



إقليم كردستان – العراق
مجلس القضاء

زواج الصغير فقها وقانونا

بحث تقدم به
فريق حمه صالح عبدالله
قاضي محكمة بداعة سيد صادق
وهو جزء من متطلبات الترقية من الصنف الثاني إلى الصنف الأول
من أصناف القضاة

بإشراف القاضي
سرکوت عوني عمر
نائب رئيس محكمة إستئناف منطقة السليمانية

٢٧٢٢ ك

١٤٤٤ هـ

٢٠٢٢ م

توصية المشرف

أؤيد أن إعداد هذا البحث بعنوان (زواج الصغير فقهاً و قانوناً) للقاضي السيد (فريق حمه صالح عبدالله) قد تم بإشرافي وهو جزء من متطلبات ترقية إلى الصنف الأول من أصناف القضاة وهو جدير بالقبول...

المشرف

القاضي سر كوت عوني عمر

نائب رئيس محكمة إستئناف منطقة السليمانية

٢٠٢٢/١٠/١٣

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا
وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ۗ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ
يَتَفَكَّرُونَ]

الروم: ٢١

إِهْدَاءٌ

*إلى كل صغير وصغيرة الطاهرين.

*إلى كل الوالدين الحنونين وكل أولياء المخلصين.

*إلى رجال القضاء المحارب ضد الظلم لإحقاق الحق وتطبيق العدالة..

أهدي هذا البحث..

المحتويات

الصفحة	الموضوع
١	المقدمة
٢	مشكلة البحث
٢	أهمية البحث
٢	أهداف البحث
٢	منهج البحث
الفصل الأول ٣ - ١٠	
٣	زواج الصغير
٣	المبحث الأول: تعريف الزواج والصغير لغة وإصطلاحاً.
٣	الزواج لغة
٣	الزواج إصطلاحاً
٤	الصغير لغة
٥	الصغير إصطلاحاً
٧	المبحث الثاني: الترغيب في الزواج والحكمة من تشريعه.
٧	الترغيب في الزواج
٧	الحكمة من تشريع الزواج
٩	المبحث الثالث: زواج الصغير عبر التاريخ.
الفصل الثاني: ١١ - ١٩	
١١	أركان وشروط عقد زواج الصغير
١١	المبحث الأول: أركان عقد الزواج وأحكامها فقهاً
١٢	أركان عقد زواج الصغير قانوناً
١٣	المبحث الثاني: شروط عقد الزواج وأحكامها فقهاً
١٤	شروط عقد الزواج وأحكامها قانوناً
١٧	المبحث الثالث: إمتناع (عضل) الولي وصلاحيه القاضي
١٧	العضل فقهاً
١٨	العضل قانوناً
الفصل الثالث: ٢٠ - ٢٩	
٢٠	إنحلال عقد زواج الصغير
٢١	المبحث الأول: الطلاق لغة وإصطلاحاً
٢١	أركان الطلاق فقهاً
٢٢	أركان الطلاق قانوناً
٢٤	المبحث الثاني: التفريق
٢٤	التفريق فقهاً
٢٥	التفريق قانوناً
٢٧	المبحث الثالث: أحكام العدة المتعلقة بالصغيرة
٢٧	أحكام العدة فقهاً
٢٨	أحكام العدة قانوناً
٣٠	الخاتمة
٣٢	المراجع والمصادر
٣٥	الملاحق

المقدمة

الإنسان كائن إجتماعي هذا ما أكده التجارب والعلماء كما قال ابن خلدون في مقدمته (إن الإنسان إجتماعي بطبعه) وهذه الإجتماعية تبقيا التكاثر لأن الإنسان لا بد أن تموت وإذا لم يخلف الذين ماتوا أحد فتفنى البشرية والطريق الوحيد للتكاثر هو الزواج الذي هو سنة الحياة وليس فقط للعالم الإنساني وإنما لغيره من العالم الحيواني والنباتي وغيرهم...

وبما أن الزواج مسؤولية كبيرة فهو موضوع بحث و الدراسة لدى جميع الأمم وعلى طول التاريخ وحث عليه الأديان السماوية وخاصة الدين الإسلامي الحنيف والذي نحن بصدد بعض أحكامه التي تخص زواج الصغير وبما أن الزواج يقبل عليه الجميع إلا نادراً لذلك فهي مسألة تخص الجميع وهو في غاية من الأهمية والخطورة لهذا بحثه الشرائع السماوية والوضعية وحددوا أركانه وشروطه ومستلزماته والأحكام والآثار التي تترتب عليه وكيف يعقد وينتهي إتفاقاً أو من جانب واحد سواء بإرادة الطرفين أو طرف واحد أو بحكم الشرع والقانون وما يجوز وما لا يجوز وغيرها من المسائل المتعلقة به.

وبخصوص بحثنا ألا وهو زواج الصغير فقاً وقانوناً موضوع في غاية من الأهمية يجب أن يحسب له ألف حساب والذي جاء أحكامه في الشرع والقانون إجمالاً وفصله الفقهاء الشرعيين والقانونيين لهذه الأسباب رأيت أن بحثه يكون مفيداً للأسرة القضائية كون أحكامه في قانون الأحوال الشخصية النافذ جاءت مجملة لذا كان لزاماً على المعنيين وخاصة السادة القضاة عندنا العودة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية فقهاً وقضاءاً.^(١) ويكون هذا البحث تبسيطاً وتسهيلاً لهم و بقي أن نقول أن كتابة البحوث من سمات العصر وخاصة في الدول المتقدمة، ويا حبذا لو أولته الجهات المعنية ومنها السلطة القضائية بأهمية أكثر والتركيز على البحوث العلمية والتي تأتي بخطوات ونتائج مفيدة ويسهل صعباً ويقلل الكلفة والوقت والجهد ويكثر المنتج والمورد. وبحثنا يكون في ثلاثة فصول مقسم إلى عدد من المباحث كما هو موضح في فهرست وجئت بالأحكام الفقهية والقانونية معاً جنباً إلى جنب لإستفادة أكثر ويكون الموضوع أسهل وأمتع ويظهر بسهولة مواقع التقارب والتباعد أو التوافق والتناقض بينهما، وأبدت ملاحظاتي وإقتراحاتي في مكانه وإتماماً للفائدة أغنيت الموضوع بالقرارات والمبادئ التمييزية عسى أن أكون موفقاً لخدمة العلم والعدل والإنسانية.

الباحث

(١) المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية:

١-تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها.

٢-إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون.

٣-تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقهاء الإسلامي في العراق و في البلاد الإسلامية الأخر التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية

مشكلة البحث

لا يخفى على الدارس أن الواقع لا يتطابق مع النصوص الشرعية والقانونية مئة بالمئة لأسباب عدة ومنها إختلاف الأفكار وإعتقاد أفراد المجتمع والذي لا ينسجم بعضها مع ما أقره المشرع إما خطأ منهم أو جهلاً أو حاجة أخرى في نفس الفاعل لذا نرى أن بعضاً من عملية الزواج يخالف المسموح والمشروع أو لا يؤخذ بالإحتياط المناسب عند إجرائه أحياناً فيأتي بالنقمة بدلاً من النعمة.

ولأن جميع عقود الزواج لا يجري بين البالغين والعقلاء والمتمتعين بالأهلية الكاملة وإنما بعضها تجري بين ناقصي الأهلية فيحتاج إلى إحتياط أكثر وتشريع واقعي يتصدى لهذه الحالة وإلا نكون أمام مشكلة كون الزواج من العقود الرضائية ويحتاج إلى الأهلية ومناطها البلوغ والعقل وهما مسألتين خفيتين نوعاً ما، لتعلقها بالطبائع وتأثرهما بالزمان والمكان وجينات الموروثة لذا فتحديد بلوغ بسن محدد وإن كان ضرورياً لا يحل المشكلة كون الضروريات الحياتية أو الشخصية أو الإعتقادية تفرض العدول عن هذا التحديد أحياناً، لذلك فالباحث في بحثه يتصدى للمشاكل التي تواجه عملية الزواج دون سن محدد لإكتساب الأهلية الكاملة في الفقه والقانون ماهو المسموح وغير المسموح منه كما وأن عملية الزواج أحياناً تخرج من أيدي القضاء لإجرائه خارج المحكمة وقد تتحقق فيه الشروط الفقهية على الأقل في بعض المذاهب ولا تتحقق فيه الشروط القانونية وهذه المشاكل كلها تحتاج إلى دراسة والتي تحتاج إلى التصدي لها وعلاجها.

أهمية البحث

للبحوث أهمية بقدر مساهمتها في حل مشاكل وتذليل الصعاب وإكثار الإنتاج وتقليل الجهد المبذول والمال المصروف، كون البحوث تساعد المعنيين لفهم المشكلة وتوسيع آفاقهم لحلها كما يساعد أيضاً الباحث نفسه لقراءة الموضوع ودراسة أكثر والإحاطة بكل جوانبه وفي الأدناه نلخص بعضاً من أهمية هذا البحث:

١- قضية الزواج تخص كل فرد من أفراد المجتمع بشكل مباشر أو غير مباشر.
٢- كما وأن الزواج إضافة إلى أبعاده الإجتماعية له أبعاد ومدلولات أخرى الشرعية والقانونية و الحقوقية.

٣- ومسألة زواج الصغير كحالة إجتماعية وشرعية وقانونية يتطلب من الجميع وخاصة الأسرة القضائية الإلمام بها لكي نكون على بصيرة من أمرنا حتى تأتي بالفائدة المرجوة منها وتفادياً أضراره السلبية.

أهداف البحث

يجب أن يكون للإنسان أهداف في تصرفاته، وألا يكون أعماله وأقواله عبث وسدى ومضيعة للوقت والجهد والمال وإنطلاقاً من هذا المبدأ يكون لهذا البحث أهداف نلخصها في النقاط التالية:

- ١- مزج الأحكام الفقهية والقانونية في الموضوع الذي يتناوله البحث.
- ٢- إيراد السند الشرعي للأحكام القانونية التي تخص زواج الصغير.
- ٣- تبسيط الموضوع وإغنائه لكي يشبع رغبة قارئه.
- ٤- وإغناء المكتبة القانونية وإمداد الأسرة القضائية بالمعلومات الضرورية المتعلقة بالموضوع.
- ٥- سد الفراغ في المكتبة القانونية لأن الباحث لم يجد كتاباً أو بحثاً تعالج الموضوع بشكل مستقل.

منهج البحث

لدى الرجوع إلى المصادر التي تتناول أنواع مناهج البحث نجدتها كثيرة ومتعددة بينهم أوجه التشابه والإختلاف في الشروط والقواعد اللازمة وتغيير هذه الشروط والقواعد من وقت إلى آخر في بعض جوانبه وخاصة التنظيمية والشكلية أما من حيث الجوهر فكل المناهج تتشابه وهو خدمة الإنسانية بطرق علمية ومدرسة وإني إتخذت المنهج النظري (المكتبي) لكتابة هذا البحث لأنه (هو الغالب في البحوث القانونية)^(٢)، كون البحوث القانونية والفقهية في كثير من الأحيان لا تحتاج إلى المختبرات ومعاينة الجينات لذا أقم بوصف الحالة وأسرد الآراء السابقة للفقهاء والتي قيل حول الموضوع وأعبر عن رأيي أو أرجح رأياً على الأخرى فبهذا توضح المشكلة وتبرز أفق العلاج.

(٢) قواعد البحث العلمي، عبدالقادر الشبخلي، الطبعة الثانية، ٢٠١٠، ص ٢٩.

الفصل الأول زواج الصغير

المبحث الأول
تعريف (الزواج) و (الصغير) لغةً وإصطلاحاً

المبحث الثاني
الترغيب في الزواج والحكمة من تشريعه

المبحث الثالث
زواج الصغير عبر التاريخ

الفصل الأول

زواج الصغير

مسألة الزواج ليست خفية على أحد، كون الزواج من خصائص الكائنات الحيّة، ليس فقط للكائن الإنساني وإنما يتعداه إلى الحيوانات والنباتات، بل وإلى بعض من العوالم الغيبية كعالم الجن.⁽¹⁾ بحسب إعتقادات الدينية على الأقل، لذا أخصص هذا الفصل لتعريف مصطلحي الزواج والصغير لغة وإصطلاحاً، وكذلك الترغيب في الزواج والحكمة من تشريعه وفي الأخير أبحث موضوع الزواج الصغير غير التأريخ وذلك في ثلاثة مباحث على التوالي.

المبحث الأول

تعريف (الزواج) و (الصغير) لغةً وإصطلاحاً

جرت العادة في البحوث الفقهية والقانونية إيراد تعريف المصطلحات لغة وإصطلاحاً موضوع البحث ولهذه الطريقة فوائدها، فهي تعطي معلومات أكثر وبشكل واضح وتؤدي إلى ترسيخ فهم الموضوع في الذهن وتبين درجة العلاقة والترابط الموضوع لغة وإصطلاحاً كما ويسهل فهم خصائص موضوع الدراسة ولهذا وعلى نفس الموالم نأتي بتعريف المصطلحين اللذين هما قوام البحث ألا وهما (الزواج) و(الصغير) لغة وأصطلاحاً.

الزواج لغة وإصطلاحاً

الزواج لغة:

الزواج (لغة): (الزواج أو النكاح: الجمع والضم... حيث تناكحت الأشجار، أي تشابكت مع بعضها.. كما يطلق على الزواج لفظ الإقتران⁽²⁾).

(النكاح لغة): الضم والجمع أو عبارة عن الوطء والعقد جميعاً⁽³⁾، (الزوج: خلاف الفرد يقال زوج أو فرد... زوج المرأة (بعلمها)، وزوج الرجل (إمرأته)⁽⁴⁾، قال الله تعالى: (أسكن أنت وزوجك الجنة) البقرة: ٣٥.

الزواج إصطلاحاً:

أ-الزواج (فقهاً): (عقد يتضمن إباحة الإستمتاع بالمرأة بالوطء والمباشرة والتقبيل والضم وغير ذلك... أو هو عقد وضعه الشارع ليفيد ملك إستمتاع الرجل بالمرأة، وحل إستمتاع المرأة بالرجل.. وهو في الشرع عقد التزويج... والنكاح عند أهل الأصول واللغة حقيقة في الوطء، مجاز في العقد، فحيث جاء في الكتاب أو السنة مجرداً عن القرائن يراد به الوطء... أما النكاح عند أكثر الفقهاء حقيقة في العقد، مجاز في الوطء)⁽⁵⁾ فقد عرفه الأستاذ محمد أبو زهرة بأنه: (عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يقتضاه الطبع الإنساني وتعاونهما مدى الحياة ويحد مالكيها من حقوق، وما عليه من واجبات)⁽⁶⁾. وقال الحنفية: (بأنه عقد يفيد ملك المتعة قصداً، والشافعية: بأنه عقد يتضمن ملك وطء بلفظ النكاح أو التزويج أو معناهما، والمالكية: عرفوا النكاح بأنه عقد مجرد متعة التلذذ بأدمية غير موجب قيمتها ببينة قبله غير عالم عاقده حرمتها أي حرما الكتاب على المشهور أو الإجماع على غير المشهور، والحنابلة قالوا: هو عقد بلفظ النكاح أو التزويج على متعة الإستمتاع)⁽⁷⁾.

(1) قول الله تعالى لإبليس: (وشاركهم في الأموال والأولاد....) الإسراء: ٦٤. قوله تعالى: (لم يطمئن إنس قبلهم ولا جان) الرحمن: ٥٦.

(2) موقع (http://mawdoo3.com) تأريخ الزيارة ٢٠٢٢/٨/٦

(3) موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة. د. وهبة الزحيلي ج ٨، ص ٤٣.

(4) معجم الصحاح. للإمام إسماعيل بن حماد الجوهري. ص ٤٦٢ وكذلك معجم القاموس المحيط. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي. ص ٥٧٩، وكذلك مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرّازي. ص (٢٧٨).

(5) موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة. د. وهبة الزحيلي ج ٨، ص ٤٤.

(6) شرح قانون الأحوال الشخصية. القاضي محمد حسن كشكول والقاضي عباس السعدي. ص ٢٤.

(7) كتاب الفقه على المذاهب الأربعة. عبدالرحمن الجزيري. ص ٢.

ب- الزواج (قانوناً)⁽¹⁾: (الزواج عقد بين رجل وإمرأة تحل له شرعاً غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل).⁽²⁾

وقد عرفه المشرع الفلسطيني: (الزواج عقد بين رجل وإمرأة تحل له شرعاً لتكوين أسرة وإيجاد نسل بينهما).⁽³⁾

كما وعرفه المشرع السوري: (الزواج عقد بين رجل وإمرأة تحل له شرعاً غايته إنشاء رابطة الحياة المشتركة)، وعرفه المشرع الأردني: (الزواج عقد بين رجل وإمرأة تحل له شرعاً لتكوين أسرة وإيجاد النسل بينهما). وأما المشرع المغربي فقد عرفه: (الزواج عقد بين رجل وإمرأة تحل له شرعاً غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل). وعرفه المشرع الروماني: (الزواج إجتماع شرعي بين رجل وإمرأة يكونان شركة في المال والدين مدى الدهر). وعرفه المشرع الفرنسي بأنه: (الزواج هو إجتماع قانوني من شخصين من جنس مختلف يتوج بعقد علني لا يمكن للطرفين حله بإختيارهما).⁽⁴⁾ (*)

الصغير لغة وإصطلاحاً

الصغير لغة:

الصغير (لغة): (الصِغَرُ: ضد الكِبَرِ)⁽⁵⁾. (صغير جمع صغار، صغير: قليل العمر)⁽⁶⁾. (الصغير: حديث السن ضد كبير)⁽⁷⁾. (صَغَرَ، صَغُرَ: كانت سنّه أصغر وأقل، صِغَرَ: طفولة، صغير، جمعه صغار وصُغَرَاء: حديث السن من الإنسان والحيوان)⁽⁸⁾.

(غلام: صبي، فتى)⁽⁹⁾، (الغلام: من حين يولد إلى أن يشب)⁽¹⁰⁾.

(الصبي: الغلام)⁽¹¹⁾، (الصبي: من لم يُقَطَم بعد)⁽¹²⁾، (صبي: صغير دون الفتى عُمرًا)⁽¹³⁾.

حَدَّث: صغير السن (صبي حَدَّث)⁽¹⁴⁾.

(طفل: ولد صغير، أطفال: صغار السن، طفولة: أولى مراحل حياة الإنسان، سنه بين الولادة والبلوغ)⁽¹⁵⁾.

(الطفل: الصغير من كل شيء)⁽¹⁶⁾.

(1) لم يكن تعريف المصطلحات في عرف القانون شائعاً ولكن أحياناً يأتي المشرع بتعريف بعض المصطلحات لأسباب ذكرت بعضها في بداية هذا البحث ومن هذه المصطلحات التي تمت تعريفها في بعض القوانين ومنها قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ في إقليم كردستان وهو مصطلح الزواج.

(2) المادة (الثالثة/1) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة (1959) أصبح تعريف الزواج في الإقليم بعد تعديل القانون المذكور بموجب القانون رقم (15) لسنة (2008) الصادر عن برلمان كردستان كالاتي: (الزواج عقد تراضي بين رجل وإمرأة يحل به كل منهما للآخر شرعاً غايته تكوين الأسرة على أسس المودة والرحمة والمسؤولية المشتركة طبقاً لأحكام هذا القانون).

(3) المادة (2) من قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني رقم (61) لسنة (1976). الموقع: (http://maqam.najah.edu). تأريخ الزيارة: 2022/8/6.

(4) شرح قانون الأحوال الشخصية، القاضي محمد حسن كشكول، والقاضي عباس السعدي. ص 24.

(*) وهذا التعريف للمشرع الفرنسي كان قبل إقرار المشرع بالمثلثة الجنسية.

(5) معجم الصحاح. ص 591 و مختار الصحاح. ص 363.

(6) قاموس الرائد، نقلاً عن الموقع: (http:// www.almaany.com)، تأريخ الزيارة: 2022/8/6.

(7) قاموس المعاني الجامع، نقلاً عن الموقع: (http://www.almaany.com) (http://www.almaany.com) تأريخ الزيارة 2022/8/6.

(8) المنجد في اللغة العربية المعاصرة. ص 835.

(9) المنجد في اللغة العربية المعاصرة. ص 1063.

(10) معجم القاموس المحيط. ص 958.

(11) معجم الصحاح، ص 576.

(12) معجم القاموس المحيط. ص 727.

(13) المنجد في اللغة العربية المعاصرة. ص 816.

(14) المنجد في اللغة العربية المعاصرة. ص 257.

(15) المنجد في اللغة العربية المعاصرة. ص 912.

(16) معجم القاموس المحيط. ص 805.

الصغير اصطلاحاً:

أ-الصغير (فقهاً): (... فإن الفقهاء يعتبرون الصبي أو صغير السنّ أو الغلام هو الشخص الذي لم يبلغ سن الإحتلام ومن العلماء الذين إستعملوا لفظ الحدث في سياق الحديث عن الصغار الإمام الشاطبي في كتابه الإعتصام حيث قال: وأما تقديم الأحداث على غيرهم من قبيل ما تقدم في كثرة الجهل وقلة العلم، كان ذلك التقديم في رتب العلم أو غيره، لأن الحدث أبدأ، أو في غالب الأمر، غر لم يتحنك، ولم يرتض في صناعته ورياضة تبلغه مبالغ الشيوخ الراسخين الأقدام في تلك الصناعة).^(١)

ب-الصغير (قانوناً): هو (الذي لم يبلغ سن الرشد وهو تمام الثامنة من العمر...) ^(٢) ويعتبر الصغير قاصراً لم يبلغ الثامنة من العمر هذه كقاعدة عامة والذي يبدأ من الولادة فوراً ولهذه المدة البالغة الثامنة عشرة سنة أحكاماً خاصة يتحكم فيها عدة قوانين فيما يتعلق بالجانب المالي يكون (القانون المدني)^(٣) و قانون (رعاية القاصرين)^(٤) مختصين فيها ويحكم الجانب الجزائي قانون (رعاية الأحداث)^(٥) و قانوني (أصول المحاكمات الجزائية)^(٦) و (العقوبات)^(٧) في بعض من أحكامهما كما ويحكم قانون (الأحوال الشخصية فيما يتعلق بالأحوال الشخصية للصغير)^(٨).

والعبرة في تقسيم عمر الإنسان إلى الصغير والبالغ هي العقل والذي يكسبه الإنسان رويداً ويحتاج إلى وقت الذي يختلف مدته من زمن إلى زمن ومن إنسان إلى إنسان آخر ومن بلد إلى بلد آخر والحد الفاصل بين هاتين المرحلتين من العمر هو البلوغ (الإحتلام للذكر والحيض للأنثى) لدى علماء الشريعة وهذا البلوغ مسألة خفية لدى الغير ويختلف فيه الإنسان لذلك ولإستقرار المعاملات لجأ الفقهاء إلى تحديده ببلوغ الخامسة عشرة من العمر على الأكثر ولهذا السبب لجأ المشرعون في كافة الدول إلى تحديد البلوغ بـعمر معين، وفي العراق وإقليم كردستان هو الثامنة عشرة سنة كاملة كقاعدة عامة والإستثناء (إكمال الخامسة عشرة مع الزواج بإذن من المحكمة).^(٩)

وعند بلوغ الإنسان التاسعة عشرة من العمر وفق التشريعات العراقية يصبح كاملة الأهلية إذا لم يعترض عارض عليها وهذا ليس من صلب بحثنا.

أما قبل هذا العمر أي من الولادة إلى إكمال الثامنة عشرة من العمر ينقسم هذه المدة إلى أقسام عدة، إلى عديم الأهلية وناقصها بخصوص تصرفاته المدنية وأحوال الشخصية وإلى مسؤول وغير مسؤول بخصوص أعماله غير المشروعة (الجريمة). لذلك نجد أن قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ نظم زواج الصغير ونفقتة وحضانتها كما ونظم قانون المدني (رقم/٤٠ لسنة ١٩٥١) أحكام معاملات الصغير عند الكلام عن (أهلية التعاقد). أما القانون (رعاية الأحداث رقم/٧٦ لسنة ١٩٨٣) فقد نظم المسؤولية الجزائية لهذه الفئة من العمر حيث قسم هذا العمر إلى صغير وحدث وقسم الحدث إلى الصبي والفتى^(١٠)، وأبعد المسؤولية

(١) الموقع: ([http:// almerja.com](http://almerja.com)) تأريخ الزيارة: ٢٠٢٢/٨/٦.

(٢) المادة (٣) أولاً/أ من قانون رعاية القاصرين.

(٣) المواد (٩٣- ١١١).

(٤) المواد (٢٤- ٢٦ و ٤٠- ٧١) من قانون رعاية القاصرين.

(٥) المواد (٢٤- ٢٦) و (٤٧- ٩٨).

(٦) المواد (٢٣٣- ٢٤٢).

(٧) المواد (٦٦- ٧٩).

(٨) المواد (٨) و ٣/٤٠ و ٥١- ٦٠ و ٨١- ٨٥).

(٩) المادة/٣/ أولاً من قانون رعاية القاصرين: (... ويعتبر من أكمل الخامسة عشرة وتزوج بإذن من المحكمة كامل الأهلية).

(١٠) المادة/٣/ من قانون رعاية الأحداث: (أولاً: يعتبر صغيراً من لم يتم التاسعة من عمره. ←

الجزائية على من كان دون التاسعة من عمره.⁽¹⁾ وأتى قانون أصول المحاكمات الجزائية بنفس المبدأ من قبل في مادته (٢٣٣/أ) حيث يقول: (لا تحرك الدعوى الجزائية على الصغير الذي لم يتم الحادية عشرة من عمره) وهناك أحكام أخرى التي تتعلق بهذه الفئة العمرية في القوانين الأخرى ومنها قانون العمل وقانون الإيداع العام.. ولا نطيل في الموضوع أكثر من ذلك لأن البحث منصب على زواج الصغير فقهاً وقانوناً أي الأحكام المتعلقة بزواج الصغير في الفقه الإسلامي والقانون العراقي.

بعد دراسة الموضوع أي المصطلحين (الزواج) و(الصغير) في اللغة والفقه والقانون نجد توافقاً تاماً بينهم حيث إستمد التعريف القانوني مضمونه من التعريف الفقهي وهو الآخر الذي يوافق تعريفهما في اللغة، حيث سبق ذكره أن الزواج جمع لفرد ذكر مع فرد أنثى أو عدد من الأنثى وهو ضم الجنسين في نفس الوقت وإقتران بينهما ونكاح أيضاً بكل من المعنيين(الوطء والعقد) والزواج خلاف الفرد وكل فرد منهما زوج للآخر وكل هذه المعاني نجدها في تعريف الزواج وأهدافه وشروطه وأركانها في كل من التعريفين الفقهي والقانوني للزواج.

وكذلك نفس الشيء بخصوص الصغير حيث يوافق أهل اللغة والفقه والقانون عليه حيث إستمد التعريفين الفقهي والقانوني للصغير من الأساس اللغوي لهذا المصطلح، كما مر ذكره أن الصغير هو حديث السن وهو طفل و غلام و صبي وفتى وحدث والفئة العمرية لهؤلاء جميعاً هي دون البلوغ (سن الرشد الذي تلازم الإحتلام لدى الذكر والحيض لدى الأنثى) و دون سن الرشد وهو تمام الثامنة عشرة من العمر في القانون. وتظهر الدراسة حجم تأثير اللغة على الحقلين الفقهي والقانوني، وهو السبب الذي دفع بالمفسرين في الحقلين المذكورين في أخذ اللغة ومباني الألفاظ في تفسير الأحكام بنظر الإعتبار والأدلة على ذلك القواعد الفقهية والأصولية ومنها (أعمال الكلام أولى من إهماله) و (العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب) و (لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح)...

وجاءت في المادة (١) من القانون المدني: (١-تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها). وأقر قانون الأحوال الشخصية في مادته الأولى نفس المبدأ. وبعد إستقراء الموضوع تبين أن الأصل في التفريق بين الصغير والبالغ هو العقل حيث يكتسبه الإنسان عند وصوله سن البلوغ.⁽²⁾ أما لضرورة إستقرار المعاملات لجأ الفقهاء إلى تحديده بسن معين ليكون الفاصل بين الصغير والبالغ (الرشد)، وإكتساب الرشد عند الوصول إلى البلوغ مفترض فيكون الشخص مسؤولاً عن تصرفاته الدينية والدنيوية ويكون كامل الأهلية، أما إذا لم يتحقق الرشد وقت البلوغ كونه مجنون أو معتوه أو سفیه أو ذو غفلة فيحجر عليه ويقوم غيره مقامه، وهذا عند فقهاء الشريعة. أما مشرع القانون لجأ لتفريق بين الصغير (عديم الأهلية أو ناقصها) وبين الرشد (كامل الأهلية) بتحديد سن معين ألا وهو إكمال الثامنة عشرة من العمر.⁽³⁾ وقد يصل المرء هذا العمر دون إكتساب الرشد لأسباب ذاتية كالجنون والسفه.. فيأتي موضوع الحجر كما هو مذكور آنفاً.

← ثانياً: يعتبر حدثاً من أتم التاسعة من عمره ولم يتم الثامنة عشرة.

ثالثاً: يعتبر الحدث صبياً إذا أتم التاسعة من عمره ولم يتم الخامسة عشرة.

رابعاً: يعتبر الحدث فتى إذا أتم التاسعة من عمره ولم يتم الثامنة عشرة.)

(1) المادة ٤٧/أ/ أولاً من قانون رعاية الأحداث: (لا تقام الدعوى الجزائية على من لم يكن وقت ارتكاب الجريمة قد أتم التاسعة من عمره). وتم تعديل سن المسؤولية الجزائية في إقليم كردستان بموجب قانون رقم (٥) لسنة (٢٠٢٢) الصادر من برلمان إقليم كردستان- العراق، حيث يقول: (المادة الأولى/ ثالثاً: كل من لم يتم الحادية عشرة من عمره عند ارتكابه جريمة، لا ترفع عليه دعوى جزائية).

(2) (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم) النساء: ٦.

(3) المادة (٣/أ/أ) من قانون رعاية القاصرين: (الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد وهو تمام الثامنة عشرة من العمر...)

المبحث الثاني الترغيب في الزواج والحكمة من تشريعه الترغيب في الزواج

لقد لقي الزواج بالترغيب والحث عليه بأهمية بالغة من قبل الأديان كما ولقي قبولاً واسعاً من الجميع إلا من شذ، كون الزواج من الأشياء التي تجمع فيه المتعة والمصلحة علاوة على كونه ضرورة حياتية حيث تميل النفوس إليه وهو مغروس فيها بالفطرة وتحتاج إليه وتطالبه عند الوصول إلى عمر البلوغ وحتى قبل ذلك أحياناً، ولا أجد فلسفة أو شخص لا ترغب فيه إلا من يواجه مشكلة خلقية أو مرضية أو مبررات تخصه⁽¹⁾ فالزواج مسألة جوهرية وضرورة حياتية يحقق المصالح ويحارب المفسد، يطلبه الجسم والنفس، ذات فوائد إجتماعية وإقتصادية وطبية.

ولهذا إهتم الدين الإسلامي الحنيف بالزواج إهتماماً كبيراً وحث عليه كثيراً. قال عزوجل: (والله جعل لكم من أنفسكم أزواجاً وجعل لكم من أزواجكم بين و حفدة...) النحل: ٧٢. (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون) الروم: ٢١. (فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع...) النساء: ٣. (وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم...) النور: ٣٢. (هو الذي خلقكم من نفس واحدة وجعل منها زوجها ليسكن إليها) الأعراف: ١٨٩. (فاطر السموات والأرض جعل لكم من أنفسكم أزواجا ومن الأنعام أزواجا) الشورى: ١١. (ومن كل شئ خلقنا زوجين لعلكم تذكرون) الذاريات: ٤٩. (يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم) الحجرات: ١٣. وقال النبي ﷺ (تناكحوا تناسلوا تكاثروا، فإني مباه بكم الأمم يوم القيامة). (يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج...).

الحكمة من تشريع الزواج

الحكمة من تشريعه ظاهرة للعيان، فهو ضروري للإنسان، يحقق المتعة والمصلحة فهو مغروس في النفس بالفطرة، كثير الفائدة.

(قال الإمام الغزالي: الفائدة الأولى للنكاح الولد، وهو الأصل وله وضع النكاح، والمقصود إبقاء النسل وأن لا يخلو العالم عن جنس الإنس، وإنما الشهوة خلقت باعثة مستحثة)، (وفي تفسير الألوسي: وذكر الطيبي: القصد من خلق الأزواج السكنون إليها، وإلقاء المحبة بين الزوجين ليس بمجرد قضاء الشهوة التي يشترك بها إلبهائم، بل تكثير النسل...)، (وقال الإمام السرخسي الحنفي: ثم يتعلق بهذا العقد -عقد الزواج- أنواع من المصالح الدينية والدنيوية، ومن ذلك حفظ النساء والقيام والإنفاق عليهن. ومن ذلك صيانة النفس عن الزنى ومن ذلك تكثير عباد الله تعالى... وأن الله تعالى حكم ببقاء العالم إلى قيام الساعة وبالتناسل يكون هذا البقاء... وليس المقصود بهذا العقد -عقد الزواج- قضاء الشهوة وإنما المقصود ما بيناه من أسباب المصلحة، ولكن الله تعالى علق به قضاء الشهوة أيضاً ليرغب في المطيع والعاصي...⁽²⁾).

(قال البلقيني: والنكاح شرع من عهد آدم -عليه السلام- واستمرت مشروعيته، بل هو مستمر في الجنة ولا نظير له فيما يتعبد به من العقود بعد الإيمان...⁽³⁾).

لذلك يمكن إجمال الحكمة من الزواج بقضاء الشهوة وإيجاد النسل وإنتشار الحب والمودة بين الزوجين وأولادهم وأحفادهم وتقديم المساعدة الواحد للآخر من الزوجين وبين الأصول والفروع وهي عملية الأخذ والعطاء ووسيلة للقرابة والتقارب والتعارف.

وهذا الترغيب في الزواج لا يعني وجوبه على الجميع فقد يكون واجباً على شخص كونه مقتدرراً عليه ويُحتمل وقوعه في الحرام إن لم يتزوج، وقد يكون حراماً لشخص آخر عندما يكون حاله بعكس الشخص

(1) قال نيتشه: (إن الفيلسوف الحقيقي يرفض الزواج ويتهرب منه بكل هلع و رعب) وقال: (الفيلسوف المتزوج عبارة عن أضحوكة أو مهزلة ليس إلا) وهو حاول الزواج مع حبيبته المدعوة (سالومي) ولكن لم ينجح. نقلاً عن الموقع: (<http://www.alnukhab.com>) تأريخ الزيارة: ٢٠٢٢/٨/١٠.

(2) المفصل في أحكام المرأة وبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج ٦، ص ١٤.

(3) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج ٣، ص ١٢٤.

الأول، وقد يكون مندوباً أو مكروهاً لأشخاص آخرين حسب التفصيل الوارد في كتب الفقه، وهو في الجملة مباح ومشروع.

(وهناك من الفقهاء المسلمين لم يتزوجوا كإمام الطبري والنووي وإبن التيمية والطبيب إبن النفيس والشيخ طاهر الجزائري الذي قال: أنا شاذ ولا أحب أن يقتدى بي أحد، وكذلك العالم الكوردي سعيد النورسي، حيث قال: إنني لا أستطيع أن أقوم بواجبات الزوج على ما أنا فيه من حياة القلق والإضطراب).⁽¹⁾

(وفي هذا يقول الدكتور فريديريك كهن: إن الشهوة الجنسية ليست بغريزة ثانوية كحب القتال أو الميل إلى اللعب، بل هي غريزة رئيسية ضرورية تماماً كالجوع والنوم وحب البقاء... وقد أثبتت الأبحاث الجديدة الخاصة بالهرمونات إن إفرازات الغدد التناسلية لها تأثير مباشر على عدد كبير من العمليات البيولوجية والفسيوولوجية التي تحدث في الجسم، أي أن ثمة إرتباط حيوي هام بين الغريزة الجنسية وصحة الجسم... وما يدل على شدة الإرتباط بين ظاهرتي الحياة والإتصال الجنسي من أن جميع الحيوانات تموت عندما تنعدم فيه القدرة على التوالد والإخصاب... والعلماء يعتبرون الزواج هو غذاء للنفس البشرية وفي هذا يقول الدكتور (ماري ستوب) و (بورغاس): إنه عندما يتكلم الباحثون في مؤلفاتهم عن الحب والزواج فإن المعنى الحقيقي الذي يقصدونه من ذلك هو إرواء غلة النفس والطريقة الطبيعية لتحقيق هذا الإرواء وهي الزواج... وقد بين العلماء أن الرجل ينتج كل شهر ما يقارب ثلاثة أو أربعة مليارات من الخلايا الجنسية ويدوم ذلك لمدة أربعين أو خمسين سنة، أما المرأة البالغة فتضع بويضة واحدة في كل دورة قمرية (٢٨) يوماً يصحبها كمية معينة من الدم وتعرف هذه الوظيفة بالحيض أو (العادة الشهرية). وقد بين الإحصائي العالمي الدكتور فيكتور بدجومولتز: إن من المؤكد أن عملية الحمل والولادة عامل حيوي جداً في نشاط بنية المرأة، وقد لاحظ العلامة (إليكسي كاريل) أن الإناث من ذوات الثدي قد لا تصل إلى غاية نموها إلا بعد الحمل مرة أو أكثر... فالحمل عند المرأة من عوامل توازنها الحيوي... ويميل إلى تشجيع النشاط الجنسي لمصلحة أعضائها وإستدامة شبابها وإطالة عمرها... فيقول الدكتور محمد كامل برادة: إن الإمتناع عن الجماع مدة طويلة يؤثر على الخصية تأثيراً ملموساً إذ تصغر في حجمها وربما تضمر ويتبع ذلك العقم التام).⁽²⁾

أما في القانون بخلاف الشرع لا نجد الترغيب على الزواج لأنه ليس من عرف القانون الترغيب، كون القانون مجموعة قواعد قانونية مجردة والأمره مقرونة بعقوبة يُوقعه السلطة العامة على المخالف بإسم الشعب...

أما الحكمة أو الغاية من التشريع يوردها المشرع القانوني في بعض مواد القانون أو عند الكلام عن الأسباب الموجبة لإصدار قانون معين، فمثلاً نجد أن المشرع العراقي يتحدث عن الغاية عند تعريفه للزواج بقوله: (... غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل..)، ويقول المشرع الكوردستاني عند تعريفه للزواج أيضاً بقوله: (... غايته تكوين الأسرة على أسس المودة والرحمة...)⁽³⁾ ويقول المشرع عند الكلام عن أهداف القانون (... ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه).⁽⁴⁾ والأمثلة على ذلك كثيرة.

(1) الموقع (<http://www.sasapost.com>) تأريخ الزيارة: ٢٠٢٢/٨/١٠.

(2) الزواج المبكر في الطب والدين والمجتمع، ص ٥٣ - ٦٠.

(3) المادة (الثالثة/أولاً) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩).

(4) المادة (٣) من قانون الإثبات رقم /١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

المبحث الثالث زواج الصغير عبر التاريخ

زواج الأطفال كان شائعاً على مر التاريخ البشري. اليوم وكذلك لا تزال منتشرة على نطاق إلى حد ما في بعض المناطق مثل أجزاء من أفريقيا وجنوب آسيا وجنوب شرق آسيا، غرب آسيا وأمريكا اللاتينية.. كان زواج الأطفال ممارسة شائعة وجدت في كل مكان في العالم... وفي المجتمعات القديمة والعصور الوسطى كانت الفتيات يخطبن في سن البلوغ أو قبله، في اليونان شجعت ممارسات الزواج المبكر والأمومة المبكرة للفتيات.. في روما القديمة كانت الفتيات المتزوجات فوق سن ١٢. الأولاد فوق سن ١٤ عام. في العصور الوسطى في ظل القوانين المدنية الإنجليزية التي كانت مستمدة من قوانين الرومان فكان الزواج قبل سن ١٦ شائع. في الصين أثناء الإمبراطورية، كان زواج الأطفال هو الزواج الطبيعي.^(١)

وعند الأسكيمو التي تعيش حول خليج ريبولس.. وكذلك عند السكان الأصليين لأستراليا.. وفي أفريقيا تعقد الزواج منذ طفولة وسن المبكر وكذلك عند سكان الأصليين لأمريكا وأفريقيا الجنوبية، وزواج الأطفال موجود أيضاً عند بعض القبائل في جزر الفلبين وفي الخليج الماليزي.. ويذكر الدكتور (كراي) ان الصينيين جميعاً يجبرهم أهلهم على الزواج حالما يصلون سن البلوغ ويمكن أن يعقد الزواج قبل سن البلوغ.. وتعقد أحياناً قبل الولادة لدى سكان الأصليين في المحيط الهادي.. وكذلك في أستراليا.^(٢)

عادة الرومان في عقد قرانهم على شابات صغيرات، بل على فتيات لما يبلغن بعد.^(٣) وفي مصر عند الخلافة العثمانية، كان من المعتاد أن يبقى من يتزوج من القصر في كنف أسرته حتى يبلغ الحلم.^(٤) والزواج من الصغيرات مألوف في أفريقيا والهند وماليزيا وغيرها من المناطق الحارة، فالبنات يعقد عليهن وهي في المهدي، وتزف إلى زوجها متى أدركت سن البلوغ أو قبل هذه السن... وكانت هذه العادة جارية عند عرب الجاهلية واستمرت في الإسلام.. وتكاد تجمع الشرائع والقوانين القديمة على تحديد سن زواج البنات والصبي ببلوغهم الحلم.^(٥)

وفقاً لأحصائيات (UNFPA) أن هناك على المستوى العالمي وبين سنة ٢٠١١ - ٢٠٢٠ أكثر من ١٤٠ مليون بنت يتم زواجهن من دون بلوغهن ١٨ عاماً.^(٦)

وفي دراسة ميدانية التي أجريت في مخيمي (عربت وأشتي) بمحافظة السلبيمانية حيث يأوي هذان المخيمان اللاجئين العرب من محافظتي صلاح الدين والأنبار.. تبين أن حالة الزواج المبكر (٨٢٠) حالة من بين (٢١٤٣) وهي (٣٨%) ومن بينهن من تزوجت في السن (١٠ - ١١)، وأجابت ٣٩٠ من العدد الكلي البالغ ٤٢٠ عن السؤال (هل أنت سعيدة في زواجك المبكر؟) (ب-نعم) أي بواقع (٩٣%).^(٧)

لقد ذكر الأطباء أن الفتاة تحيض في أي سن بين التاسعة والسابعة عشرة، أما هذا التفاوت فيرجع إلى عوامل متعددة منها: الجو والوراثة والتغذية وحالة الغدد والعوامل النفسية الأخرى.^(٨) والعلماء يعتبرون الزواج هو غذاء للنفس البشرية وفي هذا يقول الدكتوران (ماري ستوب) و (بورغاس) إنه عندما يتكلم الباحثون في مؤلفاتهم عن الحب والزواج فإن المعنى الحقيقي الذي يقصدونه من ذلك هو إرواء غلة النفس والطريقة الطبيعية لتحقيق هذا الإرواء وهي الزواج.^(٩)

يصعب، كما رأينا التحديد النهائي للعمر الذي بموجبه نستطيع أن نحكم على زواج ما بأنه مبكر أو عاد. والسبب أن مفهوم النضوج أو البلوغ وتحديد السن المرتبطة بهذه المسألة، خصوصاً في قضية مثل قضية

(١) موقع (<http://ar.m.wikipedia.org>) تأريخ الزيارة: ٢٠٢٢/٨/٢٨.

(٢) موسوعة تأريخ الزواج. ص ٢٨٦ - ٣١٣.

(٣) المرأة عبر التاريخ، ص ٨٣

(٤) النساء والأسرة وقوانين الطلاق في التاريخ الإسلامي، ص ٢٤٢.

(٥) الزواج عند العرب في الجاهلية والإسلام، ص ١٠٩.

(٦) واقع الزواج المبكر في مخيمي عربت وأشتي للنازحين، ص ٩.

(٧) نفس المصدر، ص ٣٣ فيما بعد.

(٨) الزواج المبكر في الطب والدين والمجتمع، ص ١٥١.

(٩) الزواج المبكر في الطب والدين والمجتمع، ص ٥٦.

الزواج، تختلف باختلاف المجتمعات والبيئات وتقاليدها والقوانين والأنظمة التي تعمل بموجبها. فسن الزواج تعريفاً هو سن البلوغ، وخاضع للعوامل المناخية والبيئية بشكل عام، فهو يبكر مثلاً في المناطق الحارة، فتبلغ الفتاة مبلغ النساء في الثامنة أو العاشرة ويبلغ الصبي نضجه في الثانية أو الثالثة عشرة بينما نراه يتأخر في المناطق الباردة إلى السادسة والسابعة عشرة من عمر البنت، وإلى الثامنة عشرة أو التاسعة عشرة من عمر الشاب.^(١)

الوضع المألوف لسن الزواج هو أن يكون الشاب أكبر من الفتاة سناً ويرجع ذلك إلى أن نضج الذكر البيولوجي عادة ما يكون أبطأ من نضج الأنثى كما أن الزوج بإعتباره رئيس الأسرة والمسؤول عنها يحتاج إلى وقت أطول ليصبح مؤهلاً لهذه الوظيفة.^(٢)

(١) الزواج مقارنة نفسية وإجتماعية، ص ١٩٢.

(٢) الزواج والعلاقات الأسرية، ص ١٤٥.

الفصل الثاني أركان وشروط عقد زواج الصغير

المبحث الأول
أركان عقد الزواج وأحكامها

المبحث الثاني
شروط عقد الزواج وأحكامها

المبحث الثالث
إمتناع (عضل) الولي وصلاحيه القاضي

الفصل الثاني

أركان وشروط عقد زواج الصغير

يتكون هذا الفصل من ثلاثة مباحث فيتحدث المبحث الأول عن أركان عقد الزواج وأحكامها، أما المبحث الثاني فيتحدث عن شروط هذا العقد وأحكامها، والمبحث الثالث والأخير يتحدث عن إمتناع (عضل) من كان بيده عقدة نكاح الصغير وصلاحيه القاضي (أو حاكم البلاد) في ذلك، مشيراً في كل ذلك إلى رأي فقهاء الشريعة وقانون الأحوال الشخصية العراقي.

المبحث الأول

أركان عقد الزواج وأحكامها فقهاً

الركن عند الحنفية: ما يتوقف عليه وجود الشيء، ويكون جزءاً داخلياً في حقيقته... والركن عند الجمهور: ما به قوام الشيء ووجوده، فلا يتحقق إلا به، أو ما لا بد منه، ويعبارتهم الشهيرة: هو ما لا توجد الماهية الشرعية إلا به، أو ما تتوقف عليه حقيقة الشيء، سواء أكان جزءاً منه أم خارجاً عنه...
وركن الزواج عند الحنفية: الإيجاب والقبول فقط، وأركان الزواج عند الجمهور أربعة: (صيغة - وهي الإيجاب والقبول - وزوجة، وزوج، وولي).⁽¹⁾

(جاء في كشف الفناع في فقه الحنابلة: وأركانه - أي النكاح - ثلاثة: (أحدهما): الزوجان، و(الثاني): الإيجاب، و(الثالث): القبول. وفي شرح منتهى الإرادات - في فقه الحنابلة أيضاً: ركنه - أي النكاح - إيجاب و قبول).⁽²⁾

أما أركان عقد الزواج عند الشافعية سواء كان العاقد صغيراً أم بالغاً فهي خمسة: (صيغة وزوجة و شاهدان وزوج وولي).⁽³⁾

وعند إمعان النظر في إختلاف مذاهب فقهاء المذاهب حول عقد الزواج نجد أنها تنحصر في الولي والشهود، وحسب التفصيل الآتي، فالحنفية لا يعدون حضور الولي لأجراء عقد الزواج ركناً إذا كان العاقد بالغاً وكذلك لا يعد حضور الشهود ركناً أيضاً بأي حال من الأحوال سواء كان العاقد بالغاً أم صغيراً.

أما الجمهور يعدون تولي الولي إبرام العقد ركناً وهذا هو نقطة خلاف بين الحنفية والجمهور (إذا كان العاقد بالغاً)، ولا خلاف بينهما بخصوص حضور الولي إذا كان العاقد صغيراً فهما متفقين في حضوره.

أما إختلاف الحنفية مع الشافعية فهو أوسع من إختلاف الحنفية مع الجمهور، فإختلاف الحنفية مع الشافعية في عقد زواج البالغ البكر والثيب تدور حول نقطتين وهما الولي والشهود فيطالبهما الشافعية بعكس الحنفية، أما بخصوص عقد زواج الصغير فتتخصص خلافهما في الشهود فقط لأن الحنفية يجوبون حضور الولي أيضاً لإجراء عقد زواج الصغير.

قال أبو إسحاق: كانت فينا امرأة يقال لها: بحرية، زوجها أمها، وكان أبوها غائباً، فما قدم أبوها أنكر ذلك، فرفع ذلك إلى علي فأجاز ذلك. والخبر المشهور: عن عائشة أم المؤمنين: أنها زوجت بنت أخيها عبدالرحمن بن المنذر بن الزبير، وعبدالرحمن غائب بالشام، فلما قدم أنكر ذلك، فجعل المنذر أمرها إليه فأجازها.. وعن عبدالرزاق عن ابن جريج: أنه سأل عطاء عن امرأة نكحت بغير إذن ولاتها - وهم حاضران، فقال: أما امرأة مالكة أمر نفسها إذا كان بشهداء، فإنه جائز بغير أمر الولاية.⁽⁴⁾

(قول الحنفية: جاء في الدرر المختار "٧٨/٣، ٧٩): (فان لم يكن عصبه فالولاية للأم).⁽⁵⁾
وبما أن كل المذاهب متفقون على ركن الصيغة (الإيجاب والقبول) نتحدث عنه بشئ من الإيجاز لنقف حول نقطة الإتفاق والإختلاف إن وجد.

(1) موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، د. وهبة الزحيلي، ج ٨، ص ٥٠.

(2) المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، د. عبدالكريم زيدان، ج ٦، ص ٨٠.

(3) مغني المحتاج، شرح الشيخ محمد الشريبي الخطيب، ج ٣، ص ١٣٩. وكذلك المعتمد في الفقه الشافعي، الدكتور محمد الزحيلي، ج ٤، ص ٥٣.

(4) المحلى، ج ١١، ص ١٧.

(5) الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ج ١، ص ١٢٣.

والإيجاب عند الحنفية: ما يصدر أولاً من أحد العاقدين، سواء كان الزوج أم الزوجة والقبول عندهم ما تصدر ثانياً من الطرف الآخر. أما عند الجمهور فالإيجاب هو اللفظ الصادر من قبل الولي أو من يقوم مقامه كوكيل سواء صدر أولاً أم ثانياً (أخيراً).

(فإذا قال الرجل للمرأة: زوجيني نفسك، فقالت: قبلت، كان الأول عند الحنفية إيجاباً، والثاني قبولاً. وعند الجمهور بالعكس، لأن ولي المرأة هو الذي يملك الزوج حق الإستمتاع، فكلامه هو الإيجاب—وإن جاء أخيراً—، والرجل يملك ذلك، فكلامه هو القبول (وإن جاء أولاً).^(١))

(والإيجاب: هو قول ولي الزوجة: زوجتك، أو أنكحتك إبنتي مثلاً. والقبول هو قول الزوج: تزوجتها، أو نكحتها، أو قبلت نكاحها، أو قبلت تزويجها، أو رضيت نكاحها. ويصح تقدم لفظ الزوج، فيقول أولاً: تزوجت إبنتك، أو نكحتها، أو زوجني إبنتك، فيقول الولي: زوجتك، أو أنكحتك، ولا يشترط التوافق في اللفظ، فلو قال: زوجتك، فقال: قبلت نكاحها، صح العقد، لحصول المقصود).^(١))

وإنفق الفقهاء على أن فقدان أركان عقد الزواج يؤدي إلى بطلان العقد كأن لم يكن، والعقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً.

(والزواج الباطل لا يترتب عليه حكم شرعي إلا إستثناءً، فتثبت به الحرمة، كما يثبت به أحياناً مهر المثل إذا إقترن به وطء، كما إذا تزوج من غير ولي للزوجة، ودخل بها، لما روت عائشة—رضي الله عنها—: أن النبي قال: أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل—ثلاثاً— فإن دخل بها فلها مهر المثل بما إستحل من فرجها).^(٣))

فالزواج الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار الزواج، ولو بعد الدخول، ويعتبر في منزلة العدم. فلا يثبت به النسب من الأب، ولا تجب بعده العدة على المرأة، مثل الزواج إحدى المحارم كالأخت والبنات، والزواج بالمرأة المتزوجة برجل آخر.

والعقد الفاسد: يثبت له عند الحنفية بعض آثار العقد الصحيح، فالزواج الفاسد يثبت به آثار الدخول بالزوجة، فيثبت به النسب، وتجب بالتفريق أو المتاركة والعدة على المرأة، مثل الزواج بغير شهود، والزواج المؤقت، والزواج بالأخت على أختها في عصمة الزوج، أو في أثناء العدة).^(٤))

أركان عقد الزواج قانوناً:

ذكر المشرع العراقي (وكذلك الإقليم) أركان عقد الزواج بقوله: (ينعقد الزواج بإيجاب—يفيد لغة أو عرفاً— من أحد العاقدين وقبول الآخر ويقوم الوكيل مقامه).^(٥)(*)

وبهذا تبين أن المشرع أخذ بمذهب الحنفي، وحصر أركان عقد الزواج بالإيجاب والقبول فقط، والإيجاب ما يصدر أولاً من أحد العاقدين (سواء الخاطب أو المخطوبة)، والقبول هو ما يصدر من الثاني.

ولم يذكر المشرع العراقي (و كذلك الإقليم) أحكام العقد الباطل صراحة، بل إكتفى بعبارة (لا ينعقد عقد الزواج إذا فقد شرطاً من شروط الإنعقاد أو الصحة المبينة فيما يلي).^(١))

(ويفهم منها أن العقد يصبح باطلاً ونرجع إلى الأحكام الشرعية والفقهية ما وردت في حكم العقد الباطل إستناداً لأحكام المادة الأولى الفقرة: (٢، ٣) من قانون الأحوال الشخصية، وبهذا يتفق القانون مع الفقه في حكم العقد الباطل).^(*)

(١) موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، د. وهبة الزحيلي، ج ٨، ص ٥٠.

(٢) المعتمد في الفقه الشافعي، د. محمد الزحيلي، ج ٤، ص ٥٣.

(٣) المعتمد في الفقه الشافعي، د. محمد الزحيلي، ج ٤، ص ٥٣.

(٤) موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، د. وهبة الزحيلي، ج ٨، ص ٦٠.

(٥) المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩).

(*) وأخذ قانون الأحوال الشخصية لكل من الجمهورية السورية والمملكة الأردنية بالمذهب الحنفي أيضاً، راجع (شرح قانون الأحوال الشخصية، القاضي محمد حسن كشكول والقاضي عباس السعدي)، الطبعة الثانية/٢٠١١، ص ٣٥.

(إذا لم يثبت توكيل الزوجة للعاقد فيكون عقد زواجها باطلاً). النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الثانية، ١٩٧٣، رقم القرار ٤٥٦٥ تاريخ القرار ١٩٧٥/١٢/٣٠، ص ٩٢.

(لا ينعقد بعقد الزواج الذي أبرمه وكيل الزوجة البالغة سبع سنوات لعدم أهليتها للتوكيل ولا يغني حضور والدها مجلس العقد دون أن يجريه بنفسه أو بواسطة وكيله). مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني، السنة التاسعة/١٩٧٨، رقم القرار ١٧٣ تاريخ القرار ١٩٧٨/٥/١٣، ص ٧٠.

(١) المادة السادسة من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

(*) (إن عقد زواج الصغيرة الذي يجريه أخوها يعتبر باطلاً شرعاً وقانوناً مادام أبوها موجوداً على قيد الحياة). مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني، السنة التاسعة/١٩٧٨، رقم القرار ٨٦٠ تاريخ القرار ١٩٧٨/٥/١٦ (ص ٧١). (إذا لم يثبت توكيل الزوجة

المبحث الثاني شروط عقد الزواج وأحكامها

لكافة العقود أركان و شروط، وتكلمنا عن أركان عقد الزواج فقهاً وقانوناً وتوصلنا إلى أن بتوافرها تنعقد العقد وتنفيد وتخلفها تبطل ولا تنعقد كون العقد متوقف عليه (حسب تعبير الحنفية)، وما به قوام الشئ ووجوده فلا يتحقق إلا به (حسب تعبير الجمهور) لأهميتها. والآن جاء وقت بحث موضوع آخر يلي الأركان أهمية ألا وهي الشروط، لعقد الزواج شروط كغيره من العقود.

شروط عقد الزواج وأحكامها فقهاً

(والشرط عند الحنفية: ما يتوقف عليه وجود الشئ، ولم يكن جزءاً من حقيقته. والشرط عند الجمهور: ما يتوقف عليه وجوب الشئ، وليس جزءاً منه).⁽¹⁾ حيث يتفق الحنفية في تعريف الشرط مع الجمهور. (وشروط كل عقد ومنها الزواج أربعة أنواع: شروط الإنعقاد، وشروط الصحة، وشروط النفاذ، وشروط اللزوم. وشروط الإنعقاد: هي التي يلزم توافرها في أركان العقد، أو في أسسه. وإذا تخلف شرط منها، كان العقد باطلاً بالإتفاق. وشروط الصحة: هي التي يلزم توافرها لترتب الأثر الشرعي على العقد، فإذا تخلف شرط منها، كان العقد عند الحنفية فاسداً، وعند الجمهور باطلاً. وشروط النفاذ: هي التي يتوقف عليها ترتيب أثر العقد فيه بالفعل، بعد إنعقاده وصحته. فإذا تخلف شرط منها، كان العقد عند الحنفية والمالكية موقوفاً. وشروط اللزوم: هي التي يتوقف عليها استمرار العقد وبقاؤه. فإذا تخلف شرط منها كان العقد (جائزاً) أو (غير لازم): وهو الذي يجوز لأحد العاقدين أو لغيرهما فسخه.⁽²⁾ (شروط الإنعقاد تلي الأركان في الأهمية، بحيث إذا تخلف واحد منها يكون الزواج باطلاً)⁽³⁾. بمعنى أن شروط الإنعقاد حكمها حكم الأركان فهي تبطل العقد عند تخلفها. (الحنفية قالوا للنكاح شروط بعضها يتعلق بالصيغة وبعضها يتعلق بالعاقدين وبعضها يتعلق بالشهود).

الشافعية قالوا: شروط النكاح بعضها يتعلق بالصيغة، وبعضها يتعلق بالولي، وبعضها بالزوجين وبعضها يتعلق بالشهود. الحنابلة قالوا: للنكاح أربعة شروط: الشرط الأول تعيين الزوجين.. والشرط الثاني: الإختيار والرضا.. والشرط الثالث: الولي.. والشرط الرابع: الشهادة.. والشرط الخامس: خلو الزوجين من الموانع الشرعية. المالكية قالوا: لكل ركن من أركان النكاح شروط...⁽⁴⁾.

وللفقهاء في قبول شهادة المرأة في النكاح قولين، الأول: لا تقبل شهادتين، وهذا مذهب الحنابلة، والشافعية وهو قول النخعي والاوزاعي، أما الثاني: تقبل شهادتين، وهذا مذهب الحنفية والزيدية، بل إن الظاهرية أجازوا شهادة أربعة نسوة في النكاح عوضاً عن شهادة رجل وامرأتين.⁽⁵⁾

وعند دراسة شروط عقد الزواج في هذه المذاهب نجد أنهم متفقون في الجملة والمضمون ومختلفون في التفصيل و الترتيب والتقسيم، ولا يسعنا المجال للبحث عن جميع الشروط في المذاهب المذكورة لخصوصية هذا البحث ومحدودية سعته كونه محكوم بتعليمات يحدد عدد صفحاته. علاوة على ذلك أن هذا البحث مخصص لأحكام التي تخص زواج الصغير والفارق الرئيسي بين الزوجين (الصغير والبالغ) هو دور الولي في تولي عقد الزواج الصغير دون الخلاف في المذاهب ودوره في تولي زواج البالغ في بعض المذاهب. بقي هنا الإشارة إلى شئ مهم وهي الأهلية والصلاحيية لمباشرة عقد الزواج ومعبر عنه بـ(أهلية الأداء) أو (أهلية التصرف)، فيجب في العاقدين أن يكونا مميزين على الأقل وهو السابعة من العمر، فإذا كان العاقدين أو أحدهما غير مميز أو مجنون يكون العقد باطلاً.⁽¹⁾

للعاقدين فيكون عقد زواجها باطلاً). النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الثانية/ ١٩٧٣، رقم القرار ٤٥٦٥ تاريخ القرار ١٩٧٥/١٢/٣٠ (ص ٩٢). (لا يعتد بعقد الزواج الذي أبرمه وكيل الزوجة البالغة سبع سنوات لعدم أهليتها للتوكيل ولا يغني حضور والدها مجلس العقد دون أن يجريه بنفسه أو بواسطة وكيل وكيله). مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني، السنة التاسعة/ ١٩٧٨، رقم القرار ١٧٣ تاريخ القرار ١٩٧٨/٥/١٣ (ص ٧٠).

(1) موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، د. وهبة الزحيلي، ج ٨، ص ٥٠.

(2) المصدر السابق، ص ٥٩

(3) أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن دراسة مقارنة بالقانون، د. مصطفى إبراهيم الزلمي، ط ١/٤/٢٠١٤، ص ٥٥.

(4) كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، عبدالرحمن الجزيري، ج ٤، ص ١٣.

(5) المفصل... ج ٦، ص ١١٦.

(1) لتفصيل ذلك يمكن الرجوع إلى (فقه السنة، سيد سابق، ج ٢، ص ٣٤)، و(أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن دراسة مقارنة بالقانون، د. مصطفى إبراهيم الزلمي)، و(موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، د. وهبة الزحيلي، ج ٨، ص ٦٠).

شروط عقد الزواج وأحكامها قانوناً

بعد أن تكلمنا عن الشروط في عقد الزواج في الفقه جاء دور بحثها في القانون، حيث تكلم قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) سنة (١٩٥٩) المعدل عن هذه الشروط بقوله:
(تتحقق الأهلية في عقد الزواج بتوافر الشروط القانونية والشرعية في العاقدين أو من يقوم مقامهما. وأصبحت في الإقليم كالاتي: تتحقق الأهلية في عقد الزواج بتوفر الشروط الواجب توافرها في العاقدين أو من يقوم مقامهما وفق أحكام هذا القانون).^(١)

١- لا ينعقد عقد الزواج إذا فقد شرطاً من شروط الإنعقاد أو الصحة المبينة فيما يلي:

أ- اتحاد مجلس الإيجاب والقبول.

ب- سماع كل من العاقدين كلام الآخر وإستيعابهما بأنه المقصود منه عقد الزواج.

ج- موافقة القبول للإيجاب.

د- شهادة شاهدين متمتعين بالأهلية القانونية على عقد الزواج.^(*) وأصبحت في الإقليم كالاتي: شهادة

شاهدين متمتعين بالأهلية القانونية على عقد الزواج ويستوي في ذلك الرجل والمرأة.

هـ- أن يكون العقد غير معلق على شرط أو حادثة غير محققة.

٢- ينعقد الزواج بالكتابة من الغائب لمن يريد أن يتزوجها بشرط أن تقرأ الكتاب أو تقرؤه على الشاهدين

وتسمعهما عبارته و تشهدهما على أنها قبلت الزواج منه.

٣- الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الإيفاء بها.

٤- للزوجة طلب فسخ العقد عند عدم إيفاء الزوج بما إشتراط ضمن عقد الزواج. وإضيفت الفقرة الخامسة

لهذه المادة في الإقليم وأصبحت كالاتي:

٥- للزوجة أن تشترط على الزوج عند عقد الزواج تفويضها بالتطليق.^(٢)

١- يشترط في تمام أهلية الزواج العقل وإكمال الثامنة عشرة.

٢- للقاضي أن يأذن بزواج أحد الزوجين المريض عقلياً إذا ثبت بتقرير على أن زواجه لا يضر بالمجتمع

وأنه في مصلحته الشخصية إذا قبل الزوج الآخر بالزواج قبولاً صريحاً. وأصبحت في الإقليم كالاتي: للقاضي

أن يأذن بزواج أحد الزوجين المريض عقلياً إذا ثبت بتقرير من لجنة طبية مختصة أن زواجه لا يضر

بالمجتمع وأنه في مصلحته الشخصية وقبل الزوج الآخر بهذا الزواج قبولاً صريحاً كتابةً في عقد الزواج.^(٣)

١- إذا طلب من أكمل الخامسة عشرة "وأصبحت في الإقليم السادسة عشرة" من العمر الزواج، فللقاضي

أن يأذن به، إذا ثبت له أهليته وقابليته البدنية، بعد موافقة وليه الشرعي، فإذا إمتنع الولي طلب القاضي منه

موافقته خلال مدة يحددها له، فإن لم يعترض أو كان إعتراضه غير جدير بالإعتبار أذن القاضي بالزواج.

٢- للقاضي أن يأذن بزواج من بلغ الخامسة عشرة من العمر إذا وجد ضرورة قصوى تدعو إلى ذلك.

ويشترط لإعطاء الإذن تحقق البلوغ الشرعي والقابلية البدنية.^(٤) وأضيفت الفقرة الثالثة لهذه المادة وأصبحت

كالاتي:

(١) المادة الخامسة من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

(*) (أن نصاب الشهادة في المسائل الشرعية المتعلقة بحقوق العباد (ومنها الزواج) هو شهادة شاهدين أو شاهد وأمرأتين).

مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، السنة السادسة/ ١٩٧٥، رقم القرار ١٦٦٩ تاريخ القرار ١٩٧٥/٣/٣ ص ١٢٤.

(يجب الإستماع لشهادتي الشاهدين مجتمعين وفقاً للأحكام الشرعية). مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، السنة

السادسة/ ١٩٧٥، رقم القرار ٤٥٦٥ تاريخ القرار ١٩٧٥/١٢/٣٠، رقم القرار ١٢٦٩ تاريخ القرار ١٩٧٥/٢/١٣ ص ١٢٥.

(البكارة ليست ركناً من أركان عقد الزواج ولا شرطاً من شروطه وتعتبر معاشرته الزوج لزوجه بعدة شهور قبولاً منه بها).

مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثالث، السنة السابعة/ ١٩٧٦، رقم القرار ١١٢٥ تاريخ القرار ١٩٧٦/٧/١٠ ص ٦٣.

(الزواج يعتبر صحيحاً بدون تسمية المهر أو نفيه ويجب مهر المثل للمرأة بالدخول لا بالعقد) النشرة القضائية، العدد الثالث، السنة

الأولى/ ١٩٧١، رقم القرار ٦٤٦ تاريخ القرار ١٩٧٠/٧/٨ ص ٢٠.

(يلزم والد الزوج القاصر بمهر زوجة ابنه إذا حرر للزوجة ورقة تعهد بالمهر). النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة

الخامسة/ ١٩٧٤، رقم القرار ٥٠١ تاريخ القرار ١٩٧٤/٥/٢٠ ص ١٥٨.

(لا تعتبر البنت بالغة شرعاً بمجرد إكمالها تسع سنوات من العمر وعدم إكمالها خمس عشرة سنة بل لإيد من ثبوت ظهور أمارات

البلوغ عليها فإن ثبت ظهورها إعتبرت بالغة أما إذا أكملت الخامسة عشرة من العمر فتعتبر بالغة شرعاً ولو لم تظهر أمارات البلوغ

عليها. النشرة القضائية، العدد الأول، السنة الثالثة، كانون الأول ١٩٧٣، رقم القرار ١٦١٣ تاريخ القرار ١٩٧٢/٢/٢٣ ص ٩٧.

(٢) المادة السادسة من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

(٣) المادة السابعة من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

(٤) المادة الثامنة من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

(*) تم تعديل المواد (الخامسة والسادسة والسابعة والثامنة) من قانون الأحوال الشخصية العراقي في الإقليم بموجب قانون رقم

(١٥) لسنة (٢٠٠٨) الصادر من برلمان كوردستان.

٣-تعتبر الأم ولياً إذا كان الأب متوفياً أو غائباً وكانت حاضنة.^(١)

ينتقد بعض الشراح المادة السادسة من زاويتين: أولاًهما: أنها لم تكن موفقة في تغطية الشروط الشرعية لعقد الزواج. ثانيهما: أنها سوت بين شروط الإنعقاد وشروط الصحة فاعتبرت العقد باطلاً إذا تخلف شروط من شروط أي منهما، مع أن هذا غير صحيح، لأن تخلف شرط من شروط الإنعقاد يؤدي إلى بطلان العقد أما تخلف شرط من شروط الصحة فإنه يؤدي إلى فساد العقد لا بطلانه.^(٢)

جاء هذا الإنتقاد من نظرة المذهبية، حيث أخذ المشرع العراقي بمذهب الحنفي في موضوع أركان الزواج وأراد المنتقدون أن يأخذ بنفس المذهب في شروط عقد الزواج، حيث أن تخلف بعض الشروط في عقد الزواج لا يؤدي إلى بطلانه بل يؤدي إلى فساده في المذهب المذكور، ولكن عند الجمهور العقد الفاسد والباطل نفس الشيء، أي أن الجمهور يجعلون العقد باطلاً سواء فقد شرطاً من شروط الإنعقاد أو شرطاً من شروط الصحة. وبما أن المشرع العراقي ألزم نفسه عدم الأخذ بمذهب معين في سن قانون الأحوال الشخصية بل أخذ من المذاهب جميعاً بما يلائم نصوص هذا القانون دون التقييد بمذهب محدد.^(٣)

لذلك أرى أن هذا النقد ليس في محله وأن المشرع العراقي إتجه نهجا قويمًا ووسطًا بين المذاهب دون إفراط أو تفريط، فأخذ بالشروط الضرورية من شروط الإنعقاد والصحة. بما تضمن إبرام عقد زواج صحيح شرعاً ويحقق المصلحة ويلئم المجتمع العراقي، وبذلك حسم الخلاف الموجود في هذه الشروط عند المذاهب الفقهية.

لايزال نحن بصدد البحث عن الشروط القانونية لعقد الزواج وأحد هذه الشروط هو الشرط الذي جاء به الفقرة (١) من المادة السابعة من قانون الأحوال الشخصية بقوله: (يشترط في تمام أهلية الزواج العقل وإكمال الثامنة عشرة) هذه كقاعدة عامة والإستثناء منها هو ما جاء به المادة الثامنة منه بقوله: (١-إذا طلب من أكمل الخامسة عشرة^(٤) من العمر الزواج فللقاضي أن يأذن به إذا ثبت له أهليته وقابليته البدنية، بعد موافقة وليه الشرعي، فإذا إمتنع الولي طلب القاضي منه موافقته خلا مدة يحددها له، فإن لم يعترض أو كان إعتراضه غير جدير بالإعتبار أذن القاضي بالزواج.

٢-للقاضي أن يأذن بزواج من بلغ الخامسة عشرة من العمر إذا وجد ضرورة قصوى تدعو إلى ذلك. ويشترط لإعطاء الإذن تحقق البلوغ الشرعي والقابلية البدنية)، أما الخلاف الجوهرى بين الفقه والقانون هو في إعتبار الأهلية وصلاحيه الولي في تزويج الصغير، عند الفقهاء يجوز للولي تزويج ابنه أو بنته الصغيرين، أو من هو في حكمهما ك(الكبير المجنون والكبيرة المجنونة) دون إذهنهما،^(٥) أما إذا كان بالغين يتم إستحصال إذهنهما،^(٦) هذا إذا كان البنت بكراً، أما إذا كان ثيباً يكون زواجها بيدها (هذا عند البعض) إما عند الحنفية يكون زواج البالغة بيدها (بكرًا كان أم ثيباً).^(٧) واشترط بعض الفقهاء لزواج الصغير من قبل الأولياء عدد من الشروط كالكفاءة ومهر المثل وخيار البلوغ مع إختلاف في التفصيل.^(٨) وقد فرق إبن الحزم بين الصغير والصغيرة في صلاحية الأب أو غيره إنكاحهما بقوله: لا يجوز للأب ولا لغيره إنكاح الصغير الذكر حتى يبلغ.^(٩) وقد شد إبن شبرمة عن إجماع الفقهاء في جواز إنكاح الولي إبنته الصغيرة بقوله: لا يجوز إنكاح الأب إبنته الصغيرة حتى تبلغ وتأذن، ورأى أمر عائشة -رضي الله عنها- خصوصاً للنبي ﷺ كالموهوبة ونكاح أكثر من أربع.^(١٠)

(١) المادة الثامنة من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

(٢) الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، د. فاروق عبدالله كريم، طبع على نفقة جامعة السليمانية/ ٢٠٠٤، ص ٤٣.

(٣) المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية: (٢-إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية أكثر ملائمة لنصوص هذا القانون. ٣-تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه الإسلامي في العراق وفي البلاد الإسلامية الأخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية.

(٤) تم تعديل هذا العمر في إقليم كردستان وصار (السادسة عشرة) بموجب قانون رقم (١٥) لسنة (٢٠٠٨) الصادر من برلمان كردستان- العراق.

(٥) فقه السنة.. ص ١٣٠ والفقه الحنفي، ص ١٦٣، وكتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ص ٢٩.

(٦) المحلي، ص ٢٣ و فقه السنة، ص ١٣٠.

(٧) المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ص ٩٦.

(٨) مغني المحتاج، ص ١٤٩. وموسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ص ١٨٦.

(٩) المحلي، ص ٢٣.

(١٠) المحلي ص ٢٠.

وعلل الفقهاء صلاحية الولي في تزويج الصغير بقولهم (الشارع أثبت الولاية على الصغيرة، لأن النكاح يتضمن المصالح، وذلك يكون بين المتكافئين والكفاء لا يتفق في كل وقت، فمست الحاجة إلى إثبات الولاية على الصغار تحصيلاً للمصلحة، وإعداداً للكفاء إلى وقت الحاجة، ثم إن كان المزوج أباً أو جداً فلا خيار للمتزوج بعد البلوغ، لأن شفقة الأب والجد أكثر، فيكون عقدهما لازماً لا خيار فيه، ولأن النبي ﷺ لم يخير السيدة عائشة -رضي الله عنها- حين بلغت. وإن كان المزوج غير الأب والجد فلهما الخيار، وإن شاء أقاماً على النكاح وإن شاء فسخاً). (١) (*)

ويشرح الأحناف منطقتهم في إعطاء الأب و الجد ولاية إجبار هكذا: كلما إقترب العصب كلما زاد الحب والعطف وبالتالي الرعاية للأبناء. (٢)

أما في القانون فصلاحيية الولي محدودة جداً فهي منحصرة بزواج القاصر الذي أكمل الخامسة عشرة من العمر، أو بلغ الخامسة عشرة من العمر (عند وجود ضرورة قصوي)، وهذا مع إذن القاضي، أي أن موافقة الولي ليس كافياً كما وأنه، يشترط لإعطاء الإذن من قبل القاضي تحقق الأهلية والبلوغ الشرعي والقابلية البدنية ولا فرق بين الذكر والأنثى، أما إذا بلغ الشخص الثامنة عشرة من العمر فيكون كامل الأهلية وأمره بيده إن لم يعترض عارض كجنون مثلاً وبمعنى آخر يشترط في إتمام أهلية الزواج العقل وإكمال الثامنة عشرة. وبهذا المعنى لا يجوز زواج شخص إن كان تحت سن الخامسة عشرة من العمر إستناداً إلى (مفهوم المخالفة) لحكم المادة الثامنة من قانون الأحوال الشخصية.

(١) الفقه الحنفي وأدلته، ج ٢، ص ١٦٤.

(*) (يكون زواج البنت القاصرة باطلاً وإن أجراه أبوها إذا لم تكن فيه مصلحة لها عند العقد) مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، السنة التاسعة/١٩٧٨، رقم القرار ٢٠٥١ تاريخ القرار ١٩٧٨/١/١٨ ص ٦٨. (إذا كان المزوج للصغيرة غير الأب والجد كان زواجها موقوفاً على إجازتها بعد البلوغ). النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الأولى/١٩٧١، رقم القرار ٢٤٨٦ تاريخ القرار ١٩٧٠/١٠/١٠ ص ٢٧. (إذا كان والد المدعية قد أجبر على زواجها عندما كانت قاصرة فعلى المحكمة أن تحكم بفسخ وإبطال عقد الزواج المذكور) مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثالث، السنة السابعة/١٩٧٦، رقم القرار ١٠٨٨ تاريخ القرار ١٩٧٦/٧/٢٢ ص ٦٣. (إذا زوج الصغيرة الولي غير الأب فلها أن تختار نفسها عند البلوغ). النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الرابعة/١٩٧٣، رقم القرار ٣٨٩، تاريخ القرار ١٩٧٣/٤/٢٣، ص ١٩٠. (ليس للزوجة إختيار نفسها بالبلوغ إذا زوجها الأب أو الجد) النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الرابعة/١٩٧٣، رقم القرار ٥١٦ تاريخ القرار ١٩٧٣/٦/٢٦، ص ١٩١.

(٢) النساء والأسرة وقوانين الطلاق في التاريخ الإسلامي، ص ٢٤١.

المبحث الثالث إمتناع (عضل) الولي وصلاحيه القاضي

كقاعدة عامة جميعنا متفقون على شفقة وإخلاص وحرص الولي وخاصة إذا كان أباً أو جداً، ولكن لكل قاعدة شواذ، لذلك يكون وارداً وجود ولي ليس حريصاً على مصلحة ولده الصغير لسبب من الأسباب كعناد أو سوء تدبير أو كره أو عدم تبصرة على تقيض مصلحة ولده الصغير، فمن هنا يتدخل حاكم البلاد أو القاضي إستناداً لولايتهم العامة دفاعاً عن الصغير من الإستغلال ودفعاً للمفسدة وجلباً للمنفعة لذا نأتي إلى بحث الموضوع أولاً من الجانب الفقهي ثم من الجانب القانوني.

العضل فقهاً

العضل (المنع) ويقصد بعضل الولي: هو منع ولي المرأة العاقلة البالغة من الزواج بكفئها إذا طلبت ذلك، ورغب كل واحد منهما في صاحبه وهو ممنوع شرعاً.⁽¹⁾ وفي هذه الحالة لا تنتقل الولاية إلى الولي الأبعد، بل يزوجها السلطان، لأن تزويجها حق لها على وليها، إذا طلبها الكفو، فإن إمتنع منه وفاه الحاكم، لقوله ﷺ: (السلطان ولي من لا ولي له) فإن عينت المرأة كفناً وأراد الأب تزويجها بكفء آخر، كان له ذلك على الأصح إن كانت بكرًا، لأنه أكمل نظراً منها.⁽²⁾ عن معقل بن يسار، قال: كانت لي أخت تخطب إليّ فأتاني ابن عم لي فأنكحتها إياه، ثم طلقها طلاقاً له رجعة، ثم تركها حتى إنقضت عدتها، فلما خطبت إليّ أتاني يخطبها، فقلت لا والله لا أنكحها أبداً. قال: ففي نزلت هذه الآية: (وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن) البقرة: ٢٣٢. قال: فكفرت عن يميني، فأنكحتها إياه.⁽³⁾

إذا عضل الأقرب وإمتنع من تزويج الصغيرة فليس للأبعد ولاية تزويجها بل يزوجها القاضي أو نائبه بطريق النيابة عن العاضل ولو كان أباً للصغيرة إذا تحقق القاضي أن إمتناعه كان بغير سبب مقبول وأن الزوج كفء لها والمهر مثلها وليس لأحد نقض النكاح الذي عقده القاضي أو نائبه ولو لم يكن التزويج منصوحاً عليه في منشوره فإن كان إمتناع الأقرب من تزويجها لكون الزوج غير كفء لها أو لكون المهر دون مهر المثل فلا يعد عاضلاً ولا يجوز للقاضي أن يزوجه.⁽⁴⁾

وهذا قول كل من الحنفية والشافعية والمالكية أنه إذا عضل الولي الأقرب تنتقل الصلاحية إلى (الحاكم/القاضي) لقوله ﷺ: (السلطان ولي من لا ولي له)، وليس إلى ولي الأبعد بعكس الحنابلة والزيدية الذين يرون أنه إذا عضلها وليها الأقرب إنتقلت الولاية إلى الأبعد.⁽⁵⁾

ولم نجد من أقوال الفقهاء من يتحدث عن عضل الولي بخصوص زواج الصغير بعكس زواج الصغيرة، برغم إتفاق جمهور الفقهاء على الولاية على الصغير والصغيرة، ويرجع ذلك أن الآيات الكريمة والأحاديث الشريفة تتحدث عن الولاية على الصغيرة لذلك إتفق الفقهاء على ثبوت ولاية الأب على الصغيرة بدليل الآية: (واللأئي يئسن من المحيض من نسائكم إن إرتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللأئي لم يحضن) الطلاق: ٥. فقد بين الله تعالى مدة عدة الصغيرة التي لا تحيض وهذا يدل على جواز تزويج الصغيرة إذ لا تكون العدة إلا بعد فرقة أو طلاق من زواج صحيح وفي الحديث أن النبي ﷺ تزوج عائشة رضي الله عنها- وهي بنت ست أو سبع سنين وأدخلت عليها وهي بنت تسع سنين.

(وفرق إبن حزم بين الصغير الذكر والصغيرة الأنثى فلم ير للأب ولا لغيره ولاية إجبار على الصغير الذكر فقال: ولا يجوز للأب ولا لغيره إنكاح الصغير الذكر حتى يبلغ فإن فعل فهو مفسوخ أبداً وأجازه قوم لا حجة لهم إلا قياسه على الصغيرة.⁽¹⁾ على أن فريقاً من كبار الفقهاء كعثمان البتّي، وأبي بكر الأصم وغيرهما،

(1) موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج ٨، ص ٢١٤.

(2) المعتمد في الفقه الشافعي، ج ٤، ص ٦٧.

(3) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، ج ٥، ص ١٢٤.

(4) الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ج ١، ص ١٣٠.

(5) نفس المصدر، ص ١٣١، والبحر الزخار، ج ٤، ص ٧٧.

(6) موقع (http:// m.al-sharq.comt) تأريخ الزيارة: ٢٠٢٢/٨/٢٨.

لم يجيزوا تزويج الصغار، لأن الصغر يتنافى مع مقتضيات عقد الزواج، إذ هو علة لا تظهر إلا بعد البلوغ، فلا حاجة إليه قبله).^(١)

وإشترط جمهور الفقهاء لولاية الولي عند الزواج الصغير عدة شروط يجب أن تتوفر في الولي وفي عملية الزواج وهي أن يكو الولي معروفاً بسداد الرأي وحسن الإختيار ويكون الزواج بمهر المثل ولرجل كفوء.

أما بخصوص الولاية من الولي الأقرب إلى الأبعد عند عضل ولي الأقرب فجمهور الفقهاء يرون أن الولاية لا تنتقل من الولي الأقرب إلى الولي الأبعد عند عضل الأول بل ينتقل إلى الحاكم أو القاضي ومرد الخلاف أن بعضهم يقولون بانتقال الولاية إلى الحاكم وقال الآخرون إلى القاضي هو أن الحاكم والقاضي قد يكونان شخصاً واحداً كالنبي ﷺ كونه حاكماً يُدبر البلاد والعباد ويقضي كقاضي عند التقاضي وإذا اجتمع هذين الصفتين في شخص آخر يجوز له ما جاز للنبي ﷺ لذلك نرى أن عدداً من الخلفاء الراشدين اجتمع فيهم الصفتين ومارسوها معاً، أما إذا كان الحاكم شخصاً والقاضي شخصاً آخر فيكون الولاية في هذه الحالة (أي عضل الولي في زواج موليته) يكون للقاضي، والقاضي في الأصل نائب الحاكم ويعين بأمره وفي وقتنا هذا مأذون من قبل الشعب ويقضى باسمهم.^(٢)

العضل قانوناً

تكلم قانون الأحوال الشخصية عن إمتناع (العضل) في مادته الثامنة بقوله: (١- إذا طلب من أكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج، فللقاضي أن يأذن به، إذا ثبت له أهليته وقابليته البدنية، بعد موافقة وليه الشرعي، فإذا إمتنع الولي طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحددها له، فأن لم يعترض أو كان إعتراضه غير جدير بالإعتبار أذن القاضي بالزواج).^(٣)

٢- للقاضي أن يأذن بزواج من بلغ الخامسة عشرة من العمر إذا وجد ضرورة قصوى تدعو إلى ذلك، ويشترط لإعطاء الإذن تحقق البلوغ الشرعي والقابلية البدنية).

والمشرع العراقي والكوردستاني ساوى بين الذكر والأنثى في وجوب الولاية من بلغ الخامسة عشرة من العمر فما فوق إلى إكمال الثامنة عشرة من العمر وهذا هو رأي جمهور الفقهاء من حيث عدم التفرقة بين الذكر والأنثى بعكس بعض الفقهاء الذين مرّ ذكرهم أمثال ابن حزم وابن شبرمة.

كما وأخذاً المشرعان أيضاً برأي الجمهور في موضوع إنتقال الولاية عند إمتناع الولي إلى القاضي وليس إلى ولي الأبعد.

ألا أن القانون إشترط موافقة الولي الشرعي في زواج ناقص الأهلية غير أن من الممكن إعتبار هذه الولاية ولاية إختيار لا ولاية إجبار بدليل أنه لم يأخذ بإعتراض الولي إذا كان غير جدير بالإعتبار.^(٤)

أما قول الدكتور فاروق في كتابه (الوسيط....) المذكور آنفاً: (... أن من الممكن إعتبار هذه الولاية ولاية إختيار لا ولاية إجبار) أرى أنه جانب الصواب كون ولاية الأب ولاية إجبار ولكن ينتزع منه هذه الصلاحية إستثناءً ويعطى لولي آخر صاحب الولاية العامة ألا وهو السلطان (الحاكم أو القاضي) كون الولي المجرى تعسف في إستعمال حقه في الولاية وهو ظلم لا يصلح إلا بمنعه وهو مهمة السلطة العامة.*^(٥)

وبقي الإشارة إلى أن موافقة القاضي أو عدم موافقته على زواج الصغير من الأوامر التي تصدر على عريضة التي تضم أحكامه المواد (١٥١ و ١٥٢ و ١٥٣) من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩

(١) الزواج عند العرب في الجاهلية والإسلام، ص ١١٢.

(٢) (تصدر الأحكام وتنفذ بإسم الشعب)، المادة الثالثة من قانون السلطة القضائية لإقليم كوردستان- العراق، رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٧.

(٣) وتم تعديل الفقرة الأولى في إقليم كوردستان بموجب قانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٨. الصادر من برلمان كوردستان- العراق وجعل العمر إكمال السادسة عشرة بدلاً من من الخامسة عشرة.

(٤) (الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، د. فاروق عبدالله كريم، ص ٨٨.

(٥) (إصرار الأب على معاقرة الخمر والمجاهرة بشربها نقص في ولايته الشرعية...) النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الأولى ١٩٧١، رقم القرار ١٤٠٣ تاريخ القرار ١٩٧٠/١٢/٩ ص ٤٦.

(لمن له الولاية العامة -القاضي- سلب الولاية الخاصة من الولي -الأب- إذا أضر بالمحجور في نفسه أو ماله). النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الرابعة/١٩٧٣، رقم القرار ٢٢٥ تاريخ القرار ١٩٧٣/١٢/٨ ص ١٨٦.

التي يقدمها طالب الأمر وهي من نسختين مشتملة على وقائع الطلب وأسانيده ويرفق بها ما يعززها من المستندات، ويصدر القاضي أمره على العجل في اليوم التالي لتقديمها على الأكثر ويعطى الطالب صورة رسمية منه ويحفظ الأصل في قلم المحكمة ويبلغ من صدر الأمر ضده بصورة منه ولمن صدر الأمر ضده وللطالب عند رفض طلبه أن يتظلم لدى المحكمة التي أصدرته خلال ثلاثة أيام من تأريخ إصدار الأمر أو من تأريخ تبليغه وذلك بتكليف الخصم بالحضور أمام المحكمة بطريق الإستعمال... وتفضل المحكمة في التظلم على وجه الإستعجال بتأييد الأمر أو إلغائه أو تعديله ويكون قرارها قابلاً للتمييز، وجهة التمييز هي محكمة التمييز/ هيئة الأحوال الشخصية كون الأمر صادر من محكمة الأحوال الشخصية.

وبقي الإشارة إلى أن القانون لم يفصل في موضوع الضرورة القصوى بل ترك تحديدها وتقديرها والأخذ بها من عدمه للمحكمة وحسناً فعل. والضرورة القصوى تعني: الضرورة الملحة، والحاجة البالغة الشدة. وقد سن الفقهاء المسلمون بعض القواعد التي تحكم موضوع الضرورة لأهميتها وقالوا: (الضرورات تبيح المحظورات) ولكن (الضرورة تقدر بقدرها) .

(وقال الدكتور وهبة الزحيلي عن الضرورة بأنها: أن يطرأ على الإنسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة بحيث يخاف حدوث ضرر. أو أذى بالنفس أو بالعضو أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال وتوابعها)^(١). وهذا ما دفع بالمشروع العراقي السماح بالزواج لمن بلغ الخامسة عشرة من العمر وبالشروط المذكورة في الفقرة الأنفة الذكر. بعد التأكد من البلوغ الشرعي والقابلية البدنية عن طريق اللجان الطبية وتحقيق من المصلحة بأخذ أقوال القاصر أو القاصرة ووليها وكذلك أقوال الشهود وأخذ رأي كل من الإدعاء العام والباحث الإجتماعي، ويمكن إيراد بعض الأمثلة على حالات الضرورة القصوى كوقوع القاصر في حالة الإتصال الجنسي إما إستغلالاً و جهلاً أو إجباراً كحالة الإغتصاب ولستر العوائل وعدم فضحهم دفعاً لنشوب الحروب والإنتقام، وكذلك حالة فقدان الوالدين أو أحدهما وعدم وجود الأهل للعناية بالقاصر وكذلك حالة الفقر والعوز والسكن في المناطق النائية والإشتغال الزراعة والمواشي.

(وتنص المادة ١٢/ من مشروع القانون العربي الموحد لأحوال الشخصية على أن: يمنع تزوج الصغير، ذكراً أو أنثى قبل إكماله الخامسة عشرة من العمر إلا بإذن من القاضي، كلما وجد سبب خطير أو إقتضت المصلحة ذلك)^(٢).

وحبذا لو كان المشروع العراقي لم يحدد العمر ببلوغ الخامسة عشرة، بل أخذ فقط بالبلوغ الشرعي والقابلية البدنية، كونهما قد يتحققان قبل الوصول إلى السن المذكور أحياناً، وبما أننا نتحدث عن الضرورة القصوى فالمسألة تحتاج إلى مراعاة أكثر وإنزال العمر إلى أدنى ما هو مقرر، حيث نزل المشروع سنة واحدة فقط وهذا لا يحقق الهدف في الغالب.

(١) موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج ١٠، ص ٤٢٨.

(٢) شرح قانون الأحوال الشخصية، القاضي محمد حسن كشكول والقاضي عباس السعدي، ص ٧٥.

الفصل الثالث إنحلال عقد الزواج الصغير

المبحث الأول
الطلاق

المبحث الثاني
التفريق

المبحث الثالث
أحكام العدة المتعلقة بالصغيرة

الفصل الثالث إنحلال عقد الزواج الصغير

كل العقود تنحل بوجه من الوجوه، إما بحكم الشرع والقانون أو بإرادة المتعاقدين أو بإرادة منفردة. لأنه كل من تم إنعقاده يتم إنفكاكه وإنحلاله، وأي شيء قابل للإنعقاد يكون قابلاً للإنحلال وعقد الزواج كغيره من العقود تتعقد بتوافق الإرادتين والشروط الشرعية والقانونية وينحل بعدة طرق^(١)، بإرادة منفردة من قبل الزوج المعبر عنها بـ(الطلاق) أو المتاركة (عند الحنفية) كما وينحل أيضاً بأمر من الشارع في حالات عديدة كوجود مانع من موانع الزواج كإسلام أحد الزوجين غير المسلمين ويشترك الصغير (القاصر) مع الكبير (البالغ) في غالبية أحكام إنحلال عقد الزواج ويختلف معه في بعضها والذي نسلط عليها الضوء كونها موضوع البحث وذلك في ثلاثة مباحث، حيث نخصص المبحث الأول لإنحلال عقد الزواج بإرادة المنفردة من قبل الزوج (الرجل) أصالة أو توكيلاً أو تفويضاً أما المبحث الثاني فيتطرق إلى التفريق بنوعيه القضائي أو الإتفاقي (الخلع) مع الإشارة إلى حالات الإنحلال بإرادة المشرع، أما المبحث الثالث والأخير فيتطرق إلى بحث حالة من الحالات وحكم من الأحكام الذي يترتب على الإنحلال أحياناً، ألا وهي أحكام العدة المتعلقة بالصغيرة التي حل عقد زواجها.

(١) وقد أجمعت الشرائع المسيحية على رفض إنحلال الزواج بالإتفاق أو بالإرادة المنفردة.. حيث نصت على ذلك صراحة في المادة/ ١١٢ من نصوص مشروع اللائحة الموحدة للأحوال الشخصية التي نصت على الآتي: لا يجوز الطلاق بين المسيحيين بإرادة الزوجين المنفردة ولا باتفاقهما وهذا الإجماع على عدم إنحلال الزواج بهاتين الصورتين يرجع إلى أن الزواج سر مقدس ينعقد بالصلاة ويتدخل فيه رجل الدين عن الإرادة الإلهية وإباحة إنحلاله بإرادة الزوجين.. أو بإرادة أحدهما.. فيه تغليب الإرادة الشخصية على الإرادة الألهية وكسر الناموس (من جمعه الله لا يفرقه إنسان).. وأخيراً فإن إباحة إنحلال الزواج.. وحسبما ورد بمواد نصوص اللائحة جاء في شقين، الأول: إنحلال الزواج بالوفاة (حقيقة أو حكماً) كالمفقود. والثاني: (بسبب الزنا). نقلا عن الموقع: (<https://www.youm7.com>) تأريخ الزيارة: ٢٠٢٢/٨/٣٠.

علما أن عددا من الكنائس البروتستانتية تسمح بالطلاق التوافقي بين الشخصين. إذ لا تربي سرا.. تاريخياً كانت القوانين الغربية تمنع الطلاق ولم تغير ذلك إلا مع بداية فصل الدين عن الدولة وإستحداث الزواج المدني في القرن العشرين بدأت الدول ذات الغالبية الكاثوليكية في تشريع الطلاق قانونياً.. اليوم تبيح كافة الدول ذات الغالبية المسيحية الطلاق بإستثناء الفلبين والفاتيكان. نقلا عن الموقع: (<https://www.wikipedia.org>) تأريخ الزيارة: ٢٠٢٢/٨/٣٠.

الفصل الثالث المبحث الأول الطلاق

موضوع الطلاق المذكور في الشرع والقانون، فنتحدث أولاً عن الطلاق في الفقه ثم في القانون.

الطلاق فقهاً

لاشك أن عقد الزواج في الشريعة الإسلامية كان عقداً مدنياً منذ البداية ولكن لا يتصف بالقدسية ولو أن الشارع أخذ به بأهمية^(١)، ونهى عن الطلاق إلا لضرورة قصوى، ويستعمل بقدر الضرورة وعند الحاجة ووفقاً للخطة المرسومة في القرآن الكريم والأحاديث الشريفة، بمعنى أنه مباح وهو حلال ولكن مبغض^(٢)..

الطلاق لغة: هو التخليه والإنحلال وحل القيد وهو ضد الحبس^(٣).

أما اصطلاحاً: عند الحنفية بأنه: إزالة النكاح الذي هو قيد معنى. وعرفه الشافعية بأنه: حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه. وعرفه المالكية بأنه: إزالة القيد، وإرسال العصمة. وعرف الحنابلة بأنه: حل قيد النكاح أو بعضه^(٤).

ومشروعية الطلاق دل عليه القرآن^(٥) والحديث^(٦) والإجماع^(٧). والحكمة من تشريع الطلاق كثيرة ومنها أن الزواج عملية معقدة ذات أبعاد عديدة فهي عملية روحية ومادية، نفسية وسلوكية، شخصية وإجتماعية وكذلك إقتصادية ودينية، خصوصية ومشاركة، منفعية وتفانية، يجتمع في اللذة والضرورة.. وغيرها من الأبعاد والأهداف لا يسعنا المجال في التفصيل فهو مفهوم في كل الأحوال... ومشروع كهذا قد لا يحقق هذه الأهداف لسبب من الأسباب، كسوء الاختيار، أو حدوث طارئ، أو ظهور حالة لأحد الزوجين أو لهما كانت خفية في البداية، أو عدم التوافق الروحي أو النفسي أو الجسدي أو المادي والمعيشي وغيرها من المؤثرات الداخلية والخارجية المحيطة بهما..

حكم الطلاق: يختلف حكم الطلاق بحسب أحواله وظروفه، . وتعتريه الأحكام الخمسة:

- ١- الوجوب: يكون الطلاق واجباً كحالة الإيلاء، إذا قضت مدة الإيلاء، فإن الزوج يؤمر وجوباً بأن يفئ عن يمينه أو يطلق.
- ٢- الندب: يكون الطلاق مندوباً للزوج ومستحباً إذا كانت الزوجة غير مستقيمة أو غير عفيفة، أو كان الزوج يقصر في حقها لبغض أو لغيره.
- ٣- الكراهة: يكون الطلاق مكروهاً إذا كان بغير سبب مقبول شرعاً أو كان سببه بسيطاً ويتحملة الزوج.
- ٤- الإباحة: يكون الطلاق مباحاً، إذا وجد له سبب مقبول شرعاً ومع ذلك فهو مباح بغض.
- ٥- التحريم: يكون الطلاق حراماً إذا كان منجزاً في الحيض إذا كانت الزوجة ممسوسة (المدخول فيها) وعدتها بالإقراء وكان الطلاق بلا عوض. وكذلك إذا كان الطلاق في طهر وطئ فيه وكانت تحتل الحمل والطلاق الحرام يدخل في الطلاق البدعي^(٨). كون المرأة يتضرر وهذا ظلم ولو أن الطلاق البدعي يقع ولكن المطلق يأثم.

(١) قال الله تعالى واصفاً عقد الزواج: (.. وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً) النساء: ٢١. كما قال تعالى: (الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان) البقرة: ٢٢٩. وعدم مراعاة السنة في إيقاع الطلاق المسمى عند الفقهاء بـ(الطلاق البدعي) كطلاق الثلاث دفعة واحدة، أو طلاق المرأة في أثناء النفاس، أو الحيض، أو طلاقها في طهر جامعها فيه.. والطلاق البدعي يقع عند الجمهور ولكن يأثم فاعله ديناً.

(٢) قال رسول الله ﷺ: (أبغض الحلال إلى الله الطلاق).

(٣) المعتمد في الفقه الشافعي، ج ٤، ص ١٣٥.

(٤) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٤، ص ١٨٢.

(٥) كالأية: (لا جناح عليكم إن طلقتم النساء... البقرة: ٢٣٦).

(٦) كحديث: (ليس شيء من الحلال أبغض إلى الله من الطلاق).

(٧) حيث أجمعت الأمة الإسلامية قديماً وحديثاً على مشروعية الطلاق، ولم يشذ منها أحد.

(٨) المعتمد في الفقه الشافعي، ج ٤، ص ١٣٨. وكذلك (المغني) للموفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الدمشقي الحنبلي، ج ١٠، ص ٧٢.

أركان الطلاق

للطلاق أركان كما للزواج أركان، فعند الحنفية هو اللفظ، وللمالكية أربعة أركان: أهل له (زوج أو نائبه أو وليه إن كان صغيراً). ب- قصد: النطق باللفظ الصريح والكناية الظاهرة ولو لم يقصد حل العصمة بدليل صحة طلاق الهازل. ج- محل أي عصمة مملوكة. د- لفظ: صريح أو كناية. وعلها أين جزئي ثلاثة: هي المطلق، والمطلقة والصيغة وهي اللفظ وما في معناه. وأما الشافعية والحنابلة فقالوا: أركان الطلاق خمسة: مطلق، وصيغة، ومحل، وولاية (الأهلية).^(١)

ويلاحظ أن نظرة الفقهاء والمذاهب للزواج أثرت في نظرهم إلى الطلاق من حيث تعداد أركانها. مع ملاحظة أن من الفقهاء من لا يصح عنده الطلاق من غير الزوج ولو أبا عن ابنه الصغير.^(٢) وأجاز الحنابلة طلاق مميز يعقل الطلاق ولو كان دون عشر سنين، بأن يعلم أن زوجته تبين منه وتحرم عليه إذا طلقها، ويصح توكيل المميز في الطلاق وتوكله فيه، لأن من صح منه مباشرة شيء، صح أن يوكل وأن يتوكل فيه. ولا يصح عند الفقهاء أن يطلق الولي على الصبي أو المجنون بلا عوض، لأن الطلاق ضرر.. ودليل اشتراط البلوغ والعقل، حديث (كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون).. كون الطلاق تصرف يحتاج إلى إدراك كامل وعقل وافر.. ولأن الطلاق تصرف ضار، فلا يملكه الصبي ولو كان مميزاً أو أجازته الولي.^(٣)

وينقسم الطلاق عدة تقسيمات عند الفقهاء، ومنها تقسيمه من حيث اللفظ إلى طلاق الصريح وطلاق الكناية، وتقسيمه من حيث موافقته للسنة إلى طلاق السنني وطلاق البدعي، ومن حيث الوسيلة إيقاع الطلاق بالعبارة الصريحة أو الكتابة والإشارة وغيرها من التقسيمات.

بقي أن نسلط الضوء بشكل وجيز على الطلاق الصريح والكنائي وإيقاع الطلاق بالكتابة أو الإشارة لحاجتنا له للمقارنة عند الكلام عن الطلاق في قانون الأحوال الشخصية العراقي. فيقع الطلاق باللفظ الصريح دون حاجة إلى نية. أو دلالة حالة، فلو قال الرجل لزوجته أنت طالقة، وقع الطلاق ولا يتلقت لإدعائه أنه لا يريد الطلاق.

أما طلاق الكناية: هو كل لفظ يحتمل الطلاق وغيره، ولم يتعارفه الناس في إرادة الطلاق، مثل قول الرجل لزوجته: إحقى بأهلك، إذ بهي، أخرجي، أنت بائن، أنت بنتة، أنت خلية، بربة، إستبرئ رحمك، أمرك بيدك، حبلك على غاربك.. ونحوها من الألفاظ التي لم توضع للطلاق، وإنما يفهم الطلاق منها بالقرينة أو دلالة الحال.. وقد حصر المالكية الكناية بالكناية المحتملة... أما الكناية الظاهرة مثل أنت بائن أو بنتة.. فلها حكم الصريح.. ولا يقع الطلاق الكناية إلا بالنية^(٤).. مع إختلاف في التفاصيل.. كما للفقهاء آراء مختلفة حول وقوع الطلاق عن طريق الكتابة أو الإشارة.

الطلاق قانوناً

تكلم قانون الأحوال الشخصية العراقي عن الطلاق في المواد (٣٤ - ٣٩) الموافق كلياً مع ما جاء في الشرع إلا في موضوع الوكالة في إيقاع الطلاق، حيث يقول: (أولاً: الطلاق رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج أو من الزوجة إن وكلت به أو فوضت^(٥) أو من القاضي ولا يقع الطلاق إلا بالصيغة المخصوصة له شرعاً. ثانياً: لا يعتد بالوكالة في إجراءات البحث الإجتماعي والتحكيم وفي إيقاع الطلاق)^(٦).

(١) موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج٨، ص ٣٤٨.

(٢) البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج٤، ص ٢٦٤.

(٣) موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج٨، ص ٣٥١.

(٤) موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج٨، ص ٣٦٦.

(٥) (للزوجة أن تطلق نفسها إذا فوضها الزوج بذلك في صلب العقد) مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، السنة السابعة ١٩٧٦. رقم القرار ١٥٨٦ تاريخ القرار ١٩٧٦/٢/١٩، ص ٨٤.

(٦) المادة الرابعة والثلاثون من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

(٧) (لا يمكن لوكيل الزوج إيقاع الطلاق نيابة عن موكله عملاً بأحكام القانون رقم ١٥٦ لسنة ١٩٨٠ وهو التعديل الخامس لقانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩) مجموعة الأحكام العدلية، العدد الرابع، السنة الثالثة عشرة، ١٩٨٢. رقم القرار ٧٩٧ تاريخ القرار ١٩٨٢/١٢/١٢، ص ٣٥.

(٨) (لا يعتد بالوكالة في إيقاع الطلاق الخلعي عملاً بأحكام المادة ٣٤/ثانياً من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل) مجموعة الأحكام العدلية، الأعداد (١، ٢، ٣، ٤) لسنة ١٩٨٤. رقم القرار ٧٧٤ تاريخ القرار ١٩٨٤/١١/١٨، ص ١١٤.

نجد أن المشرع العراقي وقع في التناقض، حيث أخذت بالوكالة لإيقاع الطلاق في الفقرة الأولى عندما قال: (.... إن وكتلت) ويقصد الزوجة، ولم يأخذ بها في الفقرة الثانية عندما قال: (لا يعتد بالوكالة... في إيقاع الطلاق). ويمكن رفع هذا التناقض بقول أن المشرع العراقي أعطى حق إيقاع الطلاق بالوكالة للزوجة فقط دون غيرها.

وتم تعديل هذه المادة في الإقليم بموجب قانون تطبيق قانون الأحوال الشخصية رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٨ الصادر من برلمان كردستان- العراق وجعلها كالتالي: (أولاً: الطلاق رفع قيد الزواج بصيغة صريحة تدل عليه شرعاً وقانوناً دون التقيد بصيغة محددة أو لغة معينة بإيقاع من الزوج أو الزوجة إن وكتلت أو فوضت به أو من القاضي).

ثانياً: لا يعتد بالوكالة في إجراءات البحث الإجتماعي والتحكيم وفي إيقاع الطلاق ما لم يكن هناك مانع من حضور أحد الزوجين).

حيث صحح المشرع الكوردستاني الخطأ الذي وقع فيه المشرع العراقي نوعاً ما في موضوع الوكالة في إيقاع الطلاق، حيث سمح بها إذا كان هناك مانع من حضور أحد الزوجين، ولكن وقع في خطأ والذي لم يقع فيه المشرع العراقي وهو عدم اعتبار الطلاق الكنائسي بقوله: (.. بصيغة صريحة..)^(١)، بمعنى أنه أبعد الصيغ غير الصريحة (أي الكناية) مع العلم أن طلاق الكناية موضع اتفاق الفقهاء.

حيث ذكر المشرع أركان الطلاق^(٢)، في الفقرة الأولى من المادة المذكورة دون التصريح بعكس عقد الزواج الذي بين أركانه. وأن وجهة المشرع العراقي توافق وجهة جمهور الفقهاء فيما يتعلق بموضوع الزواج الصغير والصغيرة.

أما بخصوص إيقاع الطلاق من قبل الصغير والذي هو موضوع البحث لم يتطرق إليه المشرع العراقي ولا الكوردستاني صراحة، ولكن يمكن فهم موقفهما ضمناً عند العودة إلى المادة الثامنة من القانون، حيث سمح بزواج من أكمل الخامسة عشرة من العمر وبالشروط المذكورة من المادة المذكورة فيكون من تزوج بإذن من المحكمة يكون له أهلية في إيقاع الطلاق، ويكون كامل الأهلية إستناداً لأحكام المادة (٣/أولاً) من قانون رعاية الفاصرين بقوله: (ويعتبر من أكمل الخامسة عشرة وتزوج بإذن المحكمة كامل الأهلية). بمعنى أن المشرع لا يعترف بطلاق الصغير لعدم الإعراف بزواجه، وهو محل الخلاف بين مشرع قانون الأحوال الشخصية العراقي وجمهور الفقهاء فيما يتعلق بموضوع زواج الصغير والصغيرة.

وقد يقال صحيح أن قانون الأحوال الشخصية سكت عن موضوع زواج الصغير ولكن سمح بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية في المادة (الأولى/٢، ٣) منه لسد هذا النقص بقوله: (٢- إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون.

٣- تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقهاء الإسلامي في العراق وفي البلاد الإسلامية الأخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية).

وفي الجواب نقول صحيح أن القانون المذكور سمح بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، ولكن هذا السماح مقيد بشرط وهو عدم وجود النص، فالوضع هنا مختلف تماماً كون النص موجود إستناداً لأحكام المواد (٥، ٧، ٨) من القانون المذكور الذي طالب بتحقيق الأهلية في العاقدين^(٣)، أو من يقوم مقامهما وفق الشروط الواجب توفرها ألا وهي العقل وإكمال الثامنة عشرة كقاعدة عامة، والإستثناء بلوغ الخامسة عشرة من العمر وبالشروط المذكورة في المادة الثامنة منه.

(١) (إن صيغة: زوجتي بالحرام لا فتوى ولا رجعة) تتضمن طلاقاً بصيغة اليمين وهو باطل. النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الثالثة. رقم القرار ٥٠٧ تاريخ القرار ١٩/١٠/١٩٧٢، ص ١٠٨.

(٢) (لا يشترط عند إيقاع الطلاق حضور شاهدين عدلين لخلو قانون الأحوال الشخصية من نص بذلك) النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الثالثة. رقم القرار ١٤٣ تاريخ القرار ١٤/١٠/١٩٧٣، ص ١٠٥.

(٣) (إذا كان المدعى عليه بالغاً شرعاً، فتصح خصومته ويحق للمحكمة في هذه الحالة إدخال وليه إن وجد شخصاً ثالثاً في الدعوى إلى جانبه) مجموعة الأحكام العدلية، العدد (١، ٢، ٤، ٣) لسنة ١٩٨٣، رقم القرار ٢٠٠٠ تاريخ القرار ١٩٨٣/٦/٩، ص ٥١. (إذا كانت المدعية قاصرة يجب على المحكمة إدخال وليها شخصاً ثالثاً إلى جانبها لإكمال الخصومة) مجموعة الأحكام العدلية، العدد الرابع، السنة الثالثة عشرة، ١٩٨٢، رقم القرار: بلا، تاريخ القرار ١٦/١٢/١٩٨٢، ص ٤١.

المبحث الثاني

التفريق

سنتحدث في هذا المبحث عن التفريق بنوعيه القضائي والإختياري في الفقه و القانون بشكل موجز بما يوافق خصوصية البحث.

التفريق فقهاً

فالتفريق بين الزوجين سواء بسبب الضرر أو الخلاف عن طريق القضاء أو بالإتفاق له أصل شرعي حيث قال تعالى: (ولا تضاروهن) الطلاق: ٦، (ولا تمسكوهن ضراً) البقرة: ٢٣١. أما بخصوص الخلع بسبب الخلاف حيث قال تعالى: (فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) البقرة: ٢٢٩، (ولا تعضلوهن لتذهبن ببعض ما أتيتموهن) النساء: ١٩، (وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما إن الله كان عليماً خبيراً) النساء: ٣٥. (عن ابن عباس قال: جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى رسول الله ﷺ فقالت يا رسول الله إني ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله ﷺ أتردين عليه حديثه؟ قالت: نعم. فقال رسول الله ﷺ إقبل الحديفة وطلقها تطليقة). رواه البخاري والنسائي.^(١)

تكلّمنا عن الطلاق الذي هو رفع قيد الزواج بإرادة الزوج، أما التفريق فعلى أنواع، فيكون إختياري أي بتوافق وإرادة كل من الزوجين، والنوع الآخر من التفريق يكون بحكم القاضي بعد رفع الأمر إليه من أحد الزوجين وغالباً هو الزوجة، لأن الزوج بيده الطلاق. والتفريق يكون إما بسبب عدم الإنفاق أو عيب يمنع الإستفادة أو الضرر المادي أو المعنوي كالضرب والسب أو الغيبة والحبس أو تغيير الدين أو الإيلاء والظهار واللعان أو بسبب خلاف و شقاق. وإختلف الفقهاء في جواز التفريق بهذه الأسباب بين موجز ومانع ولكن الأكثرية منهم (الجمهور) مع الجواز.^(٢)

فبعد هذا الإيجاز حول أنواع التفريق نأتي إلى صلب الموضوع وهو ما يتعلق بالصغير أو من في حكمه كالمحجور.

قال الشافعي... من جاز أمره في ماله فنجيز خلعه ومن لم يجيز أمره في ماله فنرد خلعه، فإن كانت المرأة صبية لم تبلغ أو بالغاً ليست برشيده أو محجوراً عليها، أو مغلوبة على عقلها فاختلفت من زوجها بشئ قل أو كثر فكل ما أخذ منها مردود عليها وما طلقها على ما أخذ منها واقع عليها وهذا يملك الرجعة... وهكذا إن خالغ عنها وليها بأمرها من مالها كان أو غيره فالمال مردود وليس للسلطان أن يخالغ عنها من مالها فإن فعل فالطلاق واقع والخلع مردود عليها ولو خالغ عنها وهي صبية بأن أبرأ زوجها من مهرها أو دين لها عليه أو أعطاه شيئاً من مالها كان الطلاق الذي وقع بالمال واقعاً عليها وكان مالها الذي دفعته إليه مردوداً عليها وحقها ثابت عليه من الصداق وغيره ولا يبرء الزوج من شئ مما أبرأه منه الأب والولي غير الأب ولو كان أب الصغيرة وولي المحجور عليها، خالغ عنها بأن أبرأه من صداقها وهو يعرفه على أنه ضامن لما أدركه فيه كان صداقها على الزوج يؤخذ به ويرجع به الزوج على الذي ضمنه أياً كان أو ولياً أو أجنبياً ولا يرجع به الضامن على المرأة لأنه ضمن عنها متطوعاً في غير نظر لها.. ولا يجوز خلع المحجور عليها بمال إلا بأن يتطوع عنها أحد.. وإن خلع أبو الصبي أو المعتوه أو وليه عنه امرأته أو أبا امرأته فالخلع باطل والنكاح ثابت، وما أخذ من المرأة أو وليها على الخلع فهو مردود كله وهي امرأته بمالها وكذلك إن كان مغلوباً على عقله أو غير بالغ فخالغ عن نفسه فهي امرأته بمالها... لأن الخلع طلاق فلا يكون لأحد أن يطلق عن أحد، أب ولا سيد ولا ولي ولا سلطان، إنما يطلق المرء عن نفسه أو يطلق عليه السلطان بما لزم من نفسه إذا امتنع هو أن يطلق وكان ممن له طلاق وليس الخلع من هذا المعنى بسبيل.^(٣)

وليس للأب والجد ولا لغيرهما من الأولياء أن يخلع امرأة الطفل لقوله ﷺ: (الطلاق لمن أخذ بالساق)، والزوج هو الموصوف بهذه الصفة.^(٤)

وليس له خلع إبنته الصغيرة بشئ من مالها. لأنه إنما ملك التصرف بمالها فيه الحظ، وليس في هذا حظ، بل فيه إسقاط نفقتها وكسوتها وبذل مالها^(٥) وهذا قول أبو حنيفة والشافعي.

(١) نيل الأوطار، ج٦، ص ٢٤٦.

(٢) لتفصيل ذلك يمكن الرجوع إلى (موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة)، ج٨، ص ٤٨٦. وكذلك (البحر الزخار الجامع

لمذاهب علماء الأمصار)، ج٤، ص ١٠٠.

(٣) الأم، ج٣، ص ٢٢١.

(٤) كفاية النبيه شرح التنبيه، ج١٣، ص ٣٦٧.

(٥) المغني لموفق الدين الحنبلي، ج١٠، ص ١٣-١٤.

وقال كل من عطاء وقتادة أن للأب خلع إبنته الصغيرة أو طلاقها، لأنها ولاية يستفيد بها تملك البضع، فجاز أن يملك بها إزالته إذا لم يكن متهماً، كالحاكم يملك الطلاق على الصغير والمجنون والإعسار وتزويج الصغير وهو قول أحمد... فإن كان محجوراً عليه دفع المال إلى وليه، لأن ولي المحجور عليه هو الذي يقبض حقوقه وأمواله، وهذا من حقه. (١)

وفي إحتياج الخلع لسلطان رأيان، الأول: لا يفتقر الخلع إلى الحاكم نص عليه أحمد فقال: يجوز الخلع دون السلطان وروى البخاري عن عمر وعثمان -رضي الله عنهما- وبه قال شريح الزهري ومالك والشافعي وأسحاق وأهل الرأي. (٢)

وكذلك قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وزفر ومالك والحسن بن صالح.. (يجوز الخلع بغير سلطان).. والذي يدل على جوازه عند غير سلطان قوله تعالى: (فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً) النساء: ٤. إقتضى ظاهره جواز أخذه ذلك منها على وجه الخلع وغيره. (٣) وعن الحسن وابن سيرين: لا يجوز إلا عند السلطان. (٤)

التفريق قانوناً

تلزم قانون الأحوال الشخصية عن التفريق بأنواعه في المواد (٢٥، ٤٠، ٤١، ٤٢، ٤٣، ٤٦) ويشمل النشوز وكذلك الأضرار المادية بأنوعها أو الأدبية والمعنوية كعدم الإنفاق وهجر الزوج زوجته أو حبسه أو عدم طاعة الزوجة لزوجها وممارسة الرذائل أو إصابة الزوج ببعض الأمراض المتعصية وعدم الرغبة في إكمال الزواج من قبل الزوجة وكذلك التفريق بإتفاق الزوجين (الخلع) وقد أخذ المشرع العراقي برأي جمهور الفقهاء في أسباب التفريق بشكل عام مع بعض الإختلافات والتي نشير إليها في محله. (٥)

(١) المغني، لموفق الدين الحنبلي، ج ١٠، ص ١٢.

(٢) نفس المصدر، ص ٧.

(٣) أحكام القرآن، لأبي بكر الجصاص، ج ٢، ٢٤٢.

(٤) المغني، لموفق الدين الحنبلي، ج ١٠، ص ٧.

(٥) (يشترط في الخلع العقل والرشد وليس للرشد سن معين شرعاً وإنما يعتبر رشيداً من بلغ عاقلاً وله ملكة نفسانية يصلح بها ماله ويمنع إفساده وصرفه في غير الوجه اللائقة بأفعال العقلاء أي يحسن التصرفات بأمواله على الوجه الصحيح). النشرة القضائية، العدد الأول، السنة الثانية/ ١٩٧٢. رقم القرار ٦٠٥، تاريخ القرار ١٩٧١/٣/٦، ص (لا تصح مخالعة الزوجة البالغة مالم يثبت رشدها ليجوز لها التصرف بأموالها بالبدل). النشرة القضائية، العدد الأول، السنة الثانية، ١٩٧٢، رقم القرار ١٥٤، تاريخ القرار ١٤/٣/١٩٧١، ص

(يجب إمهال الزوج أثناء المرافعة مدة سنتين يوماً لدفع النفقة المتركمة قبل إتخاذ قرار بالتفريق لعدم الإنفاق). مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني، السنة التاسعة، رقم القرار ٨١٨ تاريخ القرار ١٩٧٨/٥/٢، ص ٦٧.

(١- إذا قبلت الزوجة المخالعة الخلع من الزوج وهي قاصرة تم الخلق ولا مال عليها فلا يسقط مهرها ويقع بالخلع طلاق بائن. ٢- إذا خالعت أب الصغيرة زوجها فإن خلعها بمهرها أو بمالها ولم يضمه طلق بائناً ولا يلزمها المال ولا يلزمه ولا يسقط مهرها. وإن خلعها على مهرها وعلى مال والتزم بأدائه من ماله للخالع صح ووقعت الفرقة ولزمه المال ولا يسقط المهر بل تطالب به المرأة زوجها وهو يرجع به على أبيها إن كان الخلع على المهر). النشرة القضائية، العدد الأول، السنة الثالثة، ١٩٧٣، رقم القرار ١١٩ تاريخ القرار ١٩٢٢/٢/٢٤، ص ٩٨.

(التفريق للشقاق والضرر أو لغياب الزوج سنتين فأكثر أو لعلل يقع به طلاق بائن بينونة صغرى أما التفريق لعدم الإتفاق فهو طلاق رجعي) النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الرابعة، رقم القرار ١٢٥٤ تاريخ القرار ١٩٧٣/٥/٢٨، ص ١٨٥.

(إن تنازل القاصرة ووليها المجرى عن مهرها غير ملزم لها). مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثالث، السنة السابعة، ١٩٧٦، رقم القرار ١١٢٨، تاريخ القرار ١٩٧٦/٧/٢٧، ص ٦٧.

(إذا بلغت الزوجة الخامسة عشرة سنة وثبت رشدها فيصح التخالع والبدل منها). النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الرابعة، ١٩٧٣، رقم القرار ٥٨٨ تاريخ القرار ١٩٧٣/١٢/٢٢.

ويعتبر التفريق في الحالات الواردة في المواد المشار إليها أنفاً طلاقاً بانناً بينونة صغرى^(١). ولم يتطرق القانون إلى أسباب التفريق الأخرى كـ(الإيلاء والظهار^(٢)) واللعان وتغير الدين والتفريق بسبب الرضاغة) وعلى القاضي الرجوع إلى الأحكام الفقهية المتعلقة بهذه الأسباب إستناداً إلى المادة الأولى من القانون المذكور. قبل أن نتطرق إلى الأحكام المتعلقة بالصغير بخصوص التفريق أود أن أشير إلى خلاف جوهري بين آراء الفقهاء وتوجه المشرع في الإقليم في أحد أسباب التفريق ألا وهي التزوج بزوجة ثانية^(٣)، حيث أعطى المشرع الكوردستاني الحق للزوجة بطلب التفريق في هذه الحالة، وبناءً على ذلك أصدر المجلس الأعلى للإفتاء في الإقليم بتاريخ ٢٠٢١/٦/١٥ فتوى باللغة الكوردية والمتضمن أن تفريق الزوجة من قبل المحكمة بسبب تزوج زوجها بزوجة ثانية لايجوز وفق الشريعة الإسلامية، وتم تعميم الفتوى بموجب كتاب المجلس المذكور المرقم ٤٣٠ في ٢٠٢١/٦/١٦ على جميع فروع المجلس، كما وتقدمت محكمة الأحوال الشخصية في حلبجة بتاريخ ٢٠٢١/٨/٢٣ طعناً دستورياً للمحكمة الاتحادية العليا بخصوص الفقرة المذكورة لمخالفتها للشريعة الإسلامية ولم تبت المحكمة المذكورة في الطعن حتى الآن.

وبما أن قانون الأحوال الشخصية نظم أحكام زواج الصغير في المادة الثامنة والتي مرت ذكرها لذا لم يبقى من موضوع زواج الصغير كثيراً لبحثه، وأن قانون الأحوال الشخصية العراقي (النافذ في الإقليم) منع زواج الصغير ولا يعترف به إلا إذا كان وفق الشروط والضوابط المذكورة فيه والمبينة في المادة الثامنة منه، وفي حالة إجراء زواج صغير ما، خارج المحكمة أعطى القانون الحق لكل من الزوجين طلب التفريق.^(٤)

(١) إنظر المواد (٢٥/ رابعاً و ٤٥) من قانون الأحوال الشخصية

(٢) (يكون الزوج عاجزاً عن إثبات الطلاق إذا إنصبت إحدى الشهادتين على الظهار فإن حلفت الزوجة اليمين على عدم وقوع الطلاق بالتاريخ الذي ذكره زوجها يعتبر الطلاق واقعاً بتاريخ الجلسة التي أقر فيها الزوج بوقوعه لا بالتاريخ الذي ذكره في دعواه). مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثالث، السنة الحادية عشرة، ١٩٨٠، رقم القرار ٢٩٥١، تاريخ القرار ١٩٨٠/٩/٩، ص ٣٠.

(٣) توقفت العمل بالفقرة (٥) من المادة الأربعين من قانون الأحوال الشخصية العراقي في الإقليم بموجب قانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٨ الصادر من برلمان كوردستان وأصبحت كالاتي: (٥-إذا تزوج الزوج بزوجة ثانية يحق للزوجة الأولى طلب التفريق).

* مع الملاحظة بأن المشرع لم يكن موفقاً في أيراد هذه الفقرة ضمن مادة الأربعين من القانون ومحلها الصحيح هي المادة الثالثة والأربعون.

(٤) المادة الأربعون: (لكل من الزوجين، طلب التفريق عند توافر أحد الأسباب الآتية: (٣-إذا كان عقد الزواج قد تم إكمال أحد الزوجين الثامنة عشرة دون موافقة القاضي).

* ولم نجد سندا لهذه الفقرة في الكتب الفقهية ويمكن إضفاء الشرعية عليها إستناداً على مصادر الشريعة ألا وهي المصالح المرسله وصلاحيه حاكم البلاد في تفيد بعض الأمور المباحة سداً لذريعة وجلباً للمنفعة ودرءاً للمفسدة.

المبحث الثالث

أحكام العدة المتعلقة بالصغيرة

توصلنا إلى نهاية البحث ونتحدث في هذا المبحث عن أحكام العدة في الفقه والقانون أيضاً وهي من آثار الزواج فنورد أولاً أحكامها في الفقه ويليه أحكامها في القانون.

أحكام العدة فقهاً

والعدة في اللغة الإحصاء، أما اصطلاحاً عند الحنفية: مدة محددة شرعاً لإنقضاء ما بقي من آثار الزواج وعند الجمهور العدة: مدة تتربص فيها المرأة، لمعرفة براءة رحمها، أو للتعبد، أو لتفجّعها على زوجها.^(١)

وأجمع العلماء على وجوبها لقول الله تعالى: (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) البقرة: ٢٢٨. (الذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً) البقرة: ٢٣٤. (واللائي ينسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن) الطلاق: ٤. وقوله ﷺ لفاطمة بنت قيس: (اعتدي في بيت أم مكتوم).^(٢)

وأسباب وجوب العدة هي إجمالاً الفرقة بين الزوجين والدخول في الزواج الفاسد أو بالشبهة، وتفصيلاً الطلاق والتفريق القضائي والفسخ وارتداد أحد الزوجين والدخول في الزواج الفاسد أو بالشبهة والوفاء.^(٣)

والعدة على ثلاثة أنواع بالإقراء والأشهر ووضع الحمل^(٤)، وقد يتداخل نوعين من العدة وقد يتحول المعتدة في عدة إلى عدة أخرى من أنواع العدة لحدوث أمر طارئ وقد يعتد المرأة بأبعد الأجلين وسنوضح الموضوع أكثر، فإذا كانت المرأة المطلقة من ذوات الحيض المنتظم فتعتد بالإقراء (ثلاثة قروء) إن كانت (حائلاً)، وإن كانت (حامل) فتعتد بوضع حملها، وإن كانت لا تحض أما بسبب صغر سنها أو كانت يائسة (لكبر سنها) أو أنها بالغة ولكن لم تحض أصلاً فعدتها بالأشهر (ثلاثة أشهر) والمتوفي عنها زوجها تعتد أيضاً بالشهور (اربعة أشهر وعشرة أيام).

ومن أمثلة على تحول العدة من نوع إلى نوع آخر: إذا اعتدت المرأة بالأشهر لغير الوفاة لصغر السن أو دخول في سن اليأس ثم دخلت في الحيض قبل إنقضاء الأشهر وجب عليها إن تستأنف عدة جديدة بثلاث حيضات كاملات.

ب- إذا كانت من ذوات الحيض فاعتدت بالقراء فقبل إنتهاء عدتها بالقراء دخلت سن اليأس فانقطع الحيض فتعتد عدة الأيسة بالأشهر، ويرى بعض الفقهاء إن كل حيضة تعتبر شهراً فإذا اعتدت بالقراء حيضة واحدة ودخلت سن اليأس تعتد شهرين بعد الحيضة وإذا قضت حيضتان ودخلت سن اليأس تعتد شهراً واحداً.

ج- إذا توفي زوجها أثناء العدة وهي مطلقة طلاقاً رجعيّاً تتحول عدة الطلاق سواء كانت بالأشهر أو بالقراء إلى عدة الوفاة لأنها في حكم الزوجة قبل إنتهاء عدتها، بخلاف المطلقة طلاقاً بانئاً فإن عدتها لا تتحول إلى عدة الوفاة بل تستمر على العدة التي بدأت بها سواء كانت بالقراء أو بالأشهر لإنقطاع العلاقة الزوجية حقيقة وحكماً، ولأنها لا تترث منه إذا مات بعد وقوع الطلاق البائن.^(٥)

والحكمة من تشريع العدة كثيرة منها معروفة ومنها غير معروفة، والمعروف منها: (١-براءة الرحم: يقصد من العدة إستبراء رحم المرأة للتأكد من عدم وجود حمل من الرجل، منعاً من إختلاط الأنساب، وصون النسب...

٢-فرصة الرجعة: يقصد بالعدة تمكين الرجل من العودة إلى مطلقته خلال العدة، بعد زوال عاصفة الغضب، وهدوء النفس، والتفكير بمتاعب ومخاطر ووحشات الفراق...

٣-التفجّع على الزواج: يراد من العدة تذكر نعمة الزواج، ورعاية حق الزوج وأقاربه، وإظهار التأثر لفقده، وإبداء وفاء الزوجة لزوجها، وصون سمعتها وحفظ كرامتها... قال الشافعية والحنابلة: المقصود الأعظم

(١) موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ص ٥٩١.

(٢) المصدر السابق، ص ٣٢٥.

(٣) أحكام الزواج والطلاق ... ج ١٩، ص ٢١٥.

(٤) الفتاوى، ص ٤٦٥.

(٥) أحكام الزواج والطلاق... ج ١٩، ص ٢١٨. والوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، ص ٢٤٠.

من العدة حفظ حق الزوج دون معرفة البراءة، ولهذا اعتبرت عدة الوفاة بالأشهر، ووجبت العدة على المتوفي عنها زوجها التي لم يدخل بها تعبداً^(١). وإضافة إلى هذه الحكم المعروفة في العدة قد تكون هناك حكم أخرى غير معروفة حتى الآن وقد تبقى غير معروفة، والعدة علاوة على كونها أوامر شرعية ملزمة فهي عبادة وتعبد يثاب فاعلها، ويعاقب كاتمها ديانة^(٢). إذا اعتدت المرأة المراهقة بالأشهر، ثم حاضت قبل تمامها، وجب عليها أن تسأنف العدة بالحيض^(٣).

أحكام العدة قانوناً

تكلم قانون الأحوال الشخصية العراقي عن العدة الشرعية في المواد (٤٧، ٤٨، ٤٩، ٥٠) بشكل من الإجمال والإيجاز، وجاءت المواد بأحكام العدة الواردة غالباً حيث تكلم عن حالات وجوب العدة الشرعية في المادة السابعة والأربعون: تجب العدة على الزوجة في الحالتين الآتيتين:

- ١- إذا وقعت الفرقة بينها وبين زوجها بعد الدخول سواء كانت عن طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى أو كبرى أو تفريق أو متاركة^(٤) أو فسخ أو خيار البلوغ.
- ٢- إذا توفي عنها زوجها ولو قبل الدخول بها.

وتكلم عن أنواع العدة وحالة واحدة من حالات تحول العدة، في المادة الثامنة والأربعون:

- ١- عدة الطلاق والفسخ للمدخول بها ثلاثة قروء.
- ٢- إذا بلغت المرأة ولم تحض أصلاً فعدة الطلاق أو التفريق في حقها ثلاثة أشهر كاملة^(٥).
- ٣- عدة المتوفي عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيام للحائل أما الحامل فتعتد بأبعد الأجلين من وضع الحمل والمدة المذكورة.
- ٤- إذا مات زوج المطلقة وهي في العدة فتعتد عدة الوفاة ولا تحتسب المدة الماضية.

وتكلم المادة التاسعة والأربعون: عن وقت بدء العدة بتبدي العدة فوراً بعد الطلاق أو التفريق أو الموت ولو لم تعلم المرأة بالطلاق أو الموت^(٦).

(١) موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج ٨، ص ٥٩٣.

(٢) والمطلقات يترصدن بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن إن كن يؤمن بالله واليوم الآخر... البقرة: ٢٢٨.

(٣) الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، ج ٢، ص ٧٥٧.

(٤) المتاركة: عند الحنفية أن يترك الزوج المرأة في النكاح الفاسد إما بتفريق القاضي، أو بمتاركة الزوج، ولا يتحقق الطلاق في النكاح الفاسد (عند الحنفية) بل هو متاركة فيه، ولا تحقق للمتاركة إلا بالقول إن كانت مدخولاً بها، كقوله: تاركك، أو تاركتها، أو خليت سبيلك، أو خليت سبيلها، أو خليتها. وأما غير المدخول بها فتحقق المتاركة بالقول، وبالترك عند بعضهم وهو تركها على قصد أن لا يعود إليها... ولهم تفصيل فيما إذا كانت هذه المتاركة تكون من قبل الزوج فقط، أم يمكن أن تكون من المرأة. نقلاً عن الموقع: (<http://www.islamweb.net>) تأريخ الزيارة ٢٠٢٢/٩/١٥.

(٥) عدة المرأة التي لا تحيض ثلاثة أشهر) مجموعة الأحكام العدلية، العددان الثالث والرابع لسنة ١٩٨٥، رقم القرار ٢٣١١، تأريخ القرار ١٩٨٥/٨/١٠، ص ٨٣.

(العدة الشرعية للمرأة الحائل ثلاثة قروء وأقصى مدة العدة ثلاثة أشهر). مجموعة الأحكام العدلية، العدد الرابع، السنة السادسة، ١٩٧٥، رقم القرار ١٧٦٥، تأريخ القرار ١٩٧٥/١٢/١٠، ص ٨٠.

(لا عدة شرعاً على المرأة التي ينست من المحيض) النشرة القضائية، العدد الأول، السنة الأولى، ١٩٧٠، رقم القرار ٩٤٧، تأريخ القرار ١٩٧٠/٤/١٢، ص ١٣١. (ملاحظة: أن طرفي الدعوى الصادر فيها هذا القرار هما جعفري المذهب).

(إذا كانت العادة الشهرية للزوجة المطلقة غير منتظمة عدتها بالأشهر لا بالقروء، وتحكم المحكمة بصحة رجعة الزوج الواقعة خلال تلك الفترة) مجموعة الأحكام العدلية، العدد الرابع، السنة السابعة، رقم القرار ١٩١٠، تأريخ القرار ١٩٧٦/١١/٣٠، ص ١٠٩.

(٦) تبدأ مدة العدة الشرعية من تأريخ الطلاق لا من تأريخ الحكم به) مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثالث، السنة السابعة، ١٩٧٦، رقم القرار ١٣٦٩، تأريخ القرار ١٩٧٦/١٢/٢٩، ص ٦٤.

وتكلم المادة الخمسون^(١): عن العدة التي تستحق فيها الزوجة نفقتها والعدة التي لا تستحق النفقة فيها: تجب نفقة العدة للمطلقة على زوجها الحي ولو كانت ناشزاً ولا نفقة لعدة الوفاة^(٢)

والمشرع في قانون الأحوال الشخصية كعادته إكتفى بذكر المواضع غالبية الوقوع وبشكل موجز وترك حالات نادرة أو قليلة الوقوع أو المتشعبة، ولم ينص عليها وألزم المحكمة العودة إلى مبادئ الشريعة الإسلامية والأحكام التي أقرها القضاء والفقهاء الإسلامي في العراق وفي البلاد الإسلامية الأخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية، إستناداً لأحكام المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية.

ومن المسائل التي لم يذكرها القانون في موضوع العدة هي ما تتعلق بعدة الصغيرة واكتفى ببيان المرأة التي لم تحض أصلاً. والسبب في عدم ذكرها هو أن المشرع لم يعترف بزواج الصغيرة، كما ولم يذكر موضوع تحول العدة للمرأة التي لم تحض أصلاً^(٣) ولكن وقعت في الحيض عندما تعتد بالأشهر.

ونهج المشرع في تشريع قانون الأحوال الشخصية نهج قويم وسديد و ذو خلفية العلمية والواقعية الذي يوافق المجتمع العراقي المتعدد المذاهب.

وبهذا يتبين أن موقف المشرع في موضوع العدة الشرعية في قانون الأحوال الشخصية يوافق وجهة الشريعة الإسلامية.

(١) تم تعديل هذه المادة في الإقليم بموجب قانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٨ وأصبحت كالتالي: (تجب نفقة العدة للمطلقة على زوجها الحي ولا نفقة لعدة الوفاة).

(٢) (على المحكمة قبل الحكم بنفقة العدة أن تسأل المرأة عما إذا كانت تعتد بالقروء أو بالأشهر وتحكم بالنفقة حسب عاداتها). مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثالث، السنة التاسعة، ١٩٧٨، رقم القرار ١٥١٤، تأريخ القرار ١٩٧٨/٨/١٧، ص ٧٩. (تستحق الزوجة المطلقة مهرها المؤجل ولو لم تنته عدتها). مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثالث، السنة السادسة، ١٩٧٥، رقم القرار ٩٤٩، تأريخ القرار ١٩٧٥/٧/١٥، ص ٨٣.

(تجب نفقة العدة للمطلقة طلاقاً باننا بينونة كبرى). النشرة القضائية، العدد الثالث، السنة الرابعة، رقم القرار ٤٩٢، تأريخ القرار ١٩٧٣/٨/٢، ص ١٥٧.

(٣) المادة الثامنة والأربعون، الفقرة ٢.

الخاتمة

الخاتمة

تبين من خلال البحث أن مسألة الزواج راسخة في نفس البشرية متلازمة لها، فهو قديم ومستمر وسنة الحياة يرعاه الشرائع والقوانين فهو محطة لتزود بالطاقة التي تعطي الإستمرارية للحياة الإنسانية والمجتمع فهو يحق الرغبة والمصلحة معاً، فهو منعطف جوهري في حياة الفرد.

فالزواج عمل الكبار كونه مسؤولية، وهذه المسؤولية تلقي على عاتقهم الإستعداد له و بما أن الزواج مصلحة يسعى إليه الكبار لبلوغها لأنفسهم أولمّن هم في ولايته، ومن هنا جاء زواج الصغير، لأن الزواج المناسب كغيره من الفرص في الحياة ليس متاحاً دائماً فيحتاج إلى التخطيط لأن البلوغ والعقل المطلوبين للزواج ليسا كافيين لهذا العمل الجبار بل يحتاج إلى التجربة والشفقة وهذه كلها موجودة في الولي وخاصة الأب والجد.

فزواج الصغير بدء منذ قدم وموجود حالياً ويستمر إلى يوم القيامة والزواج من الأعمال الإجتماعية ويشترك في التخطيط له وتنظيمه وإجرائه وإستمراره عدة أشخاص إن كانوا هم من العقلاء وأصحاب الشفقة ومتحليين بالصبر فيأتي المشروع بالثمر وقد ثبت ذلك منذ الدهر أما بدون هذه الوسائل المساعدة والإكتفاء ببلوغ سن معين فيكون النتيجة خيبة أمل.

بعد الجهد الذي بذلناه في قراءة ودراسة الموضوع في المصادر العديدة منها الشرعية والفقهية وكذلك القانونية توصلنا إلى عدة الإستنتاجات والإقتراحات نلخصها في الأدناه:

أولاً: الإستنتاجات:

أ-العلاقة الوطيدة بين اللغة والإصطلاح في البحوث الفقهية والقانونية والتأثير الكبير الذي تتركه اللغة في الإصطلاح.

ب-عظمة الشريعة الإسلامية ومواكبتها لكل العصور.

ج-سعة أفق الفقهاء المسلمون وفهمهم العميق لنصوص الشريعة وتفانيهم في الدراسة.

د- معرفة المشرع العراقي بالأراء الفقهية وقدرتهم في تقنينها بجمال فائق.

هـ-معرفة المشرع بواقع المجتمع العراقي وتشريع قانون الأحوال الشخصية مستفدة من الآراء الفقهية بما يوافق التنوع المذهبي لهذا المجتمع.

و-إلمام قاضي الأحوال الشخصية بقانون الأحوال الشخصية فقط لا يكفي كون القانون المذكور جاء مجملاً وإكتفى بالمواضيع الشائعة فقط وترك المواضيع الأخرى وكذلك تفاصيلها لما جاء في مبادئ الشريعة الإسلامية وما أقرها القضاء والفقهاء الإسلامي. لذا ألزم القاضي بالدراسة والإطلاع على الآراء الفقهية المتواجدة في أمهات الكتب لحل المشاكل التي تقع بين يديه عندما لا يجد نصاً يمكن تطبيقه على الواقعة.

ثانياً: الإقتراحات

أود الإشارة إلى نقطة بخصوص الإقتراحات التي أسجلها، وهي أن الإقتراحات تكون على المجموعتين، فالمجموعة الأولى منها هي إقتراحات عامة والتي تخدم القضاء في الإقليم وكذلك تخدم المجتمع في إقليم كردستان في النهاية.

أما المجموعة الثانية منها هي التي تخص قانون الأحوال الشخصية النافذ وخاصة ما يتعلق بزواج الصغير موضوع البحث عسى ولعل أن تنفع.

أ-الإقتراحات العامة:

١-إنتاج برنامج تلفزيوني من قبل مجلس القضاء لإقليم كردستان يعرض بشكل الحلقات ويهتم بالثقافة القانونية وبصورة مشوقة، وفي أحد فقراته فيلم وثائقي المستخرج من أرشيف المحاكم، وذلك لتأثير البالغ للإعلام على المجتمع حتى صار يعرف بالسلطة الرابعة، ولا يخفى على أحد إفتقار حقل الإعلام من هذا النوع من البرنامج.

٢-العمل بالإختصاص في القضاء، كون العصر عصر الإختصاص، بل هو عصر إختصاص الدقيق، وكلما كان القاضي مختصاً في نوع القضية والمحكمة التي يديرها يكون الإنتاج أحسن وأكثر وأسرع وأقل كلفة، لأن عدل الأحكام ليس بشرط الوحيد^١ وجدير بالذكر أن مقترحي (١ و ٢) ذكرتهما سابقاً في بحثي المعنون (التحقيق بين المطلوب والواقع) المقدم إلى مجلس القضاء الأقليم في عام (٢٠١٢) كمطلب من متطلبات ترقية الصنف من أصناف القضاة.

^١ (... ولا يكفي أن تكون الأحكام عادلة بل يلزم إلى جانب ذلك أن تكون سريعة ناجزة قليلة الكلفة مستوفية ل ضمانات محكمة الإجراءات) الأسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

٣- إجراء إصلاحات في العمل القضائي، بعد مشاوره ودراسة وتشكيل اللجان فيمكن الإستغناء عن بعض الشكليات إلى الحد الذي يضمن المصلحة العامة ولا يؤدي إلى التفريط بأصل الحق المتنازع فيه.^(١) فمثلاً إعطاء صلاحية إجراء معاملات الحجج في محكمة الأحوال الشخصية لمعاون قضائي الأقدم، وإجراء تحقيق في الأوراق التحقيقية بنسخة واحدة، كون بعضها يتم غلقها في مرحلة التحقيق الابتدائي، ولا يحتاج إلى نسختين إلا بعد إحالتها لمحكمة الموضوع وفي هذه الحالة يتم إستنساخ نسخة أخرى منها، ومنع الشرطة من أخذ الإفادات عدا ما هو مذكور في المواد (٤٣، ٤٩، ٥٠) من قانون أصول ... لأن أخذ الإفادات من قبل الشرطة ليس له سند من القانون، ونفس الشئ للمحاكم الأخرى وكتابة القرارات أيضاً يحتاج إلى إصلاحات، فيها كثير من الحيثيات غير الضرورية وكل هذا وأمثاله يؤدي إلى تخفيف الأعمال الملقاة على كاهل القضاة ويتفرغون أكثر للأعمال الأخرى ذات الطبيعة القضائية الصرفة، طبعاً كل ذلك بموجب القانون والتعليمات وبضوابط علمية.

٤- إجراء تغييرات في آلية كتابة بحوث الترقية، الأولى إختيار مواضيع البحوث من قبل مجلس القضاء في بداية كل سنة وينشر وعلى القاضي وعضو الإدعاء العام خيار أختيار موضوع بين المواضيع المختارة. ويكون تعين المواضيع وفق الضوابط العلمية وبناءً على حاجيات الواقع القضائي في الإقليم، لأن البحث الجيد: (هو الذي يلتزم بمنهجية علمية سليمة يقدم لنا آراء جديدة وإقتراحات علمية قابلة للتطبيق العلمي).^(٢) وبهذا نوفر الجهد والمال ويزيد حجم الأعمال.

ب- الإقتراحات الخاصة بقانون الأحوال الشخصية:

١- تعديل الفقرة (٢) من المادة (السابعة) من قانون الأحوال الشخصية (المعدلة في الإقليم)، المتعلقة بموافقة أحد الزوجين الزواج من شريكه المريض مرضاً عقلياً وجعل نهاية الفقرة (...وقبل الزوج الآخر بهذا الزواج قبلاً صريحاً كتابة في عقد الزواج) وجعلها (.. كتابة في سجل الزواج) كون العقد يطلع عليه الغرباء بسبب إبرازه لتمشية المعاملات في الدوائر والمؤسسات الرسمية وشبه الرسمية مما يجرح شعور الزوجين.

٢- إلغاء التعديل الواقع على الفقرة (١) من المادة (الثامنة) في الإقليم والعودة إلى اصل المادة المعدلة، أي تخفيض السن من (إكمال السادسة عشرة) إلى (إكمال الخامسة عشرة) من العمر لطلب الزواج، كون البلوغ الشرعي يحصل قبل هذا العمر لدينا وأجمع الفقهاء على أن سن البلوغ لا يتعدى الخامسة عشرة من العمر.

٣- الولاية على النفس أهم وأعظم شأناً من الولاية على المال، كون الأول تتعلق بحرية وكرامة الإنسان، ولكن نجد أن المشرع في القانون المدني وقانون رعاية القاصرين أولى موضوع الولاية على المال ببحث وأهمية أكبر، لذلك أقتراح لمشرع بحث موضوع الولاية على النفس والتي تخص الزواج وما يتعلق به من الطلاق والتفريق بتفصيل أكثر في قانون الأحوال الشخصية مما هو موجود لأنها (أي الولاية على النفس) أولى بالأهمية.

وبهذا قد أنتهيت من البحث، أشكر كل من ساعدني في إنجازها وخاصة تزويدي بالمراجع والمصادر من علماء الدين الإسلامي الأفاضل وكذلك الموظفون في المكتبة العامة في السلیمانية المحترمون. ولا أدعي الكمال ولكن صرفت أقصى جهدي وأثمن أوقاتي مع ضيقه في كتابة هذا البحث ليكون جيداً محتوياً على معلومات كثيرة وآراء علمية قابلة للتطبيق ومستفيدة من أمهات الكتب المعتمدة عسى أن ينفع قارئه ويخدم القضاء والمجتمع الكوردستاني وينال رضوان الله تعالى أولاً ثم أساتذتي من القضاة الأفاضل، وخاصة السادة المشرفون عليه... والله من وراء القصد..

الباحث

(١) المادة/٤ من قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩: (تبسيط الشكليات إلى الحد الذي يضمن المصلحة العامة ولا يؤدي إلى التفريط بأصل الحق المتنازع فيه).

(٢) قواعد البحث العلمي. د. عبد القادر الشخلي، ص ٢٠.

المراجع والمصادر

المراجع والمصادر

-القرآن الكريم

-قواميس اللغة:

- ١- قاموس الرائد، الموقع: [http:// www.almaany.com](http://www.almaany.com)
- ٢- قاموس المعاني الجامع، الموقع: <http:// www.almaany.com>
- ٣- مختار الصحاح، محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، دار الكتاب العربي- لبنان- بدون سنة الطبع.
- ٤- معجم الصحاح، إمام إسماعيل بن حماد الجوهري، إعتنى به خليل مأمون شيحا، دار المعرفة، بيروت- لبنان، الطبعة الثالثة/ ٢٠٠٨.
- ٥- معجم قاموس المحيط، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، رتبته ووثقه خليل مأمون شيحا، دار المعرفة، بيروت- لبنان، الطبعة الثالثة/ ٢٠٠٨.
- ٦- المنجد في اللغة العربية المعاصرة، أنطوان نعمه وآخرون، المراجعة مأمون الحمودي وآخرون، دار المشرق، بيروت- لبنان، الطبعة الثالثة/ ٢٠٠٨.

-الكتب الفقهية:

- ١- الأم، الإمام أبي عبدالله محمد بن إدريس الشافعي، دار الفكر، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى/ ٢٠٠٢.
- ٢- الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، محمد قدرى باشا، شرح محمد زيد الأبياني، دراسة وتحقيق مركز الدراسات الفقهية والإقتصادية، د. محمد أحمد سراج و د. علي جمعة محمد، مطبعة دار السلام، مصر، الطبعة الثانية/ ٢٠٠٩.
- ٣- أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، دراسة مقارنة بالقانون، د. مصطفى إبراهيم الزلمي، مطبعة إحسان، الطبعة الأولى/ ٢٠١٤.
- ٤- أحكام القرآن، إمام أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، ضبط نصه وخرج آياته عبدالسلام محمد بن علي شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، الطبعة الثانية/ ٢٠٠٢.
- ٥- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، تحقيق وتعليق الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبدالموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الثانية/ ٢٠٠٣.
- ٦- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، الإمام أحمد بن يحيى بن المرتضى، تحقيق وتعليق الدكتور محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى/ ٢٠٠١.
- ٧- السراج الوهاج على متن المنهاج، الشيخ محمد الزهري الغمراوي، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، الطبعة السادسة/ ٢٠٠٩.
- ٨- فقه السنة، السيد سابق، دار الكتاب العربي، بيروت- لبنان، الطبعة الثالثة/ ١٩٧٧.
- ٩- الفتاوى، محمد متولي الشعراوي، إعداد وتعليق الدكتور السيد الجميلي، المكتبة التوفيقية، مصر، بدون سنة الطبع.
- ١٠- الفقه الحنفي وأدلته، الشيخ أسعد محمد سعيد الصاغري، دار الكلم الطيب، دمشق- بيروت، الطبعة الرابعة/ ٢٠٠٥.
- ١١- كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، عبدالرحمن الجزيري، دار إحياء التراث العربي، الطبعة السابعة/ ١٩٨٦.
- ١٢- كفاية النبيه شرح التنبيه، الإمام ابن العباس نجم الدين أحمد بن محمد ابن الرقعة، تحقيق وتعليق الدكتور مجدي محمد سرور باسلوم، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى/ ٢٠٠٩.
- ١٣- موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، الدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى/ ٢٠١٠.
- ١٤- المغني، موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الدمشقي الحنبلي، تحقيق الدكتور محمد شرف الدين خطاب والدكتور السيد محمد السيد والأستاذ سيد إبراهيم صادق، دار الحديث، القاهرة/ ٢٠١٤، بدون نوبة الطبع.
- ١٥- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الشيخ محمد الشربيني الخطيب، دار الذخائر للمطبوعات، قم- إيران، مطبعة أمير، الطبعة الأولى/ 1958

- ١٦-المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، الدكتور عبدالكريم زيدان، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان، الطبعة الثالثة/ ٢٠٠٠.
- ١٧-المحلى شرح المجلى، ابن حزم، تحقيق أحمد شاكر، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، الطبعة الرابعة/ ٢٠٠٩.
- ١٨-المعتمد في الفقه الشافعي، الأستاذ الدكتور محمد الزحيلي، دار القلم- دمشق/ ٢٠٠٠، بدون نوبة الطبع.
- ١٩-نيل الأوطار، شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، محمد بن علي بن محمد الشوكاني، دار الحديث، أزهر- القاهرة، بدون سنة الطبع.

- متون القوانين وشرحها:

- ١-قانون الأحوال الشخصية العراقي، رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.
- ٢-قانون رعاية القاصرين، رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠.
- ٣-قانون رعاية الأحداث، رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣.
- ٤-قانون الإثبات، رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.
- ٥-قانون السلطة القضائية لإقليم كردستان- العراق، رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٧.
- ٦-قانون رقم ٥ لسنة ٢٠٢٢ الصادر من برلمان إقليم كردستان - العراق.
- ٧-شرح قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته، القاضي محمد حسن كشكول والقاضي عباس السعدي، المكتبة القانونية- بغداد، الطبعة الثانية/ ٢٠١١.
- ٨-الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته، الدكتور فاروق عبدالله كريم، جامعة السليمانية، كلية القانون/ ٢٠٠٤.

- المجلات والنشرات:

- ١-مجموعة الأحكام العدلية، يصدرها قسم الإعلام القانوني في وزارة العدل العراقي.
- ٢-النشرة القضائية، يصدرها المكتب الفني بمحكمة التمييز العراقية.

- الكتب:

- ١-الزواج والعلاقات الأسرية، د. سناء الخولي، دار النهضة العربية، بيروت/ ١٩٨٣.
- ٢-الزواج مقارنة نفسية وإجتماعية، د. نسيم الخوري، دار المنهل اللبناني، الطبعة الأولى/ ٢٠٠٨.
- ٣-الزواج المبكر في الطب والدين والمجتمع، محمد كاظم، مراجعة كامل سلمان الجبوري، مؤسسة المواهب للطباعة والنشر، بيروت- لبنان، الطبعة الثانية/ ١٩٩٩.
- ٤-الزواج عند العرب في الجاهلية والإسلام، دراسة مقارنة في مجال التاريخ والأدب والشريعة، د. عبدالسلام الترماني، دمشق، الطبعة الثالثة/ ١٩٩٦.
- ٥-قواعد البحث العلمي، د. عبدالقادر الشيلخي، الطبعة الثانية/ ٢٠١٠.
- ٦-موسوعة تاريخ الزواج، دراسة انتربولوجية، أدوار ويستر مارك، ترجمة د. مصباح الصمد، د. صلاح صالح وهدى رطل. المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠١.
- ٧-المرأة عبر التاريخ تطور الوضع النسوي من بداية الحضارة إلى يومنا هذا، تأليف: مونيكا بيتر، ترجمة: هنرييت عبودي، دار الطليعة، بيروت، الطبعة الأولى/ ١٩٧٩.
- ٨-النساء والأسرة وقوانين الطلاق في التاريخ الإسلامي، أميرة الأزهرى سنبل، ترجمة: أمال علي مظهر وأربعة آخرون، مراجعة: رؤوف عباس، مطبعة الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية/ ١٩٩٩.
- ٩-واقع الزواج المبكر في مخيمي عربت وأشتي للنازحين، بحث ميداني، د. نوزاد أحمد أسود و د. لقمان سيولي/ ٢٠١٦.

- المواقع الألكترونية:

http:// www.mawdoo3.com-١

http:// www.almaany.com-٢

http:// www.alnukhab.com-٣

http:// www.sasapost.org-٤

http:// www.ar.m.wikipedia.org-٥

http:// www.m.al-sharq.com-٦

www.almeraja.com http://-٧

الملاحق

إقليم كوردستان / العراق
مجلس القضاء

المديرية العامة لمكتب المجلس
مديرية شؤون القضاة



Kurdistan Region - Iraq

Judicial Council

مجلس القضاة كوردستان العراق

مديرية شؤون القضاة

دائرة كوردستان

Judicial Council

مجلس القضاة

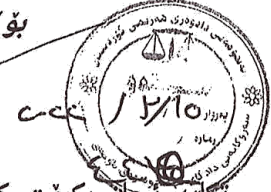
هه رێمی کوردستان / عێراق
ئەنجومه‌نی دادوهری

به‌رێوه‌به‌رایه‌تی گشتی نوسینگه‌ی ئەنجومه‌ن
به‌رێوه‌به‌رایه‌تی کاروباری دادوهران

Date : ٢٠٢٢ / ٢ / ٢١

ژماره : ٥١١ / ٢ / ١٠
رێکهوت : ٢٧٢١ / ١ / ١٠

بۆ / سه‌رۆکایه‌تی دادگای تێهه‌لچوونه‌وه‌ی ناوچه‌ی هه‌ولێر
سه‌رۆکایه‌تی دادگای تێهه‌لچوونه‌وه‌ی ناوچه‌ی سلێمانی
ب / په‌سند کردنی پلانی توێژینه‌وه



تکایه‌تی بکریت که به‌پێزان دادوهران ئەوانه‌ی ناویان له‌خواره‌وه هاتووه ئاگاداریکرینه‌وه که ئەنجومه‌نی دادوهری له‌ دانیشتنی رۆژی (٢٠٢٢/٢/١٥) په‌زامه‌ندی دا له‌سه‌ر ناوێشان و ناوه‌رۆکی پلانی توێژینه‌وه‌که‌یان بۆ مه‌به‌ستی پۆلین گۆرپینیان وه‌ دانانی سه‌ره‌پرشتیار له‌سه‌ر چۆنیه‌تی نووسینه‌وه‌ی توێژینه‌وه‌کانیان له‌گه‌ل رێژدا.

پێزان رشید عبدالقادر

به‌رێوه‌به‌ری گشتی

٢٠٢٢/ ٢ / ٢١

کاربێری
رێه‌بهری کاربێری

ژ	ناوی دادوهر	ناوێشانی توێژینه‌وه‌که‌ی	تێبینی
١	به‌رپێز / عماد فارس رشید ئه‌ندامی دادگای تاوانه‌کانی هه‌ولێر/٢	ماهية الحدث و مراحل التحقيق مع الاحداث والمسؤولية الجزائية للحدث	ناوێشانه‌که‌ی پکات به (مسؤولية الجزائية للحدث)
٢	به‌رپێز / عمر احمد محمد احمد سه‌رۆکی دادگای تاوانه‌کانی سلێمانی/٣	معايير التفرقة بين الجريمة السياسية والجريمة الارهابية	----
٣	به‌رپێز / فریق حمه صالح عبدالله دادوهری دادگای به‌رایه‌ی هه‌له‌بجه	زواج الصغير فقهاً وقانوناً	----
٤	به‌رپێز / سروهر علی جعفر دادوهری دادگای که‌تنی سلێمانی /٣	جرائم النشر والاعلام و مشكلة معالجتها في التشريعات النافذة في اقليم كوردستان	----

وێنه‌یه‌ک بۆ /

له‌ سه‌رۆکایه‌تی داواکاری گشتی / له‌گه‌ل رێژدا .

له‌ سه‌رۆکایه‌تی دادگای تێهه‌لچوونه‌وه‌ی ناوچه‌ی ده‌وک / له‌گه‌ل رێژدا .

له‌ سه‌رۆکایه‌تی دادگای تێهه‌لچوونه‌وه‌ی ناوچه‌ی که‌رکوک/گه‌رمیان له‌گه‌ل رێژدا .

له‌ به‌رێوه‌به‌رایه‌تی پاگه‌یاندن له‌م ئەنجومه‌نه / بۆ بلاوکردنه‌وه‌ی له‌ سایته‌ی ئەنجومه‌نی دادوهری له‌گه‌ل رێژدا .

له‌ فه‌رمانبه‌ری تایبه‌تمه‌ند خاتوو (تارا فه‌می) ..

له‌ دۆسیه‌ی که‌سیه‌تی / ٤ . دۆسیه‌ی نووسراوه‌ ده‌رچوووه‌کان . دۆسیه‌ی خولاو .

