ملاحظات على تعديل قانون الأحوال الشخصية رقم (١) لعام ٢٠٢٥ دراسة مقارنة

Observations on Amending Personal Status Law No. (1) of 2025: A Comparative Study

أ.د. وليد خالد عطية

جامعة المعقل – كلية القانون

walid_atyih@yahoo.com

تاريخ استلام البحث: ٢٠٢٥/٥/٦ تاريخ قبول النشر: ٢٠٢٥/٧/١٦

الملخص:

تعد مسائل الأحوال الشخصية من المسائل المهمة في كل نظام قانوني، وتكافح التشريعات في صياغة نصوصها بشكل واضح وسليم خالياً من العيوب الصياغية والغموض، نظراً لتعلقها بأحوال الأشخاص الحساسة والمهمة في تنظيمهم لمسائلهم وأحوالهم الخاصة. كونها تنظم أمور مفصلية وحاسمة في حياة الأشخاص من زواج، وطلاق، ونفقة، والايصاء، ومواريث...الخ. وجميعها مسائل تتعلق بالتنظيم الأسري للأشخاص الذي ما يلبث أن يثير عدة مشاكل في حالة الخلاف، لذلك، ينبغي أن يكون المشرعون حريصون ودقيقون عند صياغة النصوص المتعلقة بالأحوال الشخصية. سنعتمد في هذا البحث على المنهج الاستقرائي التحليلي الاستنتاجي المقارن. لنرى مدى نجاح المشرع العراقي في هذا التعديل من الاستفادة من التجارب القانونية للمبادئ القانونية في القانون المقارن. سنعتمد على وفق خطة علمية تتكون من مبحثين لتثبيت الملاحظات على هذا التعديل.

الكلمات المفتاحية: الأحوال الشخصية، التشريعات، الصياغية، العيوب، الأشخاص، زواج.

Abstract:

Personal status matters are of paramount importance in any legal system. Legislation strives to draft its texts clearly and soundly, free from drafting flaws and ambiguity, given their connection to the sensitive and crucial affairs of individuals in regulating their private matters. These matters regulate pivotal and decisive aspects of individuals' lives, such as marriage, divorce, alimony, wills, inheritance, etc. All of these relate to the organization of family life, which inevitably raises numerous problems in case of dispute. Therefore, legislators must be meticulous and precise when drafting texts related to personal status. This research will employ an inductive, analytical, deductive, and comparative approach to examine the extent to which the Iraqi legislator has succeeded in this amendment by drawing upon the legal experiences and principles of comparative law. We will follow a scientific plan consisting of two sections to document our observations on this amendment.

Keywords: Personal status, legislation, drafting, defects, persons, marriage.

المقدمة

تعد مسائل الأحوال الشخصية من المسائل المهمة في كل نظام قانوني، وتكافح التشريعات في صياغة نصوصها بشكل واضح وسليم خالياً من العيوب الصياغية والغموض، نظراً لتعلقها بأحوال الأشخاص الحساسة والمهمة في تنظيمهم لمسائلهم وأحوالهم الخاصة. كونها تنظم أمور مفصلية وحاسمة في حياة الأشخاص من زواج، وطلاق، ونفقة، والايصاء، ومواريث...الخ. وجميعها مسائل تتعلق بالتنظيم الأسري للأشخاص الذي ما يلبث أن يثير عدة مشاكل في حالة الخلاف، لذلك، ينبغي أن يكون المشرعون حريصون ودقيقون عند صياغة النصوص المتعلقة بالأحوال الشخصية.

أهمية البحث: لا شك، أن مسائل الأحوال الشخصية تحضي بأهمية بالغة في جميع النظم القانونية، لتعلقها بحياتهم اليومية، وكونها مصيرية تحدد طبيعة الشخص هل هو أعزب أم متزوج، مطلق أم لا، بالغ أم قاصر، وصي أم قيم، له نصيب في الإرث أم لا، موصى له أم لا، جميع هذه المسائل والأحوال ستميز الشخص بصفات طبيعية أسرية اجتماعية. من هنا، تبرز أهمية البحث.

إشكالية البحث: وتتجلى إشكالية البحث فيما يلي:

أ. هل جاءت نصوص وأحكام تعديل قانون الأحوال الشخصية رقم (١) لسنة ٢٠٢٥ سليمة من حيث الصياغة القانونية؟

ب. هل استخدم المشرع معايير في حل الخلافات بين الأشخاص دقيقة وموضوعية؟

ج. هل جاءت نصوص التعديل التشريعي واضحة خالية من الغموض أم أن الغموض اكتنف بعض فقراتها؟

د. هل استخدم المشرع في هذا التعديل مصطلحات تتوافق مع المبادئ العامة للقانون أم خرج عنها؟

هـ. هل جاء التعديل منسجماً مع التطور القانوني الاصطلاحي وتطور المفاهيم القانونية البحتة أم خرج عنها؟

منهج البحث: سنعتمد في هذا البحث على المنهج الاستقرائي التحليلي الاستنتاجي المقارن. لنرى مدى نجاح المشرع العراقي في هذا التعديل من الاستفادة من التجارب القانونية للمبادئ القانونية في القانون المقارن.

خطة البحث: سنعتمد على وفق خطة علمية تتكون من مبحثين لتثبيت الملاحظات على هذا التعديل. وهي على الشكل الاتي:

المبحث الأول: عيوب الصياغة

المبحث الثاني: عدم دقة المعايير وغموضها

المبحث الأول: عيوب الصياغة

تضمن تعديل قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١) لسنة ٢٠٢٥ , عيوب في الصياغة. تتمثل، عدم مراعاة التسلسل الهرمي للمراكز القانونية، وعدم تحديد طبيعة عمل الخيار التشريعي الذي منحه القانون للزوجين. وكذلك، غموض بعض الفقرات وعدم تناسقها مع بعضها البعض. وبناء على ذلك، سنقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب. وهي على الشكل الاتي:

المطلب الأول: عدم مراعاة التسلسل الهرمي للمراكز القانونية.

المطلب الثاني: عدم تحديد طبيعة عمل الخيار التشريعي الممنوح للزوجين.

المطلب الثالث: الغموض في بعض الفقرات.

المطلب الأول: عدم مراعاة التسلسل الهرمي للمراكز القانونية

لقد نص قانون التعديل الجديد في المادة (١) على ما يلي (يعدل نص المادة (٢) من القانون بإضافة فقرة (٣) اليه وكالاتي:

٣-أ- للعراقي المسلم والعراقية المسلمة عند أبرام عقد الزواج بينهما وتسجيله في محكمة الأحوال الشخصية اختيار أن تطبق عليهما وعلى أولادهما القاصرين أحكام المذهب الشيعي الجعفري في جميع مسائل الأحوال الشخصية، وليس لهما تغيير خيارهما لاحقاً.

وبالنسبة الى عقود الزواج التي أبرمت وسجلت قبل تاريخ نفاذ هذا القانون يحق لكل من طرفيها كاملي الأهلية تقديم طلب الى محكمة الأحوال الشخصية لتطبق عليهما وعلى أولادهما القاصرين الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية في المذهب الشيعي الجعفري إذا كان العقد وقع على وفق هذا المذهب ويستدل على ذلك بتضمنه استحقاق المهر المؤجل عند المطالبة والميسرة.

ب- ولكل من العراقي المسلم والعراقية المسلمة كاملي الأهلية -غير ما تقدم - تقديم طلب الى محكمة الأحوال الشخصية لتطبق عليه الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية وفق المذهب الشيعي الجعفري)

أن النص السابق لم يراع التسلسل الهرمي للمراكز القانونية. فالمعروف والمعلوم، أن الحقوق تعد قمة المراكز القانونية التي تعود الى الشخص. ولكن، قبل أن يصل المركز القانوني الى منزلة الحق هنالك مراحل تسبقه بعضها يرتب القانون عليها أثرا، وبعضها الأخر لا يرتب القانون عليها أثرا. [١] ويمكن لنا تصور الحالة السابقة برسم خط مستقيم بدايته تمثل البذرة الأولى لنشئه الحق ونهايته تمثل الحق ذاته الذي يتربع على المركز القانوني. فاذا أردنا وصف البداية، بمعنى أخر، النقطة التي يبتدئ بها المركز القانوني، نقول إن الحريات هي نقطة البداية. [٢] فحرية الشخص في أن يتعاقد أو ألا يتعاقد، وحرية الشخص في أن يوصي أو ألا يوصي. فالحرية هي مجرد فكرة لا يرتب القانون عليها أثرا، سواء كان الشخص عازم على تحقيقها أو غير عازم على تحقيقها. فهناك فرق بين الحرية والحق.

وأما المرحلة الوسط في خط سير أو مستقيم المركز القانوني. تتمثل في الخيارات، والتي أطلق البعض عليها اسم المكنات القانونية أو الرخص أو الحقوق المنشئة، [٣] وهذه يرتب القانون عليها اثأرا. على النقيض من الحريات التي لا يرتب عليها القانون أثرا.

ومن ثم إذا تتبعنا خط سير المستقيم الذي بدأ بالحريات التي لا يرتب القانون عليها أثرا، وبعد ذلك، الرخص أو الحقوق الترخيصية التي تقع في منتصف خط سير مستقيم المراكز القانونية، والتي يرتب عليها القانون أثرا، نصل الإن الى نهاية المستقيم. ويتثمل، بالحق القانوني، الذي وصفه البعض بأنه مصلحة يحميها القانون [٤]. لذلك، يعد الحق هو قمة المركز القانوني للشخص ويتقدم ويعلو على باقي المراحل السابقة عليه.

والجدير بالذكر، عند إمعان النظر في تعديل قانون الأحوال الشخصية (١٨٨) لسنه ١٩٥٩. لوجدنا أن المشرع العراقي في هذا التعديل لم يراع التسلسل الهرمي للمراكز القانونية. فقد وضع في المادة (١) الفقرة (٣) (أ) الخيار أولا بنصه "للعراقي المسلم والعراقية المسلمة عند أبرام عقد الزواج بينهما وتسجيله في محكمة الأحوال الشخصية اختيار أن تطبق عليهما وعلى أولادهما القاصرين أحكام المذهب الشيعي الجعفري." وبناء على ذلك، جعل المشرع الخيار مقدماً على غيره – الحق – من خلال وضعه في بداية النص.

ومن ثم جاء المشرع في الشق الثاني من المادة والفقرة نفسها لينص على الحق وذلك بنصه (وبالنسبة الى عقود الزواج التي أبرمت وسجلت قبل تاريخ نفاذ هذا القانون يحق لكل من طرفيها كاملي الأهلية تقديم طلب الى محكمة الأحوال الشخصية لتطبق عليهما وعلى أولادهما القاصرين الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية في المذهب الشيعي الجعفري). فالنص السابق أورد كلمة "يحق" في الشق الثاني من المادة والفقرة السابقة. وأورد كلمة "خيار" في الشق الأول من المادة والفقرة نفسها. وهذا يبين أن المشرع لم يراع التسلسل الهرمي للمراكز القانونية. إذ كان الأجدر به أن يقوم بوضع الشق الثاني بدلاً من الشق الأول. ثم بعد ذلك، يضع الشق الأول المتمثل بالخيار مكان الشق الثاني. لكنه وللأسف الشديد لم يراع هذا التسلسل الهرمي، فاستنادا لما تقدم سابقاَ لاحظنا وجود فوارق بين الحقوق والمكنات أو الخيارات ما كان على المشرع أن يقع في هذا الخلط وعدم الاهتمام بالتسلسل الهرمي للمراكز القانونية.

وعليه، نقترح أن يكون نص المادة السابق من التعديل على الشكل الاتي: "للعراقي المسلم والعراقية المسلمة عند أبرام عقد الزواج بينهما وتسجيله في محكمة الأحوال الشخصية الحق في أن تطبق عليهما وعلى أولادهما القاصرين أحكام المذهب الشيعي الجعفري في جميع مسائل الأحوال الشخصية. وليس لهما استبدال حقهما لاحقاً.

وفيما يتعلق بعقود الزواج التي أبرمت وسجلت قبل تاريخ نفاذ هذا القانون يكون لكل من طرفيها كاملي الأهلية خيار تقديم طلب الى محكمة الأحوال الشخصية لتطبق عليهما وعلى أولادهما القاصرين الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية في المذهب الشيعي الجعفري إذا كان العقد وقع على وفق هذا المذهب ويستدل على ذلك بتضمنه استحقاق المهر المؤجل عند المطالبة والميسرة."

المطلب الثاني: عدم تحديد وظيفة أو عمل الخيار

لم يحدد المشرع العراقي في تعديل قانون الأحوال الشخصية رقم (١) لسنة ٢٠٢٥ في المادة (١) الفقرة (٣-أ) طبيعة عمل أو وظيفة الخيار التشريعي الذي منحه لكل من العراقي المسلم والعراقية المسلمة في اختيار أن تطبق عليهما وعلى أولادهما القاصرين أحكام المذهب الشيعي الجعفري في جميع مسائل الأحوال الشخصية، وليس لهما تغير خيارهما لاحقاً.

والجدير بالإشارة، يعد الخيار استنادا الى المبادئ العامة في القانون بمثابة السلطة التقديرية للمتعاقدين أو الأطراف، فالخيارات عديدة ومتنوعة، ويمكن لنا جمعها على نوعين. الأولى، خيارات تعطي

للمتعاقدين الحق في نقض العقد أو تعديل أثاره. والثانية، خيارات تؤكد العقد أو الالتزام [٥]. فمن الخيارات التي تعطي للمتعاقدين الحق في نقض العقد أو تعديل أثاره، خيار دفع العربون. (المادة ٩٢ /٢ مدني عراقي). عندما يتفق المتعاقدين على أن العربون هو جزاء للعدول عن العقد كان لكل منهما حق العدول. وخيار الدائن في العدول عن طلب الفسخ الى التنفيذ العيني. [٦] وخيار الدائن في إجازة العقد الموقوف بسبب عيوب الإرادة أو نقضه (المادة ١٣٤ مدني عراقي) [٧].

وخيار المالك في إجازة من تصرف في ملك غيره بدون أذنه أو عدم إجازة هذا التصرف المادة ١٣٥ قانون مدني عراقي. [٨] وخيار الشرط في عقد البيع سواء كان للبائع أو للمشتري أو لهما معاً أو لأجنبي (المادة ٥٠٩ مدني عراقي) [٩] وخيار الرؤية لمن يشتري شيئا ولم يراه كان له الخيار حين يراه فأن شاء قبله وان شاء فسخ البيع (المادة ٥١٧ مدني عراقي) [١٠]. والخيار المتعلق في البيع بشرط التجربة الذي يعطي المشتري الحق أن يقبل المبيع أو يرفضه (المادة ٥٢٤ مدني عراقي) [١١]. والخيار المتعلق ببيع الشيء بشرط المذاق الذي يمنح المشتري الحق في أن يقبل البيع أنشاء أو يرفضه (المادة ٥٢٥ مدني عراقي) [١٢]. والخيار الممنوح لكل من المؤجر والمستأجر في عقد الإيجار الذي يجيز لاي منهما أنهاء عقد الإيجار قبل انتهاء مدته (المادة ٧٢٧ مدني عراقي) [١٣].

وخيار مجلس العقد في التعاقد بين حاضرين الذي يمنح المخاطب بالإيجاب خيار القبول الى أن ينقض مجلس العقد، فالقبول غير محتم إذ بالإمكان رفض الإيجاب ما دام مجلس العقد قائم لم ينقض.[١٤]

وخيار الموجب في الرجوع عن إيجابه الى أن يصدر القبول أو ينفض المجلس. فمجلس العقد يحدد إذا من جهة متى يجوز للموجب أن يرجع في إيجابه، ويحدد من جهة أخرى متى يجوز للمتعاقد الأخر أن يقبل. ومن ثم، انه إذا كان القبول غير محتم، فأن الإيجاب أيضا غير ملزم، فكل من صاحب الإيجاب وصاحب القبول يتمتعان بخيار الرجوع عن الإيجاب أو القبول. [١٥]

ومن الخيارات الأخرى التي تعمل أو تؤدي وظيفة نقض العقد أو تعديل أثاره، خيار الرجوع في الهبة، إذ يجوز للواهب الرجوع عن الهبة في الحالات التي حددها القانون المدني (المواد ٦٢٠-٦٢٤ مدني عراقي) [١٦]

ومن قبيل هذه الخيارات أيضا خيار الرجوع في العقود غير اللازمة كالوديعة والإعارة والوكالة. فقد لا يتضمن العقد، عند تكوينه، ما يسمح ويخول للطرفين أو لواحد منهما خيار نقضه أو تعديله. ولكنهم يتفقان على شيء من ذلك في تاريخ لاحق على أبرام العقد. والمثال على ذلك، كأن يتفق البائع والمشتري على اعتبار البيع الذي سبق لهما أن ابرموه كأن لم يكن له وجود. وفي هذه الحالة، يكون الحكم هو الإقالة (المادية ١٨١ مدني عراقي) [١٧].

وفي المقابل، هناك نوع أخر من الخيارات يؤدي ويعمل وظيفة مغايرة للنوع السابق أو المتقدم من الخيارات، فهو لا ينقض العقد ولا يعدل أثاره، بل يؤكد العقد أو الالتزام. [١٨] ومن هذا النوع من الخيارات،

خيار دفع العربون إذا كان يدل أو دليلا على أن العقد أصبح شيئا مؤكدا أو باتاً لا يمكن الرجوع أو العدول عنه ألا إذا تم الاتفاق على غير ذلك (المادة ١/١٩٢ مدني عراقي) [١٩]. ومن هذا القبيل أيضا، خيار تعيين المحل، وبموجبه يتم تعيين الشيء غير المعين بالذات ليكون شيئا معيناً بالذات، وبذلك، يصبح الشيء معينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة. [٢٠]

ومن الخيارات التي تؤكد الالتزام ولا تعمل على نقضه أو تعديل أثاره، الخيار في الالتزام التخييري، الذي يعطي الدائن الحق في التخيير بين محلين أو أكثر للالتزام الواحد، إذ يشمل محله أشياء متعددة تبرء ذمة المدين براءة كاملة إذا أدى واحد منها (المادة ٢٩٨ مدني عراقي) فبأعمال الخيار في الالتزام التخييري يتحول الالتزام من التزام موصوف الى التزام بسيط. [٢١]

وبناء على ما تقدم، لم يبين المشرع العراقي في التعديل رقم (١) لسنة ٢٠٢٥ عمل أو وظيفة الخيار التشريعي الذي منحه في المادة (١) فقرة (٣) (أ) فهل يؤدي الى تعديل اثأر عقود الزواج المبرمة سابقاً أم يؤدي الى انقضاء عقود الزواج المبرمة قبل نفاذه؟ وكذلك هل يؤدي وظيفة تأكيد عقود الزواج السابقة قبل نفاذه؟ هذه الأسئلة جميعها كان المفروض بواضعي التعديل أخذها بنظر الاعتبار، لان التعديل جاء بكلمة خيار دون إرفاقها بعمل هذا الخيار أو وظيفته. مما يجعل، التعديل ينطوي على نقص تشريعي كبير ما كان يهمل أو يسقط عن صياغة التعديل. فكما لاحظنا أعلاه، أن الخيار يؤدي ثلاث وظائف لا غيرها. أما أن يؤدي الى تعديل اثأر العقد، أو يؤدي نقض العقد، أو يؤدي الى تأكيد العقد. ولم نشاهد واحدة من هذه الوظائف قد بينها ووضحها المشرع في التعديل.

المطلب الثالث: الغموض الشديد في المادة أولا فقرة ثالثاً (ز) من التعديل

يتضمن التعديل غموضا شديدا في المادة (١) فقرة (٣ز) التي تنص على (تقوم محاكم الأحوال الشخصية بعد نفاذ هذا القانون ولحين إقرار (مدونة الأحكام الشرعية في مسائل الأحوال الشرعية) – وفي كل ما لم يرد به نص في تلك المدونة – بالنسبة للأشخاص المشمولين بأحكام الفقرتين (أ، ب) أعلاه عند إصدار قراراتها في قضايا الأحوال الشخصية وبالرجوع الى المجلس العلمي في ديوان الوقف الشيعي كخبير بالأحكام الشرعية واعتماد رأيه في ذلك...)

فالنص أعلاه يتضمن غموضا شديدا، إذ استخدم واو العطف بشكل مكرر دون أن يحدد ما يجب على المحاكم أن تقوم به وعند تشخيص الغموض نجده في كلمة (وبالرجوع) كان على المشرع ألا يستخدم واو العطف في هذه الكلمة. وبدلاً من ذلك يستخدم (بالرجوع) حتى يبين الواجب الملقى على المحاكم. وعلى النقيض جاء النص غامضا بشكل شديد لوجود(الواو). فالمعروف، أن الأحكام التي تتضمن (و) هي وقود لخلق الغموض، إذ أنها تعد أداة ربط وشاملة، مما يعني أنها تربط بين شيئين أو أكثر. ونظرا للغموض المتأصل في (و) على واضعي التعديل تجنب استخدامها وإذا استخدمت فيجب استخدامها بعناية فائقة لتحديد ما إذا كان الحكم يتطلب تفصيلا لتوضيح نية المشرع [٢٢].

المبحث الثاني: عدم دقة المعايير وغموضها

تضمن تعديل قانون الأحوال الشخصية رقم (١) لعام ٢٠٢٥ عدداً من المعايير. ولكن، جاءت بعضها على نحو غير دقيق. والبعض الأخر، اكتنفه الغموض. مما جعل التعديل يتضمن معايير غير دقيقة وغامضة. وعليه، سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين.

المطلب الأول: عدم دقة المعايير.

الطلب الثاني: غموض المعايير.

المطلب الأول: عدم دقة المعايير

لقد تضمن التعديل في (ح – إذا اختلفت الأطراف ذات العلاقة بقضية واحدة في اختيارهم تطبيق أحكام المذهب الشيعي الجعفري أو القانون رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ في أحوالهم الشخصية، تعتمد المحاكم في قضايا إيقاع الطلاق وتنفيذ الوصية وتقسيم الميراث اختيار المطلق والموصي والمورث، وفي غيرها ما يختاره اغلب الأطراف بشرط كونهم كاملي الأهلية شرعاً وقانوناً، –).

والجدير بالذكر، لقد تضمنت هذه الفقرة على معيارين. أولا، إذا حصل اختلاف بين الأطراف في حكم أو قضية معينة بشأن اختيارهم تطبيق أحكام المذهب الشيعي الجعفري أو القانون رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ في مسائل الأحوال الشخصية. فأن المحاكم ستعتمد في مسألة الطلاق على المطلق، وفي تنفيذ الوصية على الموصي، وفي تقسيم الميراث على المورث. ولذلك، يبدو أن التعديل قد وضع معياراً شخصياً وذاتياً يعتمد على المطلق في إيقاع الطلاق، ويعتمد على الموصي في تنفيذ الوصية، ويعتمد على المورث في تقسيم الإرث. والواقع، ما كان على المشرع أن يعتمد على معيار موصوف ذاتياً وشخصياً لتنظيم حكم مسألة في الأحوال الشخصية، لأنه غلب ورجح طرف معين على طرف أخر. والمفروض، أن يحقق المعيار العدالة والمساواة، وبالصياغة التي جاء بها المشرع لم تتحقق المساواة، إذ على طول الخط ستعتمد المحاكم على المطلق، وعلى الموصي، وعلى المورث. وان مسائل الأحوال الشخصية، تعد من أكثر المسائل حساسية، وان يكون المشرع عند تناوله لأحكامها محايداً جنسانيا، لا يعمل على تفضيل طرف على طرف أخر.

واللافت للانتباه، لم يكتف المشرع العراقي في هذا التعديل على تفضيل طرف على أخر، بل تعداه الى إيراد معيار أخر. وهو، معيار الأغلبية من قبل الأطراف في غير مسائل الطلاق، وتنفيذ الوصية، وتقسيم الإرث، وكل ما اشترطه المشرع أن يكونوا كاملي الأهلية شرعاً وقانوناً عند اختيار اغلب الأطراف لحكم مسألة معينة. وهنا، سؤال جدير بالطرح، هل معيار الأغلبية منضبط في جميع مسائل الأحوال الشخصية؟

أن الجواب على السؤال المتقدم يكون بالنفي قطعاً، إذ لا يمكن تحقيق الأغلبية في الاختيار من قبل الأطراف. والمثال على ذلك، في مسألة انعقاد عقد الزواج، لا يوجد أمامنا ألا طرفان المرأة والرجل. وفي مسألة النفقة، لا يوجد أمامنا ألا طرفان هما طالب النفقة والمطلوب النفقة منه، وفي مسألة الحضانة،

لا يوجد أيضا ألا طرفان هما طالب الحضانة والمطلوب استرداد الحضانة منه. إذ كيف لنا أن نتصور تحقق الأغلبية بين الأطراف وهما متناقضين من الأساس، إذ ربما تتحقق هذه الأغلبية في اختيار الأطراف في مسائل معينة. ولكن، لا يمكن أن تتحقق في مسألة انعقاد عقد الزواج، والنفقة، والحضانة. إذ أن مفهوم الأغلبية ينصرف الى شخصين أو أكثر. ومن ثم في حالة هذه الخصومة في الحالات المشار اليها أعلاه. من الصعب أن لم يكن من المستحيل تحقق الأغلبية.

وتأسيساً على ذلك، يبدو أن المشرع في التعديل محل الدراسة اعتمد على معيارين غير دقيقين. إذ اعتمد في الشق الأول من الفقرة(ح) على معيار ذاتي وشخصي لا يلبي المتطلبات الوظيفية للمعايير القانونية. واعتمد في الشق الأخر من الفقرة (ح) على معيار الأغلبية. وهو الأخر معيار غير منضبط بل يمكن وصفه بأنه معيار نسبي. والمعلوم أن المعيار يجب أن يتصف بالتطبيق الشامل الكلي لا النسبي.[٢٣]

المطلب الثاني: غموض المعايير

وقد نص التعديل في (ح-...ومع عدم تحقق الأغلبية تختار المحكمة ما هو الأقرب الى مبادئ العدل والأنصاف).

لقد تضمن التعديل معياراً جديداً أطلق عليه "ما هو الأقرب الى مبادئ العدل والأنصاف". والحقيقة، لم يستخدم مثل هكذا معيار أطلاقا في القوانين. فالمتعارف عليه هو معيار "العدالة والأنصاف". ولكن، الأقرب الى مبادئ العدل والأنصاف لم نسمع ولم نقرأ هكذا معيار. وبناءاً على الصياغة التي جاء بها التعديل، فأنه يشير الى أن المعيار الواجب تحقيقه في حالة عدم تحقق الأغلبية من قبل الأطراف هو ليس العدالة والأنصاف ذاتها وعينها، بل أقرب اليها، ومعنى ذلك هو عدم تحقيق العدالة كاملة بل ستتحقق عدالة جزئية وليست كاملة. والحقيقة، أن هذا المعيار غامض جداً ولا يصلح أن يكون معياراً لتطبيقه على المسائل الخاصة في الأحوال الشخصية التي تتسم بحساسية كبيرة بين أفراد أو أشخاص المجتمع، ما كان ينبغي على المشرع أن ينتهج هذه الصيغة التي لم نر لها سابقةً.

والجدير بالإشارة، لو سلطنا الضوء على معيار العدالة والأنصاف ذاته، الذي استخدمه المشرع في التعديل، لوجدنا استخدام المشرع لم يكن موفق، إذ أن هذا المعيار لابد أن يخضع الى قيود لغرض تحقيقه. وقد غفل المشرع وتناسا هذه القيود.

ولأجل إيضاح الرؤية أكثر فأن مستلزمات البحث العلمي، توجب علينا أن نسلط الضوء على معيار العدالة والأنصاف في القانون المقارن، لنرى كيف أن التشريعات والقوانين المقارنة استخدمت هذا المعيار؟ وعند مقارنتها مع استخدام المشرع العراقي لها في هذا التعديل، هل كان موفقاً أم غير موفق؟

لنتوجه أولا الى استخدام معيار العدالة والأنصاف في القانون الألماني (BGB) لوجدنا أن المحكمة الاتحادية العليا الألمانية (BGH) بشأن استخدام هذا المعيار كانت متحفظة وإذا استخدمته فأنها تضع مجموعة من القيود أو الشروط لغرض تحقيقه. ولم تطبق معيار العدالة والأنصاف بشكل مطلق دون قيود كما جاء في تعديل قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١) لسنة ٢٠٢٥. بمعنى أخر، أن المحكمة

العليا الألمانية تتحفظ دائما بصدد معيار العدالة والأنصاف، وإذا طبقته فأنها تطبقه على نحو ضيق من خلال وضع قيود شديدة عليه حتى تتحقق العدالة. (٢٤)

وفي القانون الفرنسي تتردد محكمة النقض الفرنسية في تطبيق معيار العدالة والأنصاف مالم تخضعه الى ضوابط وقيود معينة. ولغرض تحاشي هذا المعيار ذهب الفقه الفرنسي الى التأكيد على أن كل ما هو تعاقدي عادل (٢٥)

وأما في القانون الإنكليزي، هو الأخر لم يطبق معيار العدالة والأنصاف بشكل مطلق بل وضع مجموعة من القيود عليه لغرض تطبيقه بشكل سليم، ولغرض تحقيق العدالة بين الأطراف المخاصمة (٢٦). وبناءا على ذلك، أن موقف المشرع العراقي في تعديل قانون الأحوال الشخصية رقم (١) لعام ٢٠٢٥, لم يكن موفقاً في استخدام معيار العدالة والأنصاف. على النقيض، من الموقف في القانون المقارن، كما لاحظنا أعلاه اخضع هذا المعيار لضوابط وقيود، كان الأجدر بالمشرع العراقي الأخذ بها.

الخاتمة

وفي خاتمة البحث لا يسعنا ألا أن نسجل اهم النتائج والمقترحات التي توصلنا اليها من خلال البحث:

أولا: النتائج:

١. لم يراع المشرع العراقي في تعديل قانون الأحوال الشخصية رقم (١) لسنة ٢٠٢٥ التسلسل الهرمي للمراكز القانونية.

٢. كان على المشرع أن يقدم الحق على الخيار الممنوح للعراقي المسلم والعراقية المسلمة الذين بلغوا ثمانية عشر عاماً الحق في تطبيق أحكام المذهب الشيعي الجعفري على عقودهم.

٣. وجود غموض شديد في الفقرة (ز) من التعديل وذلك من خلال استخدام (و) العطف بكثرة، وكان المفروض أن ينص المشرع على كلمة (بالرجوع) بدلاً من استخدام (وبالرجوع) كون حرف (و) هنا لم يحدد طبيعة الواجب الملقاة على المحاكم عند حصول خلاف بين الزوجين.

٤. استخدم المشرع في الفقرة (ح) معايير شخصية بحته تعتمد على المطلق في مسائل الطلاق وعلى الموصي في مسائل الايصاء وعلى المورث في مسائل تقسيم الإرث. والحقيقة، أن هذا المعيار لا يعد معياراً موضوعياً يعتمد علية في اغلب الحالات، بل هو معيار شخصي يتحدد بالأشخاص الذين وصفهم التعديل.

٥. وفي غير الحالات التي حددها التعديل نص المشرع على تطبيق ما يتفق عليه غالبية الأطراف، هو الأخر معيار يكتنفه الغموض كون أن اغلبيه الأطراف تنصرف الى شخصين فأكثر. والحال هنا قد لا يطبق في جميع مسائل الأحوال الشخصية لاسيما في حالة الزواج والنفقة والحضانة، إذ لا تتحقق الأغلبية هنا.

٦. استخدم المشرع معياراً غير مألوف. وهو، ما هو أقرب الى قواعد العدالة والأنصاف، ولايوجد معيار بهذا الشكل، فالمعروف هو معيار العدالة والأنصاف، وليس أقرب الى العدالة والأنصاف.

٧. لم يستفد المشرع العراقي في هذا التعديل من تجارب القانون المقارن وخاصة، في المانيا، وفرنسا، وبريطانيا، إذ أن معيار العدالة والأنصاف لم يعد القضاء في هذه الدول يرحب به بشكل مطلق. بل يضع عليه قيود معينة لغرض تحقيق العدالة، وتستخدمه بشكل ضيق لا على نحو واسع كما جاء به التعديل.

٨. لم يحدد المشرع في هذا التعديل طبيعة عمل الخيار التشريعي الممنوح للزوجين لغرض تطبيق أحكام المذهب الشيعي الجعفري على عقودهم.

ثانياً: المقترحات

١. نقترح على المشرع مراعاة التسلسل الهرمي للمراكز القانونية بتقديمه الحق على الخيار.

٢. على المشرع تحديد طبيعة عمل الخيار التشريعي لا تركه بدون تحديد.

٣. ضرورة إزالة الغموض الشديد الذي تكتنفه الفقرة (ز) من التعديل.

٤. الابتعاد عن المعايير الشخصية والاعتماد على المعايير الموضوعية في الفقرة (ح) من التعديل.

٥. حذف العبارة الواردة في الفقرة (ح) " الى ما هو أقرب الى العدالة والأنصاف".

٦. وضع قيود على معيار العدالة والأنصاف لغرض تطبيق العدالة بشكل سليم.

الهوامش:

(١) د. رمضان ابوالسعود. الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني. القاعدة القانونية. الدار الجامعية للطباعة والنشر. ١٩٨٥. ص ٥٠ وما بعدها.

(٢) د. رمضان ابوالسعود. مصدر سابق ص ٥١. د. حمدي عبد الرحمن المراكز القانونية. دار النهضة. القاهرة. ١٩٨١.ص٣٠ وما بعدها.

(٣) د. عبد الحي حجازي. المدخل لدراسة العلوم القانونية. ج٢. الحق. مطبوعات جامعة الكويت. الكويت. ١٩٧٠. ص١١٧ وما بعدها.

(٤) د. حسن كيرا. المدخل الى القانون. منشأة المعارف. الإسكندرية. بلا سنة طبع. ص ٤٣٣-٤٣٤

(٥) للمزيد يراجع د. وليد خالد عطية. صياغة العقود بالعربية والإنكليزية. الجزء الأول. أصول صياغة العقود. ط١. منشورات الحلبي الحقوقية. لبنان بيروت. ٢٠٢٥. ص ٢٤٢

(٦) د. عبد الحي حجازي. مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ. القسم الأول. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية. السنة الأولى. يناير ١٩٥٩. العدد الأول. ص ١٣٩.

(٧) د. وليد خالد عطية. صياغة العقود بالعربية والإنكليزية. ج ١. مصدر سابق. ص ٢٤٢.

(٨) د. وليد خالد عطية. صياغة العقود بالعربية والإنكليزية. ج ١. مصدر سابق. ص ٢٤٣.

(٩) د. وليد خالد عطية. صياغة العقود بالعربية والإنكليزية. ج ١. مصدر سابق. ص ٢٤٣.

(١٠) د. وليد خالد عطية. صياغة العقود بالعربية والإنكليزية. ج ١. مصدر سابق. ص ٢٤٣.

(١١) د. وليد خالد عطية. صياغة العقود بالعربية والإنكليزية. ج ١. مصدر سابق. ص ٢٤٣.

(١٢) د. وليد خالد عطية. صياغة العقود بالعربية والإنكليزية. ج ١. مصدر سابق. ص ٢٤٣.

(١٣) د. وليد خالد عطية. صياغة العقود بالعربية والإنكليزية. ج ١. مصدر سابق. ص ٢٤٣.

(١٤) د. عبد الرزاق احمد السنهوري. مصادر الحق في الفقه الإسلامي. دراسة مقارنة بالفقه الغربي. ج١. ط٢. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. ١٩٩٨.ص١٤.

(١٥) د. عبد الرزاق احمد السنهوري. مصادر الحق في الفقه الإسلامي. دراسة مقارنة بالفقه الغربي. ج١. ط٢. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. ١٩٩٨.ص١٤.

(١٦) د. وليد خالد عطية. صياغة العقود بالعربية والإنكليزية. ج ١. مصدر سابق. ص ٢٤٣.

(١٧) د. وليد خالد عطية. صياغة العقود بالعربية والإنكليزية. ج ١. مصدر سابق. ص ٢٤٣.

(١٨) د. وليد خالد عطية. صياغة العقود بالعربية والإنكليزية. ج ١. مصدر سابق. ص ٢٤٣.

(١٩) د. وليد خالد عطية. صياغة العقود بالعربية والإنكليزية. ج ١. مصدر سابق. ص ٢٤٣.

(٢٠) د. وليد خالد عطية. صياغة العقود بالعربية والإنكليزية. ج ١. مصدر سابق. ص ٢٤٣.

(٢١) د. وليد خالد عطية. صياغة العقود بالعربية والإنكليزية. ج ١. مصدر سابق. ص ٢٤٣.

(٢٢) د. وليد خالد عطية. صياغة العقود بالعربية والإنكليزية. ج٢. توظيف صياغة العقود. ط١. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت.٢٠٢٥ ص ٧٨.

Tina 1. stark, drafting contracts. Second edition. Wolters Kluwer.2013 F 299

F. Reed Dickerson, The Fundamentals of Legal Drafting (2d ed., Little, Brown & Co. 1986.) F 77

(٢٣) للمزيد حول الوظيفة المطلوبة من المعايير القانونية. يراجع. د. وليد خالد عطية. التنفيذ على حساب المدين عن طريق أبرام صفقات بديلة. ط١. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت لبنان ٢٠١٧ د. وليد خالد عطية. صياغة العقود بالعربية والإنكليزية. ج٢. المصدر السابق. ص ١٠٥ وما بعدها.

(٢٤) للمزيد حول موقف القانون الألماني (BGB) من تطبيق معيار العدالة والأنصاف يراجع

Zimmermann Reinhard, The new German law of obligations: Historical and Comparative Perspectives, Oxford, Oxford University Press 2005. FF 180.

(25) A Fouillée, La science sociale contemporaine (2nd edn, Librairie Hachette: Paris, 1885) 410.

(٢٦) للمزيد حول تطبيق هذا المعيار في القانون الإنكليزي يراجع:

Beale, H.G. (general editor), Chitty on Contracts, 32nd ed., London, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2015, vol. I, General Principles.

Beatson, Jack, Andrew Burrows and John Cartwright, Anson's Law of Contract, 30th ed., Oxford, Oxford University Press, 2016.

Birks, Peter, Unjust Enrichment, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 2005.

Buckley, R.A., Salmond and Heuston on the Law of Torts, 19th ed., London, Sweet & Maxwell, 1987.

Burrows, Andrew, The Law of Restitution, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2011.

Cane, Peter, Atiyah's Accidents, Compensation and the Law, 8th ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

المصادر

أولا: بالعربية

١) د. حسن كيرا. المدخل الى القانون. منشئة المعارف. الإسكندرية. بلا سنة طبع.

٢) د. رمضان ابوالسعود. الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني. القاعدة القانونية. الدار الجامعية للطباعة والنشر. ١٩٨٥.

٣) د. رمضان ابوالسعود. مصدر سابق. د. حمدي عبد الرحمن المراكز القانونية. دار النهضة. القاهرة. ١٩٨١.

٤) د. عبد الحي حجازي. المدخل لدراسة العلوم القانونية. ج٢. الحق. مطبوعات جامعة الكويت. الكويت. ١٩٧٠.

٥) د. عبد الحي حجازي. مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ. القسم الأول. مجلة العلوم القانونية والاقتصادية. السنة الأولى. يناير ١٩٥٩. العدد الأول.

٦) د. عبد الرزاق احمد السنهوري. مصادر الحق في الفقه الإسلامي. دراسة مقارنة بالفقه الغربي. ج١. ط٢. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت.

٧) د. وليد خالد عطية. التنفيذ على حساب المدين عن طريق أبرام صفقات بديلة. ط١. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت لبنان ٢٠١٧ د. وليد خالد عطية صياغة العقود بالعربية والإنكليزية. ج٢. المصدر السابق.

٨) د. وليد خالد عطية. صياغة العقود بالعربية والإنكليزية. الجزء الأول. أصول صياغة العقود. ط١. منشورات الحلبي الحقوقية. لبنان بيروت. ٢٠٢٥

٩) د. وليد خالد عطية. صياغة العقود بالعربية والإنكليزية. ج٢. توظيف صياغة العقود. ط١. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت.٢٠٢٥

ثانياً: بالإنكليزية

1) A Fouillée, La science sociale contemporaine (2nd edn, Librairie Hachette: Paris, 1885) 410.
2) Beale, H.G. (general editor), Chitty on Contracts, 32nd ed., London, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2015, vol. I, General Principles.
3) Beatson, Jack, Andrew Burrows and John Cartwright, Anson's Law of Contract, 30th ed., Oxford, Oxford University Press, 2016.
4) Birks, Peter, Unjust Enrichment, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 2005.
5) Buckley, R.A., Salmond and Heuston on the Law of Torts, 19th ed., London, Sweet & Maxwell, 1987.
6) Burrows, Andrew, The Law of Restitution, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2011.
7) Cane, Peter, Atiyah's Accidents, Compensation and the Law, 8th ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
8) F. Reed Dickerson, The Fundamentals of Legal Drafting (2d ed, Little, Brown & Co. 1986.)
9) Tina 1. stark, drafting contracts. Second edition. Wolters Kluwer.2013
10) Zimmermann Reinhard, The new Germa law of obligations: Historical and Comparative Perspectives, Oxford, Oxford University Press 2005.