وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة ديالى

كلية القانون والعلوم السياسية

قسم القانون

الاهلية في الزواج بين قانون الاحوال الشخصية العراقي والشريعة الاسلامية

بحث تقدمت به الطالبة (ختام صكبان محسن)

الى كلية القانون والعلوم السياسية / قسم القانون وهو جزء من متطلبات نيل

شهادة البكلوريوس في القانون

أشراف

أ.م.د. أحمد علي بريسم

١٤٣٨هـ

٢٠١٧م

بسم الله الرحمن الرحيم

(سورة انزلناها وفرضناها وانزلنا فيها ايات بينات لعلكم تذكرون)

صدق الله العظيم

سورة النور : الآية (١)

الاهداء

الى من افتقدته عندما ابصرت في مرحلة العلم والعطاء الذي اختطفه بريق القدر

في طريق الامل "والدي العزيز" .

الى من غمرتني بانامل حنانها وترانيم عطفها الصابرة "والدتي العزيزة" .

الى الذي لم يحسسني بفقدان والدي العزيز وكان ظلا كشجرة تقيني

من ظروف الحياة والذي كان مذلاً للصعوبات التي واجهتها طوال مسيرتي

الدراسية (اخي وقدوتي اكرم) .

اهداء الى اهلي وعشيرتي .

الى من علمني حرفا في هذه الحياة .

الى كل من ساعدني في انجاز هذا العمل شكري الجزيل وامتناني .

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى اله الطيبين الطاهرين واصحابه الغر الميامين

اتقدم بجزيل الشكر والتقدير الى الأستاذ (احمد علي بريسم) لاقتراحه مشروع البحث ولصبره الجميل معي .... ولتوجيهاته التي كان لها الفضل في انجازه .

واقدم شكري وامتناني الى عميد كلية القانون والعلوم السياسية

(الدكتور خليفة ابراهيم عودة التميمي)

واقدم شكري لأساتذتي الكرام في قسم القانون لما أبدوه من عون لي طيلة فترة البحث

وجزيل الشكر والتقدير الى (رئيس قسم القانون) – في كلية القانون

(أ .م .د.علاء الدين محمد حمدان)

شكري واعتزازي وتسامحي الى كل من وضع العثرات في طريقي ليجعلني اصلب عوداً واكثر قوة وايمانا في هذه الحياة .

واقدم شكري الى مكتبة الكلية (التي افادتنا في انجاز البحث وكانت لنا عون في انجازه)

والى كل من علمني .... ونصحني .... وكان عوناً لي في انجاز هذا البحث بعد ..... الله(عزوجل)

اقرار المشرف

اشهد ان اعداد هذا البحث الموسوم ب(الاهلية في الزواج بين قانون الاحوال الشخصية العراقي والشريعة الاسلامية) قد جرى تحت اشرافي في كلية القانون والعلوم السياسية – جامعة ديالى وهو جزء من متطلبات نيل شهادة البكالوريوس في القانون .

المشرف:

أ. م . د. أحمد علي بريسم

التوقيع:

/ /٢٠١٧

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الآية	أ
الاهداء	ب
المقدمة	١
المبحث الاول : ماهية الاهلية	٢
المطلب الاول : تعريف الاهلية لغتاً واصطلاحاً	٣
المطلب الثاني : انواع الاهلية الثانوية	٥
المطلب الثالث : عوارض الاهلية وانواعها	١٣
المبحث الثاني : اثر الاهلية على الزواج قانوناً وشرعاً	١٦
المطلب الاول : اثر الاهلية على الزواج شرعاً	١٧
المطلب الثاني : اثر الاهلية على الزواج قانوناً	٢٠
الخاتمة	٢١
المصادر	٢٢

المقدمة

تبدأ حياة الانسان عندما يولد حياً ويصبح فردا من افراد المجتمع بمجرد ولادته وتثبت له الشخصية القانونية التي تمنحه حقوقا متعددة منها ثبوت لنسبه من والديه وحقه بالحصول على اسم وحقة بالتمتع بجنسية البلد الذي ينتمي اليه وغير ذلك . وحياة الانسان بشكل عام عبارة عن معادلة متكونة من حقوق وواجبات فكما يكون للانسان حقوق عديدة ومتنوعة فهو بالمقابل عليه القيام بواجبات ايضاً ليؤكد انتماءه ووجوده وهكذا تكتمل الصورة ومسألة وعي الفرد لواجباته وتمتعه بالحقوق من الناحية القانونية تحديدا تختلف من مرحلة عمرية الى اخرى فضلا عن دخول خصائص اخرى بالموضوع منها الثقافة والعمق المعرفي والتربية اي مايتعلق بالموروث والمكتسب معا ومسألة الحقوق الممنوحة والواجبات المطلوبة منه تسمى قانونا بالاهلية والمقصود بالاهلية هو قدرة الانسان على التعامل مع واجباته وحقوقه بشكل منظم وهي على نوعين الاول هو اهلية الوجوب اي صلاحية الانسان للتمتع بالحقوق واداء الالتزامات وهذا النوع من الاهلية تثبت للأنسان وهو جنين الا انها تكون اهلية ناقصة تكتمل بولادته حيا والنوع الثاني هي اهلية الاداء وهي صلاحية الانسان لممارسة ماله من حقوق واداء ماعليه من التزامات على نحو مؤثر قانونا سواء في اطار العلاقات المالية او الشخصية ام التجارية واهلية الاداء تثبت للانسان عندما يبلغ سن الرشد وهي حسب القانون العراقي تمام الثامنة عشرة وقبل ان يبلغ الانسان هذا السن فأنه لايستطيع القيام بالتصرفات القانونية بمفرده لذلك يقوم بها نيابة عنه شخص يسمى قانوناً الولي او الوصي وبحسب الاحوال المقررة قانونا واهلية الانسان تدور مع التمييز وجودا وعدما فمتى ماكان تمييز الانسان تاما كان كامل الاهلية ومتى ماانعدم تمييز كان عديم الاهلية واذا كانت الاهلية مرتبطة بالتمييز فأن التمييز مرتبط بالسن فالانسان يمر بمراحل عمرية ثلاث في حياته ويتغير تمييزه ومن ثم اهليته من مرحلة الى اخرى .وفي بحثي هذا قسم الى مبحثين :المبحث الاول (ماهية الاهلية) حيث يحتوي على تعريف الاهلية وانواع الاهلية القانونية وعوارضها اما المبحث الثاني فقد تمثل بأثر الاهلية على الزواج شرعا وقانونا .

المبحث الاول

ماهي الاهلية وانوعها

المطلب الاول : تعريف الاهلية لغتا واصطلاحاً

الاهلية لغتاً / تطلق الاهلية في اللغة على معان عدة وكلها ترجع الى معنى الصلاحية الامر للشيء يقال : فلان به اهلية اي صلاحية للأمر ،

اهل الرجل واستأهله : رأه صالحاً ومستحقاً لأمر ما وهو اهل لكذا ، اي مستوجب له ، واهله لذلك تأهيلاً وأهله رأه له اهلاً ، واستأهله : استوجبه [١]

قال تعالى (والزمهم كلمة التقوى وكانوا أحق بها وأهلها)[٢] اي انهم اولى بكلمة التوحيد مؤهلين لها دون الكفار [٣]

قال تعالى (ومايذكرون الا ان يشاء الله هو اهل التقوى واهل المغفرة)[٤] اي انه اهل التقوى لا المعصية وهو مختص بالمغفرة لمن اتقاه [٥]

ثانياً/ الاهلية اصطلاحاً:

عرف الاصوليون الاهلية بتعريفات عدة جميعها متقاربة من بعضها البعض وتدور حول معنى واحد هو " صلاحية الانسان للألزام والالتزام ".

---

١) ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور : لسان العرب – الجزء الخامس (١١٠/ ٣٠)

٢) سورة الفتح : من الاية (٢٦)

٣) محمد بن علي بن محمد بن عبدالله الشوكاني اليمني ، فتح القدير – ص٥٥

٤) سورة المدثر : الاية (٥٦)

٥) شرح فتح القدير: الشوكاني ،(٥/ ٣٣٤).

وذلك بأن يكون الشخص صالحاً لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه او لصدور الافعال منه على وجه يعتد به شرعاً ، بعد توفر الشروط اللازمة في المكلف لصحة ثبوت الحقوق له والواجبات عليه[١] .

فهي : (كون الانسان بحيث يصح ان يتعلق به الحكم)[٢] .

اي صلاحيته لتعلق الحكم به .

وعرفها امير باد شاه

صلاحية الانسان لثبوت الحقوق له ولغيره ، وصلاحيته للالتزام بها [٣]

وعرفها الرهاوي في حاشيته بأنها

(عبارة عن صلاحيته لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه ، وهي الامانة)[٤]

اي الامانة التي اخبر الله تعالى عنها بقوله تعالى (انا عرضنا الامانة على السوات والارض والجبال فابِن ان يحملنها واشفقن منها وحملها الانسان انه كان ظلوماً جهولاً)[٥]

فالامانة هي : التكاليف الشرعية [٦]/ لذا نستطيع القول بأن الاهلية هي عبارة عن صفة قدرها الشارع في الانسان جعلته موضعاً صالحاً للمخاطبة بالاحكام الشرعية على جهة الالزام والالتزام

---

(١) فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت : ابن نظام الدين (١/ ١٥٦)

(٢) تيسير التحدير ، (٢/ ٢٤٩)

(٣) كشف الاسرار : البخاري (٤/ ٢٣٧)

(٤) حاشية الرهاوي : الرهاوي (مطبوع على شرح المنار) ص ٣٩٠

(٥) سورة الاحزاب : الاية (٧٢)

(٦) انظر : الجامع لأحكام القرآن : القرطبي ،(١٤/ ٢٥٣) .

المطلب الثاني / انواع الاهلية القانونية

الاهلية ليست درجة واحدة ، بل هي مختلفة في القوة والضعف ، باختلاف مراحل الانسان التي يمر بها ومنذ تكوينه جنيناً في بطن امه حتى بلوغه سن الرشد ولهذا انقسمت الاهلية الى نوعين

١- اهلية وجوب

٢- اهلية الاداء

الفرع الاول / اهلية الوجوب : هي صلاحية الانسان لثبوت الحق له وعليه [١]

وذلك بمقتضى الذمة التي يولد بها كل آدمي

فالذمة / هي مكان الوجوب وهي وصف اختص الله تعالى به الانسان دون غيره من الحيوانات التي فقدت الذمة

وتثبت الذمة للانسان بناء على العهد الذي جرى بينه وبين الخالق سبحانه وتعالى يوم ان اخذ عليه العهد

قال تعالى (واذا اخذ ربك من بني آدم من ظهورهم ذريتهم واشهدهم على انفسهم الست بربكم قالوا بلى شهدنا ان تقولوا يوم القيامة انا كنا عن هذا غافلين)[٢]

وقال تعالى (وكل انسان الزمناه طائره في عنقه ويخرج له يوم القيامة كتاباً يلقاه منشوراً)[٣]

---

١) محمد امين بن محمود البخاري المعروف بأمير بادشاه الحنفي : تيسير التحدير ص ٢٤٩

٢) سورة الاعراف : الاية (١٧٢)

٣) سورة الاسراء : الاية (١٣)

وهذه الاهلية تتحقق للانسان في بطن امه قبل ان يولد ، اذ تثبت له الحقوق التي لاتحتاج الى القبول ، مثل الارث ، الوصية ، الوقف، وتستمر حتى يموت [١]

الفرع الثاني / احوال اهلية الوجوب

جاء في كشف الاسرار : (ان اهلية الوجوب تنقسم فروعها بحسب انقسام الأحكام فالصبي اهل لبعض الاحكام وليس بأهل لبعضها اصلاً، وهو اهل لبعضها بواسطة رأي الولي فكانت هذه الاهلية فنقسمه نظراً الى افراد الاحكام واصلها واحد ، وهو الصلاح للحكم [٢]

لذا قسم الاصوليون اهلية الوجوب الى قسمين ناقصة وكاملة

اهلية الوجوب الناقصة : هي التي تؤهل من انصف بها لثبوت الحق له ، دون ان يكون اهلاً لثبوت اي حق عليه وذلك في الجنين فقط ، فأنه متى تأكدت حياته في بطن امه حتى يولد حياً ، فهو اهل لثبوت الحقوق له من ارث ووصية واستحقاق للوقف وثبوت النسب له من جهة ابيه ولكن لايثبت عليه اي حق من الحقوق فلايصح للوكيل الشراء ولا الهبة ولا الالتزام بالنفقة لقريب او غيره لأن الجنين يجمع بين صفتي التبعية لامه والاستغلال عنها وهذا هو السبب في اعتبار نقص اهلية الوجوب للجنين

فالاول / التبعية لأمه / فالتبعية في ارتباطه بأمه حساً لتحركه بتحركها ، وقراره بقرارها ، فهو جزء منها كاليد والرجل وسائر الاعضاء وارتباطه بها حكماً ايظاً اذ يباع بيعها ، ويعنف بعنفها وفي ذلك يقول ابن رجب الخبلي (اذا اعتقت الأمة الحامل عنف حملها معها)[٣]

الثاني /الاستغلال عنها فلأنه منفرد عن الام بحياته وله كيان ومقومات انسانية وهوبذلك معد للانفصال عن امه ليصير ذاتاً مستقلة فأن تبعيته ليست مطلقة بل هي تبعية جزئية

---

١) عبد العزيز بن احمد بن محمد علاء الدين البخاري ،كشف الاسرار شرح اصول البذدوي ، ص٢٣٩

٢) المصدر نفسه (٤/ ٢٣٧)

٣) محمد بن احمد بن جذي الكلبي ، تحقيق محمد بن محمد مولاي : القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والشافعية والحنفية والخبلية ص١٩٧

وكانت تبعية لامه مستدعية عدم ثبوت الحق له سواء كان الحق ارثاً او وقفاً او وصية لكن الشارع الحكيم نظر فيه صفة الاستقلال وانه نفس حية ذات طبيعة خاصة ،فأعطاه بالنظر لاستقلاله ومنعه لتبعتيه [1]

اهلية الوجوب الكاملة :

وهي تثبت للأنسان منذ ولادته دون ان تفارقه في جميع ادوار حياته فيصلح الانسان لتلقي الحقوق والالتزام بالواجبات ولايوجد انسان فاقد لهذه الاهلية فاهلية الوجوب هي ماكان المتصف بها صالحا لثبوت الحق له وعليه بحيث تكون ذمته مطالبة بالالتزامات المالية .وبتلك الاهلية يصلح الانسان لان يتلقى الحقوق وان يلتزم بالواجبات [2]

وعلى ذلك فأن اهلية الوجوب الكاملة تتحقق لكل مولود سواء كان مميزا ام لا وتثبت لكل مولود مايلي

١- صلاحية ذمته للالتزام بما يقوم به وليه من تصرفات مع التقييد بها ، وان بلغ الرشد لانها وقعت بأسمه وفي الحدود التي اجازها الشارع

٢- يثيب في مالهم كل ماهو مؤونة في الاصل كالعشر ومايشوبه معنى المؤونة كصدقة الفطر ، اكتفاء بالاهلية القاصرة بواسطة الولي [3]

وتلزمهم ايضا لصلات التي تشبه المؤونة المالية : وهي نفقة الاقربين التي الزم بها الشارع الغني حاجة الفقير

ضمان مايتلفه القاصر من اموال لصلاح ذمته لثبوت كل واجب مالي عليه لان المقصود منه ضمان التلف ويقوم بأدائه وليه نيابة عنه [4]

---

١) كشف الاسرار : البخاري (٤/٢٣٩ ، ٢٤٠)

٢) محمد سلام مدكور ، مباحث الحكم عند الاصوليين ص٢٥٠

٣) المؤونة / تعني تحمل الثقل من مأن اذا احتمل وهي على وزن فعولة يقال : مأنت القوم امأنهم اذا احتملت مؤنتهم ويقصد بها الضريبة التي تؤدي للمحافظة على ما تؤدي عنه من نفس ومال) انظر:كشف الاسرار : البخاري (٤/ ١٣٩)

٤) اصول الفقه الاسلامي / ابو زهرة – ص ٣١٠

اصل الذمة ووجودها في الانسان :

لما كانت الأهلية مبنية على قيام الذمة ولاتثبت الابوجودها [١]

فلابد من تعريف الذمة لغتاً وفي اصطلاح الفقهاء

اولاً : معنى الذمة لغتاً

تطلق الذمة في اللغة على معان ثلاثة هي العهد – الضمان – الامان[٢]

وانما فسرت بالعهد لان نقصه يوجب الذم ومنه قوله تعالى (لايرقبون في مؤمن الا ولا ذمة) [٣] اي عهد

وقوله تعالى (وان يظهروا عليكم لايرقبوا فيكم الا ولاذمة)[٤]

ومنه يقال اهل الذمة للمعاهدين من الكفار

وقال ابن عباس : الال ، القرابة ، الذمة ، العهد ، والميثاق[٥]

وقال ابو عبيدة : الذمة معناها الامان

---

١)التقرير والتجبير : ابن امير الحاج (١٦٥/٢)

٢) اساس البلاغة : الزمخشري ، ص (٢٠٧، ٢٠٨)

٣) سورة التوبة : من الاية (١٠)

٤) سورة التوبة : من الاية (٨)

٥) تفسير القرآن : ابن كثير (٢/ ٣٥١)

٦) الذمة المقصودة هنا هي الواردة في قول الرسول (صلى الله عليه واله وسلم) (ويسعى بذمتهم ادناهم) ،انظر : لسان العرب ابن منظور (٢٢١/١٢ و ٢٢٢)

وتبدو الشبه بين معاني الذمة الثلاثة – العهد – الضمان – الامان ، من الالتزام في كل منها فأن المعاهد يلتزم بما عاهد عليه والضامن يلزم ما ضمنه ومعطي الأمان ملزم بأمان من أمنه[١]

ثانياً/ معنى الذمة في الاصطلاح

اختلف العلماء في حقيقة الذمة وتحديدها على اراء[٢]

الذمة / امر او وصف يصير به الانسان اهلاً للايجاب والاستيجاب اي الالزام والالتزام[٣]

حتى تتحقق للجنين ذمة تقوم عليها اهلية الوجوب القاصرة التي ثبت له لأن الاهلية مبنية على وجود الذمة ولا تثبت الابوجودها

ثانياً/ اهلية الأداء

الفرع الاول / حقيقة اهلية الاداء

عرف الاصوليون اهلية الاداء بتعريفات عدة كلها متقاربة من بعضها البعض وتدور حول صلاحية الانسان لصدور الافعال والاقوال منه على وجه يعتد به شرعاً ويترتب عليه اثاره الشرعية .

وعلى ذلك فأن اهلية الاداء هي اهلية المعاملة بحيث يكون الأنسان صالحاً لاكتساب حقوق حيثما به من تصرفات وصالحاً لأن ينشئ حقوقاً لغيره بتلك التصرفات وهو مايسمى بالواجبات .

وهي من خلال التعريفات السابقة تعم العبادات والمعاملات

---

١) لسان العرب : ابن منظور (١٢/ ٢٢١ ، ٢٢٢)

٢) تيسير التحرير : امير بادشاه (٢/ ٢٤٩)

٣) كشف الاسرار : البخاري (٤/ ٢٣٨)

٤) محمد ابو زهراء : اصول الفقه الاسلامي – ص٣١١

الفرع الثاني: أساس اهلية الاداء

اذا كان اساس اهلية الوجوب هو الحياة فقد اتفق الفقهاء على ان اساس اهلية الأداء ، وهو التميز والعقل (فأهلية الأداء لاتثبت الابالعقل وقدرة العمل به)[1] اذاً بأساس اهلية الأداء الذي تقوم عليه هو العقل وبدونه لاتوجد اهلية اداء

وفي ذلك يقول الشوكاني (اعلم انه يشترط في صحة التكليف بالشرعيات) فهم المكلف لما كلف به بمعنى تصوره بأن يفهم من الخطاب القدر الذي يتوقف عليه الامتثال بمعنى التصديق به)[2]

اذاً فالاتفاق واقع على ان الاداء متعلق بالقدرتين معاً قدرة فهم الخطاب وقدرة العمل بالخطاب والقدرة الاولى انما تتحقق بالعقل والثانية بكمال البدن [3]

عليه فعند فقدان هذا الاساس العقل وكمال البدن تنعدم الاهلية وان كان في الانسان استعداد وجودها وهي توجد لدى الانسان متدرجة فأذا كمل عقله ثبت له اهلية كاملة واذ نقص كانت اهليته ناقصة ولذا كانت احوال الاهلية ثلاثاً

١- حالة انعدام اهلية الاداء مطلقاً

٢- وجود اهلية اداء ناقصة

٣- وجود اهلية اداء كاملة

الفرع الثالث / احوال اهلية الاداء

عدم اهلية الاداء مطلقاً / وذلك متحقق في الطفل الذي لايميز وفي المجنون اذا ما استمر جنونه كلاهما عديم العقل ومن لاعقل له لااهلية له

---

١) كشف الاسرار : البخاري (٣٤٨/٤)

٢) محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني ، ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الاصول ،ص١٠

٣) عز الدين عبدالله عزيز بن ملك ، شرح المنار وحواشيه من علم الاصول ص ٩٣٩

فكل من المجنون والصغير غير المميز باطل العقود والتصرفات ولايترتب على قوله او فعله اي اثر شرعي فجنايتهما على النفس او المال تترتب عليها المؤاخذة المالية وحدها وقتل الطفل او المجنون او اتلافه حق الغير يترتب عليه ضمان الدية في القتل وضمان التلف فيما اتلفه ولا نبني على فعلها قصاص ، لانه مترتب على العهد ووجود القصد وكلاهما قد انعدم بأنعدام القدرتين[١] والانسان في اول احواله عديم القدرتين (العقل والبدن) لكن فيه استعداد وصلاحية لان توجد فيه كل واحدة من القدرتين شيئاً فشيئاً[٢]

اهلية الاداء الناقصة : هذه الاهلية تنبي على القدرة القاصرة من العقل القاصر والبدن القاصر[٣] وهذه الاهلية تصدق على الصبي المعتوه الذي لم يختل عقله لكن ضعف ادراكه وتمييزه وانما تثبت الاهلية لهما لثبوت اصل الاهلية بالتميز ولكنها لما كانت ناقصة صحت منهما بعض التصرفات وجعلت موقوفه على اذن الولي وبطلت بعض التصرفات وان اجازها وليها

اهلية الاداء الناقصة : هي صلاحية الشخص لصدور بعض التصرفات منه دون البعض الاخر او لصدور افعال وتصرفات يتوقف نفاذها على رأي غيره[٤]

اهلية الاداء الكاملة / هذه الاهلية تنبني على القدرة الكاملة من العقل الكامل والبدن الكامل[٥]

وهي تتحقق بالنسبة لتكاليف الشرع بكمال العقل للانسان وبلوغه سواء كان بلوغه طبيعياً او تقديرياً كما ثبت بالبلوغ مع الرشد بالنسبة للمعاملات المالية وبتلك الاهلية يصح الانسان مكلفاً بالعبادات

---

١) كشف الاسرار : البخاري (٤/ ٢٤٨)

٢) شرح المنار وحواشيه ، ابن الملك ، ص ٩٣٩

٣) عبد العلي محمد بن نظام الدين محمد السهالوي الانصاري اللكنوي ، تحقيق عبد الله محمود محمد ، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت

٤) اصول الفقه الاسلامي / د. بدران ابو العينين ، ص ٣١٩

٥) شرح المنار وحواشيه : ابن الملك ، ص (٩٣٩ . ٢ ٩٤٠)

والاحكام الشرعية صالحاً لكل انواع الالتزام ولما كانت هذه الاهلية متوقفة على تحقيق العقل وهو من الامور الخفية التي تخفى على الناس وينمو بنمو الاجسام وهو مختلف بين بني البشر فقد جعل البلوغ دليلاً على كمال العقل في الانسان لانه موضع يتوقع فيه حصول العقل للمرء ، واحكام الشرع ترتبط بعلل ظاهرة منظبطة

وعلى هذا تكون الاهلية الكاملة بكمال عقل الانسان وبدنه[1] . اذاً اهلية الاداء الكاملة هي : (صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه على وجه يعتد به شرعاً وعدم توقفها على رأي احد غيره[2]

---

١) شرح المنار وحواشيه : ابن الملك ، ص (٩٣٩، ٩٤٠)

٢) اصول الفقه الاسلامي : د. بدران ابو العينين ، ص (٣١٨)

المطلب الثالث

عوارض الاهلية وانواعها

الفرع الاول / معنى العوارض في اللغة

العارض : هو المانع او الحائل ومعنى اعترض الشي صار عارضاً ، واعترض دونه حال واعترض له : اي امنعه

والعارض ايضاً مااعترض في الافق فسده من سحاب او نحل او حداد او نحو ذلك ، ومنه قوله تعالى عن قوم عاد : (هذا عارض ممطرنا)[١]

والامة تعرض في الشيء اي تحول وتمنع ويقال : سرت فعرض لي في السبيل عارض من جبل ونحوه[٢]

فالعوارض جمع مفردة عارضة وهي وصف لموصوف محذوف يقدر بالخصلة

او الافة يقال : عرض له امر بداله ماصده عن مقصده وحال بينه ويسمى السحاب بالعارض لمنعه اثر الشمس وشعاعها ومن ذلك المعارضة لان كل واحد من الادلة يعارض الاخر ويقابله فلا يأتي معه اثبات الحكم[٣]

---

١) سورة الاحقاف :من الاية (٢٤)

٢) لسان العرب : ابن منظور (٩/ ٣٠)

٣) ابو نصر اسماعيل بن حماد الجوهري ، تحقيق احمد عبد الغفور عطار ، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ، ص ١٠٨٤

الفرع الثاني / معنى العوارض في الاصطلاح

العوارض في اصطلاح الاصوليين:

هي احوال تطرأ على الانسان المكلف في اهليته دون ان تكون ملازمة له واطلق عليها العوارض لانها ليست صفات ذاتية بل هي عارضة كالبياض مع الثلج فأنه من عوارضه على ذلك فأن الخصال صفات عرضية قابلة للزوال ينقي فيها اللزوم وبتحتم فيها التأثير في تغيير الاحكام وبذلك تخرج العوارض التي لاتأثير لها ، كالشيخوخة والكهولة ونحوهما .

وسميت هذه الامور التي لها تأثير في تغيير الاحكام عوارض لمنعها الاحكام التي تتعلق بأهلية الوجوب واهلية الأداء عن الثبوت[1]

المطلب الثاني / تأثير العوارض

جميع ماتقدم في الاهلية هوبناء على الحالة الطبيعية التي يكون فيها الشخص سليماً غير انه قد تطرأ على الاشخاص عوارض وهذه العوارض ذات تأثير على اهلية الانسان فهي مزيلة احياناً لأهلية الوجوب والاداء واحياناً اخرى لاتزيل اهلية الوجوب ولا الاداء

فهي مزيلة لاهلية الوجوب كمافي الموت اذ ان الموت عجز تام مناف لاهلية احكام الدنيا من كل مافيه تكليف

وهذه العوارض تزيل احياناً اهلية الاداء كحالتي النوم والاغماء فأن النائم والمغمى عليه عاجزان عن استعمال قدرتهما الحسية لعدم مقدرتهما على استعمال حواسهما وهما عاجزان ايضاً عن اداء الافعال الاختيارية كالقيام والعقود وغيرهما

واحياناً اخرى لاتزيل هذه العوارض اهلية الوجوب ولا الاداء ولكنها تغير بعض الاحكام مع بقائهما اي اهلية الوجوب والاداء كما في حالتي السفر والجهل في دار الحرب

---

١) كشف الاسرار : البخاري (٤/ ٢٦٢)

٢) سعد الدين سعود بن عمر التفتازاني ، شرح التلويح على التوضيح (٢، ١٦٧)

انواع العوارض

يقسم علماء الاصول العوارض الى قسمين رئيسين هما :

العوارض السماوية ، والعوارض المكتسبة[١]

اولاً/ العوارض السماوية / عرف علماء الاصول العوارض السماوية بأنها(مايثبت من قبل صاحب الشرع بدون اختيار للشخص فيه)[٢] او هي : التي ليس للانسان فيها كسب ولا اختيار فهذه العوارض لادخل للانسان فيها ونسبت الى السماء لنزولها منها وهي خارجة عن قدرة الانسان وقدمت السماوية على المكتسبة لانها اظهر في العارضة لخروجها عن اختيار الانسان واشد تأثيراً في الاحكام المكتسبة

اقسام العوارض السماوية /

العوارض السماوية احد عشر عارضاً الصغر – الجنون – العته – النسيان – النوم – الاغماء – الرق – المرض – الحيض – النفاس –والموت[٣]

ثانياً/ العوارض المكتسبة

هي ماتكون من فعل الانسان بقدرة منه واختيار[٤] وهي الجهل والسكر والهزل والسفه والخطأ والسفر والاكراه وهذه العوارض اما ان تقع من الانسان نفسه او من غيره عليه ولهذا كانت العوارض المكتسبة نوعين حسب الجهة التي توقعها

١– عوارض مكتسبة واقعة من المرء نفسه هي : الجهل ، السكر الهزل والسفه والخطأ والسفر

٢– عوارض مكتسبة واقعة من غيره عليه وهو الاكراه فقط

---

١) فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت : ابن نظام الدين (١/ ١٦٠)

٢) كشف الاسرار : البخاري (٤/ ٢٦٢)

٣) فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت : ابن نظام الدين (١/ ١٦٠)

٤) كشف الاسرار : البخاري (٤/ ٢٦٣)

المبحث الثاني

المطلب الاول / اثر الاهلية على الزواج شرعاً

تعريف الزواج / الزواج في اللغة هو الاقتران والازدواج يقال زوج الرجل ابله اذا قرن بعضها وبالحرف يقال تزوجت فلانة وتزوجت بها وزوجنيها وليها وزوجني بها .

وفي الشرع هو عقد يفيد حل استمتاع كل واحد من الزوجين بالاخر على وجه المشروع ويجعل لكل منهما حقوقاً قبل صاحبه وواجبات عليه فهو من عقود التمليك والملك فيه وارد قصداً على متعة كل واحد من الزوجين بالاخر لذا عرفه بعض الفقهاء بقوله : هو عقد بدء على ملك المتعة قصداً[١]

شروط الزواج /للزواج خمسة انواع من الشروط ، شروط لانعقاده وشروط اهليته وشروط لنفاذه وشروط للزومه وشروط وضعية لسماع الدعوى به قانوناً

شروط الانعقاد /شروط انعقاد الزواج هي التي تلزم لتحقيق اركانه ويترتب على اخلال بواحد منها اخلال بركن من اركان الزواج فلا ينعقد شرعاً ولاتترتب عليه اثار الزواج الشرعي وهي اربعة

١- اهلية العاقدين بالتمييز فأذا كان احد العاقدين فاقد الاهلية للعقد بفقده التمييز بأن كان مجنوناً او صغيراً غير مميز فلاينعقد الزواج بعبارته

٢- اتحاد مجلس الايجاب والقبول والمراد بأتحاد مجلسهما انه اذا اصدر الايجاب لايوجد من العاقدين اوحدهما مايدل على الاعواض عنه والانشغال بغيره حتى يصدر القبول لانه ان وجد ذلك يعد متهباً للايجاب فلايصادق القبول محله[٢]

٣- موافقة القبول للأيجاب ولو ضمنا فأذا خالف القبول الايجاب كله او بعضه لا ينعقد الزواج الا اذا كانت المخالفة التي خير الموجب فانها تكون موافقة ضمنية

٤- سماع كل من العاقدين كلام الاخر مع علم القابل ان قصد الموجب بعبارته انشاء الزواج وايجابه وعلم الموجب ان قصد القابل الرضا به والموافقة عليه

---

١) عبد الوهاب خلاف ، احكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية ص١٥

٢- المصدر نفسه ، ص ٢٤

شروط الاهلية :شروط صحة الزواج واهليته هي ما يتوقف عليها صحته بعد انعقاده وليست شروطاً لتحقق اركانه وهي اثنان

١– ان تكون الزوجة غير محرمة على من يريد التزوج بها باي سبب من اسباب التحريم المؤبد او المؤقت لان للشارع حكمه في تحريم بعض النساء على الرجل فمن عقد على من لا تحل له فزواجه غير صحيح ولايحل ما حرم الله

٢– ان يحضرعقد الزواج شاهدان رجلان رجل وامرأتان لانه عقد له خطره وشانه لما يترتب عليه من اثار وحقوق فلهذا امتاز عن سائر العقود بأن اشتراط لاهليته حضور الشهود[١]

عقدالزواج الرضائي/ اذا نظرنا الى عقد الزواج نجد ان تكوينه وانعقاده يتم بتحقق اركانه وشروط انعقاده وهذه الشروط مرجعها كما بينا الى التحقق من تراضي الطرفين وتوافق ارادتهما على شيء واحد

شروط النفاذ / شروط النفاذ هي التي تشترط عدم توقفه على اجازه احد بعد انعقاده واهليته وهي اثنان

١– ان يكون كل من العاقدين تام الاهلية بالعقل والبلوغ والحرية فأن كان واحد منهما ناقص الاهلية بأن كان معتوهاً او صغيراً مميزاً او عبداً فأن عقده الذي يعقده بنفسه اذا استوفى شروط الانعقاد والصحة ينعقد صحيحاً موقوفاً على اجازه الولي او المالك فأن اجازه نفد والا بطل والمراد بالولي ولي النفس لا المال فلوجود اصل الاهلية بوجود التمييز كان العقد منعقداً ولنقصها بسبب العته او الصغر او الرق كان موقوفاً ليتسنى للولي عليهم ان يتدارك منع الضرر عنهم

٢– ان يكون كل من العاقدين ذا صفة تخول له ان يتولى العقد وتجعل له الحق في مباشرته بأن يكون احد الزوجين او وكيلاً عنه او ولياً عليه فلو كان احد العاقدين فضولياً باشر العقد لابوكالته عن احد الزوجين ولابولاية عليهما

---

١) عبد الوهاب خلاف ، احكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية ص ٢٧

شروط الزوم / شروط لزوم الزواج يجمعها شرط واحد وهو ان لايكون لاحد الزوجين ولا لغيرهما حق فسخ العقد بعد انعقاده وصحته ونفاذه فأن كان لاحد فسخه كان عقداً غير لازم شروط سماع الدعوى به قانوناً : لما اثبتت الحوادث ان الزواج كثيراً ما يدعى زورا. طمعا في المال او رغبة في النكابة والتشهير . اشترط الشارع الوضعي سماع الدعوى به وجود دليل كتابي يؤيدها كما رأى المشرع ان في زواج صغار السن اضراراً صحية واجتماعية واراد حمل الناس على عدم عقد الزواج قبل بلوغ الزوجين سناً معينة اشترط لسماع دعوى الزوجية ان لاتقل سن الزوجة عن ستة عشر سنة والزواج ثماني عشر سنة وقت الدعوى[1]

---

١) عبد الوهاب خلاف ، احكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية ، ص ٢٩

المطلب الثاني

أثر الاهلية على الزواج قانوناً

اجاز جمهور الفقهاء زواج المجنون والصغير غير المميز[١] مثلما اجازوا زواج البالغ العاقل والفرق عندهم ان بأمكان البالغ العاقل مباشرة عقد زواجه بنفسه ، اما المجنون والصغير غير المميز فأنهم لايباشرون عقد زواجهم بأنفسهم بل يتولاه ويباشره عنهم وليهم[٢]

واجازة جمهور الفقهاء الزواج الصغير غير المميز تعنى انهم اناطوا اهلية الزواج بأهلية الوجوب لابأهلية الاداء

ولكن قانون الاحوال الشخصية اناط اهلية الزواج بأهلية الاداء لا بأهلية الوجوب عندما جاءت الفقرة الاولىمن المادة السابعة منه تقول "يشترط في تمام اهلية الزواج العقل واكمال الثامنة عشر من العمر " والمقصود بتمام الاهلية هنا : الصفة التي يمكن معها للرجل والمرأة ان يباشر كل واحد منهما عقد الزواج بنفسه او بواسطة وكيل مستوف للشروط فأذا توفر الشرطان المذكوران في شخص اصبح اهلاً للزواج[٣]

وما اخذ به القانون من اناطة اهلية الزواج بأهلية الاداء هو مايتقيم مع كون الزواج عقداً وتصرفاً اذ ان التصرف القائم على الادارة ومن ليست له ارادة معتبرة والفقرة الاولى من هذه المادة تضمنت قاعدة عامة وجاءت الفقرة التالية والمادة التب بعدها بأنشاءان على تلك القاعدة نذكرها :

١) زواج المريض عقلياً : نصت الفقرة الثانية من المادة السابعة على((للقاضي ان يأذن بزواج احد الزوجين المريض عقلياً اذا ثبت بتقرير طبي ان زواجه لايضر بالمجتمع وانه في مصلحته الشخصية اذا قبل الزوج الاخر بالزواج قبولاً صريحاً))

---

١) القوانين الفقهية ، ابن جزي ، ص ٢٠٤

٢) شرح فتح القدير ، الكمال بن الهمام (٣/ ١٦١)

٣) عبد القادر ابراهيم ، محاضرات في قانون الاحوال الشخصية ،ص٢٠

اجازت للقاضي ان يأذن بزواج من انعدمت اهليته بمرض عقلي ووضعت لذلك شروط وهي

أ- الاعتماد التقرير الطبي المصدق الصادر من الاطباء ذوي الاختصاص المتضمن ان زواج هذا المريض عقلياً لايضر بالمجتمعلان هناك بعضاً من الامراض الوراثية تنتقل الى نسل المريض وفي ذلك اضرار بالمجتمع

ب) تأكيد التقرير على ان هذا الزواج يحقق مصلحة للمريض كأن يخفف من حدة مرضه او يساعد على تحسين سلوكه او يفيده نفسياً والا لم يأذن بالزواج

ج) كون الطرف الاخر عالماً بحالة المصاب ويبدي موافقته بصورة صريحة على الزواج منه ولايمكن هنا الاعتماد على السكوت[١]

٢- زواج ناقص الاهلية نصت المادة الثامنة على انه :

١- اذا طلب من اكمل الخامسة عشر من العمر الزواج فاللقاضي ان يأذن به اذا ثبت له اهليته وقابليته البدنية بعد موافقة وليه الشرعي فأذا امتنع الولي طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحددها له فأن لم يعترض او كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار اذن القاضي بالزواج

٢- للقاضي ان يأذن بزواج من بلغ الخامسة عشر من العمر اذا وجد ضرورة قصوى تدعو الى ذلك ويشترط لاعطاء الاذن تحقيق البلوغ الشرعي والقابلية البدنية[٢]

اناطت هذه المادة حصول اذن القاضي بالزواج بأمرين

احدهما : موافقة الولي الشرعي وعدم موافقته لايمنع من اعطاء الاذن اذا لم يكن مستنداً الى مبررات معقولة

ثانياً/ ان يكون لطالب الزواج القابلية البدنية

---

١) الدكتور فاروق عبدالله كريم ، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي ، ص ٧٤

٢) الغيت عبارة (الخامسة عشر)الواردة في هذه المادة وحلت محلها عبارة (السابعة عشر)بموجب القرار (٦٢)

وقد يحصل ان يكون العمر المسجل في هوية الاحوال المدنية ستة عشر عاماً بينما تكون علامات الصغر بادية على الفتاة ويجد القاضي انها غير صالحة للزواج ففي هذه الحالة لايكون القاضي مجبراً على اعطاء الاذن بل بأمكانه احالة الفتاة الى طبيب اخصائي لبيان كونها تصلح للزواج ام لا فأذا جاء التقرير مبنياً عدم صلاحيتها للزواج لم يأذن القاضي بالزواج .

اما اذا كان العمر المسجل – مثلاً اثنتي عشرة سنة في حين ظاهر حال الفتاة يؤيد ان عمرها ست عشر سنة هنا لايستطيع القاضي ان يأذن بالزواج وليس اما طالب الزواج هنا غير تصحيح تولدها وفق القواعد القانونية

وتجدر الاشارة الى ان الولي الشرعي كالأب يستطيع ان يوكل غيره بوكالة رسمية يخول فيها وكيله الحضور في محكمة الاحوال الشخصية لتسجيل عقد زواج من تحت ولاتيه[1]

---

١) عبد القادر ابراهيم ، محاضرات في قانون الاحوال المدنية ص ٢٢

الخاتمة

من خلال ماتقدم عرضه لموضوع الاهلية في الزواج بين قانون الاحوال الشخصية العراقي والشريعة الاسلامية تم التوصل الى الاستنتاجات التالية :-

١- العقل اساس التكليف

٢- المجنون لايعتد بأقواله ولايترتب عليها اي اثر شرعي لان اساس صحة الاقوال العقل والتمييز وهو فاقد لها وبناء عليه لايصح تزويجه لنفسه ولاطلاقه

٣- سن الزواج يعتبرمن باب السياسة الشرعية فلايوجد نص في الشرع يحدد ويبين سن الزواج

٤- الولاية تدور مع الاهلية وجودا وعدما للشخص نفسه

التوصيات :

لكل ماتقدم لموضع الاهلية في الزواج بين قانون الاحوال الشخصية العراقي والشريعة الاسلامية توصل الباحث الى التوصيات الاتية:

١- اوصي بضرورة التوعية العامة من خلال الدروس في المساجد والمراكز العامة و الخاصة

٢- ضرورة جود الاهلية والكفاءة بالشخص الخاطب والمخطوبة

٣- وان عدم اهلية الشخص ووجودها يترتب عليه تفكك الاسرة والمجتمع

٤- اوصي بضرورة التعمق والبحث في مواضيع الاحوال الشخصية وان يكون لها لطلبة العلم الشرعي دور في تعديل مواد القانون التي تحتاج الى تعديل

المصادر

- القرآن الكريم

١- أحكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية ، عبد الوهاب خلاف دار القلم للنشر والتوزيع ، ط٢ ، الكويت ، ١٤١٠هـ -١٩٩٠م

٢- ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الاصول ، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني ، دار الكتاب العربي ، ط١، دمشق ١٤١٩هـ .

٣- اصول الفقه الاسلامي ، محمد ابو زهراء ، دار الفكر العربي ، ط١(د.ت)

٤- تيسير التحدير ، محمد امين بن محمود البخاري المعروف بأمير بادشاه الحنفي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،١٩٨٣

٥- شرح التلويح على التوضيح ، سعد الدين سعود بن عمر التفتازاني مكتبة صبيح ، مصر (د.ت)

٦-الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية : ابونصر اسماعيل بن حماد الجوهري تحقيق احمد عبد الغفور عطار ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ط٤ ١٩٨٧م .

٧- فتح القدير : محمد بن علي بن محمد بن عبدالله الشوكاني اليمني دار ابن كثير ، الطبعة الاولى ، دار الكلم الطيب – دمشق ، بيروت ١٤١٤هـ

٨- فواتح الرحموت يشرح مسلم الثبوت ، عبد العلي محمد بن نظام الدين محمد السهالوي الانصاري اللكنوي ، تحقيق عبدالله محمود محمد دار الكتب العلمية ، مجلد ٢، ٢٠٠٢م

٩- القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية ، محمد بن احمد بن جزي الكلبي ، تحقيق محمد بن محمد مولاي ، مطبعة دار ابن حذاء بيروت ،(د.ت)

١٠-كشف الاسرار شرح اصول البزدوي ، عبدالعزيز بن احمد بن محمد علاء الدين البخاري ، دار الكتاب الاسلامي (د. ت)

١١- لسان العرب : ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور ، ج٥ ،بيروت ١٣٧٦ - ١٩٥٦م

١٢- مباحث الحكم عند الاصوليين : محمد سلام مدكور ، دار النهضة العربية القاهرة ، ١٩٥٩

١٣- محاضرات في قانون الاحوال الشخصية ، القيت في قضاة العمل ، عبد القادر ابراهيم ، مطبوعة بالالة الطابعة (د.ت)

١٤- مختار الصحاح ، العلامة محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي – دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٨١م

١٥- الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي ، الدكتور فاروق عبد الله كريم ، طبع على نفقة جامعة السليمانية ، ٢٠٠٤