المرأة في التشريعات العراقيّة

(دراسة)

المرأة في التشريعات العراقيّة

(دراسة)

بيروت – لبنان 2014

جميع الحقوق محفوظة للمركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة، لبنان

ISBN 978-9953-0-2923-8

المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة بدارو ـ بيروت، لبنان ـ بناية خاتون ـ الطابق 1 - ص.ب. 116 - 2413 تلفون فاكس: 385040/1/2 1 961 الموقع الالكتروني: www.arabruleoflaw.org البريد الالكتروني: acrli@arabruleoflaw.org	جمعية الأمل العراقية بغداد – حي الوحدة – محلة 904 – زقاق 60 – دار 13 الهاتف: 07901919285 الموقع الالكتروني: www.iraq-alamal.org البريد الإلكتروني: baghdad@iraqi-alamal.org

إخلاء مسؤولية

الأفكار الواردة في هذا الكتاب تعبّر عن وجهة نظر كاتبها وهي لا تعكس، بأي شكل من الأشكال، وجهة نظر الجهات الداعمة للكتاب.

تقديم وشكر

يأتي هذا الكتاب في سياق مشروع «نحو إلغاء التمييز ضد المرأة في العراق»، وهو مشروع نفّذه المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة بالتعاون مع جمعية الأمل العراقية وبدعم من وزارة الخارجيّة البريطانيّة.

وقد هدف المشروع بشكل أساسي إلى تفعيل دور منظّمات المجتمع المدني المعنية بشؤون المرأة وتمكينها من تحدّي وإلغاء «التمييز بين الجنسين» في التشريعات العراقية. أما المخرجات الرئيسية للمشروع فتمثلت في تمكين هذه المنظمات من 1) المشاركة الفعالة للمطالبة بحقوق المرأة. 2) مواجهة الانتهاكات القانونية. 3) التأثير على صانعي السياسات المحليين وأصحاب القرار المعنيين بشؤون المرأة في العراق.

ان المعلومات التي يحتويها هذا الكتاب تشكّل مادة مهمة حول وضع المرأة في التشريعات العراقية، ومدى قربها وتوافقها مع التشريعات الدولية ذات الصلة، لاسيما اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو). وقد عرضت الدراسة التحفظات العراقية على اتفاقية (سيداو)، كما تضمنت جردة للقوانين العراقية – الجزائية والمدنية والأحوال الشخصية، وكذلك النصوص الدستورية، ووقفت على مدى قربها وبعدها من اتفاقية (سيداو). وخلصت الدراسة إلى مجموعة من التوصيات والاقتراحات لتحديث القوانين من أجل النهوض بوضع المرأة.

وقد جرى مناقشة الدراسة وإقرار التوصيات الواردة فيها خلال ورشة عمل وطنية، عقدت في الثاني من تشرين الثاني/نوفمبر 2013 في بغداد، شارك فيها عدد كبير من الناشطات العراقيات في مجال المجتمع المدني وحقوق المرأة، وشخصيات برلمانية وممثلين عن الوزارات والإدارات الرسمية، بالإضافة إلى مجموعة من القضاة والمحامين المتخصصين في قضايا المرأة، وأكاديميين وصحافيين وممثلات عن منظمات دولية تعني بشؤون المرأة.

يقدّر المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة تقديراً عالياً الجهود التي بذلها جميع الأطراف الذين ساهموا في وضع هذا الكتاب، واذ يسدي اليهم جميعاً جزيل الشكر والامتنان لعطاءاتهم الثرية وأدائهم المميّز، يخصّ بالشكر وزارة الخارجيّة البريطانيّة لتقديمها الدعم لمشروع «نحو إلغاء التمييز ضد المرأة»، والقاضي هادي عزيز لوضعه هذه الدراسة القيمة، وفريق عمل جمعيّة الأمل العراقيّة لتعاونها في تنفيذ هذا المشروع لاسيما السيدة هناء ادوار والسيد جمال الجواهري والسيد جورج دنخا نيقولا، بالإضافة الى فريق عمل المركز العربي لاسيما الدكتور وسيم حرب، الدكتور عبدالحسين شعبان، الأستاذة نلي ريحان والسيد روجه خوري.

المقدمة

«لا يولد المرء امرأة، بل يصبح كذلك».
سيمون دي بوفار

إنّ ميثاق الأمم المتحدة يهدف إلى تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعاً والتشجيع على ذلك بدون تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين أو العرق، ولا تفريق بين الرجال والنساء. وتأكيداً لما تقدم، فقد جاء في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948: «ولما كانت شعوب الأمم المتحدة قد أكدت في الميثاق من جديد إيمانها بحقوق الإنسان وبكرامة الفرد وقدره وبما للرجال والنساء من حقوق متساوية، وحزمت أمرها على أن تدفع بالرقي الاجتماعي قُدماً وأن ترفع مستوى الحياة في جوٍ من الحرية أفسح».

إن النيّات النبيلة للأمم المتحدة وحدها، لا تكفي للقضاء على التمييز ضد المرأة، بل يجب أن يصاحب ذلك جهد مثابر ومتواصل يشترك فيه الجميع من أجل تغيير الأنماط الاجتماعية والثقافية لسلوك الرجل والمرأة، المبنية على العادات والأعراف المؤسسة للتمييز ضد المرأة، بما في ذلك التدابير الواجب أن تتّخذها الدول المعنية لإلغاء القائم من التشريعات المشرعنة لذلك التمييز، بالاستعانة بشرعة حقوق الإنسان التي تضمّنتها الاتفاقيات والمواثيق الدولية.

في 20 كانون الأول (ديسمبر) 1952، عرضت الجمعية العامة للأمم المتحدة، اتفاقية بشأن الحقوق السياسية للمرأة، التي اعتبرت نافذة في 7 تموز (يوليو) 1954 هدفها (إعمال مبدأ تساوي الرجال والنساء في الحقوق الواردة في ميثاق الأمم المتحدة، واعترافاً منها بأن لكل شخص حق المشاركة في إدارة الشؤون العامة في بلده، سواء بصورة مباشرة أو بواسطة ممثلين يختارون بحرية، والحق في أن تتاح له

على قدم المساواة فرصة تلك المناصب في بلده، ورغبة منها في جعل الرجال والنساء يتساوون في التمتّع بالحقوق السياسية وممارستها طبقاً لميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان).

صدر العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، المعتمدان سنة (1966) والنافذان سنة (1976) المتضمنة أحكامهما لزوم تعهد الدول الأطراف فيهما باحترام الحقوق المعترف بها فيهما وكفالةَ تلك الحقوق للأفراد كافة الموجودين في إقاليمها والداخلين في ولاياتها، من دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو اللون أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي وغير السياسي أو القومية أو الأصل الاجتماعي وسواه من الأسباب الأُخرى.

وتعزيزاً للجهد الأممي بهذا الصدد، فقد اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها المرقم 180/34 في 18 كانون الأول (ديسمبر) 1979، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو)، النافذة بتاريخ 3 أيلول (سبتمبر) 1981، التي صادق عليها العراق بالقانون (66) لسنة 1986 المنشور في الجريدة الرسمية (الوقائع العراقية) العدد 3107 في 21 تموز (يوليو) 1986. والمفارقة هنا أن الوقائع العراقية لم تنشر نص الاتفاقية، بل اكتفت بنشر التصديق على قرار الأمم المتحدة المعتمد لها مع التحفظات، مما حال دون وصول النصوص إلى المعنيين والمواطنين. وحجب النصوص تلك كان له أهدافه وأغراضه في حينها، ولم يلحق النصوص النشر إلا ضمن المجموعة التشريعية لوزارة العدل الصادرة سنة 1992، أي بعد أكثر من خمس سنوات على التصديق.

إن الاقتناع الذي وصلت إليه الأمم المتحدة، هو أن التمييز ما زال يمارس ضد المرأة وبشكل واسع النطاق رغم المجموعة التشريعية الأممية الرصينة الصادرة بهذا الشأن، وإن ذلك التمييز يُعد انتهاكاً لمبادئ المساواة في الحقوق واحترام كرامة الإنسان، ويُعد عقبة أمام المشاركة السياسية والاجتماعية والثقافية والاقتصادية للمرأة وأسوة بالرجل، وإنها تؤمن بأن التنمية الكاملة والرفاه العام وقضية السلم لأي بلد تستوجب مشاركة المرأة والرجل وبشكل متساوٍ، وإن ذلك بعيد المنال ما لم يتم القضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة. واستناداً إلى ما تقدم فقد تم اعتماد هذه الاتفاقية.

جاءت الاتفاقية بمجموعة من الأحكام، الغرض منها القضاء على التمييز ضد المرأة، والحيلولة دون استبعادها أو تقييدها على أساس الجنس أو الاعتراف لها بالحقوق التي خصتها بها الشرعة الدولية وتضمن لزوم الإقرار بالمساواة في نصوص الدساتير ومشاركتها واتخاذ التدابير المطلوبة للتصدي لكل التشريعات التي تخالف أحكامها ولزوم المشاركة الفاعلة في الشأن العام، وأن تكون لها حقوق متساوية مع الرجل في نشاطي التربية والتعليم، وهي تكفل المساواة في العمل والضمان الاجتماعي، ولا تجيز التمييز ضدها في الجانب الصحي أو النشاطات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. وتؤكد الاتفاقية على وضع المرأة الريفية لما لها من مشاكل خاصة. وتناولت الاتفاقية كذلك الأهلية القانونية للمرأة ولزوم مساواتها مع الرجل، والمساواة ذاتها في الحقوق أثناء عقد الزواج أو عند انقضائه والأمور المتعلقة بالأطفال وسواها من المبادئ الأُخرى.

لما تقدم، سنقف، في هذه الدراسة، على التشريعات العراقية الخاصة بالمرأة وبيان مدى قربها أو بعدها عن هذه الاتفاقية، مستعينين ببعض الأحكام القضائية الصادرة عن محكمة التمييز الاتحادية، بغية إعطاء الصورة الواضحة لموضوع التمييز ضد المرأة تشريعاً وقضاءً، هذا وقد اعتمدنا فيها المنهج النقدي وأحياناً المنهج التحليلي، وقسّمناها حسب المواضيع ليتسنى للمتلقّي الإحاطة بهذا الموضوع بسهولة ويُسر حتى لو كان من غير المختصين بهذا الموضوع.

الموضوع الأول، هو مناقشة التحفظات العراقية على الاتفاقية، وهل ان العراق محق في تحفظاته أم إن تلك التحفظات يشوبها العيب.

الموضوع الثاني، هو قانون الأحوال الشخصية، وأهميته للمرأة باعتبارها طرفاً مهماً في أحكامه.

الموضوع الثالث، هو قانون العقوبات. ولكون بعضٍ من النصوص الواردة فيه تشكّل تمييزاً ضد المرأة فقد أفردنا له هذه المساحة.

الموضوع الرابع، ويتضمن القوانين العراقية الأُخرى المتعلقة بالمرأة، والوقوف على مدى قربها وبعدها من (سيداو).

الموضوع الخامس، المرأة في الدستور العراقي.

- أولاً -

التحفظات العراقية على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو)

صادق العراق على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) بالقانون المرقم (66) المنشور في الوقائع العراقية العدد (3107) في 21 تموز (يوليو) 1986. إلا أن للعراق أربعة تحفظات على الاتفاقية المذكورة، إذ أن المادة (28) من الاتفاقية خوّلت الأمين العام للأمم المتحدة تلقي نص التحفظات التي تبديها الدول وقت التصديق أو الانضمام ويقوم بتعميمها على جميع الدول.

والتحفظ، حسبما عرّفته الفقرة (6) من المادة الثالثة من قانون عقد المعاهدات رقم (111) لسنة 1979، هو: إعلان من جانب حكومة جمهورية العراق يصدر عند التوقيع على معاهدة أو التصديق عليها أو الانضمام إليها أو قبولها أو الاقرار بها، ويستهدف استبعاد أو تغيير الأثر القانوني لبعض أحكام المعاهدة في تطبيقها على جمهورية العراق ضمن الحدود المسموح بها في تلك المعاهدة. هذا مع العلم أن اتفاقية فيينا لعقد المعاهدات 1969 أجازت إبداء التحفظ على المعاهدة عند توقيعها أو التصديق عليها أو قبولها أو الموافقة عليها أو الانضمام إليها، باستثناء إذا كان التحفظ محظوراً في تلك المعاهدة، أو أن المعاهدة تجيز تحفظات معينة ليس من بينها ذلك.

والأمر الجدير بالاعتبار، هو ما جاء في الفقرة (2) من المادة (28) من اتفاقية (سيداو)، المتضمنة عدم جواز ابداء تحفظ يكون منافياً لموضوع هذه الاتفاقية وغرضها. وهذا الاستثناء يجب ان يكون محل اعتبار.

وتحفظات العراق الأربعة، نصّت عليها المادة الثانية من القانون رقم (66) لسنة

1986 المنشور في جريدة الوقائع العراقية والمشار إليه بالشكل الآتي: (أن التصديق والانضمام إلى هذه المعاهدة لا يجعلان جمهورية العراق ملزمة بحكم المادة الثانية من الاتفاقية بفقرتيها (و) و (ز) وكذلك المادة التاسعة بفقرتيها والمادة (16) منها على أن يكون التحفظ المتعلّق بهذه المادة دون الاخلال بما تكفله الشريعة الإسلامية من حقوق مقابلة لحقوق الزوج بما يحقق التوازن العادل بينهما، وكذلك التحفظ بشأن الفقرة (1) من المادة (29) من هذه الاتفاقية في ما يتعلق بمبدأ التحكيم الدولي حول تفسير أو تطبيق هذه الاتفاقية.

وسنحاول الوقوف على كل واحد من التحفظات الأربعة وبيان هل هناك مسوغ قانوني يوجب التحفظ على نصوص تلك الاتفاقية ومدى قرب أو بعد تلك التحفظات من الأحكام العامة لحقوق الإنسان التي أقرتها الاتفاقيات والمواثيق. أو أن للنص المتحفظ عليه نصاً قانونياً قيد التطبيق وساري المفعول، وعلى الوجه الآتي:

التحفظ الأول - الفقرة (و) من المادة (2) من الاتفاقية

المادة (2) من الاتفاقية تنص على: تشجب الدول الأطراف جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وتتفق على أن تنتهج، بكل الوسائل المناسبة ودون إبطاء، سياسة تستهدف القضاء على التمييز ضد المرأة. وتحقيقا لذلك، تتعهد القيام بما يلي:

و - اتخاذ جميع التدابير المناسبة، بما في ذلك التشريعية منها لتغيير أو إبطال القائم من القوانين والأنظمة والأعراف والممارسات التي تشكل تمييزاً ضد المرأة.

ز- إلغاء جميع الأحكام الجزائية الوطنية التي تشكل تمييزاً ضد المرأة.

لا نعرف لماذا تحفظ العراق على الفقرة(و) من المادة (2) من الاتفاقية في الوقت الذي قد صادق فيه على نص الفقرة (2) من المادة (2) من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية التي تنص على: تتعهد كلّ دولة طرف في هذا العهد، إذا كانت تدابيرها التشريعية أو غير التشريعية القائمة لا تكفل فعلاً أعمال حقوق الإنسان المعترف بها في هذا العهد، أن تتخذ، طبقا لإجراءاتها الدستورية ولأحكام هذا العهد، ما يكون ضرورياً لهذه الأعمال من تدابير تشريعية أو غير تشريعية.

فهذا النص المصادق عليه هو بالمضمون نفسه الوارد في الفقرة (و) المتحفظ

عليها، الهادف إلى تغيير التشريعات التي تشكل تمييزاً ضد المرأة ويمتدّ بنطاق سريانه على التدابير غير التشريعية، أي أنّه يمتدّ إلى الأعراف والعادات وأنماط السلوك الاجتماعية والثقافية الأُخرى.

فضلاً عمّا تقدم، إن هذا التحفظ أصبح لا قيمة له مع وجود نص المادة (14) من الدستور التي تنص على: «العراقيون متساوون أمام 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». والمادة (20) من الدستور ذاته التي نصت على: «للمواطنين رجالاً ونساءً، حق المشاركة في الشؤون العامة، والتمتع بالحقوق السياسية، بما فيها حق التصويت والانتخاب والترشيح». فضلاً عن أن المادة (16) منه نصت على: «تكافؤ الفرص حقّ مكفول لجميع العراقيين، وتكفل الدولة اتخاذ الإجراءات اللازمة لتحقيق ذلك».

إنّ التحفظ على الفقرة المذكورة يعني بقاء التشريعات التي تؤدي إلى التمييز ضد المرأة. والمعروف أن التمييز يؤدي إلى عدم المساواة، مما يؤدي إلى العنف الذي تصدت له المادة (29) الفقرة (رابعاً) منها التي جاءت بالنص الآتي: «تمنع كلّ أشكال العنف والتعسف في الأسرة والمدرسة والمجتمع».

وفي ضوء ذلك، المفروض أن القوانين والتشريعات كافة يجب أن تكون منسجمة والنصوص الدستورية تلك، ولا تصحّ مخالفتها لأحكام الدستور بوصفه الوثيقة التشريعية الأعلى في الوطن. وأي نص يتناقض مع الأحكام الدستورية تلك يفترض الطعن بعدم دستوريته أمام المحكمة الاتحادية العليا صاحبة الاختصاص في هذا الموضوع.

وأمام هذا الوضع التشريعي الوارد في نصوص الدستور، تلزم السلطة التشريعية بعدم سن قوانين لا تحقق المساواة موضوع الأحكام الدستورية تلك، كما أن عليها إلغاء القائم منها والمشرعن للتمييز بين العراقيين. وبذلك لا مسوّغ قانونياً للتمسك بالتحفظ على هذه الفقرة، ما دامت النصوص الدستورية قد أشاعت المساواة على الشكل المبسوط أعلاه.

الفقرة (ز) من المادة (2)

أما بشأن الفقرة (ز) من المادة (2) من اتفاقية (سيداو) التي توجب إلغاء جميع الأحكام الجزائية الوطنية التي تشكّل تمييزاً ضد المرأة، والمتحفظ عليها أيضاً، فإنّ تلك التشريعات التي تشكّل تمييزاً فعلاً ضد المرأة ما زالت نافذة، كحكم الفقرة (1) من المادة (41) من قانون العقوبات المرقم (111) لسنة 1969 المعدّل التي تعطي الحق للزوج في تأديب زوجته، أو المادة (377) من القانون ذاته المتضمنة معاقبة الزوجة الزانية ومن زنى بها، والمادة (380) من ذات القانون المتضمنة تحريض الزوج لزوجته على الزنى، وما يطلق عليها بجرائم الشرف المتمتعة بالعذر القانوني المخفّف، المواد من (128 – 131) من قانون العقوبات وسواها من التشريعات الأُخرى، فإنّها ما زالت نافذة رغم النصوص الدستورية الصارمة بشأن المساواة بين العراقيين، لا بل الأدهى من ذلك أن هذه التشريعات التي ترسّخ عدم المساواة محميّة بنص دستوري آمر، وهو حكم المادة (130) من الدستور التي تنص على: تبقى التشريعات النافذة معمولاً بها، ما لم تُلغَ أو تعدّل، وفقاً لأحكام هذا الدستور.

إن تلك النصوص القانونية المشرعِنَة للتمييز ضد المرأة تخالف الأحكام الواردة في العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الهادفة إلى إلغاء كلّ التشريعات الجزائية التي تشكّل تمييزاً ضد المرأة التي لم يتحفظ عليها العراق في ذلك العهد، فضلاً عن النصوص الدستورية المشار إليها عند التصدي للفقرة (و) أعلاه.

هذا هو الموقف القانوني بالنسبة إلى تحفظ العراق على الفقرتين (و) و (ز) من المادة (2) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وسوف نناقش في موقع آخر من هذه الدراسة، هذه النصوص، سواءٌ كانت تلك النصوص التي انصرفت إلى إلغاء التمييز ضد المرأة، أو تلك التي تتمسك بالتمييز ضدها مع رديفها المتمدد كثيراً من الموروث الثقافي.

التحفظ الثاني - الوارد على المادة (9) بفقرتَيْها

تنص المادة (9) من الاتفاقية على:

1 - تمنح الدول الأطراف المرأة حقوقاً مساوية لحقوق الرجل في اكتساب جنسيتها أو تغييرها أو الاحتفاظ بها. وتضمن بوجه خاص ألّا يترتب على الزواج من أجنبي، أو على تغيير الزوج لجنسيته أثناء الزواج، أن تتغير تلقائيّاً جنسية الزوجة، أو أن تصبح بلا جنسية، أو تفرض عليها جنسية الزوج.

2 - تمنح الدول الأطراف المرأة حقاً مساوياً لحق الرجل في ما يتعلق بجنسية أطفالها.

صدر قانون الجنسية رقم (26) لسنة 2006، إذ عدّ العراقي كلّ من حصل على الجنسية العراقية، المادة (2) من القانون، كما يحتفظ العراقي الذي يكتسب جنسية أجنبية بجنسيته العراقية، ما لم يعلن تحريريّاً عن تخليه عن الجنسية العراقية، المادة (10) أولاً من القانون، كما أن للعراقي الذي تخلّى عن جنسيته العراقية ان يستردّها إذا عاد إلى العراق بطريقة مشروعة وأقام فيه ما لا يقلّ عن سنة واحدة، المادة (10) ثالثاً، كما أن المرأة العراقية إذا تزوجت من غير العراقي واكتسبت جنسية زوجها فإنّها لا تفقد جنسيتها العراقية ما لم تعلن تحريريّاً تخليها عن الجنسية العراقية، المادة (12) من القانون.

كما أن للمرأة العراقية إذا تخلت عن جنسيتها العراقية، وفقاً للفقرة ثالثاً من المادة (10) أعلاه، الحق في أن تسترد جنسيتها العراقية: إذا منح زوجها غير العراقي الجنسية العراقية، أو إذا تزوجت من شخص يتمتع بالجنسية العراقية، وترجع إليها جنسيتها العراقية من تاريخ تقديم الطلب. كما أن لها حق استرداد جنسيتها العراقية، كذلك إذا توفي زوجها أو طلّقها أو فسخ عقد الزواج، إذ ترجع إليها جنسيتها العراقية من تاريخ تقديم الطلب على أن تكون موجودة في العراق عند تقديم الطلب، المادة (13) من القانون. ولكل عراقي أسقطت عنه الجنسية العراقية لأسباب سياسية أو عنصرية أو طائفية ان يستردها بتقديم طلب بذلك. وفي حالة وفاته يحق لأولاده الذين فقدوا الجنسية العراقية تبعاً لفقدان والدهم أو والدتهم أن يتقدموا بطلب لاسترداد

الجنسية العراقية، المادة (18) من القانون، ولا تشمل هذه المادة اليهود المشمولين بالقانون رقم (12) لسنة 1952.

مما تقدم من هذه النصوص، فإنّ المعايير المطلوبة في الفقرة (1) من المادة (2) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة متحققة في التشريع العراقي هذا.

هذا من جهة، أما من جهة أُخرى وقدر تعلق الأمر بالفقرة (ز) من المادة (2) من الاتفاقية التي توجب منح الدول الأطراف للمرأة حقاً مساوياً للرجل في ما يتعلق بجنسية أطفالهما، فإنّ العراق قد استجاب لهذا المطلب وبموجب نص دستوري وهو حكم الفقرة ثانياً من المادة (18) من دستور (2005) التي تنص على: «يعدّ عراقياً كلّ من وُلد لأب عراقي أو لأمّ عراقية»، واستجابة لهذا النص الدستوري الآمر فقد صدر القانون رقم (26) لسنة 2006 وجاء نص في الفقرة (أ) من المادة (3) منه: يعدّ عراقيّاً: أ – من ولد لأب عراقي أو لأم عراقية. وبذلك يكون المشرّع العراقي قد استكمل ما تطلبته المادة (2) من الاتفاقية من أحكام، وهنا انتهى التحفظ العراقي من حيث الواقع، واستكمالاً للجانب الاجرائي فقد أعلم العراق الأمين العام للأمم المتحدة رسميّاً إنهاء تحفظه على هذه المادة.

إلا أنّ ثمة أمراً جديراً بالاهتمام، ألّا وهو الموروث الثقافي المهيمن على الأجهزة الرسمية المسؤولة عن تطبيق هذا القانون، وعلو الهيمنة الذكوريّة لدى البعض منهم يحول دون التطبيق السليم لهذا القانون. إذ غالباً ما يضعون العراقيل أمام التطبيق السليم للقانون. لذا نرى لزاما على الأجهزة المسؤولة على التطبيق أن تمكن المنتسبين الموكل إليهم أمر التطبيق من الآليات المطلوبة للتطبيق وادخالهم في دورات تدريبية متخصصة بحقوق الإنسان وسواها.

وكمثال على ذلك، إنّ عراقية قدمت طلباً إلى الجهات المعنية في وزارة الداخلية تطلب فيه منح أولادها القاصرين الجنسية العراقية تبعاً لجنسيتها والمولودين من زوجها الفلسطيني وقد رُدّ طلبها، فتظلمت أمام ذات الجهة الرافضة للطلب، ورُدّ طلب التظلم، فرفعت دعوى أمام محكمة القضاء الاداري ضد المدعى عليه وزير الداخلية إضافة لوظيفته، فأصدرت المحكمة المذكورة حكماً يتضمن إلزام المدعى عليه إضافة

لوظيفته بمنح القاصرين المولودين لأمّهم العراقية الجنسية وفقاً لقانون الجنسية رقم (26) لسنة 2006 وتحميله الرسوم وأتعاب المحاماة. طعن المدعى عليه إضافة لوظيفته بالحكم المذكور تمييزاً أمام المحكمة الاتحادية العليا بوصفها جهة الطعن في هذه الأحكام. فأصدرت حكمها المرقم 31/اتحادية/ تمييز/2008 في 2008/7/30 وجاء في الحكم المذكور: أن المذكورين مولودون من أمّ عراقية وأب فلسطيني وحسب المستندات المرفقة بالدعوى. وحيث أن المولود من أب عراقي وأم عراقية يُعدّ عراقياً بحكم القانون وتمنح له الجنسية العراقية حكماً بصرف النظر عن جنسية الوالد الآخر أباً كان أو أمّاً، وتطبيقاً لحكم المادة (18) ثانياً من دستور جمهورية العراق لعام 2005 والمادة (1/3) من قانون الجنسية رقم (26) لسنة 2006 لذا يعدّ الأولاد: (س)، (ف)، و(ع)، أولاد (م. ح.) المولودون من أمّ عراقية هي: س غ ح قد ولدوا عراقيين بحكم القانون ومن حق والدتهم المدعية طلب منحهم الجنسية العراقية. وهذا ما استقر عليه قضاء المحكمة الاتحادية العليا. أما الاعتراضات التمييزية فلا سند لها في القانون. عليه قرر تصديق الحكم المميز. الحكم منشور في مجلة التشريع والقضاء – العدد الثالث –السنة الثالثة 2011، ص 250.

التحفظ الثالث - المادة (16) من اتفاقية (سيداو)

التحفظ الثالث – هو ما يخص المادة (16) من الاتفاقية، إذْ جاءت صيغة التحفظ الوارد في الفقرة ثانياً من المادة الثانية من القانون: والمادة (16) منها على أن يكون التحفظ المتعلق بهذه المادة دون الإخلال بما تكفله الشريعة الإسلامية من حقوق مقابلة لحقوق الزوج بما يحقق التوازن العادل بينهما.

وهذا يعني أن التحفظ شمل هذه المادة بفقراتها كافة. ولغرض الوقوف على التحفظ هذا، لا بد من إدراج المادة بجميع فقراتها للوقوف عليها واحدة بعد أُخرى.

المادة (16) من الاتفاقية

1 – تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية كافة، وبوجه، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة:

أ – الحق نفسه في عقد الزواج.

ب – الحق نفسه في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلّا برضاها الحرّ الكامل.

ج – الحقوق والمسؤوليات نفسها أثناء الزواج وعند فسخه.

د – الحقوق والمسؤوليات نفسها بوصفهما أبوين، بغض النظر عن حالتهما الزوجية، في الأمور المتعلقة بأطفالهما وفي جميع الأحوال، يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول.

هـ – الحقوق نفسها في أن تقرر، بحُريّة وادراك للنتائج، عدد أطفالها، والفاصل بين الطفل والذي يليه، وفي الحصول على المعلومات والتثقيف والوسائل الكفيلة بتمكينها من ممارسة هذه الحقوق.

و – الحقوق والمسؤوليات نفسها في ما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم، أو ما شابه ذلك من الأعراف، حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني، وفي جميع الأحوال يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول.

ز – الحقوق الشخصية نفسها للزوج والزوجة، بما في ذلك اختيار اسم الأسرة والمهنة ونوع العمل.

ح – الحقوق نفسها لكلا الزوجين في ما يتعلق بملكية وحيازة الممتلكات والاشراف عليها وادارتها والتمتع بها والتصرف فيها، سواء بلا مقابل أو مقابل عوض.

2 – لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أي أثر قانوني، وتتخذ جميع الإجراءات الضرورية، بما في ذلك التشريعية، لتحديد سن أدنى للزواج ولجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمراً إلزامياً.

وسوف نناقش الفقرات تلك وحسب الترتيب الوارد في المادة ذاتها:

1 - تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية كافة، وبوجه، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة:

أ - الحق نفسه في عقد الزواج

يُعرف عقد الزواج اصطلاحاً بأنّه: عقد يفيد حلّ العشرة الزوجية بين الرجل

والمرأة وتعاونهما، ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليهما من واجبات. (محمد ابو زهرة – الأحوال الشخصية – ص18).

وفي تعريفه، قانوناً، عقد الزواج بأنّه: عقد بين رجل وامرأة تحلّ له شرعاً، غايته الحياة المشتركة والنسل، المادة الثالثة من قانون الأحوال الشخصية، وعرّف في التعديل الوارد في قانون إقليم كردستان بأنّه: الزواج عقد تراضٍ بين رجل وامرأة يحلّ به كلّ منهما للآخر شرعاً غايته تكوين الأسرة على أسس المودة والرحمة والمسؤولية المشتركة طبقاً لأحكام هذا القانون.

ومن كلا التعريفين القانونيين يتبيّن أنّ للزوجين حقوقاً مشتركة، وتلك الحقوق لا تستوجب التحفظ، وان نصاً مماثلاً لهذا النص ساري المفعول حالياً المتضمن: (كفالة تساوي حقوق الزوجين وواجباتهما، الوارد في الفقرة رابعاً) من المادة (23) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي صادق عليه العراق بالقانون المرقم 193 لسنة 1970 المنشور في الوقائع العراقية بالعدد 1927 وتاريخ 7 تموز (يوليو) 1970، وهو جزء من التشريع العراقي النافذ إذ لم يُلغَ أو يُعدّل، فهذا النص في العهد الدولي لم يتم التحفظ عليه، فيكون التحفظ، والحالة هذه، لا قيمة قانونية له ما دام نصاً مماثلاً قيد التطبيق وساري المفعول.

ب - الحق نفسه في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج إلّا برضاها الحرّ الكامل.

لا نعرف لماذا وضع التحفظ على هذا النص، وقانون الأحوال الشخصية يعتبر عقد الزواج من العقود الرضائية، إذ ينعقد الزواج بإيجاب من أحد العاقدين وقبول من الآخر، المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية. كما أن الإكراه على الزواج يعتبر جريمة يعاقب عليها القانون إذ: لا يحق لأيٍّ من الأقارب أو الأغيار إكراه أيّ شخص، ذكراً كان أم أنثى، على الزواج دون رضاه، ويعتبر الزواج بالإكراه باطلاً، إذا لم يتم الدخول، كما لا يحق لأيٍّ من الأقارب أو الأغيار منع من كان أهلاً للزواج بموجب أحكام هذا القانون من الزواج، المادة التاسعة/1/من قانون الأحوال الشخصية، وقد نصت الفقرة (2) من هذه المادة على الإجراء العقابي الواجب اتخاذه على الفاعل المشار إليه في الفقرة أعلاه.

إضافة إلى ما تقدم فإنّ الفقرة (3) من المادة (23) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية جاءت بنص مماثل لنص (سيداو) هذا من دون التحفظ عليه، وهو نص قانوني عراقي لتصديق العراق عليه ومستوف أسبابه من إجراءات تشريعية. فضلاً عن ذلك فإنّ العراقيين متساوون أمام القانون كما تنص على ذلك المادة (14) من الدستور.

ج - الحقوق والمسؤوليات نفسها أثناء الزواج وعند فسخه

وهذا النص مماثل لنص الفقرة رابعاً من المادة (23) من العهد الدولي المشار إليه أعلاه الذي يساوي بين حقوق الزوجين خلال قيام الزوجية ولدى انحلال العقد.

د - الحقوق والمسؤوليات نفسها بوصفهما أبوين بغض النظر عن حالتهما الزوجية، في الأمور المتعلقة بأطفالهما، وفي جميع الأحوال، يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول

إنّ قانون الأحوال الشخصية قد وضع معياراً مهماً قدر تعلق الأمر بالأطفال، إذ اعتبر الحضانة تدور وجوداً وعدماً مع مصلحة المحضون، وأعطى الأحقية للأم في تربية وحضانة ولدها حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك. وللمحكمة ان تقرر أحقيّة الأم أو الأب في الحضانة في ضوء مصلحة المحضون. (المادة السابعة والخمسون من قانون الأحوال الشخصية).

وقد دأبت الأحكام القضائية على الحكم بأحقيّة الأم بالحضانة ما دامت متمتعة بشروطها، ففي حكم لمحكمة التمييز الاتحادية قضت فيه: ان الحضانة تبقى للأم وليس لأحد من أقاربه من النساء أو الرجال منازعتها بذلك طالما هي محتفظة بشروط الحضانة ولم يتضرر المحضون من بقائه معها- رقم الحكم 2614/شخصية اولى /2007 في 2007/9/23. وفي حكم آخر لها تضمن بقاء المحضون بحضانة والدته وان تزوجت بزوج آخر: إن ابن المدعية بأمسّ الحاجة إلى حضانة المدعية له، وان زوج المدعية الثاني قد تعهد في عقد الزواج رعاية أبنائها من زوجها الأول وأن الأم أحق برعاية الصغير حال قيام الزوجية وبعد الفرقة ما لم يتضرر المحضون من ذلك، رقم الحكم 832/شخصية أولى/2008 في 2008/3/12. (الحكمان منشوران في مجموعة - دريد داود سلمان - ج 1).

عليه فإذا كانت النصوص القانونية النافذة تتماهى مع أحكام هذه الفقرة موضوع البحث وتنصف المرأة بالشكل المبسوط في الحكمين أعلاه، فما هو المبرر للتحفظ إذن؟

هـ - الحقوق نفسها في أن تقرر، بحرية ولادراك النتائج، عدد أطفالها والفاصل بين الطفل والذي يليه، وفي الحصول على المعلومات والتثقيف والوسائل الكفيلة بتمكينها من ممارسة هذه الحقوق.

لا يوجد في المجموعة التشريعية العراقية، سواء كانت قانون الأحوال الشخصية أو قانون الأحوال المدنية أو قانون رعاية القاصرين أو قانون رعاية الأحداث وسواها من نصوص قانونية أُخرى تقاطع ونص الفقرة (هـ)من المادة (16) من اتفاقية (سيداو)، بل ان الأمر ترك لخيارات الزوجين واتفاقهما. أما تعليم الأطفال وتثقيفهم فهما مسؤولية مشتركة، وجدت أحكامها في ما استقر عليه القضاء العراقي، ولم يقدم العراق تبريراً لهذا التحفظ.

و - الحقوق والمسؤوليات نفسها في ما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال، وتبنيهم، أو ما شابه ذلك من الأعراف حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني، وفي جميع الأحوال يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول.

في القانون العراقي، تكون للولاية والقوامة والوصاية شروطها وأسبابها، وللقاضي المختص سلطة تقديرية في مَن يكون ولياً أو قيّماً أو وصيّاً على الصغير، ولا تحدد في شخص معين لأن شروط أي واحد منها هي التي تحدد المكلف بها شرعاً وقانوناً. فالشروط هي التي تعطي الأحقيّة لممارسة الأعمال المذكورة في هذه الفقرة. يضاف إلى ذلك وفي الاعتبار الأول مصلحة الصغير، وكلا المعيارين هما اللذان يمنحان القاضي المختص السلطة التقديرية للتكليف. إذ اجازت الفقرة ثالثاً من المادة (2) من قانون رعاية الأحداث رقم (76) لسنة 1983 المعدّل - انتزاع السلطة الأبوية إذا اقتضت مصلحة الصغير أو الحدث والمجتمع، خلافاً للأحكام الشرعية التي تحصر الولاية بالأب.

فضلاً عن ذلك، فإنّ القانون العراقي ينسجم مع أحكام هذه الفقرة من الاتفاقية عندما نص على: يعتبر وليّاً، الأب والأم أو أي شخص ضُمّ إليه صغير أو حدث أو عُهد إليه بتربية أحدهما بقرار من المحكمة- هذا النص هو حكم - الفقرة خامساً من المادة (3) من قانون رعاية الأحداث المشار إليه أعلاه. وبذلك، فالقانون العراقي جاء

بذات المبدأ الذي جاءت به الفقرة (و) من المادة (16) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة. وفعلاً يبدو غريباً هذا التحفظ مع وجود هذا النص الوطني. خاصة إذا أخذنا بنظر الاعتبار، الرديف الذي يقوم برعاية القاصرين الذي قد تتجاوز صلاحياته صلاحيات الولي والوصي والقيّم، ألّا وهي دائرة رعاية القاصرين، إذ نصت المادة (1) من قانون رعاية القاصرين رقم (78) لسنة 1980 المعدّل على: يهدف هذا القانون إلى رعاية الصغار ومَن هم في حكمهم والعناية بشؤونهم الاجتماعية والثقافية والمالية ليسهموا في بناء المجتمع.

ز - الحقوق الشخصية نفسها للزوج والزوجة، بما في ذلك الحق في اختيار اسم الأسرة أو المهنة ونوع العمل.

الزوج والزوجة حرّان في اختيار اسم أسرة كلّ واحد منهما، ولا تُلزَم الزوجة بإضافة لقب الزوج إلى اسمها أو مهنته أو عمله، وهذا ما مستقرّ عليه في التعامل، إضافة إلى ان الاسم حسب أحكام قانون الأحوال المدنية رقم (65) لسنة 1972 المعدّل نص عليه في الفقرة (16) من المادة الأولى بأنّه: اسم الشخص الذي يميّزه عن غيره المسجل في السجل المدني، كما نصت على ذلك المادة الثالثة عشرة من القانون على: يعتبر الاسم كاملاً إذا تضمن اسم الشخص واسم الأب واسم الجد الصحيح واللقب ان وجد، وهذه المادة هي الفصل في هذا الموضوع إذ أن اسم الزوجة مستقلٌّ تماماً عن اسم الزوج. وليس للأخير فرض لقبه على زوجته، ونرى ان الأحكام العامة الواردة بخصوص الاسم في هذا القانون منسجمة مع حكم الفقرة (ز) من الاتفاقية. إذ لا يوجد مبرر مقنع لوضع التحفظ هنا.

ح - الحقوق نفسها لكلا الزوجين في ما يتعلق بملكية وحيازة الممتلكات والاشراف عليها والتمتع بها والتصرف فيها سواء بلا مقابل أو مقابل عوض.

هذا النص نحن بحاجة إليه فعلاً، فهو ينظم ملكية وحيازة الممتلكات البيتية بين الزوج والزوجة، وغياب هذا النص في تشريعاتنا جعل دعاوى الأثاث الزوجي من أكثر الدعاوى تداولاً في محاكم الأحوال الشخصية، لعدم وجود نص ينظّم ذلك. فالملكية المستقلة لأحد الزوجين تتطلب جهداً ووقتاً كبيرين للاثبات. فبين أدلة الاثبات الكتابية والبيّنات الشخصية واليمين الحاسمة واليمين المتمّمة ضاعت العائلة في هذا اللج المتلاطم من الدعاوى.

ففي حكم لمحكمة التمييز الاتحادية قضت فيه: ان الحكم غير صحيح ومخالف لأحكام القانون وذلك لأن البيّنة الشخصية المقدمة من المميز عليها (المدعية) لم تثبت انها تملك الأثاث الزوجي المكوّن من التلفزيون والسبلت والستلايت ومنضدة التلفزيون المطالب بها. وحيث أن بيّنة الغصب لا تحصر فكان على المحكمة تكليف وكيل المميّز عليها إحضار بيّنة شخصية إضافية لإثبات أن موكلته تملك الأثاث المنوه عنه أعلاه بأحد أسباب الملكية المقررة قانوناً. وإن عجزت عن اثبات ذلك منحه حق توجيه اليمين الحاسمة إلى المميز وفق المادة (118) من قانون الاثبات.

هذا أنموذج واحد من فيض الدعاوى المعروضة والمحسومة لدى محاكم الأحوال الشخصية التي تدخل العائلة في تفاصيل الأثاث البيتي بدءاً من غرفة النوم ولا تنتهي بالصحون والملاعق. لذا فإنّ نصاً كنص الفقرة (ح) من الاتفاقية مطلوب بالفعل لتنظيم العائدية المشتركة للممتلكات، والمفترض ان تقوم الحكومة بأعمال هذه الفقرة بدلاً من التحفظ عليها.

2 - لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أي أثر قانوني، وتتخذ جميع الإجراءات الضرورية، بما في ذلك التشريعية منها، لتحديد سن أدنى للزواج، ولجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمراً إلزامياً.

انسجاما مع نص هذه الفقرة، فإنّ القانون العراقي لا يجيز زواج الأطفال، واشترط سنّاً معينة للزواج وهو حكم الفقرة (1) من المادة السابعة التي تنص على: «يشترط في تمام أهليّة الزواج العقل واكمال الثامنة عشرة، إلّا أنه إذا طلب مَن أكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج، فللقاضي ان يأذن به، إذا ثبت له أهليته وقابليته البدنية بعد موافقة وليّه الشرعي، فإن امتنع الولي طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحددها له، فإن لم يعترض أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار أذن القاضي بالزواج»، المادة (الثامنة) من قانون الأحوال الشخصية، ومعلوم ان إقليم كردستان قد رفع الحد الأدنى لسن الزواج لمن أكمل السادسة عشرة من العمر. القانون رقم (15) لسنة 2008.

اذن فالتشريع العراقي يلبي الأحكام الواردة في الفقرة (2) من المادة (16) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، فهو لا يقرّ زواج أو خطبة طفل، فضلاً عن وضعه سنّ الحد الأدنى للزواج.

أما بشأن لزوم تسجيل عقد الزواج في سجل رسمي، فالتشريع العراقي متطابق تماماً مع نص هذه الفقرة، وذلك من خلال أحكام الفصل الرابع من قانون الأحوال الشخصية، إذ نصت المادة العاشرة من القانون على: يُسجّل عقد الزواج في المحكمة المختصة – بدون رسم – في سجل خاص، وعلى وفق الشروط الواردة في الفقرات 1 و2 و3 من المادة ذاتها.

ولم يكتفِ القانون العراقي بذلك، بل زاد عمّا جاء في الفقرة (2) من الاتفاقية، وذلك باعتبار الزواج خارج المحكمة أي عقد الزواج غير المسجل، جريمة تكون عقوبتها الحبس مدة لا تقل عن الستة أشهر ولا تزيد على السنة أو بالغرامة. وهذا ما نصت عليه الفقرة (5) من المادة العاشرة من قانون الأحوال الشخصية.

مع هذا الوضع التشريعي العراقي المنسجم مع أحكام الفقرة (2) من المادة (16) من الاتفاقية، نتساءل هل من مبرر لوضع التحفظ على هذه الفقرة ؟

التحفظ الرابع - الفقرة (1) من المادة (29) من الاتفاقية

هو التحفظ بشأن الفقرة (1) من المادة (29) من الاتفاقية، أدناه نص الفقرة:

1 – يُعرض للتحكيم أي خلاف بين دولتين أو أكثر من الدول الأطراف حول تفسير أو تطبيق هذه الاتفاقية لا يسوّى عن طريق المفاوضات، وذلك بناء على طلب إحدى هذه الدول. فإذا لم تتمكن الأطراف خلال ستة أشهر من تاريخ طلب التحكيم من الوصول إلى اتفاق على تنظيم أمر التحكيم، جاز لأيٍّ من أولئك الأطراف احالة النزاع إلى محكمة العدل الدولية بطلب يقدم وفقاً للنظام الأساسي للمحكمة.

العراق من الأعضاء المؤسسين للأمم المتحدة، ومن أوائل الدول المصادقة على ميثاقها. ولما كان الميثاق المذكور قد أقرّ التحكيم كوسيلة من وسائل حسم المنازعات الواردة في حكم المادة الثالثة والثلاثين من الفصل السادس من الميثاق الذي أقر مبدأ التحكيم الذي كان محل قبول العراق حينئذ وما زال على ذلك القبول. وذهب العراق في العديد من منازعاته إلى التحكيم الدولي ومنها غرفة باريس للتحكيم، فلا يصح والحالة هذه قبول العراق التحكيم في شتّى أنشطة الدولة ويغلُّ يدَهُ عندما يتعلق الأمر بالمرأة ومن دون أي تسبيب.

- ثانياً -

قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 المعدّل

منذ خضوع العراق للفتح الإسلامي، ولنهاية العام 1959، كانت الأحكام الشرعية الاسلامية هي التي تحكم علاقات الناس بعضهم ببعض أو علاقتهم مع السلطات الحاكمة. واستمر الحال هكذا في العصور الاسلامية، حتى الخضوع للسلطة العثمانية التي تمسكت بالأحكام تلك وتحديداً المذهب الحنفي، إذ كانت تلك الأحكام المرجع للقضاة من أجل الفصل في المنازعات المعروضة عليهم. وكثيراً ما تضطرّهم الحاجة إلى الرجوع للمطولات من الكتب لتسهيل مهمتهم، إلّا أنّ المنجز الحضاري الاوروبي – ومنه التشريعي – جعل المعنيين في السلطنة العثمانية في حالة انبهار أمام ذلك المنجز. ومحاكاة لذلك الوضع، فقد سنّ القانون الأساسي العثماني (1876)، ويبدو ان الرجل المريض لا يملك القدرة على المطاولة إذ انهار أمام زحف الجيوش البريطانية التي احتلت بغداد 1917، التي بادرت إلى إجراءات تنظيمية عدّة، منها بيان المحاكم الذي كان محاولة لتنظيم العمل في المحاكم – دون التصدي للأحكام الشرعية – وبموجبه تمّ تنظيم العمل في المحاكم الشرعية للمسلمين، في حين نظمت المادة (11) منه الأحوال الشخصية للمسيحيين وجعلت ذلك من اختصاص محاكم البداءة، إذ أن المادة (11) المشار إليها أعلاه ما زالت سارية المفعول إلى يومنا هذا.

أنشئت الدولة العراقية الوليدة وأقيم دستورها الأول سنة (1925) الذي تضمن الباب الأول منه على حقوق الشعب، إلّا أنّه حَصَر حق الانتخاب بالرجل فقط، (المادة الثانية والأربعون). واستمراراً في اعتماد الشريعة الاسلامية في الأحوال الشخصية، وللتقاطعات الحادة للمذاهب الاسلامية في الرؤية والاجتهاد جاءت بأحكام مختلفة ومتناقضة عانت منها الأسرة زمناً طويلاً وكانت ضحيته في الدرجة الأولى – المرأة–. وبغية الوصول إلى تشريع منصف فقد شكّلت لجنة من أربعة اعضاء (1945) وضعت

مشروع قانون للأحوال الشخصية الذي احبط بإصرار، ولم تتمكن السلطة التشريعية – مجلس الأمة – آنذاك من تشريعه.

بعد انبثاق ثورة 14 تموز (يوليو) 1958، تبيّن أن ما يدور في خَلَد القائمين عليها وجوب صدور قانون للأحوال الشخصية ينصف المرأة ويكفل الاستقرار العائلي. واستجابة لهذا الهدف أُلّفت لجنة في وزارة العدل من الأشخاص المعهود لهم بالكفاءة والخبرة والاستقامة والإلمام الواسع بالفقه الإسلامي، وبالأمر (560) في 1959/2/7، التي انجزت المشروع مشتملاً على مسائل الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والنسب والحضانة والنفقة والوصية والإيصاء والمواريث. وقد شاء هذا الجهد النبيل أن يرى النور بالقانون رقم (188) لسنة 1959، الذي يعتبر من أفضل القوانين في محيطنا الإقليمي، إذ يطمح العراقيون إلى الارتقاء بهذا القانون نحو الأفضل. وسنأتي على أهمّ المبادئ التي جاء بها والوقوف على مدى قربها أو بعدها من اتفاقية (سيداو). ونحن إذ نفرد لهذا القانون حيّزاً خاصاً فمردّ ذلك إلى قرب هذا الموضوع من المرأة وتماهي نصوصه مع الاتفاقية المذكورة.

قانون الأحوال الشخصية

جاء قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 بمجموعة من المبادئ المهمة والجديدة لعلّ واحداً منها هو ترسيخ مبدأ حكم القانون، وذلك بالنص على سريان النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناول هذه النصوص في لفظها وفحواها، أي أنّه ما دام النص القانوني موجوداً، فلا يجوز الرجوع إلى الأحكام الفقهية الشرعية ومهما علا شأنها. ونحاول هنا الوقوف على المهم من تلك المبادئ ومدى قربها أو بعدها من اتفاقية (سيداو).

النصوص المنسجمة مع اتفاقية (سيداو)

(1) عقد الزواج عقد رضائي

ابتداءً، تمكن القانون من أن ينأى بنفسه عن تعريف عقد الزواج وفق التعريف المتفق عليه في المذاهب الاسلامية وهو: عقد استمتاع، وتضيف إلى هذا التعريف أوصافاً أُخرى كالفراش والوطء والدخول والنكاح، وبذلك هي تحشر الزواج في الفعل الجنسي،

ولم تستطع هذه المذاهب مهما علا شأنها أن ترتقي إلى مستوى الآية الكريمة: ﴿ومن آياته ان خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة﴾،(الآية 21 من سورة الروم). الأمر الذي دفع المشرّع العراقي إلى إيجاد تعريف ينسجم مع نبل العلاقة الزوجية عندما نصت المادة الثالثة من القانون على: عقد بين رجل وامرأة تحلّ له شرعاً، غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل. ومع أن هذا التعريف يؤشّر إلى الرابطة المشتركة ويحدد الهدف من الزواج بعيداً عن التعريف المذكور للفقهاء المسلمين، إلا أن المشرّع في إقليم كردستان ومع إقراره بالهدف الإنساني للزواج، فقد وضع تعريفاً أقرب أكثر لمبادئ الشرعة الدولية لحقوق الإنسان ومنسجماً مع أحكام الشريعة الاسلامية وبعيداً كل البعد عن التعريف الجنسي وبالنص الآتي: (الزواج عقد تراضٍ بين رجل وامرأة يحلّ به كلّ منهما للآخر شرعاً غايته تكوين أسرة على أسس المودة والرحمة والمسؤولية المشتركة طبقاً لأحكام هذا القانون). وبذلك فقد أزال التمييز ضد المرأة، إذ أبدل جملة (تحل له شرعاً) بجملة (يحل به كل منهما للآخر شرعاً) لكي يحقق النص المساواة بين الجنسين وفق ما تتطلبه المادة (2) (سيداو).

وبقراءة لتعريف عقد الزواج في القانون الاتحادي وقانون كردستان، نصل إلى نتيجة مفادها أن عقد الزواج عقد رضائي غايته الرابطة المشتركة وتكوين أسرة بما للأسرة من اهداف وغايات يتطلّبها المجتمع، ويتعزز ركن الرضا في عقد الزواج في حكم المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية التي تنص على: (ينعقد الزواج بإيجاب من أحد العاقدين وقبول من الآخر..)

مما تقدم، فإنّ عقد الزواج في القانون العراقي ينسجم مع حكم المادة (2) من اتفاقية (سيداو)، إذ أنّه عقد رضائي يحدد المساواة بين الجنسين ويمنع التمييز ضد المرأة.

الإكراه على الزواج

ألزمت النصوص القانونية الأقارب والأغيار بعدم إكراه أي شخص ذكراً كان أم أنثى على الزواج من دون رضاه، كما لا يحق للمذكورين منع مَن كان أهلاً للزواج،

الفقرة (1) من المادة التاسعة من القانون، واعتبرت فعل الإكراه جريمة ينال مرتكبها عقوبة الحبس مدة لا تزيد على الثلاث سنوات أو بالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا كان قريباً من الدرجة الأولى. أما إذا كان المخالف من غير هؤلاء، فتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنوات أو الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات، الفقرة (2) من المادة ذاتها.

إنّ هذه المادة تهدف إلى تعديل الأنماط الاجتماعية والثقافية للقضاء على الموروث الثقافي الهادف إلى وضع المرأة مستوى أدنى من الرجل، أو تكريس دونيتها تجسيداً للهيمنة الذكورية ومنظومتها الفكرية، المتمثلة بالتمييز على أساس الجنس، لذا تكون معه هذه المادة تعبيراً وتجسيداً لحكم المادتين (5) و(16) من الاتفاقية، التي تعطي نفس الحق في حرية اختيار الزوج وبالرضا الكامل.

هذا على صعيد التشريع، أما الواقع الفعلي فما زال يُكره الأشخاص على الزواج وفقاً لرغبات الأهل والأقارب، وخاصة الأب أو الأخ الأكبر، كما أنهم يمنعون المؤهل للزواج بالزواج حسب اختياره ورغبته. يبدو هنا الموروث الثقافي قائما بالفعل ويأتي بنتائجه خلافاً لخيارات الأشخاص والقائم من التشريعات الوطنية والدولية.

تسجيل عقد الزواج

اشترط القانون تسجيل عقد الزواج لدى محاكم الأحوال الشخصية، لا بصفته إجراء تنظيمياً فحسب بل لأنّه إجراء لازم يشكّل جزءاً من البناء المؤسسي للدولة من جهة، ويحد من الأنماط الاجتماعية والثقافية التي تعطي السلطة لرجل الدين ليمارس نشاطه في عقود الزواج. وبذلك اعتبر القانون الزواج خارج المحكمة، أي عقد رجل الدين جريمة يعاقب عليها القانون، الفصل الرابع من الباب الأول من القانون، المادة العاشرة.

الطلاق

ما يحسب لمصلحة هذا القانون هو تمكّنه من قراءة القواعد الفقهية الشرعية وخارطة توزيعها بين المذاهب المختلفة، وتمكّن بحسّ المشرّع المتمكن المالك أدوات صياغتها ان يوظّف تلك القواعد في قاعدة قانونية تكون محل قبول. واحدة من تلك

القواعد هو الطلاق، فالمعروف ان للطلاق، وفق المذاهب، صيغاً شرعية شتى تأتي بآثار شرعية مختلفة من حيث الصحة والبينونة سواء كانت صغرى أم بينونة كبرى. إذ اعتبر النص أن الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو اشارةً لا يقع إلا طلقة واحدة، وبهذا النص أوقفت الأحكام الفقهية الشرعية للمذاهب، واعتبر النص القانوني هو المرجع لذلك. وأضاف إقليم كردستان تشذيباً لنص المادة الرابعة والثلاثين عندما اعتبر الطلاق رفع قيد الزواج بصيغة صريحة دون التحدد بصيغة محددة، القانون رقم (15) لسنة 2008.

وبهذا وضع النص العراقي المواطن في خانة المواطنة، بدلاً من هويته الجزئية الطائفية من أجل المساواة أمام القانون من دون تمييز بسبب المذهب، وهو تدبير تشريعي ينسجم وحكم المادة (3) من الاتفاقية.

التعويض عن الطلاق التعسفي

يعتبر الزوج الطلاق حقاً منحه إيّاه المشرّع يستعمله متى شاء، لكون القاعدة الشرعية تقول: (الجواز الشرعي ينافي الضمان).

إلا أن القانون رقم (51) لسنة 1985 المعدّل لقانون الأحوال الشخصية قد نص على: (إذا طلّق الزوج زوجته وتبيّن للمحكمة أن الزوج متعسف في طلاقها وأن الزوجة اصابها ضرر من جراء ذلك، تحكم المحكمة بطلب منها على مطلقها بتعويض مناسب). وبهذا استقرت الأحكام القضائية على هذا المبدأ منذ زمن ليس بالقريب، ففي حكم لمحكمة التمييز الاتحادية قضى: (للزوجة المطلقة تعسفاً أن تطلب من محكمة الأحوال الشخصية الحكم لها بالتعويض عن طلاقها الواقع تعسفاً دون ان يقيدها ذلك لزوم تقديم الطلب ضمن دعوى الطلاق أو باقامة دعوى مستقلة به – رقم القرار – 3269/موسعة اولى/1986 في 1987/2/28 – مجموعة المحامي فوزي كاظم المياحي، ص 141.

وهذا المبدأ، وما صاحبه من أحكام قضائية يعتبر منسجماً مع الأحكام العامة الواردة في اتفاقية (سيداو) وعلى وجه الخصوص الديباجة منها.

التفريق

أفرد القانون مساحة واسعة لطلب التفريق لكلا الزوجين المواد (40 - 46)، وتتساوى هنا حرية الزوجين في طلب التفريق لواحد من الأسباب المنصوص عليها، كالضرر الذي يسببه أحد الزوجين بالآخر، أو ارتكاب الزوج الآخر الخيانة الزوجية، أو إذا عقد الزواج قبل اكمال أحد الزوجين الثامنة عشرة من العمر، أو إذا تمّ الزواج بالإكراه خارج المحكمة، أو إذا تزوج الزوج بثانية دون إذن المحكمة أو استمرار الخلاف المستحكم بين الزوجين للحد الذي لا يمكن معه استمرار الحياة الزوجية، أو إذا حكم على الزوج بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر، أو إذا لم يطلب الزوج زوجته للزفاف خلال سنتين من تاريخ عقد الزواج، أو إذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين فأكثر من دون عذر مشروع، أو إذا كان الزوج عِنينا أو مبتلى بمرض لا يستطيع معه القيام بواجباته الزوجية وسواها من الأسباب الأُخرى.

هذه النصوص تنسجم وحكم الفقرة (1/ج) من المادة (16) من اتفاقية (سيداو)، وهناك تطبيقات قضائية عديدة بشأن طلبات التفريق المقدمة للمحاكم، ففي حكم لمحكمة التمييز الاتحادية قضى: ان المقتضى على المحكمة بعد ان ثبت لها استمرار الخلاف بين المتداعيين وان هذا الخلاف قد استحكم بحيث يتعذّر معه استمرار الحياة الزوجية وتعذّر على الحكمين إصلاح ذات البين بين الزوجين، وعجزت المحكمة عن ذلك أن تسأل الزوج عمّا إذا يطلق زوجته أم لا. فإذا امتنع عن التطليق تفرّق بينهما بحكم الفقرة (1/4) من المادة (41) من قانون الأحوال الشخصية (القرار المرقّم 3133/ شخصية اولى/2009 في 2009/7/12 - مجموعة القاضي رزاق جبار علوان ج1، ص226).

ولكن الأحكام القضائية لم تكن مع الزوجة في أحيان أُخرى، إذ أنّها كثيراً ما ترد طلبات التفريق مع العنف الذي يمارس على الزوجة، ففي حكم لإحدى محاكم الأحوال الشخصية قضت بالتفريق بين الزوجين لتعمد الزوج ضرب زوجته. وقد طعن الزوج بالحكم المذكور لدى محكمة التمييز الاتحادية التي نقضت الحكم في حكمها الآتي: (كان على المحكمة سؤال المدعية عن ماهية الضرر اللاحق بها من قبل زوجها المدعى عليه وهل ان الضرب كان مبرحاً من عدمه بحيث يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية

واقتصار صيغة اليمين على الضرر أي الضرب المبرح فقط دون ذكر عدم الاتفاق في صيغة اليمين) رقم القرار 4257/شخصية اولى 2010 في 2010/19/19 – المصدر السابق ص 298.

الحضانة

الأحكام العامة لقانون الأحوال الشخصية، وما استقر عليه القضاء العراقي هو أن الحضانة تدور وجوداً وعدماً مع مصلحة المحضون. وللأم الأحقيّة في حضانة أطفالها حال قيام الزوجية وبعد الفرقة، متى ما كانت حائزة على شروطها، وتبقيها لها وان مات أبو الصغير وتزوجت بأجنبي، بشرط تعهّد زوج الأم، حال قيام عقد الزواج، رعاية الصغير وعدم الإضرار به. أما لو أضرّ به كان ذلك سبباً للأم لطلب التفريق. وشروط الحضانة ان تكون الحاضنة، بالغة، عاقلة، أمينة، قادرة على تربية المحضون وصيانته، الفقرة (2) من المادة السابعة والخمسين من قانون الأحوال الشخصية.

وهذا النص يتماهى مع حكم الفقرة(د) من المادة (16) من الاتفاقية ويحقق الأهداف الواردة فيها.

ميراث البنت

تنص الفقرة(2) من المادة الحادية والتسعين على: تستحق البنت أو البنات، في حالة عدم وجود ابن للمتوفى ما تبقى من التركة، بعد أخذ الأبوين والزوج الآخر فروضهم منها. وتستحق جميع التركة في حالة عدم وجود أيٍّ منهم. ورد هذا النص في قانون تعديل قانون الأحوال الشخصية المرقم(34) لسنة 1983.

كان النص قبل التعديل هو أن يشارك بنت المتوفى أعمامها وعماتها أي أخوة المتوفى في الميراث، وذلك حسب الأحكام الشرعية لدى المذاهب الأربعة، عدا المذهب الجعفري الذي ساوى بينها وأخيها في حجب الأعمام من الميراث وبه أخذ المشرّع العراقي. وهذا النص ساوى بين الأبن والبنت في الحجب وهذه المساواة تقرّب النص من الأحكام العامة لاتفاقية (سيداو).

الوصية الواجبة

إنّ الأحكام العامة لدى المذاهب الاسلامية (الأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة والجعفرية) تحرم أبناء وبنات الشخص الذي يتوفى قبل وفاة أمه أو أبيه. إلّا أن المشرّع وبالاعتماد على مذهب مندثر (ابن حزم الظاهري) أصدر القانون رقم (72) لسنة 1979 معدلاً أحكام قانون الأحوال الشخصية الذي جاء نصا: (إذا مات الولد ذكراً كان أم أنثى قبل وفاة أبيه أو أمه، فإنه يعتبر بحكم الحي عند وفاة أي منهما، وينتقل استحقاقه من الإرث إلى أولاده ذكوراً وإناثاً حسب الأحكام الشرعية، باعتباره وصية واجبة). وفي هذا النص عدالة استحقها الأحفاد ذكوراً كانوا أم إناثاً.

عندما كان الميراث للذكر مثل حظ الأنثى

عندما صدر قانون الأحوال الشخصية رقم (188) في اليوم التاسع عشر من شهر كانون الأول (ديسمبر) 1959 نصّت المادة الرابعة والسبعون منه على: تسري الأحكام في المواد 1187 - 1199 من القانون المدني في تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في التركة. ومن المعلوم ان نص المادة 1194 من القانون المدني كان ولا يزال الآتي:

1 - يراعى دائماً حق الانتقال، ان يكون للذكر مثل حظ الأنثى، أياً كانت الدرجة التي انتقل إليها هذا الحق.

وبذلك فقد دأبت المحاكم منذ صدور القانون تصدر حجج القسامات الشرعية باعطاء الذكر مثل حظ الأنثى في الميراث. حتى إلغاء هذا النص بعد الانقلاب العسكري في 8 شباط (فبراير) 1963 بالقانون رقم (11) لسنة 1963، الذي أعاد الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين.

السكن بعد الطلاق والتفريق

تتشرد الزوجة عادة بعد الطلاق أو التفريق هي وأطفالها، وتكون محظوظة لو وجدت مستقراً لها في دار أهلها، ولا تسعفها الأحكام الفقهية الشرعية في انتشالها من الحالة تلك، إلّا أنّ المشرّع وفي الأسباب الموجبة لصدور قانون حق المطلقة في السكنى المرقم (77) لسنة 1983 المعدّل قد بيّن: (أن الزوجات يبقين بلا مأوى بعد طلاقهن أو تفريقهن، لذلك فإنّ العدالة تقضي بأن تمنح الزوجة التي يصدر حكم بطلاقها أو

تفريقها حق البقاء في الدار أو الشقة التي تسكنها مع زوجها، مدة تكفيها لتهيئة مسكن يأويها)، لأن الزوج أقدر على تهيئة مسكن له، وقد وجد ان مدة ثلاث سنوات كافية لها، وأجيز لها ان تسكن معها أحد محارمها بشرط ان لا يكون بين من يعيلهم الزوج. وقد وضعت النصوص أحكاما تحول دون تلاعب الزوج بملكية العقار، أو أن يقوم بتصرف ينقص من استيفاء المطلقة المنفعة كاملة.

والأمر ذاته بالنسبة للدار إذا كانت مستأجرة، فإنّ عقد الإيجار ينتقل إلى المطلقة.

هذه النصوص وسواها، تحفظ للمطلقة كرامتها وتحول دون تشردها، وتستطيع ان تلتقط أنفاسها حتى تتمكن من أن تجد مستقراً لها بعدئذ، وذلك ينسجم مع الأحكام العامة لاتفاقية (سيداو).

الخلع

التفريق الاختياري

الخلع هو: ازالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو ما في معناه. وينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي. ويشترط لصحة الخلع ان يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق، وهذا يعني ان لا مخالعة ما لم يوافق الزوج.

أما في كردستان فقد أُلغي شرط موافقة الزوج على الخلع، وهذا ما جاء به التعديل هناك وبالصيغة الآتية: الخلع ازالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو ما في معناه مقابل عوض لا يزيد عمّا قبضته من المهر المسمّى، ولا يُشترط رضى الزوج في الخلع، إذا تبيّن للقاضي عن طريق التحكيم ان الزوجة لا تطيق العيش معه.

وقد كان لنا شرف المساهمة في وضع هذه المادة بدراسة قُدمت إلى القائمين على مشروع التعديل، في حينه وبالاستناد إلى أحكام الشريعة الاسلامية والقانون المناظر في مصر.أي اعطاء الزوجة حق خلع الزوج إذا كانت لا تطيق العيش معه مقابل البذل. وفي هذا الصدد يقول ابن رشد في بداية المجتهد ما معناه: إذا كان الطلاق بيد الرجل فالخلع بيد المرأة.

إضافة إلى ان التعديل هناك قد اعطى المرأة حق اشتراط تفويضها بالتطليق في عقد الزواج.

وهنا أمكن التوصل إلى مساواة الزوجين في هذه الثيمة من الزواج تيمنا بمبدأ المساواة الوارد في اتفاقية (سيداو).

الإقرار بالنسب لمجهول النسب

يجب التفريق بين التبني والإقرار بالنسب لمجهول النسب، إذ أن التبني، وكما هو معروف، قد حسم بنص قرآني: ﴿ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله...﴾ الأحزاب/5. واتباعاً لهذا النص فقد ألغى الرسول الكريم تبنيه لزيد بن حارثة كونه معلوم النسب. وتأكيداً على أن الأبن بالتبني لا يكون أبناً لمن تبناه، فقد تزوج النبي الكريم من مطلقة زيد ليؤكد حرمة التبني. أما الإقرار بالنسب لمجهول النسب فقد أجازته أحكام الفقه الإسلامي وفي العديد من المذاهب. ووفق هذه الرؤيا فإنّ المقرّ له بالنسب يصبح حكمه حكم الأبن الصلبي، وهذا ما استقرت عليه الأحكام القانونية في قانون الأحوال الشخصية، إذ جاء نص المادة الثانية والخمسين/ 1: (الاقرار بالبنوة – ولو في مرض الموت – لمجهول النسب يثبت به نسب المقر له إذا كان يولد مثله لمثله).

وهذا النص يحمل الكثير من المبادئ الإنسانية النبيلة، ويحقق العدالة، وينسجم مع الأحكام العامة لحقوق الإنسان الواردة في المواثيق الدولية.

وفاة أحد الزوجين من دون عقب وارث

عندما يتوفى أحد الزوجين ولم يترك من الورثة سوى زوجه الآخر، أي بدون عقب وارث، فإنّ الأحكام الشرعية كانت تعطي الزوج الآخر الفرض الذي يستحقه والباقي يذهب إلى مجلس المحافظة باعتباره بيت المال، وقد وجد ان الكثير من الزوجات كبيرات السن بعد وفاة أزواجهن تزاحمهن الحكومة على دار السكن الوحيدة وتطالبهن بدعاوى عن أجر مثل حصة المحافظة، وتتركهن في معاناة مريرة وهن في خريف العمر، وربما من دون مصدر للرزق.

وأمام هذا الوضع أصدر مجلس قيادة الثورة في حينه القرار (1170) لسنة 1977الذي مكّن الزوج الآخر من نقل ملكية دار السكن باسمه إذا كانت تلك الدار هي الوحيدة التي خلّفها المتوفى، ومن دون مزاحمة بيت المال لها. وهذا القرار يحسب على قانون الأحوال الشخصية لأنه متعلق بالإرث، وفيه من العدالة الكثير.

(2) النصوص المشرعنة لعدم المساواة

الزواج بأكثر من واحدة

اعتبر القانون الزواج بأكثر من واحدة جريمة يعاقب عليها القانون ما لم يأذن القاضي المختص بذلك. وللقاضي ان يأذن بالزواج من ثانية عند تحقق الشروط المطلوبة وهي: المصلحة المشروعة، والكفاءة المالية، وتلمس العدل بين الزوجات، الفقرات (3، 4، 5) من المادة الثالثة من القانون، وإن إعطاء الأذن بالزواج من زوجة ثانية مسألة تقديرية خاضعة لسلطة القاضي. ويرى محمد عبده في الذين لا يحققون العدل بين الزوجات، وما ينشأ عن ذلك من غيرة بين الزوجات وآثارها السلبية على الأولاد الذين يضمرون الحقد لأخواتهم من الزوجات الأُخرى لدرجة العداوة، أن يؤدي هذا الحال إلى طلاق احداهن وتشردها وأطفالها، لذلك فهو يرى ان الآية الكريمة: ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع﴾ مقيدة بحكم الآية: ﴿فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة﴾ (كتاب محمد عبده تأليف محمد رشيد رضا - القاهرة - الهيئة المصرية العامة للكتاب ج 2 طبعة 12 ص118).

يلاحظ ان الفقه الإسلامي لم يتناول الآية الكريمة: ﴿ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء ولو حرصتم﴾ الآية (129) من سورة النساء، بشيء من الشرح والتمحيص، إذ أن الآية الكريمة تنفي وجود العدل بين الزوجات مع وجود الحرص، وعدم العدل يعني الظلم، والظلم يؤدي إلى الضرر والتمييز، والضرر محرم شرعاً إذ أن الحديث النبوي يقول (لا ضرر ولا ضرار).

في إقليم كردستان وضمن التعديلات التي أجريت على قانون الأحوال الشخصية فقد تم تغليظ الشروط التي تأذن بالزواج بزوجة ثانية، كموافقة الزوجة الأولى على زواج زوجها أمام المحكمة وسواها من الشروط الأُخرى الواردة في الفقرة ثانياً من المادة الثالثة من القانون.

إلا أن المفارقة التي واجهت تطبيق هذا التعديل، وأفرغته من محتواه هو الذهاب إلى خارج حدود الإقليم، كبغداد مثلا أو كركوك ليعقد زواجاً ثانياً. ولما كان التعديل خالياً من نص يعالج هذه الحالة فنكون والحالة هذه أمام نص يسهّل التحايل عليه،

إذ كان يمكن ان يكمل بنص آخر يقول سواء عقد الزواج في الإقليم أو خارجه.

الغالب من المتزوجين بثانية، أو الراغبين في ذلك ولم تُتح لهم الفرصة، والعازفين عن هذا الأمر، والقضاة المانحين للإذن بالزواج من ثانية: لم يعيروا اهتماماً لمسألة العدل بين النساء، رغم ان الأحكام الشرعية تجعل الخشية من عدم تحقيق العدل حجر الزاوية في هذا الموضوع، ولم يولوا موضوع العدل الاهتمام المطلوب، ولم ترتعد فرائص أيٍّ منهم من هذه الخشية رغم ورودها في نص قرآني، إذ لم نجده في الكتب المهتمة بهذا الشأن. وربما من المفارقة أن نجد هذا الموضوع في العمل الأدبي الكبير للروائي ربيع جابر في روايته (دروز بلغراد) إذ وجدنا الخشية في النص الآتي فقط دون سواه:

(سأل شراوالي واحداً منهم لماذا لا يتزوّجون إلا امرأة واحدة ما داموا يقولون دوما أنّهم مسلمون؟ فردّ عليه ان كتاب الله أوصى ان نعدل بين الزوجات، ونحن نخاف ألّا نعدل بينهن ولهذا لا نتزوج امرأتين)، (النص من رواية ربيع جابر - دروز بلغراد - حكاية حنّا يعقوب - المركز الثقافي العربي - الدار البيضاء- المغرب).

مما تقدم فإنّ المادة القانونية تختلف وحكم الفقرة (أ) من المادة (2) من (سيداو) فضلاً عن كونها تخالف المادة (14) من الدستور.

المطاوعة

لا تلزم الزوجة بمطاوعة زوجها، ولا تعتبر ناشزاً إذا كان الزوج متعسّفاً في طلب المطاوعة قاصداً الاضرار بها أو التضييق عليها. ويعتبر من قبيل التعسّف والاضرار بوجه خاص، عدم تهيئة بيت شرعي يتناسب مع حالة الزوجين، أو إذا كان البيت المهيأ بعيداً عن محل عمل الزوجة، أو أن الأثاث المجهّز به البيت لا يعود إلى الزوج، أو إذا كانت الزوجة مريضة يمنعها مرضها من المطاوعة. (المادة الخامسة والعشرون من القانون).

ابتداءً، المطاوعة لا تمنح المساواة بين الزوجين رغم القيود التي وضعها المشرّع في الفقرات من (1-4) للحدّ من غلوائها، فالمطاوعة حق للزوج حصراً وليس له مقابل حق للزوجة، فهو تمييز على وفق المعايير الواردة في المادة (5) من الاتفاقية،

وان التدابير التشريعية التي وضعها المشرّع المتعلقة بشروط البيت الشرعي، وعدم جواز المطاوعة في مكان بعيد عن محل عمل الزوجة، أو الأثاث غير العائد للزوج، أو مرض الزوجة كلّها تدابير تخفف وطأة المطاوعة ولا تلغيها. والتمييز هذا يؤدي إلى عدم المساواة، حيث يكون العنف ضد المرأة أثر من آثار عدم المساواة التي لا تنسجم والفقرة (رابعاً) من المادة (29) من الدستور التي تمنع كافة أشكال العنف والتعسّف في الأسرة والمدرسة والمجتمع، كما أنها لا تنسجم والمبادئ العامة الواردة في اتفاقية (سيداو).

النشوز

الأحكام الفقهية العامة لدى الفقهاء المسلمين هي وجوب طاعة الزوجة لزوجها. فإذا لم تطاوع يُقضى بنشوز الزوجة، هذا ما نصت عليه الفقرة (4) من المادة الخامسة والعشرين من قانون الأحوال الشخصية: (على المحكمة ان تقضي بنشوز الزوجة بعد ان تستنفد جميع مساعيها في إزالة الأسباب التي تحول دون المطاوعة). (وللزوجة طلب التفريق بعد مرور سنتين من تاريخ اكتساب حكم النشوز درجة البتات). وهاتان السنتان يضاف إليهما مدة المحاكمة التي قد تصل إلى سنة تكون فيها الزوجة معطلة تماماً ولا نفقة لها من تاريخ اكتساب حكم النشوز درجة البتات، الفقرة (4) من المادة ذاتها.

والنشوز اصطلاحاً كما قال ابن كثير: هي المرأة المرتفعة على زوجها، التاركة له، المعرضة عنه، المبغضة له)، وقال الطبري: (نشوزهن يعني استعلاءهنّ على أزواجهن وارتفاعهن على فرشهم بالمعصية لهم والخلاف عليهم فيما لزم من طاعتهم ببغضهن لهم).

وهذا النص هو واحد من النصوص المشرعنة لعدم المساواة بين الأزواج التي لا تنسجم وحكم الفقرة (1/أ) من المادة (16) من الاتفاقية التي تضمن عدم المساواة بين الأزواج وفي الحق نفسه عند الزواج. وإذا كانت الأحكام الشرعية تقول إنّ نشوز الزوجة يعني عصيانها لزوجها وبغضها له وخروجها عن طاعته وهي المقصودة بالآية الكريمة: ﴿واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن﴾ (الآية 34 النساء).

فإن الزوج هو الآخر يمكن أن يكون ناشزاً ويسيء عشرة زوجته ببغضها وضربها وهو المقصود بالنشوز في الآية الكريمة: ﴿وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً﴾ الآية (128) النساء.

إذن لماذا يُعطى الحق للزوج من دون الزوجة في نص القانون الذي يشكّل تمييزاً ضدها ينتج عنه عدم المساواة، خلافاً لأحكام الشريعة الاسلامية التي تقضي بغير ذلك. فضلاً عن ذلك، فإنّ إبقاء الزوجة على ذمّة الزوج تلك المدة الطويلة يصيبها بالضرر المنهي عنه بحكم القرآن الكريم: ﴿ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه﴾ (الآية 231 البقرة).

وقد لاحظ المشرّع في إقليم كردستان هذا التمييز، فأجرى تعديلاً على نص القانون جاء نصه الآتي: «إذا كان الزوج هو الناشز فيلزم بنفقة الزوجة طيلة فترة النشوز وفي حالة التفريق يلزم... بدفع المهر المؤجل ونفقة العدّة والتعويض المستحق ان كان له مقتضى»، الفقرة (ثالثًا /1) من المادة الخامسة والعشرين، (التعديل رقم (15) لسنة 2008.

المواريث وحصة الرجل والمرأة

حاولت المادة التاسعة والثمانون من قانون الأحوال الشخصية، إيجاد نصوص قانونية تنطبق على العراقيين المسلمين كافة بغية اخراجهم من نطاق الطائفة وإدخالهم في نطاق المواطنة، فكانت هذه المادة التي توجب نصوصها معالجة المسألة الارثية على أساس أن الأشخاص الوارد ذكرهم في الفقرة (1) يحجبون الفئة التي تليهم. وهكذا بالنسبة للفئة (2) وحجبها للفئة الواردة في الفئة (3) وهكذا. أي أن غاية المشرّع كانت تنصرف إلى توحيد آلية احتساب المسألة الارثية وعلى اختلاف المسلمين في مذاهبهم، إلا أن سيطرة الموروث الثقافي على ذهنية بعض القضاة الموكل اليهم تطبيق هذه المادة – وعلى مختلف المستويات – سحبتهم إلى حيث ينتمون طائفياً مما أدى إلى تعطيل حكم هذه المادة.

لا مساواة بين المرأة والرجل في المواريث وفقاً لأحكام الشريعة الاسلامية. فحصة الزوج غير حصة الزوجة وحصة الجد غير حصة الجدة وحصة الأب غير

حصة الأم وحصة الابن غير حصة البنت. وتلك نصوص شرعية حاسمة لا تجيز تلك الأحكام اخضاعها للنقاش أو الحوار بشأنها. وهي هنا تتقاطع تماماً مع الأحكام العامة الواردة في المواثيق الدولية الخاصة بحقوق الإنسان حتى تلك التي صادق عليها العراق وأصبحت جزءاً من نسيجه الوطني.

زواج المسلم من غير المسلمة

تنص المادة السابعة عشرة من قانون الأحوال الشخصية على (يصح للمسلم ان يتزوج كتابية، ولا يصح زواج المسلمة من غير المسلم).

وطبقاً لهذه المادة فإنّ المسلم يصح ان يتزوج مسيحية أو يهودية أو صابئية لأن لدى أديانها كتباً سماوية ولا يجوز زواجه من امرأة لا دين لها. واذا ما عقد زواجه على غير كتابية فالعقد باطل ولا ينتج آثاره الشرعية.

هذا من جهة، أما من جهة ثانية فلا يجوز زواج المسلمة مطلقاً من غير المسلم ولو كان الزوج من أهل الكتاب، وذلك لصراحة النص المدعوم من الموروث الثقافي الإسلامي.

هذا النص لا ينسجم وحكم المادة (1) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، لكون المسلمة لا يمكنها الزواج من غير المسلم، ولا يمكن تصور إلغاء هذا النص باعتباره من ثوابت أحكام الإسلام، إذ منعت الفقرة (أ) من البند (أولاً) من المادة (2) من الدستور سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام.

- ثالثاً -

قانون العقوبات المرقم 111 لسنة 1969 المعدّل

يتضمن قانون العقوبات في بعض أحكامه نصوصاً يتساوى فيها الرجل والمرأة في الحقوق والالتزامات، ونصوصاً أُخرى تحمي حقوقهما، إلّا أن ثمّة نصوصاً أُخرى تميّز بين الرجل والمرأة، وأُخرى تشرعن للعنف ضدها. ونحاول في السطور الآتية الوقوف على تلك النصوص التي تشرعن العنف أو التي تميّز بين الرجل والمرأة:

الجريمة السياسية

عرّفت المادة (21) من قانون العقوبات الجريمة السياسية بأنّها التي ترتكب بباعث سياسي أو تقع على الحقوق السياسية العامة أو الفردية. وفي ما عدا ذلك تعتبر الجريمة عادية، إلّا أنّ المشرّع أورد ست جرائم اعتبرها جرائم عادية، كالجرائم الماسّة بأمن الدولة الخارجي، وجرائم الاعتداء على حياة رئيس الجمهورية. وأمام هذا التقييد عجز شارحو قانون العقوبات العراقيين عن الولوج في هذا الموضوع واكتفت كتاباتهم بإيراد هذا النص، وبذلك فقد وقع ضرر كبير على العراقيين أمام هذا التقييد، إذ لم يستفد عدد كبير من العراقيين من قانون مؤسسة السجناء السياسيين. ففي حالة قدمت فيها امرأة طلباً إلى مؤسسة السجناء السياسيين تطلب فيها شمولها بأحكام قانون المؤسسة لأنه قد حكم عليها بالسجن لمدة سبع سنين بتهمة سب رئيس الجمهورية السابق صدام حسين، وقد رفض طلبها من قبل المؤسسة. وجاء في تسبيب الرفض أن سب رئيس الجمهورية جريمة عادية وليس جريمة سياسية استناداً إلى حكم الفقرة (أ) من المادة (21) من قانون العقوبات، وقد تم الطعن بقرار المؤسسة أمام محكمة بداءة الكرادة التي كنت رئيساً لها في حينه.

لذا فهذا النص التشريعي لا يجبر الضرر مع تحققه، ولا ينسجم مع الأحكام العامة للشرعة الدولية لحقوق الإنسان الواردة في المواثيق الدولية.

تأديب الزوجة

أباح القانون للزوج تأديب زوجته، لأن القانون اعتبر ذلك الفعل «حقاً» حتى لو تسبب ذلك الحق بإيذاء الزوجة وسبب لها ضرراً، سواء كان نفسياً أو جسدياً ومن دون اعتبار لموقع تلك المرأة في الأسرة أو المجتمع أو في محل العمل.

إذ نصت المادة (41) من قانون العقوبات على: لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون. ويعتبر استعمالاً للحق:

1 - تأديب الزوج لزوجته وتأديب الآباء والمعلمين ومَن في حكمهم الأولاد القصر وفي حدود ما هو مقرر شرعاً أو قانوناً أو عرفاً.

التأديب يتمّ بطرق شتى، كالعنف النفسي، والعنف اللفظي، والعنف البدني المتمثل بالضرب. وهو ما ينطبق عليه تعريف العنف في إعلان الأمم المتحدة الصادر بهذا الشأن. ورغم ذلك العنف الذي يأتي بطريق الاهانة والإيذاء إلا أن المشرّع، وفي هذا النص القانوني، اعتبره حقاً للزوج، ويمعن النص في الإهانة عندما يصنفه في خانة الأولاد القاصرين، وهذه المرأة التي يلقي بها المشرّع في تلك الخانة قد تكون وزيرة أو استاذة جامعية أو عازفة فلوت أو مهندسة معمارية أو عالمة في علم الاجتماع.

لماذا يبدو هذا الفعل مقبولاً وعلى عدّة صعد، بما في ذلك القضاء المفترض فيه أن ينصف المتضرر. ففي حكم لمحكمة التمييز الاتحادية قضت فيه: ان الثابت من البيّنة الشخصية والتقرير الطبي الصادر عن مستشفى الكندي التعليمي... ان المميز/المدعى عليه قد اعتدى على زوجته المميزة /المدعية وهذا الاعتداء سبب لها أضراراً جسيمة مختلفة تخرج على حق الزوج في تأديب زوجته المقرر شرعاً وقانوناً، رقم القرار 2466/ شخصية أولى في 2009/7/29 - منشور في مجموعة القاضي رزاق جبار علوان ج 1 ص 248. إذن ووفق الحكم التمييزي، فإنّ الاضرار غير الجسيمة مقبول قيام الزوج بها لأنّها حق شرعي وقانوني حسب الحكم المذكور.

وهنا نتساءل مع عالم الاجتماع الفرنسي بيار بورديو في كتابه «الهيمنة الذكورية» لماذا تبدو الحياة الأكثر فظاعة وقهراً مقبولة طبيعياً في كثير من الحالات؟ لماذا نقبل حتى لو كنّا قضاة مع علمنا أن ذلك لا ينسجم مع نص الفقرة «و» من المادة (2)

من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) التي توجب على الدول الموقّعة عليها أن تتخذ التدابير المناسبة، بما في ذلك التشريعية منها، لتغيير أو إبطال القائم من القوانين والأنظمة والأعراف التي تشكّل تمييزاً ضد المرأة. ومعلوم أن نصوص (سيداو) بعد التصديق عليها من قبل العراق وتشريعها بقانون أصبحت قانوناً عراقياً، له ما لبقية التشريعات من صفة الإلزام وينال مخالفه الجزاء.

وإذا أردنا ان نسلّم جدلاً أن تأديب الزوج لزوجته حق منحه القانون للزوج عندما تُنسب للزوجة أفعال تبرّر للزوج تأديبها. ولكن هل يجوز للزوجة أن تؤدّب الزوج إذا أتى أفعالاً كالأفعال التي تنسب للزوجة وتكون محلاً للتأديب؟ سوف يأتينا الجواب بالنفي معززين رأيهم بالقول إنّ النص أعطى الحق للزوج فقط من دون الزوجة. وهنا يمكن أن نقول ان هذا النص مخالف لأحكام الدستور وفي واحد من أهم قواعده الآمرة وهو نص المادة (14) من الدستور التي تنص على: (العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس)، فضلاً عن أن الفقرة رابعاً من المادة (29) من الدستور تمنع كل أشكال العنف والتعسّف في الأسرة والمدرسة والمجتمع. وبذلك فإنّ نص الفقرة (1) من المادة (41) من قانون العقوبات لا تساوي بين العراقيين أمام القانون بل أنّها رسخّت التمييز على أساس الجنس، إضافة إلى أنّها تشكل شكلاً من أشكال العنف الممنوع دستورياً. عليه، واستناداً إلى ما تقدم، فإنّ هذا النص مخالف لأحكام الدستور ويمكن الطعن بعدم دستوريته أمام المحكمة الاتحادية العليا.

ملاحظة – كان هناك مشروع جديد لقانون العقوبات مستنداً إلى قانون اصلاح النظام القانوني الصادر في سبعينات القرن الماضي جاءت مادته (62) بديلاً عن المادة (41) الحالية بالصيغة الآتية:

(لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون، أو بناء على جواز قانوني ويعتبر من ذلك:

أولاً – عمليات الجراح.

ثانياً –الأفعال التي تقع أثناء الألعاب الرياضية.

ثالثاً – الأفعال الضرورية التي يقتضيها القبض على من ارتكب جريمة مشهودة).

هذا ولم يرد في النص تأديب الزوجة.

الأعذار القانونية المخففة

يعرّف شراح قانون العقوبات العذر القانوني: بأنّه السماح الكلّي أو الجزئي من العقوبة يمنحه المشرّع لمن يقوم بفعل مرده للمنفعة العامة على العدالة والقانون. والعذر تختلف بواعثه، فقد يكون شريفاً كمن يغسل العار، وهو الحافز الخارجي الذي يدفع الجاني لارتكاب الجريمة لغرض الظفر بغاية سامية أو هدف صاعد نبيل. (عبد الستار البزركان – قانون العقوبات بين التشريع والفقه والقضاء – ص301). هكذا إذن ينظر شارحو وفقهاء القانون الجزائي إلى جريمة غسل العار باعتبارها الظفر بغاية سامية، وبذلك ترتقي الجرائم إلى مستوى السموّ مستندين إلى المادة (128) من قانون العقوبات التي تنص على:

(الأعذار القانونية أما أن تكون معفية من العقوبة أو مخففة لها ولا عذر إلّا في الأحوال التي يعيّنها القانون. وفي ما عدا هذه الأحوال يعتبر عذراً مخفّفاً ارتكاب الجريمة لبواعث شريفة أو بناء على استفزاز خطير من المجنى عليه بغير حق).

وقد استقرت التطبيقات القضائية على تطبيق هذه المادة. ومنذ وقت ليس بالقريب وما زالت على تطبيق الأعذار القانونية المخففة في جرائم غسل العار. وندرج أدناه أنموذجا لتلك الأحكام: يعتبر قتل المتهم لابنة عمّه قد وقع بباعث شريف حسب المادة 128من قانون العقوبات إذا كانت المجنى عليها قد هربت من دار أهلها مع عشيقها ثم تزوجت منه دون موافقة أهلها مما يجلب العار لأسرتها حسب التقاليد السائدة في بيئته. (قرار محكمة التمييز 342/جنايات/1979 – مجموعة الأحكام العدلية/العدد الثالث – السنة العاشرة ص79).

هكذا إذن تكاتف التشريع والفقه والقضاء في منح الجاني سلطة تنفيذ حكمه بنفسه بحق المجنى عليها، وتنزل العقوبة المفروض تطبيقها عليه من الاعدام أو السجن المؤبد إلى الحبس ستة أشهر في أحيان عدّة.

إنّ نص هذه المادة لا ينسجم مع الأحكام العامة الواردة في العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الذي أصبح قانوناً وطنياً بعد التصديق عليه بالقانون رقم (193) لسنة 1970، فضلاً عن ان النصوص الواردة في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) توجب فرض الحماية القانونية للمرأة وعلى قدم المساواة

مع الرجل، وضمان الحماية الفعّالة لها عن طريق المحاكم ذات الاختصاص باعتبارها قانوناً عراقياً بعد التصديق عليها. يضاف إلى ذلك أن نص هذه المادة يخالف أحكام الفقرة (رابعاً) من المادة (29) من الدستور التي تمنع العنف في الأسرة والمدرسة والمجتمع.

الزنى

المادة (377) عقوبات

1 - تعاقب بالحبس الزوجة الزانية ومن زنى بها ويفترض علم الجاني بقيام الزوجية ما لم يثبت من جانبه انه لم يكن بمقدوره بحال العلم بها.

2 - يعاقب بالعقوبة ذاتها الزوج إذا زنى في منزل الزوجية.

اعتمد هذا النص القانوني موقفاً مختلفاً بين الرجل والمرأة باعتبارهما قد ارتكبا فعل الخيانة الزوجية. والتساهل واضح للرجل في هذا الصدد، فقد جعلت الفعل المرتكب من قبل الزوج للخيانة الزوجية غير خاضع للمساءلة القانونية، إلا إذا ارتكب في منزل الزوجية، وهذا النص لم يقتصر على المشرّع العراقي فله نصوص مشابهة في سوريا ولبنان ومصر.

ورغم أن المشرّع العراقي - وخلافاً لبعض القوانين العربية - قد ساوى بين الرجل والمرأة في العقوبة إذ فرض على كليهما عقوبة الحبس للجريمة موضوع البحث، إلا أنه ميّز بينهما في نطاق التجريم.

لا شك أن النصوص القانونية التي تناولت هذا الموضوع تؤدي إلى تفاوت الحماية القانونية بين الرجل والمرأة. فإذا مررنا على اركان جريمة الزنى نجدها تتكون من الركن المادي لجريمة الزنى والركن المعنوي وهو القصد الجنائي لجريمة الزنى. والركن الثالث - هو وجود علاقة زوجية قائمة صحيحة أو كون الزانية من محارم الجاني، إلا أن هناك شرطاً محدداً لجريمة الزنى خاصاً بالزوج وهو شرط منزل الزوجية والمفاجأة والاستفزاز الخطير.

أن في هذه المادة تمييزاً واضحاً بين الزوج والزوجة. وهذا التمييز يؤدي إلى عدم المساواة أمام القانون، إذ يقتصر النص على معاقبة الزوج الزاني إذا ارتكب الفعل

في منزل الزوجية، وهذا يعني انه معفى من العقوبة فيما لو تم فعل الزنى من قبله خارج منزل الزوجية أي ان المشرّع يعطي رخصة للزوج لممارسة الزنى خارج منزل الزوجية.

وخلاصة القول، فإنّ النص العراقي – وخلافاً لبعض التشريعات العربية – قد ساوى بين الزوج والزوجة في عقوبة الزنى، وجعلها الحبس لكل منهما ومدتها لا تزيد على الخمس سنين، إلا أنه ميّز بينهما على نطاق التجريم وفق الوضع المبسوط أعلاه.

وهذا النص لا ينسجم، بل يخالف حكم المادة (14) من الدستور التي توجب المساواة أمام القانون من دون تمييز بسبب الجنس، فضلاً عن كونه مخالفاً لأحكام الشرعة الدولية لحقوق الإنسان المصادق عليها من قبل العراق، والمطلوب سن تشريع يساوي بين الزوج والزوجة في جريمة الزنى.

التحريض على الزنى

المادة (380) **عقوبات**

(كل زوج حرض زوجته على الزنى فزنت بناءً على هذا التحريض يعاقب بالحبس).

يبدو أن الركن المادي لهذه الجريمة لا يتحقق إلّا بوقوع فعل الزنى فإنّ التحريض وحده لا يشكّل جريمة. ولعل هناك إشكالية كبيرة في هذه المادة، فإذا لم تمتثل الزوجة لتحريض الزوج وقررت رفع الشكوى إلى قاضي التحقيق لتشكو زوجها لدفعها إلى فعل يخالف الأخلاق والشرف، هل تتم معاقبة الزوج على التحريض أو هل يعتبر من باب الشروع؟ يبدو لنا من نص المادة أعلاه أن الزوج يكون بعيداً عن نيل عقوبة الحبس لكونها اشترطت ارتكاب فعل الزنى بناء على ذلك التحريض، وبما أن الزوجة امتنعت عن القيام بفعل الزنى جراء التحريض فلا جناح على الزوج.

ولكن فيما لو زنت تلك الزوجة بناء على ذلك التحريض، وأقام الزوج الشكوى عليها وفق المادة (377) عقوبات المشار إليها أعلاه، وعجزت الزوجة عن إثبات التحريض، فإنّها تنال العقوبة المقررة لجريمة الزنى، وهذا اجحاف لحقها وامتهان لكرامتها، وهي نصوص تشرعن لعدم المساواة.

جرائم الاغتصاب

في يوم من الأيام كانت الربّة (أنانا) قد تنقلت عدّة مرات بين السماوات والأرض، فأدركها التعب وبلغ بها الانهاك غايته. فتمددت في بستان لتستريح تحت ظلال شجرة الساراباتو الوارفة، فغلبها النوم. وكان شوكاليتودا صاحب البستان يراقبها من بعيد بين فروع شجر الساراباتو. فلما رآها منهكة وقد لعب الهواء بثوبها، فتعرى جسمها، تسلل إليها بحرص واقترب حتى تأكد أنها راحت في سبات عميق من شدة التعب فانتهكها جنسياً وهرب. ولما صحت (أنانا) من نومها نظرت إلى نفسها بفزع فأدركت ما حدث، وعزمت على الانتقام من هذا الرجل وقررت ان تصطاده بأي ثمن.

صمويل كرومر/عالم السومريات

لا يجوز ان يتعرّض الإنسان للمعاملة القاسية أو الوحشية أو الحاطّة من الكرامة، ولا يجوز التدخل التعسفي في حياته أو اسرته أو مسكنه أو سمعته أو شرفه، ولا يجوز إخضاعه للمعاملة اللاانسانية، ولكل فرد حق الأمان على شخصه. وأمام ذلك تكفل الدولة الحماية القانونية المطلوبة لكل مَن يتعرض لتلك الأفعال، وعلى وجه الخصوص توفير الحماية القانونية الفعّالة للمرأة واتخاذ التدابير اللازمة لذلك بما فيها التشريعية. ولكل مَن يتعرض للأعمال تلك يجب عرض قضيته على محكمة مستقلة نزيهة. هذه بعض المبادئ التي جاءت بها المواثيق الدولية الخاصة بحقوق الإنسان، وفي أدنى النصوص القانونية المتعلقة بموضوع الاغتصاب، فلنراجعها ونقرأها من أجل الوقوف على مدى قربها أو بعدها من مبادئ الشرعة الدولية لحقوق الإنسان.

المادة (393) عقوبات

1 - يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت كل من واقع أنثى بغير رضاها أو لاط بذكر أو أنثى بغير رضاه أو رضاها.

2 - يعتبر ظرفاً مشدداً إذا وقع الفعل في إحدى الحالات الآتية:

أ - إذا كان من وقعت عليه الجريمة لم يبلغ من العمر ثماني عشرة سنة كاملة.

ب - إذا كان الجاني من أقارب المجنى عليه إلى الدرجة الثالثة أو كان من المتولّين تربيته أو ملاحظته أو ممن له سلطة عليه أو كان خادماً عنده أو عند أحد ممن ذكرهم.

ج – إذا كان الفاعل من الموظفين أو من المكلّفين بخدمة عامة أو من رجال الدين أو الأطباء واستغل مركزه أو مهنته أو الثقة به.

د – إذا ساهم في ارتكاب الفعل شخصان فأكثر تعاونوا في التغلب على مقاومة المجنى عليه أو تعاقبوا على ارتكاب الفعل.

هـ – إذا اصيب المجنى عليه بمرض تناسلي نتيجة ارتكاب الفعل.

و – إذا حملت المجنى عليها أو زالت بكارتها نتيجة الفعل.

3 – واذا أفضى الفعل إلى موت المجني عليه كانت العقوبة السجن المؤبد.

4 – واذا كانت المجنى عليها بكراً فعلى المحكمة ان تحكم بتعويض مناسب.

أمام هذه النصوص الحازمة، التي لا تساوم على حقوق المجنى عليهم، فإنّ القضاء العراقي في هذا الموضوع لا يقلُّ حزماً عن المشرّع، إذ يعمد التطبيق الأمثل لنص القانون مع النزوع نحو تشديد العقوبة متى ما اقترن الفعل بالتهديد وكان المجنى عليه قاصراً، ففي حكم لمحكمة التمييز في إقليم كردستان جاء فيه:

(ان الجريمة المرتكبة بالكيفية أعلاه توصف بجريمة اللواط بدون رضا المجنى عليه لكونه قاصراً..... ويتوفر فيها ظرفا الإكراه والتعاقب على ارتكابها مما تستدعي تشديد العقوبة بحق المتهمين... ولأن محكمة جنايات السليمانية جرمت المجرمين (أ م س) و(ز ك م) بموجبها جاء قرار التجريم صحيحاً وموافقاً للقانون. كما أن قرار الحكم بالعقوبة على المجرم (أ م س) بمقتضاها بالاعدام شنقاً حتى الموت وعلى المجرم الثاني (ز ك م) بالسجن المؤبد استدلالاً بالمادة (79) عقوبات لكونه لم يكمل العشرين من عمره في تاريخ الحادث جاء هو الآخر صحيحاً وموافقاً للقانون لأن المجرمين يستحقان أقصى العقوبات جزاءً لِما اقترفاه من جريمة بشعة بحق المجني عليها القاصرة وتخليص المجتمع من شرور وخطر المجرم (أ م س). لذا تقرر تصديق قراري التجريم والعقوبة تعديلاً. رقم الحكم 7 الهيئة الجزائية العامة/2007 وتاريخ 2008/1/28 – مجلة التشريع والقضاء – العدد الثالث 2009).

يلاحظ أن هذه المادة تحقق الحماية للإنسان – ذكراً كان أم أنثى – من العنف الجنسي، كما أنها تضمن تعويضاً مناسباً عن الأضرار التي يمكن أن يتعرض لها الشخص، إضافة إلى ان المشرّع عمد إلى تغليظ العقوبة وفق الشروط التي احتوتها

تلك النصوص. لذا فهي منسجمة مع المبادئ العامة التي أوردتها الأحكام العامة لحقوق الإنسان بما في ذلك اتفاقية (سيداو).

المادة 394 من قانون العقوبات تنص على:

1- يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات أو بالحبس مَن واقع في غير حالة الزواج أنثى برضاها أو لاط بذكر أو أنثى برضاه أو رضاها إذا كان من وقعت عليه الجريمة قد أتمّ الخامسة عشرة من عمره ولم يتم الثامنة عشرة سنة.

وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنين إذا كان من وقعت عليه الجريمة دون الخامسة عشرة سنة كاملة من العمر.

2 - يعتبر ظرفاً مشدداً إذا وقع الفعل في إحدى الحالات المنصوص عليها في الفقرة (2) من المادة (393).

3 - إذا كانت المجنى عليها بكراً فعلى المحكمة أن تحكم بتعويض مناسب.

يستمر المشرّع في احاطة القاصر بالحماية القانونية، وفرض عقاب مجزٍ بحق الجاني. وحسناً فعل عندما نص على تشديد العقوبة في حالة كون مَن وقعت عليه الجريمة لم يبلغ الثامنة عشرة سنة من عمره. وتتصدى هذه المادة بحزم للعنف الجنسي 395 من القانون وتشدد العقوبة فيما إذا كان الموضوع ينطبق وحكم الفقرة (2) من المادة (393) من قانون العقوبات.

المادة (395) عقوبات

(مَن أغوى أنثى أتمت الثامنة عشرة من العمر بوعد الزواج فواقعها ثم رفض بعد ذلك الزواج يعاقب بالحبس).

رغم أن هذه المادة تشكل حماية للمرأة الواقعة تحت غواية الرجل، إلا أن ثمة ملاحظتين نوردهما هنا، الأولى هي صعوبة ثبوت الفعل المنسوب للجاني خاصة إذا مر وقت على المواقعة لزوال آثار المواقعة بعد ذلك الوقت، أما إزالة البكارة فبإمكانه التنصل منها بالدفع بأنه لم يرتكب الفعل المنسوب إليه ويقع عبء الاثبات على المجنى عليها.

الملاحظة الثانية- إن العقوبة المفروضة على هذه الجريمة غير مجزية، إذ قد

تصل إلى ثلاثة أشهر ويوم واحد وهو الحد الأدنى لجريمة الحبس. وكان المفروض أن تكون أشدّ، خاصة إذا أخذنا بنظر الاعتبار فيما لو حملت المجنى عليها من تلك المواقعة.

المادة (396) عقوبات

1 - يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات أو الحبس من اعتدى بالقوة أو التهديد أو الحيلة أو بأي وجه آخر من أوجه عدم الرضا على عرض شخص ذكراً أو أنثى أو شرع في ذلك.

2 - إذا كان مَن وقعت عليه الجريمة لم يبلغ من العمر ثماني عشرة سنة أو كان مرتكبها ممن أشير إليهم في الفقرة (2) من المادة (393) تكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنين.

ومن التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز الاتحادية حكمها المرقّم 217/موسعة جزائية /2008 في 2008/9/15 الذي جاء فيه: (المتهم (ع ع غ) أخذ المجنى عليه (م ط هـ) بواسطة دراجته البخارية إلى خارج المدينة لممارسة فعل اللواط معه. وأكد المجنى عليه أمام المحكمة أن المتهم لم يمارس فعل اللواط معه. حيث لم يدخل قضيبه في دبره لمقاومته له كما أكد المتهم المفرقة قضيته والمدونة اقواله كشاهد... فإنّ الثابت من أقوال المجنى عليه وشهادة الشاهد المذكور والتقرير الطبي الصادر بحق المجنى عليه بأن المتهم (ع ع غ) قد اعتدى على عرض المجني عليه فقد ارتكب فعلاً ينطبق وأحكام المادة (2/396) من قانون العقوبات... وحيث أن محكمة جنايات المثنى، جرمته وفق المادة أعلاه وحكمت عليه بالحبس الشديد لمدة أربع سنوات... وبذلك تكون القرارات كافة التي أصدرتها المحكمة صحيحة وموافقة للقانون. مجلة التشريع والقضاء -العدد الرابع - 2009 ص187.

عليه فإنّ هذه المادة القانونية والتطبيقات القضائية تؤكد حق الرجال والنساء في الحماية القانونية من العنف الجنسي أو الاهانة الجنسية. وتغلظ العقوبة إذا كان المجني عليه دون سن (18) سنة وبذلك يكون نصها ملائماً لأحكام العهد الدولي الخاص للحقوق المدنية والسياسية واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

هتك العرض

المادة (397) عقوبات

(يعاقب بالحبس مَن اعتدى بغير قوة أو تهديد أو حيلة على عرض شخص ذكراً كان أو أنثى لم يتم الثامنة عشرة من عمره).

فإذا كان مرتكب الجريمة ممن أشير إليهم في الفقرة (2) من المادة (393) تكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على سبع سنوات أو الحبس.

هذه المادة تتضمن موضوع هتك العرض الذي يتعرض له الإنسان ذكراً كان أم أنثى، وهي تشكّل حماية قانونية للمنتهك عرضهم. وحسناً فعل المشرّع عندما شدد العقوبة إذا وقع الفعل على مَن لم يبلغ ثماني عشرة سنة كاملة أو أن المجني عليه من أقارب الفاعل إلى الدرجة الثالثة أو من المتولّين تربيته أو ملاحظته أو ممن له سلطة عليه، أو كان خادماً عنده أو عند أحد ممن ذكرهم. أو كان من الموظفين أو المكلّفين بخدمة عامة أو رجال الدين أو الأطباء واستغل مركزه أو مهنته أو الثقة به، أو إذا ساهم في ارتكاب الفعل شخصان أو أكثر وتعاونوا في التغلب على مقاومة المجنى عليه أو تعاقبوا على ارتكاب الفعل أو اصيب المجنى عليه بمرض تناسلي نتيجة ارتكاب الفعل، أو إذا حملت المجني عليها أو زالت بكارتها نتيجة الفعل.

الزواج من المغتصبة

المادة (398) عقوبات

(إذا عقد زواج صحيح بين مرتكب إحدى الجرائم الواردة في هذا الفصل والمجنى عليها، عُدّ ذلك عذراً قانونياً مخففاً لغرض تطبيق المادتين (130) و (131) من قانون العقوبات. واذا انتهى عقد الزواج بطلاق صادر من الزوج بغير سبب مشروع أو بطلاق حكمت به المحكمة لأسباب تتعلق بخطأ الزوج أو سوء تصرفه وذلك قبل انقضاء ثلاث سنوات على الحكم في الدعوى يُعاد النظر في العقوبة لتشديدها بطلب من الادعاء العام أو من المجنى عليها أو من كل ذي مصلحة).

يلاحظ ان المادة (130) من القانون تنص على:

(إذا توفّر عذر مخفف في جناية عقوبتها الاعدام نزلت العقوبة إلى السجن المؤبد

أو المؤقت أو الحبس الذي لا تقل مدته عن سنة. فإن كانت عقوبتها السجن المؤبد أو المؤقت نزلت العقوبة إلى الحبس الذي لا تقل مدته عن ستة أشهر. كل ذلك ما لم ينص القانون على خلافه).

والمادة (131) من القانون:

(إذا كان للعقوبة حدّ أدنى، فلا تتقيد به المحكمة في تقدير العقوبة. واذا كانت العقوبة حبساً أو غرامة حكمت المحكمة بإحدى هاتين العقوبتين فقط).

واذا كانت العقوبة حبساً غير مقيد بحدّ أدنى حكمت المحكمة بالغرامة بدلاً منه).

في المادة (398) عقوبات تذهب الأحكام إلى شمول الجاني بالعذر القانوني المخفف للعقوبة إذا عقد زواج صحيح بين مرتكب الجرائم الواردة في الفصل الأول من الباب التاسع من قانون العقوبات بالاستناد إلى المادتين (130) و(131) عقوبات.

تنص المادة (5) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على:

تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة لتحقيق ما يلي:

(أ - تغيير الأنماط الاجتماعية والثقافية لسلوك الرجل والمرأة، بهدف تحقيق القضاء على التحيّزات والعادات العرفية وكل الممارسات الأُخرى القائم على الاعتقاد بكون أي من الجنسين أدنى أو أعلى من الآخر، أو على أدوار نمطية للرجل والمرأة).

وتأكيداً لهذا المبدأ الهادف إلى تغيير الأنماط الاجتماعية والثقافية التي تميّز بين الرجل والمرأة، فقد نصت الفقرة ثانياً من المادة (45) من الدستور (....وتمنع الأعراف العشائرية التي تتنافى مع حقوق الإنسان).

ولما كانت المادة (398) ترسخ الأعراف والتقاليد والقيم الاجتماعية من خلال النص المذكور، إذ أن هذا النص ومن خلفه الموروث الثقافي لا ينظر إلى المغتصبة باعتبارها ضحية، جراء اعتداء وقع عليها من الجاني - الذي لم تردعه القيم النبيلة ونصوص القانون التي تمنع الاعتداء على الآخرين -، ولما كان ذلك الموروث ينظر إلى المرأة باعتبارها عورة، وإنها عورة منتهكة بالاغتصاب، فلا مساغ أمام هذا النص سوى تلمس الستر وجب الفضيحة من خلال فرض الجاني زوجاً. وهنا تكون الضحية أمام إكراه آخر يضاف إلى فعل الاغتصاب، وهو الزواج بالإكراه. ولا نعلم ما ستكون عليه العلاقة الزوجية بين الجاني والمغتصبة، وما هي الآثار المترتبة في حالة مجيء

أطفال من زواج الإكراه هذا. إضافة لما تقدم فإن النص المذكور يمعن في اهانة هذه المرأة ويرسخ دونيّتها، من خلال افلات الجاني من العقاب رغم ارتكابه جريمة متحققة أركانها. ولا نعلم ما ستكون عليه العلاقة الزوجية تلك، وما هي نظرة أهل الزوج للزوجة المجبرة، أو نظرة أهلها إلى الزوج الجاني، وهل يستمر الزواج بعد المهلة التي اعطاها القانون، وما ستؤول إليه الأمور في حالة مجيء أطفال عن طريق ذلك الزواج. عليه ورغم عدم وجود احصاءات أو قاعدة معلومات حول امكانية استمرار العلاقة الزوجية، إلا أن الشواهد والأخبار المتواترة تؤشر إلى عدم استمرار ذلك الزواج بعد انتهاء مدته.

من جانب الشرعة الدولية لحقوق الإنسان، أن المجنى عليها ضحية لاغتصاب جنسي يندرج تحت مفهوم العنف الجنسي الذي لا تقره الشرعة تلك، وهي معتدى عليها، ووقع الفعل من دون ارادتها مصحوباً بعنصر الإكراه، وأن الجاني تنطبق عليه أحكام الفصل الأول من الباب التاسع تماماً ويستحق العقوبة المقررة بموجبه. وإمعاناً في اذلال الضحية وإهانتها يعمد المشرّع إلى ممارسة الإكراه القانوني ضدها ويفرض عليها عقد زواج بموجب القانون وهي لم تبرأ بعد من الاغتصاب كرهاً. ولم يكتف المشرّع بذلك بل يكافأ الجاني من خلال النصوص التي تمكنه من الافلات من العقاب وتجعله مزهواً بفحولته وعدوانه وتحت التبرير القانوني.

إنّ هذه المادة مخالفة لقاعدة دستورية آمرة تمنع كل أشكال العنف والتعسّف في الأسرة والمدرسة والمجتمع، الفقرة رابعاً من المادة (29) من الدستور، وكذلك حكم الفقرة ثانياً من المادة 45 من الدستور، لذا نرى وجوب إلغاء هذه المادة أو الطعن بعدم دستورية المادة (398) من قانون العقوبات.

التحريض على الفجور

المادة (399) عقوبات تنص على:

(يعاقب بالحبس كلُّ مَن حرّض ذكراً أو أنثى لم يبلغ عمر أحدهما ثماني عشرة سنة كاملة على الفجور أو اتخاذ الفسق حرفة أو سهّل لهما سبيل ذلك.

وإذا كان الجاني ممن نص عليه في الفقرة ب من المادة (393) أو قصد الربح من

فعله أو تقاضى أجراً عليه فيعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنين أو الحبس).

إنّ هذا النص ينسجم مع الأحكام العامة لحقوق الإنسان الواردة في الاتفاقيات والعهود الدولية كونه يشدد العقوبة على منتهكي تلك الحقوق، ويوفّر الحماية القانونية للمجنى عليهم، خاصة إذا أخذنا بنظر الاعتبار ان الغالب من المجنى عليهم في الجرائم الموصوفة بهذه المادة هم من النساء، إضافة إلى أن النص المذكور يُعدّ نصا صارماً ويغلظ العقوبة لكل من يسعى لنشر البغاء.

المادة (402) عقوبات

1 - يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على الثلاثة أشهر وبغرامة لا تزيد على الثلاثين ديناراً أو بإحدى هاتين العقوبتين:

أ - مَن طلب اموراً مخالفة للآداب من آخر ذكراً كان أو أنثى.

ب - من تعرض لأنثى في محل عام بأقوال أو أفعال أو اشارات على وجه يخدش حياءها.

2 - تكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر والغرامة التي لا تزيد على مئة دينار إذا عاد الجاني إلى ارتكاب جريمة أُخرى من نفس نوع الجريمة التي حكم من أجلها خلال سنة من تاريخ الحكم السابق.

تصدى المشرّع وبموضوعية إلى الفعل الفاضح المخلّ بالحياء وأوجد العقوبة المناسبة له وتشديدها في حالة العودة وخلال سنة من تاريخ الحكم السابق مما يضفي الحماية القانونية على المجنى عليهم تماهياً مع الشرعة الدولية لحقوق الإنسان.

المادة (403) عقوبات

(يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على السنتين وبغرامة لا تقلّ عن مئتي دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل مَن صنع أو استورد أو صدر أو حاز أو نقل بقصد الاستغلال أو التوزيع كتاباً أو مطبوعات أو كتابات أُخرى أو رسوماً أو صوراً أو أفلاما أو رموزاً أو غير ذلك من الأشياء إذا كانت مخلّة بالحياء أو الآداب العامة.

ويعاقب بالعقوبة ذاتها كلّ مَن أعلن عن شيء من ذلك أو عرضه على أنظار الجمهور أو باعه أو أجّره أو عرضه للبيع أو الايجار ولو في غير العلانية، وكل مَن وزعه أو سلّمه للتوزيع بأية وسيلة كانت.

ويعتبر ظرفاً مشدداً إذا ارتكبت الجريمة بقصد إفساد الأخلاق).

يهدف المشرّع إلى منع الأفعال والوسائل والممارسات التي تؤدي إلى الاخلال بالحياء أو الهادفة إلى افساد الأخلاق، ولكن يبقى مفهوم الآداب العامة مفهوماً مطاطاً تختلف بشأنه الأفكار والرؤى مما ينتج عنه اختلاف في الأحكام والقرارات.

المادة (407) عقوبات

(يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنين أو الحبس مدة لا تقل عن سنة، الأم التي تقتل طفلها حديث العهد بالولادة اتقاء العار إذا كانت قد حملت به سفاحاً).

المشرّع يفرض عقوبة قتل المولود حديث الولادة للأسباب الواردة في النص، وهذا يعني أن للمولود، ومهما كانت الصفة التي جاء بها للحياة، الحق في الحياة ولا يجوز انهاء تلك الحياة أو تقييدها إلّا وفق أحكام القانون، المادة (15) من الدستور.

التلبس بالزنى

المادة (409)عقوبات

(يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على الثلاث سنوات مَن فاجأ زوجته أو إحدى محارمه في حالة تلبسها بالزنى أو وجودها في فراش واحد مع شريكها فقتلهما في الحال أو قتل أحدهما أو اعتدى عليهما أو على أحدهما اعتداء أفضى إلى الموت أو إلى عاهة مستديمة.

ولا يجوز استعمال حق الدفاع الشرعي ضد مَن يستفيد من هذا العذر ولا تطبق ضده أحكام الظروف المشددة).

ما المقصود بالزنى؟

يعرّف الزنى اصطلاحاً بأنه - ارتكاب الوطء غير المشروع مع توفر القصد الجنائي مع امرأة أو رجل برضاهما حال قيام الزوجية فعلاً أو حكماً)، إذ عدّته كثير من النظم القانونية جريمة تسيء إلى أمن المجتمع واستقراره ووضعت النصوص العقابية له وذهبت - كما المشرّع العراقي - إلى اعتباره عذراً قانونياً مخففاً، كما نهت عنه الأحكام القرآنية ﴿وَلاَ تَقْرَبُوا الزِّنَى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلاً﴾ (الاسراء 32).

ويواجه تطبيق هذه المادة الكثير من الصعوبات. فالزوجة هي من ينطبق عليها

تعريف عقد الزواج الوارد في المادة الثالثة من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدّل. ولكن ما حكم الزوجة المعقود عليها بعقد زواج المسيار أو المتعة؟ هل تسري عليها أحكام هذه المادة، أو الزوجة المطلقة رجعياً ولا تزال في عدّتها؟ أو الزوجة المعقود عليها أمام رجل الدين من دون تصديق المحكمة، أو المرأة المقروء عليها الفاتحة أو المخطوبة؟ كلّ هذه الأسئلة تكون محل اعتبار عند الفصل في هذا الموضوع وعلى القاضي المختص اتخاذ ما يلزم قانوناً في هذا الشأن.

أما المحارم – فهل هي المرأة المحرمة حرمة مؤبدة أم المحرمة حرمة مؤقتة؟ وهل تعتبر الأخت بالرضاعة من المحارم لأغراض هذه المادة من عدمه؟ إذ أن أحكام المادة (409) لم تحدد على وجه التحديد المشمولات بالحرمة، فهنا نجد ان النص يعتريه الغموض، ونكون بحاجة إلى نصوص صريحة وواضحة.

أما التلبّس – فما المقصود منه؟ هل هو مشاهدة الفعل الجنسي أي دخول ذكر الرجل في فرج المرأة لكي تتحقق المفاجأة؟ أو أنه شاهدهما في حالة عري من دون القيام بالفعل الجنسي؟ ثم ما هو الفراش؟ هل هو مضجع النوم في غرفة النوم؟ أم أي مكان يجمعهما لممارسة العمل الجنسي؟ إذ يرى بعض شارحي قانون العقوبات ان المقصود بالفراش: «كل خلوة مريبة مع الشريك في أي مكان على الأرض أو في السيارة أو البستان». (د. حميد السعدة – النظرية العامة لجريمة القتل– بغداد –1967 ص 448).

فقد قضى حكم لمحكمة التمييز: ان الفراش لا يؤخذ بنطاقه الضيق. فوجود الزوجة في البستان مع عشيقها لوحدهما وفي مكان منزوٍ أو وجودهما في السيارة وقد وضع العشيق يده على عنقها، هذه حالات يتوافر معها وجودهما في فراش واحد – ابراهيم المشاهدي– المختار في قضاء محكمة التمييز–القسم الجزائي– مطبعة الزمان– 1997 ج3 – ص123).

إنّ القتل غسلاً للعار أو ما يعرف بجرائم الشرف يثير إشكاليات عدّة قدر تعلق الأمر بالشرعة الدولية لحقوق الإنسان. وقد ألزمت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) الدول الموقعة عليها بتغيير أو إبطال الممارسات التي تشكّل تمييزاً ضد المرأة، الفقرة (و) من المادة (2) من الاتفاقية، كما أن العهد الدولي للحقوق

المدنية والسياسية ألزم الدول الموقّعة عليه بأن تتعهّد إذا كانت تدابيرها التشريعية وغير التشريعية القائمة لا تكفل فعلاً أعمال الحقوق المعترف بها في ذلك العهد، ان تتخذ طبقاً لإجراءاتها الدستورية ولأحكام العهد ما يكون ضرورياً لهذه الأعمال من تدابير تشريعية وغير تشريعية. ولما كانت هذه الممارسات وأنماط السلوك والبعض من الأعراف العشائرية تتنافي وحقوق الإنسان وحسبما تنص عليه الفقرة (ثانياً) من المادة (45) من الدستور التي توجب منعها، فضلاً عن كون تلك لا تمت للشريعة الاسلامية بصلة كونها تضع أحكاما للزنى تختلف تماماً عمّا يعرف بجرائم الشرف.

الفرق بين المفاجأة بالزنى والقتل بباعث شريف غسلاً للعار

القتل يحدث في حالة المفاجأة نتيجة سورة الغضب والاستفزاز لمشاهدة مشهد الزنى. إذ يكون الجاني غير عالم مسبقاً بأنّ زوجته أو أحد محارمه تقوم بهذا الفعل، فالصورة التي لديه عنها هي العفة والشرف، إذ أن هول المشهد يدفعه لارتكاب الفعل. أما القتل في الحالة الثانية، فلا يوجد فيها عنصر المفاجأة، فقد يكون عالماً بسلوكها منذ مدّة، لذا فالباعث الشريف يختلف عن الاستفزاز. تطبق عقوبة التلبس بالزنى الواردة في المادة (409) عقوبات، بينما تطبق المادة (405) أو (406) عقوبات على الثانية استدلالاً بالمادة (130) عقوبات أولاً.

أما ثانياً فإنّ القتل بباعث شريف يكون أوسع نطاقاً. فهو فضلاً عن شموله الزوجة وإحدى المحارم يمتدّ ليطول بنت العم وبنت الخال والعمة والخالة، في حين أن التلبّس يشمل الزوجة أو إحدى المحارم.

إنّ القتل بسبب المفاجأة بالزنى لا تطبق بشأنه الظروف المشددة ضد الجاني الذي يستفيد من العذر القانوني. أما القتل بباعث شريف غسلاً للعار فيمكن أن تتوفر فيه الظروف المشددة، كسبق الاصرار وقتل الأصول.

مما تقدّم، فجريمة زنى الزوجية تختلف عن الجريمة بباعث شريف (جرائم غسل العار)، إذ أن المرأة تشمل بالعذر القانوني في جرائم غسل العار ومن ثم تحفظ العقوبة الواقعة أسوة بالرجل، خلافاً للمادة (409) زنى الزوجية إذ جاءت حصراً على الرجل.

ومن التطبيقات القضائية في هذا الصدد هو حكم محكمة التمييز الرقم 1067/

تمييزية/1978 في 1978/6/17 المتضمن: (يعتبر قتل المتهمة للمجنى عليه قد حصل بباعث شريف يستوجب تخفيف العقوبة عند فرضها إذا كان سبب القتل طلب المتهم أمراً مخالفاً للآداب من المتهمة عندما كان يحلّ ضيفاً في دار زوجها بتحرشه بأعزّ ما تحرص المرأة العربية على صونه وهو الشرف).

وفي حكم آخر برقم 1618/جنايات أولى/85 – 1986 في 1986/6/26: (ان العار سيّان، إن كان قد ارتكبته امرأة أو رجل إذ أن العبرة بوجوده وليس بمن كان مصدره) – مجموعة الأحكام العدلية – العدد الثاني – السنة التاسعة.

الملاحظ – في الوسط الاعلامي ومنظمات المجتمع المدني والمنظمات النسوية على وجه الخصوص–أنّ هناك تصورا بعدم وجود مساواة بين المرأة والرجل عند ارتكاب جريمة بسبب الباعث.

إن هذه المادة بنصها المذكور تشكّل تمييزاً ضد المرأة، إذ أنّها عذر قانوني مخفف للرجل الذي يقتل غسلاً للعار، ولا ينطبق على المرأة فيما فاجأت زوجها يلاط به في فراش الزوجية فقتلتهما، فضلاً عن كون النص المذكور يخالف أحكام المادة (14) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) والمادة (26) من العهد الدولي للحقوق السياسية والمدنية والمادة (14) من الدستور.

إنّ هذه المادة تؤدي إلى التمييز ضد المرأة، ومن ثم عدم المساواة الذي يكون العنف ضدها أثراً من آثار ذلك النص، ولا بد، والحالة هذه، ان تتم معالجة هذه المادة لتنسجم مع أحكام الدستور العراقي والشرعة الدولية لحقوق الإنسان.

الإجهاض

المادة (417) عقوبات

1 – يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مئة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كلّ امرأة أجهضت نفسها عمداً بأية وسيلة كانت أو مكّنت غيرها من ذلك برضاها.

2 – يعاقب بالعقوبة ذاتها مَن أجهضها عمداً برضاها. واذا أفضى ذلك الإجهاض إلى موت المجني عليها فتكون العقوبة السجن لمدة لا تزيد على السبع سنوات.

3 – يعدّ ظرفاً مشدداً للجاني إذا كان طبيباً أو صيدلانياً أو كيمياوياً أو قابلة أو أحد معاونيهم.

4 – يعد ظرفاً قضائياً مخففاً اجهاض المرأة نفسها اتقاءً للعار إذا كانت قد حملت سفاحاً. وكذلك الأمر في الحالة بالنسبة لمن أجهضها من أقربائها إلى الدرجة الثانية.

يعرّف الإجهاض اصطلاحاً بأنّه: اخراج الحمل عمداً قبل أوانه بصرف النظر عن حياة الجنين أو قابليته للحياة. ومن هذا التعريف يتبيّن أن لجريمة الاجهاض ثلاثة أركان، الركن الأول – وجود الحمل. الركن الثاني – فعل الاسقاط والوسائل المؤدية له. والركن الثالث – الركن المعنوي (القصد الجنائي).

والإجهاض نوعان، الأول – الاجهاض الاختياري – وهو قيام المرأة باجهاض نفسها، كأن تسقط نفسها من علو، أو لبس ملابس ضيقة وسواها من الأفعال الأُخرى، وهذه هي الصورة الأولى للاجهاض الاختياري. أما الصورة الثانية فهي تمكين غيرها من إجهاضها برضاها. كأن تكون قابلة أو طبيباً أوغيرهما.

أما النوع الثاني من الإجهاض فهو الإجهاض الإجباري الذي يتم برضا المرأة وبشروطها وهي:

– أن يكون الفاعل عالماً بحمل المجني عليها.

– أن يتم الاسقاط عمداً بواحدة من وسائل الاسقاط.

– فضلاً عن وجود عنصر الإكراه.

وللإجهاض ظروفه المشددة التي ترجع إلى نتيجة الاجهاض كوفاة المرأة المجهضة، أو قد تعود إلى صفة الجاني وهو الطبيب أو الصيدلاني.

واذا كانت له ظروفه المشددة، فللإجهاض أيضاً ظروفه المخففة، كأن يكون المقصود منه في بعض التشريعات صوناً لعرض الفاعل إذا حملت سفاحاً.

مما تقدّم، يلاحظ أن التشريع العراقي يختلف عن بقية التشريعات المعروفة لدى بعض دول العالم كتركيا وباكستان واوزبكستان وبروناي وماليزيا والدول العربية كمصر وسوريا ولبنان والأردن والمغرب والجزائر والمملكة العربية السعودية، إذ أنّها لا تعتبر الإجهاض جريمة إذا كان بقاء الجنين في بطن أمّه يشكّل خطراً على حياتها، أو أن

الجنين ضعيف أو معاق عقلياً أو جسدياً أو حالات الاغتصاب التي تؤدي إلى الحمل سفاحاً، ويتمّ ذلك لدى المستشفيات الحكومية مجاناً، لذا يوجب تشريع قانون ينسجم مع المبادئ العامة لحقوق الإنسان وما تضمنته الاتفاقات الدولية بهذا الشأن.

المادة (418) عقوبات

1 - يعاقب بالسجن مدّة لا تزيد على العشر سنوات مَن أجهض عمداً امرأة بدون رضاها.

2 - تكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة إذا أفضى الإجهاض أو الوسيلة التي استعملت في إحداثه ولو لم يؤدِ الإجهاض إلى موت المجنى عليها.

3 - يعدّ ظرفاً مشدداً للجاني إذا كان طبيباً أو صيدلانياً أو كيمياوياً أو قابلة أو أحد معاونيهم. وعلى المحكمة أن تأمر بمنعه من مزاولة مهنته أو عمله مدة لا تزيد على الثلاث سنوات.

تعتبر هذه المادة من النصوص القانونية التي تحمي المرأة من الإجهاض كرهاً، ومن ثَمَّ حماية حقها في السلامة الجسدية، وإنّ تلك النصوص تتماهى مع حقوق الإنسان الواردة في المواثيق الدولية.

المادة (419) عقوبات

(مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشدّ ينص عليها القانون يعاقب بالحبس مَن اعتدى عمداً على امرأة حبلى مع علمه بحملها بالضرب أو الجرح أو بالعنف أو باعطاء مادة ضارة أو بارتكاب فعل آخر مخالف للقانون دون ان يقصد اجهاضها).

يضفي هذا النص المزيد من الحماية للمرأة الحامل وهي في هذا الوضع الذي يتطلب المزيد من الرعاية لها من أجل سلامتها وسلامة الجنين.

الخطف

المادة (422) عقوبات - بعد التعديل

(مَن خطف بنفسه أو بواسطة غيره بغير إكراه أو حيلة، حدثاً لم يتم الثامنة عشرة من العمر يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة إذا كان المخطوف أنثى أو بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات إذا كان ذكراً).

وإذا وقع الخطف بطريق الإكراه أو الحيلة وتوفّرت فيه أحد ظروف التشديد المبيّنة في المادة (421) تكون العقوبة السجن إذا كان المخطوف أنثى والسجن مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة إذا كان ذكراً.

مَن خطف بنفسه أو بواسطة غيره بغير إكراه أو حيلة حدثاً لم يتم الثامنة عشرة من العمر يعاقب بالسجن مدة (15) خمس عشرة سنة إذا كان المخطوف أنثى وبالسجن عشر سنين إذا كان ذكراً.

واذا وقع الخطف بطريق الإكراه أو الحيلة وتوفّرت عليه ظروف التشديد المنصوص عليها في المادة (421) تكون العقوبة الاعدام.

واذا صحب الخطف وقاع المجنى عليها أو الشروع فيه تكون العقوبة الاعدام.

تمثل هذه النصوص القانونية حماية للأحداث من خلال عقوبات رادعة للجناة، ودرساً لكل من تسوّل له نفسه التجاوز على أمن وسلامة هذه الفئة من المواطنين.

المادة (423) من قانون العقوبات

(مَن خطف بنفسه أو بواسطة غيره بطريق الإكراه أو الحيلة أنثى أتمت الثامنة عشرة من العمر يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس عشرة سنة.

واذا صحب الخطف وقاع المجنى عليها أو الشروع فيه فتكون العقوبة الاعدام أو السجن المؤبد).

ومن التطبيقات القضائية لهذه المادة حكم محكمة التمييز الاتحادية المرقم 130/الهيئة الموسعة الجزائية /2012 في 2012/7/25 عندما نظرت تمييزاً بالحكم الصادر عن محكمة جنايات ديالى:

القرار -

إنّ الحادث يتلخص أنّه بتاريخ 2010/5/10 خرجت المجنى عليها (ن م ع) وهي من مواليد 1994/11/30 من دارها الواقعة في قضاء خانقين بناء على الاتصال الهاتفي بينها وبين المتهم..الذي يرتبط بها بعلاقة عاطفية الذي وعدها بالزواج منها عند حضورها إلى مدينة بعقوبة. وبعد حضور المجنى عليها إلى مدينة بعقوبة قام المتهم باصطحابها بسيارته بعد ان مكثت بداره ليلة واحدة قاصداً التوجه إلى المحكمة لغرض

عقد القران عليها. إلا أن سيارته تعطلت فقام بإيداع المجني عليها لدى صديقه (م خ) صاحب محل قصابة، بعدها حضرت دورية الشرطة وقبضت عليهما. وقد اعترف المتهم بالحادث وأنكر ارتكابه جريمة خطف المجنى عليها. وانها حضرت بمحض ارادتها واختيارها لغرض عقد القران عليها لوجود العلاقة العاطفية بينهما، إلّا أن هذه الهيئة تجد أن أركان جريمة الخطف متحققة حيث أن المجنى عليها من مواليد 1994/11/30 أي أنّها حدث ولم تتم الثامنة عشرة من العمر بتاريخ الحادث وان المتهم قد استغل صغر سنّها واستدرجها من دارها بوسائل احتيالية وأوهمها بالزواج لتحقيق مآربه الخاصة مما يشكّل جريمة تنطبق وأحكام المادة (422) عقوبات- الجملة الأولى - المعدّلة بأمر مجلس الوزراء المرقم (3) لسنة 2004، وأن الادلة كافية ومقنعة للإدانة، لذا يكون قرار المحكمة... صحيحاً وموافقاً للقانون قرر تصديقه.

أما قرار المحكمة بفرض عقوبة الحبس الشديد لمدة سنتين بحق المدان فجاء مخالفاً لأحكام القانون حيث أن عقوبة الخطف تم تعديلها بموجب الأمر (3) لسنة 2004 الصادر من مجلس الوزراء فأصبحت الاعدام. وبذلك فإنّ لم تراع ذلك عند إصدارها لقرار الحكم بالعقوبة قررت هذه الهيئة نقض قرار الحكم بالعقوبة واعادة الدعوى إلى محكمتها لغرض فرض عقوبة بحق المدان وفقاً للقانون، وكذلك لغرض فرض تعويض للمجنى عليها كونها قاصرة، وان تنازلها وتنازل والدتها يلحقان بها ضرراً محضاً. (مجلة التشريع والقضاء - العدد الأول - السنة الخامسة - 2013 ص244).

توفر هذه المادة الحماية القانونية للمرأة من أجل مكافحة الاختطاف.

- رابعاً -

القوانين العراقية الأُخرى

(1) قانون الأحوال المدنية

تنص الفقرة (3) من المادة الحادية والعشرين من قانون الأحوال المدنية رقم (65) لسنة 1972 المعدّل على: (يتبع الأولاد القاصرون في الدين مَن اعتنق الدين الإسلامي من الأبوين)، عليه فإنّ القاصر عندما يبلغ سن الرشد يرفع دعوى ضد المدير العام لدائرة الأحوال المدنية، أمام محكمة الأحوال الشخصية يطلب فيها العودة إلى ديانته السابقة لإسلام أحد أبويه والطلب من المحكمة إلزام المدعى عليه بتأشير الرجوع إلى ديانته في سجلات الأحوال المدنية. وكانت المحكمة تستجيب لهذا الطلب، واستقر قضاء محكمة التمييز بهيئتها العامة لعقود عدّة على المبدأ الوارد في حكم محكمة التمييز المرقّم 201/هيئة عامة /1976 في 1976/12/25 الذي قضى:

(الحكم الشرعي هو أنه إذا أسلم الصبي تبعاً لإسلام أبيه فإنّه يحق له العودة إلى دينه السابق إذا تحققت شروطها، وهي: البلوغ، والعقل، والاختيار. وبما أن المدعية قد أسلمت تبعاً لإسلام أبيها عندما كانت قاصرة وأنها بعد بلوغها اختارت وهي رشيدة البقاء على دينها المسيحي فتكون قد استعملت حقها المقرر بمقتضى أحكام الشرع).

إذن فمحكمة التمييز بهيئتها العامة وفي عصرها الذهبي آنذاك وبقضاتها المتمكنين من أحكام الشريعة الاسلامية والقانون، يضعون مبدأ قضائياً رائده حرية اختيار الدين، وفي تسبيب الحكم يتضح أن مرجعية الاختيار هي أحكام الشريعة الاسلامية.

إلا أنّه، وبعد هذا الاستقرار القضائي الذي امتدّ لعقود عدّة كما أسلفنا، رجعت محكمة التمييز وبهيئتها الخاصة عمّا استقر عليه قضاؤها السابق في حكمها المرقّم 285/

شخصية اولى/2008 في 2008/12/31 حيث قضت: (...الثابت من وقائع الدعوى أن المميّز «المدعي» قد صار مسلماً تبعاً لديانة والده، وحيث أن مَن صار مسلماً لديانة والده سواء بصفة أصلية أو تبعية أي تبعاً لدين أحد الأبوين كما هو الحال في الدعوى موضوع التدقيقات التمييزية. لا يجوز الرجوع عن إسلامه إذ أن ذلك يُعد بمثابة الردّة التي منعها الإسلام وعاقب عليها...) - هادي عزيز علي - اختيار الدين والاتجاه الأخير لمحكمة التمييز - مجلة التشريع والقضاء - العدد الثالث- السنة الرابعة -ص 284.

هكذا إذن، فالحكم يمنع على المدعي الرجوع عن الإسلام، ويزيد في ذلك باعتبار طلب تغيير الدين (ردّة)، والردّة في الغالب من الموروث الفقهي الإسلامي هي قتل المرتد، علماً بأن هذا الغالب من الموروث الفقهي ليس من ثوابت أحكام الإسلام لوجود مَن يخالفه.

إنّ هذه الفقرة موضوع البحث تخالف أحكام المادة الثامنة عشرة من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان، والمادة (18) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وكذلك المادة (1) من اتفاقية (سيداو)، فضلاً عن مخالفتها لحكم المادة (42) من الدستور التي تعطي كلّ فرد حرية الفكر والضمير والعقيدة، وحكم الفقرة ثانياً من المادة (37) من الدستور التي تنص على كفالة الدولة في حماية الفرد من الإكراه الفكري والسياسي والديني.

المطلوب، إذن، إلغاء هذه الفقرة لمخالفتها المبادئ أعلاه، أو تقديم طعن أمام المحكمة الاتحادية لعدم دستورية النص المذكور.

(2) قانون الإثبات

تنص المادة (11) من قانون الإثبات رقم (107) لسنة 1979 المعدّل على:

يسري هذا القانون على:

أولاً - القضايا المدنية والتجارية.

ثانياً - المسائل المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية.

ثالثاً - المسائل غير المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية، ما لم يوجد دليل شرعي خاص أو نص في قانون الأحوال الشخصية يقضي بخلاف ما ورد في هذا القانون.

فالفقرة الأخيرة من هذه المادة تغلب الأحكام الشرعية على نص القانون، أي إذا وجدت قاعدة شرعية للإثبات فيصار إليها من دون الأخذ بالاعتبار ما أوردته النصوص القانونية. وتطبيقاً لهذه الفقرة فقد قضت محكمة التمييز الاتحادية بحكمها المرقّم 3591/هيئة الأحوال الشخصية الأولى/2007 في 2008/1/28:

(لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي واقع ضمن المدّة القانونية، لذا قرر قبوله شكلاً. ولدى عطف النظر على الحكم المميّز، وجد أنه صحيح وموافق للشرع والقانون، ذلك لأن الطرفين من مقلّدي المذهب الجعفري الذي يشترط لصحة وقوع الطلاق حضور شاهدين عدلين من الذكور، ولا تقبل شهادة النساء سواء كُنَّ منفردات أو منضمات إلى بعضهن أو مع شاهد من الذكور، وحيث أن المدعية أحضرت شاهداً واحداً من الذكور وأربع نساء فإنّ نصاب الشهادة في هذه الحالة غير مكتمل وفقد الطلاق أحد أركانه وهو نصاب الشهادة).

هكذا، إذن، شهادة أربع نساء لا تساوي شهادة رجل واحد أو أربع نساء يُعادلن ربع رجل، وهذا تمييز واضح قدر تعلق الأمر باتفاقية (سيداو) والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية فضلاً عن مخالفته لنص المادة (14) من القانون التي ساوت بين العراقيين أمام القانون من دون تمييز بسبب الجنس.

(3) قانون رعاية الأحداث

المادة (39): للزوجين ان يتقدما بطلب مشترك إلى محكمة الأحداث لضمّ صغير يتيم الأبوين أو مجهول النسب إليهما. وعلى محكمة الأحداث قبل أن تصدر قرارها بالضم ان تتحقق من ان طالبي الضمّ عراقيان ومعروفان بحسن السيرة وعاقلان وسالمان من الأمراض المعدية وقادران على اعالة الصغير وتربيته وان يتوفر فيهما حسن النية.

المادة (42):إذا وجدت محكمة الأحداث بعد انقضاء فترة التجربة أن مصلحة الصغير متحققة برغبة الزوجين الأكيدة في ضمّه إليهما تصدر قرارها بالضمّ.

الفقرة ثانياً من المادة (43): الإيصاء للصغير بما يساوي حصة أقل وارث على أن لا تتجاوز ثلث التركة وتكون واجبة لا يجوز الرجوع عنها.

المادة (44): يتم الإقرار بنسب مجهول النسب أمام محكمة الأحداث وفق قانون الأحوال الشخصية.

هناك إشكالية في تطبيقات هذه النصوص، والنصوص الواردة في المادة (52) من قانون الأحوال الشخصية المتعلقة بالاقرار بالنسب لمجهول النسب. فبالرغم من المادة (44) من قانون رعاية القاصرين يحيل الموضوع إلى المادة(52) من قانون الأحوال الشخصية، إلا أنه يعتبر المضموم موصى له بما يعادل حصة أقل وارث على أن لا تزيد على ثلث التركة. أما الأحكام، وفق قانون الأحوال الشخصية، فإنّ المقرّ له بالنسب يكون بحكم الابن الصلبي نسباً وإرثاً.

هذا الوضع التشريعي لم يرق لبعض ورثة المتوفى أو المتوفاة لكون المضموم يؤدي إلى حجب جزء من الإرث عن بقية الورثة خاصة أخوة وأخوات المتوفّى أو المتوفية، أو يؤدي إلى حجبهم بالكامل وفقاً لتطبيقات قانون الأحوال الشخصية، الأمر الذي دفع المتضررين من الضمّ أو المقرّ لهم بنسب إلى رفع دعاوى أمام محاكم الأحوال الشخصية لنفي النسب وقد يفلحون بذلك. ومن آثار هذا النفي، ان يعمد بعض الأزواج إلى طلاق زوجاتهم لاكتشافهم أنهن لسْنَ بنات صلبيات بل بنات مضمومات أو مقرّ لهن بنسب وهن مجهولات النسب، لكون الثقافة السائدة والأعراف تعتبر (البنت أو الابن) بأنّهما لقيطان وولدا زنى، ولم توفر لهما المنظومة التشريعية الحماية القانونية بعد نفي النسب، لأن أحكام محكمة التمييز غير مستقرة على أحكام موحدة، فتارة ترد دعوى نفي النسب وأُخرى تصدق دعوى نفي النسب. وندرج أدناه أنموذجين لتلك الأحكام.

الحكم الأول - المرقّم 95 **/ موسعة ثانية /** 2004 **في** 17 / 5 / 2004 **:**

(أن الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية الخاصة بموضوع نفي النسب تقرر أنه لا ينتفي نسب الولد إذا نفاه الأب بعد الإقرار به صريحاً أو دلالة. وحيث أن المدعوة (أ) مسجلة رسمياً باسم مورث المميزتين في السجلات الرسمية على هذا الحال حتى وفاته، ومن ثم وفاة والدتها (س ح) زوجة مورث المدعيتين، وحيث أن المبادئ المقرة في الشريعة الاسلامية السمحاء هي حفظ الإنسان فتكون دعوى المدعيتين مفتقرة إلى السند الشرعي والقانوني وان الحكم الصادر برد الدعوى جاء متفقاً والموازين

الشرعية والقانونية. - مجموعة القاضي رزاق جبار علوان - ج 2 - مصدر سابق - ص292.

الحكم الثاني- المرقّم 8617 **/ هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية /** 2012 **في** 19 / 12 / 2012 **:**

(...إن المدعي محق بطلب الحكم له بنفي نسب أخيه المرحوم (ع) من المرحومة (د) كونها ليست أمه وإلحاق نسبه إلى والدته الحقيقية (ص) لتعلق الأمر بالحل والحرمة والأنساب، وحيث أن محكمة الموضوع في حكمها المميز لم تلتزم بوجهة النظر القانونية حين قضت برد الدعوى... لذا قرر نقضه وإعادة الإضبارة إلى محكمتها لاتباع ما تقدم غير منشور.

يلاحظ من ملف الدعوى أن (ع) ثابت النسب بهويات الأحوال المدنية ومسجل لدى دائرة الأحوال المدنية بأن والدته (د) فضلاً عن صدور حكم قضائي يثبت ذلك.

هذا الوضع القانوني لا يحقق الحماية للإنسان، وكحد أدنى مطلوب تشريع يمنع نفي النسب بعد الإقرار بالنسب.

(4) تشريعات العمل والضمان الاجتماعي

قانون العمل رقم (71) لسنة 1987 المعدّل

إن هذا القانون يضمن حق العمل لكل مواطن قادر عليه بشروط وفرص متكافئة بين المواطنين من دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو اللغة أو الدين. ويترتب على ذلك إتاحة الفرصة لكل مواطن في التدريب على النشاط المهني في الحدود التي ترسمها الدولة لحجم ونوع العمل في كل قطاع مهني. المادة (2) من قانون العمل.

من حيث المبدأ فإن هذا النص يتماهى مع نص المادة (3) من العهد الدولى للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الذي ألزم الدول الموقعة عليه بضمان مساواة الذكور بالإناث في التمتع بجميع الحقوق المنصوص عليها في العهد المذكور.

كما أن القانون اعتبر العمل واجباً مقدساً يمليه الشرف وتستلزمه ضرورة المشاركة في بناء المجتمع وتطويره وازدهاره. كما أن نصوصه كفلت للعامل أجراً يكفي لسد حاجاته الأساسية ويمكنه من إعالة أسرة، وأن ما ورد فيه من أحكام يعد الحد الأدنى

لحقوق العمال، وإذا ما وجد نظام آخر لعلاقات العمل فيطبق الأفضل للعامل.

إن الأحكام الواردة في قانون العمل – لا تجيز تشغيل النساء في الأعمال الشاقة أو الضارة بالصحة، ولا تجيز تشغيل النساء الحوامل أعمالاً إضافية يمكن أن تؤدي إلى الإضرار بصحة المرأة أو حملها، ولا يجوز تشغيل النساء بعمل ليلي، إلا إذا كان العمل متعلقاً بمواد أولية عرضة للتلف السريع وكان استمرار العمل في الليل ضرورياً للمحافظة عليها (المواد 81 82 و83 من القانون).

كما منح القانون النساء العاملات فترة راحة يومية لا تقل عن إحدى عشرة ساعة متوالية يكون من بينها بالضرورة ما لا يقل عن سبع ساعات من الفترة الليلية الواقعة بين التاسعة ليلاً والساعة السادسة صباحاً.

وتستحق المرأة العاملة إجازة خاصة بالحمل والولادة بأجر تام لمدة (72) يوماً، ولها التمتع بهذه الإجازة قبل ثلاثين يوماً من التاريخ المتوقع للوضع بشهادة طبية صادرة من مرجع طبي مختص. وتستمر بالتمتع بالإجازة لما بعد الوضع للمتبقي منها، وللجنة الطبية المختصة أن تقرر جعل فترة الإجازة تسعة أشهر في حالات الولادة الصعبة أو ولادة أكثر من طفل أو ظهور مضاعفات في الوضع، وتكون المدة الزائدة عن الإجازة إجازة بدون أجر. ولها كذلك وبموافقة صاحب العمل التمتع بإجازة أمومة خاصة بدون أجر لمدة لا تزيد عن سنة واحدة تتصرف فيها لرعاية طفلها.

في حالة استئناف عملها بعد الإجازة، يسمح للعاملة المرضعة بفترة إرضاع طفلها أثناء العمل بفترة لا تزيد على ساعة واحدة، وتعتبر فترة الإرضاع هذه من ضمن وقت العمل، المادة (87) من القانون.

(5) قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال

يهدف هذا القانون إلى تأمين صحة وسلامة ومستقبل عيش جميع العمال في العراق، وتهيئة الظروف وتوفير الخدمات التي تساعد على تطويرهم اجتماعياً ومهنياً، وذلك بتوفير مستوى أفضل في الضمان الصحي وضمان إصابات العمل وضمان التقاعد وضمان الخدمات، المادة (2) من القانون.

نصت المادة (48) من القانون على: على المرأة العاملة الحامل المشمولة بأحكام

هذا القانون أن تعرض نفسها على اللجنة الطبية التي تعتمدها المؤسسة عند ظهور الحمل لديها. وعليها التقيد بعد ذلك وحتى الوضع بالتعليمات الطبية التي تعطى لها. وتعتبر المرأة الحامل مجازة إجازة مضمونة من تاريخ انفكاكها عن العمل وتستمر إجازتها بعد تاريخ الوضع لمدة ستة أسابيع على الأقل. فضلاً عن المواد الأُخرى المتعلقة بالصحة بشكل عام وطريقة التعامل مع الحالات تلك.

وقدر تعلق الأمر بالنصوص القانونية الواردة في هذا القانون فإنها تعتبر نظاماً متقدماً لمفهوم الضمان الاجتماعي والرعاية الاجتماعية، ومنسجماً مع حكم المادة (30) من الدستور التي تنص على كفالة الدولة للفرد والأسرة وخاصة الأطفال والنساء في الضمان الاجتماعي والصحي والحاجات الأساسية للعيش حياة حرة وكريمة وتؤمن لهم الدخل المناسب والسكن الملائم. ولم تظهر نصوصه تمييزاً بين الجنسين، إلا ما تعلق بالأعمال الصعبة التي أشارت إليها المادتان (81 و83) من قانون العمل، وهو تمييز لمصلحة المرأة.

ولكن الواقع الفعلي شيء والتشريعات شيء آخر. وفي ضوء ما مرّ به العراق وعلى مساحة زمنية تزيد على الثلاثة عقود من حروب وحصار واحتلال فقد خلفت تلك المآسي الكثير من الأرامل والأيتام وفقدت الكثير من النساء أعمالهن، الأمر الذي أصبحت معها تلك النصوص وعلى نبل مقاصدها غير كافية لكي تعيش المرأة عيشة كريمة أو تجد سكناً لائقاً.

(6) القانون المدني

اعتمد القانون المدني مبدأ – النص القانوني – فمع وجود النص لا يجوز الاحتكام لأية قاعدة أُخرى مهما علا شأنها حتى ولو كانت من مبادئ الشريعة الإسلامية، فالقانون أولاً، وفي حالة عدم وجود النص القانوني فيحكم بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد نص قانوني ولا أحكام العرف تنطبق على النزاع، مبادئ الشريعة الإسلامية الملائمة لنصوص القانون المدني. أما مبادئ الشريعة الإسلامية غير الملائمة لأحكام القانون المدني فلا مساغ قانونيا لتطبيقها، المادة (1) من القانون المدني.

قد يحتج البعض بأن هذه المادة تختلف مع حكم الفقرة (أ) من المادة (2) من

الدستور الحالي حول عدم جواز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام، فالجواب – ان هذه المادة من القانون المدني محمية بنص المادة (130) من الدستور ذاته.

وقدر تعلق الأمر بالمرأة فإن نص القانون هو الواجب التطبيق أولاً.

المادة (6) من القانون المدني

(الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر).

قد تستعمل هذه المادة استعمالاً يؤدي بالإضرار بالمرأة وعلى وجه الخصوص الزوجة. على سبيل المثال عندما يوقع الزوج الطلاق على زوجته من دون سبب مقبول متذرعاً بأن الطلاق جواز شرعي وهو حق شرعي للزوج، أو أن يطلب زوجته للمطاوعة في مكان لا يليق بكرامتها أو وضعها الاجتماعي أو مركزها العلمي، محتجاً بأن الأحكام الشرعية تلزم الزوجة بمطاوعة زوجها وذلك حق من حقوق الزوج.

إلا أن أحكام المادة (7) من القانون ذاته قد تصدت لذلك، إذ نصت على: من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان، ويصبح الاستعمال غير جائز في الحالات الآتية: أ – إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الإضرار بالغير. ب – إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما لا يصيب الغير من ضرر بسببها. ج – إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها غير مشروعة.

المواد (10– 28) المتضمنة تنازع القوانين من حيث الزمان والمكان والمنازعات المتعلقة بالأهلية وشروط صحة الزواج، والمسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية، وسائر الواجبات ما بين الآباء والأبناء والوصاية والوصايا، والقوامة والنفقة والمواريث والملكية والحيازة، يسري على إجراءاتها قانون الدولة التي تقام فيها، أو معاهدة دولية نافذة في العراق هذا يعني أن المشرّع العراقي يملك وعياً مبكراً بالمعاهدات الدولية التي تنظم الأحوال الشخصية في حالة التنازع خلافا لما ذهبت إليه محكمة التمييز الاتحادية بحكم لها المتضمن: أن المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية قد حددت المصادر التي تعتمد عليها قضايا الأحوال الشخصية وليس من بينها الاتفاقيات الدولية.

المادة (46) من القانون المدني

(كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية غير محجور عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية). هذه المادة تنطبق على الرجل والمرأة وعلى قدم المساواة.

المادة (73) من القانون المدني

العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول من الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه.

إن الأحكام الواردة على العقود وأهلية التعاقد والمحل والسبب والأثر الملزم للمتعاقدين والمسؤولية التعاقدية ضمان العقد، وانحلال العقد تجري فيها الأحكام على وجه المساواة بين الرجل والمرأة من دون تمييز بينهما على أساس الجنس. فما للرجل من حقوق والتزامات مستمدة من العقد هي ذاتها تكون للمرأة.

المادة (116) من القانون المدني

الزوج ذو شوكة على زوجته، فإذا أكرهها بالضرب مثلاً أو منعها عن أهلها لتهب له مهرها فوهبته له لا تنفذ الهبة ولا تبرأ ذمته من المهر.

المقصود الزوج ذو شوكة - حسب شارحي القانون - إدارة شؤون البيت، ولكنها بالمآل فهو نص يعطي العلوية للرجل ولكنه مع سلطة الإدارة تلك. فإنه لا يستطيع إكراهها على القيام بعمل من أجل منافعه المادية. واذا ما كان له ذلك، فإن التصرف يعتبر غير نافذ بحق الزوجة وهذا النص يصطف لمصلحة الزوجة متى ما مارس الإكراه ضدها.

إن القانون المدني ومنذ تشريعه حاول الابتعاد عن القواعد الفقهية التي تضمنتها مجلة الأحكام العدلية التي كانت تطبق في العراق باعتبارها كانت تقوم مقام القانون المدني قبل تشريعه، والبالغ عددها (99) قاعدة. وتلك القواعد مستلة من المذهب الحنفي المعتمد من قبل الدولة العثمانية آنذاك، وقد عمد المشرّع عند وضعه القانون المدني إلى استبعاد تلك القواعد وحل محلها أحكام أُخرى، إلا أن النزر اليسير من تلك القواعد بقي في القانون الجديد وعلى سبيل المثال:

المادة (165) من القانون المدني التي تنص على:

(إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلّبت والعبرة للغالب الشائع لا للنادر الضائع).

والخشية هنا أن تطغى العادات الشائعة، وهي نمط من الموروث الثقافي الذي قد يتقاطع مع حقوق الإنسان وأحكام الشرعة الدولية التي تشرعه، وبالتالي يؤدي إلى عدم المساواة بين الرجل والمرأة، لما تحمله تلك العادات من تمييز ضدها.

في الباب الثالث من القانون وتحت عنوان - العمل غير المشروع - أو ما يسمى المسؤولية التقصيرية، فقد نظمت أحكام القانون الفعل غير المشروع الذي يقع على الشخص ويسبب له ضرراً، إذ عالجت أحكام هذا الباب الكيفية التي يتم من خلالها جبر الضرر، سواء كان التعويض عن الضرر المادي أو الضرر المعنوي. وفي هذا الصدد تنص المادة (205) من القانون على الآتي:

1 - يتناول حق التعويض الضرر الأدبي كذلك. فكل تعدٍّ على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المعتدي مسؤولاً عن التعويض.

2 - ويجوز ان يقضي بالتعويض للأزواج والأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب.

التعويض الأدبي جراء الاعتداء على الحرية والشرف والسمعة يوفر حماية قانونية مقبولة للمرأة، عن طريق التعويض المناسب الذي يهدف إلى جبر الضرر. هذا مع العلم أن الضرر الذي تستحقه المتضررة لا يمنع توقيع العقوبة الجزائية على الفاعل إذا توفرت شروطها، وحسبما نصت عليه المادة (206) من القانون.

للذكر مثل حظ الأنثى في الميراث

من الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، هو حق التصرف، وللمتصرف في أراضي الدولة أن ينتفع بها هي وزوائدها وأن يزرعها ويقيم فيها الأبنية الخاصة بالزراعة وأن يغرس فيها الكروم والأشجار وأن يتخذها حديقة أو بستاناً أو غابة أو مرعى، وأن يبني فيها الدور والحوانيت والمصانع للأغراض الزراعية، وأن يهدم أبنيتها ويجعل منها مزرعة، وله أن يقلع أشجارها وأحطابها وأن ينتفع بترابها وأن يبيع رمالها وأحجارها في حدود النظم الخاصة، وأن يتخذ فيها محلاً للبيادر، وأن يفرغها أو يؤجرها أو

يعيرها وأن يرهن حق التصرف فيها رهناً تأمينياً أو حيازياً ويستوفي الدين من ذلك الحق حتى لو انحلت الأرض بعد موته، وله بوجه عام أن ينتفع بالأرض وأن يستغلّها وأن يتصرف في حقه عليها في حدود القانون. وتبقى في كل الأحوال رقبة الأرض مملوكة للدولة.

هذا ما تضمنته المادة (1169) من القانون، فهذه الصلاحيات الواسعة الممنوحة لصاحب حق التصرف قد عالجت أحكامها النصوص القانونية في حالة وفاة صاحب حق التصرف بحكم المادة (1194) من القانون التي تنص على:

- يراعى دائماً في حق الانتقال، أن يكون للذكر مثل حظ الأنثى، أياً كانت الدرجة التي انتقل إليها هذا الحق.

وبهذا يكون المشرّع قد ساوى بين الذكر والأنثى في ميراث حق التصرف، ومعلوم أن قانون الأحوال الشخصية المرقم 188 الصادر في كانون الأول (ديسمبر) 1959 قد استند إلى هذه النصوص عندما ساوى بين الذكر والأنثى في الميراث بشكل عام، ولم يلغ هذا النص في قانون الأحوال الشخصية إلا بعد انقلاب 8/شباط (فبراير)/1963.

هذا مع العلم أن الفقرة (2) من المادة (1193) من القانون قد أثبتت حق الزوجين في الانتقال، حتى لو مات أحدهما قبل الخلوة الصحيحة أو قبل انتهاء العدة في الطلاق الرجعي. وإذا طلّق الزوج زوجته طلاقاً بائناً في مرض الموت ومات قبل انتهاء العدة، ثبت للزوجة حق الانتقال.

(7) قانون الانتخابات

صدر قانون الانتخابات العامة رقم (16) لسنة 2005 الذي عدل بالقانون رقم (26) لسنة 2009 الذي ساوى بين الرجل والمرأة حسب منطوق الفقرة ثانياً من المادة (1) من التعديل المرقم (26) لسنة 2009، إذ جاءت بالنص الآتي: يصوّت العراقيون أينما كانوا لقوائم محافظاتهم أو لمرشحيهم على أن يشمل المصوّتين خارج العراق بضوابط التصويت الخاص.

ومعلوم أن الفقرة رابعاً من المادة (49) من الدستور أقرت كوتا النساء بنسبة تمثيل لا تقل عن الربع من عدد أعضاء مجلس النواب.

إلا أن قانون المحافظات غير المنتظمة بإقليم جاء خالياً من نسبة تمثيل النساء، وبناءً على استفسار موجّه من قبل مجلس النواب إلى المحكمة الاتحادية العليا حول فرض نسبة تمثيل في قانون المحافظات وفقاً للمادة (14) من الدستور وغيرها من المواد التي نصت على تكافؤ الفرص.

وقد وجدت المحكمة الاتحادية العليا أن قواعد التفسير توجب دراسة كل مواد التشريع للوصول إلى فلسفة، وهدف ذلك التشريع الذي أراده المشرّع. ولما كانت المادة (49) من الدستور تنشد وتستهدف تحقيق نسبة للنساء لا تقل عن الربع من عدد أعضاء مجلس النواب، فقد وجدت المحكمة الاتحادية العليا أن ذلك ما يجب العمل به في مجلس المحافظة نظراً لوحدة الهدف ولوحدة الاختصاصات في المجال التشريعي. وهذا لا يتعارض مع المبدأ المنصوص عليه في المادة (14) من الدستور. هذا ما جاء به رأي المحكمة الاتحادية العليا المرقم 13/ت/2007 في 2007/7/31.

ومعلوم بعد صدور هذا الرأي صدر قانون انتخابات مجالس المحافظات والأقضية والنواحي المرقم (36) لسنة 2008. وقد جاء في الفقرة (الرابعة/أولاً) منه على: الانتخاب حق لكل عراقي وعراقية وممن تتوفر فيه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون لممارسة هذا الحق دون تمييز بسبب الجنس.

كما نصت الفقرة (ثانياً) من المادة (13) من القانون على (توزع المقاعد بين مرشحي القائمة المفتوحة. ويعاد ترتيب تسلسل المرشحين استناداً إلى عدد الأصوات التي حصل عليها المرشح. ويكون الفائز الأول هو مَن حصل على أعلى عدد من الأصوات ضمن القائمة المفتوحة. وهكذا بالنسبة لبقية المرشحين على أن تكون امرأة نهاية كل ثلاثة فائزين بغض النظر عن الفائزين الرجال.

وبذلك تحقق للنساء نسبة لا تقل عن الربع في مجالس المحافظات، وهذا ينسجم مع المبادئ العامة لدستور 2005 وأحكام الشرعة الدولية لحقوق الإنسان الواردة في المواثيق الدولية.

(8) قانون المنظمات غير الحكومية

تمكنت منظمات المجتمع المدني بجهد ومثابرة مشهودين لها أن تنتزع قانوناً للمنظمات غير الحكومية من السلطة التشريعية في الشهر الأول من العام 2010، إذ

صدر القانون رقم (12) لسنة 2010 وعلى الرغم من الملاحظات على هذا القانون، إلا أنه من دون شك منجز تشريعي مهم للمنظمات غير الحكومية وللنسوية منه على وجه الخصوص. ولأن واحداً من أهداف هذا القانون هو تعزيز حرية المواطنين في تأسيس المنظمات غير الحكومية والانضمام إليها الفقرة (ثانياً) من المادة (2) من القانون، وأجاز القانون منح صفة النفع العام على المنظمة وفقاً لأحكام المادة (17) من القانون. وهذا يعني إعفاء المنظمة من ضريبة الدخل وضريبة القيمة والرسوم الجمركية وضرائب المبيعات.

الشيء المعيب في هذا القانون هو إعطاء حق التأسيس للسلطة التنفيذية، التي تكون في أحيان كثيرة لا تملك الحياد والاستقلال. والواقع التطبيقي يشهد على ذلك، فدائماً ما توضع العراقيل والكوابح أمام التسجيل ويستنفد جهد طالبي التسجيل ووقتهم بمراجعات مملّة وصعبة لا تنسجم مع الهدف الذي توخاه القانون، والمقترح لدينا هو اناطة مسؤولية منح اجازة التأسيس إلى جهة مستقلة كالقضاء مثلاً الذي يملك الخبرة والدراية في منح التراخيص والأذونات. وبإمكان خضوع قرار القاضي للطعن أمام جهة قضائية أعلى إذا لم يستجب للطلب.

(9) قانون مكافحة البغاء

بتاريخ 1988/1/11، صدر قانون مكافحة البغاء رقم (8) لسنة 1988، الذي عرّف البغاء في مادته الأولى بأنّه: تعاطي الزنى أو اللواط بأجر مع أكثر من شخص، (كما عرّف السمسرة): هي الواسطة بين شخصين بقصد تسهيل فعل البغاء بأية طريقة كانت، ويشمل ذلك التحريض ولو بموافقة أحد الشخصين أو نائبه، كما يشمل استغلال بغاء شخص بالرضا أو بالإكراه.

كما نصت المادة الثانية من القانون على: (البغاء والسمسرة ممنوعان)، والجانب العقابي فيه هو العقوبة بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات لكل سمسار أو مَن شاركه في فعل السمسرة، وتعاقب البغيُّ الذي يثبت تعاطيها البغاء بإيداعها إحدى دور الاصلاح المعدّة لتوجيه وتأهيل النساء مدّة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على السنتين، المادة الرابعة.

وتكون العقوبة مدّة لا تزيد على عشر سنوات لمن استبقى ذكراً أو أنثى للبغاء أو اللواط في محلٍّ ما بالخداع أو الإكراه أو القوة أو التهديد وكان عمر المجنى عليه أو عليها أكثر من ثماني عشرة سنة، وبالسجن مدّة لا تزيد عن خمس عشرة سنة إذا كان عمر المجنى عليه أو عليها دون الثماني عشرة سنة، وللمحكمة الحكم بتعويض عادل للمجنى عليه أو عليها في الحالتين السابقتين، المادة الخامسة من القانون.

ويتمُّ التعويض وفق الفقرة (1) من المادة (130) من القانون المدني رقم (40) لسنة 1952.

للقاضي المختص بموافقة البغي انهاء الحجز الاصلاحي في الحالات الآتية:

- إذا قدم أحد اصول المحجوزة أو زوجها أو من له الولاية عليها أو أحد أقاربها تعهداً يلتزم فيه حسن تربيتها وسيرتها وسلوكها ويدفع المبلغ الذي تحدده المحكمة في التعهد إذا وقع الإخلال به.

- إذا تزوّجت المحجورة واقتنعت المحكمة بأنّ هذا الزواج لم يكن الغرض منه التملّص من أحكام هذا القانون.

- إذا ثبت للمحكمة من التقارير الرسمية أنّ المحجورة أصبحت بحالة تستطيع معها العيش الشريف. هذه أحكام المادة الحادية عشرة من القانون.

إلا أنّ مجلس قيادة الثورة (السلطة التشريعية) آنذاك عمد إلى تغليظ العقوبة فأصدر قراره المرقم (234) في 2001/10/14 الذي عاقب بالإعدام مرتكب جريمة اللواط بذكر أو أنثى، أو من يعتدي على عرض شخص ذكرا أو أنثى بدون رضاه أو رضاها، تحت التهديد بالسلاح أو باستخدام القوّة بشكل يخشى معه على حياة المجني عليه أو المجني عليها.

وبذات العقوبة من يزني بأحد محارمه وكان وقت ارتكاب الجريمة قد اكمل الثامنة عشرة من عمره. والعقوبة نفسها لمن يثبت تعاطيها البغاء.

ويشمل بالعقوبة ذاتها مَن يستغل محلّاً عاماً أو أي محلٍّ آخر يسمح بدخول الجمهور فيه واستخدام أشخاص يمارسون البغاء لغرض استغلالهم في التشويق لمحلّه. أو من يملك أو يدير منزلاً أو غرفاً أو فندقاً يسمح للغير بتعاطي البغاء فيه أو يسهّل ذلك أو يساعد عليه.

إنّ العقوبات الرادعة لأعمال السمسرة، أمر مطلوب وملّح لكلّ مَن يتعمّد استغلال المرأة جنسيّاً ويمعن في إهانتها وإذلالها وتغليظ العقوبة لتلك الأعمال أمر مطلوب لأنّه ينسجم وحكم المادة (6) من اتفاقية (سيداو) التي تنصّ على: تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة، بما في ذلك التشريعية منها، لمكافحة جميع أشكال الاتجار بالمرأة واستغلال بغاء المرأة، إلّا أنّ فرض عقوبة الاعدام هو عقوبة قاسية وضرورة الأخذ بمبدأ التناسب عند فرض العقوبة، وربما السجن المؤبد يشكّل رادعاً مجزياً لهكذا أفعال.

إنّ فرض عقوبة الإعدام على مَن تتعاطى البغاء عقوبة قاسية جداً إذ من المفترض دراسة حالة المرأة البغي والوقوف على مجموعة الظروف التي احاطت بها وألقت بها في هذا المستنقع، فكثيراً ما تكون المرأة مكرهة أو مجبرة على فعل البغاء، وهي بذلك ضحية، إذ من غير المقبول تشديد العقوبة مع كونها ضحية بدلاً من انتشالها من الواقع المرير وتأهيلها وحمايتها لكي تكون عضوا نافعاً في المجتمع.

لذا نقترح إلغاء قرار مجلس قيادة الثورة أعلاه والبقاء على الأحكام السابقة في القانون مع تشديد العقوبة على مَن يتاجر بالنساء.

(10) العنف ضد المرأة

تشير الاحصاءات الدولية إلى ان نسبة العنف ضد المرأة عالية في كثير من الدول، إذ بلغت 85٪ في كرواتيا و51٪ في فرنسا، وفي الاردن فإنّ نسبة المعنّفات 85٪ من طالبات الجامعات الأردنية و22٪ في مصر. وفي العراق أشارت رابطة المرأة العراقية الى أن أكثر من (400) امرأة اختطفن واغتصبن خلال الأشهر الأربعة الأولى من الاحتلال في العام 2003. وفي دراسة لجمعية الأمل العراقية عن العنف ضد المرأة في محافظة أربيل، إذ بلغت العيّنة (2350) امرأة، فقد توصلت الدراسة إلى ان (44،63٪) منهنّ لم يدخلن المدرسة بسبب منع الأهل لهنّ، وان (18،67٪) لم يدخلن المدرسة لعدم وجودها في مناطقهنّ و(13،52٪) بسبب سوء الحالة الاقتصادية، ونسبة (19،361٪) شعرن بتفضيل الذكر عليهنّ، و(62،127٪) تعرضن للاعتداء الجنسي والتحرّش في الباصات والأماكن العامة، ونسبة (69،617٪) تعرضن إلى

الاعتداء النفسي والتعليقات الجارحة، ونسبة (49،404٪) من ألفاظ السبّ والشتم التي يتداولها الذكور موجهة ضد المرأة. (ليث محمد عياش العاني-أنماط العنف الموجه نحو المرأة العراقية بعد الاحتلال الأميركي للعراق- كلية التربية وعلم النفس - بغداد العراق - 2009 - 2010).

في شباط (فبراير) 2008 اطلق بان كي مون، الأمين العام للأمم المتحدة، حملته لإنهاء العنف تحت شعار «اتّحدوا لانهاء العنف ضد المرأة»، والمتمثل بنشاط متعدد الأوجه تبذل فيه الحكومات ومنظمات المجتمع المدني والتنظيمات النسوية ووسائل الاعلام المختلفة جهدها في سبيل ذلك ويمتدّ إلى العام 2015.

في العراق لم يصدر قانون الحماية من العنف الأسري، ولكنّ وزارة المرأة شكّلت لجنة من الخبراء كُلفوا بوضع مسوّدة لقانون الحماية من العنف الأسري، وكنت أحد اعضائها. وانتهينا من كتابة تلك المسوّدة التي استغرق العمل فيها قرابة السنتين، وتضمن فصله الأول التعاريف والأهداف، والفصل الثاني مجلس الحماية من العنف الأسري وتشكيلاته، والفصل الثالث آليات تقديم الشكوى، والفصل الرابع عن الحماية، والفصل الخامس التحقيق والمحاكمة، والسادس عن التزام السلطات في تلقي الشكوى، والسابع العقوبات والفصل الثامن والأخير أحكام ختامية. ومن الجدير بالذكر ان المشروع المذكور يسير في مراحله التشريعية اذا لم يقف الوضع السياسي الحالي والخطاب السياسي الديني عائقين أمام تشريعه.

أما في كردستان فقد صدر قانون مناهضة العنف الأسري رقم (8) لسنة 2011، وحقق سبقاً تشريعياً على صعيد العراق إذ عرّف العنف الأسري: كلُّ فعل أو قول أو تهديد على أساس النوع الاجتماعي في اطار العلاقات الأسرية المبنية على أساس الزواج والقرابة إلى الدرجة الرابعة ومن ثم ضمّه إلى الأسرة قانوناً من شأنه ان يلحق ضرراً من الناحية الجسدية والجنسية والنفسية وسلباً لحقوقه وحرياته.

وقد أورد على سبيل المثال نماذج من العنف الأسري في مادته الثانية: الزواج بالإكراه، زواج الشغار وتزويج الصغير، التزويج بدل الديّة. الطلاق بالإكراه، قطع صلة الرحم، إكراه الزوجة على البغاء وامتهان الدعارة، ختان الإناث، اجبار أفراد الأسرة على ترك الوظيفة، اجبار الأطفال على العمل والتسوّل وترك الدراسة، الانتحار أثر من

آثار العنف الأسري، ضرب أفراد الأسرة والأطفال بأية حجة، الإهانة والسبّ والشتم.

كما نص القانون على شمول قضايا العنف الأسري بخدمات شبكة الحماية الاجتماعية وبيّنَ إجراءات صدور أمر الحماية ومحتوياته فضلاً عن العقوبات لمرتكب أعمال العنف الأسري.

(11) نفاذ الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان

1 - في التشريع الوطني

كلّ دول العالم وضعت قواعد رصينة لاستقبال الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان ووضعها في النسيج التشريعي الوطني، حتى أنّ البعض أطلق على عملية الاستقبال تلك بـ(التجنيس)، أي منح الجنسية الوطنية للنصوص الدولية تلك، فقد عرّفت اتفاقية فيينا للمعاهدات 1969 المعاهدة بأنّها: (اتفاق دولي يعقد كتابة بين دولتين أو أكثر ويخضع للقانون الدولي سواء تمّ ذلك في وثيقة واحدة أو أكثر أيّاً كانت التسمية التي ترد عليه). ومعلوم أنّ نص المادة (103) من ميثاق الأمم المتحدة نصت على: (إذا تعارضت الالتزامات التي يرتبط بها أعضاء الأمم المتحدة وفقاً لأحكام هذا الميثاق مع أي التزام دولي آخر يرتبطون به فالعبرة بالتزاماتهم المترتبة على هذا الميثاق). كما أن المادة (46) من اتفاقية فيينا لعقد المعاهدات 1969 نصت على: (لا يجوز لدولة ان تتمسك بأنّ التعبير عن ارتضائها الالتزام بمعاهدة قد تمّ بمخالفة لحكم في قانونها الداخلي يتعلّق بالاختصاص في ابرام المعاهدات كسبب لإلغاء رضاها..). وفي ضوء ذلك فقد اتخذت الدول التشريعات المطلوبة متماهية مع تلك النصوص وعلى سبيل المثال:

الدستور الهولندي الصادر سنة 1983 تضمنت المادة (94) علوية المعاهدات الدولية على التشريعات الوطنية النافذة في المملكة. وهذا يعني ان تلك العلوية تطال النصوص الدستورية أيضاً.

دستور ألمانيا الصادر سنة 1949 في مادته (25) نصّها: (تشكّل القواعد العامة في القانون الدولي جزءاً من تركيبة القانون الاتحادي وتكون لها الأفضلية على القوانين الاتحادية وتنشأ مباشرة حقوقاً وموجبات بالنسبة لسكان الأراضي الفدرالية).

أما في فرنسا فقد نصّت المادة (55) من الدستور الفرنسي على: (المعاهدات أو الاتفاقيات المصادق عليها أو الموافق عليها أصولياً تكون لها منذ نشرها سلطة أعلى من سلطة القوانين).

في الجزائر فقد نصت المادة (132) من دستورها على: (المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في هذا الدستور تسمو على القانون).

لبنان - نصّت المادة (2) من قانون أصول المحاكمات المدنية على: عند تعارض أحكام المعاهدات الدولية مع أحكام القانون العادي، تتقدم في مجال التطبيق الأولى على الثانية..).

في مصر نصّت المادة (151) من دستور 1970على أن: (رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات ويبلغها مجلس الشعب مشفوعة بما يناسب من البيان وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها). وهذا النص مأخوذ من نص مماثل في الدستور الكويتي النافذ حالياً.

واستقرت الأحكام القضائية الدولية على الأحكام التشريعية تلك، ومنذ القضية المعروفة بقضية (مونتيجو) 1875 بين الولايات المتحدة الأميركية وكولومبيا المنظورة من قبل محكمة التحكيم، وبذات الأحكام المنظورة من قبل المحكمة الدائمة للعدل الدولي في حقبة عصبة الأمم وتلقفتها محكمة العدل الدولية منذ تأسيس الأمم المتحدة.

وتناول الفقه الدولي هذا الموضوع باستفاضة ومهنية عالية بمن في ذلك شارحو القانون الدولي في العراق شرحاً ودراسة وبحثاً متوصلين إلى النتيجة ذاتها هي علوية النص الدولي موضوع البحث على القانون الوطني.

وقد ذهب كتبة الدستور وفي مسوّدته الأولى، إلى وضع نص في المادة (44) يتضمن ان العراق يعتمد الاتفاقيات الدولية المتعلّقة بحقوق الإنسان كافة، وقد استبشرنا خيراً في حينه على اعتبار ان تلك النصوص ستجدّ لها حماية دستورية، ولا يمكن التصدي لها ما دام الدستور قد خصّها بالذكر.

إلّا أنّ المفاجأة هي غياب هذا النص في مسوّدة الدستور الأخيرة التي كانت محلّاً

للاستفتاء، مع وجود نص يتيم في الدستور تضمنته الفقرة (رابعاً) من المادة (61) الذي ينص على: (تنظيم عملية المصادقة على المعاهدات والاتفاقيات الدولية بقانون يسنّ بأغلبية ثلثي اعضاء مجلس النواب).

هذا يعني ان الاتفاقية تكون قانوناً عراقياً بعد التصديق عليها، ولكنّ النص الدستوري لم يرسم موقع الاتفاقية في الهرم التشريعي العراقي، واذا كانت مجرد قانون بعد التصديق عليها، فهل تطبق عليه قاعدة التشريع اللاحق ينسخ التشريع السابق، وأمام هذا الوضع التشريعي الضبابي لهذا الموضوع مع غياب ثقافة حقوق الإنسان فقد تمكن البعض من تناول هذا الموضوع بدونية مقصودة يغلب عليها الموروث الثقافي عادة.

2 - البهائية

الكلام عن هذا المعتقد من المحرّمات منذ عقود وهو موضوع حسّاس. وقد تلقى الكثير من أتباعه الاضطهاد والتنكيل والملاحقة، وان القائمين باضطهادهم لا يعرفون شيئاً عن هذه العقيدة، بل انّ كلّ المعلومات التي وصلت اليهم وللآخرين هي معلومات مبنية على السماع، لم تتح لهم أية فرصة لعرض آرائهم بغية الوقوف عليها، وفيما لو ان تلك العقيدة مخالفة للأديان السماوية أم قريبة منها، وهل ان أفكارهم تنسجم مع الشرعة الدولية لحقوق الإنسان أم تختلف معها، وهذا حق لكلّ مواطن كفلته المادة (42) من الدستور التي تنص على: (لكلّ فرد حرية الفكر والضمير والعقيدة)، فضلاً عن ان الفقرة (ثانياً) من المادة (37) نصت على: (تكفل الدولة حماية الفرد من الإكراه الفكري والسياسي والديني).

وقد بلغ القمع ذروته في القانون المرقم (105) لسنة 1970المنشور في الجريدة الرسمية العدد (1880) في 1970/5/18، عندما حظر القانون على أي شخص يحبّذ أو يروّج أو ينتسب لأيّ محفل من المحافل التي تعمل على تلقين أو نشر البهائية أو الدعوة إليها بأيّ شكلٍ من الأشكال، وغلق جميع المحافل البهائية ومراكزها الموجودة في العراق، ويوقف نشاطها ويمنع كل شخص طبيعي أو معنوي وأية منظمة أو هيئة أو جهة من القيام بأيّ نشاط كانت تمارسه. إنّ مخالفة أحكام هذا القانون قد تصل عقوبتها إلى الاعدام.

- خامساً -

الدستور العراقي وحقوق المرأة

نص الدستور العراقي (2005) في بابه الثاني على الحقوق والحريات، إذ تضمن فصله الأول الحقوق. وتناول الفرع الأول من هذا الفصل – الحقوق المدنية والسياسية – المواد من المادة 14 – 21، وفي فرعه الثاني تضمن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، المواد 22 – 37.

وتضمن الفصل الثاني من هذا الباب الحريات المواد (37-46). وسنحاول هنا التعريف بالحقوق والواجبات تلك، ومدى تماهيها مع الأحكام العامة الواردة في العهود والاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان، وخاصة العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) ، وسواها من الحقوق الأُخرى وعلى الوجه الآتي:

1 - الحق في الحياة

اهتمت الشرعة الدولية لحقوق الإنسان، وأولت اهتماماً خاصاً بالحق في الحياة بوصفه من أهم الحقوق، إذ نصت المادة السادسة من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على: الحق في الحياة حقٌّ ملازم لكلّ إنسان، وعلى القانون أن يحمي هذا الحق، ولا يجوز حرمان أحد من حياته تعسّفاً، إضافة إلى ان دساتير الدنيا قد أولته ما يستحق من اهتمام، فقد نصت الفقرة (1) من المادة (17) من دستور الاتحاد الروسي على: يُعترف بالحقوق والحريات الأساسية طبقاً لمبادئ القانون الدولي وأعرافه المعترف بها من الجميع وتكفل في الاتحاد الروسي وبموجب هذا الدستور، ونصت الفقرة (2) من المادة (2) من القانون الأساسي لجمهورية المانيا الاتحادية:

(لكلّ شخص الحق في الحياة وسلامته البدنية. وحرية الشخص لها حرمتها. ولا يجوز التدخل في هذه الحقوق الا استناداً إلى قانون. كما تنص المادة (31) من الدستور الياباني على: (لا يجوز حرمان أي شخص من الحياة أو الحرية، ولا يجوز فرض أية عقوبة جنائية أُخرى إلا وفقاً للإجراءات التي ينص عليها القانون).

استشرف المشرّع العراقي تلك الأحكام التشريعية الواردة في الصكوك الدولية لحقوق الإنسان والدساتير المناظرة واستلهم أحكامها ووضع نصّاً مناظراً، ورد في حكم المادة (15) من الدستور التي تنص على: لكلّ فرد الحق في الحياة والأمن والحرية، ولا يجوز الحرمان من هذه الحقوق أو تقييدها إلا وفقاً للقانون وبناء على قرار صادر من جهة قضائية مختصّة.

ولما كانت الأحكام الصادرة بالاعدام تنهي الحق في الحياة بوصفها تصدر عن نصوص قانونية واجبة الاتباع - ولست هنا في مدخل لمشروعية عقوبة الإعدام من عدمها، فالبحث فيها يخرج عن موضوعنا هذا- إلّا أنّ الموضوع الجدير بالاهتمام مع وجود المنظومة التشريعية هذه نقول لا بدّ ان يجري التحقيق مع المتهم على وفق المعايير الدولية الواردة في المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، أي مراعاة الإجراءات والضمانات التي تكفل العدالة في تطبيق الحكم، باتاحة الفرصة للمتهم للدفاع عن نفسه والاستعانة بمحام أو كفالة الدولة بندب محام إذا كان غير قادر على توكيل محام، وأن تُضمن له مُحاكمة عادلة من قبل محكمةً مختصّة ومستقلّة حتى يتاح لها إصدار حكم الاعدام الذي يكون بدوره خاضعاً لطرق الطعن التلقائية، ولو لم يطعن به من قبل المتهم نفسه.

لذا فإنّي أجد أنّ نصّ هذه المادة ركيكٌ من حيث الصياغة والمضمون، فالنص الوارد في المادة: بناء على قرار صادر من جهة قضائية مختصّة، والأفضل ان يكون النص بناء على: قرار حكم صادر من محكمة مختصّة لأنّ المحاكم وحدها التي تصدر الأحكام، أما القرارات فتصدر عن السلطات التنفيذية والسلطات القضائية وغيرها، ومن أجل حصر الأمر بالمحاكم لابدّ من القول بناء على حكم صادر وليس قراراً صادراً، هذا من جهة، أما من جهة أُخرى، فالأفضل ان يكون النص بالصياغة الآتية: «بناء على حكم صادر من محكمة مختصّة» وليس من جهة قضائية مختصّة إذ توجد

الكثير من الجهات القضائية التي هي على العموم دوائر تنفيذية قضائية - وليست محاكم وغير مخوّلة بالفصل في النزاعات، إذ يوجب اخراج تلك الجهات من موضوع الفصل في المنازعات، خاصة إذا كان الموضوع المطروح عليها يتعلق بموضوع تطبيق عقوبة الاعدام وإنهاء حياة فرد كفل الدستور حمايتها.

2 - الحق في الجنسية

إنّ الجنسية من الموضوعات المهمّة التي عملت عليها الأمم المتحدة ومنظماتها الدولية، على اعتبار أنّها الوسيلة التي تسبغ على الفرد صفة الانتماء إلى الوطن، وتمنحه المواطنة، التي من خلالها يرتبط الفرد بالدولة، وبموجبها تحدد ما له من حقوق مدنية وسياسية وسواها من الحقوق الأُخرى، وما عليه من واجبات، وهي نقطة البداية الحتمية للحياة القانونية للفرد التي لا كيان له بدونها. (د. فؤاد عبد المنعم رياض - الجنسية كحق من حقوق الإنسان - دار العلم للملايين - بيروت - المجلد الثالث - ص450).

وكما بيّنا في المبحث الأول أن لكلّ فرد الحق في التمتع بجنسية ما، ولا يجوز حرمانه منها، فضلاً عن حق الفرد في تغيير جنسيته. وهذا ما تضمنه نص المادة (6/15) من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان، كما أن الفقرة (1) من المادة السابعة من حقوق اتفاقية الطفل نصت على: (يسجّل الطفل بعد ولادته فوراً ويكون له الحق منذ ولادته في اسم والحق في اكتساب الجنسية).

ولعل واحداً من النصوص المهمة التي أنجزتها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) هونص المادة (9) التي تنص على: 1 - تمنح الدول الأطراف المرأة حقوقاً مساوية لحقوق الرجل في اكتساب جنسيتها أو تغييرها أو الاحتفاظ بها. وتضمن بوجه خاص ألّا يترتب على الزواج من أجنبي، أو على تغيير الزوج لجنسيته أثناء الزواج أن تتغير تلقائياً جنسية الزوجة، أو أن تفرض عليها جنسية الزوج. 2 - تمنح الدول الأطراف المرأة حقاً مساوياً لحق الرجل في ما يتعلق بجنسية أطفالهما.

تمكن المشرّع العراقي من اعتماد المبادئ القانونية الواردة في الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان المتعلّقة بالجنسية ونص دستور (2005) على أن الجنسية العراقية حقٌّ

لكلّ عراقي، وهي أساس مواطنته. كما يعدُّ عراقياً كلّ من وُلد لأب عراقي أو أمّ عراقية، المادة (18) من الدستور. وبذلك فقد تبنّى المشرّع العراقي حكم الفقرة (2) من المادة (9) من اتفاقية (سيداو) المشار إليها أعلاه. وتأكيداً لهذا المبدأ الدستوري وتطبيقاً له، فقد صدر القانون رقم (26) لسنة 2006 قانون الجنسية، إذ نصت الفقرة (أ) من المادة (3) منه على: يعدُّ عراقياً مَن وُلد لأب عراقي أو أمّ عراقية، وبذلك يكون العراق قد أوفى بالتزاماته تجاه حكم الفقرة (2) من المادة (9) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو).

كما أن الأحكام الدستورية حظرت وبحزم إسقاط الجنسية العراقية عن العراقي بالولادة لأيّ سبب من الأسباب. ويحق لمن أسقطت عنه طلب استعادتها، ويجوز سحب الجنسية من المتجنّس بها في الحالات التي حددها القانون، كما أجاز الدستور تعدد الجنسية للعراقي.

ويشكّل منح المرأة جنسيتها لأولادها منجزاً تشريعياً مهمّاً للمرأة العراقية بزّت فيه نظيراتها في المحيط الإقليمي، ومحل اعتزاز لنضال المرأة العراقية، إلّا أنّ الموروث الثقافي وشيوع الهيمنة الذكورية في ذلك الموروث دفعا بعض المكلّفين بتطبيق القانون إلى التلكؤ في تنفيذ القانون ووضع العراقيل في سبيل تطبيقه، مما يتطلّب من المرأة استكمال نضالها في هذا الجانب بإلزام الجهات المسؤولة على تطبيق القانون بنشر ثقافة حقوق الإنسان، بما في ذلك لزوم احترام القانون من خلال تطبيقه.

3 - حرية الرأي والتعبير

تعدُّ حرية الرأي من الحريات الرئيسة المتصلة بالإنسان، التي تمكّنه من تكوين الأفكار والآراء والتعبيرعنها وبأية وسيلة من وسائل الاعلام وسواها وفي الحدود التي يرسمها القانون. وهذا الأمر مرتبط بالحق في الوصول إلى المعلومة، لكون المعلومة تلك هي ما يحتاج إليه الإنسان لتشكيل أفكاره، وان المرجعية القانونية لهذا الحق هي الأحكام العامة لحقوق الإنسان الواردة في المادة الأولى من ميثاق الأمم المتحدة، وحكم المادة التاسعة عشرة من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان والمادة (19) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية. وان أهم الأحكام الواردة في

النصوص تلك هي: الحق في اعتناق الآراء من دون مضايقة، والحق في التعبير عن الرأي، والحق في المعلومة ونقلها إلى الآخرين. ولكن الحق هذا قيّدته بعض الأحكام تلك عندما يتعلق الأمر باحترام حقوق الآخرين وسمعتهم أو حماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة.

تلك النصوص الدولية كانت محل قراءة واعتبار من قبل المشرّع الدستوري في العراق، وتجلّى ذلك في وضع نص الفقرة أولاً من المادة (38) من الدستور (2005) التي نصت على: تكفل الدولة، بما لا يخلُّ بالنظام العام والآداب: أولاً – حرية التعبير عن الرأي بكلّ الوسائل. وبذلك فقد لبّى المشرّع العراقي ما تطلّبته الأحكام الدولية تلك، وحقق على صعيد التشريع للعراقيين رجالاً ونساءً التمتع بهذا الحق. ويقابل هذه المادة المادة (1/5) من القانون الأساسي الألماني، والمادة (21) من الدستور الإيطالي.

وهنا ملاحظة جديرة بالاهتمام لابدّ من التوقف عندها ونحن نتناول هذا الموضوع، ألا وهي محاولة الحكومة إصدار تشريع بشأن حرية التعبير، ووضع مسوّدة قانون له. وبعد أن تمَّ الاطلاع على المسوّدة تلك، تبيّن أنّ الحكومة كانت تحاول تعطيل حرية التعبير وتقييدها بوسائل شتى بعيدة عن القيود التي وضعتها الشرعة الدولية لحقوق الإنسان، بل إنّ الهدف منها تكميم الأفواه، خاصة إذا تعلق الأمر بحرية التعبير والرأي عن نشاط الحكومة وشخوصها، ومحاولة من الحكومة لتفريغ النص الدستوري من محتواه. وقد تمّ التصدي للمشروع بحزم من قبل المواطنين، بشكل عام وناشطي حقوق الإنسان ومنظمات المجتمع المدني حتى تمكّنت من تعطيله.

4 - حرية العقيدة

لكل شخص الحق في حرية التفكير والضمير والدين، ويشمل هذا الحق حرية تغيير ديانته أو عقيدته، وحرية الإعراب عنها بالتعليم والممارسة واقامة الشعائر ومراعاتها، سواء كان ذلك سرّاً أم جهراً، فرداً أو جماعة. هذا هو نص المادة الثامنة عشرة من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان. وبالمعنى نفسه، نصت المادة (18) من العهد الدولي الخاص للحقوق المدنية والسياسية. واستناداً إلى الأحكام هذه فقد نصت المادة (42) من الدستور على: لكل فرد حرية الفكر والضمير والعقيدة، فضلاً عمّا جاء

بحكم المادة (37- ثانياً) من الدستور: تكفل الدولة حماية الفرد من الإكراه الفكري والسياسي والديني.

ومع وضوح هذه النصوص وصيغها الآمرة، إلّا أنّ هناك تشريعات ما زالت نافذة تخالف منطوق الأحكام تلك، ومنها نص الفقرة (3) من المادة (21) من قانون الأحوال المدنية رقم (65) لسنة 1972، التي تنص على اعتبار الابن القاصر مسلماً تبعاً لإسلام أحد أبويه، وهذا يعني ان العقيدة ليست خياراً للإنسان كما ينص عليها الدستور، بل هي تفرض فرضاً وبموجب قوة القانون. المفارقة أن هذا القانون النافذ حالياً والمخالف للدستور مشمول بالحماية الدستورية بنص المادة (130) من الدستور التي تنص على: تبقى التشريعات النافذة معمولاً بها، ما لم تلغَ أو تعدّل، وفقاً لأحكام هذا الدستور.

ومن تطبيقات المادة (3/21) من قانون الأحوال المدنية المشار إليها أعلاه، إنّ دعوى رفعت من قبل المدعية ضد المدير العام للجنسية والأحوال المدنية إضافة لوظيفته - مضمونها ان والدها كان صابئي الديانة واعتنق الدين الإسلامي، وان المدعى عليه غيّر ديانتها في سجلاته من صابئية إلى مسلمة. ولبلوغها سن الرشد طلبت دعوته للمرافعة والحكم بإلزامه بتصحيح ديانتها وجعلها صابئية بدلاً من مسلمة وتأشير ذلك في سجلاته. وقد ردت المحكمة موضوع دعواها. طعنت المدعية بالحكم المذكور أمام محكمة التمييز فصدقت الحكم على وفق المنطوق الآتي: لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدّم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً. ولدى عطف النظر على القرار المميّز وجد أنه صحيح وموافق للقانون. ذلك ان المادة 3/23 من قانون الأحوال المدنية رقم 65 لسنة 1972 نصت على أن الأولاد القاصرين يتبعون في الدين مَن اعتنق الدين الإسلامي من الأبوين. وحيث أن والد المميزة أسلم واعتنق الدين الإسلامي فتكون ابنته مسلمة الديانة تبعاً له. (هادي عزيز علي - اختيار الدين - مجلة التشريع والقضاء - العدد الثالث -السنة الرابعة - بغداد -2012 - ص286).

ورغم أن هذا الحكم مخالف لأحكام المواثيق الدولية المصادق عليها من قبل العراق، إلّا أنّ المحكمة الجليلة ذهبت أبعد من ذلك رغم صدور دستور (2005) واعتبرت المطالبة من قبل الابن في مثل هذه الحالات ردّة معاقب عليها كما بيّنا أعلاه.

5 - حق المشاركة في الشؤون العامة

للمواطنين رجالاً ونساءً حق المشاركة في الشؤون العامة، والتمتع بالحقوق السياسية، بما في ذلك حق التصويت والانتخاب والترشيح، هذا هو نص المادة (20) من الدستور، وهذا النص مستمدٌ من نص المادة الحادية والعشرين من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان الدولي، والمتضمنة حق الفرد في الاشتراك في إدارة الشؤون العامة لبلاده، أما مباشرة أو بواسطة ممثلين يختارون اختياراً حرّاً، التي تقابلها المادة (25) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المتضمنة الحق في المشاركة في إدارة الشؤون العامة، أما مباشرة أو بواسطة ممثلين يختارون بحرية، وان يَنْتَخِب ويُنْتَخَب، في انتخابات نزيهة تجرى دوريّاً بالاقتراع العام، وعلى قدم المساواة بين الناخبين بالتصويت السري، تضمن التعبير الحرّ عن إرادة الناخبين.

وتقابل المادة (20) في الدستور العراقي، المادة (1) من الدستور الأميركي التي تنص على: يتكوّن مجلس النواب من أعضاء يختارهم كلّ سنتين شعب الولايات المتحدة، وتتوافر في الناخبين في كلّ ولاية المؤهلات اللازمة لناخبي أكبر فرع من فروع الهيئة التشريعية في الولايات عدداً. والمادة (2) من الدستور الفرنسي التي تنص على: تكون السيادة الوطنية ملكاً للشعب، الذي يمارسها من خلال ممثليه وبواسطة استفتاء و... يجوز ان يكون الاقتراع مباشراً أو غير مباشر... ويكون دائماً شاملاً للجميع، ومتساوياً، وسريّاً، ويجوز لجميع المواطنين الفرنسيين من كِلا الجنسين، الذين بلغوا سن الرشد ولديهم حقوقهم المدنية والسياسية أن يصوّتوا على النحو الذي ينص عليه القانون.

وإن الحق الوارد في المادة (20) أعلاه معزز بحكم المادة (16) من الدستور ذاته التي نصت على تكافؤ الفرص حق مكفول لجميع العراقيين، وتكفل الدولة اتخاذ الإجراءات اللازمة لتحقيق ذلك.

وفي ضوء الواقع السياسي والاجتماعي للمرأة، ولما ترسخ في الأذهان ضمن الموروث الثقافي عنها، والقناعة المتولّدة لدى المشرّع بأنّ خوض النساء عملية الاقتراع العام سوف لا يأتي بتمثيل يمثل نسبتهن إلى مجموع السكان، وبغية تحقيق تمثيل مجزٍ لهن في مجلس النواب فقد عمد إلى اعطائهن نسبة تمثيل، وهو ما ورد بنص الفقرة رابعاً

من المادة (49) من الدستور التي نصت على: يستهدف قانون الانتخابات تحقيق نسبة تمثيل للنساء لا تقل عن الربع من عدد أعضاء مجلس النواب.

عندما صدر قانون انتخابات المحافظات غير المنتظمة بإقليم المرقّم (21) لسنة 2008، لم تتضمن أحكامه نصّاً يتعلق بنسبة تمثيل النساء في مجالس المحافظات، فطلب من المحكمة الاتحادية العليا تفسيراً لذلك. وعندما عرض الموضوع للدراسة والبحث لديها، استعملت وسيلتين من وسائل التفسير، الأولى وسيلة من باب أولى والثانية القياس، إذ أصدرت تفسيرها المتضمن، ان الدستور قد ألزم تحقيق نسبة تمثيل للنساء لا تقل عن الربع من عدد أعضاء مجلس النواب، فتكون النسبة ذاتها في مجالس المحافظات وذلك من باب أولى. (رأي المحكمة الاتحادية العليا المرقم 7/ت/2007 في 2007/7/31).

هذا وأن نص الفقرة أولاً من المادة (4) من قانون انتخابات المحافظات والأقضية والنواحي رقم (36) لسنة 2008 نصت على: الانتخاب حق لكل عراقي وعراقية ممن توافرت فيه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون لممارسة هذا الحق دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاجتماعي والاقتصادي.

6 - الحق في التعليم

لكل فرد الحق في التعليم. ويجب ان يكون التعليم في مراحله الأولى والأساسية على الأقل بالمجان، وأن يكون التعليم الأولي إلزامياً وينبغي ان يعمم التعليم الفني والمهني وأن يسير التعليم العالي على قدم المساواة التامة للجميع وعلى أساس الكفاءة، ووجوب توجيه التربية والتعليم إلى الإنماء الكامل للشخصية الإنسانية، وعدم المسّ بكرامتها، وإلى توطيد احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية، وهي متفقة كذلك على وجوب استهداف التربية والتعليم وتمكين كلّ شخص من الاسهام بدور نافع في مجتمع حرّ.

هذه أهم المبادئ التي جاءت بها المادة السادسة والعشرون من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية في مادته الـ (13). وتماهياً مع النصوص الدولية تلك، فقد جاءت النصوص الدستورية

على أن التعليم أساس تقدم المجتمع وهو حق تكفله الدولة وهو إلزامي في المرحلة الابتدائية، وتكفل الدولة مكافحة الأمية. وان التعليم المجاني حقٌّ لكلّ العراقيين في مختلف مراحله، وتشجع الدولة البحث العلمي للأغراض السلمية بما يخدم الإنسانية. وترعى التفوق والابداع والابتكار ومختلف مظاهر النبوغ، وان التعليم الأهلي مكفولٌ، هذه أهم المبادئ التي جاءت بها المادة (34) من الدستور.

وقد أصدر مجلس النواب قانون وزارة التربية المرقم (22) لسنة 2011، وجاء في الفقرة خامساً من المادة (2) الآتي: تعزيز دور التربية والتعليم في الحياة والعمل المنتج والحفاظ على استقلاليته واتاحته للجميع، وتحسين نوعيته باتجاه استثمار أفضل الموارد البشرية وتحقيق التنمية الشاملة. كما أصدر المجلس أيضاً القانون رقم (23) لسنة 2011 لمحو الأميّة، الذي يهدف إلى القضاء على الأميّة من خلال تحقيق مشروع محو الأميّة.

7 - الحق في حماية الحياة الخاصة

في مؤتمر ستوكهولم لرجال القانون المنعقد سنة 1967، وضعت مجموعة مبادئ بشأن حماية الحياة الخاصة وان يكون الفرد بعيداً عن التدخل في حياة أسرته أو منزله، وأن يكون في منأى عن التدخل في كيانه البدني أو العقلي أو حريته الأخلاقية أو التجاوز على شرفه أو سمعته أو وضعه تحت المعلومات الكاذبة أو افشاء معلومات عن حياته الخاصة أو التجسس أو التلصلص عليه أو التدخل في مراسلاته. (د الشافعي – مصدر سابق – ص157).

وكان المؤتمر المذكور قد وضع تلك المبادئ مستلهماً أحكام المادة الثانية عشرة من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان، التي تمّ تأكيدها بعدئذ في حكم المادة (17) من العهد الدولي الخاص للحقوق المدنية والسياسية، التي كانت المرجعية القانونية لنص المادة (17) من الدستور التي نصت على حق الفرد في الخصوصية الشخصية، بما لا يتنافى مع حقوق الآخرين والآداب العامة، والنص على حرمة المساكن وعدم جواز دخولها أو تفتيشها أو التعرض لها إلا بقرار قضائي.

هذا وان الدستور العراقي قد اعتمد الأحكام العامة لحقوق الإنسان الواردة في

المواثيق الدولية في الحقوق الأُخرى، كالحق في التنقل والإقامة المادة (44/أولاً)، وحق التجمع والاجتماع والتظاهر السلمي المادة (38/ثالثاً)، وحرية الصحافة والطباعة والاعلان والاعلام والنشر المادة (38/ثانياً) وسواها من الحقوق الأُخرى.

المرأة وإشكالية المادة (41)

تنص المادة (41) من الدستور على: (العراقيون أحرارٌ في الالتزام بأحوالهم الشخصية حسب دياناتهم أومذاهبهم...).

الميزة المحسوبة لقانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 المعدّل هو انه اختار القاعدة الفقهية الشرعية التي كانت محل قبول الغالبية، وصاغها على شكل قاعدة قانونية، فأصبحت نصّاً قانونياً وحازت على تعريف القانون، هذا التعريف الذي تناوله فقهاء القانون وشارحوه. إذ يعرّفه الفقيه جان دابان (JEAN DABIN) بأنّه مجموعة قواعد السلوك المفروضة أو على الأقل المتقبلة أو المعترف بها من قبل المجتمع المدني تحت شعار القسر من أجل تحقيق نظام معين في علاقات أعضاء الجماعة من ذلك النظام وهو الغرض الأسمى الذي ترمي إليه الجماعة المتمدنة، أو حسب تعريف الفقيه جون اوستن (JOHN AUSTIN): (قاعدة وضعت لتوجيه كائن من قبل كائن مدرك آخر له سلطات عليه. وعرّفه الفقيه ديكي (DUGUIT) بأنّه خط السلوك المفروض على الأفراد في المجتمع. (د. رياض القيسي – علم أصول القانون– بغداد – بيت الحكمة – ص 91). أما السنهوري فقد عرّفه: القواعد التي تنظم الروابط الاجتماعية التي تقسر الدولة الناس على اتباعها ولو بالقوة عند الاقتضاء. (عبد الرزاق السنهوري واحمد حشمت ابو ستيت – أصول القانون – القاهرة – 1952).

هذا هو القانون، حيث أن سيادته ترسخ مبدأ الشعب مصدر السلطات، وهذا المبدأ يحول دون ظهور بشكل ظاهر أو مبطّن سيادة أو وصاية لفرد أو فئة أو ملّة أو مذهب على الشعب، أو احتكار السلطة.

فهل ان المادة (41) من الدستور تؤدي إلى سيادة القانون أم سيادة القاعدة الشرعية المذهبية؟ للإجابة عن هذا السؤال يجب علينا تفكيك هذه المادة من خلال وضعها موضع التطبيق كل حسب مذهبه وعلى الوجه الآتي:

سنّ البلوغ

اختلفت المذاهب الاسلامية في سن البلوغ للولد والبنت المطلوبة للزواج، ولكلّ مذهب ما يعتقده مناسباً للزواج وعلى الوجه الآتي:

الشافعية والحنابلة: سنّ البلوغ لديهم يتحقّق بخمس عشرة سنة في الغلام والجارية.

المالكية: سبع عشرة سنة فيهما.

الحنفية: الحد الأقصى لديهم ثماني عشرة سنة للغلام، وسبع عشرة في الجارية (المُغْنِي لابن قدامة ج4 .باب الحجر).

الإمامية – خمس عشرة في الغلام، وتسع في الجارية، لحديث ابن سنان: إذا بلغت الجارية تسع سنين دفع إليها مالها، وجاز أمرها، واقيمت الحدود التامة لها وعليها.

وأمام هذا الخلاف بين المذاهب في سن البلوغ، فلو توجهنا إلى تطبيق المادة (41) من الدستور على أساس أن العراقيين احرارٌ في أحوالهم الشخصية، وافترضنا ان هناك قانوناً ينظم الحالة الشرعية لكلّ مذهب حسبما تتطلبه المادة الدستورية تلك. ولنفترض أن شخصاً على المذهب المالكي تزوّج بنتاً تبلغ تسع سنين، فانه يكون قد ارتكب مخالفة شرعية حسب المذهب المالكي الذي يحدد سنّ البلوغ بسبع عشرة سنة، ومخالفة قانونية إذا كانت هذه القاعدة الشرعية قد صيغت على شكل قاعدة قانونية حسب المذهب المالكي، وكأثر لهذا الزواج الباطل وفق المذهب المالكي فإنّ فعله يمكن أن يوصف بمواقعة قاصر وبذلك تطاله أحكام قانون العقوبات. وقد يُحكم عليه بجريمة مواقعة قاصر.

أما الشخص الذي على مذهب الإمامية، إذا تزوّج بنت تسع سنين، فلا جناح عليه شرعاً، لأنّ المذهب يجيز الزواج ببنت التسع سنين، ولا قانوناً على فرض ان هذه القاعدة الشرعية الإمامية ستكون قاعدة قانونية وفق أحكام المادة (41) من الدستور.

هنا نواجه إشكالاً قانونياً آخر، وهو نص المادة (106) من القانون المدني رقم (40) لسنة 1951 التي تنص على: سنّ الرشد هي ثماني عشرة سنة، وكذلك أحكام المادة السابعة/1) من قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 المعدّل التي

تنص على: يشترط في تمام أهلية الزواج العقل وإكمال الثامنة عشرة. واتفاقية حقوق الطفل التي صادق عليها العراق وصدرت بقانون وأصبحت جزءاً من النسيج التشريعي العراقي، تنص المادة (1) منها على: لأغراض هذه الاتفاقية، يعني الطفل كلّ انسان لم يتجاوز الثامنة عشرة، ما لم يبلغ سنّ الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه. فكيف يتم التعامل مع النصوص التشريعية تلك، وكيف يمكن لتلك النصوص أن تنسجم مع بعضها وهي جزءٌ من المنظومة التشريعية العراقية؟

ولما تقدّم، نخرج بنتيجة مفادها أنّ ما ينطبق من أحكام على مذهب الإمامية لا ينطبق على المذهب المالكي، في المثال المضروب أعلاه، وهذا يعني أن العراقيين غير متساوين أمام القانون، وبذلك خالفنا أحكام المادة (14) من الدستور التي تنص على: العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الأصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي.

فضلاً عمّا تقدّم وعلى فرض أن الشخص المذكور في المثال أعلاه قد عوقب عن جريمة مواقعة قاصر التي لا تنطبق على مذهب الإمامية، فهذا يعني ان القانون يطبق على بعض العراقيين دون سواهم، أي أننا جزأنا وحدة العقاب فهي تطال البعض دون الآخر، وهذا تأكيد على عدم المساواة أمام القانون الذي تُشرعن له المادة 41 من الدستور.

الرضاع

يتفق الفقهاء المسلمون على صحة الحديث النبوي القائل: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب.

الإمامية – ان يحصل لبن المرأة من وطءٍ شرعي، فلو درّت اللبن من غير زواج أو بسبب الحمل من الزنى، لم تنشر الحرمة، ولا تتحقق الحرمة إلا إذا رضع الطفل من المرأة يوماً وليلة على أن يكون غذاؤه منحصراً بلبن المرأة فقط، أو خمس عشرة رضعة كاملة، لا يفصل بينها رضعة امرأة أُخرى.

الحنفية والشافعية – لا فرق لديهما بين ان تكون المرأة بكراً أو ثيباً، ولا فرق ان تكون متزوّجة أو غير متزوّجة متى ما كان لها لبن يشربه الرضيع، وكمية الرضاعة

خمس رضعات على الأقل بالنسبة للشافعية، أما الأحناف فالحرمة تنشر لديهم إذا كانت المرضعة ميتة ودب إليها الطفل وارتضع من ثدييها.

المالكية – بالشروط نفسها الواردة لدى الشوافع والاحناف، إلا أنّ الكمية المطلوبة لنشر الحرمة قطرة واحدة فقط.

وعلى ضوء ما تقدّم وكمثال تطبيقي لتلك الأحكام الشرعية، وعلى فرض أن شخصاً ما على المذهب المالكي تزوّج من بنت رضعت معه من المرأة ذاتها التي أرضعته مرّة واحدة ودخل بها، فإنّ عقد الزواج والحالة هذه يكون باطلاً، وقد تحرّك عليه شكوى زنى بالمحارم، في حين أن شخصاً على مذهب الإمامية تزوّج من بنت رضع معها عشر رضعات، فلا ضير عليه شرعاً وتحلّ له زواجاً ما دامت الرضعات لم تبلغ الخمس عشرة رضعة. وهذا مثال آخر تضعنا فيه المادة 41 المتضمّنة عدم مساواة العراقيين أمام القانون، إذ يلزم الجزاء في هذا المثال اصحاب المذهب المالكي، ويعفى منه أصحاب المذهب الجعفري.

الشهادة على عقد الزواج

الحنفية – تشترط لعقد الزواج شاهدان رجلان أو رجل وامرأتان، ولا يشترط في الشهود العدالة.

الشافعية والحنابلة – تشترطان شاهدين عدلين ذكرين مسلمين.

المالكية – الشهادة لديها تجب عند الدخول ولا تجب عند العقد، فإذا أراد الزوج ان يدخل وجب عليه إحضار شاهدين، فإذا دخل بلا شاهدين وجب فسخ العقد جبراً عنهما، ويكون هذا الفسخ بمثابة طلاق بائن.

الإمامية – لا يجب الاشهاد على عقد الزواج ولا يشترط على الدخول، ولكنّه مستحب.

الملاعنة (اللعان)

إذا رمى رجل زوجته بالزنى أو نفى ولداً على فراشه وكذّبته زوجته ولا بيّنة لديه، جاز له أن يلاعنها بالصيغة الآتية: (ان يشهد بالله أربع مرات أنّه من الصادقين فيما رماها به ثم يقول الخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين، ثم تشهد

الزوجة أربع مرات انه من الكاذبين ثم تقول الخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين. فإذا امتنع هو عن الملاعنة أقيم عليه الحد، وإذا لاعن وامتنعت هي أقيم عليها الحد).

في موضوع نفي النسب هنا، فإنّ المادة (41) من الدستور تذهب إلى التمسك بالحكم الشرعي وتهدر كلّ منجزات العلم في إثبات النسب عن طريق تطابق الأنسجة والبصمة الوراثية المعروفة بـ(DNA).

هذا من جهة، أما من جهة ثانية فإنّ المادة 41 تأتي بعقوبات بما في ذلك جرائم الحدود وهي غير موجودة في قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969 المعدّل ولا في المجموعة التشريعية العراقية، وهذا يعني إلغاء مبدأ لا جريمة ولا عقاب إلا بنص قانوني.

الزنى

الشافعية والمالكية – يجوز لرجل أن يتزوّج بنته من الزنى، وأخته، وبنت ابنه، وبنت بنته، وبنت أخيه، لأنّها أجنبية عنه شرعاً. ولا يجري بينهما توارث ولا نفقة.

الحنفية والإمامية والحنابلة – تحرم كما تحرم البنت الشرعية، لأنّها متكوّنة من مائه، فهي بنته لغةً وعرفاً، ونفيها شرعاً لا يوجب نفيها حقيقة، بل يوجب نفي الآثار الشرعية فقط، كالميراث والفقه.

فإذا تزوّج شخص على المذهب الحنفي من بنته من الزنى، فإنّ عقد الزواج يكون باطلاً، ويكون قد ارتكب الحرام على وفق المذهب المذكور، وقد توجه إليه تهمة الزنى بالمحارم. أما إذا تزوّج شخص على المذهب المالكي من بنته من الزنى فلا جناح عليه لا في الدنيا ولا في الآخرة، وبذلك يضعنا هذا النص أمام إشكالية عدم المساواة أمام القانون من جديد وتجزئة وحدة العقاب ليشمل البعض من دون سواهم.

طلاق الهازل

الحنفية – يقع طلاق الهازل.

المالكية والشافعية – أخذتا بطلاق الهازل.

الحنابلة – لا يقع عندهم طلاق الهازل.

الإمامية – إذا نطق بالطلاق سهواً أو غلطاً أو هزلاً فلا يقع الطلاق.

الإشكال في هذا الموضوع فيما لو تزوّج شخص على المذهب الحنفي من امرأة طلقها زوجها هزلاً وهو على المذهب الحنبلي، فالحنفي لديه – الطلاق واقع – وقد تزوّجها بعد انقضاء عدّتها. لذا لا ضير في أحكام مذهبه على ذلك الزواج، في حين بامكان الزوج المطلق هزلاً وهو على المذهب الحنبلي الذي علم بزواج زوجته ان يرفع دعوى ضدها لتعدد الأزواج، على اعتبار أن الطلاق لم يقع شرعاً بالنسبة له وانها ما زالت على ذمته، كما أن بامكانه أيضاً وعلى وفق المذهب الحنبلي ان يرفع دعوى الزنى بزوجته مَن قبل من تزوّج بها أخيراً حنفي المذهب وهلم جرّاً.

أقصى مدّة للحمل

الحنفية – ان أقصى مدّة للحمل عند الحنفية سنتان.

الشافعية والحنابلة – أربع سنوات.

المالكية – أربع سنوات كما في كتاب المغني وقال البعض خمس سنوات.

الإمامية – قيل تسعة أشهر، وقال بعضهم عشرة أشهر، وقال آخر سنة كاملة على أن لا تزيد ساعة عن السنة.

وقال عباد بن عوام – أقصى مدّة للحمل خمس سنوات. وقال الزهري – سبع سنوات وقال ابو عبيد – ليس لأقصى حد.

فإذا توفى شخص وولدت أرملته بعد سبع سنوات من وفاته – على قول الزهري – فالولد ينسب لأبيه المتوفى.

ثم أن الأخذ بهذه الآراء الفقهية المعززة بنص دستوري يعني إلغاء المنجز العلمي للبشرية في صعيد الحمل والولادة.

وكيف يتسنى للمشرّع أن يصدر القوانين على وفق هذه الأحكام الشرعية؟

الرجعة

الرجعة جائزة شرعاً، وهي رد المطلقة خلال فترة العدّة وعلى ذات عقد الزواج، أي من غير حاجة إلى عقد ومهر جديدين، وهي جائزة بإجماع الفقهاء، إلا أنّهم اختلفوا في حصول الرجعة وعلى الوجه الآتي:

الشافعية – لابد للرجعة ان تتمّ بالقول أو الكتابة، فلا تصح بالوطء حتى لو نوى به الرجعة.

المالكية – تصح الرجعة بالفعل مع نيّة الرجعة، أما إذا وطأ من دون نية فلا تعود إليه.

الحنابلة – تصح الرجعة بالفعل إذا وطأ فقط، وان لم ينو الرجعة.

الحنفية – تحقق الرجعة بالوطء أو اللمس والتقبيل.

الإمامية – تتحقق الرجعة بالوطء والتقبيل باللمس بشهوة أو بدونها.

(الأمثلة المضروبة أعلاه مستلة من كتاب الأحوال الشخصية على المذاهب الخمسة – محمد جواد مغنية – دار العلم للملايين – بيروت – 1964)

انتقال التركة

اختلف الفقهاء المسلمون في الكيفية التي يتمّ من خلالها انتقال تركة المتوفى إلى ورثته ولكلّ مذهب اجتهاده في هذا الموضوع:

الحنفية – الجزء المشغول من التركة بالدين يكون في حكم ملك المتوفى، والجزء غير المشغول بدين تنتقل ملكيته إلى الورثة وقت الوفاة.

الشافعية والحنابلة – أشهر الروايات عنهما وبعض الإمامية يذهبون إلى ان ملكية التركة تنتقل إلى الورثة ولو مستغرقة بالدين وبمجرد الوفاة. (د. أحمد الخطيب– أحكام المواريث– بغداد – 1968).

الإمامية – الراجح لديها تبدأ أولاً بتجهيز المتوفى ثم وفاء دينه، ثم تنفيذ وصاياه، وما تبقى ينتقل إلى الورثة.

هذه بعض المواضيع المختلف عليها فقهياً. وبقي فيض من تلك المواضيع لا يتسع المجال لإيرادها جميعاً، منها أحكام النفقة والحضانة وصيغة الطلاق والوصايا والوصية وتوزيع المسألة الإرثية وتعدد الزوجات والخلع والولاية والمهر والنسب والاقرار بالنسب لمجهول النسب والعدّة والظهار والإيلاء وتصرفات المريض مرض الموت والوقف، وسواها من المواضيع الأُخرى.

هذا ونحاول هنا تثبيت بعض الملاحظات حول هذه المادة الدستورية:

1 - إذا كان العراقيون أحراراً في أحوالهم الشخصية حسب مذاهبهم، فعلى أية مدرسة فكرية في المذهب الواحد يمكن الاعتماد؟ ففي المذهب الحنفي هناك ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد وزفر، والشيعة هناك الجعفرية والاسماعيلية والزيدية، أو في المذهب الجعفري فما هو المعتمد هل هو العلامة الحلي أم الطبرسي أو الطوسي أم صاحب اللمعة الدمشقية، أم من يقول بولاية الفقيه أو من يأخذ بولاية الأمة؟

2 - إنّ هذه المادة لا ترسخ مبدأ المواطنة، بل إنّها تنأى بالنفس عنها، وتركز على الهوية الجزئية، مما يؤدي إلى الشرعنة للطائفيّة والسير بالعراق نحو اللبننة في مسائل الأحوال الشخصية، ومعلوم لدينا كم يعاني لبنان الشقيق من وطأة النظام الطائفي الذي يحشر مواطنيه في الخانات الضيقة للطائفية.

3 - إنّ هذه المادة تقيد الأحكام الواردة في المادة (14) من الدستور، إن لم توقفها، وتجعل العراقيين غير متساوين أمام القانون.

4 - إنّ هذه المادة تجزئ وحدة العقاب في قانون العقوبات العراقي بشكل خاص والمجموعة التشريعية العقابية بشكل عام، بحيث أن العقاب يطال بعض العراقيين دون سواهم، رغم ان الجريمة متحققة بأركانها لكليهما.

5 - إنّها تلغي سيادة القانون وتستبدله بسيادة القاعدة الفقهية، وبذلك تعيد لرجال الدين سلطتهم في الأحوال الشخصية التي انتزعها منهم قانون الأحوال الشخصية منذ مدّة تزيد على النصف قرن واستقرت أحكامه، فكانت محل قبول من قبل المتداعيين والقضاة والمجتمع، فضلاً عن أن القانون هذا محل إعجاب في المحيط الإقليمي.

6 - إن هناك قسماً ليس بالقليل من الأحكام الفقهية التي توردها المذاهب، وعلى اختلافها، لا تنسجم مع أحكام المواثيق الدولية لحقوق الإنسان المصادق عليها من قبل العراق وأصبحت جزءاً من منظومته التشريعية، فضلاً عن كونها أيضاً تختلف وبشكل صريح مع الحقوق والحريات التي جاء بها الدستور ذاته.

إنّ هذه المادة لا تأخذ بالقاعدة الفقهية الشرعية التي تقول: لا ينكر تغيّر الأحكام بتغيّر الأزمان، إذ أنّها تتمسك بالآراء الفقهية الشرعية على ما هي عليه ومنذ قرون طويلة، من دون الأخذ بالاعتبار التطور العلمي والطبي والتقني الكبير الذي يغيّر من تلك الأحكام ويجعلها حالة في الخلف ومجرد موروث ثقافي.

الخاتمة

لا ينكر أن في مجموعة التشريعات العراقية العديد من النصوص القانونية التي تتماشى وأحكام الشرعة الدولية لحقوق الإنسان، وأن بعضاً منها تهدف إلى المساواة بين المرأة والرجل ولا تميّز بينهما، وهذا من دون شك أمر يجب الوقوف عنده مصحوباً بالثناء على تلك العقول النيِّرة التي ساهمت وفي أحلك الظروف بالوصول بتلك النصوص إلى هدفها الإنساني الرامي إلى عدم التمييز.

إنّ هذا التفاؤل المحدود يجب أن لا ينسينا العديد من النصوص التي لا تنسجم وحقوق الإنسان الواردة في الاتفاقيات والعهود والمواثيق الدولية التي تضمنتها التشريعات تلك وحسب ما هو مبسوط في صفحاتنا السابقة، فضلاً عن أن هناك نصوصاً تقضي على التمييز بين الرجل والمرأة المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه الخاتمة ولكنّها لم تجد سبيلها للتطبيق واحتلت موقعها على الورق فقط.

إنّ واحداً من أهمّ معوقات النصوص القانونية الهادفة إلى طرح المساواة بين المواطنين أمام القانون، هو بعض من الموروث الثقافي المترسّخ في أذهان البعض عبر الزمن، الذي يرفض البعض مغادرته رغم ما فيه من سلبيات على حياة المواطنين وسلوكهم، الذي يمثل المياه الراكدة التي تأبى التجديد مستكينة إلى ما فيها من قيم وأعراف لا تتفق ومنطق التطور. وقد تصدّت النصوص الدستورية لهذه الحالة كما الفقرة (ثانياً) من المادة (45) من الدستور المتضمّنة حرص الدولة على تعزيز القيم الإنسانية النبيلة، بما يسهم في تطوير المجتمع ومنع الأعراف العشائرية التي تتنافى وحقوق الإنسان.

إنّ الخطاب السياسي الديني يعدّ واحداً من المعوقات في وصول الإنسان إلى المساواة أمام القانون من خلال الفهم القصدي لأحكام الشريعة الاسلامية، أو لَيِّ عنق الأحكام الشرعية لكي تتلاءم مع ذلك الخطاب، أو توظيف الأحكام الشرعية لأغراض حزبيّة،

إذ أنّ النصوص القانونية المشرعنة للمساواة التي لا تنسجم مع الخطاب السياسي الديني للحزب (س) أو (ص)، سرعان ما ينبري للطعن بذلك التشريع بحجة مخالفته لأحكام الشريعة الاسلامية من أجل تعطيله وإسقاط الغرض الذي شرع من أجله.

يتحجج البعض بأنّ بعض النصوص القانونية الهادفة إلى تحقيق المساواة بين المواطنين لا تنسجم وحكم الفقرة (أولاً /أ) من المادة (2) من الدستور التي لا تجيز سنّ قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام. وكثيراً ما يساء فهم عبارة (ثوابت أحكام الإسلام)، والثابت من أحكام الإسلام هي (تلك الأحكام التي يمتنع الاجتهاد فيها لأنّها تمثّل من الشريعة الاسلامية ثوابتها التي لا تحتمل تأويلاً أو تبديلاً)، وهذا ما بيّنه حكم المحكمة الدستورية المصرية بحكمها المرقّم (203/قضائية) السنة (23) والمؤرخ في 5 كانون الأول (ديسمبر) 2002. وتضيف المحكمة المذكورة، ان الثوابت ليست أحكام الظنية فهذه تتسع دائرة الاجتهاد فيها تنظيماً لشؤون العباد التي تتغير وتتعدد مع تطور الحياة وتغير الزمان والمكان.

إلّا أنّ أصحاب الخطاب السياسي الديني يتحججون بهذا النص عندما يتعارض ذلك مع أحكام مذاهبهم وليس مع أحكام ثوابت الإسلام، معتبرين أن أحكام مذاهبهم هي أحكام ثوابت الإسلام، ولما كانت أحكام مذاهبهم تلك هي أحكاماً ظنية قابلة للاجتهاد والتأويل فهي ليست من أحكام ثوابت الإسلام، ومن ثمَّ لا يجوز الاحتجاج بها على تلك التشريعات.

إضافة إلى ما تقدّم، فإنّ البعض ينظر إلى أحكام الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان نظرة دونية مغلبين موروثهم الثقافي على تلك النصوص. وبالرغم من أن تلك الاتفاقيات بعد المصادقة عليها تعدّ قانوناً وطنياً لأنّها مستوفية لكافة الشروط التي يتطلبها التشريع، لذا فإنّ الوقوف بمواجهتها يعني التصدي للقانون والمساس به وعدم طاعته. وهذا بحد ذاته يشكل جريمة يعاقب عليها القانون. إلا أنّ الملاحظ هو التغاضي عمّا يتمّ من مخالفة لأحكام الاتفاقيات تلك، والسبب في ذلك هو غياب ثقافة حقوق الإنسان.

التوصيات

قانون الأحوال الشخصية

1 - بعد ان ثبت لنا عدم وجود مسوّغ قانوني للتحفظات العراقية على اتفاقية (سيداو) لكون التحفظات وردت على نصوص دولية لها نظير من النصوص الدولية الأُخرى نافذة حالياً، أو أن التحفظ يقابله نص وطني قيد التطبيق، وبذلك يفقد التحفظ مبرر وجوده، لذا نطلب من الحكومة اعادة النظر بتلك التحفظات بغية الغائها، وفي ضوء الأسباب الواردة في هذه الدراسة.

2- لكي يكون تعريف عقد الزواج منسجماً مع الغايات النبيلة لمؤسسة الأسرة ومنسجماً مع أحكام الشريعة الاسلامية والشرعة الدولية لحقوق الإنسان، نوصي باعتماد التعريف الوارد في التعديل الذي أجري في إقليم كردستان وهو: (الزواج عقد تراضٍ بين رجل وامرأة يحلّ به كلّ منهما للآخر شرعاً غايته تكوين أسرة على أسس المودة والرحمة والمسؤولية المشتركة).

3- يشترط في أهلية الزواج اكمال الثامنة عشرة من العمر، لكي يكون الأمر منسجماً مع أحكام القانون المدني وحكم الفقرة (1) من المادة السابعة من قانون الأحوال الشخصية واتفاقية حقوق الطفل، وللقاضي الإذن بزواج مَن أكمل السابعة عشرة من العمر بعد ورود تقرير طبي من هيئة طبية رسمية تؤكد اكتمال البناء البايولوجي للجسم، وأن طالب الزواج مؤهل لممارسة الحياة الزوجية.

4 - لا يجوز الزواج بزوجة ثانية إلا برضا وموافقة الزوجة الأولى وضمن شروط محددة حصراً كعدم الإنجاب، وتفعيل معيار العدل بين النساء حتى في الجانب العاطفي، ويعدّ الزواج بثانية باطلاً إذا تمّ خارج العراق.

5 - لا تلزم الزوجة بمطاوعة زوجها خلافاً للحقوق والحريات المقررة لها بموجب الدستور والواردة في باب الحقوق والحريات منه.

6 - يجوز للزوجة الطلب من محكمة الأحوال الشخصية اعتبار الزوج ناشزاً متى

ما تحققت أسباب وشروط نشوزه، ويلزم بنفقة الزوجة طيلة مدّة نشوزه. وفي حالة التفريق يلزم بالمهر المؤجل ونفقة العدّة وأي تعويض مستحق آخر، وذلك بالاستناد إلى الآية الكريمة: ﴿وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً﴾ الآية 128 من سورة النساء.

7 – الخلع: لما كان جانب من الفقه يذهب إلى ان الخلع ينعقد بإيجاب وقبول بين الزوج والزوجة، يرى الجانب الآخر عدم اشتراط رضى الزوج ما دامت الزوجة طالبة للخلع مع تحقق شروطه واستعدادها للبذل. وهذا ما أخذ به المشرّعان المصري والسوري وأخيراً إقليم كردستان، لذا نوصي بأن يكون الخلع من قبل الزوجة ومن دون رضى الزوج.

8 – إذا تمّ زواج البنت قبل بلوغها سن الرشد أي اكمال الثامنة عشرة من العمر، فلها بعد اكمال الثامنة عشرة سواء كان مدخولاً بها أو غير ذلك الخيار بين البقاء على الحالة الزوجية أو فسخ عقد الزواج.

9 – لزوم اعتبار الزواج بأرملة أو العودة بالمطلقة إذا كان قد تزوّج بعد الطلاق زواج بزوجة ثانية يستلزم الحصول على الإذن من محكمة الأحوال الشخصية.

10 – المستحقون للنفقة يعانون كثيراً من الحصول على النفقة الصادر بها حكم قضائي، بسبب تهرّب المكلف أو غيابه أو مجهولية محل اقامته، لذا نرى لزوم تفعيل صندوق النفقات ورد المبالغ الضرورية له ضمن الموازنة المالية السنوية للدولة، وبإمكان الصندوق الرجوع على المكلف بدعوى لاسترداد ما دفعه من نفقة.

11 – تفعيل الأحكام الخاصة بالتفريق، والتوصية إلى السلطة القضائية لزوم الحكم بالتفريق إذا تحققت أسبابه وشروطه، وعدم التذرع بالحفاظ على لزوم تماسك الأسرة مع انفراط عقد ذلك التماسك وغياب شرطه واستحقاقاته، والتماهي مع فلسفة المشرّع في وضع الأحكام الخاصة بالتفريق موضع التطبيق.

12 – الشروط المثبتة في عقد الزواج معتبرة بما في ذلك حقها في تطليق نفسها وحقها في طلب الرجوع واستئناف الحياة الزوجية.

13 – لا تشترط أية صيغة من الصيغ المعروفة فقهياً لإيقاع الطلاق، إذ أن مجرد انصراف الإرادة إلى الطلاق وبأية صيغة كانت يعتبر بموجبها الطلاق واقعاً.

14 – لزوم شمول – مَن رجع عن وعده بالزواج أو الخطبة أو قراءة الفاتحة من دون

زعم شرعي - بأحكام المسؤولية التقصيرية الواردة في القانون المدني متى ما تحقق الضرر.

15 - للزوجة طلب التفريق بعد اكتساب حكم النشوز درجة البتات أسوة بالزوج بدلاً من الانتظار لمدة سنتين حسب نص القانون، مع الأخذ بالاعتبار فترة العدّة.

16 - طلب الزوجة التفريق إذا هجرها زوجها مدّة سنتين أو طلب الزوجة غير المدخول فيها التفريق إذا لم يطلبها الزوج خلال سنتين من تاريخ العقد، تعدّ مدداً طويلة جداً تعطل فيها الزوجة، ونوصي ان تكون المدّة سنة واحدة فقط.

17 - لزوم الاسراع بتشريع مشروع قانون الحماية من العنف الأسري الموجود حالياً لدى مجلس الوزراء، وضرورة احالته إلى مجلس النواب بأسرع وقت ممكن.

18- فكُّ الارتباك التشريعي بالنسبة للمقرّ له بالنسب لمجهول النسب بين قانون الأحوال الشخصية وقانون رعاية الأحداث، بما يحفظ للمقرّ له بالنسب كرامته وانسانيته، وان لا يترك معذّباً بسبب التناقض في النصوص التشريعية.

19 - توحيد الأحكام الخاصة بالمواريث لكلّ المذاهب واعتماد المادة التاسعة والثمانين على أساس الترتيب الوارد فيها وهو ما انصرفت إليه ارادة المشرّع ابتداء وذلك لتحقيق مبدأ المواطنة أولاً والحيلولة دون ترسيخ مبدأ الطوائف ثانياً.

20 - جواز توارث غير المسلم للمسلم وحسب ما افتى به آية الله يوسف صانعي المنشورة في مجلة الاجتهاد والتجديد.

21 - لما كانت أحكام المادة الرابعة (74) من قانون الأحوال الشخصية تعدّ مَن توفى قبل وفاة أمه أو أبيه بحكم الحي، فالمفترض حسب الأحكام الشرعية ان تكون زوجته من ضمن الورثة، ولا يقتصر أرثه على أولاده من الذكور والإناث فقط وذلك تحقيقاً للعدالة وتطبيقاً لأحكام الشريعة الاسلامية.

قانون العقوبات

1 - إلغاء المادة (41) من قانون العقوبات المتعلّقة بحق الزوج في تأديب زوجته، لكونها مادة تشرعن للتمييز وتخالف أحكام المادة (14) من الدستور.

2 - لزوم المساواة بين الزوج والزوجة بخصوص زنى الزوجية الواردة أحكامه في

المادة (377) من قانون العقوبات، واتخاذ ما يلزم من تشريع لرفع التمييز بينهما.

3 - ارتكاب الجرائم بما يسمى بـ (الباعث الشريف) يجب ان لا تجعل الجاني يفلت من العقاب، بل لزوم اعتماد مبدأ التناسب بين الفعل وايقاع العقاب، آخذين بنظر الاعتبار النصوص الدولية الخاصة بالعنف ضد المرأة، وتحدد النصوص المقترحة سلطة قاضي الموضوع في فرض العقوبة.

4 - إزالة الغموض من المادة (380) من قانون العقوبات واعتبار تحريض الزوج زوجته على الزنى ولو لم يتمّ فعل الزنى لامتناع الزوجة عن طاعة زوجها في هذا الأمر، فإنّ مجرد التحريض يوجب عدّها جريمة توجب العقاب ولو من باب الشروع على الأقل.

5 - لزوم تغليظ العقوبة الواردة في المادة (395) التي تنص على: (من اغوى أنثى أتمت الثامنة عشرة من العمر بوعد الزواج فواقعها ثم رفض بعد ذلك الزواج يعاقب بالحبس)، الحبس هنا يعني ان الجريمة جنحة، وان الحد الأدنى للجنحة هي ثلاثة أشهر ويوم واحد، وهذه عقوبة بسيطة لا ترقى إلى مستوى الفعل الجرمي المرتكب.

6 - اعادة النظر في المادة (398) التي تنص على: (إذا عقد زواج صحيح بين مرتكب إحدى الجرائم الواردة في هذا الفصل - أي فصل (الاغتصاب...)- وبين المجنى عليها اوقف تحريك الدعوى والتحقيق فيها والإجراءات الأُخرى واذا كان قد صدر حكم في الدعوى أوقف تنفيذ الحكم).

هذه المادة تضرّ بالضحية مرتين، الأولى في واقعة الاغتصاب، والثانية في زواجها من مغتصبها، ويكافأ الجاني بالافلات من العقاب، رغم ان الفعل الذي ارتكبه يشكّل جريمة متحققة فيها الأركان كافة. لذا يجب ان يكون النص منصفاً للضحية لا ان يشترك الجاني والمشرّع في الإيغال في تسبيب الضرر لها.

7 - المادة (409) من قانون العقوبات التي تنص على مفاجأة الزوج زوجته أو أحد محارمه في حالة تلبّسها بالزنى أو وجودهما في فراش واحد فقتلهما في الحال أو قتل أحدهما أو اعتدى عليهما أو على أحدهما اعتداء أفضى إلى الموت أو إلى عاهة مستديمة فتكون العقوبة الحبس، وهذا حق مقرّ للزوج فقط، ولا يشمل الزوجة في الحالة نفسها إذا وجدت زوجها مع أُخرى، وهذا تمييز واضح بين الزوجين يخالف حكم المادة (14) من الدستور ويوجب تشريع يحقق عدم التمييز.

8 - المادة (417) من قانون العقوبات المتعلقة بالإجهاض، إذ يستلزم صدور تشريع يوجب الإجهاض إذا كان الجنين يشكّل خطراً على حياة الحامل، أو أن الحمل ضعيف أو معاق عقلياً أو جسدياً، ويجب إجراء الإجهاض وعلى نفقة الدولة.

قانون الأحوال المدنية

تنص الفقرة (3) من المادة الحادية والعشرين من قانون الأحوال المدنية على: (يتبع الأولاد القاصرون في الدين مَن اعتنق الدين الإسلامي من الأبوين). هذه المادة تخالف المادة (42) من الدستور التي تمنح كلّ فرد حرية الفكر والضمير والعقيدة، وكذلك المادة (37) من الدستور التي تنص على كفالة الدولة في حماية الفرد من الإكراه الفكري والسياسي والديني. وأمام هذا الوضوح الدستوري فإنّ المادة(3/21) من قانون الأحوال المدنية هي مادة غير دستورية يوجب الحكم بعدم دستوريتها من قبل المحكمة الاتحادية بناء على دعوى ترفع لهذا الغرض، أو اصدار تشريع بإلغائها.

قانون الإثبات

يلزم أن تكون النصوص واضحة وصريحة قدر تعلق الأمر بنصاب الشهادة، وان تكون شهادة المرأة مساوية لشهادة الرجل وفي كافة أمور الإثبات، بما في ذلك الشهادة في قضايا الأحوال الشخصية استناداً لحكم المادة (14) من الدستور واتباعاً لها، وان لا يؤخذ بأي نص قانوني أينما ورد في القوانين لا يمتثل لأحكام الدستور.

قانون الانتخابات

يجب أن تكون النصوص القانونية الواردة في قانون الانتخابات تعبيراً حقيقياً لإرادة الناخب، وان لا يُرحّل صوته إلى غير مرشحيه، وأن تُعتمد الطريقة المناسبة في احتساب الأصوات، بما يحقق مساهمة الكل في إيصال المرشحين الوجهة الراغبين فيها، وان تبتعد تلك النصوص عن احتكار الكتل الكبيرة لمقاعد السلطة التمثيلية.

قانون المنظمات غير الحكومية

إحالة الجهاز التنفيذي المختص بمنح اجازة التأسيس إلى جهة مستقلة كالقضاء مثلا، وعدم إبقائه لدى الأمانة العامة لمجلس الوزراء، لأن التجربة اثبتت ان الأخيرة تحاول لَيَّ عنق القانون والحيلولة دون تمكن المنظمات غير الحكومية – غير المنسجمة مع الحكومة – من الحصول على الإجازة.

قانون مكافحة البغاء

إلغاء قرار مجلس قيادة الثورة المرقم (234) في 2001/10/14 الذي حدد عقوبة الاعدام لمرتكب جريمة اللواط بذكر أو أنثى أو الاعتداء على عرض شخص ذكر أو أنثى بدون رضاه أو رضاها تحت تهديد السلاح أو باستخدام القوة.. وإبدالها بعقوبة تتناسب والفعل الجرمي الذي يرتكبه الجاني.

الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان

إيجاد الآلية المناسبة لوضع الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان والمنظم إليها العراق والمصادق عليها، التي أصبحت جزءاً من نسيجه التشريعي، موضع النفاذ وتحقيق الغاية الأممية من تشريعه، وانتشال تلك النصوص من الحالة الورقية إلى الحالة التطبيقية، لكي تسهم في حصول العراقي على تلك الحقوق والتمتع بها.

الدستور

إلغاء المادة (41) من الدستور، لأنّها تلغي المواطنة وترسّخ الطائفية، وتلغي قانون الأحوال الشخصية الذي يتمتع بمزايا جيدة وينحاز إلى الأسرة والإنسان وبشهادة العقود الخمسة التي وضع فيها موضع التنفيذ، وشهادة المحيط الإقليمي بجودة نصوصه ومقبوليتها.

CEDAW and women in Iraqi legislations

(Study)

The Recommendations ensuing from the study

The Personal Status Law

1. There is no legal justification for the Iraqi reservations on CEDAW since these reservations are made on international provisions while there are similar international provisions that are currently in force; or, there is a national law currently in force, that contradicts with the reservations. Therefore, the reservations are not justified and we request the government to re-examine and cancel said reservations in light of the reasons set out in this study.
2. In order for the definition of the marriage contract to be in line with the noble goals of the family institution and in conformity with the provisions of the Islamic Sharia and the International Bill of Human Rights, we recommend the adoption of the definition included in the amendment introduced in the Kurdistan region. The definition reads as follows: the (Marriage is a consensual contract between a man and a woman, by virtue of which they shall be lawfully permissible to each other, for the purpose of establishing a family on basis of love, compassion and shared responsibility).
3. In order for the marriage to be valid, the two parties to the contract should have reached 18 years of age, in accordance with the provisions of the Civil Code, the provision of Article 7 paragraph (1) of the Personal Status Law and the Convention on the Rights of the Child. The judge may authorize the marriage of a 17-year-old person following the submittal of a medical report from an official medical authority confirming attainment of legal puberty and physical ability of the applicant.

4. A man may only marry a second woman with the consent and approval of the first wife and under certain conditions specified on an exclusive basis, such as infertility. In such case, the man shall accord both women equal treatment even emotionally. The second marriage shall be deemed null and void if concluded outside of Iraq.
5. A wife shall not be obliged to obey her husband contrary to the rights and freedoms prescribed to her under the Constitution and included under the title on rights and freedoms stipulated in the Constitution.
6. A wife may request the Personal Status Court to consider the husband as having behaved out of ill-will (Nashez) when the reasons and conditions for his (Nushuz) [a behavior which comes out of ill-will and seriously disturbs the other partner] are met. In this case, the husband shall be bound to pay alimony to his wife for the duration of his Nushuz. In the case of separation, he shall pay the deferred dowry, the waiting period (Iddat) alimony and any other due compensation, based on the Quran "And if a woman fears from her husband ill-will or desertion" (verse 128 of Surah an-Nisa).
7. Khula: the right of a woman to seek a divorce from her husband in Islam for compensation (usually monetary) paid back to the husband from the wife. It is admitted by the part of the Doctrine (fiqh) that a woman is allowed to initiate a divorce under the mutual consent of the husband. However, there are differing interpretations of Khula, which do not require the consent of the husband as long as the woman is the party requesting the Khula if its conditions are met and the woman is willing to renounce on any financial claim on the husband and any entitlement to the matrimonial home. This was retained by the Egyptian and Syrian legislators and recently by the legislator of the Kurdistan region, therefore we recommend allowing a woman to initiate a divorce without the husbandís consent.
8. If a girl was married before reaching adulthood i.e. before completing eighteen years of age, she may, after completing eighteen years,

whether or not the marriage was consummated, have the choice between staying married or requesting the dissolution of the marriage.

9. The marriage to a widow or a taking back a divorcee if the man had married after the divorce a second wife, shall require obtaining the permission of the Personal Status Court.
10. It is very difficult for those to whom alimony is ordered by virtue of a court decision to enforce this decision, since the husband ordered to pay it may evade, be absent or have an unknown domicile. Therefore, we consider it necessary to activate the Alimony Fund and to return the necessary amounts necessary to the Fund by allocating such amounts in the annual financial stateís budget. The Fund may have the right to sue the husband ordered to pay alimony, to recover whatever amounts it paid on its behalf as alimony.
11. It is necessary to activate the provisions governing separation and to issue a recommendation to the judicial authority to rule for separation when its reasons and conditions are met, and not to invoke the maintaining of the harmonious family ties when this family harmony has been broken and its conditions are not met. The judicial authority must take the philosophy of the legislator into consideration when applying the provisions on separation.
12. The conditions confirmed in the marriage contract must be taken into consideration, including the wifeís right to obtain divorce and her right to request to return and resume marital life.
13. None of the formulas known by the doctrine shall be set as a condition for granting divorce, since the will to divorce under any formula shall render the divorce a fact.
14. Any person who renounces the promise of marriage, engagement or the reading of the Fatiha without a legitimate reason ñ shall be subject to tort liability provisions included in the Civil Code, when the damage has actually occurred.
15. The wife just like the man must be able to request separation after that the judgment on Nushuz becomes conclusive, instead of waiting

for two years according to the law, taking into account the (Iddah) waiting period.

16. The wife may request separation if she has been abandoned by her husband for two years; and in an unconsummated marriage she may request separation if the husband does not consummate the marriage within two years from the date of the marriage contract. These are very long-term durations which the life of the wife is disrupted, and we recommend that this duration be restricted to one year only.
17. It is necessary to speed-up the legislation of a draft law on the protection [of women] from domestic violence. This draft law is currently examined by the Council of Ministers and it must be referred to the House of Representatives as soon as possible.
18. Removing the legislative confusion in terms of those whose affinity (lineage) is acknowledged and those with unknown descent in the Personal Status Law and Juvenile Welfare Act in order to preserve the dignity and humanity of those whose affinity is acknowledged so that the latter does not suffer as result of the discrepancy in the legislative texts.
19. The provisions on inheritance by kinship must be unified for all religious sects and Article 89 of the Personal Status Law must be adopted as is. This is will of the legislator in order to consecrate the sense of citizenship firstly and secondly to prevent sectarianism.
20. A non-Muslim must be able to inherit a Muslim, as decreed by Ayatollah Yousef Sanei and published in the Ijtihad-wal-Tajdid Journal.
21. Article 74 of the Personal Status Law specifies that if the child, male or female, dies before his father or mother, he shall be considered as alive upon the death of any of them. It is therefore supposed according to the Sharia provisions, that his wife should be among those to whom the legacy shall be handed down without that this be restricted to his own children, males or females, in order to do justice and to comply with the Islamic Sharia provisions.

The Penal Code

1. Article 41 of the Penal Code concerning the right of a husband to discipline his wife must be cancelled since it is an article that legitimizes discrimination and violates the provisions of Article 14 of the Constitution.
2. There must be equality in the provisions on adultery specified in Article 377 of the Penal Code between the husband and wife and the necessary legislation must be passed to lift discrimination between them.
3. The crimes committed under the pretext of honor should not preclude the punishment of the perpetrator. The principle of proportionality between the criminal act and the punishment must be applied, taking into consideration the international provisions on violence against women. The proposed provisions shall determine the power of the judge looking into the merits to impose the punishment.
4. Ambiguity in Article 380 of the Penal Code must be removed. Any husband who incites his wife to commit adultery shall be punished even if she does not obey her husband in this respect, since the mere incitement is deemed as a crime that must be sanctioned. This applies even to attempt of incitement.
5. Article 395 specifies the following that "Any person who seduces a woman over the age of 18 with a promise of marriage, has sexual intercourse with her and subsequently refuses to marry her is punishable by detention". This sanction must be severer. Detention means that the crime is a misdemeanor and the minimum sanction for a misdemeanor is three months and one day and this is a very simple sanction that does not correspond with the gravity of the committed criminal act.
6. Article 398 specifies that "If the offender mentioned in this Section (relating to rape) then lawfully marries the victim, the lawsuit ceases and becomes void and any investigation or other procedure is discontinued and, if a sentence has already been passed in respect of such action, then the sentence will be quashed." This article must be

reviewed. It harms the victim twice; the first time when she was raped and the second is when she is married to her rapist. Moreover, this article rewards the offender who is not punished although the act he committed constitutes a crime whose elements are all met. Therefore, this text must be fair to the victim and it must not allow the perpetrator and the legislator to cause harm to the victim.

7. Article 409 of the Penal Code specifies that: any person who surprises his wife or any of his relatives within the prohibited degrees (mahram) in the act of adultery or in bed with her lover and kills them immediately or one of them or assaults one of them and such an assault leads to death, or causes permanent disability, is sanctioned by a period of detention. The above is a right only acknowledged to the husband and not to the wife in the same situation wherein she finds her husband with another woman. This constitutes a clear discrimination between the spouses that violates Article 14 of the Constitution and it necessary to set forth a legal text that eliminates discrimination.
8. Article 417 of the Penal Code on abortion must be re-examined. A legal text must be passed that obliges abortion if the infant constitutes a threat to the life of the pregnant women, or if the pregnancy is weak or the infant is deformed and mentally handicapped. Abortion must be performed at the expense of the state.

The Civil Status Law

Article 21, paragraph 3 of the Civil Status Law specifies that "minor children shall follow in their religion the one who adapts the Islamic religion of their parents". This Article violates Article 42 of the Constitution which gives the right to every individual to freedom of thought, conscience and religion. This also violated Article 37 of the Constitution which provides that the State shall guarantee protection of the individual from intellectual, political and religious coercion. In light of this constitutional clarity, Article 21/3 of the Civil Status Law is unconstitutional and the Federal Court must rule on its unconstitutionality based on an action instigated for this purpose, or a legal text must be passed on its cancellation.

Law of Evidence

The texts must be clear and explicit regarding the necessary number of witnesses and woman's testimonies must be equal to that of a man in all matters of evidence, including the testimony in personal status matters in accordance with the provisions of Article 14 of the Constitution and following. Moreover, no legal text violating the provisions of the Constitution shall be retained wherever it is included in the laws.

The Electoral Law

The legal provisions included in the Electoral Law must be a genuine expression of the will of the voters. A voterís vote shall not revert to any candidate he/she does not want to vote to. The appropriate method for calculation of ballots must be retained in order to ensure everyoneís contribution so that the chosen candidate is elected. These texts must prevent the monopoly by large parliamentary blocks of the representative authority seats.

The Law on Non-Governmental Organizations

The executive department competent to grant the license of incorporation must be affiliated to an independent authority such as the Judiciary, for example, instead of being affiliated to the General Secretariat of the Council of Ministers. Experience has shown that the General Secretariat is trying to subjugate the law and to prevent non-governmental organizations who disagree with the government from obtaining a license.

Law on Combating Prostitution

The Revolutionary Command Council Resolution # 234 of 14/10/2001 specified that there shall be punishment with death sentence for whoever commits the crime of sodomy with a male or a female or violates the honor of a male or female without his or her consent and under the threat of arms or by force. This provision must be cancelled and the punishment must be replaced with another that corresponds to the criminal act committed by the offender.

International human rights conventions

The appropriate mechanism must be developed for the implementation of international human rights conventions to which Iraq is a party and which are ratified by Iraq and became part of its legislation. The objective behind said international conventions must be achieved. The relevant legal texts must not remain on paper and they must be applied in practice in order for the Iraqi national to obtain and exercise these rights.

The Constitution

Article 41 of the Constitution must be abolished. Since it eliminates citizenship, consecrates sectarianism and abolishes the Personal Status Law. The latter has good advantages and is favorable to the family and the individual. This was proved during the five decades of implementation of the Personal Status Law of 1959. Moreover, the regional neighborhood testifies to the quality and acceptability of its provisions.

سيرة ذاتية

هادي عزيز علي

تاريخ الميلاد – 1 / 7 / 1945

التحصيل العلمي – بكالوريوس قانون – الجامعة المستنصرية – بغداد 1970 .

المهنة – قاض (متقاعد) لغاية احالتي على التقاعد لبلوغي السن القانونية في 2010/6/30.

بعد الاحالة على التقاعد أرتبطت بعقد مع مجلس القضاء الأعلى بصفة (خبير) .

الخبرة والنشاطات

- أشغل حالياً منصب المفوّض في محكمة الاستثمار العربية التابعة لجامعة الدول العربية- القاهرة
- محاضر لمادة قانون المرافعات المدنية في المعهد القضائي التابع لوزارة العدل – بغداد – 2004 – 2005 وسنة 2013.
- محاضر في معهد التطوير القضائي التابع لمجلس القضاء الأعلى وعضو اللجنة العلمية فيه من 2010، وقد قدمت طلباً بإعفائي من عضوية اللجنة المذكورة في أواسط 2013.
- محاضر لمادة حقوق الإنسان في الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من قبل العراق في الدورات المنظمة لقضاة الأحوال الشخصية والمعقودة في بيروت من قبل منظمة هنريش بيل الألمانية بالتعاون مع جمعية الأمل العراقية 2009 ، 2010 ، 2011.
- عضو اللجنة العلمية المشكلة في مجلس القضاء الأعلى – بغداد- لمناقشة البحوث المقدمة من قبل القضاة لأغراض الترقية لمدة ثلاث سنوات.
- عضو لجنة الخبراء المشكلة في وزارة الدولة لشؤون المرأة لغرض اعداد مشروع قانون حماية المرأة من العنف الأسري 2010-2012.
- عضو اللجنة المشكلة في المحكمة الاتحادية العليا (المحكمة الدستورية) المكلفة بالاشراف على البحوث المقدمة إلى موقع المحكمة المذكورة .
- سكرتير تحرير مجلة – حمورابي – الصادرة عن جمعية القضاء العراقي.
- عضو الهيئة الاستشارية لمجلة النزاهة الصادرة عن هيئة النزاهة.
- عضو شرف في لجنة الدراسات القانونية التابعة لبيت الحكمة العراقي.
- عضو شرف في اتحاد الأدباء والكتاب العراقيين.

- لي مساهمة في قانون رقم 15 لسنة 2008 الصادر عن برلمان إقليم كردستان الخاص بتعديل تطبيق قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدّل.
- مسجل بصفة (خبير الفقه والقضاء) في استبيان وزراء العدل العرب التابع لجامعة الدول العربية.

الكتب التي أصدرتها:

1- المباديء القانونية في قضاء محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية - ايجار العقار – المجموعة الأولى -1997

2- التطبيقات القضائية في قضاء محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية – التعهد بنقل ملكية العقار – المجموعة الأولى – 1998

3- المبادئ القانونية في قضاء محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية – قانون التنفيذ – 1999

4- الصيغة القانونية لرفع الدعوى المدنية – الجزء الأول – في المنقول والدين – 1999

5- التطبيقات القضائية في قضاء محكمتي استئناف بغداد بصفتهما التمييزية - التعهد بنقل ملكية العقار – المجموعة الثانية 2000

6- المبادئ القانونية في قضاء محكمتي استئناف بغداد بصفتهما التمييزية - ايجار العقار – المجموعة الثانية – 2000

7- المبسوط في احتساب المسآلة الارثية – بالاشتراك مع القاضي عباس السعدي 2001

8- المرشد في تأسيس الشركات – الجزء الأول – 2000

9- الصيغة القانونية لرفع الدعوى المدنية - الجزء الثاني – في العقار 2004

10- القضاء المستعجل -2008

11- القضاء الولائي -2012

12- أسئلة وأجوبة في قضايا الأحوال الشخصية 2013

الفهرس

تقديم 3

المقدمة.....5

– أولاً– التحفظات العراقية على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) 10

التحفظ الأول – الفقرة (و) من المادة (2) من الاتفاقية.....11

التحفظ الثاني – الوارد على المادة (9) بفقرتَيْها 14

التحفظ الثالث – المادة (16) من اتفاقية (سيداو).....16

التحفظ الرابع – الفقرة (1) من المادة (29) من الاتفاقية 23

– ثانياً – قانون الأحوال الشخصية رقم (188) **لسنة** 1959 **المعدّل** 24

قانون الأحوال الشخصية 25

النصوص المنسجمة مع اتفاقية (سيداو)..... 52

(1) عقد الزواج عقد رضائي 52

(2) النصوص المشرعنة لعدم المساواة.....34

– ثالثاً – قانون العقوبات المرقم 111 **لسنة** 1969 **المعدّل** 39

الجريمة السياسية.....39

تأديب الزوجة 40

الأعذار القانونية المخففة 42

الزنى.....43

التحريض على الزنى..... 44

جرائم الاغتصاب 45
هتك العرض 49
الزواج من المغتصبة 49
التحريض على الفجور 51
التلبس بالزنى 53
الفرق بين المفاجأة بالزنى والقتل بباعث شريف غسلاً للعار 55
الإجهاض 56
الخطف 58

– رابعاً – القوانين العراقية الأُخرى 61
(1) قانون الأحوال المدنية 61
(2) قانون الإثبات 62
(3) قانون رعاية الأحداث 63
(4) تشريعات العمل والضمان الاجتماعي 65
(5) قانون التقاعد والضمان الاجتماعي للعمال 66
(6) القانون المدني 67
(7) قانون الانتخابات 71
(9) قانون مكافحة البغاء 73
(10) العنف ضد المرأة 75
(11) نفاذ الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان 77

– خامساً – الدستور العراقي وحقوق المرأة 80
1 – الحق في الحياة 80
2 – الحق في الجنسية 82
3 – حرية الرأي والتعبير 83
4 – حرية العقيدة 84
5 – حق المشاركة في الشؤون العامة 86

6 – الحق في التعليم 87
7 – الحق في حماية الحياة الخاصة 88
المرأة وإشكالية المادة (41).....89

الخاتمة.....99

التوصيات 101
قانون الأحوال الشخصية 101
قانون العقوبات 104
قانون الأحوال المدنية 105
قانون الإثبات.....105
قانون الانتخابات.....105
قانون المنظمات غير الحكومية 106
قانون مكافحة البغاء..... 106
الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان 106
الدستور 106
The Recommendations ensuing from the study..... 107

سيرة ذاتية هادي عزيز علي 115

الفهرس 117