الاجتهاد القضائي في تقرير حالة الضرورة

(دراسة في نص المادة (٨) من قانون الاحوال الشخصية العراقي)

Judicial jurisprudence in determining the state of necessity
(A study of the text of Article (8) of the Iraqi Personal Status Law)

م.م. مثنى أحمد نوري
كلية القانون / الجامعة المستنصرية

الملخص Summary

يعد عقد الزواج رابطة روحية نفسية مقدسة يعلو بها الانسان كونه يضطلع بمهمة استدامة الجنس البشري ، ولابد من توافر اركانه وشروطه حتى ينعقد بصورة صحيحة ومنتجا لاثاره ، واهم تلك الاركان الاهلية المتمثلة بإتمام طرفي العقد (الثامنة عشر) من العمر عاقلين مميزين ، ولكن ومن اجل مراعاة ما اعتاده اغلب العراقيين الساكنين في القرى والارياف من تزويج ابنائهم بمجرد البلوغ الشرعي ، فضلا عما شهده واقعنا المعاصر من انتشار لمواقع التواصل الاجتماعي التي سهلت عملية التعارف والتواصل بين الجنسين ، وما قد ينجم عنه من امكانية ابرام عقود زواج قبل اكتمال الاهلية ، ولمعالجة بعض الحالات التي قد تجبر العوائل المتعففة على محاولة تزويج بناتهم القاصرات خشية عليهم من الانحراف ، وتحقيقا للمصلحة الاجتماعية او مصلحة طرفي العقد قرر المشرع العراقي في المادة الثامنة من قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ ، التي اذنت للقاضي بتزويج القاصر الذي اتم الخامسة عشر من العمر او حتى عند بلوغ تلك السن حيثما وجدت الضرورة التي يقدرها استنادا لسلطته التقديرية ، حيث يعد هذا الاذن شرطا جوهرياً في عقد زواج القاصر ، ومن ثم يكون انعدامه سببا يجيز التفريق وفقا للفقرة (٣) من المادة (٤٠) من القانون ذاته ، والتي اكدت على طلب التفريق للضرر (اذا كان عقد الزواج قد تم قبل اكمال احد الزوجين الثامنة عشرة دون موافقة القاضي) .

وبغية القاء الضوء على مدى سلطة القاضي في تفسير النص القانوني وتطويعه لمعالجة هذه الحالات وغيرها مما يدخل في مسمى الضرورة جاء بحثنا هذا ، ونقوم بتوضيح مفرداته في مبحثين نخصص في الاول منه للكلام عن المقصود بالاجتهاد القضائي ، وبيان حالة الضرورة التي قصدها المشرع ، اما الثاني منه سوف نوضح فيه الاساس الشرعي والقانوني لسلطة القاضي في تزويج القاصر وضوابط تلك السلطة .

كلمات مفتاحية : " اجتهاد قضائي ، حالة الضرورة ، زواج ، قاصر " .

Abstract

The marriage contract is considered a sacred spiritual, psychological bond through which a person is elevated as he undertakes the task of sustaining the human race. Its pillars and conditions must be met in order for it to be concluded correctly and to produce its effects. The most important of these civil pillars is that both parties to the contract complete (eighteen) years of age, sane and distinguished. However, in order to take into account What most Iraqis living in villages and rural areas are accustomed to marrying their children as soon as they reach legal maturity, in addition to what our contemporary reality has witnessed is the spread of social networking sites that have facilitated the process of dating and communication between the sexes, and what may result from it being the possibility of concluding marriage contracts before completing eligibility, and to address some cases that Impoverished families may be forced to try to marry their underage daughters out of fear that they will become deviant. In order to achieve the social interest or the interest of both parties to the contract, the Iraqi legislator decided on Article Eight of the Personal Status Law No. (١٨٨) of ١٩٥٩, which authorized the judge to marry the minor wherever there is a necessity that he determines based on his discretionary authority, as this permission is considered an essential condition in the minor's marriage contract, and hence Its absence creates a reason that permits separation in accordance with Paragraph (٣) of Article (٤٠) of the same law, which affirmed the request for separation due to harm (if the marriage contract was concluded before one of the spouses turned eighteen without the judge's approval).

In order to shed light on the extent of the judge's authority in interpreting the legal text and adapting it to deal with these cases and others that fall under the name of necessity, this research came about. We clarify its vocabulary in two sections, the first of which we devote to talking about what is meant by judicial jurisprudence, and explaining the state of necessity that the legislator intended, as for the second of it. We explain the legitimate and legal basis of the judge's authority to marry a minor and the controls of that authority.

أولاً : المقــدمــة: Introduction

الحمد لله رب العالمين ، حمدا كثيراً طيباً طاهراً مباركاً فيه .. والصلاة والسلام على سيدنا محمد (صلى الله عليه وسلم) اما بعد :

ان الزواج من الامور التي اذن الله عز وجل بها للحفاظ على النسل والابتعاد عن العلاقات المحرمة بين الجنسين مما يعد من مظاهر الفساد ، وان الشريعة لم تحدد سن الزواج فمتى ما بلغ الفتى والفتاة جسدياً اذن لهما بالزواج ، اما القانون العراقي فقد سمح للأطراف بالزواج عند تمام سن الثامنة عشر كقاعدة عامة لاكتمال الرشد عندهم ، ولكنه منح هذا الحق استثناء لمن يروم الزواج في حال بلوغه او اتمامه سن الخامسة عشر ، ولكن بموافقة القاضي ، وهذا الامر يتباين من بلد لاخر بحسب قوانينهم ، الامر الذي يتطلب منا بيان اجتهاد القاضي في مسألة اعطاء الاذن بزواج القاصر وبيان اثره على هذا العقد .

ثانياً: أهمية البحث :-

ان الاجتهاد القضائي لزواج القاصر ظاهرة عامة لها ايجابيات وسلبيات ، فلا بد للمحكمة ان تتأكد من صلاحية كلا الطرفين للزواج ، والا فأن الزواج بدون مراعاة ذلك قد ينتهي بالفشل ، وان الاذن بالزواج بالخصوص للمرأة كونها صغيرة لا تفقه في امور الحياة الزوجية الكثير فضلا قد يمنعها الزوج من تكملة دراستها وان هذا يؤدي الى انتشار الجهل في المجتمع وهو ظاهرة سلبية ، لكون من يروم الزواج في هذا السن يعتد

على العادات والتقاليد التي من ضمنها ان الزوجة تبقى في بيتها ولا تذهب للدراسة وهذا الامر مرفوض جملة وتفصيلاً .

ثالثاً : اشكالية البحث :-

تتجسد اشكالية البحث في ان المشرع العراقي بتنظيمه لزواج القاصر فرض على القاضي ان يتاكد من تحقق جملة من الشروط لعل ابرزها فضلا عن اهلية القاصر : قابليته البدنية ، ومعرفة هذه القابلية تتطلب من القضاء البحث والتمحيص ؛ لان هذه القابلية ليست بالامر الذي يمكن ضبطه او اقرانه بإمر معين كالسن مثلا ، بل هو يختلف باختلاف الجنس والتربية ، وغير ذلك من الامور ، كما قضى المشرع موافقة القضاء بتوافر حالة الضرورة ، ومعلوم ان الضرورات تبيح المحظورات ، لكن ما يعد ضرورة في حالة قد لا يعد ضرورة في حالة اخرى ، ومن ثم لابد من اجتهاد القاضي لوضع معايير يتم على اساسها تقدير الضرورة ، لان الضرورات تقدر بقدرها .

رابعاً : منهجية البحث :-

اعتمدنا بالبحث على المنهج التحليلي الذي يتم خلاله عرض وتحليل النصوص القانونية في قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، فضلاً عما ورد في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ ، مع بيان اراء الفقهاء واقوالهم .

خامساً : خطة البحث :-

يتطلب منا البحث في موضوع الاجتهاد القضائي في تقرير حالة الضرورة (دراسة في نص المادة ٨ من قانون الاحوال الشخصية العراقي) تقسيمه على مبحثين نخصص الأول منهما لبيان معنى الاجتهاد القضائي ، وبيان حالة الضرورة التي قصدها المشرع ، فيما نخصص المبحث الثاني لبيان الاساس الشرعي والقانوني لسلطـــة القاضـــي في تزويـــج القاصر وضوابط تلك السلطة .

المبحث الاول: التعريف بالاجتهاد القضائي ، وبيان حالة الضرورة التي قصدها المشرع

The first topic
Judicial jurisprudence, and explaining the state of necessity intended by the legislator

يعد الاجتهاد القضائي ، أحد الحلول القانونية الناجمة لتفادي اي قصور أو فراغ تشريعي، فله الدور الرئيس في إعانة القاضي بغية إيجاد الحلول القانونية ، عند إخفاق نصوص القانون الأخرى في توضيح مسألة معينة ، وان العراق من الناحية العملية يأخذ به، اما الضرورة فيراد بها ان يجد الانسان نفسه في ظروف تهدده بخطر لا سبيل للخلاص منه الا بالقيام بعمل قد يكون ممنوعاً قانوناً ، كالقاصر الذي لا يجد امامه مفر من مواجهة ما يقابله الا بالزواج رغم صغر سنه ، ويجب ان لا تتولد حالة الضرورة من عمل من يتعرض لها بل قد تكون وليدة قوى الطبيعة او صادرة من الغير ، وعليه سوف نقسم المبحث الى مطلبين نوضح في الاول منه ما المقصود بالاجتهاد القضائي ، اما الثاني فنبين فيه حالة الضرورة التي قصدها المشرع .

المطلب الاول: مفهوم الاجتهاد القضائي

The first requirement: The concept of jurisprudence

يعتبر الاجتهاد القضائي من الحلول القضائية التي يلجأ لها القاضي من اجل تفسير غموض النص القانوني، والغرض منه سد النقص في التشريع اذ يعد من الوسائل التي تعين القاضي للوصول الى الحلول القانونية لموضوع النزاع المعروض على القاضي ، وعليه سوف نتطرق الى تعريف الاجتهاد القضائي ، ومن ثم بيان الحالات التي تحتاج الى اجتهاد من القاضي بغية تطبيق القانون وتوضيح اهمية الاجتهاد القضائي ، وذلك في الفروع الاتية :

الفرع الاول : تعريف الاجتهاد القضائي

First branch: Definition of jurisprudence

الاجتهاد القضائي لغة : الاجتهاد ، مصدر من اجتهد ، أي يعني بذل الطاقة والجهد ، ويعني ايضاً بذل الوسع والمجهود ليبلغ مجهوده ويصل الى نهايته [١] ، والالفاظ ذات الصلة بالاجتهاد (القياس ، التحري ، الاستنباط) [٢].

اما القضاء لغة الحكم ، القاطع للامور المحكم لها ، ويقصد به انقضاء الشيء وتمامه [٣] .

اما اصطلاحاً ، فمصطلح الاجتهاد القضائي هو مصطلح قانوني ، وان وجد في كتب الفقه الاسلامي في مسميات ومصطلحات اخرى الا ان بعض المعاصرين في الفقه الاسلامي قد عرفوه بعدة تعاريف ، فالاجتهاد القضائي يعني ، " عملية توحيد التفسير في القانون المقدم من قبل المحاكم " [٤]، ويعد الاجتهاد القضائي مصدر من مصادر القاعدة القانونية ، حيث يقوم بمساندة النظام القانوني بمدلولات جديدة ، فاذا كان التشريع يرتبط بالقانون فان الاجتهاد القضائي يرتبط بالقانون ايضاً .

ويعرف الاجتهاد القضائي بانه احد الحلول القانونية لغرض تفادي الثغرة في التشريع ، فيعد الاجتهاد الوسيلة الفعالة بغية اعانة القاضي لإيجاد الحلول ، والاجتهاد هو بذل المجهود في العلم بإحكام الشرع أو هو " استفراغ الوسع في النظر فيما لا يلحقه فيه لوم مع استفراغ الوسع فيه " ، كما ويعرف بأنه " مجموع الحلول القانونية التي تتوصل اليها المحاكم لمعالجتها للإشكالات القانونية" [٥] .

---

[١] أبن منظور، ابو الفضل جمال الدين محمد بان مكرم الافريقي المصري، لسان العرب، دار بيروت للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٦٨ .

[٢] الموسوعة الفقهية الكويتية ، ج١، ط٢، طباعة ذات السلاسل –الكويت ، ١٩٨٣، ص٣١٦-٣١٧

[٣] الموسوعة الفقهية الكويتية ،ج٣٣، ص٢٨٢ .

[٤] د. حامد شاكر ، دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الامن القانوني ، مجلة كلية القانون / الجامعة المستنصرية ، العدد ٣١، ٢٠١٧، ص٥ .

[٥] د. حامد شاكر محمود ،العدول في الاجتهاد القضائي ، دراسة قانونية تحليلية مقارنة ، المركز العربي للنشر والتوزيع ، ط١، ٢٠١٨، القاهرة ، ص١٨-٣٥.

وقيل عن اجتهاد القاضي بأنه يمثل في حقيقته القضاء الشرعي بعيداً عن النصوص القاطعة في ثبوتها وادلتها القطعية ، فيما فيه من اعمال تحمل وبذل جهد في حال وجود نص قانوني من عدمه [١] .

وان الاجتهاد القضائي يطلق على المسائل التي يتبعها القاضي في الاحكام التي تصدر منه فيما يخص نصوص القوانين ، او من خلال استنباط الحكم الذي ينبغي تطبيقه في حالة عدم وجود النص[٢] .

مع ملاحظة انه لا يجوز للقاضي اللجوء إلى الاجتهاد عند وجود نص قانوني يحكم النزاع المعروض عليه ، فالاجتهاد يقصد به الحل الذي تتخذه جهة قضائية في قضية معينة في حالة عدم وجود نص قانوني أو في حالة غموضه في القضية او غموض في النص التشريعي [٣] ، وهذا ما اكده نص المادة (٢) من القانون المدني العراقي والذي ينص على " لا مساغ للاجتهاد في مورد النص " [٤] .

اما الاجتهاد القضائي ، قانوناً ، ونظراً لان التشريعات غالباً ما تترك تعريف بعض المصطلحات القانونية الى الفقه كونه اعم واشمل في هذه الامور ، لذا لا يوجد تعريف قانوني للاجتهاد ونحن نميل الى عد الاجتهاد (ذلك الجهد الذي يبذله القاضي للوصول الى الحلول القانونية ليحكم المسائل التي لا يوجد نص قانوني لحكمها)

الفرع الثاني:

الحالات التي يلجأ يسمح للقاضي في الاجتهاد

Second section: Cases in which the judge is allowed to resort to diligence

١- حالة غموض النص التشريعي :-

يعد التشريع المصدر الرسمي الأول من مصادر القانون حيث يلجأ القاضي اليه عند النظر في النزاع المعروض عليه ، ولذلك فأن المشرع يبذل مجهوداً واسعاً في إصدار التشريعات التي تستجيب لكل مستجدات المجتمع ، الا انه في بعض الحالات قد يعتري النص التشريعي نوع من الغموض ؛ فقد يكون فيه ابهام لفظ على نحو يقضي قيام القاضي بالاجتهاد وتفسير النص لغرض تطبيقه ، وقد يحمل النص اكثر من معنى ، او يحوي لفظا عرفيا فيه نوع من غرابة اللفظ مما يؤدي الى اخراجه من معناه اللغوي ، وعندئذ تكون المهمة ملقاة على عاتق القاضي لبيان المقصود من اللفظ [٥] .

---

[١] د. محمود بن صغير ، اجتهاد القاضي في العصر الحديث وضرورة التقنين في مجال الاحوال الشخصية ، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة محمد بوضياف بالمسلية ، الجزائر ،العدد السادس ، ٢٠١٧، ص٩٠ .

[٢] د. محمد سلام مذكور، المدخل لدراسة الفقه الاسلامي ، دار الكتاب الحديث ، ط٢،القاهرة ، ١٩٩٦، ص٢٨٩ .

[٣] بو بشير محند أمقران ،تغيير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، جامعة الجزائر كلية الحقوق، جزء ٤١، العدد ٢، ٢٠٠٤، ص ١٥٥ .

[٤] ينظر للمادة (٢) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل .

[٥] عبد الباقي البكري و زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، دار المسلة للطباعة والنشر والتوزيع ، بغداد، بدون سنة النشر، ص١١٩

وقد يتمثل الغموض بكون النص ليس له معنى محدد ، ويحتمل أكثر من تأويل ، ومن ثم فإن القاضي يجتهد لإبراز قصد المشرع منه ، وهذا ما يعرف بالتفسير القضائي للنص القانوني [١] .

٢- حالة النقص في التشريع :-

قد لا يواجه القاضي عند تطبيق نص القانون مشكلة تتمثل بالغموض او عدم الوضوح ، بل يواجه مشكلة عدم وجود النص الحاكم للمسائل المعروضة امامه، ويقصد بالنقص في التشريع انعدام النص الذي يحكم الحالة المعروضة امام القضاء ، او ان النص لم يعالج مسألة معينة كان ينبغي ان يعالجها ، كأن يحرم القانون التعامل في تركة مستقبلة من دون ان ينص على حكم التعامل في الاموال بصورة عامة [٢] .

يعد الاجتهاد القضائي من المسائل المهمة ففي حال عدم وجود نص في القانون ، اذ لا يجوز للقاضي ان يمتنع عن النظر بالدعوى المعروضة اليه في حال عدم وجود نص في القانون ، وهذا ما جاء في احكام المادة (٣٠) من قانون المرافعات المدني العراقي والتي نصت على أنه " لا يجوز لأي محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون أو فقدان النص أو نقصه والا عد القاضي ممتنعاً عن احقاق الحق ، ويعد ايضاً التأخير المشروع عن اصدار الحكم امتناعاً عن احقاق الحق " [٣] .

الفرع الثالث: مكانة الاجتهاد القضائي وضرورته

Section Three: The status and necessity of judicial jurisprudence

كان للاجتهاد القضائي دوراً هاماً في نظريات فقهاء القانون من خلال اللجوء الى الحلول المناسبة ، فبرز دور الاجتهاد القضائي في مراحل مختلفة في العهد الروماني ، والحضارة الاسلامية حتى وصل الى مكانته في الوقت الحاضر في التشريع الحديث .

ففي العهد الروماني كان للقضاء اهمية ودور في القوانين وتفسيرها ، فكان للبريتور الفضل الكبير الذي ساهم في تطور القانون الروماني في حينها [٤] .

هذا ويعد البرتور وظيفة منحت للحاكم البريتوري حيث يقوم بأنشاء المراسيم وفقاً للصلاحية الممنوحة له ، وعلى ضوء ذلك يقوم بتفسير النصوص القانونية او يقوم بوضع نصوص قانونية اخرى [٥] .

اما في العهد الاسلامي ، فقد مر القضاء واجتهاد القاضي بعدة مراحل ، الاولى في عهد الرسول محمد (صلى الله عليه وسلم) حيث كان دور القضاء محدوداً لوجود القران الكريم والسنة النبوية الشريفة ، فكان الرسول صلى الله عليه وسلم قاضي

---

[١] د. عجالي بخالد ، دور الاجتهاد القضائي في تطوير النصوص القانونية في التشريع الجزائري ، مجلة الفكر القانوني ، العدد (٢) ، يونيو ،٢٠١٩، ص٨٣٠

[٢] عبد الباقي البكري و زهير البشير، المصدر السابق ، ص١٢٠ .

[٣] المادة (٣٠) من قانون المرافعات العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ .

[٤] البريتور " الحاكم الشرعي " وهو منصب استحدث في القرن الرابع قبل الميلاد لغرض التقاضي في المسائل المدنية ، حيث كان يعن البريتور لمدة سنة ويصدر منشور يسمى بالمنشور البرتوري . راجع: عبد الباقي البكري و زهير البشير، المصدر السابق ، ص١٥٤ وما بعدها .

[٥] د. عجالي بخالد ، المصدر السابق ، ص٨٣٢ .

المسلمين ، وكان قضاءه ملزماً ، وكان اجتهاد صحابته وان اقر بذلك بحدود معينة ، اما المرحلة الثانية بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم حيث برز دور القضاء من خلال استنباط الاحكام الشرعية لغرض تلبية حاجات الامة ، وفي هذه المرحلة امتزج الفقه والقضاء ، حيث كان القاضي يستأنس بحكم السلف من ائمة المسلمين [١] . ويلعب القضاء في وقتنا الحاضر دور بارز في احقاق الحق ، وبخصوص دور الاجتهاد القضائي في الوقت الحاضر فيتنازع نظامين ، الاول نادى به النظام الانجلوسكسوني ويسمى ب (السابقة القضائية) ، اما النظام الثاني فنادت به التشريعات العربية والجرمانية ويسمى ب (النظام اللاتيني) ، فالسابقة القضائية تعني التزام كل محكمة بالمبدأ القانوني الذي اصدرته في القضايا السابقة ، وبمرور الوقت وتزاحم القضايا تشكل ما يسمى (الحكم العام) ، وفي هذا النظام عند قيام القاضي بالفصل في النزاع المعروض عليه ان يبحث في قرارات القضايا السابقة المماثلة للقضية المعروضة عليه فاذا وجد مماثلة طبق الحكم ، اما اذا لم يجد فعندئذ يلجأ القاضي الى الاجتهاد في القضية ، ويعد حكمه في هذه الحالة سابقة قضائية تلتزم المحاكم بتطبيقها [٢].

اما في النظام اللاتيني فيعد التشريع هو المصدر الرسمي للمواد القانونية ، حيث يعد القانون هو المصدر الرسمي له ، واخذ بذلك معظم الدول العربية كمصر والعراق ، واخذت به فرنسا ، ففي هذا النظام لا يتم الاعتماد على السابقة القضائية ولا يتم الزام القاضي باتباع حكم سابقة على واقعة معينة ، وهذا ما اخذ به المشرع العراقي فالمحاكم العراقية لا تلتزم بقرار سابق اصدرته المحكمة [٣] ، وان كان يستأنس بها عند انعدام النص وهذا ما اكده نص الفقرة (٢) من المادة الاولى من القانون المدني العراقي .

المطلب الثاني: مفهوم حالة الضرورة عند القاضي

The second requirement: The concept of the state of necessity according to the judge

تعد حالة الضرورة من المفاهيم القديمة والتي لها صلة وثيقة بنشأة العلاقات الانسانية ، ولها مدلولات واسعة في جميع المفاهيم القانونية لا سيما في مجال القضاء ففي بعض المواضع يرى القاضي، وجوب اتخاذ موقف معين لحل مسألة معينة ،وسوف نوضح في هذا المطلب المقصود بحالة الضرورة وادلة مشروعية مراعاتها ، وما هي الحالات التي يجوز اللجوء اليها في عدة فروع وكالاتي :

الفرع الاول : تعريف حالة الضرورة

First branch: Definition of a state of necessity

التعريف اللغوي : الضرورة لغة اسم من الاضطرار ، والاضطرار هو الاحتياج الشديد ، فيقال : حملتني الضرورة على كذا ، او اضطر شخص الى كذا [٤] .

اما في الاصطلاح فقد عرفه الفقه الاسلامي بأنها الخوف من الهلاك ظناً أو علماً ، وعرفت كذلك بأنها " الحالة الملجئة لتناول الممنوع شرعاً " [١] .

---

[١] عبد الباقي البكري و زهير البشير، المصدر السابق ،ص١٥٥ .
[٢] د. عجالي بخالد ، المصدر السابق، ص ٨٣٣ وما بعدها .
[٣] عبد الباقي البكري و زهير البشير، المصدر السابق ،ص١٥٦ وما بعدها .
[٤] الموسوعة الفقهية الكويتية ، ج٢٨، ص١٩١ .

كما عرفها فقهاء الحنفية بأنها " الحالة التي يجوز تناول الممنوع شرعاً [٢] ، اما فقهاء الشافعية فقد عرفوا الضرورة بان يبلغ الشخص مرحلة ان لم يأخذ الممنوع مات أو هلك كبقاء الشخص دون اكل أو شرب فأضطر لتناول المحرم لكي يستمر على قيد الحياة [٣].

هذا وعرفه فقهاء المالكية " بأنه الخوف من الموت او الهلاك للنفس ، ولا يشترط ان يصبر حتى يشرف على الموت " [٤] .

اما فقهاء الحنابلة فالضرورة عندهم " خوف الانسان التلف ان لم يأكل المحرم غير السم " [٥] .

في حين عرف فقهاء الامامية الضرورة بأنه الذي يخشى حدوث التلف له في حال عدم تناوله للمحرم أو ان يخشى حدوث مرض له اذا لم يأخذ المحضور [٦] .

وعرفها الفقه المعاصر الخوف على الحياة إذا لم يتناول الشخص المحظور، أو يخشى ان يضيع ماله كله ، أو ان يكون الشخص في حال مصلحته تكون مهددة ولا يعيش الا بأخذ المحظور[٧] .

يفهم مما تقدم ان الضرورة تعني ان يبلغ الانسان حداً ان لم يقم بعمل ممنوع أو يتناول الممنوع هلك او انه سوف يهلك ، كإباحة تناول المحرمات من الاكل لغرض البقاء على قيد الحياة [٨] ، وعرفت الضرورة كذلك بالقول " هى بلوغه حدا إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب كالمضطر للأكل واللبس " ، كما وقيل بان " الضرورة أن يخاف التلف فقط لا ما دونه " وقيل " إنها تشمل خوف التلف أو الضرر ، اذن فحالة الضرورة في حقيقتها هي وضع مادي يتم نشؤءه بفعل الانسان او بسبب الطبيعة موجه للغير، ويؤدي بضرر جسيم على الشخص " [٩].

اما في القانون فلم يرد في القانون العراقي تعريف للضرورة ، فقد عرفه رجال الفقه القانوني الضرورة بأنها حلول خطر لا يمكن دفعه الا من خلال ارتكاب امر محظوراً عنه [١٠].

---

(١) د. محمد فتحي رزق الله عطية ، الضرورة الاجرائية دراسة تحليلية في قانون المرافعات المصري ، بحث منشور في جامعة الازهر / كلية الشريعة والقانون في اسيوط ، المجلة العلمية ، العدد ٣٤، ج٢، يوليو، ٢٠٢٢ ، ص٢٨٧٢ .

(٢) على حيدر-تعريب المحامي فهمي الحسيني ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار الجيل بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١ه-١٩٩١م، ج١ ،ص٣٧، نقلاً عن باسم احمد الهجرسي ، نظرية الضرورة في الشريعة الاسلامية والقانون الدستوري ، دراسة مقارنة ، مجلة كلية الشريعة والقانون ، دقهلية ، المجلد ١٥، العدد ١٧، ٢٠١٥ ،ص٣٢٨٦ .

(٣) الإمام محمد بن محمد بن إدريس الشافعي ، كتاب الأم، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت، ج٢ ، بدون سنة النشر ،ص٢٥٢ .

(٤) محمد بن احمد بن جزي الغرناطي، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٧٤ ، ص١١٦ .

(٥) موفق الدين عبد الله أحمد بن قدامه المقدسي، المغنى والشرح الكبير، ، ت ٦٢٠ه، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى،ج٨، ١٤٠٥، ص٥٩٥ .

(٦) محمد جود مغنية، فقه الإمام جعفر الصادق، دار الجود، ودار التيار الجديد ، بيروت ، ص٣٩ .

(٧) الشيخ محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي،١٩٦٧م، ص٤٧ .

(٨) الموسوعة الفقهية الكويتية ، ج٢٨، المصدر السابق ، ص١٩١ .

(٩) د. رعد فجر فتيح الراوي و د. حسن محمد صالح، "حالة الضرورة في القانون الدولي الجنائي" ، مجلة جامعة تكريت ، مج(٢٢) ، العدد (٧) ، اكتوبر ، ٢٠١٥، ص١٢٣ .

(١٠) د. محمد فتحي رزق الله عطيه ، المصدر السابق ، ص٢٨٧٤ .

وقد ورد في المادة (٨) من قانون الاحوال الشخصية العراقي الفقرة الثانية على انه " للقاضي ان يأذن بزواج من بلغ الخامسة عشرة من العمر اذا وجد ضرورة قصوى تدعو الى ذلك " [١]

كما ورد في المادة (٦٣) من قانون العقوبات العراقي على انه " لا يسأل جزائياً من ارتكب جريمة الجأته اليها ضرورة وقاية نفسه أو غيره أو ماله أو مال غيره من خطر جسيم محدق لم يتسبب هو فيه عمداً ولم يكن في قدرته منعه بوسيلة اخرى وبشرط ان يكون الفعل المكون للجريمة متناسباً ، والخطر المراد اتقاؤه ولا يعتبر في حال ضرورة من أوجب القانون عليه مواجهة ذلك الخطر " [٢].

يتضح من ذلك ان الضرورة تعبر حالة قد تدفع فيها اي شخص لارتكاب فعل مخالف لغرض دفع خطر يهدده سواء كان الخطر يهدد حياته او ماله او عرضه .

اما حالة الضرورة للقاضي تعني ان القاضي يصدر قراره ، وحكمه وفقاً لمعطيات وامور قد تكون من جانب المصلحة للطرف كما مذكور في المادة (٨) من قانون الاحوال الشخصية والتي تم ذكرها ، أو ان تكون دفعاً لارتكاب فعل أو لغرض الحفاظ على سمعة احد اطراف الدعوى ، كمسائل الزنا وغيرها .

الفرع الثاني: الادلة الشرعية على مراعاة حالة الضرورة

Second section: Legal evidence for taking into account the state of necessity

وردت في القران الكريم دلائل على حالة الضرورة ، قال تعالى " إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ " [٣] .

فالآية الكريمة تضمنت مأكولات معينة كالميتة وغيرها تم تحريمها الا ان الآية اشتملت على استثناء في تناولها وهو في حالة الضرورة لغرض الحفاظ على النفس من الهلاك ، فأبيح الاكل لغرض التخلص من الموت .

وقال تعالى " وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ "[٤].

فالآية الكريمة تدل ان الله تعالى قد بين للناس ما حرم عليهم وما يمكن استثنائه من التحريم في حالة الضرورة ، واما في السنة النبوية فقد روي عن أحمد عن ابي واقد الليثي أنهم قالوا : يا رسول الله " انا بأرض تصيبنا بها المخمصة فمتى يحل لنا الميتة ، فقال صلى الله عليه وسلم ، اذا لم تصطحبوا ، ولم تغتبقوا ، ولم تحتفئوا بقلاً ، فشأنكم " [٥] .

---

[١] المادة (٨) الفقرة (٢) من قانون الاحوال الشخصية العراقي .
[٢] المادة (٦٣) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل .
[٣] سورة البقرة الاية (١٧٣) .
[٤] سورة الانعام ، الاية (١١٩) .
[٥] الامام محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، نيل الاوطار ،شرح منتقى الاخبار من احاديث سيد الاخيار ،ج٨، مصر ، ١٩٧١، ص١٥١ .

فالحديث الشريف يدل على انه يجوز لمن يضطر واصابه الجوع والهلاك الى الموت ان يتناول من الميتة لما يكفيه عن سد جوعه ، اي يتناول المحرم بسبب الاضطرار .

الفرع الثالث: صور حالات الضرورة

Section Three: Cases of necessity

ان حالات الاضطرار عديدة منها (الاضطرار الى تنال المحرم من الاطعمة ، والاضطرار الى اللمس والنظر للتداوي ، والاضطرار لفعل فاحشة او اتلاف نفس ، والاضطرار الى الكلام بالباطل ، والاضطرار الى اخذ مال اخر والاضطرار لتجاوز قاعدة عامة) ، وقد اختلف الفقهاء حول تقدير ذلك لكل حالة [١] .

اما موقف القانون العراقي حول حالة الضرورة فقد نصت المادة (٢١٢) الفقرتين (١و٢) من القانون المدني على انه " ١- الضرورات تبيح المحظورات ولكنها تقدر بقدرها ، ٢- فمن احدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه او غيره كان مسؤول على الا يجاوز في ذلك القدر الضروري ، والا اصبح ملزماً بالتعويض " [٢] .

فالمادة تشير ان بعض الامور قد تبيح فعل معين وان كان محضوراً ، ومن هذه الامور حالة الدفاع الشرعي ، وذلك عندما يتعرض الشخص هو أو عائلته لخطر فله ان يدافع عن نفسه بقدر الهجوم الذي يواجهه ولا يبالغ في حالة الدفاع عن النفس . وقد نصت المادة (٦٣) من قانون العقوبات العراقي على انه : " لا يسأل جزائياً من ارتكب جريمة ألجأته إليها ضرورة وقاية نفسه او غيره او ماله او مال غيره من خطر جسيم محدق لم يتسبب هو فيه عمداً ولم يكن في قدرته منعه بوسيلة أخرى وبشرط أن يكون الفعل المكون للجريمة متناسباً والخطر المراد اتقاؤه والا يعد في حال ضرورة من اوجب القانون عليه مواجهة ذلك الخطر "[٣] ، فوقوع الخطر هو المبرر لان يقوم الشخص بارتكاب فعل ما ومخالف لغرض دفع خطر يحدق به .

أو قد يجد الشخص انه من الافضل الحفاظ على شخص معين فيقوم بإجراء معين بغية الحفاظ على حياته ومستقبله ، وهذا ما نجده عند بعض الافراد الذين يقومون بتزويج فتياتهن بغية الحفاظ عليهن من مخاطر الحياة التي تواجهها او بسبب الفقر الذي يعيشه بعض الافراد ولا سيما في مناطق القرى والارياف وهو موضوع بحثنا .

يفهم فيما اعلاه ان الضرورة تعد من الامور الاجتهادية فقد تخص جماعة من الناس ، او تتعلق بخصوصيات الافراد ، وحكمها في الشريعة الاسلامية يأتي من قاعدة " الضرورات تبيح المحظورات " اي اباحة الفعل عندما يكون الشخص مضطراً لارتكاب هذا الفعل او الجريمة [٤] .

---

[١] د. ابراهيم أحمد الياس ، "حالة الضرورة واثرها على المسؤولية الجنائية في القانون الدولي الجنائي"، المجلة المصرية للقانون الدولي ، العدد ٧٣، ٢٠١٧، ص٤٨١ .

[٢] ينظر للمادة (٢١٢) من القانون المدني العراقي .

[٣] المادة (٦٣) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ .

[٤] اما موقف القوانين الوضعية فيتفق في بعض الاحيان مع الشريعة الاسلامية بخصوص ذلك ، سمير سعيد محمد حسين ، الاكراه وحالة الضرورة (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الوضعي ، مجلة كلية الشريعة والقانون بتفهنا الاشراف – دقلهية ، العدد (٢٥)، الاصدار الثاني ، ج٣، ٢٠٢٢ ، ص٢٥٦٥ .

المبحث الثاني: الاساس الشرعي والقانوني لسلطـــة القاضـــي في تزويـــج القاصر وضوابط تلك السلطة

The second topic: The legitimate and legal basis for the judge's authority to marry The minor and the controls of that authority

زواج القاصر ظاهرة اجتماعية تترتب عليه نتائج سلبية خصوصاً على الفتيات، وقد ينجم عن هذا الزواج مخاطر تصيب القاصر خاصة نتيجة مسؤوليات الزواج الملقاة على عاتقه ، وغالباً ما ينتشر هذا الزواج في المناطق الريفيّة ، ولكن نسبة هذا الزواج تختلف من بلد لآخر، فمصر واليمن يتصدران ذلك ، كما وتسجل محاكم العراق الكثير من حالات طلب تزويج القاصر فضلاً عن العقود التي تبرم خارج المحكمة ويكون احد الزوجين أو كلاهما قاصراً بسبب الفقر والبطالة اللذين يدفعان الاهالي إلى تزويج بناتهم مقابل مكاسب أو مصالح مادية، وقد يكون الجهل سبباً أخر لموافقة الولي على هذا الزواج على اعتبار أنّه ستر للفتى وللفتاة مهما بلغ عمرهما .

وعليه سوف نقسم المبحث الى مطلبين نوضح في الاول منه الاساس الشرعي لسلطة القاضي في تزويج القاصرات ، اما الثاني فنبين فيه الاساس القانوني لسلطة القاضي في تزويج القاصر .

المطلب الاول: الاساس الشرعي لسلطة القاضي في تزويج القاصر

The first requirement: The legal basis of the judge's authority to marry a minor

للزواج شروط متعلقة بالانعقاد والتي من بينها شروط خاصة بالعاقدين ، حيث يشترط ان يكونا اهلاً للعقد ، والاهلية تتحقق بالعقل والتمييز في سن السابعة ، فإن كان احدهما دون السابعة أو كان مجنوناً فلا يؤخذ بكلامه ويكون عقده باطلاً ، اما شروط نفاذ عقد الزواج فمن بينها كمال اهلية كلا الزوجين ، اما اذا باشر العقد ناقص الاهلية (كالصغير ، والصغير المميز ، والمعتوه) فتصرفه يكون موقوفاً على اجازة وليه، فان وافق كان العقد نافذاً ، وان رفض بطل العقد ، وفي حال تولاه (المجنون أو الصغير غير المميز) يكون العقد باطلاً [١] .

الا ان ظاهرة تزويج القاصر الذي هو دون سن البلوغ وان كانت موجودة سابقاً ، وخاصة في القرى والارياف ، الا انها بدأت تنتشر في مجتمعنا ووصلت الى المدن ، ولعل من اسباب انتشار هذه الظاهرة ما ترجع للأسباب الاقتصادية تتمثل الى تخفيف العبء المالي الذي تمثله الفتاة على اهلها ، او لغرض تحسين وضعهم الاقتصادي من خلال الانتفاع من المهور المقدمة للفتاة لبعض العوائل ، والسبب الاخر يعود لاسباب اجتماعية تكمن من خلال العادات والتقاليد الموروثة لبعض العوائل في تزويج الفتى والفتاة في سن مبكر ، وقد يكون السبب لغرض الحفاظ على الفتى والفتاة في الوقوع في الفساد [٢]

---

[١] د. نظام الدين عبد الحميد ، احكام الاسرة في الفقه الاسلامي المقارن ، دار المناهج ، ط١، ٢٠١١، ص٣٦-٥٣

[٢] بزاهيمي ليدية ، ظاهرة زواج القصر اية حماية ، دراسة مقارنة في ظل التشريع الجزائري والمغربي ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، الجزائر ، مجلد (١٥) ، العدد (١) ، ٢٠٢٢ ، ص١٧٠٥ .

هذا ويلاحظ ان ظاهرة زواج القاصر لم تقتصر على الاقضية والنواحي وانما وجدت ايضا في المدينة وقد يعزى ذلك بسبب التطور الحاصل والسريع من خلال مواقع التواصل الاجتماعي ومما ينشر فيه من امور تخرج على سيطرة الابوين وصعوبة استيعاب الفتى والفتاة وابعادهم عن مساوء هذه المواقع مما قد يدفع الابناء الى تزويج ابناءهم الصغار بغية الحفاظ عليهم .

لغرض بيان الاساس الشرعي ورأي الفقهاء من زواج القاصر لابد قبل ان نبين في بادئ الامر ما المقصود بالقاصر وعليه سنقسم المطلب الى ثلاث فروع نتناول في الاول منه الى تعريف القاصر وبيان مضمونه اما في الثاني منه فنخصصه لذكر الادلة الشرعية لزواج القاصر ، اما الاخير فنوضح فيه موقف الفقهاء من الاساس الشرعي في تزويج القاصر .

الفرع الاول: تعـــريف القـــاصـــرFirst branch: Definition of minor

القاصر لغة يعني الصغير من صغر صغراً : قل حجمه او عمره فهو صغير، والجمع صغار ، واما في الاصطلاح يعرف القاصر (الصغير) بأنه ، (وصف يلحق بالإنسان منذ مولده الى بلوغه الحلم) [١] ، وعرفه الفقهاء بأنه كل شخص عجز عن ادراك حقيقة اي شيء ، ومن ثم عدم قيامه بالتصرفات الشرعية المسموحة له [٢] .

أما في القانون العراقي، فلم يرد تعريف للقاصر لكنه تضمن في قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ الاشخاص الذين يعدون قاصرين في المادة (٣) ثانياً على انه (يقصد بالقاصر لأغراض هذا القانون الصغير والجنين ومن تقرر المحكمة انه ناقص الاهلية او فاقدها والغائب والمفقود، الا اذا دلت القرينة على خلاف ذلك) ، وقد استثنى القانون حالات للصغير بأن يصح زواجه من خلال اخذ اذن المحكمة ، فالقاصر من لم يبلغ السن القانوني المخصص للزواج ولكن يمنح له حق الزواج بناءاً على طلب يقدمه للقاضي ويعد بعد ابرام زواجه من قبل القاضي كامل الاهلية ، هذا ما اوضحته المادة (٣/ أولاً/أ) من قانون رعاية القاصرين والتي تنص على ، يسري قانون رعاية القاصرين على (الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد وهو تمام الثامنة عشرة من العمر، ويعد من اكمل الخامسة عشرة وتزوج بإذن من المحكمة كامل الاهلية) .

ولم يرد في القانون المصري تعريف للقاصر ايضاً ، الا ان والصغير في القانون المصري هو كل شخص لم يبلغ سن الرشد ، وسن الرشد في القانون المصري هو (٢١) سنة بموجب المادة (٤٤) الفقرة الثانية من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ .

وعليه يتضح لنا فيما تقدم اعلاه ان القاصر هو كل شخص لم يبلغ سن الرشد، وبالتالي لا يستطيع ابرام جميع التصرفات الا بموافقة الولي أو الوصي ولا بد من تدخل القاضي لابرام العقد .

---

[١] الموسوعة الفقهية الكويتية ، ج٢٧ ، المصدر السابق، ص٢٠ .

[٢] زينة حسين علوان ، الحماية المدنية للقاصر ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، ط١، القاهرة ، ٢٠٢١، ص٦٦.

الفرع الثاني: الادلة الشرعية في زواج القاصر

Second section: Legal evidence for the marriage of a minor

الصغير ذكراً كان ام انثى له الحق في الزواج بشرط ان لا يباشر العقد بنفسه بل يتولى ذلك ولي الصغير الذي يتصور منه بالإساس الموافقة على الزواج ، والادلة على جواز زواج القاصر مذكورة في القران الكريم والسنة النبوية .

ففي القران الكريم، قال تعالى في محكم كتابه الكريم "وَابْتَلُواْ الْيَتَامَى حَتَّىَ إِذَا بَلَغُواْ النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُواْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ"[١]، فالآية الكريمة في معنى (بلغوا النكاح) أي بلوغ الحلم[٢]، المراد به هو الصلاحية والرخصة لكلا الطرفين للزواج وتحمل مسؤولية هذه الرابطة .

هذا وقد قال جمهور من العلماء " البلوغ في الغلام تارة يكون بالحلم[٣] .

وقال تعالى " وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَۚ وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّۚ وَمَن يَتَّقِ ٱللَّهَ يَجۡعَل لَّهُۥ مِنۡ أَمۡرِهِۦ يُسۡرٗا "[٤] .

الاية الكريمة تدل ان الله سبحانه وتعالى قرر للاتي لم يحضن (وهنَّ الصغيرات) زواجاً وطلاقًا وعدة .، فهنا دليل واضح على جواز تزويج الصغيرة قبل بلوغها، لأنَّها من ضمن اللواتي لا يحضن .[٥]

اما في السنة النبوية الشريفة : فقد روي عن أبو هريرة (رضي الله عنه) عن النبي (صلى الله عليه وسلم) أنه قال : " لا تنكح البكر حتى تستأذن ولا الثيب حتى تستأمر"[٦]. الحديث يدل على وجوب اخذ الاذن بالزواج .

الفرع الثالث: موقف الفقهاء من الاساس الشرعي في تزويج القاصر

Section Three: The position of jurists on the legal basis for marrying a minor

لا يوجد في الفقه الاسلامي تحديد سن للزواج ، فأحكامه تنص ان الشخص يبلغ عند البلوغ الجنسي فعلاً او تقديراً بسن (الخامسة عشر) بخلاف قانون الاحوال الشخصية الذي حدد سن الرشد (١٨) سنة ، مع اجازة الزواج لمن بلغ سن الخامسة عشر من الذكور ، وسن الثالثة عشرة للاناث ، وبتقديمه الطلب وبموافقة القاضي[٧] .

هذا وقد اختلفت اراء الفقهاء في تزويج الصغير المميز بين بطلان العقد وبين كونه موقوف على اجازة الولي .

---

(١) سورة النساء ، الاية (٦) .

(٢) تفسير الطبري ، المجلد الثاني ، مؤسسة الرسالة للنشر والتوزيع ، بيروت ،ط١، ١٩٩٤، ص٣٩٥ .

(٣) الحافظ ابي الفداء اسماعيل بن عمر الدمشقي، تفسير القران العظيم ، ج٢، ط١، دار طيبة للنشر والتوزيع ، الرياض، ١٩٩٧،ص٢١٥ .

(٤) سورة الطلاق الاية (٤) .

(٥) ابي عبد الله محمد القرطبي ، الجامع لأحكام القران ، ج٢١، مؤسسة الرسالة ، بيروت، ط١، ٢٠٠٦، ص٥١ .

(٦) محمد بن صالح العثيمن ،شرح صحيح البخاري ، ج٩، حديث (٦٩٦٨) ، كتاب الحيل – باب النكاح ، المكتبة الاسلامية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ط١، ٢٠٠٨، ص٣٩١ .

(٧) د. مصطفى السباعي ، المرأة بين الفقه والقانون ، مطبعة جامعة دمشق ، ط١، دمشق ، ١٩٦٢ ،ص ٥٩ .

القول الاول ، وهو ما ذهب اليه فقهاء الحنفية ، والرأي الغالب لفقهاء المالكية ، والحنابلة ، ان الصغير المميز اذا باشر عقد الزواج بإذن وليه فأن العقد يعدُ صحيحاً ، اما اذا لم يأخذ اذن الولي فيعد في هذه الحالة العقد موقوف على اجازة الولي ، فان اجازه عد صحيحاً اما اذا كان خلاف ذلك فيعد العقد باطلاً [١] .

القول الثاني ، ما ذهب اليه الشافعية ، وبعض المالكية ، والحنابلة في رواية اخرى من القول ببطلان عقد الصغير المميز ، سواء تعلق الامر بالزواج ام غيرها من العقود في جميع التصرفات (النافعة والضارة والدائرة بين النفع والضرر) وسواء اذن الولي ام لم يأذن لعدم الاهلية [٢].

مما تقدم يتضح ان زواج القاصر الذي بلغ سناً معينة كأساس هو صحيح ، ولكن ونظراً لعدم اكتمال اهليته ونقص خبراته جعل زواجه موقوفاً على ارادة غيره سواء كان هذا الغير هو الولي أو القاضي ، ولهذا ذهب فقهاء الشافعية الى ان اركان عقد الزواج هي خمسة " الصيغة ، والزوجة ، وشاهدان ، وزج ، وولي ، اما فقهاء المالكية فإركان العقد عندهم " الولي والصداق والمحل والصيغة ، اما الحنابلة اركان عقد الزواج ثلاثة "الزوجان ، والايجاب ، والقبول" ، اما فقهاء الحنفية ان عقد الزواج يتحقق بتوفر ركنين فقط وهما الايجاب والقبول دون حاجة لولي [٣]

ويلاحظ ان النص الخاص بالولي هو عام عند بعض الفقهاء فوجود الولي لديهم ركن من اركان الزواج وان كانت الزوجة بالغة ، والامر المتفق في حال صغر سن احدهم وجوب وجود الولي لغرض ابرام العقد وبدونه لا يتم الزواج .

المطلب الثاني: الاساس القانوني لسلطة القاضي في تزويج القاصر والاثار المترتبة عليه

The second requirement: The legal basis of the judge's authority to marry a minor and the consequences thereof

يكمن دور القاضي في اجازة الصبي بالزواج بأنه يعد بمثابة كامل الاهلية ومن يضمن التزامه بكل الاثار التي تنتج عن الزواج من حيث الحقوق والواجبات ، وسوف نقسم المطلب الى فرعين نوضح في الاول منه ، الاساس القانوني لسطلة القاضي في تزويج القاصر ، وفي الثاني نبين الاثار المترتبة على تزويج القاصر .

---

[١] الامام علاء الدين ابي بر الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج٢،ط٢،دار الكتب العلمية ، بيروت ،١٩٨٦، ص٢٤١ ، ص٢١٢، ود. محمد احمد سراج ود. علي جمعة ، الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية ، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، ج١، ط٢، مصر ،٢٠٠٩ ،ص١٣٥ ، كتاب الانصاف ، ج٨،ص٥٢-٥٧ ، ود. المغاوي عبد الرحمن الفقي ، تحديد السن في الزواج (دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي) ، مكتبة الوفاء القانونية ، ط١، الاسكندرية، ٢٠١٧، ص٣٦ .

[٢] الامام ابي زكريا يحيى النووي ، حاشيتي قيلوبي وعميرة ، ج٣،ط٣، ١٩٥٦ ،مصر،ص٢٣٥، وابن همام ، شرح فتح القدير ، ج٣،ص٢٧٤ .

[٣] د. محمد خضر قادر ، دور الارادة في احكام الزواج والطلاق والوصية (دراسة فقهية مقارنة) ، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع ، عمان –الاردن ، ٢٠١٠، ص١٢٠ وما بعدها .

الفرع الاول: الاساس القانوني لسلطة القاضي في تزويج القاصر

First branch:The legal basis for the judge's authority to marry a minor

ان سلطة القاضي تعني النشاط الذهني في فهم الواقعة المعروضة عليه، واستنباط العناصر لغرض حل الموضوع المطروح امامه باستخدام ادلة الاثبات ، فإصدار قراره يكمن بعد اكتمال قناعته الشخصية في حين هنالك رأي اخر يرى بأن اجتهاد القاي يتبلور بالتفكير المنطقي والوجداني بالاخص في الامور المتعلقة في مسائل الاحوال الشخصية من زواج وطلاق [١] .

وبذلك فأن سلطته في تزويج القاصر تستخدم من نص المشرع العراقي على تحديد سن الرشد ، وهو السن القانوني الذي حدد في المادة (١٠٦) من القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥٠ المعدل (سن الرشد هي ثماني عشر سنة كاملة) والمادة (٩٣) التي تضمنت (ان كل شخص اهلا للتعاقد مالم يقرر القانون عدم اهليته او يحد منها) ويعد (الصغير المأذون في التصرفات تحت الاذن بمنزلة البالغ سن الرشد) ، وهذا ما جاء في نص المادة (٩٩) .

نصت المادة (٩٨) من القانون المدني العراقي على انه : " للولي وبترخيص من المحكمة ان يسلم للصغير المميز اذا اكمل الخامسة عشر من العمر مقدارا من ماله ويأذنه بالتجارة ويكون الاذن مطلقا وليس مقيدا "

هذا وان كان من شروط الزواج المبينة في قانون الاحوال الشخصية العراقي هو تمام الاهلية والمتمثلة بالعقل والسن القانوني (١٨) سنة ، الا ان نص المادة (٨) الفقرتين الاولى قد اوضحت على انه (إذا طلب من أكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج، فللقاضي أن يأذن به، إذا ثبت له أهليته وقابليته البدنية، بعد موافقة وليه الشرعي، فإذا أمتنع الولي طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحددها له، فإن لم يعترض أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار أذن القاضي بالزواج) [٢] .

يتضح من نص المادة اعلاه ان هنالك استثناء على المادة (٧) والمتمثل بالاتي :

١- ان تتوفر مصلحة لهذا الزواج فبدونها لا يتحقق .
٢- ان تتوفر اهلية التصرف الدائرة بين النفع والضرر بموافقة الولي فضلاً عن القابلية البدنية .
٣- اذن ولي من اكمل خمسة عشر من عمره والذي يروم الزواج .
٤- ان يمنح القاضي بعد توفر الشروط اعلاه الموافقة ، وهذا يكون وفق صلاحيته وتقديره للحالة [٣]

اما الفقرة الثانية من المادة (٨) فقد بينت على انه (للقاضي أن يأذن بزواج من بلغ الخامسة عشرة من العمر إذا وجد ضرورة قصوى تدعو إلى ذلك ويشترط لإعطاء

---

[١] حسين رجب محمد مخلف ، السلطة التقديرية للقاضي في قانون المرافعات المدنية وقانون الاثبات ، بحث منشور في مجلة التقني / المجلد ٢٦/ العدد ٦ ، ٢٠١٣ ، ص٨٩ .

[٢] المادة (٨) الفقرة (١) من قانون الاحوال الشخصية العراقي .

[٣] د. عصمت عبد المجيد بكر ، الاحكام القانونية لرعاية القاصرين ، المكتبة الوطنية ، بغداد ، ١٩٨٩،ص٤١ ، وحسين رجب محمد مخلف ، السلطة التقديرية للقاضي في قانون المرافعات المدنية وقانون الاثبات ، بحث منشور في مجلة التقني / المجلد ٢٦/ العدد ٦ ، ٢٠١٣ ، ص٨٩ .

الإذن تحقق البلوغ الشرعي والقابلية البدنية)[١] ، من نص المادة اعلاه يتضح انه لا بد من وجود الضرورة للزواج بغية الحفاظ على النفس وعدم الوقوع في المعصية ، ولكن بشرط البلوغ والقدرة على تحمل تبعات الزواج من مسؤولية ومتطلبات الحياة

بالاستناد لما تقدم يتضح انه لغرض تمام زواج القاصر لابد ان يكون الصغير قد اكمل (١٥) من عمره ، وان يقدم طلباً للقاضي بذلك ، وللقاضي ان يأذن له اذا ثبت من اهليته وقدرته على تحمل المسؤولية ، ويتطلب موافقة الولي فإذا رفض الولي تزويج القاصر باتخاذه موقف سلبياً ، فقد يكون رفضه لاسباب واقعية فاذا كانت غير ذلك يمنحه القاضي مدة معقولة (اسبوعاً) لكي يبن اسبابه للرفض ، فاذا وافق تم الزواج واذا رفض بصدد عرقلة اتمام العقد ففي هذه الحالة يكون اذن القاضي كافياً لاتمام عقد الزواج ، هنا انتقلت الولاية للقاضي في حال رفض الولي لتزويج القاصر لاسباب غير معقولة [٢] .

اما الاستثناء الثاني من شرط البلوغ فيشتمل ممن بلغ الخامسة عشر اي اتم الرابعة عشر فهنا يجوز للقاضي ان يأذن بزواجه بعد التأكد من اهليته وقابليته البدنية . الا انه يشترط ان تكون الضرورة متوفرة ولا سبيل الا بها لكي يقوم القاضي بإعطاء الاذن بزواج القاصر ولا بديل للقاصر الا بالزواج بمعنى ان يتوفر عذر لهذا الزواج وهنا يكون على عاتق القاضي التأكد من توفر الاسباب الجدية وذلك من خلال اهل التخصص في المجال الطبي او الفني [٣].

هذا وقد منح المشرع العراقي الاهلية الكاملة للقاصر، والذي اخذ الاذن بالزواج بالرغم من عدم اكماله السن القانوني بموجب احكام المادة (٣) اولا من قانون رعاية القاصرين (يعتبر من اكمل الخامسة عشرة وتزوج بإذن من المحكمة كامل الاهلية) ، وان هذا الاذن ليس مقصور بعقد الزواج وما ينشأ عنه فالنص اعلاه لم يقيد مستحقه بالزواج فحسب .

ولكي يتحقق ذلك لا بد من توافر شرطان وهما بلوغ سن (١٥) سنة وثبته المشرع تحت مسمى الاهلية القانونية وموافقة القاضي بعد التاكد من القابلية البدنية ، فاذا لم يتحقق الشرطان او لم يجد احدهما [٤] فلا يجوز للقاضي ان ياذن بزواج القاصر .

فإذا اتم الصغير الرابعة عشرة من العمر اي بلغ سن الخامسة عشر من العمر وتوافرت حالة الضرورة فعندئذ يجوز للقاضي ان يأذن بإتمام ذلك الزواج بعد التأكد من توافر الشرطين السابقين ، وعندئذ يعتبر القاصر ايضاً بحكم كاملة الاهلية ويترتب عليه واجبات تجاه زوجه ، اما اذا لم يبلغ سن الخامسة عشر من العمر فأن القاضي لا يحق له ان يأذن بزواج ذلك القاصر ذكرا كان ام انثى ، ويكون ولي الفتاة الجبري هو ابيها[٥].

---

[١] المادة (٨) الفقرة (٢) من قانون الاحوال الشخصية العراقي .

[٢] القاضي محمد حسن كشكول والقاضي عباس السعدي ، شرح قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته ، المكتبة القانونية ، بغداد، بدون سنة نشر ، ص٦٢ وما بعدها .

[٣] بزاهيمي ليدية ، المصدر السابق ، ص ١٧١١ .

[٤] القاضي اكرم زاده الكوردي ، "احكام القاصر المأذون والمتزوج في القانون العراقي والمصري " ، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية ، المجلد (١٣) ، العدد (١) ، ٢٠٢٠، ص٢٧ .

[٥] هذا ما اكده قرار محكمة التمييز العراقية، انه اذا كانت الزوجة قد جرى عقد زواجها من الزوج بأذن المحكمة بعد اكمالها سن الخامسة عشر من العمر فأنها تعد كامل الاهلية ، وتسطيع مباشرة جميع الحقوق ، اما اذا تزوجت بأذن المحكمة دون

وعند بحثنا في القوانين العربية لاحظنا ان قانون الاحوال الشخصية الاردني يمنح الاذن بالزواج لمن اتم (١٨) عشر من عمر كما هو الحال في القانون العراقي الا انه ولحالات خاصة اذن الزواج تحت هذا السن وهو سن (١٦) عشر من العمر فقد نصت المادة (١٠) من قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم (١٥) لسنة ٢٠١٩ " يجوز للقاضي وبموافقة قاضي القضاة وبعد التحقق من توافر الرضا والاختبار ان يأذن في حالات خاصة بزواج من اكمل السادسة عشر سنة شمسية من عمره وفقاً لتعليمات يصدرها لهذه الغاية اذا كان في زواجه ضرورة تقتضيها المصلحة ويكتسب من تزوج وفق ذلك اهلية كاملة " كما ونصت المادة (١١) على انه " يمنع اجراء العقد على امرأة اذا كان خاطبها يكبرها باكثر من عشرين سنة الا بعد ان يتحقق القاضي من رضاها واختيارها " [١].

والملاحظ ان المادة اعلاه قد وضعت قيود لزواج القاصر من حيث ان الخاطب يجب ان لا يكون اكبر من المخطوبة بعشرين سنة فأن تحقق فرق العمر فعلى القاضي التحقق من رضا القاصر ومصلحتها من الزواج [٢]، وهذا النص لا يوجد في قانون الاحوال الشخصية العراقي وحبذا ان يأخذ به المشرع العراقي أو ترد تعليمات بخصوص ذلك .

وقد وردت تعليمات منح الاذن بالزواج في قانون الاحوال الشخصية الاردني للفئة العمرية (١٥-١٨) رقم ٥٤٧٢ في ٢٠١٧/٧/١٦ ، فقد ورد في التعليمات بخصوص صلاحية القاضي بالإذن بزواج القاصر.

فقد ورد في المادة (٤) من التعليمات المشار اليها اعلاه على شروط منح الاذن بالزواج حيث تضمنت فيها " يجب على المحكمة مراعاة ما يلي للمخطوبة وفقاً لغايات منح الاذن بالزواج: ١ - أن يكون الخاطب كفؤا ٢ -أن يتحقق القاضي من الرضا ٣ -أن تتحقق المحكمة من الضرورة التي تقتضيها المصلحة وما تتضمنه من تحقيق منفعة أو درء مفسدة وبما تراه مناسبا ٤ -أن لا يتجاوز فارق السن بين الطرفين الخمسة عشر عاماً ٥- ان لا يكون الخاطب متزوجا ٦ – ان لا يكون الزواج سبب في الانقطاع عن التعليم المدرسي. ٧-إثبات مقدرة الخاطب على الانفاق ودفع المهر وتهيئة بيت الزوجية. ٨ -إبراز وثيقة الفحص الطبي المعتمد " [٣].

الخامسة عشر من العمر فلا تستطيع اقامة الدعوى الا من خلال وليها الجبري ، وقد جاء في القرار " لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلاً ، ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لاحكام الشرع والقانون ذلك ان الزوجة حين عقد زواجها لم تكتمل الخامسة عشر من عمرها ، وان الزوجة في هذه الدعوى من مواليد ٢٠٠١ وعقدها كان بتاريخ ٢٠١٥/٢/١١ ، وبذلك لم تكمل الخامسة عشر من العمر ، وعليه فأن اقامة الدعوى من والدها كونه ولي جبري له سند قانوني وان المحكمة لم تلتزم بوجهة النظر المتقدمة الامر الذي اخل بصحة حكمها المميز ، لذا قرر نقضه واعادة الدعوى الى المحكمة ، وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠ ذي الحجة / ١٤٣٧ الموافق ٢٠١٦/٩/٢١ . القاضي قاسم فخري الربيعي ، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية قسم الاحوال الشخصية ، ج٢، ط١، دار الكتب والوثائق، بغداد، ٢٠١٩، ص١٤ وما بعدها .

[١] المادتين (١٠ و١١) من قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم ١٥ لسنة ٢٠١٩ المعدل .

[٢] د. احمد علي جردات ، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية وفق اخر التعديلات (الزواج والطلاق) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط٣، عمان ،٢٠٢٢، ص٦٨ .

[٣] تعليمات منح الاذن بالزواج رقم ٥٤٧٢ في ٢٠١٧/٧/١٦ لقانون الاحوال الشخصية الاردني .

فنلاحظ ان التعليمات اعلاه مفصلة وموضحة والجديد فيها والذي لا يوجد في قانون الاحوال الشخصية العراقي ولا في أي تعليمات بخصوص فارق العمر ، والذي حدد في تعليمات قانون الاحوال الشخصية الاردني ان لا يكون لا يتجاوز الفارق ١٥ سنة لكلا الطرفين ، فضلا عن ان لا يؤثر زواج القاصر على التعليم وهذا ما نؤيده وبقوة وحبذا ان يذكر ذلك في قانون الاحوال الشخصية العراقي او من خلال اصدار تعليمات بهذا الموضوع كون ذلك يحافظ على انتشار العلم والحد من الجهل وعدم التعلم ، وكذلك ورد في التعليمات ان لا يكون الخاطب متزوجاً ناهيك عن شرط الكفاءة .

الفرع الثاني: الاثار المترتبة على الاذن بزواج القاصر

Second section: The dusty effects on permission to marry a minor

ان الاثار المترتبة على الاذن بزواج القاصر تكون اما اثار خاصة وهي تكون اما ايجابية أو سلبية، واثار عامة وهذا ما نوضحه في فقرتين .

أولاً / الاثار الخاصة المترتبة على زواج القاصر :

ان اجازة الصبي بالزواج من قبل القاضي يترتب عليه انه يكون بمثابة من اكمل سن البلوغ فيما يضمن من اثار تنتج عنه لهذا الزواج من حيث الحقوق والواجبات .

ولعل ابرز الاثار الايجابية : تكمن من خلال ضمان تحقق الاستقرار النفسي للشباب والشعور بالاطمئنان ، فضلاً عن تجنبهم في الوقوع بالرذيلة والسلوك الغير اخلاقي في مرحلة المراهقة .

اما الاثار السلبية من الممكن ايجازها في الاتي :-

أ-ان زواج القاصرين قد يؤدي الى اثار اجتماعية منها الحرمان من التعليم ،وعدم اكمال مرحلة الثانوية والجامعة مما قد يساهم الى تحقيق الجهل بالاخص للفتيات فقد يمنعهن ازواجهم من الدراسة بحجة مسؤولياتها في المسكن وكونها ام لاطفال [١].

ب- عدم نضج الطرفين في هذه المرحلة فقد يؤدي الى حدوث العديد من المشاكل منها نفسية اذ نرى اكثر الحالات العدوانية تحدث بسبب الزواج المبكر فقد يندفع احد الطرفين او كليهما الى ارتكاب العنف الاسري المتمثل بالتعنيف المبالغ فيه او ارتكاب الجرائم لكون الطرفين في مرحلة عدم الرشد الذهني .

ت- الزواج المبكر قد يؤدي لحدوث الطلاق لان كلا الطرفين (الزوج والزوجة) في هذه المرحلة يكونان غير ناضجين نفسياً [٢].

---

[١] بزاهيمي ليدية ، المصدر السابق ، ص١٧٠٦ .

[٢] د. ابراهيم رحماني ، "تزويج القاصرات في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي" ، مجلة البحوث العلمية والدراسات الاسلامية ، العدد التاسع، الجزائر، ٢٠٢١٥، ص٤٩٢ وما بعدها ، و د. ناجي سهم رسن ويوسف محمد عويض اثار الزواج المبكر للذكور في محافظة المثنى (دراسة في جغرافية السكان) ، مجلة واسط للعلوم الانسانية والاجتماعية ، ٢٠٢٠، ص٨٦ .

ثانياً / الاثار العامة لزواج القاصر :

١-النفقة والمهر /

ان القاصر المأذون له الحق بالزواج ويعد بحكم البالغ ويترتب على هذا الزواج حقوق وواجبات مناطة له فما يترتب على البالغ سن الرشد من احكام تكون ايضاً عليه ، من حيث وجوب انفاقه على زوجته .

ان النفقة تكون واجبة في الكتاب والسنة والإجماع وسنبين ذلك:-

في القران الكريم قال تعالى **" لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ "** [١].

اما في السنة النبوية : فروي أن رجلاً جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، "قال ما هو حق المرأة على الزوج؟ فقال صلى الله عليه وسلم يطعمها اذا طعم ويكسوها وان لا يهجرها إلا في البيت ولا يضربها ولا يقبحها"[٢].

الحديث يدل أن النفقة تكون واجبة على الزوجة ويتكفل بذلك بها من اطعام واكساء وغيرها .

وبخصوص النفقة في قانون الأحوال الشخصية العراقي فقد نصت المادة (٢٣) الفقرة -١- منها على أنه " تجب النفقة للزوجة على الزوج في حين العقد ولو كانت مقيمة في بيت أهلها الا إذا طالبها الزوج بالانتقال إلى بيته فامتنعت بغير حق " ، فالنفقة تكون واجبة على الزوج متى ما تم العقد [٣]، ونصت المادة (٢٤) الفقرة -٢- منها أن" النفقة تشمل الطعام والكسوة والسكن ولوازمها وأجرة التطبيب" فالمادة توضح ان عناصر النفقة المتضمنة بالطعام وتقدر استناداً الى حاجة الزوجة فإذا كانت تسكن في بيت الزوجية فلا يتم تقدير نفقة لها كون الزوج يتولى الإنفاق ، أما بخلافه فيمكن لها ان تقدر النفقة لتنفق لنفسها ، وأما الكسوة فيعتمد على قدرة الزوج ، وبخصوص السكن فيجب أن يكون ملائماً ووفقاً للشروط ، أما اجرة التطبيب فالفقهاء اختلفوا على وجوبه على الزوج فالحنفية والأمامية اوضحوا أنها لا تكون واجبة على عاتق الزوج ، وأما الخدمة فتعتمد على حالة الزوجة عندما كانت في بيت اهلها [٤].

اما المهر فالدليل لوجوبه في القرآن الكريم، قوله تعالى: **"وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً "** [٥]، فالآية الكريمة تدل على وجوب دفع المهر للزوجة، فيجوز كثرة المهر للمرأة [٦] ، واما السنة النبوية المطهرة ما رواه البخاري عن

---

[١] سورة الطلاق، الآية (٧).

[٢] مسند احمد بن حنبل ، حديث حكيم البهزي، ج٣٣، ط١، مؤسسة الرسالة، بيروت، رقم الحديث ٢٠٠١٣، ١٩٩٩، ص٢١٧.

[٣] القاضي عدنان زيدان العنبكي، شرح قانون الأحوال الشخصية ، دار السنهوري، بيروت، ٢٠٢١ ، ص٤٤ .

[٤] الشيخ ابي البركات عبد الله بن احمد بن محمود والشيخ زين الدين الشهير بأبي نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، ج٤، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧،ص٢٩٣ ، و د.أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح الاحوال الشخصية وتعديلاته،ج١، بيروت، ٢٠١٥.، ص١٠٠-١٠٣.

[٥] سورة النساء، الآية (٤).

[٦] الأمام أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج٩، دار الكتب العلمية، بيروت،١٩٨٩،ص٢٥٥.

سفيان، عن ابي حازم، عن، سهل أبن سعد : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لرجل: "تزوج ولو بخاتم من حديد"[١].

ووجه الدلالة ان الحديث يدل على وجوب دفع المهر عند الزواج ولو بأبسطها .

اما في قانون الأحوال الشخصية العراقي فقد تطرق إلى المهر واحكامه بشكل يسير [٢]، وقد حصرت مواده من المادة (١٩-٢٢) [٣] .

يتضح فيما اعلاه على استحقاق الزوجة للنفقة والمهر في القران الكريم والسنة النبوية ، وفي القانون العراقي وان القانون قد حدد النفقة والمهر لكاملي الاهلية او القاصر الذي اخذ الاذن بالزواج فالنص عام ومطلق يشمل البالغ سن الرشد و البالغ سن الخامسة عشر من عمر واخذ موافقة القاضي لأنه بهذه الموافقة يعد بحكم كامل الاهلية .

٢- الاثار المترتبة من انهاء الرابطة الزوجية (الطلاق)

يعد الصغير الذي لم يتم سن الرشد قاصراً ، وبزواجه بإذن القاضي يصبح كامل الاهلية كما مبين في نص المادة (٣) اولاً من قانون رعاية القاصرين العراقي ، (الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد وهو تمام الثامنة عشرة من العمر، ويعد من اكمل الخامسة عشرة وتزوج بإذن من المحكمة كامل الاهلية) ، ويلاحظ ان نص المادة جاء بصورة شاملة اي كل من بلغ او اكمل الخامسة عشر من عمره ويروم بالزواج واخذ اذن المحكمة بذلك فيعد بمثابة كامل الاهلية في التصرفات القانونية والتي من ضمنها عقد الزواج والالتزامات التي تنشأ .

ولكن القانون لم يتطرق في حال حدوث التفريق فهل يعد القاصر هنا ناقص الاهلية ام يبقى كامل الاهلية .

فقد ثار خلاف حول مسالة انتهاء الرابطة الزوجية للصبي المأذون بالزواج فمنهم من اوضح انه بمجرد الطلاق يرجع الطرفين ناقصا للأهلية لان الاذن منح للزواج وبأنتهاءه يكون الطرفين ناقصين للأهلية ، اما الاتجاه الاخر فبين بعض الباحثين انه بغية استقرار المعاملات ففي حالة التفريق انه من الضروري ان يبقى الشخص كامل الاهلية في المسائل المتعلقة في الزواج واثاره دون التصرفات القانونية كافة فيعد قاصراً كالقضايا المالية والتجارية ، وكانت محكمة التمييز العراقية في قرار سابق لها قد اخذت بهذا الاتجاه ، (اعتبار من اكمل الخامسة عشر من عمره وتزوج بأذن المحكمة كامل الاهلية في مسائل الاحوال الشخصية لا الحقوق المالية) ، كما ايد مجلس شورى الدولة ذلك بقرارها ذي العدد (٢٠٠٥/٢٤) في ٢٠٠٥/٦/٨ ، وقد عدلت محكمة التمييز في قرار لاحق لها وجاء في قرارها (تصح خصومة من اكمل الخامسة عشر من العمر

---

[١] رواه البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب المهر بالعروض وخاتم من حيد، المصدر السابق، رقم الحديث ٥١٥٠، ص٩٤٨-٩٤٩.

[٢] د. نيكل محمود سلوم الجبوري، القضايا المالية المتعلقة بالرابطة الزوجية دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون،ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٢٢، ص٥٠ .

[٣] ينظر : المواد من (١٩-٢٢) من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

وتزوج بإذن المحكمة باعتباره كامل الاهلية) فالتفسير في هذا القرار بأن التصرفات تشمل المالية وغير المالية لمن اتم الخامسة عشر من العمر [١] .

هذا ويعد سكوت المشرع العراقي بخصوص الصبي الذي يطلق زوجته كامل الاهلية ولا يعد ناقص الاهلية في جميع التصرفات ، وهذا ما نؤيده لأنه من غير المنطق الذي اخذ الاذن بالزواج يعد كامل الاهلية فعند طلاقه يعد ناقص الاهلية ، فضلاً ان ذلك يؤدي الى عرقلة المعاملات والى التقليل من الزواج المبكر الذي وان كانت هنالك سلبيات ، فان له إيجابيات ايضاً [٢] .

ولا بد ان نبين ان الوضع القانوني للمأذون بالزواج يختلف عن الوضع القانوني للمأذون بالتجارة ، فالأخير يأذن له بالتجارة تجربة له كما مبين في نص المادة (٩٨) اولاً من القانون المدني العراقي والتي تنص (للولي بترخيص من المحكمة ان يسلم الصغير المميز اذا اكمل الخامسة عشرة مقداراً من ماله ويأذن له في التجارة تجربة له ، ويكون الاذن مطلقاً أو مقيداً) كما وعدت المادة (٩٩) من القانون المدني الصغير المأذون بمنزلة البالغ سن الرشد .

وعليه يتضح ان الصغير الذي اكمل الخامسة عشر وتزوج بإذن القاضي تعد اهليته كاملة من حيث التصرفات القانونية واذا طلق فأن اهليته لا تزول ولا يعد ناقص الاهلية بمجرد طلاقه، اما الصغير الذي يعطى له الاذن بالتجارة يعد بحكم بالغ سن الرشد في حدود التصرفات التي مسموحة بالإذن اي انه يتمتع بأهلية اداء ، وفي حال اخلاله بها يعد ناقص الاهلية [٣] .

مما تقدم فأن للزواج المبكر ايجابيات وسلبيات ، ولكن مع التقدم الحاصل من التواصل الاجتماعي والتطور التكنلوجي ، فلا بد من تأهيل الرجل والمرأة لغرض الزواج ليس فقط على من يبلغ الخامسة عشر من العمر بل حتى للشخص الذي بلغ سن البلوغ لكثرة حالات الطلاق وتشتت الاسرة ، فلا بد من وضع برامج توعوية للحفاظ على هذه الرابطة وعدم تشتت الاسرة والضحية الاولى والاخيرة هي الاطفال كونهم يدفعون ثمن لإخطاء الاب والام .

فحالات الطلاق بكثرة بالنسبة للبالغين فكيف الحال لمن يبلغ الخامسة عشر وهو في سن المراهقة .

الخاتمـــــة: Conclusion

بعد ان انهينا البحث في موضوع الغلط في الصفات الجوهرية واثره في عقد الزواج نبين اهم النتائج والتوصيات التي توصلنا اليها من خلال البحث :

اولا : النتائج : تتمثل نتائج البحث بالاتي :

---

[١] د. بيرك فارس الجبوري و فارس هاشم الجبوري ، "كمال الاهلية قبل البلوغ القانوني (دراسة مقارنة) " بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، ج٨، العدد الاول ، ٢٠١٩،ص44-٤٦ .

[٢] د. محمود صادقي و عبد الرزاق نور حميد ، اثار زواج القاصرات في الشريعة الاسلامية والقانون العراقي وحقوق الانسان ، مجلة الجامعة العراقية ، العدد (٦٣) ، ج٣، ٢٠٢٣، ص٧٦ وما بعدها .

[٣] د. عصمت عبد المجيد بكر ، المصدر السابق، ص٤٢ وما بعدها .

١- يعد من بلغ الخامسة عشر من العمر كامل الاهلية عند ابرامه عقد الزواج بإذن المحكمة .
٢- يتوجب على القاضي اعمال فكره لتوضيح الحالات التي تعد ضرورة ومن ثم منح الاذن بزواج القاصر.
٣- ان القاضي هو الشخص الوحيد الذي يحق له ان ياذن او يمنع القاصر من الزواج لان المشرع قد خصه بالسلطة لمراقبة ذلك الزواج وجعله موقوفا على ارادته .
٤- ان غموض النص القانوني وقصوره عن توضيح مفهوم حالة الضرورة يلزم القاضي بالتحري عنها والتثبت من وجودها حتى يكون قراره بالتزويج من عدمه سليما وغير قابل للطعن .
٥- زواج القاصر له اثار سلبية تكمن من خلال نشر الجهل وعدم التعلم بالأخص للنساء (الفتيات) فيجبرهن ازواجهن على ترك الدراسة ، كما لهذا الزواج ايجابيات تكمن من خلال تحقق الاستقرار النفسي للشباب وكذلك الشعور بالاطمئنان ، ناهيك عن تجنبهم في الوقوع السلوك الغير اخلاقي والرذيلة في مرحلة المراهقة .
٦- ليس من المنطق ان يكون الشخص كاملاً للأهلية وعند طلاقه يجد نفسه ناقصاً للأهلية.
٧- ان البعض يتحايل على القانون وبغية حصوله على الاهلية فأنه يرمي بالزواج في سن مبكر ، فيكون على عاتق القاضي التأكد من المصلحة لهذا الزواج وعدم التسرع في منح الاذن بالزواج الا للضرورة كون الزواج رابطة اجتماعية مهمة واعطاء الاذن للصغار من دون مراعات المعايير والاسباب قد يكثر من حالات الطلاق كون الفتى والفتاة في سن الخامسة عشر ، وان كانا كاملان جسدياً فأنهما غير كاملين عقلياً وفكرياً .

ثانياً : التوصيات

١- نقترح نشر دورات توعوية في جميع الكليات وكذلك منظمات المجتمع المدني توعي الفتيان والفتيات القاصرين عن بلوغ سن الخامسة عشر من العمر ، وكذلك البالغين الذين يرومون الزواج على كيفية المحافظة على الرابطة الزوجية والابتعاد عن العنف من الطرفين للحفاظ على الاطفال من التشتت في حال وقوع الطلاق .
٢- تأني القاضي في منح الاذن بالموافقة للزواج للقاصر الا بعد التأكد من المصلحة لهذا الزواج بغية تجنب حالات الطلاق التي تحدث للصغار .
٣- نوصي المشرع العراقي ان ينص صراحة انه في حال اذا تزوج الصغير بإذن القاضي فأن يعد كامل الاهلية وان حدث التفريق والطلاق فأن اهليته تبقى ولا يعد ناقصاً للأهلية .

المصادر : Sources

-القران الكريم

أولا: كتب التفسير

- ابي الفداء اسماعيل بن عمر الدمشقي، تفسير القران العظيم ، ج٢، ط١، دار طيبة للنشر والتوزيع ، الرياض، ١٩٩٧ .
- ابي عبد الله محمد القرطبي ، الجامع لأحكام القران ، ج٢١، مؤسسة الرسالة ، بيروت، ط١، ٢٠٠٦ .
- الطبري ، المجلد الثاني ، مؤسسة الرسالة للنشر والتوزيع ، بيروت ،ط١، ١٩٩٤ .

ثانياً : كتب الحديث :

١- احمد بن حنبل ، حديث حكيم البهزي، ج٣٣، ط١، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٩ .
٢- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج٩، دار الكتب العلمية، بيروت،١٩٨٩ .
٣- محمد بن صالح العثيمن ،شرح صحيح البخاري ، ج٩، المكتبة الاسلامية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ط١، ٢٠٠٨ .
٤- محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، نيل الاوطار ،شرح منتقى الاخبار من احاديث سيد الاخيار ،ج٨، مصر ، ١٩٧١ .

ثالثاً :معاجم اللغة العربية :

- أبن منظور، ابو الفضل جمال الدين محمد بان مكرم الافريقي المصري، لسان العرب، دار بيروت للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٦٨ .

رابعاً :الكتب الفقهية :

١- ابي البركات عبد الله بن احمد بن محمود والشيخ زين الدين الشهير بأبي نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، ج٤، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧ .
٢- ابي زكريا يحيى النووي ، حاشيتي قيلوبي وعميرة ، ج٣،ط٣ ، مصر ، ١٩٥٦ .
٣- ابي عبد الله محمد القرطبي ، الجامع لأحكام القران ، ج٢١، مؤسسة الرسالة ، بيروت، ط١، ٢٠٠٦.
٤- احمد بن حنبل، اول مسند البصريين، ج٣٣، ط١، مؤسسة الرسالة، بيروت،١٩٩٩.
٥- علاء الدين ابي بر الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج٢،ط٢،دار الكتب العلمية ، بيروت ،١٩٨٦.
٦- محمد أبو زهرة ، أصول الفقه ، دار الفكر العربي ،١٩٦٧
٧- محمد بن احمد بن جـزي الغرناطي، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٧٤ .
٨- محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، نيل الاوطار ،شرح منتقى الاخبار من احاديث سيد الاخيار ،ج٨، مصر ، ١٩٧١ .
٩- محمد بن محمد بن إدريس الشافعي ، كتاب الأم، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت، ج٢ ، بدون سنة النشر .

١٠-محمد جود مغنية، فقه الإمام جعفر الصادق، دار الجود، ودار التيار الجديد ، بيروت .
١١-محمد سلام مذكور، المدخل لدراسة الفقه الاسلامي ، دار الكتاب الحديث ، ط٢،القاهرة ، ١٩٩٦.
١٢- مصطفى السباعي ، المرأة بين الفقه والقانون ، مطبعة جامعة دمشق ، ط١، دمشق ، ١٩٦٢ .
١٣-موفق الدين عبد الله أحمد بن قدامه المقدسي، المغنى والشرح الكبير ، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، ج٨، ١٤٠٥ .

خامساً :الكتب القانونية

١- أحمد الكبيسي، الوجيز في شرح الاحوال الشخصية وتعديلاته،ج١، بيروت، ٢٠١٥.
٢- احمد علي جردات ، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية وفق اخر التعديلات (الزواج والطلاق) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط٣، عمان ،٢٠٢٢ .
٣- حامد شاكر محمود ،العدول في الاجتهاد القضائي ، دراسة قانونية تحليلية مقارنة ، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة ، ط١، ٢٠١٨ .
٤- زينة حسين علوان ، الحماية المدنية للقاصر ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، ط١، القاهرة ، ٢٠٢١ .
٥- عبد الباقي البكري و زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، دار المسلة للطباعة والنشر والتوزيع ، بغداد، بدون سنة النشر .
٦- عدنان زيدان العنبكي، شرح قانون الأحوال الشخصية ، دار السنهوري، بيروت، ٢٠٢١ .
٧- عصمت عبد المجيد بكر ، الاحكام القانونية لرعاية القاصرين ، المكتبة الوطنية في بغداد ، ١٩٨٩ .
٨- قاسم فخري الربيعي ، مبادئ محكمة التمييز الاتحادية قسم الاحوال الشخصية ، ج٢، ط١، دار الكتب والوثائق، بغداد، ٢٠١٩ .
٩- محمد احمد سراج وعلي جمعة ، الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية ، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، ج١، ط٢، مصر ،٢٠٠٩ .
١٠-محمد حسن كشكول والقاضي عباس السعدي ، شرح قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته ، المكتبة القانونية ، بغداد، بدون سنة نشر .
١١- محمد خضر قادر ، دور الارادة في احكام الزواج والطلاق والوصية (دراسة فقهية مقارنة)، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان–الاردن، ٢٠١٠ .
١٢- محمد خضر قادر ، دور الارادة في احكام الزواج والطلاق والوصية (دراسة فقهية مقارنة)، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان –الاردن، ٢٠١٠.
١٣-محمد سلام مذكور، المدخل لدراسة الفقه الاسلامي ، دار الكتاب الحديث ، ط٢،القاهرة ، ١٩٩٦ .
١٤-المغاوي عبد الرحمن الفقي، تحديد السن في الزواج (دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي)، مكتبة الوفاء القانونية ، ط١، الاسكندرية،٢٠١٧.

١٥-نظام الدين عبد الحميد ، احكام الاسرة في الفقه الاسلامي المقارن ، دار المناهج ، ط١، ٢٠١١ .
١٦-نيكل محمود سلوم الجبوري، القضايا المالية المتعلقة بالرابطة الزوجية دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون،ط١، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٢٢ .

سادساً :المجلات /

١- ابراهيم أحمد الياس ، "حالة الضرورة واثرها على المسؤولية الجنائية في القانون الدولي الجنائي" ، المجلة المصرية للقانون الدولب ، العدد ٧٣، ٢٠١٧.
٢- ابراهيم رحماني ، " تزويج القاصرات في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي " ، مجلة البحوث العلمية والدراسات الاسلامية ، العدد التاسع، الجزائر، ٢٠١٥ .
٣- اكرم زاده الكوردي ، "احكام القاصر المأذون والمتزوج في القانون العراقي والمصري" ، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية ، المجلد (١٣) ، العدد (١) ، ٢٠٢٠.
٤- باسم احمد الهجرسي ، نظرية الضرورة في الشريعة الاسلامية والقانون الدستوري ، دراسة مقارنة ، مجلة كلية الشريعة والقانون ، دقهلية ، المجلد ١٥، العدد (١٧)، ٢٠١٥ .
٥- بزاهيمي ليدية ، ظاهرة زواج القصر اية حماية ، دراسة مقارنة في ظل التشريع الجزائري والمغربي ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، الجزائر ، مجلد (١٥) ، العدد (١) ، ٢٠٢٢ .
٦- بو بشير محند أمقران ،"تغيير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق" ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، جامعة الجزائر كلية الحقوق، جزء ٤١، العدد ٢، ٢٠٠٤ .
٧- بيرك فارس الجبوري و فارس هاشم الجبوري ، "كمال الاهلية قبل البلوغ القانوني (دراسة مقارنة) " ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية ، ج٨، العدد الاول ، ٢٠١٩ .
٨- حامد شاكر ،" دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الامن القانوني" ، مجلة كلية القانون / الجامعة المستنصرية ، العدد (٣١) ، ٢٠١٧ .
٩- حسين رجب محمد مخلف ، السلطة التقديرية للقاضي في قانون المرافعات المدنية وقانون الاثبات ، بحث منشور في مجلة التقني / المجلد ٢٦/ العدد ٦ ، ٢٠١٣ .
١٠-رعد فجر فتيح الراوي و حسن محمد صالح، "حالة الضرورة في القانون الدولي الجنائي" ، مجلة جامعة تكريت ، مج(٢٢) ، العدد (٧) ، اكتوبر ، ٢٠١٥ .
١١-سمير سعيد محمد حسين ، الاكراه وحالة الضرورة (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الوضعي ، مجلة كلية الشريعة والقانون بتفهنا الاشراف – دقلهية ، العدد (٢٥)، الاصدار الثاني ، ج٣، ٢٠٢٢ .
١٢- عجالي بخالد ، "دور الاجتهاد القضائي في تطوير النصوص القانونية في التشريع الجزائري" ، مجلة الفكر القانوني ، العدد ٢ ، يونيو ،٢٠١٩ .
١٣-محمد فتحي رزق الله عطية ، الضرورة الاجرائية دراسة تحليلية في قانون المرافعات المصري ، مجلة جامعة الازهر / كلية الشريعة والقانون في اسيوط ، المجلة العلمية ، العدد (٣٤)، ج٢، يوليو، ٢٠٢٢ .

١٤-محمود بن صغير ، "اجتهاد القاضي في العصر الحديث وضرورة التقنين في مجال الاحوال الشخصية "، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة محمد بوضياف بالمسلية ، الجزائر ،العدد السادس ، ٢٠١٧ .
١٥- محمود صادقي و عبد الرزاق نور حميد ، "اثار زواج القاصرات في الشريعة الاسلامية والقانون العراقي وحقوق الانسان" ، مجلة الجامعة العراقية ، العدد (٦٣) ، ج٣ ، ٢٠٢٣ .
١٦-ناجي سهم رسن ويوسف محمد عويض، " اثار الزواج المبكر للذكور في محافظة المثنى (دراسة في جغرافية السكان) "، مجلة واسط للعلوم الانسانية والاجتماعية ، ٢٠٢٠ .

سابعاً : القوانين :

أ- القوانين العراقية :

١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ .
٢- قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨١) لسنة ١٩٥٩ .
٣-قانون المرافعات العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ .
٤-. قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩
٥- قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠ .

٢- القوانين العربية :

-القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨

ثامناً :الموسوعات الفقهية :

- الموسوعة الفقهية الكويتية ، ج١و ج٣٣ ، ط٢، طباعة ذات السلاسل –الكويت ، ١٩٨٣ .