الإطار المفاهيمي للرضا في عقد الزواج

أ.م.د. ردينة محمد رضا مجيد كربول

جامعة الكوفة / كلية القانون

rudainam.albaraji@uokufa.edu.iq

الملخص:

يعتبر العقد أهم مصدر من مصادر الالتزام، والعقد كما عرفه الفقهاء هو توافق إرادتين باتجاه إحداث اثر قانوني في المعقود عليه، وعليه لابد لانعقاده من توافر تراضي الطرفين، كما ويجب أن ينصب هذا التراضي على محل قابل لترتيب أثر العقد عليه، وبالتالي فإن التراضي تعبيرًا عن إرادة أطراف العقد، وهذه الإرادة لا تصدر إلا عن إنسان عاقل ومدرك ولهذا فإن أركان العقد في القانون هي: "التراضي، وهو الإرادة"، "والسبب، وهو الغاية المشروعة للعقد"، "والمحل، وهو ما يحدده طرفي العقد، والذي يجب أن يكون مستوفيًا لجميع الشروط المنصوص عليها في القانون ولا يبتعد عقد الزواج عن هذا كثيرا.

ولان الرضا هو الركن الذي يقوم عليه عقد الزواج فاننا سنخصص هذا البحث عن موضوعة الرضا وبالتحديد مفهوم الرضا لغة وشرعا وقانونا.

يعد ركن الرضا في عقد الزواج الركن الاول من أركانه، لا بل اعتبره بعض الفقهاء الركن الاوحد فبتوافر التراضي يخلق مثلا عقد الزواج متى ما توافرت إرادتين متوافقتين على ابرام هذا العقد وتحققت شروطه.

وعليه فالتراضي هو: "تطابق إرادتي الإيجاب والقبول من أجل إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه"، لذلك يعد التراضي الأساس الذي يقوم عليه العقد، وعليه يجب أن تصدر هذه الإرادة من شخص حائزًا للأهلية، ولا يعتد القانون بتصرفات بعض الأشخاص، إذ ما شاب تصرفاتهم عيب من عيوب الرضا، كما هو الحال بالطفل غير المميز أو المجنون

ولذا سوف نبحث في هذ البحث مفهوم الرضا من حيث التعريف اللغوي والاصطلاحي فقها وقانونا ، كما اننا سوف نبحث في وجود الرضا وطرق التعبير عنه.

الكلمات الافتتاحية:(الاطار، المفاهيمي ، الرضا ، عقد الزواج).

The conceptual framework of consent in the marriage contract

Assistant professor

Rudaina Muhammad Reda Majeed Karboul

University of Kufa/College of Law

Abstract:

The contract is considered the most important source of obligation, and the contract, as defined by the jurists, is the agreement of two wills towards creating a legal effect on the contracted person. Therefore, for its conclusion, there must be the consent of both parties, and this agreement must be focused on a place that can be arranged to have the effect of the contract on it. Thus, consent is an expression of The will of the parties to the contract, and this will can only be issued by a rational and aware person. Therefore, the elements of the contract in the law are: "consent, which is the will," "the reason, which is the legitimate purpose of the contract," and "the subject, which is what the two parties to the contract determine, which must be It fulfills all the .conditions stipulated in the law, and the marriage contract does not stray far from this

Because consent is the pillar upon which the marriage contract is based, we will devote this research to the subject of consent, specifically the concept of consent linguistically, legally, and .legally

The consent element in the marriage contract is considered the first pillar of it. Indeed, some jurists consider it the only pillar. With the availability of consent, for example, a marriage contract is created whenever there are two compatible wills to conclude this contract and its conditions .are met

Accordingly, consent is: "the agreement of the wills of the offer and acceptance in order to create a legal effect, whether this effect is the creation, transfer, modification or termination of an obligation." Therefore, consent is the basis on which the contract is based, and therefore this will must be issued by a person who possesses the capacity, and it does not The law takes into account the actions of some people, if their actions are marred by a defect of consent, as is the .case with an indiscernible child or an insane person

Therefore, in this research we will examine the concept of consent in terms of the linguistic and terminological definition, jurisprudence and law. We will also examine the existence of consent .and ways of expressing it.

Keywords: (framework, conceptual, consent, marriage contract).

المقدمة:

عقد الزواج من أهم العقود التي يبرمها الإنسان في حياته وذلك لما تترتب عليه من آثار مهمة سواء كانت شرعية وقانونية أو نفسية واجتماعية او مالية ،وهذه الآثار لا تقتصر على الزوجين فحسب بل تمتد لتشمل الأقارب والأولاد وقد تمتد لتنعكس على المجتمع بأسره، لذا فإن استقرار الأسرة واستمرارها بأعتبارها نواة المجتمع يتوقف على إبرام عقد الزواج بشكل صحيح والنجاح في إبرام عقد الزواج يبدأ من حسن اختيار الزوجين لبعضهما ورضا كل طرف بالارتباط بالطرف الآخر عن قناعة تامة.

ويعد ركن الرضا في عقد الزواج الركن الاول من أركانه، لا بل اعتبره بعض الفقهاء الركن الاوحد فبتوافر التراضي يخلق هذا العقد فمتى ما توافرت إرادتين متوافقتين على ابرامه وبتحقق شروطه.

وعليه فالتراضي هو: "تطابق إرادتي الإيجاب والقبول من أجل إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه"، لذلك يعد التراضي الأساس الذي يقوم عليه العقد، وعليه

يجب أن تصدر هذه الإرادة من شخص حائزًا للأهلية، ولا يعتد القانون بتصرفات بعض الأشخاص، إذ ما شاب تصرفاتهم عيب من عيوب الرضا، كما هو الحال بالطفل غير المميز أو المجنون.

ولذا سوف نبحث في هذ البحث مفهوم الرضا من حيث التعريف اللغوي والاصطلاحي فقها وقانونا ، كما اننا سوف نبحث في وجود الرضا وطرق التعبير عنه.

اولا : اهمية الموضوع

يعتبر العقد أهم مصدر من مصادر الالتزام، والعقد كما عرفه الفقهاء هو توافق إرادتين باتجاه إحداث اثر قانوني في المعقود عليه، وعليه لابد لانعقاده من توافر تراضي الطرفين، كما ويجب أن ينصب هذا التراضي على محل قابل لترتيب أثر العقد عليه، وبالتالي فإن التراضي تعبيرًا عن إرادة أطراف العقد، وهذه الإرادة لا تصدر إلا عن إنسان عاقل ومدرك ولهذا فإن أركان العقد في القانون هي: "التراضي، وهو الإرادة"، "والسبب، وهو الغاية المشروعة للعقد"، "والمحل، وهو ما يحدده طرفي العقد، والذي يجب أن يكون مستوفيًا لجميع الشروط المنصوص عليها في القانون ولا يبتعد عقد الزواج عن هذا كثيرا.

ولان الرضا هو الركن الذي يقوم عليه عقد الزواج فاننا سنخصص هذا البحث عن موضوعة الرضا وبالتحديد مفهوم الرضا لغة وشرعا وقانونا.

ثانيا: مشكلة الدراسة

تتمثل في خصوصية عقد الزواج عن باقي العقود الاخرى فالرضا في هذا العقد له شروطا خاصة تميزه عن سائر العقود المدنية فمثلا صيغة العقد وطرق التعبير عنه تجعلانه عرضة للابطال او عدم الصحة فلا يرتب بعد ذلك الاثار القانونية المرجوة منه كما ان كيفية التعبير عن الرضا في عقد الزواج والاثر المترتب على التعبير يختلف باختلاف الاشخاص فلو صدر من أخرس لا يعرف الكتابة غير ما لو كان التعبير من المتكلم ، و السكوت ايضا في التعبير الضمني قد يرى فيه بعض الفقهاء خلافا للقاعدة العامة التي تقول (السكوت في معرض الحاجة الى البيان يعتبر قبول)

منهج الدراسة:

اعتمد البحث المنهج التحليلي المقارن وفق ماجاء في قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ مقارنا بالفقه الاسلامي باعتباره المصدر الاوحد لقانون الاحوال الشخصية

اسباب اختيار الموضوع:

ان من اهم اسباب اختياري لهذا الموضوع هو محاولة للخروج عن كل ما تطرق اليه الباحثون ومؤلفي الكتب القانونية من سرد للموضوع بذات الطريقة الممنهجة وعدم الخروج عن الاطار العام لموضوعة الرضا في عقد الزواج وما يرتبط به من احكام قانونية وشرعية ، فاختار البحث ان يكون اكثر عمقا واوسع نطاقا ليتناول نطاق الرضا واصل وجوده وما يرتبط به من اراء فقهية وقانونية.

هيكلية البحث

المقدمة

المبحث الاول : مفهوم الرضا في عقد الزواج

المطلب الاول : تعريف الرضا في عقد الزواج

المطلب الثاني: نطاق الرضا في عقد الزواج

المبحث الثاني : وجود الرضا في عقد الزواج وطرق التعبير عنه

المطلب الاول: وجود الرضا

المطلب الثاني: طرق التعبير عن الرضا في عقد الزواج

الخاتمة

قائمة المصادر

المبحث الاول

مفهوم الرضا في عقد الزواج

يعد ركن الرضا في عقد الزواج الركن الاول من أركانه، لا بل اعتبره بعض الفقهاء الركن الاوحد فبتوافر التراضي يخلق مثلا عقد الزواج متى ما توافرت إرادتين متوافقتين على ابرام هذا العقد وتحققت شروطه.

وعليه فالتراضي هو: "تطابق إرادتي الإيجاب والقبول من أجل إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه"، لذلك يعد التراضي الأساس الذي يقوم عليه العقد، وعليه يجب أن تصدر هذه الإرادة من شخص حائزًا للأهلية، ولا يعتد القانون بتصرفات بعض الأشخاص، إذ ما شاب تصرفاتهم عيب من عيوب الرضا، كما هو الحال بالطفل غير المميز أو المجنون، كما ولا يعتد بالإرادة التي لا تتجه إلى إحداث أثر قانوني غير محدد[١]

ولذا سوف نبحث في هذ المبحث مفهوم الرضا من حيث التعريف اللغوي والاصطلاحي فقها وقانونا.

المطلب الأول

تعريف الرضا في العقد

الفرع الأول: التعريف لغة واصطلاحا

الرضا لغة: (رضا (الرضوان) بكسر الراء وضمها والرضا بمعنى سرور القلب بمر القضاء . والرضا مصدره رضى، يرضي، رضا ، و رضوانا ، والرضا مقصورا :ضد السخط والكراهية ، فالرضا والسخط من صفات القلب و إذا رضيت النفس عن شيء أحبته و استحسنته و أقبلت عليه، وقيل ايضا من رضى يرضى رضا أو رضى (بألف ممدودة أو مقصورة) وهو راض و الراء و الضاد و الحرف المعتل) [٢].

فالرِضا: (الرغْبَةُ في إمضاءِ العَقْدِ وإنْفاذِهِ وقَبُولِ آثارِهِ، وهو شَرْطٌ وأَساسٌ في العُقودِ، ذلك أنّ الأَحْكامَ مُعَلَّقَةٌ بِوُجودِه، ولَمّا كان الرِّضا أَمْراً قَلْبِياً غَيْرَ ظَاهِرٍ عُلِّقَ الحُكْمُ بِوَسائِلَ ظاهِرَةٍ تَدُلُّ عليه). [3]

قال تعالى: ((يا أيها الذين امنوا لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم ولا تقتلوا أنفسكم ان الله كان بكم رحيما))[4].

وقيل في تفسير هذه الاية الكريمة ان التراضي المقصود هنا هو في الواقع بيان لمصداق بارز للمعاملات المشروعة والمباحة ، فلا تنفي الهبة والميراث والزواج والهدية والوصية وأمثالها [5]

اما الرضا اصطلاحا فاننا لم نجد في الاصطلاح الفقهي لجمهور الفقهاء من عرف الرضا اصطلاحا، لكن قولهم بان الرضا والاختيار ينافيان الاكراه يعني انهم لا يفرقون بين الرضا والاختيار، وبالتالي يمكن القول ان الرضا عند الجمهور بمعنى الاختيار، وهو قصد الفعل او القول واخياره دون ان يشوب ذلك اكراه [6] او هو القصد الى انشاء التصرف باصدار العبارة الدالة عليه طلبا لاثاره الدالة عليه[7].

أما عند الاحناف فلا يكفي مجرد القصد والاختيار لتحقيق أمر معين بل لابد من تحقيق الإستحسان والسرور[8]، ويعني التراضي عند الامامية بانه ابتناء رضا طرف على الطرف الآخر، ويقوم التراضي عندهم على حقائق ثلاث:

١. عقد العزم والإرادة ، فأحد أركان التراضي هو وجود إرادة جازمة عند كل طرف بالالتزام بأثر العقد الذي يتراضيان عليه ، فلو كانت إرادة طرف ناقصة لسبب أو آخر فلا وجود للتراضي أو العقد . (كما لو عقد نكاح المتعة مع امرأة لا تؤمن بهذا العقد وهي بالتالي غير عازمة على الالتزام بآثار هذا العقد ، فإنه لا يخلو من إشكال إذ لم تتوافر الإرادة الجازمة لدى الطرفين.
٢. توافق الإرادتين لدى الطرفين هو الآخر ركن من أركان التراضي ، فلو اختل هذا التوافق فقد العقد جوهره .
٣. الباعث لدى الطرفين (نية الطرفين) هو أيضاً من مكونات توافق الإرادتين ، فإن مجرد توافق الإرادتين لا يكفي في صحة العقد ، بل ينبغي أن تكون الإرادتان صحيحتين أيضاً ، فلو

كان تراضي الطرفين أو رضا أحدهما مبتنياً على نية فاسدة بحيث لولاها لما رضي بالعقد (أي كانت الإرادة فاسدة من الأساس) [٩]

فالفقه الامامي يرى بان الرضا هو طيب النفس أي الحالة النفسانية التي يعبر عنها بالرضاء الباطني[١٠].

و الراجح هو تعريف الرضا بانه القصد او التعبير المتجه نحو الأثر المترتب عليه فإذا لم يوجد القصد المشتمل للأمرين فلا وجود للرضا او توجه القصد للتعبير دون الأثر فلا يعتد به كما في المجنون و السكران ، و المكره و الهازل و نحوهما

الفرع الثاني: تعريف الرضا قانونا

لقد اهتم الفقه القانوني بتعريف التراضي اكثر من اهتمامه بتعريف الرضا رغم وجود فرق واضح بينهما فالتراضي هو توافق إرادتين اتجاه احداث اثر قانوني بين الموجب (صاحب الطلب) والقابل (الذي ابدى رضاه في قبول الطلب) والتي تكون ارادتهما خاليه من عيوب الرضا

(الاكراهِ الغلطِ التدليسِ الغش والاستغلال).

اما الرضا هو التعبير عن الارادة الصادرة من طرف واحد (الموجب او القابل) في احداث اثرقانونيا كالقيام بعمل او الامتناع عن عمل او اداء شئ معين.

لذلك عرفه السنهوري بمعنى عام لا ينحصر في مجال العقود ، فقال بان الرضا هو: (تحرك الإرادة الى شي معين وتعلقها به)[11]

فالرضا وفق هذا التعريف هو الإرادة المتجهة نحو اجراء تصرف قانوني معين، سواء كان عقدا او غيره، بحيث يقصد صاحبها احداث اثار قانونية مترتبا عليها اثارا من ذلك التصرف [12]

فالرضا وفق هذا المعنى هو امر نفسي وإرادة باطنة كامنة في أعماق صاحبها، ولذلك لا يمكن الاطلاع عليها، ولا الاعتداد بها قانونا الا اذا تم الإفصاح عنها بإحدى وسائل التعبير لاحداث ذلك

عرف [13]الأثر، فالتعبير هو المظهر الخارجي الذي يعكس تلك الإرادة الكامنة في النفس، ولذلك الرضا بانه : (اظهار الإرادة صراحة او ضمنا بالموفقة على عمل يقوم به الغير)

اما القوانين العربية فقد توسطت ما بين الراي الأول في ان الرضا هو الإرادة الباطنة وبين الراي الثاني الوارد في التعريف الأخير والذي يرى بان الرضا هو الارداة الظاهرة ، فاخذت بالارادة الباطنة كاصل عام، مع مراعاة الإرادة الظاهرة لاستقرار المعاملات .

وهذا ما اخذ به المشرع العراقي في المادة ٧٣ منه ، عندما عرف العقد بانه " ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه " ، فما الايجاب والقبول الا تعبيران عن الارادة .

فنحن بصدد ارادة وهذه الارادة تم التعبير عنها الى العالم الخارجي فأصبحت ارادة ظاهرة ، وهي قد تتفق مع الارادة النفسية الباطنة او لا تتفق ، اي ان يصدق هذا التعبير في اظهار الارادة وقد يخطئ في اظهارها على حقيقتها .

فان صدق التعبير عن الارادة فهذا يعني تطابق الارادتين الظاهرة والباطنة ، مما ادى الى ارتباط الايجاب بالقبول على الوجه المطلوب ، فيظهر العقد الى الوجود ونشأت الالتزامات على عاتق كل من المتعاقدين ، فنكون بذلك اخذنا بالإرادة الظاهرة .اما اذا لم تتفق الارادة الظاهرة مع الارادة الباطنة فلا يرتبط الايجاب بالقبول وبالتالي لا وجود للعقد ، وهذا يعني اننا اخذنا بالإرادة الباطنة ، وان احكام القانون المدني العراقي مبنية على ان الارادة الظاهرة مطابقة للإرادة الباطنة ، الا ان الامر يلتبس عندما يثور الخلاف بين الاردة الباطنة والارداة الظاهرة، فأي ارادة يرجح المشرع ؟ واي ارادة يحكم لها القاضي ؟

على الرغم من ان المشرع العراقي اخذ بالإرادة الظاهرة كأصل فيما يتعلق بالمادة ٧٣ من القانون المدني لصحة التعاقد الا انه اقر بالارادة الباطنة وتغليبها على حساب الارادة الظاهرة ، وهو ما بينته

المادة /١٥٥ الفقرة(١) والتي نصت على انه: " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني " .

ومعنى ذلك انه اذا لم تدل الالفاظ على ارادة المتعاقدين الحقيقية ، فالعبرة بما قصد اليه المتعاقدين لا بما دل عليه اللفظ ، وذلك لان الالفاظ تعدً اداة لاظهار قصد الانسان ، اما اذا لم يظهر هذا القصد على حقيقته فلا يعتد به ، والعبرة تكون بما قصد اليه المتعاقدان . وهذا تغليب للارادة الباطنة على الارادة الظاهرة [١٤].

ونصت المادة ١٥٧ على انه : " لا عبرة للدلالة في مقابل التصريح " . ويكون التعبير عن الارادة اما بصورة صريحة بالتصريح ، او قد يكون بصورة ضمنية بالدلالة ، ويكون التعبير الصريح بالكلام او الكتابة ويقصد به الارادة الظاهرة التي يصرح بها فتكون معلومة وظاهرة ، اما التعبير بالدلالة فهو استنتاج الارادة ضمناً من التصرفات لا من التعبير الصريح عنها ، وعبر قرائن تدل على تلك الارادة ، ويقصد المشرع بذلك الارادة الباطنة .

ويكون التعبير صريحاً اذا كانت المظاهر التي نشات عنه قد قصد منها الكشف عن الارادة ، واحاطت غير المتعاقدين علماً بها ، وكانت هذه المظاهر تفيد المعنى المقصود منها حسب المألوف بين الناس ، اما التعبير الضمني فيكون بالتصرف الذي يقوم به الشخص فلا يدل عليه بذاته وانما يمكن تفسيره بافتراض وجود هذه الارادة ، ومن هنا يتبين ان المشرع اخذ بالإرادة الظاهرة كأصل ، والا فبالإرادة الباطنة ، كاستثناء [١٥].

وبعد استعراض تعريف الرضا في كل من اللغة والفقه والقانون ، يتبن لنا ما يأتي :

١. التعريف اللغوي للرضا أعم من التعريف الاصطلاحي؛ فالاول يشمل مجال التصرفات والقضاء والقدر وغر ذلك، أما الثاني فيختص مجال التصرفات الشرعية والقانونية
٢. الرضا في اللغة يطلق على اختيار الشيء أو استحسانه، وهذا يوافق تعريف جمهور الفقهاء، خلافا للحنفية الذين يفرقون بين الاختيار والرضا

٣. الرضا في اللغة يختلف عن التراضي، فالاول يكون من جانب واحد، والثاني يكون من جانبن فأكثر، وهذا ما قرره فقهاء الشريعة أيضا؛ لكن كثيرا من القانونين خلطوا بينهما.

٤. –التعريف الراجح للرضا في الفقه الإسلامي يتوافق مع ما ذهبت إليه بعض القوانين العربية، فهو تلك الإرادة الواعية المعبر عنها، والمتجهة إلى إحداث الاثر الشرعي أو القانوني

وبناء على هذه النتيجة الاخيرة يمكن القول أن الرضا في عقد الزواج هو أن يكون كل من الزوج والزوجة أو من ينوب عنهما، قاصدا للتعبر عن إرادته ورغبته في الزواج، مع قصده وإدراكه لما يَترتب على هذا التعبر من آثار شرعية وقانو نية، كحل الاستمتاع، وثبوت النسب وغير ذلك .فإذا توفر هذان القصدان تحقق الرضا في الزواج، أي كان كل طرف راضيا به. وباجتماع الرضاءين وتبادلهما وتطابقهما يتحقق الَتراضي الذي ينعقد به الزواج.

ولا يشَترط لتحقق هذا الَتراضي أن يكون الزوجان متحابان أو معجبان ببعضهما. فالرضا شئ والمحبة شيء آخر. فقد يتزوج الرجل امرأة طمعا بها، أو شفقة عليها، او ان العادات والتقاليد قد قادت لهذا الزواج، وكل ذلك لا يؤثر على الرضا. فالزواج كعقد شرعي وقانوني يصنعه التراضي[١٦].

المطلب الثاني

نطاق الرضا في عقد الزواج

عقد الزواج كغيره من العقود ينعقد بالايجاب والقبول البات من طرفي العقد ، فاشخاص العقد الزوج والزوجة وفي حالات اخرى يكون الولي فيها طرفا من اطرافه، كما ان نطاق هذا العقد لا يتحقق باشخاصه فقط بل لا بد من عناصر اخرى جوهرية واساسية يجب توافرها والتاكيد عليها في العقد ، كتعين الزوج والزوجة و تحديد المهر وبعض البنود التي يمكن الاتفاق عليها وتحديدها من قبل المتعاقدين، وهذا ما سنبحثه هنا.

الفرع الاول : من حيث اطراف العقد

١. الزوج:

الاصل ان الزواج لا ينعقد الا بالعقل والبلوغ ، فالشخص البالغ العاقل يصح عقده باتفاق جميع المذاهب الاسلامية، اما الصغير فقد انقسم الفقه في صحة زواجه الى رائيين:

الراي الاول: وهو راي الجمهور حيث لم يشترطوا لانعقاد الزواج البلوغ والعقل وقالوا بصحة زواج الصغير والمجنون، واستدلّوا في ذلك بأحاديث كثيرة منها انه : (وهب رجل بنته الصغيرة لعبد الله بن الحسن بن علي (ع) فأجاز ذلك الامام علي (ع) و قال: إذا زوج الرجل ابنته وهي صغيرة تمَّ بلغت . تمّ ذلك عليها وليس لها أن تأبى)[١٧]، وقالوا بقياس صحة زواج الغير على ذلك من باب اولى.

الراي الثاني : وهو راي الامامية فقد ذهبوا الى عدم جواز صحة زواج الصغير حيث قالوا بانه : (على الأحوط فيه عدم التزويج إلّا مع اقتضاء الضرورة اللازمة او إذا كان هناك مصلحة ملزمة ،وقد عرف أنّ المصلحة مفقودة في زواج الصغير، فلا يزوج الصغير والصغيرة حتى يبلغا) [١٨]

وكما تشترط الاهلية والعقل فان الفقه اشترط كفاءة الزوج للزوجة، والكفاءة شرعا مساواة الزوج زوجته في المنزلة بحيث لا تكون الزوجة ولا أولياؤها عرضة للتعيير بهذه المصاهرة حسب العرف[١٩]

وعرفها الحنفية على انها مساواة الرجل للمرأة في أمور مخصوصة ، وهي ست : النسب ، والإسلام ، والحرفة ، والحرية ، والديانة والمال [٢٠]

اما الكفاءة بين الزوجين عند الإمامية هي الإسلام وكفى به جامعا[٢١] ،وهي نوعان : شرعية ، وعرفية . أمّا الشرعية فهي : المساواة في الدين كما اجمع عليه كل الفقه ، وأمّا العرفية فهي : المساواة في الحسب والنسب والثروة والشرف وأمثالها وهذا. أمّا الأولى فيرى الامامية لزومها في

صحّة العقد ، وأمّا الثانية فليست شرطا ، والزواج في شريعة الإسلام على الإسلام ، والمؤمن كفو المؤمن [٢٢]

٢. الزوجة

هي الطرف الثاني في عقد الزواج يشترط فيها ابتدائا ان لا تكون مشغولة بحق الغير فلا يجوز الزواج بامراة متزوجة او معتدة من طلاق رجعي ، كما يكره باجماع كل الفقه الخطبة على خطبة الغير[٢٣].

ويشترط ايضا في الزوّجة أن تكون مسلمةً ، أو كتابيّةً وهذا ما اجمع عليه اغلب الفقهاء المسلمين[٢٤]، وما اكده قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ [٢٥].

اما ما يخص ركن الرضا في العقد فان رضا الزوجة كرضا الزوج يشترط لكي يكون صحيحا بان يكون صادرا من شخص بالغ و عاقل، فيشترط في الزوجة ان تكون بالغة عاقلة ليصح زواجها بنفسها وهذا ما ذهب اليه اغلب الفقه الاسلامي:

فيرى الإمامية : أن البالغة الرشيدة تملك ببلوغها ورشدها جميع التصرفات من العقود وغيرها حتى الزواج بكرا كانت أو ثيبا ، فيصح ان تعقد لنفسها ولغيرها مباشرة وتوكيلا إيجابا وقبولا ، سواء أكان لها أب أو جد أو لم يكن ، وسواء رضي الأب أو كره ، وسواء كانت رفيعة أو وضيعة ، تزوجت بشريف أو وضيع ، وليس لأحد كائنا من كان أن يعترض ، فهي تماما كالرجل دون أي فرق . واستدلوا على ذلك بالقرآن فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْواجَهُنَّ . وبالحديث عن ابن عباس عن النبي : « الأيم أحق بنفسها من وليها » والأيم من لا زوج له رجلا كان أو امرأة بكرا كانت أو ثيبا . واستدلوا أيضا بالعقل حيث يحكم بأن لكل إنسان الحرية التامة بتصرفاته ، وليس لغيره أي سلطان عليه قريبا كان أو بعيدا [٢٦].

اما الصغيرة والمجنونة والسفيهة : فانهم اتفقوا على أن للولي أن يزوج الصغير والصغيرة ،والمجنون والمجنونة ، واما الشافعية والحنابلة خصوا هذه الولاية بالصغيرة البكر، أما الصغيرة

الثيب فلا ولاية له عليها . وقال الإمامية والشافعية : زواج الصغيرة والصغير موكول للأب والجد للأب فقط دون غيرهما . وقال المالكية والحنابلة : بل للأب فقط . وقال الحنفية : يجوز ذلك لجميع العصبيات ، حتى العم والأخ [٢٧].

من كل ما تقدم يمكن ان نستنتج :

١. يجب مراعاة رضا المرأة البالغة العاقلة إذا كانت ثيبا باتفاق الفقهاء
٢. .لا عبرة برضا البكر الصغيرة بالاتفاق و اختلفوا في الثيب الصغيرة فأوجب الشافعية إستئذانها خلافا لسائر الفقهاء و يكون ذلك عند بلوغها و بالتالي لا تزوج قبل ذلك .
٣. لا عبرة برضا المجنونة اتفاقا، سواء كانت صغيرة أوكبيرة بكرا أم ثيبا [٢٨].
٤. . اختلف الفقهاء في مراعاة رضا البكر البالغة العاقلة فذهب الامامية والحنفية بوجوب رضاها بالزواج و ذهب الجمهور (المالكية و الشافعية و الحنابلة) إلى عدم مراعاة رضاها إذا كان المزوج لها وليا، مجبرة و هوا الأب و كذا الجد عند الشافعية فإذا كان المزوج لها غيرهما فلا بد من رضاها[٢٩].

٣. الولي

الولاية هي الإشراف على شؤون القاصر الشخصية، كالتزويج والتعليم والتطبيب والتشغيل، وهي تثبت للأب والجد وسائر الأولياء [٣٠]

وقرر الفقهاء أن الولاية على النفس في شؤون القاصر في شخصه وماله ترجع إلى ثلاثة أسباب هي: الصغر والجنون ومنه العته، والانوثة.

أما السبب الأول : الصغر وهو اللاحرج العقلي وهو حكم عقلي لا يجرى فيه الأصل [٣١] وعرف ايضا بانه وصف يلحق بالإنسان منذ مولده إلى بلوغه الحلم.[٣٢]

وتستمر هذه الولاية ما قام السبب، وتنتهي مع بلوغ الصغير، وتسري الولاية على الصغير في أمرين: أحدهما: القيام بشؤونه المتعلقة بالتعليم والتهذيب والرعاية الصحية.. والثاني: ولاية

تزويج الصغير، وهي سلطة مخولة للأب فقد أجاز الفقهاء تزويج الأب لابنه الصغير أو قبول الزواج لابنته الصغيرة اتفاقا، وذلك للأب فقط دون غيره.

السبب الثاني: الجنون ويلحق به العته، فقد نص الفقهاء على أنه يلزم على ولي المجنون والمجنونة تدبير شئونه ورعاية أموره بما فيه حظ المجنون، وبما يحقق مصلحته، فينفق عليه في كل حوائجه من ماله بالمعروف، ويداويه ويرعى صحته، ويقيده ويحجزه عن أن ينال الناس بالأذى أو ينالوه به إن خيف ذلك منه، صونا له، وحفظا للمجتمع من ضرره(٣٣)

السبب الثالث/ الأنوثة: وهي الولاية على المرأة مطلقا من غير أن تكون مرتبطة بسبب الصغر أو آفة من آفات العقل، لقوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾ (٣٤)، وتنطبق الولاية على النفس بسبب الأنوثة تزويج المرأة، وتأديب الزوجة عند النشوز.

فاساس الولاية على النفي بالنسبة للانثى هو كون المراة بطبيعة تكوينها عرضة لافات المجتمع اكثر من الشاب، واذا اصيبت بافة من افاته كانت في نفسها اعمق تاثيرا، وفي كرامتها ابعد اثرا(٣٥)

إن الولاية في الزواج هي من أنواع الولاية على النفس والتي يقصد بها نفاذ الأقوال والتصرفات في الأمور التي تتعلق بنفس المولى عليه ، فهي سلطة يستطيع الشخص بمقتضاها مباشرة الأمور الشخصية للمولى عليه كتأديبه وتربيته وتزويجه وبذلك تكون ولاية التزويج من الأمور الداخلة في الولاية على النفس وجزءاً منها .

والولاية في الزواج قد تكون ولاية قاصرة أو متعدية فالولاية القاصرة هي سلطة تزويج الإنسان نفسه بلا توقفها على رضا أحد ما دام أهلاً للتعاقد فهي لاتنفك عن الأهلية مطلقا فطالما كان الإنسان أهلاً للتعاقد كانت له ولاية على جميع شؤونه وكانت جميع تصرفاته وعقوده نافذة في حق نفسه دون التوقف على إجازة من احد .

أما الولاية المتعدية فالمراد منها أن يكون للإنسان حق تزويج غيره إذ تمنح الولاية المتعدية صاحبها القدرة على مباشرة التصرفات وإنشاء العقود ونفاذها في حق غيره [٣٦]

اتفق الفقهاء على ان للولي الحق في تزويج الصغيرة فالولاية عليها ولاية اجبار باتفاق جميع المذاهب الاسلامية الا انهم اختلفوا في ولاية تزويج المرأة البالغة العاقلة بين كونها إجبارية أو مستحبة، فذهب جمهور الفقهاء إلى وجوب الولاية على البالغة في التزويج وخالفهم الحنفية على الوجه الاتي:

راي المالكية: تثبت ولاية الإجبار عند المالكية بأحد سببين البكارة، والصغر فيقع، الإجبار للبكر وإن كانت بالغاً، وللصغيرة وإن كانت ثيباً، ويستحب استئمارها.

راي الشافعية والحنابلة: الولي عن المرأة مطلقاً شرط لصحة أي عقد من عقود الزواج، فلا تزوّج امرأة نفسها بإذن وليها، ولا غيرها بوكالة، ولا تقبل زواجاً لأحد.

راي الحنفية: ولاية التزويج مستحبة عند أبي حنيفة وزفر في تزويج المرأة الحرة البالغة العاقلة، سواء أكانت بكراً أم ثيباً، رعاية لمحاسن العادات والآداب التي يراعيها الإسلام.

راي الامامية: قال الامامية بصحة زواج الثيب مطلقا دون حاجة الى اذن الولي، وجواز تزويج نفسها . اما البالغة العاقلة فقد اختلفت الاراء بخصوصها فالبعض يرى بعدم جواز زواجها الا باذن وليها على الاحوط باعتبار البكارة، ولان الانوثة موجبة للولاية كما تقدم . ويرى اخرون ان البالغة العاقلة الرشيدة لو زوجت نفسها من كفوء لها في الشرع والعرف [٣٧]صح زواجها ولا حاجة لاذن الولي وهو ارجح الاراء عند الامامية.

حكم تزويج الاولياء قانونا

يشترط في تمام اهلية انعقاد الزواج العقل واكمال الثامنة عشرة قانونا ، فيصح قانونا زواج البالغة العاقلة الرشيدة دون حاجة الى اذن وليها، اما من كانت اقل من سن البلوغ فقد

حدد القانون لجواز تقديم طلب الزواج جملة من الشروط كان من ضمنها موافقة الولي وقبوله او رفضه على انه اذا كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار فان القاضي يقضي بالزواج، وهذا ما نصت عليه م / ٨ من قانون الاحوال الشخصية العراقي : ((اذا طلب من اكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج فللقاضي ان ياذن به ، اذا ثبت له اهليته وقابليته البدنية بعد موافقة وليه الشرعي فاذا امتنع الولي طلب القاضي منه موافقته خلال مدة يحددها له فان لم يعترض او كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار اذن القاضي بالزواج)).

نستنتج من هذا النص بان القاضي لو وجد ان في زواج المتقدمين بطلب الزواج الاهلية الشرعية والقانونية من حيث القابلية البدنية والعقلية وحتى ما يتعلق بكفاءة كل طرف للاخر اجاز زواجهما دون حاجة الى استئذان وليهما.

ترتيب الاولياء

تثبت الولاية عند الامامية للاب والجد لاب فلو لم يكن للمراة اب او جد من جهة الاب انتقلت الولاية الى الحاكم الشرعي [٣٨]

واضاف فقهاء الحنفية بان الولاية تثبت للاقارب من العصبة النسبية وهم اربعة اصناف:

١. البنوة وهم الابن وابن الابن وان نزل.
٢. الابوة ويراد منها الاب واب الاب وان علا.
٣. الاخوة واولاد الاخ وان نزل.
٤. العمومة ويراد منها العم وابن العم وان نزل.

فعندهم أن بعض القرابة أولى من بعض.. وهذه الأولوية ليست باعتبار استحقاق نصيب من المال، واستحقاق التصرف فيه حتى يكون كالميراث أو كولاية الصغيرة، بل باعتبار أمر آخر، وهو ما يجده القريب من الغضاضة التي هي العار اللاصق به، وهذا لا يختص بالعصبات فقط ، بل يوجد

في غيرهم[٣٩]

اما ترتيب الاولياء قانونا فلم يتعرض قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل لبيان تحديد الأولياء على النفس اكتفاءً بما ورد بالقانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل حيث جعل المشرع العراقي صاحب الحق بالولاية هوالأب ثم وصيه ثم الجد ثم وصيه ثم المحكمة أو الوصي الذي تعينه المحكمة وهذا ما نصت عليه المادة (١٠٢) حيث نصت على أن: ((ولي الصغير هو أبوه ثم وصي أبيه ثم جده الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة أو الوصي الذي نصبته المحكمة)) .

حتى صدر قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ الخاص بخصوص رعاية الصغار ومن في حكمهم وكل ما يتعلق بتنظيم شؤونهم فحددت المادة (٢٧) منه الأولياء فنصت على أنه: ((ولي الصغير هو أبوه ثم المحكمة)).

وجدير بالذكر أن قانون رعاية القاصرين نظم موضوع الولاية من حيث تحديد الأولياء وصلاحياتهم في الولاية على المال لا الولاية على النفس، والولاية في الزواج تدخل في نطاق الولاية على النفس لا الولاية على المال ، ولذا يكون لاحكام الفقة الإسلامي الكلمة الفصل في هذا المجال.

الفرع الثاني: من حيث عناصر العقد

المراد من العناصر هو معرفة المسائل التي ينصب عليها رضا الزوجين في عقد الزواج حتى يتحقق منهما الرضا التام به لذا ستشمل دراستنا على الرضا بشخصية الزوج و الزوجة و الرضا بالمهر و الرضا بالشروط الاتفاقية التي يمكن ان يتضمنها عقد الزواج.

أولا: الرضا بشخصية الزوج و الزوجة

اشترط فقهاء المذاهب الاسلامية تحديد الزوجين و تعيينهما في العقد منعا للجهالة من جهة و ليحصل الرضا من الزوجين ببعضهما من جهة ثانية فإذا كان الزوجان حاضرين في

مجلس العقد فان معاينة يعضهما البعض ورؤية بعضهما تكفي في حصول المعرفة بعين كل زوج و ذاته أما في غياب احد الزوجين عن مجلس العقد كما هو حال الزوجة في بعض الحالات حيث يتولى وليها تزويجها باذنها.

وعليه قرر جمهور فقهاء من الامامية والحنفية و المالكية و الحنابلة بأنه لابد على الولي أن يعين الزوج في استئذانه لموليته و يبين هويته لتتعرف على شخصه و تكون على بينة من أمرها في الرضا به أو رفضه فقالوا بأنه يعتبر في الاستئذان تسمية الزوج على وجه تقع معرفتها به بان يذكر لها نسبه و منصبه لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه و تكون على بصيرة في إذنها في التزويج ،فلو أبهم وقال لها أزوجك من رجل فسكتت، لا يكون رضا لعدم علمها بهذا الرجل و الرضا بالمجهول لا يتصور .أما الشافعية فلا يشترطون تعيين الزوج في الاستئذان فإذا استأذنت في التزويج برجل غير معين فسكتت كفى سكوتها في تحقيق الإذن و الرضا.(٤٠)

ثانيا: الرضا بالمهر

إن معرفة مقدرا المهر و ما يتعلق به له علاقة بتحقيق الرضا في الزواج في كل من الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ولكن أهمية تحديده ليست كأهمية تعيين الزوجين إذ يمكن الرضا بالزواج دون تسمية المهر على ان تستحق الزوجة مهر المثل، لكن إذا تمت تسمية المهر فلا بد أن يتحقق الرضا به قدرا وآجلا.

ثالثا : الرضا بشروط العقد

قد يقترن عقد الزواج بشروط يختارها احد العاقدين او كلاهما لمصلحته ، كان تشترط المراة على الرجل ان لا يسافر بها، او شرط استمرارها في عملها، فما حكم مثل هذه الشروط؟

ان راي الفقه الاسلامي في هذه المسالة على اتجاهين:

الاتجاه الاول: ومنهم الامامية الذين يروون انه اذا ورد شرطا في العقد فان العقد صحيح ويجب الوفاء بالشروط الا شرطا يحرم حلال الله او يحل حرام الله[٤١] واجاز الحنفية والمالكية والشافعية الاشتراط في عقد الزواج ،على ان الشروط لا تكون صحيحة الا اذا كانت من مقتضيات العقد او مما جرى بجوازه الشرعي او العرفي، كان تشترط الزوجة على الزوج الانفاق عليها او ان يحسن عشرتها ، او ما يترطه الزوج على الزوجة بان تراعي كرامته او ان لا تخرج من داره الا باذنه، فهذه الشروط صحيحة لانها جاءت لتنص على ما اقتضاه عقد الزواج

الاتجاه الثاني : وهو اتجاه المذهب الظاهري الذي لا يجوز اقتران العقد باي شرط الا اذا كان هناك دليل من الكتاب او السنة يجوز ذلك[٤٢].

لقد عالج قانون الاحوال الشخصية العراقي موضوع الشروط والاثر المترتب على عدم الوفاء بها ، اذ نصت الفقرة (٣) من المادة (٦) منه على انه: ((الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الايفاء بها))

كما ان الفقرة (٤) من المادة (٦) نصت على انه: ((للزوجة طلب فسخ العقد عند عدم ايفاء الزوج بما اشترط ضمن عقد الزواج)).

المبحث الثاني

وجود الرضا في عقد الزواج و طريقة التعبير عنه

ولحصول التراضي في عقد الزواج لابد من سماع كل من العاقدين كلام الاخر وفهم ان المراد منه هو ابرام عقد الزواج الذي لا ينعقد الا اذا توفرت شروط الانعقاد التي اوردها قانون الاحوال الشخصية

العراقي بالمادة ٦ منه التي نصت على انه: ((لا ينعقد عقد الزواج اذا فقد شرطا من شروط الانعقاد او الصحة المبينة فيما يلي:

أ- اتحاد مجلس الايجاب والقبول .

ب-سماع كل من العاقدين لام الاخر واستيعابهما بانه المقصود منه عقد الزواج

ج- موافقة القبول للإيجاب .

هـ - ان يكون العقد غير معلق على شرط او حادثة غير محققة))

ولان عقد الزواج لا يتحقق الا بوجوده الحقيقي او الحكمي من خلال صورتيه اما التعاقد بين حاضرين او التعاقد بين غائبين. وهذا ما سنتكلم هنا عنه فنبحث في المطلب الاول وجود الرضا في عقد الزواج من حيث التميز و القصد وفي المطلب الثاني طرق التعبير عنه .

المطلب الأول

وجود الرضا في عقد الزواج

الرضا أمر نفسي لا يمكن تصور وجوده إلا من شخص له إرادة واعية أي ان له قصد يتجه إلى التعبير عن إرادته .مع إدراك و تمييز لمعنى ذلك التعبير فلا يتصور وجود الرضا من فاقد القصد و التمييز.

الفرع الأول: وجود القصد

الرضا لا يوجد إلا بوجود القصد و لذلك قيل "لا رضاء إلا بعد قصد صحيح[٤٣] "

ويراد بالقصد هنا العزم المتجه نحو إنشاء التصرف المرتب لأثاره الشرعية أي عقد القلب على إرادة ذلك التصرف، و توجه تلك الإرادة المؤكدة إلى إحداثه وهذا القصد ينبغي أن يتجه إلى إصدار التعبير المنشئ لذلك التصرف (قصد التعبير) و أن يتجه كذلك لترتيب الآثار الشرعية لذلك التعبير(قصد الأثر) فمن القواعد الفقهية المهمة والتي تركز على القصد ودوره في العقود قاعدة: تبعيّة العقود

للقصود : (ومضمونها أنّ كلّ معاملة كالبيع والإجارة والرهن وغيرها لها ألفاظ تخصّها بحسب الوضع والشرع يعبِّر عنها بالعقد ، ولكنّها لا تؤثّر الأثر المطلوب من ذلك إلّا بقصد معناه من لفظه ، فلو لم يقصده أو قصد معنى آخر ، كما لو قصد من البيع الإجارة أو من الإجارة البيع ولو مجازاً كان العقد باطلًا ؛ لأنّ المدار على القصد وحده دون اللفظ)[٤٤]

فهي من القواعد المعروفة المتداولة بين فقهاء الامامية، وهي على إجمالها مجمع عليها بينهم ، بل بين جميع علماء الإسلام ، وغيرهم من العقلاء في كلّ عرف وزمان . والقاعدة وإن اخذ فيها عنوان العقود إلّا أنّها لا تختصّ بها ، بل تشمل الإيقاعات أيضا ، كما لو قال مخاطباً امرأة أجنبية ظنّاً منه أنّها زوجته : (أنت طالق) فلا يقع الطلاق ؛ لأنّه قصد المخاطبة بضميرها ، وهي لا يتعلّق بها طلاق ، وقصد طلاق الزوجة بغير لفظٍ يدلّ عليها غير كافٍ[٤٥].

فمفاد هذه القاعدة اذن : هو أنّ ما يتحقّق في الخارج من حيث نوع العقد وكمّه وكيفه وشرائطه وغير ذلك من خصوصيّاته تابع للقصد ، فلو قصد النكاح وقع نكاحاً ، ولو قصد العارية وقعت عارية ، ولو قصد هبة كانت هبة ، كما أنّه لو قصد العقد على امرأة معيّنة بصداق معيّن وأجل وشروط غير ذلك ، كلّ هذه الأمور تابعة لقصد الموجب والقابل ، فهذا هو المراد بتبعية العقود للقصود . وقد استدلّ لها بالإجماع ، والأصل في العقود الفساد إلّا ما خرج بالدليل ، وقول رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم : « الأعمال بالنيّات »[٤٦] ، وقول علي بن الحسين عليه السلام في رواية أبي حمزة : « لا عمل إلّا بنيّة »[٤٧]. واستدلّ لها – أيضا – بأنّ العقود أمور قصدية ، بل القصد قوامها ، وداخل في هويّتها . وبعبارة أخرى : أنّ حقيقة العقود والإيقاعات أمور اعتبارية إنشائية ، والإنشاء والاعتبار قائم بقصد المعتبر . [٤٨]

يقول ابن القيم " المتكلم بصيغ العقود أما أن يكون قاصد للتكلم بها أو لا يكون قاصدا فان لم يقصد التكلم بها كالمكره و النائم و ،المجنون، و السكران ،و المغلوب على عقله لم يترتب عليها شئ، وان كان في بعض ذلك نزاع و تفصيل فالصواب أن أقوال هؤلاء كلها هدر وإن كان قاصد التكلم بها، فإما

أن يكون عالم بغايتها متصورا لها، أو لا يدري معانيها البتة ، فان لم يكن عالم بمعانيها و لا متصورا لها لم يترتب عليه أحكامها أيضا ولا نزاع بين أئمة الإسلام في ذلك وان كان متصورا لمعانيها عالما لمدلولها فإما أن يكون قاصدا لها أو لا فإذا كان قاصدا لها ترتبت أحكامها في حقه و لزمته فان لم يقصد غير التكلم بها فهو الهازل.(٤٩)

فمن الحالات التي يصدر فيها التعبير دون قصده أصلا ما يقصدر عن المجنون أو النائم أو المغمي عليه أو السكران ،ومن الحالات التي يوجد فيها القصد إلى التعبير دون قصد الاثر ما يصدر عن الهازل و الزواج الصوري.

١. زواج الهازل : فزواج الهزل صحيح لازم عند جمهور الفقهاء وهو ما ذهب اليه مذهب الحنفية و المشهور عند المالكية و الشافعية و الحنابلة فعندهم ان الجد ليس من شرائط النكاح ، فيجوز نكاح الهازل لان الشرع جعل الجد والهزل في باب النكاح سواء قال النبي صلى الله عليه وسلم : (ثلاث جدهن جد وهزلهن جد الطلاق والعتاق والنكاح)(٥٠). وكذلك العمد عندهم، حتى يجوز نكاح الخاطئ وهو الذي يسبق على لسانه كلمة النكاح من غير قصده .(٥١)

وفي راي اخر: لا يصح زواج الهازل لانعدام القصد عنده وهو راي الامامية حيث قالوا: يعتبر في عقد الزواج القصد الى ايجاد مضمونه، وهو متوقف على فهم معنى لفظ (زوجت) او ما يقوم مقامه ، ويشترط في العاقد المجري للصيغة ان يكون قاصدا للمعنى الحقيقي، فلا عبرة بعقد الهازل والساهي والغالط والنائم ونحوهم.(٥٢)

٢. حكم الزواج الصوري(الملجئ)

إذا عقد الزواج الصوري كأن يزوج الأب ابنته لرجل في الظاهر دون أن يقصد معنى الزواج في الباطن لسبب معين ، فهذا الزواج يصح في القول المشهور عند المذاهب الأربعة قياسا على الهزل لان الملجأ أكثر ما فيه انه كالهازل غير قاصد للعقد و نكاح الهازل يصح

فكذلك الملجئ . وفي القول عند الحنابلة [٥٣].أن النكاح باطل إذا اتفق طرفاه على تلجئته فهذا الاتفاق شرط مبطل للعقد كشرط التوقيت و التحليل.[٥٤]

وأفتى به المعاصرين بان النكاح الصوري الذي يتم بالوثائق فقط لأجل الحصول على الجنسية أو الإقامة في بلد أجنبي أو غيرها من الأغراض هو نكاح باطل لمناقضته لمقاصد الزواج السامية ولما فيه من الغش و الخداع و التحايل على الأنظمة و القوانين.

الفرع الثاني : وجود التمييز

يكون الشخص مميزا إذا كانت له القدرة على معرفة و إدراك معاني العبارات الدالة على التصرفات الشرعية و ما يترتب عليها من حقوق و التزامات بحيث يفهم مثلا معني الزواج وما يفيد حل الاستمتاع بين الزوجين و يوجب على الزوج المهر و النفقة و غيرها من الآثار.

والرضا يوجد بوجود التمييز ولا يتصور بدونه إطلاقا كرضا المجنون و الصبي غير المميز فينعدم عندهما الرضا لانعدام التمييز و فقد القدرة على الإدراك.

فالفقه كله متفق على اشتراط عدة شروط تتصل بأهلية المتعاقد، وهي : البلوغ والعقل وحرية الإرادة، ويجمع الشرطين الأولين الرشد ، حيث يتحقق بالبلوغ والعقل، والذي يتنافى مع صحة عقد الصبي غير المميز والمجنون[٥٥]، فتصرفات المجنون و الصبي غير المميز باطلة و العبارة الصادرة عنهما ملغاة ولا يصح بها إيجاب ولا قبول و لا ينعقد بها بيع ولا نكاح ولا غيرهما من العقود و التصرفات وكذلك النائم و المغمى عليه لعدم التمييز ويدل على بطلان تصرفات فاقد العقل والتمييز لقوله صل الله عليه وسلم:" رفع القلم عن ثلاث : النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم و عن المجنون حتى يعقل"[٥٦]

لقد قرر فقهاء القانون الوضعي أن الرضا لا يتصور وجوده إلا ممن له إدراك و تمييز بان يفهم ماهية التصرف و التزاماته فيه فالشخص فاقد التمييز تنعدم عنده الإرادة و الرضا كالمجنون والصغير غير مميز و فاقد الوعي لسكر أو لمرض و النائم وغيره، فالارادة في المفهوم القانوني هي انعقاد العزم

على اجراء التصرف القانوني محل التعاقد، وتوافر الارادة بالمعنى المتقدم يلزم ان يكون الانسان يعقل التصرف الذي يجريه ويدرك ما هيته والحقوق والالتزامات التي يرتبها ، ويجب ان تتجه الارادة نحو احداث الاثار القانونية التي يرتبها التصرف القانوني المطلوب ، ولا ترتب الارادة اثارا قانونية الا اذا كانت جدية فلا يعتد بارادة الهازل ولا بالارادة الصورية التي لا وجود لها في حقيقة الواقع[٥٧]

المطلب الثاني

طرق التعبير عن الرضا في عقد الزواج

لكي ينعقد عقد الزواج لابد من توفر ركن أساسي أولا وهو الرضا الذي يكون صادرا عن طريق التعبير عنه و ظهار الرغبة علنا دون غش أو إكراه أو تهديد فبذلك تتحقق مشروعية الزواج وتترتب عليه الاثار القانونية والشرعية، والتعبير عن الإرادة نوعان: تعبير صريح وتعبير ضمني .

الفرع الأول : التعبير الصريح عن الرضا في عقد الزواج

يقصد بالتعبير الصريح عن الارادة كل عمل أو تصرف يهدف إلى إخبار الغير بما اتجهت إليه الإرادة والإعلان عنها .ويعتبر الكلام والكتابة تعبيرين أولين لتعبير الصريح عن الإرادة خاصة في عقد الزواج فنجد في قول محمد أبو زهرة: "أن عقد الزواج لا ينعقد إلا بالألفاظ الدالة عليه سواء أكانت لغوية في دلالتها عليه أم كانت مجازية مشهورا وصل إلى درجة الحقيقية اللغوية أم كانت مجازا وضحت فيه القرينة واستبيان المعنى بها حتى صار الكلام صريحا في إرادة الزواج.".

وهذا ما اجمع عليه كل الفقه الاسلامي فالألفاظ المتفق عليها لانعقاد الزواج يكفي ان تكون دالة لمعنى النكاح والتزويج ويكفي غيرها من اللغات المفهمة لمعناهما لغير المتمكن منها، وهو متوقّف على فهم معنى لفظي « أنكحْت » و « زَوّجت » ولو بنحو الإجمال ؛ حتّى لا يكون مجرّد لقلقة لسان . و لا يعتبر العلم بالقواعد العربية ، ولا العلم والإحاطة بخصوصيات معنى اللفظين على التفصيل ، بل يكفي علمه إجمالًا ، فإذا كان الموجب بقوله : « أنكحت » أو « زوّجت » قاصداً لإيقاع العلقة

الخاصّة المعروفة المرتكزة في الأذهان التي يطلق عليها « النكاح » و « الزواج» في لغة العرب ، ويعبّر عنها في لغات اخر بعبارات اخر[٥٨]

وقال أبو حنيفة ينعقد بكل لفظ يقتضي التمليك على التأبيد واستدلوا على ذلك أنه قد ورد عن النبي (ص) قد قال في احدى الروايات: (قد ملّكتكها بما معك من القرآن) وروى (أمكنّاكها بما معك من القرآن) [٥٩].

وهذا ما اكده قانون الاحوال الشخصية العراقي في م٤ من حيث نصت على انه: (ينعقد الزواج بايجاب يفيده لغة او عرفا من احد العاقدين وقبول من الاخر..)

فغَلب القانون على عقد الزواج مبدأ العرف أي ما تعرف عليه أهل المنطقة فقد تكون ألفاظا في مكان دالة على الزواج وفي مكان آخر لا، والمهم أن تكون العبارة دالة على قصد مريدها ويفهمها الطرف الآخر .

والسؤال هنا : ماحكم الصيغة التي يعقد فيها عقد الزواج داخل محكمة الاحوال الشخصية والتي يسجل فيها العقد؟

اجاب على هذا السؤال السيد محمد سعيد الحكيم حيث قال: (الزواج في المحاكم إن اقتصر فيه على تسجيل الزواج وتوقيع كلا الطرفين على ورقة العقد لم يصح ولم يترتب عليه الأثر ، وإن اشتمل على الصيغة بالوجه المتقدم صح . وحبذا لو لم يقتصر القائمون بتسجيل الزواج على سماع إقرار كل من الطرفين برضاه بالزواج وأخذ توقيعه به ، بل يلتزمون – مع ذلك – بإجراء الصيغة بين الطرفين بأخذ الوكالة عليها من أحدهما وإجرائها مع الآخر ، أو الطلب من الطرفين بإجرائها بينهما قبل التسجيل ، فإن في ذلك الحفاظ على الحكم الشرعي من دون كلفة)[٦٠].

وكما ينعقد الزواج باللفظ ينعقد ايضا بالكتابة لمن اجازها [٦١]، والكتابة هو أن يعبر شخص عن رضاهُ بكتابة ما يدور في نفسه بخصوص انشاء العقد، ويعد انعقاد الزواج بالكتابة من الصور التي ينعقد بها العقد من غير الصيغة اللفظية في القانون العراقي حيث نصت م/ ٦ (الفقرة الثانية) : ينعقد

الزواج بالكتابة من الغائب لمن يريد ان يتزوجها بشرط ان تقرا الكتاب او تقرؤه على الشاهدين وتسمعهما عبارته وتشهدهما على انها قبلت الزواج منه)

نستنتج من هذا النص ان القانون اجاز انعقاد الزواج بالرسالة او الخطاب وهذا ما اخذ به الفقه الحنفي ، بشرط ان تقرا الرسالة امام الشهود وان تقول قبولها امامهما وهو زيادة في التثبت والاثبات.

الفرع الثاني: التعبير الضمني عن الرضا (السكوت)

الاصل ان التعبير الضمني يجسد حالة ايجابية يقطع في الدلالة على ارادة صاحبه، اما السكوت فهو حالة سلبية غير مصحوبة بلفظ او كتابة او اشارة [٦٢]، لذا فان التعبير الضمني قد يكون ايجابا او قبولا كما في عقد البيع، اما السكوت فلا يمكن ان يكون ايجابا وانما يمكن ان يعد قبولا على سبيل الاستثناء[٦٣]

والسكوت يعد قبولا كلما وجد ظرف من الظروف التي ترجح دلالة القبول للايجاب ويسمى بالسكوت الملابس، لما لابس السكوت من ظروف ترجح فيه دلالة القبول[٦٤]

اما في عقد الزواج فان التعبير عن الإرادة ضمنيا يكون إذا كان المظهر الذي اتخذه العاقد ليس في ذاته واضحا للكشف عن الإرادة، مثال ذلك اعتبار سكوت المرأة في عقد الزواج تعبيرا ضمنيا . فالسكوت بالنسبة للعقد العادي لا يعبر عن ذاته وبالتالي لا يعتبر تعبير عن الإرادة، إلا في حالة عقد الزواج. يقول ابن راشد : " الإذن في النكاح على ضربين، فهو واقع في حق الرجال والثاني، وهو حق الأبكار المستأذنات واقع بالسكوت، أعني الرضا " [٦٥].

ويعتبر الامامية السكوت للبكر ولا يجوزه للثيب على اعتبار الحياء في الاولى هو الغالب عليها ، اما الثيب فيقتضي عقدها اللفظ حصرا[٦٦].

فصحة الصيغة المترتب عليها النفوذ تتقوم عرفا بأمور أربعة يتقوم بها منشأ الانتزاع . فلو لم يكن في البين لفظ أو ما بمنزلته ، أو كان ولم يستعمل في مفهومه بل صدر ذهولا أو سهوا أو هزلا أو عبثا ولغوا ، أو استعمل في مفهومه ولم يكن في مقام الانشاء بل في مقام الاخبار ، أو كان في مقام

الانشاء ولم يكن في مقام ايجاد المفهوم بل في مقام الاستفهام التمني أو الترجي وهكذا من وجوه الانشاء ، لا تتم الصيغة ولا تصح ولا يعقل النفوذ حينئذ ، وإذا اجتمعت الأمور الأربعة صحت الصيغة وكانت محلا للنفوذ وعدمه بسبب اجتماع ماله دخل فيه وعدمه . إذا تحقق لك ما حققناه فاعلم أن المراد من الاختيار هو طيب النفس والرضاء بالعقد.[٦٧]

الخاتمة

بنهاية بحثنا عن موضوع الدراسة توصلنا الى عدة نتائج وتوصيات كالاتي:

اولا: النتائج

١. يعتبر الرضا السمة المميز في سائر العقود بوجه عام وعقد الزواج بوجه خاص فعقد الزواج عقد رضائي لا يقوم الا على التراضي القائم على احداث اثرا قانونيا لا يقوم على المنفعة او المصلحة وانما الحياة المشتركة وتكوين الاسرة هو الهدف السامي الذي يقوم عليه التراضي فلا يجوز الزواج مثلا لو كانت غايته صورية كزواج التحلل.
٢. الرضا في اللغة يختلف عن التراضي، فالاول يكون من جانب واحد، والثاني يكون من جانبن فأكثر، وهذا ما قرره فقهاء الشريعة أيضا؛ لكن كثيرا من القانونين خلطوا بينهما
٣. ولا يشَترط لتحقق الَتراضي أن يكون الزوجان متحابان أو معجبان ببعضهما. فالرضا شئ والمحبة شيء آخر. فقد يتزوج الرجل امرأة طمعا بها، أو شفقة عليها، او ان العادات والتقاليد قد قادت لهذا الزواج، وكل ذلك لا يؤثر على الرضا. فالزواج كعقد شرعي وقانوني يصنعه التراضي، وهذا يقلل من حالات البطلان في العقود بسبب الاكراه. وهذا ما جعل المشرع العراقي يعتبر الدخول قرينة على عدم وجود واقعة الاكراه عندما نص في المادة التاسعة من قانون الاحوال الشخصية العراقي على انه:
((لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار أكراه أي شخص على الزواج ذكرا كان أم أنثى ويعتبر عقد الزواج بالإكراه باطلا إذا لم يتم الدخول....)).

٤. والسكوت يعد قبولا كلما وجد ظرف من الظروف التي ترجح دلالة القبول للايجاب ويسمى بالسكوت الملابس، لما لابس السكوت من ظروف ترجح فيه دلالة القبول، اما في عقد الزواج فان التعبير عن الإرادة ضمنيا يكون إذا كان المظهر الذي اتخذه العاقد ليس في ذاته واضحا للكشف عن الإرادة، مثال ذلك اعتبار سكوت المرأة في عقد الزواج تعبيرا ضمنيا . فالسكوت بالنسبة للعقد العادي لا يعبر عن ذاته وبالتالي لا يعتبر تعبير عن الإرادة، إلا في حالة عقد الزواج فاغلب الفقه يرون ان السكوت للبكر يقع به قبولا ولا يجوزه للثيب على اعتبار الحياء في الاولى هو الغالب عليها.

ثانيا : المقترحات

١. اقترح ان يوجد معالجة لحالات وقوع الزواج بالمعاطاة على اعتبار ان الفقه بحث في هذا الموضوع واجاز فيه تصحيح العقد فعندهم انه لو وقع الكلام في جريان المعاطاة في النكاح ، وادّعي أنّه لو وقع النكاح بالفعل والوطي مثلًا ، وأريد تصحيح العقد به ، لزم أن لا يتحقّق الزنا إلّا في حالات الإكراه. فلو تقاول طرفان بقصد الزواج ، ثم أخذ بيدها إلى محلّ إقامته ، تحققّت الزوجيّة قطعاً ؛ إذ ما الفرق بين هذه المعاملة وسائر المعاملات ؟ بداهة أنّه معه حصل النكاح المطلوب شرعاً ، وترتّبت عليه أحكامه ، وصار موضوعاً لجواز الطلاق ووجوب النفقة ولزوم التمكين إلى غير ذلك من الأحكام.

٢. لقد شهد العالم تطور تكنولوجي هائل ودخول هذا التطور في جميع مجالات الحياة وخصوصا الاتصال الفوري الذي اصبح بضغطه واحدة يمكن التواصل مع اشخاص اخرين ولو كانوا في ابعد بقاع الارض وبعد انتقال الاشخاص الى بلدان مختلفة بالتهجير او السفر لغرض الدراسة او العمل والبعض من يرغب بالزواج من بلده الام او بالعكس وايضا ان وسائل الاتصال

الحديثة اوجدت حالات من التعارف وحصول الزواج بين اشخاص من بلدان مختلفة ولكثرة هذه الحالات لا يمكن غض البصر عنها وانما لابد من التطرق ومعالجتها قانونا.

٣. لقد اتفق الفقه والقانون على اشتراط عدة شروط تتصل بأهلية المتعاقد، وهي : البلوغ والعقل وحرية الإرادة، ويجمع الشرطين الأولين الرشد ، حيث يتحقق بالبلوغ والعقل، ولذا يجب وضع القواعد القانونية الصارمة التي تخص زواج القاصرات .

٤. اجمع كل الفقه الاسلامي فالألفاظ المتفق عليها لانعقاد الزواج يكفي ان تكون دالة لمعنى النكاح والتزويج ويكفي غيرها من اللغات المفهمة لمعناهما لغير المتمكن منها، وهو متوقّف على فهم معنى لفظي « أنكحْت » و «زَوّجت » ولقد شدد فقهاء الامامية خصوصا بوجوب ان يقع العقد باللفظ الصحيح والا كان العقد باطلا ، لذا نقترح ان يكون هناك قاعدة لفظية ثابتة مطابقة للفظ الشرعي في التزويج هذا النص يكون موحد يجب النطق به من كل القضاة المسؤولين عن عقد الزواج وتسجيله في محاكم الاحوال الشخصية.

الهوامش

(١) انور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام (الطبعة ١)، الإسكندرية:دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٨ص٥٧

(٢) ابن منظور ، معجم لسان العرب ،طبعة ٣، مجلد ١٤، دار صادر ، بيروت ،ص٣٢

(٣) احمد بن فارس ،مقاييس اللغة ، تحقيق عبد السالم هارون ، دار الفكر ،١٩٧٩ م ٢ ، ص٤٠٢

(٤) النساء / اية ٢٩

(٥)الشيخ ناصر مكارم الشيرازي، الأمثل في تفسير كتاب الله المنزل، ج ٢،ص ٦

(٦) ينظر: مبدأ الرضا في العقود، ؛ الموسوعة الفقهية الكويتية وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية، الكويت، دار السلاسل، الكويت، ط٢ ،١٩٨٦م، ٢٢٨/٢٢.

(٧) ينظر: محمد ابو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسامية، دار الفكر العربي ،القاهرة ١٩٩٦م،ص.١٩٣

(٨)السرخسي، المبسوط، ج ٢٤، ص ٣٩

(٩)السيد محمد تقي المدرسي، الفقه الاسلامي (أحكام المعاملات)، ج ٢، ص ١٣٧

(١٠)السيد البجنوردي، القواعد الفقهية، ج ٤، ص ٢٠٧

(١١) عبد الرزاق السهوري، نظرية العقد: منشورات احابي الحقوقي، بيروت، ط٢ ،١٩٩٨م، ج١، ص ١٤٨.

(١٢) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني(نظرية الالتزام)، ج١، منشاة المعارف الإسكندرية، ص١٤٣

(١٣) موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، ٢٠٠١، ج٣، ص١٩٢

(١٤) ينظر د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزام – احكام الالتزام – اثبات الالتزام ، دار الحرية للطباعة ، العراق – بغداد ، ١٩٧٦ ،ص٤٧

(١٥) ينظر د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني – في مصادر الالتزام ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد – العراق ، ١٩٦٣ ، ص ٥٥ – ٥٦

(١٦) ينظر: المحامي بدوي حنا، الاحوال الشخصية ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ـ لبنان ط١ ،١٩٩٨م، ص١ ٣

(١٧) محمد اسحاق مدني، ما استدل به الحنفية من اثار صهر ختم خير البرية، المجمع العلمي للتقريب بين المذاهب الاسلامية،طهران ،ط١ ،٢٠٠٨،ص٩١.

(١٨)السيد اليزدي، العروة الوثقى مع التعليقات، ج ٢، ص ٨٥٧

(١٩) عبد الوهاب خلاف، احكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية، مطبعة دار الكتب المصرية / القاهرة، ط٢، ١٩٣٨،ص٧٠

(٢٠) عبد الرحمن الجزيري ،الفقه على المذاهب الأربعة ومذهب أهل البيت (ع)، ج ٤، دار الكتب العلمية ، بيروت / لبنان ، ط٢، ٢٠٠٣ ص ٩٠

(٢١) الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة ، ج ٥، المجمع العلمي للتقريب بين المذاهب الاسلامية ، قم، ص ٥٣.

(٢٢) محمد حسين كاشف الغطاء، المصد نفسه، ص٥٤

(٢٣) محمد حسين كاشف الغطاء ، المصدر السابق ، ج٥، ص٣٦.

(٢٤) العلامة الحلي ، تحرير الاحكام الشرعية ، ج٣ ، بدون سنة طبع ومكان طبع ، ص٥٢٢

(٢٥) حيث نصت م/ ١٧على انه : ((يصح للمسلم ان يتزوج كتابية، ولا يصح زواج المسلمة من غير المسلم))

(٢٦) الشيخ الطوسي ، الخلاف ، تحقيق علي الخرساني، ج٤ ، الطبع الثانية ،١٤٢٠، دار المعارف الاسلامية، ص٢٥٨

(٢٧) محد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة ،ج٢، دار التيار الجديد /بيروت ـ لبنان الطبعة العاشرة ،٢٠٠٨ ص٣٢٢

(٢٨) كمال الدين بن الهمام ،" شرح فتح القدير"، دار الفكر ، بيروت ،ص ٣

(٢٩) عيسى حداد ، عقد الزواج دراسة مقارنة ، طبعة ٢٠٠٦ ، منشورات جامعة باجي مختار ،عنابة ، ص ١١٦

(٣٠) وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، دار الفكر/ سوريا، ط ٤، ج٤، ص٦٦٩٦.

(٣١) الشيخ محمد باقر الكمرهاي، أصول الفوائد الغروية في مسائل علم الأصول، ج ٢، ص ١٦٤

(٣٢) محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ج ٢، ص ٣٧٠

(٣٣) الموسوعة الفقهية الكويتية ٤٥/١٧٢.

[٣٤] النساء/٣٤

[٣٥] محمد ابو زهرة ، الولاية على النفس، دار الفكر العربي، بدون ينة طبع ، ص٤٤.

[٣٦] د. سلام عبد الزهرة ، انغام محمود شاكر، مفهوم الولاية بالزواج، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية، العدد الثاني، السنة الرابعة، ص٢٣٨.

[٣٧] المراد من الكفؤ الشرعي هو أن يكون مسلماً ، والمراد من الكفؤ العرفي أن يكون متناسباً مع شأن المرأة من حيث المنزلة والشؤون الاجتماعية ، ولا يلزم مراعاة الكفؤ العرفي إلّا في صورة ما إذا لم تكن البنت رشيدة بصورة كافية فيختار الولي لها الزوج الكفوء.

ناصر مكارم الشيرازي احكام النساء، بدون سنة طبع ومكان طبع،ص١٣٤

[٣٨] السبزواري ، مهذب الاحكام في بيان مسائل الحلال والحرام ، مطبعة الاداب ـ النجف ،١٩٨٥ ، ص٣٠٢.

[٣٩] الشيخ سيد سابق، فقه السنة ، الناشر دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان. الطبعة الثالثة ١٣٩٧هـ – ١٩٧٧ م جـ ٢ ص١٣٢-١٣٣

[٤٠] احمد خليفة العقيلي ،"الزواج و الطلاق في الشريعة الإسلامية" ، طبعة ١ ، دار الجماهرية للنشر و التوزيع و الإعلان ،١٩٩٠ ص٤٤

[٤١] محمد حسين كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، ج٣، ص٣٢٧.

[٤٢] ابن حزم الظاهري، المحلى ، ج٨، المكتب التجاري / بيروت ـ لبنان ، ص٤١٢.

[٤٣] ابو زيد الدبوسي ، "تقويم الادلة في اصول الفقه "، طبعة ١ ، دار الكتب العلمية ، ص٤٣٥

[٤٤] السيد محمود الهاشمي الشاهرودي ،موسوعة الفقه الإسلامي المقارن، ج ٤، ، ص ٣٧١.

وينظر ايضا : محمد حسين كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، ج١ ، مؤسسة الامام الصادق ، ص ١٣٠ – ١٣١.

[٤٥] محمد حسن النجفي، جواهر الكلام ، ج٣٢ ، دار الكتب الاسلامية ، طهران، ١٣٦٧، ص٥٥

[٤٦] الحر العاملي ، وسائل الشيعة، ج١، مؤسسة ال البيت لاحياء التراث ، ط٢، ١٤١٤ هـ ،ص٤٨.

[٤٧] نفس المصدر السابق ، ج١، ص٤٦.

[٤٨] موسوعة الفقه الإسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت (ع)، ج ٢٤، مؤسسة دائرة المعارف فقه الاسلامي، ص ٢٥٢

[٤٩] باسم محمد شهاب ، عيوب الزوجية واثارها في تفويض الروابط الاسرية ، مقال منشور بمجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، ٢ العدد٣ ،سنة ٢٠٠٩ ص ٣٨٠

[٥٠] احمد بن علي بو بكر الرازي الجصاص الحنفي، احكام القران، ج١، دار احياء التراث العربي بيروت / لبنان، ١٤٠٥ .ص٢٠.

[٥١] أبي بكر الكاشاني ، بدائع الصنائع، ، ج ٢ ، ص ٣١٠

[٥٢] السيد السيستاني،منهاج الصالحين، ج٣، دار المؤرخ العربي ، بيروت ـ لبنان ط٣، ٢٠٠٠، ص١٨ـ ١٩

[٥٣] ابن تيمية الفتاوى الكبرى، ج٦، ص٦٧.

[٥٤] زواج التحليل هو من يتزوج المطلقة ثلاثا دون دخول حتى تحل لمطلقها ، يعتبر هذا الزواج باتفاق كل الفقهاء إن هذا الزواج الصوري كذب وخداع لم يشرعه الله في دين ، ولم يبحه لاحد ، وفيه من المفاسد والمضار ما لا يخفى على أحد. وليس له غرض في دوام العشرة ولا ما يقصد بالزواج من التناسل وتربية الأولاد وغير ذلك من المقاصد الحقيقية لتشريع الزواج

ينظر : فقه السنة، ج ٢، الشيخ سيد سابق، ص ٤٨

(٥٥) السيد محمد تقي المدرسي، التشريع الإسلامي (مناهجه ومقاصده)، ج ١٠، ص ٢٣٢

(٥٦) ابو داود ،سنن ابي داود، دار الرسالة العالمية ، ٢٠٠٩،ج٦، ص٤٥٥.
وينظر ايضا : الشيخ الطوسي ، الخلاف، ج٣، ص٣٨.

(٥٧) د. احمد سلمان ود. جواد سميسم، مصادر الالتزام ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت لبنان، ط٢، ٢٠١٧، ص٤١.

(٥٨)تقرير بحث السيد الخميني للمشكيني التعليقة الإستدلالية على تحرير الوسيلة، ج ٦، ص ٢٥٢.

(٥٩) الجصاص ، احكام القران، ج٣، ص١٤٦٨.

(٦٠) السيد محمد سعيد الحكيم ، الأحكام الفقهية (العبادات والمعاملات) ، ص ٤١٥

(٦١) اجاز الاحناف صحة انعقاد الزواج بالكتابة. واخذ به الامامية للاخرس دون غيره فالاصل عند الامامية ان عقد الزواج ينعقد باللفظ ولا تجوز الكتابة لمن كان قادرا على الكلام .
السيد موسى الحسيني، المسائل الشرعية،ص٥٣٧.

(٦٢) يقال في الشريعة الاسلامية : (لا ينسب الى ساكت قول)
وهذا ما نصت عليه م/ ٨١ من القانون المدني العراقي: " ١. لا ينسب الى ساكت قول".

(٦٣) د. محمد محفوظ ، النظرية العامة للالتزام، ،ط١، تونس، ٢٠١٢، ص٣٥.

(٦٤) د. احمد سلمان ود. جواد سميسم ، مصدر سابق ، ص٥٩.

(٦٥) محمد بن احمد القرطبي ابن رشد، دار الحديث / القاهرة، بدون طبعة، ٢٠٠٤،ج٣، ص٣٢.

(٦٦) "جاء في السنة الشريفة : إن سكوت البكر رضاها ، فإذا استؤذنت في أمر الزواج فلم ترفض كان ذلك دليلا على قبولها ، لان من شأنها الحياء."
ينظر: السيد محمد تقي المدرسي، أحكام الزواج وفقه الأسرة، ص ٩٠

(٦٧) السيد علي البهبهاني،الفوائد العلية، ج ٢، ط٢ ،بدون مكان طبع ،١٤٠٥، ص ١٠٧

المصار والراجع:

- القران الكريم

المصادر الفهية والقانونية

١. ابن تيمية الفتاوى الكبرى، ج٦، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت / لبنان ، بدون سنة طبع.
٢. ابن حزم الظاهري، المحلى ، ج٨، المكتب التجاري / بيروت ـ لبنان.
٣. ابن منظور ، معجم لسان العرب ،طبعة ٣، مجلد ١٤، دار صادر ، بيروت ـ لبنان.
٤. ابو داود ،سنن ابي داود، دار الرسالة العالمية ، ٢٠٠٩،ج٦.
٥. ابو جعفر بن الحسن بن علي الحر العاملي ، وسائل الشيعة، ج١، مؤسسة ال البيت لاحياء التراث ، ط٢، ١٤١٤ هـ

٦. ابو زيد الدبوسي ، "تقويم الادلة في اصول الفقه "، طبعة ١ ، دار الكتب العلمية ،بدون سنة طبع.
٧. ابو جعفر محمد الطوسي ، الخلاف ، تحقيق علي الخرساني، ج٤ ، الطبع الثانية ،١٤٢٠، دار المعارف الاسلامية.
٨. أبي بكر الكاشاني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج ٢ ،الطبعة الاولى، مطبعة شركة المطبوعات العلمية ، مصر.
٩. احمد بن علي بو بكر الرازي الجصاص الحنفي، احكام القران، ج١، دار احياء التراث العربي بيروت / لبنان، ١٤٠٥ .
١٠. احمد بن فارس ،مقاييس اللغة ، تحقيق عبد السالم هارون ، دار الفكر ،١٩٧٩ .
١١. احمد سلمان ود. جواد سميسم، مصادر الالتزام ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت لبنان، ط٢، ٢٠١٧.
١٢. احمد خليفة العقيلي ،"الزواج و الطلاق في الشريعة الإسلامية" ، طبعة ١ ، دار الجماهرية للنشر و التوزيع و الإعلان -١٩٩٠ .
١٣. انور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام (الطبعة ١)، الإسكندرية/ دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٨.
١٤. بدوي حنا ، الاحوال الشخصية ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ـ لبنان ط١ ،١٩٩٨م.
١٥. باسم محمد شهاب ، "عيوب الزوجية واثارها في تفويض الروابط الاسرية "، مقال منشور بمجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، ٢ العدد٣ ،سنة ٢٠٠٩ .
١٦. باسم محمد شهاب ، "عيوب الزوجية واثارها في تفويض الروابط الاسرية "، مقال منشور بمجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، ٢ العدد٣ ،سنة ٢٠٠٩ .
١٧. جمال الدين ابي منصور الحسن الحلي ، تحرير الاحكام الشرعية ، ج٣ ، بدون سنة طبع ومكان طبع .
١٨. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزام – احكام الالتزام – اثبات الالتزام ، دار الحرية للطباعة ، العراق – بغداد ، ١٩٧٦ .
١٩. سلام عبد الزهرة ، انغام محمود شاكر، مفهوم الولاية بالزواج، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية، العدد الثاني، السنة الرابعة.

٢٠. سيد سابق، فقه السنة ، الناشر دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان. الطبعة الثالثة ١٣٩٧هـ – ١٩٧٧ م جـ ٢ .
٢١. عبد الرحمن الجزيري ،الفقه على المذاهب الأربعة ومذهب أهل البيت (ع)، ج ٤، دار الكتب العلمية ، بيروت / لبنان ، ط٢، ٢٠٠٣ .
٢٢. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني(نظرية الالتزام)، ج١، منشاة المعارف الإسكندرية.
٢٣. عبد الرزاق السهوري، نظرية العقد: منشورات الحلبي الحقوقي، بيروت، ط٢ ،١٩٩٨م، ج١.
٢٤. عبد الاعلى السبزواري ، مهذب الاحكام في بيان مسائل الحلال والحرام ، مطبعة الاداب ـ النجف ،١٩٨٥.
٢٥. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني – في مصادر الالتزام ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد – العراق ، ١٩٦٣ .
٢٦. عبد الوهاب خلاف، احكام الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية، مطبعة دار الكتب المصرية / القاهرة، ط٢، ١٩٣٨.

٢٧. علي بن محمد باقر بن علي السيستاني، منهاج الصالحين، ج٣، دار المؤرخ العربي ، بيروت ـ لبنان ط٣، ٢٠٠٠.
٢٨. علي البهبهاني ،الفوائد العلية، ج ٢، ط٢ ،بدون مكان طبع ،١٤٠٥.
٢٩. علي المشكيني ، تقرير بحث السيد الخميني التعليقة الإستدلالية على تحرير الوسيلة، ج ٦.
٣٠. عيسى حداد ، عقد الزواج دراسة مقارنة، طبعة ٢٠٠٦ ، منشورات جامعة باجي مختار ـ عنابة .

٣١. محمد باقر الكمرئي ،أصول الفوائد الغروية في مسائل علم الأصول، ج ٢،مطبعة فردوسي ـ طهران .
٣٢. محمد محفوظ ، النظرية العامة للالتزام، ،ط١، تونس، ٢٠١٢.
٣٣. محمد تقي المدرسي، التشريع الإسلامي (مناهجه ومقاصده)، ج ١٠.
٣٤. محمد سعيد الحكيم ، الأحكام الفقهية (العبادات والمعاملات) .
٣٥. محمود الهاشمي الشاهرودي ،موسوعة الفقه الإسلامي المقارن، ج ٤.
٣٦. موسى الحسيني، المسائل الشرعية.

٣٧. محمد حسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة ، ج ٥، المجمع العلمي للتقريب بين المذاهب الاسلامية ، قم.
٣٨. محمد كاظم الطبطبائي اليزدي، العروة الوثقى مع التعليقات، ج ٢، الطبعة الاولى ، مؤسسة النشر الاسلامي، سنة ١٤٧٧.
٣٩.
٤٠. محمد تقي المدرسي ،الفقه الاسلامي (أحكام المعاملات)، ج ٢،الطبعة الثالثة ، ١٤٣١.
٤١. محمد حسن البجنوردي، القواعد الفقهية، ج ٤، الطبعة الاولى ،١٤١٩.
٤٢. كمال الدين بن الهمام ، شرح فتح القدير، دار الفكر ـ بيروت .
٤٣. محمد بن احمد بن ابي سهل السرخسي ، المبسوط، ج ٢٤، الطبعة الاولى ، مطبعة السعادة ـ مصر.
٤٤. محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة ،ج٢، دار التيار الجديد /بيروت ـ لبنان الطبعة العاشرة ،٢٠٠٨
٤٥. محمد ابو زهرة ، الولاية على النفس، دار الفكر العربي، بدون ينة طبع .
٤٦. محمد اسحاق مدني، ما استدل به الحنفية من اثار صهر ختم خير البرية، المجمع العلمي للتقريب بين المذاهب الاسلامية، طهران ،ط١ ،٢٠٠٨.
٤٧. محمد بن احمد القرطبي ابن رشد، بداية المجتهد نهاية المقتصد دار الحديث / القاهرة، بدون طبعة، ٢٠٠٤،ج٣.
٤٨. محمد حسن النجفي، جواهر الكلام ، ج٣٢ ، دار الكتب االاسلامية ، طهران، ١٣٦٧.
٤٩. محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ج ٢.
٥٠. موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، ٢٠٠١، ج٣.
٥١.
٥٢. محمد حسين كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، ج١ ، مؤسسة الامام الصادق .
٥٣. محمد تقي المدرسي، أحكام الزواج وفقه الأسرة، دار محبي الحسين ،٢٠٠٥.
٥٤. محمد ابو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية، دار الفكر العربي ،القاهرة ١٩٩٦م.
٥٥. ناصر مكارم الشيرازي، احكام النساء، بدون سنة طبع ومكان طبع.

٥٦. ناصر مكارم الشيرازي، الأمثل في تفسير كتاب الله المنزل، ج ٢ بدون ينة طبع ومكان طبع.
٥٧. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وادلته، دار الفكر/ سوريا، ط ٤، ج٤.

الموسوعات والقوانين

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٢. قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.
٣. قانون رعاية القاصرين رقم رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠.
٤. موسوعة الفقه الإسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت (ع)، ج ٢٤، مؤسسة دائرة المعارف فقه الاسلامي.
٥. الموسوعة الفقهية الكويتية ، صادرة عن وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية ـ الكويت
٦. الموسوعة الفقهية الكويتية وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية، الكويت، دار السلاسل، الكويت، ط٢ ،١٩٨٦م.