محل عقد الزواج

م . عباس فاضل عباس

الجامعة العراقية كلية القانون والعلوم السياسية

Abbas Fadhel Abbas

The subject of the marriage contract

alicmi24@gmail.com

المستخلص

في القانون المدني لا يتناول الشراح عادة عقد الزواج, وقد يعود ذلك لسببين, الاول : هو ان عقد الزواج في الدول العربية بشكل عام يخضع لاحكام الشريعة الاسلامية, فهي المصدر التاريخي الوحيد لهذا العقد, بخلاف العقود في القانون المدني التي هي مزيج من احكام الفقه الاسلامي والقوانيني الغربية . اما السبب الثاني فهو ان المعقود عليه في عقد الزواج او ما يعرف بمحل عقد الزواج ليس مالا, والمعروف ان ما يمكن ان يكون محلا للتعاقد هي تلك الاشياء التي لا تخرج عن التعامل بطبيعتها ولا بحكم القانون وفق ما تقضي به المادة ٦١ من القانون المدني العراقي . فالمعقود عليه دائما يكون شيئا داخلا في التعامل, مما يعني انه يصح ان يكون محلا للحقوق المالية. ولما كان محل عقد الزواج ليس كذلك, فيكون السؤال عندئذ كالتالي : ما هو محل عقد الزواج ؟ سنحاول من خلال هذه البحث الاجابة عن هذا السؤال .**الكلمات المفتاحية : المحل – عقد الزواج – المعقود عليه – اركان عقد الزواج – شروط عقد الزواج .**

Abstract

In civil law, commentators usually do not address the marriage contract, and this may be due to two reasons, the first is that the marriage contract in Arab countries in general is subject to the provisions of Islamic Sharia, which is the only historical source for this contract. Unlike contracts in civil law, which are a mixture of Islamic jurisprudence and Western laws. As for the second reason, it is that what is contracted in the marriage contract or what is known as the subject of the marriage contract is not money, and it is known that what can be the subject of the contract are those things that do not depart from dealing by nature or by virtue of the law, according to the provisions of Article 61 of the Iraqi Civil Code. The subject of the contract is always something that is included in the transaction, which means that it is valid to be the subject of financial rights. And because the subject of the marriage contract is not money, the question then is as follows: What is the subject of the marriage contract? We will try through this research to answer this question.

المقدمة

لا شك ان عقد الزواج هو اهم العقود على الاطلاق, لاسيما وانه يستمد احكامه من ينبوعه الصافي واصله المتين, فمصدره الاول كتاب الله سبجانه وتعالى وحسبك به مصدرا **(لَا يَأْتِيهِ الْبَاطِلُ مِنْ بَيْنِ يَدَيْهِ وَلَا مِنْ خَلْفِهِ تَنْزِيلٌ مِنْ حَكِيمٍ حَمِيدٍ)** . ثم بعد ذلك هو يستمد احكامه من سنة نبينا الكريم ﷺ ومن هذين الاصلين العظيمين نسج فقهاؤنا الاعلام احكامه وتناولوا مفهومه وعنوانه . وكانت تلك النصوص المستمدة من الدين ليست نصوصا قانونية هدفها التنظيم فحسب وانما هي نصوص دينية فضلا عن كونها ذات طابع تشريعي, ولهذا السبب لم يتأثر هذا العقد بحركة التشريع الحديثة التي نهلت من القوانين الاوربية نصوصها واحكامها بل بقي متمسكا بتراثه الاسلامي الفريد , كون الزواج ليس من العقود المدنية التي تتناول احكام المال وانما هو عقد يدخل فيه الدين منذ ابتدائه ويستمر فيه اثناء حياته وحتى انقضائه , بل يرسم كل طرق الانقضاء, فهو الذي يحدد لك منذ البداية من هو الانسان الذي يجوز لك الاقتران به ويرسم لك بداياته والقواعد الممهدة له من خطبة وما يرافقها , ثم العقد وما يشترط فيه , فإذا تم العقد ترتبت عليه اثاره واحكامه , واذا انقضى لأي سبب تجد تلك الاحكام معك خطوة بخطوة قد جاءت على نسج حكيم ومنوال رصين هدفها الأول والاخير هو اسعاد الناس وبث الألفة والمحبة في نفوسهم وبناء الاسرة على افضل حال واحسن مآل. ولم تغفل تلك الشريعة الغراء شيئا الا ونبهت عليه مما زاد العقد قوة والاسرة تماسكا حتى باتت الاسرة بمفهومها الحقيقي لا وجود لها الا لدى المسلمين, وذلك بفضل ما امتازت بها احكامها التي راعت مصلحة الانسان فمزجت متطلبات الشرع مع ما تقتضيه حاجة الانسان الفطرية . وقد امتن الله سبحانه وتعالى على عباده بذلك فقال ﴿ **وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ**﴾ . فكان ان زين الله حب النساء لدى الرجال . فقد خلقهم من نفس واحدة فكان من الطبيعي ان يبحث كل منهما عمن يكمله. وأودع بحكمته في قلب الرجل والمرأة سرا عظيما من اسرار الحياة, الا وهو الحب الذي يدفع الرجل والمرأة معا للانصهار في نفس واحدة . وهذه الغريزة موجودة لدى كل البشر الا ان الفارق يظهر في اطلاقها بعنفوانها دون ضابط او قيد, او ربطها بالقيم الدينية والاجتماعية والقانونية وفق ضابط يرسم لها الطريق المشروع والدائم الذي يكفل تحقيق الغاية ولا يغفل عن متطلبات المزاج **(وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ)** . ان دراسة محل عقد الزوج ليست بالجديدة, فقد تناولها الفقهاء بالتفصيل . الا ان وضعها تحت هذا العنوان بالذات هو الامر الجديد . ذلك ان المفاهيم المعاصرة تختلف عن تلك التي كانت سائدة في فترة ازدهار الفقه الاسلامي, فالمصطلحات القانونية اليوم اكثرها منقولة او مترجمة ولا شك ان لكل اصطلاح مدلوله الاجتماعي الذي نشأ عنه , فإذا ما استخدمنا موضوع الدراسة بمفهومه المعاصر, وجدنا بونا شاسعا في دلالته اللغوية والاصطلاحية,

فبعد أن كان عقد الزواج عقدا شرعيا خالصا يوم ان كانت الشريعة الاسلامية هي الحاكمة ولم يكن اصطلاح القانون مستخدما بمعناه الذي نشهده اليوم, نجد ان عقد الزواج الان يمزج بين الاصالة والتجديد مزجا لا يبعده عن اصوله وانما بالقدر الذي يكفي لمواكبة الحياة, فبات يستخدم المفاهيم الحديثة ويصوغ قواعده القانونية على ذات الاسلوب الذي تصاغ به سائر القوانين, فمن الضروري اذن دراسة القانون بطريقة تمزج بين الحاضر والماضي, وربط المفاهيم القديمة بالمعاصرة لأجل الحصول على مفاهيم محددة وذات دلالة واحدة. ومن تلك المفاهيم التي اثرت بها الحداثة والتجديد مفهوم المحل او المعقود عليه, فهذا المفهوم صناعة قانونية بامتياز, مما اثار لدي حافزا في دراسته في نطاق الاحوال الشخصية وفي عقد الزواج تحديدا فجاء عنوان البحث **محل عقد الزواج**. ودراسة هذا الموضوع تقتضي تناول الزواج والمحل من حيث اصلهما العام, ثم بيان محل عقد الزواج وعرض آراء الفقهاء واختلافهم بشأن تحديده . ولما كان رأي غالب الفقهاء ان المقصود الاساس من عقد الزواج هو المتعة بين الزوجين لذا نرى من المهم تناول هذه المسألة, اذ المتعة هي المعقود عليه كما سنرى. وعلى هذا الاساس سيكون البحث مقسم على ثلاثة مباحث يتناول كل مبحث منها نقطة من نقاط البحث المذكورة .

المبحث الأول الزواج والمحل من حيث اصلهما العام

يتناول هذا المبحث الزواج والمحل (المعقود عليه) من حيث اصلهما العام وعلى هذا الاساس نقسمه الى مطلبين, نتناول في الاول منهما تحديد مفهوم الزواج اما الثاني فندرس فيه المعنى العام للمحل .

المطلب الأول مفهوم عقد الزواج

عقد الزواج من اهم العقود التي يقدم عليها الانسان في حياته ان لم تكن اهمها على الاطلاق, اذ بهذا العقد تنشأ اللبنة الاجتماعية الاولى والأهم الا وهي الاسرة, واهمية هذا العقد ابرز من ان تذكر, فلا يختلف احد حول مدى خطورة هذا العقد وما ترتب عليه من اثار, لذا نجد ان الفقهاء قد اعتنوا عناية فائقة في شرح هذا العقد وبيان تعريفه وشروطه واركانه, وهداهم لذلك آيات القرآن الكريم وما ثبت من السنة المباركة, وقد دلتهم تلك النصوص الحكيمة والاثار الصحيحة الى طرق عديدة للاجتهاد, فبينوا احكامه ونظموا قواعده . ونحن اذ نتناول عقد الزواج بالتعريف فإنما نسير على تلك الخطى . فنقول ان دراسة مفهوم عقد الزواج تقتضي منا بيان تعريفه لغة واصطلاحا, وبيان شروطه واركانه والحكمة منه, وذلك بإيجاز يفي بالغرض ولا يتجاوز الغاية من الايضاح .

الفرع الأول – تعريف عقد الزواج :الزواج لغة هو الاقتران والازدواج, يقال زوج الرجل إبله إذا قرن بضعها ببعض, ومنه قوله تعالى ﴿ **احْشُرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ وَمَا كَانُوا يَعْبُدُونَ** ﴾ [١]. ﴿ **وَزَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ**﴾ [٢] أَيْ قَرَنَّاهُمْ بِهِنَّ . فكل مَا يقْتَرن بآخر مماثلا لَهُ أَو مضادا يُقَال لَهُ زوج، وكذلك كل اثْنَيْنِ لَا يَسْتَغْنِي أَحدهمَا عَن صَاحبه, وكما يقال للرجل زوج يقال للْمَرْأَةُ زوج ايضاً ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿**اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ**﴾ [٣]. والنكاح بمعنى الزواج, فهما اذا اختلفا لغة فلا يختلفان اصطلاحا, فهو (اي النكاح) يعني الضم والجمع، يقال : تَنَاكَحَتْ الْأَشْجَارُ إِذَا انْضَمَّ بَعْضُهَا إِلَى بَعْضٍ, أَوْ مِنْ نَكَحَ الْمَطَرُ الْأَرْضَ إِذَا اخْتَلَطَ بِتُرَابِهَا. وفي الشرع عرفه الفقهاء تعريفات عديدة منها : انه عقد يرد على تمليك منفعة البضع قصدًا [٤] . او انه : (انه عقد يرد على ملك المتعة قصدا) [٥]. فهو عقد يفيد حل استمتاع الرجل من المرأة, وقد احتيط بلفظ (قصداً) عما يفيد الحل ضمناً كما إذا ثبت في ملك الرقبة [٦]. وعرف أيضاً بأنه عقد يفيد حل استمتاع كل من الرجل والمرأة بالآخر على الوجه المشروع . فهو عقد من عقود التمليك, والملك فيه وارد قصدا على متعة كل واحد من الزوجين بالأخر [٧]. وللفقهاء تعريفات أخرى كلها تدور حول هذا المعنى وان اختلف التعبير, وهي تفيد بجملتها إن موضوع عقد الزواج هو امتلاك المتعة على الوجه المشروع, وان الغرض منه في عرف الناس والشرع هو جعل المتعة حلالاً . ولاشك إن ذلك غرض من أغراضه, بل من أوضح أغراضه عند عامة الناس, لكن يلحظ المتتبع ان هناك اغراض اسمى من قضاء الوطر بين الزوجين وهي غايات وحكم بغاية الاهمية قصد الشارع تحقيقها من عقد الزواج [٨] . كالتناسل وكثرة الذرية, فهذا هو المقصد الاصلي والضروري والذي به يتم حفظ النوع الانساني [٩], قال تعالى ﴿**وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ**﴾ [١٠] فطلب الولد هو مطلب فطري للإنسان وقد لهج الانبياء بالدعاء وطلب الولد [١١] كما ان من الدعاء ما ورد بقوله تعالى :﴿ **وَالَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا هَبْ لَنَا مِنْ أَزْوَاجِنَا وَذُرِّيَّاتِنَا قُرَّةَ أَعْيُنٍ وَاجْعَلْنَا لِلْمُتَّقِينَ إِمَامًا** ﴾ [١٢]. والزواج من اجل اكثار النسل مطلب شرعي حث عليه النبي ﷺ فيما يروى عنه (**تَنَاكَحُوا، تَكْثُرُوا، فَإِنِّي أُبَاهِي بِكُمُ الْأُمَمَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ**) [١٣] .واذا كان بقاء النوع الانساني من اسمى الغايات التي شرع الزواج من اجل تحقيقها فإن هذا البقاء يتحقق بمجرد تلاقي الذكور والاناث وتوالدهما كسائر الحيوانات التي بقيت وتكاثرت بلقاء ذكورها واناثها, لكن اذا صح ذلك مع الحيوانات فهو لا يصح مع الانسان الذي اراد الله تكريمه فشرع له الزواج ليكون بقاءه على اكمل وجه, فأحل لهم ما تمليه عليهم الرغبة الجنسية والحالة الفطرية التي يشترك بها

الانسان مع مختلف الحيوانات, لكنه ضبطها باختصاص كل ذكر بأنثى تكون له وحده وملكه حق التمتع بها. فضلا عما في عقد الزواج من افاضة روح العفة على طرفيه وقطع لجموح النفس وتطلعها الى تخطي الحدود, وزجر عن التطلع الممقوت غير البريء, وهو في كل الاحوال يحول دون تزاحم عدة رجال على امرأة واحدة فيأمن الناس التظالم والتقاتل, كما انه يحفظ الانساب ويجعل لأولاد كل زوجة اباً معروفاً اوجب عليه الشرع رعايتهم وكفالتهم حتى يبلغوا [١٤]. وقد راعى المشرع العراقي هذه المعاني في تعريفه لعقد الزواج فعرفه بأنه **(عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل)** [١٥].

الفرع الثاني – أركان عقد الزواج ركن الشيء : جانبه الأقوى . قال تعالى : (أَوْ آوِي إِلَى رُكْنٍ شَدِيدٍ) [١٦]. وفي الاصطلاح : ما لا جود لذلك الشيء إلا به, ويطلق على جزء من الماهية كقولنا : (القيام ركن الصلاة) ويطلق على جميعها [١٧]. فالأركان هي جزء من حقيقة الشيء, ولا تتحقق ماهيته إلا بها, بحيث إذا انعدمت جميعها أو بعضها انعدم الشيء ولم يتحقق. وأركان عقد الزواج هي العاقدان والمعقود عليه وصيغة العقد المكونة من الإيجاب والقبول. ولما كان وجود الصيغة يستلزم وجود العاقدين والمعقود عليه, اقتصر أكثر الفقهاء في بيان أركان عقد الزواج على ذكر الإيجاب والقبول [١٨]. وبناءً على ذلك جاء نص القانون العراقي**(ينعقد الزواج بإيجاب يفيده لغة أو عرفا من احد العاقدين وقبول من الآخر ويقوم الوكيل مقامه)** [١٩]. ولما كان عقد الزواج عقد عظيم الخطر بالغ الأثر, فانه لا يتحقق إلا بأن يباشره المتعاقدان (الزوجان) او من ينوب عنهما على إن يتم باختيار صحيح . وفكرة الرضا تقوم على إرادتين هما الايجاب والقبول : والإيجاب هو الكلام الصادر من احد المتعاقدين أولا سواء أكان من الزوج أو من الزوجة, والقبول هو الكلام الصادر من المتعاقد الثاني بعد كلام الموجب [٢٠]. والايجاب هو ما صدر اولاً من احد العاقدين تعبيراً عن ارادته لعقد الزواج اما القبول فهو ما صدر من الثاني تعبيراً عن موافقته ورضاه على ما اوجبه الطرف الاول, ولا يشترط في الزوج ان يبدي الايجاب بنفسه, فقد يصدر الايجاب عن الزوج مباشرة, او يصدر عن من ينوب عنه كوليه او وكيله. وَيرى الشافعية والحنابلة ان صيغة الايجاب والقبول ينبغي ان تكون بلفظ النكاح أو التزويج . ولا يشترط ذلك عند الحنفية والمالكية [٢١]. علماً أن صيغة الإيجاب لا بد أن تكون بلفظ النكاح أو التزويج، وأما القبول فيكفي فيه أن يقول : قبلت أو رضيت فلا يشترط فيه أن يقول : قبلت زواجها أو نكاحها ولا يصح أن يتقدم القبول على الإيجاب. وقال الامامية ان النكاح يفتقر الى ايجاب وقبول دالين على العقد الرافع للاحتمال [٢٢] والعبارة عن الايجاب تكون بلفظين هما : زوجتك وانكحتك وفي متعتك تردد, وجوازه ارجح, والقبول ان يقول قبلت التزويج او قبلت النكاح او ما شابهه. ويجوز الاقتصار على قبلت, ولا بد من وقوعهما بلفظ الماضي لأن صحة النكاح بلفظ الماضي يقينية, وبلفظ المضارع مشكول فيها [٢٣]. ويشترط الفور فإن تأخر القبول عن الإيجاب حتى تفرقا أو تشاغلا بما يقطعه عرفاً فإنه لا يصح ولا يشترط أن يكون اللفظ عربياً بل يصح بغير العربية من العاجز عن النطق بالعربية بشرط أن يؤدي معنى الإيجاب والقبول بلفظ التزويج أو النكاح [٢٤].

الفرع الثالث – شروط عقد الزواج الشرط في اللغة : عبارة عن العلامة، ومنه أشراط الساعة، اي علاماتها, قال تعالى : **(فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً** فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا**)** [٢٥]. وفي الاصطلاح : ما يتوقف عليه وجود الشيء، ويكون خارجًا عن ماهيته، ولا يكون مؤثرًا في وجوده، وقيل : الشرط : ما يتوقف ثبوت الحكم عليه [٢٦]. وتنقسم شروط الزواج الى اربعة اقسام والخوض في تفصيلها يبعدنا عن عنوان البحث لذا نحيل اليها في الشروحات المطولة من كتب الفقهاء المسلمين التي تناولت عقد الزواج وبينوا احكامه بالتفصيل ولا بأس من ذكرها بإيجاز فنقول :

أولا :– شروط الانعقاد : وهي الشروط التي يتم العقد بوجودها وينعدم بانعدامها ولا يترتب على العقد أي حكم من الأحكام التي وضع العقد لإفادتها. وبعبارة أدق هي الشروط التي إذا اختل منها شرط كان العقد باطلا .

ثانياً :– شروط الصحة : المراد بشروط الصحة الشروط التي بها يكون العقد موجوداً وجوداً يعتبره الشارع وتترتب عليه أحكامه .

ثالثا :– شروط النفاذ : شروط النفاذ هي الشروط التي لا تنفذ أحكام العقد على عاقديه إلا بوجودها, ويستمر العقد موقوفاً إذا لم تتوفر هذه الشروط حتى تكون الإجازة فيكون النفاذ .

رابعاً : شروط اللزوم : وهي الشروط التي لا يكون العقد لازما بالنسبة لكل من طرفيه إلا بوجودها, فإذا لم تكن متوافرة كلها أو بعضها كان هناك الحق بفسخ العقد [٢٧].

المطلب الثاني – المحل من حيث اصله العام :

عادة ما يتم بحث المحل في مسائل القانون المدني دون الاحوال الشخصية, اذ المقصود بالمحل هو محل الالتزام , فالميدان الطبيعي لدراسة هذا العنوان هو القانون المدني . والحقيقة ان القانون المدني يقصد به في القوانين الغربية تلك القواعد التي تنظم احوال الانسان العينية والشخصية معاً, غير ان بلداننا العربية رأت الفصل بين القواعد التي تحكم الاحوال العينية والاحوال الشخصية وذلك لأسباب تاريخية ودينية عديدة اهمها ان عقد الزواج يستمد احكامه من الدين , فديانة الشخص تحدد للرجل من يمكن له الزواج بها من عدمه , فضلا عن ذلك فان الشريعة الاسلامية اعتنت عناية فائقة باحكام عقد الزواج من حيث انعقاده وترتيب اثاره ولا يمكن فصل هذا الواقع الاجتماعي الراسخ عن الدين وجعل الزواج مدنيا كما هو الحال في العديد من الدول, لهذا السبب كانت الشريعة الاسلامية هي المصدر التاريخي الوحيد لعقد الزواج . وفي كل الاحوال فان عقد الزواج لا يرد على مال وانما : **(هو عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا غايته انشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل)** [٢٨], لذا فإن محل هذا العقد ليس المال. وطالما ان مفهوم المحل جرى بحثه ودراسته في القانون المدني, فلا مناص من بيان تعريفه وشروطه من منبعه الاصلي الا وهو شروح القانون المدني, مع بقاء الفرق بين مفهوم محل عقد الزواج والمحل بمفهوم المال, وبقاء كل ما يترتب على هذا الفرق من نتائج . ومحل الالتزام هو الاداء الذي يجب على المدين ان يقوم به لصالح الدائن , والمحل اما ان يكون نقل حق عيني او القيام بعمل او الامتناع عن عمل [٢٩]. فمحل الالتزام هو الشيء الذي يلتزم المدين القيام به, والمدين يلتزم اما بنقل حق عيني او بالقيام بعمل او بالامتناع عن عمل [٣٠]. والالتزام بنقل حق عيني انما هو التزام بعمل ولكن لما كان الاصل ان هذا الالتزام يتم تنفيذه بمجرد نشوئه فقد صار من المألوف ان يقال ان محل الالتزام بنقل حق عيني هو هذا الحق العيني ذاته, فإذا كان الحق العيني حق ملكية امتزج بالشيء المملوك واصبحا شيئاً واحدا فصار الالتزام بنقل حق الملكية محله هو الشيء ذاته الذي تنتقل ملكيته [٣١] . ولكل التزام محل أياً كان هذا الالتزام , فدراسة المحل اساساً تدخل في الالتزام , غير ان المحل لا تظهر اهميته الا بالنسبة الى الالتزام الارادي (العقد او الارادة المنفردة) ذلك لأن الالتزامات غير الارادية انما يحدد محلها القانون وهو أي المحل غالباً ما يكون دفع مبلغ من النقود اما الالتزام الارادي فإن الارادة هي التي تحدد محله , وعلى هذا الاساس وجب تحديد شروط المحل وهي كما يلي :

اولاً : ان يكون المحل موجودا او ممكنا : وهو يختلف حسب ما اذا كان محل الالتزام نقل حق عيني او القيام بعمل يتعلق بشيء معين فالالتزام بنقل حق عيني مثاله نقل ملكية شيء او القيام بعمل يتعلق بشيء معين كالتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة . اما اذا كان محل الالتزام عملاً او امتناعاً عن عمل فيجب ان يكون المحل ممكناً اذ لا التزام بمستحيل.

ثانياً : يجب ان يكون المحل معيناً او قابلاً للتعيين : وفي هذا الشرط ايضا اذا كان محل الالتزام نقل حق عيني فيجب ان نفرق بين الاشياء القيمية والاشياء المثلية . ففي الاشياء القيمية يجب ان يكون الشيء معينا تعيينا يكفي لتمييزه عما عداه, كأن يكون جوادا فيتعين بالجنس واللون والسن والنسب . اما في المثليات فيجب تعيينه نوعها ومقدارها كبيع طنين من الحنطة الاسترالية مثلاً . اما اذا كان محل الالتزام عملاً او امتناعاً عن عمل فينبغي ان يكون المحل معيناً تعييناً نافيا للجهالة وان يشتمل العقد على العناصر التي تجعل محل الالتزام قابلاً لتعيين.

ثالثاً : يجب ان يكون المحل قابلاً للتعامل فيه (مشروعاً) : يكفي لإيضاح هذه النقطة ايراد نص المادة (٦١) من القانون المدني العراقي :

١ – كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته او بحكم القانون يصح ان يكون محلاً للحقوق المالية.

٢ – والاشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع احد ان يستأثر بحيازتها، والاشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون التي لا يجيز القانون ان تكون محلاً للحقوق المالية .فجميع الاشياء صالحة للتعامل مالم تخرج عن ذلك بحكم طبيعتها او بحكم القانون [٣٢]

المبحث الثاني المعقود عليه في عقد الزواج

لا شك في اختلاف المصطلحات الواردة في القانون عن تلك التي يستخدمها الفقهاء المسلمون, اذ لكل مصطلح تاريخه واساسه ومنبعه الذي نشأ عنه, وعلى هذا الاساس فإن مفهوم المحل واضح تماما في القانون المدني لا يشوبه ادنى غموض, غير ان هذا الكلام لا يصدق على شروحات الفقه الاسلامي وعبارات الفقهاء بصدد المحل. ولا يعزى سبب ذلك الى قلة في الدقة او خلل في الصياغة لديهم, فهم لديهم من دقة العبارة وجمال الاسلوب وحسن الصياغة ما لا يخفى, غير ان الامر لا علاقة له بالفهم والصياغة, وانما لدى الفقهاء المسلمين عباراتهم الخاصة في تناول مسألة النكاح, ومصطلح المحل اقل ما يقال فيه انه لم يكن شائعا فيما سبق, لذلك فقد اختلفت عبارات الفقهاء بصدده, فنجد منهم من يرى ان المحل هو المكان الذي نشأ به العقد وبعضهم يرى ان المحل يتمثل بالزوجين الخاليين من الموانع الشرعية ومنهم من قصر المحل على الزوجة فقط بل قال البعض ان المحل هو البضع ولعل هذا المعنى الاخير هو اكثر المعاني شيوعاً لدى الفقهاء, اذ تواترت عباراتهم عليه, فجاء

تعريف الزواج لديهم انه **(عقد يرد على ملك المتعة قصدا)** كما ذكرنا. ولتحديد المعنى الدقيق لمحل عقد الزواج ينبغي تقسيم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب نتناول في كل واحد منها مفهوما لمحل الزواج.

المطلب الاول – محل الزواج هو مكان العقد :

فمحل عقد الزواج كما يرى بعض الفقهاء هو المكان جرى فيه العقد, من ذلك ما جاء في نهاية المحتاج الى شرح المنهاج قوله : ولو تزوج امرأة بالشام والعقد بغزة سلمت نفسها بغزة اعتباراً بمحل العقد، فإن طلبها إلى مصر فنفقتها من الشام إلى غزة عليها ثم من غزة إلى مصر عليه. ثم يتساءل هل مؤنة الطريق من الشام إلى غزة عليه أم لا ؟ فيقول : قال الحناطي في فتاويه : نعم، وحكى الروياني فيه وجهين : أحدهما نعم لأنها خرجت بأمره. والثاني لا لأن تمكينها إنما يحصل بغزة، قال : وهذا أقيس وهو المعتمد ولو استمهلت هي أو وليها (لتنظيف ونحوه) أمهلت حتما وإن قبضت المهر للخبر المتفق عليه «لا تطرقوا النساء ليلا حتى تمتشط الشعثة وتستحد المغيبة» [٣٣] . فيتضح من خلال عرض هذا الرأي ان الذي قصده اصحابه ليس محل الزواج الذي نقصده, وانما هو المكان الذي جرى فيه العقد, وهم وان كانوا يطلقون عليه لفظ المحل, فإن هذا المعنى الذي تطرق اليه اصحابه لا يعدو كونه المعنى اللغوي للمحل ليس الا, وهذا المفهوم يختلف تماماً مع ما نود الوصول اليه من تحديد معنى محل عقد الزواج, وبالتالي لا يمكن التسليم هذا الرأي او اعتماده في بيان معنى المحل .

المطلب الثاني – الزوجان الخاليان من الموانع الشرعية :

يرى جانب اخر من الفقهاء ان المقصود بمحل العقد هما الزوجان الخاليان من الموانع الشرعية على حد تعبير العدوي اذ يقول : وبقي المحل وهو الزوج والزوجة الخاليان من الموانع الشرعية, كالإحرام والمرض والعدة بالنسبة للمرأة ؛ لأن النكاح لا يكون إلا بين الزوجين [٣٤]. وهناك من يقصر المحل على الزوجة فقط , من ذلك ما جاء في حاشية ابن عابدين : (أن كل نكاح حرم لحرمة المحل) فيقول الشارح : (قوله لحرمة المحل) أي محل العقد وهو الزوجة [٣٥]. ويبدو لي ان المقصود بهذه الموانع هي محرمات عقد الزواج ذاته وان اختلف التعبير, فلا يجوز الزواج الا بين رجل وامرأة تجوز له شرعاً, وهو على حد تعبير المشرع العراقي **(عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا غايته انشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل)**. وبالتالي فكل امرأة حال مانع شرعي بينها وبين الرجل لا يجوز لها الاقتران به برابطة الزواج . اذ الزواج عقد يستمد احكامه من قواعد الشريعة الاسلامية. وعلى هذا الاساس يصح القول ان المقصود بالموانع الشرعية هي محرمات النكاح. فليست كل امرأة صالحة للعقد عليها، بل يشترط في المرأة التي يراد العقد عليها أن تكون غير محرمة على من يريد التزوج بها، سواء أكان هذا التحريم مؤبدا أم مؤقتا. والتحريم المؤبد يمنع المرأة أن تكون زوجة للرجل في جميع الاوقات. اما التحريم المؤقت يمنع المرأة من التزوج بها ما دامت على حالة خاصة قائمة بها، فان تغير الحال وزال التحريم الوقتي صارت حلالا. وأسباب التحريم المؤبدة ثلاثة وهي النسب والمصاهرة والرضاع [٣٦]. قال تعالى ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ **وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَحِيمًا**﴾ [٣٧]. اما المحرمات مؤقتا كالجمع بين اثنين يحرم الجمع بينهما كالأختين[٣٨]، وبين المرأة وعمتها، وبين المرأة وخالتها [٣٩] وبالجملة يحرم الجمع بين كل امرأتين بينهما قرابة لو كانت إحداهما رجلا لم يجز له التزوج بالأخرى وعلة ذلك هو الاحتراز عن قطع الرحم بين الاقارب، فان الجمع بينهما يولد التحاسد ويجر الى البغضاء، لان الضرتين قلما تسكن عواصف الغيرة بينهما. وهذا الجمع بين المحارم كما هو ممنوع في الزواج فهو ممنوع في العدة. فقد أجمع العلماء على أن الرجل إذا طلق زوجته طلاقا رجعيا فلا يجوز له أن يتزوج أختها، أو أربعا سواها حتى تنقضي عدتها، لان الزواج قائم وله حق الرجعة في أي وقت. كذلك يحرم الزواج بزوجة الغير ومعتدته [٤٠]. كما تحرم المطلقة ثلاثا فلا تحل لزوجها الاول حتى تنكح زوجا غيره [٤١] كذلك يحرم على المحرم، أن يعقد النكاح لنفسه أو لغيره بولاية أو وكالة، ويقع العقد باطلا، لا تترتب عليه آثاره الشرعية [٤٢]. كذلك عديمة الدين السماوي[٤٣]. نخلص من ذلك ان المقصود بمحل الزواج ليس موانع الزواج , ففقهاء الشريعة الاسلامية يستخدمون لفظ المحل ويريدون به الموانع الشرعية من الزواج سواء كانت موانع مؤبدة او مؤقتة, لكن اهل القانون يرون ان المراد بالمحل هو المعقود عليه لذا لا يمكن التسليم او الأخذ بهذا المعنى المتقدم في تحديد محل الزواج .

المطلب الثالث : البضع :

وفق هذا الرأي فإن المعقود عليه في عقد النكاح هو البضع . ويراد بالبضع العديد من المعاني منها الفرج والجماع, فقد ورد في الحديث «وَفِي بُضْعِ أَحَدِكُمْ صَدَقَةٌ»[٤٤]. يقول الامام النووي : ويطلق البضع على الجماع ويطلق على الفرج نفسه وكلاهما تصح إرادته هنا [٤٥]. وقد يقصد

به اي البضع التزويج, ففي الحديث «تُسْتَأْمَرُ النِّسَاءُ فِي أَبْضَاعِهِنَّ» [٤٦]. فأما المباضعة التي هي المباشرة فإنها من ذلك، لأنها مفاعلة من البضع، وهو من حسن الكنايات. قال الأصمعي: باضع الرجل امرأته : إذا جامعها، وفي المثل : " **كمعلمة أمها البضاع** " يضرب للرجل يعلم من هو أعلم منه. قال : ويقال : فلان مالك بضعها، أي: تزويجها. قال الشاعر:

يا ليت ناكحها ومالك بضعها ... وبني أبيهم كلهم لم يخلقوا [٤٧]

فيعني البضع ايضا ملك الولي العقد للمرأة . ويقال : البضع : الكفء، ومنه الحديث : هذا البضع لا يقرع أنفه[٤٨], اي هذا الكفء لا يرد نكاحه، ولا يرغب عنه. وقرع الأنف عبارة عن الرد [٤٩]. وطلب البضع يسمى الاستبضاع, وهو نوع من نكاح الجاهلية، وذلك أن تطلب المرأة جماع الرجل لتنال منه الولد فقط، فكان الرجل منهم يقول لأمته أو امرأته : أرسلي إلى فلان فاستبضعي منه، ويعتزلها فلا يمسها حتى يتبين حملها من ذلك الرجل، وإنما يفعل ذلك رغبة في نجابة الولد [٥٠]. واصل ذلك ما روي عن ام المؤمنين عائشة رضي الله عنها اذ قالت : أن النكاح في الجاهلية كان على أربعة أنحاء : فنكاح منها نكاح الناس اليوم : يخطب الرجل إلى الرجل وليته أو ابنته، فيصدقها ثم ينكحها، ونكاح آخر: كان الرجل يقول لامرأته إذا طهرت من طمثها : أرسلي إلى فلان فاستبضعي منه، ويعتزلها زوجها ولا يمسها أبدا، حتى يتبين حملها من ذلك الرجل الذي تستبضع منه، فإذا تبين حملها أصابها زوجها إذا أحب، وإنما يفعل ذلك رغبة في نجابة الولد، فكان هذا النكاح نكاح الاستبضاع . ونكاح آخر: يجتمع الرهط ما دون العشرة، فيدخلون على المرأة، كلهم يصيبها، فإذا حملت ووضعت، ومر عليها ليال بعد أن تضع حملها، أرسلت إليهم، فلم يستطع رجل منهم أن يمتنع، حتى يجتمعوا عندها، تقول لهم : قد عرفتم الذي كان من أمركم وقد ولدت، فهو ابنك يا فلان، تسمي من أحبت باسمه فيلحق به ولدها، لا يستطيع أن يمتنع به الرجل، ونكاح الرابع : يجتمع الناس الكثير، فيدخلون على المرأة، لا تمتنع ممن جاءها، وهن البغايا، كن ينصبن على أبوابهن رايات تكون علما، فمن أرادهن دخل عليهن، فإذا حملت إحداهن ووضعت حملها جمعوا لها، ودعوا لهم القافة، ثم ألحقوا ولدها بالذي يرون، فالتاط به، ودعي ابنه، لا يمتنع من ذلك «فلما بعث محمد ﷺ بالحق، هدم نكاح الجاهلية كله إلا نكاح الناس اليوم» [٥١] . وعلى هذا الاساس فإن حقّ الزوج في بضع زوجته ثابت بالعقد اذ المستفاد من كلمات الفقهاء أنّ المقصود من ملكية الزوج لبضع الزوجة هو حقّ الاستمتاع به. ويتضح ذلك جلياً من التعريفات التي وضعها الفقهاء لعقد النكاح. **فالحنفية** – عرف بعضهم النكاح بأنه عقد يفيد ملك المتعة قصدا، بمعنى اختصاص الرجل ببضع المرأة وسائر بدنها من حيث التلذذ. وبعضهم يقول: إنه يفيد ملك الانتفاع بالبضع وبسائر أجزاء البدن بمعنى أن الزوج يختص بالاستمتاع بذلك دون سواه، وهذه العبارات وغيرها معناها واحد، وهو ان العقد يرد على ملك المتعة قصداً. وقولهم : قصداً خرج به ما يفيد تلك المتعة ضمناً كما إذا اشترى جارية فإنه عقد شرائها يفيد حل وطئها ضمناً وهو ليس عقد نكاح كما لا يخفى. **اما الشافعية** فقد عرف بعضهم النكاح بأنه عقد يتضمن ملك وطء بلفظ إنكاح أو تزويج أو معناهما والمراد أنه يترتب عليه ملك الانتفاع باللذة المعروفة، وبعضهم يقول : إنه يتضمن إباحة الوطء, فهو عقد إباحة لا عقد تمليك، وثمرة هذا الخلاف أنه لو حلف أنه لا يملك شيئاً ولا نية له فإنه لا يحنث إذا كان يملك الزوجة فقط على القول بأن العقد لا يفيد الملك، أما على القول الآخر فإنه يحنث والراجح عندهم أنه عقد إباحة. **اما المالكية** فقد عرفوا النكاح بأنه عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية غير موجب قيمتها ببينة قبله غير عالم عاقده حرمتها ان حرمها الكتاب على المشهور أو الإجماع على غير المشهور. ومعنى هذا أن النكاح عبارة عن عقد على متعة التلذذ المجردة . وقد صرح المالكية في أن عقد النكاح هو عقد تمليك انتفاع بالبضع وسائر بدن الزوجة. وقال **الحنابلة** : هو عقد بلفظ إنكاح أو تزويج على منفعة الاستمتاع وهم يريدون بالمنفعة الانتفاع كغيرهم [٥٢]. نخلص من ذلك ان الرأي الصواب في تحديد محل الزواج هو البضع. غير ان لفظ البضع لفظ مشترك اذ يراد به العديد من المعاني من الناحية اللغوية وان اقرب هذه المعاني لموضوع دراستنا هو اعتبار البضع بمعنى الاستمتاع بين الزوجين, على اساس ان الغاية الاساسية من عقد الزواج هو جعل المتعة بين الزوجين حلالا, الامر الذي يستدعي دراسته بقدر من التفصيل والايضاح, لذا سيكون عنوان المبحث الثالث من هذه الدراسة هو (حق الاستمتاع) .

المبحث الثالث حق الاستمتاع

ان حق الاستمتاع بين الزوجين هو أوكد الحقوق الزوجية وهو حق مشترك بينهما وحل المتعة بين الزوجين هو الاساس الذي يبنى عليه العقد. لذا فإن المقصد الاساس من عقد الزواج هو المتعة بين الزوجين. اذ يجمع الفقهاء على ان النكاح عقد يفيد ملك المتعة بالأنثى قصدا، أي يفيد حل استمتاع الرجل من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي . وعلى هذا الاساس ستكون دراسة هذا المبحث تحت هذا العنوان, اذ ستعنى ببيان حقيقة النكاح ومعناه لدى الفقهاء ثم معرفة المقدار الواجب منه كونه حقا مشتركا بين الزوجين وهذا يقتضي تقسيم المبحث الى مطلبين نتناول في المطلب الاول منهما بيان حقيقة النكاح اما الثاني نتناول المطالبة القضائية .

المطلب الاول – مفهوم النكاح : تستلزم هذه الدراسة بيان حقيقة النكاح والمقدار الواجب منه كما يلي :

الفرع الاول : حقيقة النكاح: اختلف الفقهاء في حقيقة النكاح إلى ثلاثة آراء :

الرأي الأول : يرى جانب من الفقهاء أن حقيقة النكاح هي الوطء اي ان المعنى الحقيقي للنكاح هو الوطء اما المعنى المجازي فيراد به العقد، وهو ما ذهب إليه الحنفية في الصحيح، والشافعية في وجه، وبعض الحنابلة. واستدلوا بأن ما جاء في الكتاب أو السنة مجردا عن القرائن أي محتملا للمعنى الحقيقي والمجازي بلا مرجح خارج انما يراد به الوطء؛ لأن المجاز خلف عن الحقيقة، فتترجح عليه في نفسها، كما في قول الله تعالى : ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ (٥٣) بخلاف قول الله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [٥٤] لإسناده إليها، والمقصود منها العقد لا الوطء إلا مجازا [٥٥] .

الرأي الثاني : يرى جانب اخر من الفقهاء ان المعنى الحقيقي للنكاح هو العقد وانه مجاز في الوطء، وهو ما ذهب إليه المالكية والشافعية في الأصح، والحنابلة على الصحيح، واستدلوا بأن لفظ النكاح عند الإطلاق ينصرف إلى العقد ما لم يصرفه دليل لأنه المشهور في القرآن والأخبار، ولأن النكاح أحد اللفظين اللذين ينعقد بهما عقد النكاح، فكان حقيقة فيه كاللفظ الآخر، وقد قيل : ليس في الكتاب لفظ النكاح بمعنى الوطء إلا قوله تعالى ﴿ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [٥٦] لخبر حتى تذوقي عسيلته [٥٧]، ولصحة نفيه عن الوطء، ولأنه ينصرف إليه عند الإطلاق ولا يتبادر الذهن إلا إليه فهو ما نقله العرف [٥٨] . وبهذا قال الامامية, اذ يقول العلامة الحلي : الأقرب ان النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطء لورودهما معاً في الكتاب العزيز قال تعالى: **﴿إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ﴾** [٥٩]. وقال تعالى : ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾[٦٠]. وانما جعل حقيقة في الاول لغلبة الاستعمال فيه وصحة نفيه عن الثاني, فيقال هذا سفاح وليس بنكاح, واولوية المجاز على الاشتراك, يلان على مجازيته في الثاني, فيكون النكاح شرعا حقيقة في عقد التزويج مجازا في الوطء [٦١].

الرأي الثالث : ومفاد هذا الرأي أن لفظ النكاح حقيقة في كل من العقد والوطء معاً، وهو رأي عند الحنفية على أنه مشترك لفظي فيهما أو مشترك معنوي فيهما. وقال بهرام من المالكية : ويستعمل لفظ النكاح في الشرع في الوجهين، لكن على سبيل الحقيقة فيهما جميعا. وقال الشافعية في وجه : إنه حقيقة فيهما بالاشتراك كالعين. وقال الحنابلة في قول : هو مشترك بمعنى أنه حقيقة في كل منهما بانفراده [٦٢] . فإذا سلمنا ان حقيقة النكاح هي الوطء كما ذكرنا او ان حقيقته العقد والوطء معاً فلا بد من معرفة حقيقة الوطء. والوطء من وطئ الشيء اي داسه [٦٣]. ووطىء المرأة اي جامعها [٦٤]. وفي الحديث « اللهم اشدد وطأتك على مضر» [٦٥] أي خذهم أخذا شديدا [٦٦]. فالوطء يعني الجماع. وقد قسم الفقهاء الوطء بمعنى الجماع إلى قسمين : مشروع، ومحظور.

فأما المشروع : فهو وطء الحليلة، التي هي الزوجة أو السرية [٦٧]. وقد يعرض له التحريم في بعض الأحوال، كوطء الحائض والنفساء، والمظاهر منها قبل التكفير، وفي حالة الإحرام والصيام والاعتكاف. والتحريم العارض في النظر الفقهي أخف من اللازم. وأما الوطء المحظور: فهو ما لازمه التحريم، وهو نوعان :

أحدهما: ما يمكن أن يكون حلالا، كوطء أجنبية في قبلها يجوز له نكاحها، وفيه حد الزنا، قال ابن القيم: فإن كانت ذات زوج ففي وطئها حقان، حق لله وحق للزوج، وإن كانت مكرهة ففيه ثلاث حقوق، وإن كان لها أهل وأقارب يلحقهم العار بذلك صار فيه أربعة حقوق، وإن كانت ذات محرم منه صار فيه خمسة حقوق.

والثاني : ما لا سبيل إلى حله ألبته، كاللواطة ووطء الحليلة أو الأجنبية في دبرها ووطء البهيمة. وإن من أفحش صوره وأفظعها وطء المحارم [٦٨] .

الفرع الثاني – الحكم التكليفي للنكاح :

النكاح من الحقوق المشتركة بين الزوجين, وقد ذهب جماهير الفقهاء إلى أن حكم وطء الزوجة في الأصل هو الإباحة، إذ هو من المستلذات التي تدعو إليها الطباع، وليس فيه معنى الطاعة أو المعصية في ذاته. وقد يعرض له الاستحباب إذا قارنته نية صالحة فيها معنى العبادة، كالاستعفاف بالحلال عن الحرام، والانقطاع عن المعصية، وطلب ما يثاب عليه [٦٩]. قال الامام النووي ان المباحات تصير طاعات بالنيات الصادقات فالجماع يكون عبادة إذا نوى به قضاء حق الزوجة ومعاشرتها بالمعروف الذي أمر الله تعالى به أو طلب ولد صالح أو إعفاف نفسه أو إعفاف الزوجة ومنعهما جميعا من النظر إلى حرام أو الفكر فيه أو الهم به أو غير ذلك من المقاصد الصالحة. قال ذلك في معرض شرحه لحديث وفي بضع احدكم صدقة .... (قالوا يا رسول الله أيأتي أحدنا شهوته ويكون له فيها أجر قال أرأيتم لو وضعها في حرام أكان عليه فيها وزر فكذلك إذا وضعها في الحلال كان له أجر)[٧٠]. وقد يعرض له التحريم كما في وطء الحائض أو المظاهر منها قبل التكفير أو وطء الزوجة

في نهار رمضان، وقد تعرض له الكراهة عند اقترانه بوصف يقتضيها [٧١] . قال الكاساني : وللزوج أن يطالبها بالوطء متى شاء إلا عند اعتراض أسباب مانعة من الوطء كالحيض والنفاس والظهار والإحرام وغير ذلك [٧٢]. فإن طالبها به وانتفت الموانع الشرعية وجبت عليها الاستجابة. أما الرجل فلا يجب عليه الإجابة إذا دعته المرأة للوطء لأنه لو أجبر الرجال على إجابتهن لعجزوا، إذ لا تطاوعهم القوى في كل آن على إجابتهن، ولا يتأتى لهم ذلك في كثير من الأحوال لضعف القوى وعدم الانتشار، والمرأة يمكنها التمكين في كل وقت وحين. إلا أن يقصد الرجل بالامتناع مضارتها فيحرم عليه ذلك [٧٣].اما حق عن المرأة على زوجها في الوطء : فإن للزوجة على زوجها حق إتيانها وقضاء وطرها، دل على ذلك حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم له «يا عبد الله، ألم أخبر أنك تصوم النهار، وتقوم الليل؟» ، فقلت: بلى يا رسول الله قال: «فلا تفعل صم وأفطر، وقم ونم، فإن لجسدك عليك حقا، وإن لعينك عليك حقا، وإن لزوجك عليك حقا، وإن لزورك عليك حقا، وإن بحسبك أن تصوم كل شهر ثلاثة أيام، فإن لك بكل حسنة عشر أمثالها، فإن ذلك صيام الدهر كله» [٧٤] . أما ضابط هذا الحق، وحكمه التكليفي، وما يجب على الزوج من جماع أهله، فقد اختلف الفقهاء فيه على أربعة أقوال :

الاول : للحنفية وقول لبعض الشافعية : قال الكاساني وللزوجة أن تطالب زوجها بالوطء؛ لأن حله لها حقها كما أن حلها له حقه، وإذا طالبته يجب على الزوج، ويجبر عليه في الحكم مرة واحدة والزيادة على ذلك تجب فيما بينه، وبين الله تعالى من باب حسن المعاشرة واستدامة النكاح، فلا يجب عليه في الحكم عند بعض أصحابنا، وعند بعضهم يجب عليه في الحكم [٧٥] .

الثاني : للشافعية : وهو أنه لا يجب على الزوج وطء زوجته، ولا يجبر عليه قضاء، ولا إثم عليه في تركه، لأنه حقه، فجاز له تركه، ولأن في داعية الطبع ما يغني عن إيجابه [٧٦]. قال الشافعي : " فأما الجماع فموضع تلذذ ولا يجبر أحد عليه, قال الله تعالى ﴿وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ﴾ [٧٧]. معنى ذلك انكم لن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء بما في القلوب من المحبة فلا تميلوا كل الميل في أن تتبعوا أهواءكم وأفعالكم ﴿فتذروها كالمعلقة﴾ وهي التي ليست بزوجة ولا مفارقة. فدلت هذه الآية على أنه عليه التسوية بينهن فيما يقدر عليه من أفعاله في القسم والإيواء، وليس عليه التسوية بينهن فيما لا يقدر عليه من المحبة والشهوة فكذلك الجماع [٧٨]

الثالث: للمالكية : وهو أن الجماع واجب على الرجل للمرأة في الجملة إذا انتفى العذر، ويقضى عليه به حيث تضررت بتركه. فإذا شكت قلته قضي لها بليلة في كل أربع على الراجح . واختلفوا في أقل ما يقضى به على الرجل من الوطء، فقال بعضهم : ليلة من أربع، أخذه من أن للرجل أن يتزوج أربعا من النساء. وقيل: ليلة من ثلاث أخذا من قوله تعالى ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ﴾[٧٩]. قالوا وقد قضى به عمر مرة في الطهر لأنه يحبلها [٨٠] .

الرابع : الحنابلة والامامية : قالوا على الزوج أن يطأ زوجته في كل أربعة أشهر مرة إن لم يكن عذر, لأنه لو لم يكن واجبا لم يصر باليمين على تركه واجبا كسائر ما لا يجب [٨١]. يقول النراقي : لا يجوز ترك وطء الزوجة على الحق المشهور اكثر من ار بعة اشهر. وذكر الاجماع على ذلك [٨٢] . ولأن النكاح شرع لمصلحة الزوجين، ودفع الضرر عنهما، وهو مفض إلى دفع ضرر الشهوة من المرأة كإفضائه إلى دفعه عن الرجل، فيكون الوطء حقا لهم جميعا. قال ابن تيمية : يجب على الرجل أن يطأ زوجته بالمعروف، وهو من أوكد حقها عليه أعظم من إطعامها. والوطء الواجب قيل : إنه واجب في كل أربعة أشهر مرة. وقيل : بقدر حاجتها وقدرته، كما يطعمها بقدر حاجتها وقدرته، وهذا أصح القولين، والله أعلم [٨٣] . وقال ابن القيم : وقد اختلف الفقهاء هل يجب على الزوج مجامعة امرأته فقالت طائفة لا يجب عليه ذلك فإنه حق له فإن شاء استوفاه وإن شاء تركه بمنزلة من استأجر دارا إن شاء سكنها وإن شاء تركها. وهذا من أضعف الأقوال والقرآن والسنة والعرف والقياس يرده, أما القرآن فإن الله سبحانه وتعالى قال ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[٨٤]. فأخبر أن للمرأة من الحق مثل الذي عليها فإذا كان الجماع حقا للزوج عليها فهو حق على الزوج بنص القرآن وأيضا فإنه سبحانه وتعالى أمر الأزواج أن يعاشروا الزوجات بالمعروف ومن ضد المعروف أن يكون عنده شابة شهوتها تعدل شهوة الرجل أو تزيد عليها بأضعاف مضاعفة ولا يذيقها لذة الوطء مرة واحدة ومن زعم أن هذا من المعروف كفاه طبعه ردا عليه والله سبحانه وتعالى إنما أباح للأزواج إمساك نسائهم على هذا الوجه لا على غيره فقال تعالى ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[٨٥]. وقالت طائفة يجب عليه وطؤها في العمر مرة واحدة ليستقر لها بذلك الصداق, وهذا باطل, فإن المقصود إنما هو المعاشرة بالمعروف والصداق دخل في العقد تعظيما لحرمته وفرقا بينه وبين السفاح فوجوب المقصود بالنكاح أقوى من وجوب الصداق. وقالت طائفة ثالثة يجب عليه أن يطأها في كل أربعة أشهر مرة. وهذا القول ليس بصحيح ايضاً وقالت طائفة أخرى بل يجب عليه أن يطأها بالمعروف كما ينفق عليها ويكسوها ويعاشرها بالمعروف بل هذا عمدة المعاشرة ومقصودها وقد أمر الله سبحانه وتعالى أن يعاشرها بالمعروف فالوطء داخل في هذه المعاشرة ولا بد. قالوا وعليه أن يشبعها وطئا إذا أمكنه ذلك كما عليه أن يشبعها قوتا وقد حض النبي ﷺ على ذلك بقوله "وفي بضع

أحدكم صدقة" ففي هذا كمال اللذة وكمال الإحسان إلى الحبيبة وحصول الأجر وثواب الصدقة وفرح النفس وذهاب أفكارها الرديئة عنها وخفة الروح وذهاب كثافتها وغلظها وخفة الجسم واعتدال المزاج وجلب الصحة ودفع المواد الرديئة فإن صادف ذلك وجها حسنا وخلقا دمثا وعشقا وافرا ورغبة تامة واحتسابا للثواب فذلك اللذة التي لا يعادلها شيء ولا سيما إذا وافقت كمالها فإنها لا تكمل حتى يأخذ كل جزء من البدن بقسطه من اللذة فتلتذ العين بالنظر إلى المحبوب والأذن بسماع كلامه والأنف بشم رائحته والفم بتقبيله واليد بلمسه وتعتكف كل جارحة على ما تطلبه من لذتها وتقابله من المحبوب فإن فقد من ذلك شيء لم تزل النفس متطلعة إليه متقاضية له فلا تسكن كل السكون ولذلك تسمى المرأة سكنا لسكون النفس إلينا قال الله تعالى ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا﴾ (٨٦).وكان مما اشتهر في هذه المسألة ان امرأة جاءت إلى الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقالت : يا أمير المؤمنين ما رأيت رجلاً قط أفضل من زوجي, والله انه ليبيت قائماً, ويظل نهاره صائماً, فاستغفر لها وأثنى عليها, فاستحيت المرأة وقامت راجعة, فقال كعب بن سور: يا أمير المؤمنين هلا اعديت المرأة على زوجها ؟ فقال : وما ذاك ؟ قال : إنها جاءت تشكوه, إذا كانت حاله هذه في العبادة متى يتفرغ لها ؟ فبعث عمر إلى زوجها, فجاءت فقال لكعب اقض بينهما فإنك فهمت من أمرها ما لم افهم, قال فإني أرى كأنها امرأة عليها ثلاث نسوة وهي رابعتهن, فأقضي له بثلاثة أيام ولياليهن يتعبد فيهن, ولها يوم وليلة, فقال عمر والله ما رأيك الأول بأعجب إلي من الآخر, اذهب فأنت قاضٍ على أهل البصرة . قال ابن قدامه بعد ذكره القصة : وهذه القضية انتشرت فلم تنكر فكانت إجماعاً, ولأنه لو لم يكن حقاً لم تستحق فسخ النكاح لتعذره بالجب والعنة وامتناعه بالإيلاء, فإذا ثبت هذا فحق المرأة في الجماع ليلة من كل أربع (٨٧).

الفرع الثالث : المطالبة القضائية:

لم يغفل قانون الاحوال الشخصية العراقي اثر الجماع على الحياة الزوجية واستمرارها, غير انه اختار مفهوما مغايرا للفقهاء المسلمين بصدد تعريفه للزواج, فإذا كان المفهوم السائد لدى معظم الفقهاء هو تعريف الزواج على انه عقد يرد على ملك المتعة قصدا, نجد ان المشرع العراقي اختار تعريفاً مغايرا بقوله : (الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً غايته إنشاء رابطة الحياة المشتركة والنسل) . فالزواج وفق احكام القانون العراقي لا ينكر النكاح ولا يلغي اثره الا انه يبرز الغاية الاسمى والمقصد الابعد من تلك الرابطة المقدسة فيضفي على التعريف بعدا اكثر شمولاً واسمى من حيث الهدف وهي غاية طالما اغفلتها تعريفات الفقهاء. ولما كانت المتعة هي التي تشد الرابطة الزوجية وتبقيها متماسكة نجد ان المشرع العراقي اجاز للزوجة ان تطلب التفريق متى تعطلت تلك الغاية ولهذا نجد المشرع العراقي تناول هذه المسألة في نص المادة (٤٣) منه كما يلي :

أولاً : للزوجة طلب التفريق، عند توفر أحد الأسباب الآتية : ثم نصت الفقرة (٤) من هذه المادة على انه (إذا وجدت زوجها عنيناً أو مبتلى بما لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية, سواء أكان ذلك لأسباب عضوية أم نفسية, وإذا أصيب بذلك بعد الدخول به وثبت عدم إمكان شفائه منها بتقرير صادر عن لجنة طبية رسمية مختصة, على انه إذا وجدت المحكمة ان سببه نفسي فتؤجل التفريق لمدة سنة واحدة شريطة ان تمكن زوجها من نفسها خلالها)

والتفريق القضائي هو حل قيد الزواج بطلاق يوقع من قبل القاضي بناءً على طلب الزوج أو الزوجة عند تحقق الأسباب القانونية. ولم تتفق كلمة الفقهاء بصدد مدى مشروعية التفريق للعيب وهناك اتجاهان هما :

الاتجاه الأول : يرى هذا الاتجاه عدم جواز التفريق بين الزوجين للعيوب مطلقاً, يستوي في ذلك ان يكون العيب في الرجل أو في المرأة, سواء أكان قبل الدخول أم بعده, واستدلوا بما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت : جاءت امرأة رفاعة القرظي النبي ﷺ، فقالت: كنت عند رفاعة، فطلقني، فأبت طلاقي، فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير إنما معه مثل هدبة الثوب، فقال: **«أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك»** (٨٨).

الاتجاه الثاني: يرى جمهور الفقهاء من كافة المذاهب إلى جواز التفريق بين الزوجين للعيوب, إلا انهم اختلفوا في مدى ثبوت هذا الحق للزوجين معاً أم للزوجة وحدها ؟ كما اختلفت آرائهم في العيوب التي يتم التفريق بها بين الزوجين (٨٩).

وبشأن من يثبت له الحق في طلب التفريق وهل هو حق للزوج أم للزوجة فقد ذهب الفقهاء الى اتجاهين هما :

الاتجاه الأول : وهو رأي الحنفية إذ ذهبوا إلى ان حق التفريق يثبت للزوجة فقط ولا يثبت للزوج, لأنه يملك الطلاق فيمكنه ان يدفع عن نفسه الضرر به واستدلوا بقول ابن مسعود ﷺ لا ترد الحرة بعيب (٩٠). وما ورد ايضاً عن سيدنا الامام علي رضي الله عنه قَالَ : اذا وجد امرأة بها شيء من هذه العيوب فالنكاح لازم له ان شاء طلق وان شاء امسك (٩١).

الاتجاه الثاني : وهو رأي عامة الفقهاء الامامية والمالكية والشافعية والحنابلة إذ ذهبوا إلى ان هذا الحق يثبت للزوج للزوجة معاً, فإذا ما وجد الزوج ان زوجته مصابة بعيب يمنع قيام الحياة الزوجية كما يجب ان تقوم, كأن تكون الزوجة مصابة بالرتق أو القرن أو غير ذلك من العيوب الفاحشة, كان له حق طلب التفريق [٩٢]. ويبدو من سياق نص المادة (٤٣) من قانون الاحوال الشخصية العراقي ان المشرع العراقي قد اخذ برأي الفقه الحنفي الذي لا يجيز للزوج طلب التفريق بسبب العيب, ذلك انه يملك الطلاق فيمكنه إيقاعه فهو يجيز للزوجة طلب التفريق إذا وجدت زوجها عنيناً أو مبتلى بما لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية, سواء أكان ذلك لأسباب عضوية أم نفسية .فنجد ان المشرع العراقي اجاز للزوجة طلب التفريق بسبب عدم قدرة الزوج على الجماع لأي سبب يحول بين الزوجين والمتعة كأن يكون عنينا او مبتلا بأي مرض لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية. والعنين : هو من لا يقدر على الجماع لمرض أو كبر سن، أو يصل إلى الثيب دون البكر [٩٣]. ويشمل العنين من كان له امرأتان فعن عن إحداهما دون الأخرى، بل لو كان له أربع نسوة فوطئ ثلاثا منهن ثم **عَنَّ** عن الرابعة كان عنينا بالنسبة لها، وقد توجد هذه الحالة لانحباس الشهوة عن امرأة معينة بسبب نفرة أو حياء، ويقدر على غيرها لميل أو أنس، أما العجز خلقة وجبلة فلا يختلف باختلاف النسوة. والعنة عيب يجعل للزوجة الخيار في طلب الفرقة عن زوجها بعد إمهال الزوج سنة عند جمهور الفقهاء [٩٤]. واستدلوا بما روي أن عمر ابن الخطاب ﷺ أجل العنين سنة [٩٥].وجاء حكم القانون العراقي منسجماً مع الثابت لدى الفقهاء المسلمون فإذا وجدت الزوجة زوجها مبتلى بالعنة او بالعنة او بأي مرض يعجز بسببه عن القيام بواجباته الزوجية سواء أكان ذلك لأسباب عضوية أم نفسية بشرط اثبات عدم إمكان شفائه منها بتقرير صادر عن لجنة طبية رسمية مختصة, على انه إذا وجدت المحكمة ان سببه نفسي فتؤجل التفريق لمدة سنة واحدة شريطة ان تمكن زوجها من نفسها خلالها .وقد كان المشرع العراقي موفقا اذ لم يحصر سبب طلب الزوجة التفريق لسبب واحد بل قال أي علة يعجز بسببها عن القيام بواجباته الزوجية وهذا النص يتسم بالعموم ويبقي الباب واسعا امام كل الحالات التي من الممكن ان يكشف عنها الطب بالمستقبل كما ان النص وضع ضابطا مهما الا وهو الاثبات بكتاب رسمي عن طريق لجنة طبية رسمية مختصة تثبت عدم قدرة الزوج على القيام بواجباته الزوجية وهذا القيد مهم جدا يمنع الزوجة من التمادي في الطب لأي سبب كان كما ان هذه الامور لا يمكن اثباتها بالشهادة فكان خيار اللجنة الطبية خيارا حكيما .

الخاتمة

هناك امور لا تنقطع عنها الدراسة ولا ينفك عنها البحث كونها تمثل اهم الاسس التي يقوم عليها النظام الاجتماعي. يأتي في مقدمة تلك الامور عقد الزواج الذي يبني الاسرة وتترتب عليه الكثير من الحقوق والواجبات, ولا شك ان عقد الزواج ليس كسائر العقود فهو فضلا عن كونه اهمها على الاطلاق نجده قد تفرد بأحكام لا وجود لها في سائر العقود الاخرى فمن احكام هذا العقد مسائل تتعلق بالحقوق المادية من نفقة ومهر فضلا عما ينشأ عن هذا العقد من حضانة ونسب ونفقة الاولاد الى غير ذلك من الاحكام الا انا وجدنا رغبة في بحث امور لا تتعلق بهذا الجانب فكان البحث يتناول الجانب الغريزي بين الرجل والمرأة في اطاره المشروع اذ الهدف الاول والاساسي من عقد الزواج هو تلبية الرغبة الفطرية لدى البشر وضبطها وفق الضوابط الدينية الاخلاقية والاجتماعية. ولا شك ان احكام الزواج تختلف حسب الديانات والاعراف والقيم الاجتماعية لا ان هناك ضابط اساسي يحكمها كلها الا وهو اختصاص كل انسان بزوجة يكون لهما حق المتعة معا ولم يغفل الفقهاء تنظيم هذه الجزئية من احكام الزواج يهتدون بذلك بنصوص القرآن الكريم وهدي السنة النبوية المباركة وتنوعت اقوالهم واجتهاداتهم مما كون ثروة فقهية كبيرة كانت لها الفضل في ايضاح الكثير من المسائل وتنظيم الرغبة الفطرية وعدم تركها دون ضابط بل ضبطها بضوابط الدين والعرف فأصبح هذا العرف لا يشبهه أي عقد على الاطلاق في كثرة تحري صحته وصوابه فلا يرتضي أي انسان ان يرتبط بمن لا يحل له ولو ارتبط بها يجد ان احام الشرع والقانون لا تجيز له الاستمرار بهذا العقد وانما توجب عليه فسخه وانهاءه ولا نجد من يجرأ على مخالفة ضوابط هذا العقد اذ القيم الاجتماعية السائدة تمنع كل رغبة في كسر هذه الثوابت لذا نجد المجتمع ونظامه يمثل الحارس المهم لشروط هذا الزواج وهذا امر لا نجده في سائر العقود كما ذكرنا اذ يلجأ الناس احيانا الى المراباة واكل الحرام وهذه امور مخالفة للدين بل نجد من يلجأ الى ممارسات جنسية خارج الزواج وهي بالتأكيد ممارسات غير مشروعة الا اننا نجد الناس كلهم برهم وفاجرهم كما يقال لا يتزوج الا بمن تحل له شرعا اذا غاية هذا الزواج فضلا عن قضاء الوطر انشاء النسل وديمومة الحياة وتعاقب الاجيال وهذا امر لا يمكن ان يتم الا اذا كان الزواج مشروعا وقد اسهم القانون مع الشريعة في بيان شروط الزواج واحكامه فبعد ان اقتبس القانون احكام الزواج الموضوعية من الشريعة الاسلامية اضاف له بعض القواعد التنظيمية التي تناولت الجانب الشكلي ونجد بعد هذه الدراسة ان اهم النتائج التي يمكن تلمسها يمكن اجمالها بالنقاط التالية :

اولا:- تواتر تعريف الفقهاء المسلمون على تعريف عقد الزواج بأنه عقد يرد على ملك المتعة وان الهدف الاساسي منه هو جعل المتعة حلالا بين الزوجين الا ان النظرة الدقيقة لهذا العقد تنبئنا ان هذه الغاية ليست هي الغاية الاساسية من العقد كما انها ليست اسمى غاياته اذ يهدف هذا العقد الى انشاء الاسرة التي تأخذ على عاتقها بناء الاجيال وتكوين النسل بهدف ديمومة الحياة واستمرارها لذا جاء تعريف المشرع العراقي لعقد الزواج موفقا الى حد بعيد فهو قد اخرج تعريف الزواج من معناه المتوارث المألوف الى معنى اخر اسمى من حيث القصد وابعد من حيث الغاية ولا ينفي دوافع النفس وغرائزها فجاء التعريف يحمل المعنيين بقوله ان عقد الزواج هو عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا غايته انشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل .

ثانيا:- محل الزواج لفظ قديم استخدمه الفقهاء المسلمون غير ان دلالته على المعنى المقصود تختلف تماما بين حقلي القانون والشريعة اذ استخدم الفقهاء المسلمون هذا اللفظ للدلالة على مكان العقد ورتبوا على ذلك العديد من الاحكام كما استخدموا تعبير المحل للدلالة على المحرمات من الزواج غير ان لفظ المحل في ميدان القانون له مدلوله الواضح اذ لا يشوبه ادنى غموض فهو يعني المعقود عليه .

ثالثا: - لفظ البضع يرد كثيرا عند بحث المعقود عليه في النكاح فهذا الاصطلاح من المصطلحات المشتركة ذات المعاني المتعددة فهو يعني الجماع والفرج والتزويج وغيرها وقد دلت الاستعمالات على كل هذه المعاني الا اننا بخصوص موضوع الدراسة استخدمناه بمعنى الجماع او المتعة بين الزوجين وهو المعنى الاقرب لهذا المفهوم .

رابعا: - اذا كان المحل هو البضع او الاستمتاع كما ذكرنا فإن حق الاستمتاع هو من الحقوق المشتركة بين الزوجين وهي من اهم ما يربط المرء بأهله وقد حث الشرع عليه بالطرق المشروعة ودلت نصوص الشريعة على انه من الامور التي يثاب عليها الانسان اذا نوى بها طاعة الله وإعفاف النفس وتحين الفرج .

خامساً: - ان حق الاستمتاع اذا كان مشتركا فهذا يعني ان لكل من الزوجين ان يطالب الاخر به فهو واجب على الزوج بقدر ما هو واجب على الزوجة الا انهم اختلفوا في المقدار الواجب منه غير ان الرأي الراجح هو ان يكون بالقدر الذي يعف الزوجين بشرط القدرة على ذلك .

سادساً: - اذا ثبت ان حق الاستمتاع هو حق مشترك وانه واجب على الزوجين كما ذكرنا فيترتب على ذلك انه يحق للطرف الاخر طلب التفريق لأي سبب اذا لم يؤدي هذا الواجب .

سابعا: - تأسيسا على ما ذكرنا فقد اقر المشرع العراقي للزوجة بحقها في طلب التفريق القضائي متى ما ثبت عدم قدرة الزوج على القيام بمهامه الزوجية بسبب ما علة او مرض ابتلى به او لأي سبب اخر على ان يثبت ذلك بتقرير صادر عن لجنة طبية مختصة .

هوامش البحث

[1] سورة الصافات, الآية ٢٢. ينظر: عبد الوهاب خلاف, أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية, ١٤١٠هـ, ١٩٩٠م, ص١٥.

[2] سورة الطور, الآية ٢٠ .

[3] البقرة, الآية ٣٥ .

[4] ينظر : التعريفات – الجرجاني – ص ٢٤٦. مختار الصحاح : ص ١٣٨. المصباح المنير – الفيومي – المكتبة العلمية – بيروت. ج ٢. ص ٦٢٤. الفقه على المذاهب الأربعة :, ج ٤, ص ٧. ينظر ايضا : عبد الوهاب خلاف, المصدر السابق, ص١٥.

[5] ينظر: ابن نجيم المصري, البحر الرائق شرح كنز الدقائق – دار الكتاب الإسلامي, ط٢, دون سنة طبع, ج٣, ص٨٣.

[6] مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ج١, ص٣١٦.

[7] عبد الوهاب خلاف, المصدر السابق, ص١٥.

[8] انظر : الاحوال الشخصية للإمام محمد ابو زهرة, دار الفكر العربي . ينظر ايضا : فقه السنة – سيد سابق –. ج٢,ص ١٣.

[9] انظر : حسن السيد حامد حطاب, من قضايا فقه الاسراء, مقاصد النكاح واثارها, دراسة فقهية مقارنة. ص ١٣ وما بعدها .

[10] سورة الروم, الآية ٢١ .

[11] فهي دعاء ابراهيم عليه السلام ﴿ **رَبِّ هَبْ لِي مِنَ الصَّالِحِينَ ۞ فَبَشَّرْنَاهُ بِغُلَامٍ حَلِيمٍ** ﴾ سورة الصافات. ودعاء زكريا عليه السلام ﴿**ذِكْرُ رَحْمَتِ رَبِّكَ عَبْدَهُ زَكَرِيَّا ۞ إِذْ نَادَى رَبَّهُ نِدَاءً خَفِيًّا ۞ قَالَ رَبِّ إِنِّي وَهَنَ الْعَظْمُ مِنِّي وَاشْتَعَلَ الرَّأْسُ شَيْبًا** ﴾ سورة مريم .

[12] سورة الفرقان

[١٣] المصنف – الصنعاني – المكتب الإسلامي – بيروت الطبعة: الثانية، ١٤٠٣ج ٦ , ص ١٧٣ .

[١٤] ينظر : عبد الوهاب خلاف , المصدر السابق, ص ١٥ – ١٦. بدران أبو العينين بدران, أحكام الزواج والطلاق في الإسلام, , ص٢٤

[١٥] ينظر المادة الثالثة من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

[١٦] سورة هود , الآية ٨٠ .

[١٧] الكليات للكفوي، الناشر: مؤسسة الرسالة – بيروت ص ٤٨١ .

[١٨] عبد الوهاب خلاف, المصدر السابق, ص٢٢.

[١٩] ينظر : المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

[٢٠] ينظر: بدران أبو العينين بدران, المصدر السابق. ص٤١.

[٢١] الموسوعة الفقهية الكويتية صادر عن: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت – ج ٢٨ , ص ١٥٤.

[٢٢] أي لا يكون فيه احتمال غير النكاح كالإجارة ونحوها بل تكون العبارة صريحة في النكاح. قال الشيخ الطوسي : لا ينعقد النكاح بلفظ البيع ولا التمليك ولا الهبة ولا العارية ولا الاجارة, فلو قال بعتكها او ملكتكها او وهبتكها, كل ذلك لا يصح سواء ذكر ذلك في المهر او لم يذكر. انظر : الخلاف : الشيخ الطوسي, ج٤, ص ٢٨٨. انظر ايضاً : شرائع الإسلام : ج٢,ص٤٩٨.

[٢٣] المصدران السابقان.

[٢٤] الفقه على المذاهب الأربعة, المصدر السابق ,ج ٤, ص ٢٤

[٢٥] سورة محمد, الآية ١٨

[٢٦] التعريفات للجرجاني المصدر السابق ص ١٢٥ – ١٢٦ .

[٢٧] ينظر: عبد العزيز عامر, الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقهاً وقضاءً, ص٣٩. ينظر: محمد أبو زهرة, المصدر السابق, ص٥١. علاء الدين خروفه, المصدر السابق, ص٥١.

[٢٨] قانون الاحوال الشخصية العراقي .

[٢٩] انظر تعريفه في القانون المدني .

[٣٠] انظر عبد الرزاق احمد السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني, ص ٤٠٨ .

[٣١] السنهوري – المصدر السابق – نفس الصفحة .

[٣٢] عبد المجيد الحكيم, عبد الباقي البكري, محمد طه البشير, الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي, ج١, ص ٩٥ – ١٠٠. حسن علي الذنون, النظرية العامة للالتزامات, مصادر الالتزام – احكام الالتزام – اثبات الالتزام . ص ١٠٧ – ١٠٧.

[٣٣] لم اجده بهذا اللفظ وانما رواه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه بلفظ «لَا تَطْرُقُوا النِّسَاءَ، وَلَا تَغْتَرُّوهُنَّ، وَبَعَثَ رَاكِبًا إِلَى الْمَدِينَةِ يُخْبِرُهُمْ أَنَّ النَّاسَ يَدْخُلُونَ بِالْغَدَاةِ » حديث رقم ١٤٠١٦ – ج ٧, ص ٤٩٤ .

[٣٤] حاشية العدوي – دار الفكر – بيروت : ١٤١٤هـ – ١٩٩٤م, ج٢, ص ٣٩ .

[٣٥] رد المحتار على الدر المختار – ابن عابدين – الناشر: دار الفكر–بيروت , الطبعة: الثانية، ١٤١٢هـ – ١٩٩٢م , ج٣, ص ١٨٥.

[٣٦] فقه السنة – سيد سابق – ج ٢, ص ٧٠.

[٣٧] سورة النساء, الآية ٢٣ .

[٣٨] قال تعالى ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ سورة النساء, الآية ٢٣.

[٣٩] «لا يجمع بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة وخالتها» رواه البخاري حديث رقم ٥١٠٩ ومسلم ١٤٠٨ والترمذي ١١٢٦والنسائي ٣٢٨٨ والامام بن حنبل في مسنده ٩٢٠٣ .

[٤٠] قال تعالى ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ سورة النساء, الآية ٢٤.

[٤١] قال تعالى ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ﴾

[٤٢] «لَا يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ، وَلَا يُنْكَحُ، وَلَا يَخْطُبُ» رواه مسلم حديث رقم ١٤٠٩وابو داود ١٨٤١والنسائي ٣٢٧٥.

[43] ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ وَلَأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ﴾ للتفصيل ينظر: سيد سابق, ج ص ٨٨ – ١١٠

[44] رواه مسلم, حديث رقم ١٠٠٦, كما رواه الامام احمد برقم ٢١٤٧٣.

[45] المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج – النووي – الناشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت الطبعة: الثانية، ١٣٩٢ج ٧, ص ٩٢.

[46] اصله حديث رواه البخاري عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، قَالَتْ : قُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ، يُسْتَأْمَرُ النِّسَاءُ فِي أَبْضَاعِهِنَّ ؟ قَالَ : «نَعَمْ» قُلْتُ : فَإِنَّ البِكْرَ تُسْتَأْمَرُ فَتَسْتَحْيِي فَتَسْكُتُ ؟ قَالَ : «سُكَاتُهَا إِذْنُهَا» حديث رقم ٦٩٤٦, ج ٩, ص ٢١. ورواه النسائي بلفظ «اسْتَأْمِرُوا النِّسَاءَ فِي أَبْضَاعِهِنَّ» قِيلَ : فَإِنَّ الْبِكْرَ تَسْتَحِي وَتَسْكُتُ، قَالَ : «هُوَ إِذْنُهَا» حديث رقم ٣٢٦٦,ج ٦, ص ٨٥. كما رواه الامام احمد في مسنده برقم ٢٤١٨٥,ج ٤٠, ص ٢١٦ – ٢١٧ ينظر: صحيح البخاري – دار طوق النجاة (مصورة عن السلطانية بإضافة ترقيم ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي) الطبعة: الأولى، ١٤٢٢هـ . ينظر ايضا : السنن الصغرى للنسائي – الناشر: مكتب المطبوعات الإسلامية – حلب, الطبعة: الثانية، ١٤٠٦ – ١٩٨٦. وايضا : مسند الإمام أحمد بن حنبل – الناشر: مؤسسة الرسالة الطبعة: الأولى، ١٤٢١ هـ – ٢٠٠١ م. المصباح المنير – ج١, ص ٥٠ .

[47] معجم مقاييس اللغة : أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: ٣٩٥هـ) : دار الفكر عام النشر: ١٣٩٩هـ – ١٩٧٩م. ج ١ , ص ٢٥٥.

[48] رواه الطبراني بمناسبة خطبة النبي ﷺ لخديجة اذ قال : قَالَ عَمْرُو بْنُ أَسَدٍ: مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ اللهِ يَخْطُبُ خَدِيجَةَ بِنْتَ خُوَيْلِدٍ هَذَا الْفَحْلُ لَا يُقْرَعُ أَنْفُهُ . حديث رقم ١٠٩٢, ج٢٢, ٤٤٩. ورواه الحاكم لَمَّا بَلَغَ أَبَا سُفْيَانَ بْنَ حَرْبٍ، نِكَاحَ النَّبِيِّ ﷺ ابْنَتَهُ، قَالَ: «ذَاكَ الْفَحْلُ لَا يُقْرَعُ أَنْفُهُ» حديث رقم ٦٧٧٣, ج٤, ص ٢٤. ينظر: المعجم الكبير: القاسم الطبراني – مكتبة ابن تيمية – القاهرة الطبعة الأولى، ١٤١٥ هـ – ١٩٩٤ م . ينظر ايضا : المستدرك على الصحيحين – الحاكم النيسابوري المعروف بابن البيع (المتوفى: ٤٠٥هـ) : دار الكتب العلمية – بيروت , الطبعة: الأولى، ١٤١١ – ١٩٩٠.

[49] تاج العروس – الزَّبيدي – دار الهداية ج٢٠, ص ٣٤٣.

[50] تاج العروس – ج ٨, ص ١٤.

[51] رواه البخاري , حديث رقم ٥١٢٧, ج٧, ص ١٥. ورواه ابو داود برقم ٢٢٧٢,ج٢, ص ٢٨١.

[52] الفقه على المذاهب الأربعة, المصدر السابق, ٤, ص ٨ – ٩.

[53] سورة النساء , الآية ٢٢

[54] سورة البقرة, الآية ٢٣٠.

[55] الموسوعة الفقهية الكويتية المصدر السابق ج٤١ , ص ٢٠٥ – ٢٠٦ .

[56] سورة البقرة الآية ٢٣٠ .

[57] رواه البخاري عن عائشة رضي الله عنها: جاءت امرأة رفاعة القرظي النبي فقالت: كنت عند رفاعة، فطلقني، فأبت طلاقي، فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير إنما معه مثل هدبة الثوب، فقال: «أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك» ، وأبو بكر جالس عنده، وخالد بن سعيد بن العاص بالباب ينتظر أن يؤذن له، فقال: يا أبا بكر ألا تسمع إلى هذه ما تجهر به عند النبي . حديث رقم ٢٦٣٩,ج ٣, ص ١٦٨. ومسلم , حديث رقم ١١١,ج ٢, ص ١٠٥٥. والترمذي, حديث رقم ١١١٨, ج ٣, ص ٤١٨. والنسائي , حديث رقم ٣٤٠٩,ج٦, ص ١٤٦. وابن ماجه, حديث رقم ١٩٣٢, ج ١, ص ٦٢١. ينظر: صحيح مسلم – الناشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت. انظر ايضا : سنن الترمذي الطبعة: الثانية، ١٣٩٥ هـ – ١٩٧٥ . سنن ابن ماجه – الناشر: دار إحياء الكتب العربية .

[58] الموسوعة الفقهية الكويتية , ج ٤١, ص ٢٠٦ .

[59] سورة الاحزاب , الآية ٤٩.

[60] سورة الاحزاب , الآية ٢٣٠.

[61] تحرير الأحكام : العلامة الحلي – الطبعة : الأولى سنة الطبع : ١٤٢٠– المطبعة : اعتماد – قم, الناشر : مؤسسة الإمام الصادق (ع), ج٣, ص٤١٣.

[62] الموسوعة الفقهية الكويتية, ج ٤١, ص ٢٠٦ – ٢٠٧ .

[63] لسان العرب ج ١, ص ١٩٥.

[٦٤] تاج العروس – ج١, ص ٤٩٢.

[٦٥] البخاري حديث رقم ٨٠٤,مسلم ٢٩٤, ابو داود ١٤٤٢,النسائي ١٠٧٣, ابن ماجة ١٢٤٤,احمد ٧٢٦٠.

[٦٦] تاج العروس, ج١, ص ٤٩٣.

[٦٧] التسري في اللغة : اتخاذ السرية. يقال : تسرى الرجل جاريته إذا اتخذها سرية، وهي الأمة المملوكة يتخذها سيدها للجماع. قيل هي من السر بمعنى الإخفاء؛ لأن الرجال كثيرا ما كانوا يتخذون السراري سرا، ويخفونهن عن زوجاتهم الحرائر. وقيل : هي من السر بالضم بمعنى السرور، وسميت الجارية سرية؛ لأنها موضع سرور الرجل، ولأنه يجعلها في حال تسرها من دون سائر جواريه. وفي الاصطلاح : إعداد الأمة لأن تكون موطوءة. الموسوعة الفقهية الكويتية ج ١١, ص ٢٩٤ – ٢٩٥. وملك اليمين أعم من التسري؛ لأنه قد يطأ بملك اليمين بدون تسر، أما السرية فلا بد أن تكون معدة للوطء. حكم التسري : جائز بالكتاب والسنة والإجماع إذا تمت شروطه كما يأتي. أما الكتاب ففي مواضع منها قوله تعالى: (وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلَّا تَعُولُوا) وقوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِلزَّكَاةِ فَاعِلُونَ – وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ – إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾. وأما السنة فقد قال النبي ﷺ في سبايا أوطاس «لَا تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ، وَلَا غَيْرُ ذَاتِ حَمْلٍ حَتَّى تَحِيضَ حَيْضَةً» ابو داود حديث رقم ٢١٥٧ , والسنة الفعلية أيضا دالة على جواز التسري، فإن النبي ﷺ كانت له سرار: قال ابن كثير في تفسير قوله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللَّاتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ وَمَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ مِمَّا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَيْكَ﴾ قال : أي وأباح لك التسري مما أخذت من الغنائم، وقد ملك صفية وجويرية رضي الله عنهما، فأعتقهما وتزوجهما، وملك ريحانة بنت شمعون النصرانية ومارية القبطية رضي الله عنهما، وكانتا من السراري أي فكان يطؤهما بملك اليمين. وكذلك الصحابة رضي الله عنهم اتخذوا السراري، وكان علي بن الحسين، والقاسم بن محمد، وسالم بن عبد الله بن عمر من أمهات الأولاد. وروي أن الناس لم يكونوا يرغبون في أمهات الأولاد حتى ولد هؤلاء الثلاثة، فرغب الناس فيهن. وأجمعت الأمة على ذلك، واستمر ذلك عند المسلمين دون نكير من أحد إلى حين انتهاء الرق في العصر الحديث. وقد كثر التسري في العصر الأموي والعصر العباسي لكثرة السبي في الفتوح، حتى إن كثيرا من نساء الخلفاء العباسيين كن من السراري. وكثيرا منهن ولدن الخلفاء. هذا وليس التسري خاصا بالأمة الإسلامية، فقد ورد أن إبراهيم عليه السلام تسرى بهاجر التي وهبه إياها ملك مصر، فولدت له إسماعيل عليه السلام، وقيل : كان لسليمان عليه السلام ثلاثمائة سرية، وكان التسري في الجاهلية أيضا. وقد قيل في الحكمة من اباحة التسري : استعفاف مالك الأمة بها وتحصين الإماء لكي لا يملن إلى الفجور، وثبوت نسب أولادهن إلى السيد، وكون الأولاد أحرارا. وإذا ولدت الأمة من سيدها تكون أم ولد، فتصير حرة عند موته . الموسوعة الفقهية الكويتية ج١١, ص٢٩٥– ٢٩٧ .

[٦٨] زاد المعاد في – الدين ابن قيم الجوزية – الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت – مكتبة المنار الإسلامية، الكويت الطبعة : السابعة والعشرون , ١٤١٥هـ /١٩٩٤م.ج٤, ص ٢٤٣ . الموسوعة الفقهية الكويتية, ج٤٤, ص ١٣.

[٦٩] الموسوعة الفقهية الكويتية . ج ٤٤, ص ١٣

[٧٠] شرح صحيح مسلم، ١٣٩٢– ج ٧, ص ٩٢.

[٧١] الموسوعة الفقهية الكويتية . ج ٤٤, ص ١٤

[٧٢] بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع – الكاساني الحنفي – الناشر: دار الكتب العلمية, الطبعة: الثانية، ١٤٠٦هـ – ١٩٨٦م,ج ٢, ص ٣٣١

[٧٣] الموسوعة الفقهية الكويتية . الموسوعة الفقهية الكويتية, ج٤٤, ص ٣٨ – ٣٩ .

[٧٤] صحيح البخاري حديث رقم ١٩٧٥ . السنن الكبرى للنسائي حديث رقم ٢٩٣٤ .

[٧٥] بدائع الصنائع , الكاساني , ج٢, ص ٣٣١ .

[٧٦] ينظر: نهاية المحتاج – الرملي – ج ٦, ص ٣٨٠. ينظر ايضا : أسنى المطالب في شرح روض الطالب – ج ٣ , ص ٢٢٩.

[٧٧] سورة النساء, الآية ١٢٩.

[٧٨] الحاوي الكبير – الماوردي – الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ –١٩٩٩ م, ج ٩ , ص ٥٧٢ – ٥٧٣

[٧٩] سورة النساء , الآية ١١.

[٨٠] الموسوعة الفقهية الكويتية ج ٤٤, ٣٧. للتفصيل انظر : مواهب الجليل في شرح مختصر خليل : الحطاب الرُّعيني المالكي – الناشر: دار الفكر, الطبعة: الثالثة، ١٤١٢هـ – ١٩٩٢م, ج ٤ , ص ١١ . انظر ايضاً : منح الجليل شرح مختصر خليل – محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي – الناشر: دار الفكر – بيروت, بدون طبعة تاريخ النشر: ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م,ج ٣, ص ٥٣٦ .

[٨١] وهو الإيلاء : بأن يحلف اليمين على ترك وطء زوجته مدةً، مثل قوله والله لا أجامعك أربعة أشهر, قال تعالى ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ انظر : التعريفات, ص ٤١. الكليات, المصدر السابق, ص ٢٢٣ – ٢٢٤.

[٨٢] مستند الشيعة, المحقق النراقي, المتوفى : ١٢٤٤, تحقيق : مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث – مشهد المقدسة, الطبعة : الأولى, سنة الطبع : ربيع الآخر ١٤١٩,المطبعة : ستارة – قم, الناشر : مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث – قم, ج٥, ص٧٧.

[٨٣] الفتاوى الكبرى – ابن تيمية – الناشر: دار الكتب العلمية, الطبعة: الأولى، ١٤٠٨هـ – ١٩٨٧م, ج١ , ص ٢٩٤ .

[٨٤] سورة البقرة, الآية **٢٢٨**.

[٨٥] سورة البقرة, الآية **٢٢٩**.

[٨٦] روضة المحبين ونزهة المشتاقين – ابن قيم الجوزية ص ٢١٥ – ٢١٨ .

[٨٧] المغني لابن قدامة – الناشر: مكتبة القاهرة, بدون طبعة, تاريخ النشر: ١٣٨٨هـ – ١٩٦٨م, ج٧, ص٣٠٣.

[٨٨] رواه البخاري, حديث رقم ٢٦٣٩. ومسلم ١٤٣٣. الترمذي ١١١٨. النسائي ٣٤٠٩. ابن ماجة ١٩٣٢. ومسند احمد ٢٤٠٥٨. ينظر: المحلى بالآثا – ابن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري, ر, دار الفكر, بيروت, بدون طبعة أو تاريخ للطبع, ج٩, ص٢٠٨.

[٨٩] ينظر: أحكام النساء – ص٤١. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق, ج٣, ص٢١ – ٢٦. المدونة الكبرى, ج٢, ص١٤٤. الأم, ج٥, ص٤٢. شرح الزركشي على مختصر الخرقي, ج٥, ص٢٦١.

[٩٠] رواه ابن ابي شيبة بلفظ «لَا تُرَدُّ الْحُرَّةُ مِنْ عَيْبٍ» حديث رقم ١٦٣٠٥, ج٣, ص٤٨٧. وهو عند عبد الرزاق الصنعاني موقوف بلفظ «لَا تُرَدُّ الْحُرَّةُ مِنْ عَيْبٍ كَمَا تُرَدُّ الْأَمَةُ، هُوَ رَجُلٌ ابْتُلِيَ» ينظر: المصنف – حديث رقم ١٠٦٨٧, ج٦, ص٢٤٦. ينظر ايضاً: المصنف للصنعاني, المصدر السابق.

[٩١] بل نصه ما روي عنه رضي الله عنه انه قال «أَيُّمَا رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً، فَوَجَدَهَا مَجْنُونَةً أَوْ مَجْذُومَةً أَوْ بَرْصَاءَ، فَهِيَ امْرَأَتُهُ، إِنْ شَاءَ طَلَّقَ، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ» ينظر: سنن سعيد بن منصور –, حديث رقم٨٢٠, ج١, ص٢٤٥.

[٩٢] المبسوط للطوسي, ج٦, ص١٣. التاج والإكليل لمختصر خليل, ج٥– ص١٤٨. الحاوي الكبير– ج٩, ص٣٤٠– ٣٤١.

[٩٣] التعريفات, ١٥٨.

[٩٤] الموسوعة الفقهية الكويتية,ج٣١, ص١٥ – ١٦ .

[٩٥] عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيِّبِ، عَنْ عُمَرَ، «أَنَّهُ أَجَّلَ الْعِنِّينَ سَنَةً، فَإِنْ أَتَاهَا، وَإِلَّا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا، وَلَهَا الصَّدَاقُ كَامِلًا»انظر: المصنف في الأحاديث والآثار, أبو بكر بن أبي شيبة –الناشر: مكتبة الرشد – الرياض, الطبعة: الأولى، ١٤٠٩ج٣, ص ٥٠٤.