الباعث وأثره على عقود الاحوال الشخصية (عقد الزواج أنموذجاً)

المدرس المساعد رنا صادق شهاب الدليمي
كلية القانون والعلوم السياسية / الجامعة العراقية

Emitter And its effect on personal status contracts
(Marriage contract is a model)

Assistant teacher
Rana Sadeq Shehab Al Dulaimi

ملخص البحث

هدفت الدراسة الى التعرف الى الباعث وأثره على عقود الاحوال الشخصية ,حيث قسمتُ هذه الدراسة الى مبحثين هما, المبحث الاول : ويتمثل ببيان مفهوم الباعث وضوابطه وأدلته,وفيه تناولت تعريف الباعث لغة وأصطلاحاً ثم وضحت الفرق بين مصطلح الباعث وما يشتبه معه من مصطلحات أخرى,مع بيان الأدلة الشرعية للباعث, وما هي الضوابط التي من خلالها يمكن معرفة الباعث.

اما المبحث الثاني: فتناولت فيه تأثير الباعث على طرق انعقاد الزواج وأنحلاله من حيث الصحة والبطلان, حيث وضحت في المطلب الاول أثر الباعث على عقد الزواج.من خلال الخطبة و زواج المريض مرض الموت وزواج التحليل. ثم بينت في المطلب الثاني من هذا المبحث أثر الباعث على طرق أنحلال عقد الزواج,ومن هذه الطرق طلاق المريض مرض الموت.وخلع المريضة مرض الموت, وبعض من المسائل التي ترتبط بموضوع الطلاق: كالعضل والرجعة.

Research Summary

The study aimed at identifying the motivator and its impact on the personal status contracts. The study was divided into two sections. The first topic is the statement of the concept of the motivator, its controls and its evidence, and it dealt with the definition of the motive in terms of language and terminology, and then clarified the difference between the term emulator and other suspected terms. A statement of the legitimate evidence of the emitter, and what are the controls through which the emitter can be identified.The second topic dealt with the effect of the inducement on the methods of marriage and its deterioration in terms of health and invalidity, where the first demand explained the effect of the motive on the marriage contract. Through the engagement and marriage of the patient death disease and marriage analysis. Then the second requirement of this study showed the effect of the emitter On the ways to dissolve the marriage contract, and one of these ways to divorce the patient disease of death. The patient removed the disease of death, and some of the issues that are related to the subject of divorce: such as muscle and return

.

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

أن الحمد لله نستعينه ونحمده والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى اله وصحبه وسلم.

إن جميع أفعال الإنسان وأعماله التي يقوم بها في حياته اليومية، يوجد لها سبب باعث ودافع في داخل الإنسان حمله على القيام بها قاصداً بذلك الوصول إلى الأهداف والغايات التي تشبع رغباته وتلبي مصالحه,أن الله سبحانه وتعالى القائم على كل نفس بما كسبت هو وحده الذي يعلم بالنفس البشرية وما تصبوا إليه من أفعال.

وطالما أن الله –سبحانه وتعالى– قد رفع عن الناس ما حدثوا به أنفسهم كما في الحديث الشريف، قال رسول الله "صلى الله عليه وسلم": "ان الله تجاوز بي عن أمتي ما وسوست به صدورها، ما لم تعمل أو تُكلم"[1].

إلا أن هذا الأمر متوقف على عدم التكلم بهذه الوسوسة والأقدام على فعلها، ولكن بنفس الوقت وقد وضع الله سبحانه وتعالى قاعدة عملية وسبيل واضح يمكن الأقتداء به وهو حديث الرسول "صلى الله عليه وسلم": "إنما الأعمال بالنيات"[2]، حيث يبين من خلال هذا الحديث أن كل فعل وقول للأنسان متوقف على النية من حيث الحل والحرمة , والنية كما هو الحال بالنسبة للباعث لها أهمية كبيرة في الكشف عن خفايا النفوس.

الواقع أن نظرية الباعث قد لاقت أهتماماً كبيراً في الفقه الإسلامي، حيث كانت للشريعة الإسلامية الفضل في إرساء قواعد هذه النظرية قبل القوانين الوضعية التي عرفتها فيما بعد بوقت طويل جداً تحت مفهوم "نظرية السبب".

وبما أن عقود الأحوال الشخصية ليست مثل باقي العقود الأخرى التي تتعلق بجانب واحد فقط وهو "الجانب المادي" والتي يمكن أصلاحها وأعادة إبرامها مرة أخرى أو التعويض عن الضرر اللاحق بالمتعاقدين من جراءها,وإنما أيضاً تتعلق بالجانب الشخصي للمتعاقدين فهي تتعلق بتكوين الأسرة وما فيها من حقوق وواجبات التي تعتبر بذرة لتكوين المجتمع.

ولهذا فإن دراسة الباعث له أهمية كبيرة في الحفاظ على العقود من التلاعب والأضطراب الذي يؤدي إلى عدم أطمئنان المتعاقدين عند إبرام هذه العقود، وبذلك نتوصل إلى نتيجة مفادها حماية المجتمع والأفراد على حد سواء.

ولهذه الأسباب كلها كان سبب اختياري لهذا الموضوع بأعتباره من المواضيع التي تتعلق بأحوال الناس الشخصية من حيث الصحة والبطلان، على أعتبار أن كل الدراسات السابقة كانت تتناول الباعث وعلاقته بالعقود بصفة عامة وليست بعقود الأحوال الشخصية ولعل أهم مسائل

الأحوال الشخصية التي تترتب عليها أثاراً شخصية ومالية بنفس الوقت هي مسألة إبرام عقد الزواج وطرق أنحلاله ومدى تأثير الباعث الغير مشروع عليها.

ولهذا قسمت دراسة هذا الموضوع كالاتي:

المبحث الأول: مفهوم الباعث وضوابطه وأدلته.

المطلب الأول: التعريف بالباعث.

المطلب الثاني: الفرق بين مصطلح الباعث وما يشتبه معه من مصطلحات أخرى.

المطلب الثالث: الأدلة الشرعية للباعث.

المطلب الرابع: ضوابط معرفة الباعث.

المبحث الثاني: تأثير الباعث على طرق انعقاد الزواج وأنحلاله من حيث الصحة والبطلان.

المطلب الأول: أثر الباعث على عقد الزواج.

الفرع الأول: أثر الباعث على مسائل الخطبة.

الفرع الثاني: أثر الباعث على زواج المريض مرض الموت.

الفرع الثالث: أثر الباعث على زواج التحليل.

المطلب الثاني: أثر الباعث على طرق أنحلال عقد الزواج.

الفرع الأول: اثر الباعث على طلاق المريض مرض الموت.

الفرع الثاني: أثر الباعث على خلع المريضة مرض الموت.

الفرع الثالث: أثر الباعث على العضل.

الفرع الرابع: أثر الباعث على الرجعة.

ثم الخاتمة ومن بعدها النتائج ثم التوصيات.

المبحث الأول

مفهوم الباعث وضوابطه وأدلته.

المطلب الأول

التعريف بالباعث.

الفرع الأول: التعريف اللغوي للباعث.

لقد ورد الباعث في اللغة بعدة معان منها: "الأرسال، الدافع، الأيقاظ".

مثالاً على ذلك:نقول: من بعثه، أبتعثه أي أرسله[3]، وأنبعث الشيء: أي اندفع وهَبَ[4]، وبعث الموتى: أي نشرهم يوم البعث قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ ثُمَّ بَعَثْنَاكُم مِّن بَعْدِ مَوْتِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ ﴾[5] ، قال الإمام الطبري: يعني بقوله: ثم بعثناكم أي أحييناكم من بعد ما كنتم فيه من الموت"[6]، وقيل أيضاً: ابعثه من قومه: أيقظه ونبهه[7]، والمعنى المراد في البحث من الباعث هو الدافع.

الفرع الثاني: الباعث اصطلاحاً.

يمكن تعريف الباعث اصطلاحاً على أنه: "الدافع الذي يحرك ارادة المنشئ للتصرف إلى تحقيق غرض غير مباشر"[8].وعرفه الدكتور وهبة الزحيلي على أنه: "الدافع البعيد الذي دفع المتعاقد إلى العقد"[9].

ومن خلال هذه التعاريف السابقة يمكن أن نعرف الباعث على أنه: "مثير خارجي يحرك الدافع ويساعده لكي يقوم بسلوك أرادي معين في الخارج".

المطلب الثاني

الفرق بين مصطلح الباعث وما يشتبه به من مصطلحات.

عند استقراء أمهات المصادر الفقهية لوحظ ان فقهاء الإسلام قد استعملوا بعض المصطلحات كالنية والقصد وقد أرادوا بها الباعث في بعض مؤلفاتهم ولأول وهلة نجد أنها مصطلحات مترادفة ولكن عند التدقيق يظهر بينها بعض الفروق وهذا ما سنبينه في هذا المطلب.

الفرع الأول: الفرق بين الباعث والنية.

يمكن إيضاح الفرق بين الباعث والنية من خلال تسليط الضوء على المعنى اللغوي والأصطلاحي للنية بالتالي إيجاد الفرق بينهما وبين الباعث

أولاً: النية لغة: النية مأخوذة من نويتُ أي: عزمت[10]، ونوى الشيء ينويه نية: قصده وعزم إليه[11]، والنية: الوجه الذي تنويه وتقصده[12]، والنية: توجه النفس نحو العمل[13].

ثانياً: النية اصطلاحاً.

وردت الكثير من تعاريف العلماء للنية اصطلاحاً مطابقة لمعناها اللغوي، ومن هذهِ التعاريف تعريف الإمام القرافي حيث عرفها بأنها: "قصد الإنسان بقلبه ما يريده بفعله"[14].كما أن الإمام الغزالي (رحمه الله) أعتبر النية مطابقة للأرادة والقصد، حيث اعتبرها كلمات تؤدي نفس المعنى، حيث عرف النية على أنها: "الصفة المتوسطة وهي الأرادة وأنبعاث النفس بحكم الرغبة والميل إلى ما هو موافق للغرض إما في الحال وإما في المآل"[15].

ومن خلال هذه التعاريف يمكن القول أن النية هي: "عمل قلبي يسبق أي تصرف يقوم به الأنسان".فالنية وأن كان العلماء قد استعملوها مرادفة للباعث في الكثير من المواضع وخاصة من الناحية اللغوية، إلا أنها تختلف عن الباعث من حيث التعريف اللغوي والاصطلاحي، فالنية هي ميل النفس وتوجهها نحو العمل بينما الباعث هو الدافع المثير لهذا الميل.

وكذلك أن الباعث في العقود المراد بحثه في هذا الموضوع هو (الباعث غير المشروع) فأما أن يوجد فيلحق بالعقد الفساد أو البطلان وأما أن ينعدم فلا تأثير له عليه.

عكس النية لان النية موجودة في كل تصرف من تصرفات الإنسان وهي المحدد لها إن كانت خالصة لله، أو أشرك فيها معه غيره، فتكون عندئذٍ صحيحة أو قد تكون فاسدة.

الفرع الثاني: الفرق بين الباعث والقصد.

كما سلطنا الضوء عن الفرق بين الباعث والنية في الأسطر القليلة السابقة حتى نبين ما هو الفرق بينهما كذلك سوف نسلط الضوء على المعنى اللغوي والاصطلاحي للقصد لإيجاد الفارق بينهما.

أولاً: القصد لغة.

القصد هو إستقامة الطريق وأتيان الشيء، وقصدتُ قصدهُ: نحوت نحوه، والقصد في الشيء: خلاف الإفراط هو ما بين الأسراف والتقتير[16].

ثانياً: القصد اصطلاحاً.

عرفه الشيخ القرافي –رحمه الله– بأنه: "إرادة الفعل في حال إيجاده فقط، وإذا تقدمته بأوقات لم يسم قصداً"[17].

ولهذا يمكن أن تقول أن القصد مرحلة من مراحل الأرادة فهو العزم على فعل أو إرادة شيء معين، وبهذا فهو يتشابه مع النية والعزم فهما مرحلتان من مراحل الإرادة أيضاً وهذا كله بخلاف الباعث[18].ولتقريب الصورة أكثر نفرض مثلاً معيناً:

أن شخصاً يفكر أن يتزوج، فهذه نية، ثم يخطب فهذا قصد، ثم يجري الترتيبات اللازمة للزواج فهذا عزم، فهذه مراحل للأرادة، ولكن قد يكون هذا الزواج لأجل غاية خفية كتحليل هذه المرأة لزوجها فهنا هذا هو الباعث وهو خارج مرحلة الأرادة . ويمكن أن نجد اختلافات أخرى بين الباعث والنية والقصد.

فبالباعث يمكن أن نكشف عن النية والقصد ولكن لا يمكن أن نكشف عن الباعث بهما[19],كما أن النية والقصد واحدة وغير متعددة، بينما الباعث قد يكون متعدداً من تصرف إلى أخر ومن شخص إلى خر[20].

المطلب الثالث

الأدلة الشرعية على الباعث

في هذا المطلب سأسرد الأدلة التي أستدل بها الفقهاء على الباعث من القرآن الكريم والسنة النبوية وفق الاتي:

الفرع الأول: الأدلة من القرآن الكريم.

قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ ۞ وَٱلۡوَٰلِدَٰتُ يُرۡضِعۡنَ أَوۡلَٰدَهُنَّ حَوۡلَيۡنِ كَامِلَيۡنِۖ لِمَنۡ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَۚ وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ لَا تُكَلَّفُ نَفۡسٌ إِلَّا وُسۡعَهَاۚ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوۡلُودٞ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦۚ وَعَلَى ٱلۡوَارِثِ مِثۡلُ ذَٰلِكَۗ فَإِنۡ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٖ مِّنۡهُمَا وَتَشَاوُرٖ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَاۗ وَإِنۡ أَرَدتُّمۡ أَن تَسۡتَرۡضِعُوٓاْ أَوۡلَٰدَكُمۡ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡكُمۡ إِذَا سَلَّمۡتُم مَّآ ءَاتَيۡتُم بِٱلۡمَعۡرُوفِۗ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعۡمَلُونَ بَصِيرٞ ﴾ [21].

فالأية تتحدث عن أرضاع الولد بعد أنفصال والديه، وهي تمنع وتنهى كلا الزوجين من يقصد الأضرار بالأخر[22] فهناك عدة تصرفات يكمن وراءها بواعث محرمة تكون بقصد الأضرار ويكون

صاحبها متعسفاً باستعماله لحقه.ومن ذلك أن تطلب الزوجة أجرة أكثر من أجرة غيرها مقابل الرضاعة، فهنا يحق للزوج أن يستأجر مرضعة أخرى.

الفرع الثاني: الأدلة من السنة النبوية.

حديث الرسول"صلى الله وعليه وسلم": "إنما الأعمال بالنيات وأن لكل امرئ ما نوى، فمن كان هجرته إلى دنيا يصيبها أو إلى امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه"[23].يوضح هذا الحديث أن فساد العمل وصلاحه مربوط بالباعث عليه، فإذا كان الباعث على العمل شريفاً كان العمل صالحاً وإذا كان الباعث على العمل غير مشروع كان العمل سيئاً وغير صالح.

المطلب الرابع

ضوابط معرفة الباعث.

في هذا المطلب سأتطرق إلى موضوع الضوابط التي وضعها الفقهاء للباعث، والتي من خلالها يمكن معرفة ما إذا كان الباعث مشروعاً وإذا ما كان الباعث غير مشروع.

وبما أن الباعث أمراً ذاتياً خفياً لا يمكن الاطلاع عليه، وبالتالي فأنه ليس ركناً أو شرطاً تتوقف عليه صحة أو بطلان العقد، فقد اختلفت وجهات نظر الفقهاء في الاعتداد بالباعث ولهذا كان لهم اتجاهان احدهما يغلب النظرة الموضوعية والثاني تبرز فيه النزعة الذاتية، ثم بعد ذلك استعرض موقف القانون العراقي من هذه النظريات.

الفرع الأول: النزعة الموضوعية.

أصحاب هذا الاتجاه هم (الحنفية والشافعية) ووفقاً لهذا الاتجاه أنه لا أثر للباعث على العقود والتصرفات من حيث الصحة وعدمها، فالعقود والتصرفات عندهم صحيحة ما لم يصرح في صيغتها بالباعث غير المشروع على إبرامها، أو يُعلم ذلك من طبيعة العقد[24].

حيث قال الشافعي –رحمه الله– "لأن النية حديث النفس وقد وضع الله عن الناس ما حدثوا به أنفسهم، وقد ينوي الشيء ولا يفعله وينويه ويفعله فيكون الفعل حادثاً غير النية"[25].

وبناءاً على ذلك فأنهم يجيزون نكاح التحليل إذا لم تذكر نية التحليل أثناء العقد، حيث يقول الكاساني –رحمه الله–: "....فان تزوجت بزوج آخر، ومن نيتها التحليل فإن لم يشترطا ذلك بالقول وإنما نويا، ودخل بها على هذه النية حلت للأول في قولهم جميعاً، لأن مجرد النية في المعالات غير معتبرة فوقع النكاح صحيحاً، لاستجماع شرائط الصحة فتحل للأول، كما لو نويا التوقيت وسائر المعاني الفاسدة"[26].

الفرع الثاني: النزعة الذاتية.

تزعم هذا الاتجاه فقهاء المالكية[27] والحنابلة[28] والظاهرية[29].

وبناءاً على رأيهم أذا تضمن التصرف باعث غير مشروع يعلم به الطرف الأخر أو بإمكانه العلم به فأنه يبطل,أي أن كل عقد تضمنت باعثاً غير مشروع فأنه يبطل عندهم حتى وإن لم يذكر في العقد، اكتفاءاً بمضنتهِ واحتياطاً لدرء المفسدة.

الفرع الثالث: موقف القانون العراقي من الضوابط الفقهية لمعرفة مشروعية الباعث.

بعد استعراض الاتجاهات الفقهية حول الضوابط التي من خلالها يمكن معرفة مشروعية الباعث من عدمه، لابد لنا في هذا المطلب أن نبين موقف القانون العراقي من هذه الضوابط بمعنى هل كان القانون العراقي قد أخذ بالنزعة الموضوعية أم الذاتية.

وللإجابة عن هذا السؤال، كان لابد من استعراض سريع لموضوع السبب في القانون وبيان النظريات التي وضحت ما هو سبب الالتزام هل هو الغرض المباشر أم الباعث الدافع,بالنسبة للنظرية التقليدية فأن السبب عندها هو السبب القصدي (الغرض المباشر) الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه وهذا المفهوم للسبب هو وحده الذي تقف عنده هذه النظرية، وتعتبره ركناً من أركان الالتزام[30].

أما النظرية الحديثة فأن السبب عندها هو الباعث الدافع للتعاقد.وقد أشترط أنصار هذه النظرية شرطان في السبب هو أن يكون مشروعاً,أما بالنسبة للشرط الثاني هو علم الطرف الأخر بالسبب غير المشروع.

وقد أخذت القوانين اللاتينية مثل القانون الإيطالي والفرنسي بنظرية السبب الحديثة وهم بهذا يتفقون مع المالكية والحنابلة والظاهرية –أصحاب النزعة الذاتية– الذين يعلمون الباعث غير المشروع في إبطال العقد غير المشروع[31].أما القانون الالماني –ذو النزعة الموضوعية– فهو لا يعقد بالباعث غير المشروع إلا إذا كان مصرحاً به في العقد وهو بهذا يتفق مع المذهب الحنفي والشافعي[32].

أما عن موقف المشرع العراقي فقد ذهب إلى القول بأزدواجية السبب، فمرة ينسبه إلى الالتزام بالمعنى التقليدي، وينسبه مرة أخرى إلى العقد (بمعنى الباعث) ففي الفقرة الثانية من المادة (123) من القانون المدني العراقي اعتبره سبباً للالتزام حيث جاء فيها: "ويفترض في كل التزام أن له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقم الدليل على غير ذلك"[33].ثم عاد في الفقرة الثالثة من نفس المادة فاعتبره سبباً للعقد في قوله: "3– أما إذا ذكر سببه في العقد فيعتبر أنه هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك". بمعنى أنه اعتمد على كل من النظريتين (التقليدية والحديثة).

إلا أن موقف القضاء العراقي يميل بوضوح إلى الأخذ بالنظرية الحديثة، فقد جاء في حكم لمحكمة التمييز في هذا المعنى ما يلي: "الصحيح في القانون أن السبب هو الباعث على التعاقد ولا يعتد

بالباعث إلا إذا كان متفقاً عليه بين المتعاقدين، فإذا كان الباعث الذي دفع المشتري إلى التعاقد غير مشروع ولا يعلمه البائع فلا يعتد به...."[34].

المبحث الثاني

تأثير الباعث على طرق انعقاد الزواج وأنحلاله من حيث الصحة والبطلان.

لاشك أن مسائل الأحوال الشخصية كثيرة ومتنوعة باعتبار أنها تتعلق بالأحكام والمبادئ المنظمة للعلاقات داخل الأسرة بما يشمل أحكام الخطبة والزواج، والمهر، ونفقة الزوجية وواجباتها تجاه زوجها، والطلاق وتفريق القاضي بين الزوجين والخلع والنسب والرضاع وحضانة الأولاد وتتضمن مسائل الأحوال الشخصية بعض الأمور المالية كالميراث والوصية والوقف.

وقد أحسن الأستاذ محمد الشافعي في تعريف مصطلح الأحوال الشخصية حينما ذكر بأنها: "رزنامة القواعد التي تخص الحالة والأهلية وكل العلاقات العائلية الشخصية منها والمالية وكذا الوصايا والمواريث والهبات[35].

ولكنني حاولت أن اقتصر على بيان تأثير الباعث على طرق انعقاد الزواج وطرق انحلاله فقط وقسمته إلى مطلبين: مطلب خاص بمسائل انعقاد وإبرام عقد الزواج، ومطلب خاص بحالات أنحلاله.

المطلب الأول

أثر الباعث على عقد الزواج.

أهتمت الشريعة الإسلامية بعقد الزواج أهمية كبيرة، وذلك لأنه يعتبر عقداً ذو خصيصة مميزة عن بقية العقود الأخرى، بل تترتب عليه الكثير من الأحكام الشرعية، ولهذا وضعت له الكثير من الضوابط والشروط لكي يقع صحيحاً، ولهذا سوف أتناول في هذا المطلب بعض هذه الضوابط التي لها علاقة بالباعث وسأتطرق في البداية لأحكام الخطبة ثم زواج المريض مرض الموت، وثم نوع من أنواع الزواج الفاسد وهو (زواج التحليل).

الفرع الأول: الخطبة.

الخطبة في اللغة: بكسر الخاء: طلب الرجل المرأة للتزوج منها وخطب المرأة خطباً وخِطبة، وخطب المرأة يخطبها خطباً وخطبة بالكسر، وأختطب القوم فلاناً إذا دعوه إلى تزويج صاحبتهم[36].

الخطبة اصطلاحاً: وردت تعاريف عديدة للخطبة من قبل الفقهاء من ضمنها: "هي أن يتقدم الرجل إلى امرأة معينة تحل له شرعاً، أو إلى أهلها ليطلب الزواج بها، بعد أن توجد عنده الرغبة في زواجها"[37].

وفي تعريف أخر: هي طلب الرجل يد امرأة معينة للتزوج بها أو التقدم اليها أو إلى ذويها ، ومفاوضتهم في أمر العقد ومطالبه ومطالبهم بشأنه)[38].

وذكرها قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل في الفقرة (3) من المادة الثالثة "الوعد بالزواج وقراءة الفاتحة والخطبة لا تعتبر عقداً". ويلاحظ من خلال هذه التعاريف أن الخطبة ليست عقداً، ولا زواجاً وإنما مجرد مقدمة أو تمهيد لإبرام عقد الزواج.

تأثير الباعث على مسائل الخطبة.

أولاً: الخطبة على الخطبة.

ذهب جمهور الفقهاء[39] إلى أنه يحرم الخطبة على الخطبة وقد أستدلوا في ذلك بأدلة كثيرة منها:عن ابن عمر (رضي الله عنه) عن النبي ﷺ قال: (لا بيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطب أخيه، إلا أن يأذن له)[40].

إلا أن جمهور الفقهاء أشترطوا جملة من الشروط إذا توافرت تحرم خطبة الرجل على خطبة أخيه وهي:

أولاً: أن تكون هناك خطبة سابقة ثم خطبة لاحقة.

ثانياً: أن تكون الخطبة الأولى جائزة شرعاً.

ثالثاً: أن يكون الخاطب الثاني على علم بالخطبة الأولى.

الشرط الرابع: أن تكون الخطبة السابقة لا تزال قائمة[41].

وبهذا نلاحظ أن أحد شروط تحريم الخطبة على الخطبة هو (علم الخاطب الثاني بالخطبة الأولى) أي أن هناك نية أو باعث غير مشروع يتمثل بأن الخاطب الثاني قد سعى إلى الخطبة لكي يبطل زواج الخطيبة لكي يتزوجها أو قد لا يتزوجها وبهذا يكون دافعه الغيرة أو الحسد أو الانتقام، ولاشك أن هذه الأمور تؤدي إلى فساد العلاقات بين الناس وهذا ما يتنافى مع مقاصد الشريعة الإسلامية كما في قوله تعالى﴿ إِنَّمَا ٱلْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُواْ بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ ۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ ﴾[42]. أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي من هذا الموضوع، فلم يتطرق له مع أنه خصص الباب الثاني من هذا القانون لموانع الزواج تاركاً ذلك إلى أحكام الفقه الإسلامي، حيث نصت المادة الأولى ف2: (إذا لم يوجد نص

تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون).

ثانياً: الخطبة في العدة.

المعتدة: هي المرأة التي تتربص المدة التي حددها الشرع لأنتظارها بدون زواج بعد الفرقة بينها وبين زوجها فأن كانت الفرقة بسبب الطلاق، فهي معتدة طلاق سواء طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى أو بائن بينونة كبرى، وأن كانت الفرقة بسبب وفاة زوجها فهي معتدة وفاة.

أما بالنسبة لخطبة المعتدة من طلاق رجعي فقد اتفق الفقهاء على أنه يحرم خطبة المعتدة من طلاق رجعي لا بطريق التصريح ولا بطريق التعريض[43]، ولاشك أن هذا المنع ما هو إلا لدرء الباعث غير المشروع الذي قد يدفع بهذه المعتدة إلى رفض الرجوع إلى زوجها (مطلقها) طمعاً في الزواج من المعرض لها بالزواج، كما قد يوجد هذا الباعث غير المشروع أيضاً من الخاطب الثاني الذي يريد من هذه الخطبة إفساد هذه الزوجة على زوجها فتطلق منه ولا يتزوجها وبالتالي تكون أمام ضررين، الأول/ طلاقها من الأول، الثاني/ تفويت الزواج من الخاطب، ولاشك أن هذه الأمور تؤدي للعداوة والبغضاء بين الناس.أما بالنسبة لخطبة المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى. فقد اتفق الفقهاء[44] على تحريم التصريح بخطبة المعتدة من طلاق بائن بينونة صغرى.أما بالنسبة للتعريض بخطبتها فقد اختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء[45] فقد ذهب إلى جواز التعريض بخطبة المعتدة من طلائق بائن بينونة صغرى.

أما القول الثاني: فقد ذهب الحنفية[46] والشافعية[47] والحنابلة[48] الى حرمة التعريض.

أما علاقة الباعث الغير مشروع بالخطبة للمعتدة في هذا الطلاق فيتضح أن هذه الخطبة قد توجب العداوة والبغضاء بين الخاطب والزوج الأول، لانه قطع على الزوج فرصة الرجوع إلى زوجته وقد لا يتزوجها ,كذلك ان القول بجواز الخطبة مفسدة وهي حمل المطلقة على اخبارها بانقضاء عدتها طمعاً في الزواج من الخاطب.

أما فيما يتعلق بخطبة المعتدة من طلاق بائن بينونة كبرى، فقد اتفق الفقهاء[49] على تحريم التصريح بخطبة المعتدة من هذا الطلاق، لأنَّ التصريح بخطبتها لا يحتمل غير النكاح، وبالتالي حمل المطلقة على أخبارها بانقضاء عدتها.

أما معتدة الوفاة: فلا ضرر من التعريض بخطبة المعتدة من وفاة كانت حائلاً[50] أم حاملاً وهذا ما ذهب اليه جمهور الفقهاء[51].

أما بالنسبة للتصريح بالخطبة فقد اتفقوا[52] على تحريمه وذلك دفعاً للضرر الناتج عن الباعث غير المشروع من هذا التصريح لأن في ذلك إيذاء لأهل الزوج المتوفي وأقاربه وقد يولد عداوة بين الخاطب

وأهل الزوج المتوفي وبنفس الوقت فيه إيذاء للمخطوبة نفسها لاسيما حينما تقبل الخطبة وذلك يؤدي بطبيعة الحال إلى معاداتها من قبل أهل الزوج المتوفي والحقد عليها باعتبارها لم تحترم عدتها وقد يؤدي ذلك إلى سوء معاملتها أثناء العدة من التضييق عليها بالنفقة والسكن باعتبار ذلك من واجباتهم أتجاهها، وبنفس الوقت قبولها للخطبة أثناء العدة سوف يعرضها لسيء الكلام والظنون والشكوك من الناس، ولهذا فرعاية لحملها وعرضها ولورثة الميت حرم الإسلام التصريح لها بالخطبة.

أما عن موقف المشرع العراقي من هذا النوع فقد نص في المادة (13) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل على تحريم خطبة المعتدة حيث جاء فيها: "...والمؤقتة، الجمع بين زوجات يزدن على أربع، وعدم الدين السماوي، والتطليق ثلاثاً، وتعلق الغير بنكاح أو عدة، وزواج احد المحرمين مع قيام الزوجية)، أي أن من كانت مشغولة بحق الغير بأن كانت زوجة لآخر فعلاً أو حكماً بكونها لا تزال في العدة لا يجوز خطبتها والعدة هنا عدة طلاق أو عدة وفاة على حد سواء.

ثالثاً: العدول عن الخطبة: لاشك أن العدول عن الخطبة هو حق مشروع للطرفين إلا أنه قد يساء أستعماله كأن يعدل أحد الطرفين عن الخطبة دون سبب معقول، أو بقصد الحاق الضرر بالطرف الآخر، وحتى لا يكون هناك تعسف في استعمال هذا الحق (العدول) لابد أن نرجع إلى معايير تبين هل هناك تعسفاً في العدول أو لا ؟ وهذه المعايير:

أ- معيار قصد الأضرار: قصد الضرر من العادل يظهر إذا عدل أحد الخاطبين عن الخطبة بقصد تشويه سمعة الطرف الأخر، كما يظهر بقرينة تكليف الطرف الأخر بأمور كأن يطلب الخاطب من المخطوبة ترك العمل أو تطلب المخطوبة من الخاطب نقل وظيفته إلى محل إقامتها ولديه الرغبة الكامنة في أنهاء الخطبة[53]، وهذا يعتبر من قبيل المعايير الشخصية أو الذاتية.

ب-معيار الضرر الفاحش: وهو من المعايير الموضوعية المادية مثال وذلك بأن يوهم الخاطب المخطوبة وأهلها رغبته بإتمام الزواج بعد أن ينهي دراسته ويكون الأيهام بأن يدفع لها جزءاً من المهر، ويؤكد رغبته في إتمام الزواج بين الحين والأخر، فإذا عاد من الدراسة بعد مضي أربع سنوات مثلاً عدل عن الخطبة فأنه بذلك يكون قد أضر بها ضرراً فاحشاً وعطل عليها فرصة الزواج من شخص أخر بعد أن تقدم العمر بها، حيث تقل الرغبة بها[54].

ومن هنا يتضح أثر الباعث غير المشروع في مسألة العدول عن الخطبة من حيث وجود (قصد الاضرار ومعيار الضرر الفاحش).

أما عن موقف المشرع العراقي من هذا الموضوع فقد أعتبر أن مجرد العدول عن الخطبة لا ينهض لأن يكون سبباً للتعويض أي أنه اعتبر العدول حقاً للخاطب إلا أنه وفي نفس الوقت قد أخذ بالمعيار الموضوعي والشخصي من حيث أنه أقر إذا ما اقترن العدول بضرر مادي أو معنوي بأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض وفقاً لاحكام المسؤولية التقصيرية[55].

الفرع الثاني: زواج المريض مرض الموت.

لاشك أن الأصل في الإنسان يعقد زواجه في ظروف اعتيادية عندما يكون سليماً معافاً من أي مرض أو أي عائق يمنعه من الزواج سواء من الناحية العقلية أو البدنية، حينئذ يقع العقد صحيحاً تترتب عليه جميع أثاره الشرعية، ولكن الاستثناء في بعض الظروف الغير عادية أن الشخص يعقد زواجه وهو يعاني من مرض يخشى معه الموت فما هو حكم الزواج في هذه الحالة وهل هناك صلة أو ارتباط بالباعث غير المشروع؟ هذا ما سأوضحه في هذا الفرع ولكن ابتداءاً لابد أن أوضح معنى الزواج أولاً ثم معنى مرض الموت ثم أبين الصلة مع الباعث الغير مشروع.

أما تعريف الزواج فقد عرفته المادة (3) ف1، من قانون الأحوال الشخصية العراقي التي تنص على الاتي (1- الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً غايته انشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل[56]).ومن خلال هذا التعريف يتضح أن الغاية من عقد الزواج تكون متعددة منها:

1. انشاء رابطة للحياة المشتركة بين الرجل والمرأة.
2. النسل.
3. متعة نفسية وجسدية.
4. حفظ العرض.
5. تحقيق الذات واستكمال الزوجين خصائصهما[57]

أما بالنسبة لمرض الموت: فقد ورد في تعريف مرض الموت تعريفات عديدة منها: "المراد بالمريض مرض الموت من غلب على الظن هلاكه"[58].

أما أراء الفقهاء في صحة زواج المريض مرض الموت فقد تعددت أقوال الفقهاء في ذلك فقد عدّ الحنفية[59]، والشافعية[60] والحنابلة[61] زواج المريض مرض الموت صحيحاً، وأنهما يتوارثان وللمرأة الصداق الذي سمي لها.

أما المالكية: فقد ذهبوا إلى القول بعدم صحة هذا الزواج فإذا تزوج رجل بأمراة وهي مريضة وماتت كان لها الصداق ان كان مسها أي دخل بها ولا ميراث له منها وإن مات هو وقد مسها فلها الصداق ولا ميراث لها، وإن كان لم يمسها فلا صداق ولا ميراث[62].

أما رأي المشرع العراقي في زواج المريض مرض الموت فلم يذكر القانون العراقي مسألة صحة او بطلان زواج المريض مرض الموت والاثار المترتبة عليه ما عدا ما كان في الفقرة (2) من المادة (10) الخاصة بالشروط القانونية التي تتناول معاملات الزواج من الناحية الإدارية حيث اشترطت هذه

الفقرة بأنه "يرفق البيان بتقرير طبي يؤيد سلامة الزوجين من الامراض السارية والموانع الصحية وبالوثائق الأخرى التي يشترطها القانون).

أما الأثر الباعث غير المشروع في الزواج في مرض الموت:

فمن خلال استعراض اراء الفقهاء المسلمين في هذه المسألة وجدنا أن المالكية قد اعملوا الباعث غير المشروع في ابطال هذا الزواج، ويتضح الباعث الغير مشروع هنا في أن المريض لا يحتاج إلى الزواج في حالته هذه ولا يمكن أن يحقق الغايات التي توجد في الزواج والتي سبق ذكرها، إلا إذا كان هناك باعث غير مشروع يدفعه لأتمام هذا الزواج ويتمثل بمحاولة ادخال والتجديد على الورثة الأصليين فينازعهم بحقهم المشروع بالميراث ولهذا كان المنع الذي أقره المالكية حفاظاً على حقوق الورثة.

الفرع الثالث: زواج التحليل (المحلل).

من المعروف أنه لابد أن يكون قصد الزوجين من الزواج هو بناء أسرة مستمرة للابد وأنجاب ذرية، وغيرها من المقاصد التي يرجى تحقيقها من الزواج ولكن احياناً قد تكون هناك مقاصد أخرى مخالفة لأحكام الشرع مثل تحليل المرأة لزوجها التي طلقها ثلاثاً، ولهذا يمكن أن نعرف زواج التحليل اصطلاحاً بأنه "تحليل المطلقة ثلاثاً لزوجها الذي طلقها"[63].وقد وافق هذا التعريف ما ذكره ابن منظور وهو من أصل اللغة وافقتهم نفس التعريف بقوله: "أن يطلق الرجل امرأته ثلاثاً فيتزوجها رجل أخر يشترط أن يطلقها بعد مواقعتها أياه لتحل للزوج الأول[64].

أما بالنسبة لآراء الفقهاء في هذا النوع من أنواع الزيجات فقد عده الحنفية زواجاً مكروهاً واستدلوا بذلك أن الرسول ﷺ قد أسماه (محللاً) فدل على صحة الزواج فلو كان فاسداً لما أسماه (محللاً) [65].

أما بقية الفقهاء من المالكية[66] والشافعية[67] والحنابلة[68] فقد أقروا ببطلان هذا الزواج وقد استدلوا بأحاديث عديدة منها ما روي عن عبد الله بن مسعود (رضي الله عنه) قال: "لعن رسول الله ﷺ الواصلة والموصولة، والمحلل والمحلل له، والواشمة والموشومة، وأكل الربا ومطعمه"[69] وما رواه عقبة بن عامر (رضي الله عنه) قال: قال رسول الله ع: "ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ قالوا بلى يا رسول الله، قال: هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له"[70].

أما موقف المشرع العراقي من زواج التحليل فقد جاء القانون العراقي خالياً من الاشارة حول هذا الموضوع. ولكن من خلال تتبع أراء الفقهاء المسلمين حول هذا الأمر يمكن القول بأن زواج التحليل باطل ولهذا كان من الضروري التطرق له ضمن أحكام هذا القانون بتخصيص مادة تبين حكمه أو تحديد الزيجات الفاسدة ومن ضمنها زواج التحليل.أما فيما يتعلق بصلة الباعث بزواج التحليل لاشك أن سبب تحريم هذا النوع من الزواج من قبل جمهور الفقهاء هو تطبيقاً لفكرة الباعث غير المشروع

وهو (نية التأقيت) في الزواج ونية التحايل على الشرع وهذا بطبيعة الحال باعث غير مشروع وذلك لأنه من يتأمل هذا النوع من الزواج بجد أنه زواج غير مشروع إذ لم يقصد فيه المحلل إلى تكوين أسرة ولم يقصد دواماً ولا استقراراً ولا سكناً ولا مودة، لذا فمثل هذا الباعث لا يحترم ولا يعتد به ولا يوضع له وزن أو مكانة[71].

المطلب الثاني

أثر الباعث على طرق انحلال عقد الزواج.

الزواج في الإسلام هو عبارة عن مؤسسة بين شخصين ومن صفاتها أن تكون دائمية ولكن ليست أبدية وتقوم على علاقات تتسم بالمودة والرحمة والتآزر، ولكن بطبيعة الحال قد تتعرض هذه المؤسسة إلى خلافات تعصف بناء الحياة الزوجية ويحل التنافر بدل الانسجام ،والوئام ، والكراهية بدل المحبة والالفة، والقسوة بدل الرحمة والعطف، فيستحكم الشقاق ويتعذر الأصلاح ولهذا أمام هذا الواقع فأن الإسلام قد أقر نظام أنحلال عقد الزواج ووضع له مجموعة من الضوابط والشروط[72].

ولكن أحياناً قد يحيد أحد الطرفين عن هذه الضوابط والشروط، فقد يطلق الزوج زوجته لغرض غير مشروع، كما قد تطالب المرأة بحقها في الأنفصال ولكن لغايات غير مشروعة، وهذا ما سأبينه في الفروع الاتية:

الفرع الأول: طلاق المريض مرض الموت.

من المعروف أن الطلاق في أغلبه يقع في الحالات العادية صحيحاً، وتترتب عليه كافة أثاره الشرعية، ولكن في بعض الحالات قد يقع الطلاق في ظروف غير اعتيادية من ضمنها (اثناء مرض الموت) سواء من قبل الزوج فسُمي هذا الطلاق بطلاق الفار أي أنه يفر من ميراثها والتهرب من حكم الله[73]، وأيضاً قد تكون الزوجة هي القادرة إذا حدثت الطلاق من جهتها عن طريق الخلع، وهذا ما سأبينه في الفرع الثاني من هذا المطلب.

أما بالنسبة لأراء الفقهاء في مسالة طلاق المريض مرض الموت: فقد ذهب فقهاء المذاهب الأربعة الحنفية[74]والشافعية[75] و المالكية[76]والحنابلة[77] إلى أنه من طلق زوجته في مرض الموت فأنها ترث منه في مسالة له على خلاف مقصوده وهو حرمانها من الميراث.

أما فيما يتعلق بموقف القانون العراقي من طلاق الفار فقد نص بصريح العبارة في المادة الخامسة والثلاثون من قانون الأحوال الشخصية على عدم وقوع الطلاق من بعض المطلقين الموصوفين بالصفات التالية وهي:(السُكر، الجنون، العته، الإكراه، فقد التمييز من غضب أو مصيبة مفاجئة أو كبر أو مرض، المرض في مرض الموت أو في حالة يغلب عليها الهلاك إذا مات في ذلك المرض أو تلك الحالة).

وهذا يعني أن المشرع العراقي قد نص في الفقرة (2) من المادة (35) على منع وقوع طلاق المريض مرض الموت أصلاً، بمعنى أنه إذا مات الزوج من ذلك المرض فأن زوجته باقية على حالها وترثه لعدم وقوع الطلاق، وهذا يعني أن المشرع العراقي قد وافق اراء المذاهب الأربعة بتوريث مطلقة المريض مرض الموت . بالإضافة إلى هذه الحالة فقد أضاف المشرع العراقي (حالة يغلب في مثلها الهلاك) كحالة المحكوم عليه بالإعدام، فالحكم واحد في الحالتين وهو توريث المطلقة من طلاق الفار .

أما بخصوص صلة طلاق الفار بالباعث غير المشروع فبعد استعراض اراء الفقهاء المسلمين ثم بيان موقف المشرع العراقي نجد أنهم متفقون جميعاً شرعاً وقانوناً على توريث المرأة التي طلقها زوجها في مرض الموت، ونجد أن هذا الأجماع هو اعمال الباعث غير المشروع وذلك لأن الطلاق وحده في هذا الظرف يعد قرينة قوية جداً على أن باعث الزوج هو حرمان الزوجة من الميراث، حيث أن حياة الزوجة ستنتهي حتماً بوفاة الزوجة فلا حاجة لانهائها بالطلاق .

اذ ان قصد الزوج هو حرمان الزوجة من الميراث ولهذا سُمي هذا النوع من الطلاق (بطلاق الفار).ولهذا نلاحظ أن ثبوت الأرث للزوجة كان عن طريق (الاستحسان)[78] لأن الزوج كان قاصداً الأضرار بزوجته فيعاقب بخلاف مقصوده كمعاقبة قاتل مورثه بالحرمان من الميراث[79].

الفرع الثاني: خلع المريض مرض الموت.

تحت نفس الظرف الذي يمكن أن يقع به الزوج وهو ظرف (مرض الموت) يمكن أن تقع فيه الزوجة أيضاً فتستغل هذا الظرف لأستخدام حقها في خلع الزوج ولكن الباعث في هذا التصرف هو باعث غير مشروع وهو حرمانه من الأرث، وحتى نبين علاقة الباعث غير المشروع يخلع المريضة مرض الموت كان لابد أن نبين معنى الخلع بداية ثم موقف الفقهاء من خلع المريضة من حيث الأجازة أو المنع.

فالخلع لغةً هو: يأتي بعدة معاني منها النزع والإزالة، فقيل: خلع امرأته خُلعاً بالضم، وخَالعها: أزالها عن نفسه[80]، إلا أن العرف نص الخلع بضم الخاء في إزالة الزوجية وخص الخَلع –بفتح الخاء– في أزالة غير الزوجية[81].وسُمي خُلعاً لأن الله تعالى جعل النساء لباساً للرجال والرجال لباس لهن، فإذا طلقها فقد خلع كل واحد منهما لباس صاحبه[82].

أما تعريفه عند الفقهاء، فقد وردت عدة تعاريف منها: حل عقدة الزوجية بلفظ الخلع وما في معناه في مقابل عوض تلتزم به المرأة[83].

أما فيما يخص أراء الفقهاء المسلمين في خلع المريضة مرض الموت ،فيكون على النحو الآتي:

الحنفية: أجازوا خلع المريضة، لأنه معلق على قبول المال من الزوج ،وقد وجد هذا القبول فيستحق بدل الخلع وبقدر من ثلث التركة ولا يزيد عن الثلث ولا عن نصيبه من الميراث إن ماتت في العدة[84].

أما المالكية بعضهم: قد أجازوا ايضاً الخلع إذا كان مقدار البدل لا يتجاوز قدر ميراثه منها[85]، والأكثرية: قالوا بعدم جوازه مطلقاً[86].

أما الشافعية: فقد أجازوا ايضاً الخلع على أن يكون بدل الخلع لا يتجاوز مهر مثلها فأن تجاوز يعتبر من الثلث كالوصية ولا توارث بينهما مطلقاً ولو مات احدهما وهي في العدة[87] وهذا رأي الحنابلة ايضاً[88].

أما عن موقف المشرع العراقي من هذه المسألة فنجد أن المشرع العراقي قد نص في المادة (46) من قانون الأحوال الشخصية في الفقرة (2) منها على شروط صحة الخلع بصورة عامة حيث ذكرت بأنه "يشترط لصحة الخلع أن يكون الزوج أهلاً لإيقاع الطلاق، وأن تكون الزوجة محلاً له ويقع بالخلع طلاق بائن"[89]، وبهذا يكون المشرع العراقي قد نص على عدم صحة الخلع الصادر من الزوج المريض مرض الموت أي أنه اشترط الأهلية في إيقاع الخلع إلا أنه وفي الوقت نفسه لم يتطرق إلى جواز أو عدم جواز الخُلع الصادر من الزوجة في مرض الموت، ولكن يمكن أن تقول أنه قياساً على شرط الأهلية المطلوب توافره في صحة الخلع الصادر من الزوج أيضاً لابد توافره بالنسبة للزوجة المريضة وبالتالي يمكن أن نقول بعدم صحة خُلع المريضة مرض الموت.

وهذا قريب من مذهب بعض من المالكية الذين قالوا بعدم جواز الخلع من المريضة مرض الموت.

أما عن علاقة خلع المريضة بالباعث:

فمن خلال تتبع أراء الفقهاء المسلمين الذين نادوا بجواز خلع المريضة مرض الموت وقد اتفقوا على ان يكون بدل الخلع لا يتجاوز مقدار نصيب المخالع من التركة.ومن جانب أخر عدم جواز الخلع الصادر من المريضة مطلقاً.

وهو رأي بعض المالكية وموقف المشرع العراقي نجد أن في الرأيين اعمالاً للباعث غير المشروع أما من جانب أن لا يتجاوز مقدار الخلع حصة المخالع من التركة فالباعث الغير مشروع هنا هو قصد المرأة اعطاء زوجها المخالع قدراً أكبر من المال يفوق نصيبه من التركة[90]، وبهذا قد حافظ الفقهاء على أنصبة الورثة من خلال أعمال الباعث.

أما من جانب عدم أجازة خلع المريضة مرض الموت مطلقاً فهو أيضاً اعمال للباعث الغير مشروع من خلال أن قيام الزوجة بتطليق نفسها بموجب الخلع بقصد الأضرار يعد تعسفاً لأنها بذلك قد اساءت استعمال هذا الحق في تطليق نفسها وأضرت بالأخرين (بقية الورثة) من خلال اعطاء الزوج حصة أكبر من حصته من التركة وأنقاص حصص بقية الورثة وهذا يعتبر قرينة دالة على قصد الأضرار بالأسرة والضرر ممنوع ودفعه مطلوب لقوله ع: (لا ضرر ولا ضرار)[91].

الفرع الثالث: العضل

يمكن أن نقول أن العضل نوعان: عضل الولي لموليته وعضل الزوج لزوجته.

والواقع أن في كلا النوعين مضرة للمرأة وحرمانها من حريتها سواء الحرية في اختيار الزوج الكفء أو المناسب أو حريتها في التخلص من زواج غير مناسب لها، ولكي أبين مدى العلاقة بين الباعث غير المشروع وبين هذين النوعين من العضل كان لابد من استعراض موجز لعضل الولي ثم عضل الزوج.

أولاً: عضل الولي.

العضل لغة يراد به: المنع والحبس في ضيق وشدة والحيلولة بين الشخص وبين مراده، يقال عضل الرجل حرمته عضلاً، وعضل المرأة عن الزوج: حبسها، وعضل بهم المكان: ضاق، وأعضل الأمر: أشتد ومنه داء عضال أي شديد[92].وعضل المرأة عن الزواج حبسها، وعضل الرجل: منعها من الزواج ظلماً[93].

أما اصطلاحاً: هو أن يمنع الولي المرأة عن نكاح من ترضاه.

أما عن موقف الفقهاء المسلمين من مسألة العضل:

فقد اتفق الفقهاء من الأحناف[94] والشافعية[95] والمالكية[96] والحنابلة[97] على منع العضل وتحريمه وأن المرأة التي تم منعها من الزواج تنتقل الولاية عليها إلى ولي الأمر، وعللوا ذلك بقولهم: أن تزويج المرأة كان حقاً لها على وليها فإذا امتنع قام الحاكم بتزويجها من الكفء، وقد استدلوا بقول الرسول ﷺ: "أيما امرأة لم ينكحها الولي فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل، فأن أصابها فلها مهرها بما أصاب منها، فأن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"[98].

أما موقف المشرع العراقي من مسألة عضل الولي لموليته فقد بين هذه المسألة في المادة الثامنة من قانون الأحوال الشخصية العراقي في الفقرة (1) فيما يخص مسألة الأهلية الناقصة صحة الزواج منوطة بأذن القاضي لاجراء عقد الزواج، لكن بعد استحصال أذن الولي الشرعي إلا أنه وفي نفس الوقت قد حدد وقت محدد أو مدة يحددها القاضي للولي للقبول أو الرفض على أن يكون رفضه مسبباً بسبب تقتنع به المحكمة فيرد الطلب أو يأذن القاضي بالزواج إذا لم يقنع القاضي بسبب رفض الولي لزواج موليته[99]، وهذا يعني أن هذه المادة جاءت متفقة مع أراء الفقهاء التي سبق ذكرها حول منع العضل وتحريمه وأنتقال الولاية إلى ولي الأمر (القاضي).

ثم جاءت المادة (9) في فقراتها (1)، (2)، (3) لتعالج حالة الإكراه على الزواج وحالة المنع من الزواج لأسباب قد تكون عشائرية أو عصبية أو قبلية، أو لأي أسباب أخرى، حيث حاولت هذه المادة حماية المرأة وأنقاذها من عرف عشائري فاسد وهو عرف (النهوة) حيث أن المرأة في المجتمع العشائري تقع ضحية لمثل هذه الأعراف وهو أحقية ابن العم بالزواج منها دون بقية الرجال من خارج القبيلة أو

العشيرة بغض النظر إذا ما كان هناك تكافؤ بينهما أو قواسم مشتركة سواء أكانت قواسم اجتماعية أو ثقافية أو علمية، وغالباً ما يكون مصير هذا النوع من الزيجات هو الفشل، وللقضاء على هذه الظاهرة الغير صحية فرض المشرع العراقي عقوبات قانونية على أقرباء الفتاة أو المرأة سواء كانوا أقرباء من الدرجة الأولى أو بقية الدرجات بعقوبة السجن لا تزيد عن عشر سنوات حيث نصت المادة (9) فقرة (1) على أنه:(...كما لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار منع من كان أهلاً للزواج بموجب احكام هذا القانون عن الزواج).

فقرة (2) نصت على: "يعاقب من يخالف أحكام الفقرة (1) من هذه المادة بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبالغرامة أو بأحدى هاتين العقوبتين إذا كان قريباً من الدرجة الأولى أما إذا كان المخالف من غير هؤلاء فتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنوات أو الحبس مدة لا تقل على ثلاث سنوات"[100].

أما عن علاقة العضل الولي لموليته بالباعث غير المشروع.

فبعد استقراء اراء الفقهاء المسلمين وموقف القانون العراقي من هذه المسألة نجد أن المشرع العراقي قد أتفق مع أراء الفقهاء المسلمين في منع العضل الصادر من الولي لموليته وفي هذا المنع أعمالاً للباعث غير المشروع، ويظهر الباعث غير المشروع في هذه المسألة بعدة صور يمكن أن نوضحها فيما يلي:

التمسك ببعض العادات البالية والعناد المجرد ويظهر ذلك في منع الولي من ارجاع موليته إلى زوجها الذي طلقها طلاق بينونة صغرى، قال الله تعالى:" وَإِذَا قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ ۗ ذَٰلِكَ يُوعَظُ بِهِۦ مَن كَانَ مِنكُمْ يُؤْمِنُ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ ۗ ذَٰلِكُمْ أَزْكَىٰ لَكُمْ وَأَطْهَرُ ۚ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾[101]

تظهر صورة العضل في منع الفتاة اليتيمة التي تكون شريكة وليهما في ماله فيعضلها أي يمنعها من الزواج من غيره كراهة أن يشاركه أحد في مالها قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ وَيَسْتَفْتُونَكَ فِى ٱلنِّسَآءِ ۖ قُلِ ٱللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِى ٱلْكِتَٰبِ فِى يَتَٰمَى ٱلنِّسَآءِ ٱلَّٰتِى لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنكِحُوهُنَّ وَٱلْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ ٱلْوِلْدَٰنِ وَأَن تَقُومُوا۟ لِلْيَتَٰمَىٰ بِٱلْقِسْطِ ۚ وَمَا تَفْعَلُوا۟ مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِهِۦ عَلِيمًا ﴾[102]

الطمع في مال المرأة أو طلب مهر كثير أو لغرض الإبقاء عليها من أجل الخدمة والراتب.

ومن هذه الصور نجد أن الفقهاء المسلمين والمشرع العراقي قد راعوا مصلحة المرأة في دفع العضل عنها اعمالاً بالباعث غير المشروع الموجود عند الولي.

ثانياً: عضل الزوج.

المقصود بعضل الزوج: هو أن يضارها ولا يحسن عشرتها فهو لا يعاملها معاملة الأزواج ولا يتركها تتصرف في نفسها[103].أما أراء الفقهاء المسلمين[104] في مسألة عضل الزوج لزوجته فقد اتفقوا ايضاً على عدم أجازته وذلك لأن في العضل يتحقق الضرر لها وسوء العشرة قاصراً بذلك أن تفتدي منه بما أعطاه من المهر وما يأخذه منها في هذه الحالة لا يستحقه لأنه عوض أكرهت على بذله بغير حق فلم يستحقه وقد استندوا في أنفاقهم هذا إلى قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَرِثُواْ ٱلنِّسَآءَ كَرۡهٗاۖ وَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ لِتَذۡهَبُواْ بِبَعۡضِ مَآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ إِلَّآ أَن يَأۡتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖۚ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ فَإِن كَرِهۡتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰٓ أَن تَكۡرَهُواْ شَيۡـٔٗا وَيَجۡعَلَ ٱللَّهُ فِيهِ خَيۡرٗا كَثِيرٗا ﴾ [105].

أما موقف المشرع العراقي من مسألة عضل الزوج لزوجته:لم يتطرق المشرع العراقي لمسألة عضل الزوج لزوجته إذ لم يعد هناك داع لذلك طالما ان خيار الخلع متوفر للزوجة متى ما أرادت التخلص من الزواج إذا كان هذا الزواج فيه ضرر لها، بأي وجه من الوجوه.

أما صلة الباعث الغير مشروع بمسألة عضل الزوج لزوجته فتظهر جلياً بنية الزوج من أضرار الزوجة بمعاشرتها أو حرمانها من حقوقها لدفعها إلى طلب الطلاق للتخلص من الضرر اللاحق بها، وهذا ما اتفق عليه الفقهاء المسلمين كما وضحنا مسبقاً.

الفرع الرابع: الرجعة.

الطلاق الرجعي لا يزيل الرابطة الزوجية في الحال وإنما زوال هذه الرابطة متوقف على إنقضاء العدة فاللمطلق له أن يُعيد المطلقة إلى الزوجية من دون حاجة إلى عقد جديد ما دامت في العدة، وهذه الإعادة هي ما يطلق عليها في الفقه اسم "الرجعة"[106].

ويمكن تعريف الرجعة لغة: المراجعة والمعاودة، يقال راجعه الكلام، واسترجعتُ منه الشيء: إذا أخذت منه ما دفعته إليه[107].

أما اصطلاحاً: فهناك تعاريف عديدة للرجعة يمكن أن نذكر احد هذه التعاريف وهو: رد المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن في العدة على وجه مخصوص[108].

أما أراء الفقهاء المسلمين في حكم الرجعة بنية الإضرار:

فأتفق الفقهاء المسلمين على صحة الرجعة من قبل الزوج في الظروف الاعتيادية أي عندما لا تكون هناك نية من الزوج في تطويل مدة العدة بنية الأضرار بالزوجة. واتفقوا في نفس الوقت[109] على حرية تطويل العدة على الزوجة بالمراجعة إذا قاربت أنقضاء عدتها ثم يطلقها حتى تستأنف العدة فإذا قاربت

انقضاء العدة راجعها الزوج وهذا ما فيه تحقيق ضرراً على الزوجة، وقد استندوا في رأيهم هذا إلى قوله تعالى: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟ ۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ ۚ وَلَا تَتَّخِذُوٓا۟ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوًا ۚ وَٱذْكُرُوا۟ نِعْمَتَ ٱللَّهِ عَلَيْكُمْ وَمَآ أَنزَلَ عَلَيْكُم مِّنَ ٱلْكِتَٰبِ وَٱلْحِكْمَةِ يَعِظُكُم بِهِۦ ۚ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّ ٱللَّهَ بِكُلِّ شَىْءٍ عَلِيمٌ ﴾[110].

أما فيما يتعلق بموقف المشرع العراقي من مسألة المضارة بالرجعة، فلم يتطرق المشرع العراقي لهذا الموضوع، ألا أنه كان من الأجدر أن يتطرق لهذه المسألة ويضع لها أحكاماً وجزاءً في قانون الأحوال الشخصية، باعتبار أن هذه المسألة كثيرة الوقوع في المجتمع ولابد من وضع حد لحالات التماطل في إرجاع الزوجة باعتبار أن هذه الزوجة تضررت بادئ الأمر بايقاع الطلاق عليها ثم ذاقت مر الأهانة برجعة الضرار.

أما صلة الباعث غير المشروع بالمضارة بالرجعة:

بعد استعراض اراء الفقهاء المسلمين المتفقين على عدم جواز رجعة الرجل لزوجته بنية الأضرار بها، فنجد أن اتفاقهم هذا كان اعمالاً للباعث الغير مشروع للزوج، فقصد الزوج هنا هو ليس الأصلاح أو من أجل الحفاظ على الأسرة، وإنما كان من أجل الأضرار فنيته كانت نية فاسدة فيعامل بمثل نيته ولا تُقبل رجعته اعمالاً بقوله تعالى:

قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟ ۚ ﴾[111].

الخاتمة والاستنتاجات:

بعد الانتهاء من البحث الذي أردت أن أوضح فيه مدى علاقة الباعث غير المشروع ببعض من عقود الأحوال الشخصية (الزواج والطلاق) توصلت إلى بعض من النتائج وهي كما يلي:

1- كل تصرف أو عمل يقوم به الأنسان يوجد له سبب باعث ودافع حمله للقيام بهذا الفعل، بمعنى أن الباعث هو الذي يؤثر على تصرفات الأنسان وبالتالي يؤثر على العقود التي يبرمها من حيث الصحة والبطلان.

2- الشريعة الإسلامية كانت سباقة في إرساء قواعد الباعث قبل القوانين الوضعية وقد اطلقوا تسميات متعددة للباعث مثل (النية، والقصد) أما القوانين الوضعية فقد أطلقوا عليه تسمية السبب، والباعث الذاتي، والباعث الدافع.

3- عقود الأحوال الشخصية لها جانبان: الجانب المادي الذي يتمثل بالتصرفات المالية بين الأشخاص والتي يمكن معالجة الضرر الناتج منها بالتعويض. أما الجانب الشخصي: فهو الذي يتعلق بتكوين الأسرة والحقوق الشخصية لأفرادها، وللباعث أهمية كبيرة في الحفاظ على هذه الحقوق من اجل التوصل نتيجة مهمة وهي حماية المجتمع والأسرة.

4- بما أن الباعث أمر ذاتي ونفسي يصعب الكشف أو الاستدلال عليه لهذا وضع الفقهاء المسلمين ضوابط يمكن من خلالها التعرف على الباعث وهذه الضوابط تتمثل بعلم الطرف الاخر بالباعث ومشروعية هذا الباعث.

5- عند القانونيين الباعث هو السبب وقد ظهرت نظريتان للسبب: النظرية التقليدية وأنصارها القانون الالماني متفقاً في ذلك مع النزعة الموضوعية التي نادَ بها المذهب الحنفي والشافعي والنظرية الحديثة وأنصارها القانون الفرنسي والايطالي متفقاً في ذلك مع النزعة الذاتية التي نادَ بها المذهب المالكي والحنبلي والظاهري.

6- القانون العراقي في نصوصه نادىَ بأزدواجية السبب، أي أخذ بالنظريتين معاً أما قررات المحاكم العراقية تنادي بالأخذ بالنظرية الحديثة (النزعة الذاتية).

7- يوجد الكثير من المسائل التي لها علاقة بالباعث منها ما نص عليها المشرع العراقي وكان موفقاً في ذلك في تحريم خطبة المعتدة أعمالاً بالباعث الغير مشروع وإقراره بالتعويض إذا اقترن العدول عن الخطبة بضرر وهذا الأقرار يكون اعمالاً للباعث الغير مشروع.ومنه طلاق المريض مرض الموت وعضل الولي لموليته.إلا أنه وفي نفس أغفل عن النص على بعض في المسائل التي لها علاقة بالباعث منها تحريم الخطبة على الخطبة وزواج التحليل وعضل الزوج لزوجته والرجعة بنية الأضرار.وكان الأجدر بالمشرع العراقي مراجعة هذه المسائل والنص عليها باعتبارها أحكام شرعية وضعها الله – سبحانه وتعالى–، كما أنها محتملة الوقوع في الحياة العملية.

8- بعد استعراض اراء الفقهاء المسلمين في المسائل المتعلقة أو المرتبطة بالباعث نجد تنوع وتعدد للمصادر الفقهية ونتيجة لهذا التنوع ظهرت تباينت اراء الفقهاء المسلمين.

التوصيات:

1- تعتبر الأسرة هي أساس المجتمع، لهذا حاول الفقه الإسلامي أحاطة هذه الأسرة بالعناية الخاصة، ولهذا يجب أن يكون موقف المشرع العراقي منسجماً مع موقف الفقه الإسلامي في اعطاء الأسرة مزيد من الأهمية من خلال تفصيل النصوص القانونية التي تخلص الأسرة من الاخطار التي تهدد تماسكها وتسعى إلى تفكيكها كما هو الحال بالباعث الغير مشروع الذي أهمل في عماله والنص عليه في الكثير من النصوص القانونية.

2- يمكن أن توصي ايضاً بإقامة عدد من الندوات العلمية والبحوث الأكاديمية لأساتذة القانون والباحثين من طلبة الدراسات العليا للتوصل للكثير من الثغرات أو المسائل التي اهمل قانون الاحوال الشخصية العراقي النص عليها.

ومن الله التوفيق

المصادر

- القرآن الكريم.

اولاً: كتب التفسير:

1. الكافي: القرطبي: أبو عبد الله محمد بن احمد الأنصاري، نشر دار الكتاب العربي للطباعة والنشر 1387هـ-1967م.
2. جامع البيان في تأويل القرآن: ابن جرير الطبري، تحقيق محمود محمد شاكر، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط2.

ثانياً: كتب اللغة:

1. الزاهر في غريب الفاظ الشافعي، محمد الازهري، تحقيق عبد المنعم طوعي بشناتي، دار البشائر الإسلامية، بيروت- لبنان، ط1، سنة 1419هـ-1998م.
2. المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى، احمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد النجار، تحقيق مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، ج2 ص965.
3. معجم مقاييس اللغة، أبو الحسين بن فارس، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، سنة 1399هـ-1979م.
4. لسان العرب: ابن منظور، ابو الفضل جمال الدين، دار صادر ودار بيروت للطباعة والنشر 1388هـ-1968م.
5. القاموس المحيط: مجد الدين بن يعقوب الفيروزآبادي، توفي (817هـ)، ط8، لبنان، مؤسسة الرسالة، 1408هـ-1984م.
6. المحكم والمحيط الأعظم: علي بن سيده، تحقيق عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية، ط1، سنة 1421هـ-2000م.
7. العين: أبي عبد الرحمن الفراهيدي، تحقيق مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، دار مكتبة الهلال، ج2 ص112.

ثالثاً: كتب الحديث وشروحها:

1. صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج النيسابوري، مطبعة محمد علي، مصر، ج3.
2. السنن الكبرى، ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، المطبعة العلمية بحلب 1313هـ.

3. صحيح البخاري، محب الدين الخطيب، المطبعة السلفية ومكتبتها، القاهرة، ط1، سنة 1400هـ.

رابعاً: كتب الفقه الاسلامي:

1. الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي.
2. الباعث على العقود في الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي، ط1، دمشق، دار المكتبي، 1420هـ-2000م.
3. الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط1، سنة 1425هـ-2004م.
4. الأمنية في إدراك النية، احمد بن أدريس القرافي، أبو العباس، المحقق، مساعد بن قاسم الفالح، مكتبة الحرمين، سنة النشر 1408هـ-1988م، ط1.
5. الذخيرة، شهاب الدين احمد بن إدريس القرافي، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، ط1، سنة 1994م، ج1.
6. إحياء علوم الدين، أبو حامد الغزالي وبهامشه المغني عن محل الاسفار في تخريج ما في الأحياء من اخبار أبو الفضل عبد الرحيم العراقي، دار الفكر، ج4 ص309-310.

خامساً: كتب الفقه الحنفي:

1. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، تحقيق علي محمد معوض، عادل احمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط2، سنة 1424هـ-2003م.
2. المبسوط، محمد بن احمد بن أبي سهل شمس الأمة السرخسي، بيروت، دار المعرفة، 1414هـ-1993م، ج5.
3. رد المحتار على الدر المختار، محمد أمين بن عابدين، الطبعة الأميرية، القاهرة 1326هـ.
4. الحجة على أهل المدينة، محمد بن الحسن الشيباني، تحقيق: مهدي حسن الكيلاني، عالم الكتب، بيروت- لبنان، ج3.
5. حاشية ابن عابدين، محمد أمين بن عابدين، طبعة دار الفكر، بيروت.

سادساً: كتب الفقه الشافعي:

1. الأم، محمد بن إدريس الشافعي، تحقيق رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، ط1، سنة 1422هـ-2001م، ج4.
2. الاقناع، شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني، مطبعة مصطفى الحلبي، 1940.

3. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني، المطبعة الميمنية بالقاهرة.
4. المهذب، أبو اسحق ابراهيم علي الشيرازي، تحقيق زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، ط1 سنة 1416هـ–1995م، ج2 ص448.
5. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، شرح مختصر المزني، علي محمد الماوردي، تحقيق علي محمد معوض، عادل احمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان، ط1، 1414هـ–1994م.

سابعاً: كتب الفقه المالكي:

1. المدونة الكبرى، مالك بن أنس، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان، ط1، سنة 1415هـ–1994م، ج3.
2. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن احمد بن محمد ابن رشد، مطبعة الاستقامة بالقاهرة، 1938.
3. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، محمد بن محمد بن عرفة الدسوقي، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، القاهرة، 1911م.
4. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل للمسائل المستخرجة، أبو الوليد محمد بن احمد بن رشد القرطبي، دار الغرب الإسلامي، بيروت– لبنان، 1408هـ–1988م، ط2.
5. المنتقى شرح الموطأ، الإمام مالك، أبو الوليد سليمان بن خلف الاندلسي، ط1، 1331هـ، مطبعة السعادة، القاهرة.
6. الشرح الصغير، أبو البركات احمد بن محمد احمد الدردير، مطابع دار المعارف بمصر 1974م.

ثامناً: كتب الفقه الحنبلي:

1. المغني، ابن قدامة المقدسي تحقيق عبد الله عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، ط3، سنة 1417هـ–1997م، ج6.

تاسعاً: كتب الفقه الظاهري:

1. المحلى، علي ابن حزم، تحقيق محمد منير الدمشقي، إدارة الطباعة المنيرية، سنة 1351هـ، ج9.

عاشراً :كتب فقهية وقانونية عامة ومتخصصة:

1. أحكام الأسرة في الإسلام –دراسة مقارنة– بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، محمد مصطفى شلبي– الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ط4، سنة 1403هـ–1983م.
2. أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية، محمد الشافعي، مطبعة المعارف الجديدة، 1993.
3. الأحكام الشرعية للزواج والطلاق وأثارهما، دراسة فقهية مقارنة، د.عبد الحميد الجياش، دار النهضة العربية.
4. الأحوال الشخصية، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، ط3، سنة 1368هـ–1948م.
5. الأسرة بين الجمود والحداثة، د.أحمد آباش، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2011.
6. الانكحة الفاسدة في ضوء الكتاب والسنة، الشيخ عادل احمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، ط1، 2005م–1426هـ.
7. التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، الدكتور جعفر فخري محمد جانم، دار الحامد للنشر، عمان –الأردن، ط1، 2009.
8. دور الإرادة في احكام الزواج والطلاق والوصية، محمد خضر قادر.
9. مقدمات عقد الزواج والخطبة في الفقه والقانون، الدكتور جميل فخري محمد جانم، دار الحامد للنشر، عمان–الأردن، 2009.
10. الحكيم ، نظرية الالتزام في القانون المدني , بغداد ، مطبعة التعليم العالي ، 1986م.
11. نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، حلجة آيت حمودي، دار الحداثة، بيروت، ط1.
12. نظرية التعسف في أستعمال الحق، فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، سنة 1977م–1337هـ.
13. الوجيز في نظرية الالتزام ، في القانون المدني، عبد المجيد الحكيم، المكتبة القانونية بغداد، ط 2017.
14. الوجيز في شرح الأحوال الشخصية وتعديلاته، ج1، الزواج والطلاق وأثارهما، ط1، احمد الكبيسي.
15. الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق السنهوري، دار النهضة العربية، 1963م.
16. الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية ، فاروق عبد الكريم، 2004م.

احد عشر :القوانين:

1-قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل

الهوامش

---

(1) رواه البخاري في صحيحه، محب الدين الخطيب المطبعة السلفية ومكتبتها، القاهرة، ط1، سنة 1400هـ، ج2، ص215، رقم الحديث (6315).

(2) رواه مسلم في صحيحه، مسلم بن الحجاج النيسابوري ، مطبعة علي مصر ، ج3 ، ص1516، رقم الحديث (1907).

(3) المحكم والمحيط الأعظم، علي بن سيده، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية، ط1، سنة 1421هـ-2000م، ج2، ص96.

(4) العين: أبي عبد الرحمن الفراهيدي، تحقيق: مهدي المخزومي وإبراهيم السامرائي، دار مكتبة الهلال، ج2 ص112.

(5) سورة البقرة، آية (56).

(6) جامع البيان عن تأويل القرآن، محمد بن جرير بن يزيد بن كثير أبو جعفر الطبري، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، القاهرة، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والأعلان، 1422هـ-2001م، ج1، ص290.

(7) أساس البلاغة، الزمخشري، تحقيق محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط1، سنة 1419هـ-1998م، ج1، ص66.

(8) نظرية التعسف في أستعمال الحق، فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2، سنة 1977-1337هـ، ص207.

(9) الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي, دار الفكر ، سوريا- دمشق ،ط4 ، ج1 ، ص146.

(10) الزاهر في غريب الفاظ الشافعي، محمد الأزهري، تحقيق: عبد المنعم طوعي بشناتي، دار البشائر الإسلامية، بيروت- لبنان، ط1، سنة 1419هـ-1998م، ص13.

(11) المعجم الوسيط، إبراهيم مصطفى، احمد الزيات، حامد عبد القادر محمد النجار، تحقيق مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، ج2، ص965.

(12) معجم مقاييس اللغة، أبو الحسين بن فارس، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، سنة 1399هـ-1979م، ج5، ص366.

(13) المعجم الوسيط، نفس المصدر، ج2، ص966.

(14) الذخيرة، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، ط1، سنة 1994، ج1، ص240.

(15) إحياء علوم الدين، أبو حامد الغزالي، وبهامشه المغني عن حمل الأسفار في تخريج ما في الأحياء من أخبار، لأبي الفضل عبد الرحيم العراقي، دار الفكر، ج4 ص309، ص310.

(16) لسان العرب، ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين، دار صادر ودار بيروت للطباعة والنشر، 1388هـ-1968م، ج5، ص3642.

(17) الأمنية في إدراك النية، احمد بن إدريس القرافي أبو العباس، المحقق: مساعد بن قاسم الفالح، مكتبة الحرمين، سنة النشر 1408هـ-1988م، ط1، المجلد1، ص221.

(18) الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط1، سنة 1425هـ-2004م، ج42، ص60.

(19) نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، حليمة آيت حمودي، دار الحداثة، بيروت، ط1، ص14.

(20) نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، نفس المصدر، ص16.

(21) سورة البقرة، آية 233.

(22) المبسوط، محمد بن احمد بن أبي سهل شمس الأمة السرخسي، (المتوفي 483هـ)، بيروت، دار المعرفة، 1414هـ-1993م، ج5، ص208.

(23) رواه مسلم في صحيحه، مسلم بن الحجاج النيسابوري، مطبعة محمد علي، مصر، ج3، ص1516، حديث رقم 1907.

(24) الباعث على العقود في الفقه الإسلامي، وهبة الزحيلي، ط1، دمشق، دار المكتبي، 1420هـ-2000م، ص8 وما بعدها.

(25) الأم، محمد بن أدريس الشافعي، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، ط1، سنة 1422هـ-2001م، ج4، ص206.

(26) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين الكاساني، تحقيق علي محمد معوض، عادل احمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط2، سنة 1424هـ-2003م، ج4، ص404.

(27) المدونة الكبرى، مالك بن أنس، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، سنة 1415هـ-1994م، ج3، ص435.

(28) المغني، ابن قدامة المقدسي، تحقيق عبد الله عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، ط3، سنة 1417هـ-1997م، ج6، ص319.

(29) المحلى، علي ابن حزم، تحقيق محمد منير الدمشقي، إدارة الطباعة المنيرية سنة 1351هـ، ج9، ص29-30.

(30) الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق السنهوري، دار النهضة العربية، 1963م، ص463.

(31) الحكيم ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، بغداد ، مطبعة التعليم العالي، 1986،ص103.

(32) الحكيم، نفس المصدر ، ص460.

(33) عبد المجيد البكري، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، المكتبة القانونية، بغداد ، 2017،ص139 .

(34) قرار محكمة التمييز العراقية المرقم 654/ح/967، مجلة القضاء، كانون الثاني 1968، ص66.

(35) أحكام الأسرة في ضوء مدونة الاحوال الشخصية، محمد الشافعي، مطبعة المعارف الجديدة، 1993، ص65.

(36) القاموس المحيط، مجد الدين بن يعقوب الفيروزآبادي توفي (817هـ)، ط8، لبنان، مؤسسة الرسالة، 1408هـ-1984م، ص80.

(37) أحكام الأسرة في الإسلام، (دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون)، محمد مصطفى شلبي، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ط4 سنة 1403هـ-1983م، ص76.

(38) الأحوال الشخصية، محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي، ط3، سنة 1368هـ-1948م، ص26.

(39) بداية المجتهد، ونهاية المقتصد , ابو الوليد محمد بن احمد بن محمد ابن رشد ، مصطبعة الاستقامة ، القاهرة، 1938، ج2، ص3، الشرح الصغير،ابو البركات احمد بن محمد بن احمد الدردير،مطابع دار المعارف بمصر ، 1974م، ج2، ص342، الكافي،ابو عبد الله محمد بن احمد الانصاري ، نشر دار الكتاب العربي للطباعة والنشر 1387ه- 1967م ، ج521/2، الاقناع، شمس الدين محمد بن احمد الشربيني، مطبعة مصطفى الحلبي ، 1940، ج127/2.

(40) صحيح مسلم، ج5، ص212، مصدر سبق ذكره.

(41) مقدمات عقد الزواج والخطبة في الفقه والقانون، الدكتور جميل فخري محمد جاسم، دار الحامد للنشر، عمان، الأردن، 2009، ص82.

(42) سورة الحجرات، آية 10.

(43) الشرح الصغير، الدردير، ج2، ص343 مصدر سبق ذكره، مغني المحتاج، الشربيني، ج3، ص135-136، المغني، ابن قدامة ج525/7 مصدر سبق ذكره.

(44) الشرح الصغير، الدردير، ج2 ص343 مصدر سبق ذكره، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، شمس الدين محمد بن احمد الشربيني، المطبعة الميمنية بالقاهرة, ج3، ص135، المغني، ابن قدامة، مصدر سبق ذكره، ج7، ص524-525، المحلى، ابن حزم، ص167 مصدر سبق ذكره.

(45) الشرح الصغير، الدردير، ج2، ص348،نفس المصدر، مغني المحتاج، الشربيني ج3، ص135، نفس المصدر، المغني، ابن قدامة، نفس المصدر، ج7، ص524-525، ابن حزم، المحلى، ص167، نفس المصدر.

(46) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني، ج3، ص541-542، نفس المصدر.

(47) المهذب في فقه الشافعي، أبي اسحاق الشيرازي، تحقيق زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، ط1، سنة 1416هـ-1995م، ج2، ص448.

(48) المغني، ابن قدامة، ج7، ص525، نفس المصدر.

(49) حاشية ابن عابدين، محمد أمين، ابن عابدين، طبعة دار الفكر ، بيروت، ج2، ص682، الشرح الصغير، الدردير، مصدر سبق ذكره، ج2، ص348، مغني المحتاج، مصدر سبق ذكره، الشربيني، ج3، مصدر سبق ذكره ،ص136، المغني، ، ابن قدامة، ج7، مصدر سبق ذكره ص524-525، ابن حزم، المحلى، ج9 ص197، مصدر سبق ذكره.

(50) الحائل

(51) الشرح الصغير، نفس المصدر، الدردير، ج2، ص348، مغني المحتاج، نفس المصدر، الشربيني، ج3، ص135، المغني، نفس المصدر، ابن قدامة، ج7، ص524-525، مغني المحتاج، نفس المصدر، الشربيني، ج3، ص131، المحلى، نفس المصدر، ج9، ص167.

(52) نفس المصادر أعلاه.

(53) التدابير الشرعية للحد من العدول عن الخطبة في الفقه والقانون، الدكتور جعفر فخري محمد جانم، دار الحامد للنشر، عمان- الأردن، الطبعة الأولى 2000، ص94.

(54) مقدمات عقد الزواج (الخطبة) في الفقه والقانون، د.جعفر فخري محمد جانم، دار الحامد للنشر، عمان- الأردن، الطبعة الأولى 2009، ص242.

(55) الوجيز في شرح الأحوال الشخصية وتعديلاته، احمد الكبيسي. ج1، الزواج والطلاق وأثارهما، ط2010، ص24.

(56) قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المادة الثالثة منه.

(57) الأسرة بين الجمود والحداثة، د.أحمد اباش، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2011، ص17-18.

(58) رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار،، ابن عابدين. الطبعة الاميرية بالقاهرة ، 1326ه ،ج5 ص3.

(59) الحجة على أهل المدينة، محمد بن الحسن الشيباني، تحقيق: مهدي حسن الكيلاني، عالم الكتب، بيروت- لبنان، ج3، ص495.

(60) الحاوي الكبير، في فقه الامام الشافعي ، شرح مختصر المسدي ، علي محمد الماوردي ، تحقيق علي محمد معوض . عادل احمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، ط1 , 1414ه، 1994م ج8، ص279.

(61) المغني، ابن قدامة، ج10، ص189، مصدر سبق ذكره.

(62) المدونة الكبرى، ج2 ص170، مصدر سبق ذكره.

(63) راجع في ذلك :الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، ج1 ص116، مصدر سبق ذكره، ص210.

(64) راجع في ذلك:الفقه الإسلامي وأدلته، وهبة الزحيلي، نفس المصدر ، ج7، ص117.

(65) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الكاساني، مصدر سبق ذكره، ج4، ص40.

(66) المدونة الكبرى، المالكي، مصدر سبق ذكره، ج2، ص211.

(67) الأم، الشافعي، مصدر سبق ذكره، ج6، ص205-206.

(68) الكافي، مصدر سبق ذكره، ج4، ص291.

(69) ابن ماجه، السنن الكبرى، ابو عبد الله محمد بن يزيد القزويني المطبعة العلمية بحلب ، 1313ه ، كتاب النكاح، باب الرجل يطلق حديث رقم 1935.

(70) ابن ماجة ، السنن الكبرى ، نفس المصدر.

(71) الانكحة الفاسدة في ضوء الكتاب والسنة، الشيخ عادل احمد عبد الموجود، ص75 دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، 2005م-1426هـ.

(72) دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، محمد خضر قادر، مصدر سبق ذكره، ص205، الأسرة بين الجمود والحداثة، د.احمد أباش، مصدر سبق ذكره، ص236.

(73) حاشية ابن عابدين، ابن عابدين، مصدر سبق ذكره، ج5 ص3.

(74) المبسوط، مرجع سبق ذكره، ج6 ص154.

(75) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سبق ذكره، ج2 ص82.

(76) المدونة الكبرى، مرجع سبق ذكره، ج6، ص34.

(77) ابن قدامة، المغني، مرجع سبق ذكره، ج6 ص373.

(78) الاستحسان معناه: العدول عن الحكم في مسألة بحكم نظرائها إلى خلاف لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول.

(79) مغني المحتاج، مرجع سبق ذكره، ج3 ص78.

(80) لسان العرب، مصدر سبق ذكره، ج2 ص1232.

(81) الأحكام الشرعية الزواج والطلاق واثارهما، دراسة فقهية مقارنة، د.عبد الحميد الجياش، دار النهضة العربية، ص224.

(82) لسان العرب، نفس المصدر، ج2 ص1232.

(83) المبسوط، السرخسي، ج6 ص173، مصدر سبق ذكره.

(84) المبسوط، السرخسي، مصدر سبق ذكره، ج6، ص192-193.

(85) المدونة، مصدر سبق ذكره، ج2 ص253-254.

(86) حاشية الدسوقي، مصدر سبق ذكره، ج2 ص354.

(87) الأم، الشافعي، مصدر سبق ذكره، ج6 ص508-509.

(88) المغني، مصدر سبق ذكره، ج8 ص501.

(89) قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المادة (46) الفقرة(2).

(90) المغني، مصدر سبق ذكره، ج8 ص502.

(91) سبق تخريجه.

(92) مختار الصحاح، الرازي، ج1 ص438، محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، طبعة حديثة منقحة.

(93) لسان العرب، ابن منظور، مصدر سبق ذكره، ج11 ص451.

(94) بدائع الصنائع، الكاساني، مصدر سبق ذكره، ج2 ص251.

(95) مغني المحتاج، الشربيني، مصدر سبق ذكره، ج3 ص153.

(96) حاشية الدسوقي، مصدر سبق ذكره، ج2 ص228.

(97) المغني: ابن قدامة، مصدر سبق ذكره، ج9 ص382.

(98) صحيح سنن ابن ماجة باختصار السنن للالباني، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني 1313هـ، ج1 ص316، رقم الحديث 1524.

(99) الوجيز، أحمد الكبيسي، مصدر سبق ذكره، ج1 ص52.

(100) الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي, فاروق عبد الله كريم، 2004م، ص76.

(101) سورة البقرة، الآية 232.

(102) سورة النساء، الآية 127.

(103) جامع البيان في تأويل القرآن، ابن جرير الطبري، تحقيق: محمود محمد شاكر، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط2، ج4، ص464.

(104) بدائع الصنائع، الكاساني، مصدر سبق ذكره، ج3 ص372، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، أبو الوليد محمد بن احمد بن رشد القرطبي، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان، 1408هـ-1988م، ط2، الأم، الشافعي، مصدر سبق ذكره، ج5 ص126، المغني، ابن قدامة، ج7 ص249.

(105) سورة النساء، الآية 19.

(106) الاحكام الشرعية للزواج والطلاق وأثارهم، دراسة فقهية مقارنة، د.عبد الحميد الجياش، مصدر سبق ذكره، ص255.

(107) مختار الصحاح، مصدر سبق ذكره، ج3 ص1218.

(108) مغني المحتاج، مصدر سبق ذكره، ج3 ص439.

(109) المبسوط، مصدر سبق ذكره، ج6 ص25، الأم، مصدر سبق ذكره، ج6 ص629، المغني، مصدر سبق ذكره، ج2 ص394، شرح الموطأ ج5 ص374،، المنتقى، الإمام مالك، أبي الوليد سليمان بن خلف الاندلسي، ط1، 1331هـ، مطبعة السعادة، القاهرة.

(110) سورة البقرة، آية 231.

(111) سورة البقرة، جزء من آية 231.