World Bulletin of Management and Law (WBML)
Available Online at: https://www.scholarexpress.net
Volume-19, February-2023
ISSN: 2749-3601

NEW NATIONALITY PROVISIONS AND THEIR IMPACT ON INTERNATIONAL PERSONAL STATUS RULES

Assist. Legal Consultant Sarah Hassan Alwan[1], Prof. Dr. Iyad Mutashar Sayhoud[2]
Directorate General of Education - Dhi Qar [1], Ministry of Higher Education and Scientific Research - College of Law -University of Thi-Qar[2]
E-mail: Law6phd24@utq.edu.iq[1], E-mail: Iaw1e227@utq.edu.Iq[2]

Article history:

Received: December 11th 2022
Accepted: January 11th 2023
Published: February 20th 2023

Abstract:

Articles 19-24 of the Iraqi Civil Code No. 40 of 1951 regulate the subject of conflict of laws rules in personal situations, which refer to the individual's personal law, namely the Nationality Act, if the nationality of women and men is of equal legal value under the Iraqi Constitution in force for the year 2005. (18/2), article (3/1) of the Iraqi Nationality Law in force No. 26 of 2006, and Act No. (33) In 2011, the Act lifting the reservation of the Federal Republic of Iraq to Article IX of the CEDAW Convention requires a review of these articles of the Civil Code in order to achieve the practical equality of the principle of the conceptual equality of women's nationality with men. Perhaps the question here is whether such an amendment can be achieved, assessed and effected, which has created a major problem through the extent to which such an amendment is opposed to the provisions of the Islamic Shari 'a in terms of the reliance of the Personal Status Law on the rules of the Islamic Shari'a.

Keywords: Nationality rulings, personal status conflict, the principle of equality, Islamic law

ملخص البحث:

أن المواد من(19-24) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951م، نظمت موضوع قواعد تنازع القوانين في الاحوال الشخصية، والتي يُرجع فيها الى القانون الشخصي للفرد، وهو قانون الجنسية، فاذا كانت جنسية المرأة والرجل متساوية في القيمة القانونية بموجب الدستور العراقي النافذ لسنة 2005م في المادة (2/18)، والمادة (1/3) من قانون الجنسية العراقية النافذ رقم 26 لسنة 2006م، ونص القانون رقم (33) لسنة 2011م- وهو قانون رفع تحفظ جمهورية العراق الاتحادية على المادة التاسعة من إتفاقية سيداو- إلّا يفرض كل ذلك إعادة النظر في هذه المواد- من القانون المدني- لتحقيق المساواة العملية لمبدأ المساواة النظري بين جنسية المرأة والرجل.

ولعل التساؤل هنا حول مدى امكانية تحقيق مثل هذا التعديل وتقييمه ومدى فاعليته، وهو ما ولّد إشكالية كبيرة من خلال مدى مُعارضة مثل هذا التعديل لأحكام الشريعة الاسلامية لجهة إعتماد قانون الاحوال الشخصية على قواعد الشريعة الاسلامية.

المقدمة

التعريف بالبحث:

شهدت جمهورية العراق الاتحادية تغيرات كبيرة على كل المستويات مما أستلزم أن يكون لهذه التحولات تأثير كبير على البنية التشريعية فيه، فكان أن صدر كَمٌ هائل من التشريعات لمواكبة المستجدات الاجتماعية، ولعل في مقدمة ما يمكن تشخيصه والوقوف عليه هو صدور الدستور العراقي النافذ لسنة 2005م، والذي تضمن- في حدود ما يعنينا- النص على مبدأ المساواة في حق الجنسية بين المرأة والرجل في المادة (18) منه بفقرتها الثانية، والتي نصت على مايلي: "يُعد عراقياً كل من ولد لأب عراقي أو لأم عراقية، ويُنظم ذلك بقانون"، وسار على نفس المنوال قانون الجنسية العراقية الجديد والنافذ رقم (26) لسنة 2006م، والذي جاء نص المادة الثالثة منه مصرحاً بأن: "يُعتبر عراقياً: أ- من ولد لاب عراقي او لام عراقية".

وهو تطور جدير بالبحث والدراسة لجهة تأثيره على قواعد تنازع القوانين التي تعتمد القانون الشخصي معياراً للحل المُبتغى.

إشكالية البحث:

تتمثل إشكالية البحث في مدى إمكانية تطبيق مبدأ المساواة بين المرأة والرجل في ظل الدستور النافذ، وقانون الجنسية العراقية على قواعد تنازع القوانين في شق الاحوال الشخصية والتي تتميز بثنائية بنائها المصدري بين الشريعة الاسلامية وقانون الاحوال الشخصية؛ للمسلمين أو غيرهم.

فالمشكلة هي أن مثل هذا التعديل قد يتعارض وثوابت الشريعة الاسلامية- وحتى غير الاسلامية- مما يُثير فكرة عدم الإمكان الدستوري والقانوني لتطبيق مثل هكذا تعديل.

World Bulletin of Management and Law (WBML)
Available Online at: https://www.scholarexpress.net
Volume-19, February-2023
ISSN: 2749-3601

أهمية البحث:

1- إستعراض النصوص التشريعية المُحدِدة لمبدأ المساواة بين المرأة والرجل.
2- المزاوجة بين تنظيم مبدأ المساواة في إطار القانون الشخصي وقواعد تنازع القوانين.
3- مُحاولة مُعالجة إشكالية الربط بين القانون الشخصي "الجنسية" والشريعة الاسلامية -التي هي المصدر الاساس لقواعد الاحوال الشخصية-.
4- تحليل أُسس قواعد تنازع الاحوال الشخصية وبيان طبيعتها وتقيّيم تنظيمها القانوني.
5- بسط مديات البحث بإلقاء نظرة إجمالية حول قواعد تنازع الاحوال الشخصية بالنسبة للطوائف غير الاسلامية.

منهج البحث:

أعتمدت الدراسة على المنهج الاستقرائي من خلال مُحاولة جمّع ودراسة كل مُفردة من مُفردات قواعد تنازع الاحوال الشخصية، بُغية الوصول الى فهم مُتكامل لطبيعة تنظيم هذه القواعد من جهة، وتبنّي المنهج التحليلي لجهة تعميق البحث في مُرتكزات مبدأ المساواة ومدى إمكانية تفعيله في باب قواعد تنازع الاحوال الشخصية بالنسبة للطوائف الاسلامية وغير الاسلامية.

جديد البحث:

1- أول بحث-عراقي- يتناول بالدراسة المُعمقة التوصيف القانوني الدقيق لقواعد تنازع الاحوال الشخصية بين وضعها الاسنادي أو الموضوعي.
2- أول بحث- عراقي- يُحّدد ماهية القانون الشخصي- الجنسية- في ظل الشريعة الاسلامية بوصفها رابطة تنظيمية.
3- أول دراسة تُزاوج ما بين التأسيس الجديد لمبدأ المساواة بين المرأة والرجل وبين تطبيقها العملي في إطار قواعد تنازع القوانين في القانون المدني العراقي.
4- أول إهتمام جدّي وفعّال في مُحاولته لإستكشاف بعض ملامح قواعد الاحوال الشخصية للطوائف غير الاسلامية، وهي مُحاولة جديرة بالاهتمام في ظل الوضع العراقي الحالي والمسقبلي.
5- أول بحث يُفصل القول في قواعد اسناد النفقة وتفصيلاتها وانواعها.

خطة البحث:

توزعت هذه الدراسة على مبحثين؛ خصص الاول لبيان أُسس قواعد تنازع الاحوال الشخصية في القانون المدني العراقي، في حين إستعرض الثاني أثر مبدأ المساواة على قواعد تنازع الاحوال الشخصية.

المبحث الاول

أُسس قواعد تنازع الأحوال الشخصية في القانون المدني العراقي

أن لبحث موضوع الاحوال الشخصية أهمية إستثنائية؛ لخصوصية المسائل التي يُعالجها وللتصورات الدينية التي قد تُحيط به، وإذا أردنا لهذا الموضوع أن تحيل بُعداً اكثر تعمقاً، فيمكن تصور ذلك من خلال دراسة الاحوال الشخصية ذات العنصر الاجنبي، والتي يجب إنتهاج إحدى الُسُبل المُعتمدة لحل اشكالية تنازعها بين تنظيم قواعد الاسناد أو القواعد المباشرة، أما إذا كان للأمر تتّمة أخرى لجهة التدقيق في مدى ملاءمة قواعد الاحوال الشخصية، ومبدأ المساواة بين المرأة والرجل فيكون للبحث مديات أخرى.

عليه، ولتفصيل كل ذلك نستعرض في هذا المبحث -بحوله تعالى- التعريف بالتنظيم القانوني لهذه القواعد في مطلب أول، مع دراسة مدى أمكانية إعمال مبدأ المواطنة- في حدود مفردة المساواة فقط- في خصوص تحديث التنظيم القانوني لقواعد تنازع الأحوال الشخصية في مطلب ثانٍ، على وفق الآتي:-

المطلب الأول

التعريف بالتنظيم القانوني لقواعد تنازع الأحوال الشخصية

لبيان التنظيم الذي سار عليه المشرع وهو بصدد مُعالجة منهج تنازع الاحوال الشخصية، إلّا إن الامر بخلاف ذلك إذا ما علمنا إن مثل هكذا موضوع كان وما يزال بعيداً عن المُعالجات المُعمقة من جهة، ومن جهة أُخرى فإن طبيعة قواعد التنازع المتعلقة بهذا الموضوع هي الاخرى ليست على نسق واحد.

من هنا سنفصل القول في الصياغات الفنية والحُكْمية الواردة في هذه القواعد في فقرة أولى، كما ونستعرض بتفصيل طبيعة التنظيم غير العادي- الموضوعي- لهذه القواعد في فقرة ثانية، وفقاً لما يلي:-

الفقرة الأولى: ماهية التنظيم الاساس لقواعد إسناد الأحوال الشخصية:-

نظّم المشرع العراقي أحكام الأحوال الشخصية في أطار التنازع الدولي من حيث الاختصاص التشريعي، وذلك في المواد من (19-24) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951م المعدل، حيث لم يأت المُشرع في ظل هذه المواد بأحكام تختلف كثيراً عما هو معتمد دولياً في هذا المجال، إذ تضمنت هذه المواد ما يلي:[1]

- **نص المادة 19 وفيه:-**

1- "يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى قانون كل من الزوجين، أما من حيث الشكل فيعتبر صحيحاً الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي إذا عُقد وفقاً للشكل المُقرر في

World Bulletin of Management and Law (WBML)
Available Online at: https://www.scholarexpress.net
Volume-19, February-2023
ISSN: 2749-3601

قانون البلد الذي تم فيه، أو إذا روُعيت فيه الاشكال التي قرّرها قانون كل من الزوجين"[2].

2- " ويسري قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت إنعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من آثر بالنسبة للمال".
3- "ويسري في الطلاق والتفريق والانفصال قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى".
4- "المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الأباء والأولاد يسري عليها قانون الاب".
5- في الاحوال المنصوص عليها في هذه المادة إذا كان أحد الزوجين عراقياً وقت إنعقاد الزواج يسري القانون العراقي وحده".

- **المادة 20 ونصها:** "المسائل الخاصة بالوصاية والقوامة وغيرها من النُظم الموضوعة لحماية عديمي الأهلية وناقصيها والغائبين يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون اليها".
- **المادة 21 ونصها**: " الالتزام بالنفقة يسري عليه قانون المدين بها".
- **المادة22 ونصها**؛ " قضايا الميراث يسري عليها قانون المورث وقت موته مع مراعاة ما يلي:

أ- إختلاف الجنسية غير مانع من الارث في الاموال المنقولة والعقارات، غير أن العراقي لا يرثه من الاجانب إلّآ من كان قانون دولته يورث العراقي منه.
ب- الاجنبي الذي لا وارث له تؤول أمواله التي في العراق للدولة العراقية، ولو صرح قانون دولته بخلاف ذلك".

- **المادة 23 ونصها:** " 1- قضايا الوصايا يسري عليها قانون الموصي وقت موته. 2- تُطبق القوانين العراقية في صحة الوصية بالأموال المنقولة الكائنة في العراق والعائدة الى متوفي اجنبي وفي كيفية انتقالها".

كما قرّر المشرع العراقي في ديباجة هذا القانون -القانون المدني- ما يلي:- "ووضعت قواعد مُفصلة لتنازع القوانين في المكان وهو ما يعرف بالاصطلاح بالقانون الدولي الخاص، وقد تضمنت هذه القواعد حلولاً للتنازع في مسائل الأحوال الشخصية[3] "....وهي قواعد مقتبسة من احدث التقنينات الغربية....".

وكما هو حال كل القوانين فقد إعتمد المشرع العراقي - في القانون المدني- في تنظيم الاحوال الشخصية بالإستناد الى القانون الشخصي - قانون الجنسية- غير إن المشكلة قد تعترض القانون الشخصي في حالات، منها:-

1- **تعدد الجنسية:-** والتي عالجها المشرع العراقي بنص المادة (33) من القانون المدني، إذ نصت الفقرة الثانية منه على ما يلي:-

" على ان الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة الى العراق الجنسية العراقية وبالنسبة الى دولة أجنبية او عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول فالقانون العراقي هو الذي يجب تطبيقه" [4].

كما نصت الفقرة ثانياً من المادة العاشرة من قانون الجنسية النافذ لسنة 2006، على انه:" تطبق المحاكم العراقية القانون العراقي بحق من يحمل الجنسية العراقية وجنسية دولة اجنبية".

2- **حالة انعدام الجنسية**:- وحكمها ما نصت الفقرة الأولى من المادة (33) من القانون المدني العراقي على ما يلي:- "تُعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية"، ويعتمد القاضي هنا على فكرة التوطن او محل الإقامة في دولة معينة، وإذا تعذر عليه تعيين الموطن فعند ذلك يطبق القاضي قانونه في حكم الأحوال الشخصية لعديم الجنسية[5].
3- **حالة التنازع المتحرك:-** أو ما يسمى بالتنازع المتغير، والذي لم يضع المشرع العراقي حلاً موحّداً لمسائله، وإنما إعتمد حلولاً مختلفة باختلاف الأحوال محل المعالجة، كالنص على سريان قانون الزوج عند إنعقاد الزواج على الاثار التي يرتبها عقد الزواج (مادة2/19)، أو تطبيق أحكام قانون دولة الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى الطلاق والتفريق والانفصال (مادة 3/19).

الفقرة الثانية: التنظيم المباشر (الضروري) لقواعد تنازع الأحوال الشخصية:-

نقصد به المعالجات التي أوردها المشرع العراقي في القانون المدني رقم 40 لسنة م1951 النافذ والمعدل، في الفقرة الخامسة من المادة (19) منه، والتي نصت على ما يلي:-

"في الأحوال المنصوص عليها في هذه المادة إذا كان احد الزوجين عراقياً وقت إنعقاد الزواج يسري القانون العراقي وحده".

إذ يلاحظ ان هذا النص منح الأولوية في التطبيق للقانون العراقي في أي من الأحوال الواردة في هذه المادة والمُتعلقة بتنظيم شروط الزواج والطلاق والتفريق والانفصال ومسائل البنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الإباء والأولاد، فالمرّجح-على غيره- في هذا المجال هو القانون العراقي في حال ما أذا كان احد الزوجين عراقياً، لذلك ولتفصيل القول في هذا المجال نورد التفريعات الآتية[6]:-

أولاً: صياغة التنظيم:-

المُلاحظ على نصوص الفقرات السابقة أنها تحمل صياغة مزدوجة لقواعد التنازع الواردة فيها، فمن المُمكن إذا تم إعمال

World Bulletin of Management and Law (WBML)
Available Online at: https://www.scholarexpress.net
Volume-19, February-2023
ISSN: 2749-3601

هذه الصفة " الازدواجية" إن يتم تطبيق قانون أخر غير القانون العراقي في ميدان الأحوال الشخصية، كما هو الحال - في الفقرة الثانية من المادة 19- إذا كان الزوج أجنبياً بما يؤدي الى تطبيق قانون دولة الزوج في حكم أثار الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال، وكذلك الحال في مسائل الطلاق والتفريق والانفصال والمسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الإباء والأولاد، ففي جميع هذه الفروض يمكن تطبيق القانون الشخصي للزوج -أو الأب- الأجنبي حتى وإن كانت الزوجة - او الأم- عراقية، لذلك وتجنباً لمثل هكذا حكم وحماية لمصلحة الطرف العراقي في مثل هذه الحالات عَمَّدَ المشرع العراقي الى إيراد حكم الفقرة الخامسة من المادة (19) من القانون المدني العراقي النافذ والمعدل لسنة 1951م.

فالمشرع العراقي في الفقرة الخامسة - أعلاه- جاء بصيغة تنازع انفرادية قصد من ورائها تحديد حالات تطبيق القانون العراقي على المجالات المحددة في المادة، بالاعتماد على ضابط الإسناد فيها وهو الجنسية العراقية لأحد الزوجين وقت أبرام الزواج، وهذا الحكم يُقرّر نتيجتان مهمتان، هما:-

أ- يجب تطبيق القانون العراقي كلما كان أحد الزوجين عراقياً عند أبرام عقد الزواج.
ب- إن القاضي العراقي يُطبق القانون العراقي بالأولوية في حكم هذه الحالات، وبما يتعطل معه العمل بقواعد التنازع المزدوجة التي وردت في أحكام فقرات هذه المادة.

ثانياً: طبيعة التنظيم:-

تُبنى هذه الفقرة على التأثر بمبدأ شخصية القوانين، والذي يكون القصد منه - المبدأ- ربط الفرد بالجماعة الوطنية وبالنظام القانوني العراقي، وتحقيق الحماية التي يكفلها هذا النظام للطرف العراقي.

ولم نجد في الفقه العراقي بأجمعه إجابة حول طبيعة هذه الفقرة، لذلك فنحن نُقّرر، انه وبالنظر الى وظيفة هذه القاعدة بأنها من القواعد ذات التطبيق الضروري أو المباشر[7]، وبالتالي فهي تطبق دون القواعد الواردة في أحكام فقرات هذه المادة، فمعها لا تثور مشكلة التنازع أو الاختيار بين القوانين.

ثالثاً: نطاق تطبيق أحكام التنظيم:-

ان حكم الفقرة الخامسة -أعلاه- جاء بشكل عام فيسري على كل مراحل ومجالات هذه المادة، وتطبيقها واضح على كل الفقرات الأربع السابقة، مع ملاحظة الاستثناء المُتعلق بشرط الأهلية الخاصة بالزواج إذ تظل خاضعة للقانون الشخصي لكل من طرفي العقد.[8]

وكذلك الاستثناء المُتعلق بشرط الشكل في عقد الزواج فقد قرّرت الفقرة الأولى من المادة (19) صحة عقد الزواج شكلياً إذا عقد وفقاً للشكل المُقرر في قانون البلد الذي تم فيه، أو إذا رُوعيت فيه الإشكال التي قرّرها قانون كل من الزوجين، وسواء كان الزواج بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي.

رابعاً: تقويم التنظيم: يمكن تبيان ذلك من خلال:-

أ- **ايجابيات التنظيم:-** ان هذا التنظيم يأخذ مداه الطبيعي وفعاليته في الفرض الذي تكون فيه الزوجة- او الأم- هي الطرف العراقي، سيما في ظل التوجه الذي أملى على المشرع العراقي تفضيل القانون الشخصي العراقي على غيره من القوانين[9].
ب- **سلبيات التنظيم:-** ان شروط تطبيق هذا التنظيم تتجسّد بشرطين مزدوجين -لا منفردين- هما:-
1- في الأحوال المنصوص عليها في هذه المادة.
2- يُطّبق هذا التنظيم في " وقت انعقاد الزواج".

هذان الشرطان -لا سيما الثاني- يؤدي بحكم الفقرة الخامسة لان يوسم بسمة عدم الواقعية-غالباً-، ذلك لأن المشرع العراقي وأن أبتغى حل مشكلة التنازع المتحرك بالنص على "وقت إنعقاد الزواج"، إلّا ان هذا الحل حَمَّلَ النص عيباً أخر لجهة الانفصال أو الاتصال اللاحق بالقانون العراقي وبما يؤدي الى تطبيق قانون - عراقي او غيره- غير ذي صلة بأطراف عقد الزواج، وحبذا لو كان الأمر معالجةً تأخذ بنظر الاعتبار بُعد الفعالية في تنظيم النص القانوني, بان يلاحظ التغيير اللاحق لظرف الإسناد - الجنسية-، وبما يؤدي الى فك الارتباط بين الزوجين والقانون العراقي، أو تأكيد الاتصال الذي تم لاحقاً بعد عقد الزواج[10].

المطلب الثاني

القانون الشخصي بين التأصيل والتجديد

يتعلق هذا العنوان بتفصيل مسألة على قدر كبير من الاهمية لجهة ضرورة فهم طبيعة العلاقة بين القانون الشخصي-الجنسية- والشريعة الاسلامية، من جانب تعلق الاحوال الشخصية بالشريعة الاسلامية، وهو ما يقتضي بيان مدى قبول الشريعة الاسلامية لمفهوم الجنسية من عدمها.

كما ويستلزم الامر تفصيل القول في الاساس الذي تولد عنه مبدأ المساواة في القانون الشخصي ومدياته وفهمه بشكل تام ليتسنى بعد ذلك تطبيق الاحكام على أُسسها.

من هنا, ولكل ما تقدم, يختص هذا المطلب بدراسة مسألة مهمة لجهة دراسة التأصيل القانوني والشرعي لمفردة القانون الشخصي وبما يؤسّس لدراسة أثر مبدأ المساواة على هذا القانون، ووفقاً لما يلي:

الفقرة الأولى: طبيعة القانون الشخصي بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي:-

World Bulletin of Management and Law (WBML)
Available Online at: https://www.scholarexpress.net
Volume-19, February-2023
ISSN: 2749-3601

تدور معالم هذا المطلب حول أستعراض المشكلة - القديمة الجديدة- المُتعلقة بتبيان موقع القانون الشخصي- الجنسية- بين نظرة الشريعة الإسلامية، والتنظيم القانوني له.

بالنسبة لنظرة الشريعة الاسلامية للقانون الشخصي - الجنسية- فنحن نرى في هذا المقام ان الاجابة العلمية الدقيقة تقتضي منا توضيح بعض المقدمات لكي تترتب الاجابة بشكل طبيعي على هذه المقدمات، وعلى النحو الآتي:

أن الربط ما بين المفهومين-الجنسية والشريعة- أما ان يكون سلبياً باتجاه عدم العلاقة بينهما، أو أيجابياً باعتبار إمكانية الارتباط بينهما[11].

لكن وفي ظلال ترجيح الرأي الثاني والداعم للترابط بين المفهومين-الجنسية والشريعة- توزعت التصورات المنضوية تحت لوائه، على الربط بين الجنسية والعقيدة او الارتباط بين الجنسية والهوية الاسلامية، وعلى النحو الآتي:

بالنسبة للرأي القائل بالربط بين الجنسية والعقيدة للفرد المسلم،[12] فيُرَدّ عليه أن الربط بين الدين والجنسية هو خلط بين مفهومي الدولة الاسلامية ومفهوم الامة الاسلامية [13] .

فللأمة الاسلامية مفهومان؛ مفهوم تتحّد فيه الامة بالدولة؛ حينما يكون المجتمع متجانس في انتمائه الديني، ومفهوم لا تتحّد فيه الامة بالدولة؛ عندما يكون المجتمع غير متجانس في تركيبته الدينية، وبذلك يتّولد كيان سياسي يضّم في تركيبته أمم مُتعددة بتعّدد إنتماءات أفراد المجتمع الدينية [14].

فمفهوم الجنسية، لا يرتبط بالبُعد الديني العقائدي من مقومات الدولة؛ لإرتباطه بتحديد ركن الشعب في الدولة، والجنسية لا ترتبط بالمسلمين فقط لتكون عامل التحديد والتمييز لهم عن غيرهم، وهذا ما يُرّجح ضرورة التركيز على مفهوم الدولة- بمقوماته وأركانه- عند التطرق لموضوع الجنسية والابتعاد عن المفاهيم المرنة غير واضحة المعالم والحدود.

أما بالنسبة للرأي الرابط بين الجنسية والهوية الاسلامية؛ "فالهوية الوطنية تتشّكل بشكل عام من مصدرين أساسيين؛ أولهما مصدر جغرافي تساهم فيه حالة اللغة والمناخ والتجربة التاريخية المشتركة لتلك الامة التي يمثل الفرد أحد ابنائها، وثانيها الأساس العقائدي والانتماء الرسالي، ويؤثر احد هذين العاملين ويتأثر بالعامل الاخر.[15]

والاسلام في هذا المجال لم يجعل لهذه الميزة الجغرافية أي امتياز انساني كي تكسبها فئة دون اخرى او مجموعة دون سواها، فالتمّايز الجغرافي من لغة وموقع وموطن لا مدخلية لها في إعطاء سمة أو سلبها من هذه المجموعة أو تلك، فالناس- وليس المسلمون فقط- سواسية كأسنان المشط، والوطن في نظرة الاسلام ليس إلّا إطار جغرافي وإنساني يبحث عن إسلام يستوعبه وعلى هذا الأساس تفاعلت الجموع الاسلامية مع الوطن ضمن معيار إسلامي يقوم على اساس الدعوة الى الله تبارك وتعالى والانفتاح على الانسان الاخر من أي موقع كان، قال تعالى في الآية (64) من سورة آل عمران المباركة: " قُلْ يَا أَهْلَ الْكِتَابِ تَعَالَوْا إِلَى كَلِمَةٍ سَوَاءٍ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ أَلَّا نَعْبُدَ إِلَّا اللَّهَ وَلَا نُشْرِكَ بِهِ شَيْئًا وَلَا يَتَّخِذَ بَعْضُنَا بَعْضًا أَرْبَابًا مِنْ دُونِ اللَّهِ فَإِنْ تَوَلَّوْا فَقُولُوا اشْهَدُوا بِأَنَّا مُسْلِمُونَ".

عليه، يمكن القول أن الاسلام يهتم بالهوية الاسلامية في بُعدها العقائدي والانتماء الرسالي عندما ينبغي تحديد الافراد الذين ينتمون الى أمة الاسلام ويعتنقون هذا الدين عقيدةً ومنهجاً ورسالة حياة، وأما الوطن والجغرافية فهي ليست الّا المجال الذي يُطبق فيه المسلمون انتماءاتهم ودينهم، ولكن كل ذلك لا يعني تحول الوطن والجغرافية الى عامل تمايز بين الناس بقدر ما هو عامل تحديد لمجال تطبيق أحكام الاسلام ورسالته، لذلك لا يمنع الاسلام في هذا المجال من تمتع غير المسلمين بالحقوق التي يتمتع بها المسلمون- ضمن ضوابط الاسلام- في بيئة الاسلام الجغرافية، دون أن يصل الامر الى تحويل وسيلة جغرافية الى غاية وهدف، لذلك لا يمكن أن يصمد هذ الرأي على طول الخط ولا يصلح لتفسير طبيعة العلاقة بين الجنسية والشريعة الاسلامية.

عليه، فالجنسية- بتصورنا- تنشأ من ضرورة تنظيمية وليس من اعتبار فكري عقائدي، ذلك لأن المسلم يحمل انتماءين هما؛ انتماء الى الامة الاسلامية بما هي وجود حضاري عقائدي، وانتماء الى الدولة الاسلامية بما هي وجود قانوني دستوري، وبما ان مسؤوليات وحقوق الانتماء الى الامة محددة في الشريعة والفقه دون حقوق ومسؤوليات الانتماء الى الدولة فان الضرورة التنظيمية تقتضي اللجوء الى تدبير يحدد جهة الانتماء للمكلف ليتمكن من القيام بمسؤولياته تجاه الدولة والمجتمع وليأخذ حقوقه وهذا التدبير هو -الجنسية- وإن لم تُسمّ بهذا الاصطلاح.

وبالرجوع الى الدستور الذي كتبه الرسول الاكرم(ص) لدولته في المدينة المنورة، نلاحظ ان المادة (25) من هذا الدستور نصت على: " ان يهود بني عوف امة مع المؤمنين، لليهود دينهم وللمسلمين دينهم"(16)، وجاء في نهج البلاغة عن الامام امير المؤمنين علي بن ابي طالب(ع)- وفي إطار عهده لمالك الاشتر عامله على مصر- أن الناس صنفان أما أخ لك في الدين أو نظير لك في الخلق.[17]

وتسمح لنا هذه النصوص بافتراض وجود علاقتين؛ الاولى علاقة الشراكة اي شراكة جميع الناس من مسلمين وغيرهم بوطنهم وتمثل الجانب التكويني الجغرافي من المواطنة، والثانية علاقة الفرد بالدولة وهي تُمثل الجانب السياسي من المواطنة.

World Bulletin of Management and Law (WBML)
Available Online at: https://www.scholarexpress.net
Volume-19, February-2023
ISSN: 2749-3601

"ويترتب على ذلك ان الامة والتلّبس بمفهوم المواطنة ينشأ من خلال التوّحد في الانتماء الى المشروع السياسي، والمجتمع والكيان السياسي، والمكان السياسي، وينشأ هذا الالتزام من الالتزام الاعتقاد والتقيد بهذا المشروع السياسي للمجتمع وتحمل الواجبات والمسؤوليات، وهي في المفهوم الاسلامي تعني الولاية والتناصر وحقوق الانسان".[18]

"فالإسلام يُقّر الجانب العاطفي التكويني من خلال إرتباط الفرد بموطنه الجغرافي الّا انه يعمل على تهذيبه، فالله تعالى لا يريد للإنسان أن يتعقد في عاطفته ما دامت المسألة مقتصرة على جانب الاحساس العاطفي".[19]

فالظاهر أن الوصف العام الذي تقوم عليه الدولة الاسلامية هو الاسلام الّا ان هذا الوصف يتلون ويتأثر بأثر وحدات الإنتماء الفرعية فيه، وتختلف درجة التلون بمقدار الحجم النسبي لوحدة الانتماء الفرعي ويقوى تأثيرها لا من حيث الحجم فقط ولكن من حيث قوة النفوذ المادي والمعنوي- أياً كانت هذه الانتماءات دينية او مذهبية او غيرها-، وهو ما نلاحظه في الوقت الحاضر من تضمن الدساتير في كل الدول ذات الغالبية المسلمة لنص يحدد دين الدولة بالإسلام الّا ان هذا النص لا يمنع تمتع غير المسلمين بصفة المواطنة وما ذلك الا لان غلبة الاسلام مما لا يعطي اثره القوي على باقي الاوصاف كوصف العراقي او المصري وهكذا.

من هنا، فلا الدين بمفرده ولا الاقليم بحدوده هو معيار التمتع بجنسية الدولة الاسلامية، وانما التوحد والانتماء الى الدولة الاسلامية سياسياً و ولائياً واجتماعياً هو المعيار الذي تنشأ بموجبه الجنسية الاسلامية، دون ان يعني ذلك انه ليس للدين والعقيدة من تأثير في رسم ملامح الوجود لهذه الجنسية.

لكل ما تقدم يتضح ان الجنسية هي التعبير عن الارتباط السياسي بالدولة الاسلامية في البعد التنظيمي والاداري لممارسات الدولة الاسلامية، وبالتالي يجب عدم النظر الى الجنسية على انها من مفردات العقيدة الاسلامية او الدين- او حتى انها قائمة على اساس الاقليم- ليتم التعامل معها على نحو ان التخلي عنها او تركها هو خروج عن الدين الاسلامي وارتداد عنه.

وهو ذاته التصور الذي تبنّاه التصوير الوضعي في تنظيمه لمفردة الجنسية(القانون الشخصي)؛ فهي ليست الّا رابطة تنظيمية بمقتضاها يتحدد الركن السياسي لشعب الدولة.

الفقرة الثانية: أُسس مبدأ المساواة في القانون الشخصي العراقي:-

أساس مبدأ المساواة - في المجال المبحوث فيه هنا- يتأتّى من أس النظام القانوني العراقي- وحتى المقارن- وهو الدستور العراقي النافذ لسنة 2005م، الذي تضمن النصوص الآتية:-

1- **نص المادة 14، وفيه:-"** العراقيون متساوون إمام القانون دون تمييز بسبب الجنس او العرق او القومية او الأصل او اللون او الدين او المذهب او المعتقد او الرأي او الوضع الاقتصادي او الاجتماعي".
2- **نص المادة 18، وفيه:-"** أولاً:- الجنسية العراقية حق لكل عراقي، وهي أساس مواطنته"[20].
3- **نص المادة 41، وفيه:-"** العراقيون أحرار في الالتزام بأحوالهم الشخصية، حسب دياناتهم او مذاهبهم او معتقداتهم او اختياراتهم، وينظم ذلك بقانون".

كما ويُشخَّص مبدأ المساواة في ظل القوانين المشَّرعة تطبيقاً للنصوص الدستورية أعلاه، وأهمها - ما يعنينا هنا- قانون الجنسية العراقية النافذ رقم 26 لسنة 2006م، وفيه نقف على نص المادة الثالثة بفقرتها الأولى، والمصّرحة بما يلي:-

" يعد عراقياً: أ- من ولد لأب عراقي او لام عراقية"، وتجسيداً لهذه المساواة شُرع القانون العراقي رقم (33) لسنة 2011م، والذي رفع تحفظ جمهورية العراق عن اتفاقية سيداو- والذي نشر في جريدة الوقائع العراقية الرسمية بالعدد(4222) في 12 كانون الأول 2011م- وقد جاء فيه: " قانون رقم 33 لسنة 2011م، إلغاء تحفظ جمهورية العراق على المادة التاسعة من اتفاقية إلغاء جميع إشكال التمييز ضد المرأة الوارد في القانون رقم (66) لسنة 1986م:-

المادة الأولى:- يلغى تحفظ جمهورية العراق على المادة التاسعة[21] من اتفاقية جميع أشكال التمييز ضد المرأة المنصوص عليه في المادة الثانية من قانون تصديق الاتفاقية رقم 66 لسنة 1986م".

وقد جاء في الأسباب المُوجبة لصدور هذا القانون، ما يلي:- " بغية إلغاء تحفظ جمهورية العراق على المادة التاسعة من اتفاقية إلغاء جميع أشكال التمييز ضد المرأة المنصوص عليه في قانون تصديقها وانسجاماً مع أحكام الدستور وقانون الجنسية العراقية رقم (26) لسنة 2006م شرع هذا القانون".

المبحث الثاني

أثر مبدأ المساواة على قواعد تنازع الأحوال الشخصية

بعد ان تبّين لنا من النصوص المُتقدمة صراحة توجّه المشرع العراقي في مساراته بين المرأة والرجل، حقَّ لنا التساؤل عن آثر ذلك على قواعد تنازع الاحوال الشخصية، وهو ما يتم من خلال استعراض مفاعيل مبدأ المساواة على قواعد تنازع الاحوال الشخصية في القانون العراقي في الحالات المنصوص عليها في مطلب أول، أو تلك غير المنصوص عليها في مطلب ثانٍ في هذا القانون، وعلى وفق ما يلي:

المطلب الاول

World Bulletin of Management and Law (WBML)
Available Online at: https://www.scholarexpress.net
Volume-19, February-2023
ISSN: 2749-3601

مفاعيل المبدأ على الحالات المنصوص عليها في القانون المدني العراقي

يتعلق هذا العنوان بمعالجة تلازمية آثر أقرار مبدأ المساواة، في النصوص المتقدمة، على قواعد تنازع الأحوال الشخصية الواردة في القانون المدني العراقي من المواد (19-24)، وعلى النحو الآتي:-

أولاً:- نص المادة 19 من القانون المدني العراقي النافذ، وفيه الملاحظات الآتية:-

ألف: تصورات التأصيل: وهي الافكار التي نوردها تفصيلاً كونها لم تُدرس سابقاً- في حدود ما وقفنا عليه- وجرياً على الافكار التي يمكن عدها منسجمة مع جانب من توجهات المشرع العراقي- في حدود ما نفهم- في سياق هذه المادة-19- ، فهي مسائل جديدة ومهمة، وعلى النحو الآتي:

1- بالنسبة لنص الفقرة الاولى من المادة 19؛ ففيها تطبيق تام لمبدأ المساواة بين المرأة والرجل لجهة النص على تطبيق الشروط الموضوعية في قانون كلا الزوجين" الرجل والمرأة".
2- من صيغ المساواة بين المرأة والرجل حالة التطبيق الموزع بالنسبة للشروط الموضوعية عند اختلاف جنسية الزوجين، حيث يظل كل منهما خاضعاً لقانون جنسيته على قدم المساواة وكذلك في التطبيق الجامع على الموانع فيطبق قانون كل منهما على نفسه وعلى الاخر بطريق التساوي.[22]
3- ان الدفع بالنظام العام يَحّد من مبدأ حرية الزواج ويخل بمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة؛ وذلك لأنه يحول دون الاخذ بمضامين قانون أحد الزوجين إذا كان متعارضاً والأُسس الاجتماعية والفكرية لمجتمع الزوج الاخر، فموانع الزواج- في إطار الشروط الموضوعية- تارةً تُقرأ على أنها عامل مساواة لجهة تطبيق قانون كل من الزوجين، ولكنها تقرأ تارةً اخرى على أنها سبب إخلال بمبدأ المساواة لجهة عدم جواز تُقبل تطبيق قانون أحد الزوجين إذا كان مُتعارضاً وأُسس النظام العام في قانون الزوج الاخر، فموانع الزواج ترتبط بالنظام العام لأنها ليست الّا أحدى صور تفعيله على أرض الواقع العملي.
4- الّا ان مائز النظام العام في هذا المجال هو انه خاضع لتقدير القضاء الوطني لجهة مدى الاعتراف بوجود هذا المانع من عدمه، ولجهة التطبيق ايضاً؛ حيث يمكن تلمس آثر المساواة بين الرجل والمرأة من خلال امتناع المحاكم الوطنية عن تطبيق القانون الاجنبي للزوج او للزوجة واستبعاده وإحلال القانون الوطني مكانه والقضاء بصحة او بطلان الزواج على حسب الاحوال.

فقد تقتضي الحكمة-أحياناً- اللجوء الى صيغة تجزئة الحلول لجهة أخراج بعض الأفكار من حقول النظام العام والثوابت وتطبيق القواعد الموجودة في تنازع القوانين لما في ذلك من انسجام وملاءمة مع طبيعة قانون الأحوال الشخصية ومرونته[23].

إذ تقّر الشريعة الإسلامية بأن تحديد القاعدة الواجبة التطبيق يجري وفقاً لمنهج استدلالي يسمح للمشرع في العراق باختيار ما يشاء من القواعد الناشئة عن اجتهاد هذه او تلك من مدارس الفقه الإسلامي التي من شانها إضفاء الشرعية على عقدهم، بما فيه اذا لزم الأمر عن طريق اللجوء الى تجزئة مختلف موجبات المسألة وتطبيق اجتهادات مدارس فقهية مختلفة على كل جزء.[24]

5- يمكن ملاحظة المساواة بين المرأة والرجل في حالة ما اذا كان الزوجان عديما الجنسية او مجهوليها، حيث من المُستقر سريان قانون دولة موطنهما المشترك او قانون دولة محل اقامتهما العادية على مسائل الاحوال الشخصية-ومنها مسائل الزواج-.
6- بالنسبة لشكل عقد الزواج فهو الاخر محل لتطبيق مبدأ المساواة لجهة النص على صحة العقد اذا عُقِدَ على وفق قانون بلد تمام الإبرام، أو اذا رُوعيت فيه الاشكال التي قرّرها قانون كل من الزوجين، حيث نلاحظ التطبيق الفعلي-أيضاً- لمبدأ المساواة من جانب عدم النظر الى جنسية الزوجين في حالة مراعاة الشكل في بلد تمام الابرام أو في حالة مراعاة الشكل في قانون كل من الزوجين-على قدم المساواة بين المرأة والرجل-.[25]
7- ان تطبيق حكم الفقرة الخامسة من المادة (19) هو حكم عام شامل لكل مراحل الزواج؛ في إبرام الزواج اذا كان أحد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج اختص القانون العراقي وحده على كافة الشروط الموضوعية اللازمة لإبرام الزواج، مع إستثناء الاهلية التي تبقى خاضعة للقانون الشخصي، وفي خصوص أثار الزواج يسري القانون العراقي على الاثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج اذا كان احد الاطراف عراقياً وقت انعقاد الزواج.[26]
8- قد لا تكون لهذا الاستثناء قيمة عملية اذا كان الزوج عراقياً اساساً،[27] ولكن تتأكد هذه الفعالية في حالة كون الزوجة عراقية الجنسية، وهنا ينقلب المعيار ويُعتد بجنسية الزوجة وقت انعقاد الزواج.
9- ان إعمال الحكم الوارد في الفقرة الخامسة من المادة (19) بخصوص ابرام الزواج يؤدي حينما يكون احد اطراف عقد الزواج اجنبياً الى القضاء على مشكلة التطبيق الجامع او الموزع لقانون كل من المخطوبين

World Bulletin of Management and Law (WBML)
Available Online at: https://www.scholarexpress.net
Volume-19, February-2023
ISSN: 2749-3601

حيث سيطبق القانون العراقي وتقدر طبقاً لأحكامه الشروط الموضوعية وموانع الزواج.

10- ان حكم الفقرة الخامسة من هذه المادة بنصه على سريان القانون العراقي في الأحوال المنصوص عليها في هذه المادة إذا كان أحد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج، يكون مُطابقاً للمطلوب من وراء إقرار مبدأ المساواة بين(العراقيين) المرأة والرجل والمحدَّدة في قانون الجنسية النافذ رقم (26) لسنة 2006م، وبذلك نكون قد وقفنا على تطبيق هذا المبدأ من خلال قاعدة ذات تطبيق مباشر تحمل في طياتها انسجاماً تاماً مع مبدأ المساواة.

11- ان حكم الفقرة الخامسة من المادة (19) يرمي الى حماية الطرف العراقي أياً كانت ديانته او مذهبه او جنسه فهو بالتالي حكم يوافق مبدأ المساواة في القانون الشخصي.

12- ان الايجابية التي تحملها الفقرة الخامسة - والشاملة لكل المادة[28]- يعتريها العيب الذي يرتبط بشروطها لجهة تطبيقها على الأحوال المنصوص عليها في هذه المادة فقط وعلى ان يكون احد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج.

من هنا لا ينطبق المبدأ اذا لم يكن هناك وجود مزدوج لكلا الشرطين؛ أما بعدم كون احد الزوجين عراقياً عند الزواج أو كانت الحالة خارجة عن المجالات المنصوص عليها بالفقرات الأربع الأولى لنص المادة (19) أعلاه.

13- لذلك وانسجاماً مع التطبيق الكامل لمبدأ المساواة يفضل- مبدئياً- تعديل نص الفقرة الخامسة ليشمل حكمه من كان عراقياً، في اي وقت من الأوقات، ودون استلزام التقيد بوقت انعقاد الزواج.

14- على انه ينبغي التذكير هنا، بأن حكم الفقرة الخامسة المُقّرر لمبدأ المساواة لا يشمل الشروط الموضوعية الأصلية- الاهلية مثلاً- إذ يبقى القانون الحاكم فيها هو القانون الشخصي لكل من طرفي عقد الزواج، كما لا يشمل - حكم الفقرة الخامسة- الشرط المتعلق بالشكل إذ يبقى العقد صحيحاً شكلياً إذا عُقد وفقاً للشكل المُقرر في قانون البلد الذي تم فيه، او اذا رُوعيت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين[29].

15- ان إعمال حكم الفقرة الخامسة يغني عن تبنّي التّوجه الفقهي الداعي الى تطبيق الموطن المشترك للزوجين استجابة لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، فالاعتماد على هذه الفقرة يكفي في هذا المجال دون حاجة للانتقال من ضابط الجنسية الى ضابط الموطن، لأن تفعيل الأصل أفضل -ان كان ممكناً- من اللجوء الى الاستثناء وهو الموطن[30].

باء: تصورات التجديد: وهي مسائل تأتي مُعزّزة او مطّوِرة للأفكار اعلاه في حدود الجوانب التي تعالجها او المسكوت عنها، في سياق التجديد المنسجم مع بيئة التطورات التي يشهدها فقه القانون الدولي الخاص؛ وبما يخص المسائل التي نعالجها ها هنا؛ وعلى النحو الآتي:

1- نصت الفقرة الثانية من المادة (19) من القانون المدني العراقي على انه: "ويسري قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الاثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من اثر بالنسبة للمال".[31]

وهذا يعني ان المشرع العراقي اخذ بمبدأ وحدانية القانون واجب التطبيق على اثار الزواج سواء أكانت اثاراً شخصية ام مالية؛ إذ اخضعها لقانون واحد هو قانون جنسية الزوج وقت ابرام الزواج، وهو ما يعني ان المشرع العراقي: أ- اعتد بجنسية الزوج فقط. ب- وان هذا الاعتبار لجنسية الزوج محدد بوقت انعقاد الزواج.

2- ان النص اعلاه يُعالج حالة التنازع المتغير(المُتحرك) بتحديد وقت الاعتداد بجنسية الزوج، ويبدو ان الغاية من وراء ذلك-بالإضافة لما تقدم اعلاه- تحقيق الاستقرار للمراكز القانونية والوصول الى الثبات التشريعي والحيلولة دون تغيير القانون واجب التطبيق بمجرد حصول الزوج على جنسية اخرى.

3- لم يعّتد المشرع العراقي بجنسية الزوجة بمستوى اعتداده بجنسية الزوج- الّا في حالة الفقرة الخامسة من هذه المادة كما تقدم- وهذا ما يؤدي الى الاخلال بمبدأ المساواة في إطار القانون الشخصي بين المرأة والرجل، وهذا بخلاف من يرى ان مثل هذا الاعتبار لجنسية الزوج ليس مزية أو أفضلية لطرف على أخر، وإنما هو اختيار موضوعي لقانون رب العائلة تحقيقاً لوحدة النظام القانوني.[32]

4- يبدو من الاوفق مُعالجةً لمشكلة هذا الاخلال، إقتباس صيغة الاسناد الخاصة بالعقود الدولية- مع بعض التفصيل- إذ نُفضِل اعتماد مبدأ الارادة المختارة الصريحة للزوجين لتحديد القانون واجب التطبيق على آثار الزواج، فإن لم تكُ هناك ارادة صريحة يمكن اللجوء الى قانون الجنسية المشتركة للزوجين وإلّا الاخذ بقانون الموطن المشترك للزوجين إن اتحدا موطناً والا فالحل يكون بتطبيق قانون القاضي.

5- التزاماً بالمنهج العلمي لابد من تقديم بعض الادلة الداعمة لتبني مثل هكذا توّجه، وعلى وفق ما يلي:

أ- من المهم جداً تحقيق مبدأ المساواة في أطار القانون الشخصي بين الزوجين، إذ لا مبرر قانوني او منطقي للتمييز بينهما وهما شريكا الحياة الاسرية.

ب- ان إعطاء الدور المهم للإرادة يأتي في سياق احترام توجهات الافراد في بيئة العلاقات الخاصة الدولية بما يُسهم في اعطاء الفاعلية للتعايش بين الانظمة القانونية المختلفة تحقيقاً للأمان القانوني واحتراماً للتوقعات المشروعة للإفراد.

World Bulletin of Management and Law (WBML)
Available Online at: https://www.scholarexpress.net
Volume-19, February-2023
ISSN: 2749-3601

ت- ان تفعيل دور الارادة- في هذا المجال- قد يُسهم في انجاز ما حققته الارادة من تطور في ميدان العقود الدولية، وهو الامر الذي يكسر جمود القواعد التقليدية ويجعلها اكثر انسجاماً وملاءمة للقانون المختار للتطبيق على العلاقة القانونية الزوجية.

ث- ان تنضيج قاعدة الارادة قد يؤتي أُكله في مجال تنفيذ الاحكام الصادرة في مسائل الاحوال الشخصية للعلاقات الخاصة الدولية، لاسيما في المفردات المهمة كالنفقة والنسب مثلاً، إذا اخذنا بالاعتبار ان مثل هذا الاحتمال ينسجم مع الاتجاه العام في احترام حقوق وحريات الافراد تحقيقاً للمباديء المستقرة عالمياً في ميدان قاعدة المساواة بين الزوجين.

ج- اذا كانت القاعدة في الشريعة الاسلامية الغراء والقانون ترك الحرية لأطراف عقد الزواج ليضعوا ما يختاروا من شروط في وثيقة الزواج- مع التقيد بالنظام العام والأداب وعدم مخالفة مقتضيات العقد- فلماذا اذاً نمنع من ايراد مثل هكذا حلول في البُعد الدولي؛ وهو مجال الاعتبار للجانب الخاص من العلاقات الدولية.

ح- اذا سرنا في مسلك الاستفادة من صيغ قواعد اسناد الارادة في مجال العقود الدولية، فمن الضروري ان يتم الاتفاق ما بين الزوجين بشكل مكتوب وموثق من الزوجين، للحؤول دون اللجوء الى صيغ الارادة المفترضة (الضمنية) وإشكالاتها في الميدان الدولي، وكذلك ترجيح ان يتم مثل هذا الاختيار عند ابرام عقد الزواج.

كما ان هذا الاختيار يجب ان يبقى في إطار ما يعرف بالقانون ذي الصلة بعقد الزواج، أي عدم فسح المجال لاختيار قانون ليس له ارتباط بالموضوع، كأن يختاروا قانون جنسية احدهما او قانون موطنهما وهكذا.[33]

خ- قد يكون من الارجح الاخذ بالرأي المتقدم أعلاه لأنه الرأي الذي انتهى وأكد عليه مجمع القانون الدولي الخاص في دورة انعقاده في القاهرة عام 1987م، بخصوص ازدواجية معايير الجنسية والموطن في القانون الدولي الخاص؛ إذ اقترح تقرير حق الزوجين في مجالات أثار الزواج والطلاق في اختيار قانون الجنسية المشتركة للزوجين او قانون موطنهما المشترك.[34]

د- ان التصورات التي تقدم عرضها تأتي في ميدان التجديد والاخذ بالمباديء الحديثة الشائعة دولياً وبما يتوافق وبيئة القانون الدولي الخاص، إذ لا تقيد الّا في حدود النظام العام و الأداب وقطعيات وثوابت الشريعة الاسلامية والقانون العراقي، وما خلا ذلك فنرى من الضروري جداً تفعيل دور الارادة في ميدان القانون الدولي الخاص المرتبط بالأحوال الشخصية لما لهذه الضرورة من أهمية في الحفاظ على الصبغة الاساس لهذا الفرع من القانون والمُتميز بوجود العنصر الاجنبي، فلو اعتمدنا على مفهوم القواعد المادية والضرورية نكون قد عمدنا بذلك الى الغاء ميزة هذا القانون- في مجال البحث هنا- كما نكون قد حذفنا اي دور للعنصر الاجنبي في العلاقة القانونية.

كما وان من المهم جدا التأكيد على ان مبدأ المساواة بين الزوجين يُعتبر من المباديء الاساس في الميدان الداخلي والدولي المعاصر، وان أي اخلال أو تجاهل له سيؤدي الى وسّم أي نظام قانوني بسمة التقليدية والجمود وعدم ملاءمة التطورات الدولية وعدم الفاعلية في ميدان تنفيذ الاحكام.

اما اذا كنا نبغي حماية الطرف الوطني في مثل هذه العلاقة فلا ضرورة (قد) تقتضي الاخذ بمنهج القواعد المباشرة الواردة في الفقرة الخامسة من المادة (19) من القانون المدني العراقي، وذلك بعد تبنّي المشرع العراقي لنهج المساواة في اطار القانون الشخصي- المادة (3) من قانون الجنسية العراقية النافذ-، كما يمكن الحفاظ على مصالح الطرف العراقي بتفعيل دور الارادة المختارة لتحدد النظام القانوني الانسب أو الاخذ بمفهوم النظام العام أو الموطن المشترك- عندما يكون العراق هو المعني بذلك- أو الاعتماد على قانون القاضي-العراقي- في حالة عدم تفعيل أي من الضوابط المتقدمة.

ثانياً: نصوص المواد (20-22-23) من القانون المدني العراقي النافذ، وفيها:-

1- لم يتضمن نص هذه المواد أية أشارة تمييزية بين المرأة والرجل وإنما جاءت بعناوين عامة قابلة للانطباق كلما تحققت شروط انطباقها، فسريان قانون الدولة التي ينتمي اليها المعنيون بنصوص هذه المواد يعني تطبيق قانونهم الشخصي - اي قانون جنسيتهم- على الأحوال المنصوص عليها في هذه المواد، سواء أكانت المسائل متعلقة بالوصايا والقوامة او نظم حماية عديمي الأهلية وناقصيها والغائبين او قضايا الإرث والوصايا.

2- يمكن في ظل هذه الحقيقة تطبيق القانون الشخصي للمشمول بأحكام هذه المواد سواء أكان رجلاً ام مرآة دون تمييز بينهما، وذلك لان هذه النصوص (من 20-22- الى23) جاءت بصيغة واضحة محددة لا تجعل شكاً في تطبيق حكم المساواة بين المرأة والرجل في تطبيق قانون الجنسية الوطني لأي منهما، وهذا الحكم الوارد هنا هو عبارة عن قاعدة إسناد تنظيمية خاضعة لضوابط القانون العراقي ومتعلقة ببيئة القانون الدولي الخاص وفوق كل ذلك هي قاعدة وضعية -لا شرعية- مما يفترض فيها التسليم بتطبيق حكمها العام وأعمال القانون الشخصي دون ملاحظة ما اذا كان محل التطبيق ومتعلق الخطاب امرأة او رجل ذكراً او أنثى.

World Bulletin of Management and Law (WBML)
Available Online at: https://www.scholarexpress.net
Volume-19, February-2023
ISSN: 2749-3601

3- كما يلاحظ ان نص الفقرة الاولى من المادة (22) يساوي في الحكم بين المرأة والرجل ويُقرّر بان من كان منهم عراقياً فلا يرثه من الاجانب- سواء اكان الاجنبي ذكراً ام انثى- الّا من كان قانون دولته يورث العراقي؛ وهو ما يعرف بمبدأ المعاملة بالمثل.[35]

4- المهم جداً في هذا المجال نص الفقرة الثانية من المادة (22) والتي جاءت بقاعدة ذات تطبيق مباشر- وليست قاعدة اسناد- وذلك عندما قررت ان الاجنبي- ذكراً كان او أنثى- الذي لا وارث له تؤول أمواله التي في العراق للدولة العراقية وأن صرح قانون دولته بخلاف ذلك، وهذه هي أول ملاحظة مُتعلقة بهذه الفقرة إذ لم نقف على من شخص هذا التوصيف للقاعدة الواردة في نص هذه الفقرة.

ثالثاً: نص المادة 21 من القانون المدني العراقي النافذ، وفيه:-[36]

1- انه نص متعلق بالنفقة[37] ويُقَرَّر فيه انه يسري عليها قانون المدين بها، والمدين بالنفقة هو الزوج- ان فهمنا من النص ان النفقة هنا هي من آثار الزواج- وفقاً لمنظومة قانون الأحوال الشخصية العراقي والمُستمد من الشريعة الإسلامية، حيث لا تُلزَم الزوجة -شرعاً وقانوناً- بالنفقة أبداً[38]، ولا يمكن ان نقبل او نفترض ألزام الزوجة بالنفقة تطبيقاً لمبدأ المساواة ذلك لان مبدأ المساواة - بين المرأة والرجل- إنما يكون مطلوباً وايجابياً في حالة ما إذا كان المراد منه تعزيز موقع المرأة داخل الأسرة والمجتمع وذلك بإضافة العوامل الايجابية الداعمة لمركزها ودورها، اما إذا كان تقرير المبدأ يفترض إيجاد التزامات وقيود على كاهل المرأة لم تكن مقررة بالأصل فهذا ما لا يمكن قبوله والقول به، لان المساواة دعم وإسناد للطرف الضعيف لا فرض وتقييد عليه، كما وان هذا الحكم من ثوابت أحكام الإسلام المتفق عليها والتي لم يقل احد بخلافها مما يفترض الالتزام بها والعمل بمضمونها استناداً لأحكام المادة الثانية بفقرتها الأولى من الدستور العراقي النافذ.[39]

2- ان القول بإلزام الزوج بالأنفاق باعتباره مديناً بها يأتي تطبيقاً لأحكام الفقرة الأولى من المادة (29) من الدستور والتي نصت على انه: " أ- الأسرة أساس المجتمع, وتحافظ الدولة على كيانها وقيمها الدينية والأخلاقية والوطنية"، وهو تطبيق حي - التزام الزوج بالنفقة- لحكم الفقرة الأولى من المادة (30) من الدستور العراقي النافذ، بنصها على ما يلي:- " تكفل الدولة للفرد وللأسرة- وبخاصة الطفل والمرأة- الضمان الاجتماعي والصحي والمقومات الأساسية للعيش في حياة حرة كريمة، تؤمن لهم الدخل المناسب والسكن الملائم"[40]، وفي ظلال هذه المباديء والأُسس يأتي قانون الاحوال الشخصية العراقي ليؤكد في نص المادة (58) منه على ما يلي: " نفقة كل انسان في ماله إلّا الزوجة فنفقتها على زوجها".

3- على فرض فهم النفقة- في النقاط المتقدمة- على انها من آثار الزواج او فهمها على اساس انطباق قاعدة الزام المدين بالنفقة فالنتيجة واحدة؛ ذلك ان الزوج هو المُلزم بها ويسري عليها قانون الزوج، كما يسري عليها القانون العراقي في حالة ما اذا كان الزوج عراقياً.

4- بالنسبة لنفقة المُطَّلقة؛ وهي التي تجب للمرأة على زوجها السابق بعد ايقاع الطلاق أو صدور حكم التطليق، وهي من آثار الطلاق لتكون محكومة بقانون دولة الزوج وقت الطلاق او وقت رفع دعوى التطليق؛ وهي ايضاً مشمولة بحكم الفقرة الخامسة من المادة (19) اذا كان الزوج عراقياً.[41]

5- أما في حالة نفقة الفروع: اي الأولاد، فنفقتهم - ذكوراً كانوا ام إناثاً- على والدهم، هذا هو الأصل وهو إنفاق لا مجال فيه لا عمال مبدأ المساواة أيضاً لأنه - وفي هذه الحدود- يتساوى مع المبدأ العام المقرر في نفقة الزوج على زوجته، ولكن للأب ان يدفع مطالبة الفروع بالنفقة اذا اثبت احد أمرين، اما ان يكون للولد مال فنفقة الولد فيه، أو أن يثبت انه – أي الوالد- فقير وعاجز عن الكسب[42]، ففي مثل هذا الحال فان النفقة تجب على من تجب عليه عند عدم الأب اي الأم او الأخوة ان كانوا موسرين، على ان يعد مثل هذا الأنفاق ديناً في ذمة الأب يُرجع بها عليه اذا يُسر عليه؛ فقد نصت المادة (60) من قانون الأحوال الشخصية العراقية النافذ والمعدل رقم (188) لسنة 1959م، على ما يلي:- " اذا كان الأب عاجزاً عن النفقة يكلف بنفقة الولد من تجب عليه عند عدم الأب"، ففي مثل هذا الفرض تكون هناك أمكانية دخول المرأة على خط النفقة وهو ما يُفعل مبدأ المساواة بين المرأة والرجل، مع ملاحظة ان هذه المساواة ليست هي الأصل وإنما استثناء مقرر لمصلحة خاصة متعلقة بالأنفاق على الفروع وهم الأولاد- في حالة عدم توفر مال خاص بهم للإنفاق منه-.

مما تقدم يتضح أمكانية فتح الباب أمام مبدأ المساواة في ظلال قاعدة الإسناد الخاصة بالنفقة من خلال توفر فسحة يمكن ان يكون فيها للمرأة -الزوجة وألام- دور في ميدان النفقة لتكون هي المدينة بها، مع الالتفات إلى ان الأب هو المدين الرئيس وبالإمكان الرجوع إليه دائماً في حال تحقق فيها يساره.

6- نفقة الأصول: اي الأنفاق على الوالدين الذين لا مال لهم، باعتباره حقاً واجباً لهم على أولادهم القادرين على الكسب في مقابل الوفاء والعرفان بالجميل، وفي مثل هذه النفقة يتحقق مبدأ المساواة أيضاً في صورة كون الأب أو الأم -الزوج أو الزوجة- في حالة

World Bulletin of Management and Law (WBML)
Available Online at: https://www.scholarexpress.net
Volume-19, February-2023
ISSN: 2749-3601

إعسار او فقراء لا يتمكنون من أعالة أنفسهم، فهنا يجب المساواة في الأنفاق على الأصول الفقراء - وهم الأب والأم- مع ملاحظة ضرورة أثبات إعسار طالب النفقة ويسار المطلوب منه النفقة[43].

عليه، فإمكانية تفعيل مبدأ المساواة بين - الزوج والزوجة- امر وارد أيضاً في الحدود المتعلقة بنفقة الفروع على أصولهم، سواء أكان الأصول - أباء او أمهات- حيث جاء نص المادة (61) من قانون الأحوال الشخصية العراقي لسنة 1959م المعدل معززاً لهذه النتيجة، بتصريحه بما يلي:- " يجب على الولد الموسر كبيراً كان او صغيراً نفقة والديه الفقيرين ولو كانا قادرين على الكسب ما لم يظهر الأب إصراره على اختيار البطالة".

7- النفقة المؤقتة: هي تلك النفقة التي يطلبها احد الخصوم تحت ضغط الضرورة والاستعجال والخشية من خطر التأخير اثناء نظر الدعوى الاصلية ولحين الفصل فيها، سواء تعلقت بالزواج او بالطلاق او للمضرور في دعوى المسؤولية عن العمل غير المشروع، حتى يفصل في الدعوى الاصلية بالتعويض او نفقة المدين المُعسر، إذ يمكن القول بخضوعها لقانون القاضي المعروض امامه النزاع لأنها من المسائل الاجرائية التي تخضع لقانون المحكمة، ولا تخضع للقاعدة العامة التي نحن بصددها-اي خضوعها لقانون المدين بها-، ودليل ذلك نصوص قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ لسنة 1969م المعدل؛ ومنها نص المادة (141) وفيها: " 1- تختص محكمة البداءة بنظر المسائل المستعجلة التي يُخشى عليها من فوات الوقت بشرط عدم المساس بأصل الحق.2- تختص محكمة الموضوع بنظر هذه المسائل اذا رُفعت اليها بطريق التبعية اثناء السير في دعوى الموضوع"، ونص المادة (302) وفيها" تختص محكمة الاحوال الشخصية بالحكم بصفة مستعجلة بنفقة مؤقتة.....".

8- وبخصوص التنازع المتحرك؛ اي تغيير جنسية المدين بالنفقة بين نشوء العلاقة القانونية مصدر الحق في النفقة ووقت الاعتداد بجنسية المدين بالنفقة، فالأرجح ان الالتزام بالنفقة يخضع لقانون الجنسية الحالي لشخص المدين بالنفقة وقت المطالبة بها.[44]

المطلب الثاني

مفاعيل مبدأ المساواة على الحالات غير المنصوص عليها في القانون المدني

يُطرح التساؤل من جديد, حول الحالات غير المنصوص عليها في المادة (19) وفي غير وقت انعقاد الزواج، فهل يبقى مجال لسحب اثر مبدأ المساواة على نصوص هذه المادة ام لا؟ للإجابة على ذلك نقول:-

أ- ان هذا التساؤل واقعي لجهة ان الفقرة الخامسة من المادة (19) متعلقة بالأحوال السابقة عليها ويكون احد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج مما يعني انه بغير هذه الأحوال والوقت سيكون التساؤل منطقياً لجهة مدى الملاءمة مع مبدأ المساواة، لذلك؛ نحن قلنا بان هذان الشرطان - الأحوال والوقت- ينطبقان سوية، وبالتالي فتطبيق مبدأ المساواة عند تحقق الشرطين مطلق وتام، اما في غير هذين الشرطين فمبدأ المساواة قابل للمناقشة والبحث.

ب- قد يقال بأن سحب اثر مبدأ المساواة على نصوص قواعد الإسناد أمر غير مطروح أصلاً, لجهة ان تقرير الانسجام بين قواعد التنازع وبين مبادئ الشريعة الإسلامية امر مفروغ منه في فلسفة مشرع قانون الأحوال الشخصية العراقية اما غيرها من الحالات التي تخرج عن نطاق تحديد الفقرة الخامسة من المادة (19)، وغيرها من المواد، امر غير وارد لجهة البحث فيه فلا ضرورة تملي مثل هذا البحث والسحب لأثر مبدأ المساواة على باقي النصوص؟

لكن الإجابة على هذا الأمر قد لا تحتاج الى كثير عناء، فمبدأ المساواة إن كان مقرراً في قانون الجنسية العراقية النافذ لسنة 2006م، لكان بالإمكان- تنزلاً- غض النظر عن سحب اثر مبدأ المساواة وتعميمه على قانون الأحوال الشخصية، الّا ان الدستور العراقي النافذ لسنة 2005م، وهو مقرر لمبدأ المساواة يكون قد أسس لمرحلة جديدة وتوّجه حديث يجب ان تسري أثاره على باقي المنظومة التشريعية في العراق، ومنها قواعد تنازع القوانين المرتبطة بالأحوال الشخصية وبحث مدى مقبولية مثل هذا السحب في ظل فلسفة تشريع الأحوال الشخصية النافذ لسنة 1959م المعدل.

ت- ان بحث موضوع سحب اثر مبدأ المساواة على باقي نصوص المادة (19) في غير ما اشترطته الفقرة الخامسة من هذه المادة، يمكن حلّه في ظل التصور الآتي:

1- ان مبدأ المساواة مقرر دستورياً في عدة نصوص، سبق ان بيناها تفصيلاً.
2- ان هذا المبدأ وجد تطبيقه الواقعي في ظل قانون الجنسية النافذ لسنة 2006.
3- وقفنا على هذا المبدأ في ظل قانون رقم (33) لسنة 2011م، وهو المتوّجه صوب إلغاء تحفظ جمهورية العراق على نص المادة التاسعة من اتفاقية سيداو.

ان التصورات المترتبة المتقدمة لم تكن لترى النور لولا قبول التشريع - بمعناه العام لها- وقبول مبادئ الشريعة الإسلامية لمبدأ المساواة، وانسجام هذا المبدأ كذلك مع مبادئ الديمقراطية والحقوق والحريات الأساسية الواردة في الدستور النافذ لسنة 2005م، من هنا لا مجال - من الناحية القانونية- للإعتراض على ان مّد اثر المبدأ بغير اشتراطات الفقرة الخامسة من المادة (19) سيُقابل بالرفض وعدم القبول إسلامياً، وذلك لأن الموضوع قد افرغ منه دستورياً وقانونياً أولاً، ولأن الموضوع أصلاً مرتبط بفلسفة القانون الشخصي –الجنسية- في ميدان تنازع

World Bulletin of Management and Law (WBML)
Available Online at: https://www.scholarexpress.net
Volume-19, February-2023
ISSN: 2749-3601

القوانين وليس له ارتباط بالجانب العقائدي والفقهي، أضف الى ذلك فان مسائل قواعد الإسناد مرتبطة بالبعد التنظيمي كما أكّد على ذلك قانون الأحوال الشخصية في ديباجته.

ث:- اما بالنسبة للطوائف غير الاسلامية وفي الأحوال التي تخرج عن نطاق تطبيق الفقرة الخامسة من المادة (19)، فهي الأخرى قابلة للمعالجة بالاستناد الى نصوص الدستور النافذ ونصوص قانون الجنسية لسنة 2006م، والقانون رقم (33) لسنة 2011م، لجهة التوّجه الواضح صوب أقرار مبدأ المساواة في الحكم بين الرجل والمرأة، وهي مساواة تقف على قمة الهرم القانوني والتشريعي لذلك لا مجال لإستثناء الطوائف غير الإسلامية من هذه المساواة استناداً الى قوانينها الشخصية لجهة ان العمل بالقوانين الشخصية لهذه الطوائف انما تم بتخويل قانوني وبالاستناد الى نصوص قانونية، وهي ذات النصوص التي أجازت وأسّست لمبدأ المساواة.

عليه فلا يؤخذ من الأحكام الشرعية- لغير المسلمين- الا ما ينسجم منها مع القانون - لاسيما الدستور- لجهة التعامل مع العراقيين عموماً، دون اي تمييز، ولجهة ان الاستناد الى النصوص الشرعية للطوائف غير الاسلامية- وحتى الاسلامية- يجب ان يبقى ضمن الضوابط والمبادئ الواردة في الحقوق والحريات الدستورية التي لا يجوز مخالفتها والخروج عليها او تقيّدها حسب نص المادة (46) من الدستور النافذ لسنة 2005م، والتي جاءت بما يلي:- "لا يكون تقييد ممارسة اي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور او تحديدها الّا بقانون او بناءً عليه، على ان لا يمس ذلك التحديد جوهر الحق والحرية".

فالحاكمية هي للتنظيم القانوني بشقيه؛ القانون الدستوري والقانوني المدني، من ناحية البعد التأسيسي للأول والشق التنظيمي لقواعد الثاني وهي المُوجِهّة لبوصلة اعمال وتنفيذ ما يمكن الأخذ به من قواعد وأسس الطوائف الدينية الواردة في شرائعها[45].

ج- بالنسبة للمادتين 20-21 من القانون المدني العراقي النافذ، والمتعلقة بالوصاية والقوامة والنفقة وغيرها، فهي - وكما قررنا في نظام الأحوال الشخصية للمسلمين – تأتي منسجمة مع مبدأ المساواة لجهة انها تتعامل مع القانون الشخصي -اي الجنسية- للمعني بأحكامها والمعلوم ان هذا القانون ينحدر عن البعد التنظيمي الوضعي دون المدى الشرعي الطائفي للمشارب غير الإسلامية[46]، عليه لا مشكلة - في المقام هذا- لسحب اثر المساواة على هاتين المادتين لأنهما متعلقتان بالقانون أكثر من كونهما تمثلان التوجه العقائدي والديني.

ح- اما بخصوص المادتين(22و23) من القانون المدني العراقي لسنة 1951م، والمتعلقة بالإرث والوصية، فهي مواد على الأجمال- محكومة ببعد وضعي لا يختلف كثيراً عما هو مقرر بالنسبة للمسلمين، لجهة تغليب الأساس القانوني على الأساس الشرعي من جانب، وهي مواد ونصوص تعتمد القانون الشخصي اي الجنسية- دون الالتفات الى الاعتبارات العقائدية والدينية من جهة اخرى، فالملاحظ فيها انها قواعد تنازع تنظيمية ركزت على الصفة الوطنية والأجنبية لأطراف الإرث والوصية دون التركيز على البعد الديني والعقائدي.[47]

من هنا يمكن الانتهاء الى النتيجة التي تقول بعدم وجود مشكلة في نظام قانون الأحوال الشخصية، وفي نطاق مبادئ الشريعة الإسلامية- او حتى غير الاسلامية- من سحب آثر مبدأ المساواة بين المرأة والرجل على نصوص التنازع في الاختصاص التشريعي بين القانون العراقي وغيره من القوانين.

الخاتمة:

اختتاماً لبحثنا هذا نورد جملة من التصورات المُتحصلة من مسيرة التفكر، وعلى النحو الآتي:-

أولاً- النتائج:

1- من المهم جداً التأكيد على ان هذا البحث يأتي في اطار تسامح الاسلام وشريعته مع افراد باقي الشرائع والمِلل.
2- تنشأ الجنسية في مفهومها الشرعي الاسلامي من كونها رابطة تنظيمية، لا تنتمي الى العقيدة او الهوية، بين الفرد والكيان الدستوري المعروف باسم الدولة.
3- ان تضمن غالبية الدساتير لنص مفاده ان دين الدولة الاسلام لا يعني عدم تمتع غير المسلمين بصفة المواطنة، لأن غلبة وصف الاسلام لا يُعطي اثره القوي على وصف العراقي او غيره.
4- يمكن قراءة اثر النظام العام في مفردة موانع الزواج بقراءة مزدوجة حيث تكون تارةً من سُبل المساواة في حين انها تكون تارةً اخرى من اسباب عدم المساواة.
5- اول بحث يتناول بالتفصيل التوصيف القانوني للفقرة الخامسة من المادة (19) من القانون المدني العراقي وكونها من قواعد ذات التطبيق الضروري المباشر.
6- إن مسائل الاهلية والشكل تبقى خاضعة للقانون الشخصي ولا تكون مشمولة بعموم حكم الفقرة الخامسة من المادة (19) من القانون المدني العراقي لسنة 1951م.
7- إن حكم الفقرة الخامسة من المادة يرمي الى حماية الطرف العراقي اياً كانت ديانته او مذهبه او توجهاته، وهو عين المراد من مبدأ المساواة.

World Bulletin of Management and Law (WBML)
Available Online at: https://www.scholarexpress.net
Volume-19, February-2023
ISSN: 2749-3601

8- ان عيب الفقرة الخامسة من المادة (19) يكمن في شروط تطبيقها المتعلقة بالفقرات السابقة عليها وعند انعقاد الزواج، وهي عيوب بحاجة الى اعادة صياغة لتلافيها.
9- اول بحث يتناول بالتفصيل المسائل المتعلقة بالنفقة وتفريعاتها على وفق ما اذا كانت نفقة للزوجة على الزوج او نفقة المرأة المطلقة او نفقة الاصول والفروع او حتى النفقة المؤقتة، ومدى فاعلية مبدأ المساواة في ظلال موضوع النفقة.
10- اول بحث يُحدد طبيعة القاعدة الواردة في نص الفقرة الثانية من المادة (22) إذ تضمنت قاعدة ذات تطبيق مباشر-وليست قاعدة اسناد- وذلك عندما قررت ان الاجنبي- ذكراً كان او أنثى- الذي لا وارث له تؤول امواله التي في العراق للدولة العراقية وان صرّح قانون دولته بخلاف ذلك، وهذه هي اول ملاحظة متعلقة بهذه الفقرة إذ لم نقف على من شخص هذا التوصيف للقاعدة الواردة في نص هذه الفقرة.
11- اول بحث يتناول مسألة النفقة المؤقتة؛ وهي تلك النفقة التي يطلبها احد الخصوم تحت ضغط الضرورة والاستعجال والخشية من خطر التأخير اثناء نظر الدعوى الاصلية ولحين الفصل فيها سواء تعلقت بالزواج او بالطلاق، والتي يمكن القول بخضوعها لقانون القاضي المعروض امامه النزاع لأنها من المسائل الاجرائية التي تخضع لقانون المحكمة، ولا تخضع للقاعدة العامة التي نحن بصددها-اي خضوعها لقانون المدين بها.

ثانياً- المقترحات:

1- نقترح تعديل نص الفقرة الخامسة من المادة (19) من القانون المدني، وذلك بتعميم حكمها على جميع المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية ودون التقيد بوقت انعقاد الزواج لشمول حكمها، اذا كان احد الزوجين عراقياً- سواء أكان ذكراً ام انثى- إن رجحنا البقاء على المنهج التقليدي.
2- أما اذا رجحنا السير في أطر التجديد في بيئة القانون الدولي الخاص فنرجح العدول عن المنهج اعلاه واعتماد مبدأ حرية الاطراف ليختاروا القانون واجب التطبيق على علاقاتهم القانونية، مع مراعاة الضوابط المتعلقة بالنظام العام وغيرها، وكل ذلك في اطار تفعيل مبدأ المساواة في القانون الشخصي العراقي في اطار قانون الجنسية النافذ لسنة 2006م.
3- ان يتم هذا التجديد اخذاً بقانون الارادة في مجال اثار الزواج والطلاق تحقيقاً للتطور المبتغى في القانون العراقي.
4- اقتراح تعديل نص المادة (22) الخاصة بقاعدة إسناد النفقة لتشمل التفصيل المقرر لإمكانية كون إلام او الزوجة هي المدين بالنفقة في حال عسر الزوج، وذلك بذكر الآتي:- " يسري على النفقة قانون المدين بها في جميع الأحوال الواردة بالتفصيلات المجمع عليها بالفقه الإسلامي"، وذلك لأن مصلحة المشمول بالانفاق أولى بالرعاية والاعتبار - في هذا المجال- حسب ما تقرره القواعد الفقهية المُعتمدة هنا.
5- ضرورة تحقيق المواءمة بين قواعد إسناد الأحوال الشخصية وبين فلسفة تشريع قانون الأحوال الشخصية لكل مذهب ودين وطائفة، ولو من جهة الأخذ بالمبادئ السائدة في ميدان التنازع الدولي، كما هو الحال في ظل القانون المدني.
6- نُرجح تطبيق القانون الشخصي للمدين بالنفقة في لحظة المطالبة بالنفقة، اذا كان قد تغير قانونه الشخصي عن القانون السابق الذي كان مُنتمياً اليه- وهو نص لم نقف على مثيله في القانون العراقي النافذ-.
7- توسيع البحوث المتعلقة بدراسة المسائل التنظيمية- لغير المسلمين- لجهة مدى توافقها مع الشريعة الاسلامية واستعراض نقاط الاختلاف للوقوف على المعالجات القانونية الضرورية والممكنة تحت سقف الدستور والقانون.

مكتبة البحث:

1. الكتب:

1- ابراهيم الفرد طرابلسي، انظمة الاحوال الشخصية في لبنان بين الاصالة والتحديث، ط1، صادر المنشورات الحقوقية، بيروت، 2011م.
2- ابن ابي الحديد المعتزلي، شرح نهج البلاغة، تح: محمد ابو الفضل ابراهيم، ط1، دار احياء الكتب العربية، بيروت، 1959.
3- احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص(الجنسية والمواطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008م.
4- احمد طه السنوسي، " فكرة الجنسية في التشريع الاسلامي والمقارن"، مجلة مصر المعاصرة، 1957م.
5- احمد مسلم، القانون الدولي الخاص في القانون الدولي وفي الشريعة الاسلامية، ج1، ط2، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1955م.
6- حسن عز الدين بحر العلوم، "جدلية الثيوقراطية والديمقراطية"، دار الرافدين، لندن، ط1، 2006م.
7- رحيل محمد غرايبة، الجنسية في الشريعة الاسلامية، ط1، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، 2011م.
8- سامي منصور واسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، ط2، بلا، 2005م.
9- عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة طبقاً لأحكام القانون الدولي الخاص المقارن وأحكام القانون العراقي، ط1، مكتبة السنهوري، طبعة بيروت، 2015م.
10- فاضل الصفار، "فقه الدولة"، ج1، ط1، قم، إيران، 2005م.
11- محمد حسن كشكول وعباس السعدي، شرح قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة1959م وتعديلاته،(دراسة قانونية فقهية، مقارنة، تطبيقات قضائية)، ط1، المكتبة القانونية، بغداد، بلا.
12- محمد حسين فضل الله، "فقه الشريعة"، دار الملاك، بيروت، 1995م.

World Bulletin of Management and Law (WBML)
Available Online at: https://www.scholarexpress.net
Volume-19, February-2023
ISSN: 2749-3601

13- محمد حميد الله، الوثائق السياسية في العهد النبوي والخلافة الراشدة، ط5، دار النفائس، بيروت، 1985م.
14- محمد مهدي شمس الدين، " نظام الحكم والادارة في الاسلام"، ط4، المؤسسة الدولية، بيروت، 1995م.
15- ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، ط2، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1977م.
16- ناصر عثمان محمد عثمان، آثار انعدام الجنسية على تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011م.

2. المجلات:

1- إبراهيم فضل الله، التحكيم في مواجهة نزاع الثقافات، مجلة التحكيم، (قسم الفقه)، العدد الثاني، نيسان، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009م.
2- عبد الحميد الاحدب، حسن استضافة باريس للتحكيمات التي تطبق الشريعة الاسلامية، باب الفقه، مجلة التحكيم، ع4، السنة الثانية، نيسان 2010م، السنة الثانية، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009م.
3- عبد الزهرة البندر، " الاسلام والهوية الوطنية"، مجلة المعهد، "الوطنية من منظور إسلامي"، مجلة المعهد(ملف الوطن والمواطنة والوطنية)، معهد الدراسات العربية والاسلامية، لندن، العدد الثالث، تشرين الاول، 2001م.
4- سمير تناغو، القضايا القانونية المعلقة بين الدولة والكنيسة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2007م.
5- محمد القزاز، وثيقة المدينة وثيقة الحق والعدالة، مؤتمر وثيقة المدينة المنورة (الاعمال الكاملة لأبحاث المؤتمر العلمي السنوي الاول)، القسم الاول(وثيقة المدينة اشراقة الارث النبوي للحضارة والفكر الانساني)، مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، النجف الاشرف، العراق، 2012م.

3. القوانين:

- الدستور العراقي النافذ لسنة 2005م.

- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951م المعدل والنافذ.

- قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959م النافذ.

- قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم 78 لسنة 1931م النافذ.

المصادر:

[1] تنجم ضرورة ذكر نص هذه المواد لجهة مصدريتها لأوراق هذه الدراسة، كما ولها أهمية اخرى في باب تجنب تكرارها مستقبلاً.

[2] يقصد بالشروط الموضوعية: " الإيجاب والقبول من قبل الزوجين، رضا الوالدين عند كل المذاهب او تحقق الكفاءة، الشهود، صلاحية كل من الزوجين بالبلوغ، صلاحية الزوجة لأن تكون محلاً لعقد الزواج اما الشروط الشكلية فهي الإعلان باتخاذ الأوضاع اللازمة لأظهار هذا الزواج وجعله على مسمع من الناس واليوم يتم في الغالب عن طريق التسجيل بواسطة المحاكم المختصة. للتفصيل يُلاحظ:- ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، ط2، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1977م، ص290-291.

في حين تضمنت المادة 10 و11 من قانون الاحوال الشخصية النافذ رقم 188 لسنة 1959، النص على بعض الشروط ومنها؛ تسجيل عقد الزواج- بما يتضمنه من طلب وتقرير طبي وعقوبة مترتبة على مخالفة هذا الشرط، والنص العام على الموانع الشرعية او القانونية للزواج وآليات اثبات هذا العقد.

[3] لم يُعرف المشرع العراقي اصطلاح "الأحوال الشخصية" لأنه غير معروف في الشريعة الإسلامية، وجاءت عبارة مواد الأحوال الشخصية في القانون الأساسي العراقي لعام 1925م، ثم استقّرت بعد ذلك في قانون الأحوال الشخصية للأجانب رقم 78 لسنة 1931م، ثم تلاه قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959م المعدل.

[4] لقد تغّير موقف المشرع العراقي من فكرة التعدد في الجنسيات؛ فقد تّبناها صراحة في الدستور النافذ لسنة 2005م بالمادة 18 منه بفقرتها الخامسة، بنصها على انه: "يجوز تعدد الجنسية للعراقي، وعلى من يتولى منصباً سيادياً او أمنياً رفيعاً، التخلي عن أية جنسية اخرى مُكتسبة، وينظم ذلك بقانون" وقانون الجنسية النافذ لسنة 2006م بالمادة التاسعة منه؛ والتي نصت الفقرة رابعاً منها على ما يلي: " لا يجوز للعراقي الذي يحمل جنسية اخرى مكتسبة ان يتولى منصباً سيادياً او امنياً رفيعاً الّا اذا تخلى عن تلك الجنسية".

[5] ناصر عثمان محمد عثمان، آثار انعدام الجنسية على تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011م، ص44 وما بعدها.

[6] يتأتى سبب التفريع والتوسع لجهة اننا لم نقف على أي مصدر عراقي فَصَّلَ القول والبيان في أحكام هذه الفقرة, لذلك ولأهمية الموضوع كان لا بد من اعتماد البيان أعلاه.

[7] القواعد ذات التطبيق الضروري المباشر بخلاف قواعد التنازع- هي قواعد حاذفة للقوانين التي تتزاحم لحكم العلاقة بمفعول التطبيق المباشر لأحدها او للحل الموضوع للعلاقة مباشرة، وتفرض هذه القواعد نفسها على كل المقيمين في الدولة وطنيين او اجانب، كما ترمي القواعد المباشرة او الخاصة الى تحقيق سياسة تشريعية معينة لأنها تتصل بإرادة قاطعة للمشرع في تطبيق الحلول التي يضعها.

لمزيد من التفصيل حول هذه القواعد وتباينها عن باقي قواعد تنازع القوانين، يُلاحظ لطفاً: سامي منصور واسامة العجوز، القانون الدولي الخاص، ط2، بلا،2005، ص41 وما بعدها.

[8] احمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص(الجنسية والمواطن ومعاملة الأجانب والتنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية الدولية)، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص878 وما بعدها.

World Bulletin of Management and Law (WBML)
Available Online at: https://www.scholarexpress.net
Volume-19, February-2023
ISSN: 2749-3601

[9] تطبيقاً لذلك نقضت محكمة التمييز العراقية حكماً لم تتحقق فيه المحكمة من جنسية الطرفين وجاء في القرار بانه: "اذا تبين ان احد الزوجين عراقي وجب تطبيق القانون العراقي بصورة مطلقة". يلاحظ ذلك:- عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، دراسة مقارنة طبقاً لأحكام القانون الدولي الخاص المقارن وأحكام القانون العراقي، ط1، مكتبة السنهوري، طبعة بيروت، 2015م، ص104.

[10] يتجلى بُعد عدم الواقعية في مثل حالة الانفصال عن القانون العراقي وتمتع الزوجين بجنسية مشتركة تختلف عن القانون العراقي وانفصلا عن البيئة والمجتمع والقانون العراقي، فلماذا اذاً يطبق عليهما القانون العراقي؟ وحالة ما اذا كان الزوجان أجنبيين وقت انعقاد الزواج غير أنهما صارا عراقيين بعد ذلك، وارتبطا بالجماعة الوطنية، فمبدأ الواقعية يقضي بتطبيق القانون العراقي على المشكلات التي تنشب بينهما.

[11] من مؤيدي هذا التوجه- مثلاً-: عكاشة عبد العال، الجنسية اللبنانية، ط1، دار المطبوعات الجامعية، بيروت، 1998، ص25 وما بعدها.

[12] لاحظ في تفصيل هذه الآراء:-
- رحيل محمد غرايبة، الجنسية في الشريعة الاسلامية، ط1، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، 2011م، ص37 وما بعدها.
- احمد طه السنوسي، " فكرة الجنسية في التشريع الاسلامي والمقارن"، مجلة مصر المعاصرة، 1957، ص15 وما بعدها.
- احمد مسلم، القانون الدولي الخاص في القانون الدولي وفي الشريعة الاسلامية، ج1، ط2، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1955، ص336.

[13] "فإهمال الفقهاء المسلمين لبحث الدولة، لم يكُ ناشئاً عن الاعتقاد بعدم وجود مفهوم الدولة في الإسلام، وإنما هو ناشئ من ملابسة مفهوم الدولة عندهم لمفهوم الأمة، وأتحاد المفهوم في الصدق الخارجي والوجود التاريخي عند إنشاء الدولة الإسلامية في المدينة المنورة، على عهد رسول الله الأكرم (ص) وبعده، حيث كانت توجد وتعمل الدولة الإسلامية مع الأمة الإسلامية، ولم يحدث أن كان السلطان السياسي للدولة أضيق من الانتشار الجغرافي للأمة، فاضل الصفار، "فقه الدولة"، ج1، ط1، قم- إيران، 2005، ص43.

[14] محمد مهدي شمس الدين، " نظام الحكم والادارة في الاسلام"، ط4، المؤسسة الدولية، بيروت،1995، ص535.

[15] عبد الزهرة البندر، " الاسلام والهوية الوطنية"، مجلة المعهد، "الوطنية من منظور إسلامي"، مجلة المعهد(ملف الوطن والمواطنة والوطنية)، معهد الدراسات العربية والاسلامية، لندن، العدد الثالث، تشرين الاول، 2001م، ص139-140.

[16] محمد حميد الله، الوثائق السياسية في العهد النبوي والخلافة الراشدة، ط5، دار النفائس، بيروت، 1985، ص40.

[17] ابن ابي الحديد المعتزلي، شرح نهج البلاغة، الشيخ محمد عبده، تح: محمد ابو الفضل ابراهيم، ط1، دار احياء الكتب العربية، بيروت، 1959م، ص365.

[18] محمد القزاز، وثيقة المدينة وثيقة الحق والعدالة، مؤتمر وثيقة المدينة المنورة (الاعمال الكاملة لأبحاث المؤتمر العلمي السنوي الاول)، القسم الاول(وثيقة المدينة اشراقة الارث النبوي للحضارة والفكر الانساني)، مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، النجف الاشرف، العراق، 2012م، ص529. والحق؛ أنه لا يمكن الانتهاء إلى حكم قطعي في ماهية السياسة، فالسياسة ذاتها في تطور مستمر، وتدخل إليها في كل حقبة ميادين جديدة تجعل من تحديد تعريفها أمراً غير دقيق. يلاحظ في تفصيل ذلك: حسن عز الدين بحر العلوم، "جدلية الثيوقراطية والديمقراطية"، دار الرافدين، لندن، ط1، 2006، ص 366.

[19] محمد حسين فضل الله، "فقه الشريعة"، دار الملاك، بيروت، 1995، ص284.

[20] يدخل في أطار النصوص - المساواة- الدستورية، كل نص جاء بصيغة العموم -دون استثناء- أي صيغة العراقيون، فهي تعني المساواة. ويمكن بإطلالة عامة تشخيص هذه النصوص.

[21] نصت الفقرة الثانية من المادة التاسعة من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) على ما يلي:- " تمنح الدول الاطراف المرأة حقاً مُساوياً لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية اطفالها"، وجاء في المادة الثانية من قانون تصديق اتفاقية الغاء جميع اشكال التمييز ضد المرأة رقم 66 لسنة 1986 ما نصه: " ان التصديق والانضمام الى هذه الاتفاقية لا يجعل جمهورية العراق مُلزمة بحكم المادة الثانية من الاتفاقية بفقرتيها (و) و (ز) وكذلك المادة التاسعة بفقرتيها".

[22] يقصد بالتطبيق الموزع الاكتفاء بانعقاد الزواج الصحيح بتوافر الشروط التي يتطلبها قانون كل منهما فقط دون الاخذ بالاعتبار ما يقرره قانون الزوج الآخر، اما التطبيق الجامع اي استيفاء الشروط الموضوعية المُقَررة في قانون كل من الزوجين؛ اي باجتماع شروط القانونين معاً. للمزيد من التفصيل: حسن الهداوي وغالب الداوّدي، القانون الدولي الخاص، القسم الثاني(تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الاحكام الاجنبية)، ط1، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، العراق، 1982م، ص105.

[23] قريب من هذه الفكرة في ميدان التحكيم الدولي:- إبراهيم فضل الله، التحكيم في مواجهة نزاع الثقافات، مجلة التحكيم، (قسم الفقه)، العدد الثاني، نيسان، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص24. وكذلك: عبد الحميد الاحدب، حسن استضافة باريس للتحكيمات التي تطبق الشريعة الاسلامية، باب الفقه، مجلة التحكيم، ع4، نيسان 2010، السنة الثانية، ص33.

[24] مع مراعاة حالة ما اذا كان الابرام الذي تم في محله ان يكون متضمناً للضوابط التي يقتضيها قانون الاحوال الشخصية العراقي لسنة 1959م، مُستنداً بذلك الى الشريعة الاسلامية كالتراضي مثلاً؛ وكما نصت على ذلك مثلاً المادة 10 و11 من قانون الاحوال الشخصية العراقي- كما آشرنا اليها سابقاً-.

1- يُطبق قانون الزوج بالنسبة لأثار الزواج- حسب نص الفقرة الثانية من المادة 19 مدني عراقي- وهو مبدأ يُعارض مبدأ المساواة بين المرأة والرجل؛ الّا انه يمكن القول بان الغالب هو انتماء الزوجان الى دولة واحدة، بل وان اختلفا في الجنسية لحظة الزواج فانه بالزواج تسعى الزوجة-او حتى الزوج احياناً- الى اكتساب جنسية دولة زوجها.

[25] كما ان حكم الفقرة الخامسة يكون غير ذي جدوى في حالات اخرى؛ ككون الزوج عراقياً في خصوص الدعاوى المتعلقة بأثار الزواج الشخصية والمالية، او كون الزوج عراقياً وقت الطلاق

World Bulletin of Management and Law (WBML)
Available Online at: https://www.scholarexpress.net
Volume-19, February-2023
ISSN: 2749-3601

او وقت رفع دعوى الطلاق، ومع ذلك يبقى لهذا الاستثناء اكثر من اهمية-تتجلى في اعلاه-.

[26] وبذلك ينطبق القانون العراقي على أثار الزواج بما في ذلك من اثر بالنسبة للمال(المادة 2/19), كما ويطبق هذا القانون على الطلاق والتفريق والانفصال والمسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد.

[27] يمكن أيضاً تطبيق مبدأ المساواة بين المرأة والرجل استناداً الى تعديل نصوص فقرات المادة 19 من القانون المدني, وذلك في حالة افتراض عدم وجود نص الفقرة الخامسة او حتى في ظل وجودها وتأكيدا على تفعيل هذا المبدأ، إذ تضاف كلمة الزوجة او الأم كلما ذكر قانون الزوج او الأب – مع بعض التعديلات الفنية الأخرى لتمام البيان والدقة-، على أننا في غنى عن هذا الفرض – بالنسبة للمادة 19- في ظل وجود الفقرة الخامسة من هذه المادة.

[28] لاحظ في عرض هذا التصور المتعلق بالموطن:- عباس العبودي، المصدر السابق، ص115.

[29] ما سيُذكر من تصوراً مُتعلقة بأثار الزواج تُطبق ايضاً على الطلاق ومفاصله، لذلك اقتضى الامر التنويه تجنباً للتكرار والاطالة.

[30] في تفصيل هذا الرأي يلاحظ لطفاً: عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، ط2002-2003م، ص852.

[31] قد يكون من المهم الالتفات الى بعض تفاصيل ومحددات قاعدة الارادة في ميدان العقود الدولية وسحب مضامينها- مع مراعاة خصوصية عقد الزواج طبعاً- كقانون الموطن المشترك او قانون القاضي او اي مسألة اخرى يمكن ان تطبق على موضوع اسناد مسائل عقد الزواج في المجال الدولي.

[32] في تفصيل ذلك يلاحظ لطفاً: ابراهيم بدوي الشيخ، نفاذ التزامات مصر الدولية في مجال حقوق الانسان في النظام القانوني المصري، ط1، دار النهضة العربية، 2003، ص243.

[33] وهو ذات الحكم- من عدم التمييز بين المرأة والرجل- المعتمد في نص الفقرة الثانية من المادة 23 من القانون المدني العراقي النافذ.

[34] فصلنا القول في معالجة موضوع النفقة لأهميتها ولأن النصوص التي أوردها المشرع العراقي كانت مُختصرة جداً، ولم نقف ايضاً على تفاصيل مسائل النفقة -لا فقهاً ولا قضاءً عراقياً- لذلك قد نستطيع الادعاء بقصب السبق في مثل هكذا مجال.

[35] لم يتضح من نص المادة اعلاه- م21 من القانون المدني العراقي- ما اذا كانت مُتعلقة بنفقة الزوجة او نفقة الاقارب او غيرها من انواع النفقة، لذلك يمكن بيان ابرز انواع النفقة وتحديد المدين بها- كما في اعلاه-.

[36] هذا فيما يتعلق بنفقة الزوج على الزوجة.

[37] نصت المادة الثانية بفقرتها الاولى من الدستور العراقي النافذ لسنة 2005م، على ما يلي:" اولاً: الاسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدر اساس للتشريع: أ- لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام...".

[38] ففي هذه المادة نص صريح واضح حول خصوصية كفالة الطفل والمرأة من جانب الدولة، ولعلها الصورة الأوضح والأساس لالتزام الأب او الزوج بالنفقة.

[39] هي نفقة لا يتصور فيها المساواة بين المرأة والرجل، لامتناع ذلك وتعارضه مع ثوابت احكام الاسلام واسس النظام العام القانوني ونصوصه الصريحة.

[40] إذ نصت المادة 59 من قانون الاحوال الشخصية العراقي لسنة 1959م، على ما يلي: " أ- اذا لم يكن للولد مال فنفقته على ابيه مالم يكن فقيراً عاجزاً عن النفقة والكسب".

[41] محمد حسن كشكول وعباس السعدي، شرح قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959م وتعديلاته، (دراسة قانونية فقهية, مقارنة, تطبيقات قضائية)، ط1، المكتبة القانونية، بغداد، بلا، ص219.

[42] مع مراعاة ضرورة الا يكون تغيير الجنسية هذا متعارضاً واحد موانع تطبيق القانون الاجنبي في العراق.

[43] تطبيقاً لذلك، نلاحظ قضاء الدول الأخرى في العالم المسيحي، حيث نجد ان الأفكار تطورت بسرعة كبيرة، فالمحكمة الألمانية الفدرالية العليا أصدرت حكماً تاريخياً في 11 تشرين الأول 2006م، قررت فيه ان أحكام الشريعة الكاثوليكية التي لا تجيز الطلاق، تخالف النظام العام في ألمانيا، وكان النزاع المعروض أمامها بين زوجين سوريين كلدانيين من الكاثوليك، وكان القانون الواجب التطبيق بحسب قواعد تنازع القوانين في ألمانيا، هو القانون السوري، الذي ينص في هذه الحالة على تطبيق الشريعة الكاثوليكية، وقالت المحكمة:- ان الزواج علاقة إنسانية لا يجوز أجبار أي زوج على الاستمرار فيها، اذا فقد الزواج معناه، وان أي قانون أجنبي لا يجيز التطليق هو قانون مخالف للنظام العام في ألمانيا، ولا يجوز تطبيقه حتى لو كان هو القانون الواجب التطبيق أصلا بحسب قاعدة تنازع القوانين، يلاحظ في ذلك لطفاً:- سمير السيد تناغو، القضايا القانونية المعلقة بين الدولة والكنيسة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2007، ص378.

[44] النفقة في الشريعة المسيحية تكليف مالي واجب على الزوج لزوجته لقاء احتباسها له حقيقة او حكماً، والنفقة اثر من اثار الزواج، وهي حق مالي من حقوق الزوجة على زوجها واجب عليه اداؤه بعد توافر شروطها.

لمزيد من التفصيل: ابراهيم الفرد طرابلسي، انظمة الاحوال الشخصية في لبنان بين الاصالة والتحديث، ط1، صادر المنشورات الحقوقية، بيروت، 2011، ص217.

[45] بالنسبة لباقي المواد الواردة في القانون المدني العراقي النافذ فهي الأخرى غير ناظرة الى صيغة مُتعلقها لجهة كونه رجل او امرأة، وإنما الأمر برمته ليس الّا سياق تنظيمي لمعالجة مسائل التنازع في الاختصاص التشريعي بين القانون العراقي وبين غيره من القوانين