باب العلوم القانونية:

1- الإشكاليات المتعلقة بأساسيات عقد الزواج (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي)

م.م شيماء سعد مجيد
الجامعة الإسلامية في النجف الأشرف
sheimaaalhuseiny@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2/1/2020 تاريخ القبول: 1/2/2020

المقدمة

تتعدد الآراء والخلافات بشأن العديد من القضايا التي تتعلق بعقد الزواج وما يترتب عليها من آثار وخصوصا ما اتسع منها في يومنا هذا، ولمعرفة هذه القضايا والإشكاليات تم البحث في الإشكاليات المتعلقة بأساسيات عقد الزواج.

أولا: أهمية البحث

تكمن أهمية البحث في الإشكاليات المتعلقة بأساسيات عقد الزواج فيما ظهر في حاضرنا من قضايا ونزاعات سببها الخلافات الفقهية او غياب التشريع او عدم اتخاذ موقف موحد بشأنها من قبل القضاء.

ثانيا: سبب اختيار البحث

إن سبب اختيار موضوع البحث هو كثرة الخلافات في العلاقات الزوجية التي يشهدها المجتمع وزيادة القضايا المعروضة على المحاكم والتي ترد في بعض الأحيان بسبب التكيف القضائي لها بأنها عقود باطلة او فاسدة.

ثالثا: منهجية البحث

اعتمد البحث على المنهج التحليلي المقارن للآراء القانونية والفقهية مستعرضا آراء الفقهاء في الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية ومن ثم تحليل النص القانوني وما صدر من قرارات القضائية.

رابعا: مشكلة البحث

إن عقد الزواج له خصوصية تنأى به عن غيره من العقود لما يرتبه من آثار وإن مشكلة البحث تكمن في عدم تنظيم بعض المسائل في عقد الزواج من قبل القانون الوضعي واختلاف الاتجاهات الفقهية بشأن مسائل أخرى.

خامسا: خطة البحث

جاء البحث في الإشكاليات المتعلقة بأساسيات عقد الزواج بمطلبين خصص الأول منهما للإشكاليات المتعلقة بأساسيات عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وأفرد الثاني للإشكاليات المتعلقة بأساسيات عقد الزواج في القانون الوضعي والقضاء.

المطلب الأول

الإشكاليات المتعلقة بأساسيات عقد الزواج في الشريعة الاسلامية

لمعرفة الاشكاليات المتعلقة بعقد الزواج في الشريعة الاسلامية لا بد من تعريف هذا العقد ومعرفة شروطه وأركانه فضلا عن أنواعه، وهذا ما سنبحثه في فرعين. نخصص الأول للإشكاليات المتعلقة بأركان عقد الزواج وشروطه ونفرد الثاني للإشكاليات المتعلقة بأنواعه والتميز بينهما.

الفرع الأول

الاشكاليات المتعلقة بأركان عقد الزواج وشروطه

عقد الزواج كغيره من العقود لا يوجد الا بوجود اركانه وشروطه التي اتفق الفقهاء على عدد منها واختلفوا بشأن عدد اخر, فما هي هذه الشروط والاركان؟ هذا ما سنبينه في هذا المقام.

وقبل ان نبدأ ببيان الاركان والشروط لا بد من معرفة المراد بعقد الزواج من خلال تعريفه لغة واصطلاحا: فالزواج لغة هو اقتران شيء بآخر، وازدواج الاشياء يراد به ان يكون كل منهما زوجًا للآخر بعد أن كان كلا الشيئين فردًا[408]

وهو عقد يفيد رفع الحرمة بين الرجل والمرأة التي تحل له شرعا بهدف تكوين حياة مشتركة وامتداد النسل، فبمجرد إتمام العقد بالشكل الصحيح يحل استمتاع كلا الزوجين بالآخر, ومن لحظة إبرام العقد تترتب لكل زوج حقوق قبل زوجه وواجبات عليه[409]، ويتكون عقد الزواج من اركان وشروط [410].

اولا :- اركان عقد الزواج بحسب الشريعة الاسلامية هي :-

1- الايجاب والقبول (الصيغة): وكلاهما يعرف على انه التعبير الواضح عن الارادة والرغبة في ابرام عقد الزواج والاعلان عن هذه الرغبة، والايجاب هو ما يصدر اولا من رغبة في عقد الزواج سواء صدر من الرجل او المرأة، اما القبول فهو إعلان صريح عن الرغبة الموافقة لرغبة الطرف الموجب بإتمام العقد .

2- مطابقة القبول للإيجاب: ويراد به ان يأتي القبول موافقا ومتفقا مع الايجاب, ومن لحظة صدور القبول موافقا للإيجاب يكون عقد الزواج قد أبرم [411] .

---

(408) محمد بن بكر عبد القادر الرازي, مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، 1986, ص117.

(409) انظر عز الدين بحر العلوم، الزواج في القران والسنة، الطبعة الثالثة, 1986,ص47. جدير بالذكر ان اهمية عقد الزواج تأتي من ان عقد الزواج من أقدس العقود التي شرعها الله سبحانه وتعالى، فهو عقدٌ متعلّقٌ بشكلٍ مباشرٍ بحرمة الفروج واستحلالها، فعقد النكاح يقلب حال المتعاقدين وأهليهم من الحرمة إلى الحل فور إتمامه، كما أنّه إذا ما تمّ الطلاق بينهما انقلب الحال بينهما من الحلّ إلى الحرمة مرةً أخرى، لذلك فقد عني الإسلام به عنايةً خاصّة، وأولاه أهميّة مقطوعة النظير، حيث وصف الله عقد الزواج في كتابه بالميثاق الغليظ؛ وذلك بقوله في الآية (20) من سورة النساء: (وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُّبِينًا*وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا). ولكل ذلك راعى الإسلام كل ما يضمن استمراريّة عقد الزواج، وتكفّل بحفظ من حفظ تلك الرابطة وأعطاها حقّها، وقد شرع الإسلام منظومةً متكاملة من القوانين والأحكام لضمان ذلك، انظر اية الله العظمى محمد الفاضل النكراني، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة النكاح، تحقيق ونشر مركز فقه الائمة الاطهار، الطبعة الثانية, مطبعة اعتماد، قم، بلا سنة طبع, ص11-10.

(410) الركن هو ما يكون جزءا داخلا في حقيقة الشيء ويتوقف وجود الشيء عليه بينما الشرط هو ما يتوقف عليه وجود الشيء ولم يكن جزءا منه، د. أحمد عبيد الكبيسي, الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون, الجزء الأول الزواج والطلاق واثارهما, مطبعة العصام، بغداد 1977, ص54.

(411) عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الاربعة، الطبعة الأولى، دار بن حزم، نشر والتوزيع، لبنان, 2001, ص 819. جدير بالذكر ان الزواج له حكم تكليفي يختلف باختلاف حالة الفرد، فقد يكون واجبًا، وقد يكون مندوبًا أو مستحبًّا، أو مكروهًا أو محرمًا، وهو مقرون بالاستطاعة المالية والجنسية؛ فهو واجب في حق من استطاع مؤنته، وخاف العنَت والضرر على دينه من العزوبة؛ لحديث ابن مسعود رضي الله عنه قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: (يا معشر الشباب، مَن استطاع منكم الباءة فليتزوج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم؛ فإنه له وجاء)، ومستحب للقادر

3- المعقود عليه

لا بد ان يعين المعقود عليه في عقد الزواج المرأة بحسب الحنفية والشافعية [412] والمعقود عليه هو كلا العاقدين (الرجل والمرأة) المراد اجراء عقد الزواج بينهما، فلا يتم عقد الزواج من دون تميز للرجل المعقود له عن غيره من الرجال، ولا دون تميز للمرأة المعقودة عمن سواها من النساء، ويكون التمييز بطرق عدة فتارة بذكر اسم خاص بالشخص، وتارة اخرى بوصفه توصيفا يعين شخصه ويميزه عما عداه، كما يمكن تعينه بالإشارة إليه اشارة مشخصة له، وإذا كان المعقود عليه يسمى باسم يشابه غيره، فلا بد من ذكر ما يدل على الفرد المقصود من اسم أبيه أو لقبه أو أحد مشخصاته. [413]

بعد هذا العرض لأركان عقد الزواج وإذا سلمنا ان الركن يقوم به العقد وينتفي بانتفائه لا بد من القول إن صيغة عقد الزواج اذا اقترنت بوقت فإن عقد الزواج ينعقد صحيحا عند الإمامية، بينما يعد عقد الزواج المقترن بوقت باطلا بحسب اغلب المذاهب الاسلامية[414], في حين يرى البعض انه عقد صحيح اقترن بشرط غير صحيح, وهو ما يرجح لدينا اذا اردنا حل الاشكالية المتعلقة بصحة العقد المقترن بزمن في يومنا الحاضر خصوصا مع اخذنا بنظر الاعتبار الحفاظ على كرامة المرأة وحماية النسل.

ثانيا:- شروط عقد الزواج

لعقد الزواج خمسة انواع من الشروط هي :

1 - شروط الانعقاد

وهي الشروط التي يرتبط وجود عقد الزواج من عدمه بها فإن وجدت وجد عقد الزواج، وإن انعدمت جميعها او أحدها انعدم عقد الزواج، ويمكن اجمال هذه الشروط بالتالي :

أ- انعدام الحرمة المؤقتة او المؤبدة بين المرأة والرجل بمعنى ان يكون كلاهما مباحا للآخر[415].

ب- وجود الاهلية فيمن يباشر عقد الزواج سواء كان المباشرُ العاقدين نفسيهما او الولي او الوكيل، اذ يحكم على العقد الذي باشره بأنه غير كامل الاهلية بالبطلان.

ج- السماع اذ لا بد من ان يسمع القابل ايجاب الموجب ويسمع الموجب قبول القابل ويعي كلاهما بان هذا الايجاب او القبول هو لإبرام عقد زواج [416].

د- اتحاد مجلس عقد الزواج وهو اما اتحاد حقيقي او اتحاد حكمي فالأول يكون عند تواجد كلا

الذي لا يخاف العنت والضرر، يأمن عدم الوقوع في المحظور، يُكرَه تركه لغير عذر؛ لحديث أنس بن مالك عنه قال: «جاء ثلاثة رهط إلى بيوت أزواج النبي صلى الله عليه وسلم يسألون عن عبادة النبي صلى الله عليه وسلم، فلما أخبروا كأنهم تقالُّوها، فقالوا: وأين نحن من النبي صلى الله عليه وسلم، قد غفر الله له ما تقدم من ذنبه وما تأخر؟! قال أحدهم: أما أنا فأصلي الليل أبدًا، وقال الآخر: أنا أصوم ولا أفطر، وقال آخر: أنا أعتزل النساء فلا أتزوج أبدًا، فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: ((أنتم الذين قلتم: كذا وكذا؟ إي والله إني لأخشاكم لله، وأتقاكم له، لكني أصوم وأفطر، وأصلي وأرقد، وأتزوج النساء؛ فمن رغب عن سنتي فليس مني((، الإمام محمد أبو زهرة، المصدر السابق، ص 25-23. د. نور الدين العتر، الحديث النبوي -للأسرة والمجتمع -النكاح في سنن النسائي والادب في سنن الترمذي، جامعة دمشق، 2014,ص 16-15.

(412) محمد بن احمد الانصاري القرطبي، الجامع لأحكام تفسير القران (تفسير القرطبي) الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، الجزء السادس, بلا مكان طبع، 2006, ص 82.

(413) مسائل كتاب النكاح عند الشيعة الإمامية، الفصل الثالث في عقد النكاح وأحكامه المسألة 74 موقع عقائد الشيعة. http://www.aqaedalshia.com/ahkam/nekah/masael/index.htm

(414) محمد بن احمد الانصاري القرطبي, مصدر سابق، ص82.

(415) د. أحمد عبيد الكبيسي, الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، المصدر السابق، ص60- 67.

(416) الامام محمد ابو زهرة المصدر السابق، ص46-41.الشيخ جعفر سبحاني، نظام النكاح في الشريعة الاسلامية الغراء, الجزء الأول, مؤسسة الامام الصادق، قم - بلا سنة طبع، ص 125.

العاقدين في زمان ومكان واحد بحيث يرى كل منهما الاخر ويسمع كلامه, أما الاتحاد الحكمي فهو المجلس الذي لا يكون فيه العاقدان بنفس المكان ولكن يستطيع كلّ منهما ان يسمع كلام الاخر، فاذا اتحد المجلس وسمع الطرفان كلام بعضهما البعض ايجابا وقبولا يكون العقد منعقدا .

هـ- مطابقة القبول للإيجاب، ويتم التطابق عندما يتحد الايجاد والقبول في موضوع العقد وهو الزواج وموضوع المهر, اما اذا لم يكن هناك موافقة بين القبول والإيجاب فإن العقد لا ينعقد.

و- التنجيز ويراد به أن لا يعلق عقد الزواج على شرط أو حادث يقع في المستقبل ولا بزمان محدد وموضوع الزمان تحدثنا عنه انفا.

ز- ان لا يكون كلّ من العاقدين او احدهما مكرها على اجراء عقد الزواج .

ح- العلم والمعرفة التامة من قبل كلا الزوجين بالآخر، فلا يصح العقد ان كان احدهما مجهولا لدى الاخر[417]

1 – شروط الصحة

أ- المباشرة من قبل الولي

ويتركز هذا الشرط حول المرأة وامكانية اجراء عقد الزواج، اذ اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية حول امكانية مباشرة المرأة لعقد الزواج بمفردها, فقد قضى الجمهور بعدم صحة عقد الزواج الذي تباشره المرأة بمفردها أيا كانت صغيرة ام كبيرة باكر ام ثيب[418], في حين يذهب الحنفية الى امكانية ان تتولى المرأة عقد الزواج اذا كانت عاقلة بالغة بشرط ان تتزوج من كفاءها وبمهر مثلها[419] بينما يقر فقهاء الإمامية بإمكانية ان تباشر المرأة عقد الزواج بنفسها اذا كانت عاقلة بالغة وثيبا من دون حاجة الى ولي[420] .

ب- الاشهاد على العقد

إشكالية أخرى تعترض عقد الزواج تتجسد بالشهادة فحضور شاهدين شرط اشترطه الحنفيّة في حين اعتبره بقية المذاهب ركناً، وأقره الإمامية لا شرطا ولا ركنا وانما وسيلة للإثبات [421] ويُشترط في الشهود أن يكونا رجلين أو رجلاً وامرأتين؛ لأنه عقد له شأنه ولما يترتب عليه من آثار وحقوق، ولتعلّقه بالإبضاع التي كان الأصل فيها التحريم، ولأنّه يترتب على عدم إعلانه بحضور الشهود أن يشك الناس ويسيئوا الظن إذا رأوا رجلاً يتردد على امرأة بشكلٍ مستمر من غير أن يكونا قد أعلنا زواجهما وشهد على ذلك الناس. وقد ثار الخلاف بين فقهاء الشريعة الاسلامية حول موضوع الشهادة. [422]

2 – شَروطُ النَّفاذ

---

(417) علاء الدين بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الثاني، دار الكتاب العربي, الطبعة الأولى والثانية، بيروت، 1974-1910، ص824-820.

(418) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي، ص 224. خلود بدر الزمان, شروط عقد النكاح في الفقه الاسلامي واختيارات قانون الاحوال الشخصية الكويتي، مجلة جامعة الكويت, العدد الثاني والثلاثون، الجزء الرابع ص11461.

(419) محمد بن محمد بن محمود، العناية في شرح الهداية, الجزء الثالث, دار الفكر، بلا مكان وسنة طبع، ص294.

(420) منهاج الصالحين للسيد علي الحسيني السيستاني, الجزء الثالث، الطبعة الخامسة، بلا مكان وسنة طبع، ص 29.

(421) محمد ابو زهرة، الاحوال الشخصية، دار الفكر القاهرة، 2005,ص 53.

(422) علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن احمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الأول, الطبعة الثانية, دار الكتب العلمية، بلا مكان طبع,1986، ص 105. وقد ذهب جمهور الفقهاء –الحنفيّة، والمالكيّة، والشافعيّة، والحنابلة– إلى اشتراط تلك الشروط في عقد الزواج واختلفوا في تفاصيلها، فالحنفيّة مثلاً جعلوا للزواج ركناً واحداً هو الصيغة، إلا أنّهم لا يعتَبرون باقي أركان عقد النِّكاح التي نصَّ عليها جمهور الفقهاء، بل عَدّوا هذه الشّروط مُندرجةً تحت الشُّروط الأصليّة التي هي أركانٌ عند باقي فقهاء المالكيّة، والشافعيّة، والحنابلة، بينما اعتبرها جمهور الفقهاء شروطاً مُستقلّة لعقد النِّكاح.

وتعني ان يكون لكلا العاقدين حق في انشاء عقد الزواج ويتحقق ذلك بكمال اهليتهما واتصافهما بالصفة الشرعية التي تجيز لهما ابرام عقد الزواج، وتتجسد الاهلية بالبلوغ والحرية والعقل, والصفة تكون اما اصالة او بالولاية والوكالة، [423]

3 – شروط اللزوم

هي تلك الشروط التي تحدد استمرارية العقد من عدمها، فإذا تخلّف احد الشروط كان العقد جائزاً قابلاً للنفاذ والفسخ، بمعنى انه غير لازم وحتى يكون عقد الزواج لازما لا بد ان يخلو من ما يوجب الفسخ، وموجبات الفسخ هي :

أ– ان لا يكون الزوج كفُؤا للزوجة.

ب – ان لا يكون للزوجة مهر يعادل مهر امثالها.

ج– ان يكون احد العاقدين قد غرر به[424].

الفرع الثاني

الاشكاليات المتعلقة بأنواع عقد الزواج في الشريعة الإسلامية

الزواج في الشريعة الاسلامية نوعان, النوع الأول بدون زمان محدد ويطلق عليه العقد الدائم والنوع الثاني مقيد بزمان محدد ويطلق عليه اسم الزواج المؤقت[425] وتترتب عليه نفس آثار الحرمة التي يرتبها العقد الدائم.[426]

والشيء الذي يميز بين العقدين هو ان العقد المؤقت شرع في الاسلام للحالات الاضطرارية ويتعلق بالأفراد الذين لا تسمح لهم اوضاعهم بالزواج الدائم، اذ ان الاصل ان يتزوج الفرد زواجا مؤبدا, كما انهما يختلفان من حيث الاثر عند عدم ذكر المهر، ففي العقد المؤقت يبطل العقد بحسب من اقر العقد المؤقت، وفي العقد الدائم يكون للزوجة مهر المثل, ويمتاز العقد الدائم بانه يعطي لكلا الزوجين الحق في التوارث بخلاف عقد الزواج المؤقت فانه لا يعطي حقا للزوجين بتوارث احدهما الاخر، ويختلف العقد المؤقت عن عقد الزواج الدائم بان الأول فيه حرية اكثر للرجل والمرأة فلهما مطلق الحرية فيما يتفقان او يضعانه من شروط مثل النفقة للرجل، فله ان يشترط ان لا ينفق عليها ولها العكس ان تشترط النفقة، ولها ان تشترط عليه ان لا يسألها عن تصرفاتها كخروجها من المنزل, والولد الناتج عن الزواج المنقطع لا خلاف على انه ينسب لأبيه كما في عقد الزواج الدائم[427]، ولم يرد أي خلاف فيما يتعلق بالشروط والاركان فالعقد المؤقت لابد ان تتوفر فيه شروط واركان العقد الدائم الا ان الخلاف يكمن في صحة او بطلان العقد الذي تتوافر اركانه وشروطه لكن يريد فيه الزمن او المدة فقد ذهب اغلب المذاهب الى بطلان هذا العقد واستدلوا على ذلك بان رسول الله قد حرمه مستدلين بقوله تعالى (والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم غير

---

(423) الشيخ جعفر سبحاني، نظام النكاح في الشريعة الإسلامية الغراء، الجزء الأول، مؤسسة الامام الصادق، قم، بلا سنة طبع، ص125.

(424) نور الدين ابو لحية, فقه الاسرة برؤية مقاصدية – عقد الزواج وشروطه, الطبعة الأولى، دار الكتاب الحديث، القاهرة, بلا سنة طبع، ص11.

(425) يذكر القائلون بمشروعية هذا النوع من الزواج عدة اهداف وغايات يحققها الاخذ به كعقد صحيح منها 1– الحد من الزنا ومخالفة الشريعة الاسلامية. 2– تهيئة البيئة الصالحة لمن لا يستطيع بناء اسرة بالعقد الدائم. انظر السيد جعفر مرتضى العاملي، الجزء الأول, ص60– 63

(426) السيد علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين، الجزء الثالث، الفصل الثالث في عقد النكاح واحكامه، بلا مكان وسنة طبع, ص24.

(427) احمد جنتي، الزواج الدائم والمؤقت، الطبعة الثانية، دار الهادي للطباعة والنشر، لبنان, 200، ص60–56

ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) [428]، في حين يرى البعض بانه عقد صحيح وشرط المدة فيه باطل[429], وقد اجازه الإمامية وذكر استحبابه فريق منهم مستندين الى روايات الائمة [430].

المطلب الثاني

الاشكاليات المتعلقة بأساسيات عقد الزواج في القانون والقضاء

الفرع الأول

الاشكاليات المتعلقة باركان وشروط عقد الزواج القانون والقضاء

في هذا الفرع سنبحث في الشروط التي وضعها القانون لعقد الزواج لمعرفة ما إذا كانت تتفق مع الشروط التي وضعتها الشريعة الإسلامية، وما هي الاشكاليات التي تواجه عقد الزواج وموقف القضاء من هذه الاشكاليات.

نقول إن قانون الاحوال الشخصية خصص فصلا لأركان عقد الزواج وشروطه وبيّن ان الزواج ينعقد بإيجاب وقبول يفيده لغة او عرفا من احد العاقدين او ممن يقوم مقامهما, كما بين ان العاقدين او من يقوم مقامهما لا بد ان يتمتعا بالأهلية، وهي بحسب مشرع القانون تتوافر بتوافر الشروط القانونية والشرعية, والشروط القانونية هي العقل واتمام الثامنة عشرة او اكمال الخامسة عشرة ويكون زواجه بإذن القاضي، بعد التأكد من قدرته البدنية اما الشريعة الاسلامية فقد حددت الاهلية بالبلوغ[431] ويبدو ان حرص المشرع على عقد الزواج هو ما دعاه لأن يجمع بين الشروط الشرعية والقانونية لتحقق الاهلية .

كما اشترط مشرع قانون الاحوال الشخصية بالإضافة الى وجود الاركان وجوب توافر شروط الصحة والانعقاد، وهي شروط تتعلق بالأركان (العاقدان والصيغة) وتتجسد بمجوعة من الشروط سنذكرها بالإجمال ونتحدث فقط عن ما يشكل اشكالية لوجود اختلاف بشأنه. الشروط هي اتحاد مجلس العقد، سماع كلا العاقدين كلام الآخر، موافقة الايجاب للقبول التنجيز فإذا كان العقد غير منجز معلق او مضاف الى حادثة فإنه يبطل، اما شروط الصحة فتتجسد بشهادة الشاهدين[432] ومباشرة الولي للعقد، والتأبيد اذ لا يكون العقد صحيحا اذا كان مؤقتا او متعة، فاذا فقد احد شروط الصحة كان فاسدا والعقد الفاسد يرتب آثارا بخلاف العقد الباطل[433], وفي هذا الاثر خلاف اذ يرى د. احمد الكبيسي ان نص المادة السادسة من قانون الاحوال الشخصية التي حددت شروط الانعقاد لم تكن موفقة في صياغتها ومضمونها لأنها ساوت بين شروط الانعقاد وشروط الصحة فاعتبرت العقد باطلا في كلا

(428) سورة المعارج /اية (29).

(٤٢٩) د. صباح نوري حمد الجبوري ود. باسل برهان محمد، حكم نية التوقيت في عقود الزواج وانعدام الديمومة في الفقه الاسلامي, مجلة جامعة تكريت للعلوم، المجلد 19، العدد 11, 2012, ص63.

(430) الحر العاملي، وسائل الشيعة, الجزء الحادي والعشرون, الطبعة الثانية, مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، ص7-5 .

(431) البلوغ شرعا هو قوة تحدث للشخص تنقله من حال الطفولة الى حال الرجولة ويتحقق بظهور علامات طبيعية كالاحتلام للذكر والحيض للأنثى، او يكون البلوغ بالسن وقد اختلف فيه الفقهاء فقد حدده ابو حنيفة ب18 سنة للذكر 17 سنة للأنثى د. حمزة حسن محمد الامين، الاهلية واثرها في التصرفات (دراسة اصولية فقهيه), ص22. ويرى الإمامية: الانثى اكمال 9 سنين هلالية، والذكر اكمال 15 سنه هلالية، السيد علي الحسيني السيستاني, المسائل المنتخبة العبادات والمعاملات, دار الكتب والوثائق, 1422هـ, ص 258.

(432) الإمامية لا يشترطون الإشهاد في العقد ويعتبرونه صحيحا بدون الاشهاد، محمد بحر العلوم، اضواء على قانون الاحوال لشخصية, مطبعة النعمان، النجف الاشرف، 1963,ص 43.

(433) د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، د. نبيل مهدي زوين، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 (عقد الزواج واثاره – الفرقة واثارها – حقوق الاقارب، الطبعة الأولى، مكتبة دار السلام, النجف .2015، ص38-37.

الحالتين[434] وهو ما نؤيده.

وبهذا يكون مشرع القانون قد اخذ شروط العقد من جميع مذاهب الشريعة الاسلامية بما يعتقد انها تحفظ المصلحة العامة في حماية عقد الزواج،

واما القضاء العراقي فقد اعتبر العقد الذي يفقد شرطا من شروط الانعقاد عقدا فاسدا اذ اصدرت محكمة التميز الاتحادية قرارا توضح فيه ان عقد الزواج لا يكون صحيحا الا اذا توافرت فيه شروط الانعقاد، جاء فيه (.....و بذلك يكون العقد فاسدا لأنه فقد شرطا من شروط الانعقاد...)[435].

الفرع الثاني

الاشكاليات المتعلقة بأنواع عقد الزواج في القانون والقضاء

المشرع الوضعي عند تقنين عقد الزواج تطرق الى نوع واحد منه وهو العقد الدائم اذ اشترط في عقد الزواج ان يكون قد ورد بصيغة التأبيد وجرم اجراء هذا النوع من العقد اذا تم خارج المحكمة وذلك عندما نص في المادة (10/5) (يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة اشهر ولا تزيد عن سنة او بغرامة لا تقل عن ثلاثمائة دينار ولا تزيد على الف دينار، كل من عقد زواجا خارج المحكمة, وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على خمس سنوات في حال عقد زواج خارج المحكمة مع قيام الزوجية), وقد ساير القضاء احكام القانون اذ اصدر احكاما بمعاقبة من اجرى عقدا دائما خارج المحكمة فقد ورد في قرار لمحكمة استئناف النجف (... الحبس البسيط ستة اشهر ...) وفي قرار اخر ورد (... الحبس البسيط سنة...)، وفي ذات المعنى جاءت اغلب قراراتها[436] .

اما الزواج المحددة بفترة زمنية (غير الدائم) فلم يرد بشأنه نصوص خاصة وبالتالي لم يعده المشرع الوضعي عقد زواج كما في الشريعة الاسلامية، ويمكن ان نستخلص انه عقد فاسد من قراءة نص المادة (6) من قانون الاحوال الشخصية التي ورد فيها ان عقد الزواج لا ينعقد اذا فقد واحدا من شروط الانعقاد او الصحة...) وقد ذهب شراح القانون العراقي الى ان نص الفقرة هـ التي ورد فيها(... ان يكون عقد الزواج غير معلق على شرط او حادثة غير محققة) وهو ما ينطبق على الزواج المنقطع المحدد بفترة زمنية بوصفه منافيا للتنجيز الذي اشترطته هذه الفقرة من القانون [437], والعقد الفاسد هو ما يكون في شق منه باطلاً فيسري البطلان عليه حصراً، والباقي يبقى على صحته باعتباره عقداً صحيحاً [438] .

واما القضاء العراقي فقد تباين موقفه من عقد الزواج المؤقت، ففي الوقت الذي قضى فيه بفساد

(434) د. احمد الكبيسي, الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته، الجزء الأول الزواج والطلاق واثارهما، الطبعة الثالثة، شركة العاتك لصناعة الكتاب, القاهرة, 2010, ص 45-42.

(435) انظر قرارها المرقم 6806، الصادر في 20 /7/ 2017، جدير بالذكر ان محكمة النقض المصرية لا تحرم اجراء عقد الزواج لمن فقد شرطا من شروط الانعقاد وهو كمال الاهلية القانونية وانما تحرم على القضاة المأذونين عقد الزواج لمن لم يبلغ السن القانونية ومنع سماع الدعوى المقامة ممن لم يبلغوا السن القانوني مع بقاء العقد صحيح شرعا، كما أن الزواج خارج المحكمة يسمى في مصر زواجا عرفيا وهو على قسمين زواج صحيح يرتب كل اثاره اذا تم اثباته وكان معلنا عنه، واخر غير معلن عنه وهو صحيح عند الجعفرية باعتبار عدم اشتراط الاشهار وباطل عند غيرهم, طلعت فهمي خفاجة الزواج العرفي بين الشرع والقانون, دار ومكتبة الاسراء للطبع والنشر والتوزيع، مصر، 2009, ص28-27- 63- 66.

(436) انظر قرارها المرقم رقم (47)ج2/ 210/1/ /2018 الصادر عن محكمة استئناف النجف الاتحادية. غير منشور. وقرارها المرقم (6)/ج2 الصادر في 7/1/2018عن محكمة استئناف النجف الاتحادية. غير منشور. ايضا القرار رقم (10ج2 في 7/1 /2018 والقرار رقم (167) ج /في 21/1/2018 محكمة استئناف النجف الاتحادية .غير منشور.

(437) د. احمد الكبيس، المصدر السابق، ص 42. استبرق العبادي محاضرات منشورة عبر موقع كلية القانون والعلوم السياسية, جامعة البصرة، تم الرجوع 5/7/2019.

(438) انظر المادة (139) مدني عراقي. نص القانون السوري على ان العقد غير الدائم عقد باطل، المادة (11) من قانون الاحوال الشخصية السوري.

هذا العقد اذ جاء في قرار لمحكمة التمييز (...ان العقد لم يكن القصد منه عقد زواج على الدوام (زواج متعة)، لذا فهو عقد فاسد لأنه فقد شرطا من شروط الانعقاد [439], إلا أنه لم يقض بترتيب البعض من آثاره بعد الدخول[440]، والملاحظ من قرار محكمة التمييز المذكور اعلاه أن المدعية اقامت دعوى للمطالبة بحقها بالمهر غير المقبوض او ما يسمى في عقد الزواج المنقطع بالأجرة وتصديق عقد الزواج الا ان المحكمة ردت الدعوى استنادا الى فساد العقد، وبذلك فإنها لم تأخذ ببعض الآثار التي يرتبها العقد الفاسد وهذا يدل على انها اعتبرته باطلا وليس فاسدا, الا انها عبرت عنه بالفاسد, كما ان المتتبع لقرارات القضاء العراقي يجد انه لم يعاقب الاشخاص الذين يبرمون عقد زواج محدد بفترة زمنية (اذ نقضت محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية حكما صادرا من محكمة الجنح والمتعلق بمعاقبة احد الاشخاص الذين ابرموا عقد زواج مؤقت نتج عنه حمل واجهاض للزوجة وتكيف القضية على انها تتعلق بتسجيل عقد زواج واثباته، وكان على الزوج مراجعة المحكمة, معللة ذلك بان العقد لا بد ان تتوافر فيه الشروط والاركان القانونية، وانه لا يوجد نص يجرم هذا الفعل وفقا للقانون اذ لا جريمة ولا عقوبة الا بنص [441] .

ويرى الباحث هنا مفارقة قانونية وقضائية اذ كيف يعاقب القانون والقضاء من يجري عقد زواج صحيح (دائم) خارج المحكمة, ولا يعاقب من يجري عقدا يفتقد الى شروطه واركانه رغم ان بعض المذاهب الاسلامية تقره بوصفه عقد زواج صحيح او فاسد وهو ما يتم بلا شك خارج المحكمة وتكتفي برد الدعوى.

لذا ندعو المشرع اولا الى تنظيم هذا النوع من العقد او النص على تجريمه حتى لا نكون امام فوضى تجعل من المتعذر معرفة اعداد العقود التي تتم بهذا الطريقة خارج المحكمة وما ينجم عنها من اثار تتعلق بالزوجين ولربما الأولاد ان وجدوا والحفاظ على حقوقهم مما يسهم في استقرار وحماية المجتمع، كما ندعو القضاء الى اتخاذ دور فاعل في القضايا المتعلقة بهذا النوع من عقد الزواج اما بإقراره وترتيب الاثر عليه او بتجريمه بوصفه جريمة زنا.

الخاتمة

ان الخوض في إشكاليات عقد الزواج من حيث تحديدها ومعرفة ماهيتها نتج عنه جملة من النتائج والتوصيات نوجزها في التالي:

أولا: النتائج

1-الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا وهو ينعقد بتوافر اركانه وشروطه وقد اختلفت المذاهب الاسلامية والقانون الوضعي بشأن هذه الأركان والشروط.

2-عقد الزواج في الشريعة الإسلامية نوعان دائم ومؤقت، اما في القانون الوضعي فهو نوع واحد؛ عقد الزواج الدائم.

3-عقد الزواج المؤقت وان لم ينعقد بحسب بعض المذاهب الاسلامية والقانون الا انه يرتب آثارا.

4-حرص المشرع على ان يجمع بين الشروط الشرعية والقانونية لتحقق الاهلية في عقد الزواج .

5-ان نص المادة السادسة من قانون الاحوال الشخصية التي حددت شروط الانعقاد لم تكن موفقة في صياغتها ومضمونها لأنها ساوت بين شروط الانعقاد وشروط الصحة فاعتبرت العقد باطلا في

(439) انظر قرارها الصادر في 30 /10/2017. منشور عبر الموقع الإلكتروني https://baghdadtoday

(440) انظر د. عبد المجيد الحكيم ، د. محمد طه البشير, الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول في مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة, المكتبة القانونية، بغداد. 1980, ص 120.,
د. ايمان ابو العيال، د. فواز صالح، القانون المدني – مصادر الالتزام، منشورات جامعة دمشق، 2017, ص 108.

(441) انظر قرار محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية المرقم18/الصادر 13/1/2016. غير منشور.

كلا الحالتين.

6-اعتبر القضاء العراقي العقد الذي يفقد شرطا من شروط الانعقاد عقدا فاسدا، والعقد الفاسد يكون في شق منه باطلاً فيسري البطلان عليه حصراً، والباقي يبقى على صحته باعتباره عقداً صحيحاً.

7-عقد الزواج المحددة بفترة زمنية (غير الدائم) لم يرد بشأنه نصوص خاصة وبالتالي لم يعده المشرع الوضعي عقد زواج كما في الشريعة الاسلامية.

8-القضاء العراقي جاء موقفه متباينا بشأن عقد الزواج المؤقت اذ اعتبره في بعض من قراراته فاسدا يرتب بعض اثاره وفي قرارات أخرى اعتبره باطلا لا يرتب آثارا.

9-مشرع قانون الأحوال الشخصية العراقي والقضاء وقع مفارقة قانونية وقضائية اذ يعاقب القانون والقضاء من يجري عقد زواج صحيح (دائم) خارج المحكمة، ولا يعاقب من يجري عقدا يفتقد الى شروطه وأركانه رغم ان بعض المذاهب الاسلامية تقره بوصفه عقد زواج صحيح او فاسد وهو ما يتم بلا شك خارج المحكمة.

ثانيا: التوصيات

1-إعادة صياغة المادة السادسة من قانون الأحوال الشخصية والمتعلقة بشروط الانعقاد والصحة (لا ينعقد عقد الزواج إذا فقد شرطا من شروط الانعقاد...) مع رفع الفقرة د. المتعلقة بشهادة شاهدين.

2-ندعو المشرع الى تنظيم عقد الزواج المؤقت او النص على تجريمه حتى لا نكون امام فوضى تجعل من المتعذر معرفة اعداد العقود التي تتم بهذا الطريقة خارج المحكمة.

3-ندعو القضاء العراقي الى اتخاذ دور فاعل في القضايا المتعلقة بعقد الزواج المؤقت، إما بإقراره وترتيب الاثر عليه او بتجريمه بوصفه جريمة زنا.

المصادر

القرآن الكريم

أولا: الكتب الفقهية

1- احمد جنتي, الزواج الدائم والمؤقت، الطبعة الثانية، دار الهادي للطباعة والنشر، لبنان, 200 .

2- الشيخ جعفر سبحاني، نظام النكاح في الشريعة الاسلامية الغراء, الجزء الأول, مؤسسة الامام الصادق، قم – بلا سنة طبع.

3- السيد جعفر مرتضى العاملي، الجزء الأول, بلا معلومات طبع.

4- علاء الدين بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الثاني، دار الكتاب العربي, الطبعة الأولى والثانية، بيروت، 1974-1910.

5- علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن احمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الأول, الطبعة الثانية, دار الكتب العلمية، بلا مكان طبع,1986،

6- عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الاربعة، الطبعة الأولى، دار بن حزم، نشر والتوزيع، لبنان, 2001.

7- عز الدين بحر العلوم، الزواج في القران والسنة، الطبعة الثالثة, 1986.

8- السيد علي الحسيني السيستاني,منهاج الصالحين, الجزء الثالث، الطبعة الخامسة، بلا مكان وسنة طبع .

9- السيد علي الحسيني السيستاني, المسائل المنتخبة العبادات والمعاملات, دار الكتب والوثائق, 1422هـ.

10- نور الدين ابو لحية, فقه الأسرة برؤية مقاصدية – عقد الزواج وشروطه, الطبعة الأولى، دار الكتاب الحديث، القاهرة, بلا سنة طبع.

11- د. نور الدين العتر، الحديث النبوي –للأسرة والمجتمع –النكاح في سنن النسائي والادب في سنن الترمذي، جامعة دمشق، 2014.

12- محمد بن احمد الانصاري القرطبي، الجامع لأحكام تفسير القران (تفسير القرطبي) الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، الجزء السادس, بلا مكان طبع، 2006.

13- محمد بن بكر عبد القادر الرازي, مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، 1986.

14–آية الله العظمى محمد الفاضل النكراني، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة النكاح، تحقيق ونشر مركز فقه الائمة الاطهار، الطبعة الثانية, مطبعة اعتماد، قم، بلا سنة طبع.
15–محمد بن محمد بن محمود، العناية في شرح الهداية, الجزء الثالث, دار الفكر، بلا مكان وسنة طبع.
16–الحر العاملي، وسائل الشيعة, الجزء الحادي والعشرون, الطبعة الثانية, مؤسسة ال البيت عليهم السلام لإحياء التراث.

ثانيا :الكتب القانونية

1– د. أحمد عبيد الكبيسي, الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون, الجزء الأول الزواج والطلاق وآثارهما, مطبعة العصام، بغداد 1977.
2– د. احمد الكبيسي, الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته، الجزء الأول الزواج والطلاق وآثارهما، الطبعة الثالثة، شركة العاتك لصناعة الكتاب, القاهرة, 2010.
3– د. ايمان ابو العيال، د. فواز صالح، القانون المدني – مصادر الالتزام، منشورات جامعة دمشق، 2017.
4– استبرق العبادي محاضرات منشورة عبر موقع كلية القانون والعلوم السياسية, جامعة البصرة، تم الرجوع 5/7/2019
5– د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، د. نبيل مهدي زوين، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 (عقد الزواج واثاره – الفرقة واثارها – حقوق الاقارب، الطبعة الأولى، مكتبة دار السلام, النجف .2015 .
6– د. عبد المجيد الحكيم ، د. محمد طه البشير, الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول في مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة, المكتبة القانونية، بغداد. 1980.
7– محمد ابو زهرة، الاحوال الشخصية، دار الفكر القاهرة، 2005.
8– محمد بحر العلوم، اضواء على قانون الاحوال لشخصية, مطبعة النعمان، النجف الاشرف، 1963.
9– طلعت فهمي خفاجة, الزواج العرفي بين الشرع والقانون, دار ومكتبة الاسراء للطبع والنشر والتوزيع، مصر، 2009.

ثالثا: البحوث

1– خلود بدر الزمان, شروط عقد النكاح في الفقه الاسلامي واختيارات قانون الاحوال الشخصية الكويتي، مجلة جامعة الكويت, العدد الثاني والثلاثون، الجزء الرابع.
2– د. صباح نوري حمد الجبوري ود. باسل برهان محمد، حكم نية التوقيت في عقود الزواج وانعدام الديمومة في الفقه الاسلامي, مجلة جامعة تكريت للعلوم، المجلد 19، العدد 11, 2012.

رابعا: القوانين

1– قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لعام 1959.
2– قانون الأحوال الشخصية السوري رقم(59) لعام 1953.

خامسا: القرارات القضائية:

1– قرار محكمة استئناف النجف الاتحادية المرقم رقم (47) ج2/ الصادر 10 /1/ /2018 غير منشور.
2– قرار محكمة استئناف النجف الاتحادية المرقم (6) /ج2 الصادر في 7/1/2018غير منشور.
3– قرار محكمة استئناف النجف الاتحادية المرقم (10ج2 الصادر 7/1 /2018 غير منشور.
4– قرار محكمة استئناف النجف الاتحادية المرقم (167) ج /الصادر 21/1/2018غير منشور.
5– قرار محكمة استئناف النجف الاتحادية المرقم18 /الصادر 13/1/2016. غير منشور

سادسا: المواقع الإلكترونية

1– مسائل كتاب النكاح عند الشيعة الإمامية، الفصل الثالث في عقد النكاح وأحكامه المسألة 74 موقع عقائد الشيعة.
http://www.aqaedalshia.com/ahkam/nekah/masael/index.htm
2– الموقع الإلكتروني:
https://baghdadtoday
3– موقع كلية القانون، جامعة البصرة
Law.uobasrah.edu.iq