاسلامية وما استقر عليه القضاء الشرعي في العراق .

اتسم قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 بضمان حقوق الاسرة بما وفر لها من ضمانات . فقد اشترط القانون في تمام اهلية الزوجين العقل واتمام الثامنة عشرة ، هو ما نصت عليه المادة (1/7) بقولها :- (يشترط في تمام أهلية الزواج العقل وإكمال الثامنة عشرة) وهذا العمر مناسب لكلا الزوجين. وراعت المادة الثامنة ظروف بعض الشباب الذين يندفعون الى الزواج المبكر وحالات التعسف العائلي ضد ارادتهم وما قد يجره ذلك من مشاكل اجتماعية، فاجازت زواج من اكمل الخامسة عشرة من العمر اذا ثبت للمحكمة أهليته وقابليته البدنية بعد موافقة وليه الشرعي ، فإذا امتنع الولي عن الموافقة وتبين للمحكمة إن امتناعه غير جدير بالاعتبار أذنت المحكمة بالزواج . وهذا ما نصت عليه المادة (1/8) حيث جاء فيها: (1- إذا طلب من اكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج فللقاضتي

ان يأذن به ، اذا ثبت له اهليته وقابليته البدنية ، بعد موافقة وليه الشرعي ، فاذا امتنع الولي طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحددها له ، فان لم يعترض أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار أذن القاضي بالزواج) . ويعتبر اذن القاضي شرطاً جوهرياً في مثل هذا العقد ، لان انعدام هذا الاذن يجيز التفريق بموجب المادة (40 / 3) من القانون . [6]

كما اوجب القانون تسجيل الزواج في المحكمة والزم العاقدين كشف هوياتهم واعمارهم وان يقدموا تقريراً طبياً يثبت سلامتهم من الامراض . وهذه الشروط هي قيود قانونية وضعها المشرع لاسباب اقتضت ذلك وشرع جزاءات تترتب على مخالفيها [7] . وقد عالج القانون حالات الاكراه في الزواج وعاقب عليها ، واعتبر عقد الزواج بالاكراه باطل اذا لم يتم الدخول [8] . كما تصدى القانون لمسألة المنع من الزواج وهو ما يعرف (بالنهوة) وعاقب كل من يحول دون زواج من كان اهلاً له . [9]

وقد وقف قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل موقفاً وسطاً من مسألة تعدد الزوجات فهو لم يمنع التعدد بشكل نهائي كما فعل المشرع التونسي في قانون الاحوال الشخصية التونسي الذي اعتبر الزواج باكثر من واحدة جريمة يعاقب عليها القانون [10] ، وإنما جعل الزواج باكثرمن واحدة منوطاً باذن من القضاء ويشترط لاعطاء الاذن ان تكون هناك مصلحة مشروعة من الزواج وان تكون للزوج كفاية مالية لإعالة أكثر من زوجة. [11]

كما اوجد القانون اسباباً كثيرة للتفريق القضائي لمساعدة الزوجة في الحصول على الطلاق اذا ما امتنع زوجها عن طلاقها وكانت هناك اسباباً تدعو اليه . كالتفريق للضرر الذي يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية ، مثل الادمان على المخدرات ، ارتكاب الخيانة الزوجية ، اجراء الزواج خارج المحكمة وبالاكراه ، زواج الرجل بأمراة ثانية دون إذن القاضي ، امتناع الزوج عن الانفاق على زوجته ، عقم الزوج او اصابته بمرض لا يمكن معه للزوجة ان تعاشره بلا ضرر....الخ من الأسباب التي أشارت إليها المواد(40- 45) من القانون [12] .

اما بالنسبة لموضوع الحضانة فقد أقر قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل مبدأ أحقية الأم بالحضانة ، حال قيام الزوجية وبعد الفرقة . حيث نصت المادة (1/57) من القانون على ان : (الام احق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك) . ولا تسقط حضانة الام المطلقة بزواجها طالما كانت محتفظة بشروط الحضانة ،فأن رأت المحكمة ان مصلحة المحضون في ان يبقى مع امه رغم زواجها ابقته معها وفي حضانتها والا نزعت حضانته منها واعادته الى ابيه . وهذا ما نصت عليه المادة (2/57) من القانون بقولها : (يشترط ان تكون الحاضنة بالغة عاقلة امينة قادرة على تربية المحضون وصيانته ولا تسقط حضانة الام المطلقة بزواجها ،وتقرر المحكمة في هذه الحالة أحقية الأم أو الأب في الحضانة في ضوء مصلحة المحضون) . [13]

وهكذا نرى ان المشرع العراقي حاول التوفيق بين مذاهب الفقه الاسلامي عند تصديه لمسائل الاحوال الشخصية بما يحقق مصلحة الاسرة ككل دون التحيز لمذهب على حساب مذهب اخر .

المبحث الثاني : التعريف بالمادة (41) من الدستور العراقي الدائم لعام2005

يرى بعض شراح القانون ان المادة (41) من الدستور تمثل امتداداً للقرار(137) الصادر عن مجلس الحكم والذي يقضي بالغاء قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل ، واعتماد احكام الشريعة الاسلامية وفقاً للمذاهب . والذي جوبه برفض واستنكار من قبل العديد من الاحزاب والحركات السياسية ومنظمات المجتمع المدني ، مما ادى الى الغاءه بعد مدة قصيرة من صدوره . [14] الا ان هذا القرار وان كان قد الغي بعد صدوره بفترة وجيزة فان مفاعيله ظهرت مجدداً في نصوص الدستور في المادة (41) منه والتي تنص على ان : (العراقيون احرار في الالتزام باحوالهم الشخصية حسب دياناتهم او مذاهبهم او معتقداتهم او اختياراتهم وينظم ذلك بقانون) . ويترتب على هذا النص تشريع قوانين احوال شخصية متعددة بتعدد المذاهب والديانات والمعتقدات ويتبع ذلك بطبيعة الحال تعدد المحاكم ، وهذا سيجعلنا امام عدة احكام متباينة بسبب عدم اتفاق المذاهب الفقهية الاسلامية في احكامها ، بل انه في المذهب الواحد هناك عدة اتجاهات وآراء.

تقع المادة (41) في الباب الثاني من الدستور وهو باب الحقوق وهو احد البابين اللذين لايمكن المساس بهما لمدة ثمان سنوات من نفاذ الدستور . الا ان هذه المادة نظراً لكونها تمس كيان كل فرد واسرة عراقية في ادق الخصوصيات وهي مسائل الاحوال الشخصية فقد ادرجت ضمن المواد الخلافية في الدستور . حيث اثارت هذه المادة جدلاً واسعاً بين شراح القانون ومراكز البحوث والجامعات ومؤسسات المجتمع المدني . وما زال هذا الجدل يتصاعد طردياً مع اقتراب موعد مناقشة التعديلات الدستورية ، ولا زالت الندوات مستمرة بالانعقاد لمناقشة هذه المادة بين مؤيد ومعارض . حيث يذهب مؤيدوا المادة (41) الى ان هذه المادة تراعي خصوصية الفرد العراقي في مسائل أحواله الشخصية وتعطي الحرية للشخص بالالتزام باحواله الشخصية حسب دينه او مذهبه او معتقده او اختياره دون ان

يكون ملزماً بتطبيق احكاماً تخص احواله الشخصية بعيداً عن هذه الخصوصية[15] . في حين يرى معارضوا المادة (41) ان هذه المادة تؤدي الى طمس الهوية العراقية وتأسيس للمذهبية الطائفية ، وهذا بدوره يؤدي الى تشظي وتفتيت وحدة الاسرة العراقية المكونة للمجتمع العراقي . [16] .

وعلى وفق المسوغات والمبررات المطروحة والمؤيدة لوجهة النظر هذه او تلك لابد لنا من وقفة عند هذه المادة الدستورية واعطاء رؤية قانونية صرفة حول ما جاءت به هذه المادة من احكام من خلال عمل مقارنة بينها وبين ما هو موجود في قانون الاحوال الشخصية النافذ رقم 188 لسنة 1959 المعدل . وهذا ما سنتناوله في المبحث التالي .

المبحث الثالث : مقارنة بين قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل والمادة (41) من الدستور

ان قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل عند تنظيمه لمسائل الاحوال الشخصية حاول جاهداً التوفيق بين احكام المذاهب الفقهية على اختلافها وصهرها في نصوص قانونية موحدة تسري على جميع العراقيين الا ما استثنى بنص خاص . وهو ما نصت عليه المادة الثانية من قانون الاحوال الشخصية النافذ بقولها : (1- تسري احكام هذا القانون على العراقيين الا ما استثني منهم بقانون خاص) .

لكننا لو رجعنا الى المادة (41) من الدستور نجد انها قد عالجت مسائل الاحوال الشخصية بما يسمح لفتح المجال للاحتكام الى آراء المذاهب الفقهية في مسائل الاحوال الشخصية على اختلافها . وهذا مدعاة للخلافات وعدم الاستقرار في الحياة القانونية . ولتقريب الصورة أكثر سوف نتناول في هذا الصدد مسألة الزواج ومسألة الحضانة ، ولكن هذا لايعني ان بقية مسائل الاحوال الشخصية كالطلاق ، التفريق ، النفقة ، الميراث ، الوصية .....الخ هي محل اتفاق بين المذاهب الفقهية.إلا إننا سنركز على هذين المثالين باعتبارهما من اكثر المسائل الخلافية بين المذاهب الفقهية من جهة ،ولكثرة ترددهما في سوح القضاء من جهة اخرى ولاسيما موضوع الحضانة .

المطلب الاول : مسألة الزواج

يتفق قانوننا للاحوال الشخصية مع الاتجاه العام لاكثر تشريعات الدول العربية برفع سن الزواج نظراً لما يتطلبه هذا العقد من استعداد وأهلية فنص المشرع العراقي في المادة (7) من قانون الاحوال الشخصية النافذ على انه : (1- يشترط في تمام أهلية الزواج العقل واكمال الثامنة عشرة) . وبموجب هذا النص لابد لمريد الزواج أن يكون قد أتم الثامنة عشرة من العمر فان اتم هذه السن غير مصاب بعاهة عقلية كان له مباشرة عقد زواجه بنفسه . ومع هذا فقد اجاز المشرع العراقي لمن اكمل الخامسة عشرة من العمر طلب الزواج وللقاضي ان يجيبه الى ذلك بشرطين تحقق البلوغ وموافقة الولي الشرعي كما مر بنا آنفاً . [17]

وهذا ما اخذ به كل من المشرع السوري والاردني في رفع سن الزواج مع بعض الاختلاف قليلاً فيما يتعلق بزواج القاصر . حيث اشترط المشرع السوري ان يكون القاصر قد اكمل الخامسة عشرة من العمر اما بالنسبة للانثى فاكتفى باكمالها الثالثة عشرة من العمر وان يكون الزواج في كلتا الحالتين بتدخل القضاء وبعد موافقة الولي الشرعي . [18] وبالنسبة للمشرع الاردني فقد اشترط هو الاخر في تمام اهلية الزواج العقل والبلوغ واذا كان مريد الزواج قاصراً فيجب ان يكون بأذن القضاء بعد موافقة الولي الشرعي . [19] وقد سار بهذا الاتجاه ايضاً كل من المشرع التونسي والمغربي . [20]

اما لو رجعنا الى المادة (41) من الدستور وما تشير اليه من اعتماد المذاهب الفقهية في مسائل الاحوال الشخصية ، سنجد ان غالبية المذاهب الفقهية قد ذهبت الى جواز تزويج الصغار بولاية اوليائهم وان كانوا دون سن الخامسة عشرة من العمر.مستندلين على ذلك بقوله تعالى في بيان العدة:(واللائي لم يحضنَّ)[21] . فدلت الآية الكريمة على صحة الزواج ، اذ لاعدة الا من فرقة في زواج صحيح . كذلك استفاضت الاخبار الصحاح بجواز زواج الصغار . فالنبي – صلى الله عليه وآله وسلم – تزوج عائشة – رضي الله عنها – وهي بنت ست سنوات، ودخل بها وهي بنت تسع سنوات. كما أضافوا إلى هذه الأدلة ، بان الحاجة الى النكاح ثابتة في الصغر ، لان الكفء لا يتوافر في كل وقت ، وعساه

يتوافر في الصغر ويفوت بعد البلوغ ، فكانت المصلحة داعية لاثباته في الصغر . [22]

ولكن الفقهاء اختلفوا في مسألة من تكون له ولاية الاجبار وولاية الاختيار في الزواج [23] . ثم اختلفوا بعد ذلك في حكم تزويج الاولياء ، فمنهم من اعتبر العقد لازماً ومنهم من اعتبره غير لازم قابلاً للفسخ بخيار البلوغ . كما اختلفوا في مسألة الكفاءة في الزواج ومن هي الجهة التي تراعى في حقها الكفاءة وما هي عناصر الكفاءة ..... والى غير ذلك من المسائل الخلافية الموجودة بين المذاهب الفقهية في مسألة تزويج الصغار .

فسن الزواج عند الامامية هو خمس عشرة سنة في الغلام وتسع سنوات للأنثى. أما عند الحنفية هو ثمان عشرة سنة في الغلام وسبع عشرة سنة للانثى وهذا الحد الأقصى، وهناك رأي آخر لدى الأحناف يقول باثنى عشرة سنة للغلام وتسع سنوات للانثى . وقد جعل المالكية سن الزواج للذكر والانثى سبع عشرة سنة، أما الشافعية والحنابلة فقد حددوا سن الزواج بخمس عشرة سنة في الغلام والانثى . [24]

فلو اعتمدنا المادة (41) من الدستور في مسألة تحديد سن الزواج سوف تأتي بنتائج تهز المنظومة التشريعية بعنف وتلغي مبدأ سيادة القانون وتربك القضاء . مثال ذلك :- اذا ما تزوج رجل على المذهب الجعفري من بنت بعمر تسع سنوات فيكون زواجه منسجماً واحكام المذهب . اما اذا تزوج رجل على المذهب المالكي من بنت بعمر تسع سنوات ، فيكون قد واقع قاصراً ومن حق الادعاء العام تقديم شكوى ضده وفق احكام المادة (2/392/ أ) من قانون العقوبات العراقي قد تصل عقوبتها الى السجن المؤبد. بينما لا عقوبة على الشخص في الحالة الاولى لان مذهبه جوّز الزواج من البنت بسن التاسعة . وبهذا نكون قد ألغينا وحدة العقاب واصبحت العقوبة تنال قسماً من الاشخاص دون سواهم رغم وحدة الفعل . [25] .

كذلك هناك مسألة اخرى يمكن ان تثور في باب الزواج هي مسألة تأقيت عقد الزواج (الزواج المؤقت) أو كما يسمى (بزواج المتعة) فقد اعتبر

المشرع العراقي كغيره من مشرعي الأحوال الشخصية العربية عقد الزواج المحدد بمدة معينة سلفا غير صحيح ولا يترتب عليه أي من آثار العقد الصحيح . أما بالنسبة لفقهاء المذاهب الإسلامية وموقفهم من الزواج المؤقت ، فقد ذهب فقهاء المذاهب السنية الأربعة إلى اعتبار هذا الزواج فاسد ولا يترتب عليه آثار العقد الصحيح . أما فقهاء مذهب الامامية فإنهم قالوا بجواز هذا النوع من الزواج استدلالا بقوله تعالى بعد ذكر المحرمات من النساء :(واحل لكم ما وراء ذلك ان تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة ولاجناح عليكم فيما تراضيتم به بعد الفريضة ان الله كان عليما حكيما)[26]. إلا إن جمهور الفقهاء ردوا على ذلك بان هذه الآية هي في النكاح الدائم وليس المؤقت ، كما ردوا على ذلك بأحاديث الرسول- صلى الله عليه وآله وسلم- في حجة الوداع والتي تنهى عن نكاح المتعة [27].

وما يمكن أن نقوله في هذا الصدد ، إن هذا النوع من الزواج بغض النظر عن صحته أو عدم صحته والأسباب التي دعت إلى إباحته أو تحريمه فانه لايحقق الاستقرار والسكن وحفظ النسل الذي أراده الله سبحانه وتعالى من تشريع الزواج . أضف إلى ذلك إن هذا النوع من الزواج فيه امتهان لكرامة المرأة خصوصا ونحن نعيش اليوم في مجتمع يحتكم إلى التقاليد والأعراف أكثر من احتكامه إلى الشرع وأحكام الدين. وقد كان المشرع العراقي في قانون الأحوال الشخصية النافذ موفقا في اعتباره لهذا النوع من الزواج غير صحيح ولا يترتب عليه آثار العقد الصحيح أخذا بما ذهب إليه جمهور الفقهاء ، كما يتماشى مع خصوصية المجتمع العراقي في احترامه وتقديسه للرابطة الزوجية . فالزواج ليس مجرد ارتباط بين شخصين (رجل وامرأة) بل هو ارتباط بين أسرتيهما وعائلتيهما وتكوين أواصر قرابة ومصاهرة بين العائلتين وهذا لا يتحقق بالزواج المؤقت.

المطلب الثاني : مسألة الحضانة

إن الأصل في الحضانة هي مراعاة مصلحة الصغير قبل أي اعتبار، و لما كان للام الدور الأساسي في تربية الصغير فقد يتدخل القانون ليحفظ لها هذا الحق

ويحميها من الابتزاز الذي قد تتعرض له حينما يحصل خلاف بينها وبين زوجها 0 وحسنا فعل المشرع العراقي عندما اعتبر الأم هي الأحق في حضانة الصغير وتربيته ورفع سن الحضانة من السبع إلى تمام العاشرة من العمر وأجاز تمديدها إلى تمام الخامسة عشر إذا كانت مصلحة الصغير تقتضي ذلك .

وهذا ما نصت عليه المادة (57) من قانون الأحوال الشخصية النافذ بقولها: (1- الأم أحق بحضانة الولد وتربيته ،حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ، مالم يتضرر المحضون من ذلك) وجاء في الفقرة الرابعة من المادة أعلاه حول مدة الحضانة ما يلي :(4- للأب النظر في شؤون المحضون وتربيته وتعليمه حتى يتم العاشرة من العمر .وللمحكمة أن تأذن بتمديد حضانة الصغير حتى إكماله الخامسة عشرة ، إذا ثبت لها بعد الرجوع إلى اللجان المختصة الطبية منها والشعبية ،إن مصلحة الصغير تقضي بذلك)[28] . وبذلك يكون المشرع العراقي قد أعطى للأب الحق في الإشراف على شؤون المحضون (ذكرا كان أم أنثى)وتربيته وهو في يد حاضنته حتى يتم العاشرة من العمر .فان أتم هذه السن واتضح بعد الرجوع إلى اللجان المختصة إن مصلحة الصغير تقضي ببقائه في يد الحاضنة فللمحكمة أن تقضي بتمديد الحضانة حتى إكماله سن الخامسة عشرة .

إن هذا النص يكفل الرعاية الواجبة للصغار ويتيح لهم الاستقرار النفسي اللازم لسلامة نموهم وتربيتهم ويمنع الخلاف بين الأب والحاضنة على نزع الحضانة في سن دلت التجارب على إنها قد لايستغني فيها الصغير والصغيرة عن الحضانة فيكونان في خطر من ضمهما إلى غير النساء ، خصوصا إذا كان والدهما متزوجا من غير أمهما[29]. فان أتم الصغير هذه السن كان للمحضون حق الاختيار في الإقامة مع من يشاء من أبويه أو احد أقاربه لحين إكماله الثامنة عشرة من العمر ، إذا آنست المحكمة منه الرشد في هذا الاختيار . وهذا ما نصت عليه الفقرة الخامسة من المادة (57) من القانون بقولها :(إذا أتم المحضون الخامسة عشرة من العمر ، يكون له حق الاختيار في الإقامة مع من يشاء من أبويه ،أو احد أقاربه لحين إكماله الثامنة عشرة من العمر، إذا آنست المحكمة منه الرشد في هذا الاختيار)[30].

أما لو رجعنا إلى المادة (41) من الدستور وما تقضي به من الاحتكام إلى المذاهب الفقهية في مسائل الأحوال الشخصية ،سنجد إن لكل مذهب رأي في مسألة الحضانة .ففي مذهب الامامية تنتهي حضانة الأم لوليدها الذكر بعد انتهاء مدة رضاعته وهي حولين كاملين ،أما بالنسبة للأنثى فمدة حضانتها تمتد إلى سبع سنوات .في حين حدد الفقه الحنفي مدة حضانة الذكر بسبع سنوات والأنثى بتسع سنوات مع جواز تمديدها للذكر إلى تسع سنوات وللأنثى إلى إحدى عشرة سنة عند اقتضاء مصلحة المحضون ذلك. أما المذهب الشافعي فقد جعل مدة الحضانة مرهونة بقدرة الولد أو البنت على إدارة شؤونهم والاستغناء عن خدمة النساء . وبالنسبة لمذهب المالكية فقد حددوا حضانة الصغير الذكر بخمس عشرة سنة أما الأنثى فتمتد حضانتها حتى تتزوج [31].

نلاحظ مما تقدم مدى الإرباك التشريعي الذي وضع المشرع الدستوري نفسه فيه عند تنظيمه لمسائل الأحوال الشخصية حسب كل مذهب بالاستناد إلى المادة (41) من الدستور ، وهذا يقود بدوره إلى التضارب في أحكام القضاء في المسألة الواحدة . فمثلا في مسألة الحضانة والتي نحن بصددها سيحكم القاضي بانتهاء مدة حضانة الصغير الذكر عند إتمامه السنة الثانية من العمر إذا كان صاحب الدعوى في الحضانة شيعي المذهب ، في حين سيكون الحكم غير ذلك في نفس القضية المعروضة لو كان صاحب الدعوى سني المذهب وهذا سيؤدي إلى عدم مساواة الأشخاص أمام القانون.

ولا يقتصر الأمر على المثالين أعلاه (الزواج والحضانة) بل إن الاختلاف الفقهي يضرب أطنابه في كل المواضيع المتعلقة بالأحوال الشخصية ، كالطلاق والنفقة والرضاعة والمطاوعة والمواريث والإقرار بالنسب ، وسواها من المواضيع العديدة الأخرى. وهذا سيقودنا إلى إشكال اكبر هو التعارض مع المادة (14) من الدستور نفسه التي تؤكد على مبدأ المساواة أمام القانون بقولها (العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي).

فالمادة (14) من الدستور ترسي البناء المؤسسي التشريعي للمواطنة ، أما أحكام المادة(41) فهي تسير بخط متقاطع مع المادة(14) . ولأجل رفع التناقض بين هاتين المادتين الدستوريتين فقد وضع فقهاء القانون الدستوري معايير للتفرقة بين القاعدة الدستورية والقاعدة القانونية حتى ولو إن الأخيرة قد وردت بنص دستوري . فإذا كانت القاعدة تتكلم عن فلسفة الحكم وكيفية ممارسة السلطة كالقول العراق جمهوري فيدرالي ديمقراطي---فهذا يعني إننا أمام قاعدة دستورية ، ومن ضمن فلسفة الحكم أيضا إن المواطنون متساوون أمام القانون ، لذا فان حكم المادة (14) من الدستور يندرج تحت عنوان القاعدة الدستورية [32]. أما إذا كانت القاعدة لا تعبر عن فلسفة المشرع أولا ، وغير موجهة إلى الحكام ثانيا فانه ينطبق عليها وصف القاعدة القانونية وان كانت قد وردت في الدستور . مثال ذلك ما جاءت به المادة (41) التي تركت للمواطن اختياره لأحواله الشخصية ، لذا فهي موجهة إلى المحكومين ، ولا يتحقق فيها شروط القاعدة الدستورية ، فهي إذن قاعدة قانونية. وبالتالي عندما توضع المادتان (14و41) موضع التطبيق يجب الأخذ بالمادة (14) انطلاقا من مبدأ علوية القاعدة الدستورية على القاعدة القانونية [33].

الخاتمة

يتضح من صياغة المادة (41) من الدستور إن هذه المادة تنطوي على العودة إلى القضاء الشرعي الذي كان معمولا به قبل صدور قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 . فالمساواة أمام القانون التي أشارت إليها المادة (14) من الدستور لايمكن تصورها في ظل المادة (41) من الدستور نفسه ، لان هذه المادة سوف تقود إلى تعدد الأحكام في المحاكم العراقية في نفس المسألة المعروضة أمام القضاء في ظروفها ووقائعها وزمانها وذلك بسبب اختلاف مذاهب أشخاصها ، بحيث ما يراه القانون من حقوق وامتيازات لشخص يدين بمذهب إسلامي معين يحجبها القانون عن شخص آخر يدين بمذهب آخر ، وذلك بسبب اختلاف الآراء الفقهية للمذاهب الإسلامية، بل انه في المذهب الواحد هنالك اختلاف في الآراء وكل مذهب له أدلته وحججه الشرعية.

التوصيات :

ومن جملة التوصيات التي يمكن أن نخرج بها من هذه الدراسة هي الآتي :

أولا- التأكيد على إن قانون الأحوال الشخصية رقم 188لسنة 1959 المعدل يعتبر احد المميزات الحضارية التي تميز بها عن معظم دول المنطقة التي استمدت قوانينها للأحوال الشخصية من مذهب إسلامي واحد . حيث استطاع هذا القانون أن يوحد أواصر العائلة العراقية من خلال المزج بين مذاهب الفقه الإسلامي السائدة في العراق وصبها في قالب واحد ضمن نصوص قانونية ملزمة للجميع على حد سواء.

ثانيا- يمكن تلافي العيوب الموجودة في قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل من خلال التعديلات وليس من خلال إلغاء القانون برمته . لان استبعاد هذا القانون وإنشاء محاكم مذهبية عوضا عنه سيكون عامل فرقة وانقسام بين المسلمين في البلد الواحد ، وسيترك أثره البالغ على الأسرة العراقية وسيكون سببا في تصدعها بخاصة وان التصاهر بين السنة والشيعة من المألوفات الاجتماعية في المجتمع العراقي ، ولايوجد هناك أدل على نجاح هذا القانون وتميزه من بين قوانين البلاد العربية للأحوال الشخصية من بقائه طيلة أكثر من نصف قرن تقريبا وهو يحكم الأحوال الشخصية للأسرة العراقية دون مشاكل تذكر في التطبيق .

ثالثا – حيث إن المادة (41) من الدستور تتناقض مع المادة (14) من الدستور نفسه ولكون الأولى ذات قاعدة قانونية والثانية ذات قاعدة دستورية كما رأينا آنفا ، فيكون من الأولى إزالة التناقض في النصوص الدستورية بإلغاء المادة (41) كونها لاتحقق المساواة بين المواطنين أمام القانون ولا تعتمد مبدأ المواطنة .

الهوامش

(1) د.احمد الكبيسي – الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون–ج1– بغداد –1977– ص4.

(2) بدور زكي محمد– قانون الأحوال الشخصية رقم188 لسنة 1959 وتعديلاته–معهد الدراسات الإستراتيجية – مقال متاح على الموقع الالكتروني :

Amanjordan.orgHome

(3) انظر في الأسباب الموجبة لقانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل – صباح صادق جعفر – قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته – ط8– بغداد – 2004– ص35 .

(4) انظر المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل .

(5) صباح صادق جعفر – مصدر سابق – ص40.

(6) د. مصطفى إبراهيم الزلمي – تعليق على التعديل رقم 21 لسنة 1978 لقانون الأحوال الشخصية – مجلة القانون المقارن – س7– ع10– 1979– ص127.

(7) انظر المادة (10اف5) من قانون الأحوال الشخصية العراقي .

(8) ومعنى هذا إن الزواج بالإكراه يمكن أن يعترف به وتزاح عنه صفة البطلان بمجرد الدخول، وهذا فيه إغراء للتحايل على النصوص من حيث سهولة التعجيل بالدخول ليصبح الزواج الذي أبطله القانون بالإكراه مشروعا . انظر:

– د. احمد الكبيسي – الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته–ج1– الزواج والطلاق وآثارهما –ط2– 2006– ص53.

(9) انظر المادة (9) من قانون الأحوال الشخصية العراقي. ومن الجدير بالذكر هنا إن المشرع العراقي لم يفرق بين منع معقول ومنع غير معقول وهو(العضل) الذي نهى الله تعالى عنه في القرآن الكريم . لان الزواج يشترك كل أفراد الأسرة في مفاخره ومعايبه وحينئذ ليس من العدل أن تستبد الفتاة بزواج قد تذهل عن سلبياته التي تسبب لأسرتها ضررا أو حرجا ، وحينئذ يكون اعتراض أهلها أو وليها يحقق مصلحة أو يدفع ضررا.

(10) انظر المادة(6) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية لسنة1956 مع قانون تعديلها رقم 7 لسنة 1981 – طبع 1991.

(11) انظر المادة (3اف4–5) من قانون الأحوال الشخصية العراقي .

(12) انظر المواد (40– 45) من قانون الأحوال الشخصية .

(13) انظر المادة (57اف1-2) من قانون الأحوال الشخصية .

(14) هادي عزيز علي – آلية رفع التناقض بين النصوص الدستورية – المادة (14) والمادة (41) نموذجا – ورقة عمل مقدمة إلى ندوة مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية- بعنوان (أهمية الوعي القانوني في سيادة دولة القانون) في 6\5\2010. وانظر كذلك : سهاد ناجي – المرأة العراقية بين قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 والدستور الدائم

– مقال متاح على الموقع الالكتروني : http://www.balagh.com

(15) انظر في ذلك : القاضي سالم روضان الموسوي – مقاربة بين نص المادة (41) من الدستور وقانون الأحوال الشخصية النافذ – شبكة النبأ المعلوماتية – مقال متاح على الموقع الالكتروني : http://www.annabaa.org

(16) هادي عزيز علي –مصدر سابق – ص3 ،بدور زكي محمد – مصدر سابق-ص8.

(17) انظر: د. احمد الكبيسي – الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية – مصدر سابق – ص44.

(18) انظر : المواد (15-27) من قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 59 لسنة 1953 المعدل .وانظر في هذا الصدد أيضا : د. عبد الرحمن الصابوني

– شرح قانون الأحوال الشخصية السوري- ج1 – الزواج والطلاق وآثارهما

– جامعة حلب – 1965-ص221.

(19) انظر: المواد (5-13) من قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 لسنة 1976. وانظر بهذا الصدد: د. محمود السرطاوي – شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني – القسم الأول – عقد الزواج وآثاره – دار العدوي – عمان – الأردن – 1981- ص54 وما بعدها.

(20) انظر: المواد (6-9) من مجلة الأحوال الشخصية التونسية لسنة 1956. والمواد (8-12) من مدونة الأحوال الشخصية المغربية لسنة 1957.

(21) سورة الطلاق \4.

(22) انظر: سنن أبي داود- دار الكتاب العربي-بيروت- لبنان- بلا سنة طبع-ج2- ص305، ابن حجر العسقلاني- فتح الباري بشرح صحيح البخاري – رئاسة إدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد- المملكة العربية السعودية – 1994- ج9- ص190. ولكن مما تجدر الإشارة إليه هنا إلى رأي بعض الفقهاء الذي كان له اثر في قوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية ، حيث قالوا انه ليست هناك ولاية زواج

على الصغير ، لان الصغر يتنافى مع مقتضيات عقد الزواج إذ هو عقد لاتظهر آثاره إلا بعد البلوغ ، فلا حاجة إليه قبله. انظر في ذلك: ابن حزم – المحلى – إدارة الطباعة المنيرية– مصر – 1351هج– ج9– ص459.

(23) يقصد بولاية الإجبار في الزواج هي الولاية التي تخول صاحبها (الولي) الاستقلال بإنشاء عقد الزواج من دون أن يكون للمولى عليه (الولد أو البنت) دخل فيه ، ولذا سماها بعض الفقهاء ولاية استبدادية ، لاستبداد الولي فيها بإنشاء العقد من دون مشاركة من المولى عليه. أما ولاية الاختيار في الزواج هي التي تخول الولي تزويج المولى عليه بناء على اختياره ورغبته فلا يستقل بالعقد ، لذا يسميها بعض الفقهاء بولاية الشركة . ولكل من الولايتين أحكام تخالف الأخرى ، سواء من حيث الأشخاص الذين تثبت عليهم الولاية ، أو الأشخاص الذين تثبت لهم الولاية. للتفصيل أكثر انظر في ذلك: د.احمد الكبيسي – الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون – مصدر سابق – ص82، د.بدران أبو العينين بدران – الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون – ج1– الزواج والطلاق– دارالنهضة العربية – بيروت – لبنان – 1967– ص134.

(24) أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي – كتاب الخلاف – دار المعارف الإسلامية – مطبعة الحكمة – بلا سنة طبع – ج2– ص142، زين الدين ابن نجيم الحنفي – البحر الرائق شرح كنز الدقائق– دار المعرفة– بيروت– لبنان– ط2– بلا سنة طبع – ج3– ص117، شمس الدين محمد الدسوقي– حاشية الدسوقي على الشرح الكبير– دار إحياء الكتب العربية– عيسى البابي الحلبي و شركاه– بلا سنة طبع– ج2– ص222، أبو اسحق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي – المهذب في فقه الإمام الشافعي –مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه – مصر – بلا سنة طبع– ج2 – ص37 ،أبو محمد بن احمد بن قدامة المقدسي – المغني – مكتبة الجمهورية العربية– مصر – بلا سنة طبع – ج6 – ص516.

(25) انظر : هادي عزيز علي – مصدر سابق – ص4 ، وانظر كذلك : المادة(392اف2\ أ) من قانون العقوبات العراقي رقم111 لسنة 1969 المعدل .

(26) سورة النساء \ آية 24

(27) فقد أبيح نكاح المتعة في غزوة من الغزوات لضرورة الحرب ثم حرمه رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم – ففي رواية عن رسول الله – صلى الله عليه وآله وسلم– انه قال : (يا أيها الناس إني كنت قد أذنت لكم في الاستمتاع بالنساء وان الله حرم ذلك إلى يوم

القيامة فمن كان عنده منهن شيء فليخل سبيله ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئا). رواه مسلم في صحيحه ،انظر:محمد بن علي بن محمد الشوكاني – نيل الاوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار – مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده – مصر – ج6- ص251.

(28) وقد جاء في المادة (20)من القانون المصري الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية ما يلي :(1- ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير أو الصغيرة سن الخامسة عشر، ويخير القاضي الصغير أو الصغيرة بعد بلوغ هذا السن في البقاء في يد الحاضنة دون اجر حضانة ، حتى يبلغ الصغير سن الرشد وحتى تتزوج الصغيرة). انظر : قانون الأحوال الشخصية والأسرة المصري وفقا لأحدث التعديلات والقرارات الوزارية – دار علام للإصدارات القانونية – مصر – 2010.

(29) ومن قرارات محكمة التمييز بهذا الخصوص ، جاء فيه : (إذا ثبت بتقرير اللجنة الطبية إن الصغيرة تتضرر من مفارقة أمها فيحكم بتمديد مدة حضانة الأم للصغيرة) قرار رقم 684\ شخصية – تاريخه 19\5 \ 2001 . وفي قرار آخر لها جاء فيه : (يبقى الصغير لدى أمه ما دام لم يتم العاشرة من العمر فان أتمها وجب تمديد حضانته إذا قررت اللجنة الطبية ذلك) قرار رقم 383 \ شخصية – تاريخه 26 \2 \ 2001 – انظر : إبراهيم المشاهدي – المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز – قسم الأحوال الشخصية – بغداد – 2002 – ص143 وص145 .

(30) ومن قرارات محكمة التمييز بهذا الخصوص ، قضت بأنه : (يجوز لمن أكمل الخامسة عشرة من العمر اختيار الإقامة مع من يشاء من الأبوين أو احد الأقارب لحين إكماله الثامنة عشرة من العمر) قرار رقم 195 \شخصية – تاريخه 28\9\2000- إبراهيم المشاهدي – المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز – المصدر السابق – ص143. ومن الملاحظ على المشرع العراقي في هذا الخصوص انه قد أعطى للمحضون الذي أتم الخامسة عشرة من العمر حق الاختيار في الإقامة مع من يشاء من أبويه أو احد أقاربه لحين إكماله الثامنة عشر . ومما لاشك فيه إن هذه المادة تهون من دور الولي (الأب أو غيره من الأولياء) وحقه في ضم المحضون إليه إذا ما انتهت مدة حضانته ، لاسيما وان المحضون بعد فترة الحضانة يكون بأمس الحاجة إلى كنف وليه لتربيته وتقويمه وغرس روح الجد والمثابرة في نفسه وتعويده على مشاق الحياة وخشونتها من حيث الدرس والسلوك ونحو ذلك .

(31) انظر: عبد الكريم رضا الحلي – الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية – مكتبة المثنى – بغداد – ط2 – 1366هج- 1947م- ص101 ،ابن نجيم – البحر الرائق- مصدر سابق- ص184 ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير – مصدر سابق – ص526 ، الشيرازي – المهذب – مصدر سابق – ص171 ، وانظر كذلك: السيد محمد حسين فضل الله – قراءة جديدة لفقه المرأة الحقوقي – سلسلة منشورات مركز شؤون العمل النسوي – دار الثقلين – بيروت – لبنان – 2001 – ص91.

(32) هادي عزيز علي – مصدر سابق – ص5.

(33) للتفصيل أكثر انظر : هادي عزيز علي – المصدر السابق – ص5 وما بعدها .

المصادر

القرآن الكريم

أولا- المراجع الفقهية

1- ابن حجر العسقلاني- فتح الباري بشرح صحيح البخاري – رئاسة إدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد- المملكة العربية السعودية - 1994 .
2- ابن حزم – المحلى – أدارة الطباعة المنيرية- مصر – 1351هج.
3- أبو اسحق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي – المهذب في فقه الإمام الشافعي – مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه – مصر – بلا سنة طبع- ج2 .
4 - أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي – كتاب الخلاف – دار المعارف الإسلامية – مطبعة الحكمة – بلا سنة طبع – ج2 .
5- أبو محمد بن احمد بن قدامة المقدسي – المغني – مكتبة الجمهورية العربية- مصر – بلا سنة طبع – ج6 .
6- زين الدين ابن نجيم الحنفي – البحر الرائق شرح كنز الدقائق- دار المعرفة- بيروت- لبنان- ط2- بلا سنة طبع – ج.3
7- سنن أبي داود- دار الكتاب العربي-بيروت- لبنان- بلا سنة طبع- ج.2
8- شمس الدين محمد الدسوقي- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير- دار إحياء الكتب العربية- عيسى البابي الحلبي و شركاه- بلا سنة طبع- ج.2
9- عبد الكريم رضا الحلي – الأحكام الجعفرية في الأحوال الشخصية – مكتبة المثنى – بغداد – ط2 – 1366هج- 1947م.
10- محمد بن علي بن محمد الشوكاني – نيل الاوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار – مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده – مصر – ج6.

ثانيا – الكتب والمجلات

1- إبراهيم المشاهدي – المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز – قسم الأحوال الشخصية – بغداد – 2002.
2- د.احمد الكبيسي – الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون-ج1-بغداد- 1977.
3- د. احمد الكبيسي – الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته ج1- الزواج والطلاق وآثارهما -ط2-2006.

4- د. بدران أبو العينين بدران – الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون – ج1- الزواج والطلاق- دار النهضة العربية – بيروت – لبنان – 1967.

5- بدور زكي محمد- قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته- معهد الدراسات الإستراتيجية – مقال متاح على الموقع الالكتروني :

Amanjordan.orgHome

6- القاضي سالم روضان الموسوي – مقاربة بين نص المادة (41) من الدستور وقانون الأحوال الشخصية النافذ – شبكة النبأ المعلوماتية – مقال متاح على الموقع الالكتروني:
http://www.annabaa.org

7- سهاد ناجي – المرأة العراقية بين قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 والدستور الدائم – مقال متاح على الموقع الالكتروني : http://www.balagh.com

8- السيد محمد حسين فضل الله – قراءة جديدة لفقه المرأة الحقوقي – سلسلة منشورات مركز شؤون العمل النسوي – دار الثقلين – بيروت – لبنان – 2001 .

9- صباح صادق جعفر – قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته – ط8- بغداد – 2004.

10- د. عبد الرحمن الصابوني – شرح قانون الأحوال الشخصية السوري- ج1 –الزواج والطلاق وآثارهما – جامعة حلب – 1965.

11- د. محمود السرطاوي – شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني – القسم الأول – عقد الزواج وآثاره – دار العدوي – عمان – الأردن – 1981.

12- د. مصطفى إبراهيم الزلمي – تعليق على التعديل رقم 21 لسنة 1978 لقانون الأحوال الشخصية – مجلة القانون المقارن – س7- ع10- 1979.

13- هادي عزيز علي – آلية رفع التناقض بين النصوص الدستورية – المادة(14) والمادة (41) نموذجا – ورقة عمل مقدمة إلى ندوة مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية 2010-

14- شبكة الانترنيت.

ثالثا – القوانين

1- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل.
2- قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل .
3- الدستور العراقي الجديد لسنة 2005.
4- قانون الأحوال الشخصية والأسرة المصري رقم 25 لسنة 1929 وفقا لأحدث التعديلات والقرارات الوزارية – دار علام للإصدارات القانونية – مصر – 2010.
5- قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 59 لسنة 1953 المعدل .
6- مجلة الأحوال الشخصية التونسية لسنة 1956 مع قانون تعديلها رقم 7 لسنة 1981- طبع 1991.
7- مدونة الأحوال الشخصية المغربية لسنة .1957
8- قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 61 لسنة 1976