

كو<sup>٧</sup>مارى عيراق  
داد كاي بالآي ئيتتياحي

جمهورية العراق  
المحكمة الاتحادية العليا

العدد: ٦٣/اتحادية / اعلام / ٢٠١٦

تشكلت المحكمة الاتحادية العليا بتاريخ ٢٠١٦/٨/١٦ برئاسة القاضي السيد مدحت المحمود وعضوية كل من القضاة السادة جعفر ناصر حسين وأكرم طه محمد وإكرم أحمد بابان وعبود صالح التميمي وميخائيل شمشون قس كوركيس وحسين عباس أبو التمن وعاد هاتف جبار و محمد رجب الكبيسي المأذونين بالقضاء بأسم الشعب وأصدرت قرارها الآتي :

المدعي / زينب كاظم علي / وكيلها المحامي (ب . م . ت) .  
المدعى عليه/رئيس مجلس النواب/اضافة لوظيفته وكيله الموظفين الحقوقيان (س . ط . ي) و  
(ه . م . س)

#### الادعاء :

طعن وكيل المدعية أمام محكمة الأحوال الشخصية في ذات السلاسل في الدعوى المرقمة (٢٠١٦/٢٠٢٩) بعدم دستورية المادة (٤٦) من قانون الأحوال الشخصية بدعوى وفقاً لمتطلبات الطعن بموجب النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم (١) لسنة ٢٠٠٥ وبعد قبول الطعن قامت المحكمة المذكورة بإرسال الدعوى الى هذه المحكمة بموجب كتابها المرقم (٢٠١٦/٢٠٢٩) في ٢٠١٦/٧/١٣ للنظر فيها بعد استيفاء الرسم القانوني عنها وبعد ورودها الى هذه المحكمة سجلت بعدد (٦٣/اتحادية/٢٠١٦) . عينت المحكمة موعداً للنظر فيها وتبين فيها ان وكيل المدعية ادعى فيها بأن موكلته أقامت الدعوى المرقمة (٢٠١٦/ش/٢٠٢٩) أمام محكمة الأحوال الشخصية في ذات السلاسل طالبة الخلع عن زوجها بالطريق الذي أمره الله تعالى به والشرع المقدس . وذلك لتحقيق شروطه الشرعية وهما الكراهة والبذل . ولان احكام المادة (٤٦) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل هي غير دستورية ومخالفة للشرع المقدس وتضر موكلته اذا طبقت عليها ، عليه طلب امتناع المحكمة المختصة المحترمة المذكورة أعلاه وأي محكمة أخرى بذات الاختصاص من الحكم في الدعوى (٢٠١٦/ش/٢٠٢٩) وفق احكام المادة (٤٦) من قانون الأحوال الشخصية المرقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل وذلك لمخالفتها لاحكام



كو٧مارى عىراق  
داد كاي بالآى ئىتتىحادى

جمهورية العراق  
المحكمة الاتحادية العليا

العدد: ٦٣/اتحادية / اعلام / ٢٠١٦

الدستور لعام ٢٠٠٥ واحكام الشرع الإسلامى المقدس بل الحكم وفق احكام الخلع التى أمر بها الشرع المقدس وبذلك تفقد المادة (٤٦) شرعيتها الدستورية للأسباب التالية : (أولاً) لمخالفتها لاحكام الدستور فى المواد (١) المادة (٢/أولاً) والتي تنص ((الاسلام دين الدولة الرسمى وهو مصدر أساس التشريع)) (٢/أولاً) والتي تنص ((لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام (٣) المادة (٢/ثانياً) والتي تنص ((يضمن هذا الدستور الحفاظ على الهوية الاسلامية لغالبية الشعب العراقى)) (٤) المادة (٣٧/ثانياً) والتي تنص ((تكفل الدولة حماية الفرد من الإكراه الفكرى والسياسى والدينى .(٥). المادة (٤١) والتي تنص على (العراقيون احرار فى الالتزام بأحوالهم الشخصية حسب دياناتهم او مذاهبهم او معتقداتهم او اختياراتهم وينظم ذلك بقانون)) . ثانياً - لمخالفتها الشرع المقدس للأسباب التالية : (١) . ان الخلع هو طلاق بعوض استناداً : (أ) للقرآن الكريم فى الآية (٢٢٩) من سورة البقرة . (ب) السنة النبوية الشريفة : (أ) فى الحديث المتفق عليه بين علماء الحديث والذي اوجب الخلع عند تحقق شروطه وأسبابه وهو الحديث الذى ورد عن رسول الله (محمد) صلى الله عليه واله وسلم فى حالة تحقق الكراهة من الزوجة لزوجها : (وتعتبر حبيبة بنت سهل الانصارى زوجة ثابت بن قيس بن شماس اول حالة خلع فى الاسلام بل ان هذه الآية الكريمة السابقة نزلت فى هذا الشأن فى صحيح البخارى عن عكرمة عن ابن عباس ان امراة ثابت بن قيس ما اعيب عليه فى خلق ولا دين ولكن اكراه الكفر فى الاسلام أي : اكراه عدم الوفاء بحقه لبغضه له فقال رسول الله (صلى الله عليه وسلم) ((اتردى عليه حديثه)) وهى المهر الذى امهرها فقالت نعم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (الثابت اقبل الحقيقة وطلقها تطليقه) وما ورد عن الإمام جعفر بن محمد الصادق عليه السلام وهو الإمام الذى نسب المذهب الجعفرى عليه فى المجلد السادس فى باب الخلع (باب الخلع المجلد (٦) صفحة (١٣٩) (١) - علي بن ابراهيم عن ابيه عن ابي عمير عن حماد عن الحلبي عن ابي عبدالله (عليه السلام) قال لا يحل خلعها حتى تقول لزوجها والله لا ابر لك قسما ولا اطيع لك امرأ ولا اغتسل لك من جنابة ولا وطن فراشك ولا ذنن عليك بغير اذنك وقد كان الناس يرخصون فيما دون هذا فاذا قالت المرأة ذلك لزوجها حل له ما اخذ منها فكانت عنده على تطليقتين باقيتين وكان الخلع تطليقه وقال يكون الكلام



كو<sup>٧</sup> ماري عيراق  
داد كاي بالآي نيتتيحادي

جمهورية العراق  
المحكمة الاتحادية العليا

العدد: ٦٣/اتحادية / اعلام / ٢٠١٦

من عندها وقال لو كان الامر الينا لم نجز طلاقاً الا للعدة)) (ثالثاً) لمخالفتها لاحكام المذهب الجعفري والذي هو مذهب المدعية (١-) ان موكلتي من مقلدي المذهب الجعفري حيث يعرف المذهب الجعفري مصطلح (الخلع) ((الخلع هو الطلاق بفدية من الزوجة الكارهة لزوجها)) وان من احكام الخلع على المذهب الجعفري ان تفتدي الزوجة الكارهة نفسها من زوجها بفدية للخلاص منه وفي حالة رفض الزوج خلعه ترفع أمرها الى القاضي (الحاكم الشرعي) والذي يقوم بأمر الزوج بخلعه عند توفر الشروط الأخرى لصحة الخلع والتحقق من حاجة الزوجة له وثبات المصلحة فيه وفي حالة رفض الزوج طاعة أمر القاضي يقوم القاضي بخلعها . (٢-) وثبت للمحكمة المحترمة من وقائع الدعوى المنظورة أمامها ان الزوج قد استهان بكل قيم الزوجية التي امر الله تعالى بها عباده والتي تتلخص في المساكنة والمودة والرحمة والتي تظهر جلياً في الدعاوى الجزائية التي اتهم فيها موكلتي بقيامها بفاحشة (الزنا) والتي ثبتت قضائياً برائتها من أي مما نسبته الزوج اليها فيتحقق لها الكراهة للزوج وبذلك كل حقوقها الزوجية التي التي فرضها لها الشرع والقانون مقابل ان يخلعها وهو يرفض عليه طلب من المحكمة المحترمة جنب صور مصدقة من أضيابير الدعاوى الجزائية المذكورة في عريضة الدعوى والتي أقامها الزوج للطعن في شرف وكرامة زوجته (موكلته) والذي يرفض قبول الفدية لتفتدي نفسها وشرفها منه وربطها مع هذه الدعوى واعتبارها دليل من أدلة الإثبات تحقق الكراهية من الزوجة وصحة طلبها للخلع منه وهذه الدعاوى هي (أ) (٢٨٧٣/جنح/٢٠١٤) . (ب) . (٣٢٨/جنح/٢٠١٥) . (ج) . دعوى جزائية ما زالت قيد التحقيق في محكمة تحقيق الكاظمية موضوعها (اتهام المدعية بالاشتراك مع والدها (ك . ع) بإصابة المدعى عليه بأداة حادة جارحة . (رابعاً) . لوجود التناقض الجوهرى في متن احكام المادة (٤٦) المطعون فيها في المواقع القانونية التالية : الموقع الاول : ان احكام المادة (٤٦) تقع في متن قانون الأحوال الشخصية النافذ في الفصل الثالث (التفريق الاختياري) ومطوقة بقوسين للتأكيد على المصطلح (الخلع) وهذا يدل دلالة قانونية ان المشرع اقر اقراراً لا رجوع فيه ان الخلع هو تفريق قضائي والتفريق هو (طلاق بعوض) وفقاً لمعنى الطلاق في الشرع والقانون وهو واقعة قانونية أي تقع من طرف واحد وليس تصرف قانوني يجب فيه وجود طرفين لانعقاده لهذا السبب تسمى

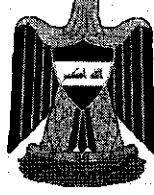


كو<sup>٧</sup> ماري عيراق  
داد كاي بالآي نيتتيحادي

جمهورية العراق  
المحكمة الاتحادية العليا

العدد: ٦٣ / اتحادية / اعلام / ٢٠١٦

(حجة الزواج) رسمياً (عقد الزواج) وحجة الطلاق (مستند الطلاق في الشق الأول من تعريف الخلع) حيث تنص المادة (١/٤٦) على ((الخلع إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع او ما بمغناه)) كما نص عليه القرآن الكريم واجمع عليه فقهاء المذاهب الخمسة ان الخلع هو (طلاق بعوض) أي يقع من طرف واحد وهو الزوج او القاضي (الحاكم الشرعي) . الموقع الثالث : ويظهر التناقض القانوني والشرعي الجوهرى ان في الشق الثاني من التعريف للخلع عند قول النص (وينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي) ويعني مصطلح ينعقد وجود عقد له طرفاً أي وجود تصرف قانوني أي يتناقض مع مصطلح الطلاق والذي يؤكد هذا المعنى الشق الثالث من متن التعريف الخلع (بايجاب وقبول امام القاضي) النتيجة (اولاً) كيف يكون الخلع واقعة قانونية أي تقع من طرف واحد وهو طلاق بعوض وفي نفس الوقت يكون الخلع عقد وتصرف يتحقق بوجود (إيجاب وقبول) هل هناك تناقض قانوني جوهري مخالف للشرع وللقانون أوضح من ذلك ؟ (ثانياً) الم يقنن المشرع في المواد (٤٠ و ٤١ و ٤٣) من قانون الأحوال الشخصية النافذ حق الزوجة في طلب التفريق من زوجها مع بقاء كامل حقوقها التي قررها لها المشرع والقانون وقنن المشرع المادة (٤٦) وهي مادة الخلع لتفتدي الزوجة نفسها من زوجها الذي تكرهه بعوض يقل او يكثر من المهر ؟ عليه طلب من المحكمة الاتحادية العليا إصدار قرارها بعدم دستورية احكام المادة (٤٦) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل كما وردت في نص القانون المذكور لعدم دستوريته ومخالفتها للشرع المقدس ووفق المذهب الجعفري او تكليف المحكمة المختصة باجراء الخلع وفق الشرع الإسلامي المقدس وشرعية المذهب الجعفري . وأجاب وكيل المدعى عليه إضافة لوظيفته موكلهما بموجب لائحتهما التحريرية المقدمة الى المحكمة جواباً على عريضة الدعوى وهي المؤرخة في (٢٠١٦/٨/٧) بأن النص القانوني المطعون بعدم دستوريته موافق للدستور للأسباب الواردة في اللائحة وطلباً رد الدعوى مع تحميل المدعية المصاريف والأتعاب . وفي اليوم المعين للمرافعة حضر وكيل المدعى عليه إضافة لوظيفته الموظفان الحقوقيان (س . ط . ي) و (هـ . م . س) بموجب وكالتهما المربوطة في ملف الدعوى ولم يحضر وكيل المدعية رغم التبليغ الا انه طلب تأجيل الدعوى دون ان يبين سبب التأجيل لذا قرر رفض طلبه ويوشر بالمرافعة



كو<sup>٧</sup> ماري عيراق  
داد كاي بالآي نيتتياحي

جمهورية العراق  
المحكمة الاتحادية العليا

العدد: ٦٣/اتحادية / اعلام / ٢٠١٦

غياباً بحقه كرر وكيل المدعى عليه ما جاء في لائحتهما الجوابية وطلب الحكم برد الدعوى مع تحميل المدعية المصاريف وعليه وحيث لم يبق ما يقال افهم ختام المرافعة وافهم القرار علناً .

#### القرار:

لدى التدقيق والمداولة من المحكمة الاتحادية العليا وجد ان المدعية تطلب في عريضة دعواها من المحكمة الاتحادية العليا الحكم بعدم دستورية المادة (٤٦) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل ومخالفتها للشرع المقدس والحكم بخلع موكلته وفقاً لاحكام الشريعة ووفق المذهب الجعفري او تكليف المحكمة المختصة بإجراء الخلع وفق احكام الشريعة الإسلامية على المذهب الجعفري . ولدى الرجوع الى نص المادة (٤٦) من القانون انفاً ونصها (( ١. الخلع إزالة قيد الزواج بلفظ الخلع او ما في معناه وينعقد بإيجاب وقبول أمام القاضي مع مراعاة احكام المادة التاسعة والثلاثين من هذا القانون)) ونصت في الفقرة (٢) منها على (( يشترط لصحة الخلع ان يكون الزوج اهلاً لإيقاع الطلاق وان تكون الزوجة محلاً له ويقع بالخلع طلاق بائن)) ونصت الفقرة (٣) منها على (( للزوج ان يخالع زوجته على عوض اكثر او اقل من مهرها)) . وان المدعية ادعت مخالفتها لاحكام الدستور في المواد (٢/اولاً) و (٢/اولاً/أ) والمادة (٢/ثانياً) والمادة (٣٧/ثانياً) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ والمادة (٤١) منه . ولدى تدقيق موضوع الدعوى تجد المحكمة الاتحادية العليا ان طلب المدعية يقتضي معه الرجوع الى المادة (٤٦) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ والتي نصت على ((العراقيون أحرار في الالتزام بأحوالهم الشخصية حسب دياناتهم او مذاهبهم او معتقداتهم او اختياراتهم . وينظم ذلك بقانون)) مما يقتضي معه معالجة المسألة المثارة في الدعوى بوضع نص لا يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام تطبيقاً لنص المادة (٢/اولاً/أ) من (دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥) وان هذه الدعوى أقيمت قبل تشريع القانون المقتضى تشريعه بهذا الصدد حيث ان يلزم ان تكون وفق الآلية المتقدم ذكرها بغية الخروج بآلية موفقة متوافقة مع ثوابت احكام الاسلام لذا تكون دعوى المدعية موجبة للرد لعدم تشريع

بسم الله الرحمن الرحيم



كو<sup>٧</sup> ماري عيراق  
داد كاي بالآي ئيتتياحي

جمهورية العراق  
المحكمة الاتحادية العليا

العدد: ٦٣/اتحادية / اعلام / ٢٠١٦

القانون وفقاً للمادة (٤١) من الدستور لذا قررت المحكمة الاتحادية العليا الحكم برد دعوى المدعية مع تحميلها مصاريفها كافة واتعاب المحاماة لوكيلي المدعى عليه إضافة لوظيفته الموظفان الحقوقيان (س . ط . ي) و (ه . م . س) مبلغاً قدره مائة الف دينار مناصفة بينهما وصدر القرار حضورياً وبالاتفاق باتاً وافهم علناً في ٢٠١٦/٨/١٦ .

الرئيس  
مدحت المحمود

العضو  
جعفر ناصر حسين

العضو  
اكرم طه محمد

العضو  
اكرم احمد بابان

العضو  
عبود صالح التميمي

العضو  
ميخائيل شمشون قس كوركيس

العضو  
حسين عباس ابو التمن

العضو  
عاد هاتف جبار

العضو  
محمد رجب الكبيسي

الدعوى