فلسفة العرف في ركن التراضي لعقد الزواج دراسة في ظل قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩

The philosophy of custom in the mutual consent element of the marriage contract, a study in light of the Iraqi Personal Status Law No. 188 of 1959

أ.م.د. انغام محمود شاكر

كلية القانون – جامعة بابل

angham.shakir@uobabylon.edu.iq

تاريخ استلام البحث ٢٠٢٣/٨/١٥

تاريخ قبول النشر ٢٠٢٣/١٢/٣١

الملخص

ان الزواج هو اسمى العلاقات والروابط الانسانية ونظرا لقدسيته العظيمة وخطورته بوصفه الاصل الذي تنشأ به الاسر الصحيحة واللبنة الاولى في بناء مجتمع سليم، وبما ان العالم يشهد تقدما وتغيرا مستمرا في كل مجالات الحياة، مما ينعكس بشكل كبير بتغير في سلوكيات الافراد وعاداتهم، خصوصا في ركن التراضي لعقد الزواج الذي يكون اكثر الروابط صلة بما هو متعارف عليه ومعتاد بين الناس وبالدور الذي يلعبه العرف في مسائله.

لذا ركزت هذه الدراسة على بيان المدى الذي اخذ في اطاره المشرع العراقي بالعرف في ركن التراضي بالخصوص لأنه يحتل مكانة ذات اهمية بالغة على اعتبار انه الركن الوحيد الذي ينبني على توافره انعقاد الزواج، ويبنى على تخلفه بطلان هذا الزواج، وذلك من خلال استنباط المواضع التي جعل فيها العرف اساسا للنص فكانت الخطبة، والرضا، وبعض الشروط العقدية الخاصة بـ" بتعد الزوجات، وعمل الزوجة"، ابرز امارات اعتبار العرف كضرورة اجتماعية تفرضها قوته الملزمة ، وبالمقابل بيان المواضع التي اعرض فيها المشرع العراقي عن الاخذ بالعرف واهمل قيمته رغم اهميته ، ولا شك ذلك يعتبر نقصا في التشريع ينبغي تداركه.

وبغية تسليط الضوء على فلسفة العرف في ركن التراضي لعقد الزواج في ظل قانون الاحوال الشخصية العراقي والملاحظات التي تسجل على هذه الفلسفة وما يمكن طرحه من توصيات تساهم في سد الثغرات التي شابت تنظيمه فقد آثرنا البحث في هذا الموضوع.

الكلمات المفتاحية: الزواج، العرف، فلسفة، التراضي.

Abstract

Marriage is the highest human relationship and bond, given its great sanctity and seriousness, as it is the foundation upon which healthy families are established and the first building block in building a healthy society, and since the world is witnessing continuous progress and change in all areas of life, which is greatly reflected in a

change in the behavior and habits of individuals, especially in Consensus for a marriage contract that is most closely related to what is common and customary among people and the role that custom plays in its issues.

Therefore, this study focused on clarifying the extent to which the Iraqi legislator adopted custom in the element of mutual consent, in particular because it occupies a place of great importance, considering that it is the only element upon whose availability the marriage is based, and on whose failure the invalidity of this marriage is based, by deducing the places that made it In it, custom is the basis of the text. Engagement, consent, and some contractual conditions related to "abstention from wives and the wife's work," are the most prominent signs of considering custom as a social necessity imposed by its binding force. Conversely, it clarifies the places in which the Iraqi legislator refused to adopt custom and neglected its value despite its importance. There is no doubt that this is considered a deficiency in legislation that should be remedied.

In order to shed light on the philosophy of custom in the mutual consent of the marriage contract under the Iraqi Personal Status Law, the observations that are recorded on this philosophy, and the recommendations that can be put forward that contribute to filling the gaps that marred its regulation, we have chosen to research this topic.

Keywords: marriage, custom, philosophy, consent.

المقدمة

أولا- جوهر فكرة البحث:

ان الزواج هو ارقى العلاقات واعلاها منزلة، وان رصانة اي مجتمع وتحديد مدى تماسكه وارتباطه ارتباطا وثيقا يكون برصانة هذه العلاقة، فلضمان نجاح هذه العلاقة العظيمة والمقدسة لابد من مراعاة كل المتغيرات والتطلعات التي قد تطرأ على المجتمع، والتي تتمثل بالعرف الذي تكون اساس قوته الملزمة ضرورته الاجتماعية وحاجة الناس اليه لما فيه من مصلحة تحقق لهم النفع وتدفع عنهم الضرر.

وتأكيد على ذلك قوله تعالى: " خذ العفو وامر بالعرف " اي السير على ما يعرفه عقلاء المجتمع من السنن الجارية بينهم وترك ما ينكره المجتمع والعقل الاجتماعي من الاعمال النادرة الشاذة.

بذلك يكون لعادات الناس وممارساتهم اهمية كبيرة حيث جعلت اغلب الدول العرف مصدرا لصناعة تشريعاتها، ومنه تنهل ما تبني عليها قواعدها القانونية وقد جعلوا منه قاعدة قانونية ثابتة منها" المعروف عرفا كالمشروط شرطا" وايضا" الثابت بالعرف كالثابت بالنص"، بالتالي لم يخرج المشرع العراقي عن هذا الامر، حيث جعل العرف مصدرا من مصادر التشريع.

ونظرا لخصوصية العرف وما ارتكزت عليه النفوس والعقول في الوسط المجتمعي العراقي، تظهر اهميته بعقد الزواج وبصفة خاصة في مدى صحة التراضي. الذي اوجب على المشرع العراقي مراعاته عند وضع الاحكام القانونية لعقد الزواج.

ثانيا- اسباب اختيار البحث:

نظرا للدور الذي يلعبه العرف في التشريع في مختلف الحالات التي يطرح فيها، وخاصة في ركن التراضي لعقد الزواج. وفي مجتمع مختلف الاديان والطوائف كالمجتمع العراقي الذي يكون لكل ما هو معتاد ومتعارف لدى الناس القوة الملزمة في سلوكياتهم.

وسوف نحاول من خلال البحث بيان وتوضيح أهمية العرف ومدى تأثيره في احكام الاحوال الشخصي، ونطاق تطبيقه، وبيان مدى الاعتداد به في ركن التراضي لعقد الزواج، وما يترتب عليه من اثار من خلال بيان موقف القانون منه في صياغة نصوصه، ولاسيما القانون العراقي مع بيان الملاحظات القانونية على تنظيم المشرع العراقي له، واقتراح التوصيات التي تساهم في سد النقص التشريعي بخصوصه.

ثالثا- نطاق البحث ومنهجه:

تعتمد دراستنا في هذا البحث على المنهج التحليلي لنصوص قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ تستهدف استنباط المواضع التي اخذ بها المشرع العراقي بالعرف في مسائل الزواج.

ثالثا- خطة البحث:

سوف يتم تقسيم الدراسة على ثلاثة مطالب، نخصص المطلب الاول فلسفة العرف في مقدمة عقد الزواج، وذلك بتقسيمه على فرعين نتناول في الاول لمسألة اقتران الفاتحة بالخطبة واعتبار العرف فيها، اما الثاني نتناول فيه لمسألة العدول عن الخطبة واعتبار العرف فيها.

اما المطلب الثاني فسنبحث فيه فلسفة العرف في الرضا كركن في الزواج، وذلك على فرعين نتناول في الاول اعتبار الزواج رضائيا اعتراف ضمني بالعرف، ونخصص الثاني للتعبير عن الرضا في الزواج اعتراف صريح للعرف.

اما المطلب الثالث نحصصه لفلسفة العرف في لاشتراطات عقد الزواج، نبحث في الفرع الاول الولي في عقد الزواج مقام لاستبعاد العرف، اما الفرع الثاني نبحث فيه لاشتراطات عقد الزواج مقام لاعتبار العرف.

المطلب الاول

فلسفة العرف في مقدمة عقد الزواج

بما ان الزواج من العلاقات التي لابد من تقوم على اسس وقواعد صحيحة من الوضوح والصدق بين اطرافها، لذا لابد من وجود فترة زمنية سابقة على الزواج تمنح الزوجين القدرة على التبصر والتروي مما يترتب عليها الاستقرار النفسي والالفة والتعايش الروحي.

لهذا شرعت الخطبة لتكوين عناصر التراضي واستدامة روافده بعد الزواج، فتكون الحجر الاساس في تكوين اسرة تستند في قيامها على المودة والرحمة وتحقيق التكافل والترابط بين الزوجين. وبما ان العرف له اثر بليغ وبريق ساطع في تنظيم الكثير من أحكامها.

اثرنا استنباط فلسفة العرف في مقدمة عقد الزواج وذلك من خلال تقسيم هذا المطلب على فرعين، نتناول في الفرع الاول لمسألة اقتران الفاتحة بالخطبة واعتبار العرف فيها، وافردنا الثاني مسألة العدول عن الخطبة واعتبار العرف فيها.

الفرع الاول

مسألة اقتران الفاتحة بالخطبة واعتبار العرف فيها

لما كان التراضي اهم محكمات بناء الحياة الزوجية السليمة، واوثق العرى في نماء السعادة الزوجية واستمرارها. فلأجل ذلك اختص الشارع الحكيم لعقد الزواج من بين كل العقود مقدمة خاصة به لكونه اخطر العقود فهو عقد للحياة الانسانية، فكانت الخطبة هي مقدمة لهذا العقد فهي مرحلة تمهيدية لتمام انعقاد الزواج، حيث دعا الشارع المقدس الى هذه المقدمة لكي تنشأ الرابطة الزوجية على خير الاسس فتتدوم العشرة. ولهذه الاهمية يكون للعرف دور في التنظيم القانوني لها.

فالخطبة لغة: مأخوذة من الخطاب فهي الحديث او التلفظ، وخاطبه بالكلام مخاطبة وخطابا وخطب المرأة في النكاح خطبة [١].

اما اصطلاحا: هو طلب الرجل الزواج من امرأة بعينها سواء بشكل مباشر ام عن طريق اهلها[٢]، ولا شك ان الخطبة هي من مقدمات الزواج، فهي ليست بعقد نهائي ولا يترتب عليها اثار من حيث الحلة والالتزام. الا انها تكون مبررا لجواز نظر الرجل الى من يرغب بزواجها من النساء وكي يتعرف على المرأة التي يحب ان يرتبط بها[٣].

وقد اعتبر المشرع العراقي الخطبة وقراءة الفاتحة وعد بالزواج وليس عقدا. وهذا ما قررته المادة (٣/٣) من قانون الاحوال الشخصية العراقي[٤]، لكنه جعل اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد زواجا متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة (١/٦) من هذا القانون[٥].

يتضح من قراءة هذه النصوص ان للعرف مقام للذكر اذ اعتبر المشرع قيمته من زاويتين:

الزاوية الاولى لاعتبار العرف هي: لما نص المشرع العراقي على امكانية اقتران الفاتحة بالخطبة كان اعترافا ضمنيا منه بقيمتها وبالعرف كدافع لها، كما نجد هناك اعتراف صريح من قبل المشرع بإمكانية اقتران الفاتحة بالخطبة او قد تسبق الفاتحة الخطبة بمدة محددة [٦].

والملاحظ على النص الذي وضعه المشرع العراقي انه بين القيمة القانونية للفاتحة المقترنة بالخطبة، فجعل عدم اعتبارها زواجا حكما لها وكأن هناك اعتراف مسبق لدى المشرع بوجود الفاتحة المقترنة بالخطبة، فأصبح ذلك تحصيل حاصل في الدافع لديه هو تقريره لعرف الناس وعاداتهم.

من هذا المنطلق اصبحت للفاتحة قيمة لدى افراد المجتمع العراقي، اذ يقرأها الامام او الشيخ بحضور الجماعة ويتلو معها جملة من الادعية لنزول البركة على الزوجين واسرتهما حيث تكون الفاتحة بادرة خير عليهما.

اما الزاوية الثانية لاعتبار العرف: مناطها هو ان المشرع العراقي لما بين صور الفاتحة المقترنة بالخطبة فأحيانا تقرأ الفاتحة لحظة الخطبة، واحيانا اخرى تقرأ بمجلس العقد اي تزامنا مع استكمال شكليات العقد المتحقق ركنه والمستوفي لكامل شروطه القانونية [٧].

هذا يعني ان المشرع العراقي اختلف الحكم لديه بخصوص القيمة القانونية للفاتحة المقترنة بالخطبة. حيث لا تكون زواجا، وتلك التي تقترن فيها الفاتحة بمجلس العقد التي تعتبر زواجا.

بذلك يكون للعرف دور في تقرير الحكم حيث لولا عرف الناس وعاداتهم لما كان للمشرع العراقي ان يضع النص على الفاتحة المقترنة بالخطبة في طليعة نص المادة (٣/٣).

الفرع الثاني

مسألة العدول عن الخطبة واعتبار العرف فيها

نصت المادة (٣/٣) من قانون الاحوال الشخصية العراقي على انه: " الوعد بالزواج وقراءة الفاتحة لا تعتبر عقدا ".

يتضح من النص اعلاه ان المشرع العراقي اظهر اعتبار للعرف اثناء فترة الخطوبة وقبل العرس واعلان الزواج. حيث يتقارب المخطوبين ماديا ومعنويا، وذلك من خلال الهدايا المقدمة لبعضهما اثناء فترة الخطوبة. وهذا كله استجابة لما هو سائد واقعيا من عادات وتقاليد لدى الاسر العراقية. وان المشرع العراقي قد حسم مسألة الهدايا التي تقدم اثناء فترة الخطبة اذا ما حصل عدول عنها . حيث نصت المادة (١٩) من قانون الاحوال الشخصية العراقي والتي جاء النص فيها: " تسري على الهدايا احكام الهبات"، مما يعني ممكن تطبيق القواعد العامة في القانون المدني العراقي رقم٤٠ لسنة ١٩٥١، حيث نصت المادة (٦١٢) ما نصه:" الهبات والهدايا التي تقدم في الخطبة من احد الخطيبين للأخر او من اجنبي عنهما لاحدهما او لهما معا يجب ان يردها الموهوب له للواهب اذا فسخت الخطبة وطلب الواهب الرد مادام الموهوب قائما وممكنا رده بالذات".

نستنتج من النص ان من حق الخطيب ان يطلب من المخطوبة ان ترد له ما قدمه لها من هدايا اثناء فترة الخطبة اذا ما تحققت الشروط التالية:

١. ان يطلب الخطيب من المخطوبة ان ترد له ما قدمه لها من هدايا وهبات.

٢. ان يكون الشيء الذي قدمه الخطيب للمخطوبة باقيا على حاله، فإن كان هذا الشيء باقيا التزمت المخطوبة برده الى الخطيب سواء كان العدول منها او منه، اما اذا كان الشيء قد هلك بسبب اجنبي او بفعل المخطوبة نفسها، فليس من حقه ان يطلب من المخطوبة ترده.

وهنا نسجل على تنظيم المشرع العراقي الملاحظات الآتية:

ان المشرع العراقي في المادة (٣/٣) من القانون المذكور جعل الخطبة وعدا بالزواج، وان الوعد بالزواج يكون ملزما من حيث المبدأ القانوني. ويكون من الوجهة القانونية وعدا بالتعاقد. وحيث ان الاتفاق الابتدائي عقد كامل لا مجرد ايجاب ولكنه عقد تمهيدي اي ان الوعد بالزواج عقدا من العقود غير المسماة، يستوفي اسباب واركان وشروط العقد محله وموضوعه التعهد حصرا بإبرام عقد الزواج وليس عقد الزواج [٨].

لذا فهو يندرج تحت احكام المسؤولية المدنية بشقها العقدي وليس التقصيري، فإذا لم يوف احد طرفيه بما وجب عليه بالعقد جاز للطرف الاخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى، وهذا ما اشارت اليه المادة(١/١٧٧) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ما نصه:" ١- في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد العاقدان بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الاخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى _____".

وقد تطبق احكام المسؤولية المدنية بشقها التقصيري اذا لم يجد مسوغا بتحقق المسؤولية المدنية بشقها العقدي.

في حين ان الخطبة ليست ملزمة للطرفين في عاداتنا وتقاليدنا، لان العدول حق للخاطب والمخطوبة بلا قيد او شرط. ولأنه من المقرر لا ضمان في استعمال الحق، اذ ان العدول في حد ذاته لا يترتب عليه تعويض لا نه حق، فالضرر الذي ينشأ عن مجرد الخطبة والعدول من غير عمل من العادل لا تعويض فيه الا اذا كان الخاطب قد تسبب في اضرار نزلت بالمخطوبة لا بمجرد الخطبة والعدول كأن تطلب هي اعداد المسكن او هو يطلب نوعا معينا من الجهاز ثم يكون العدول ففي مثل هذه ذلك يعوض الطرف الاخر غير العادل فالتعويض يكون لا لمجرد العدول وانما للأخطاء التي تقترن بالعدول[٩].

مما تقدم نجد ان المشرع العراقي وقع في تناقض حيث نجد المادة (٣/٣) من قانون الاحوال الشخصية العراقي فيها من الاحكام وعليها من النقائص مما لا يتوافق مع العر ف العراقي.

ونحن نرى ان الخطيب الذي يعدل عن الخطبة بعد ان تم اشهارها بين الناس وعلم الجميع من الاهل والاقارب والاصدقاء. موضوعها يجعل المخطوبة في حالة انكسار بعد العدول، فضلا عن البصمة السلبية للمخطوبة المفسوخة بالنسبة للخطاب الآتين فهذا الوضع بحد ذاته يسبب ضررا مباشرا وحالا يوجب الضرر، فعلى الرغم من استقرار الاحكام القضائية على جعل العدول عن الخطبة حق فلا ضير من ان يتجه القضاء الى جبر الضرر مادام حدوثه قد ثبت فعلا [١٠].

بالتالي الخطبة في اصلها مجرد طلب او التماس بالزواج، لذا ينبغي على المشرع مراجعة نص المادة بجعل الخطبة طلبا للزواج لا وعدا به.

المطلب الثاني

فلسفة العرف في الرضا كركن في الزواج

ان عقد الزواج من ابرز واهم العقود التي تستوجب توافر مبدأ الرضائية، فلا يقوم هذا العقد بدون رضا طرفيه وتلاقي ارادتهما بنية الارتباط بينهما ارتباطا شرعيا ، فهو ركيزة اساسية لقيام الاسرة واستقرارها وديمومتيها.

وبما ان الرضا هو الجوهر الذي يدور عليه عقد الزواج وحلقته المتينة. فمن هنا تبرز اهمية استنباط مقام اعتبار العرف في الرضا كركن في الزواج.

ولتسليط الضوء على ما تقدم وزعنا البحث في هذا المطلب على فرعين سنبحث في الاول اعتبار الزواج رضائيا اعتراف ضمني بالعرف، وسنخصص الثاني للتعبير عن الرضا في الزواج اعتراف صريح للعرف.

الفرع الاول

اعتبار الزواج رضائيا اعتراف ضمني بالعرف

نصت المادة (٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي ما نصه: " ينعقد الزواج بإيجاب يفيد لغة او عرفا من احد العاقدين وقبول من الاخر ويقوم الوكيل مقامه ".

يفهم من النص اعلاه ان صيغة عقد الزواج هي ما يتبادله طرفا العقد من كلام ونحوه مما يدل على تراضيهما ورغبتهما في انشاء عقد الزواج وترتيب اثاره في الحال.

حيث يظهر اعتبار العرف من خلال جعل المشرع العراقي من الرضا ركنا وحيدا لعقد الزواج من خلال توافق ارادة الطرفين في الارتباط بواسطة التعبير الدال على التصميم على انشاء الارتباط

وايجاده [11]، وما دون ذلك هي شروطا للعقد وقسمها الى ثلاثة طوائف شرائط للانعقاد، واخرى للجواز والنفاذ، واخرى اللزوم [12].

وحيث التطور الحاصل في العرف العراقي اصبح الرضا ركنا وحيدا لعقد الزواج، ففي السابق وفي ظل الاسرة العراقية لم يكن الزواج لينعقد بتراضي الطرفين فقط. وانما ينبغي رضا الاسرتين اسرة المرأة واسرة الرجل خاصة ابويهما، وان ما حصل من تطور واضح في الاسر العراقية اصبح الشابان يتعارفان ويتراضيان لذاتهما عبر مختلف الوسائل والوسائط.

بذلك استوى النص القانوني مع العرف فأصبح الزواج رضائيا.

الفرع الثاني

التعبير عن الرضا في الزواج اعتراف صريح للعرف

رضائية عقد الزواج تتحقق بتوافق الايجاب مع القبول ويقصد بالإيجاب ذلك الكلام الصادر من احد المتعاقدين والذي يحمل دلالة الرضا بالعقد، في حين القبول كلام يصدر من المتعاقد الاخر يتضمن موافقة على ما ابداه المتعاقد الاول [13].

وهذا ما قرره المشرع العراقي في المادة (٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي. لكنه لم يحدد الالفاظ التي ينعقد بها الزواج مما يعني الرجوع الى العرف العراقي في تحديد لفظ العقد [14].

وتجري الاعراف بانعقاد الزواج بالألفاظ التي اتفق عليها الرجل والمرأة دون التقيد بعبارات والفاظ محددة حصرا، لذا نجد الغالب الموجود في العرف العراقي استعمال لفظ الزواج، او ما يحمل دلالة واضحة على معانيه فهو المتداول للتعبير على معنى الاقتران بين الرجل والمرأة، وفيه مراعاة اكيدة للعرف وللغة الدارجة في العراق في تحديد لفظ العقد. بذلك يظهر اعتبار العرف من خلال هذا المصطلح لأنه الشائع في عرف المجتمع العراقي.

المطلب الثالث

فلسفة العرف في اشتراطات عقد الزواج

تكتسب الشروط في عقد الزواج اهمية كبيرة تنبثق من كونها تمثل مرتكزا اساسيا في المحافظة على العلاقات الاسرية من الضياع والتشتت، من خلال ما يتضمنه هذا العقد من اشتراطات تحقق مقاصد الزواج فتعتبر مستلزم عقدي نابع من صميم الاتفاق الارادي.

فقد يكون المتغير الاجتماعي المتمثل في عرف الناس احد اهم الاعتبارات بخصوص اشتراطات عقد الزواج. لذا يكون للعرف دورا مؤثرا في الكثير من هذه الاشتراطات.

ومن هنا تتجلى اهمية البحث في هذا المطلب وذلك بتوزيعه على فرعين نفرد الاول لفلسفة العرف في الولي في عقد الزواج مقام لاستبعاد العرف رغم قيمته، ونبحث في الثاني اشتراطات عقد الزواج مقام لاعتبار العرف.

الفرع الاول

الولي في عقد الزواج مقام

لاستبعاد العرف رغم قيمته

تتحقق اهلية الزواج الكاملة بالبلوغ القانوني بتمام الثامنة عشرة من العمر، فقد ساوى المشرع العراقي بين الرجل والمرأة في سن الزواج في نص المادة (١/٧) من قانون الاحوال الشخصية العراقي[15]، كما توافق مع سن الاهلية العامة الواردة في القانون المدني[16].

من هنا نجد ان المشرع العراقي افرغ وجود الولي في عقد الزواج من محتواه. حيث منح سلطة مطلقة للمرأة الراشدة في عقد زواجها، فهي المبادرة وارادتها هي الحاسمة، وسواء حضر الولي في مجلس العقد او غاب [١٧]، فيمكن لها ان تعقد زواجها بنفسها.

لان المشرع العراقي كما اوضحنا اعتبر البالغ سن الرشد، ذكرا كان ام انثى له الحق بتزويج نفسه، ولم ينظم احكام الولاية في الزواج الا بالنسبة للقاصرين [١٨].

وقد طبق القضاء في العراق الرأي المتقدم من حيث استقلال المرأة البالغة العاقلة في امر زواجها وهذا ما قضت به محكمة التمييز العراقية في احد قراراتها بقولها: ،، ولاية الاب تسقط ببلوغ ابنته عاقلة رشيدة،، [١٩]، وفي قرار اخر بينت فيه،، للزوجة البالغة شرعا وقد ابرم والدها عقد زواجها بغيابها وبدون وكالة منها ان تطلب فسخ الزواج المذكور الذي جرى بدون رضاها،، [٢٠].

ولا شك ان كبح ارادة الولي وتغيب سلطته حيث من شأنه احتقار المرأة وتركها بلا سند، كما من شأنه ان يشجع على الانحلال الاسري والانحدار الاجتماعي [٢١].

ومن هنا فأن الاهدار لدور الولي والتغيب لسلطته بعيد كل البعد عن عرف عادتنا وتقاليدنا، كون الولي في جوهر عرف الاسر العراقية هو الذي يتولى امور الفتاة وعقد زواجها حتى وان كانت راشدة خصوصا وان حياء المرأة يمنعها من مناقشة امور الزواج في مجلس العقد، فهو ادرى بمصلحتها ومسؤول عن الوصول لدراية كاملة حول من يتقدم لزواج الفتاة. لان مصير الفتاة وما ستتلقاه مستقبلا يرجع بأثاره على الاسرة التي يكون عليها واجب المحافظة على مصلحتها وتحفظ كرامتها وتصون عرضها وشرفها [٢٢].

ومن هنا نسجل على المشرع العراقي الملاحظة الاتية:

هو ان المشرع العراقي أهمل دور العرف في مسألة الولاية في الزواج على الراشدة، اذ غيب دور الولي وسلطته وافرغه من قيمته الثابتة عرفا. فلابد من ان يقف القانون موقفا مسايرا للعرف في مسألة الولي، واعتبار الولاية حق للولي والمرأة واعتبار رضاهما معا وعدم جواز استقلال البكر في امر زواجها.

الفرع الثاني

اشتراطات عقد الزواج مقام لاعتبار العرف

ان اول ما يبدوا وما يتبادر في ذهن الرجل والمرأة بعد الخطبة وتحقق الرؤية الشرعية وحصول الموافقة المبدئية هو الشروط التي يلتمسها كل طرف، لتحقيق منفعة له ويقبلها الطرف الاخر، مثلا ان تقول المرأة للرجل تزوجتك بشرط ان لا تتزوج علي، او بشرط ان اعمل فيقول الزوج قبلت، او يقول الرجل للمرأة تزوجتك بشرط ان لا تعملي وان تتفرغي للمنزل، فتقول المرأة قبلت.

فأن العقد ان تم بهذه الصورة تكون الشروط جزءا من صيغة العقد فالشرط يعتبر في هذه الحالة مقارن للعقد فينعقد العقد بهذه الصيغة، حيث يجب الايفاء بهذه الشروط من قبل الزوجين [٢٣].

وقد اشار المشرع العراقي الى موضوع الاشتراط في عقد الزواج وحكم الايفاء بها في قانون الاحوال الشخصية العراقي في نص المادة (٦/٣-٤) منه: ،، ٣- الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الايفاء بها

٤- للزوجة طلب فسخ العقد عند عدم ايفاء الزوج بما اشترط ضمن عقد الزواج ".

يتضح من النص اعلاه ان المشرع العراقي قد اجاز الاشتراط في عقد الزواج، لكن لم يبين حدوده، وانما اكتفى بقول (الشروط المشروعة)، وبهذا يجب الرجوع الى احكام الفقه الاسلامي في مدى صحتها وضرورة الوفاء بها [٢٤].

مما تقدم نجد ان المشرع العراقي جعل مسألة الاشتراط مسألة نسبية ومرنة، اذ اوردها على سبيل المثال لا الحصر مراعيا بذلك طبيعة المجتمع العراقي، الذي يتسم بكونه مجتمع واسع مختلف الطوائف. وتبعا لذلك تختلف فيه العادات والاعراف من منطقة الى اخرى.

حيث غالبا ما يكون تأثر الزوجين في اعتباراتهما بالشروط، بما هو شائع في العرف العراقي حيث يشكل العرف في الوسط المجتمعي محورا جوهريا قد تبنى عليه العلاقة وتستمر أو تنهدم وتنقطع، لان في هذه الشروط ما يعطي لكلا الزوجين مزيدا من الامن على نفسه، وضمان استقرارهما والعيش معا مدى الحياة [٢٥].

قد نجد ان هناك شرطين في الوسط المجتمعي العراقي يمكن ان تتمسك بهما المرأة، هو شرط عدم تعدد الزوجات، وشرط عمل المرأة. وفيما يلي بيان هذين الشرطين.

اولا – شرط عدم تعدد الزوجات اقرار بالعرف

لقد تبنى الاسلام نظام التعدد وقيده بضوابط ينبغي توافرها، ولما اخذ المشرع العراقي بهذا النظام يكون قد نهل من هذه الشريعة السمحاء [٢٦].

وحيث ينبغي عدم انكار ان ظاهرة تعدد الزوجات اخذت حيزا بينا في المجتمع العراقي واصبحت عرفا ثابتا وراسخا، ولأجل ذلك كان من اللازم تقيد هذا النظام قانونا بضوابط ينبغي مراعاتها. حيث نجد ان المشرع العراقي قد تشدد في ضوابط التعدد حيث اصبح لازما على الزوج ان يقدم طلب الترخيص بالزواج من قبل القاضي ويرخص له القاضي بعد ان يثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية [٢٧].

وهذا ما اكدته المادة (٣/٤-٥) من قانون الاحوال الشخصية العراقي.

وقد استثنى المشرع العراقي من شرط الحصول على اذن من القاضي للزواج من ثانية في حالتين هما:

١. اذا كان المراد الزواج منها ارملة . ٢٨
٢. مطلقة الزوج ٢٩.

ولم يكتفي المشرع العراقي بوضع قيود للتعدد وانما منح مكنة قانونية للزوجة تكبح من خلالها التعدد وتغل ارادة زوجها في ذلك من خلال اشتراط عدم التعدد عليها، اما في عقد الزواج او عقد لاحق، ولا وجود لما يمنع هذا الشرط مادام مصدره الاتفاق العقدي للطرفين. حيث يعتبر من الشروط المشروعة التي يجب على الزوج الايفاء بها. استنادا الى نص المادة (٦/٣-٤) من القانون المذكور.

فمن حق الزوجة التي اخل زوجها بهذا الشرط فسخ العقد، وهذا ما أكدته المادة (٦/٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي والتي جاء النص فيها: " للزوجة طلب فسخ العقد عند عدم ايفاء الزوج بما اشترط ضمن عقد الزواج ".

بذلك نجد ان المشرع العراقي فسح المجال

لهذا الشرط لانتشار هذه الظاهرة في الوسط المجتمعي العراقي، بل ان المسألة اخذت منحى يمكن وصفه بالخطير على مصالح الاسرة عموما، حيث اصبح لدى بعض الشباب عادة او تقليد راسخ لظاهرة التعدد حتى وان لم تكن لديه القدرة على توفير كامل المتطلبات والاستجابة لكافة الضوابط الشرعية والقانونية [٣٠].

من كل ما تقدم نجد ان العرف احد دوافع تبني نظام التعدد وضبط احكامه قانونا وفي نفس الوقت سبب لإتاحة امكانية كبحه عن طريق اشتراط عكسه.

ثانيا- شرط عمل المرأة اقرار بالعرف

لقد اثبت الواقع المعاش والعرف السائد داخل المجتمع العراقي، هو عزوف الشباب عن الزواج بسبب ظروف اقتصادية واجتماعية. ووجود رغبة شديدة لديهم في الاقتران بالمرأة العاملة بل حتى اصبح يبحث عنها لغرض الزواج.

كما ان هناك فلسفة اجتماعية نتجت عن ثقافة مكتسبة اصلية، هي ثقافة تمكين المرأة من عملها. حيث ان المرأة منذ القدم كانت تعمل في مهن بدائية وحرف يدوية، واتجهت المرأة في الوقت الحاضر، وفي ظل ظروف التطور المهني والتقدم العلمي والتعليمي والصناعي الى شغل وظائف خارج البيت اضافة الى مهامها كأم وزوجة وربة بيت [٣١].

فالعرف المنتشر ضياؤه في هذا الزمان هو ان المرأة اصبحت تضاهي الرجل وتنافسه بل اصبحت تجاوزه في بعض الميادين.

هو ما دفع القانون الى منح المرأة مكنة قانونية لاشتراط عملها والمحافظة عليه في عقد الزواج او في عقد لاحق [٣٢].

وبما ان المشرع العراقي لم يتناول شرط عمل الزوجة، وانما تناول وجوب الوفاء بالشروط المشروعة التي تشترط في عقد الزواج حسب نص المادة (٣/٦) منه، لذا جاز ادراج هكذا شرط من ضمن الشروط التي اجاز القانون ادراجها في عقد الزواج.

ويمكن استنباط ورود النص على عمل المرأة بصورة غير صريحة في نص المادة (٣٠) من القانون المذكر والتي جاء النص فيها: " اذا كانت الزوجة معسرة ومأذونة بالاستدانة حسب المادة السابقة [٣٣]، فإن وجد من تلزمه نفقتها (لو كانت ليست بذات زوج)، فيلزم بإقراضها عند الطلب والمقدرة وله حق الرجوع على الزوج فقط، واذا استدانت من اجنبي، فالدائن الخيار في مطالبة الزوجة او الزوج وان لم يوجد من يقرضها وكانت غير قادرة على العمل التزمت الدولة بالإنفاق عليها"

الملاحظ على هذا النص ان الزوجة التي تغيب زوجها عنها، وليس له مال ظاهر، لها ان تستدان من اجنبي او من يلزمه نفقتها اذا لم يكن لها زوج، وان لم تجد احد تقترض منه، فعليها في هذه الحالة ان تعمل ان كانت قادرة عليه وان تعيل نفسها، وان لم تكن قادرة وجب على الدولة الانفاق عليها.

ومن هنا نجد ان الزواج تتطور في المجتمع العراقي تجاوز الوصف الاعتيادي واصبح له بعدا ماديا لا معنويا. حيث نجد تمكين المرأة من اشتراط عملها يستتبعه اثار قانونية على الطرفين، وعلى الرابطة الزوجية ككل، اذ تصبح للمرأة ذمة مالية مستقلة مثل ذمة الرجل وتصبح من حقها الاستئثار بها او جعلها مشتركة بينهما [٣٤].

يتضح من كل ما تقدم ان العرف دافع قوي لتمكين المرأة من اشتراط عملها وتقوية مركزها قانونا وقضاءا وسبب في تغير وصف الزواج ونظامه القانوني.

وينبغي الاشارة ليس المرأة فقط من حقها ادراج ما تراه مناسبا لها من الشروط والتي يكون دافعها العرف، فالرجل ايضا من حقه ادراج بعض الشروط التي يفرضها العرف المجتمعي العراقي ويراها الزوج ضرورية ومهمة، مثل شرط العيش مع والديه، حيث يبرز هذا الشرط اهم اثار عقد الزواج. وهو المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والاقربين بالحسنى والمعروف.

الخاتمة

بعد وصولنا إلى نهاية بحثنا في موضوع فلسفة العرف في مسائل الزواج في ضوء قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ يجدر بنا أن نخرج بجملة من النتائج والتوصيات نورد منها ما يأتي:

أولاً- النتائج :

١. تبين لنا ان مسائل الاحوال الشخصية خصوصا ما يتعلق منها بركن التراضي قد تأثرت بالأعراف والتقاليد السائدة في المجتمع.

٢. تبين لنا من خلال البحث ان المشرع العراقي نص على امكانية اقتران الفاتحة بالخطبة، حيث اوضح صورتي الفاتحة حيث تلك التي تقترن فيها الفاتحة بالخطبة بمجلس عقد الزواج، وتلك التي تكون فاتحة مقترنة بالخطبة فقط وذلك اعترافا ضمنيا منه بقيمتها ومراعاة للعرف الذي يكون دافع لها.

٣. اخذ العرف بعين الاعتبار عن سن الاحكام القانونية الخاصة في مسألة العدول عن الخطبة وبمبدأ التهادي بين الزوجين.

٤. جعل المشرع العراقي عقد الزواج رضائيا واعتبر التطور الحاصل في العرف العراقي فيه.

٥. اهمل العرف مطلقا في مسألة الولاية في الزواج على الراشدة غير مبالي بعرف المجتمع العراقي.

٦. اتفق المشرع العراقي مع العر ف السائد بتبني نظام التعدد وضبط احكامه قانونا، لكن في نفس الوقت مكن المرأة من كبح جماحه عن طريق اشتراط عدم التعدد.

٧. مكن المشرع العراقي المرأة من اشتراط عملها وراعى الاثار المترتبة على ذلك والتي غيرت من وصف الزواج ونظامه القانوني وضبط مسألة الذمة المالية للزوجين.

ثانيا / التوصيات:

١. نوصي المشرع العراقي بجعل الخطبة طلب او التماس الزواج ويمكن العدول عنها بدلا من جعلها وعدا بالزواج وبالتالي تعديل نص المادة (٣/٣) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ حيث يصبح النص: " ٣- الخطبة طلب الزواج او التماس الزواج ويجوز للطرفين العدول عن الخطبة اذا ترتب عن العدول ضرر مادي او معنوي لاحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض، ولا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئا مما اهداها ان كان العدول منه، وعليه ان يرد للمخطوبة مالم يستهلك مما اهدته او قيمته، ولا تسترد المخطوبة من الخاطب شيئا مما اهدته ان كان العدول منها، وعليها ان ترد للخاطب مالم يستهلك مما اهداه لها او قيمته ".

٢. نقترح على المشرع العراقي اعادة الاعتبار لأعراف مجتمعنا بخصوص ولي المرأة الراشدة في الزواج، ونقترح ادخال احكام الولاية في الزواج في قانون الاحوال الشخصية العراقي وجعل الولاية

حق مشترك بين المرأة ووليها، فلا بد من اجتماع اذن الاب ورضاها.

٣. فنتمنى على مشرعنا العراقي ادخال مادة في القانون المذكور تنص كالاتي: " تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها ....." ودون الاخلال بنصوص المواد (٧و٨) من القانون نفسه.

٤. لخصوصية عقد الزواج في المجتمع العراقي المرتبطة بأعرافنا نوصي من المشرع العراقي بالأخذ بنظر الاعتبار بالعرف وابراز دوره المهم في صياغة النصوص القانونية المتعلقة بالأحوال الشخصية لأهميتها في حياة الاسرة.

الهوامش

١) محمد بن ابي بكر الرازي ، مختار الحاح، دار الرضوان،٢٠٠٥، ص١٣٧.

٢) د. حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في احكام الزواج والطلاق واثارهما، ط١، مطابع دار الوارث، كربلاء المقدسة،٢٠٢٠، ص١٣.

٣) من الجدير بالذكر ان جمهور الفقهاء وهم فقهاء الامامية والاحناف والشافعية وفقهاء والحنابلة الذين قالوا بجواز ان ينظر الرجل الى المرأة سواء بأذنها ام عدمه، بخلاف البعض الذين اشترطوا اذن المرأة لجواز النظر واتفاقهم على جواز النظر الى الوجه والكفين وعدم جواز النظر الى العورة السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين (المعاملات)، ج٣، المؤسسة العالمية للمطبوعات، بيروت – لبنان ، ١٤١٦ ، ص٣ وما بعدها، محمد امين المعروف بابن عابدين، حاشية رد المحتار شرح تنوير الابصار، ٢، ط١، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت – لبنان، ١٩٩٥، ص١٢٨، ابو محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج٧، ط٢، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بلا مكان طبع، بلا سنة طبع، ص٤٥٣.

٤) نصت المادة (٣/٣) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ ما نصه: " الوعد بالزواج وقراءة الفاتحة لا تعتبر عقدا ".

٥) نصت المادة (٦/ ١) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ ما نصه: " ٦/ ١–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 كلام الاخر واستيعابهما بانه المقصود منه عقد الزواج ج– موافقة القبول للإيجاب د– شهادة شاهدين متمتعين بالأهلية القانونية على عقد الزواج هـ– ان يكون العقد غير معلق على شرط او حادثة غير محققة ".

٦) د. رمضان علي السيد الشرباصي ود. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، احكام الاسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الاولاد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٨، ص٥٣ وما بعدها.

٧) د. رمضان السيد علي الشرباصي، احكام الاسرة في الشريعة الاسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية،٢٠٠٢، ص٤٢.

٨) د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة طبع، ص٥٤ وما بعدها.

٩) د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي ود. نبيل مهدي زوين، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩، مكتبة دار السلام القانونية، النجف،٢٠١٥، ص٢٧.

١٠) اسماعيل امين نواهضة ود. احمد محمد المومني، الاحوال الشخصية (فقه النكاح)، ط١، دار الميسرة للنشر والتوزيع، عمان،٢٠٠٩، ص٥٦.

١١) جدير بالذكران المشرع العراقي قد تبنى موقف فقهاء الحنفية حيث ان ركن العقد هو الايجاب والقبول فقط وما عداها شروط فقد تكون شروط انعقاد او صحة او نفاذ او لزوم.

١٢) وللفقهاء اتجاهات في اركان العقد فمنهم من يرى ان اركان العقد ثلاثة: الصيغة المحل (الزوج والزوجة) والولي وهذا اتجاه المالكية اما فقهاء الشافعية عوها خمسة : صيغة وزوج وزوجة وشاهدان وولي، اما فقهاء الحنابلة ثلاثة: زوجان وايجاب وقبول، د. محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ط١، مؤسسة دار الكتاب الاسلامي، ٢٠٠٦، ص٢٤ وما بعدها.

١٣) وجدير بالذكر ان الايجاب والقبول يصح من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة او عرفا كالكتابة وهذا ما يمكن استنتاجه من خلال نص المادة (٢/١) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ حيث ان المشرع العراقي احال الامر الى الشريعة الاسلامية وحسب الاتجاهات الفقهية والتي نصت على انه: " ٢- اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون "

١٤) نصت المادة (٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي على انه: " ينعقد الزواج بإيجاب يفيد لغة او عرفا من احد العاقدين وقبول من الاخر ويقوم الوكيل مقامه "، - د. احمد الكبيسي، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ج١، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة طبع، ص١١٤ وما بعدها.

١٥) نصت المادة (١/٧) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ على انه: " يشترط في تمام اهلية الزواج العقل واكمال الثامنة عشر".

١٦) نصت المادة (١٠٦) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على انه: " سن الرشد هي ثمان عشرة سنة كاملة ".

١٧) لم يحدد قانون الاحوال الشخصية العراقي من هو الولي لكن حددته المادة (١٠٢) من القانون المدني والتي جاء النص فيها: " ولي الصغير هو ابوه ثم وصي ابيه ثم الجد الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة او الوصي الذي نصبته المحكمة "، اما قانون رعاية القاصرين رقم ٨٧ لسنة ١٩٨٠ فقد حدد الولي في نص المادة (٢٧) منه على ان: " ولي الصغير ابوه ثم المحكمة ".

١٨) من الجدير بالذكر ان المشرع العراقي نظم اهلية الزواج بالنسبة للقاصرين في نص المادة (١/ ٨) من قانون الاحوال الشخصية العراقي ما نصه: " اذا طلب من اكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج فللقاضي ان يأذن به اذا ثبت له اهليته وقابليته البدنية بعد موافقة وليه الشرعي ".

١٩) قرار رقم ٩٢٤/ شرعية ١٩٦٧ في ١٩٦٨/٤/١٠ نقلا عن ابراهيم المشاهدي في قضاء محمة تمييز العراق، قسم الاحوال الشخصية، مطبعة اسعد، بلا مكان طبع، ١٩٨٩، ص٣٥٧.

٢٠) قرار رقم ٤٧٧/ شخصية /١٩٧٧ بتاريخ ١٩٧٧/٣/٧، مجموعة الاحكام العدلية، س٨،ع١،١٩٧٧، ص٨١.

٢١) المستشار احمد الجندي، موسوعة الاحوال الشخصية (الزواج والطلاق والتفريق بين الزوجين)، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٦، ص٤٧.

٢٢) د. نضال محمد ابو سنية، الولاية في النكاح في الشريعة الاسلامية، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١، ص٦٥ وما بعدها، د. نايف محمد الجنيدي، عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشرية والقانون، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص٧٢ وما بعدها.

٢٣) د. محمد رشدي اسماعيل احكام الزواج في الاسلام، مكتبة وهبه، ط١، ١٩٨٣، ص٦٩.

٢٤) وهذا ما شارت اليه المادة (٢) من قانون الاحوال الشخصية العراقي والتي جاء النص فيها: " اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون "

٢٥) د. محمد خضر قادر، دور الارادة في احكام الزواج والطلاق والوصية، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، بلا سنة طبع، ص٩٤ وما بعدها.

٢٦) د. احمد محمود الشافعي، الزواج في الشريعة الاسلامية، بلا مكان طبع، بلا سنة طبع، ص١٣٧ وما بعدها.

٢٧) نصت المادة (٣ /٤ – ٥) من قانون الاحوال الشخصية العراقي والتي نصت على ان: " ٤- لا يجوز الزواج بأكثر من واحدة الا بإذن القاضي ويشترط لإعطاء الاذن تحقق الشرطين التاليين: أ. ان يكون للزوج كفاية مالية لا عالة اكثر من زوجة واحدة ب. ان يكون هناك مصلحة مشروعة ٥- اذا خيف عدم العدل بين الزوجات فلا يجوز التعدد ويترك تقدير ذلك للقاضي ".

٢٨) وهذا ما شارت اليه المادة (٧/٣) من قانون التعديل السادس لقانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ رقم ١٨٩ بتاريخ ١٩٨٠ ما نصه: " استثناء من احكام الفقرتين (٤) و(٥) من هذه المادة يجوز الزواج بأكثر من واحدة اذا كان المراد الزواج بها ارملة " .

٢٩) استنادا لقرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٤٧ في ١٩٨٢/١/٢٧ الذي اجاز اعادة المطلقة الى عصمة زوجها مع وجود زوجة اخرى على ذمته ان كان قد طلقها وتزوج اخرى ثم اراد اعادتها.

٣٠) د. عماد شريفي، احكام تعدد الزوجات بين الثابت والمتغير واثر ذلك على قوانين الاحوال الشخصية، بحث منشور في مجلة القانون والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي، ع١، ٢٠٢٣، ص٧٩٣ وما بعدها.

٣١) تغريد حاكم ، القوامة الزوجية، رسالة ماجستير قدمت الى كلية القانون، جامعة كربلاء، ٢٠٣٢، ص١٢٦.

٣٢) د. عبد الكريم زيدان، المفصل في احكام الاسرة والبيت المسلم في الشريعة الاسلامية، ج٤، مؤسسة الرسالة، بلا سنة طبع، ص٢٦٥.

٣٣) نصت المادة (٢٩) من قانون الاحوال الشخصية العراقي ما نصه: " اذا ترك الزوج زوجته بلا نفقة واختفى وتغيب او فقد، حكم القاضي لها بالنفقة من تاريخ اقامة الدعوى بعد اقامة البينة على الزوجية وتحليف الزوجة بأن الزوج لم يترك لها نفقة وانها ليست ناشزا ولا مطلقة انقضت عدتها، ويأذن لها القاضي بالاستدانة باسم الزوج لدى الحاجة ".

٣٤) نادية العشيري، الاجتهاد في قضية المرأتبين الحفاظ على الهوية ومسايرة العصر، مقال ضمن المسألة النسائية ودور الاجتهاد في الاسلام، جسور ملتقى النساء المغربيات، ١٩٩٩، ص٧٤.

المصادر

القران الكريم

اولا / مراجع الشريعة الاسلامية

أ. كتب الفقه الاسلامي

١- الفقه الامامي:

١- السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين (المعاملات)، ج٣، المؤسسة العالمية للمطبوعات، بيروت – لبنان، ١٤١٦.

٢- الفقه الحنفي

١- محمد امين المعروف بابن عابدين، حاشية رد المحتار شرح تنوير الابصار، ٢، ط١، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت – لبنان، ١٩٩٥.

٣- الفقه الحنبلي

٢- ابو محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج٧، ط٢، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بلا مكان طبع، بلا سنة طبع.

ب / المراجع الفقهية المتفرقة:

١- د. احمد محمود الشافعي، الزواج في الشريعة الاسلامية، بلا مكان طبع، بلا سنة طبع.

٢- د. رمضان السيد علي الشربناصي، احكام الاسرة في الشريعة الاسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٢.

٣- د. عبد الكريم زيدان، المفصل في احكام الاسرة والبيت المسلم في الشريعة الاسلامية، ج٤، مؤسسة الرسالة، بلا سنة طبع.

٤- د. محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، ج٢، ط١، مؤسسة دار الكتاب الاسلامي، ٢٠٠٦.

٥- د. محمد رشدي اسماعيل، احكام الزواج في الاسلام، مكتبة وهبه، ط١، ١٩٨٣.

٦- د. نضال محمد ابو سنية، الولاية في النكاح في الشريعة الاسلامية، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،٢٠١١.

٧- د. نايف محمد الجنيدي، عضل النساء والتفريق للشقاق بين الشرية والقانون، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠ .

ثانيا- المراجع القانونية

أ- الكتب

١- د. احمد الكبيسي، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ج١، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة طبع.

٢- احمد الجندي، موسوعة الاحوال الشخصية (الزواج والطلاق والتفريق بين الزوجين)، دار الكتب القانونية، مصر،٢٠٠٦.

٣- اسماعيل امين نواهضة ود. احمد محمد المومني، الاحوال الشخصية (فقه النكاح)، ط١، دار الميسرة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩.

٤- د. حيدر حسين كاظم الشمري، المختصر في احكام الزواج والطلاق واثارهما، ط١، مطابع دار الوارث، كربلاء المقدسة، ٢٠٢٠.

٥- د. رمضان علي السيد الشربناصي ود. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، احكام الاسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الاولاد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٨.

٦- د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي ود. نبيل مهدي زوين، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩، مكتبة دار السلام القانونية، النجف،٢٠١٥.

٧- د. عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة طبع.

٨- د. محمد خضر قادر، دور الارادة في احكام الزواج والطلاق والوصية، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، بلا سنة طبع.

ب- الرسائل والأطاريح الجامعية:

١- تغريد حاكم عبد زيد، القوامة الزوجية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة كربلاء، ٢٠٢٣.

ج- البحوث القانونية:

١- د. عماد شريفي، احكام تعدد الزوجات بين الثابت والمتغير واثر ذلك على قوانين الاحوال الشخصية، بحث منشور في مجلة القانون والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر- الوادي، ع١، ٢٠٢٣.

٢- نادية العشيري، الاجتهاد في قضية المرأة بين الحفاظ على الهوية ومسايرة العصر، مقال ضمن المسألة النسائية ودور الاجتهاد في الاسلام، جسور ملتقى النساء المغربيات، ١٩٩٩.

هـ. الموسوعات والمجموعات القضائية:

١- عن ابراهيم المشاهدي في قضاء محمة تمييز العراق، قسم الاحوال الشخصية، مطبعة اسعد، بلا مكان طبع، ١٩٨٩.

٢- مجموعة الاحكام العدلية، س٨،ع١،١٩٧٧.

د. القوانين:

أ- قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩

ثالثا- المعاجم اللغوية:

١- محمد بن ابي بكر الرازي، مختار الحاح، دار الرضوان، ٢٠٠٥.

the reviewer

The Holy Quran

First: References to Islamic Sharia

a. Islamic jurisprudence books

1- Imami jurisprudence:

2- Sayyid Ali al-Husseini al-Sistani, Minhaj al-Salehin (Muamalat), vol. 3, International Publications Corporation, Beirut - Lebanon, 1416.

3- Hanafi jurisprudence

4- Muhammad Amin, known as Ibn Abidin, Hashiyat Radd al-Muhtar, Sharh Tanweer al-Absar, 2, 1st edition, Dar Al-Fikr for Printing and Publishing, Beirut - Lebanon, 1995.

5- Hanbali jurisprudence

6- Abu Muhammad Abdullah bin Ahmed bin Muhammad bin Qudamah Al-Maqdisi, Al-Mughni, vol. 7, 2nd edition, Dar Al-Kitab Al-Arabi for Publishing and Distribution, without place of publication, without year of publication.

B/ Miscellaneous jurisprudential references:

1- D. Ahmed Mahmoud Al-Shafi'i, Marriage in Islamic law, without a legal place, without a legal law.

2- Dr. Ramadan Al-Sayyid Ali Al-Sharbanasi, Family Rulings in Islamic Sharia, Al-Halabi Legal Publications, 2002.

3- D. Abdul Karim Zaidan, Al-Mufassal fi Rulings on the Muslim Family and Home in Islamic Sharia, Part 4, Al-Risala Foundation, without a year of publication.

4- D. Muhammad Jawad Mughniyeh, Jurisprudence on the Five Doctrines, vol. 2, 1st edition, Dar Al-Kitab Al-Islami Foundation, 2006.

5- D. Muhammad Rushdi Ismail, Provisions of Marriage in Islam, Wahba Library, 1st edition, 1983.

6- D. Nidal Muhammad Abu Sunniyya, Guardianship in Marriage in Islamic Sharia, 1st edition, Dar Al-Thaqafa for Publishing and Distribution, Amman, 2011.

7- Dr. Nayef Muhammad Al-Junaidi, Women's Muscle and the Differentiation of the Discord between Evil and Law, 1st edition, Dar Al-Thaqafa for Publishing and Distribution, Amman, 2010.

Second: Legal references

a. Books

1- D. Ahmed Al-Kubaisi, Personal Status in Jurisprudence, Judiciary and Law, Part 1, Legal Library, Baghdad, no year of publication.

2- Ahmed Al-Jundi, Personal Status Encyclopedia (Marriage, Divorce, and Separation of Spouses), Dar Al-Kutub Al-Qaniya, Egypt, 2006.

3- Ismail Amin Nawahda, Dr. Ahmed Muhammad Al-Moumani, Personal Status (Jurisprudence of Marriage), 1st edition, Dar Al-Maysara for Publishing and Distribution, Amman, 2009.

4- Dr. Haider Hussein Kadhim Al-Shammari, A Summary of the Rulings of Marriage and Divorce and Their Effects, 1st edition, Dar Al-Warith Press, Holy Karbala, 2020.

5- Dr. Ramadan Ali Al-Sayed Al-Sharbanasi and Dr. Jaber Abdul Hadi Salem Al-Shafi'i, Family Rulings Concerning Marriage, Separation, and Children's Rights, Al-Halabi Legal Publications, Beirut, Lebanon, 2008.

6- D. Salam Abdel Zahra Al-Fatlawi and Dr. Nabil Mahdi Zuwayn, Al-Wajeez fi Explanation of the Iraqi Personal Status Law No. 188 of 1959, Dar Al-Salam Legal Library, Najaf, 2015.

7- Dr. Abdul Majeed Al-Hakim, Professor Abdul Baqi Al-Bakri, and Professor Muhammad Taha Al-Bashir, Al-Wajeez in the Theory of Commitment in Iraqi Civil Law, Legal Library, Baghdad, without year of publication.

8- Dr. Muhammad Khader Qadir, The Role of Will in the Rulings of Marriage, Divorce, and Wills, Al-Yazouri Scientific Publishing and Distribution House, Amman, no year of publication.

B- University theses and dissertations:

1- Taghreed Hakim Abd Zaid, Marital Guardianship, Master's Thesis, College of Law, University of Karbala, 2023.

C- Legal research:

1- D. Imad Sharifi, the provisions of polygamy between fixed and variable and its impact on personal status laws, research published in the Journal of Law and Political Science, Martyr Hama Lakhdar University - El Oued, No. 1, 2023.

2- Nadia Al-Ashiri, Ijtihad on the issue of women between preserving identity and keeping pace with the times, an article on the women's issue and the role of Ijtihad in Islam, Jusoor, Moroccan Women's Forum, 1999.

e. Encyclopedias and judicial collections:

1- On the authority of Ibrahim Al-Mashahiri in the court of the court of discrimination of Iraq, Personal Status Department, Asaad Press, without a print location, 1989.

2- Collection of Judicial Rulings, vol. 8, no. 1, 1977.

D. Laws:

A-Iraqi Personal Status Law No. 188 of 1959

Third: Linguistic dictionaries:

1- Muhammad bin Abi Bakr Al-Razi, Mukhtar Al-Hah, Dar Al-Radwan, 2005.