الفصل الثاني

أركان العقـد

١٠ ـ اركان عقد الزواج :

هي الأجزاء التي لا يتحقق وجوده الا بهـا • بحيث اذا انعـدمت جميعها ، أو بعضها : انعدم العقد ولم يوجد •

ويتكون عقد الزواج من الأجزاء التالية ١ـ العاقدان ٢ـ المعقود عليه ٣ـ الايجاب والقبول • الا ان الفقهاء عندما يذكرون أركان عقد الزواج ، فانما يقتصرون على : الايجاب والقبول فقط دون بقية الأركان • والسبب في ذلك ، ان الايجاب والقبول يستلزمان وجود عاقدين ومعقود عليه ، فلا حاجة لذكرهما لفظاً لأنهما موجودان ضرورة •

وقد نصت المـادة الرابعة من القانون على ما يلي : « ينعقد الزواج بايجاب ـ يفيده لغة أو عرفا ـ من أحد العاقدين ، وقبول من الآخر ويقوم الوكيل مقامه » •

١١ ـ تعريف الايجاب القبول :

الايجاب : هو الكلام الصادر من الطرف الاول • للدلالة على انصراف ارادته الى انشاء العقد •

والقبول : هو الكلام الصادر من الطرف الثاني • للدلالة على انصراف ارادته الى قبول ما أوجبه الطرف الاول •

وقد يصدر الايجاب والقبول من الزوجين مباشرة ، أو من وكيليهما أو وليهما •

١٢ ـ صيغة الايجاب والقبول :

نظرا لأهمية عقد الزواج ، وبالغ أثره في علاقة الزوجين وذريتهما ، ولما يترتب عليه من حقوق وواجبات : فقد حرص الفقهاء على صيانته من كل أنواع الاحتمالات التي قد تؤثر على صحته . لذا فانهم عنـوا ببيان صيغة العقد ـ الايجاب والقبول ـ فتكلموا فيها من ناحيتين :

الناحية الاولى : من حيث الصورة ، فقالوا : « يجب ان يكون الايجاب والقبول على صورة الماضي . مثـل : زوجتك ، وقبلت » أو ان يكون الايجاب على صورة المضارع ، والقبول على صورة الماضي مثل : « اتزوجك ، وقبلت » أو أن يكون الايجاب بصيغة الامر والقبول على صورة الماضي ، مثل : « زوجيني نفسك ، فتقول : قبلت » أو ان يكون كل من الايجاب والقبول ، جملة اسمية ، مثل : « انا زوجك ، فتقول : وانا زوجتك » أو ان يكون الايجاب على صورة الماضي أو المضارع أو الأمر ، والقبول جملة اسمية .

الا ان الايجاب اذا كان على صورة المضارع أو الأمر ، فلابد وان تتوفر القرائن حينئذ ـ على ارادة انشاء العقد . لأن هاتين الصورتين تفيد معنى الحال كما تفيد معنى الاستقبال لذا كانت بعيدة بعض الشيء عن معنى انشاء العقد الا اذا دلت ، القرائن على ذلك[1] .

الناحية الثانية : من حيث المادة التي يشتق منها الايجاب والقبول ، فقد اوجب الفقهاء ان يشتق الايجاب : من الالفاظ الصريحة التي وضعت لمعنى الزواج لغـة ، واستعملها الشارع الحكيم مثـل : لفظ التزويج والانكاح ، ومشتقاتهما .

---

(١) أنظر فتح القدير : لابن الهمام جـ ٢ .

اما اذا كانت الالفاظ مجازية[1] في دلالتها على الزواج : فهي على التفصيل التالي :

أ ـ اتفق فقهاء الحنفية على ان الايجاب يتحقق ، فينعقد الزواج اذا كان اللفظ المجازي يفيد معنى التمليك في الحال وبغير عوض • كلفظ الهبة ، والصدقة والتمليك ، وما في معناها[2] • فاذا قالت المرأة : وهبتك نفسي ، أو ملكتك نفسي ، أو تصدقت عليك بنفسي ، فقال الرجل : قبلت ، انعقد العقد • وذلك لقوله تعالى : « وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي » ولقوله عليه الصلاة والسلام ـ في حديث المرأة التي وهبت نفسها النبي ، فاعرض عنها ، ثم طلب أحد الصحابة الحاضرين ان يتزوجها ـ : « ملكتكها بما معك من القرآن » •

ب ـ اتفق فقهاء الحنفية ـ أيضا ـ على ان الايجاب لا يتحقق ـ فلا ينعقد العقد ـ اذا كان اللفظ لا يدل على التمليك أصلا ، كلفظ الاعارة ، والايداع ، والاباحة • فاذا قالت المرأة : اعرتك نفسي ، أو أبحت لك نفسي : لم ينعقد العقد •

جـ ـ اختلف فقهاء الحنفية في بعض الالفاظ مثل لفظ البيع والشراء وما في معناهما مما يدل على التمليك في الحال بعوض • فذهب بعضهم الى عدم الانعقاد بها • والصحيح ان العقد ينعقد بهذه الالفاظ اذا قصد بها الزواج ودلت القرائن على ذلك •

د ـ واختلف فقهاء الحنفية ـ أيضا ـ في الالفاظ التي تدل على التأقيت مثل الاجارة ونحوها ، فذهب بعضهم الى ان العقد ينعقد بها • والصحيح

---

(١) قال الشافعية ، والجعفرية ، وبعض المالكية : ان معنى الايجاب لا ينعقد بالالفاظ المجازية • كالهبة ونحوها • فلابد من اللفظ الصريح ، اما الحنفية فلهم في المسألة تفصيل ، كما هو في المتن •

(٢) انظر : بدائع الصنائع للكاساني ج ٢ •

انـه لا ينعقد • لان معناها ومدلولها يتنافى ومعنى انزواج • و
الزواج يفسد اذا عقد على التأقيت كما سنفصله في مكانه •

١٣ ـ اسلوب الايجاب والقبول :

يتحقق الايجاب والقبول بالأساليب التالية :

أ ـ بالعبارة ـ أي التلفظ بالايجاب والقبول • ولا يصح عقد الزواج
العبارة مع القدرة عليها • ولا ينعقد العقد : بالتعاطي • فلو قالت ا
لرجل زوجتك نفسي على مهر قدره مائة دينار فلم يتلفظ با
وانما اخرج من جيبه مائة دينار ودفعها لها ، علامة على الموا
لم ينعقد العقد •

ب ـ الاشارة ـ لمن لا يحسن العبارة ، فاشارة الأخرس اذا فهم منها
العقـد كافية لانعقاده باتفاق الفقهاء في حالة ما اذا لم يكن يح
الكتابة •

اما اذا كان يحسنها فقد ذهب بعض الفقهاء الى ان العقد لا ي
باشارته ـ حينئذ ـ بل لابد من الكتابة ـ وهذا هو الرأي الار
والأحوط والذي عليه المذهب الحنفي[1] •

في حين ذهب بعض الفقهاء الى ان العقد ينعقد بأشارة الأخر
ولو كان يحسن الكتابة ، والى هذا ذهب الجعفرية[2] •

ج ـ بالكتابة ـ في حالة كون أحد طرفي العقد غائبا ـ فيصح حينئذ
يرسل كتابا الى الطرف الآخر يذكر فيه صيغة الايجاب ـ فاذا وص

---

(١) جاء بالمادة (١٢٨) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المص
والاجراءات المتعلقة بها ما يأتي : اقرار الأخرس يكون باشارته المعهود
ولا يعتبر اقراره بالاشارة اذا كان يمكنه الاقرار بالكتابة » •

(٢) انظر شرائع الاسلام ج ٢ •

الكتاب الى الطرف الآخر واحضر شاهدين وقرأه أمامهما ثم قال اشهدكم على ذلك ، وعلى اني قبلت الزواج : تم العقد حينئذ • كما نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة السادسة من قانون الاحوال الشخصية •

وهذه الشهادة لا اثر لها الا في صحة انعقاد العقد • اما اذا جحد الكاتب وادعى انه لم يكتبه • احتاج الامر حينئذ الى شهود آخرين للتثبت من ان الكتاب كتابه •

ـ بالرسول ـ فقد يحمل رسول ايجاب الطرف الأول الى الطرف الثاني فيقول : أنا رسول فلان : ارسلني اليك ويقول لك : زوجيني نفسك فاذا احضرت المرأة الشهود وقالت : قبلت • انعقد الزواج بالايجاب الذي بلغه الرسول وبالقبول منها •

الا ان للرسول حكما خاصا في حالة رفض الطرف الثاني القبول بعد بلغ الايجاب •• فاذا ما بلغ الايجاب الذي أرسله به الطرف الاول • الا ل الطرف الثاني رفض القبول على هذا الايجاب ، فحينئذ يعتبر دور الرسول ر نتهيا • فاذا قبل الطرف الثاني بعد ذلك لم ينعقد العقد • لأن كلام الرسول د تلاشى بمجرد تبليغه فلم يعد هناك ايجاب • فلما جاء القبول بعد ذلك أي بعد الرفض : جاء وليس هناك ايجاب •

الفصل الثالث

شروط عقد الزواج

نصت المادة الخامسة من قانون الاحوال الشخصية على ما يلي : تتحقق الاهلية في عقد الزواج بتوافر الشروط القانونية والشرعية في عاقدين أو من يقوم مقامهما » •

العقد ، قد يكون منعقدا ولكنه ليس صحيحا • وقد يكون منعقداً وصحيحا ، ونافذا ، ولكنه ليس لازما •

وفيما يلي نتكلم عن كل نوع من أنواع تلك الشروط بالتفصيل •

شروط الانعقاد

شروط الانعقاد كثيرة ، منها ما يكون شرطا في العاقدين ، ومنها ما يكون شرطا في المرأة ، ومنها ما يكون شرطا في صيغة الايجاب والقبول • وهي كما يلي :ـ

الشرط الاول : الاهلية الاصلية لمباشرة العقد : وتتحقق هذه الاهلية ، بالتمييز • فان كان العاقدان أو احدهما غير مميز ـ بان كان مجنونا أو صبيا لم يبلغ سن التمييز ، وهي السابعة ـ لم ينعقد العقد بعبارته • لأن العقد وليد الارادة والقصد • وهذا لا يتحقق من غير المميز •

الشرط الثاني : سماع كل من العاقدين كلام الآخر : بحيث يفهم ان المقصود منه انشاء عقد الزواج ، كما يجب ان يفهم كل من العاقدين غرض الآخر في حالة عدم استعمال النطق المباشر في العقد • كأن يتم ذلك بالاشارة من الاخرس أو بالكتابة اذا كان أحد العاقدين غائبا[1] •

الشرط الثالث : اتحاد مجلس الايجاب والقبول : ويحصل الاتحاد في المجلس ، اذا لم يصدر من العاقدين أو احدهما بعد الايجاب ما يدل

---

(١) نصت الفقرة الثانية من المادة السادسة على انه : « ينعقد الزواج بالكتابة من الغائب لمن يريد ان يتزوجها بشرط ان تقرأ الكتاب ، أو تقرؤه على الشاهدين وتسمعهما عبارته وتشهدهما على انها قبلت الزواج منه » • وفي هذه الحالة يكون مجلس العقد هو مجلس قراءة الغائب الكتاب أمام الشهود او اسماعهم رسالة الرسول •

على الاعراض عنه أو الاشتغال بغيره • اما اذا قام احدهما من المجلس بعد الايجاب وقبل القبول ، أو اشتغل بحديث آخر لا علاقة له بالعقد ، ثم صدر القبول منه بعد ذلك • لم ينعقد العقد • لأنه بطل بانعدام شرط الاتحاد • والمرجع في اتحاد المجلس وعدمه : الى العرف الجاري •

الشرط الرابع : موافقة الايجاب للقبول ومطابقته له : ويتحقق ذلك بان يرد القبول على موضوع الايجاب • فاذا اختلفا في ذلك لم ينعقد العقد الا اذا كان في الاختلاف خير للموجب •

وعلى هذا ، لو قال الموجب : زوجتك ابنتي بُرية ، فقال الطرف الآخر : قبلت الزواج من ابنتك رقية : ـ لم ينعقد العقد وكذلك لو قال : زوجتك ابنتي على مهر قدره الف دينار ، فقال الآخر : قبلت الزواج من ابنتك على مهر قدره خمسمائة دينار : لم ينعقد العقد ـ أيضا ـ وذلك لمخالفة القبول للأيجاب •

اما اذا قال : زوجتك ابنتي على مهر قدره خمسمائة دينار ، فقال الطرف الآخر قبلت الزواج على مهر قدره ألف دينار : انعقد الزواج على الرغم من مخالفة القبول للايجاب في مقدار المهر في هذه الحالة • لان في هذه المخالفة فائدة للموجب • وحكم الزيادة ـ حينئذ ـ انها تلزم الزوج اذا رضيت بها في مجلس العقد • لانها تمليك • والتمليك يحتاج الى القبول من المملك • فلما قبلتها : لزمت •

الشرط الخامس : التنجيز : فلا ينعقد العقد اذا علق الايجاب فيه على حصول أمر في المستقبل أو اضيف الى زمن مستقبل • بل يشترط ان يكون العقد منجزا • كأن يقول رجل لأمرأة : تزوجتك ، فتقول : قبلت •

اما اذا كان الايجاب معلقا على حصول أمر في المستقبل ، وربط

وجوده بهذا الامر ، ثم ورد القبول من الطرف الآخر موافقا له في ذلك فلا ينعقد العقد ، سواء كان المعلق عليه محقق الحصول في المستقبل - كأن يقول لها : اذا جاء شهر رمضان فقد تزوجتك ، فتقول : قبلت - أو كان حصوله محتملا - كأن يقول لها : اذا توظفت فقد تزوجتك . وكذلك : لا ينعقد الزواج ، اذا كان الايجاب مضافا الى زمن مستقبل - كأن يقول لها : تزوجتك في يوم السبت القادم او في أول الشهر القادم . والسر في ذلك : ان عقد الزواج ، من عقود التمليكات وهي لا تقبل الاضافة ولا التعليق كما هو مقرر[1] . اما اذا اقترن العقد بشرط . فحكمه كما يلي :

١٦ - اقتران العقد بالشرط :

قد يأتي العقد منجزا غير معلق على حدوث امر في المستقبل ، ولا مضافا الى زمن مستقبل . الا انه اقترن به شرط زائد يشترطه أحد العاقدين لتحقيق منفعة له ، ويقبله الطرف الآخر . كأن تقول المرأة : تزوجتك على ان تسكنني بعيدا عن أهلك ، أو يقول الرجل : تزوجتك على ان تقومي بخدمة المنزل أو غير ذلك من الشروط التي يشترطها أحد العاقدين لما يرى فيها من المصلحة . فحينئذ : ينعقد العقد . لكونه منجزا . ولكن قد يترتب على هذا الاقتران تأثير في العقد من ناحية صحة الشرط الذي يقترن به وعدم صحته . فانه ليس كل شرط يصح اقترانه بالعقد : بل ان من الشروط ما لا يصح اقترانها به - على التفصيل التالي :

١ - الشروط التي يصح اقترانها بالعقد : هي الشروط التي يقتضيها عقد الزواج ، أو التي تؤكد ما يقتضيه ، أو التي ورد الشرع

---

(١) انظر الأحكام الشرعية للاحوال الشخصية للاستاذ زكي الدين شعبان ص ٩٧ .

بجوازها ، أو جرى العرف بها فهي أنواع اربعة :

النوع الاول : شروط يقتضيها العقد : وهي التي يكون موجبها حكما من أحكامه ، واثرا من آثاره ، مثال ذلك : اشتراط الزوجة : أن ينفق عليها الزوج ، أو ان يحسن عشرتها ، واشتراط الزوج : ان لا تخرج الزوجة من البيت بغير اذنه . فان أمثال هذه الشروط لا تثبت شيئاً جديدا أكثر مما يقتضيه العقد ذاته .

النوع الثاني : الشروط المؤكدة لمقتضى العقد : فالمهر مثلا من مقتضيات العقد فاذا اشترطت الزوجة ان يكون والد الزوج ضامنا له . صح ذلك . لأن الضامن يؤكد الحصول على المهر الذي هو من مقتضيات العقد .

النوع الثالث : الشروط التي اجازها الشارع الحكيم واوجب مراعاتها ، وان لم تكن من مقتضيات العقد ولا مؤكدة لمقتضاه ، كان يشترط الزوج ان يكون الطلاق في يده او اشتراط الزوجة ان يكون الطلاق في يدها .

النوع الرابع : الشروط التي جرى بها العرف : مثل ان تشترط الزوجة تعجيل المهر كله اذا كان ذلك من متعارف أهل البلد الذي تم فيه العقد .

٢ ـ الشروط التي لا يصح اقترانها بالعقد : وهي التي لا يقتضيها عقد الزواج ، وليست مؤكدة لمقتضاه ، ولم يرد جوازها من الشارع ، ولم يجر بها العرف . مثل ان تشترط الزوجة ان يسكنها الزوج في بيت أهلها ، او ان لا تتبعه اذا نقل الى بلد آخر ، أو ان لا يتزوج عليها امرأة اخرى ، أو ان يشترط الزوج على الزوجة ان تنفق عليه او على المنزل ونحو ذلك ، فهذه الشروط وأمثالها : فاسدة او باطلة ولا يصح اقترانها بالعقد .

١٧ ـ حكم الشرط المقترن بالعقد : يختلف حكم الشرط باختلاف نوعه :

١ ـ فاذا كان الشرط صحيحا : التحق بأصل العقد ووجب الوفاء به على من التزمه[١] . لقوله عليه الصلاة والسلام : « ان احق الشروط ان توفوا به : ما استحللتم به الفروج » غير انه اذا لم يف الطرف الآخر بالشرط : لم يكن لمن اشترطه الخيار في فسخ العقد ، فاذا اشترطت الزوجة ان يدفع لها الزوج كل المهر ، وقبل الزوج بذلك ثم عقد العقد ، الا ان الزوج لم يف بالتزامه : لم يكن للزوجة حق فسخ العقد . لأن فوات الشرط يترتب عليه فوات الرضا بالعقد ، وفوات الرضا لا أثر له في عقد الزواج عند الحنفية[٢] ـ لذا فانه يصح ويكون لازما عندهم مع الاكراه عليه . وقد كان عليه العمل في المحاكم سابقا . حتى صدر القانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ الذى أخذ برأي الحنابلة في هذه المسألة فأجاز للمرأة ان تطلب فسخ العقد في هذه الحالة .

٢ ـ أما اذا كان الشرط فاسدا أو باطلا : فلا يتقيد العقد به ـ ولا يلزم الوفاء به باتفاق الفقهاء . لقوله عليه الصلاة والسلام : « المسلمون عند شروطهم ، الا شرطا احل حراما او حرم حلالا » .

---

(١) نصت الفقرة الثالثة من المادة السادسة من قانون الاحوال الشخصية على أنه : « الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة بما يجب الوفاء بها » .

(٢) وخالف في ذلك الحنابلة وغيرهم فاثبتوا حق الفسخ لصاحب الشرط اذا لم يف الطرف الآخر به . لان صاحب الشرط لم يرض بالعقد الا على أساس الوفاء بالشرط . وعدم الوفاء يفوت الرضا ، والرضا ، أمر لابد منه في عقد الزواج في حالتي الابتداء والبقاء .. وهذا هو الرأي الراجح الذي تأخذ به المحاكم اليوم . بناء على نص الفقرة الرابعة من المادة السادسة من قانون الاحوال الشخصية على أنه : « للزوجة طلب فسخ العقد عند عدم ايفاء الزوج بما اشترط ضمن عقد الزواج » .

أما تأثيره في صحة العقد : فمذهب الحنفية على ان الشرط مهما كان باطلا لا يوجب فساد العقد . لان الزواج - عندهم - لا يفسد بالشروط الفاسدة أصلا ، وانما يلغو الشرط ، ويبقى العقد صحيحا تترتب عليه أحكامه وآثاره .

هذه هي شروط الانعقاد ، فاذا تخلف شرط واحد منها أصبح العقد حينئذ باطلا . وعلى هذا فان العقد الباطل ، هو :

« العقد الذي حصل الخلل في أركانه ، وذلك بفقد شرط أو أكثر من شروط الانعقاد كزواج المجنون اذا باشر العقد بنفسه » .

وحكمه : انه لا يترتب عليه أثر ما ، فوجوده كعدمه ، وبناء عليه : فلا يحل به دخول ، ولا يجب به مهر ، ولا تتقرر به نفقة ، ولا يرد عليه طلاق ، ولا يتخلف عنه عدة ، ولا يثبت به نسب ، ولا أي شيء من حقوق الزوجية .

واذا دخل الزوج بالزوجة بناء على هذا العقد : وجب عليهما ان يفترقا في الحال .

بقي ان نقول : هل يعتبر الدخول هنا زنى بحيث يجب فيه الحد ام لا ؟

قال الجعفرية : هو زنى وعليه الحد ، وقال المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، وابو يوسف ، ومحمد - من الحنفية - اذا كان المرتكب لمعصية الدخول - في هذه الحالة - عاقلا عالما بالتحريم كان الدخول زنى ، ووجب اقامة الحد عليه .

وقال أبو حنيفة : لا يحد مطلقا . لان العقد وان كان باطلا الا أنه جاء على صورة العقود - فاورث ذلك شبهة - والحدود تدرأ بالشبهات .

ويقول أبو حنيفة أيضا ـ ان عليه مهر المثل للمدخول بها • لان كل وط
في الاسلام لا يخلو عن حد أو مهر ، فاذا سقط الحد عنه فقد وجب المهر
عليه • وتثبت بهذا الدخول حرمة المصاهرة عند الحنفية • لانهم يقولون
بثبوت حرمة المصاهرة بالزنى الصريح • فتثبت الحرمة هنا من باب اولى

شروط الصحة

وهي الشروط التي اذا توفرت : كان العقد صالحا لترتب آثار
عليه ، فان تخلف فيها شرط أو اكثر كان العقد ـ حينئذ ـ فاسدا • وهذ
الشروط هي :

الشرط الاول : ان لا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريما فيـ
شبهة ، أو خلاف بين الفقهاء • فان كانت كذلك انعقد العقد فاسدا لا يترتب
عليه اثر من آثار العقد الصحيح • مثل ان يتزوج العمة على ابنة أخيها
أو ان يتزوج المعتدة من طلاق بائن وهي في العدة • فان حرمة هؤلا
النسوة ليست محل اجماع من الفقهاء : ـ لذا لم يكن العقد باطلا وانما هو
عقد فاسد • اما اذا كانت المرأة محرمة تحريما قطعيا كالأخت والعمة فان
الزواج ـ حينئذ ـ باطل لا ينعقد أصلا •

الشرط الثاني : الولي : اذا كانت الزوجة صغيرة أو مجنونة اشترط
لصحة العقد ان يقوم الولي عنها في تولي العقد • اما اذا كانت كبيرة
وعاقلة : فقد ذهب الحنفية والجعفرية الى عدم اشتراط الولي حينئذ لأنها
أحق بنفسها فاذا باشرت العقد بنفسها : صح العقد[1] •

---

(١) خالف في ذلك الشافعية ، المالكية ، الحنابلة فاشترطوا
الولي لصحة العقد سواء كانت الزوجة عاقلة او غير عاقلة كبيرة أو
←

الشرط الثالث : الشهادة : **أ ـ حكمها :** انفرد عقد الزواج من بين سائر العقود باشتراط الشهادة عليه • لغرض تكريم هذه السنة الكريمة ، واعلاء شأنها ، واظهار أمرها بين الناس على وجه يدفع الشبهات وافتراء أهل السوء على الزوجين • ولان بالشهادة على الزواج تحصل التفرقة بين الحلال والحرام فلا يكون ادعاء الزواج حينئذ ـ ذريعة لاصحاب المقاصد السيئة اذا ما وقعوا في يد القضاء وثبتت عليهم العلاقة المريبة •

ولهذا حث الشارع الحكيم على اشهار الزواج والاحتفال به واذاعته بين الناس كما روى ان عائشة ـ رضى الله عنها ـ زوجت احدى قريباتها ، رجلا من الانصار • فجاء رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ فقال : اهديتم الفتاة ؟ قالوا : نعم ، قال : ارسلتم معها من يغنى لها ؟ قالت : لا ، فقال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ ان الانصار قوم فيهم غزل ، فلو بعثتم معها من يقول : « اتيناكم فحيونا نحييكم » ولما تزوج عبدالرحمن ابن عوف ، قال له النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ : « أولم ، ولو بشاة »[1] •

ب ـ آراء الفقهاء في اشتراط الشهادة : اختلف الفقهاء في لزوم الشهادة على عقد الزواج •

الرأي الاول : ذهب جمهور الفقهاء الى ان الشهادة شرط في عقد الزواج ولا يصح العقد بدونها • استدلالا بقوله عليه الصلاة والسلام : « لا نكاح الا بولي وشاهدى عدل » وعلى هذا مذهب الحنفية ، وهو ما عليه العمل في المحاكم اليوم •

الرأي الثاني : ذهب بعض الفقهاء كابن ابي ليلى ، وأبي ثور ، وأبي

← صغيرة • فان تولته هي أو وكيلها دون الولي وقع العقد فاسداً • استدلالا بقوله عليه الصلام والسلام : « لا نكاح الا بولي » الا انه محمول على الندب جمعا بين الادلة •

(١) انظر : نيل الاوطار للشوكاني جـ ٦ •

بكر بن الاصم[1] والمالكية[2] ـ في المشهور عنهم ـ ووافقهم الشيعة الجعفرية[3] : الى ان الشهادة ليست شرطا لصحة العقد • بل ان الزواج ينعقد صحيحا ولو لم يحضره أحد سوى العاقدين • والرأى الاول هو الراجح كما هو ظاهر •

جـ ـ صفات الشهود : يشترط الحنفية في الشهود على الزواج ما يلي :

أ ـ الحرية ب ـ البلوغ جـ ـ العقل د ـ ان يكونا رجلين ، أو رجلا وامرأتين هـ ـ الاسلام : ان كان الزوجان مسلمين • فان كانت الزوجة ـ كتابية : ـ جاز ان يكون الشهود كتابيين ـ عند ابي حنيفة وابي يوسف • لان الشهادة : انما هي على الزوجة فيراعى حالها[4] • في حين ذهب ـ زفر ومحمد بن الحسن ـ من الحنفية ـ والشافعي : وأحمد الى عدم سماع شهادة غير المسلمين ـ في هذه الحالة ـ ايضا ـ لان الشهادة على الزوج والزوجة معا • والزوج مسلم • والشهادة ولاية • ولا ولاية لغير المسلم على مسلم • و ـ سماع الشهود كلام المتعاقدين في وقت واحد وفهمهما المراد من العقد •

الشرط الرابع : ان يكون العقد مؤبدا غير مؤقت بمدة ، فان كان مؤقتاً بمدة : كان فاسدا • فلو قال رجل لأمرأة : تزوجتك لمدة كذا ـ مثلا ـ لم يكن الزواج صحيحا[5] لان مثل هذا الزواج ينافى الغرض

---

(١) انظر : المغنى لابن قدامة جـ ٧ •

(٢) الا ان المالكية يشترطون اشهار الزواج بحفل أو نحوه ليتم الحلال من الحرام •

(٣) مسائل الخلاف : للطوسي جـ ٢ ، على أن الطوسي نفسه ذكر في كتاب الاستبصار (١٤٦/٣) : أن الزواج المؤبد لا يكون الا بولي وشاهدين •

(٤) وعلى هذا الرأي : عمل المحاكم اليوم •

(٥) الا ان زفر ـ من اصحاب أبي حنيفة ـ قال : ان هذا الزواج يقع صحيحا على التأبيد ، ويلغو شرط التأقيت • وهو على قاعدة : الشرط الفاسد يلغو وحده ولا يؤثر فساده على فساد العقد •

الشرعي من الزواج وهو الاستقرار ، ودوام العشرة ، وتكوين الاسرة ، وتربية الاولاد .

ومن ذلك ـ ايضا ـ زواج المتعة ـ وصورته : ان يقول الرجل للمرأة : اتمتع بك لمدة اسبوع ـ مثلا ـ بكذا من المال . وقد كان هذا النوع من النكاح مباحا ثم نهى عنه رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ وروى ان ابن عباس كان يفتي بحل نكاح المتعة ، فقال له علي ـ رضي الله عنه ـ : انك تائه ، ان النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ نهى عن متعة النساء يوم خيبر[1] . فامسك عن الفتوى بها . لذا حكم جمهور الفقهاء بفساد هذا العقد[2] . لان النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ اباحها في بعض الغزوات لضرورة قاهرة من ضرورات الحرب ثم حرمها تحريما مؤبدا . فقد روى الامام أحمد في مسنده ، ومسلم في صحيحه : ان النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ خطب الناس بعد فتح مكة ، فقال : « يا ايها الناس اني كنت قد اذنت لكم في الاستمتاع بالنساء ، وان الله حرم ذلك الى يوم القيامة . فمن كان عنده منهن شيء فليخل سبيله ، ولا تأخذوا مما اتيتموهن شيئاً » وقد أكد هذا النهي في حجة الوداع كما رواه الامام أحمد . وبهذا تكون الاباحة الاولى منسوخة ، والمنسوخ لا يجوز العمل به . على ان كثيرا من ائمة الجعفرية قديما وحديثا تحرجوا من نكاح المتعة ولم يفتوا بالتوسع فيه كما روى عن ابي جعفر انه قال : « ان المتعة اليوم ليست كما كانت قبل اليوم ، انهن يؤمن يومئذ فاليوم لا يؤمن »[3] .

---

(١) انظر : زاد المعاد ٢/١٨٤ .

(٢) ذهب الشيعة الجعفرية الى صحة هذا النوع من الزواج ـ الا انهم من الناحية العملية لا يتعاطونه خاصة عندنا في العراق ويعتبرونه من الانكحة المرذولة .

(٣) انظر : من لا يحضره الفقيه ٣/٤٢٩ .

هذه هي شروط صحة العقد : فاذا تخلفت كلها او بعضها أصبح العقد فاسدا وعلى هذا فان العقد الفاسد ، هو الذي تمت أركانه بشرائطها ، ولكن تخلف فيه شرط أو اكثر من شروط الصحة .

حكم العقد الفاسد : لا يحل بالعقد الفاسد دخول الرجل بالمرأة ، وان دخل بها وجب ان يتفرقا في الحال . فان لم يتفرقا : فرقهما القاضي جبرا . ولا يترتب على العقد الفاسد أي أثر من آثار الزوجية ، ولا تثبت به حرمة المصاهرة . ولكن : ان دخل بها دخولا فعليا : ترتب على هذا الدخول الآثار التالية :

١ ـ لا يعاقب بعقوبة الزنى لوجود الشبهة .

٢ ـ يجب للمرأة مهر المثل عند عدم التسمية . وأقل المهرين « المسمى أو المثل » عند التسمية[1] .

٣ ـ تثبت به حرمة المصاهرة .

٤ ـ تجب به العدة .

٥ ـ يثبت به النسب محافظة على الولد .

٦ ـ عدم التوارث بين الزوجين .

شروط النفاذ واللزوم

اولا ـ شروط النفاذ :

وهي الشروط التي اذا تحققت ترتب عليها أثر العقد بالفعل ، وهذه الشروط هي :

---

(١) قال زفر : يجب مهر المثل في هذه الحالة سواء سمى لها مهرا أو لم يسم .

١ ـ ان يكون كل من العاقدين كامل الاهلية ، سواء كان يعقد لنفسه أو لوكيله • وتمام الاهلية بالبلوغ ، والعقل التام ، والحرية • اما ان تولاه العبد ، أو الصغير المميز ، أو المعتوه ونحوه : كان العقد حينئذ موقوفا على اجازة الولي[1] •

٢ ـ ان يكون كل من العاقدين ذا صفة شرعية في تولي العقد • كأن يكون اصيلا ، أو وليا ، أو كيلا • فان تولاه اجنبي فضولي ليس له ما يخوله حق تولي العقد • كان العقد حينئذ موقوفا على اجازة صاحب الشأن •

هذان هما شرطا النفاذ فان تخلف واحد منهما وقع العقد موقوفا على اجازة الولي •

وحكم العقد الموقوف : مع كونه صحيحا ـ أنه لا يترتب عليه أي أثر من آثار الزوجية الا اذا أجازه من بيده الاجازة كالولي • فان اجازه : نفذ ، والا : لم ينفذ • فان حصل الدخول بالفعل : ترتب على الدخول كل الآثار التي تترتب على الدخول في الزواج الفاسد ـ على ما تقدم ذكره ـ واذا حصلت الوفاة في مدة وقف العقد فانه لا يثبت به توارث بين الزوجين •

ثانيا ـ شروط اللزوم :

وهي الشروط التي اذا تحققت كلها ثبت العقد دون ان يكون لأحد الحق في فسخه • وهذه الشروط هي :

---

(١) نصت المادة السابعة على ما يلي : « ١ ـ يشترط في اهلية الزواج العقل والبلوغ ، ٢ ـ للقاضي ان يأذن بزواج احد الزوجين المريض عقليا اذا ثبت بتقرير طبي ان زواجه لا يضر بالمجتمع ، وانه في مصلحته الشخصية اذا قبل الزوج الآخر بالزواج قبولا صريحا » •

١ ـ اذا زوجت المرأة نفسها وهي كاملة الاهلية : وجب ان يكون الزوج كفئا لها • فان لم تتحقق الكفاءة فلأوليائها ـ العصبة ـ حق الاعتراض وفسخ العقد • لان الاولياء يلحقهم الضرر بزواجها من غير كفء والكفاءة ـ كما سيأتي ـ حق الزوجة وحق الاولياء معا[1] ، فاذا اسقطت حقها بقي حقهم •

٢ ـ اذا زوجت المرأة نفسها وهي كاملة الاهلية : لزم ان يكون مهرها مهر المثل أو اكثر • فان كان أقل من مهر مثلها : كان للاولياء حق الاعتراض وطلب فسخ العقد الا اذا زاد الزوج المهر الى مهر المثل[2] •

٣ ـ ان يكون الولي هو الأب او الجد المعروفان بحسن التصرف بالنسبة لزواج ناقص الاهلية • فاذا بلغ الصبي او عقل المجنون فلا حق لهما في طلب فسخ العقد لانه انعقد لازما • لان المعهود في الاب والجد ان ينظرا في مصلحة الصغير والمجنون •

أما اذا تولى العقد الاب والجد المعروفان بسوء التصرف أو بسوء الخلق ، أو تولاه غير الاب والجد : فالعقد حينئذ غير لازم بالاتفاق • وللصغير اذا بلغ والمجنون اذا عقل حق فسخ العقد ان رأيا ان في ذلك مصلحة تعود عليهما •

٤ ـ ان يكون عقد الزواج خاليا من التغرير : وعلى هذا فللمرأة أو وليها حق طلب الفسخ اذا ادعى الآخر نسبا معينا وتم العقد على أساسه ،

---

(١) ذهب الجعفرية الى ان الكفاءة حق الزوجة فقط • فاذا رضيت هي بغير الكفء لزم العقد • ولا يتوقف ذلك على رضا الاولياء • وكذلك في حالة نقصان المهر عن المثل فلا حق لهم في الاعتراض عليه •

(٢) حق طلب الفسخ من الالياء عند عدم الكفاءة او نقصان المهر عن المثل ثابت لهم ما لم يسكتوا عنه الى ان يظهر عليها الحمل • فان ظهر عليها الحمل بطل حقهم في ذلك محافظة على الولد •

ثم تبين ان نسبة دون ما ادعى ، ويمكن ان يدخل في التغرير كل ما يترتب عليه ضرر مادي ، أو ادبي يلحق المرأة • اما تغرير المرأة بالرجل فلا يمنع لزوم العقد • لان الرجل يملك الطلاق فلا حاجة به الى طلب الفسخ • الا اذا كانت العصمة بيدها • فله حينئذ حق الفسخ •

هذه هي شروط اللزوم فان توفرت لم يكن لأحد حق الاعتراض عليه أو طلب فسخه • اما اذا تخلف منها شرط أو أكثر كان غير لازم ، ويقوم حق الاعتراض عليه من العاقد وغيره وعدم التزامه به ، واذا فسخ قبل الدخول والخلوة : فلا شيء للمرأة من المهر •

وحكم الزواج النافلا غير اللازم : انه تثبت به كل آثار الزوجية من اباحة الدخول ووجوب المهر وثبوت النسب والميراث ـ وحرمة المصاهرة ـ وكل حق من حقوق الزوجين •