جامعة الشهيد حمه لخضر ـ الوادي

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقـوق

عقد الزواج المقترن بالشرط الفاسد بين الفسخ والتصحيح

– دراسة مقارنة –

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص: "الأحوال الشخصية".

إعداد

الطالب: أبو القاسم بن الزين

إشراف

أ.د. إبراهيم رحماني

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
أبوبكر لشهب	أستاذ	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	رئيسا
إبراهيم رحماني	أستاذ	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	مشرفا ومقررا
أبو بكر خلف	أستاذ محاضر "أ"	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	عضوا
خالد تواتي	أستاذ محاضر "أ"	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	عضوا
عمار زعبي	أستاذ مساعد "ب"	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	مدعو

السنة الجامعية: 2014 / 2015.

قال رسول الله ﷺ « أَحَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ تُوفُوا بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ ».

رواه البخاري

وقال ﷺ «كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ في كتابِ الله فَهُوَ باطِلٌ ».

رواه البخاري

إهداء

الى روح والدي الذي عشق العلم وقدس الكتاب..

الى روح أستاذي الشيخ الإمام محمد الغزالي الذي علمنا أن

للعلم روحا لا تسكن كل كتاب ..وأن العلم حياة..

إلى والدتي ..التي لها المنة الأولى..

الى زوجتي التي أمدتني من روحها وجهدها ما بلغني المنى

إلى كنز آمالي الغوالي ..عبد الله ووائل وبهاء وهبة الله ونهى

إلى الساعين الجاهدين لإحياء أمجاد أمة الإسلام..

شكر وعرفان

مقتضى الوفاء شكري أولياء النعمة وأصحاب الأيادي البيضاء في حياتي العلمية والذين لهم البصمات الخالدة في بنائ الفكري ..أساتنتي في كل مراحل العمر ..كل من علمني حرفا أو كلمة أو معنى شريفا..وأخص بالشكر الأستاذ الدكتور ابراهيم رحماني الذي تكرم بالإشراف على هذه الرسالة و كان مفضالا بنصحه وتوجيهه.

ترجمة الملخص

عقد الزواج له أهميته الكبيرة وخصوصيته التشريعية وله بنيته التكوينية من أركان ومقومات وشروط فإذا نشأ صحيحا ترتبت عنه آثاره التي نص عليها التشريع الأسري وإذا اختل نظامه التشريعي فسد أو بطل ولم يرتب أثرا أو التزاما إلا ما كان بسبب الدخول بالزوجة في إطاره ، ولما كان الزواج عقدا رضائيا فإن كل من الزوجين قد يشترط ما يراه مصلحة له ، وتلك الشروط الإرادية منها ما يكون صالحا لازما بالعقد ومنها ما يكون فاسدا يستوجب الإسقاط لمناقضته النظام العام أو مقاصد الزواج ومقتضياته من هنا نجد فساد الشروط مراتب والفقه الإسلامي والتشريعات الأسرية تختلف في تحديد معايير فساد الشروط ونطاقها وكذلك في مدى تأثيرها في عقد الزواج وإفساده ، ويترتب على فساد عقد الزواج حالتين إما وجوب فسخه أو تصحيحه عن طريق انتقاص العقد بإسقاط الشرط ، ومن ثم فنطاق تأثير الشروط الفاسدة يحدد نطاق كل من الفسخ والتصحيح لعقود الزواج المقترنة بها والفقه الإسلامي في هذا يعرف اتجاهات مختلفة انعكست على تشريعات الأحوال الشخصية الجزائرية والعربية.

Le contrat de mariage est d’une grande importance législative particulière ayant une structure formative bien conditionnée visant un acte régulier et qui n’être irrégulier uniquement hors son système législatif.

Et comme le mariage est un contrant consensuel chacun des conjoints impose volontaires ont valide obligatoire du contrat ,y compris ce qui est pourri nécessite projection contredit l’ordre public ou a des fins de mariage et ses exigences d’ici nous trouvons que les conditions de corruption matelas et la jurisprudence islamique et de la législation de la famille diffèrent dans la détermination des normes de conditions de corruption et la portée ainsi que l'ampleur de leur impact dans le contrat de mariage et corrupteur, et de la corruption conséquente du contrat de mariage deux cas, soit must dissolution ou corrigée par dérogation décennie pour tomber l'exigence, puis portée de l'impact des conditions de corruption détermine la portée de l'annulation et de la correction des contrats de mariage associé à la jurisprudence islamique dans ce tendances connues une législation différente réfléchi sur le Code de la famille algérienne et les lois de la famille arabe.

مقدمة

مقدمـــة

الحمد لله الذي انزل بدائعَ تشريعاته على أحسنِ نظام، وخصَّ بفهمها مَن سبق له منه الإحسان والإنعام، ووفَّقه إلى استنباط قواعد الأحكام وهدى إلى العمل بها أهل الإسلام بمباشرة الحلال واجتناب الحرام وأفضل صلاة وأزكى سلام على معلم الخير للأنام وعلى آله وصحبه الكرام.

الزواج أقدم عقد عرفه التاريخ وأكثر عقد تعاملت به البشرية، وأهم العقود رعاية وتعظيما في الشرائع السماوية، وجاء الإسلام فصاغ أحكامه بمقتضى الاهتمام والتفصيل و بحكمة التكريم والتشريف وجعله أقدس ميثاق وأخطر تكليف ونظم روابطه ورتب شرائطه منها أصول محكمة تأبى النقض واجبة الاعتماد ومنها ما فيه حظ للنظر والاجتهاد، وتراث فقهاء الإسلام زاخر بمباحث عقد الزواج ومعالجة مشكلاته تشهد لهم بعمق المدارك.

واليوم لا تزال التشريعات الأسرية محل اهتمام وجدل قانوني واجتماعي وتحوز عناية خاصة من هيئات التشريع في جميع البلاد العربية والأجنبية وذلك لما تمثله الأسرة من خصوصية باعتبارها المكون الأساس للمجتمع والعاكسة لهويته، وربما هذا الذي جعل التشريعات العربية للأسرة وقانون الأسرة الجزائري منها يستند إلى التشريع الإسلامي في استمداد أحكامه وفلسفتها ويحيل عليه فيما سكت عنه، بل نجد المشرع الجزائري ساير الفقه الإسلامي منهجا ومصطلحا ومفهوما مخالفا المعتمد في المناهج القانونية.

ومن هنا فلا مناص لدارس قوانين الأسرة دراسة قانونية من الرجوع إلى مصادر الشريعة الإسلامية ومذاهبها للمقارنة والوقوف على مأخذ المشرع واختياراته.

ولما كانت الأسرة تنشأ بمقتضى عقد زواج صحيح تترتب آثاره في حق الزوجين والغير بمقتضى إرادة المشرع المتجلية في نصوص القانون ، فإنه كثيرا ما تنعقد زيجات مخالفة لنصوص التشريع الأسري، أو تُضِمّن إرادة كل من الزوجين عقد الزواج شروطا إضافية زائدة أو متعارضة ومقتضيات عقد الزواج، مما يعرض هذا الزواج للبطلان والفساد، وهذا ما دعا الباحث إلى اختيار دراسة موضوع "**عقد الزواج المقترن بالشرط الفاسد بين الفسخ والتصحيح** " **دراسة مقارنة.**

أهمية الموضوع :

إن المشرع في تحديده أركان وشروط عقد الزواج يرمي إلى ضمانة العناصر الأساسية المحققة لمقاصد الزواج واستمراريته، ومع ذلك أعطى لسلطان إرادة كل من الزوجين الحرية في اشتراط ما فيه مصلحة لأحدهما أو كليهما ولكنهما قد يشترطان شروطا ترجع بالنقض لمراد المشرع في تشريعاته للأسرة وهنا تظهر الحاجة إلى تحديد الشروط الفاسدة ومعاييرها التي لا يجوز للزوجين اشتراطها في العقد، وتحديد آثارها التشريعية.

كما أن الحياة المعاصرة بتطورها دفعت الناس إلى زيجات جديدة مبنية على اشتراطات في عقد الزواج غير معهودة من قبل كزواج المسيار والزواج السياحي والمصلحي وقد يتم الزواج خارج الرسمية ويستمر ويقع الإنجاب فيكون من المهم تحديد الأنكحة الفاسدة التي

يمكن تصحيحها واستمرارها تشوفا لاستقرار الأسرة، والأنكحة الفاسدة التي تبطل بطلانا مطلقا ويفرق بين الزوجين بمقتضاه.

إشكالية الموضوع : في ظل المواد(19)، (32)،(33) و(35)من قانون الأسرة الجزائري 02/05 نطرح اشكالية بحثنا التالية :ما حقيقة الشروط الفاسدة التي تقترن بعقد الزواج؟ وما هي آثارها عليه من حيث الفساد وهل مقتضاه الفسخ أم التصحيح؟

ويمكن صياغة الإشكاليات الفرعية التالية:

هل يعتبر الزواج المقترن بالشرط الفاسد باطلا أم فاسدا أم هما سواء في منطق التشريع الأسري والفقه الإسلامي؟ وهل يبطل مطلقا قبل الدخول وبعده أو يبطل قبل الدخول ويصحح بعده أو يصحح ابتداء بإسقاط الشرط الفاسد؟ وكيف يصحح الباطل والباطل كالعدم ؟

وهل الشروط الفاسدة سواء لها نفس الأثر في عقد الزواج؟وما المعيار الأساس الذي يجعل شروطا فاسدة توجب البطلان المطلق والفسخ ؟ وشروطا أخرى يمكن تصحيح الزواج معها ؟

أسباب اختيار الموضوع وأهدافه :

لقد اخترت دراسة موضوع الزواج المقترن بالشرط الفاسد كنوع من عقود الزواج الفاسدة للأسباب التالية:

1. لظهور كثير من عقود الزواج في هذا العصر التي تنبني على شروط تخالف مقتضيات عقد الزواج ومقاصد الزواج كزواج المتعة وزواج المسيار وزواج المصلحة...

2 . ان المشرع يتقصد استمرار واستقرار عقد الزواج و الأسرة وهذا يدعونا الى التمييز بين الشروط الفاسدة التي يفسخ بسببها الزواج مطلقا والشروط الفاسدة التي يمكن تصحيح عقد الزواج المقترنة به .

3 . التعارض الظاهري بين المادة (32) و(35) من قانون الأسرة الجزائري 02/05 حيث في المادة 32 جعل عقد الزواج يبطل بالشرط المناقض لمقتضاه، في حين جاءت المادة 35 بصياغة عامة تنص على أن عقد الزواج المقترن بالشرط الذي ينافيه يصحح بإسقاط الشرط.

4 . إن عقد الزواج المقترن بالشرط الفاسد من حيث فساده وتصحيحه لم يحظ بالدراسية الوافيه – حسب إطلاعي – اذ أكثر الدراسات في شروط عقد الزواج استهدفت الشروط الصحيحة وحاولت التمييز بين الشروط الفاسدة من الصحيحة وليس التمييز بين مراتب وأقسام الشروط الفاسدة في حد ذاتها ومن حيث أثرها .

الدراسات السابقة :

لم نظفر بكتب للفقهاء القدامى أفردوا تصنيفها في شروط العقود فضلا عن تخصيصها للشروط الفاسدة، وإن ذُكِرَ **أن** ابا محمد عبد الحميد بن الصائغ المالكي كتب كتابا ضخما في الشروط ، كما يذكر لابن تيمية مخطوط في الشروط الفاسدة لم نقف عليهما.

وفي العصر الحديث كتبت دراسات حول الشروط المقترنة بالعقد سبقت منها:

بحث بعنوان **شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية** ، كوثر كامل علي ، وهي تناولت طبيعة الشروط وركزت على الشروط عامة و التمييز بينها وبين الشروط الصحيحة والفاسدة الجعلية.

كذلك دراسة بعنوان **عقد الزواج والشروط الاتفاقية**، تأليف نشوة العلواني وهي قريبة في منحاها تناولت الشروط التي تنشأ بسلطان الإرادة غير أنها لم تتناول التفريق بين أنواع الشروط الفاسدة من حيث أثرها في العقد.

وهناك مؤلف بعنوان **الشروط الجعلية في عقد الزواج** لنوارة دري، درست شروط كل مذهب على حدة والشروط الواردة في القانون وتعرضت للشروط الفاسدة إجمالا.

ودراسة **الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري**،رسالة ماجستير، ليوسف مسعودي حاول فيها ان يتتبع أنواع الشروط الجعلية غير أنه لم يتناول فكرة تصحيح عقد الزواج إذا فسد بالشرط ولم يفرق بين الشروط الفاسدة من خلال هذا المعيار.

صعوبات البحث :

الأنكحة الفاسدة لها خطرها وضررها وهي من الأبواب العويصة التي تضاربت فيها الاجتهادات والتشريعات وهذه الصعوبة عبرت عنها المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأسرة العربي الموحد بالنص (إن التمييز بين الباطل والفاسد من عقود الزواج كان ولم يزل مدار اضطراب كبير في مباحث الفقه).

وإن المدارس الفقهية لتعرف اختلافات اجتهادية كبيرة في نظرية الشروط المقترنة بالعقد عموما واختلافاتها في شروط عقد الزواج أكبر وأكثر، ومما زاد من صعوبة البحث في هذا الموضوع أن كتب التراث الفقهي لم تفرد في الغالب للنكاح الفاسد وكذلك للشروط أبوابا مخصوصة لها، فيجد الباحث أحكامها مبثوثة في أبواب شتى كباب الخيارات في الزواج مرة أو باب الصداق مثلا، مما يتطلب جهدا ووقتا للوقوف على فروع الموضوع وجزئياته، كما أن تعليلات الأحكام لا يكاد يظفر بها طالبها إلا في الكتب المبسوطة في فقه المذاهب أو كتب القواعد والفروق والنظائر، والخوض فيها من الصعوبة بمكان.

وكذلك التشريعات القانونية ومنها تشريع الأسرة الجزائري لم يصرح بطبيعة الشروط الصحيحة والفاسدة في الزواج لأنه لا يعنى بالتعريفات والتعليلات، مما يدعوا الى تقصي النظرية التي يتبناها المشرع في الشرط المقترن بعقد الزواج وموقفه من الشروط الفاسدة بالخصوص من خلال تتبع واستقراء وتحليل النصوص القانونية ودراستها.

وقد بحثت عن الكتابات في الشروط الفاسدة وعقود الزواج الفاسدة و التي مقتضاها الفسخ مطلقا والتي يمكن تصحيحها فألفيتها قليلة – حسب إطلاعي– فضلا على أن فكرة تصحيح العقود الفاسدة عرفت وكتب فيها في نطاق القانون المدني ولم أجد دراسة تتناولها في إطار عقد الزواج ، وشراح قوانين الأحوال الشخصية يتناولون هذا الموضوع إجمالا في صفحات معدودة فقط، كل ذلك جعل الخوض في هذا البحث مشوقا وعسيرا.

المنهجية المتبعة في البحث :

إن طبيعة الموضوع دعتني إلى اعتماد المنهج الوصفي و المنهج التحليلى بالأساس بمعية المنهج المقارن لمقارنة تشريع الأسرة الجزائري بالتشريعات المغاربية للأسرة والعربية وكذلك مع الشريعة الاسلامية.

ولما كانت طبيعة الفقه القانوني تختلف عن طبيعة الفقه الاسلامي مصطلحا ومفهوما ومنهجا في تناولها لمفردات مسائل الأحوال الشخصية – فالبطلان والفسخ في القانون غيرهما في الفقه الإسلامي– وحتى أن المشرع الجزائري في نصوص قانون الأسرة تأثر وتبنى مفاهيم ومصطلحات ومنهجية الفقه الاسلامي ولم يقتصر على الأحكام فحسب، كل هذا اقتضى مني اعتماد تلك الخطة والمقاربة في البحث مسلكا ومنهجا في دراسة هذا الموضوع وعرض مسائله.

وهذا ما حملني أيضا على جمع شتات بعض جزئيات البحث من مصادر الفقه الإسلامي، لسكوت القوانين وكتب الأحوال الشخصية عن تناولها، وأُورِد منها ما أعتقدها حجة في بابها.

وقد أقدم أحيانا عرض المسألة في الفقه الإسلامي إذا كانت تتعلق بالموضوع ولم أظفر بها مبسوطة في كتب الأحوال الشخصية الحديثة، ثم أعرضها كما وردت في القوانين وعند شرّاحه حتى يتسنى معرفة المذهب والرأي الذي اختاره المشرع.

الخطة التفصيلية المقترحة في البحث :

مقدمـــــة :

المبحث التمهيدي : لمحة عن الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون .

الفصل الأول: عقد الزواج الصحيح وأنواعه.

المبحث الأول:عقد الزواج الصحيح حقيقته ومقوماته.

المطلب الأول :حقيقة عقد الزواج.

المطلب الثاني :مقومات عقد الزواج وشروطه.

المبحث الثاني : عقد الزواج غير الصحيح.

المطلب الأول: مفهوم البطلان والفساد في الشريعة والقانون.

المطلب الثاني :أقسام الزواج غير الصحيح في الشريعة والقانون .

المطلب الثالث: آثار الزواج الباطل والفاسد.

الفصل الثاني : الشروط الفاسدة المقترنة بعقد الزواج وأثرها فيه .

المبحث الأول : الشروط الفاسدة المقترنة بعقد الزواج وأحكامها.

المطلب الأول: حقيقة الشروط المقترنة بالعقد

المطلب الثاني : الشروط المقترنة بالعقد تقييدا .

المطلب الثالث : الشروط الفاسدة والباطلة المقترنة بالعقد تقييدا.

المبحث الثاني : أثر فساد الشرط المقارن في عقد الزواج.

المطلب الأول :فساد عقد الزواج لفساد شرطه

المطلب الثاني: الفسخ كأثر للشرط الفاسد المقارن بالعقد.

المطلب الثالث : تصحيح عقد الزواج المقترن بالشروط الفاسدة

خاتمـــــة:

مبحث تمهيدي

المبحث التمهيدي

لمحة عن الزواج في الشريعة والقانون

الزواج من أخطر العقود في حياة الناس وله من الخصوصية ما يجعله أهم عقد يباشره الشخص لأن موضوعه هو حياته، ولذلك كان لهذا العقد نظامه التشريعي المحكم والمتوازن، وأي اختلال له يخرجه عن المشروعية التي تتولد عنها آثار الزواج.

فما حقيقة الزواج فقها وقانونا؟

هذا السؤال نحاول الإجابة عنه في هذا المبحث.

فعقد الزواج ليس كغيره من العقود فقد تكفل المشرع بتحديد أسسه وطبيعته وآثاره ثم ترك مباشرته لإرادة الأشخاص، وهذا لأن عقد الزواج هو العقد الوحيد الذي ينتج نظاما -كغاية له- هو الأسرة والتي هي بمثابة الوحدة الأساسية في النظام الإجتماعي مما جعل تشريعاته تندرج في إطار النظام العام، ومن وجه آخر هذا العقد يعكس هوية الأمة ويرتبط بدينها، فكانت مصدر تشريعاته في البلاد العربية الشريعة الإسلامية، ومن ثم فدراسة هذا العقد قانونا تحتاج الى المقارنة بما ورد عنه في الفقه الإسلامي.

أولا : تعريف الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون:

أ- تعريف الزواج في اللغة :

يتوارد لفظ النكاح ولفظ الزواج معا على سبيل الترادف في القرآن والسنة وكتب الفقه والتشريعات الأسرية لذا وجب تعريفهما جميعا.

الزواج :

لغة: هو الاقتران والارتباط بين شيئين متماثلين أو متضادين قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ٱحۡشُرُواْ ٱلَّذِينَ ظَلَمُواْ وَأَزۡوَٰجَهُمۡ وَمَا كَانُواْ يَعۡبُدُونَ ٢٢﴾ -(سورة الصافات: 22)

أي قرناءهم، وقيل ما لا يكمل المقصود من الشيء إلا معه والمرأة زوج الرجل لما كان لا يستقل بالنسل إلا معها[1].

ويطلق لفظ الزوج على الصنف قال الراغب الأصفهاني في قوله تَعَالَىٰ:﴿فَأَخۡرَجۡنَا بِهِۦٓ أَزۡوَٰجٗا مِّن نَّبَاتٖ شَتَّىٰ ٥٣﴾ (سورة طه : 53)

أي أنواع متشابهة، وكل واحد من الزوجين يسمى زوجا والاثنان زوجان[2].

[1] – عبد الرؤوف بن المناوي (1032هـ)، التوقيف على مهمات التعريف، تحقيق عبد الحميد صالح حمدان. (ط:1؛القاهرة، عالم الكتب؛1990)، ص189.

[2] – ابو القاسم الحسين بن محمد الراغب الأصفهاني. معجم مفردات القرآن الكريم،تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي. (ط:لا؛ بيروت ،دار الفكر؛2009) ص 162.

النكاح :

لغة: هو الضم والجمع ومنه قولهم تناكحت الأشجار يقول القونوي:(سمي النكاح نكاحا لما فيه من ضم أحد الزوجين إلى الآخر شرعا إما وطئا أو عقدا)[1] .

ويطلق النكاح على العقد كما يطلق على الوطء، ووقع الخلاف في أيهما يطلق حقيقة أو مجازا على ثلاثة أقوال:

الأول أنه حقيقة في العقد مجاز في الوطء قال الراغب الاصفهاني (أصل النكاح للعقد ثم أستعير للجماع ومحال أن يكون الأصل للجماع ثم أستعير للعقد لأن أسماء الجماع كلها كنايات لاستقباحهم ذكره ومحال أن يستعير من لا يقصد فحشا اسم ما يستفظعونه لما يستحسنونه)[2] وإلى هذا ذهب الشافعية[3] والحنابلة[4] .

والثاني حقيقة في الوطء مجاز في العقد والى هذا مال من أئمة اللغة الجوهري والأزهري وأبن سيده[5].

---

[1] – قاسم بن عبد الله القونوي ،أنيس الفقهاء، تحقيق احمد بن عبد الرزاق الكبيسي.(ط:1؛الرياض،دار ابن الجوزي،1426 هـ) ص 154.

2 – الراغب الاصفهاني ، مرجع سابق، ص 382.

3 –ابي المحاسن عبد الواحد بن اسماعيل الروياني؛ بحر المذهب في فروع المذهب الشافعي،تحقيق طارق فتحي السيد.ج9 (ط:1؛بيروت:دار الكتب العلمية،2009)، ص6

4– ابي عبد الله محمد بن احمد ابن قدامة المقدسي ؛ المغني على مختصر الخرقي، تحقيق عبد السلام محمد علي شاهين.(ط:1؛بيروت،دار الكتب العلمية؛1994)، ج6، ص311

5 – ابن منظور، لسان العرب، ج13، (ط:لا؛ القاهرة، دار المعارف،لا:ت) ص 186. ومحمود عبد الرحمن عبد المنعم؛ معجم المصطلحات والالفاظ الفقهية،(لا. ط ؛القاهرة:دار الفضيلة،د.ت)،ص439

والثالث أنه مشترك وهو قول للحنابلة[1] ونصره ابن تيمية[2].

ب-تعريف الزواج في الفقه الإسلامي :

لم يلتفت المتقدمون من فقهاء وأئمة المذاهب الفقهية ومجتهدوهم إلى تعريف النكاح لظهور معناه غير أن متأخريهم لاهتمامهم بالحدود عرفوا الزواج تعاريف متقاربة نذكر منها:

تعريف الحنفية : عقد وضع لتملك المتعة بأنثى قصدا[3] .

تعريف المالكية : عقد على مجرد متعة التلذذ بأدمية غير موجب قيمتها ببينة قبله غير عالم عاقده حرمتها إن حرمها الكتاب على المشهور أو الاجماع على غير المشهور[4].

تعريف الشافعية : عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ نكاح أو تزويج[5] .

وعرفه الحنابلة : بأنه عقد تزويج[6].

---

[1] – ابن قدامة المقدسي؛المغني، المرجع السابق،ج6،ص311.و عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج .(ط:4؛الاردن،دار النفائس،2012)، ص 13.

[2] - ابن تيمية هو تقي الدين أبو العباس أحمد بن الشيخ الإمام شهاب الدين أبي المحاسن عبد الحليم بن الشيخ الإمام شيخ الإسلام مجد الدين أبي البركات (661هـ – 728هـ.) من كبار علماء المذهب الحنبلي من آثاره: (مجموع الفتاوى) و(الجمع بين العقل والنقل) و(منهاج السنة النبوية في نقض الشيعة والقدرية)، من تلاميذه ابن قيم الجوزية وابن كثير والامام الذهبي.(سير أعلام النبلاء ،ج4/ ص491)و(الذيل على طبقات الحنابلة، ج4 ص491)

[3] – ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار،محمد أمين بن عابدين،تحقيق عادل احمد عبد الموجود وعلي محمد معوض. ج4 ،(ط:خاصة؛ الرياض:عالم الكتب2003) ، ص 62.

[4] – ابو عبد الله محمد الانصاري الرصاع، شرح حدود ابن عرفة،تحقيق محمد ابو الاجفان والطاهر المعموري. ج1 (ط:1؛بيروت،دار الغرب الاسلامي؛1993) ص 235.

[5] – شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، تحقيق:محمد خليل عيتاني، ج3،(ط:1؛بيروت،دار المعرفة؛1997)، ص 200.

[6] – ابن قدامة المقدسي ، المغني ، مرجع سابق،،ج6، ص311

ومن خلال تحليل التعاريف السابقة نجد أنها متفقة على أن موضوع الزواج هو تمليك المتعة بامرأة ، هاتان الكلمتان لهما الأثر الكبير في تحديد حقيقة عقد الزواج الفقهية، كما أن تعريف الشافعية غير جامع ولا مانع لأنه وان كان بديهيا أن الوطء شرعا يكون بين رجل وامرأة إلا أن لفظ الوطء مطلقا خاليا من الإضافة يدخل تحته الوطء الشاذ الذي أصبح له طابع رسمي في الغرب واعترفت به المواثيق الدولية[1] ليشمل الزواج الطبيعي وغير الطبيعي[2].

وتعريف الحنابلة علته الدور إذ عرف الشيء بنفسه وفيه قصور وحجتهم أن الزواج معروف لا يحتاج إلى تعريف إلا بأنه عقد.

وتعريف الحنفية أغفل هوية الأنثى إذ من النساء من لا يحل بها الزواج والأنسب تقييد الأنثى بامرأة تحل شرعا.

وتعريف المالكية سليم من حيث الصناعة الفقهية إلا أن تعريفه بالحد جعل المتعة غاية الزواج ومقصده الشرعي وموضوعه وهذا مما تأباه نصوص الشرع منطوقا ومفهوما ، مع تعقيد في العبارة.

[1] – تكرر مصطلح الجندر بمعنى النوع الاجتماعي الذي يؤسس لمفهوم تعدد أشكال الاسرة مائتين وثلاث وثلاثين مرة في وثيقة مؤتمر بكين للمرأة في عام 1995م.وهذا المصطلح يهدف إلى تمرير ما سمته مؤتمرات الأمم المتحدة <التنوع الجنسي >أو <المثلية الجنسية>.انظر : خالد سعد النجار، الجندر Gender معول غربي جديد لهدم الأسرة المسلمة، الكويت؛مجلة الوعي الاسلامي ،العدد:532، سنة 2010/9

[2] – سالم بن عبد الغني الرافعي، الاحوال الشخصية للمسلمين في الغرب.(ط:1؛بيروت،دار ابن حزم؛2002)، ص 20.

وللفقهاء المحدثين تعاريف للزواج متقاربة حيث عرفه محمد مصطفى شلبي[1] (هو عقد يفيد اختصاص الرجل بالتمتع بامرأة لم يمنع مانع شرعي من العقد عليها)[2]،وحيث لم يتخلص من جعل المتعة موضوعا للزواج متتبعا نسق الفقهاء السابقين فإنه تجنب مفهوم التملك للمتعة واستبدله بمفهوم الاختصاص وهو ألطف وأقرب فقها ومعنى وعلل هذا المنحى في تعريف الزواج بقوله: (والفقهاء في تعريفاتهم تلك لم يقصدوا قصر أغراض الزواج على حل التمتع ولأنه لم يشرع إلا لذالك بل أرادوا تمييزه عن غيره من عقود التمليكات الأخرى)[3] وقديما نقد هذا الاتجاه الامام الجويني[4] بقوله:(ومن تأمل حكم الشرع تبين له اندفاع هذا السؤال (هل الزوج مستحق منفعة الزوجة والاستمتاع منها وهي لا تستحق من الزوج مستمتعا) وذلك أن صورة الاستمتاع من الجانبين على وتيرة واحدة وغرض الشرع في إعفاف الرجل بالمرأة كغرضه في إعفاف المرأة بالرجل، وهذا لا ينكره ذو عقل غير أن الشرع لو أثبت لهن حق الطلب لما كان ذلك على موافقة الجبلة فان الرجال لا يواتيهم الإمكان على مطرد الزمان)[5].

---

[1]– محمد مصطفى شلبي:فقيه مصري معاصر توفي 1998 من كتبه تعليل الأحكام وأحكام الأسرة في الاسلام والمدخل للفقه الاسلامي.

[2] – محمد مصطفى شلبي ،أحكام الأسرة .(ط:4؛بيروت، الدار الجامعية؛1983) ، ص 47.

[3] – المرجع السابق ، ص 47

[4] – الامام الجويني أبو المعالي الجويني، الملقب بـ "إمام الحرمين"، 419هـ–478 هـ أحد كبار أئمة الفقه الإسلامي في القرن الخامس الهجري شافعي المذهب برز في الفقه والأصول والكلام من تلاميذه الإمام الغزالي، والكيا الهراسي من مؤلفات الجويني :البرهان في أصول الفقه و نهاية المطلب في دراية المذهب في الفقه و غياث الأمم في التياث الظلم (سير اعلام النبلاء،ج14،ص17).

5 – ابو المعالي الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب. ج12 .(ط:1؛ جدة، دار المنهاج للنشر والتوزيع ؛2007)،ص462

ولفظ التمليك مستعار من العقود المالية و هذا المصطلح في حق الزواج فيه نظر ويمكن تفهم حرص الفقهاء على تعريف الزواج بعنصري المتعة والتمليك باعتبار معيار الموضوعية حيث الاستمتاع بين الزوجين هو المتغير الأساسي بين وضعين قبل وبعد الزواج إذ كان ممنوعا وانقلب بالعقد جائزا وكمعيار مادي يظهر من خلاله أثر العقد الشرعي الصحيح ،وأما الآثار الأخرى فهي قيم معنوية كالمعاشرة والارتباط النفسي والاجتماعي وهي لا تدخل تحت نطاق الفقه والقانون لصعوبة تحديدها وضبطها وإثباتها، ولذلك ظهر إتجاه فقهي يعرف الزواج بغايته ورسمه دون حده منهم محمد أبو زهرة[1] فقد عرفه بأنه (عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات)[2] وهو من أجود التعاريف لأنه عرف الزواج بالرسم والغاية لا بالحد وتجنب لفظ المتعة والوطء الذيْن يحصران حقيقة الزواج في الجانب الجنسي وهو لا يمثل في الحياة الزوجية إلا 3% منها حسب الدراسات النفسية[3]، كما أنه مطعن المستشرقين ونزول بالزواج عن مرتبة التكريم التي حفل بها القرآن الكريم.

ج- تعريف الزواج في قانون الأسرة الجزائري والتشريعات العربية :

رغم أن الأصل في القانون ليس من وظيفته التعريف وإنما هو موكول إلى الفقه إلا أن أغلب القوانين العربية عرفت الزواج، فقانون الأسرة الجزائري يعرفه(الزواج عقد رضائي يتم

[1] – محمد أحمد مصطفى أحمد المعروف بأبى زهرة، (1974 / 1898م) مصري ، من كبار علماء الشريعة الإسلامية والقانون في القرن العشرين من كتبه الملكية، ونظرية العقد، والوقف وأحكامه، والأحوال الشخصية.

[2] – محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية. (ط:2؛القاهرة، دار الفكر العربي؛لا:ت)، ص17.

[3] – كامل علوان الزبيدي وأشواق صبر ناصر؛علم النفس الجنسي.(ط:1؛ الأردن: دار الصفاء ،2014) ، ص224

بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب)[1]، وعرفه المشرع المغربي بأن (الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين طبقا لأحكام هذه المدونة)[2].

وعرفه مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية (الزواج ميثاق شرعي بين رجل وامرأة غايته إنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوج على أسس تكفل لهما تحمل أعبائها بمودة ورحمة)، وعللت المذكرة الإيضاحية ذلك بأنه (عدل القانون عن قول الفقهاء في تعريف الزواج (عقد يفيد ملك المتعة قصدا) وذلك لأن الزوجة هي في الواقع أحد طرفي عقد الزواج وليست مجرد محل للعقد يرد عليها ملك الرجل للاستمتاع ولأن الغاية من الزواج ليست مقصورة على استحلال المتعة الجنسية بل للزواج مقاصد سامية أخرى في بناء المجتمع وتأسيس حياة مشتركة فيها سكينة ومودة وتراحم)[3].

وعرفه القانون اليمني هو(الارتباط بين الزوجين بميثاق شرعي تحل به المرأة للرجل شرعا وينشئان معا أسرة قوامها حسن العشرة)[4] .

وأما المشرع المصري فلم يتطرق إلى تعريفه، ونلاحظ ميزات لهذه التعريفات القانونية:

[1]– المادة 2، قانون الاسرة 02/05

[2]– المادة (2) من مدونة الأسرة المغربية الصادرة في 2010م.

[3]– مشروع قانون الاحوال الشخصية الموحد ،(ط:1؛دمشق ،دار القلم؛1996)، ص 46.

[4]– قانون الأسرة اليمني، الصادر في 2010

1- أنها استبعدت ما شاع في تعريفات الفقهاء من أن الزوجة محل استمتاع والدوران حول المتعة وملكيتها كموضوع أساسي للزواج.

2- أنها أشارت إلى الزواج كعقد وأغفلت تحديد موضوعه وآثاره الشرعية.

3-عرفت الزواج بالغاية منه وهي تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعريف بالغايات تعوزه الدقة العلمية[1].

4- تعريف قانون الأسرة الجزائري ورد فيه إن الزواج عقد والمدونة المغربية أشارت إلى أنه عقد ورابطة وذلك أن الزواج كما يطلق على العقد يطلق على الرابطة الاجتماعية الشرعية التي تنتج عنه بين الرجل والمرأة.

5- وتعريف قانون الأسرة الجزائري حين ذكر أهداف الزواج بدأها بأداة التبعيض (من) بحيث تبقى القائمة مفتوحة ، وحقيقة إن أهدافه تتجاوز ما ذكر إلا أن الصناعة الفقهية في صياغة التعاريف تأبى إلا أن يكون التعريف جامعا مانعا .

6- أن المدونة المغربية أشارت الى ديمومة الزواج بلفظي(الدوام) وكلمة(المستقرة) وهما متقاربان في المعنى والإكتفاء بواحدة كافية في الدلالة .

ولعل المقاربة في هذا الأمر وملاحظة حسنات تعريفات الفقهاء وتعريفات القوانين العربية للزواج تجعلنا نقترح التعريف الآتي :الزواج رابطة اختصاص واقتران شرعية اجتماعية دائمة بين رجل وامرأة بمقتضى عقد يحل لهما العيش المشترك والاستمتاع ويرتب التزامات على كل منهما نحو الآخر لبناء أسرة أساسها المودة والرحمة).

[1] – محمد ابوزهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره.(ط:لا، القاهرة،دار الفكر العربي؛لا:ت)،ص44.

ثانيا: مشروعية الزواج في الإسلام.

الزواج أقرته جميع الشرائع السماوية والوضعية واحتفى به الإسلام وجاءت كثير من نصوص الوحي قرآنا وسنة مفصلة لأحكامه ولم تكتف بإيراد قواعد تشريعية عامة كشأنها في مجال المعاملات المالية وذلك لأن الزواج نظام تشريعي يتعدى أثره إلى المجتمع والأمة ويمتاز بالثبات في مصالحه وموجباته المرعية ولا تتأثر أصوله بالتغير والتطور ، ومشروعيته وردت في القرآن والسنة صريحة من دلائلها :

أ- مشروعية الزواج من القرآن الكريم:

القرآن الكريم تناول موضوع الزواج في أكثر من سبعين آية بتفصيل وتدقيق محكمين وورد ذكر كلمة النكاح وحدها ثلاثا وعشرين مرة في تسعة عشر آية من ذلك.

1- قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا﴾(سورة الروم:21)

2- قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا۟ فِى ٱلْيَتَٰمَىٰ فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ (سورة النساء :3)

3- قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ ۚ﴾ (سورة النور : 32)

4- قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِّن قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَٰجًا وَذُرِّيَّةً ۚ﴾(سورة الرعد: 38)

5- قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ ﴾ (النساء: 24)، ولفظ (أحل) من ألفاظ الإباحة.

وتعرض القرآن لتفصيل أحكام الزواج في كثير من الآيات منها:

1- قوله تَعَالَىٰ:﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ۗ ﴾ (سورة البقرة:228.)

2- وَقَالَ تَعَالَىٰ:﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ﴾(سورة الطلاق: 7)

ب - **مشروعية الزواج في السنة :**

1- حديث عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ قَالَ: (خَرَجْنَا مَعَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَنَحْنُ شَبَابٌ لَا نَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ فَقَالَ: يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ عَلَيْكُمْ بِالْبَاءَةِ فَإِنَّهُ أَغَضُّ لِلْبَصَرِ وَأَحْصَنُ لِلْفَرْجِ فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ الْبَاءَةَ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ فَإِنَّ الصَّوْمَ لَهُ وِجَاءٌ)[1].

وقصر الأمر على الشباب دليل على إنتفاء وجوبه[2] .

2- حديث أَنَسٍ رضي الله عنه (أَنَّ نَفَرًا مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سَأَلُوا أَزْوَاجَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ عَمَلِهِ فِي السِّرِّ فَقَالَ بَعْضُهُمْ:لَا أَتَزَوَّجُ النِّسَاءَ وَقَالَ بَعْضُهُمْ: لَا آكُلُ اللَّحْمَ وَقَالَ بَعْضُهُمْ: لَا أَنَامُ عَلَى فِرَاشٍ فَحَمِدَ اللَّهَ وَأَثْنَى عَلَيْهِ

1- مسلم كتاب النكاح، باب استحباب النكاح رقم 794 ،وسنن الترمذي ، تحقيق احمد شاكر ، باب ما جاء في فضل التزويج ،ج3،ص383، رقم1081

2 عبد الوهاب بن نصر البغدادي القاضي ؛الإشراف على نكت مسائل الخلاف،تحقيق الحبيب بن طاهر ،ج2.(ط:1؛ بيروت : دار ابن حزم،1999)، ص685

فَقَالَ: مَا بَالُ أَقْوَامٍ قَالُوا كَذَا وَكَذَا لَكِنِّي أُصَلِّي وَأَنَامُ وَأَصُومُ وَأُفْطِرُ وَأَتَزَوَّجُ النِّسَاءَ فَمَنْ رَغِبَ عَنْ سُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي)[1] .

3- حديث مَعْقِلِ بْنِ يَسَارٍ قَالَ (جَاءَ رَجُلٌ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ: إِنِّي أَصَبْتُ امْرَأَةً ذَاتَ حَسَبٍ وَجَمَالٍ وَإِنَّهَا لَا تَلِدُ أَفَأَتَزَوَّجُهَا قَالَ لَا ثُمَّ أَتَاهُ الثَّانِيَةَ فَنَهَاهُ ثُمَّ أَتَاهُ الثَّالِثَةَ فَقَالَ تَزَوَّجُوا الْوَدُودَ الْوَلُودَ فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمْ الْأُمَمَ)[2] .

4- حديث أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ قَالَ: (كَانَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَأْمُرُ بِالْبَاءَةِ وَيَنْهَى عَنْ التَّبَتُّلِ نَهْيًا شَدِيدًا وَيَقُولُ تَزَوَّجُوا الْوَدُودَ الْوَلُودَ إِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمْ الْأَنْبِيَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ)[3]، قال ابن قدامة المقدسي معلقا على هذا الحديث:(وهذا حث على النكاح شديد ووعيد على تركه يقربه الى الوجوب والتخلي عنه إلى التحريم)[4] .

ثالثا:أهمية عقد الزواج.

الزواج أول عقد عرفته البشرية قبل النزول إلى الأرض قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ وَقُلْنَا يَٰٓـَٔادَمُ ٱسْكُنْ أَنتَ وَزَوْجُكَ ٱلْجَنَّةَ وَكُلَا مِنْهَا رَغَدًا حَيْثُ ﴾ البقرة: 35 ، وأكثر العقود انتشارا بين الناس في دنياهم ، يقبل عليه من أمكنته الاستطاعة، ومن عجز عنه فهو لا شك فكر فيه،وهو عقد يشغل زمان عمر المرء كله وعليه مدار سعادته وتعاسته في هذه الدنيا، يقبل عليه السادة والوضعاء، والملوك والرعاع، والعلماء والجهلة على السواء، مما يجعله عقد فوق العقود وأهمها على الإطلاق لعموم أثره وعظيم خطره،وشدة حاجة الناس إليه فقها وممارسة.

1 – والبخاري،باب النكاح،ج7،ص2، رقم 5063و مسلم، كتاب النكاح،ج2،ص 2010رقم 1401

2 – رواه ابو داوود، باب النهي عن تزوج من لا تلد،ج2،ص220، رقم2050

3 –السيوطي ، الجامع الصغير،تحقيق محمد بن علي جيلاني،(لا:ط؛القاهرة : المكتبة التوفيقية،د.ت)،ص245 رقم 3287 ؛ ومسند ،احمد،ج20،ص63، رقم:12613

4 ابن قدامة المقدسي؛ مرجع سابق ، ج6، ص 313.

وإن ما جاء من أحكام تفصيلية لشأن الزواج في الإسلام وما أحيطت به تلك الأحكام من تشديد فارق به بقية العقود في نظمها التشريعية، ليعكس خطورة هذا العقد وعظيم أثره، إذ تتولد عنه الأسر وهي مؤسسات حافظة للكيان الاجتماعي من جهة ومحاضن تكوينية للإنسان من جهة أخرى، ومن هذا الزواج تمتد أواصر اجتماعية من علاقات النسب والمصاهرة، لتتكون بعدها آصرة العشيرة و من ورائها القبيلة.

فلا جرم بعد ذلك أن يكون الزواج في الإسلام شأنا اجتماعيا لا شأنا شخصيا، حيث يتأسس بحضور ومباركة المجتمع من خلال موافقة وإشراف الأولياء وحضور الشهود وإعلانه بين الناس، ولا يستبد به الزوجان دون الأهلون وخفية عن الناس، شأن الزواج ومفهومه في الغرب، ثم عند حدوث الزلازل الأسرية والمشكلات وإرادة إنهاء الزواج نجد الشريعة الاسلامية تجعل المجتمع متمثلا في الأهل شريكا في الأمر وعليه مسؤولية كاملة بإيفاد حكما من أهلها و حكما من أهله ينظروا ويشاركوا في القرار[1].

ومن دلائل أهمية عقد الزواج خصائص نظامه التشريعي، حيث خالف في طبيعته جميع العقود الأخرى إذ عظم فيه حق الله فجاءت كثير من أحكامه آمرة لا خيرة فيها إلا من حيث الإقدام على العقد أو الامتناع عنه.

[1] –عبد المجيد النجار ؛ مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة ،(ط:1؛بيروت:دار الغرب الاسلامي،2006) ، ص161– 165

وامتاز عن غيره بأحكام مشددة، وكما قال القرافي[1] (قاعدة الشرع أن الشيء إذا عظم قدره شدد فيه الشارع وكثرت شروطه .. كذلك النكاح عظيم الخطر جليل المقدار لأنه سبب بقاء النوع الإنساني وسبب الغفاف الحاسم لمادة الفساد واختلاط الأنساب، وسبب المودة والمواصلة والسكون، وغير ذلك من المصالح،فلذلك شدد الشرع فيه فاشترط الصداق والشهادة والولي وخصوص الألفاظ دون البيع)[2].

رابعا: المقاصد الشرعية للزواج.

لم تجتمع دواعي العقل والشرع والطبع في حكم من أحكام الشرع مثل ما اتفق في النكاح يقول محمد الطاهر بن عاشور[3](لم تزل الشرائع تعنى بضبط أصل نظام تكوين العائلة الذي هو اقتران الرجل بالمرأة المعبر عنه بالزواج أو النكاح ،فانه أصل تكوين النسل وتفريع القرابة بفروعها وأصولها)[4] .

ولما كانت مقاصد الشريعة مراتب من حيث الأهمية والعموم فمنها الضروريات ودونها الحاجيات وأدناها الكماليات، فقد تنازع الفقهاء في عد الزواج من الضروريات أم من الحاجيات، والمالكية يعبرون عن هذا: هل النكاح من باب الأقوات أم من باب التفكه؟.

---

[1] – هو شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي المصري، (ت684) هـ فقيه أصولي رمن شيوخه العز بن عبد السلام وابن الحاجب، ومن مصنفاته الذخيرة في الفقه والتنقيح في الاصول و نفائس الأصول في شرح المحصول والفروق.(شجرة النور الزكية،ص188).

2 – شهاب الدين القرافي،الفروق.ج3 (لا.ط؛بيروت:عالم الكتب،د.ت)، ص143، الفرق 157

[3] – محمد الطاهر بن عاشور (1879م –1973) عالم وفقيه تونسي، من علماء الزيتونة تولى الإفتاء ثم اختير لمنصب شيخ الإسلام المالكي، من كتبه التحرير والتنوير في تفسير القرآن و مقاصد الشريعة الإسلامية.

[4] – محمد الطاهر بن عاشور ؛ مقاصد الشريعة، تحقيق محمد الطاهر الميساوي(ط:2؛ دار النفائس؛2001). ص 430.

يقول عبد الله بن بيه[1] (فالذي نختاره أن النكاح في مرتبة الضروري لمحتاجه احتياجا شديدا وقد يكون في مرتبة الحاجي للمحتاج الذي يخاف العنت)[2] ، والشاطبي[3] من قبل قرر أن من التشريعات ما يكون حاجيا بالجزء في حق الفرد وهو ضروري بالكل في حق الكافة.

كما أن الزواج في نظر الفقهاء تنازعه معنى العبادة ومعنى العادات فله شبه بالأولى وانتماء للثانية يقول ابن القيم[4] (عقد النكاح يشبه العبادات في نفسه بل هو مقدم على نفلها ولهذا يستحب عقده في المساجد)[5] ، وعلى الجملة فمقاصد الزواج التشريعية نوعان أصلية وتبعية :

أ – **المقاصد الأصلية للزواج:** وهي مقاصد الشارع من تشريعه يلحظ فيها حظ الأمة (حق الله) دون التفات إلى نيات ومقاصد الزوجين منها :

[1] – هو الشيخ عبد الله بن المحفوظ بن بية ، ولد سنة 1935 م موريتاني ،النائب السابق لرئيس الاتحاد العالمي للعلماء المسلمين ، تولى عدة وزارات، من مؤلفاته مشاهد من المقاصد، صناعة الفتوى وفقه الأقليات.

[2] – عبد الله بن بيه ، مشاهد من المقاصد. (ط:1؛الرياض ،دار وجوه للنشر والتوزيع، 2010) ، ص90.

[3] – هو أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي المالكي،من علماء الأندلس (ت 790هـ) من أبرز شيوخه أبو سعيد بن لب، أبو عبد الله المقري، الشريف التلمساني من مصنفاته الموافقات والاعتصام. .(شجرة النور الزكية ص231).

[4]– أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الزُّرعي ثم الدمشقي الحنبلي الشهير بشمس الدين، وابن قيّم الجوزية (691-751)هـ من علماء المسلمين في القرن الثامن الهجري تتلمذ على يد ابن تيمية الدمشقي ولازمه قرابة 16 عاما وتأثر به وتلاميذه منهم الإمام الحافظ ابن كثير الإمام ابن رجب الحنبلي الإمام الحافظ الذهبي و الفيروز آبادي من كتبه إعلام الموقعين ،وزاد المعاد في هدي خير العباد

[5] - ابن القيم الجوزية؛ إعلام الموقعين، تحقيق بشير محمد عيون .(ط:1؛ دمشق ،مكتبة دار البيان؛2000)ج1، ص 121.

1- حفظ النوع الإنساني بالتناسل:[1] وهو مقصد معدود عند فقهاء الإسلام من الكليات الضروريات الخمس التي دارت عليها جميع أحكام الشريعة بل يتقدم في الرتبة على المال يقول ابن عاشور (فهذا المعنى – حفظ النسل- لا شبهة في عده من الكليات لأنه يعادل حفظ النفوس فيجب أن تحفظ الأمة من الإختصاء مثلا وترك مباشرة النساء باطراد العزوبة ونحو ذلك)[2]، فالزواج هو الوسيلة الوحيدة لتحقق هذا المقصد ومن ثم يأخذ حكمه.

2-حفظ النظام العام للمجتمع من خلال تماسك النسيج الاجتماعي ونظامه ولهذا عد العلماء حفظ النسب من الضروريات واستشكل ذلك بعضهم لتوارد النسب والنسل في مرتبة واحدة وهما مختلفان، فحفظ انتساب النسل إلى أصله لا يكون إلا بالزواج ولأجل ذلك شرعت قواعد الأنكحة وحرم الزنا وفوات حفظه يؤدي إلى انخرام العائلة واضطراب نظام المجتمع.

3-إنشاء نظام العائلة: العائلة من النظام العام للمجتمع وهي مكونه الأساسي وتتولد مباشرة من الزواج الصحيح المستقر باعتباره أصلها ومنشؤها[3] وفق مبادئ المودة والرحمة والإحسان وهذا المقصد ظاهر الاعتبار في تعاريف الزواج الواردة في قانون الأسرة الجزائري ومدونة الأسرة المغربية وغيرها من تشريعات الأسرة العربية.

1 –احمد محمود قعدان؛ مقاصد الشريعة الاسلامية وعلاقتها بأحكام فقه الأسرة .(ط:1؛عمان ، الاردن: دارالنفائس، 2014)،ص72.

[2] – الطاهر بن عاشور؛ مقاصد الشريعة،مرجع سابق، ص 268.

3 – المرجع السابق، ص 434

4-تنظيم العلاقة بين الجنسين:فحرصت الشريعة على حصر العلاقة بين الجنسين في صورة واحدة منظمة هي صورة الزواج حتى لا يترك الأمر الى الإباحية التي تتولد عنها الفوضى الإجتماعية، ولهذا الغرض أباح الله تعدد الزوجات فضلا عن الزواج بواحدة وأمر بالحجاب وحرم الزنا والشذوذ والخلوة[1].

ب-المقاصد التكميلية لمقاصد الزواج الأصلية: وهي مقاصد أحكامه التشريعية العامة والخادمة في جملتها للمقاصد الأصلية يقول الطاهر بن عاشور(وقد استقريت ما يستخلص منه مقصد الشريعة في أحكام النكاح الأساسية والتفريعية فوجدته يرجع الى أصلين: الأصل الأول اتضاح مخالفة صورة عقد النكاح لبقية صور ما يتفق في اقتران الرجل بالمرأة، الأصل الثاني أن لا يكون مدخولا فيه على التوقيت والتأجيل)[2]ومما يدخل تحت الأصل الأول تشريع الولي والشهادة والمهر في الزواج.

ج - المقاصد التبعية للزواج: يقول الشاطبي (وأما المقاصد التابعة فهي التي روعي فيها حظ المكلف فمن جهتها يحصل له ما جبل عليه من الشهوات والاستمتاع بالمباحات)[3] وقد ورد في السنة ما يشهد لهذا في قول النبي ﷺ: « تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لِأَرْبَعٍ لِمَالِهَا وَلِحَسَبِهَا وَلِجَمَالِهَا وَلِدِينِهَا فَاظْفَرْ بِذَاتِ الدِّينِ تَرِبَتْ يَدَاكَ»[4] ففيه تقرير لمقاصد الخلق من الزواج دون

1 جمال الدين عطية؛ نحو تفعيل مقاصد الشريعة.(ط : معادة؛ دمشق: دار الفكر،2003)،ص149

[2] – الطاهر بن عاشور؛ مرجع سابق.ص435

[3] – ابو اسحاق ابراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات، ج2،(ط:لا، بيروت، دار الكتب العلمية؛ت:لا) ص203.

[4] –البخاري ؛ كتاب النكاح ،باب الاكفاء في الدين،ج7،ص7، رقم5090

إنكار من النبي لها[1]، وقد كان قصد العاقد وغرضه له أكبر الأثر في نظر الفقه الإسلامي فرتبوا على ذلك أحكاما أو كما أشار ابن القيم من أن القصود في العقود معتبرة ومؤثرة في صحة العقد وفساده وحله وحرمته[2] ولهذا كانت الشروط المشترطة من العاقدين في الزواج تحمل في طياتها مقاصدهم منه أو ما يسمى السبب في القانون أو الباعث في المصطلح الشرعي، فما كان منها موافقا لقصد الشارع في الجملة صححه العلماء وما ناقضه ردوه ومن ذلك على التفصيل :

1- الإحصان والعفاف والاستمتاع : جاء في تعليل النبي ﷺ لطلب الزواج فيما سبق ذكره بأنه أغض للبصر وأحصن للفرج ولهذا أشير للبلوغ بلفظ النكاح في القران قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ﴾ (النساء: 6) لأنه سن الحاجة للنكاح والتوقان إليه، ولا يعتبر انتقاد لفظ التمتع في تعاريف الفقهاء إنكارا لهذا المقصد بالجملة وإنما ذلك لإنكار العلماء أن تكون المتعة هي المقصود الأصلي من تشريع الزواج والولد لازم منها وقد نبه الامام السرخسي[3] لهذا بقوله (وليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة وإنما المقصود ما بيناه من أسباب المصلحة ولكن الله علق به قضاء الشهوة ليرغب فيه المطيع والعاصي)[4].

---

[1] – شاه ولي الله بن عبد الرحيم الدهلوي؛ حجة الله البالغة،تحقيق محمد شريف سكر.ج2 (ط:2؛بيروت:دار إحياء العلوم،1992)،ص328

[2] – ابن القيم الجوزية؛ اعلام الموقعين ، مرجع سابق، ج2، ص 115.

[3] – شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السَّرَخْسِي نسبة إلى سَرَخْس بخرسان (ت 490 .هـ) فقيه طوسي إيران ألقي به في السجن سنة 466هـ وفيهأملى المبسوط في الفقه15 مجلدا من خاطره و شرح السير الكبير للشيباني.(الفوائد البهية في تراجم الحنفية،ص158)

[4] – شمس الأئمة السرخسي؛ المبسوط ، مرجع سابق، ج4، ص 194.

2- الأنس الروحي والمودة والرحمة : إن الإيلاف والمحبة بين الزوجين هي المعبر عنها في القرآن بالسكن وعداه بلفظ (إليها) وليس(فيها) تنبيها لهذا المعنى وهو ملحوظ عند الفقهاء حيث يقول القرافي (مقصود الزوجية التراكن والود والإحسان من الطرفين)[1].

3- التعاون الاجتماعي في ظل العيش المشترك[2]: وهذا مقصد ظاهر من توزيع الشارع التزامات عقد الزواج بين الزوجين أو ما يسمى الحقوق الزوجية فحق النفقة للمرأة بجميع صورها على الرجل يقابلها عند الفقهاء حق الرجل في قرار المرأة في البيت خدمة لأسرتها.

خامسا: خصائص الزواج في الشريعة الاسلامية.

الزواج كرابطة تعاقدية لها بعدها الاجتماعي والقانوني ولها قدسيتها ومكانتها وأثرها الجليل في المجتمع والتعبير عن هويته فهي ذات خصوصية حاول الفقهاء إبرازها في تعريفاتهم وذلك لا يغني عن ذكرها في النقاط التالية [3]:

1- للزواج نظام تشريعي وحيد بأصوله القطعية التي جاءت في الشريعة الاسلامية لا تملك الأمة إلغاءه أو استبداله بغيره وان كانت تملك الخيار والاجتهاد في جزئياته الاجتهادية حيث جاءت الأحوال الشخصية في شريعتنا مفصلة الأحكام لأن معظمها مبني على مصلحة ثابتة لا تتغير .

[1] – شهاب الدين القرافي؛ الذخيرة.ج4 (ط:1؛بيروت،دار الغرب الإسلامي ، 1994)، ،ص11.

[2] - عطية صقر؛ موسوعة الأسرة.ج1(ط:2؛ القاهرة،مكتبة وهبة؛2003)، ص123

[3] – محمد كمال الدين إمام؛ الأحوال الشخصية للمسلمين، (ط:لاح الإسكندرية ، دار المطبوعات الجامعية؛ 2013) ص 91-93.

2- يتدخل المشرع بشكل كبير في ترتيب آثار عقد الزواج بقواعد آمرة من نسب وحرمة مصاهرة والحقوق الزوجية باعتبار الزواج من وجه هو عقد ومن الوجه الثاني مؤداه هو من النظام العام حيث تتشكل الأسرة منه والتي هي الخلية الأولى للمجتمع.

3-الزواج حق طبيعي محمي من الحقوق اللصيقة بالشخصية وكل تقييد أو منع لهذا الحق يعتبر غير مشروع كاشتراط عدم الزواج في عقود العمل.

4- الزواج قائم على مبدأ اختصاص الرجل بالمرأة والمرأة بالرجل واختصاص الرجل بالمرأة أكبر حيث يجوز له التزوج بغيرها معها في حالات استثنائية ولا يجوز لها مثل ذلك.

5-الزواج في الإسلام قائم على اختلاف جنس طرفي عقده على التحقيق حيث لا يتصور في الإسلام الزواج المثلي ولا ينعقد زواج الخنثى[1].

سادسا: التكييف الشرعي والقانوني للزواج.

من المقرر ان التصرفات في النظر القانوني ثلاثية القسمة فإما ممنوعة أو ملزمة بحكم القانون وفق قواعد قانونية آمرة أو هي تصرفات ترجع إلى سلطان الإرادة فتدخل تحت حكم الجواز قانونا، وأما في الفقه الإسلامي فتكييف التصرفات يخضع للتقسيم الخماسي الذي لا نظير له في القانون من وجوب وندب وكراهة وتحريم وإباحة .

[1] – بلحاج العربي؛ احكام الزوجية وآثارها.(ط:لا؛الجزائر،دار هومة؛1013) ص 90.

فالحكم الأصلي للزواج[1]: وهو الذي يتناول جنس الفعل مطلقا وتقابله في الزواج حالة الاعتدال في الأشخاص حيث لا خشية من الانحراف والزنا ولا من ظلم الزوجة عند إقدامه على الزواج مع رغبة عادية ففيه ثلاثة آراء.

– الرأي الأول: الزواج سنة مؤكدة ومندوب إليه شرعا وهو قول الجمهور من المالكية والحنفية والحنابلة [2]حجتهم أن الرسول ﷺ جعل بدله للعاجز عنه الصوم نافلة والبدل يأخذ حكم المبدل منه واحتجوا بأنه من الأعمال العادية والمصلحة الشرعية فيه تعود على الزوج والزوجة وعليه أنيط بإرادتهما ولما كان فيه معنى القربة لكثرة ما ورد فيه من أحاديث تفيد الثواب عليه، ولأن له عائد بالصلاح على الأمة رفع حكمه إلى الندب[3] .

الرأي الثاني: أنه مباح وهو قول الشافعية[4]، وحجتهم ورود ذكره في القرآن بصيغة الإباحة (أحل لكم)في سورة النساء (الآية24)، وقياسا على البيع الذي هو منوط بالمشيئة.

الرأي الثالث: وهو أن الزواج واجب وهو رأي ابن حزم ونصره بأن الزنا محرم والامتناع عنه واجب ومالا يتم الواجب إلا به فهو واجب كوجوبه[5] .

1 – محمد كمال الدين إمام؛ مرجع سابق ، ص 54–56.

2– محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي؛حاشية السوقي على الشرح الكبير.ج3،(ط:1؛بيروت: دار الكتب العلمية؛1996)، ص4. ومحمد أمين بن عابدين؛ رد المحتار على الدر المختار، تحقيق: عادل علي عبد الوجود والشيخ علي محمد معوض.ج4، (ط:خاصة؛ الرياض: دارعالم الكتب،2003)ص65، وابن قدامة المقدسي؛ المغني، مرجع سابق،ج7، ص312

3 – عمر الأشقر؛ أحكام الزواج، مرجع سابق.ص 28

4 –الروياني؛ بحر المذهب،مرجع سابق.ج9، ص29

5 – ابن حزم؛ المحلى،.ج9،ص3

والرأي الراجح المختار هو قول الجمهور لأنه دائر بين تحقيق مصلحة شخصية وقربة شرعية ووجوب الامتناع عن الزنا المحرم ولأن داعية الطبع تغني عن الإيجاب الشرعي[1].

ومن وجه آخر فإن حكم الزواج بالنسبة للشخص يختلف بحسب حاله :

فيكون حراما إذا لزم عنه إضرار بالزوجة كعجزه عن الإنفاق أو لعجز جنسي إلا أن تعلم بذلك وترضى ،أو يتحقق من وقوع الظلم منه عليها، ويكون مكروها إذا خشي العنت وليست له رغبة في النساء.

ويكون واجبا إذا تأكد أن عدم الزواج يؤدي به إلى الحرام والإجرام ، فيتحتم عليه الزواج ولو بالإستدانة ، وقد يكون مباحا إذا كان لا يرجوا نسلا ولا يخاف عنتا ، ولا تدعوه إليه حاجة،كالشيخ الكبير والعنين[2].

والرجل والمرأة سواء في هذه الأحكام[3].

1- تاج الدين السبكي، الأشباه والنظائر،تحقيق عادا أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض.(ط:1؛بيروت:دار الكتب العلمية،1991)،ص367

2 – عبد الكريم زيدان ؛المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم،ج6.(ط:1؛بيروت:مؤسسة الرسالة،1993)،ص14-20

3 – الامام خليل بن إسحاق؛ التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب،ج3.حققه،احمد بن عبد الكريم نجيب.(ط:1؛ مركز نجيبويه للمخطوطات، د.ت)،ص 505

سابعا : الطبيعة القانونية للزواج.

اختلف فقهاء القانون في تحديد طبيعة الزواج هل هو نظام قانوني فلا يملك الزوجان إلا الانخراط والدخول فيه ثم يخضعان لقواعد هذا النظام أو هو عقد ينشأ بمقتضى سلطان الإرادة ويملك الزوجان أن يتفقا أو يشترطا فيه ما يرون في مصلحة [1].

فأنصار النظرية العقدية يعتبرون الزواج عقدا ينشأ بتلاقي إرادة كل من الزوج والزوجة، والمعهود في العقد أن آثاره تحددها إرادة المتعاقدين وكذلك الشأن في الزواج حيث يحدد الزوجان المهر والنفقة ولهم الحق في ترتيب التزامات إضافية باشتراطاتهما، وانتقدت هذه النظرية بأن العقد في مفهومه القانوني هو اتفاق في نطاق القانون الخاص وفي نطاق المعاملات المالية والزواج اتفاق غير مالي، كما أن الزواج في التشريعات العربية وحتى في التشريع الفرنسي تحدده قواعد قانونية آمرة ونصوص قانونية ملزمة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها وأطراف الزواج يقبلوا بها ويتم الزواج أو يرفضوها فينعدم الزواج فليس للأزواج كبير حرية في تعديل أثار الزواج المنصوص عليها في التشريع[2].

وقد حسم القانون الجزائري والقوانين العربية للأحوال الشخصية وحتى القانون الفرنسي الصادر في 1791 الأمر باعتبار الزواج عقدا، وإن كان محل العقد فيه غير مالي فإن من آثاره ما هو مالي.

1 – محمد كمال الدين إمام؛ الاحوال الشخصية للمسلمين، مرجع سابق، ص 99–103.

2 – زبير مصطفى حسين؛ الطبيعة القانونية لعقد الزواج.(لا.ط؛ القاهرة: دار الكتب القانونية ،2012)،ص257

نظرية الزواج نظام القانوني: من الفقهاء من يعتبر الزواج نظاما قانونيا يستهدف إنشاء جماعة هي الأسرة وعقد الزواج بمثابة الاتفاق على الانضمام إلى هذا النظام وذلك أن الانخراط في نظام قانوني يتوقف على اتجاه الإرادة والقبول بقواعد التنظيم دون مناقشة وهذا ما يفعله الزوجان إذ لا سلطان لإرادتهما في تحديد آثار الزواج وإنما تولى المشرع تحديد موضوعه وآثاره بنفسه وجعل غالب تشريعات الزواج ملزمة بمجرد انعقاده[1]، وانتقدت هذه النظرية بأن النظام يكفي فيه أن يعلن كل من الزوجين الانضمام له منفردا وهذا لا يصح مع الزواج كما أن للزوجين حق تعديل بعض آثار الزواج بالشروط الإرادية الجعلية[2] .

النظرية المختلطة: وهو اتجاه يرى ضرورة الأخذ بجانب من النظريتين معا بحيث تتكاملان فمن ناحية يقوم الزواج على عقد بين طرفين وفرق بين الزواج كعقد والأسرة كنظام فيترتب الثاني عن الأول ويتداخلان في أحكامهما ولهذا كثير من أحكام قوانين الأسرة قواعد آمرة لتعلقها بالنسب أو المصاهرة أو التوريث أو العدة وكلها من النظام العام وفي نفس الوقت يُحتكم إلى سلطان الإرادة في إنشاء العقد وحق اشتراط ما فيه مصلحة فجاء الزواج عقدا رضائيا في التشريعات العربية[3].

وبالعودة إلى الفقه الإسلامي نجد الاتفاق منعقد على أن الزواج عقد يخضع لسلطان الإرادة في إنشائه ولكن لا تحكمه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين بإطلاق كما هو مقرر

---

[1] – المرجع السابق ،ص260

[2] – المرجع نفسه ،ص257

[3] – الرشيد بن شويخ، دروس في النظرية العامة للالتزام.(ط:1؛الجزائر،الدر الخلدونية،2008) ص 16.
وبلحاج العربي ،احكام الزوجية،مرجع سابق، ص236–139

معناها لدى فقهاء القانون لأن الشريعة الإسلامية تنفرد بتحديد موضوعات العقود وآثارها الأساسية غير أن الزواج في الإسلام له طبيعته الخاصة، فالاتجاه الفقهي الذي ألحق الزواج بالعبادات اقترب من مفهوم النظام العام السابق الذكر في صياغة رؤيته للزواج، ومن ألحق الزواج بالعادات جاءت اجتهاداته فيها فسحة لسلطان الإرادة في إطار النظرية العقدية.

فضلا على أن المفهوم الأصولي للعقد يحمل صفتين إذ هو حكم تكليفي باعتبار إنشائه منوط بالإرادة وهو حكم وضعي باعتباره سببا شرعيا لنشوء رابطة الأسرة وما تعلق بها من أحكام، وبذلك يترجح كون الزواج عقدا ينشأ عنه نظام إجتماعي فيتميز من هنا بخصوصية عن باقي العقود الأخرى.

ثامنا: منهج معالجة عقد الزواج بين الدراسات القانونية والفقه الإسلامي.

نجد قانون الأسرة الجزائري في مادته 222 يحيلنا على الشريعة الإسلامية في ما سكت عنه من مسائل الأسرة باعتبارها هي مصدر التشريعات الأسرية في كل البلاد العربية، فالمشرع المغربي ينص على ذلك صراحة ولذلك ظهر تأثر هذه التشريعات بمنهجية الفقه الإسلامي وليس بأحكامه فحسب في معالجة قضايا الأسرة وشواهد ذلك كثيرة منها :

1-اركان العقد في القانون ثلاثة : الرضا والمحل والسبب ، وفي الفقه الإسلامي اتجاهان، اتجاه الأحناف الذين يعدون للعقد ركنا واحدا هو الصيغة وبهذا أخذ المشرع

الجزائري[1]. وإتجاه الجمهور الذين منهم من عد مع الصيغة العاقدين كركن وبهذا أخذ المشرع المغربي في مدونته ومنهم من ذكر ثلاثة أركان: الصيغة والعاقدين والمحل ومنهم من ذكر خمسة: الصيغة والزوج والزوجة والولي والصداق وهم المالكية وبدلا من الصداق الشهود عند الشافعية.

2-كما أن التشريعات القانونية للأسرة في البلاد العربية أخذت بتقسيم الفقه الاسلامي لعقد الزواج حيث يقسم من جهة حكمه الى صحيح وباطل وفاسد، فقانون الأسرة الجزائري 02/05 نص على هذا في الباب الأول بعنوان الفصل الثالث (النكاح الفاسد والباطل) وكذلك المدونة المغربية للأسرة وقانون الأحوال الشخصية الأردني والكويتي والليبي، مع أن العقد غير الصحيح في القانون ينقسم الى باطل بطلانا مطلقا وباطل بطلانا نسبيا ولا يعرف الفقه القانوني العقد الفاسد.

3-وحتى في الاصطلاح نجد هذه التشريعات تبنت مصطلحات الفقه الإسلامي في مواضع كثيرة كالشرط المعلق والشرط التقييدي ولم تذكر مصطلح الشرط الواقف أو الشرط الفاسخ.

4-وتبنى قانون الأسرة الجزائري والتشريعات العربية للأسرة مفهوم الفسخ في الفقه الإسلامي الذي يجعله يلحق الزواج الفاسد والصحيح على السواء، في حين الفقه القانوني يصطلح على الفسخ في العقود الصحيحة فقط، كما تبنت مفهوم محل العقد

[1]- المادة 09 و 10 من قانون الأسرة الجزائري 02/05

المعروف في الفقه الإسلامي بالمعقود عليه وليس مفهومه القانوني الذي هو العملية القانونية المراد تحقيقها أو محل الالتزام الذي هو الآداء الذي يلزم به المدين[1].

وهذه تعد حسنة تحمد للمشرع لأن الأحكام في التشريعات الأسرية مرتبطة بمنهج التناول والتقسيم والتقعيد في مصدرها الذي هو الشريعة الإسلامية وتناولها على خلاف هذه المنهجية يؤدي الى التناقض وعدم الانسجام في الخطة التشريعية ، فلهذا جاء قانون الأسرة الجزائري 02/05 ومن ورائه تشريعات الأحوال الشخصية العربية منسجمة مع الفقه الإسلامي أحكاما ومفهوما ومنهجا واصطلاحا إلا في مواضع قليلة.

وأما في الفقه الإسلامي فأكثر أحكام الزواج يتنازعها أصلان لهما كبير الأثر في الفقه الاجتهادي في هذا الباب، وهما المعنى التعبدي الملحوظ في تشريعه، والثاني طبيعة الزواج كعقد يقترب شبها بالبيع ولهذا نجد الفقهاء يتوسعون في قياس النكاح على البيع في كثير من التفاصيل.

[1] – عدنان ابراهيم السرحان ونوري محمد خاطر ؛ شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية والإلتزامات(ط:6 ؛ بيروت:دار الثقافة للنشر والتوزيع ،2016)، ص 162–163

الفصل الأول

عقد الزواج مقوماته وأنواعه

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: عقد الزواج الصحيح حقيقته ومقوماته.

المبحث الثاني: عقد الزواج غير الصحيح (الباطل والفاسد).

المبحث الأول

عقد الزواج الصحيح حقيقته ومقوماته.

وفيه المطالب التالية:

المطلب الأول : حقيقة عقد الزواج الصحيح.

المطلب الثاني: مقومات عقد الزواج.

المطلب الثالث: الشروط الشرعية لعقد الزواج.

المطلب الرابع: آثار عقد الزواج الصحيح

المطلب الأول : حقيقة عقد الزواج الصحيح .

الفرع الأول: تعريف العقد.

1. التعريف اللغوي للعقد:

العقد معناه الجمع بين أطراف الشيء وربطها، ويطلق على الشد والإحكام ويأتي بمعنى العهد[1] ومنه قوله تعالى:﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾(سورة المائدة: 01)

وقال تعالى: ﴿وَلَا تَعۡزِمُواْ عُقۡدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبۡلُغَ ٱلۡكِتَٰبُ أَجَلَهُۥۚ﴾(سورة البقرة: 235.)

2. تعريف العقد في القانون:

رغم أن القانون لا يعنى بالتعريفات ويتركها للفقه فإن القانون المدني الجزائري عرف العقد في ما نصه (العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما)[2] وعرفه السنهوري[3] بقوله: (تفاق إرادتين على إنشاء حق أو على نقله أو على إنهائه)[4] ويلاحظ أن التعريفين متقاربان فأثر العقد هو التزام بأداء أو القيام بفعل أو امتناع عنه.

---

[1]– مجد الدين أبي طاهر محمد بن يعقوب الشيرازي الفيروز آبادي المتوفى سنة ؛ القاموس المحيط، تحقيق محمد نعيم العرقسوسي ج1.(ط: 8؛ بيروت: دار الرسالة،2005) ، 315، ومحمد السيد الشريف الجرجاني ؛ معجم التعريفات، تحقيق محمد الصديق المنشاوي.(ط:لاح ،القاهرة: در الفضيلة، د ت)،ص129

[2]– المادة : 54 قانون رقم 10/05 المؤرخ بتاريخ : 2005/05/20.

[3]– عبد الرزاق السنهوري 1895م1971 م مصري، أحد أعلام الفقه والقانون في القرن العشرين ،شغل منصب وزير المعارف أربع مرات وعين رئيساً لمجلس الدولة من عام 1949م حتى 1954م،من كتبه الوسيط شرح القانون المدني المصري ومصادر الحق.

[4]– عبد الرزاق السنهوري؛ الوسيط في شرح القانون المدني.ج1(ط:لا؛القاهرة:دار إحياء التراث العربي، د:ت) ،ص137

3. تعريف العقد في الفقه الإسلامي:

ورد لفظ العقد عند الفقهاء بمعنيين أحدهما عام والآخر خاص.

أ- **المعنى العام للعقد** : هو التزام شخص بحق أو فعل قال ابن العربي[1]: (ربط العقد تارة يكون مع الله وتارة مع الآدمي وتارة يكون بالقول وتارة يكون بالفعل)[2] ويقول الإمام الزركشي[3]:(العقد ضربان، ضرب ينفرد به الشخص وضرب لابد فيه من المتعاقدين أما الذي ينفرد به العاقد فسبعة)[4] وعد منها النذر واليمين والطلاق والصلاة، وهذا المعنى شائع عند الفقهاء المتقدمين، فجمهورهم يطلق لفظ العقد ويريد كل ما ينتج التزاما شرعيا سواء كان هذا الالتزام نشأ عن اتفاق بين الطرفين أم كان نتيجة لإرادة الشخص الواحد .

[1]- هو محمد بن عبد الله بن محمد المعافري، المشهور بالقاضي أبو بكر بن العربي الإشبيلي المالكي الحافظ عالم أهل الأندلس ولد في إشبيلية سنة 468 هـ رحل مع أبيه سنة وتفقه على الغزالي وأبي بكر الشاشي والطرطوشي كما تتلمذ على يد المازري صنف كتباً في الحديث والفقه والأصول والتفسير والأدب والتاريخ أحكام القرآن، و القبس في شرح موطأ الإمام مالك و المسالك على موطأ مالك و الإنصاف في مسائل الخلاف .ولي القضاء إشبيلية، ومات في فاس في ربيع الآخر سنة 543هـ (شجرة النور الزكية؛ص 136).

[2]- أبو بكر بن العربي؛ أحكام القرآن ،تحقيق على محمد البجاوي. ج 2 (ط:لا؛ بيروت،دار المعرفة؛ت،لا)، ص 526.

[3]-الزركشي أبو عبد الله، بدر الدين، محمد بن بن بهادر بن عبد الله الزركشي المصري الشافعي فقيه ومحدث (ت 794هـ) من أبرز شيوخه سراج الدين البلقيني وجمال الدين الإسنوي وابن قدامة المقدسي وأبو الفداء ابن كثير من مصنفاته البحر المحيط، في أصول الفقه و البرهان في علوم القرآن و القواعد في فروع الشافعية.

[4]- بدر الدين محمد بن بهادر الشافعي الزركشي؛ منثور القواعد ،تحقيق تيسير فائق احمد محمود. ج2 ،(ط:1؛ الكويت: وزارة الاوقاف ،1982) ، ص397

ب- المعنى الخاص للعقد: وهذا المتبادر والوارد في كتب الفقه عند إطلاق لفظ العقد وخاصة عند المتأخرين إذ عرفه الزرقا[1]:(العقد ارتباط إيجاب أحد المتعاقدين بقول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه)[2] ومنه أخذ المشرع المصري والمشرع العراقي تعريفه للعقد، ويلاحظ على هذا التعريف:

أنه عرف الانعقاد لا العقد بصفة عامة، لأن العقد الباطل والفاسد لا يترتب عليه أثر في المحل.

وعرفه بعضهم بأنه (العقد هو التزام شيء بارتباط الإيجاب والقبول)[3] ، وهنا قصر لحقيقة العقد على الصيغة المفيدة للالتزام ولم يذكر المحل الذي يظهر فيه باعتباره خارجا عن حقيقة العقد.

وفرق الفقهاء بين العقد والانعقاد ، فالأول يشمل الصحيح والباطل والفاسد، والانعقاد لا يكون إلا في الصحيح وهو الذي يظهر أثره في محله، وهذا الفرق ملحوظ عند السابقين من علماء الفقه الإسلامي حيث يقول الكمال بن الهمام[4] : (الانعقاد هو ارتباط أحد

---

[1]- مصطفى أحمد الزرقاء عالم سوري من أبرز علماء الفقه في العصر الحديث، سوري(ت 1999) من مؤلفاته الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد في مجلدين و شرح القانون المدني السوري.

[2]- مصطفى الزرقا ؛المدخل الفقهي العام،ج1،(ط:1؛دمشق:دار القلم ،1998)،ص382.

[3]- علي محيي الدين القرة داغي؛ مبدأ الرضا في العقود .ج1(ط:2؛بيروت: دار البشائر الإسلامية،2002)،ص125.

[4]- محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد ابن مسعود السيواسي كمال الدين، المعروف بابن الهمام إمام من علماء الحنفية أصله من سيواس ،ولد بالإسكندرية، كان إمامًا في الأصول والتفسير والفقه والفرائض والحساب والتصوف والنحو والصرف والمعانى والبيان والبديع والمنطق والجدل (ت 861هـ) بالقاهرة من كتبه فتح القدير في شرح الهداية التحرير في أصول الفقه.

الكلامين – الإيجاب والقبول– بالآخر على وجه يسمى باعتباره عقدا شرعيا ويستعقب أحكامه)[1]. وقال الدسوقي[2] :(عدم انعقاد العقد يعني عدم وجود حقيقته وعدم صحته)[3].

الفرع الثاني: أركان عقد الزواج.

أولا: تعريف الركن.

لغة: الجانب القوي للشيء، فيكون ركن البيت من البيت وأركان الشيء أجزاء ماهيته، وفي اللسان: أركان كل شيء جوانبه التي يستند إليها ويقوم بها[4] .

اصطلاحا: ما يكون به قوام الشيء ووجوده وهو جزء داخل في ماهيته. قال الرصاع: وكل ما خرج عن حقيقة الشيء لا يسمى ركنا[5].

فالركن عند جمهور الفقهاء ما يتوقف عليه وجود الشيء وإن لم يكن جزءا منه، والركن عند الحنفية: ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان جزءا من ماهيته فركن العقد عندهم الصيغة فقط.

1– كمال الدين محمد بن الهمام، فتح القدير؛ تحقيق عبد الرزاق غال المهدي.ج5،(ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية،2003)، ص341 .

2– محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي(ت 1230)هـ من فقهاء المالكية، مشارك في الفقه والكلام والنحو والبلاغة ولد بدسوق من قرى مصر، درس بالأزهر، وتوفي بالقاهرة من تصانيفه: حاشية على شرح الدردير لمختصر خليل في فروع الفقه المالكي(شجرة النور الزكية، ص361).

3– محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي؛حاشية السوقي على الشرح الكبير. مرجع سابق ،ج3، ص5

4– ابن منظور؛ لسان العرب، ج13، مرجع ص 186. والجرجاني؛التعريفات، مرجع سابق،ص 97

5– ابي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع ؛شرح حدود ابن عرفة، مرجع سابق، ص 236.ومحمود حامد عثمان، القاموس المبين في اصطلاحات الأصوليين،(ط:1؛الرياض:دار الزاحم،2002)،ص174

وعليه وقع الخلاف بين الفقهاء في عد أركان عقد الزواج.

فالحنفية يعتبرون الصيغة هي الركن الوحيد لأنها العنصر الذاتي المكون لماهية العقد، حيث لا يتصور بدونها فبارتباط الإيجاب والقبول توجد الحقيقة الشرعية للعقد وجودا اعتباريا، وهو وجود زائد عن الوجود الحسي للإيجاب والقبول، والعاقد لا يعتبر ركنا في العقد عندهم كما أن الفاعل ليس جزءا ذاتيا في معنى الفعل، والحنابلة عدو أركان عقد الزواج الصيغة والعاقدان باعتبار أن الصيغة لا يتصور أن تصدر إلا من عاقدين ، فكان وجودهما لازما و الإمام الغزالي ممن عد العاقدين من الأركان.

ومن المالكية من عد الولي والعاقدين مع الصيغة أركانا وهذا الذي قرره الدردير[1] (أركانه ثلاثة ولي ومحل وصيغة)[2] وقال الحطاب[3]: (وأما الشهود والصداق فلا ينبغي أن يعدا في الأركان ولا في الشروط لوجود النكاح الشرعي بدونهما)[4] ومن المالكية من اعترض

[1] – هو أحمد بن أحمد بن أبي حامد العَدوي المالكي الأزهري ، الشهير بأحمد الدردير شيخ المالكية في زمانه (ت1201)تلقى الفقه على الشيخ علي الصعيدي العَدوي،وأخذ عنه محمد بن عرفة الدسوقي له متن اقرب المسالك الى مذهب مالك في الفقه وشرح على متن خليل.

2– ابي البركات احمد بن محمد الدردير؛ الشرح الصغير، تحقيق مصطفى كمال وصفي . ج 2،(ط:لا؛ القاهرة:دار المعارف، د:ت)، ص 334.

[3]– الحطاب هو أبو عبدالله شمس الدين محمد بن محمد بن عبد الرحمن بن حسين الرعيني المعروف بالحطاب(ت954هـ) أصله من المغرب غاش بمكة المكرمة من مؤلفاته مواهب الجليل في شرح مختصر خليل في فروع المالكية

4– الحطاب. مواهب الجليل ،تحقيق : زكريا عميرات .ج5 ،(ط:1؛بيروت ،دار الكتب العلمية؛1995) ، ص 43.

على اعتبار الزوجين أركانا لأن الزوجين ذاتيان والنكاح معنى فلا يصح كونهما ركنين له والمعتمد في المذهب عد أركان عقد الزواج خمسة وهو ما نص عليه خليل[1] في متنه[2].

وأكثر الفقهاء المعاصرين ممن كتب في فقه الأسرة يتبنى رأي الأحناف [3].

ويتلخص لدينا أن أركان عقد الزواج من حيث عدها وحصرها مختلف فيها بين فقهاء الشريعة والقدر المتفق عليه منها هو ركن الصيغة.

ومرجع الخلاف في اعتبار أركان عقد الزواج أمور :

1 تعريف الركن في حد ذاته، هل هو ما يتوقف عليه وجود الشيء أو ما يتوقف عليه تصوره ؟ وهل هو جزء من ماهية العقد أم ليس شرطا أن يكون كذلك؟ وقد عرفنا قول الجمهور وخلافهم مع الحنفية في ذلك[4] .

2-إن اعتبار الركنية في العقد يتأسس عليه التمييز بين العقد الباطل والفاسد عند الأحناف فاختلال الركن يوجب إبطال العقد واختلال غير الركن كالشروط يفسده فقط.

---

[1]-خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري(ت767 هـ)،.من أئمة المالكية المحققين ، ولي الإفتاء على مذهب مالك. من آثاره:المختصر في الفقه والتوصيح على مختصر ابن الحاجب.

[2]- محمد عليش . منح الجليل ، ج3،(ط:1؛ بيروت ،دار الفكر1989م.) ص 266.

خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري(ت767 هـ)،.من أئمة المالكية المحققين ، ولي الإفتاء على مذهب مالك. من آثاره:المختصر في الفقه والتوصيح على مختصر ابن الحاجب.

[3]-مثل محمد مصطفى شلبي في احكام الاسرة و بدران ابو العينين في الفقه المقارن للاحوال الشخصية وابوزهرة في الاحوال الشخصية ومحمد كمال الدين امامفي الاحوال الشخصية للمسلمين وعمر سليمان الاشقر في احكام الزواج.

[4]- محمد سلام مدكور ؛ المدخل للفقه الاسلامي،مرجع سابق .ص 523 .ومحمد مصطفى شلبي ،المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي،(ط:لا؛بيروت:دار النهضة العربية،1985)،ص 419

وهذا ما جعل مصطفى الزرقا في مدخله يعتبر الصيغة ركنا في العقد وأما العاقدان والمحل وموضوع العقد فهي مقوماته، إذ لا يوجد بدونها، والقرافي من قبل اعتمد هذه المنهجية في ذخيرته فسمى مقومات العقد أقطابا متجاوزا وصف الركنية والشرطية.

ومن هنا نفهم مدى اختلاف الفقهاء في ما لا ينعقد الزواج إلا بوجوده فالأحناف لا يشترطون الولي، والمالكية يجعلون الإشهاد شرطا في الدخول لا في صحة العقد ولكنهم يشددون في أمر الصداق فمرة يعدونه ركنا ومرة شرطا، والشافعية يعدون الإشهاد في العقد ركنا ويتساهلون في أمر الصداق فيجعلونه شرطا فيذكرون أركان عقد الزواج بأنها الزوج والزوجة والولي والصيغة والشاهدان[1].

وعليه فإننا سنسير على وفق ما قرره القانون في تصنيف ما يكون ركنا.

ثانيا: أركان عقد الزواج في القانون .

القانون اعتبر الرضا الركن الأوحد لعقد الزواج (ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين)[2] وكل التشريعات الحديثة تجعل التراضي هو الركن الأساسي في جميع العقود، حتى في العقود الشكلية، ويوجد ركنان آخران وقع الخلاف فيهما هما المحل والسبب، فمنهم من عد المحل ركنا في الالتزام لا في العقد[3] .

[1]– محمد رأفت عثمان؛ عقد الزواج أركانه وشروطه،(ط:لا؛القاهرة: دار الفكر، لا:ت) ص 124.

[2] – المادة 09 قانون الأسرة الجزائري 02/05

[3] –السنهوري ؛ مصادر الحق، مرجع سابق، ج3، ص6

والمشرع الجزائري وفق أتم التوفيق حين نص على اعتبار الرضا ركنا وجعل الإيجاب والقبول هو المظهر المادي للإرادة الباطنة، وهو في هذا يتوافق مع جمهور فقهاء الشريعة ومنهم المالكية حيث اعتبروا الرضا أساس العقود كلها مخالفين بذلك الحنفية الذين لا يجعلون الرضا ركنا ولا شرطا في العقود التي لا تقبل الفسخ كالزواج فصححوا عقد زواج المكره عندهم، وأما العقود القابلة للفسخ كالبيع فالرضا فيها شرط صحة.

ونصوص القرآن تشهد للجمهور والمشرع الجزائري إذ أناط الله مشروعية الزواج والتجارة كليهما بالرضا قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ ۗ﴾(سورة البقرة : 232)

و قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ۚ﴾(سورة النساء :29)

والتوازن بين الإرادة الباطنة وهي الرضا والإرادة الظاهرة التي هي الإيجاب والقبول هو الصواب والذي عليه جماهير الفقهاء إذ جعلوا عند وجود قرينة تفيد انعدام الرضا أو تعيبه أن العقد لا ينعقد ولو مع وجود الصيغة التي تمثل الإرادة الظاهرة يقول ابن جزي[1] (إذا أكره أحد الزوجين أو الولي على النكاح لم يلزم وليس للمكره أن يجيزه لأنه غير منعقد)[2].

1- محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي(741-693هـ)فقيه مفسِّر مالكي نبغ في علوم مختلفة تخرَّج عليه لسان الدين بن الخطيب له مؤلفات كثيرة منها: التسهيل لعلوم التنزيل في التفسير ؛ تقريب الوصول إلى علم الأصول؛ القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية

2- ابو القاسم محمد بن احمد بن جزي الغرناطي؛القوانين الفقهية.(ط:لا؛بيروت: دار الكتب العلمية،لا:ت) ، ص133

ولأن الإرادة الباطنة وحدها لا تقوم مقام الإيجاب والقبول فلا ينعقد الزواج بمجرد النية ولذلك لم يعتبر السكوت وحده قبولا وإنما يعتبر مع وجود قرينة قوية كالعرف والعادة في سكوت البكر عند استئذانها.

والإرادة الظاهرة المتمثلة في الصيغة تكفي بنفسها في إنشاء عقد الزواج دون التفات إلى الإرادة الباطنة إلا عند وجود قرائن الاشتباه والارتياب في انعدامها وهو ما يعبر عنه بعيوب الإرادة .

ثالثا: أركان عقد الزواج في الفقه الإسلامي.

لم تختلف كلمة فقهاء الشريعة في عد الصيغة ركنا وهي الإرادة الظاهرة وتتكون من جزئيها الإيجاب والقبول وهما مظهر الدلالة على تراضي الطرفين واتفاق الإرادتين على الالتزام بما ترتب عن العقد من أحكام والأمر قريب بين الشريعة والقانون الذي اعتبر الرضا هو الركن فإنه لا وجود له إلا بوجود الصيغة ومن ثمة وجب تعريف أجزائها .

أ- أركان الصيغة هما الإيجاب والقبول:

فالإيجاب عند الجمهور: هو العبارة التي تثبت الزواج وتنشئه ممن يملك التمليك ولو صدرت ثانيا .

والقبول هو العبارة التي دلت على التملك حتى ولو صدرت آخرا.

والحنفية يراعون الترتيب الزمني، فيجعلون العبارة الأولى هي الإيجاب والثانية قبولا.[1]

وينبغي الملاحظة أن الصيغة قد تأتي مطلقة لا تفيد إلا انعقاد الزواج في الحال وقد تأتي مقترنة بشروط يريدها الموجب أو القابل وتتوقف الإرادة التامة على اشتمال العقد على تلك الشروط وتضمنها.

ب- شروط صيغة عقد الزواج.

1. اشتراط ألفاظ مخصوصة : فمدار الأمر على وضوح دلالة الإيجاب والقبول في موضوع معنى العقد لأن ما يميز العقود عن بعضها هو موضوع العقد وهو هنا حل الاستمتاع ، ولاشتراط الشهادة في الزواج كان لابد من انعقاده بلفظ صريح او كناية ظاهرة في معناه لأن الشهود لا إطلاع لهم على النيات التي تقوم عليها الكنايات البعيدة، وأضيق المذاهب في هذا الظاهرية والشافعية حيث اشترطوا شرطا شكليا وهو أن تكون صيغة الزواج بلفظ الزواج أو النكاح لما في الزواج من معنى تعبدي، وتوسط المالكية والحنابلة[2] فأجازوا انعقاد الزواج بكل عبارة مفهمة لمعناه بحسب ما تتلبس بها من قرائن، ولذلك يصح عندهم الزواج بلفظ الزواج والنكاح وبلفظ الهبة أو ما يفيد التمليك المؤبد بشرط وجود قرينة كذكر المهر، أما الألفاظ التي تفيد التأقيت فتمنع مطلقا[3].

---

[1]- مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق ، ص 410.

[2]- ابن تيمية، مجموع الفتاوى ؛ تحقيق عبد الرحمن بن محمد بن قاسم. ج32، (ط:خاصة، المدينة المنورة،المدينة المنورة :مجمع الملك فهد لطباعة المصحف،2004) ص15.

[3]- محمد مصطفى شلبي ؛ المدخل ،مرجع سابق،ص420 ولنفس المؤلف:أحكام الاسرة في الاسلام،مرجع سابق، ص115

والأحناف توسعوا أكثر من المالكية باعتبار صحة الانعقاد بكل صيغة دالة على الزواج بحسب قاعدة (العبرة بالقصود والمعاني لا الألفاظ والمباني)[1] وعلة الاختلاف هو هل يجب التوقف عند الالفاظ التي وردت بها نصوص الشرع في هذا الشأن ومن ثم يكون عقد الزواج شكليا، أم يجوز اعتماد الدلالة اللغوية المفيدة لمعنى الزواج بأي لفظ أو صيغة وردت، والأصل الذي يرجع اليه هذا الاختلاف هو أصل الاحتياط في الأبضاع لوجود معنى تعبدي في عقد الزواج من حيث كونه مندوبا لا مباحا[2] .

2. ان تكون الصيغة ملفوظة مسموعة : وهو الأصل لاشتراط الشاهدين في العقد وجاز استثناءا من العاجز كالأخرس الإشارة والكتابة و أما مع القدرة على النطق فقد منع المالكية[3] الانعقاد بالكتابة احتياطا للأبضاع لاحتمال ورود التزوير على الكتابة وأجاز ذلك الحنفية على أن يقرأ القابل المكتوب أمام الشهود .

3. تطابق الإيجاب والقبول من كل وجه: فإن اختلفا لم ينعقد الزواج كأن يقع الاختلاف في مقدار المهر واسم الزوجة.

4. اتحاد مجلس العقد: ويعبر عنه بالفور بين الإيجاب والقبول أي لا يكون هناك انقطاع بين الإيجاب والقبول أو ما يفيده من طول المدة أو رجوع الموجب عن إيجابه ، غير أن المالكية أجازوا التراخي قليلا كأن يعلق القبول على رضا الوالد ثم يأتي قبل انفضاض المجلس .

5. أن تصدر الصيغة ممن له صفة شرعية وهي أهلية التعاقد ، ويفصل فيها لاحقا.

---

[1]–محمد شبير عثمان؛ القواعد الكلية والضوابط الفقهية الفقهية .(ط:2؛عمان ،الاردن ،دار النفائس،2007)،ص121

[2]– محمد رأفت عثمان ؛ عقد الزواج أركانه وشروطه ،مرجع سابق، ص 124.

[3]– الدردير؛الشرح الصغير، مرجع سابق ،ج2، ص 202.

6. ويشترط التأبيد في الصيغة وهو المستفاد عند إطلاق لفظ الزواج لأنه المتبادر من معناه شرعا وعرفا، فإن ورد في الصيغة ما يدل على التأقيت بطل النكاح.
7. ويشترط التنجيز في صيغة العقد والجزم في الإرادة، فالأصل في انعقاد العقود صيغة الماضي وهو محل اتفاق، وأما صيغة المضارع والأمر فتصح مع وجود قرائن في سياق العبارة.
8. ولا يصح عقد الزواج بالمعاطاة لأن الأصل في العقود الأقوال وإنما جاز البيع بالمعاطاة استحسانا فيبقى الزواج على أصل الاحتياط في منع المعاطاة فيه.

ج- الرضا وعلاقته بصيغة العقد:

سبق أن تبين اختلاف فقهاء القانون من جهة وفقهاء الشرع الإسلامي من جهة أخرى فيما يعتبر ركنا في العقد الرضا أم الصيغة، فالقانون وفقهاؤه يعتبرون الرضا هو ركن الانعقاد في العقود والصيغة دليل عليه وهذا تأثرا بالفقه الروماني بصبغته الذاتية والمشرع الجزائري صرح بركنية الرضا (ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين)[1] ثم جعل الإيجاب والقبول الوسيلة التي يتم بها ركن الرضا[2].

وأما الفقه الإسلامي بنزعته الموضوعية فإنه يجعل من حيث الصناعة الفقهية ركن العقد هو الصيغة من إيجاب وقبول لأن الرضا وحده ليس سببا شرعيا بل السبب الشرعي ما دل

[1]- المادة 9 قانون الاسرة 02/05

[2]- المادة 10 قانون الاسرة 02/05

عليه[1] ، فيكون الرضا شرط صحة باعتباره خفيا لا يطلع عليه ويكتفى بدلاله الصيغة عليه، فإن قامت دلائل على انعدامه تعرض العقد للفساد ومن ثم الفسخ، وإن كانت تقريراتهم صريحة في أن الرضا هو أساس العقود وهذا عند الجمهور في كافة العقود باستثناء الحنفية الذين اعتدوا بالرضا في العقود التي تقبل الفسخ وأما في الزواج فلا عبرة بالرضا لأنه لا يدخله الفسخ ولا يقبل الصورية فينعقد مع الإكراه والهزل والفقه الحنفي يفرق بين الرضا والاختيار بخلاف الجمهور الذين يعدونهما واحدا[2].

وهل العبرة بالإرادة الظاهرة (الصيغة) أم بالإرادة الباطنة (الرضا) ؟ هناك اتجاهان في الفقه الإسلامي الأول يتبناه الشافعية والحنفية فيعتدوا بالإرادة الظاهرة دون التفات للرضا، والاتجاه الثاني يمثله المالكية والحنابلة في مراعاتهم للإرادة الباطنة وإبطال العقود إذا انعدم الرضا بدلالة القرائن، وأثر اعتبار الرضا في الزواج نجده يتجلى في كثير من أحكامه كما نرى في الشروط لاحقا[3].

المطلب الثاني: مقومات عقد الزواج الصحيح.

لما تقرر عندنا أن ركن عقد الزواج المتفق عليه بين المذاهب الفقهية جميعا دون خلاف هو ركن الصيغة ، فقد جعل بعض العلماء المحدثين[4] ما اختلف في ركنيته يجمعهم

[1]–شهاب الدين ابي العباس احمد بن ادريس القرافي؛ الفروق،الفرق 70،ج2(ط:لا؛بيروت:عالم الكتب،د.ت)، ص86

[2]– ابن عابدين؛ حاشية رد المحتار؛ مرجع سابق.ج2، ص86

[3]– حسين حامد حسان ؛ المدخل لدراسة الفقه الاسلامي.(لا.ط؛القاهرة:مكتبة المتنبي،د.ت)، 257

[4]– احمد مصطفى الزرقا ؛ مرجع سابق، ص 399

عنوان واحد وهو مقومات العقد وهي بالمعنى الذي أورده الجمهور للركن ما يتوقف وجود العقد عليه وإن لم يكن جزء من ماهية العقد وهي بالنسبة لعقد الزواج الصحيح: العاقدان وموضوع العقد وهو ما يسميه الفقهاء حكم العقد ومقصده الأصلي والمحل[1].

ونتناولها في الفروع التالية :

الفرع الأول: العاقدان.

ويسميان طرفي العقد وهما من يباشرا إبرام عقد الزواج بلفظيهما إيجاب أحدهما وقبول الآخر، ومن ثم فالزوج عاقد عند جميع الفقهاء والزوجة عاقدة عند الأحناف وفي قانون الأسرة الجزائري بمقتضى مفهوم المادة 11 منه، والولي عاقد باعتبار العقد يتوقف على عبارته عند جمهور الفقهاء.[2]

والذين اعترضوا على كون العاقدين ركنا مع لزومهما عند وجود العقد حجتهم أن الفاعل ليس جزءا من الفعل والمصلي ليس جزءا من الصلاة ، و الذين اعتبروهما ركنا رأوا أن عبارة الإيجاب والقبول لا تقوم بنفسها فالتلازم في الوجود بين العاقد وعبارته عند انعقاد العقد يجعله ركنا فيه ، كما أن شرط الأهلية من شروط الانعقاد بفقدها يبطل العقد وهي

[1]– محمد سلام مدكور ؛المدخل للفقه الإسلامي، مرجع سابق.ص 520

[2]–محمد مصطفى شلبي ؛ أحكام الأسرة، مرجع سابق، لاص93. وبدران أبو العينين بدران؛ الأحوال الشخصية، مرجع سابق ، ص47.

صفة في العاقد، فمن الطبيعي أن يكون الأصل جزء من الماهية إذا كان الفرع ضروري لانعقاد العقد.[1]

1-شروط الصحة: يشترط في العاقدين حتى يعتد بعبارتيهما وينعقد العقد بذلك الشروط التالية[2]:

أ – تحقق كمال الأهلية في العاقدين : لأن العقد تصرف شرعي يتوقف على إرادة العاقد، فلا يصح إلا ممن كملت أهليته بأن كان بالغا عاقلا.

- فعبارة الصبي غير المميز والمجنون باطلة بطلانا مطلقا شرعا وقانونا، وأما عقد الصبي المميز فباطلة قانونا وسن التمييز 13 سنة [3] قانونا، وهو في الفقه الإسلامي عقده موقوف على إذن وليه يقول القرافي (الصبي ينعقد نكاحه دون طلاقه، لأن عقد النكاح سبب إباحة الوطء وهو أهل للخطاب بالإباحة والندب والكراهة دون الوجوب والتحريم لأنها تكليف)[4].

وأما اشتراط العقل[5] فلأنه مناط التكليف فعبارة المجنون لغو وهذا من جهة مباشرته للعقد وأما استحقاقه للتزويج بأن ينعقد زواجه بعبارة وليه فقد أجازه الفقه الإسلامي إذ ليس المقصود من شرط العقل أن المجنون لا يزوج وإنما هو شرط في العاقد بصفته عاقدا لا بصفته زوجا حين يباشر العقد بنفسه وأما بصفته زوجا أو زوجة فهو جائز صحيح ، ونرى أن هذا الأمر فيه نظر إذا ترك على إطلاقه والشريعة مبنية على دفع المفاسد والأضرار

[1]– محمد بشير الشقفة ؛ الفقه المالكي في ثوبه الجديد ،مرجع سابق، ص193.

[2]–عبد الله ابراهيم الموسى؛ الشروط العقدية.(ط:1؛ المملكة العربية السعودية: دار ابن الجوزي،2011م)،ص86

3– والقانون المدني الجزائري 10/05 المؤرخ في 2005/06/20 .المادة 42

[4]– القرافي؛ الذخيرة، تحقيق محمد حجي. ج4،(ط:1؛ بيروت: دار الغرب الاسلامي،1994) ، ص206

[5] – محمد بشير الشقفة؛ مرجع سابق، ص195

واحتمال تضرر زوجة المجنون منه وارد إلا أن يراد بالجنون أدنى مراتبه حيث لا يغيب العقل بالكلية وهذا الاتجاه تبناه مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد[1] .

ب- الإختيار وعدم الإكراه :لأن مناط انعقاد عقد الزواج على الإرادة الكاملة ، والإكراه من عيوبها يمنع الانعقاد ويقع الزواج باطلا لا يقبل الإجازة عند المالكية وصحيحا عند الحنفية[2].

ج- شرط الإسلام: وهو يشترط في الزوج خاصة فلا يحل زواج المسلمة بغير المسلم بنص الكتاب في قوله تعالى:﴿وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا۟ ۚ﴾ (سورة البقرة: 221)

2- شرط نفاذ العقد رشد العاقدين: الرشد* في العاقد ليس شرط صحة في الفقه الإسلامي فالبالغ لا يحتاج الى عبارة أحد، وإنما يصح زواج السفيه موقوفا على إذن وليه عند جمهور الفقهاء لأن الزواج ليس منفعة محضة باعتبار دفعه المهر،والحنفية لم يشترطوا الرشد مطلقا لأن مالا يؤثر فيه الهزل لا يجب فيه الحجر، والمشرع الجزائري نص (تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام تسعة عشر سنة)[3] وهو سن الرشد المتحققة معه الأهلية الكاملة[4]، وصحح زواج من هو دون هذه السن بشرطين أولا أن يكون بترخيص قضائي وثانيا أن تكون في ذلك مصلحة أو ضرورة مع قدرة على الزواج وتقدير ذلك موكول الى سلطة القاضي

1 - مشروع قانون الاحوال الشخصية الموحد؛ مرجع سابق، ص 19. والعربي بلحاج؛ احكام الزوجية، مرجع سابق ،ص205

2-صادق الغرياني؛ مدونة الفقه المالكي، مرجع سابق،ج2،ص523 .

*- الرشيد هو الضابط في تصرفاته المالية والسفيه من فيه طيش وخفة(الفقه الاسلامي وأدلته،84/7)

[3]- المادة رقم 07 من قانون الأسرة الجزائري 02/05

[4]- القانون المدني الجزائري 10/05 المؤرخ في 2005/06/20 .المادة 40

التقديرية ، إذ جاء في نفس المادة السابقة(وللقاضي أن يرخص في الزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج) والمصلحة هنا مثالها تزويج اليتيمة القاصر التي لا كافل لها ، والضرورة قد تتصور عند زنا شاب بفتاة قاصر ثم يريدان الزواج، ومن هنا فمن كان دون سن الأهلية فهو في حكم القانون قاصر لا يعتد بعبارته وتصرفاته في إنشاء العقد[1] ويعتد بها في التقاضي في ما يتعلق بآثار عقد الزواج، ورد في الفقرة الثالثة من المادة السابقة (يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات).

وهذه متابعة من المشرع الجزائري للمعمول به في التشريعات الغربية ومراعاة للمواثيق الدولية في ذلك وهي تشريعات مجتمعات لا تتورع عن إباحة الزنا [2]، والأجدر أن يرخص بالزواج لمن دون هذا السن بثلاث سنوات بإذن الولي من الدرجة الأولى كالأب والأخ، أو إذن الجد لليتيم وهذا لشفقتهم ورعايتهم لمصلحته دون إناطة ذلك بالسلطة التقديرية للقاضي ، ويبقى للقاضي سلطة منع الزواج إن رأى عدم تحقق المصلحة.

ونلاحظ أن قانون الأسرة المعدل 11/84 قد فرق في سن الأهلية بين الرجل والمرأة إذ جعل أهلية الرجل بتمام واحد وعشرين سنة والمرأة بتمام ثمانية عشر سنة.

[1] . الرشيد بن شويخ ؛ دروس في النظرية العامة للإلتزام . مرجع سابق ص32

[2]. مشروع قانون الاحوال الشخصية الموحد؛ المذكرة الإيضاحية . ص 19

كما يلاحظ أن الفقه الإسلامي ميز بين سن البلوغ الذي يقع عنده التكليف وتصح تصرفات صاحبه و الرشد وهو ما يقابل السفه بمعنى الخفة والطيش والذي قد يوجد بعد البلوغ، غير أن القانون الجزائري جعل سن الرشد تسعة عشر سنة هو سن التكليف وصحة التصرفات من غير حاجة إلى إجازة الغير.

3- **شروط العاقدين للزوم عقد الزواج** منها :

أ- شرط الكفاءة: وهو شرط لزوم والكفاءة أن يكون الزوج مساو للزوجة في الحال أو أعلى منها ، والحال هنا المعتبر فيه الكفاءة هو الدين فقط عند المالكية ويوافقهم عليه جميع المذاهب[1] وإن زاد وتوسع غيرهم في الأوصاف التي عليها مدار الكفاءة فزاد الحنفية النسب والمال.

ب- شرط السلامة من العيوب المانعة من تحقيق مقصود الزواج : من العيوب التي قد تكون في الزوج أو الزوجة ما يمنع المعاشرة بينهما فإن كانت هذه العيوب في الزوج فإنها تعطي الحق للزوجة في طلب التطليق ويعتبر طلاق الزوج للزوجة التي بها هذه العيوب غير تعسفي لثبوت حق الفسخ له بذلك بناء عدم لزوم الزواج في هذه الحالة لأن العيوب تلك لا تسمح باستدامة النكاح، ولعل المشرع الجزائري استغنى عن هذا الشرط باشتراطه الكشف الصحي قبل الزواج وعلم الزوجين بنتائجه فبذلك تلافى الفسخ بعد العقد لهذا السبب.

[1]- ابو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر القاضي؛ المعونة، تحقيق حميش عبد الحق.ج2 (ط:لا؛بيروت: دار الفكر؛1999)، ص747 .

4-ويشترط في المرأة بصفتها طرفا في العقد شرطان [1]:

الشرط الأول: أن تكون أنثى محققة الأنوثة فلا يصح العقد على خنثى، ونكاحها باطل.

الشرط الثاني: أن لا يكون بها وصف مانع يمنعها من الزواج بالرجل المتعين أو بعبارة أخرى ألا تكون محرمة على الرجل العاقد الآخر تحريما قاطعا لا شبهة فيه سواء كان تحريما مؤبدا أو مؤقتا.

الفرع الثاني: المحل في عقد الزواج.

يعتبر محل العقد ركنا عند جمهور فقهاء الشريعة خلافا للحنفية ويرى أكثر فقهاء القانون ومنهم السنهوري أن المحل ركن في الالتزام لا في العقد[2] ومنهم من يقول بوجود محل في العقد يختلف عن محل الالتزام[3]، وفي عقد الزواج أسقط المشرع الجزائري اعتباره ركنا مكتفيا بالرضا فقط وفاقا للحنفية ، ولكن شراح قانون الأسرة وأكثر كتب الفقه الإسلامي حينما تحدد محل العقد في الزواج تذكر المرأة باعتبارها معقودا عليها وقد يذكرون الزوجين معا محلا للعقد[4]، وهاهنا نسجل اختلافا يتكرر عند الكثير من العلماء المحدثين[5] وحتى

1- وهبة الزحيلي ؛الفقه الإسلامي وأدلته.ج: 7 (ط:3؛ دمشق: دار الفكر؛1989)، ص49

2- السنهوري ؛مصادر الحق، مرجع سابق، ج2، ص06

3-زبير مصطفى حسين، مرجع سابق، ص71

4- المرجع نفسه،ص 71. والحبيب بن طاهر ؛الفقه المالكي وأدلته.ج3، (ط:3؛ بيروت، دار المعارف؛ 2003)، ص228

5- منهم : بدران أبو العينين؛ الفقه المقارن للأحوال الشخصية .(ط:لا؛بيروت: دار النهضة العربية،1967)، ص80 و محمود علي السرطاوي؛شرح قانون الأحوال الشخصية.(ط:3؛عمان الأردن:دار الفكر ناشرون وموزعون،2010) ص58

القدامى في أنهم يجعلون المرأة عاقدا حينا ومحلا للعقد أحيانا فالزحيلي[1] مثلا يقول:(فمحل عقد الزواج كل امرأة تحل في الشرع)[2] ويذكر قبل هذا (يشترط لانعقاد الزواج شروط في العاقدين الرجل والمرأة)[3] ونجد مثل هذا عند غيره مثل مصطفى شلبي(محل العقد هي المرأة عند الأحناف وعند المالكية هو الزوجان – ثم قال– وهذا أشبه بالفقه)[4] ويعلل بعضهم كون المرأة محل العقد (وكانت كذلك لظهور أثر العقد فيها بصورة أوضح وأقوى حيث يملك الرجل معاشرتها كزوجة أما هي فلا تملك ذلك)[5] ومن شراح القانون من قرر ذلك[6] وأكثر القوانين العربية تشير الى المرأة باعتبارها عاقدا وأحيانا باعتبارها محلا للعقد (قانون الإمارات).

و كتب المذاهب القديمة كثيرا ما تجعل الزوجة وحدها المعقود عليها أي محل العقد[7]، العقد[7]، وتتبع عباراتهم في شأن محل عقد الزواج ومركز المرأة منه يجد اختلافا قرره القرطبي

1– الزحيلي وهبة بن مصطفى الزحيلي (1932–2015)، من سوريا أحد أبرز علماء الفقه الإسلامي في العصر الحديث، عضو المجامع الفقهية بصفة خبير في مكة وجدة والهند وأمريكا والسودان ورئيس قسم الفقه الإسلامي ومذاهبه بجامعة دمشق، كلية الشريعة من مؤلفاته الفقه الإسلامي وأدلته 8 مجلدات و موسوعة الفقه الإسلامي و القضايا المعاصرة 14 مجلد والفقه المالكي الميسر في 2 مجلد وأصول الفقه في 2 مجلد.

2– وهبة الزحيلي؛ الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق .ج7،ص129

3– المرجع نفسه،ج7،ص48

4– محمد مصطفى شلبي؛ أحكام الأسرة، مرجع سابق، على هامش الصفحة ، ص93

5– عبد المجيد مطلوب؛ الوجيز في أحكام الأسرة. (ط:1؛القاهرة: مؤسسة المختار،2004)، ص27

6– بلحاج العربي ؛أحكام الزوجية وأثارها، مرجع سابق،ص 287

7– القرافي ؛ الذخيرة، مرجع سابق ، ج4 ، ص256.

القرطبي [1]بقوله: (وقد اختلف العلماء في المعقود عليه في النكاح ما هو؟ بدن المرأة أو منفعة البضع أو الحل ثلاثة أقوال والظاهر المجموع فإن العقد يقتضي كل ذلك)[2].

ومن المعاصرين من استشكل: (ولكن المرأة في الحقيقة طرف من أطراف العقد وإن كانت هي محل الاستمتاع، فكيف تكون عاقدة وهي في نفس الوقت معقود عليها[3] ؟)، ثم انتصر لرأي مصطفى الزرقا بأن محل عقد الزواج هو المتعة المشتركة بين الزوجين وموضوع عقد الزواج هو ملك المتعة[4] أي حق الاستمتاع معللا بأن الفقهاء عرفوا الزواج بأنه عقد يفيد ملك المتعة.

ومن شراح قانون الأسرة من ينقل الخلاف في ضبط محل العقد في الزواج مستدركا (وتحديد كون المرأة أو المنفعة المستوفاة منها كمحل للعقد عند الفقهاء محل نظر لعدم وجود دليل شرعي أو عقلي يؤيد ذلك فإذا كانت المنفعة المستوفاة (المتعة)هي المحل في العقد فإن الرجل والمرأة يشتركان فيها ولا مبرر لنسبتها الى المرأة وحدها او الرجل وحده)[5]

---

[1]- القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فَرْح من قرطبة (ت 671 هـ) يعتبر من كبار المفسرين وكان فقيهًا ومحدثًا ورعًا وزاهدًا متعبدًا تأثر به الماوردي والحافظ بن كثير؛ للقرطبي عدة مؤلفات منها" :الجامع لأحكام القرآن في تفسير القرآن في 32 جزء.(شجرة النور الزكية،ص197).

[2]- القرطبي؛ أحكام القرآن .ج5 ، (ط.لا؛ بيروت: دار الفكر ،1995) ، ص125.

[3]- محمد بشير الشقفة ؛ الفقه المالكي في ثوبه الجديد، مرجع سابق ، ج 3 ، ص337-338 .

[4]-مصطفى الزرقا، المخل ، مرجع سابق، ج1،ص 401

[5]– فاروق عبد الكريم كريم؛ الوسيط في شرح الاحوال الشخصية العراقي.(ط:1؛كردستان العراق: جامعة السليمانية ،د.ط)، ص52 و53 .

ومحمد كمال الدين[1] إمام يقرر هذه الإشكالية في الفقه الإسلامي قديما بقوله: (والفقه الإسلامي يدرس الموانع في باب قابلية المحل لحكم العقد والمرأة هي محل العقد مع أن المانع يقوم بالطرفين معا الرجل والمرأة)[2] ثم يحدد موقفه من القضية(الرأي عندي أن المرأة ليست محل عقد الزواج بل طرف من أطرافه والحياة المشتركة ومشروعية العلاقة بين الزوجين هي المحل الأصلي لعقد الزواج)[3].

ونستنتج من هذا الجدل الفقهي أن محل العقد في الفقه الإسلامي لم يتفق عليه هل هو المرأة أو المتعة أو الحياة المشتركة بين الزوجين أو الحل؟، ولعل هذا الاختلاف مرده إلى سحب نظرية العقد على عقد الزواج بكل خصائصها وقواعدها مع أن للزواج خصوصية من وجوه كثيرة وقد تنبه الزرقا لهذا حين قال: (النكاح ويصفونه بأنه معاوضة غير مالية والأفضل أن يعد نوعا مستقلا)[4]،ويقرر خصوصية الزواج في هذا(في بعض العقود يكون محل العقد مشتبها ما بين المحل والموضوع والعاقد)[5] وهذا لأن المحل في نظرية العقد تظهر عليه آثار العقد، وعند التأمل نجد لعقد الزواج آثارا معنوية كالحقوق الزوجية وآثارا حسية كالاستمتاع وهي تظهر على الزوجين معا ولا ينبغي حصرها في المرأة، وخصوصية الزواج تلقي بظلالها على طبيعة العقد وموضوعه وآثاره والأحكام التي تعتريه ولعل ما جعل

---

[1]– الدكتور محمد كمال الدين إمام ولد 1946 م فقيه معاصر كان يشغل منصب رئيس قسم الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية من كتبه: الاحوال الشخصية للمسلمين ،وكتاب أصول الفقه.

[3]– المرجع نفسه، ص 138 .

[3]– محمد كمال الدين ؛ الاحوال الشخصية للمسلمين، مرجع سابق ، ص 138.

[4]– مصطفى الزرقا .المدخل، مرجع سابق ، ج1، ص580 .

5– المرجع نفسه، ص 401

هذا المفهوم مستقرا في الأذهان هو شيوع عبارة في الفقه الإسلامي توصف بها المرأة (المعقود عليها) باعتبارها مطلوبة للزواج عرفا، وعادة لا يطلب الزوج.

الفرع الثالث: موضوع عقد الزواج.

موضوع عقد الزواج المراد به غايته النوعية أو المقصد الأصلي الذي شرع لأجله العقد ويوجد مع وجوده، وموضوع عقد الزواج واحد ثابت في كل عقود الزواج لجميع الناس وهو حل الاستمتاع ويشهد لهذا قوله صلَّى الله عليه وسلَّم « فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا المَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا»[1]

ويتميز موضوع عقد الزواج عن الباعث أو السبب في اصطلاح القانونيين الذي هو ركن العقد بأن الباعث يختلف باختلاف كل عاقد ، فهو مقصوده من إقدامه على إجراء العقد كمن يتزوج امرأة ويشترط عليها أن تنفق عليه، فهو تزوج هذه المرأة بعينها بغرض أن تنفق عليه لا لغرض الزواج فحسب، وأما موضوع العقد فهو من وضع المشرع وهو هنا حل المعاشرة والاستمتاع ، وهذا لا يختلف باختلاف العاقدين لعقد الزواج [2]، والعقد عند وقوعه ينقلب موضوعه الى أثر ونتيجة ويسمى حكم العقد.

وليس في الفقه القانوني مثل هذا التفريق بين موضوع العقد وحقوق العقد باعتبار سلطان الإرادة هو المحدد لموضوعه، والقوانين لم تلتفت الى هذا التفريق عدا القانون الأردني

[1]– أخرجه الترمذي في كتاب النكاح،ج3،ص399 ، رقم1102 من حديث عائشة رضي الله عنها.

[2] – مصطفى الزرقا ؛ المدخل الفقهي العام ، مرجع سابق ، ج1 ، ص 401

المدني[1] في مادته 199 بنصها (يجري حكم العقد في المعقود عليه بمجرد انعقاده دون توقف على القبض أو أي شيء آخر مالم ينص القانون على غير ذلك ،أما حقوق العقد فتجب على كل من الطرفين الوفاء بما أوجبه العقد عليهما).

المطلب الثالث: الشروط الشرعية في عقد الزواج.

الشروط من مكملات حقيقة العقد وماهيته لكنها خارجة عنها وإن توقف وجوده عليها، ولا بد من معرفة حقيقة الشروط وأنواعها.

الفرع الأول :حقيقة الشروط الشرعية.

أ – تعريف الشرط :

عرفه الأصوليون بأنه(ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته)[2] ومن المعاصرين من عرفه بأنه (هو كل أمر ربط به غيره عدما لا وجودا وهو خارج عن ماهيته)[3] فهو الوصف الذي أوجب المشرع وجوده في العقد بحيث يستلزم انعدامه انعدام العقد.

[1]– محمد احمد سراج ؛نظرية العقد .(ط:لا؛القاهرة: دار المطبوعات الجامعية؛1998)، ص214

[2]– القرافي ؛ شرح تنقيح الفصول ، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد.(ط:1؛ القاهرة: دار الفكر، مكتبة الكليات الأزهرية؛ 1973) ،ص 82.

[3]– مصطفى الزرقا؛ المدخل الفقهي، مرجع سابق، ج1، ص 207.

وفقهاء القانون لم ينضبط عندهم تعريف الشرط وإن كان عرفه بعضهم (بأنه أمر مستقبلي غير محقق الوقوع يعلق عليه وجود الالتزام أو زواله)[1] وهذا تعريف قاصر لأنه يتناول الشرط المقترن بالعقد وليس الشرط اللازم في العقد .

ب- التكييف الشرعي والقانوني للشروط الشرعية لعقد الزواج:

الشرط يتوقف عليه وجود العقد ولكنه ليس جزءا من ماهيته وقد يتعلق بركن من أركان العقد كأن يكون صفة له أو وصف مشروط وجوده مع الركن.

والشروط وضعها المشرع ليكتمل وجود العقد بها فهي مشروعة لمصلحة العقد وسلامة نظامه التشريعي.

وقد عرفنا أن الشروط يتعلق بها وجود العقود لا وجوبها، ويتميز الشرط عن الركن بأن الركن جزء من ماهية العقد لا يتصور بدونه، وأما الشرط فهو خارج عن الماهية قد ينعقد العقد بدونه ولكنه عقد معلول فاسد في نظر الأحناف، وعند الجمهور لا ينعقد بالجملة[2].

والشرط يختلف عن السبب لأن السبب يرتبط به العقد وجودا وعدما بخلاف الشرط الذي هو مرتبط به من جهة العدم فقط فالعقد الصحيح سبب لحل المعاشرة في الزواج وبانعدامه ينعدم الحل، وأما الإشهاد فهو شرط قد يتحقق وجودا ولا يوجد العقد ولكن بانعدام الشهادة ينعدم العقد.

---

[1]- لمطاعي نور الدين؛ شروط العقد(رسالة ماجستير) ،جامعة الجزائر،كلية الحقوق؛1996 ، ص 20.

[2]-محمد سلام مدكور؛المدخل للفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص524

ج – تمييز الشروط الشرعية الحقيقية عن غيرها:

الشروط باعتبار مصدرها نوعان[1] :

الشروط الشرعية: وتسمى الحقيقية وهي الشروط التي اشترطها المشرع في العقد لتمام وجوده وإنتاجه آثاره ، وهي سنذكرها لاحقا[2].

الشروط الجعلية[3]: وهي شروط مصدر اشتراطها إرادة المتعاقدين وهي أنواع ولها أحكامها مما سنفصله في الفصل الثاني .

الفرع الثاني: أقسام الشروط الشرعية.

أولا:-أقسام الشروط الشرعية باعتبار وجودها في العقد :

أ- الشروط العامة: وهي التي يجب توفرها في كل عقد، منها أهلية العاقدين، وقابلية محل العقد لحكمه، ومشروعية العقد لأنه إذا كان ممنوعا وقع تحت طائلة البطلان، وشروط الصيغة

ب- الشروط الخاصة: وهي الشروط التي يشترط وجودها في بعض العقود دون بعض كاشتراط الشهود في النكاح دون غيره من العقود، واشتراط الشكلية في بعض العقود كاشتراط انعقاد الزواج بألفاظ مخصوصة عند الشافعية[4].

[1]- عمر سليمان الأشقر؛ أحكام الزواج، مرجع سابق، ص 181.

[2]-عبد الله ابراهيم الموسى؛ الشروط العقدية،مرجع سابق. ص59.

[3]- المرجع نفسه، ص280. وانظر :نوارة دري ؛الشروط الجعلية في عقود الزواج (ط:1؛بيروت ،دار ابن حزم؛2009).

[4]- مصطفى الزرقا ؛المدخل الفقهي، مرجع سابق،ج1،ص 425

ثانيا:-أقسام الشروط الشرعية باعتبار الاتفاق والاختلاف فيها:

أكثر الشروط مختلف في وصف شرطيتها بين المذاهب الفقهية وحتى في داخل المذهب الواحد فالولي والمهر والشاهدان وحتى الشهود فكل منها نجد من يصفها بالركنية وغيره يصنفها شروطا حتى القوانين تأثرت بهذا الاضطراب فقانون الأسرة الجزائري11/84 يعتبرها أركانا ثم في القانون المعدل والمتمم 02/05 يعدها شروطا.

ثالثا:-أقسام الشروط الشرعية باعتبار وظيفتها في العقد:

أ- **شروط الانعقاد:** وهي الشروط التي يتوقف انعقاد العقد ووجود أركانه عليها، فإذا فاتت وقع عقد الزواج باطلا، وهي تتعلق بأمور أربعة[1]:

1-شروط الصيغة: من مطابقة الإيجاب للقبول واتحاد مجلسهما، وشروط ألفاظ الصيغة وقد سبق ذكرها.

2-شروط في العاقدين:منها

١- تحقق أهلية العاقدين ولو أهلية ناقصة، حيث ينعقد العقد بها، وتحقق الأنوثة في المرأة والذكورة في الرجل لعدم انعقاد زواج الخنثى أو الزواج المثلي.

٢- الوجود: بحيث يكون العاقدان موجودين.

[1]-محمد مصطفى شلبي؛ أحكام الأسرة مرجع سابق، ص 115.

٣- وأما المحل المعقود عليه فقد تبين لنا سابقا اختلاف فقهاء الشريعة والقانون في حقيقته، ولما كان الاستمتاع وهو المعقود عليه متعلقا وجودا بمحله وهو الرجل والمرأة فكثيرا ما يذكران على أنهما محلا للعقد وشرط الانعقاد في المحل الوجود فحسب.

ب- شروط الصحة: وهي على الإجمال:

1-شرط التأبيد: وذلك يكفي فيه أن تأتي الصيغة مطلقة لأن الزواج في الشرع والعرف يراد به مدى الحياة، وأما التصريح بالتأقيت فهو مبطل للعقد كما سيأتي وأما نية التأقيت ففيها خلاف بين المذاهب[1].

2-شهادة الشاهدين: وسنفصل القول فيها لاحقا لأهميتها.

3-تعيين الزوجين بذكر اسم كل منهما في صيغة العقد لأنه لما كان الزواج عقدا لازما لا يدخله الخيار لا خيار الرؤية ولا خيار الشرط وجب أن يكون العلم بالمعقود عليه بالنسبة للعاقد معلوما علما نافيا للجهالة، وأهمية شرط التعيين تظهر في حالات التغرير بعين الشخص[2] .

4-الرضا والاختيار عند الجمهور شرط صحة وقد تقدم اعتباره ركنا في قوانين الأسرة العربية وعند الحنفية لا يعتبر الرضا في النكاح لا ركنا ولا شرطا[3].

---

[1]- وهبة الزحيلي؛ الفقه الاسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج7، ص62. وانظر :احمد بن موسى السهلي؛الزواج بنية الطلاق.(ط:1؛الطائف: دار البيان الحديثة؛2001)

[2]- المرجع نفسه،ج7، ص 79.

[3]- علي القرة داغي. مرجع سابق، ص 205-230

5-الولي: واشتراطه منصوص عليه في قانون الأسرة وفي كتب المتقدمين من الفقهاء كما أسلفنا.

6-الصداق: ووجوده شرط عند جمهور الفقهاء وتعيينه ليس بشرط لجواز نكاح التفويض.

7-عدم الإحرام بحج أو عمرة: وهو شرط صحة عند جمهور الفقهاء وحجتهم في حديث عثمان أنه قال: ﷺ « لَا يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ ، وَلَا يُنْكَح ، ولَا يَخْطُبُ »[1] وخالف الحنفية فلم يعتبروه شرط صحة[2].

8- يشترط انعدام المانع في الزوجين من الزواج ببعضهما: وذلك كالمانع المؤبد كان تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما مؤبدا بالقرابة أو النسب أو الرضاع أو الشرك، والمانع المؤقت كتعلق حق الغير بالمرأة وهي زوجة الغير والمعتدة.

ج- **شروط النفاذ:** وهي تشترط في العقد الصحيح لتتحقق آثاره وبانعدامها يكون العقد موقوفا مهددا بالفسخ وهي[3]:

1-كمال الأهلية في الزوجين وهو البلوغ عند الفقهاء وفي قانون الأسرة الجزائري بلوغ سن الرشد في المادة 07 ،لأن زواج القاصر موقوف على إجازة وليه فإن أجازه نفذ وإلا بطل، وباشتراط

[1] – رواه مسلم؛ كتاب النكاح،باب تحريم نكاح المحرم، ج2،ص1030 رقم الحديث: 1409

[2]– محمد مصطفى شلبي؛ أحكام الأسرة، مرجع سابق، ص 120.

[3]– المرجع نفسه، ص 120.واحمد الغندور؛ الاحوال الشخصية في التشريع الاسلامي. (ط:1؛الكويت: مكتبة الفلاح؛1972)، ص95 .

توثيق وتسجيل عقد الزواج فإن العقد ينعقد نافذا حتى في من هو دون سن الرشد لأن القاضي هو الموكول إليه الترخيص بزواجه فهي إجازة سابقة بالولاية العامة .

2-أن يكون متولي إنشاء عقد الزواج بعبارته له صفة شرعية تعطيه الحق في إنشائه كأن يتولى الولي عقد زواج المرأة دون إذنها فالزواج موقوف على إذنها وكذا إفتيات الفضولي بإنكاحه الرجل أو المرأة دون.

رابعا: الشروط القانونية المستحدثة في عقد الزواج.

وهي الشروط التي طلبها المشرع القانوني بقواعد آمرة في نص القانون[1].

ويثبت بها الزواج قضاء لا ديانة، ولا شك أنها شروط شرعية واجبة الامتثال لما تقرر في الشرع الإسلامي من جواز تقييد المباح من قبل ولي الأمر، وهذه الشروط مبناها المصالح التي اقتضت تشريعها حتى لا يتجاحد الزوجان الزواج ولتعلق حقوق الغير به (الأولاد) ، وأثر هذه الشروط لا يظهر في صحة العقد أو بطلانه عند إنتفائها وإنما هي شروط لسماع الدعوى قضائيا[2]، ولذلك ورد في قانون الأسرة الجزائري(وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي)[3] وبمقتضى هذه المادة يبقى الباب مفتوحا تسجيل عقود الزواج العرفية المستوفية لأركانها وشروطها ومن هذه الشروط المستحدثة .

[1]- محمد كمال الدين إمام؛الاحوال الشخصية للملسمين مرجع سابق ، ص 130.

[2]- احمد بخيت الغزالي،وعبد الحليم محمد منصور علي؛أحكام الأسرة في الفقه الاسلامي.(ط:1؛الاسكندرية:دار الفكر الجامعي؛2009)، ص 107.

[3]- المادة: رقم 22 من قانون الأسرة الجزائري 02/05

1-اشتراط السن القانوني 19 سنة مناطا لكمال الأهلية و هذا من المشرع رفع للخلاف الواقع في الفقه الإسلامي حول سن البلوغ ومظنته من العلامات.

2- وفي هذا أخذ المشرع برأي بن شبرمة[1] في عدم صحة زواج غير البالغ[2] ويمكن بهذا الشرط التخلص من الأضرار الناجمة عن زواج صغار السن مما يؤيد هذا الاتجاه قول السرخسي(إن مقصود النكاح طبعا هو قضاء الشهوة، وشرعا هو النسل والصغر ينافيهما)[3] وزواج الصغير والصغيرة تكلم فيها الفقهاء بدواعي العرف وأنه رخصة وليس من عزائم التشريع لقوله تعالى :﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ﴾ (النساء: 6).

3-اشتراط السلامة من العيوب والأمراض باستخراج شهادة طبية تفيد ذلك[4]،مع وجوب علم الزوجين بفحواها[5]وهذا بناء على أصل المصلحة المرسلة، وفي هذا حماية للأسرة وهو من النظام العام الذي رعاه المشرع لهذا الأمر متجنبا ثبوت حق الفسخ لكل من الزوجين بالعيوب في الآخر التي قال بها الفقهاء.

4-شرط توثيق وتسجيل عقد الزواج رسميا وبذلك تتم حماية حقوق الزوجين المترتبة على عقد الزواج ويمكن القضاء به على ظاهرة رفع الدعاوى الكيدية المتعلقة بالزواج بإثبات ما ليس

---

[1]- الإمام فقيه العراق عبد الله بن أبو شبرمة (ت144 هـ)، قاضي الكوفة حدث عن أنس بن مالك وأبي الطفيل عامر بن واثلة وهو من الطبقة الخامسة من التابعين وثقه أحمد بن حنبل وأبو حاتم الرازي وكان من أئمة الفروع (الذهبي؛سير اعلام النبلاء،ج،6، ص 347

[2] - احمد بخيت الغزالي،وعبد الحليم محمد منصور علي ؛ المرجع السابق، ص 107.

*- الإمام فقيه العراق عبد الله بن أبو شبرمة (ت144 هـ)، قاضي الكوفة حدث عن أنس بن مالك وأبي الطفيل عامر بن واثلة وهو من الطبقة الخامسة من التابعين وثقه أحمد بن حنبل وأبو حاتم الرازي وكان من أئمة الفروع (الذهبي؛سير اعلام النبلاء،ج،6، ص 347)

[3]- شمس الأئمة السرخسي؛ المبسوط، مرجع سابق ، ج4، ص 112و113.

[1]- أسامة عمر الاشقر؛مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق،(ط:1؛عمان،الاردن:دار النفائس،2000م)،ص83-100.

[5]- المادة، 7 مكرر من قانون الارة الجزائري02/05 .

بحق، وإذا كان الفقه الإسلامي ندب كتابة الدين وهو مال حفظا للحق فحرمة الأبضاع والنسب أعلى وأولى وأوجب للاحتياط لها[1]، وقد عرف التاريخ الاسلامي كتابة عقود الزواج منذ القرن الثالث الهجري توثيقا للحقوق[2].

الفرع الثالث: شرط الولي.

أولا: تعريف الولي.

أ- الولاية لغة : بكسر الواو النصرة ، وبفتح الواو تولي الأمر[3] .

والولي ضد العدو، والولى بسكون اللام القرب والدنو وولي اليتيم والقتيل مالك أمرهما[4].

ب- الولاية اصطلاحا: هي سلطة تثبت بالشرع للشخص يملك بها إنشاء التصرفات والعقود لنفسه ولغيره[5].

ثانيا: التكييف الفقهي والقانوني للولاية.

الولاية: هي في الزواج سلطة يخولها الشرع للرجل في إنشاء عقد زواج نافذ لنفسه أو لغيره[1].

لغيره[1].

---

[1]- محفوظ بن الصغير؛ التشريع المصلحي المعاصر بين النظرية والتطبيق، مجلة البحوث والدراسات،جامعة الوادي الجزائر، عدد:04، جانفي 2007، ص 35-52.

[2]- احمد الشامي؛ التطور التاريخي لعقود الزواج،(ط:لا؛د.لا،م1982)،ص14.

[3]- الأصفهاني ؛ معجم مفردات ألفاظ القران الكريم، مرجع سابق ، ص533.

[4]- القونوي ؛ أنيس الفقهاء، مرجع سابق ، ص144.

[5]- محمد مصطفى شلبي؛ أحكام الأسرة، مرجع سابق. ص 271.

واختلفت كلمة الفقهاء في شأن الولي اختلافا ظاهرا بين الركنية والشرطية ثم بين الذين قالوا باعتبار الولي شرطا هل هو شرط صحة أم شرط كمال ونفاذ؟

وجمهور الفقهاء على أن الولي شرط واجب في صحة الزواج فلا يجوز لامرأة أن تزوج نفسها ولا أن تباشر عقد زواج غيرها، واختلف النقل عن الإمام مالك هل الولي شرط صحة أم شرط كمال[2]؟ غير أن متقدمي المذهب يصرحون بأن الولي شرط صحة في عقد الزواج[3] والمتأخرون اعتبروه ركنا[4]، ومما يرجح كونه شرطا لا ركنا عند المالكية نقل ابن عبد البر عن القاضي إسماعيل[5] (فإن نكحت من غير ولي فسخ النكاح فإن دخل بها وفات الأمر وطول الزمن والولادة لم يفسخ لأنه لا يفسخ من الأحكام إلا الحرام البين فأما ما يجتهد فيه الرأي وفيه الخلاف فلا يفسخ)[6]، وخالف الحنفية فاعتبروا الولي شرط نفاذ فيصح من المرأة أن تزوج نفسها وغيرها بعبارتها.

---

[1]– المرجع السابق ، ص272.

[2]– محمد بن رشد؛ بداية المجتهد، ج 4 ، ص214– 215

[3]– أبو الحسن اللخمي؛ التبصرة ، تحقيق احمد عبد الكريم نجيب ج4.(ط:لا، قطر، اصدار وزارة الاوقاف،لا:ت) ، ص1773 .والقاضي عبد الوهاب ، المعونة،مرجع سابق.ج2،ص 727

[4]– الدسوقي؛ الشرح الكبير، مرجع سابق.ج3،ص 14 . و ابي عبد الله محمد ابن فرحون؛ المسائل الملقوطة من الكتب المبسوطة ، تحقيق جلال علي القذافي(ط:1؛بيروت،دار ابن حزم،2003)، ص 133.

[5]- إسماعيل بن إسحاق بن إسماعيل بن محدث البصرة حماد بن زيد بن درهم الأزدي ، مولاهم البصري ، المالكي (ت282)، قاضي بغداد ، أخذ الفقه عن أحمد بن المعذل ، وطائفة ، وصناعة الحديث عن علي بن المديني ، وفاق أهل عصره في الفقه وصاحب التصانيف، له كتاب أحكام القرآن لم يسبق إلى مثله وكتاب المبسوط في الفقه.(شجرة النور الزكية،ص65).

[6]– ابن عبد البر؛ الاستذكار،تحقيق ،سالم محمد عطا و محمد علي معوض. ج5،(طك1؛بيروت: دار الكتب العلمية، 2000)، ص395.

وبالرجوع الى قانون الأسرة الجزائري 11/84 نجده اعتبر الولي ركنا[1] ثم يرجع فيعتبره شرط صحة[2] إذ يثبت الزواج بعد الدخول مع إنعدام الولي ، وهذا التناقض تداركه القانون المعدل والمتمم 02/05 حيث اعتبره شرطا (يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزوج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج)[3] ثم هو يجعل وجوده شكليا يقتصر على حضور مجلس العقد لأن المرأة بنص المادة هي طرف عاقد (تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره)[4]، ونلاحظ حتى من صفة الولي فإنه يستطيع أن يكون (أي شخص) فأصبح من الناحية الفعلية لا مركز قانوني للولي. ثم يتناقض المشرع فيفسخ الزواج قبل الدخول بانعدامه حيث نص (إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل)[5]، وعبارة (ولي في حالة وجوبه) لا نجد لها محلا في مواد القانون نفسه إذ لا توجد حالة يجب فيها الولي مع وجود عبارة المادة 11 (تعقد المرأة الراشدة زواجها) فمنطوقها أن عقد الزواج ينعقد بعبارتها لا بعبارته، وأما الشخص القاصر فهو يتزوج بولاية القاضي[6] .

[1]– المادة 09 ، قانون الأسرة الجزائري 11/84

[2]– المادة 32 و33 ، قانون الأسرة الجزائري 11/84

[3] – المادة 09 مكرر، قانون الأسرة الجزائري 02/05

[4]– المادة 11 ، قانون الأسرة الجزائري 02/05

[5]– المادة 33 ، قانون الأسرة الجزائري 02/05

[6]– المادة 07 والمادة 13 ، قانون الأسرة الجزائري 02/05

وخلاصة تحليل تناول المشرع الجزائري للولي في عقد الزواج أنه جعله شرطا وفسخ الزواج قبل الدخول عند انعدامه ثم جعل وجوده شكليا فلا يعتد بعبارته ولا برضاه وقد يكون أي شخص و هذا تناقض ينبغي معالجته فهو هنا لا سند له في الفقه الإسلامي حيث خالف الجمهور والحنفية جميعا.

وأما المشرع المغربي في مدونته فقد اعتبر الولي شرطا (يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية : .. ولي الزواج عند الاقتضاء)[1] وكلمة الاقتضاء تعني حالة الزوج القاصر ويصرح في (الولاية حق للمرأة تمارسه الراشدة حسب اختيارها ومصلحته)[2] و(للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها)[3] وهو قريب من موقف المشرع الجزائري ولكنه أكثر وضوحا في الصياغة غير أنه ها هنا قصر الولاية على الأب والأقارب فقط، وأما رضا الولي أو عبارته فلاعتبار لهما في القانونين معا.

ثالثا: صفة الولي.

الولي في الفقه الإسلامي نوعان : ولي خاص وولي عام[4]، فأما الخاص فهم العصبة على ترتيب مختلف فيه بين المذاهب والغالب فيه هو ترتيبهم في الميراث، ومنع جمهور الفقهاء الولاية في ذوي الأرحام واعتبرهم الأحناف أولياء شرعا بعد العصبة وهم كالخال والجد

[1]- المادة 13، مدونة الأسرة المغربية،2010

[2]- المادة 24 ، مدونة الأسرة المغربية،2010

[3]- المادة 25 ، مدونة الأسرة المغربية،2010

[4]- بدران أبو العينين ؛ الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص135 .

للأم وأما في قانون الأسرة الجزائري 02/05 فكل إنسان يصلح أن يكون وليا للمرأة ذكرا أو أنثى لأن عبارة (أي شخص تختاره) يشملهم جميعا وإنما الأب والأقارب بصيغة العموم الذي يشمل العصبة وذوي الأرحام فتقدمهم في الرتبة أولوية أدبية ، وليس حقا واجبا بدليل أداة (أو) في نص المادة 11 منه .

رابعا: مركز الولي في عقد الزواج.

مركز الولي في عقد الزواج مسألة أثارت جدلا فقهيا وانقساما مذهبيا كبيرا قال الماوردي[1] (أن تنفرد المرأة بالعقد على نفسها من غير ولي اختلف الفقهاء فيه على ستة مذاهب)[2].

- **مذهب جمهور الفقهاء:** جعلوا الولاية في الزواج أصلا يفسخ بانعدامها قبل الدخول وبعده ثم اختلفوا في ما دون ذلك من تفاصيل الولاية فأما من حيث وجوب وجوده في العقد فمتفق عليه، ومن المعاصرين من يراه مستحبا باعتبار المرأة تملك الشخصية القانونية الكاملة[3]،

[1]– هو أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري الماوردي (450 – 364 هـ) قاضي قضاة آخر الدولة العباسية، الفقيه الحافظ، من أكبر فقهاء الشافعية من أهم مؤلفاته: كتاب الحاوي الكبير، في فقه الشافعية في أكثر من عشرين جزءًا،وكتاب أدب الدنيا والدين والأحكام السلطانية.

[2]–أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري الماوردي (450 هـ)؛ الحاوي الكبير،تحقيق علي محمد معوض وعادل احمد عبد الموجود .ج 9،(طك1؛بيروت،دار الكتب العلمية؛1994) ، ص 38.

[3]عبد الحليم ابو شقة، تحرير المرأة في عصر الرسالة، مرجع سابق ،ج2،ص 164

ولكن هل المعتبر من وجوبه إذنه أم مباشرته للعقد أم هما معا وفي هذا تفصيل واحتج كل طرف بالكتاب والسنة والآثار نذكر من ذلك مع الاختصار[1] .

أ- من القرآن الكريم:

1-قوله تعالى ﴿ وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَـٰمَىٰ مِنكُمۡ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنۡ عِبَادِكُمۡ وَإِمَآئِكُمۡۚ ﴾ (سورة النور 32)

والخطاب هنا للأولياء فدل بمفهوم المخالفة أن ليس للنساء ان يزوجن أنفسهن .

2- وقوله تعالى﴿فَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحۡنَ أَزۡوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوۡاْ بَيۡنَهُم بِٱلۡمَعۡرُوفِۗ﴾(سورة البقرة 232)

وفي جواز أن تباشر النساء العقد انتفاء العضل لزوال الحاجة إلى الأولياء والآية نزلت في معقل بن يسار حين عضل أخته أن ترجع الى زوجها .

ب - من السنة :

حديث عَائِشَةَ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، قَالَ : (أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ ، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا ، فَإِنِ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ)[2] .

1-عوض بن رجاء العوفي؛ الولاية في النكاح ،ج2،(ط:1؛المدينة المنورة،الجامعة الإسلامية،؛2002)،ص64

2- الترمذي؛ كتاب النكاح،باب ماجاء لانكاح الا بولي،ج3،ص399 رقم 1102. قَالَ أَبُو عِيسَى :الترمذي :هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ.

2-حديث أَبِي هُرَيْرَةَ ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : (لَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ ، وَلَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا ، فَإِنَّ الزَّانِيَةَ هِيَ الَّتِي تُزَوِّجُ نَفْسَهَا)[1].

ج – من الآثار:

قول عمر رضي الله: (لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان)[2]، وروي عن عمر أنه جلد امرأة تزوجت من غير إذن ولي[3]، قال ابن المنذر : (أنه لا يعرف عن أحد من الصحابة خلاف ذلك)[4]وقال ابن العربي(وما جرى قط في السلف ولا في الخلف أن امرأة باشرت نكاحها)[5].

د – القياس: أن الشبهة في النكاح بغير ولي أقوى لتردده بين حظر الزنا وإباحة النكاح[6] فيمنع سدا للذريعة.

- مذهب الأحناف: وقولهم عدم اشتراط الولي في عقد الزواج حيث ينعقد بعبارة المرأة وإن كان يعتبر رضا الولي شرط نفاذ في الزواج بغير الكفء واحتجوا بالنصوص والآثار من ذلك:

1- ابن ماجه ،كتاب النكاح،ج1،ص606 رقم1882 ؛ والدارقطني في السنن،ج1،ص 325 رقم3536 ،و ابن الجوزي في التحقيق في مسائل الخلاف مرفوعا رقم 1694 والصحيح وقفه على ابي هريرة(ماصح من آثار الصحابة في الفقه،زكريا بن غلام قادر الباكستاني،ج3،(ط:1؛جدة،دار الخراز،2000)،ص992 .

2 –مالك؛ الموطأ، بتحقيق احمد شاكر، باب استئذان البكر والأيم في نفسها،ج2،ص525، رقم 1915زكريا بن غلام قادر الباكستاني ،ما صح من آثار الصحابة في الفقه، ،ج3،(ط:1؛جدة،دار الخراز،2000)،ص993

3- رواه البيهقي،ج7،ص111، والدارقطني،ج3،،ص225 ، وارواء الغليل،ج6،ص249

4- ابن المنذر ؛ الاوسط في السنن والاجماع والاختلاف، مرجع سابق،ج8،ص 298.

5-ابوبكر بن العربي؛ القبس، تحقيقمحمد عبد الله ولد كريم.(ط:1؛بيروت: دار الغرب الاسلامي،1992)، ج2،ص 689

6-الماوردي؛ الحاوي الكبير، المرجع السابق ،ج 9، ص48 .

أ- من القرآن الكريم:

1- قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ ۗ ذَٰلِكَ يُوعَظُ بِهِۦ مَن كَانَ مِنكُمْ يُؤْمِنُ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ ۗ ذَٰلِكُمْ أَزْكَىٰ لَكُمْ وَأَطْهَرُ ۚ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴿٢٣٢﴾ البقرة: 232

حيث أسند الله النكاح إلى النساء إضافة الفعل إلى الفاعل ونهى عن منعهن فيحمل اللفظ على الحقيقة المقدمة على المجاز والنكاح هو العقد في عادة المشرع في خطابه.

2-قوله تَعَالَىٰ:﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِىٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۗ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴿٢٣٤﴾ ﴾ (سورة البقرة :234) و الزواج فعل معروف والآية صريحة في إطلاق الجواز للمرأة أن تزوج نفسها .

ب- من السنة:

1- حديث بن عباس رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال:(الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا ، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا ، وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا)[1]، قال القاضي عياض (واختلفوا في قوله (أحق من وليها) هل هي أحق بالإذن فقط أم بالإذن والعقد على نفسها؟ فعند الجمهور بالإذن فقط وعند هؤلاء بهما جميعا)[2] وفي الحديث حجة لمن صحح عقد المرأة بعبارتها

[1]- مسلم ؛ كتاب النكاح ، باب استئذان الثيب بالنطق .رقم2553 .

[2]- النووي؛ شرح صحيح مسلم ، ج9 ، ص208 .

بشرط إذن الولي، فمنطوقه بطلان عقدها إذا لم يأذن لها وليها ومفهومه أنه إذا أذن فعقدت بعبارتها كان عقدها صحيحا[1].

2- حديث أم سلمة رضي الله عنها:(أنها لما بعث النبي ﷺ يخطبها قالت ليس أحد من أوليائي شاهدا فقال رسول الله ﷺ ليس احد من أوليائك يكره ذلك فقالت لابنها يا عمر قم فزوج رسول الله ﷺ فزوجه) [2] ووجه استدلال الحنفية به انها صرحت بغياب أوليائها ومن ثم فهي زوجت نفسها واحتج به المالكية في إثبات ولاية الابن ورد الجمهور بأن زواجها انعقد بالولاية العامة الثابتة لرسول الله ﷺ مع غيبة الولي الخاص، واعتذار أم سلمة بغياب أوليائها دليل على أنهم كانوا يدركون أن المرأة لا تتولى عقد زواجها بنفسها والمقام مقام بيان ولا يجوز لرسول الله ﷺ تأخير البيان عن وقت الحاجة إذ لو كان لها ذلك لبينه.

ج- القياس:

واحتجوا بصحة تصرفات المرأة في سائر العقود مع مباشرتها بنفسها ونفسها اشرف من مالها فمن باب أولى صحة عقد زواجها بعبارتها وقالوا عقد الزواج عقد على منفعة ولما كان جائزا توليها عقد الإجارة مطلقا جاز توليها عقد زواجها لأنه من أفراد النوع، ونقض الجمهور

[1]- القرافي؛ الفروق،مرجع سابق،ج3،ص137

[2]- النسائي؛ السنن ،كتاب النكاح،باب إنكاح الابن أمه رقم ، والبيهقي ؛ السنن الكبرى ، كتاب النكاح ،باب الابن يزوجها إذا كان عصبة لها من غير البنوة، ج6،81 ،محمد بن على الشوكاني ؛ نيل الأوطار، ج 6،(ط:لا،بيروت،دار الجيل ؛لا:ت) ص 124 .

هذا الاحتجاج بأن عقود البيع والإجارة قاصرة الأثر على المرأة والزواج يتعدى أثره الى أهلها[1].

ترجيح :

ويتلخص أن مسألة الولي تعارضت فيها النصوص وهي محتملة في دلالتها وحتى في أسانيد الأحاديث جدل في تصحيحها، قال ابن رشد[2] :(وسبب اختلافهم أنه لم تأت آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح ، بل الآيات والسنن التي جرت العادة الاحتجاج بها عند من يشترط بها كلها محتملة وكذلك السنن التي يحتج بها من يسقطها هي أيضا محتملة في ذلك)[3]، وقال الزيلعي[4]:(وقد رووا –المشترطون للولاية – في كتبهم أحاديث كثيرة ليس لها صحة عند أهل النقل حتى قال البخاري وابن معين لم يصح في هذا الباب حديث)[5].

1- محمد فتحي الدريني؛ بحوث مقارنة. ج1 ،(ط:1؛بيروت،مؤسسة الرسالة؛1994)، ص94 .

2- هو أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن أحمد بن رشد (520هـ- 595 هـ) اشتهر باسم ابن رشد الحفيد فيلسوف و طبيب و فقيه و قاضي و فلكي و فيزيائي أندلسي يعد ابن رشد من أهم فلاسفة الإسلام تولّى ابن رشد منصب القضاء في أشبيلية، وله كتب كثيرة وأشهرها :كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد في الفقه كتاب مناهج الأدلة في العقيدة كتاب تهافت التهافت الذي كان رد ابن رشد على الغزالي في كتابه تهافت الفلاسفة و كتاب الكليات في الطب.(شجرة النور الزكية،ص 136).

3- ابو الوليد محمد ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، مرجع سابق،ج4 ، ص215

4- هو عثمان بن علي فخر الدين أبو عمر الزيلعي،(ت743) الصوفي الفقيه الحنفي، قدم القاهرة سنة 705، فدرَّس، وأفتى كان مشهورا بمعرفة الفقه، والنحو والفرائض، شرح كتاب "كنز الدقائق" .

3- فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي؛ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق،ج2،(ط:1؛مصر:المطبعة الأميرية،بولاق،1314)، ص117.

ويقول ابن رشد (الذي يغلب على الظن أنه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لبين جنس الأولياء ومراتبهم وأصنافهم فإن تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز وكان عموم البلوى في هذه المسألة يقتضي نقل اشتراط الولاية منه ﷺ متواترا أو قريبا منه)[1] .

ومن هنا نستنتج أن مركز الولي في الزواج هو من باب الاجتهاد الفقهي وليس في ذلك نصوصا دلالتها قطعية تثبته أو تلغيه وإن كان وجوده معتبر عند عامة الفقهاء حتى الأحناف والخلاف هل يتوقف وجود العقد أم نفاذه على الولي وما أثر ذلك، فمهما اختار المشرع من رأي فقهي في هذه المسألة فالأمر فيه سعة.

ومن باب أولى تجاوزت كل التشريعات العربية ولاية الإجبار التي ذكرت في الفقه الإسلامي، والحقيقة أن الإجبار عند القدامى ورد على سبيل الاستثناء إذ الأصل في الولي أن يكون غير مجبر والولي المجبر الأب فقط عند جماهيرهم والجد أضافه الشافعية وذلك لعلة الشفقة والحرص على تحقيق مصلحة ابنته ورعايتها وتضرره مما يشينها ويضرها، وهذا الاستثناء معلول عندهم بالخوف من فوات الكفء وهي مصلحة مرتبطة بالعرف وسن الزواج، وتحريم العضل من الولي مؤيد من المؤيدات في نفي ولاية الإجبار في الأصل ولما كانت التشريعات العربية ومنها التشريع الجزائري أخذت برأي ابي بكر الأصم وابن شبرمة[2] في أنه لا يصح زواج من هو دون البلوغ لقوله تعالى﴿ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ ﴾(سورة النساء :6)

[1]– ابو الوليد محمد ابن رشد ؛ بداية المجتهد، مرجع سابق ، ج4 ، ص223 .

[2]– احمد بخيت الغزالي وعبد الحليم محمد منصور علي؛ أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص84 .

إذ ربطت الآية النكاح بالبلوغ، وبذلك فلا مجال للحديث عن ولاية الإجبار كما أن عامة نصوص السنة فرقت بين البكر والثيب في كيفية الإذن واستفادته وليس في الإجبار وعدم الإجبار، يقول الشوكاني[1] مؤكدا هذا المعنى:(والأحاديث في هذا الباب- الولاية – كثيرة وهي تفيد أنه لا يصح نكاح من لم ترض بكرا كانت أم ثيبا)[2] علما بأن الإجبار ساقط عن المعنسة والمرشدة والسفيهة[3] عند المالكية وروى ابن وهب[4] أن المعنسة سنها ثلاثون الى خمس وثلاثين سنة[5] والإجبار عندهم ليس قاصرا على الإناث بل هو لعلة الصغر شامل للذكور والإناث.

خامسا: مباشرة الولي الأبعد للعقد دون الأقرب.

أكثر الفقهاء لا يجيزون تقديم أحدا من الأولياء على الأب (المجبر) ولا يصح إن وقع فيفسخ أبدا إلا أن يحكم به ولي الأمر، وموقف المالكية أنه إذا زوج ولي أبعد مع وجود ولي أقرب منه صح النكاح بشرط أن لا يكون الأقرب أبا، فهم يشترطون وجود الولي في العقد سواء كان وليا خاصا أو عاما أقرب أو أبعد وهذا لأن تقديم الأقرب هل هو من باب أولى أم

---

[1]- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، أحد أبرز علماء أهل السنة والجماعة وفقهائها، ومن كبار علماء اليمن ولي قضائها ومات حاكمًا بها في سنة 1250هـ من كتبه: فتح القدير في التفسير ونيل الاوطار في الحديث وإرشاد الفحول في الأصول.

[2]- الشوكاني. نيل الاوطار،مرجع سابق ،ج6 ، ص123.

[3]- ابي محمد عبد الله بن عبد الحكم بن أعين المالكي، المختصر الكبير، تحقيق احمد بن عبد الكريم نجيب،(ط:1؛القاهرة: منشورات مركز نجيبويه،2011).ص189

[4]- هو أبو محمد الفهري مولاهم عبد الله بن وهب بن مسلم الفقيه المالكي المصري، لزم الإمام مالكاً أكثر من عشرين سنة، من مصنفاته جامع ابن وهب توفي سنة 197 هـ (شجرة النور الزكية؛ص25)

[5]-القرافي ،الذخيرة، مرجع سابق، ج4،ص217

من باب أوجب؟[1]، والقاعدة أن الولاية الخاصة مقدمة على الولاية العامة، فلو زوجها الأجنبي مع وجود الأقرب جدا فيه خلاف عند المالكية ومرجع النظر إلى الإمام يفسخ أم لا بل أمضاه بعضهم دون فسخ، وتعليلا لذلك قال أبو الحسن اللخمي[2]:(لم يختلفوا أن النكاح صحيح لم يتعلق به فساد – عند تقدم الأبعد عن الأقرب – وإنما اختلفوا هل يتعلق به حق آدمي أم لا فإن كانت المرأة لا قدر لها مضى نكاح الأبعد قولا واحدا)[3] والأحناف يرون أن المرأة إن نكحت غير كفء فنكاحها موقوف على إذن الولي ويشبه أن يكون تزويج الأبعد عند أكثر الفقهاء مقبولا وإنما اختلافهم في الحالات ، فابن حزم يقول: (وأما البكر فلا يزوجها إلا وليها وأما الثيب فتولي أمرها من شاءت من المسلمين ويزوجها)[4]، واختلف النقل عن مالك في تزويج المرأة بولاية الإسلام مع وجود ولاية النسب، فقال مرة باطل ولا مقال للولي وقال مرة صحيح فيه حق الآدمي وهو الولي فيجيز أو يرد[5].

وهنا نجد المشرع الجزائري له مستند في الفقه الإسلامي في قبول ولاية الأبعد مع وجود الأقرب إلا في حالة (أي شخص).

1- ابي محمد عبد العزيز بن بزيزة التونسي، روضة المستبين؛ شرح التلقين،تحقيق عبد اللطيف زكاغ.ج2، (ط:1؛ بيروت، دار ابن حزم؛ 2010م)، ص732 .

2- أبو الحسن علي بن محمد اللخمي الربعي القيرواني من فقهاء المذهب المالكي (ت478) كان رئيس الفقهاء في عصره، وأحد الأربعة الذين اعتمدهم خليل في مختصره له كتاب التبصرة في الفقه 13 مجلد(شجرة النور الزكية؛ص117).

3- ابو الحسن اللخمي؛ التبصرة، مرجع سابق، ج3 ، ص53.

4- أبو محمد علي ابن حزم؛ المحلى. ج9 ،(ط:لا؛بيروت،دار الكتب العلمية، لا:ت)، ص455.

5- أبو الحسن اللخمي ؛ التبصرة، مرجع سابق،ج3 ، ص1846 .

سادسا: اشتراط الولاية مصلحة للمرأة أم لوليها.

اختلف الفقه الإسلامي هل الولاية حق للمرأة أم لوليها؟ ينسب الى المالكية أن الولاية حق للولي وقيل هي حق للمرأة ويرى الشافعي ومحمد بن الحسن من الحنفية أنه حق مشترك بينهما فلا يتم العقد إلا بتلك المشاركة ولا فرق بين الشافعية والحنفية في هذا إلا أن الحنفية اعتدوا بعبارة المرأة في العقد وهي عند الشافعية ملغاة، ونجد المشرع الجزائري لم يلتفت إلى هذه الجزئية في حين المدونة المغربية نصت صراحة على أن الولاية حق للمرأة.

سابعا: الحكمة من تشريع الولي.

إنما أشترط الولي في النكاح احتياطا للمرأة و دفعا للضرر عنها والعار بالأولياء حين تزوج نفسها من غير كفء فيكون تصرفها مفسدة متعدية الى الغير[1] إذ عقد الزواج يفارق بقية العقود في هذا كون النسب والمصاهرة تتعلق بغير العاقدين ، و الزواج عند الأولياء مصدر الفخار أو العار،وهذا الاعتبار موجود في القانون يقول السنهوري(واستقرار التعامل قد يقضي أن ينصرف أثر العقد لمن لم يكن طرفا فيه والعدالة قد تقضي أن يكون للغير دعوى مباشرة في عقد لم يكن طرفا فيه – اذا تضرر منه)[2] وهذا هو المركز القانوني للولي عند الأحناف إذ له الحق بالاعتراض عند تزوجها غير الكفء أو بأقل من مهر المثل.

[1]– ابي عبد الله محمد بن ابراهيم البقوري ؛ ترتيب فروق القرافي،تحقيق الميلودي بن جمعة والحبيب بن طاهر .(ط:1،بيروت، مؤسسة المعارف .2003)،ص 319،

[2]– السنهوري؛ مصادر الحق، مرجع سابق. ج2 ،ص52.

وتعليل وجوب الولاية بالصغر عند الحنفية أو بالصغر والبكارة عند المالكية لأن البكر والصغيرة أقل خبرة وأدعى أن تتعجل في أمرها فتتزوج غير الكفء ولحفظ حيائها من مباشرة عقدها ، ومما يدلل على أن علة وجوب الولي هي مراعاة مصلحة المرأة وليس وصف الأنوثة فيها أن الزانية البكر لا تجبر لذهاب حياءها[1].

الفرع الرابع: الشهادة في الزواج

اولا:تعريفها .

أ –لغة: الشهادة مصدر. أصله شَهِدَ، كَعَلِمَ، ومعناها يدور على حضور وعلم وإعلام[2].

ب –اصطلاحا: الشهادة الإخبار بما قد شوهد او الاخبار بحق الغير بلفظ خاص[3]

ثانيا: مشروعية الشهادة في النكاح.

أ- من السنة:

1-حديث عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، قَالَتْ: (قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : أَعْلِنُوا النِّكَاحَ ، وَاجْعَلُوهُ فِي الْمَسَاجِدِ ، وَاضْرِبُوا عَلَيْهِ بِالدُّفُوفِ ، وَلْيُولِمْ أَحَدُكُمْ وَلَوْ بِشَاةٍ)4.

[1]- خليل بن اسحاق ، التوضيح ، مرجع سابق، ج3،ص513

2- ابن فارس،معجم مقاييس اللغة،ج3،ص221

[3]-محمود عبد الرحمن عبد المنعم؛ معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، مرجع سابق.ج1، ص346

[4]- ابن ماجه، السنن ؛ باب إعلان النكاح، ج3،ص90 رقم1895 ؛ والترمذي، باب ما جاء في إعلان النكاح، ج2، ص390، رقم1089

2-عن عائشة رضي الله عنها ان رسول الله ﷺ قال(لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ)[1]

3-حديث ابْنِ عَبَّاسٍ أَنّ النَّبِيَّ ﷺ ، قَالَ : الْبَغَايَا اللَّاتِي يُنْكِحْنَ أَنْفُسَهُنَّ بِغَيْرِ بَيِّنَة)[2].

4-ومن السنة الفعلية ما نقله ابن المنذر[3] على (أن النبي ﷺ تزوج صفية من غير شهود)[4]

ب- من الآثار:

روى أن علي زوج ابنته من عمر ولم يشهد، كما روي عن ابن الزبير وابن عباس.[5]

القياس: وقياسا على البيع والإجارة إذ ليست الشهادة شرطا فيهما.

ثالثا:التكييف الفقهي للشهادة في الزواج.

اختلف الفقهاء في شأن الشهادة فقال المالكية الواجب الإعلان سواء أشهد أم لم يشهد، واعتبروا الشهادة شرط كمال أو شرط نفاذ وترتيب آثار العقد عند الدخول، تستحب عند العقد ولا تشترط، وجمهور الفقهاء على أن الشهادة شرط صحة في الزواج بل جعلها الشافعية

---

[1]- جامع الترمذي ، كتاب النكاح،باب ما جاء في لا نكاح إلا بولي ج3،ص399 رقم الحديث: 1101، قَالَ : وَفِي الْبَاب، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ، وَأَبِي هُرَيْرَةَ ، وَعِمْرَانَ بْنِ حُصَيْنٍ، وَأَنَسٍ. وصححه الألباني في ارواء الغليل ج6،ص 258

2- الترمذي، كتاب النكاح، باب ماجاء لا نكاح الا ببينة، ج3،ص403 رقم الحديث: 1103 قَالَ أَبُو عِيسَى الترمذي : هَذَا حَدِيثٌ غَيْرُ مَحْفُوظٍ لَا نَعْلَمُ أَحَدًا رَفَعَهُ

3-هو ابن المنذر النيسابوري (318-241)هو الحافظ أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر بن الجارود النيسابوري , نزيل مكة من شيوخه البخاري والترمذي وابوحاتم الرازي والربيع بن سليمان قال عنه السبكي(احد أعلام هذه الامة وأحبارها ،كان إماما مجتهدا حافظا ورعا) ، من مصنفاته الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف وكتاب الإشراف على مذاهب أهل العلم.(السبكي؛ طبقات الشافعية،ج2،ص16).

4 - أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري ؛الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف، تحقيق:ياسر كمال.(ط:2؛مصر، دار الفلاح، 2010)،ج8، ص 319

[5]- الماوردي؛ ،الحاوي ،مرجع سابق، ج،ص58،57

ركنا،سواء أعلن أم لم يعلن فأبطلوا العقد بفقدها وأبطل مالك الزواج بالدخول دون إشهاد في المشهور[1].

قال ابن عبد البر[2] (ليس الشهود عند مالك من فرائض عقد النكاح،ويجوز عقده دون شهود وإنما الفرض الإعلان والظهور لحفظ الأنساب)[3]، ولأن ما صح من أخبار جاء في إعلان النكاح وأما في الشهود قال ابن المنذر (لا يثبت في الشاهدين في النكاح خبر)[4]وقال أبو بكر بن العربي(ليس في الشهادة حديث يعول عليه بحال)[5]وهو قول ابن تيمية(واشتراط الإشهاد وحده ضعيف ليس له أصل في الكتاب ولا في السنة)[6]

وأحتج أبو بكر ابن العربي[7] وابن تيمية[8] بأن السلف لم تكن عادتهم تكلف إحضار شاهدين في النكاح.

---

[1]– وابن تيمية،مجموع الفتاوى،مرجع سابق،ج32،ص127 وأبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق،ص53.

2– أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري المعروف بابن عبد البر (368هـ – 463 هـ)إمام وفقيه مالكي ومحدث ومؤرخ أندلسي عدّه الذهبي حافظ المغرب ألف الكثير من التصانيف والكتب في مختلف العلوم ومنها التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد الذي قال عنه ابن حزم :«وهو كتاب لا أعلم في الكلام على فقه الحديث مثله، فكيف أحسن منه؟ » والاستيعاب في معرفة الأصحاب والاستذكار في معرفة مذاهب علماء الأمصار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار(شجرة النور الزكية؛ص119).

3– ابن عبد البر؛ الاستذكار ، مرجع سابق.ج5، ص473.

4– ابن المنذر ؛ الأوسط في السنن والإجماع والاختلاف، مرجع سابق،ج8،ص 317

5– أبو بكر بن العربي؛ عارضة الاحوذي بشرح الترمذي،ج3،ص 11

6– ابن تيمية؛ مجموع الفتاوى، مرجع سابق،ج32،ص127

7– أبو بكر بن العربي ؛عارضة الاحوذي بشرح جامع الترمذي ،ج3،ص10

8– ابن تيمية ؛ مجموع الفتاوى، مرجع سابق،ج32، ص135

ويتحصل لدينا أن الشهادة حتى عند الجمهور عدا الشافعية هي شرط صحة وليست ركنا وحتى الشافعية ترددوا في ركنيتها يقول الغزالي[1] (الشهود وهو شرط وتساهلنا فسميناه ركنا)[2] ولا ينبغي اعتبار عقد الزواج شكليا لاشتراط الشهادة فيه لأن الشكلية في العقود القانونية ركنا.

رابعا:المقصد الشرعي من اشتراط الإشهاد في الزواج.

في كل العقود تشترط الكتابة والشهادة لتوثيق العقد لأجل إثباته وبما اقترن به من شروط عند التنازع،ولكن الشهادة في النكاح باتفاق الفقهاء شرعت لأجل إعلان الزواج وإشهاره، ولهذا استغنى عنها مالك بإعلان الزفاف بما جرى به العرف من ضرب الدف والإطعام، قال ابن تيمية (إن الأمر الشرعي بلزوم الشهود والإعلان في عقد النكاح إنما هو لتمييزه عن السفاح بضرب الدف والوليمة مما يوجب الشهرة)[3] وهذه الشهرة تحفظ الأنساب أيضا قال الماوردي (خالف النكاح سائر العقود في تجاوزه عن العاقدين إلى ثالث هو الولد الذي يلزم حفظ نسبه و خالفهما في وجوب الشهادة لئلا يبطل نسبه بتجاحد الزوجين)[4] .

---

[1]- أبو حامد محمد الغزّالي الطوسي النيسابوري الصوفي الشافعي الأشعري، أحد أعلام عصره في القرن الخامس الهجري وأحد أشهر علماء المسلمين (450هـ 505 – هـ) كان فقيهاً وأصولياً وفيلسوفاً رحل إلى نيسابور ولازم إمام الحرمين أبو المعالي الجويني فدرس عليه مختلف العلوم، من أشهر مؤلفات الغزّالي كتابه إحياء علوم الدين و الوسيط، في فقه الإمام الشافعي .المستصفى في علم أصول الفقه الاقتصاد في الاعتقاد

[2]– ابي حامد محمد الغزالي الطوسي؛ الوسيط في المذهب، تحقيق محمد محمد تامر. ج5 ،(ط:1؛القاهرة:دار السلام للطباعة والنشر،1997)،ص53.

3– ابن تيمية ؛ مجموع الفتاوى ، مرجع سابق.ج32، ص127

4– الماوردي ؛ الحاوي الكبير، مرجع سابق،ج9،ص 64

المطلب الرابع: آثار عقد الزواج.

في هذا الباب اختلاف نظر بين الفقهاء وعند شراح قوانين الأحوال الشخصية في تحديد أنواع آثار عقد الزواج ، ومن ثم نتحدث أولا عن آثار الزواج إجمالا ،ثم نتناول أهما باختصار بحسب الغرض.

الفرع الأول:أنواع آثار العقد.

عقد الزواج غير مشروع بذاته بل هو مشروع ليفضي الى نتائج وآثار مقصودة مطلوبة للعاقدين عند التعاقد وهي من وضع الشارع وترتيبه على إرادتهما، وإذا كان عقد الزواج عقدا إلزاميا والأصل في العقود اللزوم فإن العقد ينتج أثرين أساسين:

أ- الغاية النوعية للعقد: وهو القصد الأعلى منه والذي وضع لأجله ففي النكاح الغاية هي الحل والعقد يثبتها ويرفع الحرمة.

ب- آثار للعقد: هي أحكام والتزامات وتنقسم إلى ثلاثة أنواع:

1- أحكام تنتج عن العقد من قبيل النظام العام، فهي لا تتوقف على إرادة الزوجين أو على تنفيذهما مثل النسب وحرمة المصاهرة ووجوب العدة من الطلاق أو الوفاة والتوارث فيما بين الزوجين وإن كانت تأخذ صورة الحقوق فنقول النسب حق الوالد وهو في نفس الوقت مصلحة للغير الذي هو الولد[1].

[1]- مصطفى الزرقا؛ المدخل الفقهي، مرجع سابق، ج1 ، ص 518 .

2-التزامات وهي حقوق من وجه وواجبات من وجه آخر يحتاج وجودها الى تنفيذ وهي أنواع منها:

3-التزامات يرتبها الشارع تثبت بنفس العقد حقوقا لأحد الزوجين وواجبات على الآخر وهي إما التزامات إيجابية كالقيام بفعل أو سلبية كالامتناع عن فعل، وهي من صميم النظام التشريعي للعقد لا يملك العاقدان تغييرها أو تبديلها وتسمى في الفقه الإسلامي حكم العقد أو مقتضى العقد، وهي تختلف عن موضوع عقد الزواج الذي هو الحل بينما الوطء حق والتزام من مقتضيات العقد، فموضوع العقد يوجد بمجرد انعقاد العقد صحيحا فلا يحتاج إلى تنفيذ أما الالتزامات الأخرى فلأنها تكاليف على شخص لمصلحة آخر فهي تحتاج إلى تنفيذ فلا تتحقق التزامات الزواج كالنفقة والمهر والمعاشرة بالمعروف بمجرد الانعقاد بل لا بد من أن يقوم العاقد بتنفيذها بنفسه[1].

4-التزامات لا يقتضيها العقد بنفسه وإنما تنشئها إرادة المتعاقدين من خلال الاشتراطات وهي التزامات تبعية لا أصلية .

ج- وآثار العقد التي هي التزامات بترتيب المشرع نوعان مادية ومعنوية.

1-فالالتزامات المادية كالمهر والنفقة .

2-والالتزامات المعنوية منها: حق طاعة الزوجة للزوج وحق المعاشرة بالمعروف، وحق الاستمتاع وهو حق مرعي في الشرع إذ اتفق الفقهاء على أنه واجب على الزوج ديانة حتى

[1]- الرشيد بن شويخ ؛ شرح قانون الأسرة ، مرجع سابق،ص143.

يعف زوجته وهو حق للزوج يحرم على الزوجة الامتناع من زوجها بغير عذر للسنن الواردة في هذا، وقضاء اختلفوا في وجه إثبات هذا الحق[1] فمالك أوجبه منعا للإضرار والشافعية لم يوجبوه كحق إحالة على دواعي الطبع[2] وابن تيمية يراه من أوكد حقوق المرأة يجب بالمعروف بقدر حاجتها وقدرته[3].

الفرع الثاني: الصداق.

أولا : تعريف الصداق.

لغة: الصداق بالفتح اسم للشديد الصلب وبكسرها من الصدق[4] .

اصطلاحا: هو المال الذي تستحقه الزوجة على زوجها بالعقد عليها أو بالدخول بها حقيقة[5].

ثانيا : مشروعية الصداق.

ثبتت مشروعيته بالكتاب والسنة والإجماع .

[1]– احمد الغندور؛ الأحوال الشخصية ، مرجع سابق.ص195.

2– ابي حامد محمد الغزالي الطوسي؛ الوسيط في المذهب ، مرجع سابق، ج5،ص285

[3]– فهد بن عبد الرحمن اليحي، اختيارات ابن تيمية،ج 8.(ط:1؛ الرياض: دار كنوز إشبيليا، 2009)، ص503

4– الرازي، مختار الصحاح ،مرجع سابق. ص139

[5]–وهبة الزحيلي؛ الفقه الاسلامي وأدلته ،مرجع سابق،ج7 ، ص251.

1-فمن القرآن الكريم : قَالَ تَعَالَى:﴿ وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا ٤﴾ النساء: 4.

2-ومن السنة : قوله ﷺ :«قالَ فالتَمِسْ وَلَوْ خَاتِماً مِنْ حَدِيدٍ» [1]

3- أجمعت الأمة على وجوب الصداق في الزواج وعلى حرمة التواطؤ على إسقاطه[2].

ثالثا: الحكمة من تشريع الصداق.

شرع الصداق تكريما المرأة وإعلاء لشأنها وتمييزا للنكاح عن السفاح ، والمهر تعلق به حق الله من حيث وجوده وحق المرأة في امتلاكه، وحق الأولياء في أن لا يقل عن مهر المثل وإلا كان للولي حق الاعتراض بطلب الزيادة أو الفسخ[3]، والفقهاء القدامى قاسوا المهر على الثمن في البيع مع ملاحظتهم الفرق الجوهري بينهما يقول القرافي (سر الفرق أن الصداق في النكاح شرط الإباحة والشرط يعتبر ثبوته عند ثبوت المشروط وليس القصد من الصداق المعاوضة ولو كان للمعاوضة لما جاز مع الجهل بالمرأة ومدة الانتفاع) [4]،بل لاحظوا فيه معنى تعبدي يقول المقري(الصداق عند مالك والنعمان ليس بعوض محض، بل هو تعبد لبيان خطر البضع وللفرق بين السفاح والنكاح)[5] ويكفي أن القران وصفه بالنحلة وهي العطية

---

[1]- البخاري، الجامع الصحيح؛ كتاب النكاح ، باب خاتم الحديد،مرجع سابق،ج7،ص 151، رقم5871

[2]- ابو الوليد ابن رشد؛ مرجع سابق، ج4،ص234 .وسعدي أبو جيب؛ موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي.ج2 (ط:2؛ بيروت: دار الفكر،1984)، ص975

3- عبد المجيد مطلوب؛ الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية ، مرجع سابق، ص159

4-القرافي ؛ الفروق ، مرجع سابق،ج3،ص141، الفرق 155،و البقوري ؛ ترتيب الفروق، مرجع سابق.ص324 .

[5]- المقري؛ القواعد ، مرجع سابق،ص298

العطية من غير قصد العوض[1] فكان تنبيها منه سبحانه إلى طبيعة المهر وخصوصيته التي تنافي معنى العوضية عن الاستمتاع لأن المرأة تستمتع بالرجل كما يستمتع بها ولهذا صح نكاح التفويض وهو الذي لم يفرض فيه المهر[2].

رابعا: التكييف الفقهي للصداق.

اتفق الفقهاء على عدم جواز إسقاطه ثم اختلفوا في صفته اختلافا كبيرا، فالشافعية لم يروه ركنا وكذلك الحنفية والحنابلة واعتبروه شرطا وأما المالكية فالقدامى جعلوه شرطا والمتأخرون عدوه في الأركان[3] وابن تيمية عده ركنا[4] ومرجع ذلك لاختلافهم في تصنيف المهر كحق لله أو حق للعبد قال ابن العربي المالكي(اختلف العلماء في الصداق هل هو حق لله أم حق للآدمي، ومذهبنا : أنه حق لله وللآدمي فأما حق الله تعلى فيه فهو أن المتعاقدين لو اتفقا على عقد الزواج من غير صداق لم يجز، وأما حق الآدمي فإنه إذا ترك بعد العقد جاز)[5].

1- عبد الكريم حامدي ؛ مقاصد القرآن من تشريع الاحكام.(ط:1؛بيروت ،دار ابن حزم؛2008)،ص314

2-ابن رشد الجد ؛ المقدمات الممهدات، تحقيق:محمد حجي. ج2، (ط:1؛بيروت: دار الغرب الاسلامي، 1988)، ص468

3- محمد بشير الشقفة ؛ الفقه المالكي في ثوبه الجديد، مرجع سابق ، ج3 ، ص524.

4-ابن تيمية ؛ المجموع،مرجع سابق،ج،ص32

5-ابو بكر بن العربي؛ المسالك في شرح موطأ مالك، مرجع سابق، ج5، ص452

وبعض الفقهاء المعاصرين جعلوه من آثار العقد[1] والمشرع الجزائري في قانون الأسرة 11/84 نص على ركنيته وفي القانون المعدل 02/05 ذكره في الشروط[2]، وكثير من الفقهاء المعاصرين يعتبرونه أثرا وليس شرطا لجواز نكاح التفويض وهو الزواج الذي لا يذكر فيه، ووجهة نظر الذين جعلوه شرطا ما ورد في عدم جواز الاتفاق على إسقاطه فهو من قبيل النظام العام.

خامسا:أثر فساد الصداق على العقد.

قال القاضي عبد الوهاب المالكي(مسألة:هل يفسد النكاح بفساد المهر ،فيه روايتان: إحداهما أنه لا يفسد،وهو قول ابي حنيفة والشافعي،والثانية أنه يفسد، فوجه القول الأول أن النكاح والمهر عقدان ،بدليل أنه يتأخر المهر عن العقد في المفوضة وإذا كان كذلك ففساد أحد العقدين لا يوجب فساد الآخر، ووجه القول الثاني بأنه يفسد العقد قوله تعالى قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ (النساء: 24)، فأخبر أن من شرط الاباحة أن يبتغيها بالمال و لأنه عقد معاوضة..ولأن العوض في النكاح آكد ، بدليل أنه يجب لحق الله تعالى فكان فساد العقد بفساده أولى منه في سائر العقود)[3] والقول الثاني للمالكية(وقالوا النكاح مع المهر في حكم العقدين بل كل ذلك عقد واحد يتناول عوضا ومعوضا عنه، فإذا فسد العوض فسد

[1]– ابو زهرة،الأحوال الشخصية،مرجع سابق،ص169

[2]– المادة 09 مكرر ، قانون الاسرة الجزائري02/05

3–القاضي عبد الوهاب؛ الإشراف على نكت مسائل الخلاف،تحقيق الحبيب بن طاهر.ج2(ط:1؛ بيروت: دار ابن حزم،1999)،ص714

المعوض عنه)[1] وابن العربي يقرر ما يخالف ذلك بقوله (الصداق عقد منفصل عن النكاح بائن عنه في ذاته وأحكامه)[2]،والمالكية يفرقون بين فساد التسمية والجهالة في المهر وبين إسقاطه بالشرط، فالمهر الحرام أو المجهول جهالة فاحشة يفسخ قبل الدخول لا بعده[3] ، وجمهور الحنفية والشافعية والحنابلة يقررون قاعدة لا يفسد النكاح بفساد صداقه[4].

الفرع الثالث: النفقة.

أولا: تعريف النفقة.

المراد بنفقة الزوجة كفاية حاجتها المادية للعيش من طعام وكسوة ومسكن وأثاث وتطبيب مما هو متعارف عليه بين الناس.[5]

ثانيا: مشروعيتها .

ثبتت النفقة بالكتاب والسنة والإجماع :

فمن القرآن الكريم قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ البقرة: 233

2- أبو الحجاج يوسف الفندلاوي؛تهذيب المسالك في نصرة مذهب مالك،ج4.(لا.ط؛المغرب:وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية،1998)،ص48

2-ابو بكر بن العربي؛القبس،مرجع سابق ،ج2،ص690.

4- ابن رشد الجد؛ المقدمات الممهدات،مرجع سابق،ج2،ص485.والمقري، الكليات الفقهية، مرجع سابق، ص128

4- أبو الحسن القدوري الحنفي؛ التجريد،ج4622،9. والغزالي الشافعي،الوسيط ، مرجع سابق،ج5، ص228 .وابن قدامة الحنبلي، المغني، مرجع سابق،ج6، ص386.

5- احمد الغندور؛ الأحوال الشخصية، مرجع سابق ، ص243.

ومن السنة لى الله عليه وسلم حديث جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ، قَالَ: إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم:« وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ، وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ »[1] .

ثالثا:التكييف الفقهي للنفقة .

حكم النفقة الزوجية أنها واجبة على الزوج بمقتضى عقد الزواج الصحيح وهو سبب وجوبها غير أنها لا تستحقها إلا بالدخول أو بالتمكين منه فهي من جملة آثار العقد الصحيح، ولهذا فهي لا تجب بالعقد الفاسد وقد تسقط النفقة بإسقاط الزوجة لها بعد قيام سببها أو بأسباب كالامتناع من الدخول بها والنشوز[2].

وتقديرها يرجع إلى القاضي ومعياره ذلك حال الزوج من حيث اليسار والغنى وقال المالكية وحتى حال الزوجة في ذلك معتبر فنفقة الغنية ليس كنفقة الفقيرة.

الفرع الرابع: تصنيف عقد الزواج في تقسيمات العقود.

أ- **التصنيف العام:** لما كان الزواج عقدا فقها وقانونا فإن النظر الفقهي حاول تحديد نوع هذا العقد وخصائصه من خلال التصنيفات المعهودة في العقود وبذلك وجدنا عقد الزواج تتجاذبه عدة تصنيفات للعقود رغم أن نظرية العقد نشأت قانونا في ظل القانون المدني في إطار المعاملات المالية،وكتب الفقه الإسلامي الحديثة تتعرض لها في نفس الإطار، ومع ذلك نجد

[1]- مسلم ؛ الجامع الصحيح، باب حجة الوداع،ج2،ص 890، رقم 1218.

[2] - عبد المجيد مطلوب ؛ الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، مرجع سابق ، ص186 .

قياس النكاح على البيوع شائع في كتابات الفقهاء[1] وحتى شراح قوانين الأسرة، فمن قبل قال الإمام مالك (النكاح أشبه شيء بالبيع)[2].

فباعتبار المالية جعلوا الزواج عقدا ماليا لاعتبار المهر أحد عوضيه وبذلك عبروا عنه بأنه عقد معاوضة غير محضة فالمعقود عليه وإن كان ليس ماليا فإنه يقابله عوض مالي، وباعتبار شرط القبض صنفوه عقدا لازما تترتب آثاره مباشرة قبل الدخول.

وصنفوه من عقود التمليكات التي مدارها على الأعيان ولا تقبل التأقيت، واختلفوا هل الزواج من العقود الفورية أم من العقود المستمرة؟ فهو من الأولى لأنه يرتب آثاره حالا وهو من الثانية فهو يرتب آثاره مدى الحياة فأشبه من هذا الوجه العقود الزمنية، وصنفه آخرون أنه عقد تمليك منفعة لأن المحل هو المتعة وبذلك هو عقد عمري للزمن فيه اعتبار[3] وهو معدود من العقود التي لا تقبل الفسخ عند الحنفية ولكنه عكس ذلك عند جمهور المذاهب الأخرى[4]، وقسموه باعتبار المشروعية إلى صحيح وفاسد أو باطل على خلاف في الأمر، واختلفوا هل هو من العقود الرضائية لاشتراط رضا العاقدين فيه؟ أم هو من العقود الشكلية لاشتراط الشهادة فيه؟.

[1]– ابن رشد؛ مرجع سابق، ج4، ص 304.

[2]– أبو بكر بن العربي؛ القبس، مرجع سابق،ج2، ص 691.

[3]– احمد بخيت الغزالي؛ وعبد الحليم محمد منصور علي، مرجع سابق، ص 88

[4]– ابن جزي ؛ القوانين الفقهية، مرجع سابق.ص 185.

والحقيقة أن العقود تختلف فيما بينها في الأساس الذي تقوم عليه والموضوع الذي تستهدفه والخصائص التي تمتاز بها والأحكام والآثار التي تنتجها وكل هذا يجعل من الزواج عقدا ذو خصوصية تشريعية ينبغي النظر إليه على أنه عقد مستقل لا على انتمائه لزمر العقود مهما كان معيار تصنيفها وإنما على اعتبار انه عقد منفرد في خصائصه وطبيعته إذ موضوعه الحياة الإنسانية والمحل فيه معنوي، ولخصوصيته نجد الفقهاء يعدون الزوجين عاقدين مرة ومحلا للعقد مرة أخرى، والأولى أن تصاغ له نظرية خاصة قد تشترك مع نظرية العقد من بعض الوجوه ولكن ولاشك أنها ستختلف معها في وجوه.

ب – التصنيف الخاص: عقد الزواج عند فقهاء القانون صفة الشكلية والرضائية من جهة والصفة المدنية والدينية من جهة أخرى ولأهميتهما نتناول خلاصة الجدل القانوني في هاتين النقطتين:

1–عقد الزواج بين الشكلية والرضائية: الزواج في أساسه عقد رضائي يتوقف انعقاده على الإرادة وحدها وهذا مقرر عند جميع فقهاء الإسلام قديما وحديثا[1] واعترف به حتى بعض الغربيين يقول احدهم (إن عقد الزواج في الإسلام هو في قمة العقود الرضائية بين سائر العقود المدنية)[2] ،ولكن إشتراط الشهادة فيه بحيث يبطل الزواج بانعدامها جعل بعض الفقهاء يصفونه بالشكلية ومن هؤلاء محمد ابو زهرة[3] ، والحقيقة أن الشهادة في الزواج شرط

[1]-ممن قال بأن عقد الزواج رضائي: العربي بلحاج وعلي القرة داغي ؛ مبدأ الرضا في العقود.مرجع سابق،ج1،ص179.

[2]- زبير مصطفى حسين؛ الطبيعة القانونية لعقد الزواج،مرجع سابق، ص 279

3– ابوزهرة ؛ الأحوال الشخصية، مرجع سابق.ص57.

صحة لا شرط انعقاد فالشكلية فيه ليست عنصرا جوهريا، كما أن المالكية لا يشترطونها في العقد وإنما هي مطلوبة على وجه الاستحباب، مما يعزز القول بعدم شكلية عقد الزواج[1].

2-عقد الزواج بين الصفة الدينية والمدنية :في الإسلام يتوقف انعقاد الزواج على إرادة الزوجين ولا يشترط انعقاده في المسجد أو حضور إمامه ،وهذا ما يؤكد مدنية عقد الزواج غير أن عادة مجتمعاتنا في إبرام عقد الزواج في المساجد وحضور إمام المسجد مجلس العقد لبس على البعض صفة المدنية للزواج في الإسلام ، والحقيقة أن ذلك راجع للقيمة التي حظي بها الزواج في الإسلام حيث سماه الميثاق الغليظ ،ولتعلق الزواج بذات الإنسان وحياته وهو مكرم مشرف بنص القرآن، وارتقى به إلى مرتبة الاستحباب دون بقية العقود الأخرى ، ولسمو مقاصد الزواج، لكل ذلك كان محل إجلال وتقديس اجتماعي وديني ، وهذا لا ينقص من وصف المدنية فيه لصحة إبرامه بدون تلك الإجراءات.

خلاصة المبحث:

عقد الزواج في بنيته الداخلية موضوعه هو حل المعاشرة والحياة المشتركة بين الزوجين وركنه الأعظم باتفاق هو الصيغة التي تعكس الرضا الذي هو أساس العقد وباقي المقومات من عاقدين ومحل مما لابد منه لوجود العقد شرعا ، غير أن عناصر أخرى أساسية في عقد الزواج كالولى والشهادة والصداق لم يختلف في وجودها وأهميتها في العقد وإنما وقع الخلاف الفقهي في مرتبتها ومركزها التشريعي فيه وهذا انعكس على التشريعات الأسرية وظهر جليا

[1]- زبير مصطفى حسين؛المرجع السابق،ص 277

في تعديلاتها من حيث اعتبار ركنيتها أو شرطيتها وحتى في الصياغة،وعرفنا المهر مثلا مرة يعتبر ركنا ومرة شرطا وفي الفقه الحديث أثر للعقد فحسب.

وعقد الزواج من حيث تصنيفه بين العقود أختلف فيه لخصوصياته التشريعية ، ومفرقته لبقية العقود في بنيته وتكوينه ، ولكنه لا يخرج عن كونه عقدا رضائيا.

المبحث الثاني

عقد الزواج غير الصحيح.

ويتضمن أربعة مطالب هي:

- المطلب الأول : مفهوم البطلان والفساد في القانون والشريعة الإسلامية
- المطلب الثاني: تقسيم الزواج غير الصحيح من حيث البطلان والفساد
- المطلب الثالث: آثار الزواج غير الصحيح (الباطل والفاسد)

المطلب الأول: مفهوم البطلان والفساد في الشريعة والقانون

حماية للعقد الصحيح فإن المشرع يرتب أحكاما وجزاءات على التصرفات التي تخرج العقود من نظامها التشريعي، ولهذا رتب على اختلال نظام عقد الزواج احكاما هي البطلان أو الفساد وكلا الحالتين يدخلان تحت مسمى الزواج غير الصحيح وهو غير المشروع الذي لا ينتج آثاره وأحكامه ولابد من تمييز حالات الزواج غير الصحيح من حيث المفهوم والتكوين والأثر فيما يلي:

الفرع الأول :العقد الباطل

يختلف مفهوم بطلان العقود في القانون عن مفهومه في الشريعة الإسلامية ، وكذلك تقسيماته وأنواعه في الفقه الإسلامي لا نجد ما يقابلها في الفقه القانوني.

أولا:تعريف البطلان.

لغة: الباطل ضد الحق ونقيضه وبطل الشيء إذا سقط وفسد،ويقال في إفساد الشيء وإزالته حقا،ويقال في الشيء لا حقيقة له[1] .

تعريفه اصطلاحا: عرفه الحنفية بأنه (العقد غير المشروع بأصله ولا بوصفه)[2].

[1]–، الراغب الأصفهاني؛ معجم مفردات القرآن الكريم،مرجع سابق،ص 43

[2]– صالح حميد العلي، وباسل محمود الحافي؛ نظرية العقد، (ط: 1؛ دمشق: دار اليمامة ، 2008) ، ص 292.

وعرفه مصطفى الزرقا (بأنه عدم اكتساب التصرف وجوده الاعتباري وآثاره في نظر الشارع)[1].

والبطلان المطلق عرفه فقهاء القانون (بأنه وصف يلحق تصرفا قانونيا معيبا لصدوره مخالفا لقاعدة قانونية تؤدي إلى عدم نفوذه)[2] .

فالبطلان جزاء يوجه الى الآثار التي يراد تحققها لا إلى العقد لكونه معدوما اعتباريا وإن وجد حسيا، ومصدر البطلان هو القانون وحده أو الشريعة وحدها باعتبار أن القواعد القانونية التي مخالفتها توجب البطلان هي من وضع المشرع وهو من قبيل النظام العام[3].

ثانيا: أنواع البطلان فقها وقانونا:

البطلان من النظام العام في القانون وهو حكم وضعي في الشريعة الإسلامية وفي كلا التشريعين هو جزاء عدم مشروعية التصرف لمخالفته نظامه التشريعي ولكن التصرف من حيث عدم مشروعيته هل هو مرتبة واحدة أو مراتب ؟.

[1]– مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي؛ مرجع سابق، ج2، ص41.ومحمود عبد الرحمن عبد المنعم ؛ معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية،مرجع سابق،ج1، ص 388

[2]– هند فالح محمود؛ نظرية البطلان في القانون المدني،(ط:1؛ الإمارات المتحدة: دار الكتاب، 2015) ،ص 46.

[3]– الزرقا ؛ المدخل الفقهي العام، مرجع سابق.ج2، ص 55

أ- أنواع البطلان قانونا:

عرف البطلان عند فقهاء القانون تقسيمات بحسب المدارس الفقهية ونتيجة تطور الفقه القانوني ومن هذه التقسيمات ما اشتهر واستقر ومنها ما هو جديد أو مهجور.

1 - **تقسيم البطلان إلى مطلق ونسبي:** ينقسم البطلان قسمة ثنائية إلى بطلان مطلق وبطلان نسبي وهو التقسيم الأشهر والتقليدي لدى فقهاء القانون، وهناك من يقسمه قسمة ثلاثية إلى المعدوم والباطل مطلقا والباطل بطلانا نسبيا.

التقسيم الثلاثي للبطلان: وتبناه الفقه الفرنسي الذي يرى أن أساس التفرقة هو التمييز بين الأركان التي يتحقق بها وجود العقد وعناصر الصحة فانعدام الركن يوجب انعدام العقد كله واختلاله بحيث يفقد شروط الصحة كفقد المشروعية المستلزمة للمحل أو السبب يؤدي إلى بطلانه بطلانا مطلقا وأما البطلان النسبي فقد جعله فقهاء القانون يختص بالأحوال التي يختل فيها ركن الرضا، والنتيجة ان العقد المعدوم لا يمكن تصوره أو انعقاده وأما الباطل بطلانا مطلقا باعتبار توافر أركانه فله كيان موجود قد يرتب بعض الآثار في بعض الحالات [1] وتعرض هذا التقسيم لنقد شديد لتساوي العقد المنعدم والباطل بطلانا مطلقا في انعدام أثرهما ولظهور هذا التقسيم مع قانون نابليون وعدم وجوده في الفقه الروماني فلعله من باب التأثر بتقسيمات الفقه الإسلامي للعقد الباطل.

[1]- هند فالح محمود ؛ مرجع سابق، ص 103و104

التقسيم الثنائي للبطلان: وهو المعتد عند أكثر فقهاء القانون وعليه سار الفقه الحديث حيث يجعل العدم من جنس البطلان المطلق،وبذلك فالباطل نوعان بطلان مطلق وبطلان نسبي، وأساس التمييز بينهما هو القاعدة التي تهدف إليها القاعدة القانونية والأثر المترتب على التصرف الباطل، فالبطلان المطلق يترتب على مخالفة قاعدة قانونية تتعلق بالمصلحة العامة والبطلان النسبي يترتب على مخالفة قاعدة قانونية تتعلق بالمصلحة الخاصة، ومن ثم فرق فقهاء القانون بين النظام العام التوجيهي الذي يحمي المصلحة العامة في المجتمع والنظام العام الحمائي الذي يتعلق بحماية أحد المتعاقدين في مواجهة الآخر باعتبار البطلان بنوعيه من النظام العام[1].

2 - **تقسيم البطلان إلى كلي وجزئي:** لم يكن يعرف الفقه القانوني إلا البطلان الكلي أو المطلق الذي مقتضاه بطلان التصرف أو العقد بالكلية وانعدام آثاره جملة وذلك لأن اختلال عنصر جوهري في العقد وبطلانه يؤدي بالضرورة إلى سريان البطلان إلى كل العقد إعمالا لمبدأ وحدة العقد، لكن الفقه الحديث رأى قابلية البطلان للتجزئة تبعا لمبدأ تجزئة العقد[2] .

ومن ثم عرف البطلان الجزئي الذي ينشأ بسبب (العيب الذي يشوب العقد ولا يعدمه بالكلية بل يقتصر تأثيره على شق منه فقط فيكون العقد بذلك باطلا جزئيا)[3] ومن ثم إذا

---

[1]- المرجع السابق، ص 109-110

[2] - منصور حاتم محسن ابوخبط، مقال:مبدأ تجزئة العقد، كلية القانون،بابل.

http://law.uobabylon.edu.iq/service_showarticle.aspx?pubid=602

3- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات(ط:1؛الكويت:مطبوعات جامعة الكويت،1998) ،ص19

كان الخلل عرضيا في عنصر غير جوهري وغير مقصود للعاقدين كدافع للتعاقد فإن الخلل يقتصر عليه وحده ولا يسري إلى كل العقد الذي يحتفظ بوصف الوجود الشرعي والصحة الموجبة لآثاره من الالتزامات، ويقتصر البطلان على الجزء المعيب الذي ينعدم بحكم القانون، ويكون حكم القضاء به تقريريا[1].

فالوظيفة الأساسية للبطلان الجزئي هي الإبقاء على الجزء الصحيح من العقد وحمايته بجعله متوافقا مع القواعد القانونية الآمرة يرافقها وظيفة أخرى هي معالجة الخلل الذي أصاب العقد بالتناقض في موجباته[2].

ب – أنواع البطلان في الفقه الإسلامي

جمهور فقهاء الإسلام من مالكية وشافعية وحنابلة يجعلون العقد والتصرف غير الصحيح واحدا سواء سمي باطلا أو فاسدا، لان اختلال العقد في أركانه أو شروط صحته سواء من حيث الأثر حيث لا ينعقد ومن ثم لا يوجد في الاعتبار الشرعي ولا تثبت له مشروعية، وأما فقهاء الحنفية فقد ابتدعوا نظرية الفساد التي هي منزلة بين البطلان والصحة حيث فرقوا بين الانعقاد والمشروعية – وهما وصفان مجتمعان في العقد الصحيح عند الجمهور ومنعدمان في العقد الباطل– فالعقد الفاسد عند الحنفية منعقد وغير مشروع، وأساس

[1]– عبد الحكيم فودة؛ البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة.(ط:2؛ المنصورة، مصر: دار الفكر والقانون؛1999)، ص 166.

[2]-ريما فرج مكي؛ تصحيح العقد .(ط:1؛ لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب،2011)،ص33

التمييز عندهم هو في الآثار التي يمكن أن تترتب على كل من الباطل والفاسد وقابلية هذا الأخير للتصحيح والاعتبار بشروط مخصوصة[1].

ثالثا:أحكام البطلان.

البطلان جزاء يسلطه المشرع على التصرف الذي لم تكتمل عناصره فصار مخالفا في طبيعته لما اقتضاه التشريع، فمن ثم نجد للبطلان علته وطبيعته.

أ- **أساس البطلان وسببه:** أساس البطلان في القانون هو افتقار التصرف أو العقد لعنصر من عناصر وجوده القانوني أو اختلال شرط من شروطه المستلزمة للاعتداد به ويكون منعقدا[2]، وسبب البطلان عند الأحناف مخالفة العقد لنظامه التشريعي في عناصر جوهرية هي الأركان وشروط الانعقاد دون شروط الصحة إذ تتحقق ماهية العقد بدونها، وسبب البطلان عند الجمهور هو مخالفة العقد لنظامه التشريعي مطلقا في عناصر جوهرية أو تبعية[3].

ومن أسباب البطلان في الفقه الإسلامي أيضا وجود المانع و، ولهذا نص المشرع الجزائري على بطلان الزواج لوجود المانع[4].

1- مصطفى الزرقا ؛ مرجع سابق.ج2،ص 701-776 .و فتحي الدريني؛ بحوث مقارنة، مرجع سابق. ج1،ص 183-348

[2]- هند فالح محمود؛ نظرية البطلان، مرجع سابق، ص 61

[3]- عز الدين محمد خوجة؛ نظرية العقد في الفقه الإسلامي، (ط:1؛جدة:مجموعة دلة البركة،1993)ص63-77

[4]-قانون الأسرة الجزائري، المادة 32.

ب- التكييف الشرعي والقانوني للبطلان:

العقد الباطل معدوم ولا يلحقه الفسخ، لأن الفسخ يجري على العقد الصحيح، غير أن في الفقه الإسلامي يتسامحون فيطلقون الفسخ على العقد الباطل يريدون بذلك التنفيذ القضائي لحكم البطلان بالتفريق بين الزوجين، فيكون حكم القاضي تقريري لا إنشائي، والعقد الباطل لا تترتب عنه آثار حسب قاعدة المعدوم شرعا كالمعدوم حسا واستثناءا نجد عقد الزواج الباطل ينتج بعض الآثار كالعدة والنسب والمهر في الدخول به مع عدم العلم بالحرمة وهذا من قبيل النظام العام رتب هذه الآثار على واقعة الدخول مع شبهة العقد، وليس من تأثير العقد الباطل[1].

أما في القانون فالبطلان المطلق الذي يرادف العقد الباطل عند الأحناف لا يحتاج الى حكم قضائي إذ هو بطلان بقوة القانون، ولا تلحقه الإجازة، ولا يصح بالتقادم لأنه عدم ولكن يجوز رفع الدعوى للمطالبة بالبطلان، وفي البطلان المطلق يتراد الطرفان الالتزامات إذا نفذت ويرجعا الى مركزيهما قبل التعاقد حسب قاعدة ما بني على باطل فهو باطل، فيزول العقد بأثر رجعي وهذا غير ممكن في عقد الزواج، ولهذا وجد في القانون في البطلان المطلق حين ينفذ ويحتفظ بكيانه مدة معينة، يخلف تنفيذه مراكز ومصالح جديرة بالحماية

[1]- صالح حميد العلي؛ وباسل محمود الحافي.نظرية العقد، مرجع سابق، ص 292.

وربما كانت هذه المصالح أجدر بالرعاية من المصالح التي يرمي المشرع إلى حمايتها بالبطلان، فحاولت بعض التشريعات أن تجعل لهذه الاستثناءات حلا قانونيا[1].

ج- خصائص العقد الباطل :

1-يبطل العقد بسبب مخالفته لنظامه التشريعي في ناحية جوهرية كانعدام ركن أو مقوم أساسي من مقومات العقد كانعدام الأهلية أو اختلال شروط الانعقاد أو وجود مانع للانعقاد كوصف المرأة بالحرمة المؤبدة أو المؤقتة[2].

2- لا يعتبر العقد الباطل منعقدا شرعا فهو والعدم سواء حسب قاعدة المعدوم شرعا كالمعدوم حسا.

3- يجوز لكل ذي مصلحة التمسك ببطلان العقد والمحكمة تحكم ببطلانه من نفسها وللنيابة تحريك دعوى الإبطال رعاية للنظام العام[3] .

4- العقد الباطل لا يقبل الإجازة لأنها تلحق الموجود لا المعدوم.

5-العقد الباطل لا يحتاج إلى فسخ ولا يحتج به أمام القضاء.

6-الباطل لا يسري عليه التقادم.

---

[1]- منصور حاتم محسن؛ فكرة تصحيح العقد.(ط:لا؛القاهرة،دار الكتب القانونية؛2010) ص130

[2]- محمد أحمد سراج؛ نظرية العقد،مرجع سابق، ص 170-172.

[3]- الرشيد بن شويخ ؛ دروس في نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص 107-108.

الفرع الثاني:العقد الفاسد.

العقد الفاسد إختراع حنفي لا يوجد ما يقابله في الفقه القانوني، وهم يقولون به في المعاملات دون العبادات، فهل يقولون به في النكاح؟ وما موقف الجمهور من ذلك؟

أولا: تعريف العقد الفاسد.

أ- لغة: الفساد هو تغير الشيء عن الحال السليمة فهو ضد الصلاح[1].

ب -اصطلاحا:عرفه الأحناف(بأنه العقد غير المشروع بوصفه لا بأصله)[2] وللتمييز بين عدم مشروعية أصل العقد من عدم مشروعية وصفه ينظر إلى مقومات العقد(الركن والعاقدان والمحل والموضوع) ، وشروط الانعقاد فإن تعلق بأحدها الخلل أو النهي فالعقد غير مشروع بأصله وإن تعلق بشروط الصحة أو بوصف اقترن بالعقد فيقتضي عدم مشروعيته بوصفه .

وعرفه الزرقا بقوله:(هو اختلال في العقد المخالف لنظامه الشرعي في ناحية فرعية يجعله مستحقا للفسخ)[3].

فسبب الفساد هو اختلال في شروط صحة العقد وهي عناصر خارج ماهيته مع انعقاده لسلامة أركانه، ويجعله البعض يقابل البطلان النسبي عند القانونيين وهو ليس كذلك

[1]- الراغب الأصفهاني؛ معجم مفردات ألفاظ القران الكريم، مرجع سابق، ص 286

[2]-مصطفى الزرقا؛ المدخل الفقهي ،مرجع سابق،ج2،ص 732

[3]- مصطفى الزرقا؛ المرجع السابق،ج 2، ص 739

إذ يفترقان من وجوه إذ البطلان النسبي فسخه أو تصحيحه جوازي يستند الى إرادة العاقد والفاسد فسخه أو تصحيحه وجوبي بقوة الشرع حسب حالة الفساد والعقد ويتفقان في قابلية التصحيح .

1- التكييف الشرعي والقانوني للعقد الفاسد:

في الفقه الإسلامي العقد الفاسد وهو إبداع وصناعة فقهية حنفية ال تقول به المذاهب الأخرى و له مرحلتان .

المرحلة الأولى قبل التنفيذ: وحكمه الفسخ ترجيحا لدفع مفسدته، وهذا باتفاق الفقهاء.

المرحلة الثانية بعد التنفيذ: وهو بحسب نوع العقد ودرجة الاختلال فيه ووجود موانع الفسخ ومن ثمة قد يتعرض العقد الفاسد إلى التصحيح لأن (العقد الفاسد يفارق العقد الباطل في أمر جوهري، فإنه إذا أزيل منه المفسد انقلب صحيحا وأنتج آثاره)[1] . فهو عقد مكتمل الأجزاء الأساسية متحقق الماهية، غير أنه يفتقد للمشروعية لخلل في شرائطه أو لوصف تلبس به.

وأما القانون فلم يعرف شيئا يسمى العقد الفاسد لأنه.

[1]- السنهوري؛ مصادر الحق، مرجع سابق ، ج4، ص 274.

3 - خصائص العقد الفاسد :

1-العقد الفاسد منعقد في ذاته سليم في جوهره، ولكن لم يكتمل وجوده لفقده عناصر أساسية بحيث لا يصلح لترتيب آثاره.

2-العقد الفاسد فاقد للمشروعية فهو منهي عنه وموجب للفسخ .

3-العقد الفاسد يقبل التصحيح إذا قامت موانع الفسخ ترجيحا للمصلحة .

4- العقد الفاسد يفسخ بإرادة الطرفين وبقوة التشريع وبحكم القاضي فيكون حكمه منشئا.

5-العقد الفاسد تترتب عليه بعض آثار العقد الصحيح للفوت بتنفيذه وامتناع فسخه.

6-العقد الفاسد لا تلحقه الإجازة ولا يرتفع بها ولكن يزول وصف الفساد عنه بارتفاع سبب الفساد[1].

[1]- محمد أحمد السراج؛ نظرية العقد، مرجع سابق، ص177-180.

المطلب الثاني :أقسام الزواج غير الصحيح في القانون والشريعة

اختلفت قوانين الأسرة العربية كما اختلفت المذاهب الفقهية في تقسيم الزواج غير الصحيح، نفصلها في الآتي:

الفرع الأول: الاختلاف القانوني والفقهي في تقسيم الزواج غير الصحيح.

أولا: أقسام الزواج غير الصحيح في القانون.

نجد المشرع الجزائري عنون (النكاح الفاسد والباطل)[1] وهذا منه اعتماد للتقسيم الثلاثي لعقد الزواج بين صحيح وباطل وفاسد ولكن لم نجد في نصوص مواده كلمة فاسد وإنما استفيد هذا الوصف من المادة 33 و 35 التي تثبت الزواج بعد الدخول مع اختلال العقد، وأما وصف البطلان فقد ورد في المادة 32 و 33 ، وقد تأثر المشرع الجزائري بالفقه الإسلامي في هذا الباب معرضا عن اصطلاح البطلان المطلق والبطلان النسبي[2]، ووافقته في هذه المنهجية المدونة المغربية وقانون الأحوال الشخصية الأردني والكويتي والسوري ومجلة الأحوال الشخصية التونسية كلها اعتمدت التقسيم الثلاثي صراحة.

[1]– قانون الأسرة 02/05 في الفصل الثالث من الكتاب الأول

[2]– بلحاج العربي؛ أحكام الزوجية وآثارها، مرجع سابق، ص 487.

ثانيا: أقسام الزواج غير الصحيح في الفقه الإسلامي.

أما في الفقه الإسلامي فهناك اتجاهان، الأول اتجاه الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة الذين قسموا الزواج إلى صحيح والى فاسد أو باطل وهما وصفان مترادفان بجامع فقدان المشروعية ووجوب الفسخ، وانعدام مقاصد الزواج فيهما جميعا[1].

والثاني اتجاه الأحناف وهم مخترعي العقد الفاسد الذي يفارق العقد الباطل من حيث كونه منعقدا وغير مشروع في نفس الوقت، ويقبل التصحيح في حالات بخلاف الباطل الذي هو في حكم المعدوم وغير منعقد وهذا في المعاملات المالية عامة، لكن نجد المتقدمين من الأحناف يقسمون النكاح قسمة الجمهور ويجعلون الفاسد يطابق الباطل والمتأخرين منهم يقسمونه قسمة ثلاثية إلى صحيح وفاسد وباطل[2].

وهذا يقتضي منا معرفة الباطل والفاسد للتمييز وتحرير المسألة.

الفرع الثاني:تحرير الخلاف في تقسيم عقد الزواج غير الصحيح إلى فاسد وباطل.

جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحول الشخصية الموحد (إن التمييز بين الباطل والفاسد في عقود النكاح كان ولا يزال مدار اضطراب كبير في مباحث الفقه)، ومن قبل لاحظ ابن رشد الحفيد صعوبة انضباط النكاح غير الصحيح بقوله (والاضطراب في

1-احمد بن محمد الحنفي الحموي؛غمز عيون البصائر بشرح الأشباه والنظائر،ج3.(ط:1؛ بيروت:دار الكتب العلمية،1985)، ص 439

2- محمد فتحي الدريني ، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق،ج1،ص 322.

المذهب في هذا الباب كثير)[1] ومن هنا وجدنا فقهاء الشريعة والقانون يختلفون في تقسيم الزواج غير الصحيح لاعتبارات:

الاتجاه الأول:

يصنف الزواج تصنيفا ثنائيا إلى صحيح وباطل والباطل قد يسمى فاسدا فيكون ترادف أسماء وعليه فالزواج الباطل غير منعقد وإنما الخلل المسبب لفساده في بعض صوره أقوى من بعض، ولهذا السبب اختلفت آثاره الى نوعين[2] .

أ- بطلان مشتبه : وهو الذي يدرأ الحد وتثبت فيه بعض آثار وأحكام الزواج الصحيح من نسب وحرمة مصاهرة ووجوب عدة .

ب- بطلان غير مشتبه : وهو ما كانت فيه علة البطلان قوية وقل الخلاف فيه أو وقع الإجماع على بطلانه، ولذلك لا تثبت له آثار العقد الصحيح .

وهذا الرأي تبناه الفقيه مصطفى الزرقا وعليه سار قانون الأحوال الشخصية العراقي ومشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية.

[1]- ابن رشد ، بداية المجتهد، مرجع سابق،ج4،ص341

[2]- مصطفى الزرقا ؛ خطأ تقسيم النكاح الى فاسد وباطل.، مجلة المسلم المعاصر، بيروت، عدد 27، تاريخ :سبتمبر. 1981 . وابوزهرة ؛ الأحوال الشخصية، مرجع سابق،ص 148، والمذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد ،ص 246

الاتجاه الثاني:

وهو الذي يجعل عقد الزواج غير الصحيح مرتبتان:

أ- العقد الباطل وهو غير منعقد في ذاته وليست له آثار الزواج الصحيح غير أنه يندفع به الأثر الجزائي للزنى لوجود شبهة العقد، وما ترتب عنه من الدخول فيه من مهر ونسب فإنما ترتب عن الدخول كواقعة على اختلاف بين الفقهاء في ثبوت ذلك وشروطه كعدم العلم بالحرمة لأنه لا يجتمع مهر وحد فحيث يثبت احدهما لا يثبت الآخر ولم يترتب عن العقد لعدم انعقاده، وهذه الآثار هي من قبيل النظام العام[1] .

ب- العقد الفاسد وهو عقد زواج منعقد ويفسخ قبل الدخول إجماعا وبعد الدخول تثبت له بعض الحقوق والأحكام التي تثبت للعقد الصحيح مثل المهر وثبوت النسب والعدة وحرمة المصاهرة[2] .

وتبنى هذا أكثر شراح الأحوال الشخصية[3] وكذلك قانون الأسرة الجزائري والمدونة المغربية وقانون الاحوال الشخصية الاردني والكويتي .

1- وهبة الزحيلي؛ الفقه الاسلامي وادلته، مرجع سابق، ج7، ص 112

2- الدريني، بحوث مقارنة، مرجع سابق، ج1، ص341

3- محمد كمال الدين إمام، الأحوال الشخصية للمسلمين، مرجع سابق،ص60 ، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته،مرجع سابق،ج7،ص 112 .وفتحي الدريني، بحوث مقارنة،مرجع سابق، ج1،ص 436

الفرع الثالث: معيار تصنيف الزواج غير الصحيح إلى باطل وفاسد وتعليل ذلك.

للوصول الى معيار فقهي مميز لباطل الزواج من فاسده لابد من تتبع للنصوص الفقهية والوقوف على تعليلات الفقهاء لحالات الزواج غير الصحيح وهذا ما لا يعرض له القانون.

أولا: معيار تقسيم الزواج غير الصحيح في الفقه والقانون إلى باطل وفاسد.

1- الاتجاه الأول الذي سوى بين باطل الزواج وفاسده جعل عدم انعقاد العقد صفة مشتركة بين الحالتين حيث جاء في مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد (إن الفاسد من الأنكحة غير منعقد) وتقول المذكرة الإيضاحية له أيضا (إن الباطل والفاسد من الأنكحة في نظر فقهاء الحنفية أنفسهم لا فرق بينهما من حيث الانعقاد وعدمه فكلاهما غير منعقد) [1]، وعند التتبع نجد نصوصا لمتأخري الحنفية يقولون بانعقاد النكاح الفاسد وإن كان ليس بنكاح حقيقة ويقصدون بذلك عدم مشروعيته ، فالكاساني يقول مثلا (إن النكاح الفاسد بعد الوطء منعقد بحق الفراش)[2] .

2- ويختلف النكاح الفاسد عن الباطل من حيث ورود النهي في الشرع عنه فقواعد الحنفية تقتضي التفرقة بين ما ثبت النهي عنه بدليل قطعي وما ثبت بدليل ظني حتى في باب النكاح ، فكل نكاح ورد بالنص القاطع تحريمه كنكاح المحارم والمتعة والمؤقت وغيرها باطل وما اختلف فيه فهو الفاسد إشارة الى الفرق بين المختلف في صحته وفساده و بين المتفق

[1]- مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد.ص 255[1]

2- الكاساني؛ بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج3، ص325

على بطلانه ، فعبروا عن الخلافية بالفساد وعن الاتفاقية بالبطلان والمذاهب الأخرى تقر هذا التقسيم وإن خالفت في التسمية الباطل يرادف الفاسد[1] .

3- ويختلف الفاسد عن الباطل من حيث سبب الخلل فالباطل منعدم فيه الركن أو شرط الانعقاد أو وجد وصف مانع تعلق بالمحل، وأما الفاسد ففيه خلل في شرط من شروط الصحة وهذا معيار أساسي لفساد العقد [2].

4- وفرقوا بين الفاسد والباطل من حيث الأثر فالباطل لا تترتب عنه آثار شرعية وخاصة عند الجمهور، في حين أن النكاح الفاسد تترتب عنه بعض آثار الصحيح، وأما الذين سووا بينهما فجعلوهما من حيث الأثر سواء إذ الأثر الحقيقي للنكاح هو حل الاستمتاع وهذا ما لا يثبت بالفاسد ولا بالباطل، وأما الآثار التي ترتبت عن فسخ الزواج الفاسد فسببها الدخول لا العقد، وهذه الآثار هي من النظام العام المترتبة عن الدخول بالمرأة لا عن العقد نفسه[3].

5- واحتج الذين يفرقون بين الفاسد والباطل من النكاح بأن في الفاسد قبل فسخه لا يحل للمرأة المدخول بها أن تتزوج رجلا آخر قبل أن يحكم القاضي بفسخه، والمختلف فيه من الفاسد لو حكم به حاكم صح ونفذ، وأما في باطل الزواج فالانفساخ والمتاركة لا تحتاج إلى قضاء

---

[1]- القرة داغي ؛ مبدأ الرضا في العقود، مرجع سابق،ح1، ص 161

2- ابي حامد الغزالي؛ المستصفى، ، مرجع سابق.ج2،ص30.و الزرقا ؛المدخل الفقهي العام، مرجع سابق.ج2، ص 709و 740

[3]- مصطفى الزرقا ؛خطأ تقسيم النكاح الى فاسد وباطل، مرجع سابق .ص46

والمرأة يصح زواجها لو تزوجت من رجل غير الذي بطل زواجها معه دون انتظار حكم قضائي [1].

6- وفاسد النكاح المختلف فيه فسخه يعد طلاقا في حين الباطل منه فسخه لا يعتبر طلاقا، والإجماع منعقد على أن الطلاق لا يكون إلا من زواج منعقد لأن الطلاق هو إنهاء للعقد كما يصفه فقهاء القانون[2].

ترجيح : نلاحظ أن اعتبار المتفق على فساده من النكاح والمختلف في ذلك قدر مشترك بين المذاهب الأربعة من خلال نصوصه وهو معيار موضوعي لأن المجمع على بطلانه لا تكاد تكون له آثار و أما المختلف فيه فله آثار بشرط الدخول فالباطل يقترب من الزنا حتى أن من الفقهاء من رتب الحد على من تزوج بمحرم له مع علمه بذلك وأما الفاسد فهو يقترب من العقد الصحيح فتكون له شبهة مشروعية.

ويترجح التقسيم الثلاثي تمييزا للأنكحة الفاسدة من بعضها وكما يقول القرة داغي[3] (لا مانع من إطلاق الباطل على هو غير مشروع لا بأصله ولا بوصفه والفاسد على ما هو مشروع بأصله لا بوصفه لأن هذا اصطلاح لا مشاحة فيه وإنما الخطورة في ترتيب آثار

1- الجويني ؛ نهاية المطلب في دراية المذهب، مرجع سابق، ج12، ص46

2- بوكان أبو بكر كريم؛ نظرية البطلان والفساد في عقد الزواج.(ط:لا؛ القاهرة: دار الكتب القانونية؛2012) ص7

3- على محيي الدين القره داغي ولد سنة (1949)م,من كردستان العراق، الأمين العام للاتحاد العالمي لعلماء المسلمين حاليا، وخبير بمجمع الفقه الإسلامي بجدة له مؤلفات في فقه المعاملات والاقتصاد الإسلامي منها فقه البنوك الإسلامية والحقوق المالية مع تطبيقاتها المعاصرة.

العقود الصحيحة على العقود الفاسدة) [1]وهو موقف تبناه كثير من فقهاء العصر كأبي زهرة وعلي الخفيف .

ثانيا:التعليل الأصولي لتقسيم عقد الزواج إلى باطل وفاسد.

اختلاف الفقهاء في البطلان والفساد في عقد الزواج منشؤه من موجب النهي في النصوص الشرعية بمعنى هل النهي يقتضي فساد المنهي عنه أم بطلانه؟ والمقصود هنا النهي المطلق دون وجود قرينة تفيد دلالته تحديدا[2] وهل مقتضى النهي عن الماهية مساو في الأثر لمقتضى النهي لأمر خارج عنها[3] .

فالحنفية يرون أن النهي إذا تعلق بعين المنهي عنه أو بوصف لازم له غير منفك يفيد التحريم إن ثبت بدليل قطعي ويفيد الكراهة التحريمية إن ثبت بدليل ظني، وإن كان معلقا بأمر مجاور منفك فيفيد الكراهة ولا تنافي بين أن يكون العقد مكروها وصحيحا، فالصحة لسلامة التصرف عن المفسدة أصلا ووصفا، والكراهة تتعلق بالوصف المجاور .

وأما النهي المطلق لذات المنهي أو للوصف الملازم فالمنهي عنه كعقد الزواج هنا يكون باطلا وغير مشروع أصلا، والباطل ما كان معدوما شرعا من كل وجه وخارجا عن

1- علي القرة داغي ؛ مبدا الرضا في العقود، مرجع سابق، ج1، ص171

2- حنان يونس قديمات ؛ الفساد والبطلان عند الأصوليين، مرجع سابق، ص 61

3- القرافي؛ الفروق، الفرق70،مرجع سابق،ج،2، ص 86

اعتبار الشارع، فلا ينعقد سببا لحكمه بخلاف الفاسد فهو مشروع الأصل ومنعقد لسلامة أركانه والخلل دخل عليه من جهة الأوصاف الفاسدة التي اقترنت به[1].

فمناط المشروعية عند الأحناف هي سلامة أصل العقد من الخلل، فإذا اجتمع مع ذلك وصف ممنوع شرعا فهو يوجب مشروعية ناقصة فقط ولا يعدم الانعقاد[2]، فالجمهور يرون أن المشروعية والحرمة متنافيان، فلا يكون العقد سببا لآثاره وهو محرم،[3] ونقض اجتهادهم هذا بأن الشارع أقام تصرفات محرمة أسبابا منتجة لآثارها فالطلاق البدعي المحرم تقع به الفرقة بإجماع حتى قال القرافي (فقواعد الشريعة تشهد أنه ليس من شرط السبب أن يكون مشروعا ولا مساويا لمسببه في الحل بل يكون السبب حراما والمترتب عليه واجب)[4] .

ولهذه العلة نجد قدامى الحنفية وافقوا الجمهور في أن الباطل والفاسد سواء في النكاح وذلك بإلحاق النكاح بالعبادات تغليبا لجانب الحل على الملك فيه ، بحيث غدا الحل في اعتبارهم الأثر الوحيد للنكاح ولا يجتمع مقتضى النهي وموجب النكاح من المعصية والحل

1- عبد القادر بن حرز الله ؛ التعليل المقاصدي لأحكام الفساد والبطلان.(ط:1؛الرياض،مكتبة الرشيد ناشرون؛2005)،ص45-95

2- فتحي الدريني ؛ بحوث مقارنة، مرجع سابق، ج1، ص2282

3- المرجع نفسه، ص 284

4- شهاب الدين القرافي؛ تنقيح الفصول، مرجع سابق، ص 175

للتنافي فقالوا ببطلانه[1]، ولأن النكاح شرع لملك ضروري لا ينفصل عن الحل ففارق البيع في هذه النقطة لأن البيع وضع لملك العين والتحريم لا يضاده فالحل فيه تابع[2].

ومن الفقهاء من يعللون تفريقهم الفعلي بين نوعي النكاح الفاسد وإن سووا بين الوصفين اصطلاحا لدلائل خارج دلالة النهي، فيصرحون بقولهم:(فعندنا كل ما كان منهيا عنه إما لعينه أو لوصفه ففاسد وباطل وإنما فرقوا بين الفاسد والباطل من جهة مسائل الدليل)[3].

ترجيح:

والراجح – والله اعلم– تقسيم النكاح غير الصحيح الى فاسد وباطل وهذا يستقيم مع فقه المالكية الذين يجعلون من الفاسد في النكاح ما يقبل التصحيح ، ولان الفاسد منتج لجملة من الآثار والباطل لا يترتب عليه أثر ومن البعيد أن يكون الدخول كواقعة هو المنتج لآثار النكاح الفاسد المدخول فيه لان الزنا كواقعة لوحدها غير منتجة لنفس الآثار، والوطء عند الفقهاء أنواع وطء شرعي لا يكون إلا بنكاح صحيح ووطء محرم قطعا، ووطء بشبهة فيكون لنفس العقد الفاسد اعتبار وتأثير – لانه يورث شبهة المشروعية– فيما ترتب عنه ولا يكون كذلك إلا وهو منعقد .

[1]–محمد فتحي الدريني؛ المرجع السابق،ج1، ص326

[2]– المرجع نفسه. ج1،ص 328.

3– علي بن عباس البعلي بن اللحام الحنبلي،القواعد والفوائد الأصولية، تحقيق محمد حامد الفقي.(ط:لا؛ القاهرة، مطبعة السنة المحمدية، 1956) ص 110

يقول النووي[1] (وقد أجمعنا على أنه لا يملك البضع بالوطء في النكاح الفاسد وأما ماتعلق به من وجوب المهر ولحوق النسب والعدة وسقوط الحد فلم يكن ذلك بسبب العقد – وحده –بل لكونه وطء شبهة)[2]

المطلب الثالث:آثار الزواج الباطل والفاسد.

الأصل في العقد غير الصحيح أنه لا ينتج آثارا ولكن خصوصية الزواج جعلت له أحكاما وآثارا في حالة بطلانه أو فساده بعد الدخول تختلف باختلاف المذاهب الفقهية وبحسب اختيارات المشرع وأما قبل الدخول فحكمه حكم كل عقد باطل لا أثر له بإجماع ونفصل ذلك فيما يلي:

الفرع الأول: آثار الزواج الباطل والفاسد في الفقه الإسلامي.

أولا: آثار الزواج الباطل:القاعدة العامة أن الزواج الباطل لعدم انعقاده لا وجود ولا أثر له ولكن وقوع الدخول فيه مع حسن النية وعدم معرفة الحرمة، قد ينتج بعض الآثار التي

1- هو أبو زكريا يحيى بن شرف الحزامي النووي الشافعي (631هـ-676 هـ)المشهور باسم "النووي "هو مُحدّث وفقيه ويوصف بأنه محرِّر المذهب الشافعي ومهذّبه اشتهر بكتبه وتصانيفه العديدة في الفقه والحديث واللغة والتراجم، كرياض الصالحين والأربعين النووية ومنهاج الطالبين والروضة،و المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج و المجموع شرح المهذب .

2- محيي الدين النووي، المجموع شرح المهذب.تحقيق محمود مطرجي،(ط:لا؛بيروت:دار الفكر،2005)،ج17،ص442

هي من قبيل النظام العام على اختلاف بين الفقهاء في إثبات ذلك لاختلافهم في هل النكاح المجمع على فساده هل ينقا شبهة ملك البضع أم لا[1] ؟ ومن هذه الآثار.

1-يثبت النسب إحياء للولد بشرط عدم العلم بالحرمة في النكاح الباطل لان القاعدة اذا سقط الحد ثبت النسب وهذا عند المالكية[2].

2-حرمة المصاهرة تثبت عند من قال بثبوتها بالزنا لان ثبوتها بالنكاح الباطل من باب أولى، وهذا عند المالكية والحنفية[3].

3-المهر يثبت في النكاح الباطل المجمع على بطلانه وهو الأقل من المسمى ومهر المثل، وعند المالكية يثبت المسمى إذا كانت التسمية صحيحة(والوطء بالشبهة يوجب المهر باعتبار يوم الوطء وكذلك في النكاح الفاسد لان العقد باطل فلا معنى لاعتباره)[4].

4-الحد: ويثبت الحد في النكاح الباطل وهو المجمع على فساده كالزواج بالمحرمات، وبزوجة الغير وتلحق بها المعتدة بشرط العلم بالحرمة وثبوت سوء النية، وعليه لا يثبت في هذه الحال الأحكام المذكورة آنفا.

---

[1]- أحسن زقور؛ القواعد الفقهية المستنبطة من المدونة الكبرى، ، قاعدة133،ج2(ط:1؛بيروت: دار ابن حزم،2005م)،ص605

2- ابن جزي ؛ القوانين الفقهية، مرجع سابق.ص 216

3- ابن عابدين ،حاشية رد المحتار،مرجع سابق ،ج3،ص132

4- أبو حامد الغزالي، الوسيط في المذهب،مرجع سابق،ج5،ص 245

ثانيا:آثار الزواج الفاسد المختلف فيه.

وشبهة صورة العقد الفاسد تسمى شبهة الحل[1] والمشرع الجزائري سماه نكاح الشبهة[2] حينما يقترن بالدخول حيث تكون في المحل دليلان أحدهما قوي يفيد التحريم والاخر ضعيف يفيد الحل فإذا حصل دخول كان على مقتضى الدليل الضعيف فتقوم الشبهة قوية تنفي صفة الزنا [3]وتترتب عن الدخول فيه آثار لم تكن لتثبت بسبب العقد وحده منها:

1-المهر: ويثبت بشرط الدخول المهر الأقل من المسمى ومن مهر المثل عند الحنفية وعند الشافعية والحنابلة يثبت مهر المثل وعند المالكية المهر المسمى إذا صحت التسمية فإن فسدت وجب مهر المثل[4].

2-النسب: كل المذاهب قائلة بإثبات النسب في النكاح الفاسد المختلف في فساده إحياء للولد ورعاية لمصلحته هذا الزواج أقرب إلى الصحيح منه إلى الفاسد[5] وكيف وهو يوجد من يقول بصحته فإعمالا لقاعدة مراعاة الخلاف أعتبر النسب فيه.

1- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق.ج4،ص115

2- المادة 40، قانون الاسرة02/05

3-إسماعيل أمين نواهضة واحمد محمد المومني؛ الأحوال الشخصية فقه النكاح،(ط:1؛عمان الأردن: دار المسيرة،2010)،ص202

4- عبد الرحمن الجزيري ؛ الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق.ج4، ص110-111

5- بوكان أبو بكر كريم ؛ نظرية البطلان والفساد في الزواج، مرجع سابق،ص 116.

3-العدة: باتفاق الفقهاء تجب العدة بعد فسخ النكاح الفاسد المختلف في فساده بشرط وقوع الدخول وكذلك عند الحنابلة والمالكية بعد ثبوت الخلوة الصحيحة، ولا تثبت فيها عند الشافعية والحنفية لفساد النكاح وهي عدة المطلقة، إستبراء لرحمها[1].

4-حرمة المصاهرة: وهي تثبت بعد الدخول في النكاح الفاسد المختل في فساده بإجماع وأثبتها المالكية فيه بعد العقد وقبل الدخول خلافا للجمهور[2].

الفرع الثاني:آثار النكاح الفاسد والباطل في التشريعات القانونية.

أولا:آثار النكاح الباطل .

النكاح الباطل لا يرتب إلا أحكاما عرضية بوصفه واقعة مادية تستوجب التنظيم[3]، ورغم أن المشرع الجزائري عنون الفصل الثالث من الباب الاول من قانون الأسرة، بعنوان النكاح الفاسد والباطل فإنه في صياغة مواده لم يميز بين حالات البطلان والفساد باللفظ، ويستنبط من المادة 34 منه أن للزواج الباطل بعد الدخول أثرين: ثبوت النسب،و ووجب الاستقراء، وكأن المادة 33 تتعلق بفاسد النكاح لأنه أثبته بعد الدخول، وأما المشرع المغربي فقد اثبت النسب والمصاهرة والمهر والاستبراء في النكاح الباطل[4]،والمشرع الأردني والسوري لم يرتب

1- المرجع ، السابق،ص 120

2- عبدالرحمن الجزيري ؛ الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق.ج4، ص62.

3- العربي بلحاج ؛ أحكام الزوجية ، مرجع سابق، ص495

4- المادة97 مدونة الأسرة المغربية 2004

أي أثر عن العقد الباطل[1] وأما المشرع العراقي فقد قسم عقد الزواج إلى صحيح وباطل فقط.

ثانيا:آثار النكاح الفاسد.

أكتر القوانين العربية أثبتت آثارا أربعة في العقد الزواج الفاسد[2] وهي من آثار الزواج الصحيح، فأثبتوا النسب وحرمة المصاهرة ومهر المثل والعدة،غير أن المشرع الجزائري لم يتطرق لحرمة المصاهرة في فصل النكاح الفاسد والباطل والاجتهاد القضائي تكفل بذلك ونص على مهر المثل في المادة 33 فقط باعتباره ذكر النسب والاستبراء في النكاح الباطل في المادة 34 فيثبتان في الفاسد من باب أولى.

خلاصـة المبحث:

تبعا للاختلاف الفقهي في تقرير حالة الفساد التي تغاير في طبيعتها وأثرها البطلان، ولخصوصية الزواج أُختلف في وجود عقد الزواج الفاسد كمرتبة بين العقد الصحيح والباطل من حيث وجوده الشرعي بانعقاده من جهة وعدم مشروعيته مع قابليتة للتصحيح وترتب بعض آثار الصحيح عنه إذا اقترن به الدخول بالزوجة من جهة أخرى، بينما العقد الباطل موجب للفسخ وليس له أثر شرعي، وهذا ما وسم قانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات

[4]– القانون الأردني ، المادة57، والقانون السوري، المادة50.ووثيقة مسقط للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون الخليجي، الصادرة في 2001 ، المادة44

[2]– انظر :المادة 38و29 و 71 من قانون الأحوال الشخصية التونسي والمادة42 و 56من قانون الأحوال الشخصية الأردني ، ووثيقة مسقط للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون الخليجي الصادرة في2001 المادة رقم 42 و 43 وزاد النفقة لمن كانت جاهلة بالحرمة، ومدونة الأسرة المغاربية ،المادة:57

العربية بالغموض والاضطراب في الفصل ورسم الحدود التشريعية بين الزواج الباطل والفاسد، وهذا انعكس بدوره على ضبط حالات الزواج الموجبة للفسخ من الحالات التي تقتضي التصحيح بالفوت بالدخول.

كما أن أسباب فساد الزواج لم تتحدد بدقة للاختلاف الفقهي في أصل الفساد وهذا ما جعل المالكية يلجؤون إلى معيار الاختلاف والاتفاق الفقهي للتمييز بين الزواج الفاسد من الباطل، وأما التشريع الأسري الجزائري فصياغته للنكاح الفاسد والباطل تثير الالتباس، وكذلك جاءت صياغة الشرط المناقض للعقد مبهمة كسبب للبطلان المطلق أو كون مقتضاه التصحيح بإسقاط الشرط مما يعني فساد العقد فقط.

الفصل الثانـي

الشروط الفاسدة المقترنة بعقد الزواج وأثرها فيه

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: الشروط الفاسدة المقترنة بعقد الزواج وأحكامها.

المبحث الثاني: أثر الشروط الفاسدة في عقد الزواج.

المبحث الأول:

الشروط الفاسدة المقترنة بعقد الزواج وأحكامها.

لا بد من الاحاطة بحقيقة الشروط الجعلية المقترنة بعقد الزواج تقييدا لآثاره وأحكامه وتمييزها عن الشروط الأخرى التي تقترن بعقد الزواج التي يتوقف عليها وجوده وزواله، وتحديد الصحيح من الشروط والوقوف على الشروط الفاسدة من حيث طبيعتها ومعيار فسادها وأحكامها وهذا ما نتناوله في المطالب التالية:

المطلب الأول: حقيقة الشروط المقترنة بالعقد.

المطلب الثاني: الشروط المقترنة بالعقد تقييدا وانواعها

المطلب الثالث: الشروط الفاسدة والباطلة المقترنة بعقد الزواج في القانون والفقه الإسلامي.

المطلب الأول : حقيقة الشروط المقترنة بالعقد وأنواعها.

سبق أن تبين لنا أن هناك شروطا شرعية تصدر عن المشرع وتكون جزءا من العقد يتوقف وجوده على وجودها، وهناك شروطا مصدرها إرادة المتعاقد وغايتها تحقيق مصلحة معتبرة لديه سماها الفقهاء الشروط الجعلية، وفي هذا المطلب نتعرف على هذا النوع الأخير من الشروط .

الفرع الأول: الشروط وحرية الإرادة في اشتراطها.

لما كانت الشروط المقترنة بالعقد جعلية تنشأ بمقتضى إرادة المتعاقدين والنظام التشريعي لعقد الزواج تنظمه إرادة المشرع بنصوص آمرة ، وهنا السؤال ما نطاق سلطان الارادة في تحديد آثار عقد الزواج خاصة و العقود عامة

أولا: مبدأ سلطان الإرادة والاشتراط في العقود.

اتفقت كلمة فقهاء الإسلام على أن الشريعة فيما عدا العبادات وأبواب مخصوصة كالكفارات بأنها معللة بالمصالح والمفاسد ومعقولة المعنى فلا يأمر الشارع إلا لمصلحة ولا ينهى إلا عن مفسدة، وعليه فمناط تشريع العقود في الجملة هو تحقيق مصالح المتعاقدين ودفع أسباب الفساد عنهم، إلا أن إنشاء العقود وترتيب آثارها إما أن يترك بالكلية لإرادة المتعاقدين فيظلم بعضهم بعضا أو تقيد حرية التعاقد فتعدم رغباتهم وتقيد مقاصدهم ومصالحهم في عقودهم لأنها علة إنبعاثهم إلى إبرام تلك العقود والتصرفات، والشريعة الإسلامية وقفت من ذلك

موقفا وسطا فلم تجعل العقد شريعة المتعاقدين بإطلاق كما هو شأن الفقه الغربي القانوني ولا أعدمت إرادة المتعاقدين.

ولذلك شرع الله في كل عقد ما يحصل مقاصده ومصالح متعاقديه من الشروط، وقد يشرع في بعض العقود للمصلحة ما يكون مفسدة في غيره من العقود كالتوقيت و الأجل في معوضات المنافع ولو شرع في البيع أو النكاح لأفسدهما، وأجازت الشريعة الخيار في البيوع ومنعته في النكاح لمنافاته لاستقرار الزواج.

والقانون يعتبر المصلحة كشرط في الالتزامات العقدية يقول السنهوري (يجب أن تكون للدائن مصلحة فيما التزم به المدين وهذا شرط طبيعي في المحل لا حاجة للنص عليه في القانون)[1]، ولذلك وجدنا في الشريعة والقانون شرط عدم خروج العقود والشروط عن المشروعية التي هي حق الله هو ما ليس للعبد إسقاطه وهو أمره ونهيه [2]وعرفه الأصوليون(حق الله : مايتعلق به النفع العام للعالم فلا يختص به أحد وإنما ينسب إلى الله تعظيما)[3] وفي القانون يسمى الحق العام وتمثله قواعد النظام العام.

فالإرادة في التشريع الإسلامي موضع اعتبار رئيس في كافة التصرفات الشرعية غير أنها منضبطة ومقيدة ابتداء بأصل الشرعية ومعيار المشروعية هو النص والإجماع والقياس، وللإرادة دور حيث سكت الشرع لا حيث قرر ، ومن هنا نجد أثرها محدودا ومقيدا في ترتيب

[1] – السنهوري؛ مصادر الحق، مرجع سابق،ج3، ص 73

[2] –نادية بنت محمد شريف العمري؛ الفروق في القواعد الأصولية (ط:1؛بيروت: مؤسسة الرسالة،2008 م)،ص47.

[3] – عبد العزيز البخاري؛ كشف الأسرار عن أصول فخر الاسلام البزدوي ، تحقيق عبد الله محمود محمد عمر.(ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 1997)

آثار التصرف وأكثر حرية في إنشاء التصرف أو استحداث تصرفات تقضي بها الحاجة مادامت لا تصادم المشروعية.

والفقه القانوني عالج خطورة إطلاق سلطان الإرادة بالتفاف على الإرادة وتقييدها من خارجها بأمرين: أولا باستحداث ركن المشروعية وهو السبب وثانيا ابتدع فكرة النظام العام ووجهها نحو ركن المحل والسبب [1] .

والفرق بين الفقه الإسلامي والفقه الوضعي في ذلك أن الارادة في الفقه الإسلامي نشأت مقيدة إبتداء بنطاق المشروعية ، والإرادة في الفقه القانوني مطلقة في أصلها ثم تم تقييدها بالنظام العام وبمشروعية السبب والمحل.

ونطاق مبدأ سلطان الإرادة هو حرية التعاقد وحرية الاشتراط في العقد، وينبغي تحرير هاتين النقطتين من منظور الفقه الإسلامي الذي هو مصدر التشريعات الأسرية في الجزائر وفي البلاد العربية جميعا:

ثانيا: نطاق حرية الإرادة في التعاقد.

إنشاء العقود في القانون وعند فقاء القانون موكول إلى إرادة المتعاقدين بصفة مطلقة تأسيسا على مبدأ الرضا و الإرادة هي التي تحدد موضوع العقد وآثاره ، فالعقد عندهم لا يستمد قوته من القانون وإنما من إرادة أطرافه ، ولا يتعدى دور القانون غير ضمانة تنفيذ الالتزام عن طريق فرض الجزاء على الإخلال به، ويتفرع عن هذه النظرية أنه في المقام الأول ، يتعين

[1] عماد طارق البشري؛النظام العام في الشريعة الاسلامية.(بيروت، مجلة المسلم المعاصر)2004،عدد111،ص 46

احترام حرية التعاقد سواء عند إبرام العقد أو من حيث تحديد مضمونه كما يتعين وجوب احترام مشيئة العاقدين بحيث لا يجوز نقض العقد أو تعديله إلاَّ باتفاقهما وهو ما يعبر عنه بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين[1]، ولم يعترف القانون الروماني في أي عصر من عصوره بمذهب سلطان الإرادة كاملا ، إذ العقود فيه ذات شكلية شديدة، ولما جاء القرن السابع عشر أصبح مبدأ سلطان الإرادة ثابتاً مقرراً بعد مراحل تطور في الفكر القانوني، وصار دعامة تبنى عليها النظريات القانونية، وأصبح يشتمل على أصلين، أولاً: كل الالتزامات القانونية ومنها العقود، ترجع في مصدر إنشائها إلى الإرادة الحرة، ثانياً : لا تقتصر الإرادة على أن تكون مصدر الالتزامات، بل هي أيضاً المرجع الأول فيما يترتب على هذه الالتزامات من آثار[2].

وفي الفقه الإسلامي تعتبر العقود أسبابا شرعية إرادية فهي من قبيل الأحكام التكليفية والوضعية – في نفس الوقت –أي مباشرتها والقيام بها أو تركها من شأن الإرادة المحضة للمتعاقدين على قاعدة الأصل في الأشياء الإباحة[3]، ولهذا أكثر العقود جاءت على سبيل الإباحة إلا الزواج فهو مندوب لخصوصيته وإفضاؤها لآثارها بالتشريع لا بإرادة المتعاقدين، وللإرادة سلطة في إنشاء عقود تقتضيها الحاجة لم يرد بها نص ولم نجد في الشرع تخصيص العقود من هذه القاعدة ولهذا قسم الفقه الإسلامي إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة ، أي لم

[1]– القانون المدني الجزائري. 10/05 المادة 106.

[2] – كوثر كامل علي؛ شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية،(ط:لا؛ تونس: دار بوسلامة للطباعة والنشر؛لا: ت) ص 23

[3] – محمد أحمد سراج؛ نظرية العقد، مرجع سابق، ص 81–91.

يرد لها ذكر في الشرع، وهذا مبدأ متفق عليه بين فقهاء المذاهب الأربعة عدا الظاهرية الذين منعوا استحداث عقود لم ترد في نصوص الشرع[1] .

وكثيرا ما ينقل بعض الفقهاء المعاصرين أن جمهور الفقهاء من مالكية وحنفية وشافعية يتمسكون بمبدأ المنع من إحداث عقود جديدة خلافا للحنابلة الذين يتوسعون في إباحة ذلك.

والحجة على ما نقلنا على وفاقهم على قاعدة الأصل في العقود الإباحة الشواهد التالية:

– قول الزيلعي الحنفي (ولا نسلم حرمة البيع أصل بل الأصل هو الحل والحرمة إذا ثبتت إنما تثبت بالدليل الموجب لها)[2].

وقال ابن رشد الجد (البيوع الجائزة هي التي لم يحظرها الشرع ولا ورد فيها نهي)[3].

وقال إمام الحرمين الشافعي (والذي يقتضيه مذهب الشافعي إجراء الأحكام على التحليل إلا أن يقوم دليل على الحظر والتحريم)[4].

ويقول ابن تيمية الحنبلي (العقود والشروط من باب الأفعال العادية والأصل فيها عدم التحريم)[5] ثم حكى شبه الإجماع في هذه المسألة فيقول (ولست أعلم خلاف أحد من السابقين في أن ما لم يجيء دليل تحريمه فهو مطلق غير محجور وقد نص على ذلك كثير ممن تكلم

[1] –قنديل علي مسعد السعدني؛استحداث العقود في الفقه الإسلامي (ط:1؛الرياض: دار ابن الجوزي؛ 1433هـ)،ص57–72

[2] – فخر الدين الزيلعي الحنفي ؛ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق،مرجع سابق،ج4، ص87

[3] – ابن رشد الجد؛ المقدمات الممهدات، تحقيق محمد حجي (ط:1؛بيروت: دار الغرب الاسلامي؛1988)ج2، ص 61.

[4] – ابو المعالي الجويني؛ غياث الأمم عند التياث الظلم، تحقيق عبد العظيم الديب.(ط:2؛القاهرة،مكتبة امام الحرمين1401هـ) ص 225.

[5] – تقي الدين بن تيمية؛ مجموع الفتاوى، مرجع سابق.ج29، ص150.

في أصول الفقه وفروعه وأحسب أن بعضهم ذكروا الإجماع يقينا أو ظنا)[1] وقد نقل ابن رجب الحنبلي الإجماع فعلا [2].

وسبب نقل الفقهاء المعاصرين المنع منسوبا لجمهور فقهاء المذاهب هو أن العلماء السابقين كابن تيمية وابن القيم وابن حزم يتكلمون عن العقود والشروط في سياق واحد باعتبار الشروط عقود في المعنى العام للعقد إذا استقلت بنفسها، والوهم جاء حين نسب ابن تيمية المنع للجمهور مغلبا الحديث عن الشروط مع ذكرهم معا، وابن القيم نسب الجواز للجمهور مغلبا العقود في سياق كلامه [3].

ثالثا: حرية اشتراط الشروط في الفقه الإسلامي .

غني عن الذكر أن حرية الاشتراط في القانون مطلقة وفق مبدأ سلطان الإرادة فللعاقدين أن يشترطا ما شاءا من الشروط ما لم تخالف نصا قانونيا أو النظام العام والآداب العامة غير أن موقف الفقه الإسلامي من هذه القضية يحتاج الى بيان و التتبع يثبت ثلاث اتجاهات عند فقهاء الشريعة في شان الاشتراط :

[1] – المرجع نفسه،ج21،ص 538.

[2] – ابن رجب الحنبلي؛ جامع العلوم والحكم،تحقيق عصام الدين الصبابطي (ط:لا؛القاهرة، دار الحديث؛2004) ص166.

[3] – عياد بن عساف بن مقبل العنزي؛ الشروط التعويضية في المعاملات المالية،ج1.(ط:1؛الرياض: دار اشبيليا،2009)، ص61

الاتجاه الأول : الأصل في الشروط الحظر.

الأصل في الشروط عند أصحاب هذا الاتجاه المنع، ويسمون المانعون ويتبناه الظاهرية وعلى رأسهم ابن حزم فلا يجيز من الشروط إلا ما ورد بنص أو إجماع يقول ابن حزم (بطلان جميع العقود والشروط إلا ما أوجبه منها قرآن أو سنة عن رسول الله ﷺ ثابتة.)[1]

وحجته من القرآن :

قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلْإِسْلَٰمَ دِينًا ﴾(سورة المائدة : 3)

و قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ﴿٢٢٩﴾ ﴾(سورة البقرة: 229.)

وحجته من السنة : حديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال :(مَن أَحْدَث في أمرِنا هذا ما ليس منه فهو رد)[2]

ويرد على المخالف بقوله (ان هذه الشروط فيها أربعة أوجه لا خامس لها: إما أن يكون فيها إباحة ماحرم الله في القرآن أو على لسان رسوله فهذا عظيم لا يحل، أو يكون التزام في تحريم ما أباحه الله في القرآن أو على لسان رسوله فهذا عظيم لا يحل، أو أن يكون إلتزام

[1] –ابو محمد علي بن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج8، ص82.

[2] – البخاري ؛ الجامع الصحيح في كتاب الصلح ج3،ص184رقم الحديث: 2697 ؛ و ومسلم؛كتاب الاقضية ،ج3،ص1343 رقم الحديث: 1718

إسقاط ما أوجبه الله في القرآن أو على لسان رسوله، فهذا عظيم لا يحل، وأما أن يكون أوجب على نفسه ما لم يوجبه الله تعالى عليه فهذا عظيم لا يحل)[1].

الاتجاه الثاني: الأصل في الشروط الجواز المقيد.

ويوصفون بالمضيقين ويمثله الشافعية والحنفية، فمدار جواز الشروط عندهم على موافقة مقتضى العقد أو ما ورد به نص شرعي خروجا من مناقضة الشارع في تشريعه ,وما جوزه الحنفية وراء ذلك مما جرى به العرف فهو استثناء على سبيل الاستحسان بالعرف يقول الكاساني[2] (والشرط الذي لا يقتضيه العقد مفسد في الأصل)[3]، والشافعية وان جوزوا ما فيه مصلحة العقد دون ما فيه مصلحة العاقد اعتبارا منهم أن مصلحة العقد تلائم وتوافق مقتضى العقد فهي من مفهومه وإن لم تكن من منطوقه.

حجتهم: حديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ قال: (مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ ، مَنِ اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَلَيْسَ لَهُ وَإِنِ اشْتَرَطَ مِائَةَ مَرَّةٍ)4

[1] –بن حزم؛ المحلى؛ مرجع سابق، ج9، ص 88.

[2] – ملك العلماء الإمام علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني (ت 587 هـ) الفقيه الكبير الذي عاش في القرن السادس الهجري ولد بكاسان وهي اليوم مدينة قازان Kazan في جنوبي شرق أوزبكستان من أهم مؤلفاته كتابه العظيم في الفقه (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع).(الفوائد؛ص53)

[3] – علاء الدين الكاساني؛ بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج6 ، ص592.

[4] –البخاري؛ باب ما يجوز من شروط المكاتب،ج3،ص152، رقم الحديث: 2561 ومسلم باب إنما الولاء لمن أعتق، ج2، ص1141 رقم 1504

الاتجاه الثالث: الأصل في الشروط الجواز مطلقا والإباحة.

وهم الاتجاه الموسع في الفقه الإسلامي ويمثله المالكية والحنابلة حيث يجعلون مدار الجواز على عدم منافاة مقتضى العقد فيصح من الشروط عندهم ما كان في مصلحة العقد او من مصلحة العاقد أو مصلحة الغير لان مصلحة العاقد من مصلحة العقد وهي المقصد من تشريع العقود، والجواز عندهم أصل لا استثناء يقول ابن تيمية:(وأصول أحمد المنصوصة عنه أكثرها يجري على هذا القول ومالك قريب منه لكن أحمد أكثر تصحيحا للشروط فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحا للشروط منه)[1] ويقول ابن القيم:(الأصل في العقود والشروط الصحة إلا ما أبطله الشارع ونهى عنه)[2] وفي موضع آخر يقول: (وتحريم الشروط التي لم يرد تحريمها بالنص تحريم بما لم يحرمه الله)[3] .

وتجدر الملاحظة الى أن كثيرا من الكتاب المعاصرين في الشروط يضطربون في تصنيف المالكية فمنهم من يصنفهم في الاتجاه المضيق مع الشافعية والحنفية ومنهم من يقرنهم بالحنابلة في الاتجاه الموسع[4]، ولعل سبب ذلك أنهم وجدوا الحنابلة أكثر تصحيحا للشروط من المالكية في الفروع ، مع أن المالكية والحنابلة متفقون في ضابط الشروط الجائزة وهو عدم منافاة مقتضى العقد، وتوسع الحنابلة في تصحيح الشروط تفريعا ليس من هذا الباب وإنما هو لكثرة الآثار التي اجتمعت للإمام أحمد ولأن المالكية توسعوا في تصحيح الشروط في البيع وهم

[1] – تقي الدين بن تيمية؛ مجموع الفتاوى ،مرجع سابق،ج32 ، ص94.

[2] – ابن القيم الجوزية؛ اعلام الموقعين ،مرجع سابق، ج2 ، ص96

[3] – المرجع نفسه، ص 107.

[4]– فممن صنف المالكية مع الشافعية والحنابلة ابو زهرة(الملكية ص235) ووهبة الزحيلي (الفقه الاسلامي وأدلته ج4،ص202) وممن صنفهم مع الحنابلة محمد فتحي الدريني(النظريات الفقهية ص278)،ونعمان جغيم،(الشروط المقترنة بالعقد)

دون ذلك في النكاح لأن أكثر آثار النكاح جاءت على سبيل الوجوب ووجه اختلافهم الموجب لتوسع الحنابلة في تصحيح الشروط في الحقيقة يرجع الى مفهوم مقتضى العقد الذي مناقضته تستلزم بطلان العقد فعند المالكية مفهومه أوسع من مدلوله عند الحنابلة الذي يقتصر على مقصود العقد.

وحجتهم : من القرآن قوله تعالى:قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾(سورة المائدة: 1)

ومن السنة :حديث النبي ﷺ (إن أحق الشروط ما استحللتم به الفروج) [1] يقول ابن تيمية يجوز احمد في النكاح عامة الشروط التي للاشتراط فيها غرض صحيح لما في الصحيحين) وذكر الحديث السابق.

– حديث أبي هريرة رضي الله عنه النبي ﷺ قال: (المسلمون على شروطهم إلا شرطا احل حراما أو حرم حلالا)[2] فشروط المسلمين التي ألزمهم بها النبي جاءت مطلقة واستثناء ما حرم تعلق بما دلت عليه الشريعة نصا أو اجتهادا فلا يجوز للمشترط أن يسقط بالشرط ما أوجبه الله وإنما للمشترط أن يوجب مالم يكن واجبا ولاحراما[3].

[1] –متفق عليه: البخاري ،باب الشروط في النكاح،ج7،ص20، رقم 5151 مسلم، كتاب النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح ،ج2،ص1035رقم:1418

[2] البيهقي ؛ السنن الكبرى، باب الشروط في النكاح،ج7،ص405 رقم(14432)، ، و صحَّحه الألباني في الإرواء رقم(1303).

[3] – محمد فتحي الدريني؛ بحوث مقارنة،مرجع سابق ج2،ص452

ومن الأثر قول عمر رضي الله عنه (مقاطع الحقوق عند الشروط)[1] ،قال البيهقي : (هذه الرواية أشبه بالكتاب والسنة وقول غيره من الصحابة رضي الله عنهم[2])

ومن الأدلة العقلية: أن الشروط من باب الأفعال العادية والأصل فيها عدم التحريم حتى يقوم دليله فثبتت بالاستصحاب العقلي وانتفاء الدليل المانع فيكون فعلها حلالا أو عفوا، وتحريم الشروط التي لم يرد تحريمها بالنص تحريم لما لم يحرمه الله.

الفرع الثاني: حقيقة الشروط المقترنة بالعقد:

أولا :تمييز حقيقة الشروط الجعلية المقترنة بالعقد عن حقيقة الشروط الشرعية.

الشروط هي أوصاف أو التزامات خارجة عن حقيقة العقد وماهيته يستلزمها العقد عند إنشائه أو في آثاره، وهي بهذا المعنى نوعان:

ا – شروط العقد الشرعية وهي التي يستلزمها العقد لتحقق وجوده ويكون مصدر وجوبها المشرع أي ترد في نص بقواعد آمرة، وهي من مقومات العقد كشرط الأهلية وشرط الشاهدين في الزواج، وقد سبق الحديث عنها في الفصل الأول وهي لا تقبل الإسقاط ولا تنقسم الى صحيحة وفاسدة [3].

[1] – البخاري؛ الجامع الصحيح،باب الشروط في النكاح (معلقا)،ج7،ص20 و صححه الألباني في إرواء الغليل رقم 1893 .

[2] – البيهقي ؛ السنن الصغرى،باب الشرط في الهر النكاح ،ج3،82

3 –سي ناصر بوعلام؛ الاشتراط في عقد الزواج وأثره في الشريعة والقانون(رسالة ماجستير).كلية العلوم الانسانية والحضارة الاسلامية ، وهران،2012،

ب- وشروط اتفاقية يكون مصدرها إرادة العاقدين وهي التي تسمى الشروط في العقود أو الشروط المقترنة بالعقد أو الشروط الاقترانية أو تسمى الشروط الجعلية في الفقه الإسلامي، وهي توجد مع العقد كبنود وتكليف والتزام أو وصف للالتزام ولا يتوقف وجود العقد عليها وهي ترتبط بالمحل والسبب عادة لأنها تشكل تعديلا وتغييرا في الالتزامات التعاقدية، وقد تكون الباعث أو الدافع الى التعاقد فترتبط مع ركن السبب كمن تزوج امرأة بشرط أن تنفق عليه لأنها موظفة أو ذات مال وهو عاطل عن العمل، وهي تنقسم الى شروط صحيحة وفاسدة ، وتقبل الاسقاط .

ثانيا:الفروق بين شروط العقد الشرعية والشروط المقترنة بالعقد الجعلية(الشروط في العقد):

1- شروط العقد من وضع الشارع والشروط المقترنة بالعقد من وضع العاقد.

2- شروط العقد يتوقف عليها وجود العقد و صحته والشروط المقترنة بالعقد لا تتوقف عليها صحة العقد وإنما قد يترتب على انعدامها عدم لزوم العقد.

3- ان شروط العقد لازمة مطلقا لأنها من وضع الشارع ، وأما الشروط المقترنة بالعقد منها الصحيح الملزم ومنها الصحيح غير الملزم ومنها الباطل أو الفاسد الذي لا يصح ولا يلزم[1].

[1] سلام مدكور ؛المدخل،مرجع سابق،ص648

4- شروط العقد واجبة شرعا وقانونا عند إنشاء العقد والشروط في العقد جائزة في القانون وفي الفقه الإسلامي منها المحرم والجائز والمكروه.

5- أن شروط العقد غير قابلة للإسقاط، والشروط المقترنة بالعقد يصح إسقاطها من المشترط.

6- شروط العقد توجد مشروطاتها لحظة انعقاد العقد وجوبا ويستحيل أن يتأخر وجودها عن وجوده فرتبتها التقدم أو المقارنة للمشروط ، والشرط المقترن بالعقد مشرطه يوجد بعد انعقاد العقد يقول ابن القيم:(الفقهاء مجمعون على أن الشرائط الشرعية لا يجوز تأخيرها عن المشروط ولو تأخرت لم تكن شروطا)[1].

7- شروط العقد من أوصافه اللازمة له ولا تأثير له في آثاره زيادة أو نقصا، والشروط المقترنة بالعقد من الآثار الناتجة ومن شأنها أن تزيد وتنقص من آثاره الأصلية.

8- تأثير شروط العقد في العقد نفسه وتأثير الشروط المقترنة به في الالتزامات الناشئة عن العقد.

ثالثا: تحديد العناصر الجوهرية للشروط المقترنة بالعقد.

الشرط المقارن الجعلي هو: (هو الذي يكون اشتراطه بتصرف المكلف وإرادته) [2] ويمكن تعريفه أنه الشرط الذي يتفق عليه العاقدان في العقد ولا يستلزمه العقد حال إطلاقه.

[1] – ابن القيم الجوزية؛ اعلام الموقعين، مرجع سابق، ج2، ص 273.

[2] –صالح غانم السدلان؛ الاشتراط في النكاح. (ط:2 ؛ الرياض : دار معاذ للنشر والتوزيع، 1988)، ص 24.

فالشرط التزام بفعل أو امتناع أو بوجود وصف في محل الالتزام أو ربط وجود العقد أو عدمه بواقعة شرطية.

والشرط مرتبط وجوده بالمستقبل فهو غير متحقق في الحال، وأما شرط الوصف في المحل لغيابه والعلم به والتحقق منه يكون في المستقبل فالتحق بالأول.

وهو معلق على احتمال الوقوع وقد لا يتحقق الالتزام به، فوجوده محتمل سواء كان التزام فعل أو التزام بوجوده وصفا[1] .

أن الشرط المقترن بالعقد لا يتضمنه مقتضى العقد بالضرورة وليس من جملة الالتزامات الأصلية التي يفيدها العقد بنفسه بل هي من باب الإضافات إلى العقد[2].

الفرع الثالث: أنواع الشروط المقترنة بالعقد في القانون.

أكثر فقهاء القانون يتناولون شرطين فقط عند الحديث عن شروط العقد وهما الشرط الواقف والشرط الفاسخ[3].

أولا:أنواع الشرط المقترن بالعقدعند فقهاء القانون بإعتبار أثره:

أ- **الشرط الواقف:** هو الشرط الذي يعلق انعقاد العقد أو تنفيذه عليه بحيث لا تترتب آثار العقد إلا بعد وقوع الشرط، ولا ينشأ الالتزام إلا بتحقق الشرط الواقف.

[1]- محمد سلام مذكور ؛ المدخل للفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص648.

[2] – كوثر كامل علي؛ شروط عقد الزواج، مرجع سابق، ص38.

[3] – السنهوري؛ الوسيط، مرجع سابق،ج3 ص32

فنفاذ العقد موقوف على تحقق هذا الشرط لذلك سمي شرطا واقفا، فالعقد المقترن بالشرط الواقف يشبه العقد الموقوف في الفقه الإسلامي ولكنه ليس هو والفروق التي سنذكرها- بعد صفحات- بين العقد الموقوف والشرط المعلق تجري هنا .

ب - الشرط الفاسخ: وهو تعليق زوال الحق أو الالتزام على تحقق الشرط ووجوده[1] او هو الشرط الذي يجعل من العقد اللازم غير لازم، بحيث يثبت خيار الفسخ للعاقد بتحقق الشرط.

وتحقق الشرط الفاسخ والحكم به مناطه ثبوت إخلال المدين (العاقد الآخر) بالالتزام المرتب للفسخ بشرط أن يكون امتناع المدين ليس بسبب الدائن بقصد التمسك بالشرط الفاسخ الصريح وبطريقة تتنافى مع ما تفرضه حسن النية .

والفرق الأساسي بين الشرط الواقف والشرط الفاسخ أن العقد في الشرط الواقف معدوم محتمل الوجود، وفي الشرط الفاسد العقد موجود محتمل الزوال، ويشترط في الشرط الواقف والفاسخ ما أشترط في الشرط المعلق سابقا[2].

[1]- ياسين محمد الجبوري ؛ الواقعة الشرطية – دراسة في مفهوم الشرط في القانون الأردني .مجلة الشريعة والقانون، جامعة الزيتونة ،الأردن ،2004 ،العدد 21،ص300 .و السنهوري؛ الوسيط، مرجع سابق، ج3 ،ص 23

[2] – مصطفى الزرقا؛ المدخل الفقهي، مرجع سابق، ج1، ص 522.

ثانيا :أنواع الشرط عند فقهاء القانون باعتبار وقوعه.

أ- **الشرط الاحتمالي:** وهو قد يتحقق الشرط أو يتخلف نتيجة الصدفة وحدها دون أن تلعب إرادة أحد الطرفين دورا في تحققه أو تخلفه وهذا النوع من الشروط لا يكون إلا شرطا واقفا أو فاسخا مثل تعليق الزواج على النجاح في الوظيفة أو الدراسة[1].

ب- الشرط الإرادي: وهو الشرط الذي يناط تحققه أو تخلفه بإرادة أحد طرفي الالتزام.

وهو نوعان: الشرط الإرادي البسيط وهو الشرط الذي يتوقف أمر تحققه وتخلفه على إرادة أحد طرفي الالتزام مقترنا بتصرف أو عقد معين،كقولها أتزوجك بشرط أن تسكنني مدينة كذا، وهو الشرط التقييدي المقترن بالعقد في الفقه الإسلامي.

والشرط الإرادي المحض: هو الشرط الذي يكون تحققه أو تخلفه متوقف على إرادة احد طرفي الالتزام دون أن يقترن بعمل أو تصرف ما[2].

وقد نازع فقهاء القانون في اعتبار الشرط الإرادي شرطا بالمفهوم القانوني لأن من مقومات الشرط أن يكون أمرا احتماليا غير محقق الوقوع[3] ، وهنا لإرادة المتصرف السلطان المطلق في تحقيق الشرط وعدم تحقيقه واعتبروا الشرط المنوط بالإرادة مجرد تعليق على المشيئة او وصف للإرادة لا وصفا للالتزام.

[1]- ياسين محمد الجبوري؛ الواقعة الشرطية، المرجع السابق ،ص309

[2]- المرجع السابق، ص312

[3] - السنهوري؛ الوسيط ، مرجع سابق،ج3،ص31

ج- الفرق بين الشرط الاحتمالي والشرط الإرادي: الأول وصف للالتزام وله تعلق به، في حين الشرط الإرادي فهو عبء وتكليف وهو وصف للإرادة وعليه تتأسس الإرادة والرضا والباعث لان الارادة هي مصدر الشرط وليس التصرف[1].

كما أن الشرط الإرادي هو جزء من التصرف والالتزام وهو عنصر جوهري في العقد والشرط الاحتمالي هو وصف باعتباره أمرا عارضا خارج الالتزام والتصرف.

ومن الفروق ان الشرط الاحتمالي الذي يكون فاسخا او واقفا لا يكون مقدورا للعاقدين يدخل تحت سلطان الإرادة، والشرط الإرادي عكس ذلك.

ثالثا: مقومات الشرط عند فقهاء القانون.

1-ان يكون الشرط أمرا مستقبلا [2]: بمعنى أن تحقق ذلك الفعل أو الواقعة الشرطية يقع لاحقا بعد انعقاد العقد.

2- الشرط أمر غير محقق الوقوع [3]:أي أن وقوع الشرط محتمل وغير مؤكد فاذا كان محقق الوقوع في المستقبل لم يعد شرطا، وهذا هو العنصر الجوهري الذي يختلف به الشرط عن الأجل فالشرط يتعلق بواقعة يكتنفها الشك من حيث وقوعها وعدمه، فالشك جوهر الشرط في القانون والشرط يتعلق بإمكان الوقوع لا بوقت الوقوع، فالتعليق على موت أحد أو ميلاد

[1] - المرجع نفسه،ج3،ص 32

[2] - المرجع نفسه ،ج3،ص7

[3]- ياسين محمد الجبوري ؛ الواقعة الشرطية، المرجع السابق ، ص 275

حمل هو أجل لا تعليق[1]ونجد نفس هذا المعنى في شرط التعليق في الفقه الإسلامي حيث يقول ابن نجيم (وشرط صحة التعليق كون الشرط معدوما على خطر الوجود)[2].

3-ان يكون الشرط مشروعا: فالمشروعية من مستلزمات الشرط الإرادي او ما يعبر عنه الشرط كعبء مثل اشتراط المرأة المسيحية أن يكون أبناؤها على دينها وإلا كان لها الحق في الطلاق، فالشرط مخالف للنظام العام فهو باطل، ولا تعد سمة من سماته باعتباره وصفا أي شرطا فاسخا أو واقفا[3] .

الفرع الرابع: أقسام الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي.

أولا: الشروط التعليقية.

أ- مفهوم تعليق العقد على الشرط:

الشرط التعليقي أمر مستقبلي غير محقق الوقوع يضاف إليه نشوء الالتزام أو زواله[4]

فالشرط بهذا المعنى أمر خارجي عن العقد وعارض تضيفه الإرادة إلى العقد بعد أن استوفى أركانه وشروطه الشرعية عناصر تكوينه تربط به وجود العقد وانعدامه بحسب قاعدة (المعلق على الشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط)[5] .

[1] - المرجع السابق،ص279

[2] زين الدين ابن النجيم الحنفي؛ الأشباه والنظائر،تحقيق :محمد مطيع الحافظ .(ط:1؛دمشق:دار الفكر،1999) ص367

[3] - ياسين محمد الجبوري ؛ الواقعة الشرطية، المرجع السابق،ص291

[4] - عبد الله ابراهيم الموسى؛ الشروط العقدية.(ط:1؛المملكة العربية السعودية،دار ابن الجوزي؛1911م) ص68.

[5] - عبد العزيز محمد عزام؛ القواعد الفقهية،(ط: 1؛ القاهرة: دار الحديث، ، 2005) ، ص500.

والفقه الإسلامي يفرق بين العقد المعلق على شرط والعقد الموقوف والعقد غير اللازم، فالعقد المعلق على شرط هو عقد موقوف التنفيذ غير منجز من جهة العاقد وبإرادته على حدوث أمر ليس من تصرفه عادة.

والعقد الموقوف فهو عقد غير منجز ومؤجل التنفيذ من جهة المشرع الى غاية حصول أمر اشترطه لتمام العقد ،وأما العقد غير اللازم فهو منعقد منجزا ولكنه محتمل الفسخ بسببه الذي هو طارئ أو بسبب من العاقد الآخر.

ب- شروط الشرط المعلق :

1- أن يكون الشرط المعلق عليه العقد غير موجود عند التعاقد فإن كان موجودا حينها فإن العقد يعتبر منجزا لأن تعليقه كان صوريا .

2- أن لا يكون الشرط المعلق عليه مستحيلا لأن الشرط المستحيل يجعل العقد في حكم المعدوم.

3- أن يكون الشرط المعلق عليه العقد مشروعا فإن كان مخالفا للنص في الفقه الإسلامي, أو للنظام العام والآداب العامة, فلا تأثير له.

4- أن يكون العقد الذي اقترن به الشرط المعلق يقبل التعليق، لان من العقود اللازمة المنجزة التي لا تقبل العليق وتبطل به.

ج – أنواع الشرط المعلق :

إن فحص شروط التعليق تبرز لنا نوعين منه:

1– شروط يعلق عليها وجود العقد كقوله (قبلت بشرط يأذن أبي أو يأتي)وهذا يقابل الشرط الواقف عند القانونيين.

2– والثاني أن يشترط شرطا يعلق عليه فسخ النكاح وهو تعليق لزوم العقد وليس تعليق انعقاده كالخيار أو تعليق الفسخ على الصفة المشروطة كقوله (فإن لم تكن بكرا فسخت الزواج) وهذا يكون في التعليق على الصفة أو التعليق على الخيار وهو الشرط الفاسخ في القانون.

د – التكييف الشرعي والقانوني للشرط المعلق.

اتفقت المذاهب الفقهية على عدم جواز تعليق الزواج لأنه من عقود التمليكات لا ينعقد إلا منجزا باتا ولا يدخله الخيار فإن وقع التعليق أو الخيار بطل النكاح. جاء عند الحنفية (والنكاح لا يصح تعليقه بالشرط)[1] وصرح الشافعية (يشترط كون النكاح منجزا وحينئذ لا يصح تعليقه)[2] وأورد الحنابلة (لان النكاح لا يصح تعليقه)[3].

وأما المالكية فلهم تفصيل فيما يصح أو لا يصح تعليق الزواج عليه، وذلك أن التعليق يكون على حدث أو أمر خارجي أو تعليق على إرادة أو رضا شخص يكون رضاه مكمل لرضا

[1] – ابن عابدين؛ رد المحتار، مرجع سابق، ج3، ص58.

[2] – الشربيني؛ مغني المحتاج،مرجع سابق، ج6، ص356.

[3] –محمد بن احمد الفتوحي ابن النجار الحنبلي؛ معونة اولى النهى شرح منتهى الإرادات تحقيق عبد الملك بن عبد الله دهيش.ج9، (ط:5؛ مكة: مكتبة الأسدي،2008)، ص 133.

العقد فمن الأول تعليق الزواج على شفاء مريض أو نجاح في انتخاب أو اكتساب وظيفة فهذا التعليق ممنوع والعقد باطل.

وأما التعليق على الإرادة كمن قال تزوجتها إن رضي أبي ولم يكن أبوه موجودا في المجلس فإنه يصح إن رضي، وعندهم أن هذا توقيف على إجازة من تصلح منه الإجازة وليس تعليقا[1].

هذا والمذاهب مختلفة في أن المعلق من العقد هل هو انعقاده أم تنفيذه؟ فالجمهور يرون أن العقد المعلق – إذا كان يقبل التعليق – ينعقد في الحال ويتأخر تنفيذه الى أن يحصل الشرط، والحنفية يرون أن الانعقاد هو المعلق إلى حين حصول الشرط والنكاح لا يقبل التعليق مطلقا عند الجميع.

ولم يرد في قانون الأسرة الجزائري أي ذكر لحكم تعليق الزواج ولكن بلحاج العربي يستنتج من المادة 9 من قانون الأسرة 02/05 دلالة مفهومها أن يكون العقد مطلقا غير مقيد[2]، والحقيقة أن المادة المذكورة (ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين) لا تفيد لغة إلا ما يتوقف عليه انعقاد العقد وشرط التعليق خارج هذه الحقيقة، وهذا النوع من الاشتراط شائع بين الناس وكان الأولى التنصيص عليه .

[1] – محمد سكحال المجاجي؛ المهذب من الفقه المالكي وأدلته،ج2.(ط:1؛دمشق:دار القلم،2010)،ص40

[2] – بلحاج العربي؛ أحكام الزوجية وآثارها، مرجع سابق، ص251

في حين نجد المشرع المغربي صرح بمنع تعليق عقد الزواج في[1] حين اشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا (باتين غير مقيدين بأجل أو بشرط واقف أو فاسخ)،وقد ورد في قانون الأحوال الشخصية العراقي في منه (وأن يكون العقد غي معلق على شرط أو حادثة غير محققة)[2].

وعقود التمليكات هي عقود فورية تنجيزية ومنها الزواج – كما يصنفه الفقهاء– لا تنعقد إلا منجزة وهو مقتضى العقد فلا يصح تعليقه على شرط يناقضه كتعليقه على الخيار، إذ عقد الزواج لا تدخله الخيارات باتفاق الفقهاء لأنه مانع من تنجيز العقد وفوريته[3] والمالكية يجوزون الخيار في مجلس العقد أو الزمن اليسير، وأما الخيار الذي يمتد خارج مجلس العقد فيفسخ به العقد قبل الدخول ويثبت بعده[4]وعليه فعند الأحناف عقد الزواج لازم[5] واشتراط صفة في أحد الزوجين لا تثبت للآخر خيار الفسخ لفوات الوصف المرغوب والمشروط، وأما جمهور الفقهاء فالزواج عقد لازم غير أنه جاز الفسخ بانعدام شرط الوصف المطلوب إذا كان يكمل مقصود العقد استثناء وإن كان الأصل في الزواج اللزوم .

[1] – مدونة الأسرة المغربية 2004،المادة 11

[2] –قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم188 لسنة1959، المادة 6

[3] – بدران ابو العينين بدران؛ الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص49.وابو زهرة،الاحوال الشخصية،مرجع سابق ، ص 46

[4] – عبد الرحمن الجزيري؛ الفقه على المذاهب الأربعة، ج4 ،ص 30.

[5] – السرخسي؛ المبسوط، مرجع سابق، ج4،ص95

ثانيا: الشرط المضاف إلى العقد.

أ- **تعريفه :** هو الشرط المبين للأجل الذي يبدأ فيه تنفيذ العقد[1].

ب - خصائص العقد المضاف إلى شرط :

العقد المضاف إلى شرط يشبه العقد الموقوف من وجوه ويختلف عنه من وجوه

1- فالعقد المضاف إلى شرط تأجيل تنفيذه مصدره إرادة العاقدين والعقد الموقوف تأجيله من قبل المشرع.

2- العقد المضاف إلى شرط صيغته مقيدة بما يدل على التعليق من الألفاظ، والعقد الموقوف صيغته مطلقة.

3- في العقد المضاف إلى شرط يبدأ أثره من لحظة تنفيذه دون أثر رجعي في العقود التي تقبل الإضافة وفي العقود التي تقبل التعليق كالوصية فحكمها يترتب من وقت وقوع الشرط.

والعقد الموقوف إذا أجيز فالإجازة اللاحقة كالإذن السابق فيكون أثره رجعي[2].

4- العقد المضاف متوقف على زمن محقق القدوم، والعقد الموقوف متوقف على إجازة من له الحق.

[1] - حنان بنت محمد حسين؛أقسام العقود في الفقه الإسلامي (رسالة ماجستير).جامعة ام القرى،1998،ج1،ص216

[2] - عبد الله ابراهيم الموسى؛ الشروط العقدية، مرجع سابق.ص70

5- أن المؤخر في العقد المضاف حكم العقد، أما أصل العقد فقائم منذ لحظة إنشائه[1].

6- وأما الفرق بين الشرط التعليقي والشرط الإضافي فهو أن التعليق يمنع المعلق عن السببية للحكم وأما الشرط المضاف فلا يمنع ذلك وينعقد العقد في الحال لكن يتأخر حكمه إلى الزمن المضاف

ج -حكم عقد الزواج المضاف إلى أجل بالشرط:

الزواج عقد يفيد حكمه فورا فهو من العقود الفورية التي لا تقبل الإضافة[2].

ومما يستشكل و يظن أنه شرط إضافة وهو ليس كذلك ،أن تشترط الزوجة تأخير الدخول بها لسنوات فهذا جائز للعذر فقط من باب تأخير التنفيذ لا تأخير حكم العقد إذ الحل متحقق بتمام العقد كمن شرط تأخير إستيلام المبيع[3].

ثالثا:الشروط المقترنة بالعقد تقييدا: وهو ما خصص له المطلب الآتي تفصيلا.

[1] - أسامة الحموي؛الشرط الجزائي في الفقه الاسلامي،(ط:1؛دمشق: دار النوادر،2012)،ص 38

[2]- محمد ابوزهرة ؛ الاحوال الشخصية، مرجع سابق،ص 46

[3]- ابن رشد الجد؛ البيان والتحصيل،مرجع سابق،ج4،ص461

المطلب الثاني:الشروط المقترنة بالعقد تقييدا.

وهي الشروط التي عليها مدار بحثنا وهي المقصودة حين إطلاق عبارة الشروط في العقود.

الفرع الأول:حقيقة الشروط المقترنة بالعقد تقييدا.

الشروط المقترنة بالعقد تقييدا هي التي تتجه إلى آثار العقد بالتقييد والتغيير والزيادة عليها أو نقصا منها وهي تختلف عن الشروط المقترنة بالعقد تعليقا أو إضافة مفهوما وطبيعة، ثم هي أنواع تفصيلها الآتي.

أولا: تعريف الشرط المقترن بالعقد تقييدا.

يعرّف الشرط التقييدي المقترن بالعقد بأنه (التزام وارد في التصرف القولي عند تكوينه زائد عن مقتضاه شرعا)[1].

وهناك من عرفه:(بأنه إحداث التزام في العقد لم يكن يدل عليه لولاه)[2].

ومن القانونيين من عرفه(تلك الشروط التي يدرجها المتعاقدون فيإتفاقاتهم وتصرفاتهم القانونية والتي يكون الهدف منها تحديد مضمون التصرف وتقييده على وجه دون آخر وتكون هذه الشروط في شكل بنود التعاقد وتتمثل في أعباء معينة وإلتزامات محددة تفرض على أحد طرفي العقد أو عاى كليهما)[3].

[1]– محمد فتحي الدريني؛ بحوث مقارنة، مرجع سابق،ج2،ص 414

[2] – علي القرة داغي؛ المقدمة في الملكية والعقود.(ط:1؛ بيروت:دار البشائر الاسلامية،2006) ص520.

[3] – ابراهيم الدسوقي أبو الليل؛ البطلان الجزئي للعقود والتصرفات،مرجع سابق ، ص211

الشرط التقييدي يرد في صلب العقد وإن كان خارجا عن ماهيته ولذلك يطلق عليه الشرط في العقد ، كما أنه لا يوجب وجود العقد ولا عدمه وإنما يوجد الشرط بوجود العقد وأما الشرط فلا تأثير له في العقد لا من حيث الوجود أو العدم وإنما تأثيره في آثار العقد بالزيادة والنقصان والتعديل والتغيير، أو بتعبير آخر أن الشرط المعلق يؤثر في نفس العقد من حيث وجوده والشرط المقيد يؤثر في الالتزام [1].

ثانيا: الطبيعة القانونية والشرعية للشرط المقترن بالعقد تقييدا.

الشرط المقترن بالعقد تقييدا يكون لفظيا بصيغة صريحة في الاشتراط كقولها (أشترط في زواجنا السكن المنفرد)، وأما الشرط العرفي فيكون ملحوظا غير ملفوظ فهل يعتبر مقيدا لعقد الزواج أم لا ؟

ففي الفقه الإسلامي جمهور العلماء يجرون قاعدة المشروط عرفا كالمشروط شرطا ,مقيدة بنطاق المعاملات المالية [2]، وأما عقد الزواج فلا يصح تقييده بالشروط العرفية إذا لم يشترطها العاقدان لفظا في صيغة العقد والى المنع من ذلك ذهب المالكية والشافعية والحنفية، قال الدسوقي (العرف ليس كالشرط... ولعل الفرق بين النكاح وغيره في كثير من الأبواب حيث جعل العرف كالشرط أن النكاح مبني على المكارمة فلم ينزل العرف منزلة الشرط إلا فيما يتعلق بأحكام المهر والنفقة)[3] .

---

[1] –زكي الدين شعبان؛نظرية الشروط المقترنة بالعقد.(ط:1؛بيروت:دار النهضة،1968،ص33

[2] – السنهوري؛ مصادر الحق، مرجع سابق، ج5، ص 46.

[3] – الدسوقي؛ الشرح الكبير؛ مرجع سابق،ج3، ص 108.

وذهب الحنابلة إلى جواز تقييد الزواج بالعرف على أن العرف ينزل منزلة الشرط في الراجح من مذهبهم والى هذا انتصر ابن تيمية محتجا (فإن من أصولهم–الصحابة – أن القصود في العقود معتبرة كما يجعلون الشرط المتقدم كالشرط المقارن ويجعلون الشرط العرفي كالشرط اللفظي)[1] .

والراجح قول الجمهور لأن الشرط يعبر عن إرادة ورغبة العاقد في تحديد آثار العقد فمن غير المناسب لخطورة أمر الزواج أن تقيد آثاره أو تعدل بما كان احتماليا.

والتشريعات الأسرية بما فيها قانون الأسرة الجزائري لم يتعرض لهذه الجزئية.

ثالثا: خصائص الشروط المقترنة بالعقد تقييدا.

الشرط المقترن بالعقد تقييدا أمر عارض على أصل العقد لا يقتضيه وإنما يدخل عليه عند تكوينه كاشتراط المرأة البقاء في الوظيفة ومن خصائصه[2].

1–هو إلتزام مضاف إلى المستقبل فإذا كان محقق الوجود عند إنشاء العقد كان إشتراطه صوريا

2– أنه لا يتوقف عليه وجود العقد أو انعدامه فهو التزام يتضمنه العقد.

3– تأثير الشرط المقترن بالعقد تقييدا ليس في العقد ذاته وإنما في الالتزام.

4– الشرط المقترن بالعقد تقييدا أمر معدوم ممكن الوجود و التحقق وقت الالتزام فإن أصبح مستحيلا لسبب طارئ فإن الشرط يسقط لانعدام محل الشرط.

[1] – تقي الدين بن تيمية؛ مجموع الفتاوى ،مرجع سابق، ج20، ص 378.

[2] –أسامة الحموي؛الشرط الجزائي في الفقه الاسلامي،مرجع سابق، ص34

5- تشترط المشروعية فيه ليصح الالتزام به فإن كان باطلا لمخالفته النظام العام والآداب العامة أو مخالفا لنص قانوني أو شرعي فلا تسمع فيه الدعوى.

6- وقد يرد السبب الذي هو ركن عند فقهاء القانون في صورة شرط إذا كان هو الدافع المباشر للتعاقد[1].

رابعا: مقارنة بين الشرط التقييدي والتعليقي والمضاف.

1 – العقد معدوم قبل وقوع الشرط التعليقي عند الحنفية والمالكية خلافا للشافعية –الذين ينعقد العقد عندهم ابتداء مع جميع الشروط –، وفي حالة الشرط التقييدي والشرط المضاف ينعقد العقد منذ لحظة إنشائه[2].

2- الشرط الاضافي يشبه الشرط التقييدي من حيث أن كلا الشرطين محقق الوجود مستقبلا من حيث الامكان، وأما الشرط التعليقي فهو على خطر الوجود والعدم.

3- ويشترك الشرط الاضافي مع الشرط التقييدي، في أن المؤخر فيه ليس أصل العقد وإنماحكمه فقط، بخلاف الشرط التعليقي حيث إن المؤخر فيه هو أصل العقد .

4- أن الشرط التقييدي يعدل من آثار العقد زيادة ونقصا وتغييرا وأما الشرط الاضافي والتعليقي فليس لهما علاقة بآثار العقد[3].

[1] – السنهوري ؛ مصادر الحق، مرجع سابق، ج4، ص56.

[2] ابن النجيم ؛ الاشباه والنظائر،مرجع سابق،ص 208 .وابن عابدين ،مرجع سابق،ج 4 ،ص243

[3] –أسامة الحموي؛ الشرط الجزائي في الفقه الاسلامي،مرجع سابق،ص38

5- الشرط التعليقي تأتي في صيغته أدوات الشرط ،(إن فعلت كذا فالعقد بيننا ماض،أو مفسوخ)، وأما صيغة الشرط التقييدي تأتي خلوا من أدوات الشرط[1].

6 – تتميز شروط عن شروط التعليق في أن اقترانها بالعقد لا يجعله موصوفا أو معلقافلا يترتب عليها وجود الإلتزام أو زظواله وإنما هي أمر تابع وتمثل جزءا من العقد وإن كانت جزءا زائدا عن أصله[2].

الفرع الثاني: أنواع الشروط المقترنة بالعقد تقييدا.

أولا:. **أقسامه بحسب زمن اشتراط الشرط .**

أ- **الشرط المتقدم عن العقد:** وهو الشرط الذي يتوافق عليه طرفا العقد قبل العقد على سبيل المواعدة ولا يذكر في صلب العقد.

والفرق بين الشرط المتقدم والوعد يرجع الى الصيغة والقرائن الملابسة بها لفظية أو حالية وهذا رأي المالكية ويرى الشافعية أن الشرط ما كان بصريح لفظ الشرط أو ما يؤدي معناه مثل (...على أن أفعل...) معيار التمييز بينهما ان تدل العبارة على الالتزام وأن ما يذكر من فعل أو صفة يقيد التصرف[3].

وفي الفقه الإسلامي رأيان في هذه المسألة الأول : الحنفية والشافعية والمعتمد عند الحنابلة والظاهرية هو أن الشرط المتقدم على العقد لا يؤثر ولا اعتبار له .

[1] –يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين،المفصل في القواعد الفقهية.(ط:2؛الرياض:الدار التدمرية،2011)، ص547

[2] – ابراهيم الدسوقي أبو الليل؛ البطلان الجزئي للعقود والتصرفات ،مرجع سابق،ص123

[3] – علي القرة داغي؛ المقدمة في الملكية والعقود، مرجع سابق ، ص 520.

وحجتهم: أن هذا الشرط لم يوافق محلا حيث شرط قبل انعقاد العقد فهو وعد وحكم الوعد أنه لا إلزام فيه[1] .

والقول الثاني : أن الشرط المتقدم كالشرط المقارن في الاعتبار ثبوتا وتأثيرا ، صحة ووفاء أو فسادا وإلغاء، وهو مذهب المالكية ، ورآه ابن تيمية ظاهر مذهب أحمد حيث يقول(الشرط المتقدم على العقد بمنزلة المقارن له في مذهب أهل الحديث وأحمد وهو مذهب أهل المدينة وقول في مذهب الشافعي)[2] وأيده ابن القيم.

وحجتهم: عموم النصوص التي توجب الوفاء بالعقود والشرط عقد ومن فرق فعليه الدليل، وأن عقود النبي ﷺ كانت تجري فيها المشارطات ثم يعقد العقد مطلقا بعد ذلك .

والمالكية يعتدون بالباعث والقصود والنيات وهي مؤثرة عندهم في العقود صحة وبطلانا[3]ولذلك أسسوا قولهم الشرط السابق كالمقارن على أصلهم سد الذرائع لسد باب التحايل على من يريد التوصل بالشروط المحرمة المفسدة للعقد شرعا فيذكرها متقدمة على سبيل الوعد وعند التعاقد تكون ملحوظة وإن لم تكن ملفوظة، والوعد ملزم عند المالكية في قول، والعقود مبنية

[1] – عياد بن عساف بن مقبل العنزي؛ الشروط التعويضية في المعاملات المالية،ج،1مرجع سابق، ص 94.

[2] – تقي الدين بن تيمية؛ بيان الدليل في تحريم التحليل، تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي،(ط:1؛بيروت:المكتب الاسلامي، 1998) ص 49.

[3] – حليمة آيت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي.(ط:1؛بيروت:دار الحداثة ،1986)،ص 119

على التراضي والشرط معتبر في تأسيس الرضا ، فصاحب الشرط رضي بالعقد لوجود الشرط ولو وعدا فيكون إسقاط الشرط مخلا بالرضا، وعليه فقول المالكية رأي راجح ومعتبر[1].

وتخريجا على هذا الخلاف وقع الاختلاف الفقهي في الاتفاق على التأقيت في الزواج قبل العقد هل يفسد العقد أم لا ؟ إذا لم يصرح في العقد.

ب – الشرط المتأخر عن العقد :

وهو الشرط المتفق عليه بعد إبرام العقد وتمامه [2].

وجمهور الفقهاء لم يعتدوا به ولم يلحقوه بالعقد، وهذا عند الشافعية والحنابلة وذلك بعد لزومه واستقراره وأما قبل ذلك فهو كالمقارن، غير أن المالكية اعتبروه إلتزاما منفردا عند وقوعه فإذا اشترطت المرأة بعد العقد الخروج للعمل مقابل إسقاط النفقة فهي معاوضة مستقلة فعند عدم الوفاء منه لها أن تتحلل من إلتزامها، وأما الأحناف فجعلوا الشرط اللاحق كالسابق إذا كان صحيحا يقول ابن عابدين (الشرط اللاحق يلتحق بأصل العقد)[3].

والمشرع الجزائري اعتد بالشرط اللاحق إذا كان موثقا وذلك في المادة 37 ونص فقرتها الأولى (غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما) وهو هنا موافق للمالكية في أن الاتفاق اللاحق هو عقد مستقل عن عقد الزواج.

---

[1] – احمد محمد الاسلامبولي، حكم الوعد في الفقه الاسلامي، مجلة الاقتصاد الاسلامي، جامعة الملك عبد العزيز مجلد16،العدد2، سنة 2003، ص50

[2] – كوثر كامل علي؛ شروط الزواج، مرجع سابق، ص43

[3] – ابن عابدين؛ حاشية رد المحتار، مرجع سابق، ج5، ص 204.

ج – الشرط المقارن للعقد تقييدا:

وهو ما ذكر في صلب العقد وفي مجلسه وهو الأصل في اقتران الشروط بالعقود ولهذا اتفق الفقهاء وقوانين الأسرة في التشريعات العربية عموما لأنه المقصود عند إطلاق صحة الاشتراط في العقد وهو مؤثر في العقد صحة وفسادا.

ثانيا: أقسام الشرط المقترن بالعقد تقييدا باعتبار محل تعلقه.

1- الشرط المقيد للعقد ومحله الالتزامات : وهذا الشرط إما أن يكون مؤكدا أو لاغيا أو مضيفا أو منقصا لآثار العقد المترتبة عليه كالحقوق الزوجية من نفقة او مهر أو غير ذلك وتسمى في الفقه الإسلامي مقتضى العقد أو حكمه.

2- الشروط المقترنة بالعقد تقييدا ومحل تعلقها النظام التشريعي للعقد[1]:

والشروط التي تتعلق بأركان العقد وشروطه وموضوعه –ومجموع هذه هو النظام التشريعي للعقد– بالتغيير والتبديل ومثال ذلك: اشتراط تأقيت الزواج الذي يغير شرط التأبيد الذي هو من شروط الصحة، أو يمس وجودية المهر في عقد الزواج بالإلغاء وهو ركن أو شرط لاختلاف المذاهب في ذلك، أو يمس الشهادة باشتراط كتمانها وهي شرط صحة مقصود الشرع من اشتراطها إعلان الزواج .

3- شرط الوصف في الزواج المتعلق بالعاقدين وفواته:

[1] – بدران ابو العينين بدران؛ الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص217.

قد يشترط احد الزوجين في الأخر أوصافا يرى كمال زواجه بوجودها كاشتراط الجمال والبكارة في المرأة أو المستوى التعليمي واليسار والنسب في الزوج، والوصف المشروط هنا متعلق بالمعقود عليه وليس بالالتزام وآثار العقد هذا من وجه ومن وجه آخر فانه ليس شرطا متعلقا بأمر مستقبلي محتمل الوقوع بل بأمر موجود غير معلوم فاحتمالية وجود الوصف وانعدامه من باب رفع الجهالة القائمة وليس من باب التحقق والوقوع، وهذان العنصران جوهريان يفارق بهما الشرط التقييدي شرط الوصف[1].

ومن جهة الحكم فان شرط الوصف جائز مادام الوصف مشروعا غير مانع من الزواج، والوصف غير المشروع أن تكون زانية والوصف غير المشروع المانع كأن يشترطها ملحدة أو تشترطه نصرانيا.

واختلف في فوات الشرط المشروع فإذا وجد أحد الزوجين زوجه على خلاف ما اشترط فيكون بذلك وقع في التغرير من طرفه، والتغرير من عيوب الإرادة لأنه إيهام للمتعاقد من الآخر بما يدفعه إلى التعاقد والعقد مع التغرير صحيح مهدد بالفسخ لأنه يثبت حق الفسخ للمغرر به من الزوجين على اختلاف بين الفقهاء[2].

[1] – عياد بن عساف بن مقبل العنزي ،الشروط التعويضية في المعاملات المالية،مرجع سابق، ج1، ص 135

[2] – كفاح عبد القادر الصوري؛ التغرير وأثره في العقود.(ط:1؛الأردن: دار الفكر ،2007)،ص128

فعند الحنفية العقد لازم ولا خيار لأحد الزوجين بفوات الوصف المرغوب المشروط في العقد قال الكمال بن الهمام (وفي النكاح لو شرط وصفا مرغوبا فيه كالعذرية والجمال والرشاقة وصغر السن فظهرت خلاف ذلك لا خيار له في فسخ النكاح)[1].

والشافعية في قول والظاهرية يبطل عندهم العقد بفوات الوصف المشروط في العقد وعللوا ذلك بأن الفوت يعدم الرضا[2]، لأنه وصف في المعقود عليه وإخلافه كتبديل العين المعقود عليها وللشافعية قول ثان بصحة الزواج مع فوات شرط الوصف (لأن الخلف في الشرط لا يوجب فساد البيع مع تأثره بالشروط الفاسدة فالنكاح أولى)[3] .

ويثبت الخيار للزوج الشارط بفوات الوصف المشروط عند الحنابلة بخلاف الزوجة فلا يثبت لها إلا بفوات أوصاف الكفاءة وعارض ابن القيم هذا بقوله (فإذا شرطته شابا جميلا صحيحا فبان شيخا مشوها فكيف تلزم به وتمنع من الفسخ هذا في غاية الامتناع والتناقض في القياس وقواعد الشرع)[4]

والمالكية يثبتون الخيار للعاقد المشترط سواء كان زوجا أو زوجة بتخلف الوصف المشروط في العقد [5].

---

[1] – الكمال بن الهمام ؛ فتح القدير،مرجع سابق،ج4،ص 305.وعبد الكريم زيدان،المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم،مرجع سابق،ج6،ص141

[2] – كفاح عبد القادر الصوري؛ التغرير وأثره في العقود ،مرجع سابق، ص128–131

[3] – الشربيني؛ مغني المحتاج ، مرجع سابق ،ج ، ص274، وأبي حامد الغزالي؛ الوسيط ،مرجع سابق،ج5، ص166

4 – ابن القيم الجوزية؛ زاد المعاد،تحقيق:شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط. ج4 ،(ط:6؛ بيروت:مؤسسة الرسالة،1984)، ص31

5 – أبو عمر يوسف ابن عبد البر ؛ الكافي.(ط:3؛بيروت:دار الكتب العلمية،2002) ص259

ولكن هل شرط الوصف هو شرط تقييدي؟

نص الفقهاء على أن شرط الوصف ليس من قبيل الشرط التقييدي فاشتراطه بمثابة تقرير أمر واقع ولا يتوقف وجوده على المستقبل،وهو وصف تعلق بالعين المعقود عليها ولا يستقل عنها بخلاف الشرط التقييدي فهو لا علاقة له بالمعقود عليه من حيث وجوده.[1]

ثالثا: أقسام الشروط المقترنة بالعقد تقييدا باعتبار علاقتها بمقتضى العقد

أ- الشروط التي تؤكد مقتضى العقد: [2] وهي أن تكون مشروطات الشروط مما يوجبه العقد من غير شرط في حالته المطلقة بحيث هي آثار والتزامات أصلية يقتضيها العقد بنفسه ، ويكون من ثم اشتراطها وعدم اشتراطها سواء، فذكر هذه الشروط وعدم ذكرها سواء حسب قاعدة (ماكان من موجب العقد لا يحتاج الى اشتراطه)3.

ب- الشروط التي تلاءم مقتضى العقد: وهي شروط تكون من مصلحة العقد لا يقتضيها بنفسه ولكن مضامين الشروط المشترطة تقوي وتعضد موجبات العقد ومنها الشروط التوثيقية كاشتراط تسجيل العقد وتوثيقه، أو اشتراط كفيل بالمهر لعلمها بفقر الزوج، وكاشتراط الجمال في المرأة أو الدين واليسار أو الوظيفة في الزوج، والشرط الملائم هو مما لا يقتضيه العقد صورة ولكن يؤكد مقتضاه معنى فهو جائز

[1] – حوران محمد سليمان؛ نظرية الفسخ،مرجع سابق، ص318

[2] – علاء الدين الكساني؛ بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص176.و النووي، المجموع، مرجع سابق ،ج9، ص 374 . والحطاب؛ مواهب الجليل، مرجع سابق، ج3،ص446.

[3] – محمد الروكي؛ قواعد الفقه الإسلامي،(ط:1؛ دمشق : دار القلم، 1998)، ص 246.

استحسانا لا قياسا لأنه يفيد التوكيد والتوثيق لمقتضى العقد فألحق بالشرط الذي يقتضيه العقد لإتحاد المعنى فيهما[1].

ج- الشروط التي تناقض مقتضى العقد: وهي الشروط التي ترفع ما أوجبه العقد عند إطلاقه من أثار والتزامات كاشتراط عدم الإنفاق أو عدم طاعة الزوجة لزوجها، أو اشتراط عدم الوطء وقد تكون هذه الشروط منافية لمقتضى العقد كليا أو جزئيا كاشتراطها عدم القرار في بيت الزوجية أياما من الشهر أو سنة معينة[2] .

ومقتضى العقد يشمل غايته النوعية و آثاره وأحكامه المترتبة عنه وهي نوعان الالتزامات مثل المذكورات السابقة ومنها الاستمتاع، ومنها ما ليست التزاما مثل حل الاستمتاع وقد تأتي الشروط مناقضة للأولى أو الثانية.

د- الشروط التي لا تناقض ولا تلائم مقتضى العقد: وهي شروط تدعو اليها مصلحة أحد العاقدين ولم يرد نص شرعي باعتبارها أو إلغائها فهي من قبيل المصلحة المرسلة[3].

رابعا: أقسام الشروط المقترنة بالعقد تقييدا باعتبار الصحة والبطلان.

هذا التقسيم يختلف باختلاف المذاهب بين مضيق وموسع وتفصيل ذلك الآتي:

أ- الشروط الصحيحة المقترنة بالعقد تقييدا: منها

1- الشروط التي توافق مقتضى العقد وتؤكده وهي صحيحة باتفاق .

---

[1]- محمد فتحي الدريني؛ بحوث مقارنة، مرجع سابق، ج1، ص424

[2] -عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم،مرجع سابق،ج6،ص133-139

[3] - المرجع السابق، ج1، ص 434.

2- الشروط التي تلائم العقد وهي من مصلحته ومنها اشتراط الكتابة والكفيل في الحقوق المالية التي تتعلق بالذمة ، وهي صحيحة باتفاق المذاهب الأربعة وخالف الظاهرية فمنعوها[1].

3- الشروط التي ورد بها نص شرعي وإن خالفت مقتضى العقد كاشتراط تأجيل المهر بعضه أو كله أجازتها المذاهب الأربعة وهي عند الأحناف جائزة استثناء على أصل الاستحسان بالنص، وذلك لمخالفتها للقياس لأن مقتضى عقد المعاوضة – والزواج عقد معاوضة غير محضة عندهم – ثبوت الملك في الحال وهو تمليك بتمليك وتسليم بتسليم واشتراط التأجيل ينافي ذلك فلولا النص الوارد بجواز ذلك ما صح الشرط عندهم[2].

4- الشرط المتعارف عليه وهو الذي جرى عرف الناس في تعاملهم وكان لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولم يرد به نص وهو صحيح عند جمهور الفقهاء عدا الشافعية الذين قالوا بفساده، والمالكية والحنابلة صححوه على الأصل العام عندهم وأما الأحناف فهو صحيح على سبيل الاستحسان بالعرف والقياس فساد هذا الشرط لان العقد لا يقتضيه[3].

5-الشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه وفيه مصلحة لأحد العاقدين كاشتراط الزوجة عدم التزوج بها، هو صحيح عند المالكية والحنابلة بناء على أصلهم العام في الصحة

[1] – عياد بن عساف بن مقبل العنزي ؛الشروط التعويضية في المعاملات المالية،مرجع سابق، ج1، ص 103.

[2] –عبد الله ابراهيم الموسى؛ الشروط العقدية، مرجع سابق،ص290

[3] المرجع السابق،ص292

وهو عدم منافاة مقتضى العقد فحسب، وهو فاسد عند الشافعية والحنفية غير مفسد للعقد في النكاح دون البيع[1].

ب – الشروط الفاسدة المقترنة بالعقد تقييدا.

وهي نوعان على اختلاف مذهبي في ذلك منها القاصر الأثر فيفسد الشرط وحده دون العقد ومنها الشروط الفاسدة في نفسها المفسدة للعقد ونفصلها لاحقا:

1- الشرط الذي يبطل شرطا من شروط صحة الزواج كشرط التأقيت أو إسقاط الشهادة بالشرط أو كتمانها أو اشتراط إسقاط المهر عند المالكية أو شرط عدم الحل للزوج أو اشتراط وصف مانع كأن تشترط المسلمة في الزوج أن يكون نصرانيا[2].

2- الشرط المناقض لمقتضى العقد: وهو الذي يرفع ما يوجبه عقد الزواج عند إطلاقه وهذا لدى المالكية والحنفية والشافعية والحنابلة على خلاف بينهم في مفهوم مقتضى العقد حيث هو مقصود العقد الأصلي عند الشافعية والحنابلة وهو أعم من ذلك عند المالكية مثل: اشتراط عدم الإنفاق أو عدم الاستمتاع [3].

3- الشرط الذي لا يناقض العقد ولا يقتضيه و لا يلائمه وفيه مصلحة لأحد العاقدين ولم يأت به نص أو جرى به عرف فهو فاسد عند الشافعية و الأحناف وصحيح عند المالكية والحنفية[4].

---

[1] – المرجع نفسه، ص312

[2] عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم،مرجع سابق،ج6،ص133-139

[3] عبد الله ابراهيم الموسى، المرجع السابق،ص312

[4] المرجع نفسه،،ص295

4- الشرط الذي لا يناقض العقد ولا يلائمه وفيه مصلحة للعاقد ولم يأت به نص ولا جرى به عرف فهو فاسد عند الأحناف وحدهم وصحيح عند جمهور الفقهاء[1] .

5- الشرط الذي ورد نص خاص بالنهي عنه ،كشرط الشعار وإشتراط التحليل[2].

خامسا: أقسام الشروط المقترنة بالعقد باعتبار الحكم الشرعي.

أ- الشروط الجائزة : وهي الشروط الصحيحة المذكورة آنفا وهي لازمة الأثر وللحنابلة قاعدة تؤصل للشروط الصحيحة وهي أن كل تصرف جائز من غير شرط فاشتراطه صحيح[3].

ب- الشروط المحرمة: وهي الشروط الفاسدة السابقة الذكر وهي إما فاسدة لوحدها دون العقد أو مفسدة له.

ج- الشروط المكروهة: وهي من قسم الشروط الصحيحة حيث يجوز الوفاء بها ولا يلزم إذ سقط وجوب الإلزام عنها وهي قسم خاص بالمالكية دون غيرهم يقول الدسوقي (المكروه هو مالا يقتضيه العقد ولا ينافيه كأن لا يتزوج عليها أو لا يخرجها من بلدها فلا يفسخ قبل ولا بعد ولا يلزم الوفاء به وإنما يستحب وإنما كره لما فيه من التحجير)[4].

[1] – محمد مصطفى شلبي ، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي،مرجع سابق، ص479

[2] – عبد الله ابراهيم الموسى، المرجع السابق ،ص314

[3] –صالح غانم السدلان، الشروط في النكاح، مرجع سابق،ص32

[4] – خليل، التوضيح،مرجع سابق،ج4،ص187 ، الدسوقي ؛ حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج3،ص 151

الفرع الثالث:الأصول والنصوص الشرعية التي يتأسس عليها فقه الشروط:

لعل من ضروري حسن التفقه في موضوع الشروط الفاسدة المقترنة بعقد الزواج هو الإطلاع على الأصول الاجتهادية والنصوص الشرعية التي استند إليها الفقهاء في أحكامهم واختلافاتهم والتي تعتمد في الترجيح عند وضع التشريعات الأسرية.

أولا : الأصول الشرعية الاجتهادية لفقه الاختلاف في الشروط .

إن غموض النصوص القانونية في شأن الشروط المقترنة بعقد الزواج تقييدا ترجع الى شدة الاختلاف والاضطراب في نقل الآراء الفقهية للمذاهب الإسلامية ومعرفة الأصول التي احتكم لها أئمة الفقه تعين على الترجيح وتحديد القول الأصوب والأقرب إلى روح الشريعة ومن تلك الأصول الاجتهادية :

أ- **تعارض نصوص السنة:** تحت عنوان باب مالا يجوز من شروط النكاح يقول أبو بكر بن العربي(هذه معضلة أختلف الناس فيها قديما وحديثا وتعارض فيها أصلان عظيمان)[1] ثم ذكر حديث عائشة رضي الله عنها«كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ في كتابِ الله فَهُوَ باطِلٌ »[2] وحديث عقبة بن عامر« أَحَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ تُوفُوا بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ »[3] فكل من الحديثين مطلق من وجه والاختلاف في أيها يخصص الآخر.

[1] – ابو بكر بن العربي؛ المسالك في شرح الموطأ مالك،تحقيق محمد بن الحسين السليماني وعائشة بنت الحسين السليماني (ط:1؛بيروت: دار الغرب الاسلامي،2007)ج5، ص 477.

[2] – سيأتي تخريجه ص156

3 – سيأتي تخريجه ص156

ب-**القياس:** وذلك أنهم وجدوا عقد البيع من عقود التمليكات فقاسوا عليه النكاح في كثير من أحكامهم وقولة الإمام مالك (النكاح أشبه شيء بالبيع)[1]وهي كافية في الدلالة على تأثر النكاح بأحكام البيع، ويذكر ابن رشد في الخيارات في النكاح(وسبب هذا الاختلاف.. قياس النكاح في ذلك على البيع)[2] .

ج- الاستحسان: وهو مخالفة القواعد العامة بالاستثناء لمقتضى ضروري وقد يخالف الفقهاء القياس الظاهر معللين ذلك بالاستحسان مثل تصحيح الأحناف لبعض الشروط التي لا يقتضيها العقد بالعرف، وتصحيح المالكية لبعض العقود المقترنة بالشرط الفاسد بعد الدخول والقياس انه يفسخ مطلقا[3] .

د- **المصالح المرسلة:** ومثال ما يرجع الى هذا الشرط المقترن بالعقد الذي لا يؤكد مقتضاه ولا ينافيه وفيه مصلحة لأحد الزوجين هو من قبيل المصالح المرسلة التي لم ترد النصوص بإثباتها أو إلغائها ولهذا قال بها المالكية والحنابلة هنا مراعاة لأصولهم، يقول الدريني (كل شرط لم يرد من الشارع دليل خاص به يشهد له بالاعتبار أو المنع و الإلغاء وهو سبب الى تحقيق مصلحة مشروعة للمشترط وكان معقولا في ذاته يتلقاه العقد بالقبول فهو شرط صحيح عملا بقاعدة المصالح المرسلة)[4].

[1] – ابو بكر بن العربي؛ القبس، مرجع سابق،ج2، ص 691.

[2] – ابن رشد، بداية المجتهد؛ مرجع سابق، ج4، ص 302.

[3] – عروة عكرمة صبري؛ الاستحسان وأثر العمل به على مسائل الأحوال الشخصية، (ط:1 ؛ عمان، الأردن: دا ر النفائس، 2011)، ص 125.

[4] – محمد فتحي الدريني؛ بحوث مقارنة، مرجع سابق، ج1، ص 434.

هـ- **سد الذرائع:** وهذا الأصل عمدة المالكية والحنابلة في إبطال أنكحة يتراضى بها الزوجان سدا للذريعة ،من هذا تحريم نكاح التحليل وتحريم النكاح بلا ولي وتحريم المتعة حتى قال ابن القيم(من لم يسد الذرائع لم يعتبر المقاصد ولا الشروط المتقدمة)[1].

و - **أصل الاحتياط** : الاحتياط معدود من أهم القواعد التي أستعملها الفقهاء في أحكام النكاح عند تعارض الدلالات و شاهد ذلك عبارتهم (الأصل الاحتياط للأبضاع) ،ورجحوا بالإحتياط دليل الحظر على دليل الإباحة عند التعارض [2].

يقول ابن رشد(ومالك في هذا الجنس – من الانكحة الفاسدة- يفسخه قبل الدخول ويثبته بعده، والأصل فيه عنده أن لا فسخ ولكنه يحتاط بمنزلة ما يرى في كثير من البيع الفاسد يفوت بحوالة الأسواق)[3].

ز- **مراعاة الخلاف والخروج منه** :وهو إعمال المجتهد لدليل المخالف في لازم مدلوله، واعتمده المالكية كثيرا في أحكام الأنكحة الفاسدة من ذلك اعتبار النكاح الفاسد عندهم الصحيح عند غيرهم طلاقا، تثبت فيه أحكامه[4].

---

[1] – ابن القيم؛ إعلام الموقعين،مرجع سابق،ج3،ص129 و135.ومحمود حامد عثمان، سد الذرائع.(ط:1؛القاهرة:دار الحديث،1996)، ص368-395

[2] – القرافي ؛ الفروق، مرجع سابق،ج4، ص218. ومحمد عمر سماعي، نظرية الاحتياط.(ط:1؛ بيروت: دار ابن حزم،2007) ص 381.وإلياس بلكا؛الاحتياط . (ط:1؛بيروت:مؤسسة الرسالة ناشرون،2003)،ص485

[3] –ابن رشد؛ بداية المجتهد،مرجع سابق،ج4،ص 340

[4] – محمد الامين ولد محمد سالم بن الشيخ؛ مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، (ط:1؛الامارات: دار البحوث للدراسات الاسلامية،2002م)، ص 380.

يقول الشاطبي مقررا هذا الأصل(وإجراؤهم النكاح الفاسد مجرى الصحيح في هذه الاحكام وفي حرمة المصاهرة وغير ذلك دليل على الحكم بصحته على الجملة ، وإلا كان في حكم الزنا وليس في حكمه باتفاق، فالنكاح المختلف فيه قد يراعى فيه الخلاف فلا تقع فيه الفرقة إذا عثر عليه بعد الدخول، مراعاة لما يقترن بالدخول من الامور التي ترجح جانب التصحيح)[1] .

ح – أصل العرف: إن الشروط المتعلقة بالمهر مما يجري فيها العرف صحيحها وفاسدهافضلا عن باقي أبواب النكاح ، وللفقهاء كلام في العرف الفاسد إذا تعورف عليه[2].

ط– الإستصحاب: وهو إستصحاب أصل الإباحة العقلية لعدم الدليل الناقل للحكم وتعتبرمن أهم القضايا التي إحتج فيها الفقهاء ومنهم –ابن تيمية– بقاعدة الاستصحاب إثبات مشروعية العقود والشروط[3].

ثانيا: النصوص الشرعية التي عليها مدار فقه الشروط في الزواج.

أكثر اختلاف الفقهاء وتنازعهم مسائل الشروط صحة وبطلانا في عقد الزواج يعود الى دلالات عدد من النصوص الشرعية الخاصة في موضوع الشروط الإلمام بها يعين على فهم إجتهادات فقهاء الشريعة ومرجع اختيارات المشرع الجزائري والتشريعات العربية الأخرى في قوانين الأسرة وهي:

[1] –الشاطبي ؛الموافقات ، مرجع سابق،ج4،ص148

[2] – أحمد فهمي أبو سنة؛ العرف والعادة في رأي الفقهاء.(ط:2؛ د.ن؛ 1992)، ص 212

[3] – حسن بن ابراهيم الهنداوي؛الاجتهاد الإستصحابي وأثره في الفقه الإسلامي((ط:1؛بيروت:مؤسسة الرسالة ناشرون،2004)،ص104

من القران الكريم :

قَالَ تَعَالَى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ (سورة المائدة: 1)

من السنة :

1- حديث عائشة: أن بريرة أتتها وهي مكاتبة، قد كاتبها أهلها على تسع أواق، فقالت لها: إن شاء أهلك عددتها لهم عدة واحدة، وكان الولاء لي فأتت أهلها، فذكرت ذلك لهم وأبو إلاّ أن يشترطوا الولاء لهم فذكرته عائشة للنّبيّ ﷺ فقال: «افْعَلي» ففعلت، فقام النبيّ ﷺ فخطب الناس، فحمد الله وأثنى عليه، قال: «ما بالُ رِجالٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطاً لَيْسَتْ في كتابِ الله» قال: «كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ في كتابِ الله فَهُوَ باطِلٌ، كتابُ الله أَحَقُّ، وَشَرْطُهُ أَوْثَقُ، وَالوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»[1]، واختلف الشراح في تأويل اشتراط الولاء للبائع هل يفسده وظاهر الحديث لا يفسده و(الاشكال العظيم في هذا الحديث كيف يأذن النبي ﷺ في البيع على شرط فاسد ثم يبطل اشتراط البائع)[2].

[1] – البخاري ،الجامع الصحيح،باب الشروط في الولاء،ج3،ص192، رقم الحديث: 2729

2 –تقي الدين ابي الفتح ابن دقيق العيد؛احكام الاحكام شرح عمدة الاحكام،ج3(ط:لا؛بيروت:دار الكتب العلمية: د.ت)، ص162-164

2- حديث عُقْبَةَ بْنِ عَامِرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قَالَ: « قَالَ رَسُولُ ﷺ :أَحَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ تُوفُوا بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ »1 . وفي الحديث صيغة عموم يستفاد منها وجوب الوفاء بالشروط عامة وبشروط النكاح خاصة[2].

3- حديث عمرو بن عوف « أن النبي ﷺ قال: الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إلا شَرْطًا حَرَّمَ حَلالا أَوْ شَرْطًا أَحَلَّ حَرَامًا »[3] وللدار قطني والحاكم من حديث عائشة مثله وزاد«ما وافق الحق».

4- حديث عَائِشَةُ رضي الله عنها أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ عَمِلَ عَمَلاً لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ »[4] .قال ابن حجر(فيحتج به في إبطال العقود المنهية وعدم وجوب ثمرتهاالمترتبة عليها)[5]

5- حديث جابر (بايعت رسول الله جملا فاشترطت حملانه الى المدينة)[6] وهذه واقعة عين تتطرق اليها الاحتمالات وقد عارضه حديث عائشة رضي الله عنها السابق[7].

---

[1] – البخاري ؛ باب الشروط في النكاح،ج7،ص20 رقم الحديث: 5151 ؛ ومسلم، كتاب النكاح ،باب الوفاء بالشروط، ج2، ص1034رقم :1418

[2] – نور الدين عتر؛إعلام الأنام شرح بلوغ المرام،ج الأسرة(ط:7؛ د. ن،1999)،ص320

[3] – الدرقطني؛ السنن الكبرى، كتاب البيوع.،ج3، ص426 رقم الحديث: 2892

[4] – متفق عليه: البخاري،كتاب اليوع،ج3،ص69،معلقا؛ مسلم، الجامع الصحيح،كتاب الأقضية، باب نقض الاحكام الباطلة. ج3، ص1343 رقم الحديث: 1718

[5] –ابن حجر العسقلاني؛فتح الباري بشرح صحيح البخاري،ج5(لا.ط ؛ بيروت: دار المعرفة، 1979)ص303

[6] – مسلم؛ صحيح الجامع، كتاب البيع ، ص960

[7] – ابن دقيق العيد؛ احكام الاحكام ، مرجع سابق،ج3،ص171

6- حديث أبي هُرَيْرَةَ ، يَبْلُغُ بِهِ النبيَّ ﷺ قالَ: «لاَ تَسْأَلْ المَرْأَةُ طَلاقَ أُخْتِهَا ، لِتَكْفِىءَ مَا في إنَائِهَا»[1].

7- حديث جابر بن عبد الله أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ خَطَبَ امْرَأَةَ الْبَرَاءِ بْنِ مَعْرُورٍ فَقَالَتْ: إِنِّي شَرَطْتُ لِزَوْجِي، أَنْ لَا أَتَزَوَّجُ بَعْدَهُ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «إِنَّ هَذَا لَا يَصْلُحُ»[2]

الآثار عن الصحابة :

1- حديث عبد الرحمن بنِ غَنْمٍ قالَ: « شَهِدْتُ عُمَرَ رضي الله عنه سُئِلَ عن رجل تزوج امرأة وشرط لها دارها فقالَ: لَهَا دَارُهَا، قالَ لهُ الرجلُ: يا أميرَ المؤمنينِ إذاً يُطَلِّقْنَنَا، قالَ: إنَّ مَقَاطِعَ الحقوقِ عندَ الشروطِ»[3].

2- حديث عَلِي بنِ أَبِي طَالِبٍ أَنَّهُ قالَ: « شَرْطُ الله قَبْلَ شَرْطِهَا. »[4]. كأَنَّهُ رَأَى لِلزَّوْجِ أَنْ يُخْرِجَهَا وَإِنْ كانَتِ اشْتَرَطَتْ عَلَى زَوْجِهَا أَنْ لاَ يُخْرِجَهَا[5].

---

[1] – البخاري؛ الجامع الصحيح،كتاب البيوع،باب ما لا يجوز من الشروط في النكاح،ج3،ص191رقم،2723

[2] – الطبراني؛ المعجم الكبير،ج2،ص29، رقم 1186

[3] – – البخاري؛ الجامع الصحيح،باب الشروط في النكاح (معلقا)،ج7،ص20 و قال الألباني في إرواء الغليل رقم 1893 : صحيح.

[4] – الترمذي؛جامع السنن،ج 3،ص426؛ البيهقي، باب الشروط في النكاح ،ج7،ص407 رقم: 14439 و ابي عبد الله سيد بن كسروي؛ موسوعة آثار الصحابة،مرجع سابق،ج2،ص152،رقم 4662

[5] – الترمذي ، المرجع السابق ،نفس الجزء والصفحة.

المطلب الثالث:الشروط الفاسدة والباطلة المقترنة بعقد الزواج .

هل الشروط الفاسدة هي الباطلة أم بينهما إختلاف ؟ وماطبيعة الشرط الفاسد ؟وماهي أنواع الشروط الفاسدة؟ وإلى أي مدى إتفق أو إختلف فقهاء الشريعة فيما بينهم ومع الفقه القانوني في تحديد الشروط الفاسدة في الزواج؟هي أسئلة نحاول الإجابة عنها في هذا المطلب.

الفرع الأول: حقيقة الشرط الباطل والفاسد.

يختلف مفهوم وطبيعة ومعيار الشرط الفاسد والشرط الباطل بين القانون والفقه الاسلامي وتفصيل ذلك الآتي:

أولا: الشرط الباطل في القانون.

سبق أن قدمنا أن الفقه القانوني لا يعرف الفاسد من العقود الذي يغاير الباطل، وإنما يعرف وصف البطلان بنوعيه المطلق والنسبي، فأما المطلق فهو يطابق الباطل في الفقه الإسلامي، وأما الباطل نسبيا فهو أشبه بالعقد الموقوف لان تقرير بطلانه لمصلحة العاقد ويصح أن تلحقه الإجازة، والفاسد في الفقه الإسلامي منعقد مع اختلال في نظامه التشريعي في عناصر فرعية ولا تلحقه الإجازة وإنما يقبل التصحيح بعد تنفيذه،وهذه الأخيرة هي علة جعله منزلة بين الصحة والبطلان في حالات تعذر فسخه لاعتبارات موضوعية .

فالشرط الباطل في القانون هو أحد أمرين:

1- ما خالف النظام العام والآداب العامة، وتحديد مدى هذه المخالفة من سلطة القاضي، لأن مفهوم النظام العام مرن وغير منضبط يقول السنهوري (وأما الشرط الفاسد... الذي يبطل

وحده فهو أقرب الى أن يكون مخالفا للنظام العام في الفقه الغربي)[1]ولان أغلب مواضيع الأحوال الشخصية من النظام العام التي لا يجوز للزوجين الاتفاق على مخالفتها كإسقاط الحقوق الزوجين وتعديل آثار العقد[2].

وفكرة النظام العام مرنة تستعصي على التعريف، فاكتفى الشراح بتقريبها للأذهان بقولهم، "إن النظام العام هو الأساس السياسي والاجتماعي والاقتصادي والخلقي الذي يقوم عليه كيان الدولة كما ترسمه القوانين النافذة فيها ،أو بعبارة أخرى هي مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المصالح التي تهم المجتمع مباشرة أكثر مما تهم الأفراد، سواء كانت مصالح سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية، ولم يرد بهذه القواعد نص تشريعي لأن النظام العام يجاوز نطاق التشريع، والرأي السائد في الفقه الحديث أن الآداب العامة هي قواعد الأخلاق التي لم يتضمنها نص قانون خاص، يرفعها المشرع عن طريق هذه الإحالة، إلى مرتبة القواعد القانونية الآمرة من حيث بطلان كل اتفاق على ما يخالفها ومعيار الآداب غير ثابت، يتطور تبعاً لتطور الفكرة الأدبية في حضارة معينة، فهناك أمور كانت مخالفة للآداب فيما مضى، كالسفور والعري الجزئي، أصبحت الآن غير ذلك[3].

2- مخالفة احكام قانون الأسرة: وبطلان هذا الشرط مستفاد من المادة19 من قانون الأسرة الجزائري 02/05 التي أباحت للزوجين الاشتراط في الزواج مطلقا مع استثناء مخالفة نصوص الأسرة التي يكون بذلك شرطا ممنوعا.

[1] – السنهوري؛ مصادر الحق، مرجع سابق، ج3، ص158.

[2] يوسف مسعودي؛الاشتراط في عقد الزواج في قانون الاسرة الجزائري،(رسالة ماجستير)،المركز الجامعي بشار،2007،ص57

[3] – عبد الله ابراهيم الموسى ؛الشروط العقدية، مرجع سابق، ص 331.

ثانيا: الشروط الباطلة والفاسدة في الفقه الإسلامي.

لا نكاد نجد تفريقا ظاهرا بين الشرط الباطل والفاسد إلا عند الأحناف حيث يعتبرون كل شرط ليس فيه مصلحة لأحد العاقدين ولا مصلحة للعقد فيه فهو باطل وقد يسمى شرط المضارة ومن ثم هو في حكم المعدوم لا تأثير له باعتباره لغوا ولا مطالب له من العاقدين[1]، وباقي المذاهب تسوي بين الشروط من حيث وصفها بالبطلان أو الفساد غير أن المالكية والحنابلة عند تتبع كتبهم يجعلون الشرط الذي لا مصلحة فيه للعقد أو العاقدين لا تأثير له في العقد من حيث البطلان ولا يسمونه شرطا باطلا لعدم التفريق بين البطلان والفساد عندهم وبذلك يقتربون من الأحناف في هذا النوع من الشروط وإن لم يفرقوا في التسمية[2].

وللوقوف على اتجاهات المذاهب الفقهية في الشروط الفاسدة المقترنة بالعقد نفصل القول:

أ- الشرط الفاسد والباطل عند المالكية:

جاء في تبصرة اللخمي (الشروط في النكاح على أربعة أوجه: جائز ومكروه وفاسد ومختلف فيه)[3] والمكروه صحيح لا يفسخ وإنما يسقط فيه لزوم الشرط، فيبقى الفاسد في اصطلاح اللخمي هو الذي لا يصحح عقده بعد الدخول ويفسخ مطلقا، وأشار الى الفاسد الذي يصحح بعد الدخول بالمختلف فيه فيكون الشرط الفاسد هو المناقض لمقتضى العقد وقد فصل ابن رشد الجد أنواع الشروط الفاسدة بحسب تأثيرها في عقد الزواج فقال(وأما ما فسد للشروط

[1] -المرجع نفسه، ،ص331

[2] - كوثر كامل علي؛ شروط الزواج، مرجع سابق، ص 59-68.

[3] - ابو الحسن اللخمي؛ التبصرة،مرجع سابق، ج 4 ص1868.

الفاسدة المقترنة به فكثيرة فمنها ما يفسخ النكاح به قبل الدخول ويثبت بعده ومنهاما يفسخ به الالنكاح قبل الدخول ويثبت بعده)[1]، وبذلك ينقسم الشرط الفاسد عندهم الى شرطين:

الأول: كل شرط ناقض مقتضى العقد الأصلي أو حكمه الأساسي أو نصا شرعيا، أو أخل بشرط من الشروط المشترطة في العقد لصحته، وهي شروط باطلة في نفسها وتبطل العقد.

الثاني: الشروط التي تبطل في نفسها ولا تبطل العقد بل تفسده (أي يمكن تصحيحه بعد الفوت)، فهي التي تسقط حقا من حقوق أحد العاقدين وجب بالعقد، وهذا في الزواج ورغم أن في هذا الإسقاط منافاة لمقتضى العقد في العموم ، ومع ملاحظة أن وصف الباطل والفاسد مترادفان اصطلاحا ولكن التقسيم هذا مستفاد من تفريعاتهم حيث يقول الحطاب في تحرير الالتزام (ما يكون مناقضا للعقد كشرطه للمرأة ألا يقسم لها أو أن يؤثر عليها أو ألا ينفق عليها أو لا يأتيها ليلا أو لا ميراث بينهما او على أن أحد الزوجين بالخيار أو أمرها بيدها متى شاءت فهذا لا يجوز اشتراطه في عقد النكاح ويفسد به النكاح إن شرط فيه ثم أختلف فيه فقيل يفسخ قبل الدخول وبعده وقيل يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده وهو المشهور)[2] .

ومن المعاصرين من استشكل طبيعة الزواج الفاسد الذي يصحح بعد الدخول – كما صرح الحطاب– حيث يقول (ووجه وجوب الفسخ قبل الدخول إنما على معنى العقوبة والردع وليس يعنى هذا أن العقد وقع فاسدا ثم صح بالدخول، أو أن الدخول أجاز الإقرار على عقد فاسد)[3]

[1] –ابن رشد الجد، المقدمات الممهدات،مرجع سابق،ج2،ص485.

[2] ابو عبد الله محمد بن محمد الحطاب الرعيني؛ تحرير الكلام في مسائل الالتزام ، تحقيق عبد السلام محمد الشريف (ط:1؛ بيروت: دار الغرب الاسلامي،1984)، ص 326و327

[3] – الحبيب بن طاهر؛الفقه المالكي وأدلته، مرجع سابق، ج3، ص 235.

وهو ليس كما قال فالتصريح بفساد العقد الذي يصحح بعد الدخول منقول ومتكرر في كتب المالكية وشاهدنا ما تقدم.

الشروط التي تبطل العقد مطلقا ولا تقبل التصحيح بعد الدخول : وهي التي تناقض مقتضى العقد الأصلي، أو تخل بشرط من شروط الصحة أو ورد النهي عليها في نص بشرط أن يكون متفقا على بطلانها عند الفقهاء أو الفساد فيها قويا لا يعتد فيه بالخلاف، يقول الحطاب في سياق ماسبق إيراده عنه (ومن هذا القسم ما يقتضي الفسخ مطلقا قبل الدخول وبعده)[1].

كما نجد المالكية يصححون الشرط الذي فيه منافاة جزئية لمقتضى العقد كاستثناء منفعة المعقود عليه مدة يسيرة كمن باع دارا واستثنى سكناها مدة معلومة، أو اشترط منع بيع المعقود عليه حتى يقبض الثمن المؤجل، ولكنهم يمنعون أدنى منافاة بين الشرط ومقتضى العقد في الزواج، وذلك – والله أعلم– لمراعاة قاعدة الاحتياط في الأبضاع لأن الأصل فيها الحرمة، وكذلك التصرف في الملك الذي هو مقتضى عقد البيع يقبل الاستثناء المؤقت، وأما الحل في عقد الزواج الذي هو مقتضاه لا يقبل ذلك [2].

[1] المرجع نفسه،ص 327

[2] – محمد علوشيش الورتلاني؛ الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الاسلامي وأثر الاختلافات الأصولية فيها، (ط:1؛ الجزائر: دار الأمة، 2010)، ص 155.

ب – الشرط الفاسد عند الأحناف :

عرف الفقه الحنفي تفريقا بين البطلان والفساد عموما ويسري هذا التمييز عندهم الى الشروط فمنها الباطل ومنها الفاسد.

فالشرط الباطل: هو كل شرط لا يتعلق به غرض صحيح وإنما هو من المضارة به فهو من قبيل اللغو يبطل وحده دون أن يؤثر في العقد كاشتراط طلاق امرأة أخرى من زوجها[1] .

الشروط الفاسدة في العقد: وهي الشروط التي لا توافق مقتضى العقد لا من جهة التأكيد ولم يرد به نص ولم يجر به عرف وهي نوعان:

1– الشروط الفاسدة المفسدة للعقد[2]: وهي التي تمنع انعقاد العقد ولا يكون ذلك إلا في الشروط التي تخل بشروط ركن الصيغة وهي هنا التأقيت (ينعدم بالتوقيت أصل العقد)[3] ويعلل صحة الزواج مع شرط الخيار الذي يسقط (وهذا لأن اشتراط الخيار لا يمنع انعقاد أصل السبب مطلقا وإنما يعدم الرضا بلزومه كما في البيع ومن ضرورة انعقاد النكاح صحيحا اللزوم فاشتراط الخيار فيه يكون شرطا فاسدا والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولا تتوقف صحته ولزومه على تمام الرضا بخلاف التوقيت فانه يمنع انعقاد السبب)[4].

[1] – لمطاعي نور الدين؛ مرجع سابق، ص290–214.و عبد الله ابراهيم الموسى ؛الشروط العقدية، مرجع سابق.ص331

[2] – السنهوري؛ مصادر الحق، مرجع سابق، ج3، ص 151.

[3] – السرخسي؛ المبسوط، مرجع سابق، ج4، ص153

[4] – المرجع نفسه، ج 4، ص 95

2- والشرط الفاسد الأصل فيه أنه لا يؤثر في أصل النكاح عندهم، وإنما يقع تأثيره في المهر فيسقط الشرط ويثبت مهر المثل[1] إلا شرط التأقيت فإنه يؤثر في العقد بالبطلان عندهم.

ولكن هذه الشروط الفاسدة مؤثرة في عقود المعاملات المالية بالفساد فقط وأما في عقد الزواج فهي بتعبيرهم تبطل في نفسها ولا تبطل العقد ولا تفسده يقول السرخسي بعد أن ساق الفرق بين البيع والنكاح (وهما في القياس سواء وإنما تركنا القياس في النكاح للسنة)[2]، والعلة عندهم أن المؤثر ما يمنع الانعقاد والشرط وصف مجاور لا يمنع الانعقاد.

ج - الشروط الباطلة والفاسدة عند الشافعية:

الشرط الباطل هو كل شرط لا يتعلق به غرض صحيح لأحد المتعاقدين يورث تنازعا وحكمه يلغوا الشرط ويصح العقد وهذا في المعاملات المالية[3]، وأما في عقد الزواج فلا تمييز بين الشرط الباطل والفاسد في التسمية وإنما من حيث الأثر فهما نوعان :

الأول: الشروط الفاسدة غير المؤثرة في عقد الزواج بخلاف البيع فهي الشروط المنافية لمقتضى العقد والتي لا تلائمه ولو كانت فيها مصلحة أحد الزوجين والتي لم يرد بها نص أو خالفت ما أوجبه النص، ولكنها لم تفوت مقصود الزواج وهو الوطء وحجتهم أن الشرط هنا

[1] -مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد، المذكرة الإيضاحية، ص 118.

[2] - السرخسي؛المبسوط، مرجع سابق ، ج5 ، ص 98

[3] - علوشيش الورتيلاني؛ الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الاسلامي،مرجع سابق، ص 174. والسنهوري؛ مصادر الحق ، مرجع سابق، ج3، ص152.

تعلق بالمهر لا بالعقد، فقالوا: يبطل الشرط ويصح العقد مع مهر المثل[1] وقرروا قاعدة (الزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة)[2]وهم يعنون التي لم تناقض مقصوده.

والثانية: الشروط الفاسدة في نفسها المفسدة للعقد: وهي ما ناقض مقصود العقد فقط أو جاء منهيا عنه في نص شرعي يقرر الإمام الجويني قاعدة الفساد في الزواج بقوله (وعقد النكاح قابل للفساد كعقد البيع وإنما تنفصل العقود بالتفاوت في القصود ، فالمرعي في البيع ما يؤثر في المالية أو يجر لبسا وجهالة في العوض والنكاح لا يفسد بجهالة العوض وفساده فإن العوض ليس من أركانه فأما ما يتعرض للمقصود وهو الحل فيجب أن يؤثر)[3] ويقول في موضع أخر(والشرط إنما يؤثر في العقد – الزواج – إذا كان قادحا في مقصوده)[4]، ويعلل بطلان المتعة بقوله (التأقيت في النكاح يفسده لأنه في عين مقصوده)[5].

د- الشروط الباطلة والفاسدة عند الحنابلة :

الشرط الباطل والفاسد عند الحنابلة سواء لترادف التسمية وقد تعددت الاقوال المروية عن الامام احمد في الشروط الفاسدة فقول وافق فيه الإمام مالك وقول وافق فيه ابي حنيفة [6]والمعتمد في المذهب تقسيم الشروط الفاسدة الى نوعين:

الأول: الشرط الفاسد المفسد للعقد:

---

[1] – الروياني،بحر المذهب، مرجع سابق،ج9،ص484 .

[2] –محمد الزحيلي، المعتمد في الفقه الشافعي، ج4،(ط:3؛دمشق:دار القلم،2011) ،ص105

[3] – ابو المعالي الجوني؛ نهاية المطلب، مرجع سابق، ج 12، ص 403.

[4] – المرجع نفسه، ص 402.

[5] – المرجع نفسه، ص 402.

[6] –ابن تيمية؛احكام الاسرة،تحقيق محمد عبد القادر عطا.(ط:1؛بيروت:دار الكتب العلمية،1988)،ص67

وهو هنا الشرط الذي يناقض المقتضى الأصلي للعقد أو حكمه الأساسي وهو في الزواج حل المعاشرة والاستمتاع .

والشرط المنهي عنه في نص شرعي ثابت من كتاب أو سنة أو إجماع [1] .

ومثال هذا النوع اشتراط الطلاق أو فسخ العقد يقول ابن تيمية (إذا كان الشرط منافيا لمقصود العقد كان لغوا وإذا كان منافيا لمقصود الشارع كان مخالفا لله ورسوله وأما إذا لم يشتمل على واحد منهما فلم يكن لغوا ولا اشتمل على ماحرمه الله ورسوله فلا وجه لتحريمه بل الواجب حله)[2]، ويقول في موضع أخر (فإن العقد إذا كان له مقصود يراد في جميع صوره وشرط ما ينافي ذلك المقصود فقد جمع المناقضين بين أثبات المقصود ونفيه فلا يحصل شئ – أي يتساقط الشرط والعقد – ومثل هذا الشرط باطل بالاتفاق بل هو مبطل للعقد عندنا)[3].

الثاني: الشرط الفاسد في نفسه غير مفسد للعقد

وهو كل شرط أبطل حقا واجبا بالعقد وهو الذي ينافي مقتضى العقد مطلقا ولم ينافي مقصوده ومثاله اشتراط إسقاط النفقة ، والمبيت فهذه كما يقول ابن قدامة (تعود إلى معان زائدة في العقد ولا يشترط ذكرها ولا يضر الجهل بها فلم تبطل العقد قياسا على اشتراط صداق محرم في العقد)[4] وهي عندهم لا تؤثر في صلب العقد فلما سلمت أركانه وشروطه إنعقد صحيحا

[1] –ابن قدامة ؛ المغني،مرجع سابق ج7 ، ص94

[2] – تقي الدين ابن تيمية؛ مجموع الفتاوى،مرجع سابق،ج29، ص156.

[3]– المرجع نفسه، ص156 .

[4] – ابن قدامة؛المغني، مرجع سابق، ج7، ص94.

منتجا لآثاره الشرعية وما قارن من شروط باطلة فهي لا اعتبار لها ولا تأثير فتسقط بمقتضى الشرع.

ثالثا: تحرير مناط اختلاف الفقهاء في الشروط الفاسدة .

نجد الحنفية والشافعية اتفقوا في ثلاث نقاط:

أ- تمسكوا بمقتضيات العقود فأبطلوا كل شرط يخالفها وما جاز عندهم منها فعلى سبيل الاستحسان عند الحنفية الذين هم أوسع دائرة في تصحيح العقود من الشافعية وبذلك توسعت دائرة الشروط الفاسدة عندهم فضابطها كل شرط لم يوافق مقتضى العقد فهو باطل.

ب-اتفقوا على إسقاط الشروط الفاسدة في النكاح وان اختلفوا في تعليل ذلك فيما بينهم.

ج- اتفاقهم على مفهوم مقتضى العقد وهو مجموعة آثار العقد من التزامات وحقوق

والمالكية والحنابلة اتفقوا في نقطة واختلفوا في نقطتين:

نقطة الاتفاق: تمسكوا بعدم المنافاة لمقتضى العقد كضابط لصحة الشرط فانحصرت دائرة فساد الشروط عندهم في ضابط واحد هو كل شرط ناقض مقتضى العقد فهو باطل فقط.

واختلفوا في :

أ- مفهوم مقتضى العقد بين مفهوم مضيق تبناه الحنابلة يقتصر على مقصود العقد ,ومفهوم موسع عند المالكية يوافقون فيه الشافعية والحنفية.

ب- اختلفوا في أثر الشرط الفاسد في العقد فعند المالكية دائرة التأثير واسعة تشمل كل الشروط الفاسدة ولكن التأثير عندهم ينقسم الى نوعين: تأثير مطلق لا يمكن تدارك العقد الفاسد معه بعد الدخول بالتصحيح ، وتأثير نسبي مفسد ولكنه ضعيف يمكن تدارك الزواج الفاسد معه بعد الدخول بالتصحيح.

غير أن الحنابلة والشافعية جعلوا للشرط الفاسد نتيجتان : إما السقوط وعدم التأثير أو التأثير في العقد الفاسد بالفسخ وهذا تبعا لتقسيمهم لمقتضى العقد الى عنصرين مقصود العقد وأحكام العقد وآثاره.

والمذاهب كلها متفقة على فساد الشرط في ثلاث حالات :

الأولى: منافاة مقتضى عقد الزواج على اختلاف في تحديد مفهوم المقتضى[1] .

الثانية: الشرط الفاسد بالنص الشرعي كالتحليل والشغار والمتعة، وإن اختلفوا بعد ذلك في أثر هذا الفساد فالمالكية والحنابلة والشافعية النهي في النص يقتضي التحريم والتحريم مقتضاه فساد العقد وموجب الفساد الفسخ، والحنفية لا يوافقونهم في القول بالتحريم لقولهم بكراهه فقط ومن ثم لا وجوب لفسخه .

الثالثة: كل شرط كان موجبه إسقاط شرط من شروط صحة العقد فهو شرط فاسد، لقاعدة (ما كان وجوده شرطا فعدمه مانع)[2] ،

[1] -نزار داوود توفيق البكار؛ مقتضى العقد وتطبيقاته(رسالة دكتوراه)،كلية الدراسات العليا،الجامعة الاردنية،سنة2013

[2] - الزركشي ، المنثور في القواعد، مرجع سابق،ج3، ص146

ثم اختلفوا في أثر هذا الفساد من حيث إيجاب الفسخ كما نبينه لاحقا.

الفرع الثاني: أحكام الشرط الفاسد والباطل.

اولا: التكييف الفقهي والقانوني للشرط الفاسد.

الشرط الفاسد عند النظر إلى مشروطه فهو التزام زائد عما يقتضيه العقد عند إطلاقه، بذلك فهو أمر عارض خارج عن العقد لا يتعلق بأصل العقد كتعلق الالتزام الأصلي به بل هو أضعف لتولده عن إرادة المتعاقدين بينما الالتزام الأصلي متعلق بالعقد كأثر له بوضع المشرع .

وعند النظر إلى الشرط كصيغة وردت في العقد فهي وصف يلحق العقد وليس من أجزائه الأساسية ولهذا يبحثه الأصوليون في الأوصاف التي تلحق العقد ويتعلق بها النهي.

ثانيا: التكييف القانوني والشرعي لإسقاط الشرط الفاسد.

تقدم أن الشروط المقترنة بالعقد تقييدا هي التزامات زائدة عن الالتزامات التي تجب بالعقد وحده، ومن ثم اختلف فقهاء القانون هل الشرط يلحق الرضا والإرادة ومن ثم عند فساده تختل الإرادة فيبطل العقد بفوات الشرط لتعيب الإرادة أم هو شرط يلحق الالتزام فلا يمنع انعقاد العقد[1]؟ وهذا الأخير هو الأشهر عند القانونيين لأنهم يعنون بالشرط عند الإطلاق الشرط الفاسخ والشرط الواقف وليس الشرط الإرادي وهذا الأخير هو الشرط التقييدي كما سبق بيانه في الفقه الإسلامي.

[1] – نور الدين لمطاعي؛ الشرط المقترن بالعقد،مرجع سابق، ص 93 وياسين محمد الجبوري؛ الواقعة الشرطية، مرجع سابق.ص 311

وأما في الفقه الإسلامي فوجدنا الأحناف يعللون فساد الشرط بمخالفته لمقتضى للعقد وإسقاطه يقع بقوة التشريع ومن هنا فلخصوصية الزواج ولأن آثار والتزامات عقد الزواج ثابتة بالقواعد الآمرة فإن الشروط التي تناقضها هي من قبيل مخالفة النظام العام وبذلك تسقط لوحدها مباشرة باعتبارها لغوا ويصح عقد الزواج، ولا عبرة بتعيب الرضا بفوات الشرط الفاسد لان الرضا ليس شرطا عندهم في الزواج بخاصة وإنما العبرة عندهم بالاختيار، جاء في رد المحتار(إذ حقيقة الرضا غير مشروطة في النكاح لصحته مع الإكراه والهزل)1.

وأما الشافعية والحنابلة فإسقاط الشرط عندهم سببه أن الفساد الذي طال العقد فرعي وجزئي لا يقدح في حقيقة عقد الزواج – كعقد خاص– بعد انعقاده وسلامة أجزائه الجوهرية لأنه ليس عقد معاوضة فأشبه الفساد هنا فساد المهر بالشرط وهو متفق على عدم تأثيره في العقد، وأما الرضا فهو متحقق في العقد والشرط الفاسد معارض للنظام العام فوجوده كعدمه من حيث التأثير في العقد وتعليل سقوط الشروط الفاسدة بأنهالم تفسد هذه الشروط الباطلة العقود المقترنة بها للفصل بينهما في قصد المتكلم وتوجه إرادته ولذا لو شرط في عقد زواجه أن لا مهر لها أو لا نفقة لها فإن الشرط يفسد ويبقى العقد صحيحا لأن هذا الاشتراط لم يكن هو الذي دفعه للتعاقد [2] أي ليس سببا في العقد كما يقول فقهاء القانون.

[1] –ابن عابدين؛ حاشية رد المحتار، مرجع سابق، ج4، ص 86.

[2] – محمد أحمد سراج؛ نظرية العقد، مرجع سابق، ص 161.

وينتقد عليهم أنهم أثبتوا حق الفسخ في فوات الوصف المرغوب مما ذكر آنفا لعلة فوات الرضا معه، والشرط مما له تعلق بالإرادة والرضا لأنه مقصود في العقد ومقاصد العاقدين عليها يتأسس رضاهم في عقودهم فلم التفريق بينهما.

ثالثا: نطاق الشروط الفاسدة.

إن المجال الذي أذنت فيه الشريعة لسلطان الإرادة بالتأثير وحرية الاشتراط هو مظنة البحث عن الشروط الصحيحة، لأنه لا يتصور وجود شروط تفرضها الإرادة خارج ذلك وهذا ما جعل كثير من الباحثين حين يتكلمون عن الشروط الفاسدة يبحثون عنها في نفس نطاق الشروط الصحيحة، والحقيقة أن نطاق وجود الشروط الفاسدة أوسع من نطاق الشروط الصحيحة، ويمكن تحديد نطاق الشرط الفاسد بأجزاء العقد التي يمكن أن يتعلق بها،أوبحسب محل الاشتراط وهي بذلك نجدها أقسام:

– الآثار والالتزامات التي تنشأ عن العقد: فالشروط المقيدة لآثار العقد والمغيرة لها تقع في هذا النطاق مثل اشتراط عدم الإنفاق وعدم الوطء وهي التي قضى فيها الجمهور بفساد الشروط دون العقد.

– موضوع العقد ومقصوده : فالنكاح الصوري الذي يشترط فيه عدم الحل ويقتصر أثره على استخراج شهادة الإقامة في بلد أجنبي محل الشرط فيه هو موضوع العقد، جاء عن الشافعية (ولو تزوجها على أن لا تحل له لم يصح لإخلاله بمقصود العقد وللتناقض)1.

[1] – الشربيني؛ مغني المحتاج، مرجع سابق،ج 3،،ص 193

– النظام التشريعي للعقد: وهو ما يتوقف وجوده عليه كالشهادة والمهر فمن الشروط الفاسدة ما يخالف النظام التشريعي للعقد حيث يستهدف تغيير وتبديل عناصره ومكوناته الأساسية ومن هذا اشتراط إسقاط المهر أو عدم الإشهاد أو كتمان الشهادة .

وأما الشروط الصحيحة فلا نجدها إلا في الدائرة الأولى وهي الالتزامات والآثار.

ولعل المالكية من فقهاء المذاهب الذين أسسوا لهذا الاعتبار حين قسموا الأنكحة الفاسدة الى فاسد لعقده وفاسد لصداقه والصداق من أثار العقد ثم قسموا النكاح الفاسد لعقده إلى: فاسد لعقده مجمع عليه وفاسد لعقده مختلف فيه ومن هذا الأخير الفاسد لشرطه حيث ألحقوه بفاسد الصداق في الأحكام (ثم يلحق– أي الشرط الفاسد– بما فسد لصداقه في كونه يثبت بعد أمور فاسدة لعقدها أشار لها خليل وما فسد لصداقه أو على شرط يناقض المقصود) 1.

وعند تفحص النوعين نجد المجمع على فساده أو ما فسد لعقده منه ما شروطه الفاسدة ترجع بالإخلال بمقصد الزواج أو بالعناصر الأساسية للعقد كالشهود والمهر ونكاح المتعة أو لقيام الموانع كزواج المحارم، وأما المختلف فيه فالشروط الفاسدة فيه ترجع الى دائرة آثار العقد والالتزامات المتولدة عنه.

[1]– ابي الحسن علي بن عبد السلام التسولي ؛ البهجة في شرح التحفة،مرجع سابق ، ج1،ص 429

الفرع الثالث: تعليل فساد الشروط:

أولا: معيار فساد الشروط:

تقرر أن آثار العقد من وضع الشارع في الفقه الإسلامي وهي من وضع العاقدين في الفقه القانوني، وتشريعات الأسرة في البلاد العربية جعلت آثار عقد الزواج ثابتة بقواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها و هي مقتضاه.

والمذاهب الإسلامية متفقة على أن مناقضة مقتضى العقد غير مشروعة وباطلة يقول ابو بكر بن العربي (والعقد إذا فات مقتضاه بطل)[1]، وذلك لأن مقتضى العقد هو الحكم الأصلي للعقد وبفوته يصبح العقد صوريا وفيه إلغاء لمقصود الشارع ولا ينعقد العقد إلا مع مقصوده ومناقضته بالتصرفات الإرادية كالشروط باطلة، ولهذا قال ابو بكر بن العربي (إن علماءنا قالوا إذا خالف الشرط مقتضى العقد فليس من كتاب الله وإن وافقه ولم يعترض عليه فقد أذن الله فيه لأنه إذا خالف الشرط مقتضى العقد فقد تناقضا والتناقض ليس من الشريعة) ثم يقول (وحمل المالكية الشروط الواقعة في إحلال الفرج ما تعلق بالصداق لا فيما يناقض النكاح ويخالف مقتضاه) [2].

1- ابو بكر بن العربي؛ القبس ، مرجع سابق، ج2ص696

2- المرجع السابق ،ج2،ص699

وعليه فالفقهاء يجعلون مقتضى العقد معيارا لقبول الشروط في الزواج وبطلانها والمنافاة بينهما هي علة فساد الشرط أو فساد الشرط والعقد معا رعاية لقاعدة ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط[1].

والشافعية يفرقون بين مقتضى العقد ومقصوده يقول النووي(وان شرط ..أو لا ينقلها من بلدها بطل الشرط لأنه يخالف مقتضى العقد ولا يبطل العقد لأنه لا يمنع مقصود العقد وهو الاستمتاع)[2].

وبعض المعاصرين يجعل معيار التمييز بين الشروط الفاسدة المفسدة للعقد والتي تفسد في نفسها ولا تؤثر في العقد هو أن الأولى تعلقت بعقود موضوعها مبادلة مال بمال ، والثانية تدخل على عقود معاوضات غير مالية كالنكاح أو عقود تبرع[3] ، وما أورده ابن رشد الجد يعارض هذا حيث يقول (والفاسد –أي النكاح – ينقسم على ثلاثة أقسام: نكاح فسد لعقده ونكاح فسد لصداقه ونكاح فسد لشروط إقترنت به)[4] ويقول ابن رشد الحفيد(الانكحة الفاسدة بمفهوم الشرع فإنها تفسد بإسقاط شرط من شروط صحته أو لتغيير حكم واجب بالشرع أو زيادة تعود الى إبطال شرط من شروط صحته)[5].

[1]– محمد فتحي الدريني ؛ بحوث فقهية مقارنة، مرجع سابق ،ج1،ص417

[2] –النووي ؛المجموع ، مرجع سابق.ج16،ص250

[3] –محمد الزحيلي؛النظريات الفقهية،(ط:1؛دمشق:دار القلم،1993)،ص116

[4] – ابن رشد الجد؛المقدمات الممهدات،مرجع سابق،ج2،ص484

[5] –ابن رشد الحفيد؛ بداية المجتهد،مرجع سابق،ج4،ص339

ثانيا: التعليل الفقهي لبطلان وفساد الشروط.

إن الشروط الفاسدة المقترنة بعقود الزواج تعود عليها إما باختلال جوهرها أو بمناقضتها لآثارها ومقتضاها وهي من لازم العقد وتوابعه ومن ثم ذهب الفقهاء في تعليل فساد عقود الزواج بالشروط الفاسدة مذاهب شتى منها:

1- الشرط الفاسد يؤدي لاختلال النظام التشريعي لعقد الزواج : فحين يشترط أحد العاقدين إسقاط المهر أو تأقيت الزواج يكون بذلك قد اسقط عناصر أساسية في العقد تعتبر شروط صحته وسبب كمال وجوده و من ثم فبطلان هذه الشروط يكاد يكون متفقا عليه [1] إلا الحنفية فالشرط المبطل للعقد هو التأقيت وحده.

2-الشرط الفاسد يؤثر بإسقاط الحقوق الثابتة بالعقد قبل وجوبها: لا خلاف بين الفقهاء وفي القانون بان للزوجة الحق في إبراء الزوج من المهر و النفقة بعد الزواج وهي من آثاره لأنها تكون حينئذ قد وجدت أسباب هذه الحقوق وملكتها الزوجة ، والخلاف قائم هل يجوز ويصح إسقاط الحقوق قبل وجوبها وقيام أسبابها وهذا بناء على خلافهم في الإبراء هل هو إسقاط أم تمليك؟[2] ولأن الإبراء يتعلق بالدين[3] لا بالعين فكيف يسقط مالم يتعلق بالذمة بعد؟ ويعلل الحنابلة (هذه الشروط كلها باطلة في نفسها لأنها تنافي مقتضى العقد ولأنها تتضمن

[1] -الدريني؛ بحوث مقارنة، مرجع سابق،ج1، ص 416

[2] محمد الزحيلي ؛القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الاربعة .ج2 ،(ط:1؛ دمشق: دار الفكر؛2006) ،ص942. وعبد العزيز لحجيلان،بحوث فقهية في العقود(منها:حق الزوجة في المبيت وشرط إسقاطه،وحق الزوجة في النفقة وشرط إسقاطه)،(ط:1؛الرياض: دار ابن الجوزي،1426هـ)،ص369-402 و403-439

[3] - الغزالي، الوسيط،مرجع سابق،ج5،ص 263.

إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلم يصح كما لو اسقط الشفيع شفعته قبل البيع)[1] ويقررون قاعدة (الإسقاط قبل الوجوب لغو)[2]والحكمة من منع إسقاطها قبل ثبوتها فيه رفع للحماية الشرعية التي كفلها الشرع للعاقد وخاصة أنه قبل ثبوت الحق يكون في ضعف وحاجة لإبرام العقد والإبراء لا يكون إلا بعد ثبوت الحق في الذمة[3] ولكن هذه القاعدة غير مسلمة في المذاهب كلها فعند المالكية[4] قولان في المسألة كما ذكر ابن رشد الجد (أن إسقاط الحق قبل وجوبه أصل مختلف فيه في المذهب) [5] وقرر ذلك المقري والونشريسي في قواعدهما: (هل ترك الشيء قبل وجوبه يلزم أم لا؟)[6].

3- تعارض حق الله وحق العبد في الشروط :

إن تشريع آثار عقد الزواج من حق الله (المشرع) حفاظا على النظام التشريعي للزواج وفي نفس الوقت شرعت لمصلحة العاقدين[7]، فإذا كانت حاجة احد العاقدين ومصلحته في إسقاط بعض هذه الحقوق التي تثبت له بالعقد على سبيل الاشتراط قبل إبرام عقده مثل زواج المسيار، فهنا النظر الفقهي يرى ان حق الله ثابت في وجود المهر وإيجابه في العقد وإيجاب النفقة فيه أيضا كنظام تشريعي في عقد الزواج لكل الناس، وللزوجة حق تقدير المهر والمطالبة

[1] – ابن قدامة المقدسي؛ المغني، مرجع سابق، ج7، ص 450.

[2] –محمد الزحيلي؛ القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الاربعة ،مرجع سابق ج1،ص596

[3] – مركز التميز البحثي ؛ موسوعة الفقه الميسرة للقضايا المعاصرة،مرجع سابق ،ج9، ص435

[4] – الحطاب؛ تحرير الكلام في مسائل الالتزام، مرجع سابق، ص273

[5] –ابن رشد الجد؛البيان والتحصيل،تحقيق محمد عبد الله ولد كريم، ج4،(ط:1؛بيروت:دار الغرب الاسلامي،1992) ص214

[6] – المقري؛ القواعد الفقهية، مرجع سابق،ص301. والصادق عبد الرحمن الغرياني؛ تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية، (ط:1؛ الامارات العربية المتحدة،دار البحوث للدراسات الاسلامية واحياء التراث،2002)،ص139

[7] – بدران ابو العنين بدران؛ الفقه المقارن للاحوال الشحصية،مرجع سابق، ص285.

بالنفقة و قبضهما، فاجتمع في العقد حقان حق الله وحق العاقد – والمقصود بحق الله هنا مصلحة التشريع العامة وحق العبد هي المصلحة الخاصة[1] – فمن نظر إليها بالاعتبار الأول أسقط الشروط الفاسدة التي تتعلق بها كما قال علي رضي الله عنه شرط الله اسبق من شرطها، ومن نظر بالاعتبار الثاني رأى أن إسقاطها هو إسقاط لرضا العاقد المقترن بشرطه[2] والقاعدة الفقهية (إسقاط ما هو حق الشرع باطل)[3].

وقد أشار الفقهاء إلى هذا المعنى حيث يقول ابوبكر بن العربي(الشروط في النكاح على قسمين :أحدهما : أن يكون من حقوق الزوجين الخالصة أو أن يكون من حقوق الله سبحانه، فإن كان من حقوق الله جاز إسقاطه ولم يؤثر في النكاح)[4]

4-**تعارض قواعد الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالشروط** من حيث الإعمال والإهمال إذ تتنازع مسألة الشروط الأصول والنصوص وتتناولها قواعد كثيرة بصورة مباشرة أو عامة، وتعارضها إما ظاهري مؤثر في إجتهاد الفقيه أو كونها قواعد مذهبيه مختلف فيها، من ذلك تعارض قاعدة (يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان)[5] مع قاعدة(ما ثبت بالشرع مقدم على ما ثبت بالشرط) [6] ومقتضى الترجيح بين المفاسد الطارئة بالشرط والمصالح المعتبرة المعتبرة بالشرع ، وقاعدة (اذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب

[1] – حميد مسرار ؛ نظرية الحق وتطبيقاتها في أحكام الأسرة.(ط:1؛بيروت:دار الكتب العلمية،2013)، ص84

[2] – ايمن حمزة عبدالحميد ابراهيم ؛ القواعد الاصولية وتطبيقاتها عند شيخ الاسلام ابن تيمية (ط:1؛ القاهرة ، دار اليسر؛ 2012)، ص 48

[3] – محمد الزحيلي؛ القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الاربعة، مرجع سابق ،ج2،ص746

[4] –ابوبكر بن العربي؛عارضة الأحوذي على شرح الترمذي،مرجع سابق،ج3،ص56

[5] – عبد العزيز محمد عزام؛ القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص 502.

[6] – المرجع نفسه، ص 280.

أخفهما)[1] وهي محكمة في مفارقة الحال قبل الدخول وبعد الدخول في فسخ الزواج الفاسد بالشرط، وكذلك قاعدة(إذا اجتمع المانع والمقتضي قدم المانع)[2] وقاعدة (البقاء أسهل من الإبتداء) وكذلك (يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الإبتداء)فهما يتعارضان مع قاعدة(الفاسد واجب الفسخ)[3] .

ثالثا: حكم الدخول في الشرط الفاسد والاستمرار فيه.

لا خلاف بين فقهاء الشريعة وفقهاء القانون في وجوب الامتناع عن اشتراط الشروط الفاسدة في عقد الزواج، وحرمة الإقدام عليها ثابتة بالنهي في النص بل كره مالك الاشتراط في الزواج إذا كانت الشروط جائزة[4]، و لهذا اتفقت المذاهب الإسلامية على أن العقد الفاسد كالباطل قبل الدخول واجب الفسخ وعلى المحكمة أن تقضي بذلك من نفسها وهذا بمقتضى نص مادة 03 مكرر(تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية الى تطبيق أحكام هذا القانون) [5].

وأما إذا تم الدخول في الزواج الفاسد فينظر عند المالكية هل يمكن التدارك وتلافي الفساد بالتصحيح أم لا إن أمكن ذلك فاللجوء إلى التصحيح أولى من باب ترجيح المصالح

---

[1]– المرجع السابق، ص 160، ومحمد الزحيلي؛ القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الاربعة ،مرجع سابق، ج1، ص230.وإسماعيل محمد عبد الحميد الشنديدي، قاعدة درء المفاسد وجلب المصالح وأثرها في الفقه الإسلامي.(لا.ط؛القاهرة: دار الجامعة الجيدة ،2008)،ص350–434

[2] – عبد العزيز محمد عزام ؛ المرجع السابق ، ص 255 . ومحمد الزحيلي ،المرجع السابق ،ج1 ،ص244

[3] – الزركشي؛ المنثور في القواعد،مرجع سابق،ج3،ص374

[4] – ابن رشد الجد؛ المقدمات الممهدات .مرجع سابق،ج1،ص482

[5] – قانون الأسرة الجزائري 02/05.المؤرخ في 2005/02/27.

والمفاسد لاحتمال تعلق حق الغير بالزواج (الأولاد)، وإن تعذر ذلك كان الفسخ حتما يقول صاحب الميارة في باب النكاح الفاسد (ومهما كانت المخالفة فيها- عقود الزواج – مما لا يمكن تلافيها ولا يتأتى استدراك الأمر فيها لخروج الماهية عما قصد بها شرعا أو لمنافاتها لما استقرت عليها وضعا فإن المشروع فيها الفسخ والإبطال)[1].

رابعا: حكم الشروط الفاسدة في قوانين الأسرة.

أورد المشرع الجزائري في قانون الاسرة 02/05 حكمين للشرط الفاسد الذي وصفه بمخالفة مقتضى العقد ففي المادة 32 جعل الشرط والعقد يبطلان معا وفي المادة 35 منه جعل الشرط يسقط دون العقد ونجد في المدونة المغربية في الفصل 38 (إذا اقترن العقد بشرط ينافي نظامه التشريعي أو ينافي مقاصده كان الشرط باطلا والعقد صحيح) والمشرع الكويتي أحسنهم صياغة والتزم المذهب الحنبلي إذ نصت المادة 40 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي (إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافي أصله بطل العقد ، وإذا اقترن بشرط لا ينافي أصله ولكن ينافي مقتضاه أو كان محرما شرعا بطل الشرط وصح العقد).

خلاصة المبحث:

[1] – ابي عبد الله ميارة محمد بن أحمد المالكي ؛ شرح ميارة الفاسي، مرجع سابق،ج1،ص273

عرف كل من القانون والفقه الإسلامي الشروط المقترنة بالعقد والتي تنشأ وتلزم بمقتضى إرادة المتعاقدين وبهذا تفارق الشروط الشرعية التي تنشأ وتلزم بإرادة المشرع ، ولكن طبيعة الشروط المقترنة بالعقد والمؤثرة فيه والمعتبرة قانونا تختلف عن طبيعة الشروط الجعلية في الفقه الإسلامي فالشرط الواقف في القانون يشبه الشرط المعلق ،وتبعا لذلك نجد المشرع الجزائري وأكثر التشريعات العربية أخذت بالتقسيم الشرطي في الفقه الاسلامي حيث ماهو شرط تقييدي في الفقه الإسلامي هو بند من بنود العقد في القانون ليست له الطبيعة الشرطية .

والمذاهب الإسلامية قسمت الشروط المقترنة بالعقد عدة تقسيمات باعتبارات متعددة، منها الشروط التي لا تدخل في أصل العقد وإن توقف وجوده أو فسخه عليها ، ومنها ما تكون جزءا من مكونات العقد وهي أكثرها أهمية بحيث تقيد آثاره زيادة ونقصا وتعديلا، وحول تأثيرها فيه دار خلاف فقهي كبير بين المذاهب الفقهية الإسلامية، وحتى على مستوى تشريعات الأحوال الشخصية العربية.

وهذه الشروط المقترنة بالعقد والمقيدة لآثاره أو المغيرة لبنيته التشريعية شهدت إختلافا فقهيا أيضا من حيث صحتها وفسادها والمعايير المعتمدة في ذلك والأسس التشريعية التي يقوم عليها تصنيف الشروط بين الصحة والفساد، كما أن تحديد الشروط الفاسدة وأنواعها من حيث قوة الفساد فيها مما جرى فيه الخلاف أيضا فالمالكية ضيقوا من دائرة الشروط الفاسدة ووسعوا من دائرة تأثيرها في العقد والحنفية عكس ذلك وسعوا دائرة الشروط الفاسدة وضيقوا دائرة تأثيرها،

والحنابلة ضيقوا من دارة الشروط الفاسدة وضيقوا من دائرة تأثيرها، وهو أشبه ما أخذ به المشرع الجزائري في قانون الأسرة.

المبحث الثاني

أثر فساد الشرط المقارن في عقد الزواج

قال بعض الفقهاء (النكاح إذا وقع فاسدا فإنه يرجع فيه الى أحد وجهين : إما الفسخ وإما التلافي والتدارك)[1]، ومن هنا نتساءل هل الزواج يفسد لفساد شرطه؟ وإن كان بذلك فاسدا هل مقتضى فساده وجوب الفسخ؟ أم هل يمكن تصحيحه إبقاء للزواج ومراعاة لاستقرار هذا النوع من العقود ؟ .

ومن ثم نتناول هذا المبحث في ثلاث مطالب:

المطلب الاول: فساد عقد الزواج لفساد شرطه

المطلب الثاني: الفسخ كأثر للشرط الفاسد المقارن للعقد.

المطلب الثالث: تصحيح عقود الزواج المقترنة بالشرط الفاسد.

[1]– أبوعبد الله محمد بن احمد المالكي ت 1072هـ،شرح ميارة الفاسي ،تحقيق عبد اللطيف حسن عبد الرحمن.ج1،(ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية؛2000)،ص273.

المطلب الاول: فساد عقد الزواج لفساد شرطه

عرفنا الشروط الفاسدة وأنواعها وأحكامها وتلك مقدمة لازمة لمعرفة أثرها في عقد الزواج بفساده من عدمه، والوقوف على تعليلات هذا التأثير إن وجد.

الفرع الأول:إتجاهات الفقه والقانون حول فساد عقد الزواج بفساد شرطه.

فساد عقد الزواج بفساد شرطه ليست قاعدة مسلمة بل تعارضها قاعدة أخرى هي لا يفسد النكاح بفساد شرطه، فما حقيقة الخلاف الفقهي حول القاعدتين؟ وبما أخذ المشرع الجزائري في قانون الأسرة؟.

أولا: إتجاهات الفقه الإسلامي حول مدى فساد عقد الزواج لفساد شرطه.

إن الحنفية يقررون بإطلاق قاعدة لا يفسد النكاح بالشروط الفاسدة ،ويحتجون بها في معرض الرد على الجمهور في عدم بطلان النكاح بالشغار والتحليل وغيرهما من الشروط[1]،

وأما المالكية فانفردوا بقاعدة يفسد النكاح بالشرط الفاسد، فجعلوا كل الشروط الفاسدة مؤثرة في النكاح،وإنما العبرة بقوة الفسادا فيكون موجبه الفسخ أو بضعفه فيفسخ قبل الدخول ويصحح بعده[2].

---

[1]– الكاساني؛بدائع الصنائع، مرجع سابق،ج3،ص508 ، ابن عابدين؛رد المحتار ،مرجع سابق،ج 4،ص151

[2] – ابن رشد الجد؛ المقدمات الممهدات، مرجع سابق،ج2،ص485 . والمقري ؛ الكليات الفقهية،تحقيق محمد بن الهادي أبو الأجفان،(لا.ط؛ بيروت؛الدار العربية للكتاب،1997)،ص125 .والسيد عثمان الجعلي المالكي؛سراج السالك شرح أسهل المسالك،ج2(لا.ط؛الجزائر :مؤسسة العصر ،د.ت)،ص 45

وأما الشافعية نجدهم يصرحون أحيانا بهذه القاعدة رغم قولهم بفساد عقد الزواج بالشرط المناقض لمقصوده كقوله(أتزوجك بشرط عدم الوطء) وبالشرط المنهي عنه بالنص كالشغار والتوقيت[1]، ولكن الحنابلة يقررون أنها تفسد أربعة أنكحة لدخول الشروط الفاسدة عليها وهي شروط ورد النص بالنهي عنها وهي الشغار والتأقيت والتحليل والنكاح مع شرط عدم الحل[2].

فتبين لنا مما سبق أن الحنفية وإن وسعوا دائرة الشروط الفاسدة فقد ضيقوا من تأثيرها في الزواج خاصة، حتى أنها لا يفسد إلا بشرط فاسد واحد، والمالكية على النقيض من الحنفية ،ضيقوا دائرة الشروط الفاسد ولكنهم وسعوا دائرة تأثيرها حتى أصبحت كل الشروط الفاسدة تقتضي فساد النكاح، وبينهما الشافعية وإن أشبهوا الحنفية في تضييق الشروط الفاسدة إلا أنهم لم يأخذوا بإحدى القاعدتين بإطلاق،بل توسطوا وهم الى الحنفية أقرب، والحنابلة كذالك وإن من الشروط الفاسدة ما يقتضي فساد النكاح ومنها ما لا يقتضي ذلك، إلا أن إستقراء الأنكحة الفاسدة عندهم نجدها معدودة محصورة،فهم كذلك إلى الحنفية أقرب.

ونخلص إلى أنه لا يوجد مذهب قال بعدم فساد النكاح بالشرط الفاسد مطلقا، وإن كان المالكية قالوا بفساد النكاح بالشروط مطلقا.

[1] – الغزالي؛الوسيط ، مرجع سابق،ج5،ص229 .

[2]– البهوتي،كشاف القناع عن متن الإقناع،تحقيق محمد أمين الضناوي،ج4.(ط:1؛بيروت:عالم الكتب،1997)،ص84-88

ثانيا:فساد الزواج بفساد شرطه في قانون الأسرة الجزائري.

عند الرجوع الى المشرع الجزائري نجده يجعل الأصل عدم فساد الزواج بالشروط الفاسدة حيث ينص(يبطل الزواج بالشرط المناقض للعقد وبالمانع)[1] ولكنه في نفس الوقت يجعل من كل شرط يناقض أصل العقد مبطلا له مع شيء من الإبهام، وذلك في المادة 32 من نفس القانون حيث قرنه بالمانع ونحن نعلم أن المانع المتمثل في الزواج بالمحارم مثلا يبطل العقد بإجماع، وعليه فإنه ساير مذهب الحنفية ولم يذكر أي إستثناء لبعض الشروط مما جعل الصياغة تزيد من غموض نصوص القانون، في حين مدونة الأسرة المغربية كانت أكثر وضوحا في تحديد الشروط الفاسدة من الصحيحة وأثر الفاسدة في النكاح في المواد 47و48و62 ، والقانون الإماراتي كان أحسنهما صياغة وضبطا إذ نص على أن:(الأزواج عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا.

- إذا اشترط في عقد الزواج شرط ينافي أصله بطل العقد.
- إذا اشترط فيه شرط لا ينافي أصله ولكن ينافي مقتضاه أو كان محرما شرعا بطل الشرط وصح العقد.
- إذا اشترط فيه شرط لا ينافي أصله ولا مقتضاه وليس محرما شرعا صح الشرط ووجب الوفاء به، وإذا أخل به من شرط عليه كان لمن شرط له طلب فسخ الزواج سواء أكان

[1] قانون الاسرة الجزائري02/05،المادة 35

من جانب الزوجة أم من جانب الزوج ويعفي الزوج من نفقة العدة إن كان الإخلال من جانب الزوجة.)[1]

الفرع الثاني: تعليل فساد عقد الزواج بالشروط الفاسدة.

أولا: التعليل الأصولي لفساد عقد الزواج بالشرط الفاسد في الفقه الإسلامي.

تبين من التكييف الفقهي للشرط أنه التزام في حق العاقد ولكنه بالنسبة للعقد هو وصف أو عنصر عارض يلحق العقد يؤثر في تكوينه او يحد من آثاره أو يغير فيها زيادة ونقصا وفقهاء الشريعة يقررون أن هناك علاقة بين النهي وفساد العقود والشروط ويعبرون عنها بقولهم مقتضى النهي التحريم والفساد،لأن الفقهاء نصوا على أن النهي في النصوص الشرعية يفيد حكمين التحريم والفساد، وعبروا عنهما في قاعدتين:{النهي يقتضي التحريم } وقاعدة{ النهي يقتضي فساد المنهي عنه}، لأن النهي المقتضي للفساد هو نهي التحريم لا نهي الكراهة[2]، ولعل هذا هذا سبب عدم قول الأحناف بفساد نكاح التحليل ونكاح الشغار لحملهما على الكراهة.

ويراد هنا النهي المطلق الذي يفيد فساد المنهي عنه وليس المقترن بقرينة تفيد فساده أو عدم ذلك،لأن النهي يستلزم قبح المنهي عنه لذاته أو لغيره[3] أي لعنصر فيه أو أجنبي عنه لحق به.

وتتمثل علاقته النهي بالشرط في العقد في ما يلي:

---

[1] – القانون الإمراتي2005/28، المادة 20.

[2] –صلاح الدين خليل كيكلدي العلائي الشافعي(761ه) ؛المجموع المذهب في قواعد المذهب ،تحقيق مجيد علي العبيدي وأحمد خضير عباس،ج1 (لا:ط ؛عمان ؛ الاردن:دار عمار للنشر والتوزيع،2004) ،ص 509

[3] – حنان يونس قديمات؛ البطلان والفساد عند الأصوليين،(رسالة دكتوراه).الجامعة الاردنية ،2002،ص129

أ . النهي لذات العقد: يقتضي قبح المنهي عنه لذات التصرف وماهيته ومثاله الزواج المثلي والزواج بالمحارم[1] فانه محرم لقبح ذاتي فيه وضابطه أنه متى تعلق النهي بذات المحل أو الأركان فهو لذاته.

ب . النهي لوصف ملازم للعقد: ولما كان الزواج بين رجل وامرأة غير منهي عنه لذاته، فإن النهي إما يتعلق بوصف ملازم للعقد كنكاح المتعة ونكاح الشغار[2] أو بوصف مجاور له كالنكاح بالشرط الفاسد.

فإذا سلمت أركان العقد وتعلق النهي بوصف لا ينفك عن العقد عادة ولا يوجد بدونه وإن كان ينعقد بدونه فهو وصف ملازم، فالنهي لا يتعلق بعقد الزواج باعتبار أنه مشروع في الأصل ، فينبغي أن يتعلق النهي بالوصف الملازم أو المجاور لحقيقة الزواج3، ومثال الوصف الملازم هنا المهر والديمومة وشروط الصيغة والشهادة وحل الاستمتاع، فهي أوصاف لا يوجد العقد بدونها فإذا تم الزواج مؤقتا أو بشرط عدم الحل أو بشرط إسقاط المهر أو الشهادة مطلقا كان النهي متعلقا بما هو ملازم للعقد عادة.

وقد اتفق جمهور الفقهاء على بطلان العقد لفساد هذا الوصف ولملازمته فلا يوجد العقد إلا بوجود الوصف معه كاشتراط التأقيت في الزواج فهو وصف ملازم لزواج المتعة لا يتصور بدونه، والإسقاط إذا تعلق بالمهر هو وصف ملازم للعقد، واشتراط كتمان الشهادة على الزواج

[1] – العلائي؛ المجموع المذهب في قواعد المذهب ،مرجع سابق،ج1،ص505

[2] المرجع نفسه،ج1،ص505

[3] – محمد فتحي الدريني؛ المناهج الأصولية،(ط: 3؛ بيروت :مؤسسة الرسالة، لبنان ، 1997)، ص 566.

تشبه ذلك وإنما الاختلاف في الفروع من باب تحقيق المناط هل الوصف ملازم أم مجاور للعقد، وخالف الحنفية في عموم العقود على أن الوصف الملازم يقتضي الفساد لا البطلان، وقد سبق أن ذكرنا أنهم في الزواج قدماؤهم يجعلون الباطل والفاسد سواء فمن ثم فالوصف الملازم المنهي عنه في الزواج يفيد الفساد والبطلان قولا واحدا، وأما في العبادات فكلمة الفقهاء واحدة بفساد العبادة بالوصف الملازم كالبيع وقت النداء للجمعة.

ج . النهي عن وصف مجاور يقترن بعقد الزواج بالإشتراط[1]: وهي أوصاف عارضة توجد في بعض أنواع الزواج ولا توجد في أخرى، ومثاله اشتراط الزوجة عدم الزواج عليها أو طلاق الزوجة الأولى أو البقاء في البلد أو عدم الإنفاق.

فلا يفسد العقد به عند جماهير الفقهاء الحنفية والشافعية والمالكية وخالف الحنابلة والظاهرية وهو ظاهر مذهب الشافعية[2] فقالوا بفساد العقد للنهي عن وصف مجاور له، وهذا في العقود عامة، غير أن المالكية يعتبرون بقوة الفساد وضعفها في الوصف المجاور.

ومبدأ اقتضاء الفساد في العبادات للنهي الوارد عليها لوصف تعلق بها وذلك لأن مقصودها الامتثال ولا يكون امتثال مع التلبس بالمعصية في العبادة وأما العقود فهي بحسب الحكم الوضعي أسباب تفضي إلى مسبباتها وآثارها ومن جهة أخرى لها أحكام تكليفية من حرمة تقتضي عدم المشروعية– فجهة النهي تخالف جهة الأمر – فإذا ورد النهي لوصف

[1] – حنان يونس قديمات ؛ مرجع سابق، ص160.

[2] – صالح حميد العلي وباسل محمود الحافي؛مرجع سابق، ص 301–306. ومحمد فتحي الدريني؛ المناهج الأصولية، مرجع سابق، ص 566. و محمد أديب صالح؛ تفسير النصوص في الفقه الاسلامي.ج2(ط:3؛بيروت:المكتب الاسلامي،1984)، ص414

مجاور نتجت أثارها وإن كانت غير مشروعة، من ذلك الطلاق البدعي فهو محرم ولكن تقع به الفرقة باتفاق المذاهب الأربعة.

غير أن الزواج بإعتبار فيه معنى القربة والعبادة ،وإتحدت فيه جهة النهي وجهة الأمر وهي المشروعية والحل فإنه ترتب على ذلك أن الفاسد والباطل سواء عند جمهور الفقهاء ومتقدمي الحنفية غير أن الخلاف الفقهي في بطلان النكاح بهذا الوصف المجاور ، فأما الحنفية فتمسكوا بأصلهم في عدم تأثير الوصف المجاور فقالوا بعدم فساد النكاح بالشروط الفاسدة التي لا أثر لها في حقيقة العقد[1].

ويعد من أسباب إختلاف الفقهاء في إقتضاء النهي الفساد أوغيره هنا تفاوت أنظارهم في تقدير ماكان النهي لأجله ، أهو وصف ملازم للمنهي عنه أم خارج عنه[2]؟

والمالكية قالوا بتأثير هذه الشروط في صحة عقد الزواج بما يقضي بفساده، وذلك لخصوصيته ففيه الخروج من الحرمة الى الحل والشارع يشدد في هذا أكثر من حال الخروج من الحل الى الحرمة[3].

وأما الحنابلة فقد قالوا بتأثير الوصف مجاور بنفسه ، وحيثما قالوا بعدم تأثيره فلورود الدليل بذلك (فعندنا كل ما كان منهيا عنه إما لعينه أو لوصفه ففاسد وباطل ولم يفرق

[1] الدريني؛ بحوث مقارنة، مرجع سابق،ج1، ص343

[2]–محمد أديب صالح؛ تفسير النصوص ، مرجع سابق،ج2،ص423

[3] – شاب الدين القرافي؛ الفروق.ج3 (لا.ط؛ بيروت:عالم الكتب،د.ت)، ص143، الفرق 157

الأصحاب في صورة من الصورتين بين الفاسد والباطل في المنهي عنه وإنما فرقوا بين الفاسد والباطل من جهة مسائل الدليل)[1].

وهناك من الفقهاء من نادى بمعيار آخر وهو ما كان النهي فيه لحق المتعاقدين(حق العبد) فلا يقتضي الفساد وما كان النهي لحق الله ، وقد يعبر عنه بحق الشرع، فانه يقتضي فساد المنهي عنه، وهذا قول به بعض المالكية منهم اللخمي والتلمساني[2].

ثانيا: التعليل الفقهي لفساد عقد الزواج لإقترانه بالشرط الفاسد.

أ- الشرط الفاسد وعلاقته بالسبب والباعث في الشريعة والقانون.

يعتبر السبب المباشر لإبرام العقد ركنا في القانون، وهو في الفقه الإسلامي معتبر عند المالكية والحنابلة ويسمى الباعث وله تأثير في صحة العقد وبطلانه إذ لا بد من مطابقة قصد المكلف وقصد الشارع ولا يناقضه، فالمناقضة هنا هي علة فساد العقد وبطلانه وهذا ما قرره الشاطبي (مناقضة قصد الشارع باطلة)[3] .

والشروط قد تكون مضامينها باعثا أو سببا مباشرا أو غير مباشر فيصبح الشرط سببا، وبهذا نجد من يعلل بطلان عقد الزواج بالشرط الفاسد المقترن به على أنه سبب وباعث غير مشروع،ومن يقول بعدم تأثير الشروط الفاسدة في عقد الزواج ينازع في كونها باعثا للعاقد أوسببا لإنشاء العقد، (وإنما لم تفسد هذه الشروط الباطلة العقود المقترنة بها للفصل بينها في

1- علي بن عباس البعلي بن اللحام الحنبلي،القواعد والفوائد الاصولية،مرجع سابق ،ص 110

2 - صلاح الدين ابو سعيد خليل الكيكلدي العلائي الشافعي،تحقيق' المراد في أن يقتضي الفساد، تحقيق ابراهيم محمد سلقيني(ط:1؛الكويت : دار الكتب الثقافية،) ص 94

3 - ابو اسحاق الشاطبي؛ الموافقات، مرجع سابق، ج2، ص 252

قصد المتكلم وتوجه إرادته ، ولذا لو اشترط في عقد زواجه ألا مهر لها أولا نفقة لها فإن الشرط يفسد ويبقى العقد صحيحا، لأن هذا الاشتراط لم يكن هو الذي دفعه الى التعاقد)[1].

وشراح القوانين ينازعون في ارتباط الشرط بالباعث باعتبار الشرط وصف للالتزام ولا يدخل في غايات المتعاقدين غير تبين لنا من قبل أنهم يقصدون بذلك الشرط الفاسخ والواقف وأما الشرط الإرادي في صورة بنود العقد مما يسموه أعباء وتكاليف فهي مرتبطة بالإرادة وقد تكون الباعث على التعاقد وحتى الشرط عموما عند فقهاء القانون إذا كان باعثا على التعاقد وخالف النظام العام بطل الشرط والالتزام سوية فإن كان غير مقصود ولا باعثا على التعاقد سقط الشرط وحده[2].

ب-أثر الشرط الفاسد المقترن بعقد الزواج في الرضا:

تقدم بأن الرضا هو الأصل الذي ينعقد عليه البيع والزواج في القرآن الكريم والسنة، وكذا في الفقه الإسلامي حيث نجد جمهور الفقهاء لنزعتهم الموضوعية جعلوا الصيغة ركنا في العقد والرضا شرط صحة يقول ابن تيمية(المشروع ما كان برضا العاقدين ووافق الشرع)[3]، إلا الحنفية الذين يقولون بعدم اشتراط الرضا في الزواج.

والرضا قد يتأسس ويكتمل بمضمون الشرط الذي قرنه العاقد بالعقد، فيكون تفويت الشرط تفويتا لرضاه، ومن هنا رد ابن تيمية على الذين أسقطوا الشروط الفاسدة وصححوا عقودها،

[1] – محمد أحمد سراج؛ نظرية العقد، مرجع سابق،ص 161.

[2] –ياسين محمد الجبوري؛ الواقعة الشرطية، مرجع سابق ،ص307

[3] ابن تيمية؛ مجموع الفتاوى، مرجع سابق،ج 32، ص

فتصحيح العقود مع إبطال الشروط الفاسدة يؤدي الى الإلزام بالعقود من غير رضا العاقدين حيث إن تصحيح العقد إما ان يكون مع الشرط المحرم الفاسد، أو مع إبطاله، ففي الحال الأول تنعدم موافقة الشرع وهو خلاف النص والإجماع، وتصحيح العقد مع إسقاط الشرط يكون إلزاما للعاقد بعقد لم يرض به ولا ألزمه الله به، والعقود لا تلزم إلا بإلزام الشارع أو بالتزام العاقد، والعاقد لم يلتزم هذا العقد مع خلوه من شرطه[1]وحتى في القانون فإن الشرط بوصفه عبئا وتكليفا حيث يرد بندا في العقد يكون من ثم وصفا متعلقا بالإرادة والرضا وليس وصفا للالتزام [2].

ج- اثر الشرط الفاسد على المهر:

إن قوام النظر في مسألة أثر الشرط الفاسد في عقد الزواج يرجع الى أصل كلي: هل الشرط محل تعلقه الإرادة أو المهر ؟

وتحرير المسألة :أنها وردت الاشارة عند كثير من الفقهاء بأن الشروط تقابل جزءا من المهر في الزواج وجزءا من الثمن في البيع، ومن ثم فهي ترد على العوض لا على نفس العقد، وتؤثر في المهر والثمن لا في العقد، من ذلك قول ابن تيمية: (والفرق بينهما وبين الشروط الفاسدة في البيع إنه لا يصح مع عدم تسمية العوض،فلا يصح مع الجهل به، ولا مع الشروط الفاسدة،لأن ذلك يتضمن جهلا بالعوض،لأنه يجب إسقاط الشرط الفاسد وإسقاط مايقابله من الثمن، فيكون باقي الثمن مجهولا)[3] ، وهذه العبارة ذكرها في مورد تعليل عدم تأثير الشرط

[1] – عمر الأشقر؛احكام الزواج، مرجع سابق، ص 186.

[2] – ياسين محمد جبوري؛ الواقعة الشرطية ، مرجع سابق ،ص308

[3] –ابن تيمية؛أحكام الاسرة،مرجع سابق،ص68

الفاسد في النكاح لأن العقد لا يفسد بجهالة أو عدم تسمية المهر فمن باب أولى لا يفسد بالشرط الفاسد الذي يقابل شطرا من المهر، بل يسقط المهر المسمى كله لفساده بالشرط ويجب مهر المثل.

ويؤكد هذا قول ابن قدامة الحنبلي: (النكاح ينفرد عن ذكر الصداق ، ولو كان الصداق حراما أو فاسدا لم يفسد النكاح ، فلأن لا يفسد بشرط الخيار فيه أولى)[1] وهو قول الحنفية حيث قرر الكاساني: (المؤبد لا تبطله الشروط الفاسدة لما قلنا : أن هذه الشروط لو أثرت لأثرت في المهر بفساد التسمية وفساد التسمية لا يكون فوق العدم،ثم عدم التسمية لا يوجب فساد النكاح ،ففسادها –أي الشروط الفاسدة– أولى)[2] .

والشافعية يجعلون أيضا أثر الشرط متعلقا بالمهر لا بالعقد حيث يصرح الغزالي:(وأما الذي لا يخل بالمقصود ، ولكن يتعلق به غرض مقصود ويؤثر فيه كأن يمكنها من الخروج متى شاءت أو لا يجمع بينها وبين ضراتها في مسكن، أو لا يقسم لها ،فهذه أغراض مقصودة، وكل غرض مقصود فهو عوض مضاف إلى الصداق،أو مقابل له، فيؤثر في إفساد الصداق لا في إفساد النكاح)[3] .

ويعلل غيره من أئمة الشافعية كون الشروط إنما أثرت في الصداق دون النكاح، سواء كانت من جهة الزوج أو الزوجة مما حللت حراما أو حرمت حلالا، بأنها (اختصت بالصداق

[1] – ابن قدامة؛المغني، مرجع سابق،ج6،ص386

[2] – الكاساني؛بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،مرجع سابق،ج3،ص508

[3] الغزالي؛الوسيط ،مرجع سابق،ج5،ص229، و الماوردي،الحاوي،مرجع سابق،ج9،ص395

دون النكاح لأن مقصود النكاح موجود معها فوجب أن يبطل الصداق بها لأنها قابلت منه جزءا إذ كأنه زادها فيه لأجلها واذا بطلت –أي الشروط – بطل ماقابلها منه وكان لها صداق المثل)[1] وهذا بناء على أن الصداق عقد منفصل عن عقد الزواج حيث جاء في الأم للشافعي(ابطلت الشرط ولم أجعل لها الزيادة لفساد عقد المهر بالشرط)[2]

و المالكية لهم قريب من ذلك الرأي من ذلك قول القرافي (إذا شرطت عليه النفقة على إبنها الصغير،قال ابن القاسم: يبطل الشرط وتعطى صداق المثل لما وضعته لأجل الشرط)[3] ، و يصرح بعض المالكية بهذا المفهوم في ردهم على الجمهور(وقالوا عقد النكاح مع المهر في حكم العقدين بل كل ذلك عقد واحد ويتناول عوضا ومعوضا عنه فإذا فسد العوض فسد المعوض عنه)[4] .

وكل ما أوردناه دليل على تأثير الشرط الفاسد في المهر عند الفقهاء، لا في حقيقة العقد وكل ما تعلق بالمهر لم يؤثر في صحة النكاح قياسا على تركه بإعتباره خارج عن حقيقته.

وقد تقدم في الفصل الأول مخالفة المالكية للجمهور بقولهم بفساد العقد تبعا لفساد صداقه، وعليه يمكن فهم إتجاه المالكية للقول بفساد عقد الزواج المقترن بالشرط الفاسد وعدم قول الجمهور بفساده، ولكن الجمهور يقولون بفساد المهر بسبب الشرط الفاسد ومن ثم وجوب مهر

[1] – الروياني الشافعي؛ بحر المذهب في فروع المذهب ،مرجع سابق،ج9، ص485

[2] الشافعي؛ الأم ، مرجع سابق،ج5،ص65

[3] – القرافي؛ الذخيرة،مرجع سابق،ج4،ص408

[4] – الفندلاوي، تهذيب المسالك فيي نصرة مذهب مالك، مرجع سابق،ج4،ص 48

المثل وهم بذلك يقرون بوجود أثر للشرط الفاسد لَحِقَ الزواج في عوضه وإن لم يوجب خللا في أصل العقد.

ومما يلاحظ أن الشروط ليس كلها مرجعها الى المهر حتى عند الحنفية فشرط التأقيت تأثيره في نفس العقد باتفاق، وشرط الوصف أثره يتعلق بالمعقود عليه لا بالمهر والأول أبطل به كل الفقهاء النكاح، والثاني[1] أثبت به حق الفسخ المالكية والحنابلة والشافعية وفي قول آخرللشافعية يبطل النكاح به[2] والمالكية يميزون بين نوعين من الشروط فمنها ما يرجع الى العقد ومنها ما يرجع المهر[3].

ولعل الراجح ما ثبت تقريره سابقا من أن الشروط محل تعلقها الإرادة وليست تقابل المهر أو جزءا منه وهذا أولى بالاعتبار، وأشبه بمنطق التشريع ،لأن المهر عند المحققين القدامى والمحدثين ليس عوضا وإن أشبه العوض من وجوه.

وإنما حمل الفقهاء على قولهم بتأثير الشرط في المهر لا في العقد قياس النكاح على البيع، يقول ابو بكر بن العربي (فردد الله الصداق بين النحلة المبتدأة التي لا يقابلها عوض وبين الأجرة والعوضية، وتردد الفرع بين الأصلين حكمه أن يوفر على كل واحد شبهه ويركب عليه حكمه وهو أصعب مسائل النظر)[4] .

[1] –أنظر صفحة32 شرط الوصف في الزواج

[2] –الشربيني؛مغني المحتاج،مرجع سابق،ج 6،ص274

[3] – ابن رشد، المقدمات الممهدات،مرجع سابق،ج2،ص 484

[4] –ابو بكر بن العربي؛القبس، مرجع سابق،ج2،ص191

وخاصة أن الفقهاء المعاصرين يرجحون إعتبار المهر أثرا لعقد الزواج وحكما من أحكامه وليس ركنا أو شرطا فيه[1]، ويعزز هذا الإتجاه الحديث لشراح القانون مما سبق ذكره بأن الشرط وصف للإرادة وليس للالتزام وخاصة الشرط الإرادي.

د- فساد الشرط في عقد الزواج وعلاقته بمبدأ عدم تجزئة:

لما كانت الإرادة لا تتجزأ فإن العقد عند توجه الإرادة على إنشائه يعتبر وحدة واحدة، ولكن وجود شرط فاسد مقترن به ، وإسقاطه وحده يكون مناقضا لمبدإ عدم تجزئة العقد ، وهنا الإحتمال الثاني وهو الحكم بفساد العقد كله ، وهذا ما عرف في الفقه الإسلامي بتفرق الصفقة.

وقد بحثوه في حالة فساد بعض المعقود عليه دون بعض، ولكن قواعدهم أعم من ذلك منها قاعدة (ما لا يقبل التبعيض يكون إختيار بعضه كإختيار كله وسقوط بعضه كسقوط كله)أو(الحكم على بعض ما لا يتجزا بنفي أو إثبات حكم على كله)[2] .

والشرط بإشترطه يصبح جزءا من مكونات عقد الزواج، والرضا بالعقد يشمله ، وإسقاط الشرط دون العقد تجزئة لمكونات العقد ، والرضا لا يتجزأ، وإنما نظر الجمهور إلى العقد والمهر أنهما عقدان لا عقد واحد والمالكية عندهم أنهما عقد واحد يقول السبكي الشافعي (الصفقة الواحدة هل تتفرق فيصح بعضها دون بعض أم لا فإذا بطل بعضها بطل كلها ،

[1] – وهبة الزحيلي،الفقه الاسلامي وأدلته،مرجع سابق،ج7،ص 250.والزرقا؛ المدخل الفقهي العام،مرجع سابق، ج1، ص150. واحمد الغندور ،الاحوال الشخصية،مرجع سابق،ص195. ومحمد مصطفى شلبي،أحكام الأسرة في الإسلام،مرجع سابق، ص361. ،ومحمد ابوزهرة،الاحوال الشخصية،مرجع سابق،ص .ومحمد كمال الدين إمام،الاحوال الشخصية للمسلمين، مرجع سابق،ص 189.

[2]– تاج الدين السبكي؛الأشباه والنظائر. ج1 ،مرجع سابق ،ص105. وعلي أحمد الندوي؛ القواعد الفقهية.(ط:1؛دمشق: دار القلم،1986)، ص372

للبطلان في الكل مأخذين: أولهما كون الصفقة لا تقبل التجزؤ والإنقسام، والثاني جهالة العوض، فعلى الأول يطرد الخلاف في كل العقود، وعلى الثاني،لا يطرد فيما لا عوض فيه أو لا يفسد بفساد عوضه)[1].

ولعل هذا الأصل الذي إحتج به ابن تيمية في نقض قول الفقهاء بسقوط الشرط الفاسد في النكاح دون فساد العقد[2].

المطلب الثاني: الفسخ كأثر للشرط الفاسد المقارن للعقد.

عرفنا أن الشروط الفاسدة منها ما يكون تأثيرها جوهريا في العقد ومنها مالا تؤثر في حقيقة العقد وإنما يقتصر تأثيرها في آثاره التي هي الالتزامات الناشئة عنه، والأولى تسبب خللا جوهريا في عقد الزواج يفضي الى إختلاله و فساده فهل يكون أثرها فسخه وجوبا؟هذا ما تتناوله الفروع التالية.

الفرع الأول: حقيقة الفسخ وأنواعه.

يختلف مفهوم ومدلول ونطاق مصطلح الفسخ بين الشريعة والقانون، فما حقيقة ذلك وأيهما إعتمده المشرع الجزائري؟

[1]- زين الدين عبد الرحمن ابن رجب الحنبلي، تقرير القواعد وتحرير الفوائد ،تحقيق ابو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان،ج3.(ط:1؛دار ابن عفان ،د.ت)ص463

[2]- ابن تيمية،مجموع لفتاوى،مرجع سابق،ج160،32-161

أولا: حقيقة الفسخ.

لغة: الفسخ يرد بمعنى النقض، والرفع وبمعنى الإزالة وهي معان يجمعها معنى التغيير والتحويل فإذا فسخ البناء تغير حاله، وفسخ العقد إزالة آثاره ورفع حكمه[1].

أ- في اصطلاح فقهاء الشريعة :

حقيقته حل رابطة العقد[2] وقيل هو حل العقد المنعقد لعدم توفر الرضا التام بعد انعقاده ولتعذر التزام كان مقررا بمقتضى العقد أو لمخالفة شرط فيه[3].

ويظهر من التعريف أن الفسخ إنما يدخل على العقد الصحيح لخلل واقع فيه وخالف الأحناف فجعلوه يدخل على الصحيح والفاسد لان هذا الثاني عرضة للفسخ لما إعتراه من خلل، والمالكية يجعلون الفسخ يدخل حصريا على عقد الزواج الفاسد دون الصحيح لان الصحيح يلحقه الطلاق ، والضابط هنا أن الفسخ إنما يرد على عقد منعقد لأن الباطل معدوم لا وجود له وإنما يفسخ الموجود لا المعدوم.

ب-في اصطلاح فقهاء القانون:

هو حل الرابطة العقدية في عقد ملزم لجانبين صحيح وساري الآثار جزاء إخلال أحد أطرافه بالتزاماته الناشئة عنه[4].

---

[1]- الراغب الأصفهاني،معجم مفردات ألفاظ القرآن، مرجع سابق، ص371

[2]- الحموي؛ غمز عيون البصائر، مرجع سابق،ج3،ص442، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية،مرجع سابق،ج3،ص42

[3] - حوران محمد سليمان؛ نظرية الفسخ.(ط:1؛دمشق: دار النوادر،2012)، ص 51.

[4] - عبد الوهاب عرفة؛ الفسخ والانفساخ والتفاسخ، (ط:لا؛ القاهرة: دار مجد ؛لا:ت) ص 22.

وهناك من عرفه (هو رفع العقد الصحيح اللازم لتخلف أحد االطرفين عن الوفاء أو لسبب طارئ)[1].

ففي القانون الفسخ لا يرد إلا على عقد صحيح، وأما الباطل بطلانا مطلقا أو نسبيا فلا يتصور أن يلحقه الفسخ، وذلك لان الأول معدوم والثاني مهدد بالزوال في انعقاده[2]، كما نلاحظ أن الفسخ في القانون هو جزاء لمصلحة العاقد، وفي الفقه الإسلامي قد يكون لمصلحة العاقد وبيده إمضاؤه وقد يكون للمصحة العامة أو من قبيل النظام العام فيسند الفسخ الى القضاء بمقتضى التشريع كأكثر الحالات الواردة في الأحوال الشخصية.

ثانيا: علاقة الفسخ بالبطلان شرعا وقانونا.

أ . علاقة الفسخ بالبطلان والفساد في الفقه الإسلامي :

لم تتمايز اصطلاحيا عبارات الفسخ والانفساخ والبطلان نظرا لتشابهها من حيث الأثر أي إعادة المتعاقدين إلى مركزهما الأول والحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد[3] وإن تعرض بعض الفقهاء للتمييز بينهما، يقول القرافي (ثم الفسخ قلب كل واحد من العوضين لصاحبه، والانفساخ انقلاب كل واحد من العوضين لصاحبه، فالأول فعل المتعاقبين أو الحاكم إذا ظفروا بالعقود المحرمة والثاني صفة العوضين)[4].

[1] – محمد أحمد سراج؛ نظرية العقد، مرجع سابق، ص 267.

[2] – الرشيد بن شويخ؛ دروس نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص 142.

[3] – حوران ؛ نظرية الفسخ ،مرجع سابق، ص 102.

[4] – القرافي؛ الفروق، مرجع سابق، ج3ص269.

وكذلك لفظ الفساد والفسخ يترادفان والغالب أن يأتي الفسخ كأثر للفساد فكل فاسد واجب الفسخ أو هو مفسوخ[1] ومن العلماء القدامى من يستعمل لفظ الفساد للدلالة على الفسخ ولولا الإطالة لأوردنا شواهد من كتب الفقهاء القدامى على ذلك وعلى أنهم من حيث معنى الفسخ والفساد كانوا يميزون بينهما فحين يقول المالكية أن الفسخ لا يدخل إلا على عقد الزواج الفاسد، فهم يعنون أن الفساد وصف للعقد المختل نظامه التشريعي والفسخ هو التفريق القضائي بين الزوجين.

ب . علاقة الفسخ بالبطلان القانوني:

بين الفسخ القانوني للعقد وبطلانه فروق أساسية منها[2]:

1- البطلان جزاء العقد المعدوم نتيجة تخلف ركن من أركانه، وأما الفسخ فيلحق العقد الصحيح الساري حين يخل أحد الأطراف بالتزاماته الناشئة.

2- الحكم بالفسخ قد يكون منشئا وقد يكون مقررا كاشفا، وأما الحكم بالبطلان فهو دوما مقرر كاشف.

5- الحكم بالفسخ جوازي بالنسبة للقاضي وأما الحكم بالبطلان فوجوبي .

6-القضاء بالبطلان المطلق من النظام العام تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، وأما طلب الفسخ فليس من النظام العام ويجب لإعماله التمسك به من طرف صاحب الحق.

[1] – وهبة الزحيلي ؛ الفقه الاسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج4، ص315.

[2] –عبد الكريم بلعيور؛ نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري،(لا:ط؛الجزائر :المؤسسة الوطنية للكتاب،1986،ص117

7- التصحيح قد يلحق العقد المفسوخ دون إنشائه من جديد ولا يلحق العقد الباطل [1].

والمشرع الجزائري أورد لفظ الفسخ اربع مرات في قانون الأسرة 02/05 في المادة 8 مكرر 1 حين رتب الفسخ قبل الدخول حالة الزواج بالزوجة الثانية فما فوقها إذا لم يستصدر ترخيصا بذلك، وفي المادة 33 فقرة 2(إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل) وفي المادة 34(كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده) ثم ذكره في المادة 40 في حالات ثبوت النسب فقال (وبكل زواج تم فسخه بعد الدخول) والملاحظ أن المشرع الجزائري استعمل مصطلح الفسخ بطريقة فقهاء الشريعة في مواضع ثلاثة المادة 8 ،33 ،40 وأستعمله في الزواج الباطل بطلانا مطلقا في المادة 34 وهو استعمال غريب حتى في الفقه الإسلامي إذ يوردون عبارة(يفرق بينهما) وقلما يصطلحون على هذه الحالة بلفظ الفسخ إلا تجوزا وأما بمنطق الفقه القانوني فإن لفظ الفسخ أُستعمل في غير محله وهو العقد الصحيح الذي اختل فيه الالتزام وليس العقد الباطل وهنا نقرر مجددا أن المشرع الجزائري تأثر واقتفى أثر الفقه الإسلامي في قانون الأسرة منهجا وأحكاما[2].

[1] – عبد الوهاب عرفة؛ الفسخ والانفساخ، مرجع سابق، ص 22

[2] – الرشيد بن شويخ؛ شرح قانون الأسرة الجزائري،(ط :1؛ الجزائر : دارالخلدونية، ، 2008)، ص100.

الفرع الثاني: أحكام فسخ الزواج بالشرط الفاسد.

أولا: الأساس الفقهي لفسخ الزواج.

اختلف الفقهاء في تحديد ذلك.[1]

فمنهم من يرى أن الفسخ له تعلق بمحل العقد (المعقود عليه) من حيث تعيبه وعدم صلاحيته ومن هذا الفسخ للعيب في الزواج لتعذر الاستمتاع فيكون من قبيل استحالة التنفيذ ومنه الفسخ لفوات شرط الوصف[2].

ومن يرى من الفقهاء أن أساسه أثار العقد من حيث الوفاء بالالتزامات فأن تعذر ذلك وأمتنع قام سبب الفسخ ولهذا قال الحنابلة بالفسخ لعدم الوفاء بالشرط الصحيح .

وهناك من يرى أن الفسخ قائم على قاعدة (دفع الضرر)قال ابن النجيم (وكثير من أسباب الفسخ ترجع إلى قاعدة (لا ضرر ولا ضرار)[3].

ورأي عند الحنفية أن أساس الفسخ هو عدم تحقق مقتضى العقد وهو قريب من الرأي الثاني.[4]

[1] – نعيم سمادي؛ نظرية فسخ العقود في الفقه الاسلامي،مرجع سابق، ص382.

[2] – نور الدين لمطاعي؛ الشرط المقترن بالعقد،مرجع سابق،ص 96

[3] – زين الدين ابن النجيم الحنفي؛ الأشباه والنظائر ، مرجع سابق ،ص 94

[4] – حوران؛ نظرية الفسخ، مرجع سابق، ص 290

ولا يبعد أن يكون أساس الفسخ قائم على مفهوم الرابطة بين الإرادة والمحل اللذان هما ركنا العقد فمتى كان المحل على حال يعيب الإرادة يجب الفسخ لأن الإرادة التي هي الركن الأساسي في العقد لا يظهر أثرها على المحل ومن ثم يستوجب الفسخ.

ثانيا: قابلية عقد الزواج للفسخ.

يرد في كتب الفقهاء المعاصرين كثيرا أن الزواج عقد لازم لا يدخله الفسخ كأصل عام لخصوصية الزواج وما يترتب عليه من آثار تمس جوهر الكرامة والحياة الإنسانية للمتعاقدين، بخلاف باقي العقود المبنية على المشاحة وموضوعاتها الأموال التي هي مبتذلة في الأصل ولا ترقى إلى أهمية موضوع الزواج الذي هو الحياة الإنسانية وقدامى فقهاء الحنفية يقررون قاعدة (الزواج لا يلحقه فسخ)[1] لأنه عقد لازم لا تتراخى أحكامه عن أسبابه ولأن الفسخ يعيد المتعاقدين إلى حالهما الأصلي قبل الانعقاد وهذا مستحيل في حق الزواج لطبيعته فلا يقع فيه التراد.

والحقيقة أن القاعدة السابقة هي قاعدة خلافية إذ قال بها الأحناف فمنعوا فسخ النكاح مطلقا، والعبرة هنا بالزواج الصحيح لقولهم بفسخ زواج المتعة لفساده.

ولكن الشافعية فسخوا الزواج بالعيب وبالشرط الفاسد، والحنابلة فسخوا بالعيب وعدم الوفاء بالشرط الصحيح وبفوات شرط الصفة وقد نازع ابن تيمية القائلين بمنع فسخ الزواج مطلقا في كتبه (إن قول من قال من الفقهاء أن النكاح لا يقبل الفسخ لا دليل عليه بل الكتاب والسنة

[1] السرخسي، المبسوط، مرجع سابق،ج 4 ،ص .و القدوري،التجريد،مرجع سابق،ج9،ص444

والآثار والقياس تدل على نقيضه وإن النكاح يقبل الفسخ كما هو قول أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأكثر السلف والخلفاء الراشدون أثبتوا الفسخ بالعيوب)[1] ، والمالكية يفسخون بالعيب وبفوات الوصف المشروط أيضا غير أن فسخ الزواج عند الجمهور فيما ذكرنا هو استثناء وليس أصلا فيبقى الزواج عقدا لازما لا يصح فيه الفسخ الإتفاقي.

ثالثا: أسباب فسخ العقود بين الشريعة والقانون.

تتعدد أسباب فسخ العقود في الفقه الإسلامي والقانون منها[2]:

أ – أسباب الفسخ في القانون فهي لاستحالة التنفيذ بسبب القوة القاهرة أو باتفاق الطرفين في حق العقد الصحيح، وهي أسباب لا ترد على الزواج.

ب – فأما في الفقه الإسلامي فقد يفسخ العقد الصحيح بسبب الخيار أو بسبب الأعذار الطارئة كاستحالة التنفيذ وهلاك المحل أو من خلال الاتفاق والتراضي في العقد غير اللازم أو بسبب عدم الوفاء بالشرط الجعلي الصحيح أو بشرط الصفة عند تخلفها.

والزواج الصحيح في الأصل لازم لايدخله الفسخ إلا في حالتين:

1 – وجود عيب في أحد الزوجين يمنع تحقق مقصود النكاح.

2 – حدوث سبب طارئ موجب للفسخ كالردة من أحد الزوجين، أو طروء حرمة المصاهرة وهذا عند الحنفية والحنابلة .

---

[1] –ابن تيمية ؛ نظرية العقد، (ط:لا؛القاهرة:مركز الكتاب للنشر،لا:ت)،ص 156.

[2] – حوران محمد سليمان؛ نظرية الفسخ،مرجع سابق،ص105. واسمادي محمد نعيم،نظرية فسخ العقود،مرجع سابق،ص135

وأما الزواج الفاسد قد تنشأ أسباب الفسخ معه إبتداء – وهو محل دراستنا– فيكون سببه شرطا فاسدا أو خللا في وصف العقد أي اختلال شرط من شروطه.

وقد تكون أسبابا جلية متفق عليها ينفسخ بها الزواج ذاتيا بحكم الشرع ، والأسباب الخفية للفسخ هي التي محل خلاف بين الفقهاء فالفسخ فيها للقاضي ، فإن أمضاه صح.

رابعا: نطاق الفسخ في عقد الزواج.

من المقرر في القانون أن الفسخ لا يقع إلا في العقد الصحيح حماية لمصلحة المتعاقد وأما العقد الباطل بطلانا مطلقا فلا يقع عليه الفسخ لان كلا من البطلان والفسخ هو جزاء[1].

وأما في الفقه الإسلامي فان المالكية جعلوا الفسخ لا يدخل إلا على العقد الفاسد وأما الصحيح فيلحقه الطلاق فيكون الفسخ في نظرهم لحماية النظام العام ومن هنا إذا لم ينفذه العاقدان بإرادتهما وجب على المحكمة أن تقضي فيه من نفسها والنيابة تحرك الدعوى العمومية فيه، وأما في باقي المذاهب فالفسخ يدخل على العقد الصحيح والفاسد، وهو رأي وجيه لأن الفسخ لفوات الوصف المشروط أو للعيب مما قال به المالكية أيضا[2].

خامسا: طرق فسخ عقود الزواج الفاسدة.

هي ثلاثة أنواع مذكورة في الفقه الإسلامي وفي القانون

[1] – السنهوري؛ مصادر الحق، مرجع سابق،ج6، ص 195.وله:الوسيط ،مرجع سابق،ج1، ص694

[2] – حوران ؛ نظرية الفسخ، مرجع سابق،ص 38

ا-الفسخ الإتفاقي: وهو لا يتصور إلا في العقد الصحيح بمثابة الإقالة في البيع ولما كان الزواج من العقود التي الأصل فيها اللزوم حيث الفسخ فيها استثنائي, فإنه لا يجوز ولا يتصور الفسخ الإتفاقي في الزواج[1].

ب-الفسخ بقوة الشرع أو القانون: وهذا الفسخ لحق الشرع محافظة على النظام العام ونطاقه الأنكحة المتفق على فسادها كنكاح المتعة حيث ينفسخ النكاح المتفق على فساده من نفسه ولا يحتاج الى حكم قضائي وإن حكم فيه فهو حكم تقريري كاشف لا منشئ[2].

ج- الفسخ القضائي: وهذا الفسخ كما يكون حقا للشارع حماية للنظام العام يأتي في العقد الصحيح رعاية لحق العبد أي حماية لمصلحة المتعاقد، عند الفسخ بالعيب أو لفوات الوصف المشروط أو لامتناع الوفاء بالشرط الصحيح عند الحنابلة، ومن الاول فسخ الأنكحة المختلف فيها إذا رفعت إلى القضاء حسبة لله في رأي المالكية[3] وغيرهم والمشرع الكويتي في قانون الأحوال الشخصية صرح بأن الفسخ لا يكون إلا قضائيا[4] .

الفرع الثالث: أثر الفسخ في عقد الزواج الفاسد والباطل.

أولا:أثر الفسخ في عقد الزواج الباطل: يطلق الفقهاء عبارة فسخ العقد الباطل ويقصدون تنفيذ حكم البطلان بوجوب التفريق بين القضائي بين الزوجين فيه وهو لحق النظام العام أو

[1] - اسمادي محمد نعيم؛ نظرية فسخ العقود في الفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص174-176.

[2] - ابن رشدالحفي؛ بداية المجتهد،مرجع سابق، ج4، ص28. وابن قدامة؛ المغني ،مرجع سابق، ج7، ص343.

[3] - احمد الغندور؛الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص540. و الرشيد بن شويخ؛ دروس في نظرية الالتزام،مرجع سابق، ص144.

[4] - قانون الاحوال الشخصية الكويتي، في المواد 97،98،99

حق الله في لغة الفقه الإسلامي رعاية للمصلحة العامة، والبطلان هنا مقرر بإرادة الشارع ولا التفات لإرادة العاقدين والعقد الباطل معدوم والحكم القضائي مقرر غير منشئ.

ثانيا: أثر الفسخ في عقد الزواج الفاسد: وهو مستحق للفسخ بل واجب الفسخ رعاية لحق الشارع في دفع الفساد وسببه ، إذ الفساد في العقد معصية والزجر عنها وعدم إقرار الفاسد على فساده واجب في الشرع ، والعقد المفسوخ عديم مسلوب المشروعية وان كان منعقدا من وجه[1].

وخصوصية عقد النكاح لتعلقه بالكرامة الإنسانية تجعل العلاقة الزوجية لا تقوم إلا على الحل والمشروعية التامة، فإذا تبين فساد النكاح وجب على الزوجين فسخه فإذا كان متفقا على فساده وامتنعا وجب على القاضي بسلطته أن يفرق بين الزوجين وحكمه في هذا النكاح الفاسد مقرر وكاشف إذ هو معدوم بمنطوق الشرع فان كان مختلفا فيه ففسخه موكول للسلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي وفي قانون الأسرة كذلك مالم يرد فيه نص قانوني وفسخه واجب فقها خلوصا من المعصية و المالكية يفسخوا المختلف فيه قبل الدخول وجوبا وينظروا فيه بعده انطلاقا من ضعف علة الفساد وقوتها فيفسخون أنواعا ويصححون أخرى.

[1] –محمد فتحي الريني؛النظريات الفقهية،(ط:4؛ دمشق : منشورات جامعة دمشق،1997) ،ص 380
و محمد الزحيلي؛النظريات الفقهية، مرجع سابق،ص121

الفرع الرابع: تأثير الشروط في الزواج بالفسخ.

إن فوات الشرط الصحيح وعدم تحقيقه أو جود الشرط الفاسد كلاهما مخالف لأصل الرضا الذي إنعقد عليه الزواج، فما أثر ذلك على صحة العقد؟ وهل كل الشروط الفاسدة مؤثرة في العقد مطلقا ؟.

أولا: صلاحية الشرط لفسخ العقد المقترن به.

الشرط إما أن يكون صحيحا أو فاسدا ، والصحيح يؤثر في العقد بعدم الوفاء، والفاسد يؤثر في العقد بوجوده.

أ- **الفسخ لعدم الوفاء بالشرط الصحيح:** وحالة احتمال الفسخ عند عدم التزام الطرف الآخر بالشرط وعدم الوفاء به كمن شرطت عليه ألا يتزوج عليها فتزوج بعد ذلك او شرط عليها خدمة والديه فامتنعت بعد ذلك فالجمهور منعوا فسخ الزواج لعدم الوفاء بالشرط الصحيح رعاية لاستقرار الزواج وعدم تعريضه للانحلال بأتفه الأسباب التي قد يشترطها الناس، والحنابلة قالوا للطرف الشارط عند عدم الوفاء طلب فسخ النكاح ويحكم له بذلك[1].

[1] -الشروط في النكاح؛ صالح غانم السدلان، مرجع سابق، ص ومحمد عثمان شبير؛ الشروط المقترنة بالعقد وأثرها في الفقه الاسلامي،(

ب- **فسخ الزواج بالشرط الفاسد:** كل الفقهاء قالوا بفسخ الزواج المتفق على فساده أو ما كان الخلاف فيه ضعيفا أو ما ورد النهي عليه بنص شرعي[1] وهي قاعدة عامة لها استثناءات خاصة عند الحنفية الذين لم يفسخوا نكاح التحليل والشغار لعدم فساده عندهم والجمهور يفسخونه[2] ، وقد سبق أن عرفنا أن غالب الشروط المتفق على فساد الزواج بها هي مما يؤثر في صلب العقد ومكوناته الأساسية مثل اشتراط التأقيت أو شرط إسقاط الشهادة أو المهر.

ثانيا:أنواع الشروط الفاسدة بحسب تأثيرها في فسخ الزواج.

تبين لدينا أن الشروط الفاسدة مراتب وأقسام بحسب قوة علة الفساد فيها وضعفها، وقوة الدليل وضعفه الذي ورد بها، لهذه الاعتبارات قسم الفقهاء الشرط الفاسد الى نوعين:

أ- **الشروط الفاسدة الموجبة لفسخ العقد:** وهي التي لها قدرة وتأثير على العقد بإفساده والموجبة لفسخه عند جماهير الفقهاء، بحيث يفسخ بها الزواج مطلقا قبل الدخول وبعده، وهي التي كان محلها موضوع العقد ومقصوده أو مقتضاه الأصلي كاشتراط نفي الحل .

والشروط الجعلية التي أثرها في صلب العقد ومقوماته الأساسية كالأركان والشروط الشرعية مثل اشتراط كتمان العقد أو إسقاط المهر أو الشرط الفاسد الوارد بنص، أو

[1] – ابن رشد؛ بداية المجتهد،مرجع سابق،ج4،ص317،و325. ويعلل هنا ابن رشد فسخ الامام مالك لصريح الشغار بقوله (ففساد العقد هنا من قبل فساد الصداق لتعلق النهي به) لأن القاعدة عند الجمهور أن النكاح لا يفسد بفساد العوض.

[2] – سيد سابق؛ فقه السنة ،مرجع سابق، ج2، ص 227 و233

شرط التأقيت وما في معناه كالتحليل كلها من هذا النوع يقول ابن رشد(وأما الأنكحة الفاسدة بمفهوم الشرع فغنها تفسد إما بإسقاط شرط من شروط صحة النكاح أولتغيير حكم واجب بالشرع من أحكامه مما هو عن الله عز وجل وإما بزيادة تعود بإبطال شرط من شروط صحته)[1].

ب- **الشروط الفاسدة التي لا توجب فسخ العقد:** وهي التي ضعف فيها الفساد وتنازعها الخلاف الفقهي من حيث القدرة على التأثير في العقد بالفسخ، حيث فسخ بها المالكية الزواج قبل العقد وأثبتوه بعده مع إسقاطها وجمهور الفقهاء أسقطوا الشروط هذه ومنعوا تأثيرها في العقد باعتباره يكون صحيحا معها وهي الشروط التي تعلقت بآثار العقد الواجبة به عند إطلاقه كاشتراط إسقاط النفقة أو إسقاط حق الاستمتاع [2].

ثالثا:معيار الشروط الفاسدة المؤثرة بالفسخ.

إن المالكية أسسوا نظريتهم فيما يفسخ به الزواج من الشروط ومالا يفسخ بها على جملة معايير وليس معيارا واحدا[3]، أولا مدى تعلق الشرط الفاسد بعنصر جوهري في العقد فعندهم يكون المشروط هو شرط صحة أو موجب من موجبات العقد وآثاره فكلاهما سواء من حيث لزومهما في العقد لاعتبار الشارع لهما كأجزاء في النظام التشريعي لعقد الزواج، وإنما الاختلاف في قوة الفساد فيهما وكلاهما اجتمع فيهما الأمران إيجاب الشارع لها على سبيل الإلزام وعارضها الإسقاط بموجب الشرط من العاقد فإدعاء أن الأولى تؤثر في العقد بالفساد

[1] – ابن رشد ؛ بداية المجتهد،مرجع سابق،ج4،ص339

[2] – الرشيد بن شويخ ؛ شرح قانون الاسرة الجزائري، مرجع سابق،ص 129-131.

[3] – ابن رشد؛ بداية المجتهد،مرجع سابق،ج4، ص 340.

دون الثانية فيبقى معها صحيحا تفريق بغير موجب، وبذلك نجد المالكية فسخوا بالنوعين النكاح ثم صححوا الزواج الفاسد بالشرط لتعلقه بالالتزامات بعد الدخول لضعف علة الفساد فيه دون الأول الذي فسخوا به مطلقا.

والجمهور يرون أن النوعين السابقين من الشروط الفاسدة بينهما فروقا موجبة للتفريق في الحكم بينهما الأول أن الشروط الفاسدة التي تضمنت إسقاط الالتزامات الواجبة بالعقد هي قابلة للإسقاط بعدها باتفاق، والمالكية عندهم قول بجواز إسقاط الحقوق قبل ثبوتها بخلاف الجمهور، وأما شروط العقد فقد وجدنا الشرع اعتبر إسقاطها مؤثرا في نكاح الشغار، حيث أسقط المهر وفي المتعة لما أسقط التأبيد، وعند إسقاط الشهادة في قوله ﷺ «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»[1] والنفي هنا نفي للصحة، كما أن شرط صحة العقد هي حق لله وهو الغالب فيها، وأما الالتزامات ففقد تنازعها حق الله وحق العبد الأول من حيث وجودها والثاني من حيث قبولها للإسقاط من العبد بعد العقد فغلبوا حق الله في الأولى وحق العبد في الثانية ومن ثم أثرت الأولى بالفسخ في العقد دون الثانية.

ترجيح: إن الاحتياط في الأنكحة ومراعاة حرمتها وإعتبارا لحالة عقد الزواج قبل الدخول إذ الدخول هو التنفيذ التي يشبه القبض في البيوع كما صرح بعضهم [2] ومن ثم لا خطر من فسخه قبل الدخول من جهة الموازنة بين المصالح والمفاسد بين حالتي الفسخ والإبقاء، بل الفسخ أدعى لينزجر الناس عن الإقدام على الأنكحة الفاسدة لعلمهم بأنها ستفسخ.

[1] – سبق تخريجه

[2] – ابن عبد البر ، الاستذكار، مرجع سابق ،ج5،ص395

وعليه فرأي المالكية أرجح وأولى بالاعتبار – والله أعلم –.

رابعا: موانع الفسخ بالشرط الفاسد.

يشترط المالكية في فسخ العقود المختلف في فسادها شرط عدم قيام المانع من الفسخ والمانع يتمثل في أمور[1]:

أ–الأول: بقاء المعقود عليه على الحال التي كان عليها قبل التعاقد، ولا شك أن الدخول بالمرأة هنا وهي في اعتبار الفقهاء معقودا عليها ربما قد صارت ثيبا بعد أن كانت عذراء، ومن المتعذر رجوع الزوجان الى مركزهما القانوني الأول قبل الفسخ

ب– والثاني أن لا يتعلق حق الغير بالعقد الفاسد إذ يصبح الحق الناشئ للغير مانعا من الفسخ يقول ابن نجيم: (العقد الفاسد إذا تعلق به حق الغير لزم وارتفع الفساد)[2]. ولما كان احتمال تعلق حق الغير (الحمل) بالزواج قائم ولرجحان مفسدة الفسخ بعد أن أفضى كل من الزوجين إلى الآخر، يكون تصحيح الزواج وإثباته أولى وأكثر إنسجاما مع قواعد الشرع الحنيف، وهذا في حق الزواج المختلف فيه اختلافا قويا[3].

ج– والمعتبر درجة وقوة فساد الشرط المقترن بعقد الزواج وأثرها فيه فإذا كان الشرط الفاسد أدى إلى خلل في شروط الصحة أو أخل بموضوع العقد الذي هو الحل أو جاء

[1] –محمد سعيد جعفور؛ نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الاسلامي،(لا:ط؛ الجزائر: دار هومة، 1998)،ص129

[2] – ابن نجم، الاشباه والنظائر،مرجع سابق، ص 212.

[3] – أحمد ياسين القرالة؛موانع فسخ العقد الفاسد في الشريعة الإسلامية – دراسة مقارنة بقانون الأحوال الشخصية الأردني والقانون المدني–، الأردن ،مجلة مؤتة للبحوث والدراسات رقم العدد : 7 رقم الصفحة : 233

في نص شرعي فموجبه الفسخ مطلقا قبل الدخول وبعده لضعف الخلاف هنا وقوة الفساد المترتبة على الشرط الفاسد، وإن سلم العقد في أركانه وشروطه وكان الشرط الفاسد منفكا عنه عادة كوصف ،وإن إقترن به في صلبه،وكان الخلاف الفقهي فيه قويا، والفساد المترتب عنه ضعيفا يمكن تلافيه بتصحيح العقد، فيصار إليه بعد الدخول دفعا لفساد أكبر ينجم عن الفسخ الذي يقتضي رد العاقدين إلى مركزهما الأول وذلك ممتنع في حق عقد الزواج بعد الدخول ولا شك أن الإجتهاد المالكي هذا له وجاهته[1].

خامسا: التكييف الفقهي والقانوني لفرقة الفسخ في النكاح الفاسد.

هل الفسخ طلاق أم فرقة أخري غير الطلاق ؟سبق لدينا أن المالكية قصروا الفسخ على حالات فساد عقد الزواج بخلاف الجمهور الذين يوردون الفسخ على الصحيح والفاسد فيكون التمايز بين الطلاق والفسخ عند المالكية أظهر وأضبط من عند غيرهم.

أ- ضوابط التفريق بين الفسخ والطلاق عند المذاهب الإسلامية.

1-ضابط الحنفية: إن كانت الفرقة من الزوجة وليست بسبب من الزوج ففسخ وإن كانت من الزوج ولا يمكن أن تكون من الزوجة فطلاق[2] .

[1] -ابن رشد؛ بداية المجتهد ، مرجع سابق،ج 4،ص341

[2] -ابن عابدين؛ رد المحتار على الدر المختار،مرجع سابق،ج4،ص 274

2-ضابط الشافعية والحنابلة: كل فرقة بين الزوجين تعد طلاقا إذا أوقعها الزوج أو نائبه وفيما عدا ذلك تكون فسخا[1].

فالفرقة بسبب النكاح الفاسد المختلف فيه فسخ وليس طلاقا عند الشافعية والحنابلة لصدوره من القاضي[2].

3-ضابط المالكية:الفرقة عندهم من النكاح الصحيح لا تكون إلا طلاقا سواء كان صحيحا عندهم أو عند غيرهم فان أوجبت الفرقة حرمة مؤبدة فهي فسخ، وقيل إن كانت في الفرقة يمكن بعدها بقاء الزوجية بإجازة أحد الزوجين فهو طلاق وإن كانت بسبب خارجي عن الزوجين فهو فسخ[3] .

تفصيل قول المالكية في فسخ عقود الزواج الفاسدة كالأتي إذ نجدها نوعان :

الزواج المجمع على فساده : فالفرقة فيه فسخ لا طلاق، فلا تحل به المرأة المطلقة ثلاثا وللزوجة حق الزواج مباشرة بعد الإستبراء دون انتظار حكما قضائيا.

الزواج المختلف في فساده :فمن يفسخه من فقهاء المذاهب كالمالكية يعده طلاقا يحتسب من الطلقات الثلاث والزوجة ليس لها أن تتزوج من نفسها بعد علمها بفساد زواجها حتى يحكم القاضي وتعتد من هذا الزواج عدة طلاق ،غير أنها لا تحل به لزوجها المطلقة ثلاثا.

---

[1] – عبد المؤمن شجاع الدين؛ فسخ عقد الزواج دراسة مقارنة،(رسالة دكتوراه). صنعاء :الجامعة اليمنية، كلية الحقوق،1997، ص220

[2] – ابن رشد ؛ بداية المجتهد، مرجع سابق، ج4، ص 364.

[3] – جمال الدين ابن الحاجب؛جامع الأمهات،تحقيق:ابو عبد الرحمن الأخضر الأخضري.(ط:2؛بيروت:دار اليمامة، 2000)، ص283 .و المقري،الكليات الفقهية،مرجع سابق،ص129.

وقد نتساءل كيف قال المالكية بأن الفسخ لا يدخل إلا على نكاح فاسد ولا يكون الطلاق الا من زواج صحيح ثم اعتبروا المفسوخ زواجها في المختلف فيه مطلقة ؟

ولعل الجواب أن المالكية على أصلهم أجروا الفسخ لفساد النكاح عندهم ثم قضوا بأن هذا الفسخ طلاقا مراعاة للخلاف لوجود من قال بصحته فيكونون قد اعملوا لازم قول المخالف في قولهم للاحتياط والخروج من الخلاف.

ب – **الفروق بين الفسخ والطلاق :**

الطلاق إنهاء للرابطة العقدية بين الزوجين والفسخ حل ونقض للرابطة العقدية وبين الإنهاء والحل فرق فالإنهاء أثره فوري والحل قد يكون أثره رجعي إلا إذا تم الفسخ بسبب طارئ[1].

1– الفسخ يحتاج الى سبب ليكون مشروعا والطلاق لا يحتاج إلى سبب.

2– وإن كانت تثبت العدة في الطلاق والفسخ إلا أن النفقة تثبت للمطلقة في عدتها ولا تثبت للمفسوخ زواجها في عدتها.

3– الطلاق حق الزوج وسلطة شرعية له، والقاضي ينوبه بحكم الشرع في التطليق ، وأما في الفسخ فالقاضي له سلطة أصلية فيما أسند إليه من حالات الفسخ .

4– الفسخ في الزواج لمصلحة الشرع وقد يكون لمصلحة أحد الزوجين وأما الطلاق فشرع لمصلحة العاقدين في فك الرابطة الزوجية[2].

[1] اسمادي محمد نعيم؛ نظرية فسخ العقود،مرجع سابق،ص135

[2] – احمد الغندور؛ الاحوال الشخصية، مرجع سابق، ص540.

الفرع الخامس: من صور عقود الزواج الفاسدة بالشرط والواجبة الفسخ.

أورد الفقهاء صورا لعقود زواج فاسدة منها ماكان مرجع الفساد فيها لشروط فاسدة إقترنت بها وقالوا بفسخها منها.

النكاح الأول : نكاح المتعة.

أولا : **تعريف نكاح المتعة لغوياً وفقهياً**

أ- تعريفه لغة:

يعرف هذا النكاح في عرف الفقهاء بنكاح المتعة، اشتقاقاً من المتاع، قال في القاموس: (المتعة بضم الميم) وحكي كسرها: اسم للتمتع كالمتاع، وأن تتزوج امرأة تتمتع بها أياماً ثم تخلي سبيلها، وقال الراغب الأصفهاني:(ومتعة النكاح هي: أن الرجل كان يشارط المراة بمال معلوم يعطيها الى أجل معلوم فإذا إنقضى الأجل فارقها من غير طلاق)[1].

وعلى كلا المعنيين فالمادة (متع) تدور على معنى التلذذ والانتفاع ولما كان نكاح التأقيت ليس المقصود به ديمومة النكاح واستمراره، بل مجرد التلذذ والانتفاع وإرواء الغريزة الجنسية، سمي نكاح متعة.

[1] – الراغب الاصفهاني ؛معجم مفردات ألفاظ القرآن،مرجع سابق،ص349

ب – تعريفه فقها:

قال القرطبي: قال (أبو عمر: لم يختلف العلماء من السلف والخلف أن المتعة نكاح إلى أجل لا ميراث فيه، والفرقة تقع عند انقضاء الأجل من غير طلاق)[1].

المتعة تخالف النكاح الشرعي فيما يلي :

1- أن المتعة مؤقتة بزمن، بخلاف النكاح الشرعي فإنه نكاح مؤبد لا تنفك عقدته إلا بالطلاق ونحوه.

2- لا توارث بين الزوجين في نكاح المتعة، بخلاف النكاح الشرعي فإن الزوجة ترث زوجها، ما لم يقم بها مانع من موانع الإرث المعروفة.

3- أنه لا طلاق يلحق المرأة المتمتع بها، بل تقع الفرقة بانقضاء المدة المتفق عليها بخلاف النكاح الشرعي.

4- أن المتمتع بها لا تجب لها نفقة إلا القدر المتراضى عليه، بخلاف الزوجة فإن نفقتها لازمة على الزوج ما لم تكن ناشزة.

5- إن الولي والشهود ليسا شرطي صحة فيها، بخلاف النكاح الشرعي، فإن الشهود شرط في صحته، وكذا الولي عند الأكثر كما سبق.

[1] – القرطبي؛ احكام القرآن ، مرجع سابق، ج5 ، ص 132

6- إن للمتمتع التمتع بأي عدد شاء عند المجيزين بخلاف النكاح الشرعي، فإنه لا يجوز للحر الجمع بين أكثر من أربع [1].

ثانيا: حكم نكاح المتعة:

يتفق الفقهاء على تحريم نكاح المتعة ، ولم يخالف في ذلك إلا الشيعة الإمامية[2]

ومن أدلة تحريمها:

أ- من القرآن الكريم: قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِفُرُوجِهِمۡ حَٰفِظُونَ ۝٢٩ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُمۡ فَإِنَّهُمۡ غَيۡرُ مَلُومِينَ ۝٣٠﴾ (المعارج: 29 -30)

وقد فسرتها عائشة رضي الله عنها حين سئلت عن متعة النساء فقالت : بيني وبينكم كتاب الله ، وقرأت هذه الآية قَالَ تَعَالَىٰ:﴿وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِفُرُوجِهِمۡ حَٰفِظُونَ ۝٢٩ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُمۡ فَإِنَّهُمۡ غَيۡرُ مَلُومِينَ ۝٣٠ ﴾(المعارج: 29 -30) فمن ابتغى وراء ما زوجه الله أو ملكه فقد عدا)3.

ب – من السنة: حديث الربيع بن سبرة الجهني أن أباه حدثه أنه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أَيُّهَا النَّاسُ ، إِنِّي قَدْ كُنْتُ أَذِنْتُ لَكُمْ فِي الِاسْتِمْتَاعِ مِنَ النِّسَاءِ ، وَإِنَّ اللَّهَ

[1] عبد الرحمان بن شميلة الاهدل ، الانكحة الفاسدة، مرجع سابق،ص126

[2] – محمد عطية سالم، نكاح المتعة عبر التاريخ،(لا:ط؛القاهرة:مطبعة المدني،1396هـ)،ص16-19

[3] – رواه الحاكم في المستدرك ج2، ص 393

قَدْ حَرَّمَ ذَلِكَ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ ، فَمَنْ كَانَ عَنْدَهُ مِنْهُنَّ شَيْءٌ فَلْيُخَلِّ سَبِيلَه ، وَلَا تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا)[1]

قال النووي: (وفي هذا الحديث التصريح بالمنسوخ والناسخ في حديث واحد)[2] قال ابن رشد (وأما نكاح المتعة فقد تواتر عن رسول الله ﷺ بتحريمه)[3] فنكاح المتعة شرع على سبيل الرخصة المؤقتة وليس على سبيل التشريع العام الدائم بدليل ما جاء (عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال : كنا نغزو مع رسول الله ﷺ ليس لنا نساء ، فقلنا ألا نستخصي؟ فنهانا عن ذلك ، ثم رخص لنا أن ننكح المرأة بالثوب إلى أجل)[4] .

ج –الاجماع: وقال النووي : (قال المازري ، ثبت أن نكاح المتعة كان جائزاً في أول الإسلام ، ثم ثبت بالأحاديث الصحيحة أنه نسخ ، وانعقد الإجماع على تحريمه)[5].

1– أثر حرمة عقد المتعة وتعليله:

المذاهب الفقهية على قول واحد من بطلان نكاح المتعة ووجوب فسخه مطلقا قبل الدخول وبعده وعلة ذلك أن من شروط الزواج الشرعي التأبيد واشتراط التأقيت بالأجل أو بالغاية أو بمطلق تسمية المتعة التي تنصرف شرعا وعرفا الى نكاح المتعة كلها تبطل العقد لمناقضته للتشريع العام للزواج الذي يقتضي إطلاقه قولا واحدا عند الفقهاء (توقيت النكاح

[1] – مسلم ؛ الجامع الصحيح ، كتاب النكاح ، باب نكاح المتعة. رقم الحديث: 2510 ج 9 ،ص 189 مع شرح النووي

[2] – المرجع السابق، ص189

[3] – ابن رشد الحفيد؛ بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق، ج4 ، ص 48

[4] – مسلم؛ الجامع الصحيح، كتاب النكاح، باب نكاح المتعة ج 9 ، ص 183 مع شرح النووي رقم:809.

[5] – ابن رشد؛ المرجع السابق، ص 180

يبطله)[1] ألا ما روي عن زفر من الحنفية في زواج التأقيت الذي يحضره الشهود بأن:(النكاح المؤقت جائز وهو مؤبد والشرط باطل، لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة)[2] ورد عليه ابن حزم (أما قول زفر ففاسد، لأن العقد لم يقع إلا على أجل مسمى، فمن أبطل هذا الشرط وأجاز العقد، فإنه ألزمهما عقداً لم يتعاقداه قط ولا التزماه قط. فمن الباطل إبطال عقد تعاقداه، وإلزامهما عقداً لم يتعاقداه وهذا لا يحل البتة) [3]

2- الحكمة من تحريم وبطلان المتعة:

إن المشابهة بين المتعة والزنا قوية في المقصد الذي هو اللذة الجنسية وقضاء الوطر، وفي ذلك من المهانة وسقوط الكرامة الانسانية أن تصبح المتعة سلعة و المفارقة بين المتعة والنكاح الشرعي كبيرة وكفى ما في المتعة من هدم للأسرة وضياع للأولاد والشرع الإسلامي الذي أحكم تنظيم الزواج وجعله ميثاقا غليظا أقدس من أن يبيح المتعة وهو الذي حرم الزنا وهما صنوان في المقصد والحال.

والحقيقة أن الجدل الفقهي بين الشيعة والسنة في المتعة ليس من خفاء الدليل وإنما أصبحت المتعة شعارا طائفيا.

[1] -ابي الحسين احمد بن محمد بن جعفر البغدادي القدوري الحنفي ، التجريد ، تحقيق محمد احمد سراج وعلي جمعة.ج9 ، (ط:1؛ القاهرة: دار السلام،2004)، ص 4605

[2] – عبد الرحمن بن شميلة الاهدل ، الانكحة الفاسدة ،مرجع سابق ،ص179

[3] – ابن حزم؛ المحلى، مرجع سابق، ج 11، ص 143

النكاح الثاني: نكاح الشغار.

1- تعريف نكاح الشغار:

الشغار بكسر الشين المعجمة : أصله في اللغة الرفع ، يقال : شغر الكلب إذا رفع رجله ليبول ، وفي القاموس: (الشغار بالكسر: أن تزوج الرجل إمرأة على أن يزوجك أخرى بغير مهر، صداق كل واحدة بضع الأخرى)[1].

2- **صور الشغار**: للشغار ثلاث صور[2]:

الأولى: أن يزوج الرجل الرجل ابنته على أن يزوجه الرجل الآخر ابنته، وليس بينهما صداق[4] أو أن بضع كل واحد منهما صداق الأخرى ويسمى صريح الشغار .

الثانية : أن يشرط كل من الوليين على الآخر أن يزوجه وليته ويسمي لهما صداقا واحد وهو وجه الشغار عند المالكية، وعليه فإن المقتضى للنهي هو التعليق أو اشتراط عقد واحد في عقد الاخرى، فكأنه يقول له: لا ينعقد نكاح ابنتي عليك حتى ينعقد نكاح ابنتك علي.

الثالثة :وزاد المالكية صورة ثالثة وهي مركب الشغار حيث يشترط زواج امرأة في زواج أخرى ويسمي لإحداهما مهرا دون الأخرى .

[1] – القاموس المحيط؛ مرجع سابق، 2ج،ص 62 ، المصباح المنير،ج 1،ص338 .

[2] – محمد الدسوقي؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ،مرجع سابق،ج3،ص149 .

3- الحكم الشرعي لنكاح الشغار:

أتفق الفقهاء على النهي عن الشغار واختلفوا في أثر النهي هل مقتضاه الحرمة والبطلان وهو قول الجمهور أم الكراهة وهو قول الحنفية .

ومدار الأمر على حديث ابن عمر رضي الله عنهما: (أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه ابنته وليس بينهما صداق) [1].

- وحديث ابن عمر رضي الله عنهما (أن النبي ﷺ قال : لا شغار في الإسلام)[2]

- ومن الأثر: أن العباس بن عبد الله بن العباس أنكح عبد الرحمن بن الحكم ابنته ، وأنكحه عبد الرحمن ابنته وكانا جعلا صداقاً ، فكتب معاوية إلى مروان يأمره بالتفريق بينهما، وقال معاوية في كتابه:(هذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله ﷺ)[3]

4-**علة تحريم الشغار وأثر النهي عنه:**اما الحنفية فعللوا تصحيحهم لنكاح الشغار بان الزواج لا يفسد بالشروط الفاسدة فالعقدان جائزان وما سمياه من المهر باطل ولكل واحدة منهما مهر المثل،وحملوا الأخبار المروية فيه على النهي عن العوض والزواج لا يبطل بالعوض الفاسد والبضع يصح أن يعقد عليه ولا يصح أن يعقد به[4] واختلف جمهور الفقهاء في تعليل فساد نكاح الشغار بعد إتفاقهم على بطلانه، فالحنابلة يرون أن النهي مقتض للفساد، والنهي ليس بسبب خلو العقد من المهر ولكن بسبب توقف

[1] - البخاري؛ الجامع الصحيح ج 9، ص 162 مع الفتح ، ومسلم ج9،ص 200 مع النووي، سنن الترمذي ج3، ص 223.

[2] - مسلم ؛الجامع الصحيح ج 9 ،ص 200

[3] - أبو داود؛ جامع السنن، ج 3،ص561

[4] - القدوري؛ التجريد؛ مرجع سابق ،ج9 ، ص 4571 -4577

النكاح على شرط فاسد ويردون على الحنفية (وقولهم إن فساده من قبل التسمية، قلنا بل فساده من جهة أن وقفه على شرط فاسد)[1] و الشافعية رأوا أن الصورة الثانية للشغار الخالية من ذكر جعل البضع صداقاً صحيحة، لأن الفساد ناشئ عن التشريك في البضع في صريح الشغار يقول الجويني(إذا نظرنا إلى الخلو من المهر لم نجد ذلك مفسدا للنكاح وإن نظرنا إلى شرط عقد فيعقد لم نجد ذلك مفسدا للنكاح، والتعويل على الخبر مع الاتفاق على أن النواهي في هذه الأبوا محمولة على الفساد)[2]، وعند المالكية ضابط صريح الشغار سقوط المهر وذكر الشرط ،وضابط وجه الشغار الاشتراط فقط ولهذا فإن صريح الشغار يفسخ مطلقا عندهم قبل الدخول وبعده ووجه الشغار يفسخ قبل الدخول ويصحح بعده،وبعض الباحثين يرى منشأ الفساد وجود شرط في صيغة العقد.

5- **الحكمة من تحريم الشغار** : من مفاسد هذا الشرط وهو زوجني أزوجك

اولا حرمان النساء من الزواج باختيارهن وثانيا حرمان النساء من مهور أمثالهن [3]

النكاح الثالث: نكاح التحليل.

أولا: تعريفه:

هو عقد على إمرأة مقيد بغاية هي وطء المرأة قصد أن تحل لزوجها الأول، او هو نكاح الى غاية ينتهي عندها بطلاق.

[1] – ابن قدامة المقدسي؛ المغني ؛ مرجع سابق،ج7 ص176

[2] – الجويني؛ نهاية المطلب في دراية المذهب،مرجع سابق،ج ص 397

[3] – أبي نصر بن عبد الله الامام؛ إرشاد الاخيار الى حكم نكاح الشغار .(ط:1؛ صنعاء : ،دار الآثار، 2004)، ص44.

1-**التكييف الشرعي لنكاح التحليل:** اجمع جمهور اهل العلم على بطلانه إذا شرط في صلب العقد قال الإمام (ونكاح المحلل الذي يروى أن رسول الله ﷺ لعنه والله تعالى أعلم، ضرب من نكاح المتعة لأنه غير مطلق، إذا شرط أن ينكحها حتى تكون الإصابة)[1] .

واختلفوا إذا شرط قبل عقد النكاح فذهب الحنفية والشافعية والظاهرية الى صحته وذهب المالكية والحنابلة والليث بن يعد الى بطلانه[2] ، قال ابن جزي: (ولا- أي لا يحل الزوجة- نكاحُ التيس، وهو المحلل الذي يتزوجها ليحلها لزوجها اتفاقًا، ونكاحه باطل مفسوخ خلافًا لهما- يعني أبا حنيفة والشافعي- والمعتبر في ذلك نية المحلل لا نية المرأة ولا نية المحلل له وقال قوم من نوى ذلك منهم أفسد)[3] ، وخالف ابو حنيفة فقال بكراهته مع نفاذه صحيحا (إن اشترط ذلك عند إنشاء العقد ، بأن صرح أنه يحلها تحل للأول ويكره)[4] لأن عقد الزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة ، فتحل للزوج الأول بعد طلاقها من الزوج الثاني أو موته عنها وانقضاء عدتها و يرى ابو يوسف أنه عقد فاسد ، لأن النكاح بشرط الإحلال في معنى النكاح المؤقت وشرط التوقيت في النكاح يفسده ، والنكاح الفاسد لا يقع به التحليل

ويرى محمد بن الحسن الشيباني صحة العقد ولكنه لا يحلها للزوج الأول ، لأن النكاح عقد مؤبد فكان شرط الإحلال استعجال ما أخره الله تعالى لغرض الحل ، فيبطل الشرط ويبقى

[1] – الشافعي ؛ الأم ،ج 3،(لا.ط ؛ بيروت: دار المعرفة،1990)، ص71 .

[2] – عبد الرحمن بن شميلة الاهدل؛ مرجع سابق، ص 85

[3] – ابن جزي ؛القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص 140

[4] – الكاساني؛ بدائع الصنائع ، مرجع سابق، ج4، ص 1989 .

النكاح صحيحاً، والمالكية يرون إن تزوجها زواج رغبة لم يقصد به التحليل صح ولو أشترط عليه ، فإن قصده فسخ قبل الدخول وبعده ولم تحل للأول[1].

والشافعية يحمل اللعن الوارد في الحديث على فساد النكاح بشرط الطلاق أو بشرط تأقيته إلى أول وطأة قاله الجويني[2].

2-**من أدلة التحريم:** عن عقبة بن عامر(قال رسول ﷺ أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِالتَّيْسِ الْمُسْتَعَارِ، قَالُوا : بَلَى يَا رَسُولَ اللَّهِ ، قَالَ : هُوَ الْمُحَلِّلُ ، لَعَنَ اللَّهُ الْمُحَلِّلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ)[3].

وعن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال : (والله لا أوتى بمحلل ولا محلل له إلا رجمتهما)[4].

[1] -ابن تيمية؛ الدليل في ابطال التحليل،مرجع سابق،ص500

[2] – الجويني،نهاية المطلب ،مرجع سابق،ج ،ص404

[3] – ابن ماجه؛ السنن ،كتاب النكاح، باب نكاح المحلل . رقم الحديث: 1926

[4] – البيهقي ؛ السنن الكبرى، ج 7،ص 207.

المطلب الثاني: تصحيح عقود الزواج المقترنة بالشرط الفاسد.

لا شك أن الشارع بقدر ما يحتاط لسلامة الزواج و انعقاده صحيحا مثمرا لآثاره، فهو يتشوف إلى التقليل من حالات البطلان والفسخ لما في ذلك من اهتزاز للأسر والزيجات وما يتبعها من آثار مدوية في المجتمع، واستقرار الزواج مقصد شرعي متفق عليه لكنه استقرار منوط بالمصلحة وموافقة الشرع الذي رعى النظام التشريعي للزواج أتَمَّ الرعاية بالتنصيص على تفاصيل أحكامه والإحاطة لجميع أوضاعه وصوره وتناول جزئياته من خلال تشريعاته.

الفرع الأول: مفهوم تصحيح عقد الزواج الفاسد شرعا وقانونا.

أولا: تعريف تصحيح العقد.

عرفه السنهوري بقوله (تصحيح العقد يكون بإدخال عنصر جديد عليه يؤدي قانونا إلى جعله صحيحا)[1] ولكنه تعريف غير جامع لجميع حالات التصحيح وعرفه بعضهم (إن تصحيح العقد هو بإزالة العيب الموجب لبطلان العقد أو بإصلاحه)[2]

وعرفه منصور حاتم (زوال البطلان أو احتماله بوسائل تستند إلى إرادة المشرع يترتب عليها، الإبقاء على العقد مصححا بأثر رجعي)[3] ويمكن القول بأن تصحيح العقد هو إجراء تعديل في الصورة التي انعقد بها الزواج الفاسد ليوافق العقد الصحيح في نظامه التشريعي.

---

[1]– السنهوري؛ الوسيط في القانون المدني،مرجع سابق،ج1، ص 501.

[2] – منصور حاتم؛ فكرة تصحيح العقد، مرجع سابق، ص 26

[3] – المرجع نفسه، ص27

وأما في الفقه الإسلامي فلا تكاد تجد تعريفا لتصحيح العقد حسب ما اطلعت عليه وإن تردد مصطلح تصحيح الزواج الفاسد كثيرا في كتب المالكية.

ثانيا: مشروعية تصحيح العقد الفاسد في الفقه الإسلامي والحكمة منه.

إختلفت آراء الفقهاء في تصحيح العقد الفاسد على قولين:

القول الأول: أن العقد إذا وقع فاسداً فلا يمكن تصحيحه، وإلى هذا ذهب الشافعية والحنابلة، فقد قال الماوردي الشافعي: (العقد إذا وقع فاسداً لا يصح بزوال ما وقع فاسداً)[1] ، وقال البهوتي الحنبلي: (العقد الفاسد لا ينقلب صحيحاً)[2] ولعل عدم تصحيح العقد الفاسد يرجع إلى أن الجمهور قسموا العقد إلى صحيح وفاسد، والفاسد فقد مشروعيته فلا يمكن أن يصحح (ذلك أن الحرمة والمشروعية متنافيان، إذ المشروعية هي الإباحة أو القربة والطاعة، ولا يجتمع قصد القربة والمعصية)[3]

القول الثاني: ذهب الحنفية والمالكية إلى أن العقد الفاسد يمكن تصحيحه بحذف المفسد، مع الاختلاف في بعض التفاصيل بين المذهبين.

وأساس التصحيح عند الحنفية أنهم يفرقون بين العقد الباطل والفاسد فيرون أن العقد الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار العقد فيصبح كالمعدوم، أما الفاسد فقد فرقوا بين الفساد الضعيف والفساد القوي، فالفساد القوي لا يمكن تصحيحه بخلاف الضعيف يقول الكاساني (الأصل عندنا

1 الماوردي؛ الحاوي الكبير، مرجع سابقج6 ص39.

2 – البهوتي؛ كشاف القناع ، مرجع سابق ،ج3 ص177.

3 – محمد فتحي الدريني؛ بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ج1 ص284.

أن ينظر إلى الفساد، فإن كان قوياً بأن دخل في صلب العقد – وهو البدل أو المبدل – لا يحتمل الجواز برفع المفسد.. وإن كان الفساد ضعيفاً، وهو ما لم يدخل في صلب العقد، بل في شرط جائز يحتمل الجواز برفع المفسد)[1]، وقد ذكر ابن رشد الحفيد أن سبب الخلاف في تصحيح العقد الفاسد بناء على أن الفساد هل هو معقول المعنى أو غير معقول؟ فإن قلنا غير معقول المعنى لم يرتفع الفساد بارتفاع المفسد، وإن قلنا معقول ارتفع الفساد برفع المفسد[2]

ومما يدعم القول الثاني ويرجحه أن الفساد مقتضاه التحريم والخروج منه واجب، وإزالة الفساد أوجب وهو أصل مقرر، كما أن استقرار عقود الناس وتعاملاتهم مطلوب شرعي تسنده آيي الكتاب والسنة ونصوص أئمة الفقه والتصحيح هو سبيله وسببه.

وإذا كان الشرع قد أذن لنا في تصحيح العبادة التي دخل عليها الفساد وهي توقيفية، فإن العقود التي هي معقولة المعاني معللة الأحكام أولى بالتصحيح عند الإمكان إذا كان في المقدور إزالة الفاسد وإبقاء العقد صالحا مادامت سلمت أركانه وشروطه وكان الخلل خارج ماهيته ويمكن القول أن مبرر إبتداع نظرية العقد الفاسد هو إمكانية تصحيحه دون العقد الباطل .

ولذلك نص الفقهاء على إبقاء الزواج ما أمكن، يقول شارح ميارة الفاسي (والظاهر من الشارع في عقود هذه المعاملات أنها مهما وقعت مخالفة لما استقر منها شرعا وكانت المخالفة

1 – الكاساني ؛ بدائع الصنائع، مرجع سابق ،ج5 ص178.

2 – ابن رشد ؛ بداية المجتهد، مرجع سابق ج3 ص66.

فيها مما يمكن تلافيها ويتأتى استدراك الأمر فيها فان المشروع فيها الإصلاح والاستدراك والتلافي لما فرض اختلاله)[1].

والإمام الشاطبي يقرر هذا الطريق في اعتبار المصلحة في الحكم بفساد العقد وتصحيحه (المعنى الذي لأجله كان العمل باطلا ينظر فيه: فإن كان حاصلا أو في حكم الحاصل بحيث لا يمكن التلافي فيه بطل العمل من أصله وهو الأصل فيما نهى الشرع عنه،وإن كان في حكم الحاصل وأمكن تلافيه لم يحكم بإبطال ذلك العمل...إلى غير ذلك من العقود التي هي باطلة من وجه فيزال ذلك الوجه فتمضي العقدة ومعنى هذا الوجه أن نهي الشارع كان لأمر فلما زال ذلك الأمر ارتفع النهي فصار العقد موافقا لقصد الشارع على حكم الانعطاف – أي بأثر رجعي– إن قدرنا رجوع الصحة إلى العقد الأول أو غير حكم الانعطاف إن قلنا أن تصحيحه وقع الآن لا قبل)[2]

وإذا كان النبي ﷺ راعى حالة بقاء الأوضاع وتثبيتها على نقص دخل عليها لكون نقضها أشد مفسدة من بقائها على حالها وذلك في شأن الكعبة حين قال لعائشة (يَا عَائِشَةُ: لَوْلَا أَنَّ قَوْمَكِ حَدِيثُ عَهْدٍ بِجَاهِلِيَّةٍ ، لَأَمَرْتُ بالبيت فَهُدِمَ ، فَأَدْخَلْتُ فِيهِ مَا أُخْرِجَ مِنْهُ وَأَلْزَقْتُهُ بِالْأَرْضِ ، وَجَعَلْتُ لَهُ بَابَيْنِ بَابًا شَرْقِيًّا وَبَابًا غَرْبِيًّا فَبَلَغْتُ بِهِ أَسَاسَ إِبْرَاهِيمَ)[3] فإن هذه الشواهد لتؤيد ما ذهب إليه الفقهاء من تصحيح الأنكحة الفاسدة فسادا ضعيفا بالفوت والدخول لأن تصحيح العقد أولى من بطلانه.

[1] ابي عبد الله ميارة محمد المالكي؛ شرح ميارة الفاسي .مرجع سابق،ج1،ص273

[2] – الشاطبي؛ الموافقات، مرجع سابق،ج 3، ص217–218

[3] – البخاري؛ كتاب الحج. رقم الحديث: 1489

ولعل إعمال المالكية لأصل مراعاة الخلاف بتثبيت الزواج بعد الدخول الفاسد عندهم إذا وجد من الفقهاء من يقول بصحته إنما هو التفات إلى هذا المقصد الشريف.

وفي القانون نجد المشرع يحاول الإبقاء على العقود التي شابها خلل ما أمكن تصحيحه، والتقليل من حالات البطلان المطلق، يقول عبد المنعم فرج الصدة (ما يتطلبه القانون ليس إهدار العقد الذي ينطوي على مخالفات، وإنما إبقاء هذا العقد وبفضل فكرة فساد العقد نستطيع إهدار الشرط الذي يتعارض مع النظام العام واستبقاء العقد، فيكون البطلان جزاء لخلل في ركن ويكون الفساد جزاء الخلل في شرط يقترن به) [1].

ثالثا: الأساس التشريعي لتصحيح العقد.

إن التصحيح في الفقه الإسلامي لا يتناول العقد الباطل غير المنعقد باعتباره معدوما فاقد لبعض عناصره الجوهرية و(المعدوم شرعا كالمعدوم حسا)[2] فلا يلحقه تصحيح أو تعديل، و إنما يتصور تصحيح العقد في العقد الفاسد بمصطلح الأحناف وهو الذي يكون منعقدا مشوبا بعيب يمنع مشروعيته حيث سلمت أركانه التي تشكل ماهيته الشرعية .

والاتجاه الفقهي العام في التصحيح أن يكون بإرادة المشرع أي بقوة القانون وذلك لأن أحكام الزواج من النظام العام وإن وجد من يسند التصحيح إلى العاقدين.

وأما التصحيح المشار إليه في العقد القابل للإبطال أو المشوب بالبطلان النسبي في القانون فهو يقابل العقد الموقوف، وهو عقد صحيح غير فاسد في الفقه الإسلامي وإنما هو

[1] – محمد فتحي الدريني؛ المناهج الأصولية، مرجع سابق، ص 568.

[2] – محمد فتحي الدريني؛ بحوث مقارنة، مرجع سابق، ج1، ص 183

مهدد بالفسخ لصالح أحد العاقدين، وحماية لمصلحته فان إجازة العقد الموقوف من حق العاقد، ومن جنس ذلك العقود الفاسدة التي تختل فيها الإرادة أو الرضا بأحد عيوبها، فان تصحيح هذا النوع من العقود المهددة بالبطلان يكون بالإجازة ممن له مصلحة من العاقدين في تصحيحه، وعليه فان تقسيم الفقهاء للعقود تقسيما ثلاثيا إلى صحيح وفاسد وباطل وان كانت علته هي سبب الخلل من حيث كونه جوهريا أو غير جوهري فان الغاية من التقسيم هي التمييز بين ما يقبل التصحيح من العقود غير الصحيحة ومن ثم يتدارك العقد و وما لا يقبل التصحيح فيكون الإعدام هو حكمه.

ان التنظير الفقهي والتفريع الفقهي في المذاهب الفقهية اضطر بعض المذاهب التي تقول بتطابق البطلان والفساد في العقود الى التفرقة بين العقود الباطلة من حيث قابلية التصحيح ومنهم المالكية الذين صححوا بيوعا فاسدة بالفوت بعد القبض، و لم يقتصر الأمر على ذلك بل تعداه الى عقود الزواج حيث يرى المالكية الدخول في الزواج الفاسد يعتبر فوتا في بعض حالات الفساد وقالوا بتصحيحه بإزالة سبب الفساد، إذ نقل ابن عبد البر عن القاضي إسماعيل قوله (ويشبه على مذهب مالك أن يكون الدخول فوتا وإن لم يتطاول)[1].

و لعل أكثر من كتب شارحا ومحللا للعقود الفاسدة والباطلة في الفقه الإسلامي من المحدثين لم يتوقف طويلا عند حكمة التقسيم الثنائي للعقد غير الصحيح وأن الغاية من ذلك إمكانية التصحيح من عدمها يقول الزرقا (نظرية الفساد قد وجدت لتكون فرجا لا حرجا)[2].

[1] – ابن عبد البر؛ الاستذكار، مرجع سابق، ج5، ص 395.

[2]– الزرقا ؛ المدخل الفقهي ،مرجع سابق، ج2، ص 769.

فإزالة أسباب الفساد في التصرفات لينقلب العقد الصحيح، كلا أو جزءا تلافيا للخلل كل ذلك من مقصد الشارع.[1]

الفرع الثاني: أحكام تصحيح العقود المقترنة بالشروط الفاسدة

أولا: نطاق تصحيح عقد الزواج الفاسد.

إن التصحيح في القانون مفاده آلية ووسيلة للبطلان الجزئي تستهدف بقاء العقد صحيحا بانتقاص أو تعديل في البنود الباطلة في العقد أو تصحيح قيمة الآداء المقابل بإرادة المشرع أو بسلطة القاضي[2] وأما في الفقه الإسلامي وهي إزالة أسباب فساد العقد المتمثلة في أجزاء فرعية منه، لينقلب صحيحا بإرادة الشارع .

فالعقد الباطل لا حكم له مطلقاً ولا ينقلب صحيحاً أبداً، ولكن الفاسد يصبح صحيحاً بزوال صفة الفساد[3] وعقود الزواج الفاسدة أنواع من حيث قابليتها للتصحيح:

1- الزواج الباطل لوجود مانع في الزوج أو الزوجة، كأن تكون الزوجة من المحرمات او الزوج مشركا،والخلل هنا في محل العقد في تعليل الفقهاء، وهذا النوع غير قابل للتصحيح فهو باطل لا فاسد .

2- الزواج الفاسد لشرط اقترن به يخل بنظامه التشريعي:

[1] – الدريني؛ بحوث مقارنة، مرجع سابق . ج 1، ص 186

[2] – ريما فرج مكي ؛تصحيح العقد ، مرجع سابق.ص29-152

[3] – صبحي محمصاني؛ النظرية العامة للموجبات والعقود،(ط:2؛ بيروت: دار العلم للملايين، 1972)، ص490.

و له صور منها النكاح الذي دخله التأقيت كنكاح المتعة أو صريح الشغار لسقوط المهر منه فانه غير قابل للتصحيح ونكاح التحليل وهذا عند جمهور الفقهاء.

وأما الأحناف فتبعا لنزعتهم الموضوعية في العقود ولعدم اعتدادهم بالباعث فإنهم يصححون هذه الزيجات عدا نكاح التأقيت.

3- الزواج الذي اقترن به شرط مؤثر في آثار والتزامات العقد: وهي جملة الشروط التي يقول الفقهاء بعدم تأثيرها في العقد وهم يقصدون أنه سلم معها جوهر العقد ومقوماته وكان تأثيرها منحصرا في الالتزامات والآثار، والعقد إذا سلم في تكوينه أنتج آثاره بالقوة ولا عبرة بشرط ناقض ذلك، غير أن القول بعدم تأثر العقد بالشرط الفاسد مطلقا بعيد فحتى الحنفية القائلين بعدم تأثير الشرط الفاسد في عقد الزواج أوجبوا معه مهر المثل بدل المهر المسمى وهذا دليل على نوع تأثير الشرط الفاسد في العقد ومن ثم يكون تصحيح العقد واردا على هذا النوع من العقود الفاسدة المتمثل هنا في إيجاب مهر المثل بدل المسمى الفاسد بالشرط عندهم.

ثانيا:أنواع التصحيح الواردة على العقد الفاسد المقترن بالشرط .

أ- **التصحيح الإرادي اختياري** : وهو الموكول فيه التصحيح لإرادة العاقدين وذلك الأصل في مطلق التصحيح عند فقهاء القوانين فيما يسمى بنظرية إنقاص العقد إذا كان بطلان العقد بطلانا جزئيا وهو الاستثناء عند فقهاء الإسلام ويتم قضائيا[1]، ويعد من مفردات المالكية في باب البيوع وقول معتبر في تصحيح عقد الزواج الفاسد ذكره

[1] - ريما فرج مكي؛ تصحيح العقد ،مرجع سابق ، ص351

اللخمي في تبصرته[1] ونقله صاحب الميارة[2] وهو اختيار الإمام بن تيمية في تصحيح عقود الزواج المقترنة بالشرط الفاسد[3].

يقول السنهوري (يصحح العقد المقترن بشرط فاسد بإسقاط هذه الشروط ممن له مصلحة فيها)[4].

كما ورد عن ابي بكر بن العربي في تقسيمه للشروط في الزواج فقال :(وتقصى مالك رضي الله عنه الشروط المقترنة بالعقود في فتاويه على ثلاثة أقسام منها: شرط يبطل العقد رأسا, ومنها شرط يبطل في نفسه، ومنها شرط ان عزل عن العقد صح وان ربط بالعقد بطل)[5] فعبارة انه (عزل عن العقد) أي أسقط والإسقاط مرجعه إلى العاقد وهو مفهوم الانتقاص لان عبارة الفقهاء عند إسناد الإسقاط إلى الشرع أن يقال يصح العقد ويسقط الشرط على سبيل الجزم لا الاحتمال.

ب- التصحيح الجبري: وهو المشهور على ألسنة الفقهاء في باب الزواج سمي كذلك لان النص التشريعي باعتباره مصدرا للتصحيح يقرر وجوب التصحيح جبرا على إرادة المتعاقدين وهذا يكون عندما يأتي البطلان مخالفا لقاعدة قانونية هدفها المصلحة أو النظام العام و المصلحة العامة لا تستلزم انعدام العقد وهدف التصحيح هنا هو جعل

[1] – ابي الحسن اللخمي ؛ التبصرة .ج4،ص1871

[2] –ابي عبد الله الميارة ؛شرح ميارة الفاسي . مرجع سابق، ج1، ص279

[3] – عمر الأشقر؛ احكام الزواج، مرجع سابق، ص 185

[4] – السنهوري ؛ مصادر الحق، مصدر سابق ، ج 4 ، ص157.

[5] – أبو بكر بن العربي؛ القبس، مرجع سابق، ج2، ص700.

العقد متوافقا مع النظام العام فبدلا من تقرير البطلان الكلي تكون مع تصحيح العقد الباطل باستبعاد الجزء الباطل) [1]، والبعض من فقهاء القانون يجعلون التصحيح الجبري أو بقوة القانون هو البطلان الجزئي وهو يخالف نظرية انتقاص العقد في جوهر الإعتداد بإرادة المتعاقدين في تصحيح العقد من عدم ذلك.

و التصحيح يترتب عليه استقرار العقد صحيحا بعد أن كان متأرجحا بين الصحة والبطلان[2].

ثالثا: شروط تصحيح العقد الفاسد.

1- إن التصحيح لابد أن يستند إلى نص تشريعي يقرر الحالات التي يتم فيها تصحيح العقد لأن غالب التصحيحات في عقود الزواج الفاسدة هي بقوة القانون أو عن طريق الشارع بعبارة أخرى.

2- أن يتجلى فساد العقد بوجود خلل في نظامه التشريعي بسبب الشرط الفاسد وعند القانونيين باعتبار الشرط بند في العقد فإن مظهر البطلان الجزئي هو خلل في التوازن العقدي بسبب البند المشروط الفاسد وهذا قريب من تفسير الحنفية لأثر الشرط الفسد في العقد.

[1] – منصور حاتم؛ فكرة تصحيح العقد، مرجع سابق، 135.

[2] – ابراهيم علي أحمد الطنيجي؛ طرق تصحيح العقد الفاسد، مجلة الشريعة والقانون،:جامعة الامارات، الامارات، العدد 31، السنة2007.

3-أن لا يكون الوصف الفاسد(الجزء الباطل)الذي يراد انتقاصه جوهريا من العقد أو جسيما بلغة القانونيين بحيث تسلم ماهية العقد من الفساد فيقتصر الفساد على جزء خارج عنها ولا يكون وجود العقد متوقف على هذا الجزء، و بتعبير جمهور الفقهاء أنه يكون وصفا مجاورا ينفك عن التصرف عادة وهم بهذا يجعلون التصحيح خاص بالعقود الزواج الفاسدة لا الباطلة، يقول التسولي(من الفاسد لعقده ما يثبت بعد – الدخول – بمهر المثل)[1].

4- التصحيح يكون بعد تنفيذ العقد عند المالكية في عقود الزواج وعند الحنابلة والحنفية عند نشوء العقد.

الفرع الثالث: فكرة تصحيح العقد بإنقاصه في القانون والشريعة.

عرف القانون فكرة إنتقاص العقد في القانون المدني فهل عرفها الفقه الاسلامي من قبل؟ وهل لها وجود في نطاق عقد الزواج الفاسد؟هذا ما نتبينه فيما يأتي.

[1] – ابي الحسن علي بن عبد السلام التسولي؛ البهجة شرح التحفة، تحقيق محمد عبد القادر طهج1(ط:1؛بيروت،دار الكتب العلمية1998)،ص427

أولا :تصحيح العقد الباطل بانقاصه في القانون.

إن فكرة تصحيح العقود الباطلة واضحة في كتابات فقهاء القانون كنظرية متكاملة من صورها انتقاص العقد الباطل جزئيا وقد عرف انتقاص العقد بأنه: استبعاد لعناصر الالتزام المعيبة واستبقاء الالتزامات الصحيحة التي تشكل أساس العقد [1].

وهي تختلف عن مفاهيم قريبة منها كتعديل العقد الذي يرد على العقد الصحيح أما التصحيح فإنما يتعلق بالعقود الباطلة بطلانا جزئيا او قابلة للبطلان، ولذلك يشرح مفهوم الإنتقاص بعض القانونيين بأن (العيب الذي يشوب العقد قد لا يعدمه بالكلية بل يقتصر تأثيره على شق منه فقط فيكون العقد بذلك باطلا جزئيا بحيث إذا ما أستبعد هذا الشق الباطل أصبح العقد صحيحا فيما تبقى منه وهذا ما سمي بإنتقاص العقد)[2] .

ولما كان العقد الباطل يرتب أثارا قاسية إذ يعيد العاقدين الى مركزهما الأول بحيث يعد العقد كأن لم يكن وإذا أريد تحقيق الغرض المقصود منه وجب إعادة إنشائه من جديد ولما كان الشرع يتطلع الى استقرار التعامل في العقود فإننا نجده يجعل العقد القابل للإبطال و العقد الموقوف نافذا وصالحا بالإجازة تفاديا لحالات البطلان وهذا الذي دفع الفقه القانوني الحديث الى تقسيم البطلان الى بطلان مطلق كامل وبطلان جزئي فما كان من جنس هذا الأخير فان إزالة الجزء الفاسد كفيل بتصحيح العقد وإثمار نتائجه وبذلك يتم تجنب بطلان العقد كله ويتم

[1] –عبد الحكيم فودة ؛ البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة.(ط:2؛المنصورة ،مصر: دار الفكر والقانون ،1999)، ص63

[2] – ابراهيم الدسوقي أبو الليل؛ البطلان الجزئي للعقود،مرجع سابق، ص 19

انقاذ العقد بانتقاصه[1] والفقه القانوني المقارن الحديث يقرر عدم جواز بطلان العقد كله لبطلان جزء منه إذا أمكن إعمال قاعدة انتقاص العقد ومن المهم الإشارة إليه أن الانتقاص الذي يلحق العقد المعيب في جزء منه يشمل الجزء المعيب الذي يمثل عبئا أو التزاما سواء كان شرطا واقفا أم فاسخا وأما شروط انعقاد التصرف وصحته أي عناصر التصرف الجوهرية من رضا وما ينصب عليه فالأصل أن لا يرد انتقاص عليها إذ لا يقوم التصرف من دونها ويبطل كليا[2] .

أ- التكييف القانوني لانتقاص العقد:

الاتجاه الأول :ذهب جانب من الفقه القانوني الى التفرقة بين الانتقاص والبطلان الجزئي للعقد فالبطلان الجزئي يقع بقوة القانون دون اعتبار الى ما كانت ستتجه إليه إرادة المتعاقدين، وأما الانتقاص فلا يتم إلا إذا اتجهت إرادة الطرفين الى قبول الإبقاء على الشق الصحيح من العقد دون الشق الباطل أما إذا تبين أن إرادة الطرفين تمنع إبرام العقد من دون الشق الباطل فإن العقد يبطل بأكمله.

والإتجاه الثاني: يرى البطلان الجزئي يرادف انتقاص العقد فالبطلان الجزئي جزاء يقضي بإعدام الجزء الباطل من العقد وهذا هو مفهوم الانتقاص فالمجال الحقيقي لإنقاص العقد هو البطلان الجزئي سواء تم بقوة القانون أو بموافقة العاقدين[3] .

---

[1] منصور حاتم؛ فكرة تصحيح العقد، مرجع سابق، ص17.

[2] – المرجع، نفسه، ص 362

[3] –علي فيلالي؛ الإلتزامات النظرية العامة للعقد .(ط:2؛الجزائر:دار موفم للنشر ؛2005)،ص 281.ومحمد الزين ؛ النظرية العامة للإلتزامات، مرجع سابق،244

وما يمكن ترجيحه أن انتقاص العقد هو أثر للبطلان الجزئي والعلاقة بينهما كما هي العلاقة بين السبب والمسبب فالبطلان الجزئي جزاء والانتقاص آلية تصحيح العقد من الانعدام والزوال[1].

ب- انتقاص العقود المتضمنة لشروط باطلة مخالفة للنظام العام:

قد يتضمن العقد شروطا بعضها صحيح وبعضها باطل لمخالفته للنظام العام و الآداب العامة فيتم إعمال فكرة إنقاص العقد في حق الشق الباطل مادام غير جوهري وغير مقصود للعاقد الشارط عند التعاقد وهنا نجد اتجاهين:

1- انتقاص الشرط الباطل المقترن بالعقد بقوة القانون دون إلتفات إلى إرادة العاقدين وهو إتجاه معظم فقهاء القانون في الحالات التي تتعلق بالنظام العام التوجيهي والتي يكون فيها الشرط مخالف للقواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام، فيكون بطلانا جزئيا للشرط الفاسد بقوة القانون والشروط الباطلة الواردة في عقد الزواج يقضي عليها هذا المبدأ بمقتضى نص القانون(إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا)[2].

2- انتقاص الشرط الباطل المقترن بالعقد قضاء بموافقة العاقد وهو الذي نص عليه المشرع الجزائري في القانون المدني(إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال في شق منه فهذا الشق وحده يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا

[1] – ريما فرج مكي؛ تصحيح العقد ، مرجع سابق.ص31

[2] – المادة 35 من قانون الاسرة الجزائري 02/05 .

فيبطل العقد كله)[1] فيكون المشرع أخذ بالمعيار الذاتي فهذا النص تفسيري تكميلي، وعليه عموم الفقه القانوني في تحديد مفهوم انتقاص العقد و فقهاء القانون يبررون سلطة القاضي في إبطال البند المخالف للنظام العام دون العقد بمبدأ من أمكنه الأكثر أمكنه الأقل فإذا كان للقاضي سلطة إبطال العقد كليا فمن باب أولى يمكنه إبطاله جزئيا[2]، ويقابله في الفقه الإسلامي الرأي الذي انفرد به المالكية في تصحيح العقد الفاسد بالشرط بإسقاط العاقد لشرطه الفاسد وهذا في البيع وقول في النكاح المقترن بالشرط الفاسد فيما نقله اللخمي في تبصرته[3].

ج- شروط انتقاص العقد الباطل جزئيا قانونا:

1- قابلية العقد للتجزئة ومن ثم يتحقق البطلان الجزئي في الجزء المعيب من العقد دون أن يسري البطلان للعقد كله وأما إذا كان العقد كلا لا يتجزأ فإنه يترتب على بطلان الجزء بطلان الكل [4] ومن عارض نظرية إنقاص العقد بناء على أن التصرفات الباطلة تستند إلى الإرادة في نشوئها وتحديد عناصرها فتكون الشروط الإرادية الواردة كبنود داخلة تحت الإرادة وهذه غير قابلة للتجزئة والتقسيم[5].

2-عدم تأثير الشق الباطل على العقد ومن هنا جاء اشتراط أن لا يكون الشرط المعيب هو الدافع الى التعاقد لان السبب يتداخل مع الشرط في حالة كونه دافعا إلى التعاقد،

[1] -المادة 104 قانون المدني الجزائري05/07

[2] - إسعد سعيدة؛ الآثار العرضية للعقد الباطل.مذكرة شهادة الماستر، كلية الحقوق البويرة، سنة 2014، ص 3-7

[3] -ابو الحسن اللخمي؛ التبصرة ،مرجع سابق ، ج4، ص1874

[4] - عبد الحكيم فودة، مرجع سابق ،ص 631

[5] - جميل الشرقاوي ؛ نظرية بطلان التصرف .(ط:لا؛القاهرة:مطبوعات جامعة القاهرة؛1956) ص80-81

والسبب ركن ومكون أساسي للعقد فلا يصح انتقاصه ويبطل العقد كلية تأسيسا على المعيار الذاتي، وقريب من هذا اشتراط الفقه الإسلامي أن يبقى العقد بعد إسقاط الشرط الباطل مستجمعا لأركانه وشروط التي تحقق انعقاده وصحته تأسيسا منهم على المعيار الموضوعي في تصحيح العقود[1].

3-أن لا يكون الخلل العقدي جسيما يمس بجوهر العقد والتوازن العقدي فيه[2].

4-أن يكون العقد صحيحا في كليته باطل في جزئه فقط غير باطل بطلانا مطلقا.

ثانيا: تصحيح العقد الفاسد بانتقاصه في الشريعة .

أ - تصحيح عقد الزواج الفاسد بالشرط بانتقاصه.

سبق أن تبين لنا أن نظرية عقد الزواج الفاسد مبرر صناعتها الفقهية هو إمكانية تدارك العقد الفاسد بالتصحيح حال الفوت، وهذا الفارق الأساسي بينه وبين العقد الباطل من حيث أثر الجزاء فيهما يقول الدريني(فمقتضى نظرية الفساد أن الشرط الفاسد إذا اسقط إنقلب العقد صحيحا وهو من قبيل ما يسمى في القانون انتقاص العقد ، حيث يسقط الوصف الباطل ويبقى الأصل صحيحا)[3].

[1] – المعموري ضمير حسين، فكرة الأثر الأقوى للعقد، مجلة مركز دراسات الكوفة، العراق، السنة2008، العدد 07 ، ص275

[2] – ريما فرج مكي؛ تصحيح العقد، مرجع سابق .ص 212

[3] – محمد فتحي الدريني؛ المناهج الأصولية، مرجع سابق، ص 567.

كما أن المالكية عرف عنهم تصحيح فساد العقد بإسقاط العاقد للشرط الفاسد[1] يقول شارح الميارة (وشرط ما يناقضه – العقد– قال اللخمي كشرط أن لا يأتيها ليلا أو الاثرة عليها أو لا يعطيها الولد أو لا نفقة لها او لا إرث بينهما في فسخه مطلقا أو قبل البناء، ثالثها تخير المرأة ولو بنى بها في أسقاط فيمضي والتمسك به –الشرط – فيفسخ)[2]

وهذا يعني أن الفقه الإسلامي عرف فكرة انتقاص العقد الباطل في حالة إذا كان الشق الباطل يتمثل في شرط من الشروط المقترنة به وحالة ما إذا تعدد محل الفعل وكان أحد هذه المحال باطلا [3].

غير أن نقطة الخلاف بين الفقهين هي أن الفقه القانوني اعتمد على إرادة المتعاقدين حتى يتم التصحيح بانتقاصه بينما في الفقه الإسلامي يتم تصحيح العقد بإرادة الشارع وفق معيار موضوعي إذ يستبعد الجزء الباطل من العقد بانتقاصه سواء كان ذلك الجزء باطلا أو فاسدا، ومن هذا انتقاص الشرط الباطل المقترن بالعقد [4].

لكن الفقهاء ميزوا بين شرطين أو وصفين فأما الوصف اللازم للعقد الذي لا ينفك عنه عادة فعندهم غير قابل للإسقاط لملازمته للعقد في صورته، ولهذا يبطل الشرط والعقد معا ويتساقطا، ونتصور هنا ارتباط الشرط بالعقد بحسب مبدأ عدم تجزئة العقد وقاعدة (ما لا يقبل

[1]– منصور حاتم ؛ فكرة تصحيح العقد، مرجع سابق، ص130.

[2] – ابي عبد الله ميارة المالكي ؛شرح ميارة الفاسي ، مرجع سابق ج1،ص279

[3]– مصطفى الزلمي؛ الاحوال الشخصية، مرجع سابق،ص161. ومنصور حاتم، فكرة تصحيح العقد، مرجع سابق،ص130.

[4]– السنهوري؛مصادر الحق، مرجع سابق ،ج 4، ص268.

التبعيض فإسقاط بعضه كإسقاط كله)[1]، فمثلا نكاح المتعة لا يعرف إلا بعنصر التأقيت في صيغته فكان من قبيل الوصف اللازم فلا يصح تصحيحه بانتقاص وصف التأقيت لأنه ليس وصفا زائدا بل وصفا لازما، إلا ما روي عن زفر أنه يصح مع إسقاط الشرط وهو قول شاذ رفضته جميع المذاهب الفقهية.

وأما الشرط الذي هو وصف مجاور فهذا يمكن تصحيح عقده بإسقاط الوصف، باعتباره زائدا عن أصل العقد، وقد عرفنا الشرط المقترن بالعقد تقييدا كما عرفناه من قبل، هو التزام زائد عن أصل العقد ومنه يكون العقد المقترن بالشرط الفاسد قابلا للتصحيح بانتقاص هذا الشرط.

ب –مقارنة إنتقاص العقد الباطل بين الفقه الاسلامي و القانون

لا خلاف بين الفقه القانوني والفقه الإسلامي فيما يتعلق بإمكانية تصحيح العقد بانتقاصه اذ يعرف الفقه الإسلامي فكرة انتقاص العقد تحت عنوان تفريق الصفقة .

كما عرف الفقه الإسلامي فكرة تصحيح العقد بإرادة العاقد سواء فيما عرف بإجازة العقد الموقوف أو إجازة العقد الذي تعيبت الإرادة فيه بأحد عيوبها كأن جرى فيه تدليس أو تغرير أو إكراه فانه يصح بالإجازة، كما عرف الفقه الإسلامي تصحيح العقود بانتقاصه وذلك بإسقاط الجزء الباطل من العقد إذا أمكن تجزئته بقوة الشرع فيما نقل عن الفقهاء قولهم لا يبطل النكاح بالشروط الفاسدة أو بعبارة أخرى يبطل الشرط ويصح العقد[2].

[1] – عبد العزيز محمد عزام؛ القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص350.

[2]– المرجع السابق ، ص19.

لكن الفقه الإسلامي يختلف عن الفقه الغربي في جزئية مهمة في إنقاص العقد ,فإذا كان الفقه الغربي يصحح العقد الباطل بإنقاص جزئه الفاسد حين يقبل التجزئة بشرط انه لا يكون ذلك الجزء مقصودا للعاقدين أو هو الباعث على التعاقد ,وهذا في حد ذاته عاملا يؤدي إلى تقليل تصحيح العقود لأن أكثر الشروط الفاسدة مقصودة للعاقدين وربما هي الباعث على ذلك فيلزم عن تمسك العاقد بشرطه بطلان العقد كله، لذا اتجه المشرع في حالات عديدة إلى تصحيح العقد الباطل باستبعاد الشق الباطل دون الرجوع الى إرادة المتعاقدين بمعنى أن التصحيح في هذه الحالات يتم بحكم القانون. [1]

وأما الفقه الإسلامي فهو يصحح العقد بغض النظر عن اتجاه إرادة المتعاقدين لأننا أسلفنا انه ترتيب آثار العقد مناطها إرادة الشرع وليس إرادة المتعاقدين.

ج – قاعدة الزواج لا يبطل بالشروط الفاسدة وفكرة انتقاص العقد الباطل.

جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة يقررون في كتبهم قاعدة صحة عقد الزواج مع الشروط الفاسدة [2]ويجعلونها فارقا مهما بين البيوع وعقد الزواج فيما يتعلق بالشروط المقترنة بكل منهما ، حسب قاعدة (الشرط الباطل لا يؤثر في العقد)حيث أن العقد إذا استجمع أركانه وشروطه كان صحيحا لازما ولا عبرة بما خرج عنه من الشروط الباطلة لأنها لاغية بالنسبة للشرع[3]، وهو نفسه البطلان الجزئي للشرط الباطل المخالف للنظام العام في القانون، و

[1] –السنهوري ؛ مصادر الحق، مرجع سابق.ج 2، ص501 وص19.

[2] – السرخسي؛ المبسوط، مرجع سابق،ج5،ص89. وابن عابدين، رد المحتار،مرجع سابق،ج 3،ص151 .
والروياني؛بحر المذهب، مرجع سابق،ج9،ص484 .ومحمد الزحيلي؛ المعتمد في الفقه الشافعي،ج4،مرجع سابق ،ص105.

[3] – محمد الروكي؛ قواعد الفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص 241.

الأحناف باعتبارهم لا يقولون باشتراط الرضا في عقد الزواج ويقولون أيضا بأن الوصف المنهي عنه المجاور لا يقتضي فساد المنهي عنه، فإن قولهم بعد ذلك بعدم تأثر عقد الزواج بالشرط الفاسد مستقيم مع أصولهم ، وأما الحنابلة مثلا فهم يعتبرون الوصف المنهي عنه المجاور مؤثر فيما جاوره كعقد الزواج هنا، ويشترطون الرضا في الزواج والشرط مرتبط بالرضا وجودا فما كان الشارط يرضى بالعقد إلا مقرونا بشرطه، فكيف قالوا بصحة عقد الزواج المقترن بالشرط الفاسد مع سقوط الشرط ؟ وهل يعتبر إسقاط الشرط تصحيحا جبريا للعقد عند إنشائه لمخالفته للتشريع مع إهدار إرادة العاقد ومقصده القائم من وراء شرطه؟

إننا إذا فرضنا إصرار الشارط على بقاء شرطه، هل يتأثر العقد بالشرط الفاسد؟.

لا شك أن جمهور الفقهاء غلبوا فكرة النظام العام على طبيعة عقد الزواج، ومن ثم كان إسقاط الشرط الفاسد مباشرة عند انعقاد الزواج إبقاء للعقد لأهميته وإلغاء للشرط لمخالفته النظام العام، وفي الحقيقة أنهم وصفوا عقد الزواج بالصحة في هذه الحالة مادام الشرط يسقط بقوة الشرع تجنبا لوصف العقد بالفساد تأثرا بالشرط لأن موجب الفساد في العقد هو الفسخ وجوبا، وبهذا نفهم القاعدة السابقة أنها تقرر سلامة عقد الزواج وصحته مع إسقاط الشرط الفاسد في نفس الوقت لأنه لغو لا اعتبار له في نظر الشرع وإن كان له اعتبار عند العاقد ومقصود المكلف إذا ناقض قصد الشارع بطل وسقط.

على أن هذه القاعدة لا يفهم منها العموم لكل شرط فاسد يسقط ويصح معه عقد الزواج إذ تبين معنا أن كل المذاهب الإسلامية قائلة بوجود شروط علة الفساد فيها قوية لتعلقها بصلب

العقد –وعبروا عنه بالفساد لعقده وأحيانا بالشرط الفاسد المتعلق بمقصود العقد– وليس بآثاره، فهذه الشروط فاسدة في نفسها مفسدة للعقد وبهذا تكون القاعدة السابقة الذكر مخصوصة ومقيدة.

الفرع الرابع: منهج تصحيح عقد الزواج بانتقاص الشرط الفاسد بين الشريعة والقانون.

أولا :منهج تصحيح الزواج المقترن بالشرط الفاسد في الفقه الإسلامي.

1– منهج جمهور الفقهاء: وهم الحنفية والشافعية والحنابلة حيث قضوا بصحة العقد مع الشرط الفاسد عموما ويقصدون به الشرط الذي ضعفت فيه علة الفساد لتعلقه بآثار العقد وليس بذاته وإقرارهم بفساد الشرط مع صحة العقد لا يجتمعان في الاعتبار الشرعي إلا إذا تصورنا سلامة العقد وصحته مع وجود الشرط الفاسد بانعدام تأثير الشرط الفاسد في العقد وهو رأي تأسس عليه الفقه الحنفي والشافعي والحنبلي اعتبارا منهم أن الشرط الفاسد يقابل العوض الذي هو المهر ومن ثم قصروا تأثيره على المهر، فلزم في الزواج المقترن بالشرط الفاسد أمران:

الأول: تصحيح العقد بإرادة المشرع عن طريق إسقاط الشرط وأساس نظرية الجمهور تقديم مراعاة النظام العام وعدم الالتفات الى إرادة المتعاقدين لأن المعتمد حصول الرضا بانعقاد العقد وليس الرضا بمقصود العقد وبأحكامه وآثاره لأنها من ترتيب المشرع اشترط أم لم يشترط فيلحق عدم اعتبار رضاه حال اشتراطه بها قياسا[1].

[1] – احمد أباش؛ الأسرة بين الجمود والحداثة،(ط:1؛ دمشق:منشورات الحلبي الحقوقية،2011) ص 157.

والثاني: إثبات مهر المثل بدلا من المسمى لفساده بالشرط الفاسد باعتبار المهر يزيد وينقص بوجود الشرط وانعدامه، فكأن الشرط يقابل جزءا من المهر فيؤثر فيه لا في العقد.

2- منهج المالكية في تصحيح عقد الزواج الفاسد بالشرط : اتفق المالكية مع الجمهور في وجوب فسخ النكاح المتفق على فساده لقوة علة الفساد فيه، واختلفوا معهم في النكاح المقترن بالشرط الفاسد المختلف فيه والذي ضابطه أنه شرط تعلق بالالتزامات مؤداه إسقاط ما وجب بالعقد، وهنا نجد فكرة تصحيح العقد عند المالكيه شديدة الوضوح ناضجة كنظرية متكاملة والتصحيح عندهم له طريقان:

الطريق الأول: إسقاط العاقد لشرطه الفاسد ابتداء ليصح عقده ويمضي فإن تمسك بشرطه الفاسد فسد العقد والشرط معا وهذا الرأي معتبر في المعاملات المالية وفي عقد الزواج، فمن طرق تصحيح البيوع الفاسدة بالشرط الفاسد الذي فيه مصلحة لأحد العاقدين هو أن يسقط العاقد شرطه فإن تمسك به بطل العقد[1]، وأما في عقد الزواج فهذا القول موجود داخل المذهب نقله اللخمي في تبصرته[2] والمازري في شرح التلقين قال(قال القاضي عبد الوهابالشروط الفاسدة

[1] – علوشيش الورتلاني ؛الشروط المقترنة بالعقود، مرجع سابق، ص159

[2] – ابو الحسن اللخمي ؛التبصرة، مرجع سابق ج4، ص1871. والحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، مرجع سابق،ص328

إذا أسقطت صح العقد)[1]،و ذكره صاحب الميارة[2] بناء على قاعدة (إذا زال المانع عاد الممنوع)[3]، وهي قاعدة محكمة تؤيدها أصول الشريعة.

الطريق الثاني: وهو القول المعتمد في المذهب في شان الزواج الفاسد بالشرط ويتم تصحيحه إذا فات الدخول وأما قبله فيفسخ الزواج رعاية لحق الشارع ولا يصحح ابتداء اعتبارا لفوات رضا العاقد مع إسقاط الشرط ،والقاعدة العامة المعتمدة في المذهب هي التفريق بين مرحلتين يمر بها عقد الزواج.

المرحلة الأولى: وهي بعد انعقاد العقد مكتمل الأركان والشروط مقترنا بالشرط الفاسد وقبل تنفيذه أي قبل الدخول وهنا يرجح المالكية جانب فساد الشرط ولانعدام المفسدة من فسخه، وأيضا لإعتبار المالكية الشديد للرضا في العقود وإدراكهم تأثير الاشتراط في الرضا فلا يكتمل هذا إلا بوجود المشروط ، والشرط فاسد غير مشروع، فلو أسقط الشرط سقط معه الرضا وبتعيب الرضا يفسد العقد فيوجبون من ثم فسخه رعاية لحق الشرع وتغليبا لجانب حماية النظام العام.

المرحلة الثانية: وهي بعد الدخول من زواج مقترن بشرط فاسد مختلف فيه(وهو ما إقتضى إسقاط حق يوجبه العقد)، ولضعف علة الفساد هنا ولاحتمال تعلق حق الغير بهذا الزواج وهو الحمل أو وجود الولد فعلا فمن ثم تكون مفسدة فسخه أكبر من مفسدة بقاءه،

[1]– ابو عبد الله محمد بن علي المازري ،شرح التلقين، تحقيق محمد المختار السلامي،المجلد5،ج2(ط:1؛بيروت،دار الغرب الاسلامي،2008)،ص539

[2]– ابو عبد الله محمد بن احمد ميارة المالكي؛ مرجع سابق، ج1 ، ص279

[3] – محمد الروكي ؛ قواعد الفقه الاسلامي، مرجع سابق، ص273.

والقاعدة الفقهية تنص(إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما)[1]، فيرجح المالكية إبقاء الزواج رعاية لحق العبد (العاقد) وتصحيحه بإسقاط الشرط الفاسد رعاية لحق الشرع وحماية النظام العام، يقول الشاطبي (فالنكاح المختلف فيه قد يراعى فيه الخلاف فلا تقع فيه الفرقة إذا عثر عليه بعد الدخول، مراعاة لما يقترن بالدخول من الامور التي ترجح جانب التصحيح)[2].

3- منهج ابن تيمية: يرى ابن تيمية أن الشروط الفاسدة مفسدة جميعها لعقد الزواج لا من حيث تأثيرها في صلب العقد بل من تعيب الرضا وفواته بسقوطها والتصحيح يكون بتخيير العاقد الشارط بين إسقاطه شرطه وإمضاء عقد الزواج أو تمسكه بشرطه وفسخ عقد الزواج حيث يقول(وأما الشرط الفاسد فلا يلزم الوفاء به كما لا يلزم الوفاء بالعقد الصحيح،لكن له إمضاء العقد بدونه وله فسخ العقد)[3] وهذا بناءا على قاعدته (العقد المشروع ما كان برضا العاقدين ووافق الشرع)[4]، فالمشروعية تتأسس على الرضا وعلى موافقة النظام التشريعي للعقد معا، ولا يمكن إهدار احدهما لمصلحة الآخر تصحيحا للعقد وإنما لابد من اجتماع الشرطين معا، وحجته أن القياس في البيع لا يجوز إلا بالتراضي والنكاح أولى بعدم الجواز إذا لم يكن بالتراضي، وكذلك الزواج المقترن بشرط فاسد فإمضاء العقد بدون ذلك الشرط وإلزام العاقد بذلك خلاف النصوص والأصول.

---

[1] – عبد العزيز محمد عزام؛ القواعد الفقهية، مرجع سابق، 280.

[2] –الشاطبي ؛الموافقات ، مرجع سابق ،ج4،ص148

[3] ابن تيمية،أحكام الأسرة، مرجع سابق،ص 70

[4] ابن تيمية ؛ مجموع الفتاوى، مرجع سابق ،ج 3، ص32

ومقتضى هذا المنهج أن يخير العاقد بين التزام العقد بدون الشرط أو فسخه كما هو شأن الشروط الفاسدة في البيع[1]، حيث يقول مبينا مذهبه في الشرط الفاسد المقترن بعقد الزواج بأوضح عبارة (فالنكاح المشروط فيه شرط فاسد لم يلزم الشارع صاحبه أن يعقده بدون ذلك الشرط ولا هو التزم أن يعقده مجردا عن الشرط فإلزامه بما لم يلتزم هو ولا ألزمه به الشارع إلزام للناس بما لم يلزمهم الله به ولا رسوله وذلك لا يجوز ولأن الشروط في النكاح أوكد منها في البيع بدليل قوله ﷺ في الحديث (إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج)[2]، فالنكاح لا يجوز إلا بالتراضي والعقد الفاسد لم يرض به العاقد إلا على تلك الصفة فإلزامه بدون تلك الصفة إلزام بعقد لم يرض به وهو خلاف النصوص والأصول)[3].

ترجيح : إن منهج المالكية في تصحيح النكاح الفاسد مما سلف شرحه متوازن وفيه مراعاة المصالح جميعها العامة والخاصة، وكذا إعمال لعموم قواعد الشريعة وتوسط بين الظاهرية الذين فسخوا النكاح مطلقا بكل الشروط الفاسدة وهي عندهم مما لم يرد به نص شرعي وبين جمهور الفقهاء الذين صححوا الزواج مباشرة عند إنشائه، وكما نجدهم قد راعوا اعتبار الرضا في العقد فلم يسقطوا الشرط وحده قبل الدخول لاختلال الرضا بسقوطه ومن ثم فسخوا الزواج قبل الدخول وصححوه بعده[4].

وهو المنهج الراجح في تصحيح الزواج الفاسد بالشرط .

---

[1] – المرجع نفسه ،ج32 ، ص161–162.و عمر الأشقر ؛ أحكام الزواج،مرجع سابق، ص 186.

[2] – سبق تخريجه.

[3] – ابن تيمية ؛ مجموع الفتاوى ، مرجع سابق ،ج32، ص 160 و 161

[4] – الحطاب؛ تحرير الكلام في مسائل الالتزام، مرجع سابق، ص 327

ونعتقد أن الفرق بين الجمهور والمالكية من وجهين :

أ- اولا في المرحلة التي يتم فيها تصحيح عقد الزواج ,فالجمهور صححوا العقد عند إنشائه مع سقوط الشرط الفاسد في أن واحد والمالكية أخروا التصحيح لما بعد فوات الفسخ بالدخول أو تصحيحه ابتداء بإسقاط الشرط بإرادة الشارط لا بقوة الشرع في القول الثاني غير المعتمد.

ب- ثانيا الجمهور اعتبروا عقد الزواج صحيحا مع الشرط الفاسد لكن وجب إسقاط الجزء الفاسد وهو من قبيل البطلان الجزئي بقوة القانون لمخالفة الشرط للنظام العام أو التشريع، والمالكية حكموا بتأثير الشرط الفاسد في عقد الزواج ولكن يمكن تداركه بالتصحيح.

ثانيا: منهج تصحيح الزواج الفاسد بالشرط في القانون.

منهج المشرع الجزائري من خلال الفصل الثالث من الباب الأول من قانون الأسرة 02/05 فهو بين نهج طريقة جمهور الفقهاء في المادة35 ومنهج المالكية في المادة 33 إذ فرق بين مرحلتي العقد الأولى انعقاده قبل الدخول والثانية بعد الدخول، ففسخ في الأولى وصحح العقد في الثانية غير أنه توسع في الأنكحة الفاسدة القابلة للتصحيح في نظره بمقتضى المادة 33 منه، فجعل انعدام الولي والصداق والشاهدين مما يجبر بالتصحيح، وهذا ما لم يقل به المالكية ولا حتى المذاهب الأخرى كالأحناف الذين قالوا بفسخ الزواج إذا انعدم الإشهاد عليه، وأسقط الشرط الفاسد مباشرة[1] مصححا عقد الزواج، وهذه المزاوجة تنم أن المشرع

[1] – في المادة 35 من قانون الاسرة الجزائري 02/05

اختار الرأي الذي رجحه دون تبني نظرية بعينها في تصحيح عقود الزواج الفاسدة، كما أن المدونة المغربية نهجت طريقة المالكية في تصحيح الزواج الفاسد دون الخروج عنه.

وفي مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد جاء (كل شرط مما ينافي النظام الشرعي إذا شرطه أحد الزوجين على الآخر في لعقد كان الشرط باطلا وبطلانه لا يسري إلى العقد بل يكون العقد صحيحا كما لو لم يقع فيه هذا الشرط، ومن أمثلة هذا النوع شرط عدم المهر وشرط الشغار)[1].

ثالثا :سلطة تصحيح عقد الزواج الفاسد.

أ – **تصحيح العقد بمقتضى التشريع:** انطلاقا من نصوص قانون الأسرة الجزائري في الفصل الثالث من الباب الأول وخاصة المواد 33 و35 نجده صحح الزواج الفاسد بقوة القانون حيث أسقط الشرط الباطل وهذا مستفاد من إطلاق العبارة دون الإحالة على القضاء لأنه بطلان جزئي.

وعند استعراض نصوص المذاهب الفقهية نجد إسقاط الشرط الفاسد لا يحتاج الى حكم قضائي فضلا على أنهم اعتبروا العقد صحيحا وإن رفع الى القضاء كان الحكم مقررا كاشفا ولامنشئا.

ب – **تصحيح عقد الزواج الفاسد قضائيا:** وفيه يتمثل دور القاضي في تصحيح العقد بإصدار حكم يلغي الشرط والمطالبة به على سبيل الانتقاص من العقد، وعبارة المالكية ليست

[1] – مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري، ص 120.

صريحة في هذا الشأن وخاصة أن التصحيح بعد الدخول ولكن الأشبه هو أن التصحيح يكون قضائيا لأنه مما يقع التنازع فيه والمطالبة وهو من المسائل المختلف فيها وليست مما أجمع عليه .

رابعا :الأسباب الموجبة لتصحيح عقد الزواج .

1- استقرار الزواج بالدخول : فالرابطة الزوجية التعاقدية لها آثارها الخطيرة التي تنتج عن العقد مباشرة من حرمة مصاهرة وإفضاء الزوجين لبعضهما وربما وجود حمل، كل ذلك يجعل فسخ الزواج في هذه المرحلة ليس كفسخ البيع حيث يقضي الفسخ هناك أن يتراد الطرفان المعقود عليه ويرجع كل منهما الى مركزه القانوني الأصلي، فكيف يمكن تصور حدوث ذلك في الزواج الفاسد؟ إذ عودة الزوجين الى مركزهما قبل العقد من المستحيل ويعبر عنه الفقهاء بفوات منافع البضع ، والشرع أوجب المهر المسمى بالدخول ولو لزم فسخ النكاح لهذا المعنى، فيكون الدخول بالمرأة في النكاح الذي يقبل التصحيح مانعا من الفسخ وحسب قاعدة (إذا اجتمع المانع والمقتضي قدم المانع)[1] يجب التصحيح ما أمكن لوقوع الدخول بالمرأة.

2-تعلق حق الغير بالزواج الفاسد المدخول فيه: وذلك أن يكون قد وقع إنجاب أو حمل فالفسخ في هذه الحالة يدخل الضرر على المولود بغير مبرر ولا يمكن دفع هذا الضرر إلا بمنع الفسخ,فترجح كفة اعتبار الغير مانعا لفسخ الزواج الفاسد المقترن بالشرط لضعف علة الفساد وهو جانب مرجوح في هذه الحالة.

[1] – عبد العزيز محمد عزام؛القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص255.

الفرع الخامس: من صور الانكحة الفاسدة القابلة للتصحيح.

النكاح الأول: زواج المسيار.

أولا-: تعريفه :

أ- **لغة :** على وزن مفعال من السير، وأطلق الناس على هذا الزواج هذه التسمية لان الرجل يسير الى المرأة من الحين الى آخر[1].

ب - اصطلاحا: يعرفه الشيخ يوسف القرضاوي يقول إنه: (زواج شرعي يتميز عن الزواج العادي بتنازل الزوجة فيه عن بعض حقوقها على الزوج، مثل ألا تطالبه بالنفقة، والمبيت الليلي)[2]

ويقول الدكتور أحمد الحجي الكردي في تعريفه: هو أن يتزوج رجل بالغ عاقل إمرأة بالغة عاقلة تحل له شرعاً على مهر معلوم وشهود مستوفين لشروط الشهادة على أن لا يبيت عندها ليلاً إلا قليلاً وأن لا ينفق عليها، سواء كان ذلك بشرط مذكور في العقد ام لا[3].

فزواج المسيار له صورتان:

الصورة الأولى :أن يتم عقد الزواج بين الزوجين مستوفياً جميع الأركان والشروط المطلوبة في العقد من وجود المهر والولي وشاهدي عدل، إلا أن الزوج يشترط في العقد إسقاط النفقة أو

[1] -مركز التميز البحثي؛ الموسوعة الميسرة في فقه القضايا المعاصرة.(ط :1، الرياض : جامعة محمد بن سعود ؛2014)، ج 9 فقه الاسرة ، ص 428

[2] يوسف القرضاوي؛حول زواج المسيار، مجلة المجتمع الكويتية ،العدد 1301 السنة 1977 ، ص 31

[3] – اسامة عمر الاشقر؛ مستجدات فقهية في قضايا الزواج. (لا:ط ؛ الأردن دار النفائس ؛2000)،ص 41

المسكن، بحيث تسكن هي في مسكنها ويأتي الزوج إليها في مسكن مخصص لها، فيكون الزوج غير مكلف بالسكنى والنفقة عليها.

والصورة الثانية: ألا يشترط الزوج إسقاط النفقة، لكن يشترط عدم اللإلتزام بالقسم في المبيت، وهو الأكثر.

ثانيا- التكييف الشرعي لنكاح المسيار:

مقصود الشارع من مشروعية النكاح إنما هو السكن النفسي والاستقرار العائلي ورعاية الأهل والأولاد والمودة والرحمة القائمة تحت سقف الحياة الزوجية لقوله تعالى:﴿وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَـَٔايَـٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴿٢١﴾﴾ الروم: 21)

ونكاح المسيار لا يختلف عن غيره من العقود في الموضوع والماهية فزواج المسيار صحيحٌ من حيث ذات العقد المستوفي لشروطه المعتبرة شرعا، وإنما يختلف عنها في شرطية إسقاط المرأة بعضَ حقوقها ليتسنَّى لها حفظُ عرضها والتعفف بالحلال[1].

غير أنَّ اشتراط إسقاط بعض حقوق المرأة الواجبة على الزوج ،فيه أنَّ الشرط ينافي مقتضى العقد أو يخالف حكما شرعيا ثابتا وقواعد آمرة في قانون الأسرة تنتمي للنظام العام

[1] – أسامة الأشقر ، المرجع السابق ص 46

ومقتضى ذلك أنَّ العقد يصحُّ ويبطل الشرط عند جمهور العلماء و يقع النكاح فاسدًا عند المالكية يفسخ قبل الدخول ويصحح بعده[1].

ولكن بعض الفقهاء أفتوا بفساد هذا النكاح تأسيسا على انعدام مقاصد الزواج فيه وكذا مناقضة مقتضاه إذ لا يجوز إسقاط النفقة عن الزوجة قَالَ تَعَالَىٰ:﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ ﴾ البقرة: 233، وفي قوله صلَّى الله عليه وسلَّم.«وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ »[2]

وللمرأة حقُّ المطالبة بحقِّ المهر والنفقة عليها وعلى الأولاد، لأنَّ شرْطَ إسقاطها عنه فاسدٌ لمخالفته لنظام الزواج من جهةٍ، ولوقوعه في مقابل النصوص الشرعية الآمرة والناهية من جهةٍ ثانيةٍ، لقوله ﷺ«مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ[3]»

ومثل ذلك شرط التنازل عن حقِّها في المبيت أو إسقاطُ القسْم فيه مع زوجاته كأن يكون لها في أيام معينة، أو في النهار دون الليل.

وقد جاء قرار المجمع الفقهي الاسلامي بجوازُه[4] تيسيرًا للمرأة لأسباب الزواج والإنجاب، إعتبارا للمرأة العانس التي تقدَّم بها العمر دون زواجٍ أو تلك التي تزوَّجت لكنَّها فارقت زوجها لموتٍ أو طلاقٍ.

---

[1] – المرجع السابق، ص 48 . وعبد الله المطلق ؛ زواج المسيار.(لا.ط؛ الرياض: دار بن لعبون، د.ت) ص 106

[2] – مسلم؛ الجامع الصحيح، كتاب الحج باب حجة النبي ﷺ،ج 8ص 183مع شرح النووي.

[3] –سبق تخريجه

[4] – القرار رقم 5 سنة 1427هـ ، الدورة 18

ولا يختلف زواج المسيار من حيث الشكل والمضمون عن بعض حالات الزواج السارية في واقع مجتمعنا اليوم مثل العقد الذي يشترط فيه الزوج بسبب ظروف معاشه أن يغيب عن محلِّ إقامة زوجته طيلة فترة عمله، سواءٌ داخل وطنه أو خارجه، وقد لا يأتي إلى زوجته في السنة إلا في فتراتٍ منتظمةٍ أو متقطعة، فإنَّ هذا الزواج وإن لم يُسمَّ مسيارًا إلاَّ أنه يجري العمل به بلا نكيرٍ.

النكاح الثاني : الزواج الصوري

أولا: حقيقة الزواج الصوري:

هي أن يجريَ طرفا النكاح صيغة العقد ويسجلاه رسميا من غير قصد لحقيقته. أو يتلفظ العاقدان بما يتم به عقد النكاح من إيجاب وقبول، دون قصد للنكاح، إنما لتحصيل مصلحة أو دفع مضرة.

ويسمى زواج المصلحة هو نوع حديث من عقود الزواج قائم على قضاء المصالح فقط دون لقاء بين الزوجين، فلا يجمع الزوجين فيه بيتٌ واحد، ولا يتعاشران معاشرة الأزواج[1].

حيث عُرف في بلاد الغرب إذ ليس الغرض منه أن يكون زواجًا مستقرًّا كالزواج الذي نعرفه حيث يجري عقد الزواج مقابل مبلغ من المال يدفعه الرجل إلى المرأة، في مقابل أن تذهب معه إلى مصلحة شرطة الأجانب عند تجديد الإقامة كل سنة، إلى أن يحصل على الإقامة الرسمية، ومن ثم يفسخ العقد ويذهب بعد ذلك كل واحد إلى حال سبيله ،ولا يعاشر

[1] – وصفي عاشور أبوزيد؛ حكم زواج المصلحة في ضوء المقاصد الشرعية للزواج . مجلة الوعي الاسلامي، الكويت العدد 554 التاريخ 2011/9

الرجل المرأة التي عقد عليها أمام السلطات، ولا يخالطها ولا تخالطه ولا يعيش معها، وكما قد يقدم عليه الرجل لأجل أن يحصل هو على الإقامة، قد تفعله المرأة مع الرجل لتحصل على الإقامة و خلال هذه المدة تكون الزوجة محسوبة على زوجها من الناحية القانونية[1].

ثانيا: التكييف الشرعي للزواج الصوري:

اختلف الفقهاء المعاصرون في هذا الزواج بصوره المذكورة ما بين محلل ومحرم حيث لم يرد عند الفقهاء القدماء، وقد ألحقه بعض الفقهاء المعاصرين بنكاح الهازل[2]، فجعلوا فيها قولين:

القول الأول: أنه نكاح صحيح تترتب عليه آثاره، كما في نكاح الهازل عند جمهور أهل العلم، من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة.

القول الثاني: أنه لا يصح ولا تترتب عليه آثاره، وهو قول عند المالكية في نكاح الهازل

رأي المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث:

فصل المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث القول في الصور الثلاث، لأنه هو الذي أوردها، فقال[3]:

حرام يأثم الزوجان عليه، وذلك بسبب منافاة هذا العقد لمقصد الشريعة في الزواج، إذ هو عقد صوري مقصود به أمر آخر غير الزواج، فهو لو استوفى شروط العقد، فإنه لا يحل لهذا

[1] – وصفي عاشور أبوزيد، المرجع السابق ، ص96

[2] – قرارات وفتاوى المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، المجموعتان الأولى والثانية: ص 57–58

[2] – خالد بن عبد الله المصلح؛الزواج الصوري صوره وأحكامه، موقع طريق الاسلام: http://ar.islamway.net/fatwa/41041

[3] – قرارات وفتاوى المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، المجموعتان الأولى والثانية: ص 57–58.

المعنى، وكذلك لأجل أن قانون البلاد لا يسمح به، يتأكد المنع بمجيء هذه الصورة مخالفة لقانون البلد، والقانون هنا متفق مع المقصد الشرعي، كما أن هذه الصورة لا تخلو من شبه بنكاح المتعة الذي حرمه النبي ﷺ كما في حديث سبرة بن معبد أنه كان مع رسول الله ﷺ فقال: «يأيها الناس إني قد كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النساء وإن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة فمن كان عنده منهن شيء فليخل سبيله ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئًا».

وممن قال بالإباحة الشيخ عبد الله بن بية فقد نقل الحالات التي أوردها المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، ونقل إجابة المجلس عليها، ثم عقب قائلا: (قلتُ: إن بطلان هذا العقد ليس صحيحًا؛ فالزواج في الإسلام ليس مقصودًا منه الديمومة والبقاء، وإنما له قصود مختلفة ذكرها النبي ﷺ في قوله:«تنكح المرأة لأربع خصال لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها..»[1]ولهذا فلا عبرة بقصد الطلاق عند النكاح لتحقق هذه القصود أو بعضها بالنكاح، ثم إن الزواج إذا وقع بشروطه فإنه زواج صحيح حتى ولو نوى عدم الاستمتاع بها)[2].

ومدار الخلاف في هذه المسألة وترجيح الرأي فيها، على سببين:

السبب الأول: ومرجع المسألة عند الفقهاء من خلال موقفهم من قاعدة:(العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني)[3] إذ الزواج عقد من العقود.

والتفصيل كالاتي:

---

[1] – سبق تخريجه،

[2]– عبد الله بن بية؛ صناعة الفتوى وفقه الأقليات. (ط:1؛ جدة: دار المنهاج للنشر والتوزيع،2009) ص508–511. الفتوى رقم 16 بتاريخ 2006/08/07م.

[3] – عبد العزيز محمد عزام؛ القواعد الفقهية، مرجع سابق،ص370

أولا: آراء فقهاء المذاهب في اعتبار الألفاظ والمقاصد في العقود.

اختلف الفقهاء في أثر القصود في صحة التصرفات والعقود، فمنهم من اعتبرها دون التفات إلى ظاهر الألفاظ والشروط والموانع، إذ إن الألفاظ موضوعة لمقاصدها ومعانيها، ومنهم من أهدرها ولم يعتبرها واكتفى بالظاهر فقط دون رعاية لمآلات العقود وتحقيق مضامينها ومعانيها.

فالحنفية يغلب عليهم الأخذ بظاهر الألفاظ في العقود، والأهم هو استجماع الشروط دون اعتبار للمعاني والقصود والبواعث، ومن هنا رأوا أن نكاح المحلل صحيح ولا تأثير للشرط في عقد الزواج عندهم وقريب منهم الشافعية فإنهم يعتمدون الظاهر دون النظر للمعاني في العقود، قال الإمام الشافعي: (أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحًا في الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين، وأجزته بصحة الظاهر، ولو نكح رجل امرأة عقدا صحيحا، وهو ينوي أن لا يمسكها إلا يوما أو أقل أو أكثر لم أفسد النكاح إنما أفسده أبدا بالعقد الفاسد.)[1].

وأما المالكية فإنهم يعتبرون البواعث والقصود في العقود، ويحكمون بحلها أو حرمتها، أو بطلانها وصحتها، انطلاقًا من بواعثها ومقاصدها، ولا يتوقفون عند شروطها الظاهرة لنشوئها؛ فإذا أسقطت المقاصد بالشرط كانت آكد في البطلان.

[1] الشافعي ؛ الأم، مرجع سابق،ج3،ص75

والحنابلة فإنهم يعتبرون البواعث والمقاصد في العقود، ولهذا حرموا نكاح المحلل ويقاس عليه الزواج الصوري قال ابن قدامة: (فإن شرط عليه التحليل قبل العقد ولم يذكره في العقد ونواه في العقد أو نوى التحليل من غير شرط، فالنكاح باطل أيضًا)[1] .

وفي كشاف القناع عبارة صريحة واضحة: (لا يصح نكاح المحلل؛ لأنه ليس المقصود منه بقاء المرأة مع زوجها، والعقد لا يقصد به نقيض مقصوده)[2]

والذي يترجح من هذه الأقوال هو ما ذهب إليه المالكية والحنابلة باعتبار النيات والبواعث والقصود، وأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، ولا يعني هذا إهمال تحقق الشروط وانتفاء الموانع، بل لابد من مسايرة الشروط والظواهر للمعاني والمقاصد.

الثاني: أن هناك نصوصًا شرعية تقضي بهذا الرأي ولا يمكن تجاوزها، من ذلك قوله تعالى: « وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا» (سورة البقرة: 231) وهنا حرمة هذه التصرفات إذا كانت بقصد الإضرار، وحديث: « إِ نَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى»[3] وهو أصل في إبطال الحيل وتحريم الوصول إلى أشياء محرمة، وإن كانت الذرائع إليها مشروعة، أو بوسائل ظاهرها الصحة.

وفصل فيها ابن القيم في إعلام الموقعين، والإمام الشاطبي في موافقاته حيث بعد ذكر مقاصد الزواج قال: (وعند ذلك يتبين أن نواقض هذه الأمور مضادة لمقاصد الشارع بإطلاق،

[1] – ابن قدامة؛ المغني ،مرجع سابق.ج 7ص 574

[2] – منصور بن يونس البهوتى الحنبلى؛ كشاف القناع عن متن الإقناع: ج5 (لا:ط؛ بيروت:عالم الكتب1983)، ص 231.

[3] – البخاري؛ الجامع الصحيح، كتاب بدء الوحي، ج1،ص6، رقم1

من حيث كان مآلها إلى ضد المواصلة والسكن والموافقة، كما إذا نكحها ليحلها لمن طلقها ثلاثًا، فإنه عند القائل بمنعه مضاد لقصد المواصلة التي جعلها الشارع مستدامة إلى انقطاع الحياة من غير شرط، إذ كان المقصود منه المقاطعة بالطلاق، وكذلك نكاح المتعة، وكل نكاح على هذا السبيل، وهو أشد في ظهور محافظة الشارع على دوام المواصلة، حيث نهى عما لم يكن فيه ذلك)[1].

والثالث: أننا لو قلنا إن العقود تصح بشروطها وظواهرها دون النظر إلى معانيها ومقاصدها يلزم منه أمور تنزهت عنها الشريعة.

السبب الثاني :أثر الشروط التي تفوت مقاصد الشريعة من الزواج ومقتضاه.

ويمكن تخريج المسألة على الزواج بشرط عدم الحل أو عدم الوطء، جاء في الموسوعة الفقهية (فرَّق الفقهاء في حكم ذلك الاشتراط بين حالتين، حالة اشتراط نفي حل الوطء، وحالة اشتراط عدم فعله

وبيان ذلك فيما يلي:

أ- إذا اشترط في عقد النكاح نفي حل الوطء، بأن تزوجها على أن لا تحل له: فلا خلاف بين أهل العلم في بطلان هذا الشرط، ولكنهم اختلفوا في تأثيره على صحة العقد، وذلك على قولين:

[1] - ابو اسحاق الشاطبي؛ الموافقات، مرجع سابق،ج 3 ص139-140

أحدهما: لجمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة ، وهو بطلان الشرط والعقد معاً وذلك لإخلال ذلك الشرط بمقصود العقد وللتناقض، إذ لا يبقى معه للزواج معنى بل يكون كالعقد الصوري.

والثاني: للحنفية وهو أن الشرط فاسد والعقد صحيح إذ القاعدة عند الحنفية أن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد، وإنما يبطل الشرط دونه.

أما إذا شرط في عقد النكاح عدم الوطء فقد اختلف الفقهاء في حكمه على ثلاثة أقوال أحدها للحنفية والحنابلة : وهو أنه يصح العقد ويلغو الشرط، أما بطلان الشرط فلأنه ينافي مقتضى العقد ويتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد لولا اشتراطه، وأما بقاء العقد على الصحة فلأن هذا الشرط يعود إلى معنى زائد في العقد فلا يبطله والقاعدة عند الحنفية(أن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد وإنما يبطل الشرط دونه).

وثانيها للمالكية: وهو أن الشرط فاسد والعقد فاسد لوقوعه على الوجه المنهي عنه شرعاً ثم اختلف المالكية فيما يترتب عليه بعد الوقوع ، فقيل يفسخ النكاح قبل الدخول وبعده، وقيل يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده ويسقط الشرط وهذا هو المشهور في المذهب.

وثالثها للشافعية: وهو أنه إذا نكحها بشرط أن لا يطأها أو لا يطأها إلا نهاراً أو إلا مرة مثلاً بطل النكاح إن كان الاشتراط من جهتها لمنافاته مقصود العقد، وإن وقع منه لم يضر لأن الوطء حق له فله تركه، والتمكين حق عليها فليس لها تركه)[1].

[1] – الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج 41، ص105

والخلاصة أن القول بصحة الزواج الصوري فيه إهدار قصود الزواج ومعانيه في قوله تعالى:«وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ». (الروم 21) والأشبه بالصواب تحريمه – وهو ماذهب إليه المجلس الأوربي للإفتاء – لأنه يفتح النوافذ أمام ارتكاب الحرام، ويفسد الحياة الاجتماعية والأخلاقية والسياسية، ويفرغ الأحكام الشرعية من مضمونها.

النكاح الثالث : نكاح السر.

أولا: حقيقة نكاح السر:

فذهب جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن نكاح السر هو ما لم يحضره الشهود، أما ما حضره شاهدان فهو نكاح علانية لا نكاح السر.

وللمالكية اصطلاح خاص لنكاح السر وهو ما حضره الشهود وتم اشتراط كتمانه والإيصاء بذلك[1].

واستدلوا على صحته بقول النبي ﷺ (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل)[2]، مفهومه انعقاد النكاح بذلك وإن لم يوجد الإشهار، ولأنه عقد معاوضة فلم يشترط إظهاره كالبيع والمعتبر في الإظهار طريقته وهي الشهادة هنا .

[1] – عبد الفتاح عمرو؛ السياسة الشرعية في الاحوال الشخصية.(ط:1؛عمان الاردن: دار النفائس؛1998)،ص42

[2] – سبق تخريجه

وأخبار الإعلان عنه في أحاديث مثل (أعلنوا هذا النكاح واضربوا عليه بالدف)[1] يراد بها الاستحباب بدليل أمره فيها بالضرب بالدف والصوت وليس ذلك بواجب، وكذلك ما عطف عليه وهو الإعلان يحمل الأمر بالإعلان في النكاح على أن يكون إعلانه بالشهادة، وكيف يكون مكتوما ما شهد به شهود.

وأما نهي النبي ﷺ عن نكاح السر فالمراد به النكاح الذي لم يشهده الشهود بدليل (أن سيدنا عمر رضي الله عنه أتي بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة وقال هذا نكاح السر، ولا أجيزه، ولو كنت تقدمت فيه لرجمت)[2].

وأما المالكية فلهم في حقيقة نكاح السر تفسيران:

الأول وهو استكتام غير الشهود كما لو تواصى الزوجان والولي على كتمه سواء أوصى الشهود بذلك أم لا، والثاني أنه إذا أوصى الشهود على كتمه سواء أوصى غيرهم على كتمه أم لا، ولا بد أن يكون الموصي هو الزوج سواء انضم له غيره كالزوجة أم لا[3].

وهذا إذا لم يكن الكتمان بسبب خوف من ظالم أو نحوه، وأما إذا كان ذلك بسبب خوف من ظالم أو نحوه كأن يأخذ الظالم مثلا مالا أو غيره فالوصية على كتمه خوفا من ذلك لا يضر، كما أنه لا يعتبر نكاح سر أيضا إذا كان بشرط الإيصاء بكتمه بعد العقد.

---

[1] – سبق تخريجه

[2] – مالك؛ الموطا ،كتاب النكاح، باب جامع ما لا يجوز من النكاح ،ج2،ص69

[3] – باي بلعالم؛ مرجع الفروع الى التأصيل من الكتاب والسنة والاجماع الكفيل.ج4 .(ط:1؛الجزائر: دار الوعي للنشر والتوزيع،2009) ، ص132

ثانيا: التكييف الشرعي نكاح السر:

يرى جمهور فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة بناء على حقيقة نكاح السر عندهم أنه نكاح باطل لعدم الإشهاد عليه لخبر عائشة رضي الله تعالى عنها لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل)[1] و صورته التي ذكرها المالكيه حكمها الصحة عند الجمهور، وأما نكاح السر حسب حقيقته عند المالكية فحكمه على الطريقتين أنه يفسخ قبل الدخول كما يفسخ أيضا إذا بعده ما لم يطل، فإن دخل وطال لم يفسخ على المشهور والطول يعود إلى العرف، والفسخ فيه بطلاق لأنه من الأنكحة المختلف فيها، ويعاقب الزوجان في نكاح السر إن دخلا ولم يعذرا بجهل ولم يكونا مجبورين، فإن لم يدخلا أو دخلا ولكن عذرا بالجهل فلا عقاب عليهما، ولا عقاب عليهما كذلك إذا كانا مجبورين وحينئذ العقاب على وليهما[2]، ويعاقب كذلك الشهود إن حصل دخول ولم يعذروا بجهل ولم يكونوا مجبورين على الكتمان.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية في ذلك:(فإن نكاح السر من جنس اتخاذ الأخدان شبيه به، لا سيما إذا زوجت نفسها بلا ولي ولا شهود وكتما ذلك، فهذا مثل الذي يتخذ صديقة ليس بينهما فرق ظاهر معروف عند الناس يتميز به عن هذا، فلا يشاء من يزني بامرأة صديقة له إلا قال تزوجتها ولا يشاء أحد أن يقول لمن تزوج في السر إنه يزني بها إلا قال ذلك. فلا بد أن يكون بين الحلال والحرام فرق مبين.)[3].

---

[1] –سبق تخريجه

[2] –باي بلعالم ؛ المرجع السابق، ص 133

[3] ابن تيمية؛ مجموع الفتاوى. مرجع سابق ، ج32،ص 127

والراجح فساد هذا الزواج وقول المالكية معتبر لان الوسائل شرعت لمقاصدها وليس لصورتها وكذلك الشهادة شرعت لإشهار الزواج وإعلانه ومتى سقط المقصد ونقض لم ينفع وجودها كما أن الكتمان قد يضيع معه نسب الولد وحقوق الزوجة من ميراث ونفقة وقاعدة اعتبار المآلات تقضي بعدم صحة نكاح السر[1].

ملخص المبحث :

تبين أن أكثر المذاهب الأسلامية قائلة بثلاثة آثار لإقتران الشرط الفاسد بعقد الزواج فيه وهي لحوق نوع فساد بالزواج وهذا يقتضي إما الفسخ مطلقا أو تصحيح العقد ومن ثم فالإختلاف في تأثير الشروط الفاسدة في عقد الزواج محصور في قوة التأثير لا في وجوده ، ففي الطرف نجد الحنفية الذين يصرحون بعدم تأثير الشروط الفاسدة يفسخون الزواج المقترن بشرط التأقيت مطلقا، ويصححون باقي عقود الزواج المقترنة بالشروط الفاسدة بما يسمى في القانون بتعديل قيمة الآداء المقابل وهو المهر مع إسقاط الشرط الفاسد .

والمالكية في الطرف الآخر يجعلون للشرط الفاسد تأثيرا موجبا لفساد العقد ولكن الفساد هنا مرتبتان الأولى يفسخ فيها الزواج مطلقا أو قبل الدخول في كل حال والثانية يصحح الزواج معها بشروط منها وقوع الدخول وإسقاط الشرط الفاسد، والشافعية والحنابلة يتوسطون في إعتبار تأثير الشروط الفاسدة في العقد ولكنهم يقولون أيضا بفسخ النكاح حال قوة فساد الشرط بحسب معاييرهم الخاصة، ويصححون ماكان فساد الشرط فيها خفيفا عند بداية نشأة العقد موافقين

[1] – عبد الفتاح عمرو ؛السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، مرجع سابق،ص 46

الحنفية في آلية التصحيح إلا ابن تيمية الذي له منهج خاص ومعتبر في التصحيح يقترب في جانب منه من المالكية ويوافق الحنابلة في مجموعه.

وبهذا وجدنا نكاح المتعة والشغار والتحليل تفسخ عند الجمهور مطلقا للإشتراط الفاسد ونكاح المسيار والنكاح السري مما يقبل التصحيح بإسقاط البنود الفاسدة.

والمشرع الجزائري وإن لم يتطرق لمثل هذه الزيجات لكنه يبطل الزواج بالشرط المناقض لأصل العقد ومقصوده ويصحح الزواج بإسقاط الشروط الفاسدة، مع عدم وضوح للنظرية التي إعتمدها المشرع الجزائري في تحديد الشروط الفاسدة وتأثيرها وهذا إنعكس غموضا في صياغة المواد المتعلقة بها، بخلاف بعض التشريعات العربية التي كانت أكثر ضبطا وصياغة لقضية الشروط الفاسدة وتأثيرها في الزواج.

ومع ذلك إتفق الفقه الاسلامي والتشريعات القانونية للأحوال الشخصية العربية على إعمال مبدأ الفسخ ومبدأ التصحيح في عقود الزواج المقترنة بالشروط الفاسدة وإن إختلف نطاق كل منهما من تشريع ومذهب إلى آخر، وهذا يثبت وجود تأثير للشرط الفاسد في عقد الزواج يختلف قوة وضعفا بحسب النظر الإجتهادي.

كما ثبت لدينا أن الفقه الإسلامي عرف نظرية إنتقاص العقد والبطلان الجزئي، قبل الفقه القانوني بقرون وهي الآلية التشريعية التي إلتزمها الفقه الإسلامي في تصحيح عقود الزواج الفاسدة بالشروط إذا كانت علة فسادها ضعيفة، وقد عرفها القانونيون في إطار العقود المالية وفي نطاق القانون المدني فحسب.

خاتمة

خاتمــة

الزواج أخطر العقود وأهمها في حياة الإنسان على الإطلاق وذلك مقرر في المذاهب الفقهية والاعتبار القانوني فهو رابطة تمتد مع العمر إلى نهايته، وتتناول وتشمل صفحة الحياة وعمقها لكل من الزوجين فتتجلى فيها الشراكة الاجتماعية في أسمى معانيها لاختصاص كل من الزوجين بقرينه اجتماعيا وقانونيا وبمقتضى المصالح الحياتية المشتركة بينهما، وهذا ما جعل للزواج خصوصية تشريعية في الإسلام وعند المشرع الجزائري، حيث آثاره تتجاوز الزوجين الى عائلتيهما بروابط النسب والمصاهرة بل تتجاوزهما الى المجتمع العام والأمة ،لأن الأسرة التي هي غاية الزواج تمثل المكون الأساسي للمجتمع، ولهذا وجدنا الشريعة الإسلامية تعنى بتفاصيل أحكامه سواء في نصوص الوحي كتابا وسنة أو على مستوى الفقه الاجتهادي، وانعكس هذا على التشريع الجزائري والتشريعات العربية.

لأجل هذه المعاني كان الزواج أولى العقود أن يتأسس على مبدأ الرضا فلا يقدم عليه كل من الزوجين إلا بعد روية وتثبت ورضا لأنه سيجعل للآخر سلطانا على حياته وشريكا له فيها ، وهذا ما جعل الشارع الحكيم يشترط في هذا العقد الولي والشهود وشروطا أخرى حماية لحق الغير وحماية للنظام العام باعتباره عقد يتعدى أثره عاقديه الى الغير و المجتمع العام، والفقه الإسلامي اختلفت مذاهبه في تفاصيل كثيرة من أحكام الزواج وشروطه والمشرع الجزائري في قانون الأسرة 02/05 تخير منها أصلح وأصوب الآراء فوفق في كثير وفي بعضها ينتقد عليه لضعف مأخذه ومبرره ومخالفته لعموم آراء الفقه الإسلامي.

ولما كانت آثار الزواج المباشرة تتعلق بلا شك بالزوجين فقد يتواعدا قبل الزواج على رعاية مصالح بعضهما ولمزيد من الإستيثاق يشترط بعض الأزواج على أزواجهم عند العقد شروطا يحفظون بها مصالحهم التي يخشون عليها من الفوت بعد الزواج والتي يرون أنها مناط سعادتهم و لا استقرار للزواج بدونها.

ومن هنا جاءت عناية المشرع الجزائري بالشروط في عقد الزواج إذ لم يغض الطرف عن هذا الجانب وأعطى لكل من الزوجين الحق في اشتراط ما فيه مصلحته دون مناقضة التشريع المنظم للزواج في المادة رقم (19) من قانون الأسرة 02/05 وهو في هذا متبع أثر الفقه المالكي والحنبلي .

وبما أن دراستنا دارت على الاشتراطات الفاسدة في عقد الزواج ، فقد تحرينا تحديد حقيقتها وعلل فسادها ونطاقها وأثرها عليه من حيث وجوب فسخه أو إمكانية تداركه وتصحيحه ، وخلصنا من كل ذلك الى النتائج التالية:

1-سار المشرع الجزائري مع الفقه الإسلامي في اعتبار الزواج عقدا رضائيا أساسه إرادة الزوجين وغايته بناء أسرة على أساس المودة والرحمة .

2-الركن الضروري لانعقاد الزواج ووجود حقيقته الشرعية هو ركن الرضا المعبر عنه بالصيغة إيجابا وقبولا، وفي الفقه الإسلامي الركنية تتمثل في الصيغة، وبقية عناصر العقد هي من مقومات العقد ولوازم وجوده والاختلاف الفقهي واقع في طبيعتها وأثر اختلالها.

3-محل عقد الزواج ليس المتعة أو امتلاك الانتفاع بالمرأة بل هو المعاشرة الزوجية والحياة المشتركة بين الزوجين وموضوعه هو حل هذه المعاشرة والحياة المشتركة بينهما.

4-أثار الزواج من حقوق والتزامات تتناولها قواعد قانونية ملزمة وتحديدها من حق المشرع وليس لإرادة المتعاقدين مناقضتها.

5-آثار الزواج والحقوق الثابتة به هي من قبيل النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها أو مناقضتها إلا وفق ما يسمح به التشريع نفسه، فيكون من حق الزوجين الاشتراط في عقد الزواج بما يحقق مصلحة للمشترط دون مناقضة نصوص التشريع المنظم للزواج أو المقصود الشرعي من الزواج.

6-الزواج الباطل غير منعقد البتة فلا أثر له لأنه معدوم وأقرب ما يكون للزنا غير أن صورة العقد تقوم في الفقه الإسلامي شبهة تدرأ العقوبة بشرط الجهل بالتحريم.

7-الزواج الفاسد منعقد فاقد للمشروعية ولذلك وجب فسخه ويقوم الدخول كواقعة مادية سببا مع العقد الفاسد لثبوت بعض آثار الزواج الصحيح.

8-الزواج الفاسد بحسب ضعف أو قوة علة الفساد فيه قد يمكن تداركه وتصحيحه بعد واقعة الدخول رعاية لحق الغير واستقرار لرابطة الزواج ولخطورة آثار فسخه اعتبارا للمصالح والمفاسد.

9-الشروط الفاسدة في الزواج مما اتسع فيها الخلاف في الفقه الإسلامي ولم تنضبط عند المشرع الجزائري انعكاسا لذلك في المادتين 32و 35 من قانون الأسرة 02/05 فجاءت متناقضة في ظاهرها.

10- الشروط الفاسدة لها تأثير في فساد الزواج المقترنة به عند المالكية بخلاف الجمهور الذين يرون ضعف تأثيرها بحيث لا يمس بصحتها وبرأيهم أخذ المشرع الجزائري .

11- نظرية تصحيح العقد الفاسد أنضج ما تكون عند المالكية حيث فرقوا بين حالة الدخول فيه من عدمه، والمشرع الجزائري أخذ بها في غير محلها عندهم.

12- نظرية انتقاص العقد والبطلان الجزئي التي عرفها الفقه القانوني في نطاق القانون المدني حديثا عرفها الفقه الإسلامي قبل ذلك في إطار انتقاص الشروط الفاسدة في عقد الزواج الفاسد.

13- البطلان الجزئي في القانون يقابل نظرية فساد العقد في الفقه الإسلامي بجامع علة المشابهة أن كلا منهما يخالف البطلان الكلي في قابليته للتصحيح.

14- نظرية فسخ الزواج الفاسد فيها اختلاف كبير بين مدارس الفقه الإسلامي حسب قواعد كل مذهب ،والمشرع الجزائري في هذا خالفها جميعا في بعض الحالات مثل المادة (33) من قانون الأسرة 02/05.

15- كما أن عقد الزواج جاءت أحكامه بقواعد آمرة فإن تصحيح الزواج الفاسد بالشرط يتم تصحيحه بقوة التشريع أو بالقضاء بحسب قوة فساده ، ولا دخل لإرادة المتعاقدين

في تصحيحه إلا على رأي ابن تيمية وقول عند المالكية عند إسقاط العاقد شرطه الفاسد.

16-المشرع الجزائري لم يكن واضحا في صياغة الفصل الثالث من الباب الأول من قانون الأسرة 02/05 ومن حيث تقسيم الزواج غير الصحيح الى باطل وفاسد وأتبعه ضبابية في صياغة المواد المتعلقة بالشروط الفاسدة،على نقيض المدونة المغربية وقانون الأحوال الشخصية الأردني والكويتي الذين كانت صياغتهم جيدة وقد نصوا على تفاصيل كثيرة تجاهلها المشرع الجزائري في هذا الباب .

17-الشرط الفاسد في التشريعات العربية وعند المشرع الجزائري المتعلقة بالأسرة يفتقر إلى تحديد معاييره وضبطه بدقة وهذا مما يترك الباب واسعا أمام الاجتهاد القضائي في تصحيح وإبطال الزيجات.

توصيات:

1-الزواج الباطل والفاسد من المباحث التي تحتاج الى مزيد من الكتابة فيها والتحقيق فيها بما يقرب من صياغة راجحة تجمع في نظم واحد الأنكحة الفاسدة بنص الشرع والفاسدة بمفهومه ومقتضى القواعد والأصول تستند إليها التشريعات الأسرية في أحكامها.

2-عقد الزواج يختلف في طبيعته وقواعده ومصادر استمداده عن العقود المعروفة في القانون المدني، ومن ثم ينبغي لخصوصيته اعتباره عقدا مستقلا وصياغة نظرية خاصة به.

3-الشروط الفاسدة المقترنة بعقود الزواج لم تنل العناية والدراسة كنظرية متكاملة، حيث تختلف عن الشروط الفاسدة في غيره من العقود من حيث طبيعتها ومعاييرها ونطاقها وأثرها .

4-فكرة تصحيح عقد الزواج الفاسد لاقترانه بشروط فاسدة كانت أكثر نضجا وصناعة فقهية عند المالكية وابن تيمية ومن ثم نقترح دراسة متكاملة لتصحيح عقد الزواج الفاسد في القانون والفقه الإسلامي .

5-فسخ الزواج الفاسد يختلف عن فسخ بقية العقود من حيث الأسس والقواعد الضابطة ورغم ما كتب فيه لكن لم يصنف فيه- حسب إطلاعي- ما يحدد معالم نظرية يستهدي بها المشرع في تشريعه.

المصادر و المراجع

المصادر :

القرآن والتفسير

1) القرطبي أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري؛ أحكام القرآن، تحقيق:عرفات العشا.ج5، (ط:لا، بيروت،دار الفكر ،1995).

2) بن العربي ابو بكر (543هـ)؛ أحكام القرآن، تحقيق :على محمد البجاوي.ج 2(ط:لا؛ بيروت، دار المعرفة؛ ت،لا).

3) ابن عاشور محمد الطاهر؛ تفسير التحرير والتنوير، (ط:1، تونس: الدار التونسية للنشر، 1984)

كتب الحديث وشروحه

4) ابن الجوزي ابو الفرج(597هـ)؛ في مسائل الخلاف، تحقيق: مسعد عبد الحميد السعدني .(ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية ،1994).

5) ابن العربي ابو بكر (543هـ)؛ المسالك في شرح الموطأ مالك، تحقيق محمد بن الحسين السليماني وعائشة بنت الحسين السليماني (ط:1؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي،2007)ج5.

6) ابن دقيق العيد تقي الدين ابي الفتح ؛ أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام. (ط:لا؛ بيروت:دار الكتب العلمية:د.ت).

7) ابن رجب الحنبلي؛ جامع العلوم والحكم، تحقيق عصام الدين الصبابطي (ط:لا؛ القاهرة، دار الحديث؛ 2004).

8) ابن ماجه محمد بن يزيد القزويني ؛ جامع السنن، تحقيق:محمد فؤاد عبد الباقي.(لا.ط، دمشق: دار إحياء الكتب العربية، د.ت)

9) ابو بكر بن العربي؛ عارضة الأحوذي بشرح الترمذي، تحقيق: صدقي جميل العطار. (لا.ط ، بيروت: دار الفكر، 1995).

10) ابو داوود سليمان بن الأشعث ؛جامع السنن، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد. (لا.ط؛ بيروت: المكتبة العصرية، د.ت).

11) أحمد بن حنبل؛ المسند، تحقيق: شعيب الأرنؤوط .(ط:1؛بيروت:مؤسسة الرسالة،2001)

12) الباجي أبو الوليد سليمان بن خلف(494 هـ)، المنتقى شرح الموطأ، تحقيق: محمد عبد القادر أحمد عطا.(ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية،1999).
13) البخاري؛ الجامع الصحيح، تحقيق:محمد زهير بن ناصر الناصر.(ط:1؛ دار طوق النجاة، 1422 هـ).
14) البيهقي أبو بكر أحمد بن الحسين الخراساني؛ السنن الكبرى،تحقيق:محمد عبد القادر عطا. (ط:3؛ بيروت:دار الكتب العلمية،2003).
15) الترمذي؛ محمد بن عيسى بن سورة، تحقيق: احمد محمد شاكر.(ط:2؛ مصر: شركة ومكتبة مصطفى البابي الحلبي،1975).
16) الدارقطني ابو الحسن علي بن عمر؛ سنن الدارقطني، تحقيق: شعيب الارنؤوط.(ط:1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة،2004).
17) السيوطي؛ الجامع الصغير، تحقيق: محمد بن علي جيلاني، (لا:ط؛القاهرة : المكتبة التوفيقية، د.ت).
18) الشوكاني محمد بن على ؛ نيل الأوطار، ج 6،(ط:لا،بيروت،دار الجيل ؛لا:ت) .
19) الطبراني سليمان بن أحمد اللخمي؛ المعجم الكبير حقيق حمدي بن عبد المجيد السلفي.(ط:2؛ القاهرة: مكتبة ابن تيمية،1994).
20) العسقلاني ابن حجر ؛ فتح الباري بشرح صحيح البخاري،ج5(لا.ط ؛ بيروت: دار المعرفة، 1979).
21) النسائي ابوعبد الرحمن احمد بن شعيب الخرساني؛ تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي. (ط:1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة،2001).
22) النووي محيي الدين؛ المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج ،(ط:3؛ بيروت، دار المعرفة، 1996)
23) زكريا بن غلام قادر الباكستاني ،ما صح من الآثار عن الصحابة. (ط:1؛جدة،دار الخراز، 2000).
24) عتر نور الدين ؛ إعلام الأنام شرح بلوغ المرام،ج الأسرة(ط:7؛ د. ن،1999).
25) مالك؛ الموطأ، (لا.ط ؛ بيروت: دار إحياء التراث العربي،1985)
26) مسلم؛الجامع الصحيح،تحقيق:محمد فؤاد عبد الباقي.(لا.ط؛ بيروت:دار إحياء التراث العربي، د.ت)

القوانين:

27) قانون الأسرة الجزائري رقم 02/05 الصادر في 2005/02/27.

28) القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر58/75 بتاريخ 1975/09/26

29) قانون الأسرة اليمني، الصادر بقرار 20 بتاريخ 1992 والمعدل بتاريخ1999

30) قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 5061 الصادر بتاريخ 2010/10/17

31) القانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بمرسوم59 وبتاريخ 1953/09/07 مع مشروع التعديل

32) قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 الصادر بتاريخ1959/12/19

33) مجلة الأحوال الشخصية التونسية الصادرة في 1956/08/13

34) مدونة الأسرة المغربية 70/03 الصارة بتاريخ 22004/2/3

35) قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28 لسنة 2005

36) قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 الصادر في 1984

37) وثيقة مسقط للأحوال الشخصية لدول مجلس التعاون الخليجي، الصادرة في 2001 .

38) مشروع قانون الاحوال الشخصية الموحد ،(ط:1؛دمشق ،دار القلم؛1996).

مصادر الفقه الإسلامي:

مصادر المذهب الحنفي:

39) ابن النجيم زين الدين الحنفي؛ الأشباه والنظائر،تحقيق :محمد مطيع الحافظ .(ط:1؛دمشق:دار الفكر،1999) .

40) ابن الهمام كمال الدين محمد ، فتح القدير؛ تحقيق عبد الرزاق غال المهدي.ج5،(ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية،2003)

41) ابن عابدين محمد أمين؛ رد المحتار على الدر المختار، تحقيق عادل احمد عبد الموجود وعلي محمد معوض. ج4 ،(ط:خاصة؛ الرياض:عالم الكتب2003) .

42) الحموي احمد بن محمد الحنفي ؛ غمز عيون البصائر بشرح الأشباه والنظائر، ج3. (ط:1؛ بيروت:دار الكتب العلمية،1985).

43) الدهلوي شاه ولي الله بن عبد الرحيم ؛ حجة الله البالغة،تحقيق محمد شريف سكر.ج2 (ط:2؛ بيروت: دار إحياء العلوم،1992).

44) الزيلعي فخر الدين عثمان بن علي الحنفي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج2، (ط:1؛ مصر: المطبعة الأميرية، بولاق،1314).
45) السرخسي شمس الأئمة؛ المبسوط (ط:لا؛بيروت،دار المعرفة؛لا:ت) .
46) العمادي حامد علي بن إبراهيم الحنفي؛ اللمعة في تحريم نكاح المتعة(ط:1؛الأردن:دار ابن الجوزي، 1425 هـ)
47) القدوري أبي الحسين احمد بن محمد بن جعفر البغدادي الحنفي؛ التجريد، تحقيق محمد احمد سراج وعلي جمعة.ج9 ،(ط:1؛القاهرة:دار السلام،2004).
48) الكاساني علاء الدين ؛ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع؛ تحقيق: علي معوض وعادل أحمد عبد الموجود.(ط:1؛بيروت:دار الكتب العلمية، 1997)
49) اللكنوي ابي الحسنات أحمد عبد الحي؛ الفوائد البهية في تراجم الحنفية، تحقيق: محمد بدر الدين النعماني. (لا.ط؛ القاهرة:دار الكتاب الإسلامي،د.ت)

مصادر المذهب المالكي:

50) ابن الحاجب جمال الدين؛ جامع الأمهات، تحقيق: ابو عبد الرحمن الأخضر الأخضري. (ط:2؛ بيروت:دار اليمامة،2000) .
51) ابن بزيزة ابي محمد عبد العزيز التونسي؛ روضة المستبين، شرح التلقين،تحقيق عبد اللطيف زكاغ. (ط:1؛ بيروت، دار ابن حزم؛ 2010م)
52) ابن جزي محمد ؛ القوانين الفقهية،(ط.لا؛ بيروت،دار الكتب العلمية، لا:ت)
53) ابن رشد الجد؛ المقدمات الممهدات، تحقيق محمد حجي (ط:1؛ بيروت، دار الغرب الإسلامي؛ 1988).
54) ابن رشد الجد؛ البيان والتحصيل،تحقيق محمد عبد الله ولد كريم، ج4، (ط:1؛ بيروت : دار الغرب الإسلامي، 1992) .
55) ابن طاهر الحبيب؛ الفقه المالكي وأدلته.ج3، (ط:3؛ بيروت، دار المعارف؛ 2003)
56) ابن عبد البر أبي عمر يوسف ، الكافي.(ط:3؛بيروت:دار الكتب العلمية،2002)
57) ابن عبد البر؛ الاستذكار، تحقيق ،سالم محمد عطا ومحمد علي معوض، ج5، (طك1؛ بيروت، دار الكتب العلمية، 2000)
58) ابن عبد الحكم ابي محمد عبد الله بن أعين المالكي؛ المختصر الكبير، تحقيق احمد بن عبد الكريم نجيب، (ط:1؛ القاهرة: منشورات مركز نجيبويه،2011).

59) ابن فرحون ابي عبد الله محمد؛ المسائل الملقوطة من الكتب المبسوطة ،تحقيق جلال علي القذافي(ط:1؛ بيروت، دار ابن حزم،2003)
60) ابي الحسن علي بن عبد السلام التسولي؛ البهجة شرح التحفة، تحقيق محمد عبد القادر ج1(ط:1؛بيروت،دار الكتب العلمية1998)
61) ابي عمر يوسف ابن عبد البر ؛ الكافي.(ط:3؛بيروت:دار الكتب العلمية،2002)
62) ابي عمران عبيد بن محمد الفاسي؛ النظائر في الفقه المالكي،تحقيق:علي جلال الجهاني.(ط:2؛ بيروت: دار البشائر الإسلامية،2010)
63) البقوري ابي عبد الله محمد بن ابراهيم ؛ ترتيب فروق القرافي،تحقيق الميلودي بن جمعة والحبيب بن طاهر.(ط:1؛بيروت، مؤسسة المعارف .2003).
64) الجعلي عثمان المالكي؛ سراج السالك شرح أسهل المسالك.(لا.ط؛ الجزائر: مؤسسة العصر، د.ت)
65) الحطاب ابو عبد الله محمد بن محمد الرعيني؛ تحرير الكلام في مسائل الالتزام، تحقيق عبد السلام محمد الشريف. (ط:1؛ بيروت: دار الغرب الإسلامي ، 1984).
66) الحطاب أبو عبدالله شمس الدين محمد بن محمد بن عبد الرحمن بن حسين الرعيني؛ مواهب الجليل، تحقيق: زكريا عميرات.ج5 ،(ط:1؛بيروت ،دار الكتب العلمية؛1995).
67) خليل بن إسحاق، التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب،ج3 ، حققه،احمد بن عبد الكرين نجيب. (ط:1؛ مركز نجيبويه للمخطوطات، د.ت).
68) الدردير أبي البركات احمد بن محمد؛ الشرح الصغير، تحقيق مصطفى كمال وصفي.ج2 (ط:لا؛ القاهرة،دار المعارف، لا:ت)
69) الدسوقي محمد بن احمد بن عرفة ،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير.ج3، (ط:1؛ بيروت، دار الكتب العلمية؛ 1996)
70) الرصاع ابي عبد الله محمد الأنصاري؛ شرح حدود ابن عرفة،تحقيق محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري. ج1 (ط:1؛بيروت،دار الغرب الإسلامي؛ 1993)
71) الشاطبي أبو إسحاق إبراهيم بن موسى؛ الموافقات،(ط:لا، بيروت، دار الكتب العلمية؛ت:لا)
72) عليش محمد ؛ منح الجليل ، ج3،(ط:1؛ بيروت ،دار الفكر1989م.)

73) الفندلاوي ابي الحجاج يوسف ؛ تهذيب المسالك في نصرة مذهب مالك،ج4. (لا.ط؛المغرب:وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية،1998)
74) القاضي عبد الوهاب ابو محمد بن نصر البغدادي المالكي ؛ المعونة، تحقيق حميش عبد الحق.ج2 (ط:لا؛بيروت،دار الفكر؛1999).
75) القاضي عبد الوهاب أبو محمد بن نصر البغدادي المالكي؛الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تحقيق الحبيب بن طاهر، (ط:1؛بيروت: دار ابن حزم ،1999)
76) القاضي عياض أبي الفضل بن موسى اليحصبي؛ التنبيهات المستنبطة على كتب المدونة والمختلطة.تحقيق احمد عبد الكريم نجيب.(ط: ،القاهرة،المكتبة التوفيقية،).
77) القرافي ؛ الذخيرة، تحقيق محمد حجي. ج4،(ط:1؛ بيروت، دار الغرب الإسلامي؛1994)
78) القرافي ؛ شرح تنقيح الفصول، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد.(ط:1؛ القاهرة، دار الفكر ومكتبة الكليات الأزهرية؛1973)
79) القرافي شهاب الدين؛ الفروق(ط:لا؛بيروت،عالم الكتب،لا:ت)
80) اللخمي أبو الحسن؛ التبصرة، تحقيق احمد عبد الكريم نجيب ج4.(ط:لا، قطر، إصدار وزارة الأوقاف، لا:ت)
81) المازري ابو عبد الله محمد بن علي؛ شرح التلقين، تحقيق محمد المختار السلامي، المجلد5، ج2 (ط:1؛ بيروت، دار الغرب الإسلامي،2008)
82) محمد باي بلعالم؛ مرجع الفروع إلى الأصول،(ط:1؛الجزائر:دار الوعي،2009)
83) مخلوف محمد بن محمد؛ شجرة النور الزكية في طبقات المالكية.(لا.ط؛بيروت: دار الكتاب العربي، د.ت)
84) المقري؛ القواعد الفقهية، تحقيق:محمد الدروابي.(ط:1؛بيروت:دار ابن حزم،2014)
85) المقري؛ الكليات الفقهية،تحقيق محمد بن الهادي أبو الأجفان،(لا.ط؛ بيروت؛الدار العربية للكتاب،1997) .
86) ميارة أبي عبد الله محمد بن احمد المالكي ت (1072هـ)،شرح ميارة الفاسي ،تحقيق عبد اللطيف حسن عبد الرحمن.ج1،(ط:1؛ بيروت،دار الكتب العلمية؛2000).
87) الونشريسي؛ تحقيق: محمد حجي، المعيار المعرب، الجزء الثالث، نوازل النكاح، دار الغرب الإسلامي، المغرب، 1981.

مصادر المذهب الشافعي:

88) ابن المنذر ابي بكر محمد بن إبراهيم النيسابوري؛ الأوسط في السنن والاجماع والاختلاف، تحقيق:ياسر كمال.(ط:2؛ مصر: دار الفلاح، 2010)

89) الجويني ابو المعالي؛ غياث الأمم عند التياث الظلم، تحقيق عبد العظيم الديب. (ط:2؛ القاهرة: مكتبة إمام الحرمين1401هـ)

90) الجويني ابو المعالي؛ نهاية المطلب في دراية المذهب.ج12.(ط:1؛ جدة: دار المنهاج للنشر والتوزيع؛2007).

91) الروياني ابي المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل؛ بحر المذهب في فروع المذهب الشافعي، تحقيق طارق فتحي السيد.ج9 (ط:1؛ بيروت:دار الكتب العلمية،2009).

92) الزركشي بدر الدين محمد بن بهادر الشافعي ؛ منثور القواعد ،تحقيق تيسير فائق احمد محمود. ج2 ،(ط:1؛ القاهرة،وزارة الأوقاف المصرية؛1982)

93) السبكي تاج الدين؛ الأشباه والنظائر،تحقيق عادا أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض. (ط:1؛ بيروت:دار الكتب العلمية،1991).

94) السبكي تاج الدين؛ طبقات الشافعية،تحقيق:محمود محمد الطناحي، وعبد الفتاح محمد الحلو. (ط:2؛ الرياض: هجر للطباعة والنشر،1413هـ)

95) العلائي صلاح الدين خليل كيكلدي الشافعي(761هـ)؛ المجموع المذهب في قواعد المذهب، تحقيق مجيد علي العبيدي وأحمد خضير عباس، ج1 (لا:ط ؛عمان، الأردن: دار عمار للنشر والتوزيع، 2004).

96) العلائي صلاح الدين خليل كيكلدي الشافعي، تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد، تحقيق إبراهيم محمد سلقيني، (ط:1؛ دمشق: دار الفكر،1982

97) الغزالي ابي حامد محمد الطوسي؛ الوسيط في المذهب، تحقيق محمد محمد تامر.ج5، (ط:1؛ القاهرة: دار السلام للطباعة والنشر،1997).

98) الماوردي؛ الحاوي الكبير؛ تحقيق علي محمد معوض وعادل احمد عبد الموجود.ج9، (طك1؛ بيروت: دار الكتب العلمية؛1994)

99) المحلي حسين بن محمد الشافعي؛ الإفصاح عن عقد النكاح على المذاهب الأربعة، تحقيق :علي محمد معوض وعادل احمد عبد الجواد.(ط:1؛حلب:دار القلم العربي، 1995)

100) محمد الخطيب الشربيني؛ مغني المحتاج، تحقيق:محمد خليل عيتاني. ج3،(ط:1؛ بيروت:دار المعرفة؛ 1997).

101) محمد بن إدريس الشافعي؛ الأم، ج3.(ط:لا؛ بيروت: دار المعرفة، 1990)
102) النووي محيي الدين؛ المجموع شرح المهذب.تحقيق محمود مطرجي، (ط:لا؛بيروت:دار الفكر، 2005)

مصادر المذهب الحنبلي:

103) ابن القيم الجوزية؛ زاد المعاد،تحقيق: شعيب الأرنؤوط وعبد القادر الأرنؤوط. ج4 ،(ط:6؛ بيروت: مؤسسة الرسالة،1984).
104) ابن القيم الجوزية؛ علام الموقعين؛ تحقيق بشير محمد عيون. (ط:1؛ دمشق : مكتبة دار البيان؛ 2000).
105) ابن اللحام علي بن عباس البعلي الحنبلي؛ القواعد والفوائد الأصولية، تحقيق محمد حامد الفقي.(ط:لا؛ القاهرة: مطبعة السنة المحمدية، 1956)
106) ابن النجار محمد بن احمد الفتوحي الحنبلي؛ معونة أولى النهى شرح منتهى الإرادات تحقيق عبد الملك بن عبد الله دهيش.ج9، (ط:5؛ مكة: مكتبة ألأسدي،2008).
107) ابن تيمية تقي الدين الحراني الحنبلي؛ أحكام الأسرة، تحقيق محمد عبد القادر عطا. (ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية،1988).
108) ابن تيمية؛ مجموع الفتاوى؛ تحقيق عبد الرحمان بن محمد بن قاسم،ج29و 32.(ط:خاصة، المدينة المنورة: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف، 2004)
109) ابن تيمية؛ نظرية العقد، (ط:لا؛القاهرة:مركز الكتاب للنشر،لا:ت)
110) ابن تيمية؛ بيان الدليل في تحريم التحليل، تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي، (ط:1؛ بيروت: المكتب الإسلامي،1998).
111) ابن رجب الحنبلي؛ الذيل على طبقات الحنابلة،تحقيق: عبد الرحمن بن سليمان العثيمين. (ط:1؛ الرياض: مكتبة العبيكان ،2005)
112) ابن رجب زين الدين عبد الرحمن الحنبلي؛ تقرير القواعد وتحرير الفوائد ،تحقيق ابو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان،ج3.(ط:1؛ الأردن: دار ابن عفان، د.ت).
113) ابن قدامة ابي عبد الله محمد بن احمد المقدسي ؛ المغني على مختصر الخرقي، تحقيق عبد السلام محمد علي شاهين.(ط:1؛بيروت: دار الكتب العلمية؛1994)، ج6

114) البهوتى منصور بن يونس بن إدريس الحنبلى؛ كشاف القناع عن متن الإقناع: ج5 (لا:ط؛ بيروت:عالم الكتب1983).

مصادر المذهب الظاهري:

115) ابن حزم أبو محمد علي ؛ المحلى.ج9 ،(ط:لا؛بيروت: دار الكتب العلمية، لا:ت).

المراجع الحديثة:

المراجع العامة في القانون:

116) أبو الليل ابراهيم الدسوقي؛ البطلان الجزئي للعقود والتصرفات(ط:1؛ الكويت: مطبوعات جامعة الكويت،1998)

117) أبو سعد محمد شتا ؛ أحكام العقود المعلقة على الشرط، (لا.ط القاهرة، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2000).

118) بلعيور عبد الكريم ؛ نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، (لا:ط؛ الجزائر:المؤسسة الوطنية للكتاب،1986.

119) بن شويخ الرشيد ؛ دروس في النظرية العامة للالتزام.(ط:1؛الجزائر،الدر الخلدونية،2008).

120) جعفور محمد سعيد ؛ نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الاسلامي،(لا:ط؛ الجزائر: دار هومة،1998).

121) حسني محمد عباس؛العقد في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي. (ط:1؛ د.ن،1993)

122) سراج محمد احمد ؛ نظرية العقد .(ط:لا؛القاهرة: دار المطبوعات الجامعية؛1998).

123) السنهوري عبد الرزاق ؛ الوسيط في شرح القانون المدني. ج1(ط:لا؛القاهرة:دار احياء التراث العربي، د:ت) .

124) السنهوري عبد الرزاق ؛ مصادر الحق في الفقه الإسلامي. (ط:2؛ لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية، 1998.)

125) الشرقاوي جميل؛ نظرية بطلان التصرف .(ط:لا؛القاهرة:مطبوعات جامعة القاهرة؛1956) .

126) طليس، صالح المنهجية في القانون.(ط:1؛بيروت،منشورات زين الحقوقية،2010)

127) عرفة عبد الوهاب؛ الفسخ والانفساخ والتفاسخ، (ط:لا؛ القاهرة: دار مجد ؛لا:ت)

128) فودة عبد الحكيم ؛ البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة. (ط:2؛ المنصورة ، مصر: دار الفكر والقانون ،1999).
129) فيلالي علي ؛ الإلتزامات النظرية العامة للعقد .(ط:2؛الجزائر:دار موفم للنشر ؛2005).
130) محسن منصور حاتم؛ فكرة تصحيح العقد.(ط:لا؛القاهرة،دار الكتب القانونية؛2010)
131) محمصاني صبحي؛ النظرية العامة للموجبات والعقود،(ط:2؛ بيروت: دار العلم للملايين، 1972).
132) محمود هند فالح ؛ نظرية البطلان في القانون المدني،(ط:1؛ الامارات المتحدة: دار الكتاب، 2015) .
133) مكي ريما فرج؛ تصحيح العقد .(ط:1؛لبنان:المؤسسة الحديثة للكتاب،2011).

المراجع العامة الحديثة في الشريعة الاسلامية:

134) ابراهيم ايمن حمزة عبد الحميد ؛ القواعد الاصولية وتطبيقاتها عند شيخ الاسلام ابن تيمية (ط:1؛ القاهرة : دار اليسر؛ 2012).
135) أبو زهرة محمد ؛ أصول الفقه، (لا.ط؛ القاهرةط: دار الفكر العربي، د.ت).
136) أبو زهرة محمد ؛ الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية،(دار الفكر العربي 1996).
137) أبو سنة أحمد فهمي ؛ العرف والعادة في رأي الفقهاء.(ط:2؛ د.ن؛ 1992).
138) أديب صالح محمد ؛ تفسير النصوص في الفقه الاسلامي.ج2 (ط:3؛ بيروت: المكتب الاسلامي،1984).
139) الباحسين يعقوب بن عبد الوهاب ؛المفصل في القواعد الفقهية. (ط:2؛الرياض:الدار التدمرية،2011)
140) البرعي السيدة عبد المنعم عبده؛الفساد في عقود المعاملات ،(ط:1؛الاسكندرية :مكتبة الوفاء القانونية،2015)
141) بلعالم محمد باي ؛مرجع الفروع الى التأصيل من الكتاب والسنة والاجماع الكفيل.ج4 .(ط:1؛الجزائر:دار الوعي للنشر والتوزيع،2009).
142) بلكا إلياس؛ الاحتياط . (ط:1؛بيروت:مؤسسة الرسالة ناشرون،2003)
143) البلوشي ابراهيم بن حسن بن سليمان ؛ التقاسيم الفقهية وأثرها في الخلاف الفقهي.(ط:1؛ عمان،الدار الأثرية،2010)

144) بن الشيخ محمد الامين ولد محمد سالم؛ مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، (ط:1؛الامارات: دار البحوث للدراسات الاسلامية،2002م).
145) بن بية عبد الله؛ صناعة الفتوى وفقه الأقليات .(ط:1؛ جدة: دار المنهاج للنشر والتوزيع، 2009).
146) بن بيه عبد الله ؛ مشاهد من المقاصد. (ط:1؛الرياض ،دار وجوه للنشر والتوزيع، 2010) .
147) بن حرزالله عبد القادر ؛ التعليل المقاصدي لأحكام الفساد والبطلان. (ط:1؛ الرياض، مكتبة الرشيد ناشرون؛2005) .
148) بن طاهر الحبيب ؛الفقه المالكي وأدلته.ج3، (ط:3؛ بيروت، دار المعارف؛ 2003).
149) بن عاشور محمد الطاهر ؛ مقاصد الشريعة، تحقيق محمد الطاهر الميساوي(ط:2؛ دار النفائس؛2001).
150) البوطي محمد سعيد ؛ محاضرات في الفقه المقارن .(ط :2، دمشق: دار الفكر 1981).
151) التركماني عدنان خالد؛ ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، (ط:1؛دار الشروق، 1991).
152) الجزيري عبد الرحمان ، الفقه على المذاهب الأربعة، ج4 (ط:لا.بيروت، دار الكتب العلمية، 1990).
153) حامد عثمان محمود ، سد الذرائع.(ط:1؛القاهرة:دار الحديث،1996).
154) حامدي عبد الكريم؛ مقاصد القرآن من تشريع الاحكام.(ط:1؛بيروت ،دار ابن حزم؛2008).
155) حسان حسين حامد ؛ المدخل لدراسة الفقه الاسلامي.(لا.ط؛القاهرة:مكتبة المتنبي، د.ت).
156) الحموي أسامة ؛الشرط الجزائي في الفقه الاسلامي،(ط:1؛دمشق: دار النوادر،2012.
157) الدريني محمد فتحي ؛ المناهج الأصولية،(ط:3؛ بيروت: مؤسسة الرسالة،بيروت ، 1997).
158) الدريني محمد فتحي ؛ بحوث مقارنة. ج1 ،(ط:1؛بيروت،مؤسسة الرسالة؛1994)، .
159) الدريني محمد فتحي ؛النظريات الفقهية،(ط:4؛ دمشق : منشورات جامعة دمشق،1997) .
160) راجع عكاشة؛ الموافقات والفروق بين قواعد الفقه الاسلامي ومبادئ القانون (ط:1؛ بيروت: دار ابن حزم، 2010).

161) رحماني ابراهيم؛ خطوط رئيسة في كتابة البحوث الجامعية.(ط:1؛ الوادي، الجزائر: مطبعة سخري، 2013)
162) الروكي محمد ؛ قواعد الفقه الإسلامي،(ط:1؛ دمشق : دار القلم، 1998).
163) الزحيلي محمد ، المعتمد في الفقه الشافعي، ج4،(ط:3؛دمشق:دار القلم،2011)
164) الزحيلي محمد ؛القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الاربعة .ج2 ،(ط:1؛ دمشق: دار الفكر؛2006).
165) الزحيلي محمد ؛النظريات الفقهية،(ط:1؛ دمشق:دار القلم،1993).
166) الزحيلي وهبة ؛الفقه الاسلامي وأدلته.ج: 7 (ط:3؛ دمشق: دار الفكر؛1989)، ص49
167) الزرقا مصطفى ؛المدخل الفقهي العام،ج1،(ط:1؛دمشق:دار القلم ،1998).
168) زقور احسن ؛ القواعد الفقهية المستنبطة من المدونة الكبرى، ، قاعدة133 ،ج 2 (ط:1؛ بيروت: دار ابن حزم،2005م) .
169) زيدان عبد الكريم ؛المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم،ج6. (ط:1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة،1993).
170) سابق السيد ، فقه السنة، ج2، (ط:1؛بيروت:مؤسسة الرسالة،2003).
171) الزبيدي كامل علوان وناصر أشواق صبر ؛علم النفس الجنسي.(ط:1؛ الأردن: دار الصفاء ،2014).
172) سماعي محمد عمر ؛ نظرية الاحتياط.(ط:1؛ بيروت: دار ابن حزم،2007) .
173) شبير عثمان محمد ؛ القواعد الكلية والضوابط الفقهية الفقهية .(ط:2؛عمان، الاردن : دار النفائس،2007).
174) شعبان زكي الدين؛ نظرية الشروط المقترنة بالعقد.(ط:1؛بيروت:دار النهضة، 1968 .
175) الشقفة محمد بشير ؛ الفقه المالكي في ثوبه الجديد ،مرجع سابق، ص193.
176) شلبي محمد مصطفى؛المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي،(ط:لا؛بيروت:دار النهضة العربية،1985).
177) الشنديدي إسماعيل محمد عبد الحميد ؛ قاعدة درء المفاسد وجلب المصالح وأثرها في الفقه الإسلامي.(لا.ط؛القاهرة: دار الجامعة الجيدة ،2008).
178) الصوري كفاح عبد القادر ؛ التغرير وأثره في العقود.(ط:1؛الأردن: دار الفكر ،2007).

179) العربي مومن أبوسليمان المختار؛ المناهل الزلالة في شرح وأدلة الرسالة.(ط:1؛ بيروت: دار ابن حزم،2014)
180) عطية جمال الدين؛ نحو تفعيل مقاصد الشريعة.(ط : معادة؛ دمشق: دار الفكر،2003).
181) عكرمة صبري عروة ؛ الاستحسان وأثر العمل به على مسائل الأحوال الشخصية، (ط:1 ؛ عمان، الأردن: دا ر النفائس، 2011).
182) العلي صالح حميد ؛ وباسل محمود الحافي؛ نظرية العقد، (ط: 1؛ دمشق: دار اليمامة ، 2008) .
183) العمري نادية بنت محمد شريف ؛ الفروق في القواعد الأصولية (ط:1؛بيروت: مؤسسة الرسالة،2008 م).
184) العنزي عياد بن عساف بن مقبل ؛ الشروط التعويضية في المعاملات المالية، ج1.(ط:1؛الرياض: داراشبيليا،2009)
185) الغرياني صادق ؛ مدونة الفقه المالكي،.(ط:1؛بيروت:مؤسسة الريان،2002)
186) الغرياني صادق عبد الرحمن؛ تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية، (ط:1؛ الامارات العربية المتحدة،دار البحوث للدراسات الاسلامية واحياء التراث،2002).
187) فهد بن عبد الرحمن اليحي، اختيارات ابن تيمية،ج 8.(ط:1؛ الرياض: دار كنوز إشبيليا، 2009)
188) القرة داغي علي محيي الدين ؛ مبدأ الرضا في العقود .ج1(ط:2؛بيروت: دار البشائر الاسلامية، 2002).
189) القرة داغي علي؛ المقدمة في الملكية والعقود.(ط:1؛ بيروت:دار البشائر الاسلامية،2006).
190) قعدان احمد محمود ،مقاصد الشريعة الاسلامية وعلاقتها بأحكام فقه الأسرة(ط:1؛عمان ، الاردن: دارالنفائس، 2014).
191) قنديل علي مسعد السعدني؛استحداث العقود في الفقه الإسلامي (ط:1؛الرياض: دار ابن الجوزي؛ 1433هـ).
192) المجاجي محمد سكحال؛ المهذب من الفقه المالكي وأدلته،ج2.(ط:1؛دمشق:دار القلم،2010).

193) محمد خوجة عز الدين؛ نظرية العقد في الفقه الاسلامي، (ط:1؛جدة:مجموعة دلة البركة،1993) .
194) محمد سليمان حوران ؛ نظرية الفسخ.(ط:1؛دمشق: دار النوادر،2012).
195) محمد عثمان شبير؛ الشروط المقترنة بالعقد وأثرها في الفقه الاسلامي، (لا.ط؛ د.ن،د.ت)
196) محمد عزام عبد العزيز ؛ القواعد الفقهية،(ط: 1؛ القاهرة: دار الحديث، ، 2005).
197) مدكور محمد سلام ؛ المدخل للفقه الاسلامي،مرجع سابق .ص 523 .
198) المغربي محمود عبد المجيد؛ أحكام العقد في الشريعة الاسلامية.(لا.ط؛ لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب،2002).
199) الموسى عبد الله ابراهيم؛ الشروط العقدية.(ط:1؛المملكة العربية السعودية: دار ابن الجوزي، 2011م).
200) النجار عبد المجيد؛ مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة، (ط:1؛بيروت:دار الغرب الاسلامي، 2006) .
201) الندوي علي أحمد ، القواعد الفقهية.(ط:1؛دمشق: دار القلم،1986).
202) الهنداوي حسن بن ابراهيم؛ الاجتهاد الإستصحابي وأثره في الفقه الإسلامي (ط:1؛ بيروت: مؤسسة الرسالة ناشرون،2004)
203) الورتلاني محمد علوشيش؛ الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الاسلامي وأثر الاختلافات الأصولية فيها، (ط:1؛ الجزائر: دار الأمة، 2010).

المراجع الخاصة بالأحوال الشخصية:

204) أباش احمد؛ الأسرة بين الجمود والحداثة،(ط:1؛ دمشق:منشورات الحلبي الحقوقية،2011).
205) إبراهيم إبراهيم عبد الرحمان؛ الوسيط في قانون الأحوال الشخصية،(لا.ط؛ الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 1999)
206) أبو الفضل زينب عبد السلام؛ العرض القرآني لقضايا النكاح والفرقة(لا.ط؛القاهرة: دار الحديث،2006)
207) أبو زهرة محمد ؛ الأحوال الشخصية. (ط:2؛القاهرة، دار الفكر العربي؛لا:ت).
208) ابو زهرة محمد ؛ محاضرات في عقد الزواج وآثاره.(ط:لا، القاهرة: دار الفكر العربي؛لا:ت).
209) أبوغدة حسن عبد الغني ؛ حق المرأة في إشتراط عدم الزواج عليها.(ط:1؛الرياض :مكتبةالرشد ؛2005)

210) الاشقر أسامة عمر ؛مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، (ط:1؛ عمان: الاردن:دار النفائس،2000م).
211) الأشقر عمر سليمان ؛ أحكام الزواج .(ط:4؛الاردن،دار النفائس،2012).
212) الامام أبي نصر بن عبد الله؛ إرشاد الاخيار الى حكم نكاح الشغار .(ط:1؛ صنعاء : ،دار الآثار، 2004).
213) إمام محمد كمال الدين ؛ الأحوال الشخصية للمسلمين، (ط:لاح الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية؛ 2013) .
214) بدران أبو العينين بدران؛ الفقه المقارن للاحوال الشخصية .(ط:لا؛بيروت: دار النهضة العربية،1967).
215) البري زكريا؛ حكمة الله في جوهر أحكام الأسرة الإسلامية.(لا.ط؛ القاهرة:دار النهضة العربية،1981)
216) بلحاج العربي؛ احكام الزوجية وآثارها.(ط:لا؛الجزائر،دار هومة؛1013).
217) بلحاج العربي؛ الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول(الطبعة :4 ؛الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية، 2005).
218) بن شويخ الرشيد ؛ شرح قانون الأسرة الجزائري،(ط :1؛ الجزائر : دارالخلدونية، ، 2008).
219) التكروري عثمان؛ شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، (ط:1؛الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ، 2004).
220) الجارحي عبد رب النبي، الزواج العرفي.(ط:1 ؛الرياض: دار الروضة للنشر والتوزيع، د.ت)
221) الحجيلان عبد العزيز،بحوث فقهية في العقود(منها:حق الزوجة في المبيت وشرط إسقاطه،وحق الزوجة في النفقة وشرط إسقاطه)،(ط:1؛الرياض: دار ابن الجوزي ، 1426 هـ).
222) حسن أيوب، فقه الأسرة.(ط:2؛القاهرة:دار السلام،2003).
223) حسين أحمد فراج ، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية،(ط:1؛ الإسكندرية: دار المطبوعات الجديدة، ، 2004).
224) حسين زبير مصطفى؛ الطبيعة القانونية لعقد الزواج ، (لا.ط؛ القاهرة: دار الكتب القانونية ،2012).

225) حميد مسرار؛ نظرية الحق وتطبيقاتها في أحكام الأسرة.(ط:1؛ بيروت: دار الكتب العلمية، 2013)

226) داودي عبد القادر؛ أحكام الأسرة، (لا.ط؛ الجزائر: دار البصائر ،2010)

227) دري نوارة ؛الشروط الجعلية في عقود الزواج (ط:1؛بيروت ،دار ابن حزم؛2009).

228) الرافعي سالم بن عبد الغني، الاحوال الشخصية للمسلمين في الغرب.(ط:1؛ بيروت،دار ابن حزم؛2002).

229) زرار ملكة يوسف؛ موسوعة الزواج والعلاقة الزوجية في الإسلام والشرائع الأخرى(ط:1؛ القاهرة: الفتح للإعلام العربي، 2000).

230) زيفا ابراهيم فوزي؛ أحكام الأسرة في الجاهلية والإسلام،(ط:3؛ دمشق: طلاس للدراسات والنشر،1996)

231) سامح عبد السلام محمد؛ نظام الأسرة بين حضارتين،.(لا.ط؛د.ن،2008).

232) سايس جمال؛ الإجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية.(ط:1؛الجزائر: منشورات كليك،2013).

233) السباعي مصطفى ، المرأة بين الفقه والقانون.(ط:2؛القاهرة دار السلام ، 2003).

234) السباعي مصطفى ، شرح قانون الأحوال الشخصية، ج1، الزواج وانحلاله،(ط:7؛ بيروت: المكتب الإسلامي، ، 1997).

235) السدلان صالح غانم ؛ الشروط في النكاح. (ط:2 ؛ الرياض : دار معاذ للنشر والتوزيع، 1988).

236) السرطاوي محمود علي ؛ شرح قانون الاحوال الشخصية.(ط:3؛عمان الاردن:دار الفكر ناشرون وموزعون،2010)

237) سعد عبد العزيز ؛ الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، (ط:3؛ الجزائر :دار هومه ، 1996).

238) سعد فضيل ؛ شرح قانون الأسرة الجزائري .ج1 (الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب، ، 1986).

239) السعيد رضا محمود محمد ؛ أنواع الزواج المستحدثة في العصر الحديث(ط:1؛ القاهرة: دار الكلمة للنشر والتوزيع، 2014)

240) السهلي احمد بن موسى ؛ الزواج بنية الطلاق.(ط:1؛الطائف: دار البيان الحديثة؛2001)

241) الشامي احمد ؛ التطور التاريخي لعقود الزواج،(ط:لا؛د.لا،م1982).

242) شلبي محمد مصطفى ؛أحكام الأسرة.(ط:4؛بيروت، الدار الجامعية؛1983).
243) شميلة الأهدل عبد الرحمن بن عبد الرحمن؛ الأنكحة الفاسدة (ط:1؛ الرياض: المكتبة الدولية،1983)
244) الصابوني عبد الرحمان؛ قانون الأحوال الشخصية.(ط:5؛دمشق :المطبعة الجديدة، 1997).
245) صقر عطية ؛ موسوعة الأسرة.ج1(ط:2؛ القاهرة،مكتبة وهبة؛2003).
246) عامر عبد العزيز ؛ الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء.(ط:1؛القاهرة:دار الفكر العربي،1984)
247) عبد الغني مصطفى ؛ أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية(ط:1 ؛ سبها، ليبيا :منشورات جامعة ، 2001).
248) عبد الوهاب خلاف ،الأحوال الشخصية . (ط:2؛الكويت:ك دار القلم ،1990).
249) عثمان محمد رأفت ؛ عقد الزواج اركانه وشروطه،(ط:لا؛القاهرة: دار الفكر، لا:ت).
250) العسيلي عبد الله عبد المنعم؛ الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الأحوال الشخصية، (ط:1الاردن: دار النفائس، 2011).
251) عطية سالم محمد ؛ نكاح المتعة عبر التاريخ،(لا:ط؛القاهرة:مطبعة المدني،1396هـ).
252) علام شوقي ابراهيم عبد الكريم ؛ التفريق القضائي بين الزوجين(ط:1؛ الاسكندرية:مكتبة الوفاء القانونية،2010).
253) العلواني نشوة ، عقد الزواج والشروط الاتفاقية في ثوب عصري جديد(ط:بيروت: دار ابن حزم، 2003).
254) علي كوثر كامل؛ شروط عقد الزواج في الشريعة الإسلامية،(ط:لا؛ تونس،دار بوسلامة للطباعة والنشر؛لا:ت).
255) عمرو عبد الفتاح ؛ السياسة الشرعية في الاحوال الشخصية.(ط:1؛عمان الاردن: دار النفائس؛1998).
256) العوفي عوض بن رجاء؛ الولاية في النكاح ،ج2،(ط:1؛المدينة المنورة،الجامعة الاسلامية،؛2002).
257) الغزالي احمد بخيت ،وعبد الحليم محمد منصور علي؛أحكام الأسرة في الفقه الاسلامي.(ط:1؛الاسكندرية:دار الفكر الجامعي؛2009).

258) الغندور احمد ؛ الاحوال الشخصية في التشريع الاسلامي. (ط:1؛الكويت: مكتبة الفلاح؛1972)، ص95 .

259) الغوتي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، (ط:1؛ الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2005).

260) كريم فاروق عبد الكريم ؛ الوسيط في شرح الاحوال الشخصية العراقي. (ط:1؛ كردستان العراق: جامعة السليمانية ،د.ط).

261) محمد يعقوب محمد الدهلوي؛ حقوق المرأة الزوجية والتنازل عنها.(ط:1؛ الرياض : دار الفضيلة،2002)

262) مصطفى بن العدوي، الصحيح المسند من أحكام النكاح،(لا.ط؛ القاهرة،مكتبة ابن تيمية،د.ت).

263) المطلق عبد الله بن يوسف ؛ زواج الفرند،(ط:1؛ الرياض: دار العاصمة، 2006) .

264) المطلق عبد الله بن يوسف ؛ زواج المسيار.(لا.ط؛الرياض:دار ابن لعبون،د.ت)

265) مطلوب عبد المجيد؛ الوجيز في أحكام الاسرة. (ط:1؛القاهرة: مؤسسة المختار، 2004).

266) نواهضة اسماعيل امين والمومني احمد محمد ؛ الاحوال الشخصية فقه النكاح، (ط:1؛عمان الاردن: دار المسيرة،2010).

الرسائل الجامعية :

267) أبو العطا خديجة أحمد، الشروط المشترطة في عقد الزواج.(رسالة ماجستير)، كلية الشريعة والقانون، جامعة غزة، 2007

268) البكار نزار داوود توفيق؛ مقتضى العقد وتطبيقاته(رسالة دكتوراه)، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، سنة2013

269) بكري شكري جمعة؛ الشروط في النكاح.(رسالة ماجستير)، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الملك عبد العزيز، المملكة العربية السعودية، 1981.

270) بن الصغير محفوظ؛ الإجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، (رسالة دكتوراه)،جامعة الحاج لخضر ،باتنة،2009

271) بن علي جبريل بن المهدي ،الصحة والفساد عند الأصوليين وأثرهما في الفقه الإسلامي.(رسالة ماجستير)، جامعة أم القرى1413هـ

272) البوسعيدي علي بن ناصر؛ عقد الزواج الفاسد وآثاره،جامعة آل البيت ،الأردن،2007

273) جسنتينة حنان بنت محمد حسين؛ أقسام العقود.(رسالة ماجستير)،جامعة أم القرى، 1998
274) سي ناصر بوعلام؛ الاشتراط في عقد الزواج وأثره في الشريعة والقانون(رسالة ماجستير). كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، وهران،2012
275) إسعد سعيدة؛ الآثار العرضية للعقد الباطل؛مذكرة شهادة الماستر، كلية الحقوق البويرة، سنة 2014.
276) شندارني توفيق؛ فسخ لزواج في قانون الأسرة الجزائري.(رسالة ماجستير)، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، سنة1996.
277) شجاع الدين عبد المؤمن ؛ فسخ عقد الزواج دراسة مقارنة،(رسالة دكتوراه). صنعاء :الجامعة اليمنية، كلية الحقوق،1997.
278) الصعيدي رأفت علي نظمي؛ أثر الفساد والبطلان في عقد النكاح(رسالة دكتوراه)،كلية الدراسات العليا الأردن،2007.
279) الصواط محمد بن عبد الله بن عابد؛ القواعد والضوابط عند ابن تيمية في فقه الأسرة،(رسالة ماجستير)، قسم الدراسات العليا،جامعة أم القرى،1419 هـ.
280) العمري أشرف يحي رشيد؛ نظرية التفريق القضائي بين الزوجين (رسالة دكتوراه)،كلية الدراسات العليا،الأردن،2005
281) الغامدي عبد الله بن جمعان بن محمد؛ الشبهة وأثرها في المعاملات المالية والنكاح.(رسالة دكتوراه)،كلية الشريعة ،جامعة أم القرى،1413 هـ.
282) غنيم عمر عبد القادر جبر؛ الشروط في عقد النكاح (رسالة ماجستير)،جامعة الخليل 2003.
283) قديمات حنان يونس؛ البطلان والفساد عند الأصوليين،(رسالة دكتوراه).الجامعة الأردنية، 2002.
284) لمطاعي نور الدين؛ شروط العقد(رسالة ماجستير) ،جامعة الجزائر،كلية الحقوق؛ 1996.
285) لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري(دار هومه، 2004).
286) مسعودي يوسف؛ الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، (رسالة ماجستير)، المركز الجامعي بشار،2007.

المعاجم:

287) ابن منظور، لسان العرب، ج13، (ط:لا؛ القاهرة، دار المعارف،لا:ت) .

288) الأصفهاني ابو القاسم الحسين بن محمد الراغب. معجم مفردات القرآن الكريم، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي. (ط:لا؛ بيروت ،دار الفكر؛2009).

289) الجرجاني محمد السيد الشريف، معجم التعريفات.تحقيق محمد الصديق المنشاوي.(ط:لاح، القاهرة، در الفضيلة؛لا ت).

290) حامد عثمان محمود، القاموس المبين في اصطلاحات الأصوليين.(ط:1؛الرياض: دار الزاحم، 2002).

291) عبد المنعم محمود عبد الرحمن؛ معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية،(لا. ط ؛القاهرة:دار الفضيلة، د.ت).

292) القاموس المحيط، تحقيق محمد نعيم العرقسوسي، (ط؛8، بيروت، دار الرسالة، 2005).

293) القونوي قاسم بن عبد الله، أنيس الفقهاء، تحقيق احمد بن عبد الرزاق الكبيسي. (ط:1؛ الرياض، دار ابن الجوزي، 1426 ه).

294) المناوي عبد الرؤوف (1032ه)، التوقيف على مهمات التعريف، تحقيق عبد الحميد صالح حمدان. (ط:1؛ القاهرة، عالم الكتب؛1990)

الموسوعات:

295) الموسوعة الفقهية الكويتية، (ط:2 ؛الكويت: وزارة الشؤون الدينية بمطابع ذات السلاسل، 1983)

296) الموسوعة الميسرة في فقه القضايا المعاصرة. (ط:1، الرياض: مركز التميز البحثي؛ جامعة محمد بن سعود؛ 2014).

297) عويس عبد الحليم؛ موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر.(ط:1؛مصر:دار الوفاء ،2005).

298) سعدي أبو جيب؛ موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي. (ط:2؛ بيروت: دار الفكر،1984).

بحوث مؤتمرات:

299) نهى القاطرجي؛ قوانين الأسرة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الدولية، بحث مقدم في إطار المؤتمر الإسلامي الرابع للشريعة والقانون ، جامعة طرابلس، ليبيا، 2011/05/27.

المجلات والدوريات:

300) أحمد ياسين القرالة؛ تصحيح التصرفات الفاسدة في الفقه الإسلامي، مجلة الشريعة والقانون،العدد 39،السنة 2009
301) أجود علي غالب؛ نظرية انتقاص العقد بين الشريعة والقانون،
302) سامي محمد أبو عرجة؛ الشروط المقترنة بعقد النكاح في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الأزهر بغزة، المجلد 10،العدد2، سنة 2008
303) الجبوري ياسين محمد؛ الواقعة الشرطية – دراسة في مفهوم الشرط في القانون الأردني. مجلة الشريعة والقانون الأردن جامعة الزيتونة ،2004 ،العدد 21.
304) خالد محمد صالح،الشرط الجعلي حكمه وأثره في عقد الزواج، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، العراق، سنة 2013 ، المجلد 28، الاصدار 1.
305) أبو زيد وصفي عاشور؛ حكم زواج المصلحة في ضوء المقاصد الشرعية للزواج ، مجلة الوعي الإسلامي، الكويت العدد 554 التاريخ 2011/9
306) ابن الصغير محفوظ ؛ التشريع المصلحي المعاصر بين النظرية والتطبيق، مجلة البحوث والدراسات،جامعة الوادي الجزائر، عدد:04، جانفي 2007.
307) البشري عماد طارق ؛النظام العام في الشريعة الإسلامية. (بيروت، مجلة المسلم المعاصر) 2004، عدد111.
308) الزرقا مصطفى؛ خطأ تقسيم النكاح الى فاسد وباطل.، مجلة المسلم المعاصر، بيروت، عدد 27، تاريخ :سبتمبر. 1981.
309) الطنيجي إبراهيم علي أحمد؛ طرق تصحيح العقد الفاسد، مجلة الشريعة و القانون، الإمارات: – جامعة الإمارات،العدد31،السنة2007.
310) القرالة أحمد ياسين؛ موانع فسخ العقد الفاسد في الشريعة الإسلامية، الأردن، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات رقم العدد:7.
311) القرضاوي يوسف؛ حول زواج المسيار، مجلة المجتمع الكويتية ،العدد 1301 السنة 1977
312) النجار خالد سعد، الجندر Gender معول غربي جديد لهدم الأسرة المسلمة، مجلة الوعي الإسلامي، الكويت؛ العدد:532، سنة 2010/9
313) المعموري ضمير حسين، فكرة الأثر الأقوى للعقد، مجلة مركز دراسات الكوفة، العراق، السنة2008، العدد 07

قرارات المجامع الفقهية والفتاوى:

314) قرارات وفتاوى المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، المجموعتان الأولى والثانية.

المواقع الإلكترونية:

315) محسن منصور حاتم أبو خبط، مقال:مبدأ تجزئة العقد، كلية القانون؛ بابل.
http://law.uobabylon.edu.iq/service_showarticle.aspx?pubid=602

316) –خالد بن عبد الله المصلح،الزواج الصوري صوره وحكمه، موقع: طريق الإسلام،
http://ar.islamway.net/fatwa/41041

فهارس

فهرس الآيات

الرقم	الآيـــــــــــــــة	رقمها	السورة	الصفحة
1	قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿وَقُلْنَا يَٰٓـَٔادَمُ ٱسْكُنْ أَنتَ وَزَوْجُكَ ٱلْجَنَّةَ وَكُلَا مِنْهَا رَغَدًا ﴾	35	البقرة	23
2	قوله تعالى: ﴿ وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا۟ ﴾	221	البقرة	57
3	قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ۗ ﴾	228	البقرة	22
4	قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا ۚ ﴾	229	البقرة	138
5	﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟﴾	231	البقرة	280
6	قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ ۗ ﴾	232	البقرة	48
7	قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ ﴾	233	البقرة	274،99
8	قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ وَلَا تَعْزِمُوا۟ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ ۚ ﴾	235	البقرة	41
9	قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا۟ فِى ٱلْيَتَٰمَىٰ فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾	03	النساء	21
10	قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً ۚ ﴿٤﴾ ﴾	04	النساء	95،67
11	قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ ﴾	06	النساء	84،73،29
12	قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ			
13	غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ ﴾	24	النساء	97،22
14	قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ۚ ﴾	29	المائدة	67،65،48
15	قوله تَعَالَىٰ: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ ۚ ﴾	01	المائدة	174،141،41
16	قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِى ﴾	03	المائدة	138
17	قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِّن قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَٰجًا وَذُرِّيَّةً ۚ ﴾	38	الرعد	21
18	قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ ۚ ﴾	32	النور	78،21
19	قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا ﴾	21	الروم	282،273،21
20	قوله تَعَالَىٰ: ﴿ فَأَخْرَجْنَا بِهِۦٓ أَزْوَٰجًا مِّن نَّبَاتٍ شَتَّىٰ ﴿٥٣﴾ ﴾	53	طه	13
21	قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ۖ ﴾	07	الطلاق	22
22	قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ ﴿٢٩﴾ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ			
	فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴿٣٠﴾ ﴾	30،29	المعارج	236

الرقم	الحديث	الصفحات
1	(فَقَالَ: يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ عَلَيْكُمْ بِالْبَاءَةِ فلتزوج ...)	22
2	(أَنَّ نَفَرًا مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سَأَلُوا أَزْوَاجَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ عَمَلِهِ فِي السِّرِّ فَقَالَ بَعْضُهُمْ:لَا أَتَزَوَّجُ النِّسَاءَ	22
3	وَقَالَ بَعْضُهُمْ...) (جَاءَ رَجُلٌ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ: إِنِّي أَصَبْتُ امْرَأَةً ذَاتَ حَسَبٍ..)	
4	(كَانَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يأمر بالباءة وينهى عن التبتل...)	22
5	(تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لِأَرْبَعٍ لِمَالِهَا...)	277،28
6	(لَا يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ ، وَلَا يُنْكَح ، ولَا يَخْطُبُ)	70
7	(أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ ، فَنِكَاحُهَا ...)	79
8	(لَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ ، وَ...)	79
9	(الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا ، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا ، وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا)	81
10	(أنها لما بعث النبي ﷺ يخطبها قالت ليس أحد من أوليائي شاهدا فقال...)	261،74
11	(قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : أَعْلِنُوا النِّكَاحَ ، وَاجْعَلُوهُ فِي الْمَسَاجِدِ ،...) (لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ)	261،209،88
12	(الْبَغَايَا اللَّاتِي يُنْكِحْنَ أَنْفُسَهُنَّ بِغَيْرِ بَيِّنَة)	88
13	(فالتَمِسْ وَلَوْ خَاتِماً مِنْ حَدِيدٍ)	89
14	(وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ، وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)	،95
15	(مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ ، مَنِ اشْتَرَطَ	274،99
16	شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَلَيْسَ لَهُ وَإِنِ اشْتَرَطَ مِائَةَ مَرَّةٍ)	139،174

الرقم	الحديث	الصفحات
17	أَحَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ تُوفُوا بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ....)	175
18	(المسلمون على شروطهم إلا شرطا احل حراما أو حرم حلالا....)	175
19	(مَنْ عَمِلَ عَمَلاً لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ)	175
20	(بايعت رسول الله جملا فاشترطت حملانه الى المدينة...)	175
21	(لاَ تَسْأَلْ المَرْأَةُ طَلاقَ أُخْتِهَا ، لِتَكْفِىءَ مَا في إنَائِهَا...)	176
22	(أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ خَطَبَ امْرَأَةَ الْبَرَاءِ بْنِ مَعْرُورٍ فَقَالَتْ: إِنِّي شَرَطْتُ لِزَوْجِي...)	176
23	(أَيُّهَا النَّاسُ ، إِنِّي قَدْ كُنْتُ أَذِنْتُ لَكُمْ فِي الِاسْتِمْتَاعِ مِنَ النِّسَاءِ.....)	236
24	(كنا نغزو مع رسول الله ﷺ ليس لنا نساء...)	236
25	(أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار....)	239
26	(لا شغار في الإسلام..)	240
27	(أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِالتَّيْسِ الْمُسْتَعَارِ...)	243
28	(يَا عَائِشَةُ: لَوْلَا أَنَّ قَوْمَكِ حَدِيثُ عَهْدٍ بِجَاهِلِيَّةٍ...)	247
29	(إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى...)	280

فهـرس الموضوعات

مقدمـــة :.....**(أ.و)**

المبحث التمهيدي : لمحة عن الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون.....12

الفصل الأول: عقد الزواج وأنواعه.....39

المبحث الأول:عقد الزواج الصحيح حقيقته ومقوماته.....40

المطلب الأول :حقيقة عقد الزواج.....41

الفرع الأول: تعريف العقد..... 41

الفرع الثاني:أركان عقد الزواج.....44

المطلب الثاني :مقومات عقد الزواج وشروطه.....53

الفرع الأول: العاقدان.....54

الفرع الثاني:المحل في عقد الزواج.....59

الفرع الثالث : موضوع عقد الزواج..... 63

المطلب الثالث: الشروط الشرعية لعقد الزواج.....64

الفرع الأول:حقيقة الشروط الشرعية.....64

الفرع الثاني: أقسام الشروط الشرعية.....66

الفرع الثالث :الولي.....72

الفرع الرابع:الشهادة.....86

المطلب الرابع:آثار عقد الزواج.....90

الفرع الأول: أنواع آثار العقد.....90

الفرع الثاني: الصداق.....92

الفرع الثالث: النفقة.....96

الفرع الرابع: تصنيف عقد الزواج في إطار تقسيمات العقود.....97

المبحث الثاني: عقد الزواج غير الصحيح.....102

المطلب الأول: مفهوم البطلان والفساد في الشريعة والقانون 103

الفرع الأول : العقد الباطل.....103
الفرع الثاني:العقد الفاسد.....111
المطلب الثاني :أقسام الزواج غير الصحيح في القانون والشريعة.....114
الفرع الأول: الاختلاف القانوني والفقهي في تقسيم الزواج غير الصحيح.....114
الفرع الثاني:تحرير الخلاف في تقسيم عقد الزواج غير الصحيح إلى فاسد وباطل.....115
الفرع الثالث: معيار تصنيف الزواج غير الصحيح إلى باطل وفاسد وتعليل ذلك.....118
المطلب الثالث:آثار الزواج الباطل والفاسد.....124
الفرع الأول: آثار الزواج الباطل والفاسد في الفقه الإسلامي.....124
الفرع الثاني:آثار النكاح الفاسد والباطل في التشريعات القانونية.....127
الفصل الثاني : الشروط الفاسدة المقترنة بعقد الزواج وأثرها فيه 129
المبحث الأول: الشروط الفاسدة المقترنة بعقد الزواج وأحكامها.....130
المطلب الأول: حقيقة الشروط المقترنة بالعقد.....131
الفرع الأول : الشروط وحرية الإرادة في اشتراطها.....131
الفرع الثاني: حقيقة الشروط المقترنة بالعقد.....141
الفرع الثالث: أنواع الشروط المقترنة بالعقد في القانون.....144
الفرع الرابع: أقسام الشروط المقترنة بالعقد في الفقه الإسلامي.....148
المطلب الثاني:الشروط المقترنة بالعقد تقييدا.....154
الفرع الأول:حقيقة الشروط المقترنة بالعقد تقييدا.....154
الفرع الثاني: أنواع الشروط المقترنة بالعقد تقييدا.....159
الفرع الثالث:الأصول والنصوص الشرعية التي يتأسس عليها فقه الشروط.....170
المطلب الثالث:الشروط الفاسدة والباطلة المقترنة بعقد الزواج 176
الفرع الأول: حقيقة الشرط الباطل والفاسد.....176
الفرع الثاني: أحكام الشرط الفاسد والباطل.....187
الفرع الثالث: تعليل فساد الشروط.....191

المبحث الثاني: أثر فساد الشرط المقارن في عقد الزواج.....200
المطلب الأول: فساد عقد الزواج لفساد شرطه.....201
الفرع الأول:اتجاهات الفقه والقانون حول فساد عقد الزواج بالشرط.....201
الفرع الثاني: تعليل فساد عقد الزواج بالشروط الفاسدة.....204
المطلب الثاني: الفسخ كأثر للشرط الفاسد المقارن للعقد.....215
الفرع الأول: حقيقة الفسخ وأنواعه.....215
الفرع الثاني: أحكام فسخ الزواج بالشرط الفاسد.....220
الفرع الثالث: أثر الفسخ في عقد الزواج الفاسد والباطل.....224
الفرع الرابع: تأثير الشروط في الزواج بالفسخ.....226
الفرع الخامس: من صور عقود الزواج الفاسدة بالشرط والواجبة الفسخ.....234
المطلب الثالث: تصحيح عقود الزواج المقترنة بالشرط الفاسد.....243
الفرع الأول: مفهوم تصحيح عقد الزواج الفاسد شرعا وقانونا.....244
الفرع الثاني: أحكام تصحيح العقود المقترنة بالشروط الفاسدة.....249
الفرع الثالث: فكرة تصحيح العقد بإنقاصه في القانون والشريعة.....254
الفرع الرابع: منهج تصحيح عقد الزواج بانتقاص الشرط الفاسد بين الشريعة والقانون 264
الفرع الخامس: من صور الناكحة الفاسدة القابلة للتصحيح.....272
خاتمـــة:.....289
قائمة المصادر والمراجع.....296
فهرس الآيات.....318
فهرس الأحاديث.....319
فهرس الموضوعات 321