

حكومة العراق
داد كافي بالآي نيتهادي

جمهورية العراق
المحكمة الاتحادية العليا

العدد: ٩٨ / اتحادية / اعلام / ٢٠١٧

تشكلت المحكمة الاتحادية العليا بتاريخ ٢٠١٧/١١/٧ برئاسة القاضي السيد مدحت المحمود وعضوية القضاة السادة جعفر ناصر حسين واكرم طه محمد وواكرم احمد بابان ومحمد صائب النقشبندي وعبود صالح التميمي وميخائيل شمشون قس كوركيس وحسين عباس أبو التمن ومحمد قاسم الجنابي المأذونين بالقضاء بأسم الشعب وأصدرت قرارها الآتي :

المدعي : (أ. ت. ص) - وكيلته المحامية (غ. ع. ع.) .

المدعى عليه : رئيس مجلس النواب / إضافة لوظيفته - وكيله الموظف الحقوقي بدرجة مدير

(س. ط. ي) والمستشار القانوني المساعد (ه. م. س) .

الادعاء:

ادعت وكالة المدعي بأنه سبق لموكلها وأن استحصل القرار المرقم ١٩٩٣/ش/٢٠١٧ في ٢٠١٧/٦/١٥ من محكمة الأحوال الشخصية في الشعب والذي يقضي بإلزام المدعى عليها (ز. ح. م) بتمكين موكلها من مشاهدة ابنته (ر) في (مقر جمعية الرحمة الإنسانية) ولمرتين في الشهر ، وحيث أن موضوع المشاهدة والحضانة يكون استناداً إلى المادة (٥٧) من قانون الأحوال الشخصية المرقم (١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل) وإن هذه المادة تخالف السنة النبوية الشريفة فقد روي أن امرأة قالت ((يا رسول الله إن ابني هذا كان في بطني له وعاء وحجري له حواء ، وثديي له سقاء ، وزعم أبوه انه ينزعه مني ، فقال (صلى الله عليه واله وسلم) : انت احق به ما لم تتزوجي)) وكذلك تخالف فتاوى المرجع الديني الأعلى سماحة آية الله العظمى السيد علي الحسيني السيستاني (دام ظله) وهذا ثابت بخصوص رأيه بموضوع الحضانة في المسألتين (٤٠٢) و(٤٠٣) من كتاب (منهاج الصالحين / المعاملات / الجزء الثالث) وعلى النحو الآتي: ١. إذا افترق الأبوان بفسخ او طلاق قبل أن يبلغ الولد سنتين لم يسقط حق الأم في حضانتها ما لم تتزوج من غيره فلا بد من توافقهما على ممارسة حقهما المشترك . ٢. إذا تزوجت الأم بعد مفارقة الأب سقط حقها في حضانة الولد وصارت الحضانة من حق الأب خاصة ، ولو فارقتها الزوج الثاني فهل يعود حقها ام لا ؟ وهذا وجهان لا يخلو ثانيهما من القوة



كحو مارى ميراق

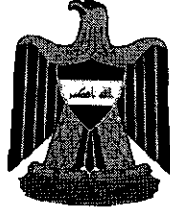
داد كاي بالأي نيتتيا دي

جمهورية العراق

المحكمة الاتحادية العليا

العدد: ٩٨ / اتحادية / اعلام / ٢٠١٧

وحيث أن الفقرة (أولاً) من المادة (٢) من الدستور العراقي تنص على : (الإسلام هو دين الدولة الرسمي وهو مصدر أساس للتشريع) والفقرة (أ) أولاً من هذا المادة (٢) التي تنص : (لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الإسلام). وبذا تكون المادة (٥٧) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ مخالفاً للدستور العراقي النافذ والشرع الإسلامي الحنيف والسنة النبوية الشريفة وفتاوى المرجعية الدينية العليا بخصوص موضوع الحضانة وإن بقاء هذه المادة على صياغتها الحالية يشكل خرقاً لأحكام الدستور ويتعارض مع الشريعة الإسلامية والسنة النبوية الشريفة ورأي المرجعية الدينية العليا وقد روى عن رسول الله (صلى الله عليه واله وسلم) : (من سن في الإسلام سنة حسنة كان له أجرها وأجر من عمل بها من بعده لا ينقص ذلك من أجورهم شيئاً) (ومن سن في الإسلام سنة سيئة كان عليه وزرها ووزر من عمل بها من بعده لا ينقص ذلك من أوزارهم شيئاً) . لذا طلب الحكم بعدم دستورية المادة (٥٧) من قانون الأحوال الشخصية المرقم (١٨٨) لسنة ١٩٩٥ المعدل وإلغائها وتحميل المدعى عليه إضافة لوظيفته كافة المصاريف وأتعاب المحاماة وبعد تسجيل الدعوى لدى هذه المحكمة وفقاً للفقرة ثالثاً من المادة (١) من النظام الداخلي لها وردت إجابة المدعي عليه إضافة لوظيفته طالباً رد الدعوى معللاً طلبه بأن من الأمور البديهية أن النصوص سواء كانت شرعية أو غير شرعية غير مقصودة لذاتها وإنما الغاية منها ما يحققه تطبيقها وتنفيذ أحكامها من المصالح التي تتمثل في تنظيم حياة الإنسان لجلب المنافع ودرء الضرر واستشهد بالآية الكريمة (وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل) لذا تكون الغاية المتوخاة من تشريع الأحكام هي المصالح البشرية وإن المشرع العراقي استسقى نص المادة (٥٧) من قانون الأحوال الشخصية من تلك النواحي للحفاظ على مصلحة المحضون وبذلك يكون النص قد راعى تحقيق العدالة ولم يكن مخالفاً لمبادئ الشريعة الإسلامية التي أشارت إليها وكالة المدعي وبعد استكمال الإجراءات المطلوبة في الدعوى وفقاً للفقرة (ثانياً) من المادة (٢) في النظام الداخلي آنفاً تم تعيين يوم ٢٠١٧/١١/٧ موعداً للمرافعة وفيه تشكلت المحكمة وحضرت وكالة المدعي كما وحضر وكيل المدعي عليه رئيس مجلس النواب إضافة لوظيفته ويوشر بالمرافعة حضوراً



كحو ماري عيراق

داد كاي بالأي نيئتبيحادي

جمهورية العراق

المحكمة الاتحادية العليا

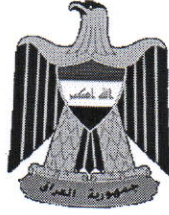
العدد: ٩٨ / اتحادية/ اعلام/ ٢٠١٧

وعلاً كررت وكيلة المدعي ما ورد في عريضة الدعوى وأضافت أنها تحصر الطعن بعدم دستورية (الفقرة ٢ من المادة ٧٥) من قانون الأحوال الشخصية وأضافت أن الدستور في المادة (٤١) أعطى الخيار للشخص في مجال الأحوال الشخصية حسب مذاهبهم وإن زواج موكلها كان على المذهب الجعفري وبناءً على استفسار المحكمة حول المادة (٤١) هل صدر قانون بصدها فأفادت بالنفي ثم أجاب وكيلا المدعى عليه كونهما يكرران ما ورد في اللائحة الجوابية وحيث أن المحكمة قد استكملت تحقيقاتها ولما لم يبق ما يقال أفهم ختام المرافعة وتلي منطوق القرار علناً .

قرار الحكم :

لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد أن المدعي يطعن بعدم دستورية الفقرة (٢) من المادة (٥٧) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ بعدما حصرت وكيلة المدعي الدعوى بعدم الدستورية في هذه الفقرة بقدر تعلق الأمر بحضانة الصغير بداعي مخالفتها لنوايب الإسلام وللحديث الشريف الذي ذكره في عريضة الدعوى من أن زواج الأم بزواج آخر بعد الفرقة يسقط حضانتها ، كذلك ما أورده من رأي فقهي بهذا المآل . وتجد المحكمة الاتحادية العليا من الحديث الشريف ومن آراء الفقهاء ومن التشريعات المماثلة في الدول الإسلامية وما أستقر عليه القضاء من أحكام في مجال الأحوال الشخصية ، بمجموعها أنها لاتحول دون التعامل مع وقائع الحضانة كل حسب ظروفه ، لأن الأصل في التشريعات أنها توضع لصالح البشرية ودفع الضرر عنها ، سيما إذا كانت تخص الصغار فهم الأولى بالرعاية من مصالح الخصوم ، مراعية بذلك مصلحة المحضون ودرء الضرر عنه ، والمحكمة عند عرض الدعوى عليها تتحرى عن هذه المصلحة عن طريق البحث الاجتماعي الذي يجري بواسطة المختصين وعن طريق بيئة المتخاصمين وتقدر في ضوء ذلك أين تكمن مصلحة المحضون فتقضي بذلك لصالح الأم المتزوجة من الغير أو لصالح الأب إذا كان زواج الأم الحاضنة يسبب الضرر للمحضون أو يصرفها عن رعايته لأن الأصل في أحكام الحضانة أنها تدور مع مصلحة المحضون ، وقد فصل قانون الأحوال الشخصية العراقي ذلك في أحكامه المتكاملة بهذا الصدد ،

بسم الله الرحمن الرحيم



كو^٧ ماري ميرواق
داد كاي بالآي نبيتتيا دي

جمهورية العراق
المحكمة الاتحادية العليا

العدد: ٩٨ / اتحادية / اعلام / ٢٠١٧

سيما في نص المادة (٢/٥٧) من قانون الأحوال الشخصية موضوع الطعن بعدم الدستورية . هذا من الناحية الموضوعية ، أما من الناحية الشكلية فإن المدعي لم يبين في عريضة دعواه مصلحته في إقامة الدعوى سيما وأنه قد حصل على حكم يمكنه من مشاهدة المحضونة واكتسب هذا الحكم درجة البتات ولم يقدم دعوى بصدد إسقاط حضانة الأم لأبنته وانتظار ما سنقره المحكمة من نتيجة لها وبناء عليه تكون دعواه غير مستنده على سند من الدستور والقانون من الناحيتين الشكلية والموضوعية فقرر الحكم بردها وتحميله المصاريف وأتعاب محاماة وكلاء المدعى عليه إضافة لوظيفته . و صدر الحكم باتاً استناداً إلى أحكام المادة (٥) من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥ والمادة (٩٤) من الدستور وبالاتفاق في . ٢٠١٧/١١/٧

الرئيس
مدحت المحمود

العضو
جعفر ناصر حسين

العضو
اكرم طه محمد

العضو
اكرم احمد بابان

العضو
محمد صائب النقشبندي

العضو
عبود صالح التميمي

العضو
ميخائيل شمشون قس كوركيس

العضو
حسين عباس أبو التمن

العضو
محمد قاسم الجنابي