

مدخل إلى مادة الأحوال الشخصية

جامعة جيهان /السليمانية
كلية: القانون...قسم: القانون
مادة: الأحوال الشخصية (الزواج).
المرحلة: الثالثة
د. نوري حمه سعيد حيدر

ملاحظة مهمة: إن هذه المحاضرات لا تغني عن الكتاب ولا تعد بديلاً عنه، لكنها تحتوي على توضيحات للمشاكل واختصارات للمطول وزيادات مهمة وتغييرات محدودة في المفردات بنسبة تسمح بها تعليمات الوزارة، وتعديلات للقوانين في إقليم كردستان.

اسم الكتاب المقرر:

هو (الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية) رقم (188) لسنة (1959)، للدكتور (فاروق عبد الله كريم).
علماً أن القانون مكوّن من (88) مادة، ينبغي دراستها خلال سنتين، وأكثر موادها تدرس في المرحلة الثانية.
والكتاب مؤلف لطلاب القانون أساساً لذلك راعى المؤلف فيه الاختصاص، وهو كتاب واضح العبارة وسهل اللغة.
مصدر آخر:

ويمكن الاستفادة من كتاب: (الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته)، للدكتور (أحمد الكبيسي).

تاريخ مصطلح الأحوال الشخصية:

يعد مصطلح الأحوال الشخصية مصطلحاً وافداً مع التشريعات الغربية ابتدعه الفقه الإيطالي في القرن الثاني عشر.
لم يستعمل الفقهاء المسلمون هذا المصطلح وإنما عنونوا في كتبهم لهذه المسائل بعناوين أخرى مثل: كتاب النكاح، وكتاب الطلاق، وكتاب النفقة، وكتاب النسب، ونحو ذلك.
مرّ على هذا المصطلح مراحل وتسميات أخرى حتى استقر على: الأحوال الشخصية.
فكانت: مواد الأحوال الشخصية ثم المواد الشخصية، ثم الأحوال الشخصية.
وأول ما ظهر عند الكُتّاب المسلمين كان في مجموعة فقهية خاصة (لمحمد قذري باشا المصري) سماها: (الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية).
ثم حذا حذوه الكاتبون في الفقه الإسلامي حتى أصبح مصطلحاً مشاعاً.

التعديلات على هذا القانون:

أدخل على هذا القانون تعديلات كثيرة لا تخرج أكثرها عن الأخذ من مذهب إلى آخر، مراعاة لتغير أحوال المجتمع، منها:
التعديل رقم (11) لسنة (1963)، وتعديلات أخرى آخرها التعديل رقم (15) لسنة (2008) في إقليم كردستان والمنشور في الوقائع الكردستانية العدد (95) في (2008/12/30)، تتعلق أكثر فقراته بتحسين أحوال المرأة ومحاوله مساواته بالرجل تماماً، وعلى هذا التعديل ملاحظات كثيرة نذكرها في حينه.

الأسباب الموجبة لسن هذا القانون:

جاء في الأسباب الموجبة لسنة:

((لم تكن الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية قد شرعت في قانون واحد يجمع من أقوال الفقهاء وما هو المتفق عليه والأكثر ملائمة للمصلحة الزمنية، وكان القضاء الشرعي يستند في إصدار أحكامه إلى النصوص المدونة في الكتب الفقهية وإلى الفتاوى في المسائل المختلف عليها وإلى قضاء المحاكم في البلاد الإسلامية.. وقد وجد أن في تعدد مصادر القضاء واختلاف الأحكام مما يجعل حياة العائلة غير مستقرة وحقوق الفرد غير مضمونة فكان هذا دافعاً للتفكير بوضع قانون يجمع فيه أهم الأحكام الشرعية المتفق عليها...)).

تعريف الأحوال الشخصية: ص8

هي مجموعة ما يتميز به الإنسان من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية، ككون الإنسان ذكراً أو أنثى وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً أو أباً شرعياً أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيداً بسبب من أسبأها القانونية.

نطاق مفهوم الأحوال الشخصية:

حددت المادة (300) من قانون المرافعات المدنية وظائف واختصاصات محاكم الأحوال الشخصية وهي النظر في الأمور التالية:

1. الزواج وما يتعلق به من مهر ونفقة ونسب وحضانة وفرقة وطلاق...
2. الولاية والوصاية والوصية ونصب القيم وعزله ومحاسبته والإذن بالتصرفات الشرعية والقانونية.
3. التولية على الوقف الدّري ونصب المتولي وعزله ومحاسبته وترشيح المتولي في الوقف الخيري أو المشترك.
4. الحجر ورفع وإثبات الرشد.
5. إثبات الوفاة وتحرير التركات وتعيين الحصص الإرثية في القسامات الشرعية وتوزيعها بين الورثة.
6. المفقود وما يتعلق به.

اختصاصات المحاكم المختصة بها) الاختصاص المكاني للتقاضي:

إن الدعاوى بصورة عامة ومن ضمنها الأحوال الشخصية تقام في محكمة محل المدعى عليه إلا في استثناءات للزواج والطلاق وآثارهما:

- يجوز أن تقام دعوى الزواج والفرقة والطلاق في محكمة محل العقد أو محكمة محل إقامة المدعى عليه أو محكمة المحل الذي حدث فيه سبب الدعوى.
- تقام دعوى نفقة الأصول والفروع والزوجات في محل إقامة المدعي أو المدعى عليه.

القراءة ودرجاتها :

تنص المادة (38) من القانون المدني على أن: (أسرة الشخص تتكون من ذوي قرابه، ويعتبر من ذوي القربى من يجمعهم أصل مشترك).

إذن القراءة قسمان:

القراءة المباشرة وهي - كما تنص عليه الفقرة (1) من المادة (39)-: (الصلة بين الأصول والفروع). كالآباء والأمهات أصول لأولادهم، وأولادهم فروع لهم.

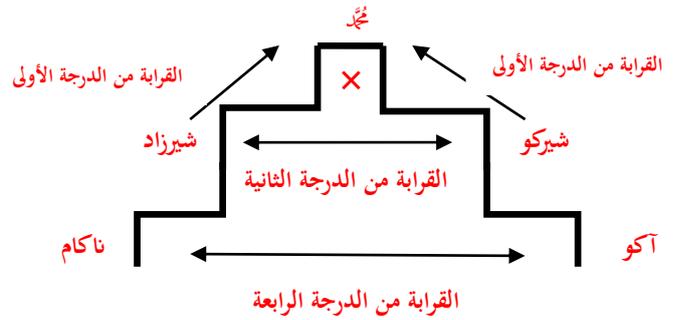
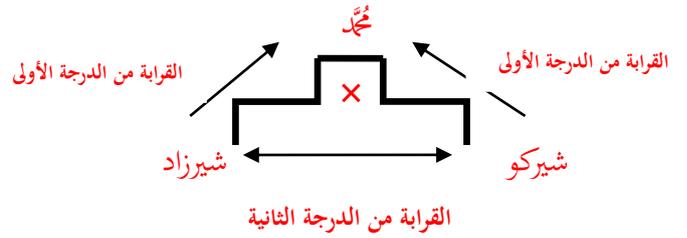
والقراءة غير المباشرة (الحواشي) وهي - كما تنص عليه الفقرة (1) من المادة (39)-: (الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر).

فالأخ مع أخيه يجمعهما أصل واحد، ولكن ليس أحدهما فرع للآخر بل كل منهما فرع لأبيه، وابن الأخ ليس فرعاً لعمه وابن العم ليس فرعاً لابن عمه.

كيفية معرفة درجات القراءة:

تتم معرفة درجة القراءة المباشرة باعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل.

ولمعرفة درجة القراءة غير المباشرة تعد الدرجات صعوداً من الفرع إلى الأصل المشترك ثم نزولاً منه إلى الفرع الآخر وكل فرع يعتبر درجة دون أن يحسب الأصل المشترك. ف2م39.



درجات القراءة بالمصاهرة:

المصاهرة: رابطة اجتماعية وصلة بين أسرتين بسبب الزواج تترتب عليها أحكام قانونية تتعلق بالحل والحرمة. ف2م39.

ونصت الفقرة (3) من المادة (39) على أن:

(أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القراءة والدرجة بالنسبة للزوج الآخر).

لمعرفة درجة القراءة:

يحتسب الزوج والزوجة على أنهما شخص واحد، وحينئذ تكون زوجة الابن في الدرجة الأولى من درجات المصاهرة بالنسبة إلى والدي زوجها، وكذلك والداها يعتبران من الدرجة الأولى من درجات المصاهرة بالنسبة للزوج.

الفقرة 1 من المادة الأولى:

(تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تناولها النصوص في لفظها أو فحواها).
فالقاضي كما يأخذ الأحكام من ألفاظ النصوص وعباراتها، فإن عليه استنباط الأحكام عن طريق التأمل في فحوى النصوص ومفاهيمها، ولا يجوز الانتقال إلى مصدر آخر عند وجود نص للمسألة بمجرد النظر إلى ظواهر النصوص.
وقد بدأ القانون المدني رقم (40) لسنة (1951) بفقرة مماثلة، ونفس العبارة تقريباً، ولكن حصر استنباط الأحكام على اللفظ والفحوى خلاف الأولى، فكان ينبغي كما اقترح الدكتور (مصطفى الزلي) أن تكون العبارة كالاتي:
(.....بمنطوقها ومفهومها).

وذلك لأن المنطوق يشمل المنطوق الصريح (عبارة النص)، والمنطوق غير الصريح ويشمل (إشارة النص)، و(اقتضاء النص)، كما أن المفهوم يشمل (مفهوم الموافقة)، و(مفهوم المخالفة).

الفقرة 2:

(إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون).

فالشريعة مصدر احتياطي أول بعد نصوص القانون، فعند عدم وجود نص يمكن تطبيقه ينتقل القاضي إلى الشريعة الإسلامية فيأخذ بالرأي الذي يتلاءم مع نصوص القانون.
فمثلاً: يجد المتأمل في نصوص القانون أنها تنجّه نحو الإبقاء على الحياة الزوجية ما أمكن، لذلك ينبغي على القاضي أن يأخذ بالمذاهب والآراء الفقهية التي تتلاءم مع هذا التوجه فلا يوقع الطلاق ما أمكنه ذلك.

الفقرة 3:

(تسترد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقهاء الإسلاميين في العراق، وفي البلاد الإسلامية الأخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية).

أرشدت هذه الفقرة القاضي للرجوع إلى الأحكام التي أقرها القضاء والفقهاء الإسلاميين في العراق وفي البلاد الإسلامية التي تكون قوانينها قريبة من القانون العراقي لا التي تلتزم مذهباً فقهياً معيناً كالسعودية مثلاً التي تلتزم المذهب الحنبلي، واليمن الذي يعتمد القضاء فيها على المذهب الزيدي، وهذه إشارة واضحة إلى عدم التقيد بمذهب فقهي واحد.

الفقرة 1 من المادة الثانية:

(تسري أحكام هذا القانون على العراقيين إلا من استثني منهم بقانون خاص).

فهذا قانون عام يطبق على كل مواطن عراقي دون تفرقة بين مسلم وغيره إلا الطوائف التي استثنت بقوانين خاصة كالمسيحيين والموسويين، فإن لهم قانون تنظيم المحاكم الدينية للطوائف المسيحية والموسوية رقم (32) لسنة (1947). وكذلك الأرمن فإن لهم قانوناً خاصاً وهو القانون رقم (70) لسنة (1931)، وقد منحت فيها مجالسهم الروحية سلطات واسعة للبت في مسائلهم المتعلقة بالأحوال الشخصية.
أما غير العراقيين فإنه يطبق عليهم قانون الأحوال الشخصية رقم (78) لسنة (1931).

الفقرة 2:

(تطبق أحكام المواد (19، 20، 21، 22، 23، 24) من القانون المدني في حالة تنازع القوانين من حيث المكان).

وما يتعلق بموضوعنا من هذه المواد هي: (19، 20، 21) أما البقية فإنها تتعلق بالميراث والوصايا وطرق انتقال الملكية، وهي كالتالي:

الفقرة 1 من المادة التاسعة عشر:

(يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين، أما من حيث الشكل فيعتبر صحيحا الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وعراقي إذا عقد وفقا للشكل المقرر في قانون البلد الذي تم فيه، أو إذا روعيت فيه الأشكال التي قررها قانون كل من الزوجين).

إن قانون الأحوال الشخصية هو قانون شخصي يتبع الأشخاص ولا أثر للأقاليم فيه، لذلك يجب الرجوع إلى قانون الأحوال الشخصية المتصل بجنسية كل من الزوجين بخصوص الشروط الموضوعية، فإذا كان العقد مستوفيا لتلك الشروط حكمت المحكمة بصحته وإلا حكمت بطلانه.

فلو تزوجت مسلمة من غير المسلم بطل العقد، لعدم توفر شرط موضوعي وهو اتحاد الدين. وإذا اختلفت جنسية الزوجين فالرأي السائد والأكثر رجحانا هو (التطبيق الموزع) وذلك بأن يطبق على الزوج قانونه وعلى الزوجة قانونها.

فإذا أراد شاب أن يتزوج من شابة وكان قانون بلد الزوج يسمح بالزواج لمن بلغ (18) سنة، وكان قانون الزوجة لا يسمح بزواج من لم يبلغ (20) سنة، فبالعمل برأي التطبيق الموزع يصح هذا الزواج. وإذا كان الاختلاف بين الزوجين في شرط موضوعي كموانع الزواج فإن من الواجب على القاضي أن يعمل (بالتطبيق الجامع).

الفقرة 2:

(ويسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال).

والمقصود بآثار الزواج هو المهر والنفقة والحضانة وغيرها فإنه يرجع في تطبيق أحكامها إلى قانون دولة الزوج.

الفقرة 3:

(ويسري في الطلاق والتفريق والانفصال قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى).

وكذلك الفرقة والطلاق والانفصال فإنه يطبق بشأنه كله قانون الزوج وقت التفريق.

الفقرة 4:

(المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد يسري عليها قانون الأب).

حددت هذه الفقرة قانون الأب وقت رفع الدعوى كمرجع للفصل في المسائل المذكورة.

الفقرة 5:

(في الأحوال المنصوص عليها في هذه المادة إذا كان أحد الزوجين عراقيا وقت انعقاد الزواج يسري القانون العراقي وحده).

هذه الفقرة مقيدة لإطلاق ما سبقها من نصوص هذه المادة، وأوجبت الرجوع إلى قانون الأحوال الشخصية العراقي حينما يكون أحد الزوجين عراقي الجنسية وقت انعقاد الزواج، فإذا تزوج لبناني بعراقية إن القانون العراقي هو واجب التطبيق.

المادة العشرون:

(المسائل الخاصة بالوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية عديمي الأهلية وناقصيها والغائبين عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها).

فجميع تلك القضايا المتعلقة بالمذكورين محكمة لقانون الدولة التي ينتمون إليها، لن الدولة هي المسؤولة عن رعاياها. والمراد بمسائل الوصاية المسائل المتعلقة بنصب الوالي على القاصر وعزله ومحاسبته، والمراد بالقوامة النيابة عن المفقود وما يتعلق بها من المحافظة على أموال المفقود وجمع ديونه وإدارة أمواله. والمراد بالغائب الغيبة المنقطعة وهو المفقود.

المادة الحادية والعشرون:

(الالتزام بالنفقة يسري عليه قانون المدين بها).

عدت هذه المادة النفقة من الأحوال الشخصية، وجعلت قانون الملتزم بها هو القانون الذي يجب تطبيقه، وتبعاً لذلك فإن قانون الزوج هو الذي يجب تطبيقه إذا كانت النفقة نفقة زوجية، وقانون الأب هو الذي يجب تطبيقه إذا كانت النفقة للأولاد وهكذا...

تعريف الخطبة:

الخطبة هي طلب الرجل الزواج بامرأة معينة، سواء توجه بالطلب إليها أو إلى أهلها.

نساء يحرم التقدم لخطبتهن:

- 1- المرأة المحرمة تحريماً مؤبداً كالأخت والأم وبنات الأخ وبنات الأخت وغيرها من المحرمات مؤبداً نسباً أو رضاعاً.
- 2- المرأة المحرمة تحريماً مؤقتاً، ويشمل التحريم المؤقت:
 - أ. زوجة الغير: فلا تجوز إجماعاً التقدم بخطبتها لأنها زوجة وما زالت زوجيتها قائمة، فإذا طلقت وانتهت عدتها تحل خطوبتها والزواج منها.
 - ب. المعتدة من طلاق رجعي: لا خلاف بين العلماء في تحريم خطبتها تصريحاً أو تعريضاً، لأنها ما زالت زوجة لمطلقها يمكنه مراجعتها بدون مهر أو عقد جديدين، فخطبتها اعتداء سافر على حق الزوج.
 - ت. المعتدة من طلاق بائن: اختلف الفقهاء في خطبتها: فذهب الحنفية إلى تحريم خطبتها مطلقاً سواء بالتصريح أو بالتعريض ما دامت العدة باقية لبقاء بعض آثار الزوجية.
 - وذهب الجمهور إلى جواز خطبتها تعريضاً لأن الطلاق البائن يقطع سلطة الزوج على زوجته.
 - ث. المعتدة من الوفاة: ذهب الفقهاء إلى عدم جواز خطبتها تصريحاً وأجازوا خطبتها تعريضاً؛ لقوله تعالى: ((ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم)).
 - ج. مخطوبة الغير: كان تكون المرأة مخطوبة من قبل رجل ويتقدم رجل آخر لخطبتها، فالخطبة الثانية محرمة؛ لقول النبي: ((لا يبيع أحدكم على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب أو يأذن له)).

تفاصيل متعلقة بحكم خطبة الثانية:

- 1- أن يتقدم الثاني بعد تمام الخطبة الأولى، وهذا غير جائز باتفاق الفقهاء لتعلق حق الخاطب إلا إذا أذن الخاطب الأول له.
- 2- أن يتقدم الخاطب الثاني بعد رفض الفتاة أو أهلها للخاطب الأول، وهذا جائز باتفاق الفقهاء لأن الفتاة ليست مخطوبة ولا يتعلق بما حق الغير.
- 3- أن يتقدم إليها في وقت لم ترفض الفتاة أو أهلها الخاطب ولم يقبلوا به، ولكنهم يسألون عنه ويتشاورون فيه، فهنا اختلف الفقهاء بين جواز خطبة الثاني أو تحريمها، والرأي الراجح هو: تحريم خطبة الثاني لأن الزواج هو مسألة مهمة تحتاج إلى التريث والمشاورة وتقدم الثاني بالخطبة قد يؤدي إلى رفض الخاطب الأول إذا كان الثاني أحسن حالاً منه.

الحكمة من التحريم:

والحكمة من التحريم هي أن الخطبة الثانية تثير البغضاء بين الخاطبين وربما تؤدي إلى النزاع بين الأسرتين، واعتداء على حقوق الآخرين، لأن الخطبة الثانية قد تؤثر على قرار أسرة المخطوبة.

حكم العقد في حالة الزواج من الخاطب الثاني:

ذهب الجمهور إلى أن العقد صحيح قضاء ولكن الخاطب آثم ديانة. وذهب الظاهرية، وبعض الحنابلة، والمالكية في قول إلى أن العقد باطل. والراجح هو رأي الجمهور لأن الخطبة ليست عقداً والمخطوبة ليست زوجة للغير.

العدول عن الخطبة ص30

العدول لغة: هو الميل أو تغيير الجهة أو الرأي.

واصطلاحاً: هو تغيير الشيء والانتقال إلى غيرها.

والمقصود بالعدول عن الخطبة: هو أن يُعَيَّر الخاطب أو المخطوبة رأيهما في الخطبة، فيتراجعا عن وعدهما بالزواج.

حكم العدول عن الخطبة في الشريعة:

- ذهب جمهور الفقهاء إلى أن لكل من الخاطب والمخطوبة أن يعدل عن الخطبة وينقض وعده، إذا كان في نقضها مصلحة غالبية، والدليل عندهم هو قول النبي ﷺ: **(من حلف على شيء ثم رأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه)** [رواه مسلم].
- فإذا كان ذلك في الوعد المؤكد باليمين، فهو بالوعد الخالي عن اليمين من باب أولى.
- وذهب بعض المالكية إلى أن الواعد يلزمه الوفاء بوعده ويجبر على ذلك بواسطة القضاء.

الراجح: لا شك أن الرأي الأول (الجمهور) هو الراجح؛ لأنه لا يوجد عقد فلا إزام ولا التزام، ولو ألزم الطرفان أو أحدهما بإتمام عقد الزواج لكان في هذا معنى الإكراه وفقد العقد عنصر الرضا. أما ديانة فإن عدول الخاطب عن الخطبة وامتناع المخطوبة عن الاستمرار بالخطبة حرام ما لم يكن لذلك مبرر شرعي وذلك لما فيه من الإضرار بالطرف الثاني، ولأن الوفاء بالوعد واجب لقوله تعالى: (وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولاً) [الإسراء: 34].

حكم العدول في القضاء:

اتفق حكم القضاء مع موقف الجمهور؛ فقد نصت (ف3 م3) على أن: **(الوعد بالزواج وقراءة الفاتحة والخطبة لا تعتبر عقداً).**

حكم ما يقدم من مهر وهدايا أثناء الخطبة المعدول عنها:

- إذا قام الخاطب بعد تمام الخطبة بتقديم المهر كلاً أو بعضاً للمخطوبة ثم حصل العدول، فما الحكم بشأن هذا المهر؟.
- إذا قام الخاطب بتقديم الهدايا للمخطوبة، أو قامت هي بتقديم هدايا للخاطب ثم حصل العدول، فما الحكم بصدد هذه الهدايا؟.
- إذا ترتب على العدول أضرار مادية ومعنوية فهل يحق للطرف المتضرر مطالبة المسئول عنها بالتعويض؟.

حكم المهر المقدم من الخاطب بعد فسخ الخطوبة:

نصت (ف2 م19) على أنه:

(إذا سلم الخاطب إلى مخطوبته قبل العقد ما لا محسوباً على المهر ثم عدل أحد الطرفين عن إجراء العقد أو مات أحدهما، فيمكن استرداد ما سلم عينا، وإن استهلك بدلاً).

إذا قدم الخاطب لخطيبته أو لمن يمثلها المهر كله أو بعضه ثم فسخت الخطبة كان للخاطب الحق في استرداد ما دفعه بعينه إن كان باقياً، وأما إذا كان هالكا أو مستهلكا فيجب رد مثله أو قيمته، ولا فرق في ذلك بين أن يكون العدول قد حصل من جانب الخاطب أو من جانب المخطوبة، وذلك لأن المهر أثر من آثار عقد الزواج وحيث لا عقد فلا أثر.

حكم الهدايا:

اختلفت المذاهب الفقهية في حكم الهدية كالاتي:

1- الشافية:

ذهبوا إلى أن الخاطب إذا أهدى أثناء الخطبة لخطيبته هدية ثم عدل عن خطوبته فيمكنه استرداد هديته بعينها إذا كانت قائمة، وبدلها إذا كانت مستهلكة، وكذلك الحكم فيما لو أهدت المخطوبة شيئاً للخاطب.

2- الحنابلة:

قالوا: لا يجوز استرداد الهدية سواء كانت قائمة أو مستهلكة، وسواء حصل العدول من الخاطب أو من المخطوبة، لأنها كالهبة ولا يجوز الرجوع في الهبة بعد قبضها.

3- المالكية:

إذا كان العدول من الخاطب فليس له المطالبة باسترداد ما أهداه سواء كانت باقية أو هالكة؛ وذلك كي لا يجتمع عليها ألمان: ألم الرجوع وألم استرداد الهدية.

وأما إذا كان العدول من المخطوبة فمن حق الخاطب استرداد ما أهداه بعينها أو بدلها ما لم يكن هناك شرط أو عرف يقضي بغير ذلك؛ لنفس السبب وهو عدم جمع ألمان على الخاطب: ألم عدول خطيبته عن الخطبة، وألم ضياع هداياها.

وبهذا أخذ قانون الأحوال الشخصي السوري، والكويتي غير أنها حصرت الهدايا القابلة للإرجاع بالهدايا التي لها بقاء أما التي لا بقاء لها فلا ترد.

4- الخفية:

الهداية عندهم تأخذ حكم الهبة والهبة عندهم يجوز الرجوع فيها، لأن الموهوب له يملك ملكاً غير لازم، لذلك فإنه يحق لكل من الخاطب والمخطوبة من استرداد الهدية ما دامت قائمة غير مستهلكة وفي ملك الآخر ما لم تتغير صفتها أو شكلها.

رأي القانون:

وتنص ف3 م19 من القانون المدني:

(تسري على الهدايا أحكام الهبة).

وبالرجوع إلى أحكام الهبة في القانون المدني نجد أن المادة (612) تنص:

(الهبات والهدايا التي تقدم في الخطبة من احد الخطيبين للآخر أو من أجنبي عنهما لأحدهما أو لهما معاً، يجب أن يردها الموهوب له للواهب إذا فسخت الخطبة وطلب الواهب الرد ما دام الموهوب قائماً وممكننا رده بالذات).

فالقانون لم يفرق بين كون الواهب الخاطب أو المخطوبة، فجعلت فسخ الخطبة سبباً لاسترداد العين الموهوبة غير انه علق جواز الاسترداد بطلب الواهب نفسه وبقاء العين الموهوبة بالذات أما إذا استهلك فلا رجوع فيها.

تعليق:

اشتراط القانون لاسترداد العين الموهوبة بقاء عينها، أما إذا استهلك فلا رجوع فيها وهذا محل نزاع فقد يدعي الموهوب له استهلاك الموهوب فكان ينبغي أن يكون النص كما قال الشافعية: بإمكانه استرداد هديته بعينها إذا كانت قائمة، وبدلها إذا كانت مستهلكة.

ترجيح:

ومع وجود هذا النص الصريح نجد أن بعض شراح القانون يميلون إلى المذهب المالكي الذي يرى بأنه لو كان الرجل هو المسئول عن فسخ الخطبة فإنه لا يستعيد من المرأة هداياه لكي لا يجمع عليها ألمان، ألم فسخ الخطبة وألم استرداد الأموال.

وبهذا أخذ قانون الأحوال الكويتي في مادته (18).

حكم الأضرار المترتبة عن العدول

هناك أضرار مادية ومعنوية قد تلحق المخاطب أو المخطوبة نتيجة لفسخ الخطبة ومن هذه الأضرار على سبيل المثال لا الحصر:

- كأن تكون المخطوبة قد تركت عملها أو أضعفت فرصاً للعمل بطلب من المخاطب أو تركت دراستها.
- وقد تطول مدة الخطبة مما تؤدي إلى تفويت فرص كثيرة على المخطوبة للزواج.
- وقد يعرض فسخ الخطبة الطرفين إلى الأقاويل وافتراءات الناس.
- وقد يشترى المخاطب بناء على موافقة أهل المخطوبة أثاثاً للبيت.
- وقد تكون المخطوبة قد صنعت لنفسها ملابس ولم تعد بعد العدول عن الخطبة مناسبة لها.

ما حكم هذه الأضرار وهل يحق للطرف المتضرر المطالبة بتعويض؟.

لم يتعرض فقهاء المذاهب في كتبهم الفقهية لهذا الموضوع، ولكن هناك قاعدتان فقهيتان تتجاذبان في مسألة الأضرار الناجمة عن العدول عن الخطبة:

القاعدة الأولى:

الجواز الشرعي ينافي الضمان:

أي أن الشرع والقانون إذا أجازا تصرفاً معيناً فلا ضمان على الفاعل لأنه قام بفعل مباح. وفي هذه الحالة فالشرع والقانون أباحا العدول عن الخطبة فلا تعويض.

القاعدة الثانية:

لا ضرر ولا ضرار:

أي أنه لا يجوز إلحاق الضرر بالآخرين ابتداءً كما لا يجوز مقابلة الضرر بالضرر. وفي حالة لحوق الضرر بأي من طرفي الخطبة فيجب رفع الضرر بالتعويض.

ما سبب عدم فرض تعويض للطرف المتضرر عند الفقهاء؟:

يرون أن العدول عن الخطبة من أي من الخاطبين لا يصلح لفرض أي تعويض للطرف الآخر مهما لحق به من الضرر؛ وذلك لأن العدول عن الخطبة حق لكل من الخاطبين بإجماع الفقهاء كما تقدم، والقواعد العامة للضمان في الفقه الإسلامي تفيد بأن لا ضمان على من مارس حقاً، ذلك أن الضمان مربوط بالاعتداء، ولا اعتداء في ممارسة الحق.

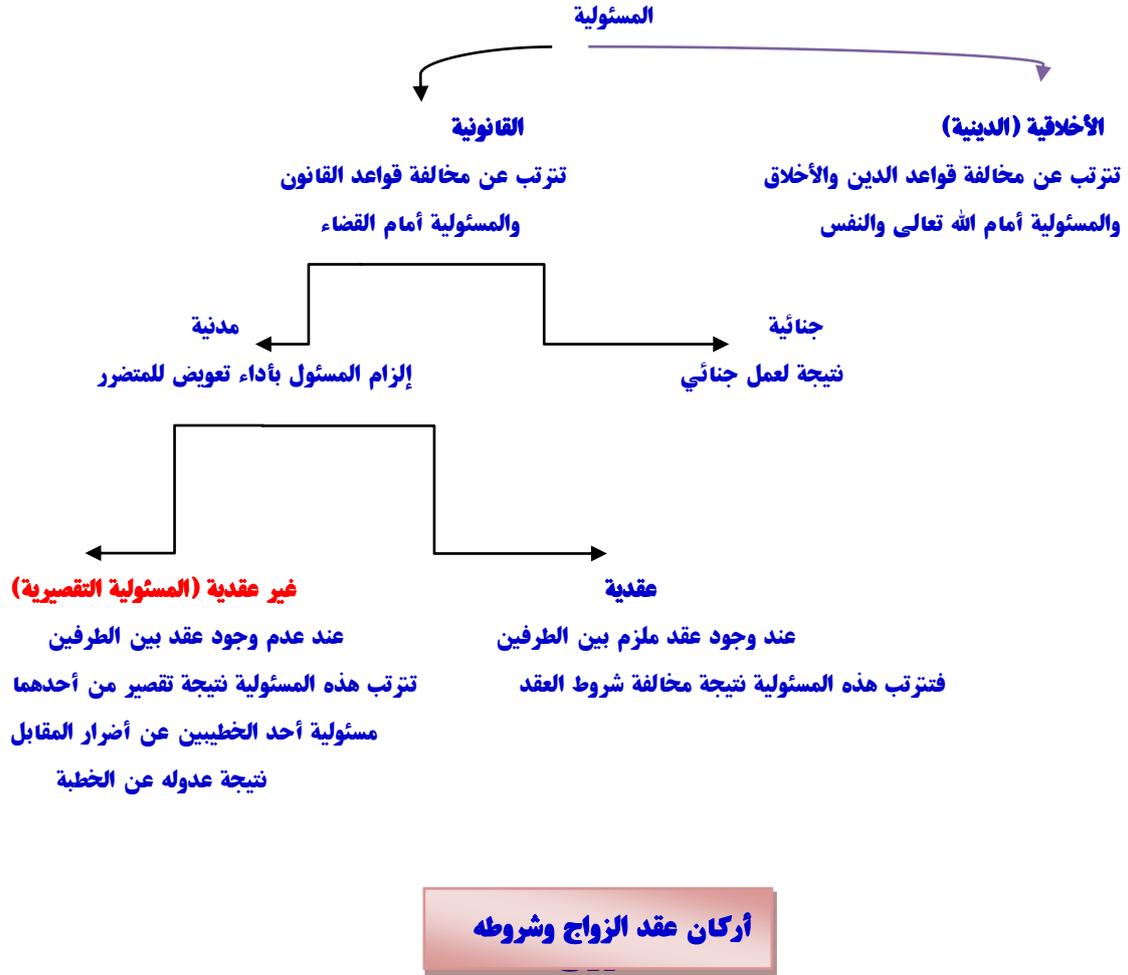
الراجح في المسألة بناء على ما ذكرنا:

إذا ما رافق العدول عن الخطبة تصرف آخر خارج عنه، وترتب على ذلك ضرر بالطرف الثاني، فإن التعويض عن الضرر في هذه الحال يصبح وارداً، كأن يعدل عن خطبتها بعد أن فرض عليها إعداد ملابس خاصة وفق ما يشتهي، في هذه الحال يلزم بالتعويض عما لحقها من ضرر، وكذلك الخطيبة إذا طلبت منه إعداد أثاث البيت على طريقة خاصة فأعده على وفقها ثم عدلت عن الخطوبة، فإنها تكلف بالتعويض عما لحقه من ضرر؛ لأن هذه التصرفات خارجة عن نطاق العدول عن الخطبة، وهي تصرفات صالحة لإنفاذ الضمان بها.

موقف القضاء من الأضرار الناجمة عن العدول:

- 1- الخطبة ليست بعقد ملزم.
- 2- مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا موجبا للتعويض.
- 3- إذا اقترن بالعدول أفعال ألحقت ضرراً بأحد الخاطبين جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، وهي مسئولية مدنية غير عقدية.

ما هي المسؤولية التقصيرية؟:



اقتران أحد الشئتين بالآخر وارتباطهما بعد أن كان كل واحد منهما منفصلا عن الآخر.

تعريف الزواج اصطلاحاً:

أولاً: في الاصطلاح الشرعي:

الزواج: ((عقد يفيد ملك المتعة قصداً)).

يلاحظ على هذا التعريف:

اقتضابه وخلوه من الشروط من جهة، وهو من صفات التعريف، واستجماعه لموضوعه، وهو من ضروريات التعريف أيضاً، لكنه حصر فائدة عقد الزواج في ملك المتعة.

أما الفقهاء المعاصرون فقد عرفوه كما يأتي:

((عقد يقصد به حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر واثتناسه به طلبا للنسل على الوجه المشروع)).

ثانياً: في الاصطلاح القانوني:

عرفت المادة (3) من قانون الأحوال الشخصية الزواج بأنه:

((عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً، غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل)).

وقد اكتفى بعض القوانين ومنها الكويتي بالشطر الأول من التعريف.

واختار قانون الأحوال الشخصي السوري والمغربي نفس العبارة تقريباً.

أمور تستخلص من التعريف الاصطلاحي:

1- إن عقد الزواج شرع ليكون دائماً فهو غير قابل للتوقيت. (فالزواج المؤقت-المتع- غير جائز).

وفي القانون السوداني: (على نية التأيد).

2- إن عقد الزواج كبقية العقود له صفته المدنية ولا يحتاج إلى إجراء طقوس دينية أو

مكان أو رجل معينين، فمتى توافرت شروطه أنتجت آثاره كاملة.

3- إن الزواج عقد بين رجل وامرأة حصراً. (إشارة إلى عدم جواز الزواج المثلي).

4- لا بد أن تتوافر فيه شروط الرضا، وإلا فلا يكون العقد صحيحاً.

تعريف الزواج في القانون المعدل في إقليم:

((الزواج عقد تراضي بين رجل وامرأة، يحل به كل منهما للآخر شرعاً، غايته تكوين الأسرة على أسس

المودة والرحمة والمسؤولية المشتركة طبقاً لأحكام هذا القانون)).

أهم ما يستخلص من هذا التعريف القانوني:

(المسؤولية المشتركة): (إشارة إلى عدم تفرد الزوج بالمسؤولية- ثياو سالاري).

وهذا يتفق مع ما ورد في القانون المغربي: (برعاية الزوجين).

ويخالف القانون الإماراتي: (برعاها الزوج بمشاركة الزوجة).

وكذلك القانون العماني: (برعاية الزوج).

الحكمة من تشريع الزواج: ص38

يقول الله تعالى مبيناً المقاصد الرئيسية من الزواج:

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

يَتَفَكَّرُونَ)). [الروم: 21].

وكذلك قوله تعالى: ((وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا)). [الفرقان: 54].

من خلال النصوص الشرعية يمكننا ذكر عدد من المقاصد الجليلة للزواج، وهي:

1- غرض البصر وحسن الفرج عن المحرمات.

- 2- إنجاب الذرية واستمرار النسل.
- 3- تحقيق السكن النفسي والروحي.
- 4- المحافظة على الأنساب من الاختلاط.
- 5- تحقيق الفطرة البشرية وإشباع الغريزة الجنسية، وهي من أقوى الغرائز.
- 6- تحقيق الستر للرجل والمرأة.
- 7- تأجيح عاطفتي الأبوة والأمومة.
- 8- التدريب على تحمل المسؤولية.
- 9- صيانة المجتمعات من الأمراض الخطيرة الفتاكة التي قد يكون العزوف عن الزواج سبباً فيها.

تعدد الزوجات ص 45

تمهيد: المقصود من تعدد الزوجات هو أن يجمع الرجل في عصمته أكثر من زوجة في آن واحد، كاثنتين من النساء، أو ثلاث أو أربع نسوة، وأن لا يزيد على هذا العدد. فمن كان عنده أربع نسوة فطلق إحداهن طلاقاً رجعياً فلا يحل له أن يتزوج غيرها حتى تنقضي عدّة المطلقة الرجعية، أما إن كانت المطلقة بائة بينونة كبرى فله أن يتزوج الرابعة وكذلك إذا ماتت إحداهن.

علماً أن مفهوم التعدد ينصرف إلى وجود اثنتين مع النساء في عصمة رجل في آن واحد، لأن التعدد بأكثر من زوجتين في العصر الحاضر أصبح أمراً نادراً على الأقل في المجتمع الكوردستاني. وقبل الدخول في صلب الموضوع لا بد من تمهيد عن حالة التعدد قبل ظهور الدين الإسلامي لمعرفة الظروف التي كانت سائدة وقت تشريع التعدد:

تعدد الزوجات قبل الإسلام:

عند الفراعنة:

لم يبتكر الإسلام نظام التعدد، فالتاب تاريخياً أن تعدد الزوجات ظاهرة عرفت بها البشرية منذ أقدم العصور كانت الظاهرة منتشرة بين الفراعنة، وأشهر الفراعنة على الإطلاق وهو رمسيس الثاني، كان له ثماني زوجات، وأنجب عدداً كبيراً من الأولاد، وأسماء زوجاته وأولاده منقوشة على جدران المعابد حتى اليوم.

التعدد في التوراة والديانة اليهودية:

في العهد القديم أو التوراة نصوص صريحة على إباحة التعدد في دين إبراهيم وإسحاق ويعقوب، وشريعة داود وسليمان، وغيرهم من أنبياء بني إسرائيل. فقد أباحت التوراة لليهودي الزواج بأكثر من واحدة، ولم تحدد له عدداً ما، إلا أن التلمود حدّد العدد بأربعة على شرط أن يكون الزوج قادراً على إعالتهم.

التعدد في الإنجيل والديانة المسيحية:

أقرت المسيحية في بدايتها ما أقرته اليهودية في التعدد واستمر رجال الكنيسة لا يعترضون على ذلك حتى القرن السابع عشر الذي بدأ فيه الحظر ثم تقرر عام (1750م). يقول الدكتور (مُجَّد فؤاد الهاشمي) في كتاب الأديان في كفة الميزان (ص 109): ((إن الكنيسة ظلت حتى القرن السابع عشر تعترف بتعدد الزوجات)). ولا يوجد نص صريح في أي من الأناجيل الأربعة يحظر تعدد الزوجات، ولكن تقاليد بعض الشعوب الأوروبية التي دخلت في المسيحية كانت تمنع التعدد ففرضت تقاليداً السابقة على النصرانيين، وبمرور الزمن أصبحت من صلب النصرانية.

التعدد عند العرب قبل الإسلام:

كان التعدد معروفاً عند العرب وليس له حد معين، كما كانوا يتوارثون المرأة كما يتوارثون المتاع والمال، ولم تكن لها على زوجها حقوق محددة تطالبه بالوفاء بها، ولا لتعدد الزوجات حد معين، ولم يكن لها حق في اختيار الزوج.

أقوال علماء وفلاسفة الغرب عن التعدد:

قال غوستاف لوبون (مؤرخ فرنسي ت 1931م) في كتابه حضارة العرب: ((إن تعدد الزوجات المشروع عند الشرقيين أحسن من تعدد الزوجات الرئائي عند الأوروبيين وما يتبعه من موابك أولاد غير شرعيين)). يقول شوبنهاور (فيلسوف ألماني ت 1860م): ((ولقد أصاب الشرقيون مرة أخرى في تقريرهم لمبدأ تعدد الزوجات لأنه مبدأ تحتمه وتبرره الإنسانية، والعجيب أن الأوروبيين في الوقت الذي يستنكرون فيه هذا المبدأ يتبعونه عملياً، فما أحسب أن بينهم من ينفذ مبدأ الزوجة الواحدة على وجهه الصحيح)).

التعدد في الشريعة الإسلامية:

مشروعية التعدد:

الأصل في الشريعة اكتفاء الرجل بزوجة شرعية واحدة، ولكن التعدد شرع لدواعٍ واقعية سندكرها لاحقاً. والأصل في مشروعيته، قول الله تبارك وتعالى: ((وَأِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً)). [النساء: 3].

والآية في الأصل تتعلق بأحكام البنت اليتيمة ثم شرّعت للتعدد.

تقول السيدة عائشة: إنه كان الرجل تكون عنده اليتيمة في حجره، فإن كانت جميلة، تزوجها من غير أن يقسط في صداقتها، وإن كانت دميمة رغب عن نكاحها وعضلها [منعها من] أن تنكح غيره؛ لئلا يشاركه في مالها، فنهوا أن ينكحوهن إلا أن يقسطوا إليهن.

شروط التعدد:

أولاً: شرط العدالة: فمجرد الخشية من عدم العدالة ترفع هذه الإباحة، فلا بد من الثقة الكاملة بإمكانية تحقيق العدالة.

ثانياً: الإمكانية المادية للزوج: فلا بد أن يتمتع الزوج بإمكانية مادية تمكنه من رعاية أسرته وتأمين مستلزمات الحياة الكريمة لهما.

ثالثاً: إذن القاضي: إن اشتراط إذن القاضي لم يذكر في كتب الفقه الإسلامي، ولكنه لا يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية؛ لأن الجهة التي تحكم بقابلية الزوج على تحقيق العدالة المطلوبة، وإمكانيته المادية، هي القضاء، لذلك يمكننا أن نعتبر إذن القاضي الشرعي بمثابة الشرط الثالث في الشريعة، ولا يتناقض مع الشريعة البتة. ويُعد الشيخ (مُجد عبده ت1905م) رحمه الله أول من قدم إلى الحكومة المصرية اقتراحاً تضع بموجبه نظاماً تشرف به على تعدد الزوجات حتى لا يقدم عليه من ليس أهلاً له.

هل تشترط موافقة الزوجة الأولى؟:

لا تشترط في الشريعة موافقة الزوجة الأولى على التعدد لكن من مكارم الأخلاق، وحسن العشرة أن يستأذنها وأن يطيب خاطرهما بما يخفف عنها الآلام التي هي من طبيعة النساء في مثل هذا الأمر.

العدالة المطلوبة:

إن العدالة تتضمن كل مما يأتي:

- 1- العدالة في النفقة: فلا بد أن ينفق الزوج على زوجته بعدالة، وأن يؤمن لكل منهما ما تحتاجه من متطلبات الحياة، ويرجع في اعتبار ما هو ضروري أو احتياجي إلى العرف.
- 2- العدالة في المبيت: كذلك يجب على الزوج أن يبيت عند زوجته بعدالة دون فرق وأن يرجع للقسمة التي ترضي زوجته.
- 3- العدالة في رعاية البيت والأولاد وتربيتهم والتواصل مع محيط كل زوجة على حد سواء، دون الاهتمام بأولاد وأهل وأقارب وضيوف زوجة دون الأخرى.
- 4- العدالة في السفر سواء بالقرعة أو بالتقسيم أو التطوع إذا رغبت عنه بعضهن.

الميل القلبي:

لا يدخل الميل القلبي في إطار هذه العدالة فلا سلطان على القلب، ولا يملك الإنسان التحكم في ميوله وعواطفه، لذلك قال الله تعالى: ((وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ ۖ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ)) [النساء: 4].

الحكمة من التعدد:

1- زيادة نسبة النساء على الرجال، وخاصة في أعقاب الحروب الطاحنة التي تتعرض لها الكثير من الدول، ولم تشهد العالم هدوءاً عبر تاريخه الطويل، بل كانت الحروب والمعارك السمة الأبرز في تاريخ البشرية. كما أن الرجال عرضة للحوادث التي قد تؤدي بحياتهم، لأنهم يعملون في المهن الشاقة، فاحتمال الوفاة في صفوفهم أكثر منه في صفوف النساء. وهذا يؤدي إلى اختلال في نسبة النساء إلى الرجال، وحسب الإحصائيات نسبة النساء في العالم أكثر من الرجال. وهذه الحروب والحوادث تؤدي إلى ارتفاع نسبة الأرمال.

تضارب الاحصائيات في نسب النساء إلى الرجال في العالم:

حتى نسلم من الجدل حول نسبة النساء إلى الرجال فيما أن يكون الرجال الأكثر أو مساويا لعدد النساء ففي هذه الحالة ينتهي موضوع التعدد تقريبا إلا في حالات نادرة جدا. أما إذا كانت النساء الأكثر، ففي هذه الحالة يجب على المشرع أن يضع ذلك في حسابه، وألا يغفل عن هذه الشريحة. 2- إن عزوف الشباب عن الزواج لأسباب مالية أو اجتماعية يؤدي إلى ارتفاع معدل العنوسة في صفوف النساء، وزيادة نسبة الطلاق تؤدي هي الآخر إلى ازدياد الأرمال، والحل الوحيد للقضاء على هذه المشكلة هو التعدد. 3- قد تكون المرأة عقيماً ولا تستطيع الإنجاب فمن حق الرجل أن يتزوج طلباً للنسل. كما من حق المرأة أن تطلب الطلاق من زوجها إن كان عقيماً وتزوج من غيره، وإن لم يطلقها التجأت إلى التفريق القضائي.

هل التعدد السبب الرئيسي لمشاكل الأسرة؟:

قد يقول قائل: إن تعدد الزوجات تلزمه المشاكل الأسرية والشغب الدائم المفضي إلى نكد الحياة، لأنه كلما أَرْضَى إحدى الضرتين سَخَطت الأخرى. فهو بين سَخَطتين دائماً. وهذا الكلام وإن كان صحيحاً إلى حد ما، لكنه بعيد عن الواقع؛ لأن الخصام والمشغبة بين أفراد أهل البيت لا انفكاك عنه البتة، فيقع بين الرجل وأمه، وبينه وبين أبيه، وبينه وبين أولاده، وبينه وبين زوجته الواحدة. فهو أمر عادي ليس له كبير شأن.

التعدد عند علماء علم النفس:

يرى بعض علماء النفس أن الميل إلى التعدد فطري عند الرجل، وهناك دراسة أمريكية حديثة تقول: ((إن الرجل يميل تكوينياً إلى تعدد الزوجات)). وهذه الفكرة جوبهت بمجوم شديد من قبل بعض العلماء الذين يقولون: ((إن الثقافة هي التي تساهم في تشكيل السلوك الإنساني، وموجبات التعدد في الزوجات يخلقها المحيط الاجتماعي في الرجل وليس الطبيعة أو الفطرة)).

التعدد في الأحوال الشخصية العراقي:

- عملاً بالشريعة الإسلامية أجاز المشرع العراقي الزواج بأكثر من واحدة بإذن القاضي وبشروط معينة:
فقد نصت الفقرات الأربع الأخيرة من المادة (3) على ما يأتي:
4. لا يجوز الزواج بأكثر من واحدة إلا بإذن القاضي ويشترط لإعطاء الإذن تحقق الشرطين التاليين:
أ- أن تكون للزوج كفاية مالية لإعالة أكثر من زوجة واحدة.
ب- أن تكون هناك مصلحة مشروعة.
5. إذا خيف عدم العدل بين الزوجات فلا يجوز التعدد ويترك تقدير ذلك للقاضي.
6. كل من أجرى عقداً بالزواج بأكثر من واحدة خلافاً لما ذكر في الفقرتين 4 و5 عوقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة بما لا يزيد على مائة دينار أو بهما.
7. استثناء من أحكام الفقرتين (4) و(5) من هذه المادة يجوز الزواج بأكثر من واحدة إذا كان المراد الزواج بها أرملة.

كيفية إثبات الكفاية المالية:

إثبات هذه المقدرة يكون بكافة وسائل الإثبات كإبراز تأييد من مرجعه حول دخله أو الاستفسار من غرفة التجارة أو ضريبة الدخل أو بتقديم مستندات التسجيل العقاري.
ما هي المصلحة المشروعة عند المشرع العراقي؟
أن تكون الزوجة الأولى مريضة لا تستطيع أداء واجباتها الزوجية، أو أن تكون عقيمة أو مزالة الرحم، أو كانت محكومة بالمطواعة، أو أنها قد تركت زوجها، أو كان الزوج في بيئة زراعية وكان الزوج بحاجة إلى أكثر من زوجة لإعانته على أداء واجباته.

موافقة الزوجة الأولى:

إذا وافقت الزوجة الأولى أمام المحكمة على زواج زوجها بامرأة أخرى دون إكراه وكان للزوج كفاية مالية لإعالة أكثر من زوجة أصدرت المحكمة الإذن بالزواج.

يسقط بموافقة الزوجة كل من الشروط الآتية:

- أولاً:** وجود مصلحة مشروعة.
ثانياً: وثوق القاضي بقدرة الزوج على العدالة.

هل العقوبة الواردة تشمل الزوج وحده أم تتعدى إلى غيره؟:

بما أن العقوبة المنصوص عليها جاءت بلفظ (كل) وهي من ألفاظ العموم، فإنها تشمل العاقد، وأطراف العقد، والشهود، ومحاكم الجزاء هي التي تتولى تحديد المسؤولية وتعيين المخالف والمقصر.

تعديل برلمان إقليم كردستان: (التعديل رقم 15 لسنة 2008) القانون النافذ

- لا يجوز الزواج بأكثر من واحدة إلا بإذن القاضي، ويشترط لإعطاء الإذن تحقق الشروط التالية:-
أ. موافقة الزوجة الأولى على زواج زوجها أمام المحكمة.
ب. المرض المزمن الثابت المانع من المعاشرة الزوجية والذي لا يرجى منه الشفاء أو عقم الزوجة الثابت بتقرير من لجنة طبية مختصة.

- ج. أن يكون لطالب الزواج الثاني إمكانية مالية تكفي لإعالة أكثر من زوجة واحدة على أن يثبت ذلك بمستمسكات رسمية يقدمها للمحكمة عند إجراء عقد الزواج.
- د. أن يقدم الزوج تعهداً خطياً أمام المحكمة قبل إجراء عقد الزواج بتحقيق العدل بين الزوجين في القسّم وغيره من الالتزامات الزوجية (المادية والمعنوية).
- هـ. أن لا تكون الزوجة قد اشترطت عدم التزوج عليها في عقد الزواج.
- و. كل من أجرى عقداً بالزواج بأكثر من واحدة خلافاً لما ذكر في أي من الفقرات (أ، ب، ج، د، هـ) من/ثانياً من هذه المادة يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على سنة وبغرامة قدرها عشرة ملايين دينار.
- ز. لا يجوز للقاضي إيقاف تنفيذ العقوبات الواردة في الفقرة (و) أعلاه.

ملاحظات على التعديل: للمطالعة والفهم

- 1- إن المشرع الكوردستاني كغيره من المشرعين يحق له إدخال تعديلات على القوانين بما يخدم المصلحة العامة للمجتمع ويحافظ على كيان الأسرة من التصدعات والمشاكل التي تهدد بقاءها على أن يلتزم بالشروط المتعارف عليها قانونياً من الحيادية والواقعية وغيرها، وقد ساهم هذا التعديل بالفعل في تحسين وضع المرأة من خلال بعض موادها ومن الطبيعي أن لا يكون مصيباً في كليهما، ومن المعلوم أن مستوى تقدم الدول أو تأخرها أصبح يقاس بمستوى وضع المرأة في ذلك المجتمع، لذلك نرى أن المشرع وقع تحت تأثير الوضع الاستثنائي للإقليم فهو يحاول من خلال تشريعاته إبراز الوجه المشرق لوضع المرأة الكوردستانية للعالم.
- 2- إن المتأمل لفقرات التعديل وعباراته الصارمة يجد أن التعديل يكاد يكون منعاً لتعدد الزوجات، فمع وجود كل هذه الشروط يستحيل التعدد إلا في حالات نادرة جداً، وربما يزيد من محاولات التحايل على القانون، كإرغام الزوجة الأولى على الموافقة أمام القضاء أو تسجيل عقد الزواج في المحافظات القريبة من الإقليم والتابعة للحكومة المركزية التي لا تزال تعمل بالقانون العراقي المعدل.
- 3- قد يدفع هذا التعديل الأزواج الذين يرغبون في التعدد إلى طلاق الزوجة الأولى لأن موافقتها أمر بعيد المنال؛ فهي تتميز بالغيرة المفرطة، ويعد الطلاق في هذه الظروف بمثابة كارثة اجتماعية.
- 4- قد يدفع هذا القانون الأزواج إلى اتخاذ خليلات بدل حليلات واللجوء إلى المحرمات، ولا تخفى على كل عاقل النتائج التي تنشأ عن العلاقات المحرمة على المستوى الديني والاجتماعي والصحي، فلا يجوز قياس مجتمعنا على المجتمعات الغربية دون مراعاة الفارق الكبير على جميع الأصعدة.
- 5- لا تُعد مسألة تعدد الزوجات من المشاكل التي تحتل الصدارة عند المواطن الكوردستاني، فقد أصبحت ممارسته على نطاق ضيق، فكان الأولى أن يكون المشرع عندنا رائداً في غيره من المجالات التي تم المجتمع في هذه المرحلة من تاريخ شعبنا.
- 6- لم يراع هذا القانون وجود نسبة كبيرة من الأراذل كما راعها القانون العراقي المعدل، هذا بالإضافة إلى وجود أعداد كبيرة من العوانس والمطلقات، فكان لا بد من أخذ ذلك بنظر الاعتبار.
- 7- أن القاضي في هذا التعديل يجد نفسه أمام عقوبة واحدة لا ثاني لها وهي الحبس بين ستة أشهر وسنة، وغرامة قدرها عشرة ملايين دينار، ولا يجوز له إيقاف تنفيذ هذه العقوبات، مما يفقد القانون صفة المرونة ولا يملك القاضي إلا حالة واحدة مهما كانت الظروف مختلفة.

أركان عقد الزواج:

- الركن: هو ما يتوقف عليه العقد، وهو جزء من حقيقته وماهيته.
- كقراءة سورة الفاتحة -مثلا- فإنها ركن في الصلاة.
- أو الوقوف بعرفة، فإنه ركن في الحج.
- أو الإيجاب والقبول في العقود والمعاملات.
- (العبادات) {

أركان عقد الزواج في المذاهب الفقهية:

أركان العقد الزواج عند الحنفية ثلاثة:

- 1- العاقدان (الزوج والزوجة).
 - 2- الصيغة (الإيجاب والقبول).
 - 3- المعقود عليه (محل العقد).
- إذن الولي عند الحنفية: ليس ركنًا، وكذلك حضور الشاهدان⁽¹⁾.

أما أركان عقد الزواج عند الشافعية فخمسة:

- 1- الزوج.
 - 2- الزوجة.
 - 3- الصيغة (الإيجاب والقبول).
 - 4- الشاهدان.
 - 5- الولي.
- وكذلك الحال عند المالكية والحنابلة.
- إذن الولي عند الشافعية: هو ركن من أركان عقد الزواج، فلا يصح الزواج بدون ولي.
- ولا يصح عند الشافعية تولي عقد النكاح من أنثى، فلا تصح عبارة المرأة في الزواج إيجابًا وقبولًا.

أما المذهب الجعفري فأركان عقد الزواج عندهم أربعة:

- 1- الصيغة (الإيجاب والقبول).
- 2- محل العقد.
- 3- الأجل.
- 4- المهر.

أركان عقد الزواج في القانون:

وفي قانون الأحوال الشخصية نصت المادة (4) منه على أنه: **((ينعقد الزواج بإيجاب يفيد لفة أو عرفاً من أحد العاقدين وقبول من الآخر، ويقوم الوكيل مقامه)).**

يلاحظ في هذه المادة:

أولاً: أن المشرع جمع أركان عقد الزواج في (الإيجاب والقبول)، لأنه يعني:

1- وجود عاقدين (الزوج، والزوجة).

2- وجود المعقود عليه (محل العقد).

ثانياً: أنه لم يحدد الطرف الموجب والقابل أخذاً بمذهب الحنفية الذين يرون أن الإيجاب هو ما يصدر أولاً من أحد العاقدين للدلالة على إرادته في إنشاء العقد، والقبول هو ما يصدر ثانياً من العاقد الآخر للدلالة على موافقته ورضاه بما أوجبه الأول.

حقيقة الإيجاب والقبول:

الإيجاب عند الحنفية: هو ما صدر أولاً من كلام أحد المتعاقدين، أو ما يقوم مقام الكلام (كالكتابة والإشارة).
والقبول: هو ما صدر ثانياً عن العاقد الآخر للدلالة على موافقته بما أوجبه الأول، فالمعتبر عندهم أولية الصدور في الإيجاب وثانويته في القبول.
الموجب: زوجني ابنتك.
القابل: قبلت.

الإيجاب والقبول عند الجمهور: يرى الجمهور أن الإيجاب: هو ما صدر ممن يكون منه التملك كالبائع والمؤجر والزوجة أو وليها، سواء صدر أولاً أو آخراً.
والقبول: هو ما صدر ممن يصير له الملك وإن صدر أولاً، فالمعتبر عندهم هو أن المملك هو الموجب والمتملك هو القابل، ولا اعتبار لما صدر أولاً أو آخراً.
القابل: زوجني ابنتك
الموجب: زوجتك ابنتي.
القابل: قبلت زواجها.

وقد أضيفت إلى هذه المادة وبموجب قرار رئاسة إقليم كردستان رقم (62) في (2000/4/29) ما يأتي:

((ويقوم الوكيل مقامه إذا كان أحدهما غائباً عن المنطقة، وبشرط تصديق الوكالة من كاتب عدل محل إقامة الموكل، وتأييدها من قبل ممثل حكومة إقليم كردستان في تلك الدولة)).

شروط أركان العقد:

هي تلك الشروط التي يجب توافرها في أركان العقد، بحيث إذا تخلف شرط في إحدى الأركان أصبح العقد باطلاً⁽¹⁾. وهذه الشروط جاءت في الفقرة (1) من المادة (6) كالاتي:

((لا ينعقد الزواج إذا فقد شرطاً من شروط الانعقاد أو الصحة المبينة فيما يأتي:

أ- اتحاد مجلس الإيجاب والقبول.

ب- سماع كل من العاقدين كلام الآخر واستيعابهما بأن المقصود منه عقد الزواج.

ج- موافقة القبول للإيجاب.

د- شهادة شاهدين متمتعين بالأهلية القانونية على عقد الزواج.

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

الملاحظات على الفقرة (1) من المادة (6):

أولاً: هذا النص لم يغطي الشروط الشرعية لعقد الزواج كما سيأتي.

ثانياً: أنها سوّت بين شروط الانعقاد وشروط الصحة، فاعتبرت العقد باطلاً إذا تخلف شرط من شروط الانعقاد أو الصحة، وهذا غير صحيح، لأن تخلف شرط من شروط الانعقاد يؤدي إلى بطلان العقد، أما تخلف شرط من شروط الصحة فيؤدي إلى فساد العقد لا بطلانه.

أقسام عقد الزواج عند الحنفية:

تنقسم العقود عند الحنفية إلى:

1- العقد الموقوف.

2- العقد النافذ اللازم.

3- العقد النافذ غير اللازم.

4- العقد الفاسد.

5- العقد الباطل.

أقسام العقود عند الجمهور:

وتنقسم العقود عند الجمهور إلى:

1- العقد الموقوف.

2- العقد النافذ اللازم.

3- العقد النافذ غير اللازم.

4- العقد الباطل أو الفاسد.

(1) أو فاسداً عند الجمهور فلا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج، وفاسداً عند الحنفية فيترتب عليه بعض آثار الزوجية.

منشا الخلاف في عدد أقسام العقود:

من المعلوم أن الحنفية يفرقون بين الباطل والفساد⁽¹⁾ على أساس التفريق بين الركن والشرط⁽²⁾.

فالركن عندهم هو: ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان داخلاً في حقيقته وماهيته.

أما الشرط فهو ما يتوقف عليه وجود الشيء لكنه خارج عن حقيقته وماهيته.

فإذا كان الخلل في الركن فالعقد باطل.

أما إذا كان الخلل في الشرط⁽³⁾ فالعقد فاسد.

تذكير بأنواع العقود باعتبار الصحة والبطان:

العقد الصحيح: هو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه معاً، بحيث يكون مستجمعاً لأركانه وأوصافه، فيترتب عليه أثره

المقصود منه، مثل: الزواج المستوفي لجميع الأركان والشروط.

العقد الباطل: ما كان الخلل واقعا في أركانه، كالزواج من غير ولي، أو بيع المعلوم قبل ظهوره، أو الصلاة من غير قراءة

الفتاحة.

حكم العقد الباطل: أنها لا يترتب عليه أي أثر من الآثار الشرعية.

العقد الفاسد: هو ما كان الخلل واقع في شروط العقد المكتملة، كالزواج من غير شهود، أو البيع الربوي، أو زواج

الشغار، أو البيع جزافاً **(فروشتن به كۆنره)**.

فالفاسد ما كان بين الصحيح والباطل.

حكم العقد الفاسد: يجب فسخه، لأن العقد وقع غير لازم، وإنما رتبوا على العقد الفاسد بعض الآثار، فأوجبوا في

الزواج الفاسد: المهر والعدة وأثبتوا النسب، هذا مع وجوب التفريق بينهما.

(1) هذا في المعاملات فقط، أما في العبادات فقد وافقوا الجمهور فلم يفرقوا بين الباطل والفساد.

(2) لا فرق بين الركن والشرط عند الجمهور، لكن الحنفية يفرقون بينهما على النحو الذي ذكرناه في التعريفين.

والركن في ماهية قد ولجا والشرط عن ماهية قد خرجا.

(3) المقصود شروط الأركان.

شروط عقد الزواج:

أولاً: شروط الانعقاد.

ثانياً: شروط الصحة.

ثالثاً: شروط النفاذ.

رابعاً: شروط اللزوم.

شروط الانعقاد:

هي تلك الشروط التي يجب توافرها في أركان العقد بحيث لو تخلف منها شرط لم يكن للعقد وجود، وبالتالي لم يكن له أثر، ويكون العقد باطلاً.

ووفق هذا التعريف يمكن تعريف **العقد الباطل** (عند الجمهور) بأنه:

العقد الذي حصل الخلل في ركن من أركانه أو في شرط من الشروط التي تقوم عليها تلك الأركان.

وقد ذكرنا سابقاً أن **أركان العقد عند الحنفية** هي:

أولاً: العاقدان (الزوج والزوجة).

ثانياً: الصيغة (الإيجاب والقبول).

ثالثاً: المعقود عليه (محل العقد).

أولاً: الشروط التي يجب توافرها في العاقدين (الزوج والزوجة):

- 1- أن يكون كل واحد منهما أهلاً لمباشرة العقد، وتتحقق الأهلية بالعقل والتمييز، فعقد المجنون وغير المميز باطل.³
- 2- أن لا يكون أحدهما محرماً للآخر تحريماً قطعياً.
والتحريم القطعي هو التحريم الذي لا شبهة فيه ولا خلاف بين الفقهاء.
مثال التحريم القطعي: هو زواج المحارم، وكذلك زواج المسلمة من غير المسلم.
- 3- أن يكون كل واحد من الزوجين معروفاً معلوماً.
- 4- أن يرضى العاقدان بالزواج، فالعقد مع الإكراه باطل عند الحنفية، والمشرع العراقي أخذ به إذا لم يتم الدخول.
- 5- أن يسمع كل من العاقدين كلام الآخر، ويفهما أن المقصود منه إنشاء عقد الزواج.
- 6- أن يكون العاقد متعدداً.

(1) عقد العاقل المميز موقوف على إجازة الولي.

تعدد أطراف العقد:

الأصل في العقود أن يكون العاقد متعدداً، أي أن يتولى طرفي العقد اثنان كالاتي:

أطراف العقد	
أصيل	أصيل
ولي	ولي
وكيل	وكيل
أصيل	ولي أو وكيل
وكيل	وكيل

في هذه الصور **العقد صحيح** باتفاق العلماء.

انفراد شخص واحد بطرفي العقد:

ولكن قد يتولى طرفي العقد عاقد واحد يمثل الطرفين على النحو الآتي:

- أ- أن يكون **ولياً على الزوج والزوجة**، كرجل يزوج ابنة أخيه الصغيرة من ابن أخيه الصغير وهما تحت ولايته.
- ب- أن يكون **وكيلاً عن الزوجين**.
- ج- أن يكون **أصيلاً** من جانب **وولياً** من جانب آخر، كمن يزوج نفسه من بنت عمه الصغيرة التي في ولايته.
- د- أن يكون **أصيلاً** من جانب **ووكيلاً** من جانب آخر، كمن يزوج نفسه من امرأة وكلته أن يزوجها.
- هـ- أن يكون **ولياً** من جانب **ووكيلاً** من جانب، كمن زوج بنت أخيه التي في ولايته برجل وكله أن يزوجه منها.

حكم هذه العقود:

اختلف الفقهاء في حكم هذه العقود على مذهبين:

ذهب **الجمهور** إلى أن هذه العقود صحيحة؛ لأن للعاقد صفة شرعية.

وذهب **الشافعية** إلى أن هذه العقود باطلة؛ لأن الزواج لا ينعقد إلا بإرادتين إحداهما موجبة والثانية قابلة، ولا يمكن قيامهما بشخص واحد في حالة واحدة.

واستثنى الشافعية حالة واحدة فقط وهي: أن يزوج الجد بنت ابنه الصغيرة من ابن ابنه الصغير.

رأي القضاء من المسألة:

أخذ القضاء بمذهب الشافعية حيث لم يجر أن يتولى شخص واحد عقد الزواج عن الزوجين معاً وإن كان ولياً على أحدهما لوجوب وجود شخص موجب وآخر قابل للإيجاب، وعليه فإن العقد باطل.

ثانياً: الصيغة (الإيجاب والقبول):

الركن الثاني من أركان العقد عند الحنفية هو الإيجاب والقبول، **والإيجاب** - كما ذكرنا- هو ما يصدر أولاً من أحد العاقدين للدلالة على إرادته في إنشاء العقد.
والقبول هو ما يصدر ثانياً من العاقد الآخر للدلالة على موافقته ورضاه بما أوجبه الأول.
 فالعبرة في تمييز الإيجاب والقبول هو الصدور أولاً، بغض النظر عن صدر منه.

صيغة الإيجاب والقبول:

• **الصيغة اللفظية:** هي الأساس في التعبير عن الإرادة ولكن عند تعذرهما يمكن اللجوء إلى صيغ أخرى كالكتابة والإشارة.

اشتراط الفقهاء للصيغة اللفظية شرطان:

أولهما: أن يكون الإيجاب والقبول على صيغة الماضي، كقول الموجب: زوجتك موكلتي، أنكحتك ابنتي...، ويقول القابل: قبلت.

ويجوز الإيجاب على صيغة المضارع ولكن بشرط أن يكون القبول بصيغة الماضي، كقول الموجب: أزوجك موكلتي، فيقول القابل: قبلت.

ويجوز الإيجاب على صيغة الأمر، لكن بشرط أن يكون القبول بصيغة الماضي، كقول الموجب: زوجني، أنكحتني، فيقول القابل: زوجتك...

أي أنه: يجوز أن يكون الإيجاب بصيغة الماضي والمضارع والأمر بشرط أن يكون القبول بصيغة الماضي.

أما أن يكون الإيجاب والقبول معاً بصيغة المضارع أو الأمر فقد يفيد الوعد بالزواج في المستقبل إلا في حالة وجود قرائن، مثل: إحضار الأصدقاء والأقارب وإحضار الحلاوة وغيرها مما يؤكد أن الزواج في الحال لا في المستقبل.

ثانياً: أن يكون اللفظ المعبر به عن الإيجاب والقبول مشتقاً من الألفاظ الصريحة في معنى الزواج لغة أو عرفاً، كما ورد في المادة الرابعة: **((ينعقد الزواج بإيجاب يفيد لغة أو عرفاً من أحد العاقدين وقبول من الآخر، ويقوم الوكيل مقامه))**.

• **صيغة الكتابة:** ينعقد الزواج بالكتابة بين غائبين، فيكتب الرجل للمرأة: زوجيني نفسك... فإذا وصل الكتاب وقرأت على الزوجة بحضور الشاهدين، وقبلت الزواج منه في المجلس، انعقد الزواج كما نصت عليها الفقرة (2) من المادة (6):

((ينعقد الزواج بالكتابة من الغائب لمن يريد أن يتزوجها بشرط أن تقرأ الكتاب على الشاهدين أو تُسمعهُما عبارته وتُشهدهُما على أنها قبلت الزواج منه)).

(1) علماً أن هذا هو موقف الحنفية وبه أخذ القضاء خلافاً لمذهب الجمهور الذين يرون أن الإيجاب هو ما صدر من بيده التمليك كالبائع والمؤجر وولي المرأة أو المرأة نفسها، أما القبول فهو ما يصدر من الزوج أو من يقوم مقامه. ينظر: (ص 49).

• **صيغة الإشارة:** يجوز أن يكون الإيجاب والقبول بالإشارة المفهومة من الأخرس، والفهم من الإشارة مطلوب بالنسبة إلى العاقد الآخر والشهود أيضاً.
أما إذا كان الأخرس قادراً على الكتابة فالأرجح أن زواجه لا ينعقد بالإشارة؛ لأن الكتابة أقوى في الدلالة على المراد من الإشارة.

الشروط التي يجب توافرها في الصيغة (الإيجاب والقبول):

1- اتخاذ مجلس الإيجاب والقبول.

أي أن يكون المجلس الذي حصل فيه القبول هو بعينه المجلس الذي حصل فيه الإيجاب.

متى يكون المجلس متحداً؟:

يكون المجلس متحداً إذا لم يخرج الطرف الذي توجه إليه الإيجاب من المجلس، أو لم ينصرف عن موضوع البحث إلى موضوع آخر إلا موضوعاً يتعلق بالخطبة والمهر والسكن وغيرها من الأمور المتعلقة بالزواج فهذه المواضيع لا تعتبر انصرافاً.

2- موافقة القبول للإيجاب.

المخالفة المانعة من الانعقاد هي المخالفة في موضوع العقد ومقدار المهر..
لو قال رجل لامرأة: زوجيني نفسك بمهر قدره عشرون مثقالاً من الذهب، فقالت: قبلت بمهر قدره خمسة عشر مثقالاً، انعقد العقد وسقط عن الزوج خمس مثقالات، لأن هذه الصيغة تضمنت فائدة للموجب (الزوج).
كذلك ينعقد العقد إذا قالت: تزوجتك على مهر قدره خمسة ملايين دينار، فقال الرجل: قبلت على عشر ملايين.

3- عدم رجوع الموجب عن إيجابه قبل القبول.

الإيجاب غير ملزم للموجب قبل أن يرتبط به القبول، فإذا رجع الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول من العاقد الآخر صح الرجوع وبطل الإيجاب.

4- كون صيغة العقد منجزة أي غير مضافة إلى زمن مستقبل ولا معلقة على شرط

أو حادثة غير محققة.

والعقد المضاف إلى زمن المستقبل كقول الرجل لامرأة:
تزوجتك بداية العام القادم، فقالت: قبلت، فحكمه أنه لا ينعقد لا في الحال ولا في المستقبل.
العقد المعلق على شرط أو حادثة غير محققة كقول الرجل:
تزوجتك إذا حصلت على وظيفة، أو إذا عاد فلان المفقود، فقالت: قبلت، فهنا العقد لا ينعقد أيضاً.
وهذا مذكور في الفقرة (هـ) من المادة (6): ((أن يكون العقد غير معلق على شرط أو حادثة غير محققة)).

ثالثاً: المعقود فيه (محل العقد):

محل العقد:

المقصود بالمعقود عليه هو (محل العقد)، ولكن ما هو محل عقد الزواج؟.

هل المال هو محل عقد الزواج؟.

بالتأكيد لا.

والمهر وإن كان ركناً من أركان العقد عند بعض الفقهاء، إلا أنه أثر من آثار العقد عند غيرهم، وهو كذلك في قانون الأحوال الشخصية.

هل المرأة نفسها هي محل العقد؟.

بالتأكيد لا؛ لأنها ليست متاعاً أو غرضاً تباع وتشتري، وإنما هي إنسانة كريمة.

هل المنفعة المستوفاة من المرأة هي المحل؟.

كلا، ليست المنفعة محل العقد وإن كانت مطلوبة وغاية من غايات الزواج.

هل النسل (الأولاد) هو محل العقد؟.

إن النسل وإن كان غاية في العقد، ومنصوص عليه في تعريف الزواج قانوناً، إلا أنه من الصعب اعتباره محلاً للعقد؛ لأنه لو كان كذلك لكان من الواجب إبطال كل عقد يكون فيه أحد الزوجين غير قادر على الإنجاب.

إذن ما هو محل عقد الزواج؟

محل العقد هو **حلُّ كل من الزوجين للآخر**، وهو الصواب الموافق لتعريف عقد الزواج الوارد في قانون الأحوال الشخصية الذي ينص على أنه: **((عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل))**.

شروط المعقود عليه:

يمكن من خلال ما سبق أن نجمع **شروط المعقود عليه (محل العقد)** فيما يأتي:

أولاً: أن لا تكون بين الزوجين حرمة قطعية لا شبهة فيه ولا خلاف عليه بين الفقهاء.

ثانياً: أن تكون هذه الرابطة دائمية فجمهور الفقهاء يقولون ببطلان الزواج المؤقت.

(1) ينظر: (الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية: 52).

انعدام شرط من شروط الانعقاد:

إذا انعدم شرط من شروط الانعقاد كان العقد باطلاً، لا يترتب عليه أي أثر شرعي، وكأنه لم يكن. فلا يحل بهذا العقد دخول، ولا مهر، ولا نفقة، ولا عدة، ولا يثبت به نسب، ولا توارث بين الزوجين إذا مات أحدهما، ولا أي حق من الحقوق الزوجية. ما عدا حرمة المصاهرة. فإنه يجرم على الرجل أصول وفروع المرأة التي عقد عليها، وتحرم على المرأة أصول وفروع الرجل. وتجب الإشارة إلى هناك عقد الزواج وإن كان باطلاً فإنه من العدل إثبات نسب الطفل للرجل، لأنه عدم إلحاق نسبه بوالده يعد عقاباً له دون ذنب ارتكبه، ويقول الله تعالى: ((ولا تزر وازرة وزر أخرى)). [الأنعام: 164].

شروط الصحة

شروط الصحة:

تعريفه:

هي الشروط التي إذا تحققت كان العقد صالحاً لترتب آثاره الشرعية بعد انعقاده، وإذا تخلف شرط منها كان العقد غير صالح لترتب آثاره عليه، ويسمى العقد حينئذ (العقد الفاسد).

شروط الصحة هي:

أولاً: أن لا تكون بين الرجل والمرأة حرمة فيها شبهة أو خلاف بين العلماء.

الحرمة التي فيها شبهة أو خلاف:

مثاله:

- إذا كانت المرأة في حالة العدة من طلاق بائن.
- أو أن تكون الزوجة الجديدة أختاً لزوجته المطلقة التي لا تزال في عدتها.
- أو أن تكون عمه أو خالة لزوجته التي ما زالت الزوجية بينهما قائمة.

حكمه:

إذا كانت الحرمة بينهما محل خلاف بين الفقهاء فإنها تؤدي إلى فساد العقد وليس بطلانه.

التحريم القطعي فهو التحريم الذي لا شبهة فيه ولا خلاف بين الفقهاء.

مثاله:

زواج المحارم.

زواج المرأة المسلمة من رجل غير مسلم.

حكمه: العقد الذي تكون حرمة قطعية هو عقد باطل.

ثانياً: الإشهاد على العقد.

ثالثاً: ألا تتضمن صيغة العقد ما يدل على التوقيت⁽¹⁾.

(1) هذه النقطة تأخذنا إلى الحديث عن الزواج المؤقت أو ما يسمى بزواج المتعة. ينظر: (ص: 33).

الحكمة من الإشهاد:

- 1- إظهار لأهمية عقد الزواج، ورفعته لشأنه.
- 2- يمنع الإشهاد نكران العقد وجحوده.
- 3- دليل إثبات أمام القضاء.
- 4- منع الظنون ومقالة السوء عن الزوجين.

حكم الإشهاد على الزواج:

اختلف الفقهاء في حكم الشهادة في عقد الزواج على رأيين:

الرأي الأول: أن الزواج يصح بدون شهادة. وهذا مذهب الجعفرية، واستدلوا على رأيهم بأن الآيات الواردة بشأن الزواج لم تشترط الإشهاد فيعمل بما على إطلاقها.

الرأي الثاني: أن الزواج لا يصح بدون الشهادة. وهذا مذهب جمهور الفقهاء، واستدلوا بحديث: ((لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل)).

موقف القانون من الشهادة:

أخذ قانون الأحوال الشخصية بمذهب الجمهور في المادة (6) التي تنص: ((...**شهادة شاهدين متمتعين بالأهلية القانونية على عقد الزواج**)).

شروط الشهداء:

- 1- أهلية الشاهد: ونقصد بها العقل والبلوغ **والذكورة**، وقد نصت المادة (6) على وجوب شهادة شاهدين متمتعين بالأهلية القانونية بأن أكمل كل واحد منهما (18) سنة، وأن يكون عاقلًا.
- 2- اتحاد الدين: فيشترط أن يكونا مسلمين، إلا إذا كانت المرأة كتابية فيجوز أن يكون الشهود كتابيين عند بعض الفقهاء، وهو المأخوذ به في القضاء.
- 3- سماع صيغة العقد: بأن يسمع الشهود الصيغة ويفهمونها، وعليه لا تصح شهادة الأصم.
- 4- تعدد الشهود: بأن لا يقل عن رجلين أو رجل وامرأتين، ويجوز أن يكون الشاهدان من أقارب الزوجين كالأب والأخ والابن، ولكن لا يصح أن يكون ولي المرأة أو وكيله أحد الشاهدين في نكاحها.

شهادة المرأة على عقد الزواج في تعديلات إقليم كردستان:

أجازت المادة السادسة/ الفقرة (د) في تعديلات إقليم كردستان شهادة رجل وامرأة أو امرأتين، حيث نصت على: ((**د. شهادة شاهدين متمتعين بالأهلية القانونية على عقد الزواج، ويستوي في ذلك الرجل والمرأة**)).

هل يجوز أن يكون الشهود من أقارب الزوجين؟؟

نعم، يجوز أن يكون الشاهدان من أقارب الزوجين كالأب والإبن والأخ، فلو زوج الأب ابنته البالغة العاقلة برضاها بحضور شاهد واحد مع حضور ابنته فالعقد صحيح، لأن البنت تتولى العقد أصالة، ويعتبر الأب شاهدا مع الشاهد الآخر.

زواج السر:

هو الزواج الذي لم يتحقق فيه الإشهار، وإن عُقِدَ بولي وشَّاهِدَيْنِ، وعدم إشهاره يتأتَّى بعدم الإعلان عنه، وأمر الشَّاهِدَيْنِ بكتمانه عن بعض الناس أو عن الناس كافة مدة من الزمن أو مطلقاً، أو اتفاهما على الكتمان من غير أمر من أحد به.

حكمه:

ذهب جمهور الفقهاء إلى صحة هذا الزواج. وذهب المالكية إلى أن العقد فاسد يجب فسخه إلا إذا دخل الرجل بالمرأة وطال بقاءه معها بحيث يشتهر بين الناس. وإذا كانت التوصية بالكتمان قد جاءت من الولي أو الزوجة فإن هذه التوصية لا تبطل العقد عند المالكية.

موقف القانون من زواج السر:

هذا العقد يعد صحيحاً من الناحية القانونية؛ لأن القانون لم يشترط حضور الولي ولم ينص على كون الغاية من الإشهاد هي إعلان الزواج.

الرأي الراجح:

العقد صحيح لكنه مكروه لمخالفته مقاصد الزواج، وللاثار السيئة التي تترتب عليه.

زواج المتعة ص(71)

الزواج المؤقت (زواج المتعة):

تعريفه:

هو الزواج المحدد بمدة معينة، والذي ينتهي العقد فيه بانتهاء هذه المدة، ولا يشترط في العقد وجود الولي أو الشهود.

حكمه عند الجمهور:

اشترط الجمهور لصحة عقد الزواج أن يكون دائماً، بأن تخلو صيغته عن كل ما فيه معنى التوقيت، فالزواج المؤقت باطل عندهم لأسباب معقولة أهمها:

أن التوقيت يتنافى مع المقصود الأساسي للزواج، وهو الحياة المشتركة والتناسل وتربية الأولاد، ومنح السكنية للزوجين. فالزواج تبعات وتكاليف جسام لإنشاء أسرة، يحفز عليه غريزة الجنس، تحقيقاً للمقاصد العليا الإنسانية، وعلى هذا فإن مجرد قضاء الشهوة والاستمتاع مجرداً عن الإنجاب وبناء الأسرة، يخالف مقصد الشارع من تشريع النكاح.

حكمه عند المذهب الجعفري:

أما المذهب الجعفري فذهبوا إلى صحة زواج المتعة.

موقف القانون:

أخذ قانون الأحوال الشخصية برأي الجمهور حيث جعل شهادة الشهود شرطاً في عقد الزواج، وعندما حدد غاية الزواج بأنها: الحياة المشتركة والنسل.

أركان عقد زواج المتعة (عند الجعفرية):

- 1- **الصيغة:** ينقذ بإحدى الصيغ الثلاث: زوجتك، نكحتك، متعتك.
- 2- **الزوجة:** يشترط أن تكون مسلمة أو كتابية.
- 3- **المهر:** يشترط ذكره ويتقدر بالتراضي، ويستقر المهر بالدخول.
- 4- **الأجل (المدة):** يشترط تحديده في العقد ويتقدر بتراضيها كاليوم والشهر والسنة.

شروط وأحكام الزواج المؤقت:

- 1- التلقظ بصيغة عقد الزواج من الإيجاب والقبول.
- ففي العقد المؤقت تقول المرأة للرجل: متعتك نفسي، أو أنكحتك نفسي على المهر المعلوم في المدّة المعلومّة، ويقول الرجل لها: قبلت.
- 2- أن يكون المهر معيناً.
- ولا فرق بين أن يكون المهر مالاً، أو غير مال، كمنفعة أو عمل أو تعليم أو غير ذلك.
- 3- إذن الولي، الأب والجد من طرف الأب، إذا كانت البنت بكرًا، ولا يشترط إذن الولي إذا كانت المرأة ثيباً.
- 4- تجب العدة على المدخول بها، لمن تريد أن تتزوج ثانية.
- 5- العدة فيها حيضتان إذا كانت من ذوات الحيض وإن لم تحض (الصغيرة والآيسة) فعدتها خمسة وأربعون يوماً.
- 6- إذا مات الزوج فمدة العدة أربعة أشهر وعشراً.
- 7- لا نفقة للمرأة في الزواج المؤقت إلا إذا اشترطت ذلك ضمن العقد.
- 8- ذكر مدّة التمتع، كسنة أو شهر أو يوم أو غير ذلك.
- 9- لا توارث بين الزوجين.
- 10- لا طلاق في الزواج المؤقت، وإمّا تبين المرأة بانقضاء المدّة المقررة، أو بجهة بقية المدّة لها.
- 11- لا يشترط الإشهاد حال العقد، بل هو أمر مستحب.
- 12- عدم ذكر المهر مع ذكر الأجل يبطل العقد.
- 13- لا يصح تجديد العقد قبل انقضاء المدّة المحددة، وإذا أراد الزوج التجديد وهبها ما بقي من المدّة واستأنف العقد.
- 14- يلحق بالرجل نسب الطفل.

دليل الجعفرية على صحة زواج المتعة ورد الجمهور عليهما:

- 1- استدلوا بقول الله تعالى: ((فما استمتعتم به منهن فاتوهن أجورهن)). وفي قراءة ابن مسعود وابن عباس: ((...إلى أجلٍ مُّسمًّى...)).
- قالوا: فالآية الكريمة ذكرت الاستمتاع ولم تذكر الزواج أو النكاح.
- وأمرت بإنشاء الأجور، ولم تذكر المهر، والأجور موضعها الإجارة وهي عقد على المنافع.
- كما أنها أمرت بإعطاء الأجر بعد الاستمتاع، ولو كان المقصود بالأجر هو المهر لوجب بنفس العقد لا بعد الاستمتاع.

- 2- بما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص في نكاح المرأة إلى أجل (مدة محددة).
- 3- بما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه كان يفتي بجواز نكاح المتعة، واحتج بأن الرسول صلى الله عليه وسلم أباحها.

دليل الجمهور:

1- قالوا: المراد بالاستمتاع في الآية الكريمة هو الزواج لأنه هو المذكور في أول الآية وآخرها بقوله تعالى: ((ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء...)). [النساء: 22]. إلى قوله تعالى: ((ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات.....)). [النساء: 25].

وقالوا: إن التعبير بالأجر عن المهر ورد في مواضع أخرى وأريد به المهر، كما في قوله تعالى: ((يا أيها النبي إنا أحللنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن...)). [الأحزاب: 50].

ومن المعلوم أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى لكل زوجته مهراً لا أجوراً.

أما الأمر بإعطاء الأجر بعد الاستمتاع فتقديره: فاتوهن أجورهن إذا استمتعتم بهن، وقد يراد به تقسيم المهر إلى مقدم ومؤخر.

3- أما ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه من أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص في نكاح المرأة إلى أجل (مدة محددة). فالترخيص جاء في ظروف معينة ثم نهي النبي صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع عن نكاح المتعة وقال: ((كنت قد أذنت لكم في الاستمتاع بالنساء، وأن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة...)).

4- وما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه كان يفتي بجواز نكاح المتعة، واحتج بأن الرسول صلى الله عليه وسلم أباحها. فقد تراجع ابن عباس عن فتواه في آخر عمره، ويقول البعض: إنه أفتى بإباحته عند الضرورة.

موقف القضاء:

اتجه القضاء إلى اعتبار عقد نكاح المتعة باطلاً.

نماذج من العقود المختلف فيها (العقود الفاسدة). ص 74

فيما يأتي نماذج من العقود من العقود الفاسدة:

1- عقد الزواج الذي يتم بالإكراه (زواج المكره):

المكره: هو البالغ العاقل الفاقد للاختيار والإرادة، المجبر على الزواج. فزواجه فاسد عند الجمهور. صحيح عند الحنفية.

أما في القضاء: فالعقد باطل إذا كان قبل الدخول، أما بعد الدخول، فإن فلكمكره أن يطالب بالتفريق القضائي⁽¹⁾.

2- زواج البالغة العاقلة إذا عقدت زواجها بدون ولي:

ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم جواز ذلك وقالوا بأن وليها هو الذي يزوجهها، وأما امرأة تزوجت من غير إذن وليها فنكاحها باطل..

وذهب الحنفية والجعفرية إلى أن لها أن تزوج نفسها بدون حاجة إلى الولي، وقد أخذ القضاء بهذا الرأي.

3- اتفاق الزوجين على عدم إعطاء المهر للزوجة.

ذهب جمهور الفقهاء والقضاء إلى أن العقد صحيح والاتفاق لغو لا اعتبار له. وذهب المالكية إلى فساد العقد، ووجوب فسخه قبل الدخول، ولا شيء للمرأة. أما إذا دخل بها ثبت العقد ووجب للمرأة مهر المثل.

4- زواج المصاب بمرض يؤدي إلى الهلاك عادة:

ذهب الجمهور والقضاء إلى صحة هذا العقد، لأنه بالتراضي والإنسان مخير في اختيار شريكه. وذهب المالكية إلى بطلان عقد الزواج، لأن في ذلك إدخال لوارث في التركة لم يكن موجوداً قبل الزواج.

5- زواج المحرم بحج أو عمرة:

ذهب جمهور الفقهاء إلى فساد عقد أبرم في وقت كان أحد الزوجين محرماً بحج أو عمرة. وذهب الحنفية إلى صحته.

آثار انعدام شرط من شروط الصحة: (2020/11/18)

قبل الدخول: إذا تخلف شرط من شروط الصحة كان العقد فاسداً وحكمه:

أنه لا يجل به دخول، ويجب عليهما أن يتفرقا، ولا يترتب على العقد أي أثر من آثار الزواج الصحيح.

بعد الدخول: ولكن إذا حصل دخول حقيقي فإنه يترتب على هذا الدخول آثار هي:

- 1- يجب للمرأة مهر المثل في حالة عدم تحديد المهر.
- 2- يثبت به نسب المولود.
- 3- تجب العدة على المرأة ابتداء من وقت المفارقة أو التفريق.
- 4- تثبت به حرمة المصاهرة فيحرم على الرجل جميع أصول المرأة وفروعها، ويحرم على المرأة جميع أصول الرجل وفروعه.
- 5- لا يحصل به توارث بين الزوجين.

شروط النفاذ ص(76)

شروط النفاذ (العقد النافذ):.

هي تلك الشروط التي يتوقف عليها ترتيب أثر العقد عليه بالفعل بعد انعقاده وصحته بحيث لو تخلف منها شرط توقف ترتيب أثر العقد على إجازة من له حق الإجازة، وسمي العقد حينئذ بـ (العقد الموقوف).

وهذه الشروط هي:

- 1- أن يكون كل من العاقدين كامل الأهلية، فإذا كان أحدهما ناقص الأهلية بأن كان صبياً مميزاً وتولى عقد زواجه بنفسه كان العقد من الناحية الشرعية موقوفاً على من له حق الإجازة. أما من الناحية القانونية فالعقد باطل لعدم تحقق الشروط القانونية وهي هنا بلوغ سن الرشد (18) سنة أو سن (15) سنة.
- 2- أن يكون لكل من العاقدين صفة شرعية في مباشرة عقد الزواج، كأن يكونا أصليين أو وليين.. الخ.
- 3- أن يلتزم الوكيل بالشروط التي حددها الموكل إذا كانت الوكالة مقيدة (خاصة)، وألا يخالف العرف إذا كانت الوكالة عامة.

فمثلاً: إذا كانت المرأة هي الموكلة فعلى الوكيل أن يزوجه من كفاء وبمهر المثل، أما إذا زوّجها من غير كفاء أو على أقل من مهر المثل كان العقد موقوفاً على إجازة المرأة.

4- أن يقوم الولي الأقرب بتولي العقد.

فإذا تولاه الأخ بوجود الأب كان العقد موقوفاً على إجازة الأب فإن أجازته كان العقد صحيحاً وإن رفضه كان العقد باطلاً.

هذا في الشريعة أما في القضاء فقد ذهب في القرار (860) في (1978) إلى أن عقد زواج الصغيرة الذي يجريه الأخ باطل ما دام الأب موجود على قيد الحياة.

آثار انعدام شرط من شروط النفاذ:

إذا انعدم شرط من هذه الشروط كان العقد موقوفاً فلا يترتب عليه أثر من آثار الزواج قبل إجازته من قبل من له حق الإجازة:

- فلا يحل به دخول.

- ولا تجب فيه نفقة.

- ولا توارث بين الزوجين.

أما إذا أجازته من له حق الإجازة كان العقد صحيحاً وترتبت عليه أحكام الزواج الصحيح.

هذا إذا لم يحصل دخول، أما إذا حصل الدخول قبل الإجازة ترتب عليه ما يترتب على العقد الفاسد. وقد ذكرناها في شروط الصحة.

شروط اللزوم ص(77)

شروط اللزوم (العقد اللازم):

هي الشروط التي يتوقف عليها بقاء العقد واستمراره، وعند توافرها لا يحق لأحد من العاقدين أو غيرهما الاعتراض على العقد وطلب فسخه، وسمى العقد حينئذ بـ(العقد اللازم).

وهذه الشروط هي:

1- أن يتولى الأب أو الجد زواج ناقص الأهلية أو فاقدتها، أما إذا تولاه غيرها كالأخ والعم -مثلاً- فإن الصبي إذا بلغ والمعتوه إذا عقل يحق لهما طلب فسخ العقد.

2- أن يكون العقد خالياً من التغيير.

والمقصود بالتغيير وجود الغرر أي الغش والخداع، كأن يدعي الزوج نسباً معيناً، أو غنى أو سلطاناً، أو عمراً أقل من عمره، وغيرها من الادعاءات.

ففي هذه الحالة إذا غرّر الزوج الزوجة أو وليها وتم العقد على هذا الأساس ثم ظهر خلاف ذلك كان لهم الحق في فسخ العقد؛ لأن الرضا لم يكن على أساس صحيح.

ملاحظة مهمة:

أما إذا غررت المرأة بالرجل وتم العقد على هذا الأساس ثم تبين خلاف ذلك فليس للزوج طلب فسخ العقد؛ لأنه يملك حقاً آخر وهو إيقاع الطلاق.

3- أن يكون الزوج كفوفاً للزوجة فإذا تزوجت المرأة الراشدة من غير كفاء فلوليها حق الاعتراض، وطلب فسخ العقد، وكذلك إن زوّج الولي موليته من غير كفاء فلها حق الاعتراض وطلب الفسخ، فإن سكتوا إلى حين حملها أو ولادتها ضاعت حقهم في الاعتراض حفاظاً على الولد من الضياع.

هذا ما عليه جمهور الفقهاء، أما قانون الأحوال الشخصية فقد عدّ المشرع العراقي الكفاءة حقاً خالصاً للمرأة دون أوليائها أخذاً بما عليه المذهب الجعفري وذلك في ضوء المادتين (4،9)، وبناءً عليه إذا تزوجت المرأة البالغة العاقلة من غير كفاء تكون بذلك قد أسقطت حقها، ولا يبقى لأوليائها الحق في الاعتراض وطلب فسخ العقد.

4- أن يكون المهر مهر المثل، فإذا تزوّجت المرأة البالغة العاقلة بأقل من مهر المثل، فأوليائها الحق في الاعتراض وطلب فسخ العقد، وكذلك لو زوجها أهلها بأقل من مهر المثل فلها الحق في الاعتراض وطلب فسخ العقد. وهنا أيضاً ذهب القانون إلى أن المهر حق خالص للمرأة، فإذا تزوجت بمحض إرادتها بأقل من مهر المثل لم يكن لأوليائها الحق في الاعتراض.

آثار انعدام شرط من شروط اللزوم:

إذا انعدم شرط من شروط اللزوم يحق لكل من العاقدين الاعتراض على العقد وطلب فسخه. وحكم هذا العقد أنه يثبت به كل آثار الزواج الصحيح إلا إذا فسخ قبل الدخول فإن المرأة لا مهر لها.

الشروط المقترنة بالعقد

الشروط المقترنة بالعقد: (79).

عقد الزواج من العقود المنجزة التي يجب أن لا تكون معلقة على شرط أو حادثة غير محققة أو مضافة إلى زمن مستقبلي.

ولكن العقد قد تقترن بشرط يشترطه أحد العاقدين لتحقيق مصلحة معينة، ففي هذه الحالة ينعقد الزواج، أما الشرط المقترن به فمتوقف على كونه شرطاً صحيحاً أم غير صحيح، فإذا كان الشرط صحيحاً صح العقد والشرط معاً، وإذا لم يكن الشرط صحيحاً صح العقد وألغى الشرط.

فالشروط غير المشروعة لا تؤثر على العقد فيكون العقد صحيحاً والشرط باطلاً.

وقد نصت الفقرة (3) من المادة (6) على أنه: **((الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الإيفاء بها)).**

ضوابط التمييز بين الشروط المشروعة وغيرها :

اتجاهات فقهاء الشريعة حول الموضوع :

إن القانون العراقي لم يذكر معايير وضوابط للتمييز بين الشروط المشروعة وغيرها وإنما أحال ذلك إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، وبالعودة إلى مذاهب الفقهاء نجد أن لهم ثلاثة اتجاهات وهي:

أولاً: اتجاه مُضَيِّق:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الأصل في استحداث الشروط هو الحظر، وبناءً على ذلك لا يجوز إلا الشروط التي ورد بها دليل من نص أو إجماع.

ثانياً: اتجاه مُوسِّع:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الأصل في استحداث الشروط هو الإباحة، وبناءً على ذلك لا يمنعون إلا الشروط التي تتعارض مع نص صريح أو مع إجماع.

ثالثاً: اتجاه معتدل (الجمهور + القضاء):

يعتبر أصحاب هذا الاتجاه أن الشرط صحيح إذا دخل ضمن المعايير الآتية:

1- إذا كان الشرط ملائماً لمقتضى العقد.

مثاله:

- أن تشترط الزوجة على زوجها أن يحسن معاشرتها.
- أو أن ينفق عليها.
- أو أن يؤمن لها مسكناً مستقلاً في حدود إمكانيته المالية.

2- إذا كان الشرط مؤكداً لمقتضى العقد.

مثاله:

أن تشترط الزوجة كفالة والد زوجها لمهرها أو نفقتها.

3- إذا كان من الشروط التي جاء الدليل الشرعي على جوازها.

مثاله:

أن يشترط الزوج أن يطلق زوجته متى شاء.

أو أن تشترط الزوجة أن يكون الطلاق بيدها.

4- إذا كان من الشروط التي جاء بها عرف صحيح.

مثاله:

أن تشترط الزوجة تعجيل كل المهر أو نصفه تبعاً لعرف البلد الذي عقد عليها فيه.

حكم هذه الشروط:

كل هذه الشروط وغيرها مما تدخل تحت هذه المعايير صحيحة يجب الإيفاء بها.

الراجح من هذه الاتجاهات:

إن ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الثاني (الموسّع) هو الأكثر ملائمة مع مقاصد الشريعة وأنه يستند إلى أدلة واضحة منها الحديث الشريف: ((المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً)). وكذلك حديث: ((إن أحق ما وفيتم من الشروط ما استحللتم به الفروج)).

الشروط التي تخالف هذه المعايير:

هناك شروط تخالف هذه المعايير، ومن هذه الشروط:

- أن يشترط الزوج ألا ينفق على الزوجة.
- أن يشترط الزوج ألا يدفع لها مهراً.
- أن تشترط الزوجة على الزوج ألا يطلقها مهما كانت الظروف.
- أن تشترط المرأة أن يطلق الرجل زوجها (زوجته الأخرى).
- اشتراط الزوجين المختلفين ديناً أن يتوارثا (بأن يكون الزوج مسلماً والزوجة كتابية).

حكم هذه الشروط:

جميع هذه الشروط باطلة لا اعتبار لها والعقد صحيح لكن الشرط لاغ ولا يجب الوفاء به، لأنها تخالف المعايير التي ذكرناها.

شروط لا تدخل ضمن المعايير السابقة ولا تنافيها:

- أن تشترط الزوجة على زوجها ألا يخرجها من دارها أو من بلدها أو ألا يسافر بها.
- أن تشترط الزوجة إسكانها في منطقة قريبة من محل عملها.
- أن تشترط المرأة ألا يتزوج عليها.

حكم هذه الشروط:

اتفق الفقهاء على صحة هذه الشروط لكنهم اختلفوا في لزوم الوفاء بها. فذهب بعضهم إلى لزوم الوفاء بها لأنها حصلت على أساس التراضي. وذهب بعضهم إلى عدم لزوم الوفاء بها لأنها لا تدخل ضمن المعايير التي ذكرناها.

موقف القضاء:

ويميل القضاء إلى لزوم الوفاء بها؛ لأن الفقرة (4) من المادة (6) تنص على أنه: ((للزوجة طلب فسخ العقد عند عدم

إيفاء الزوج بما اشترط ضمن عقد الزواج)).

ولكن مفهوم المخالفة في هذا النص هو أنه إذا كان صاحب الشرط هو الزوج ولم تنفذ الزوجة ما اشترط عليها فليس من حق الزوج المطالبة بفسخ العقد بل له فقط الحق في مطالبته قضاء.

كيف يمكن إثبات تلك الشروط التي تدخل ضمن المعايير؟:

الشروط المقرنة بالعقد والتي يجب الوفاء بها تنحصر في الشروط المذكورة في صلب العقد والمنصوصة عليها من قبل المتعاقدين، أما إذا كان الاتفاق على الشروط قد جرى شفويًا في حين كان العقد مسجلًا في المحكمة فإن تلك الشروط لا يثبت إلا بالإقرار أو النكول عن اليمين.

أما إذا كان العقد مبرمًا خارج المحكمة وثبت أصل العقد بالشهود، فهنا يمكن الاستماع إلى البيئة الشخصية في إثبات الشرط المقرن بالعقد، وعند عدمها فبالنكول عن اليمين.

زواج عديم الأهلية

زواج عديم الأهلية في القانون:

عديم الأهلية: هو المجنون والصغير غير المميز أي الذي لم يكمل سن السابعة.

وقد نصت الفقرة (1) من المادة (7) من قانون الأحوال الشخصية على أنه: **((يشترط في تمام أهلية الزواج العقل وإكمال الثامنة عشر من العمر))**.

المقصود بتمام الأهلية:

المقصود بتمام الأهلية هو الصفة التي يمكن معها للرجل والمرأة أن يباشرا كل واحد منهما عقد الزواج بنفسه أو بواسطة وكيل مستوف للشروط، فإذا توفر هذين الشرطين: العقل وإكمال (18) سنة من العمر، أصبح أهلاً للزواج.

زواج عديم الأهلية عند الفقهاء:

أجاز جمهور الفقهاء زواج عديم الأهلية، أي المجنون والصغير غير المميز، مثلما أجازوا زواج العاقل، ولكن الفرق عندهم أن العاقل بإمكانه مباشرة عقد زواجه بنفسه أما المجنون والصغير فإنه يتولى العقد عنهم وليهم.

منشأ الخلاف بين الفقه والقضاء في زواج عديم الأهلية:

أنط جمهور الفقهاء أهلية الزواج بأهلية الوجوب لا بأهلية الأداء، أما القانون فقد أنط أهلية الزواج بأهلية الأداء.

استثناءات على الفقرة (2) من المادة (7):

أولاً: زواج المريض عقلياً (المجنون): نصت الفقرة (2) من المادة (7) على أنه: **((للقاضي أن يأذن بزواج أحد الزوجين المريض عقلياً إذا ثبت بتقرير طبي أن زواجه لا يضر بالمجتمع، وأنه في مصلحته الشخصية إذا قبل الزوج الآخر بالزواج قبولاً صريحاً))**.

شروط زواج المريض عقلياً:

فبموجب النص السابق للقاضي أن يأذن بزواج معدوم الأهلية بشروط:

- 1- الاعتماد على تقرير طبي مصدق وصادر من أطباء ذوي اختصاصات، يتضمن أن زواج هذا المجنون لا يضر بالمجتمع، وأن مرضه العقلي ليس من الأمراض الوراثية التي تنتقل إلى نسل المريض.
- 2- تأكيد التقرير أن هذا الزواج يحقق مصلحة للمريض كأن يخفف من حدة مرضه أو يساعد على تحسين سلوكه.
- 3- كون الطرف الآخر عالماً بحالة المصاب ويبيدي موافقته بصورة صريحة على الزواج منه.

ثانياً: زواج ناقص الأهلية:

تنص المادة (8) على أنه:

- 1- إذا طلب من أكمل الخامسة عشر من العمر الزواج للقاضي أن يأذن به إذا ثبت له أهليته وقابليته البدنية بعد موافقة وليه الشرعي فإذا امتنع الولي طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحددها له فإن لم يعترض أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار أذن القاضي بالزواج.
- 2- للقاضي أن يأذن بزواج من بلغ الخامسة عشر من العمر إذا وجد ضرورة قصوى تدعو إلى ذلك، ويشترط لإعطاء الإذن تحقيق البلوغ الشرعي والقابلية البدنية)).

شروط زواج ناقص الأهلية:

أي أنه على القاضي أن يأذن بزواج ناقص الأهلية بشرطين:

أولاً: موافقة الولي الشرعي، وعدم موافقته لا يمنع من إعطاء الإذن إذا لم يكن مستنداً إلى مبررات معقولة.

ثانياً: أن يكون لطالب الزواج القابلية البدنية والبلوغ الشرعي.

ما الحكم إذا بدت الفتاة أصغر من العمر المحدد لها في هوية الأحوال الشخصية؟:

قد يكون العمر المسجل في هوية الأحوال المدنية (16) سنة، ولكن علامات الصغر بادية على الفتاة، ويجد القاضي أنها غير صالحة للزواج، ففي هذه الحالة لا يكون القاضي مجبراً على إعطاء الإذن بل بإمكانه إحالة الفتاة إلى طبيب أخصائي لبيان كونها تصلح للزواج أم لا، فيحكم في ضوء التقرير الطبي بالموافقة على زواجها أم عدم الموافقة.

ما الحكم إذا بدت الفتاة أكبر من العمر المحدد لها في هوية الأحوال الشخصية؟:

قد يكون العمر المسجل مثلاً (12) سنة في حين ظاهر حال الفتاة يؤيد أن عمرها (16) سنة، ففي هذه الحالة لا يستطيع القاضي أن يأذن بالزواج، وليس أمام طالب الزواج هنا غير تصحيح تولدها وفق القواعد القانونية.

الإكراه (الإجبار) على الزواج:

أولاً: تزويج البكر القاصرة (غير البالغة):

ما هو سن البلوغ عند الفقهاء؟:

اتفق الفقهاء على أن الصبي إذا احتلم فقد بلغ وأصبح مكلفاً، وكذلك الفتاة إذا احتلمت أو بلغت الدورة الشهرية أو حملت فقد بلغت بدليل قوله تعالى: ((وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ)) [النور: 59]. والحُلُم هو سن الاحتلام والتكليف.

ولكنهم اختلفوا في تقدير السن التي يصبح بها الإنسان مكلفاً على رأيين:

مذهب الحنفية: الطفل لا يكون بالغاً حتى يتم له ثماني عشرة سنة، ودليله قوله تعالى: ((وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ))، وأشدُّ الصبي (18)، وأما الإناث فيكونن بلوغهن سبع عشرة سنة. وقد أخذ القضاء بهذا الرأي.

مذهب الشافعية والحنابلة وأبو يوسف ومحمد: بلوغ الصبي والفتاة هو في سن خمس عشرة سنة. وقالوا: إنّ العادة جارية ألا يتأخر البلوغ في الصبي والفتاة عن خمس عشرة سنة فيكون هو سن البلوغ الذي يصبح به الإنسان مكلفاً وذلك بحكم العادة.

هل يجوز للأب إجبار ابنته البكر غير البالغة على الزواج؟.

أجمع الفقهاء على أن للأب والجد (أب الأب) تزويج ابنته البكر الصغيرة دون رضاها ولكن بشروط منها:

- 1- أن يزوجه من كفاء.
 - 2- أن يزوجه بمهر المثل.
 - 3- أن لا تكون هناك عداوة بينها وبينه.
 - 4- أن يكون الأب مشهوراً بالعدالة وحسن التصرف.
- وهناك رأي آخر مخالف للإجماع لا يجيز إجبار البكر القاصرة على الزواج حتى تبلغ وتستأذن.

القول الراجح:

إذا بلغت البنت البكر بلوغاً شرعياً، ورأى الأب مصلحة محققة من زواجها، كأن تقدم لخطبتها شخص كفوء، فالأولى الالتزام بما أجمع عليه الفقهاء، من جواز تزويجها، ولكن (لا ينكر تغيير الأحكام بتغير الأزمان)، ومما لا شك فيه أن الزمان قد تغير، والواقع أثبت أن تزويج البنات قبل البلوغ، وبدون رضاها، أمر لا يحمده عقباها، لذا تُرَجِّح عدم الاكتفاء بالعقل والبلوغ، بل إضافة الرشد إليهما.

ثانياً: تزويج البنت البكر البالغة:

لا تجبر البنت البالغة العاقلة على النكاح، والدليل قول النبي: لا تنكح البكر حتى تُستأذن-يستأذنها أبوها-، وإذها سكوتها، وذلك لغلبة الحياء عليها.

وهذا مذهب ابن تيمية (ت 728 هـ/1328م): ((وأما تزويجها مع كراهتها للنكاح، فهذا مخالف للأصول والعقول، والله لم يسوغ لوليها أن يكرهها على بيع أو إجارة إلا بإذنها، ولا على طعام أو شراب أو لباس لا تريده، فكيف يكرهها على معاشرتة من تكره معاشرته؟ والله قد جعل بين الزوجين مودة ورحمة، فإذا كان لا يحصل إلا مع بغضها له ونفورها عنه، فأى مودة ورحمة في ذلك؟)).

ويقول أيضاً: ((ليس للولي أن يجبرها على نكاح من لا ترضاه، ولا يعضلها عن نكاح من ترضاه، إذا كان كفواً لها باتفاق الأئمة، وإنما يجبرها ويعضلها أهل الجاهلية والظلمة الذين يزوجون نساءهم لمن يختارونه لغرض، لا لمصلحة المرأة، ويكرهونها على ذلك، أو يخجلونها حتى تفعل، ويعضلونها عن نكاح من يكون كفواً لها لعداوة أو غرض، وهذا كله من عمل الجاهلية والظلم والعدوان، وهو مما حرمه الله ورسوله، وانفق المسلمون على تحريمه، وأوجب الله على أولياء النساء أن ينظروا في مصلحة المرأة، لا في أهوائهم...)).

ثالثاً: زواج الثيب:

أما إذا كانت ثيباً (بيوهة) كبيرة أو صغيرة، فلا يجوز له أن يزوجه ممن لا ترغب الزواج به قولاً واحداً، والدليل قول النبي ﷺ: لا تنكح الثيب حتى تُسْتَأْمَرَ، أي تقول: نعم موافقة، أو لا غير موافقة، وفي رواية أخرى: الثيب أحق بنفسها من وليها.

ماذا تفعل البنت إذا أكرهت على الزواج؟:

ذكرنا أن إكراه الفتاة وإجبارها على من لا ترغبه يعد ظلماً لها، وتعدياً على حقوقها، أعظم جرماً من التعدي على مالها من غير وجه حق وقد ردّ النبي ﷺ نكاح الخنساء بنت خدام، لما أكرهها أبوها، وبوب البخاري لهذا الحديث بقوله: (باب: إذا زوج الرجل ابنته وهي كارهة فنكاحه مردود).

وقد جاء في السنن أحاديث أخرى تؤيد حديث الخنساء، منها: حديث ابن عباس رضي الله عنهما: ((أن جارية بكرأ أتت رسول الله ﷺ فذكرت أن أباه زوجها وهي كارهة، فخيرها رسول الله ﷺ).

وحديث عائشة رضي الله عنها في قصة الفتاة التي أتت النبي ﷺ فأخبرته أن أباه زوجها من ابن أخيه ليرفع بها خسيسته، فجعل الأمر إليها، فقالت قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن أعلم الناس أن ليس للأبء من الأمر شيء.

وفي هذه الأحاديث فائدة: أن الفتاة لها أن ترفع أمرها إلى القضاء إذا أكرهت على الزواج، بكرأ كانت أم ثيباً، وأنه لا حرج عليها في ذلك ولا لوم، فقد فعله من هو أفضل منها من النساء، في أفضل القرون، ولو كان عيباً لما أقرهن النبي ﷺ على مقاضاة آبائهن، وليس في اعتراض الفتاة على أبيها، ومقاضاته عقوق، بل هو أمر محمود أن ترفض من تكرهه ولو كان كفوفاً لها.

الإكراه على الزواج في القانون:

تنص المادة (9) على أنه:

((1- لا يحق لأي من الأقارب أو الأعيان إكراه أي شخص ذكرًا كان أم أنثى على الزواج دون رضاه، ويعتبر عقد الزواج بالإكراه باطلاً إذا لم يتم الدخول، كما لا يحق لأي من الأقارب أو الأعيان منع من كان أهلاً للزواج بموجب أحكام هذا القانون من الزواج.

2- يعاقب من يخالف أحكام الفقرة (1) من هذه المادة بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات و بالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا كان قريباً من الدرجة الأولى أما إذا كان المخالف من غير هؤلاء فتكون العقوبة بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات، أو الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات.

3- على المحكمة الشرعية أو محكمة المواد الشخصية الإشعار إلى سلطات التحقيق لاتخاذ التعقيبات القانونية بحق المخالف لأحكام الفقرة (1) من هذه المادة ولها توقيفه لضمان حضوره أمام السلطات المذكورة ويحق لمن تعرض للإكراه أو المنع مراجعة سلطات التحقيق مباشرة بهذا الخصوص)).

تعديلات إقليم كردستان على المادة (9):

وقد أدخلت بعض التعديلات على المادة المذكورة بفقرتيه في إقليم كردستان لتكون كالاتي:

- 1- لا يحق لأي من الأقارب أو الأعيان إكراه أي شخص، ذكراً كان أم ائشى على الزواج دون رضاه، ويعتبر عقد الزواج بالإكراه باطلاً إذا لم يتم الدخول وإذا تم الدخول فيعتبر موقوفاً، كما لا يحق لأي من الأقارب أو الأعيان منع من كان أهلاً للزواج، بموجب أحكام هذا القانون من الزواج.
- 2- يعاقب من خالف أحكام الفقرة (1) من هذه المادة بالحبس مدة لا تقل عن سنتين ولا تزيد على خمس سنوات إذا كان قريباً من الدرجة الأولى، أما إذا كان المخالف من غير هؤلاء فتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات أو السجن مدة لا تزيد على عشر سنوات).

مقارنة بسيطة بين القانونين:

أولاً: أن القانون العراقي حكم ببطالان عقد المكره إذا لم يتم الدخول ولم يتطرق البتة إلى ما بعد الدخول، أما تعديل إقليم كردستان فقد حكم ببطالان العقد قبل الدخول وجعل العقد موقوفاً بعد الدخول، فإن أجازته كان نافذاً، وإن لم يجزه كان باطلاً.

ثانياً: أن القانون العراقي جعل عقوبة من خالف الفقرة (1) من أقارب الدرجة الأولى الحبس والغرامة أو أحدهما، أي أن القاضي مخول بين ثلاث عقوبات، الحبس والغرامة معاً، أو الحبس وحده، أو الغرامة وحدها، بينما حصر تعديل الإقليم العقوبة في عقوبة واحدة وهي الحبس من سنتين إلى خمس سنوات. ومما يؤخذ على القانونين أنه كان ينبغي على المشرع ان يفرق بين منع يستند إلى سبب معقول، ومنع لا يستند إلى سبب معقول.

تسجيل عقد الزواج

تسجيل عقد الزواج: ص (97)

تسجيل عقد الزواج شرط قانوني وليس شرطاً شرعياً، وعدم تسجيله لا يؤثر على ذات العقد، فالزواج شرعي يترتب عليه آثاره.

تنص المادة (10) على أنه:

يسجل عقد الزواج في المحكمة المختصة بدون رسم في سجل خاص وفقاً للشروط الآتية:

- 1- تقديم بيان بلا طابع يتضمن هوية العاقدين وعمرهما ومقدار المهر وعدم وجود مانع شرعي من الزواج، على أن يوقع هذا البيان من العاقدين ويوثق من مختار المحكمة أو القرية أو شخصين معتبرين من سكانها. والمقصود بالبيان استمارة خاصة تملأ من قبل العاقدين ويوقعان عليها.
- 2- يرفق البيان بتقرير طبي يؤيد سلامة الزوجين من الأمراض السارية والموانع الصحية، وبالوثائق الأخرى التي يشترطها القانون.

والتقرير الطبي إن كان من طبيب أهلي فيجب تصديقه من قبل نقابة الأطباء، أما إذا كان صادراً من مؤسسة صحية حكومية، فيكفي توقيع الطبيب وختم المؤسسة الرسمي.

الموانع الصحية:

1. الأمراض التناسلية.
2. الجذام
3. التدرن الرئوي في حالته الفعالة.
4. الأمراض العقلية.

المقصود بالوثائق الأخرى:

- موافقة الجهات ذات العلاقة بالنسبة للعسكريين.
- إعلام الطلاق المكتسب الدرجة القطعية للمطلق أو المطلقة.
- شهادة الوفاة بالنسبة للولي إذا كان متوفى.
- شهادة الوفاة للزوج المتوفاة لمعرفة انتهاء العدة للأرملة.

3- يدون ما تضمنه البيان في السجل ويوقع بإمضاء العاقدین أو بصمة إيهامهما بحضور القاضي ويوثق من قبله وتعطى للزوجين حجة بالزواج.

وبعد تسجيل ما تضمنه البيان يتلفظ العاقدان أو وكيلاهما صيغة العقد (الإيجاب والقبول)، وبعد ذلك يوقع القاضي السجل والنسخ المطلوبة من العقد وتسلم للزوجين.

4- يعمل بمضمون الحجج المسجلة وفق أصولها بلا بينة، وتكون قابلة للتنفيذ فيما يتعلق بالمهر، ما لم يعترض عليها لدى المحكمة المختصة.

أي أن حجة الزواج تعتبر وحدها دليلاً لإثبات ولا حاجة لبينة أخرى، فإذا طالبت الزوجة بمهرها وأنكر الزوج الزوجية أو المهر فإن حجة الزواج هذه تكفي لإثبات الزوجية أو المهر ما لم يطعن الخصم بالتزوير.

5- يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على سنة أو بغرامة لا تقل عن ثلاثمائة دينار ولا تزيد على ألف دينار كل رجل عقد زواجه خارج المحكمة وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد عن خمس سنوات إذا عقد خارج المحكمة زواجاً آخر مع قيام الزوجية).

تهدف هذه الفقرة بالعقوبة إلى حمل الناس على تسجيل عقود زواجهم في المحكمة قطعاً للمنازعات وحفظاً للحقوق.

علمًا أن هذه الفقرة تم تعديلها في إقليم كردستان لتكون كالآتي:

((2- يرفق البيان بتقرير من لجنة طبية مختصة يؤيد سلامة الزوجين من مرض نقص المناعة المكتسبة والموانع الصحية وبالوثائق الأخرى التي يشترطها القانون.

5- يعاقب بغرامة لا تقل عن مليون دينار ولا تزيد على ثلاثة ملايين دينار كل من أجرى عقد الزواج خارج المحكمة، وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على خمس سنوات إذا عقد خارج المحكمة زواجاً آخر مع قيام الزوجية).

نجد أن التعديل ألغى عقوبة الحبس واكتفى بالغرامة لمن أجرى عقد الزواج خارج المحكمة، وهذا إجراء سليم راعى فيه التقاليد السائدة في الإقليم.

إثبات الزوجية:

تنص المادة (11) على أنه:

- (1- إذا أقر أحد لامرأة أنها زوجته، ولم يكن هناك مانع شرعي أو قانوني وصدفته ثبتت زوجيتها له بإقراره.
2- إذا أقرت المرأة أنها تزوجت فلانا وصدقها في حياتها ولم يكن هناك مانع قانوني أو شرعي ثبت الزواج بينهما، وإن صدقها بعد موتها فلا يثبت الزواج)).

المانع الشرعي:

المقصود بالمانع الشرعي هو أن تكون المرأة محرمة على الرجل حرمة مؤبدة أو مؤقتة.

المانع القانوني:

المانع القانوني هو أن تكون أحد الطرفين فاقد الأهلية، أو ناقص الأهلية، ولم يؤيد وليه الشرعي صحة عقد الزواج.

الإثبات بالإقرار:

إذا قدم الزوجان عريضة للمحكمة وأيدا فيها زواجهما بتاريخ معين، وعلى مهر معلوم، وطلبا تصديق الزواج، تتأكد المحكمة من هويتهما بالمستندات المعتبرة، كما تتأكد من انتفاء الموانع الشرعية والقانونية بما هو مرفق مع الطلب من الأدلة المقنعة، فإذا تصادقا على الزوجية أمام القاضي تصدق المحكمة الزواج من تاريخ وقوعه، ويوقع الزوجان مع شاهدين في سجل تصديق الزواج ويعد هذا إقراراً.

الإثبات بالوسائل الأخرى:

إذا ادعت المرأة الزوجية وأنكر الرجل، تكلف المدعية (المرأة) بإيراد الدليل على صحة دعواها، ومن الأدلة على ذلك البيئة الشخصية، وتشمل كلاً من:

- 1- شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، ولا تقبل، شهادة شاهد واحد، كما لا تقبل شهادة شاهد مع يمينه. وليس واجباً أن يكون الشاهد قد حضر مجلس العقد، بل يكفي أن يشهد بأن المدعى عليه (الرجل) يسكن مع المدعية ويعاشرها معاشرة الأزواج، يبيت عندها ليلاً ويخرج نهاراً ويشترى اللوازم البيتية، وأن المشهور بين الناس أن المدعية زوجة للمدعي.
- 2- الرسائل المتبادلة بين الرجل والمرأة، التي يؤخذ منها وجود الزوجية بين المدعية والمدعى عليه.
- 3- الورقة العرفية لعقد الزواج الشرعي خارج المحكمة الموقعة من قبل الزوجين. وعند تقديم الورقة العرفية لعقد الزواج لإثبات الزوجية فإن على المحكمة الاستماع إلى شهادات شاهدي العقد والعالم الديني الموقعين على العقد.
- 4- إذا لم تتمكن المدعية من الإثبات بالأدلة والقرائن المعتبرة عندئذ يمنح حق تحليف المدعى عليه اليمين، فإذا حلف ردت الدعوى الزوجية المدعية، وإن نكل الزوج عن الحلف حكم للمدعية بصحة الزواج. وإذا اعترف المدعى عليه بالزوجية (الزوج)، لكن ادعى أنه قد طلقها حينئذ يصبح المدعى عليه هو المدعي وينتقل عبء الإثبات، وبإمكانه إثبات الطلاق بأحكام المحاكم أو شهادة الشهود أو الأوراق التحريرية المعتبرة والنكول عن اليمين.

الولاية على الزواج:

الولاية لغة:

النصرة وقيام الشخص بأمر غيره.

واصطلاحاً:

هي القدرة على إنشاء العقود والتصرفات نافذة من غير توقف على إجازة أحد.

أنواع الولاية:

الولاية بصورة عامة نوعان:

1- الولاية على المال: وهي القدرة على إنشاء العقود والتصرفات المتعلقة بالأموال نافذة من غير توقف على إجازة أحد.

2- الولاية على النفس: وهي القدرة على إنشاء عقد الزواج نافذة من غير توقف على إجازة أحد.

أنواع الولاية على النفس:

والولاية على النفس نوعان:

1- الولاية القاصرة: وهي قدرة الشخص على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه.

2- الولاية المتعدية: وهي قدرة الشخص على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على غيره.

أقسام الولاية المتعدية:

1- ولاية الإيجاب (ولاية الحتم والإيجاب): وهي التي يكون للولي الحق في تزويج من تحت ولايته دون أن يكون له حق الرفض أو الاعتراض، كتزويج الابن أو ابنته الصغيرين أو المعتوهين.

2- ولاية الاختيار: وهي التي لا يملك الولي فيها الحق في تزويج الغير بدون رضاه بل لا بد من رضاه ورضا الولي واشترائهما في الاختيار وبعد تحقق الرضا منهما يتولى الولي عقد الزواج كأن يزوج الولي ابنته البالغة العاقلة.

شروط الولي:

1- أن يكون كامل الأهلية: فلا ولاية للمجنون والمعتوه على غيره كما لا ولاية للصغير على غيره ولو كان مميزاً.

2- أن يتحد دين الولي مع دين المولى عليه: فلا ولاية لغير المسلم على المسلم ولا للمسلم على غير المسلم في الزواج فلو أسلمت فتاة كتابية واشهرت إسلامها ثم راجعت المحكمة تريد الزواج من شخص مسلم وهي دون الثامنة عشر من العمر فالحال هنا يتطلب حضور الولي فإذا كان أبوها كتابياً فإن الولاية تنتقل إلى القاضي إلا إذا كان لها أخ مسلم فعندئذ يكون الولي عليها.

وإذا كان للفتاة الكتابية أخوان أحدهما مسلم والثاني كتابي فالكتابي يكون الولي عليها، والقاضي له الولاية العامة فإذا كان قاضي محكمة البداية مسلماً تنتقل إليه ولاية التزويج لفتاة كتابية لم تكمل الثامنة عشر من العمر فيما إذا امتنع أبوها من تزويجها دون أسباب مقبولة جدية بالاعتبار.

ترتيب الأولياء:

يقصد به ذكر من له الأولوية في الولاية على غيره سواء عند الانفراد او الاجتماع. وعند الحنفية هناك نوع واحد من الولاية وهي ولاية الاجبار وتثبت هذه الولاية للأقارب العصبات وعلى الترتيب الآتي:

أولاً: الأقارب من العصبة النسبية: وهم أربعة أصناف:

- البنوة: الابن وابن الابن وإن نزل.
 - الأبوة: الاب واب الاب وإن علا.
 - الأخوة: الاخ وابن الاخ وان نزل، لأبوين كانا أو لأب.
 - العمومة: العم وابن العم وان نزل، لأبوين أو لأب.
- فاذا وجد أحد هؤلاء ولم يكن له مزاحم كان هو الولي، وإن تعدد الاقرباء فالترجيح بينهم يكون باعتبار الجهة، فجهة البنوة تقدم على جهة الأبوة، فاذا اجتمع الابن مع الأب يقدم الابن وهكذا طبقاً للتسلسل الوارد. وعند اجتماع الأقارب من جهة واحدة يكون التفاضل بينهم بقرب الدرجة فالأخ مقدم على ابن الأخ. وعند تساوي الاقرباء في الجهة والدرجة يكون التفاضل بينهم بقوة القرابة فإن كانوا إخوة يقدم الأخ لأبوين على الأخ لأب وهكذا وعند تساويهم في الجهة والدرجة وقوة القرابة كأن كانوا جميعاً إخوة أشقاء أو كانوا جميعاً إخوة لأب ثبت لكل واحد منهم الولاية كاملة وأي واحد منهم تولى العقد كان العقد صحيحاً ونفذ على الباقيين، ولا يحق لأحد منهم الاعتراض عليه.

ثانياً: الأقارب غير العصبات:

وهؤلاء مرتبون على الرأي الراجح في الفقه الحنفي على الوجه الآتي:

- الأصول: الأم وأم الام وأم الاب.

- الفروع: البنت وبنت الابن وبنت البنت ثم بنت ابن الابن ثم بنت بنت البنت، وبعد هؤلاء يأتي الجد لأم.
 - فروع الأبوين: الأخت الشقيقة ثم الأخت لأب ثم الأخ والأخت لأم.
 - فروع الجددين: العمات مطلقاً والأعمام لأم ثم الأخوال والخالات ثم أولادهم.
- فاذا لم يوجد أحد من هؤلاء أو وجد لكنه لم يكن مستوفياً لشروط الولاية انتقلت الولاية للقاضي ولا يجوز للقاضي حينئذ أن يزوج من تحت ولايته من نفسه أو ممن لا تقبل شهادته لهم وهم أصله وفرعه. ص110.

ترتيب الأولياء يراعى في الولاية على الزواج:

أما الولاية على المال فإن المادة (27) من قانون رعاية القاصرين نصت على أن: ((ولي الصغير هو أبوه ثم المحكمة)). أي ان الجد لا يعتبر ولياً في الموضوعات المتعلقة بالمال، والتصرفات المالية بل تنحصر ولايته على الزواج.

انتقال الولاية:

تنتقل الولاية من الولي الأقرب إلى الولي الأبعد في الحالات التالية:

- 1- إذا تم التأكد من فقدان الولي الأقرب أو تعذر أخذ رأيه لبعده مكان إقامته أو لسبب آخر وكان الخاطب كفوفاً ويخشى من فوات الفرصة المناسبة على الفتاة حينئذ تنتقل الولاية إلى الولي الأبعد ويكون العقد نافذاً وإذا حضر الولي الأقرب بعد العقد واعترض على الزواج لا يؤخذ اعتراضه بنظر الاعتبار.
- 2- إذا وكل الولي القريب من هو أبعد منه.

3- إذا عضل الولي القريب من تحت ولايته على الزواج من الكفاء ومهر المثل فإن الولاية تنتقل إلى القاضي على الرأي الراجح في الفقه الحنفي.

4- إذا فقد الولي الأقرب شرطا من شروط الولاية كاتحاد الدين.

موقف الفقه الإسلامي والقانون من الولاية على الزواج:

لا خلاف بين الفقهاء في ثبوت ولاية الإجماع على الصغير والمجنون، لكنهم اختلفوا في تزويج المرأة البالغة العاقلة على رأيين:

- جمهور الفقهاء: ذهبوا إلى عدم جواز أن تزوج المرأة نفسها بدون ولي.

- الحنفية والجعفرية: ذهبوا إلى جواز ذلك.

أما قانون الأحوال الشخصية فقد أخذ بمذهب الحنفية والجعفرية، إذ نصت المادة الرابعة منه على أنه: ((ينعقد الزواج

بإيجاب يفيد لغة أو عرفا من أحد العاقدين وقبول من الآخر، ويقوم الوكيل مقامه)).

فلم يشترط حضور الولي، وتؤكد هذا المادة التاسعة الفقرة (1) والتي نقلناها في ص 45.

إلا أن القانون اشترط موافقة الولي الشرعي في زواج ناقص الأهلية.

هل يجوز أن تكون المرأة وليا على الزواج:

تنص الفقرة الثالثة من المادة الثامنة من قانون رقم (15) لسنة (2008) لإقليم كردستان على ما يأتي:

((3. تعتبر الأم وليا إذا كان الأب متوفيا أو غائبا و كانت حاضرة)).

أي أن الأم هي الولي، ولكن لم يبين المشرع نوع الولاية، هل هي الولاية على النفس فقط أن أنها الولاية على النفس والمال معا؟.

لكن هناك أدلة وقرائن تدل على أن هذه الولاية تشمل الولاية على النفس والمال، ومنها:

1. أن لفظ (وليا) ورد مطلقا، والمطلق يجري على إطلاقه ولا يقيد إلا بدليل.

2. أنها حاضرة والحضانة نوع من الولاية على النفس، وإضافة ولاية إليها تعزز من إشرافها لتشمل النفس والمال معا.

ملاحظة مهمة: ما ذهب إليه المشرع الكوردستاني لم يذهب إليه أحد من الفقهاء في الفقه الإسلامي، أي أنه يعد خرقا

لإجماع الفقهاء. ص 111

الرضاع شرعاً:

هو تناول الرضيع اللبن من ثدي امرأة في وقت مخصوص وهو مدة الإرضاع.

الدليل على ثبوت الحرمة بالرضاع:

قول الله تعالى: ((وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة)). [النساء: 23].
وقول النبي ﷺ: ((يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)).

موقف القانون من الرضاع:

نصت المادة (16) على أنه: ((كل من تحرم بالقرابة والمصاهرة تحرم بالرضاع إلا ما استثني شرعاً)).

كيفية معرفة قرابة الرضاع المحرمة:

يمكن معرفة القرابات الرضاعية المحرمة كلها كالاتي:

أن يفرض انتزاع الرضيع من أسرته النسبية ووضعه وفروعه فقط في أسرته الرضاعية باعتباره ابناً رضاعياً لمن أرضعته وزوجها الذي در لبنها بسببه، فكل صلة تتقرر له أو لفروعه بهذا الموقع الجديد فهي التي تعد أساساً للتحريم بالرضاع وعدم تحريمه به.

أما صلة الأسرة الرضاعية بأسرة الرضيع النسبية بسبب الرضاعة، فإنها لا تؤثر في تحريم أو تحليل ولهذا لا يثبت لأقاربه من النسبية غير فروعه مثل ما يثبت له هو بهذا الرضاع.

الاستثناءات:

- 1- أم الأخ أو الأخت من الرضاع فإنه يجوز الزواج بها.
- 2- أخت الابن أو أخت البنت من الرضاع فإنها غير محرمة على زوج المرضعة، فإذا أرضعت امرأة طفلاً فلزوجها أن يتزوج بأخت هذا الطفل وهي أخت ابنه من الرضاع، وإذا أرضع طفل من امرأة فلأب الرضيع أن يتزوج بنت المرضعة وهي أخت ابنه من الرضاع.
- 3- أخت الأخ رضاعاً وأخت الأخت رضاعاً يجوز الزواج بها.
- 4- جدة الابن أو جدة البنت رضاعاً.

الرضاع المحرّم ومقداره:

يكون الرضاع محرّمًا إذا توفرت فيه هذه الشروط:

- 1- وصول لبن المرأة المرضعة إلى معدة الرضيع سواء تحقق ذلك عن طريق الامتصاص من الثدي أم بشربه من إناء أو نحو ذلك.

وما أن الأصل هو اليقين فإنه لا يزول بالتقام الطفل الثدي في وقت قد حصل الشك في أن الطفل أرضع أم لا.

- 2- أن يكون وصول اللبن عن طريق الفم أو الأنف أما إذا أقطر في العين أو الأذن أو في جرح في الجسم أو حقن به طفل فلا يثبت التحريم.
- 3- أن يكون اللبن صافيا غير مخلوط مع غيره من السوائل أما إذا خلط بغيره وكان اللبن مساويا للسائل الآخر أو زاد عليه فإنه يسبب الحرمة، وإذا خلط لبن امرأتين فالرأي الراجح هو ثبوت التحريم من المرأتين.
- 4- أن يكون الإرضاع قد حصل أثناء السنتين من وقت ولادة الطفل وهذا مذهب جمهور الفقهاء.
- 5- أن يكون اللبن الذي رضعه الطفل مما يظن أنه يؤدي إلى إنبات اللحم وشدّ العظم.

المقدار المحرّم:

اختلف الفقهاء في المقدار المحرّم على المذاهب الآتية:

- 1- ذهب الحنفية والمالكية الى أن القليل والكثير من اللبن سواء في نشر الحرمة.
- 2- وذهب الجعفرية إلى أن القدر المحرم إرضاع يوم وليلة أو خمس عشرة رضعة.
- 3- وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن المقدار المحرم هو خمس رضعات مشبعات متفرقات.

موقف القانون:

بما أن المسألة خلافية لم يتطرق إليها قانون الأحوال الشخصية فهي مسألة متروكة لاجتهاد القاضي فإذا تبين وجود الرضاع قبل الدخول فإن الأرجح هو قول الحنفية والمالكية أما إذا تبين وجود الرضاع بعد الدخول فلا حرج على القاضي أن يأخذ بالأراء الأخرى.

إنبات الإرضاع:

- 1- **الإقرار:** فإذا أقر الخاطبان قبل الزواج بأخوان من الرضاعة فلا يصح عقد نكاحهما، وإذا حصل الإقرار بعد الزواج يجب أن يتفرقا حالاً وإلا فَرَّقَ القاضي بينهما ولا شيء للمرأة من المهر إذا وقع التفريق قبل الدخول، أما إذا حصل التفريق بعد الدخول كان لها من مهرها المسمى أو مهر المثل ولا نفقة لعدتها ولا توارث بينهما.

إذا كان الإقرار من جانب الرجل ولم تصدقه المرأة:

في هذه الحالة وجب على الزوجين أن يتفرقا وإذا حصلت الفرقة قبل الدخول كان للمرأة نصف المهر المسمى، وإذا كان بعد الدخول وجب المهر المسمى جميعه، ولها النفقة والسكنى في أثناء عدتها.

إذا كان الإقرار من جانب المرأة:

إذا أقرت المرأة وحدها بالرضاع وكذبته الزوج في ذلك فلا تأثير لهذا الإقرار لأنها قد تريد بإقرارها هذا التخلص من الزواج فلا يعتمد على قولها في حال إنكار الزوج إلا بالبينة.

- 2- **شهادة الشهود:** اشترط الحنفية والجعفرية شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، وزاد الشافعية على ذلك ثبوته بشهادة أربع نسوة، وذهب الحنابلة وبعض الفقهاء إلى ثبوته بشهادة المرضعة وحدها.
- وذهب الظاهرية إلى قبول شهادة امرأة واحدة عدلة أو رجل واحد عدل.
- وذهب المالكية إلى ثبوته بشهادة امرأتين.
- ورجّح القضاء ما ذهب إليه الحنفية والجعفرية والشافعية.

3- **النكول عن اليمين:** ويثبت الرضاع أيضاً بالنكول عن اليمين عند العجز عن تقديم البينة. المقصود بالكتابية هي المرأة اليهودية أو المسيحية التي لا تزال على دينها، فقد أباحت الشريعة الإسلامية الزواج بمن عملاً بقوله تعالى: ((لا إكراه في الدين)) ، هذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، وإن تحفظ عليه بعض الصحابة سدا للذريعة ودرأً لبعض المفسدات التي قد تترتب عليه، والإباحة ليست مطلقة وإنما مقيدة ببعض الشروط والضوابط سنذكرها لاحقاً.

مشروعية الزواج بالكتابات:

قوله تعالى: ((وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ)). [المائدة: 5].

ويمكن استنباط عدد من الشروط للزواج من الكتابية من الآية الكريمة:

أولاً: أن تكون عفيفة محصنة.

ثانياً: أن تكون من أهل الكتاب.

ثالثاً: أن يعطيها مهرها - أي مهر المثل -.

رابعاً: ألا يكون من وراء الزواج من الكتابية فتنة ولا ضرر محقق أو مرجح.

موقف القانون:

أخذ القانون برأي جمهور الفقهاء فقد نصت المادة (17) من قانون الأحوال الشخصية على أنه: ((**يصح للمسلم أن يتزوج كتابية ولا يصح زواج المسلمة من غير المسلم**)).

الحكمة من ذلك:

أن الأولاد غالباً ما يتبعون دين آبائهم والمحافظة على الدين الإسلامي تقتضي تلك التفرقة⁽¹⁾.

لا فرق بين زواج المسلم من مسلمة وزواجه من كتابية إلا فيما يأتي:

- 1- إذا كانت الزوجة مسلمة فلا بد في الشهود من أن يكونوا مسلمين، أما إذا كانت الزوجة كتابية فيجوز شهادة كتابيين ولو كانا على غير دين الزوجة.
- 2- الأولاد الذين يولدون من الزوجة الكتابية ذكوراً أو إناثاً يعتبرون مسلمين تبعاً لدين آبائهم، ولذلك يتوارثون مع أبيهم دون أمهم لاختلافهم في الدين، أما إذا كانت الزوجة مسلمة فيتوارثون مع أبيهم وأمهم.
- 3- لا توارث بين الزوجين إذا كانت الزوجة كتابية.

ملاحظة:

- إن عدم التوارث بين الزوج المسلم والزوجة الكتابية لا يمنع الوصية بينهما، كما لا يمنع وصية أي منهما لأولادهما.
- إذا انتقلت الزوجة الكتابية إلى دين غير سماوي فسخ الزواج لأن ما لا يصح ابتداءً لا يصح بقاءً أما إذا انتقلت إلى دين سماوي آخر فيستمر الزواج صحيحاً.

آثار إسلام أحد الزوجين:

نصت المادة (18) على أنه: ((إسلام أحد الزوجين قبل الآخر تابع لأحكام الشريعة الإسلامية في بقاء الزوجية أو التفريق بين الزوجين)).

هذه المادة أحالت إلى القاضي في تحديد تلك الأحكام والآثار إلى الشريعة الإسلامية:

- إذا أسلم الزوجان معاً أو على التعاقب يبقيان على نكاحهما ما لم تكن المرأة محرمة عليه وإلا فرق القاضي بينهما.
- إذا أسلم الزوج وحده وكانت الزوجة كتابية استمر الزواج ما لم يكن هنالك سبب من أسباب التحريم، وأما إذا كانت غير كتابية فيعرض عليها الإسلام فإذا أسلمت أو اعتنقت ديناً سماوياً استمر الزواج أما إذا امتنعت وأصرّت على البقاء على دينها غير السماوي فَرَّقَ القاضي بينهما ويُعدُّ هذا التفريق فسحاً وبالتالي لا ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج.

- إذا أسلمت الزوجة وحدها يعرض الإسلام على زوجها فإذا أسلم بقي الزواج وإذا امتنع فرق القاضي بينهما ويمهل فترة مناسبة للتفكير إذا طلب إمهاله.

وتعتبر الفرقة طلاقاً بائناً بينونة صغرى وليست فسحاً وللزوجة الحق بالمطالبة بمهر المثل لعدم تسمية مهر لها في عقد الزواج.

ملاحظات:

- 1- إذا أسلم أحد الزوجين دون صاحبه ثبت له جميع الحقوق الزوجية التي تكون للمسلم ويلزم الطرف غير المسلم بالوفاء بجميع هذه الحقوق.
- 2- تعتبر الزوجية قائمة قبل تفريق القاضي للزوجة النفقة ولها كل المهر إذا ماتت أو مات الزوج غير أنه لا توارث بينهما.

ارتداد أحد الزوجين عن الإسلام:

لا يجوز للمسلم أن يتزوج مرتدة كما لا يجوز للمسلمة أن تتزوج من مرتد، وما لا يجوز ابتداء لا يقر بقاؤه، ومعنى ذلك أن ارتداد أحد الزوجين يكون سبباً للتفريق بينهما، ولو عاد المرتد إلى الإسلام فإن الزوجية لا تعود إلا بعقد جديد. وبالنسبة لاستحقاق الزوجة المهر فقد ذهب الفقهاء إلى أنه إذا كان المرتد هو الزوج فإن الزوجة تستحق نصف المهر إن لم يدخل بها، وكل المهر إن كان قد دخل بها، وإذا كانت الزوجة هي المرتدة فلا مهر لها إذا لم يكن قد دخل بها ولها كل المهر إن دخل بها، لأن الفرقة جاءت من جانبها. ولو ارتد الزوجان معاً ثم أسلما معاً فإن الزواج باق بينهما ولا يحتاج إلى تجديد بعقد جديد.