

المقدمة

إن القرآن الكريم المنزل على صدر نبينا محمد (صلى الله عليه وسلم) هو دستور إلهي يقتصر على أسس منهجية وقواعد كلية مؤدياً لصناعة إطار من الاخلاق، تاركاً للعقل البشري التفصيلات والأحكام الجزئية لتحرك داخل حدود هذا الإطار.

وقد تناولتُ استثناءً (أحكام الأسرة البشرية) بشيء من التفصيل في الزواج والطلاق والرضاعة والحضانة والنفقة والتركة والوصية والوراثة لسببين:

السبب الأول: أهمية وخطورة الأسرة وتأثيرها المباشر على مصير المجتمع صحةً وفساداً.

السبب الثاني: إن أي خلل يحدث في أحكام الأسرة يمس كرامة الإنسان في أساسها فأقتضى ذلك تضيق دائرة الاجتهاد وتحرك العقل في مسائل الأحوال الشخصية، وجعل سبحانه وتعالى الصلة الزوجية أساساً للسكينة والطمأنينة والرحمة والمودة كما جاء في هذه الآية الكريمة:
(١)

و الحياة الزوجية أصلاً سنة من سنن الله عز وجل في الخلق والتكوين وهي عامة مطردة لا يشذ عنها عالم الإنسان أو عالم الحيوان أو عالم النباتات، قال سبحانه وتعالى:

(2) □□□□ □ □ □ □ □ □ □ □

اولاً- أهمية موضوع البحث وسبب اختياره

تكمّن اهمية الموضوع في ان الله سبحانه لم يجعل الانسان كغيره من العوالم فيدع غرائزه تنطلق دون وعي ولم يترك اتصال الذكر بالإنثى فوضى لا ضابط له حتى يكون أهلاً لها، أي يكون له أهلية كاملة للزواج.

إن أهلية الزواج وما ينتج عنها في الوقت الحاضر من الأمور المهمة الحاذقة والمتطلع عليها وتعتبر من الواجب أو من المهام الواجب معرفتها وذلك لأهمية الأسرة ومدى خطورتها وتأثيرها المباشر على مصير الدولة فساداً أو صحة، وأي خلل يظهر في أهلية الزواج بصورة عامة يمس كرامة الإنسان وشخصيته ووجوده من الأساس .

ثانياً-أهداف البحث:

(1) سورة الروم، الآية (21).
(2) سورة الذاريات، الآية (49).

إن الأهداف من وراء بحثنا هذا تكمن في النقاط التالية:

1- بيان وتوضيح الأهلية والزواج في قانون الأحوال الشخصية وما جاء في مبادئ الشريعة الإسلامية.

2- معرفة الفروق بين الزواج في قانون الأحوال الشخصية وما جاء في الشريعة الإسلامية.

3- إن لكل بحث من البحوث أهدافاً إلا أن الهدف الرئيسي من بحثنا هذا - هو توضيح جميع ما يمكن من الشروط والمبادئ المتعلقة بأهلية الزواج في قانون الأحوال الشخصية مع ما جاء في مبادئ الشريعة الإسلامية.

ثالثاً - معوقات البحث:

من ابرز المعوقات التي واجهنا بها هي قلة المصادر أو المراجع التي كتبت في موضوع الاهلية بشكل مستقل، وهي من الصعوبات الحقيقية التي تحول دون ان نعطي هذا البحث حقه من الناحية القانونية و الشرعية وكذلك قلة القرارات التمييزية الخاصة بقضايا الاهلية.

رابعاً - منهجية البحث:

لغرض اعداد هذا البحث فقد اولينا العناية في معالجة مفرداته من خلال المنهجين التحليلي والمقارن.

خامساً - خطة البحث:

لإنجاز هذا البحث و مفرداته فقد عالجناه في مبحثين. ففي المبحث الاول تطرقنا الى تعريف الأهلية و انواعها وطبيعة هذه العوارض مقارنة بين احكامها سواء في الشريعة او القانون. ثم خصصنا المبحث الثاني لتعريف عقد الزواج ، و الحكمة من تشريعه. ثم جنحنا نحو بيان اركان عقد الزواج من حيث محتواه وأهلية العاقدین للزواج في مطلب مستقل، واخيراً ختمنا البحث بخاتمة، و توصلنا الى بعض الاستنتاجات والمقترحات .

نسأل الله ان ينال القبول

وعرّفها عبد العزيز أحمد البخاري في كشف الأسرار على أصول البزدوي بأنها عبارة عن صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه⁽¹⁾ والظاهر من هذين التعريفين أنه قد أقتصر تعريفهما على أهلية الوجوب حيث أن أهلية الوجوب للشخص تكون ذات عنصرين أولهما قابليته لثبوت الحق له وثانيهما صلاحيته للالتزام .

أما تعريف الأهلية قانوناً: فقد عرّفها بعض فقهاء القانون بأنها ((صلاحية الإنسان لأن تثبت له حقوق قبل الغير وتثبت في ذمته التزامات نحوهم، وصلاحيته لاستعمال هذه الحقوق والالتزامات)).⁽²⁾

وعرفها الدكتور عبدالفتاح عبدالباقي بأنها ((صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات، ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن ترتب له هذا الأمر أم ذلك))⁽³⁾ كما عرفها بنفس المعنى الدكتور عبدالرزاق السنهوري⁽⁴⁾.

صلة الأهلية بالنظام العام:

أما الأحكام التي تنظم الأهلية بنوعيتها متعلقة بالنظام العام وله تأثير بالغ في حياة الشخص القانونية والاجتماعية وعلى هذا الأساس لا يكون بوسع الشخص التنازل عن أهليته أو تعديل أحكامها ولذلك يكون باطلاً كل اتفاق يقع على تعديل أهلية الشخص وأما إدعاء الشخص بأهلية لم تتوفر له فلا أثر له في حالة الغش ويكون بمقدور المتعافد الآخر الرجوع عليه بالتعويض ويكون عبء إثبات نقص الأهلية أو انعدامها على من يدعيه⁽⁵⁾.

(1) علاء الدين البخاري الحنفي، كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوي، للإمام ، ، مطبعة الاستانة 1307هـ، أربعة أجزاء، ج4، ص1357.

(2) نظرية العقد للدكتور حسن على ذنون، شرح القانون المدني العراقي، مطبعة المعارف، ص34، سنة 1970.

(3) نظرية الحق، الدكتور عبدالفتاح عبدالباقي، الطبعة الثانية، سنة 1965، ص86.

(4) الوسيط في شرح قانون المدني، للمرحوم الدكتور عبدالرزاق السنهوري، ج1 ص145 – 146 ، بدون سنة طبع.

(5) النظرية العامة للالتزام ،الدكتور أنور سلطان ،مطبعة دار المعارف، سنة 1962 ، ص69.

الفرع الثاني أنواع الأهلية

للأهلية نوعين أهلية الوجوب وأهلية الأداء:

أولاً: أهلية الوجوب: هي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق له وعليه وتسمى كذلك أهلية ثبوت الأحكام في الذمة⁽¹⁾. أو هي وصف يصير به الإنسان أهلاً لما له وعليه⁽²⁾. وعرفها بما يقرب من ذلك رجال القانون الوضعي وذلك بقولهم ((هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات)).

ويستخلص من ذلك ان مناط أهلية الوجوب في نظر الشرع الإسلامي هي (الصفة الإنسانية) ولا علاقة للأهلية بالعقل أو السن أو الرشد فمناطها الحياة وهي تكون لكل إنسان حي في أي طور كان أو صفة فهي تثبت حتى للجنين والمجنون صغيراً كان أو كبيراً ولا فرق في أن يكون الشخص ذكراً أو أنثى، تثبت للشخص رشيداً كان أو سفيهاً فهي تولد مع الشخص وتبقى تواكبه طيلة حياته ولا تقترق عنه إلا بانتهائه من الدنيا، فكل شخص قانوني تتوافر له أهلية الوجوب وتبقى ملازمة له بل قد تثبت له عندما يكون جنيناً وإلى وقت موته أو قد تمتد إلى ما بعد ذلك وإلى وقت تصفية تركته وتسديد ديونه وتنفيذ وصيته، وتثبت أهلية الوجوب للأشخاص الاعتيادية لكونهم أشخاص قانونية تتوافر فيهم أهلية الوجوب، فإذا زالت أهلية الوجوب زالت الشخصية معها كالمتيت بعد سداد ديونه وكالجنين حين يولد ميتاً.

وأهلية الوجوب ملازمة لوجود الروح في الجسد من غير نظر إلى عقل وتمييز أو غير ذلك ،عليه فإن أهلية الوجوب حسب أقوال الفقهاء تبنى على تحقق الذمة وقيامها لمن تتوفر له الأهلية⁽³⁾

وأهلية الوجوب تنقسم إلى قسمين:

- 1- **أهلية الوجوب الناقصة:** إذا كان الشخص أهلاً لثبوت بعض الحقوق له دون أن تثبت عليه التزامات كما هو في حالة الجنين في بطن أمه قبل أن يولد فهو ذو أهلية وجوب ناقصة.
- 2- **أهلية الوجوب الكاملة:** إذا كان الشخص أهلاً بأن تترتب عليه التزامات مالية أو له فهو ذو أهلية وجوب كاملة ومثاله الإنسان بعد ولادته حياً، فهو مؤهل لأن يكون دائناً أو مديناً والعنصر الأخير يستتبع وجود الذمة، فالعنصر الذي يؤهل الشخص للمديونية يتطلب وجود شيء آخر وهو أن يكون وجوده مقدراً من شخصية الإنسان ويسمى (الذمة)⁽⁴⁾.

(1) المستصفي في علم الأصول ، حامد الغزالي ، مصر ، 1937 ، ج-1 ، ص54.

(2) المصدر نفسه ، ص1357-1382.

(3) أحكام المعاملات الشرعية للإستاذ الشيخ علي الخيف 1949م مطبعة السنة النبوية القاهرة، طبعة ثانية، ص157.

(4) شامل رشيد ياسين الشخيلي، عوارض الاهلية بين الشريعة والقانون ، سنة1974، مطبعة العاني بغداد ص 22-23

ثانياً: أهلية الأداء:

وهي كما عرفها فقهاء الأصول ((صلاحية الشخص المكلف لصدور الفعل عنه على وجه يعتد به شرعاً))

ويقصرها بعض الفقهاء على صلاحية التصرف القولي فقالوا: (أنها صلاحية الشخص للالتزام بعبارة، وأن يطالب غيره ويطالبه الغير بما تم عليه التعاقد من آثار والتزامات وقالوا كذلك أن أهلية الأداء هي شرط لصحة التصرفات القولية دون الفعلية)⁽¹⁾.

ويرى فريق آخر من الفقهاء أن أهلية الأداء تشمل الأقوال والأفعال، فإذا قام الشخص بتصرف معين فنترتب عليه آثار ذلك التصرف كما لو باع شيئاً ف يلتزم بنقل المبيع إلى المشتري وتسليمه له لقاء التزام المشتري بتسديد الثمن، وإذا قام المكلف بواجبه نحو ربه بأن أدى فريضة الحج أو صلى، فيسقط عنه بفعله ذلك التكليف، وإذا ارتكب جناية على الغير، وجب عليه الحد والتعويض⁽²⁾. وعلى ذلك نجد أن أهلية الأداء تتناول الحقوق والالتزامات.

وأما مفهوم أهلية الأداء في القانون ((فهي صلاحية الشخص لأن يباشر كسب الحقوق وإيجاد الالتزامات⁽³⁾)، بينما عرّفها الاستاذ منير القاضي بأنها ((صلاحية الشخص للتصرفات الإرادية))⁽⁴⁾، وعرفها الاستاذ شفيق شحاته بقوله: بأنها صفة تلحق الشخص فتصبح أعماله منتجة لآثارها القانونية⁽⁵⁾ وعرفها الدكتور عبدالمنعم البدرابي بأنها القدرة على مباشرة الأعمال القانونية، ثم أوضح أن العمل أو التصرف القانوني هو عبارة عن اتجاه إرادة الشخص إلى ترتيب أثر قانوني معين يتم نتيجة المباشرة لهذا الاتجاه.

أما العمل المادي فهو لا يقصد من ورائه الشخص الأثر القانوني الذي ترتب عليه وإنما يحصل ترتيب الأثر بحكم القانون، فالأعمال المادية سواء أكانت نافعة أم ضارة فإن آثارها لا تحصل نتيجة لإرادة الشخص وإنما تحصل بقوة القانون⁽⁶⁾.

وعلى هذا لم يشترط الدكتور البدرابي في العمل المادي أية أهلية وقصّر أهلية الأداء على التصرفات القانونية دون غيرها.

(1) شامل رشيد ياسين الشخيلي، المصدر السابق، ص 67.
(2) عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، الطبعة السادسة، ص 155.
(3) منير القاضي، المصدر السابق، ص 268.
(4) ملتقى البحرين، المصدر السابق، ص 39.
(5) شفيق شحاته، النظرية العامة للحق، 1949 م، ط 1 الطبعة الأولى، ص 70،
(6) د. عبدالمنعم البدرابي، المدخل للقانون الخاص، الطبعة الأولى، سنة 1957 م، ص 135.

ومن هذا يتضح أن اختلاف فقهاء الشريعة بتعريف أهلية الأداء له ما يشابهه من الاختلاف بين فقهاء القانون.

ويُستخلص مما ذكر أن أهلية الأداء هي صلاحية الشخص للقيام بنفسه بالتصرفات القانونية التي تكسبه حقاً أو تلزمه بواجب.

وأن أهلية الأداء تتميز بما يلي:

1- إنها عمل قانوني أو تصرف قانوني بمفهوم أعم ويتميز هذا التصرف بكونه يقع دائماً على الإرادة التي أجهت إلى إحداث الأثر القانوني الرامي إلى تكوين الحق أو نشوء الالتزام ومثاله التصرفات المختلفة كالبيع والإيجار والوصية والوقف والطلاق وغيرها.

وأما الأعمال المادية أو الواقعة القانونية فهي تلك الأعمال التي يرتب القانون عليها أثراً معيناً ولا دخل لإرادة الشخص في ترتيب ذلك الحق أو الالتزام سواء كان العمل قد حصل عمداً أم كان حصوله نتيجة خطأ وإهمال ونتج بسببه ضرر للغير، فإن الأثر القانوني يكون مترتباً بحكم القانون وذلك بالالتزام من أحدث الضرر بتعويض الشخص المتضرر وإن كان الفاعل المحدث للضرر لم يكن قصده أو نيته متجهة إلى نشوء ذلك الأثر وذلك كأن يلقي شخص حجراً فيصيب عين شخص آخر مستطرق فيفقوها دون قصد فيكون الفاعل في هذه الواقعة مسؤولاً عن الضرر الذي حصل للغير وإن لم يكن الفاعل متعمداً في حصوله فإنه يسأل بموجب إهماله عن الضرر وإن لم يرد ذلك الأثر.

2- إن مدى نطاق أهلية الأداء يختلف عن مدى نطاق المسؤولية فأهلية الأداء يشترط توافرها في الشخص قبل لجوءه للقيام بعمل ما فيقال مثلاً إن هذا الشخص أهل لمباشرة هذا العقد كالبيع أو الإيجار مثلاً أو أي تصرف آخر. أما المسؤولية فلا يمكن تحديدها إلا بعد وقوعها، ولا يمكن قياسها على أهلية الأداء، فالمسؤولية تترتب آثارها باعتبارها نتيجة لوقوع الفعل المادي.

فقد تترتب المسؤولية وإن كان الشخص الذي أحدث الضرر عديم الأهلية فنصت المادة (191) الفقرة 1) من القانون المدني العراقي : ((إذا أُلْتُف صبي مميز أو غير مميز أو من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان من ماله)).

ونصت المادة (234 فقرة 1) من القانون المدني العراقي : ((إذا كان من تسلم الشيء غير المستحق ناقص الأهلية فلا يكون ملزماً إلا برد ما كسب حتى لو كان سيء النية)) ونفس الحكم ورد في الشريعة الإسلامية بالنسبة إلى مسؤولية عديمي الأهلية عن الأضرار التي يباشرونها⁽¹⁾.

(1) شامل رشيد ياسين ،المصدر السابق ، ص 69-70.

المطلب الثاني

مفهوم عوارض الأهلية وطبيعتها

نقسم هذا المطلب الى فرعين نخصص الفرع الأول لمفهوم عوارض الأهلية ونخصص الفرع الثاني لطبيعة عوارض الأهلية.

الفرع الأول

مفهوم عوارض الأهلية

العوارض جمع عارض أو عارضة أي فعلة عارضة وهي مأخوذة من كلمة عرض له أمر يصده من الماضي على ما كان عليه، وتعني كلمة العارض السحاب المنتشر في الأفق والذي يحول دون ظهور أشعة الشمس قال تعالى: .

(1) ويسمى ما يعرض للانسان من عرض (العارض) وكذلك يعني العارض ما يعترض الانسان عند سيره. وعرفها فقهاء الشريعة ((بأنها الأمور المنافية للأهلية أو ليست من لوازم الإنسان من حيث هو إنسان، أو لأنها من الأمور التي تطرأ لبعض الأشخاص فتحد من أهليتها أو تعدمها(2)

الفرع الثاني

طبيعة عوارض الأهلية

إن أهلية الوجوب مناطها الصفة الإنسانية ولا تتعلق بالعقل وتكون أهلية الوجوب للإنسان كاملة منذ وقت ولادته كما أنه تكون له أهلية وجوب ناقصة قبل الولادة وعلى ذلك يكون للجنين أهلية وجوب ناقصة وهو مازال جنيناً في بطن أمه وأما أهلية الأداء فمناطها العقل والإدراك لذا لا تكون له أهلية الأداء إلا بعد أن يصبح مميزاً.

وكما كانت الأهلية هي صفة لاصقة بالشخص ووجودها لديه يجعله أهلاً لصحة تصرفاته والاعتداد بها شرعاً نظراً لكمال تمييزه وعقله ورشده فعلى ذلك وجد أن يكون العارض المؤثر في أهلية الشخص له

(1) سورة الأحقاف الآية 24.

(2) شامل رشيد ياسين، المصدر السابق، ص 131.

قابلية التأثير في صلاحية الإنسان⁽¹⁾ ، في حين يرى بعض الفقهاء من الأصوليين أن عوارض الأهلية ليست من الصفات الذاتية وإنما تعترض أهلية الوجوب والأداء⁽²⁾.

وقد قسم فقهاء الأصول عوارض الأهلية إلى قسمين:

أولاً: العوارض السماوية:

وهي النازلة من قبل الشارع وليس للشخص اختيار في وجودها، وعددها الفقهاء بأحد عشر عارضاً وهي: الصغر والجنون والعتة والنسيان والنوم والإغماء والأرق والمرض والحيض والنفاس والموت⁽³⁾.
ثانياً: العوارض المكتسبة: العوارض التي تكون باختيار الإنسان سواء من نفسه (وحصرها الفقهاء بسبعة عوارض وهي السكر والهزل والجهل والسفه والسفر أو الخطأ) أو من غيره كالإكراه⁽⁴⁾.
ومن ملاحظة تعريف عوارض الأهلية (ومفردها عارض) بالشكل الذي ذكرناه بان (العارض) ((هو الأمر الذي يطرأ أو يحصل لبعض الأشخاص فيحد من أهليتهم أو يعدمها)) عليه نجد أن العوارض لها ميزات معينة هي:

- 1- أنها ليست اموراً أصلية وإنما أمور طارئة تعترض بعض الأشخاص ولا تكون عامة. فيؤثر ذلك العارض على أهلية الشخص الذي تعرض له، ولا يكون من لوازمه، ولذلك نجد أن الصغر والنوم والموت لا تكون عارضاً لأنها جميعاً ليست حالات استثنائية وهي من الأمور التي يمر بها كل إنسان ولم تكن طارئة عليه وإن انعدام تمييز الإنسان وقت نومه لا يمكن اعتباره عارضاً وإن اعتبرت تصرفاته وقت نومه غير صحيحة إنما يعزى ذلك إلى فقدان الرضا والاختيار وليس إلى نقص في أهلية النائم.
- 2- والميزة الثانية التي تتميز بها عوارض الأهلية إنها تكون مؤثرة في صلاحية الإنسان عند مباشرته التصرفات التي يجريها فلما كانت الأهلية كما ذكرنا هي صفة لاصقة بالإنسان فذلك يكون الحال بالنسبة للعارض وهي بذلك تختلف عن تعرض الأهلية بسبب فقدان الرضا والاختيار كما هو الحال بالنسبة للنائم فإنه لا يولي عليه لإنعدام أهليته كلياً أو جزئياً وقد تكون مستمرة أو أنها تدوم مؤقتاً ثم تزول.

- 3- والميزة الثالثة التي يتميز بها العارض هو تأثيره في العقل والتمييز أو في الرشد لمن يشترط الرشد في كمال الأهلية فإذا حصل للإنسان أي مؤثر خارجي ولم يكن له تأثير على عقله

(1) شامل رشيد ياسين، المصدر السابق ص 94

(2) مباحث الحكم عند الأصوليين، للإستاذ محمد سلام مذكور، مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة، ص 268.

(3) المصدر نفسه، ص 269.

(4) علاء الدين البخاري الحنفي، المصدر السابق، ص 263

وتمييزه ، فلا يعتبر عارضاً وإن أثر ذلك الأمر على صحة تصرف الشخص بأن أبطله أو جعله موقوفاً مازال الإنسان قد أجرى ذلك التصرف وهو يمتلك العقل والتمييز والرشد.

وعليه فإن انعدام الأهلية أو نقصها لا يكونان إلا بموجب القانون وقد اعتبر القانون المدني العراقي كلاً من الصغير غير المميز (الذي يقل عمره عن سبع سنوات) والمجنون والمعتوه معدومي الأهلية واعتبرهم محجورين لذاتهم⁽¹⁾.

ومن الملاحظ إن القانون المدني وإن اعتبر المعتوه هو محجوراً لذاته إلا أنه قد ألحقه في حكم الصبي المميز⁽²⁾ وكذلك فرق القانون المدني العراقي بالنسبة لحالة المجنون فيما إذا كان جنونه مطبقاً فألحقه بحكم الصغير غير المميز وأما إذا كان جنونه متقطعاً أي غير مستمر وتنتابه نوبات من الصحة ونوبات من الجنون فالحق تصرفات المجنون غير المطبق في حال افاقته وصحته بتصرفات العاقل⁽³⁾.

واعتبر القانون المدني العراقي (الصبي والمميز والسفيه وذي الغفلة ناقصي الأهلية وأعتبر تصرفاتهم المالية صحيحة إذا كانت نافعة لهم نفعاً محضاً واعتبرها موقوفة على إجازة وليهم أو إجازة المحكمة فيما إذا كانت دائرة بين النفع والضرر).

(1) المادة 94 من القانون المدني العراقي
(2) المادة 107 من القانون المدني العراقي
(3) المادة 108 من القانون المدني العراقي

المبحث الثانى

عقد الزواج

ان عقد الزواج له مساس بموضوع الحياة الاجتماعية في أنبل مقاصدها ,وقد شهدت المجتمعات عبر التاريخ أنواعاً من الزواج . (... فقد أشار بعض المؤرخين الى واقعة تعدد الأزواج لإمرأة واحدة في منطقة واحدة ضمن جنوب وشمال الهند لدى قبائل جوانسوارين)⁽¹⁾

كما ومارست الشعوب تعدد الزوجات (... فكان رؤساء سكان استراليا القدماء يستحذون على عدد من النساء كزوجات وبعضهن كإماء أرقاء كما لدى الصينيون، وكان (الزواج جائزاً في شريعة مانو الهندية بالشراء والاعتصاب بدليل المادة (33) من الكتاب الثالث لشرائعهم).⁽²⁾

وقد (عرف العرب قبل الاسلام ألواناً من الأنكحة وأبرزها نكاح الإستبضاع ، حيث يعتزل الرجل امرأته اذا طهرت من طمثها ويرسلها الى فلان ليستبضع منها ، أو نكاح الرهط حيث يجتمع مادنون العشرة على المرأة كلهم يصيبها⁽³⁾ ، وغيره الكثير مما لا يتسع له مجال بحثنا.

وقضت سنة الحياة ان (يرتبط الرجل بالمرأة بحياة مشتركة هي الرابطة الزوجية .وجاءت النصوص القرآنية والاحاديث النبوية لتؤكد المعاني السامية للزواج، وتخرج هذه الرابطة من الأحكام القديمة لتقيمها على الرابطة المقدسة لحفظ الانساب وصيانة الاسرة والمجتمعات .) ⁽⁴⁾ لقوله تعالى:

(5)

- (1) د. احمد الكبيسي ،فلسفة نظام الاسرة في الاسلام ط2، مطبعة الحوادث ،1990،ص77.
- (2) د. ماجد السباعي ، المرأة بين الفقه والقانون، المكتب الاسلامي ، بيروت، 1984، ص71.
- (3) جمال محمد فقي رسول الباجوري.
- (4) محمد حسين كشكول وعباس السعدي، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 –دراسة قانونية فقهية – المكتبة القانونية ،بغداد، 2011، ص21.
- (5) سورة الروم، الآية 21.

المطلب الأول

تعريف عقد الزواج والحكمة منه والوصف التكليفي

سنتناول هذا المطلب في فرعين نخصص الفرع الأول لتعريف عقد الزواج والفرع الثاني للحكمة من عقد الزواج والوصف التكليفي .

الفرع الأول

تعريف عقد الزواج لغة وقانوناً

عقد الزواج لغة: قبل الولوج في تعريف عقد الزواج لابد من تسليط الضوء على تعريف العقد بشكل عام فالعقد في اللغة يعني الأحكام والشد ويقال عقده أي شده ويقال للعقد عهد أيضاً. (الزوج) البعل والزوج أيضاً المرأة قال الله تعالى: □□□□□□ (1).

ويقال لها ((زوجة)) أيضاً، وقوله تعالى: □□□□□□ (2) أي قرناهم بهن و قوله تعالى: □□□□□□□□ (3) أي وقرناهم، وأمرأة مزواج ، بكسر الميم ،أي كثيرة التزوج، والزوج ضد الفرد وكل واحد منهما يسمى زوجاً أيضاً يقال للأثنين هما زوجان وهما زوج كما يقال هما سيّان وهما سواء وتقول عندي زوجا حمام يعني ذكراً و أنثى(4).

الزواج اقتران الزوج بالزوجة أو الذكر بالأنثى، وكل شيء اقترن أحدهما بالآخر فهما زوجان (والزوجية) مصدر صناعي بمعنى الزواج يقال بينهما حق الزوجية ومازالت الزوجية بينهما قائمة (5)

أما عقد الزواج قانوناً فقد عرفه المشرع العراقي بأنه ((عقد بين رجل وأمرأة تحل له شرعاً، غايته انشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل)) (6). إن ما ورد في تعريف عقد الزواج في القانون العراقي يفيد حل الاستمتاع لكل من الرجل والمرأة بالآخر على الوجه المشروع فإذا كان العقد لا يفيد إستمتاع أحدهما بالآخر فإنه لا يسمى عقداً صحيحاً لإبطال الزواج شرعاً وقانوناً كأن تكون الزوجة في ذمة زوج آخر أو معتداً أو مشغولاً من قبل رجل آخر، وبما أن عقد الزواج رابطة مقدسة هو عماد الأسرة التي يتكون منه

(1) سورة البقرة، الآية 35

(2) سورة الدخان، الآية 54.

(3) سورة الصافات الآية 22.

(4) محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي – بيروت لبنان ص278.

(5) عبدالكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة و ابيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ح 6، ص9، مؤسسة الرسالة الطبعة الثالثة، سنة 2000 ،بيروت – لبنان.

(6) أحمد الكبيسي، المصدر السابق ، ص 35.

تقتضي الإتصال مقتضيات بين الذكر والأنثى فاعترفت الشريعة الإسلامية السمحة بهذه الغريزة في الإنسان بواقعيته لتؤتي الغريزة ثمارها على أتم وجه وأكمله ،أما مقتضى العقل فإنه يتمثل في أن ينشد الإنسان العزة والمنفعة في الحياة وخلود الإسم وبقاء الجنس البشري بعد ممات الأصل⁽¹⁾.

وقد قضت الحكمة الإلهية بضرورة اقتران الرجل والمرأة من خلال عقد الزواج تحصيناً للدين عن الزنا وقضاء الحاجات الجنسية، وصيانة الاخلاق ودرء المفسد والتمتع بالنعمة ومنها غض البصر وكف الناس عن الحرام لأن هدف الشريعة الإسلامية صيانة الأعراض والحفاظ على شرفها⁽²⁾

وإن حكمة تشريع نظام الزواج - أي الغرض من تشريع الزواج في الإسلام من وجوه كثيرة نذكر منها.

الوجه الأول: أن في تركيب الإنسان وشموليته لجملة غرائز منها الغريزة الجنسية التي من شأنها ميل الرجل إلى المرأة، وميل المرأة إلى الرجل ورغبة لكل منهما بالآخر لإشباع غريزته الجنسية فكان من تقدير العزيز العليم، وفضله العميم على الإنسان وتكريمه له أن شرع نظام الزواج ليكون هو السبيل اللائق به لتحقيق رغبته الجنسية فليس من اللائق بكرامة الإنسان وتكريمه تركه كالحَيوان يشبع غريزته الجنسية دون ضابط ولا نظام.

الوجه الثاني: إن تشريع الزواج في الإسلام يحقق الإستئناس والاستقرار للرجل بسكونه إلى زوجته، ويحقق المودة والرحمة بين الزوجين، إن الله تعالى خلق للرجال من جنسهم إناثاً تكون لهم أزواجاً ليسكنوا إليها، وجعل بين الزوجين مودة وهي (المحبة) وهي (الرأفة) من غير أن يكون بينهما سابق معرفة ولا لقاء، ولارابطة تستدعي مثل هذه المحبة والرأفة يشعر بها الزوجان بعد عقد الزواج.

الوجه الثالث: في نظام الزواج يتحقق اختصاص الرجل بالمرأة واختصاص المرأة بالرجل على نحو يليق بالإنسان وكرامته، وعلى نحو لا يوجد في عالم الحيوانات ومن آثار هذه الاختصاص إيجاد النسل الثابت النسب منهما ومايتبع ذلك من رعاية مادية و معنوية لهذا النسل من قبل الزوجين فينشأ هذا النسل سوياً خالياً من الشذوذ والانحراف بخلاف أولاد السفاح الذين يرفضهم المجتمع و لا يعترف لهم بنسب، ولا يجدون حنان الوالدين ولا رعايتهما.

الوجه الرابع: يعقد الزواج وفي ظل نظامه تكون الأسرة سليمة صالحة متماسكة وينشأ فيها أولاد ذو نسب معروف ومن مجموع هذه الأسر المتماسكة يتكون المجتمع المتماسك بخلاف المجتمع الذي يعج بأولاد السفاح، وبالأسر المتفككة التي لا تقوم على أساس نظام الزواج الشرعي.

(1) د.أحمد الكبيسي ، شرح الأحوال الشخصية ،ج1، الزواج والطلاق ،مطبعة الإرشاد، 1970.
(2) د.مصطفى إبراهيم الزلمي ،سلطان الإرادة في الطلاق في شريعة السماء وقانون الأرض، ج1، ط1، مطبعة العاني، بغداد، ص5.

الوجه الخامس: زيادة أفراد الأمة الإسلامية وبأزديادهم تحصل القوة للأمة، ولهذا ندب الإسلام إلى نكاح المرأة الولود، فقد جاء في الحديث النبوي (تزوجوا الولود الودود فأني مكاثركم الأمم) وجعل الإسلام المرأة الولود فقد جاء في الحديث النبوي الشريف (خير نسائكم الولود الودود)⁽¹⁾.

وإن قصد الشارع من الزواج هو الولادة والنسل ، قال (ص): (تناكحوا تناسلوا)⁽²⁾ وذلك إن الله سبحانه وتعالى خلق هذا العالم وقدر بقاءه إلى أجل مسمى ولكن بقاءه لا يتم ولا يفي بالغرض المقصود منه إلا بعقد الزواج الشرعي وذلك أمر بديهي الثبوت ولا يحتاج إلى البرهان، نعم ربما يقول قائل لو لم يكن هناك عقد زواج لحصل الأزواج بين الذكور والإناث بمقتضى الجبلية الخلقية إذ كل منهما تدعوه شهوته إلى ذلك فيحصل التناسل بدون عقد زواج.

ولكن بالتأمل نعلم صواب ما قلناه وهو أن التناسل متوقف على عقد الزواج إذ لو تركت الناس عبيد شهواتهم تسوقهم إلى ما تشاء لكان الغرض قضاءها للرجال والنساء فضلاً عن جلب المنافع لهن أيضاً فيعملن كل ما في وسعهن للحصول على الفائدة التي يقصدنها فيمنعن الحبل (الحمل) ليرغبين الرجال فيهن. بخلاف ما إذا حصل الزواج بعقد وصار كل منهما مرتبطاً بقوانين هذا العقد قاصرة على صاحبه لا يتعداه إلى غيره فلا يكون الغرض حينئذ مجرد قضاء الشهوة بل النسل الذي يبقى للإنسان ذكراً في هذه الحياة الدنيا وأي عاقل لا يرغب ذلك فلذا ترى المتزوج يتكرر إذا لم يولد له ولهذا لما قل النسل في بعض الأمم المتمدنة بحثوا عن السبب فوجده ناشئاً من ازدواج الذكور والإناث بلا عقد⁽³⁾.

(1) عبدالكريم زيدان – المصدر السابق، ص12-13. و صحح الألباني إسناده في سلسلة الأحاديث الصحيحة برقم: 1849.

(2) حديث صحيح رواه الشافعي عن ابن عمر ، كتاب المبسوط 193/4.

(3) محمد زيد الأنباني ، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ج 1 ، الطبعة الثانية، مطبعة على سكر احمد ، مصر، 1911، ص4.

ثانياً: الوصف التكليفي للزواج

يقصد بالوصف التكليفي أو ما يسمى في اصطلاح الأصوليين بالحكم التكليفي وهو ما أقتضى طلب الفعل من المكلف أو كفه عن الفعل أو تخييره بين الفعل والكف عنه⁽¹⁾.

ويؤسس على هذا أن حكم الزواج في الإسلام يختلف على حسب حال الإنسان من حيث القدرة عليه والرغبة فيه أو العجز والرغبة عنه⁽²⁾. فإن حكم الزواج هذا دائر في الواقع في حالاته المختلفة مع مصلحة المجتمع وأمنه وطمأنينته.

أما الوصف التكليفي للزواج فهو معرفة كون الزواج مباحاً أو مندوباً أو واجباً أو مكروهاً أو حراماً، وإن حكم الزواج (بهذا المعنى) يختلف باختلاف حال المكلف من حيث، المقدرة المالية واستعداده النفسي والجسمي والعقلي فهو ليس حكماً واحداً يشمل جميع المكلفين بل أن له أحكاماً مختلفة منها:

1- **يكون واجباً:** يكون الزواج واجباً إذا خاف الشخص على نفسه من الزنى إذا لم يتزوج لأن صيانة الإنسان نفسه من الزنا واجب، والزواج وسيلته فيكون الزواج واجباً في هذه الحالة لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب⁽³⁾.

2- **يكون حراماً:** يحرم الزواج إذا تيقن الشخص ظلم المرأة والأضرار بها إذا تزوج بأن كان عاجزاً عن تكاليف الزواج أو لا يعدل إن تزوج بزوجة أخرى لأن ما أدى إلى الحرام فهو حرام⁽⁴⁾.

3- **يكون مكروهاً:** وقد يكون الزواج مكروهاً إذا غلب على ظن المكلف به الظلم لو تزوج أو ليس متحققاً من عجزه المالي والجسدي فالكراهة هنا خشية أن يؤدي الزواج إلى الظلم المتوقع، أي لم يتحقق الشخص من ظلمه في الزواج وغلب على ظنه ذلك مع هذا الظن أو التوقع يكون الزواج مكروهاً⁽⁵⁾.

4- **يكون مندوباً أو مستحباً:** يستحب عند الجمهور غير الشافعي الزواج إذا كان الشخص معتدلاً المزاج بحيث لا يخشى الوقوع في الزنا إن لم يتزوج ولا يخشى أن يظلم زوجته إن تزوج، وحالة الاعتدال هذه هي الغالبة عند أكثر الناس⁽⁶⁾.

(1) حسن علي الأعظمي، الوجيز في أصول الفقه وتاريخ التشريع ط1، بغداد، 1949، ص67.

(2) محمد حسن كشكول و عباس السعدي، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959، الطبعة الثانية 2011 المكتبة القانونية - بغداد، ص22.

(3) عبدالكريم زيدان، المصدر السابق، ج6، ص14-15.

(4) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته - دار الفكر - دمشق ج7 الطبعة الحادية والثلاثون ص46.

(5) د. أحمد الكبيسي، المصدر السابق، ج1 ص24.

(6) د. وهبة الزحيلي، المصدر السابق، ج7، ص46-47.

ومما هو جدير بالذكر أن نبين أن المباح: هو ما لم يطلبه الشارع ولم يمنعه، والواجب هو ما طلبه وألزم به، في حين أن المندوب هو ما يطلبه الشارع من غير تحكيم أو إلزام أما إذا طلبه الشارع وألزم به وثبت فيه الطلب بدليل قطعي لا شبهة فيه فهذا هو الفرض أما المحرم فهو ما ثبت النهي عنه بدليل قطعي لا شبهة فيه .

أركان عقد الزواج

فعقد الزواج ينعقد في نظر الكثير من الفقهاء برضا الطرفين وهذا هو الركن الأساسي في العقد، وتوافق إرادتهما في الارتباط، ولما كان الرضا وتوافق الإرادة من الأمور النفسية التي لا يمكن الإطلاع

(4) السيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت، 1977، المجلد الثاني، ص 22.

عليها لذا فلا بد من التعبير الدال على التعميم على انشاء الارتباط وإيجاده⁽¹⁾. والتراضي كركن من أركان عقد الزواج يتضمن عنصرين هما الإيجاب والقبول الذين يصدران من العاقدين فيرتبط أحدهما بالآخر فيتحقق العقد وكل عقد زواج لابد له من عاقدين وهما الرجل والمرأة أو وكيلهما وصيغة معقود عليه العاقدان في الزواج⁽²⁾. وبالرجوع إلى القواعد في التعبير عن الإرادة فقد نصت المادة (77) من القانون المدني العراقي بأن (الإيجاب والقبول هما كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد) وأي لفظ صدر أولاً فهو إيجاب والثاني هو قبول، فالإيجاب هو ما يصدر أولاً من أحد العاقدان دالاً على إرادته في إنشاء العقد أما القبول ما يصدر ثانياً من العاقد الآخر دالاً على موافقته ورضاه بما أوجبه الأول، فالمعتبر في تمييز الإيجاب عن القبول هو الصدور أولاً وعدمه بصرف النظر عن صدر منه سواء كان الزوج أو الزوجة أو وليهما أو وكيلهما لعدم لزوم الترتيب بين الإيجاب والقبول هذا ما قال به الحنفية والإمامية والشافعية والمالكية في حين قال الحنابلة لا يصح تقديم القبول من الزوج والإيجاب من الزوجة، فإذا قال الزوج (الرجل) للمرأة تزوجتك فقالت قبلت أو زوجتك نفسي، كان الأول إيجاباً للزوج من الرجل وكان الثاني قبولاً له من المرأة وإذا قالت المرأة زوجتك نفسي فقال الرجل قبلت أو رضيت كان الأول إيجاباً للزوج وكان الثاني قبولاً من الرجل⁽³⁾.

وللإلمام بهذه الأركان قسمنا هذا المطلب إلى فرعين خصصنا الفرع الأول منه للعاقدان الزوجين والفرع الثاني للإيجاب والقبول.

الفرع الأول

العاقدان - الزوجان وأهليتهما للزواج

الزواج من العقود الثنائية الطرف أي التي لابد فيها من طرفين، ولا ينعقد الزواج إلا بموافقة الزوجين بالذات ورضاهما ولا يملك أحد إجبارهما (الرجل والمرأة) على الزواج لأن الأصل في العقود كافة (ومنها عقد الزواج) إنها لا تتعقد إلا بتوافر ركن الرضاء أي: التراضي بين الزوجين حيث أن الإكراه يعدم هذا الركن وعقد الزواج الذي يقع بالإكراه يعد باطلاً، ولما كان عقد الزواج عقداً عظيم الخطر وبالغ الأثر لا يتحقق إلا أن يباشره المتعاقدان (الزوجان) لبناء الأسرة وتحمل الاعباء الزوجية والعائلية والتزاماته المادية والاجتماعية لذا ينبغي أن يتم باختيار صحيح، ونصت المادة الخامسة من قانون الأحوال الشخصية على

(1) السيد سابق، المصدر السابق، ص22.

(2) محمد حسن كشكول وعباس السعدي، المصدر السابق، ص22.

(3) سلام عبدالرحمن محمود الجاف، المصدر السابق، ص18.

الشروط القانونية والشرعية في الزوجين بأن تتحقق الأهلية في عقد الزواج بتوافر الشروط القانونية والشرعية في العاقلين أو من يقوم مقامهما⁽¹⁾.

وأهلية العاقلين هي الصلاحية التي تمكن الرجل والمرأة من مباشرة التصرفات والأعمال القانونية، لذا فإن الأصل في الإنسان الأهلية أما نقص الأهلية (الصلاحية لأجراء التصرفات القانونية) فهو الاستثناء، ويقصد بأهلية الزواج صلاحية الخاطبين (الرجل والمرأة) في أن يتوليا عقد زواجهما بنفسيهما إذا كانا متمتعين بالأهلية الكاملة كما يجوز لكل منهما أن يوكل غيره في إجراء العقد وأشارت المادة (1/7) بقولها ((يشترط في تمام أهلية الزواج العقل وإكمال الثامنة عشرة))⁽²⁾ فهذا النص يدل على بلوغ سن الزواج وهو علامة لصلاحية الشخص لياشر عقد زواجه بنفسه وقبل ذلك يتوقف على حضور الولي أو على صدور إذن خاص من القاضي.

فالمقصود هنا بتمام الأهلية الصفة التي يمكن للرجل أو المرأة أن يباشر كل واحد منهما عقد الزواج بنفسه إما مباشرة أو بواسطة وكيل بوكالة قد استوفت الشروط ولا حاجة لإذن الولي الشرعي وهنا على القاضي أن يحقق من توفر الشرطين المذكورين وهما أولاً: العقل وبذلك خرج المجنون والمعتوه، وثانياً: إكمال الثامنة عشرة من العمر وبذلك خرج الصغير الذي سنه دون الثامنة عشرة من العمر ويفهم من ذلك إن تمام الأهلية يعني أن هناك أهلية ناقصة في مسألة الزواج، فالصغيرة التي أكملت الخامسة عشرة من العمر ولم تكمل الثامنة عشرة لها أهلية الزواج إذا كانت عاقلة لكنها ناقصة إذ يجب إذن وليها⁽³⁾ وهذا ما نصت عليه المادة الثامنة من قانون الأحوال الشخصية في الفقرة الأولى منها وكذلك الفقرة الثانية منها مما يخص الصغير الذي بلغ الخامسة عشرة من عمره عند وجود ضرورة قصوى بناءً على إذن من المحكمة وكذلك المريض عقلياً وقد أكمل الثامنة عشرة من العمر يعتبر ذا أهلية ناقصة للزواج وهنا يجب استحصال الإذن بزواجه من قبل القاضي بعد تقديم تقرير طبي وحسب نص الفقرة الثانية من المادة السابعة من قانون الأحوال الشخصية المرقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته التي نحن بصدها وقد اشترطت أن يثبت أن بزواجه مصلحة له وأن الزواج لا يضر بالمجتمع وإن قبل الزوج الآخر بالزواج قبولاً صريحاً.⁽⁴⁾

(1) محمد حسن كشكول وعباس السعدي، المصدر السابق، ص 35.

(2) ينظر المادة (1/7) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 18/1959 المعدل.

(3) قرار محكمة التمييز المرقم 860/شخصية/1978 مجلة الأحكام العدلية العدد 2 سنة 1978، ص 71.

(4) قرار محكمة التمييز المرقم 995/شخصية/1979 مجلة الأحكام العدلية العدد 2 سنة 1979، ص 71.

الفرع الثاني

الايجاب والقبول

إن عقد الزواج من العقود المسماة التي خصها الشارع الحكيم وبين أركانها وشروطها وحدد الحقوق والواجبات المترتبة عليها، فعقد الزواج عقد من نوع خاص ونظراً لخطورته وأهميته في الحياة فإنه يلزم لاتمام عقد الزواج أن يتبادل الزوجان التعبير عن إرادتين متطابقتين ويتحقق ذلك بايجاب يتضمن عرض من أحد الزوجين وقبول من جانب الآخر يفيد الموافقة على العرض وعندئذ يلزم تطابق الايجاب والقبول ويتم العقد باقتران التعبيرين الصادرين من طرفي العقد⁽¹⁾.

فالايجاب: هو التعبير المبين لإرادة أحد العاقلين معلناً فيه الرغبة في ايجاد الرابطة الزوجية مع العاقد الآخر. والقبول: عبارة تصدر من العاقد الثاني للتدليل على رضاه وموافقته بما أوجبه العاقد الآخر وباجتماع الارادتين على ايجاد المعنى المقصود يتحقق العقد بين الطرفين.⁽²⁾

ويمكن أن يصدر الايجاب من جانب الزوج أو الزوجة فإذا قال الرجل للمرأة تزوجتك فقالت المرأة قبلت كان الرجل موجباً والمرأة قابلة.

ويمكن أن تقول المرأة للرجل زوجتك نفسي بقول وكيلها أو وليها زوجتك فلانة بنت فلان ويعين عند ذلك أسمها فقال الرجل قبلت ففي هذه الحالة تكون المرأة موجبة والرجل قابلاً أو كما يقول وكيل الزوجة زوجتك نفس موكلتي فلانة بنت فلان إلى نفس فلان من نفس موكلك فلان بن فلان، فيقول الوكيل قبلت تزويج نفس موكلتك فلانة بنت فلان من نفس موكلتي فلان بن فلان وهكذا القياس على بقية الأحوال الأخرى⁽³⁾.

وقد نصت المادة (2/77) من القانون المدني العراقي على أنه ((يكون الايجاب والقبول بصيغة الماضي كما يكونان بصيغة المضارع أو بصيغة الأمر إذا أراد بهما الحال))⁽⁴⁾ وينعقد بألفاظ صريحة تدل على أن الزواج ينعقد بأية لغة كانت مادام الزوجان والشهود يعرفون أن المراد بذلك هو عقد الزواج.

(1) عبدالقادر إبراهيم علي و أحمد محمود دعييل، الوجيز في الأحوال الشخصية في القانون العراقي، ج 1 ، مكتبة الصباح بغداد. 2009، ص 183

(2) محمد حسن كشكول و عباس السعدي، المصدر السابق، ص 37.

(3) محمد كشكول و عباس السعدي، المصدر السابق، ص 37.

(4) نص المادة 77/ من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

أولاً: ألفاظ الإيجاب والقبول:

إن ما هو مقرر في القانون المدني أن التعبير عن الإرادة يكون بالإيجاب والقبول والأصل أن هذين اللفظين لا يخضعان وفقاً لمبدأ (الرضائية في العقود الشكلية) فيستطيع المتعاقد أن يعبر عن إرادته بالطريقة التي تروق له فيمكن أن يكون ذلك التعبير باللفظ والكتابة والإشارة وقد يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال مجالاً للشك في دلالاته فيمكن أن يكون هذا التعبير صريحاً كما يمكن أن يكون ضمناً ومن صور العقد كأن تبدأ المرأة مخاطبة الرجل قائلة: زوجت وأنكحت نفسي منك يا فلان بن فلان على مهر معجله كذا مقبوض أو غير مقبوض (حسب الاتفاق) ومؤجله كذا باق لي بذمتك استحقها أو تدفع لي بأقرب الأجلين (أي عند الطلاق أو الوفاة إذا كان حنفي المذهب) أو عند المطالبة والميسرة أحيان الطلب (إذا كان الزواج على المذهب الجعفري) ثم يجيب الرجل قائلاً قبلت التزويج والنكاح من نفسك لنفسك يا فلانة بنت فلان على المهر المذكور وهذا هو القبول في عقد الزواج ويجوز أن تكون الصيغة بالوكالة إذا كانت المرأة حاضرة والرجل غير حاضر ووكل عنه وكيلاً بوكالة نافذة ويجب أن تتضمن الوكالة أسمى الخاطب والمخطوبة ومقدار المهر أو أن يترك للوكيل تحديده، فعند ذلك تبدأ المرأة بالإيجاب مخاطبة الوكيل قائلة: (زوجت وانكحت نفسي من نفسك موكلك فلان ابن فلان إلى نهاية الصيغة المذكورة آنفاً فيجيب الوكيل قائلاً: (حسب وكالتي عن موكلي فلان ابن فلان قبلت التزويج والنكاح من نفسك يا فلانة بنت فلان لنفس موكلي فلان ابن فلان على المهر المذكور)⁽¹⁾.

كما قد يكون كل من الرجل والمرأة قد وكل كل منهما وكيلاً، عندئذ يبدأ وكيل المرأة مخاطبة وكيل الرجل وفق الصيغ المشار إليها سابقاً.

ومهما يكن من أمر فإن المشرع العراقي قد حسم الخلاف بهذا الشأن فأجاز أن يكون التعبير عن الإرادة في الإيجاب بما يفيد لغة أي تعبير صريح عنها أو بما يفيد عرفاً أي تعبير صريح عنها⁽²⁾.

مما تجدر الإشارة إليه أنه لا يشترط في القبول مطابقته لعبارة الإيجاب بل يصح الإيجاب بلفظ والقبول بلفظ آخر، والمهم أن المعنى في اللفظين يؤدي إلى الغرض منهما.

ثانياً: صيغة الإيجاب والقبول:

يذهب الفقه الإسلامي إلى أن الأصل في العقود أن تكون بصيغة الماضي لأنه أوضح بالتعبير عن الإرادة في مرحلتها النهائية وهذه الصيغة (وإن كانت قد وضعت للماضي) إلا أنها جعلت إيجاباً للحال في عرف أهل اللغة والشرع كما يمكن أن تكون بصيغة المضارع فهي تفيد الحال والاستقبال أما صيغة

(1) عبدالقادر ابراهيم علي و احمد محمود دعييل، المصدر السابق، ص126.
(2) المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل المرقم 188 لسنة 1959.

الاستقبال كما في قول سابعك أو سوف أبيعك، فهي لا تفيد الحال وغالبية الفقهاء يذهبون إلى أنها غير ملزمة فلا ينعقد بها العقد، وذهب فريق آخر من الفقهاء إلى أن الوعد ملزم للوعد بوجود الأدلة الكثيرة في الكتاب والسنة التي تأمر بالوفاء بالوعد وتذم عدم الوفاء به وبهذا الرأي أخذ نص القانون المدني العراقي من المادة 78 منه.

أما صيغة الأمر فقد اختلف الفقهاء في أمرها فمنهم من ذهب إلى أنها تتمخض للاستقبال ومن ثم لا ينعقد بها العقد، وذهب آخرون إلى أنها تفيد في بعض صورها الحال بدلالة العرف لا بطبيعة الوضع فينعقد بها العقد أما صيغة الاستفهام فلا تفيد الحال ولا ينعقد بها العقد.

والقانون المدني العراقي أخذ بصيغة الماضي وبصيغة المضارع والأمر إذا أريد بهما الحال طبقاً للمادة 77 منه⁽¹⁾.

أما في عقد الزواج فقد حرص الفقهاء على صيانة هذا العقد من كل الاحتمالات التي تؤثر على صحته أو أي خلل في إرادة المقصود منه وذلك بسبب أهمية هذا العقد وأثره في العلاقة بين الزوجين وذريتهما إضافة إلى ما يترتب عليه من حقوق وواجبات جديرة بالاهتمام لذلك تطلب أن يكون بصيغة الماضي حيث أن هذه الصيغة تصلح للدلالة على الإرادة الكامنة في نفس كل من المتعاقدين فينعقد الزواج بهذه الصيغة من غير توقف على نية الحال أو قرينتها والقبول بصيغة الماضي، مثل أتزوجك ويقول قبلت كما يمكن أن يكون الإيجاب بصيغة الأمر والقبول بصيغة الماضي إذا لم يكن المقصود من صيغة الأمر طلب الوعد بالزواج، كأن يقول الرجل للمرأة، زوجيني نفسك على مهر مقداره كذا، فتقول المرأة قبلت فهنا تم الزواج بينهما، ولا يحتاج إلى قول آخر غيره من الرجل لأن صيغة الأمر وإن كانت في الأصل قد وضعت لتحصيل فعل في المستقبل لكن (يصح انشاء العقد متى كان المقصود منه انشاء العقد لا مجرد معرفة رغبة الجانب الآخر من هذا الأمر) كما يصح أن يكون الإيجاب والقبول بصيغة المضارع إذا توفرت القرينة الدالة على إرادة انشاء العقد في الحال كان يقول:

أتزوج أبنتك على مهر قدره كذا فيقول الأب قبلت أو أقبل فهنا يصح العقد إذا كانت البنت تقل عمرها عن الثامنة عشرة ولم تبلغ سن الرشد⁽²⁾.

(1) القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

(2) عبدالقادر إبراهيم علي و أحمد محمود دعييل، المصدر السابق، ص 130.

ثالثاً : انعقاد الزواج بالإشارة أو الكتابة:

الأصل في العقد أن تتم شفاهاً فإذا لم يكن الطرفان في مكان واحد لغيب أحدهما عن محل المجلس مثلاً جاز أن ينعقد الزواج بالكتابة لأن المشافهة هنا أصبحت متعذرة أما إذا كان الطرفان حاضرين مجلس العقد فالعقد لا ينعقد بالكتابة⁽¹⁾.

وصورة العقد بالكتابة ان يرسل الخاطب إلى خطيبته التي يرغب بالزواج منها خطاباً يقول فيه لها تزوجتك على مهر قدره كذا فإن بلغها هذا الخطاب والكتاب واحضرت على قراءتها للكتاب شاهدين ثم قالت لهم أشهدتكم على ذلك وإني زوجت نفسي منه أو قبلت فهنا يصح زواجها من الرجل الذي أرسل الخطاب والمجلس الذي يحصل فيه القبول مع قراءة الرسالة وبحضور الشاهدين يسمى مجلس العقد.

وهذا ما نص عليه قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل في المادة السادسة/ الفقرة الثانية.حيث نص المشرع على أنه (ينعقد الزواج بالكتابة من الغائب لمن يريد أن يتزوجها بشرط أن تقرأ الكتاب أو تقرأه على الشاهدين وتسمعها عبارته وتشهدهما على أنها قبلت الزواج منه).

أما الكتابة التي ينعقد بها الزواج فيجب أن تكون واضحة ، أي مكتوبة على وجه يمكن قراءتها وفهمها أي أن الكتابة يجب ان تكون على الورق ونحوه بأسلوب يفهم ويكون لها معنى وإلا فلا ينعقد الزواج بها كما يجب أن تكون الكتابة مرسومة مكتوبة باسم المرأة وموجهة لها كما هو الحال في الرسائل الموجهة والموقعة من المرسل أيضاً فإن لم تكن كذلك فلا تعتبر ويذهب الجعفرية إلى أن عقد الزواج لا ينعقد بالكتابة مع القدرة على النطق⁽²⁾.

أما إذا كان احد العاقدين لا يستطيعان الكلام ولا يعرفان الكتابة فإن الاجماع على أن العقد يجوز بالنسبة له بالإشارة المفهومة أي إذا فهم معنى العقد فتكون كافيته لانعقاده أما إذا كان الأخرس يحسن الكتابة فالأولى الجمع بينهما وبين الإشارة وهذا ما اتفق عليه الفقهاء⁽³⁾.

(1) قرار محكمة التمييز المرقم 433 في 1967/1/12 ، صديق المحامي في دعاوي الأحوال الشخصية، فوزي كاظم

المياحي مكتبة الصباح – بغداد – 2011 ص28.

(2) محمد حسن كشكول والقاضي عباس السعدي ،المصدر السابق، ص38.

(3) محمد ابو زهرة، المصدر السابق، ص48.

الخاتمة

أما بحثنا هذا قد جُمعت فيه المسائل المتعلقة بالأهلية وعوارضها والزواج والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية شارحاً أحكامها الشرعية وحكمة تشريعها.

وقد قضت الفطرة التي فطر الله سبحانه وتعالى إلى الناس عليها بضرورة اجتماع الذكور بالاناث دفعاً إلى بقاء الإنسان ليعمر الأرض ويسخر قواها الطبيعية طيلة المدة التي أرادها الله سبحانه وتعالى أن تبقى هذه الأرض، لولا هذه الجبلّة التي برأ الله عليها الإنسان لفنيت في أقصر زمان.

ظهر لدينا من خلال هذا البحث إن الزواج هو الإسلوب الذي اختاره الله سبحانه وتعالى للتوالد والتكاثر واستمرار الحياة بعد أن أعد كلا الزوجين وهياًهما بحيث يقوم كل منهما بدور ايجابي في تحقيق هذه الغايات، قال تعالى :

(1) 

وفي الختام توصلنا الى الاستنتاجات والمقترحات الآتية:

اولاً-الاستنتاجات:

1- يستنتج من بحثنا بأن الزواج أهم ارتباط أو أهم علاقة أنشأها الإنسان في حياته وأعظمها أثراً وأعلاها قدراً في الحياة الإنسانية، ويعتبر سنة من سنن الله عز وجل في الخلق والتكوين.

ولإمكانية تنفيذ هذه العملية الإنسانية لابد من تمتع الزوجين بالأهلية والتي تعني الصلاحية أو الكفاءة والجدارة للقيام بأى أمر أو عمل كما جاء فى قوله تعالى فى الآية:

(2)

2- إن مصطلح ، أو لفظ العقد يرد على عقد الزواج كما يرد على عقد البيع والشراء وغيرها من العقود التي تشترط في لفظ العقد عموماً.

(1) سورة الحجرات الآية رقم (13).

(2) سورة الفتح الآية 26.

ثانياً-المقترحات:

إن القرآن المنزل على نبينا محمد (ص) هو دستور إلهي اقتصر على الأسس المنهجية والقواعد الكلية مؤيداً لصناعة إطار من الأخلاق تاركاً للعقل البشري التفاصيل والأحكام الجزئية للتحرك داخل حدود هذا الإطار. قال تعالى في كتابه العزيز:

□ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ (1) من هذه الآية الكريمة تبين لنا إن الله سبحانه وتعالى قيم الزواج

تقيماً سليماً جداً وجعله من ضمن المواثيق احتراماً للإنسانية ، ومن هذا المنطلق نقترح على المشرع :

✦إبدال هذا المصطلح (عقد الزواج) وجعله ميثاق الزواج وذلك لتقييم الإنسانية لما يحصل

من وراء هذه العلاقة من تكوين أسرة على أسس المودة والرحمة والمسؤولية المشتركة وتطبيقاً لما جاء في الآية الكريمة السابقة.

والله على كل شيء قدير وبه جدير.

المصادر

* القرآن الكريم

أولاً-الكتب

- 1- أبي حامد الغزالي، المستطصفي في علم الأصول ،مصر، 1937.
- 2- د.أحمد الكبيسي،الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون،شركة العاتك لصناعة الكتاب القاهرة ، 2009.
- 3- د.أحمد الكبيسي،شرح الأحوال الشخصية الزواج والطلاق،مطبعة الإرشاد،بغداد - 1970.
- 4- د.أحمد الكبيسي،فلسفة نظام الأسرة في الإسلام،الطبعة الثانية،مطبعة الحوادث بغداد - سنة1990.
- 5- د.أنور السلطان،النظرية العامة للالتزام مطبعة دار المعارف، الطبعة الأولى ، 1962.
- 6- جمال محمد فقي رسول الباجوري،المرأة في الفكر الإسلامي مطبعة جامعة الموصل ، الجزء الاول، 1986.
- 7- د.حسن على ذنون،نظرية العقد شرح القانون المدني العراقي ،مطبعة المعارف ، 1970 ،بغداد.
- 8- حسين علي الأعظمي،الوجيز في أصول الفقه وتاريخ التشريع،الطبعة الأولى بغداد 1949.
- 9- السيد سابق،فقه السنة دار الكتاب العربي،بيروت،الطبعة الثالثة،1977.
- 10- شامل رشيد ياسين الشихلي،عوارض الأهلية في الشريعة والقانون،الطبعة الأولى ، مطبعة العاني، بغداد،1974.
- 11- شفيق شحاتة،النظرية العامة للحق ،الطبعة الأولى،القاهرة، 1949.
- 12- د.عبد الرزاق الستهوري،الوسيط في شرح قانون المدني،بدون سنة طبع.
- 13- د.عبدالفتاح عبدالباقي،نظرية الحق،الطبعة الثانية ،مطبعة المعارف، 1965.
- 14- عبدالقادر ابراهيم علي و أحمد محمود دعييل،الوجيز في الأحوال الشخصية في القانون العراقي،مكتبة الصباح،بغداد 2009.
- 15- د.عبدالكريم زيدان،المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية،مؤسسة الرسالة،الطبعة الثالثة بيروت،لبنان، 2000.
- 16- عبد الوهاب خلاف،علم أصول الفقه،الطبعة السادسة،1977.
- 17- علاء الدين البخاري،كشف الاسرار على اصول فخر الاسلام البزدوي،مطبعة الاستانة،المجلد الرابع،1307هـ.
- 18- علي الخفيف،أحكام المعاملات الشرعية،مطبعة السنة النبوية ،القاهرة ،الطبعة الثانية،1949.

- 19- فوزي كاظم المياحي، صديق المحاماة في دعاوي الأحوال الشخصية، مكتبة الصباح، بغداد، 2011.
- 20- محمد حسن كشكول والقاضي عباس السعدي، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد، 2011.
- 21- محمد أبو زهرة، شرح الأحوال الشخصية، الطبعة الثالثة، مطبعة السعادة، 1957، القاهرة.
- 22- محمد بن أبي بكر عبدالقادر الرازي، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.
- 23- محمد زيد الانباني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، الطبعة الثانية، مطبعة علي سكر أحمد بمصر، 1911.
- 24- محمد سلام مذكور، مباحث الحكم عند الأصوليين، مطبعة لجنة البيان العربي في القاهرة، 1990.
- 25- د. مصطفى ابراهيم الزلمي سلطان الإرادة، في الطلاق بين شريعة السماء وقانون الأرض، مطبعة العاني، بغداد الطبعة الأولى، 1984.
- 26- مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، الطبعة السادسة، المكتب الاسلامي، بيروت، لبنان، 1984.
- 27- د. المنعم البدرابي، المدخل للقانون الخاص، الطبعة الأولى، 1957.
- 28- منير القاضي، ملتقى البحرين، شرح موجز للقانون المدني العراقي، 1952.
- 29- د. نظام الدين عبدالحميد، احكام الأسرة في الفقه الإسلامي المقارن دار المناهج الطبعة الأولى سنة 2011.
- 30- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، الطبعة الحادية والثلاثون، 2017.

ثانياً- المعاجم والقواميس

- المنجد الوسيط في العربية المعاصرة أنطوان نعمة عصام مدور لويس عجيل ومترى شماس دار المشرق بيروت لبنان 2003.

ثالثاً-البحوث والرسائل

- سلام عبدالرحمن الجاف، عقد الزواج في الشريعة الإسلامية والقوانين العراقية ،بحث مقدم إلى مجلس القضاء في اقليم كردستان العراق , اربيل ،2014.

رابعاً-قرارات المحاكم

- 1- قرار محكمة التمييز المرقم 860/شخصية/1978
- 2- قرار محكمة التمييز المرقم 995/شخصية 1979
- 3- قرار محكمة التمييز المرقم 433 / 1967

خامساً-القوانين

- 33- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل
- 34- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل.

الفهرست

1	المقدمة:
3	المبحث الأول: تعريف الاهلية و انواعها و عوارضها.
3	المطلب الأول: تعريف الاهلية وانوعها.
3	الفرع الاول: تعريف الاهلية .
5	الفرع الثاني: انواع الاهلية.
8	المطلب الثاني: مفهوم عوارض الاهلية و طبيعتها.
8	الفرع الاول: مفهوم عوارض الاهلية.
8	الفرع الثاني: طبيعة عوارض الاهلية.
11	المبحث الثاني: عقد الزواج.
12	المطلب الاول: تعريف عقد الزواج والحكمة منه والوصف التكليفي.
12	الفرع الاول: تعريف عقد الزواج لغة و قانونا.
13	الفرع الثاني: الحكمة من عقد الزواج و الوصف التكليفي .
17	المطلب الثاني: اركان عقد الزواج .
18	الفرع الاول: العاقدان - الزوجان وأهليتهما للزواج.
20	الفرع الثاني: الإيجاب و القبول .
24	الخاتمة:
26	المصادر: