بسم الله الرحمن الرحيم

موضوع الدراسة : النكاح الفاسد وآثاره فقه مقارن

الدكتور المشرف : حساني نور المحترم

الطالبة : أروى خميس حسن أبو كويك

الرقم المرجعي : ao990

المستوى العلمي : ماجستير فقه واصوله

هيكل (ج)

السنة الدراسية : ٢٠١٣م

المقدمة

الحمد لله الذي يقول الحق وهو يهدي السبيل ، والصلاة والسلام على نبينا محمد خاتم النبيين وإمام المرسلين ، جدد الله به رسالة السماء ، وأحيا ببعثته سنة الأنبياء ، ونشر بدعوته آيات الهداية ، وأتم به مكارم الأخلاق وعلى آله وأصحابه .

استخلف الله الإنسان في الأرض بقوله سبحانه : {إِنِّي جَاعِلٌ فِي الأَرْضِ خَلِيفَةً} [البقرة: ٣٠] وجعل منه الزوجين الذكر والأنثى ، وأودع في كل منهما ما يجعله يميل للآخر ليتم الازدواج بينهما ، ويكون من ثمراته التناسل ليبقى النوع الإنساني يعمر الأرض حتى يبلغ الكتاب أجله .

ولكن المولى سبحانه الذي كرم بني آدم لم يتركهم إلى ما تمليه عليهم طبيعتهم في أمر الازدواج كبقية المخلوقات الأخرى من الحيوانات والطيور ، بل سن لهم طريقة خاصة تتفق ومنزلتهم بين سائر المخلوقات .

فشرع الزواج الذي يختص فيه الرجل بالأنثى لا يشاركه فيها غيره ليسلم العالم من شر الإباحة التي يترتب عليها التزاحم والتنازع بل والتقاتل أحياناً ، ومن طغيان الشهوات التي تجعل من الإنسان حيواناً سفاحاً لا يعرف رباط العائلة ، ولا يفقه معنى الرحمة ، ولا يفطن لسر المودة فيضيع النسل حيث لا رابط يربط الأبناء بآبائهم .

ولم تخل شريعة من الشرائع السماوية من الإذن به بل وتنظيمه من يوم أن أرسل الله الرسل . يقول جل شأنه : {هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا فَلَمَّا تَغَشَّاهَا حَمَلَتْ حَمْلاً خَفِيفًا فَمَرَّتْ بِهِ فَلَمَّا أَثْقَلَتْ دَعَوَا اللَّهَ رَبَّهُمَا لَئِنْ آتَيْتَنَا صَالِحًا لَنَكُونَنَّ مِنْ الشَّاكِرِينَ} [الأعراف: ١٨٩] .

ويقول سبحانه مخاطباً لرسوله : {وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلاً مِنْ قَبْلِكَ} أي أرسلنا قبلك الرسل الكرام {وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَاجًا وَذُرِّيَّةً} [الرعد: ٣٨] .

فقد عنى بهذا العقد عناية خاصة ، وأضفى عليه قدسية تجعله فريداً بين سائر العقود الأخرى لما يترتب عليه من آثار خطيرة لا تقتصر على عاقديه ولا على الأسرة التي توجد بوجوده ، بل يمتد إلى المجتمع فهو أهم علاقة ينشئها الإنسان في حياته ، لذلك تولاه الشارع بالرعاية من حين ابتداء التفكير فيه إلى أن ينتهي بالموت والطلاق .

فبين الطريقة المثلى لاختيار الزوجة وكيفية إنشاء العقد ورسم طريقة المعاشرة الزوجية مبيناً ما لكل من الزوجين قبل الآخر من حقوق وما عليه من واجبات .

ولم ينس أنه قد يطرأ على الحياة الزوجية ما يعكر صفوها من نزاع أو شقاق فرسم طريق الإصلاح ، وبَيَّنَ الطريقة التي ينهي بها العقد إذا ما عجز الإصلاح وباءت الحياة الزوجية بالفشل وغير ذلك مما يترتب على الإنهاء من آثار تتعلق بالزوجين أو بأولادهما .

ومن يتتبع نصوص التشريع في القرآن والسنة يجد هذا العقد قد ظفر بعدد كبير منها .

فالقرآن يخبر أولاً بأنه من أكبر النعم التي أنعم الله بها علينا ثم معروض امتنانه بنعمه وآلائه فيقول جل شأنه : {وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً} [النحل: ٧٢] .

وفي آية أخرى يعده من آيات قدرته {وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ} [الروم:٢١] .

ثم يحله في صراحة ويأمر به في غير آية .

يقول سبحانه بعد عد المحرمات من النساء : {وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ} [النساء: ٢٤] .

ويقول سبحانه وتعالى : {فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً} [النساء: ٣] .

ويقول سبحانه وتعالى : {وَأَنكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمْ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ وَلْيَسْتَعْفِفِ الَّذِينَ لا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ} [النور: ٣٢-٣٣] .

فقد خاطب الأولياء بأن يزوجوا من لا زوج له من الرجال والنساء ، لأن الأيامى جمع أيم - وهو من لا زوج له من النساء والرجال ، وإن كان أكثر استعماله في النساء .

والرسول صلى الله عليه وسلم يرغب فيه بشتى أنواع الترغيب فيقول : فيما روي في الصحيحين : " أما أنا فأصوم وأفطر وأقوم وأنام وآكل اللحم وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني . ويقول : " يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج " ويقول : " تزوجوا الولود الودود فإني مكاثر بكم الأمم يوم

القيامة " . ويروي لنا مسلم عن عمرو بن العاص أن رسول الله قال : " الدنيا متاع وخير متاعها المرأة الصالحة " .

ويروي أبو داود عن ابن عباس عن رسول الله قال : " ألا أخبركم بخير ما يكنز المرأة الصالحة إذا نظر إليها سرته وإذا غاب عنها حفظته وإذا أمرها أطاعته " .

وقد بعث رسول الله والعرب يتزوجون بطرق شتى بعضُها يتفق ومنهجَ العقلاء ، وبعضُها لا يفعله إلا السفهاء ، فألغى فاسده وأقر صحيحه .

وفي بحثنا هذا سنتطرق الى ابواب عدة بالدراسة والبيان باذن الله حيث يشتمل البحث على ثلاثة فصول :

الفصل الاول : النكاح

الباب الأول : تعريف الزواج

الباب الثاني : حكمة مشروعية الزواج أو الغاية من تشريعه

الباب الثالث : حكم الزواج

الفصل الثاني : أركان عقد النكاح

الباب الأول : شروط انعقاد عقد النكاح

الباب الثاني : شروط صحة عقد الزواج

الباب الثالث : شروط نفاذ عقد الزواج

الباب الرابع : شروط لزوم عقد الزواج

الفصل الثالث : النكاح الفاسد

الباب الأول : تعريف بطلان العقد وفساده

الباب الثاني : آثار عقد النكاح

الباب الثالث : أثر بطلان النكاح وفساده على آثار العقد

الباب الرابع : أنواع النكاح الفاسد

الباب الخامس : الأنكحة الفاسدة عند المذاهب الفقهية

الخلاصة

الخاتمة

والله ولي التوفيق

الفصل الاول :

الباب الأول : تعريف الزواج من حيث اللغة :

الزواج لفظ عربي موضوع لاقتران أحد الشيئين بالآخر وازدواجهما بعد أن كان كل منهما منفرداً عن الآخر ومنه قوله تعالى : {وَإِذَا النُّفُوسُ زُوِّجَتْ} [التكوير: ٧] أي : يقرن كل واحد بمن كانوا يعملون كعمله . فيقرن الصالح مع الصالح ، والفاجر مع الفاجر ، أو قرنت الأرواح بأبدانها عند البعث للأجساد أي رُدَّت اليه ، وقيل قرنت النفوس بأعمالها فصارت لاختصاصها بها كالتزويج .

وقوله تعالى : {وَزَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ} [الطور: ٢٠] أي قرناهم بهن ، وقوله تعالى : {احْشُرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ} [الصافات: ٢٢] أي وقرناءهم الذين كانوا يجلسون معهم ويشاهدون ظلمهم ولا ينكرونه . أو وقرناءهم من الشياطين .

ثم شاع استعماله في اقتران الرجل بالمرأة على وجه مخصوص لتكوين أسرة حتى أصبح عند اطلاقه لا يفهم منه إلا ذلك المعني بعد أن كان يستعمل في كل اقتران سواء كان بين الرجل والمرأة أو بين غيرهما .

تعريف الزواج من حيث الاصطلاح الفقهي :

وفي اصطلاح الفقهاء : هو عقد وضعه الشارع ليفيد بطريق الأصالة اختصاص الرجل بالتمتع بامرأة لم يمنع مانع شرعي من العقد عليها وحل استمتاع المرأة به .

التعريف يفيد : أن الزواج يحل استمتاع كل من الزوجين بالآخر متى تم العقد ، وأن الزوج يختص بالتمتع بزوجته فلا يحل لأحد أن يتميع بها ما دام العقد قائماً ولو حكماً ، أما الزوجة فيحل لها التمتع بزوجها دون أن تختص بذلك التمتع حيث يباح له شرعاً أن يضم إليها ثانية وثالثة ورابعة .

الباب الثاني : حكمة مشروعية الزواج أو الغاية من تشريعه :

للزواج كثير من الحكم منها ما يعود على الزوجين ، ومنها ما يعود على المجتمع ، فمن الحكم :

١- حفظ كلٍّ من الزَّوجَيْن وصِيانته ، وإعفاف الفُروج وإحصانها وصِيانتها من الاستِمتاع المحرَّم الذي يفسد المجتمعات البشريَّة ، ويهدمُ أخلاقها ويذهب مُروءتها ؛ ففي الحديث السابق ذكره : " يا مَعْشَرَ الشباب ، مَن استطاع الباءة فليتزوَّج ؛ فإنَّه

أغضُّ للبصَر وأحصَنُ للفَرْج ، ومَن لم يستطعْ فعليه بالصوم ؛ فإنَّه له وجاء " ؛ أخرجه البخاري ومسلم .

ومعلومٌ أنَّ غريزة الشَّهوة والميل إلى الجِنس الآخَر أمرٌ فطري ، جبل عليه البشَر ، ولو لم يشرع الله تعالى النِّكاح لتصريف هذه الغريزة لكان في ذلك عنتٌ ومشقَّة على العِباد .

٢- استمتاع كلٍّ من الزوجين بالآخَر ، وانتفاعه بما يجبُ له من حُقوقٍ وعِشرة ؛ فالرجل يكفل المرأة ، ويقوم بنفقاتها من طَعامٍ وشَراب ، ومسكن ولباس بالمعروف ؛ قال تعالى : (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ) {النساء: ٣٤} ، وقال النبيُّ - صلَّى الله عليه وسلَّم - : " ولهنَّ عليكُم رزقهنَّ وكسوتهنَّ بالمعروف " ؛ رواه مسلم وغيره .

والمرأة تكفُل الرجل أيضًا بالقيام بما يلزمها في البيت من رعاية وإصلاح وتعاهُد للأولاد وحفظ لمال زوجها ؛ قال النبي - صلَّى الله عليه وسلَّم - : " والمرأة راعيةٌ على بيتِ بعلها وولدِه وهي مسؤولةٌ عنهم " ، صحيح مسلم .

٣- حُصول السَّكن والأنس والراحة النفسيَّة بين الزوجين ؛ قال تعالى : (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً) . {الروم:٢١} ، وقال تعالى : (هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا) {الأعراف: ١٨٩} ، قال ابن كثير " : أي : ليألفها ويسكن بها " .

٤- إحكام الصِّلة بين الأُسَر والقبائل ، فكم من أُسرتين مُتَباعدتين لا تعرفُ إحداهما الأخرى ، وبالزواج يحصل التقارُب والتعارُف والاتِّصال بينهما ؛ ولذا جعَل الله الصِّهر قسيمًا للنسب ؛ قال - سبحانه وتعالى : (وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا) {الفرقان: ٥٤ } .

٥- بَقاء النوع الإنساني على وجهٍ سليم ، والترفُّع ببني الإنسان عن الحياة البهيميَّة إلى الحياة الإنسانيَّة الكريمة ، فإنَّ النكاح سببٌ للنسل الذي يحصلُ به بَقاء الإنسان ؛ قال الله تعالى : (يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا

زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً) {النساء: ١} ، ولولا النِّكاحُ للزم أحد أمرين : إمَّا فناء الإنسان ، أو وُجود إنسان ناشئ من سِفَاحٍ لا يُعرَف له أصلٌ ولا يقومُ على أخلاق .

٦- تحصيل الأولاد الذين هم زينة الحياة الدنيا ؛ قال تعالى : (الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا) {الكهف: ٤٦} ، وفي نعمة الولد مَصالح كثيرة للوالدين ؛ إذ بهم تتمُّ السَّعادة الدنيويَّة ، ويستعينُ بهم الوالدان في حاجاتهما ، ويستفيدان من دُعائهما من بعدهما ؛ قال - صلَّى الله عليه وسلَّم - : " إذا مات الإنسان انقطَعَ عنه عملُه إلا من ثلاثةٍ : إلا من صدقةٍ جارية ، أو علم ينتفع به ، أو ولد صالح يدعو له" ، صحيح مسلم .

٧- تكثير عدد المسلمين وتقويتهم ، وهو مقصدٌ شرعي جاءت السُّنَّة بالتأكيد عليه ؛ فعن معقل بن يَسار قال : جاء رجلٌ إلى النبيِّ - صلَّى الله عليه وسلَّم – فقال : إنِّي أصبتُ امرأةً ذات حسَب وجمال وإنها لا تلدُ ، أفأتزوَّجها ؟ قال : " لا " ، ثم أتاه الثانية فنهاه ، ثم أتاه الثالثة فقال : " تزوَّجُوا الودود الولود ؛ فإنِّي مكاثرٌ بكم الأمم " ؛ رواه أبو داود .

الباب الثالث : حكم الزواج :

الزواج لا يأخذ حكماً واحداً في جميع الحالات ، بل يختلف حكمه باختلاف أحوال الناس ، لأن منهم القادر على تكاليفه والعاجز عنها ، وفيهم من يحسن العشرة الزوجية ومن لا يحسنها ، كما أن منهم من اعتدل مزاجه فلا يخشى على نفسه الوقوع في الفاحشة ، ومنهم من لا يستطيع ضبط نفسه عنها إذا لم يتزوج ، وتبعاً لهذا الاختلاف يختلف حكمه فتعدد أحكامه .

فتارة يكون مطلوباً محتماً فيكون فرضاً يثاب فاعله ويعاقب تاركه ، وأخرى يكون مطلوباً طلباً غير محتم فيكون مندوباً إليه فيثاب على فعله ولا يعاقب على تركه ، وطوراً يكون ممنوعاً منعاً باتاً فيكون حراماً يعاقب عليه عقاباً شديداً ، وتارة يكون مكروهاً يعاقب فاعله عقاباً أقل من عقاب الحرام .

والأصل في الإنسان أن يكون معتدلاً، بمعنى أن يكون قادراً على تكاليف الزواج واثقاً من نفسه أنه يؤدي حقوق دون جور أو ظلم ولا يخشى على نفسه الوقوع في الفاحشة إذا لم يتزوج.

لذلك جعل الفقهاء حالة الاعتدال هي الأصل في الزواج ، واختلفوا في حكمها على أقوال :

ذهب الحنابلة في رواية عن الإمام أحمد : أنه فرض عين .

وذهب بعض الفقهاء الحنفية إلى أنه فرض كفاية ، فإن فعله البعض سقط الإثم عن الآخرين .

وذهب بعض الشافعية إلى أنه مباح كالأكل والشرب .

وذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية ووافقهم الحنابلة في المشهور عندهم وبعض الشافعية إلى أنه سنة مندوب إليه ، لأن القرآن أمر به ، وحض عليه رسول الله في أكثر من حديث .

* وقد يعرض للزواج ما يجعله فرضاً أو واجباً أو حراماً أو مكروهاً .

فيكون فرضاً : فيما إذا كان الشخص قادراً على تكاليف الزواج واثقاً من نفسه أن يعدل مع زوجته ولا يلحق بها الضرر ، ويتيقن أنه لو لم يتزوج وقع في الفاحشة ولا يستطيع التحرز عنها بأي وسيلة ، لأن ترك الزنى مفروض عليه والمانع من وقوعه فيه هو التزوج فيكون وسيلة إلى الفرض . ومن المقرر أن ما لا يتوصل إلى الفرض إلا به يكون فرضاً .

فالزواج في هذه الحالة فرض لا لذاته ، بل لأنه وسيلة إلى ترك الحرام ، فإذا لم يتزوج كان آثماً مستحقاً للعقاب وهذا في حق الرجل .

أما المرأة فإنه يفرض عليها الزواج إذا عجزت عن اكتساب قوتها وليس لها من ينفق عليها ، وكانت عرضة لمطامع أهل الفساد فيها ولا تستطيع أن تصون نفسها إلا بالزواج .

ويكون واجباً : فيما إذا كان قادراً واثقاً من العدل وخاف الوقوع في الفاحشة إذا لم يتزوج خوفاً لا يصل إلى درجة اليقين ، فإذا لم يتزوج كان آثماً مستحقاً للعقاب لكنه أقل من العقاب في الحالة السابقة .

وقد يكون حراماً : إذا كان الشخص غير قادر على التكاليف أو كان قادراً عليها لكنه يقطع بأنه يظلم زوجته إذا تزوج سواء كان ظلمها بالإيذاء أو بعدم القدرة

على المخالطة الجنسية . وذلك لأن الظلم حرام فما يكون طريقاً إليه يأخذ حكمه غير أن حرمته لا لذاته .

ويكون مكروهاً : إذا خاف الوقوع في الظلم إن تزوج إما لعجزه عن الإنفاق أو إساءة العشرة لشذوذ في خلقه أو عدم قدرته على المخالطة الجنسية ، فإذا خاف الوقوع في واحدة من ذلك كره له التزويج كراهة تحريم أن تنزيه حسبما يخشاه من أنواع الظلم .

بقيت حالة أخيرة يتعارض فيها ما يجعل الزواج فرضاً وما يجعله حراماً . وهي ما إذا كان يقطع بالوقوع في الفاحشة إن لم يتزوج كما يقطع بظلم الزوجة إن تزوج .

وهذه الحالة يقرر الفقهاء فيها أنه لا يتزوج دفعاً للظلم ، لأنه العلاج المتعين لذلك لقوله تعالى : (وليستعفف الذين لا يجدون نكاحاً حتى يغنيهم الله من فضله) {النور:٣٣ } ، وليس معنى هذا أنه يباح له الزنى ، بل الزنى حرام لا يباح في حال من الأحوال .

وعليه بعد أن يترك الزواج أن يقاوم كلا المحظورين ، فيحارب شهوته بشتى الوسائل ليتغلب عليها ، ويقوم نفسه ليخلصها من رذيلة ظلم الغير . وما يجده سهلاً عليه يسير على ما يقتضيه ، فإن سهل عليه محاربة الشهوة دون الأخرى بقي على كفه عن التزويج ، وان استعصى عليه محاربة الشهوة ووجد من نفسه ميلاً إلى ترك الظلم تزوج .

الفصل الثاني : أركان عقد النكاح

الباب الأول : شروط انعقاد عقد الزواج

وهي النوع الاول من الشروط الواجب توافرها في عقد الزواج لكي يعد هذا العقد صحيحا ، وتتعلق هذه الشروط بأركان العقد بحيث اذا تخلف احدها عد العقد باطلا لانتفاء احد اركانه ، وهي كما ياتي :

أولا : الاهلية الاصلية لمباشرة العقد ، ويقصد بها اهلية التمييز اي انه لا يشترط في العاقدين كمال الاهلية بل يكتفى بكونهما مميزان غير صغيرين او يعترضهما عارض للاهلية .

ثانيا : سماع كل من العاقدين كلام الاخر ، والمقصود بالسماع هنا ليس المعنى الحرفي للكلمة اي سماع الكلام عن طريق حاسة السمع بحيث اذا لم تسمع المرأة كلام الرجل فينتفي ركن في العقد ، وانما المقصود بالسماع هنا هو الفهم ، اي فهم المراد من هذا هو انشاء عقد زواج لا عقد من نوع اخر .

ثالثا : اتحاد مجلس الايجاب والقبول فاذا اختل المجلس حقيقة او حكما بطل العقد ، ويعني المجلس الاجتماع ، اما الاتحاد فيتحقق باجتماع طرفي عقد الزواج ووليهما ووكيليهما (ان وجدا) وشاهدي العقد مكانيا وذهنيا ، وبعد تحقق هذا الاجتماع ممكن ان ينتهي المجلس حقيقة بتطابق القبول مع الايجاب والوصول الى انعقاد العقد ، وقد ينتهي المجلس حقيقة ايضا بالحالة المعاكسة اي بعدم التوصل الى مطابقة القبول للايجاب فينتهي العقد ، اما اختلال المجلس حكما فيقصد به اي امر يؤدي الى انفضاض المجلس واعتباره بحكم المنتهي مع كونه مازال متحدا ، وذلك من قبيل ترك احد الطرفين المجلس وخروجه ، او انصرافه ذهنيا عما يدور فيه وانقطاعه عن التواصل معه ، وبالتالي يختل مجلس العقد فينتهي حكما .

رابعا : موافقة القبول للايجاب ، وهذا يحصل بالتطابق بينهما دون اي تعديل فاذا جاء القبول معدلا للايجاب فلا ينعقد العقد هنا وانما ما يحصل هو سقوط الايجاب الاول وحلول القبول المعدل محله بحيث يصبح الاخير ايجابا صالحا

لـورود قبـول يطابقـه ، وهكـذا حتـى نصـل الـى مطابقـة تامـة بينهمـا فينعقـد العقـد .

خامسـا : التنجيـز ، اي ان يكـون عقـد الـزواج نـاجزا او منجـزا ، والمقصـود بالعقد المنجز هو الـذي يرتـب اثره فور انعقاده دون وجود فاصل زمنـي بين تمام انعقاده وترتيب اثره ، وعقد الـزواج احد هذه العقود ، امـا اذا علق هذا العقد علـى شرط معين او تحقق حادثة معينـة فانـه يبطل لانتفاء ركن من اركانـه وهو اعتبـاره ناجزا .

الباب الثاني : شروط صحة عقد الزواج

معنى صحة الزواج أن يكون العقد صالحاً لترتب الآثار الشرعية عليه ، ولكـي يكون الزواج صحيحاً بعد انعقاده لابد أن تتوافر فيه الشروط الآتية :

أولاً : ألا تكون المرأة محرمة على الرجل الذي يريد التزويج بها تحريماً ظنياً بـأن كانـت حرمتهـا ثابتـة بـدليل ظنـي أو ممـا يخفـى تحريمهـا للاشـتباه فـي أمـره ، كتـزويج المـرأة علـى عمتهـا أو خالتهـا فإنـه ثابـت بـدليل ظنـي ، وتـزوج المعتـدة مـن طـلاق بـائن ، وتـزوج أخـت زوجتـه التـي طلقهـا فـي أثنـاء عـدتها لخفـاء كـل منهمـا والاشتباه فيه .

فهـذا الـزواج يكـون منعقداً ، لأن المـرأة محـل للـزواج فـي الجملـة حيـث يـرى بعض الفقهاء صحته لكنه يكون فاسداً لعدم صـلاحيته فـي ذاتـه لترتـب الآثـار عليـه ، وما يترتب عليه من بعض الآثار جاء نتيجة الدخول بتلك المرأة بعد العقد . فإن وقـع العقد وجـب التفريـق بينهمـا إن لـم يتفرقـا باختيارهمـا ، ولا يجـب بـه شـيء إن وقـع التفريق قبل الدخول ، فان أعقبه دخول ترتـب عليـه بعض الآثـار من وجـوب المهر والعدة وثبوت النسب إن أثمر هذا الزواج .

وبهذا يعلم أن الزواج بالمرأة المحرمـة يختلـف حكمـه بـاختلاف نـوع التحـريم . فإن كان قطعياً متفقاً عليه جعل العقد باطلاً ، وكان انتفاء هذه الحرمة شرطاً لانعقـاد العقد .

وإن كـان ظنيـاً أو مختلفـاً فيـه كـان للعقد وجـود ، غيـر أنـه لا يصـلح فـي ذاتـه لترتب الآثار عليـه ، فـان أعقبـه دخـول ترتـب علـى هذا الـدخول بعض آثـار الـزواج لوجود العقد صورة . وكان انتفاء هذه الحرمـة شرطاً لصـحة العقد بحيث إذا تخلـف هذا الشرط كان العقد فاسداً .

وهذه التفرقة مبنية على التفرقة بين الباطل والفاسد في الزواج كما يرى أهل التحقيق من فقهاء الحنفية . وهي التي تتفق مع اختلاف صور الزواج غير الصحيح .

وأما من لا يفرق بين الزواج الباطل والفاسد فقد سوى بين المحرمات كلها وجعل انتفاء المحرمية شرطاً لصحة العقد سواء كانت قطعية أو ظنية مختلفاً فيها أو مما يخفى أمرها للاشتباه فيها .

ثانياً : أن يتولى العقد ولي المرأة ، وهذا عند من لا يصحح الزواج بعبارة النساء وهم جمهور الفقهاء .

أما عند من يصحح الزواج بعبارتها وهم الحنفية فلا يشترطون هذا الشرط ، لأن للمرأة البالغة الرشيدة أن تزوج نفسها عندهم . أما غير البالغة الرشيدة كالصغيرة والمجنونة فلا بد من الولي عندهم لا لصحة العقد فقط بل لوجود أيضاً ، لأن عبارتهما ملغاة لا اعتبار لها .

ثالثاً : أن يكون العقد أمام شهود ، وهذا الشرط غير متفق عليه بين الفقهاء بل اختلفوا في أصل اشتراطه كما اختلف القائلون به فيما تصح به الشهادة . فالكلام عليه في موضعين :

الأول في أصل الاشتراط ، والثاني فيما يعتبر في الشهود عند الشارطين . أما الأول فقد اختلف الفقهاء فيه على قولين : فذهب جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة ، إلى أن الشهادة شرط لازم في عقد الزواج لا يعتبر صحيحاً بدونها ، لأنه وان وردت النصوص به مطلقة في القرآن إلا أن السنة قيدت هذا الأطلاق . فقد روى الترمذي عن ابن عباس أن النبي - صلى الله عليه وسلم – قال : " البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة " . وروى الإمام أحمد عن عمران بن حصين عن النبي - صلى الله عليه وسلم – قال : " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل " . كما روى الدارقطني عن عائشة قالت : قال رسول الله : " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل " . فهذا الروايات يقوى بعضها بعضاً وقد اشتهرت فتصلح لتخصيص العام في القرآن {فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ} [النساء: ٣] وتقييد المطلق فيه : {وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكُمْ} [النساء: ٣] . وقد روى ذلك عن جميع من الصحابة منهم عمر وعلي وابن عباس وغيرهم . وقد روى مالك في الموطأ عن أبي الزبير المكي أن عمر بن الخطاب أتى بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة فقال : " هذا نكاح السر ولا أجيزه ولو كنت تقدمت فيه لرجمت " . غير أنهم مع اتفاقهم على أن الزواج بدون شهود غير صحيح اختلفوا في وقت الشهادة : فذهب المالكية إلى أنه لا يلزم أن تكون الشهادة وقت العقد وإن كان ذلك مستحباً . فلو دخل قبل أن يشهد كان عاصياً ويفرق بينهما ، فالإشهاد شرط تمام . وذهب الأئمة الثلاثة - أبو حنيفة والشافعي وابن حنبل - إلى أن الأشهاد واجب وقت العقد ، لأن الحديث نفى الزواج بغير شهود ، والنفي مسلط هنا على الصحة ، فإذا وجد العقد بدون شهود كان غير صحيح . وبهذا يكون

العقد بحضرة الشهود صحيحاً بالاتفاق ، ولكن لو أوصى الزوج الشهود بالكتمان وعدم الإعلان هل يؤثر ذلك في العقد ويبطله أو لا ؟ ذهب المالكية إلى أنه يبطل العقد ، لأنه يصير نكاح سر وهو باطل لأن المطلوب فيه الإعلان كما حض عليه رسول الله – صلة الله عليه وسلم - بقوله : " أعلنوا النكاح واضربوا عليه الدفوف " . وذهب غيرهم من الحنفية والشافعية إلى أن هذا لا يؤثر في العقد ولا يجعله سراً ، وكيف يكون سراً وقد حضره أربعة وهم العاقدان والشاهدان .

وأما الموضع الثاني: فقد اشترط القائلون بوجوب الإشهاد في الشهود شروطاً اتفقوا في بعضها واختلفوا في بعضها الآخر .

وأهم هذه الشروط :

- العقل والبلوغ والحرية
- والإسلام إذا كان الزوجان مسلمين
- والتعدد
- وسماع كل شاهد كلام العاقدين مع فهم المقصود منه إجمالاً
- عدالة الشهود

أما اشتراط العقل والبلوغ والحرية فلأن الشهادة فيها معنى الولاية ، لأنها تلزم المشهود عليه بالمشهود به حيث ينبني عليها القضاء الملزم ، ولولا الشهادة ما كان قضاء ولا إلزام ، وليس لغير الأحرار البالغين العقلاء ولاية حتى على أنفسهم ، فكيف تثبت لهم ولاية على غيرهم ؟ ومن ناحية أخرى أن المقصود من حضور الشهود إظهار خطر هذا العقد بإعلانه وتكريمه ، وبحضور غير هؤلاء لا يتحقق شيء من ذلك ، بل يكون عقده بحضورغيرهم استهانة به . وعلى هذا لا يصح العقد بحضور الصغار ولو كانوا مميزين والمجانين والعبيد .

وأما اشتراط الإسلام فيما إذا كان الزوجان مسلمين ، فلما في الشهادة من معنى الولاية على المشهود عليه كما قلنا ولا ولاية لغير المسلم لقوله تعالى : {وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلا} [النساء: ١٤١] . ولأن من أغراض الشهادة على هذا العقد إعلانه وتكريمه ، وشهادة غير المسلمين على زواج المسلمين لا تكريم فيها ، ولا يتحقق بها إشارة بين المسلمين . ولأن لهذا العقد اعتباراً دينياً فلابد من أن يشهده من يدين بدين الزوجين .

وهذا الشرط في زواج المسلمين لم يخالف فيه أحد من الفقهاء الشارطين للشهادة . ولكنهم اختلفوا فيما إذا كان الزوج مسلماً والزوجة كتابية :

فذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يشترط إسلام الشهود ، فيصح أن يشهد عليه كتابيان سواء اتفقا معها في دينها أو اختلفا معها فيه .

وذهب الأئمة الثلاثة - المالكية والشافعية والحنبلية - إلى أنه يشترط الإسلام ، لأن الشهادة على العقد الصادر من جانب الرجل المسلم والزوجة غير المسلمة ، فلو جوزنا هذه الشهادة للزم أن تكون شهادة غير المسلم على المسلم فيقع المحظور السابق وهو جعل لغير المسلم نوع ولاية على المسلم وهو ممنوع شرعاً . مع أن هذه الشهادة وإن تحقق بها إشهار الزواج بين غير المسلمين فلا يتحقق بها إشهاره بين المسلمين ، وليس فيها تكريم لهذا العقد الذي أحد طرفيه مسلم .

وأما اشتراط التعدد فلأن الأصل في الشهادة المثبته أن تكون من رجلين أو رجل وامرأتين لقوله تعالى : {وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنْ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَى} [البقرة: ٢٨٢] ، فهذه الآية رسمت لنا طريق الشهادة وجعلت شهادة المرأتين مساوية لشهادة الرجل وبينت العلة في ذلك .

ذهب الحنفية إلى أن الشهادة في النكاح لا تكون إلا من رجلين أو رجل وامرأتين ، لأن الأصل في الشهود أن يكونوا من الرجال ولا تقبل شهادة النساء وحدهن في غير المواضع المستثناه ، وهي التي لا يطلع عليها الرجال ، فلا تكفي شهادة النساء منفردات في الزواج ، لأن من أغراض حضور الشهود إعلان الزواج وهو لا يتحقق بوجودهن ، لأنه يغلب عليهن - إذا كن مسلمات متأدبات بأدب الإسلام - الاستتار وعدم حضور مجالس الرجال ، فإذا وجد معهن رجل تحقق الإعلان بين الرجال والنساء .

وهناك بعض الصور يظهر فيها صحة الزواج بشاهد واحد ، مثل ما إذا وكلت المرأة رجلاً ليزوجها بحضورها وحضور شاهد واحد فإنه يصح ، كما يصح في صورة ما إذا وكل ولي الزوجة وكيلاً لمباشرة العقد بحضوره وحضور شاهد واحد أيضاً . والحقيقة أنهما شاهدان ، لأن في الصورة الأولى اعتبرت المرأة هي المباشرة للعقد والوكيل سفير ومعبر عنها ، وفي الصورة الثانية يعتبر المباشر للعقد شاهداً بالاعتبار السابق . لكن يشترط في كل من الصورتين أن تكون المرأة بالغة ليمكن اعتبارها مباشرة للعقد في الصورتين وليصح توكيلها في الصورة الثانية ، لأن القاعدة المقررة: أن الأصيل في العقد إذا كان حاضراً في المجلس يمكنه أن يباشر العقد بنفسه اعتبر هو العاقد حكماً ويعتبر الولي أو الوكيل شاهداً . أما إذا كانت صغيرة وزوَّجها أبوها بحضرة رجل واحد فإنه لا يصح لأنه لا يمكن اعتبارها عاقدة لم يكن ثمة إلا شاهد واحد .

أما اشتراط سماع الشهود كلام العاقدين مع فهمهما المراد منه إجمالاً وإن لم يفهما معاني المفردات ، لأن إعلان العقد لا يتحقق بدون السماع والفهم ، فإذا عقدا بحضور من لا يسمع ولا يفهم المراد لا يصح العقد . فلو كان الشاهدان أصمين أو نائمين أو سكرانين لا يعي الواحد منهما ما يسمعه ولا يتذكره بعد إفاقته لا يتحقق الغرض من الشهادة بوجودها . واشتراط السماع إنما يكون في العقد بالكلام ، فإذا

كان بالإشارة كان الشرط رؤيتها وفهم المقصود منها ، فلو لم ير الشهود تلك الإشارة بأن كانوا مكفوفي البصر أو رأوها ولم يفهموا المراد منها لا يصح العقد .

وأما عدالة الشهود : فذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى اشتراطها واستدلوا بحديث " وشاهدي عدل " ولأن من أغراض الشهادة هنا إظهار شأن العقد تكريمه ، ولا يحصل هذا التكريم بشهادة الفسقة لأنهم ليسوا أهلاً للكرامة في أنفسهم فلا يكرم العقد بحضورهم . كما أن من أغراضها توثيق العقد والتمكن من إثباته عنه إنكاره والتنازع فيه ، وشهادة الفسقة لا يثبت بها الزواج أما القضاء بالاتفاق . غير أنهم يكتفون بالعدالة الظاهرة في الجملة ، فيكفي أن يكون الشاهد مستور الحال لم يظهر فسقه ، لأن النكاح يكون في القرى والبادية وبين عامة الناس ممن لا يعرف حقيقة العدالة فاعتبار العدالة في الواقع فيه مشقة على الناس فاكتفى بظاهر العدالة تخفيفاً عليهم . فإن تبين بعد العقد أنه كان عند العقد فاسقاً لم يؤثر ذلك في العقد ، لأن الشرط العدالة ظاهراً وقد تحقق ذلك .

وذهب الحنفية إلى عدم اشتراط العدالة في الشهود فيجوز شهادة غير العدول في الزواج . ووجهوا رأيهم بأن الفاسق له أهلية لإنشاء عقد الزواج لنفسه ولغيره بالولاية أو الوكالة بلا نزاع ، فيكون أهلاً لأن يعقد الزواج بحضوره من باب فيصلح شاهداً فيه ، وكونه لا تقبل شهادته لا يطعن في صحة تحمله لها لجواز أن يتحملها وهو فاسق ثم يزول عنه الفسق فتقبل شهادته . ومن هنا وضعوا ضابطاً لمن تقبل شهادته في الزواج فقالوا : كل من صلح أن يكون ولياً في الزواج بولاية نفسه يصلح شاهداً فيه وإلا فلا . لأن الغرض من الشهادة على العقد ليس قاصراً على أدائها عند التنازع ، بل من أغراضها إظهار العقد وإشهاره بين الناس وهذا يتحقق بشهادة غير العدل . وأما الحديث الذي استدل به ، فالمقصود منه مجرد الإرشاد إلى ما هو أفضل . ولما كانت الشهادة في الزواج عند الحنفية ليس مقصودة لإثباته عند إنكاره والاختلاف فيه بل لإشهاره وإخراجه من السرية إلى العلنية صححوه بحضور من لا تقبل شهادتهم من فروع العاقدين أو أصولهما وإن كانوا يمنعون هذا الشهادة في غير هذا الموضع . فيجوز أن يتزوج الرجل بشهادة ابنيه من غير الزوجة المعقود عليها أو بشهادة أبيها من غيره ، كما يجوز أن يتزوجها بشهادة ابنية منها على ما هو المعتمد في المذهب . والسبب في ذلك أن هذا الموضع لا تهمة فيه ولا شبهة ، بخلاف غيره فإن الشبهة قائمة والتهمة موجودة ، لأن المقصود بها إثبات الحقوق . ولذلك قالوا : إن شهادة هؤلاء وإن كان ينعقد بها النكاح إلا أنه لا يثبت بها عند الإنكار فشهادتهم تنفع في حل الزوجة ديانة لا قضاء .

فالزواج له حالتان : حالة الانعقاد ويصح فيها شهادة الأعمى والفاسق والابن والأب . وحالة الإثبات عن الإنكار وهذه لا تصح شهادتهم فيها ، بل يشترط في الشاهد على إثبات الزواج ما يشترط في غيره من العدالة وعدم التهمة . ومن هنا

قالوا : إذا كانت شهادة الابن عند اختلاف الزوجين على أحد أبويه تقبل لعدم التهمة وان كانت له لا تقبل لوجود التهمة .

رابعاً: أن تكون الصيغة من الإيجاب والقبول مؤبدة غير مؤقتة بمدة فإن صحبها توقيت كان العقد فاسداً عينت المدة أو لم تعين كانت المدة قصيرة أو طويلة . فلو قال رجل لامرأة : تزوجتك مدة عام مثلاً وقبلت الزوجة ، أو قال لها : زوجيني نفسك مدة عشر سنوات أو فترة من الزمن إقامتي في هذا البلد وقبلت كان العقد فاسداً . لأن العقد بهذه الصورة يكشف عن الغرض المقصود منه وهو مجرد الاستمتاع المؤقت ، والزواج لم يشرع لهذا الغرض بل شرع للاستقرار والسكن وتكوين الأسرة . وهذا لا يكون مع التوقيت وهو متفق على عدم صحته .

الباب الثالث : شروط نفاذ عقد الزواج :

معنى نفاذ العقد أن تترتب عليه آثاره الشرعية ، فالعقد إذا كان مستوفياً لأركانه وشروط صحته لا تترتب عليه آثاره بالفعل إلا بشروط تسمى في عرف الفقهاء بشروط النفاذ . ويجمعها أن يكون لكل من العاقدين الحق في إنشاء عقد الزواج ، ويتحقق ذلك بكمال أهليتهما مع وجود صفة شرعية تجيز لهما إنشاء هذا العقد . وكمال الأهلية بالحرية والبلوغ والعقل ، والصفة هي الأصالة أو الولاية أو الوكالة .

وعلى هذا إذا تولاه الزوجان مع كمال أهليتهما نفذ العقد وترتبت عليه آثاره عند من يصحح الزواج بعبارة النساء وهم الحنفية . وإذا كان أحدهما ناقص الأهلية كالصغير المميز والمعتوه انعقد صحيحاً موقوفاً على إجازة من له الإجازة ، لأن وجود أصل الأهلية يجعله منعقداً صحيحاً ونقصانها يجعله موقوفاً على الإجازة ليمكن تلافي الضرر المحتمل من هذا العقد ، أما إذا كان أحدهما فاقد الأهلية كالمجنون والصغير غير المميز فان العقد يكون باطلاً كما قدمنا .

وإذا تولاه غيرهما ممن كملت أهليتهم فإن كان ولياً أو وكيلاً نفذ العقد . وإن كان مجرداً من هذه الصفة انعقد موقوفاً على الإجازة ، لأن وجود الأهلية الكاملة يجعله منعقداً صحيحاً ، وعدم الصفة المخولة لإنشاء العقد يجعله موقوفاً على الإجازة . ويسمى ذلك الشخص في عرف الفقهاء بالفضولي . ومثل الفضولي في هذا الوكيل إذا خالف مقتضى الوكالة . كأن يوكله في زواج امرأة معينة أو بمهر معين فيزوجه غيرها أو بمهر أكثر . فإن العقد يكون موقوفاً على إجازة الموكل .

وكذلك الولي البعيد إذا عقد الزواج مع وجود الولي القريب الكامل الأهلية ، فإن عقده يكون موقوفاً على إجازة القريب . وإذا زوج السفيه أو من عنده غفلة نفسه صح العقد ونفذ ولو كان محجوراً عليه ، لأن عقد الزواج تصرف شخصي لا يرد عليه الحجر ، وإنما الحجر على التصرفات المالية . ولهذا لو تزوج امرأة بأكثر من مهر مثلها ثبت لها مهر المثل فقط ، ولو كان السفه في جانبها ورضيت الزواج

بالأقل ثبت لها مهر المثل ، وإن سمي لها أكثر صحت التسمية إذا لم يكن سفيهاً وإلا فيقتصر على مقداره .

الباب الرابع : شروط اللزوم في العقد

معنى لزوم العقد : ألا يكون لأحد الزوجين أو لغيرهما ممن يتعدى إليه ضرر العقد حتى فسخه بعد تمامه ، وعلى هذا يكون المراد بشروط اللزوم هي الشروط التي إذا تحققت كلها لم يكن لأحد الحق في فسخ العقد ، فإن تخلفت تلك الشروط أو بعضها كان العقد غير لازم يجوز فسخه إذا طلب ذلك صاحب الشأن .

والأصل في عقد الزواج أن يكون لازماً لأنه شرع لمقاصد لا توجد إلا مع لزومه ، ولذلك لا يصح فيه خيار الشرط ولا خيار الرؤية كما في البيع عند كثير من الفقهاء .

غير أن هذا اللزوم لا يكون إلا إذا توفر الرضا الكامل من الجانبين ، فإذا وجد فيه ما ينقضه عند أحدهما ثبت له خيار الفسخ ويكون العقد غير لازم . وعلى هذا يشترط للزوم عقد الزواج إجمالاً أن يكون خالياً مما يوجب الفسخ . ولما كان الموجب للفسخ يختلف باختلاف متولي العقد كان لابد من تفصيل ذلك الشرط المجمل إلى الشروط الآتية :

أولاً : أن يكون الزوج كفئاً للزوجة إذا زوجت نفسها وهي كاملة الأهلية ، أي بالغة عاقلة رشيدة .

فإن لم يكن كفئاً لم يكن العقد لازماً إذا كان لها ولي عاصب ولم يرض بهذا الزواج ، فله حق الاعتراض وطلب الفسخ ، لأن الكفاءة حق مشترك بين الزوجة وأوليائها ، فإذا أسقطت حقها بقي حق الأولياء . لكن هذا الحق ثابت ما لم يسكت حتى تلد أو تحبل حبلاً ظاهراً ، فإن حدث ذلك سقط حق الاعتراض ، لأن حق الولد هنا في المحافظة عليه وتربيته أقوى من حق الأولياء في الاعتراض .

ثانياً : ألا يقل مهرها عن مهر أمثالها من قوم أبيها إذا زوجت نفسها ولو كان الزوج كفئاً لها ، فلو زوجت نفسها من كفء بأقل من مهر مثلها ولها ولي عاصب[1] لم يرض بهذا الزواج كان العقد غير لازم ، وللولي حق الاعتراض وطلب الفسخ ، لأن الأولياء - كما يجري به العرف بين الناس - يفتخرون بكثرة المهور ويتعيرون بنقصانها .

---

١ الولي العاصب هو القريب للمرأة قرابة لا تتوسط فيها الأنثى وحدها كالأب والجد لأب وان علا والابن والأخ الشقيق أو لأب والعم الشقيق أو لأب وهكذا. فان لم يكن لها ولي عاصب وقع عقدها لازماً.

وهذا الحق ثابت ما لم يقبل الزوج زيادة المهر إلى مهر المثل أو تلد المرأة أو تحبل حبلاً ظاهراً ، فإن حصل شيء من ذلك سقط حق الاعتراض عند أبي حنيفة . ولو رضي أحد الأولياء دون الآخر بزواج غير الكفء أو بأقل من مهر المثل سقط حق الباقي في طلب الفسخ ولزم العقد على القول الراجح في مذهب الحنفية . وإنما سقط حق الاعتراض في هذه الحالة لأنه ثبت بسبب مشترك لا يتجزأ وهو القرابة فلا يقبل التجزئ وإسقاط بعض ما لا يتجزأ إسقاط الكل .

ثالثاً : أن يكون المزوج لفاقد الأهلية أو ناقصها كالمجنون والمعتوه والصغير والصغيرة الأب أو الجد المعروفين بحسن التصرف والاختيار .

فلو زوج الأب أو الجد واحداً من هؤلاء كان العقد لازماً ، ولو كان الزواج من غير كفء أو بأقل من مهر المثل . حتى لو بلغ الصغير أو أفاق المجنون وعقل لا يكون لهما الحق في الفسخ ، لأن الشأن في الأب والجد المعروفين بحسن التصرف والاختيار أن يعملا على مصلحة من في ولايتهما ، فإذا تساهلا وزوجا بغير الكفء أو بأقل من مهر المثل لا يكون ذلك إلا لمصلحة تفوق الكفاءة والمهر .

ومثلهما في ذلك ما إذا زوج الابن أمه التي سلب عقلها بغير كفء أو بأقل من مهر المثل فإن العقد يلزم وليس لها حق طلب الفسخ إذا ما عقلت .

أما إذا كان الأب أو الجد معروفاً بسوء التصرف فان عقدهما يكون غير لازم ويثبت حق الفسخ عند البلوغ إن كان المزوج صغيراً ويسمى خيار البلوغ أو عند الإفاقة إن كان مجنوناً أو معتوهاً ويسمى خيار الأفاقة .

وكذلك إذا زوج واحداً من هؤلاء غير الأب والجد ، كالأخ والعم وابن العم فان العقد لا يكون لازماً حتى ولو كان الزوج بالكفء وبمهر المثل ، لأن شفقة هؤلاء وحرصهم على مصلحة من في ولايتهم لا تبلغ درجة الكمال فلا تساوي شفقة الأب والجد ، فلإحتمال ألا يكون في هذا الزواج مصلحة ثبت حق الفسخ لهؤلاء .

رابعاً : ألا يكون الزوج قد غرر في أمور تتعلق بكفاءته ، كأن يدعي نسباً معيناً تم الزواج على أساسه ثم ظهر كذبه كان العقد غير لازم بالنسبة إلى طرف الزوجة فلها أو لوليها حق طلب الفسخ .

أما تغرير المرأة بالرجل فلا يمنع لزوم العقد ، لأن الرجل يملك الطلاق فله أن يطلق إذا ما ظهر له تغريرها ولا حاجة به إلى طلب الفسخ .

الفصل الثالث : النكاح الفاسد

الباب الأول : تعريف بطلان العقد وفساده

البطلان والفساد مصطلحان مترادفان عند كثير من الفقهاء ، متغايران عند بعضهما ، ومبحث الباطل والفاسد جزء مرتبط بمباحث الحكم الوضعي عند الأصوليين ، ومحور بحثهما أن الفعل إذا وجد سببه وتوفر شرطه وانتفى مانعه صدر صحيحا ورتب المقصود منه ، ويسمى عندئذ صحيحا ، ويعالج ضمن مباحث الصحة ، أما إذا اختل شيء من ذلك فالبدهي أنه لا يستتبع غايته ، أي لم يحقق الأثر المطلوب منه ، ولكن إلى أي حد ؟ وهل العبادات والمعاملات فى ذلك سواء أم أن بينهما فرقا ؟ وفي خصوص الزواج هل يسوّى بين الباطل والفاسد أم أن بينهما فرقا كذلك ؟

للعلماء فى ذلك حديث يطول ، فنقتبس منه ما يدل على المعنى ، البطلان والفساد فى اللغة :

فى معاجم اللغويين تلحظ بوضوح المرادفة بين الباطل والفاسد ، ففي المصباح المنير : بطل الشيء ، يبطل بُطْلا ، وبطولا ، وبطلانا : فسد وسقط حكمه ، وفي اللسان : الباطل ضد الحق ، والفساد نقيض الصلاح ، والمفسدة ضد المصلحة ، وفى المعجم الوسيط : فسد العقد : بطل ، وفسد الرجل : جاوز الصواب والحكمة ، وفسدت الأمور اضطربت وأدركها الخلل ، والفساد : الاضطراب والخلل ، وإلحاق الضرر.

ويؤكد المناوي في التوقيف على مهمات التعاريف على هذا فيقول : الباطل والفاسد والساقط : ضد الصحيح وضد الحق ، وهو مالا ثبات له من المقال والفعال عند الفحص عنه ، والخلاصة : أن الفاسد والباطل بمعنى واحد عند أهل اللغة .

البطلان والفساد عند الفقهاء :

مجمل البحث فى هذا الموضوع أن البطلان والفساد لفظان مترادفان عند جمهور العلماء ، فكل ما اختل ركنه أو شرطه عندهم فإنه يبطل ، دون نظر إلى كونه معاملة أم عبادة .

أما الأحناف فإنهم وافقوا الجمهور في أثر الخلل فى ركن أوشرط العبادة ، وسووا في العبادة بين البطلان والفساد فمتى اختل ركن أو شرط بطلت العبادة .

ثـم إنهـم خـالفوا فـى المعـاملات ففرقـوا فيهـا بـين الفاسـد والباطـل : فالباطل من المعاملات – عند الحنفية - : هو ما لم يشرع بأصله ، ولا بوصفه ، كبيع الميتة والدم ولحم الخنزير ، ونحوها ، فإنها بيوع باطلة ، لعدم حل المحل . والفاسد من المعاملات : هو ما شرع بأصله دون وصفه ، ومثاله عندهم : البيع بثمن مجهول ، فالبيع في ذاته مشروع ولكن جهالة الوصف (الثمن) أفسدته فصار فاسدا .

وعلى ذلك فالفاسد عند الأحناف يقع فى منطقة وسطى بين الصحة والبطلان ، ومن ثم فإنه صالح لترتيب بعض الآثار إن اتصل به عمل آخر ، كالدخول فى النكاح كما سنرى .

هل باطل النكاح وفاسده سواء ؟

تقول المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون العربي الموحد بحق " إن التمييز بين الباطل والفاسد من عقود النكاح كان ولم يزل مدار اضطراب كبير فى مباحث الفقه " .

فالناظر فى فقه الأحناف يجدهم يستخدمون مصطلح الباطل على ما اعتبروه فاسدا ، والعكس ، فتارة يقولون : النكاح بغير شهود فاسد ، وتارة أخرى يقولون : النكاح بغير شهود باطل ، ولكن في مواضع أخر توهم عبارتهم أن هناك فرقا بين باطل النكاح وفاسده ، ومن ذلك ما جاء في فتح القدير " ... فإن تزوج حبلى من الزنى جاز النكاح ، ولا يطؤها حتى تضع حملها وقال أبو يوسف : النكاح فاسد ، وإن كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالإجماع ، وإن تزوج حاملا من السبي فالنكاح فاسد ، لأنه ثابت النسب ، وإن زوج أم ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل لأنها فراش لمولاها " . وفي حاشية ابن عابدين " في آخر فصل (في ثبوت النسب) عن مجمع الفتاوى : نكح كافر مسلمة فولدت منه لا يثبت النسب منه ولا تجب العدة لأنه نكاح باطل ، وهذا صريح فيقدم على المفهوم فافهم ، ومقتضاه الفرق بين الفاسد والباطل في النكاح .

وغير الحنفية ومع إطلاقهم قاعدة " البطلان والفساد مترادفان " يعودون فيترددون ، ونص عبارة ابن بدران فى المدخل : " أن أصحاب أحمد وأصحاب الشافعي فرقوا بين الفاسد والباطل في الفقه في مسائل كثيرة ، وقال في شرح التحرير لعلاء الدين علي المرداوي غالب المسائل التي حكموا عليها بالفساد هي ما إذا كان مختلفا فيها بين العلماء ، والتي حكموا عليها بالبطلان هي ما إذا كان مجمعا

على بطلانها أو الخلاف فيها شاذ ، قال: ثم وجدت بعض أصحابنا قال الفاسد من النكاح ما يسوغ فيه الاجتهاد ، والباطل ما كان مجمعا على بطلانه هذا كلامه " .

إذن هناك تردد فى الاتحاد والافتراق ، عند الجمهور كما هو عند الحنفية ، والنتيجة التى يمكن أن تتحصل من ذلك أن اختيار مذهب الحنفية فى العمل لا يعني الخروج التام على المذاهب الأخرى ، إذ الخلاف فى المسألة متصورعندهم أيضا .

وسر العناية بكون الفاسد والباطل مترادفين أم أن بينهما فرقا يرجع إلى أن الباطل غير منعقد فلا يترتب عليه شيء من آثار العقد الصحيح ، أما الفاسد – كما هو عند الحنفية - فإنه وإن وجب فسخه بحكم الشرع إلا أنه إن اتصل به دخول فإنه يرتب مجموعة من الآثار ، لا سيما وأن عقد النكاح لا يشبه - من بعض الأوجه - العقود المالية ، فمن حيث الأثر ترتب العقود المالية حقوقا والتزامات خاصة بعاقديها دون غيرهما بحكم الأصل .

الباب الثاني : آثار عقد النكاح :

١- آثار هى حقوق خاصة لأصحابها ، كالنفقة الزوجية ، والطاعة الزوجية ، والمتابعة ، والتوارث .

٢- آثار فيها حقوق لغير المتعاقدين كنسب الأولاد .

٣- وآثار فيها حقوق عامة للشرع هى من قبيل النظام العام كالعدة .

والحقوق الزوجية المحضة لا تثبت إلا فى نكاح منعقد صحيح .

أما النسب والعدة فإنهما كما يثبتان شرعا فى النكاح المنعقد يثبتان أيضا في بعض حالات النكاح غير المنعقد إذا لحقه دخول ، وهي الحالات التي يعتبر فيها وجود شبهة صالحة لنفي عقوبة حد الزنا الشرعي ، ولو كانت تقتضي استحقاق عقوبة تعزيرية أخرى وإثبات هذه الحقوق معتبر عند غير الحنفية ، وإن كانت دائرة الفاسد عند الحنفية أوسع مما هي عند غيرهم جاء في بدائع الكاساني " فصل وأما النكاح الفاسد فلا حكم له قبل الدخول وأما بعد الدخول فيتعلق به أحكام منها ثبوت النسب ومنها وجوب العدة وهو حكم الدخول في الحقيقة ومنها وجوب المهر، والأصل فيه أن النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة لانعدام محله أعني محل حكمه ، وهو الملك ، لأن الملك يثبت في المنافع ، ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء ، والحر بجميع أجزائه ليس محلا للملك ، لأن الحرية خلوص ، والملك ينافي الخلوص ،

ولأن الملك في الآدمي لا يثبت إلا بالرق ، والحرية تنافي الرق ، إلا أن الشرع أسقط اعتبار المنافي في النكاح الصحيح لحاجة الناس إلى ذلك ، وفي النكاح الفاسد بعد الدخول لحاجة الناكح إلى درء الحد وصيانة مائة عن الضياع بثبات النسب ، ووجوب العدة ، وصيانة البضع المحترم عن الاستعمال بلا غرامة ولا عقوبة توجب المهر ، فجعل منعقدا في حق المنافع المستوفاة لهذه الضرورة ولا ضرورة قبل استيفاء المنافع وهو ما قبل الدخول فلا يجعل منعقدا قبله .

الباب الثالث : أثر بطلان الزواج وفساده على آثار العقد :

رأينا أن الفقهاء لا يسوون بين الباطل والفاسد فى الحكم ، فالباطل غير منعقد ومن ثم لا يرتب أثرا ، أما الفاسد فإنه وإن كان مستحق الفسخ إلا أنه إن اتصل به دخول يرتب جملة من الآثار ، إما بافتراض انعقاده بعد الدخول كما توحي عبارة بعضهم ، أو مراعاة لما اقترن به من شبهة حسب ما يكشف تدقيق أقوال الفقهاء . قال النووي في المجموع : " وقد أجمعنا على أنه لا يملك البضع بالوطء في النكاح الفاسد ، وأما ما تعلق به من وجوب المهر ولحوق النسب والعدة وسقوط الحد ، فلم يمكن ذلك بسبب العقد ، بل لكونه وطء شبهة ، ولهذا تترتب هذه الأحكام على وطء الشبهة " وهو الصحيح إن شاء الله فنقطة الارتكاز فى الفرق بين الفاسد والباطل من الأنكحة : هي أن الفاسد يعتبر فيه شبهة ، فتترتب على الدخول فيه أحكام الوطء بشبهة ، أما الباطل فحيث لا شبهة فيه فلا أثر للدخول عليه ، وهذا ما ينبهنا إلى أن ما في مصنفات الفقه من قولهم " الفاسد والباطل فى النكاح سواء " معناه : أنهما سواء فى عدم الانعقاد فقط .

إذن الباطل من النكاح لا يوجب أثرا حتى وإن اتصل به دخول ، بل إن الدخول فيه يعتبر زنى محضا يوجب الحد شرعا .

أما ما اصطلح عليه بالفاسد ، أو الباطل الذي اقترن بشبهة ، فلا أثر لعقده مجردا ، أي لا يترتب على مجرد الانعقاد أي أثر ، ولكن إن اتصل به دخول فإنه يوجب جملة من الآثار أساسها الدخول وليس العقد الفاسد .

الباب الرابع : أنواع النكاح الفاسد المختلف فيها :

هناك أنكحة فاسدة أربعة ، ورد النهي فيها صراحة ، وهي : نكاح الشغار ، ونكاح المتعة ، والخطبة على خطبة أخيه ، ونكاح المحلّل .

الأول : نكاح الشغار :

فهو أن يُنكح موليته : بنته أو أخته ، على أن ينكحه الآخر موليته ، ولا صداق بينهما إلا بُضْع هذه ببضع الأخرى . اتفق العلمآء على معناه هذا ، وعلى أنه نكاح غير جائز لثبوت النهي عنه ، لخلوه عن المهر .

واختلفوا إذا وقع ، هل يصحح بمهر المثل أو لا ؟

فقال مالك والشافعي وأحمد : لا يصحح ويفسخ أبداً قبل الدخول وبعده ، لما روى ابن عمر : « أن رسول الله - صلّى الله عليه وسلم - نهى عن الشغار » (رواه الجماعة عن نافع عن ابن عمر) ، والشغار: أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه ابنته ، وليس بينهما صداق .

وقال أبو حنيفة : يصح نكاح الشغار بفرض صداق المثل . أما النهي عنه في السنة فمحمول على الكراهة ، والكراهة لا توجب فساد العقد ، فيكون الشرع أوجب فيه أمرين : الكراهة ومهر المثل .

ومننشأ الخلاف : هل النهي عن الشغار معلل بعدم العوض أو غير معلل ؟ فإن قلنا : غير معلل ، لزم الفسخ على الإطلاق . وإن قلنا : العلة عدم الصداق ، صح بفرض صداق المثل ، مثل العقد على خمر أو خنزير . والخلاصة : أن نكاح الشغار باطل عند الجمهور ، صحيح مكروه تحريماً عند الحنفية ، فإن وقع فسخ النكاح عند الجمهور قبل الدخول وبعده ، على المشهور عند المالكية ، ويدفع الرجل لمن دخل بها مهر المثل ، وتقع به حرمة المصاهرة ، والوراثة ، وإن وقع جاز عند الحنفية بمهر المثل .

الثاني : نكاح المتعة :

وهو أن يقول لامرأة : أتمتع بك لمدة كذا . والنكاح المؤقت : هو أن يتزوج امرأة عشرة أيام مثلاً ، فهو باطل . أما الأول : فبالإجماع ما عدا الشيعة عملاً عندهم برأي ابن عباس وجماعة من الصحابة والتابعين ، وأما الثاني : فبطلانه عند الجمهور ؛ لأنه أتى بمعنى المتعة ، والعبرة في العقود للمعاني ، وأجازه زفر والشيعة ، وقول زفر : هو أنه صحيح لازم ؛ لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة .

الثالث : الخطبة على خطبة الغير :

عند الجمهور يعد الزواج حينئذ صحيحاً ، ولا يفرق بين الزوجين ؛ لأن النهي ليس متوجهاً إلى نفس العقد ، بل إلى أمر خارج عن حقيقته ، فلا يقتضي بطلان العقد ، كالتوضؤ بماء مغصوب ، وعند مالك على المعتمد ، يجب الفسخ قبل الدخول بطلقة بائنة.

الرابع : النكاح المحلّل :

وهو الذي يقصد بنكاحه تحليل المطلقة ثلاثاً لزوجها الذي طلقها ، فهو حرام باطل مفسوخ ، لقوله - صلّى الله عليه وسلم - : « لعن الله المحلّل والمحلَّل له » (رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي ، وقال : حديث حسن صحيح) . وهو نكاح صحيح وإن كان موجباً للإثم عند أبي حنيفة والشافعية ؛ لأن العقد في الظاهر قد استكمل أركانه وشروطه الشرعية . وسبب اختلافهم : اختلافهم في مفهوم الحديث السابق « لعن الله المحلل » فمن فهم من اللعن : التأثيم فقط ، قال : النكاح صحيح . ومن فهم من التأثيم فساد العقد ، تشبيهاً بالنهي الذي يدل على فساد المنهي عنه ، قال : النكاح فاسد .

الباب الخامس : الأنكحة الفاسدة عند المذاهب الفقهية :

مذهب الحنفية :

النكاح الباطل : ومن أمثلته ما لو تزوج محرماً من محارمه ، فإن العقد على واحدة منهن وجوده كعدمه ، ومثله العقد على متزوجة . أو معتدة إن علم أنها للغير ، فهذا العقد كعدمه ، وهو عقد باطل يوجب الوطء به الحد إن كان عالماً بالحرمة ، وإلا رفع عنه الحد لشبهة ، ومثله أيضاً إذا أرغمته على أن ينكحها مكرهاً ، فإن النكاح في هذه الحالة لا يوجب مهراً ، ولكن بعد الوطء يثبت به النسب وتجب العدة .

النكاح الفاسد : وهو فيما إذا فقد شرطاً من شرائط الصحة ، مع وجود الخلاف فيه ، ومثاله النكاح بدون شهود ، فإن المالكية قالوا : بصحة العقد من غير شهود ، ونكاح أم المزني بها ، والمنظور إليها بشهوة ، ونكاح البنت من الزنا ، فإن العقد عليها صحيح عند الشافعية ، وكذلك العقد على من طلقت بعد الخلوة الصحيحة بدون عدة ، فإنه صحيح عند الشافعية لأن العدة لا تثبت إلا بالوطء ، فالعقد في هذه الأمثلة وإن كان فاسداً عند الحنفية ، ولكنه صحيح عند غيرهم ، فيجب به المهر ، وتثبت به العدة ، والنسب .

والنكاح الفاسد ، أو الباطل لا يتوقف فسخه على القاضي ، بل لكل واحد منهما فسخه ولو بغير حضور صاحبه ، سواء دخل بها أو لا ، وتجب العدة من وقت

التفريق ، ويثبت النسب له كما تقدم ، وتعتبر مدة ثبوت النسب ، وأقلها ستة أشهر من وقت الوطء ، فإذا وطئها أول يوم من الشهر ، ثم جاءت بولد بعد نهاية ستة أشهر ثبت نسبه منه ، وإلا فلا .

مذهب الشافعية :

الباطل : ما اختل ركنه ، والفاسد : ما اختل شرطه ، وطرأ له الفساد بعد انعقاده ، وحكمهما عند الشافعية واحد غالباً ، وهو أنه لا يترتب على واحد منهما أي أثر من آثار الزواج الصحيح ، فلا مهر ولا نفقة ولا حرمة مصاهرة ولا نسب ولا عدة . والأنكحة الباطلة للنهي عنها كثيرة ، أهمها تسعة :

١- نكاح الشغار : كأن يقول : زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك ، وبُضْع كلٍ منهما صداق الأخرى ، وإن سميا مع ذلك مهراً في الأصح لوجود التشريك المذكور، فإن لم يجعلا البضع مهراً بأن سكتا عنه ، صح في الأصح لعدم التشريك المذكور ، ولكل واحدة مهر المثل . وبطلانه للنهي عنه في حديث ابن عمر السابق وغيره ، مثل " لا شغار في الإسلام " رواه مسلم عن ابن عمر ، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه .

٢- نكاح المتعة : وهو النكاح إلى أجل . وإن تزوج بشرط الخيار بطل العقد ؛ لأنه عقد يبطله التوقيت، فبطل بالخيار كالبيع .

٣- نكاح المُحْرِم : فلا يصح النكاح في إحرام أحد العاقدين أو الزوجة ، بحج أو عمرة ، أو بهما ، أو مطلقاً صحيحاً أو فاسداً ، وإن عقده الإمام ، أو كان بين التحللين ، للخبر السابق : " لا يَنكح المحرم ولا يُنكح " .
لكن يجوز في الإحرام الرجعة والشهادة على الزواج ؛ لأن الرجعة استدامة لا ابتداء عقد ، ولأن ارتباط النكاح بالشهادة ارتباط توثق ، وارتباطه بغيرها من الولاية ، وكونه عاقداً أو معقوداً عليه ارتباط مباشرة .

٤- تعدد الأزواج : وهو إنكاح وليين امرأة زوجين ، ولم يعرف سبق أحدهما معيناً . فإن دخل بها أحدهما لزمه مهر مثلها ، وإن دخلا بها فلها على كل منهما مهر مثلها . فإن عرف عين السابق فهو الصحيح .

٥- نكاح المعتدة والمستبرأة من غيره : ولو من وطء شبهة ، فإن دخل بها حُدّ حَد الزنا ، إلا إن ادعى الجهل بحرمة النكاح في العدة والاستبراء من غيره ، فلا حد عليه . ويعذر الجاهل إن كان قريب عهد بالإسلام أو نشأ بعيداً عن العلماء .

٦- نكاح المرتابة بالحمل قبل انقضاء عدتها : يحرم نكاحها حتى تزول الريبة ، وإن انقضت الأقراء (الأطهار) ، للتردد في انقضاء عدتها . فلو نكحها رجل أو من ظنها معتدة أو مستبرأة ، أو مُحْرمة بحج أو عمرة ، أو مَحْرماً ، ثم بان خلافه، فالنكاح باطل، للتردد في الحل .

٧- نكاح المسلم كافرة غير كتابية أصلاً كوثنية ومجوسية أوعابدة شمس أو قمر ، ومرتدة ، أو غير كتابية خالصة كمتولدة بين كتابي ومجوسية وعكسه ، لقوله تعالى : { ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن } [البقرة :٢٢١] وتغليباً للتحريم في المتولدة بين كتابي ومجوسية . أما الكتابية : فإن كانت إسرائيلية ، حل زواجها إن لم تدخل أصولها في اليهودية بعد نسخها ، أو شك في ذلك . إن كانت غير إسرائيلية وهي النصرانية ، حل زواجها إن علم دخول أصولها في دين النصرانية قبل نسخه ، ولو بعد تبديله إن تجنبوا المبدَّل . ودليل إباحة الزواج باليهودية والنصرانية بالشرط المذكور قوله تعالى : { والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم } { المائدة٥} أي حِلّ لكم ، والمراد من الكتاب : التوراة والإنجيل دون سائر الكتب قبلهما كصحف شيث وإدريس وإبراهيم عليهم الصلاة والسلام .

٨- المنتقلة من دين إلى آخر : لا يحل نكاحها ، ولا يقبل منها إلا الإسلام .

٩- زواج المسلمة بكافر ، وزواج المرتدة : فلا تحل مسلمة لكافر بالإجماع ، لقوله تعالى : { ولا تُنكحوا المشركين } { البقرة:٢٢١} ولا تحل مرتدة لأحد ، لا لمسلم ؛ لأنها كافرة لا تقر على ردتها ، ولا لكافر لبقاء تعلق الإسلام بها .

وإن ارتد أحد الزوجين أو كلاهما قبل الدخول ، بطل النكاح ، وإن كان بعد الدخول ينتظر : فإن جمعهما الإسلام في العدة دام النكاح ، وإن لم يجمعهما الإسلام في العدة ، فلا يدوم النكاح .

هذا وهناك أنكحة مكروهة مثل النكاح بعد الخطبة على الخطبة ، ونكاح المحلل بنية التحليل دون الاشتراط في العقد ، فإن تزوجها بشرط أنه إذا وطئها طلقها بطل النكاح ، ومثل نكاح المغرر بحرية المرأة أو نسبها .

مذهب المالكية:

النكاح الفاسد عندهم نوعان :
المجمع على فساده : ومن أمثلته نكاح المحارم بنسب ، أو رضاع ، والجمع بين ما لا يحل الجمع بينهما ، وتزوج خامسة في عدة الرابعة ، وهذا لو وقع يفسخ قبل الدخول وبعده بلا طلاق ، فإن فسخ قبل الدخول فلا شيء فيه ، لأن القاعدة أن كل عقد فسخ قبل الدخول لا صداق فيه ، كان متفقاً على فساده أو مختلفاً فيه ، سواء كان الفساد بسبب العقد أو بسبب الصداق ، فإذا جمع بين البنت وعمتها ، أو خالتها في عقد واحد أو عقدين ، ولم يعرف السابق منهما ، ووطئهما كان لهما الصداق وعليهما الاستبراء بثلاث حيضات ، ثم إن كان قد سمى لهما مهراً حلالاً كان لهما المسمى أما أن سمى لهما مهراً حراماً – كخمر ونحوه - كان لهما صداق المثل ، ولا يحدان إلا إذا كانا عالمين بالتحريم والقرابة ، فإن كانا عالمين ، بذلك وجب عليهما الحد لكونه زنا في هذه الحالة .

ومن المجمع على فساده النكاح المؤقت : وفيه المهر المسمى على المعتدة ، وأن لا حد فيه ، ولكن فيه العقاب والتأديب بالوطء ، ويفسخ بلا طلاق ، ومنه نكاح المتعة إذا كان غير عالم ، ويفسخ بلا طلاق قبل الوطء وبعد ، أما إن كانا عالمين فإنهما يكونان زانيين يجب عليهما الحد .

غير المجمع على فساده : ومن أمثلته النكاح حال الإحرام بالنسك ، فإنه فاسد عند المالكية . صحيح عند الحنفية ، وفيه المسمى إن كان حلالاً بعد الوطء ، ومهر المثل إن كان المهر حراماً ، كخمر وخنزير ، ولا شيء فيه إن فسخ قبل الوطء كما عرفت ، ومنه نكاح الشغار ، فإنه وإن كان لا يجوز الإقدام عليه بالإجماع ، ولكن الحنفية يقولون بصحته بعد الوقوع والمالكية يقولون بفساده ، وفيه مهر المثل بالوطء ، ومنه أن تتولى المرأة زواج نفسها بدون ولي ، فإنه جائز عند الحنفية ، وفيه المسمى إن كان حلالاً ، ومنه نكاح السر ويفسخ قبل الدخول لا بعده ، ومنه النكاح بصداق فاسد ، والنكاح على شرط يناقض العقد .

مذهب الحنابلة :

الزواج الفاسد نوعان :
النوع الأول : يبطل النكاح من أصله ، وهو أربعة عقود :

١- نكاح الشغار : وهو أن يزوجه وليَّته ، على أن يزوجه الآخر وليته ، ولا مهر بينهما ، أو يجعل بُضْع كل واحدة مع دراهم معلومة مهراً للأخرى . فإن سموا مهراً مستقلاً ولو قل صح ، وإن سمي لأحدهما صح نكاحها فقط .

٢- نكاح المحلل : وهو أن يتزوجها على أنه إذا أحلها طلقها ، أو فلا نكاح بينهما ، أو ينويه الزوج ، أو يتفقا عليه قبله ، فيحرم النكاح ، ولا يصح ولا تحل لزوجها الأول .

٣- نكاح المتعة : وهو أن يتزوجها إلى مدة ، أو يشترط طلاقها فيه بوقت ، أو ينويه بقلبه ، أو يتزوج الغريب بنية طلاقها إذا خرج ، أو يقول: أمتعيني نفسك ، فتقول : أمتعتك بلا ولي ولا شهود . فمن تعاطى ما ذكر ، عزر ولحقه النسب .

٤- نكاح المعلّق : كزوجتك إذا جاء رأس الشهر ، أو إن رضيت أمها ، أو إن وضعت زوجتي بنتاً فقد زوجتكها ، ويصح بقوله: زوجتكها إن كانت بنتي ، أو كنت وليها ، أو إن انقضت عدتها ، وهما يعلمان ذلك ، أو شئت ، فقال : شئت ، وقبلت مثل زوجت ، وقبلت إن شاء الله تعالى .

ومن الأنكحة الباطلة : نكاح المرأة المتزوجة أو المعتدة ، أو شبهه ، فإذا علم الزوجان التحريم ، فهما زانيان ، وعليهما الحد ، ولا يلحق النسب به .

وأما الزواج الفاسد المختلف في إباحته كالنكاح بغير شهود أو بغير ولي ، فلا يجب به الحد ، سواء اعتقد حله أم حرمته ؛ لأنه مختلف في إباحته ، ولأن الحد يدرأ بالشبهات ، والاختلاف فيه أقوى الشبهات .

<u>النوع الثاني :</u> يصح النكاح دون الشرط :

كما إذا شرط ألا مهر أو لا نفقة ، أو أن يقسم لها أكثر من ضرتها أو أقل ، أو إن شرط كلاهما أو أحدهما عدم وطء أو دواعيه ، أو أن تعطيه شيئاً أو أن تنفق عليه ، أوإن فارق رجع بما أنفق ، أو شرط كلاهما أو أحدهما خياراً في عقد أو مهر ، أو إن جاء بالمهر في وقت كذا ، وإلا فلا نكاح بينهما ، أو أن يسافر بها ، أو أن تستدعيه لوطء عند إرادتها ، أو ألا تسلم نفسها إلى مدة كذا ، أو لا يكون عندها في الجمعة إلا ليلة ، أو يعزل عنها ، أو يسكن بها حيث شاءت أو شاء أبوها ونحوه .

وإن شرطها مسلمة ، فبانت كتابية ، أو شرط بكراً أو جميلة أو نسيبة ، أو شرط نفي عيب لا يفسخ به النكاح ، فبانت بخلافه ، فله الخيار ، ويرجع بعد الدخول على من غرّه الغار . وإن شرط صفة ، فبانت أعلى ككتابية ، فبانت مسلمة ، فلا خيار .

مذهب الظاهرية :

وقد نص عليه ابن حزم في قوله :(كل نكاح عقد على صداق فاسد ، أو على شرط فاسد ، مثل أن يؤجل إلى أجل مسمى أو غير مسمى ، أو بعضه إلى أجل كذلك ، أو على خمر ، أو على خنزير ، أو على ما يحل ملكه ، أو على شيء بعينه في ملك غيره ، أو على أن لا ينكح عليها ، أو أن لا يتسرى عليها ، أو أن لا يرحلها عن بلدها ، أو عن دارها ، أو أن لا يغيب مدة أكثر من كذا ، أو على أن يعتق أم ولده فلانة ، أو على أن ينفق على ولدها ، أو نحو ذلك - فهو نكاح فاسد مفسوخ أبدا وإن ولدت له الأولاد ، ولا يتوارثان ولا يجب فيه نفقة ، ولا صداق ولا عدة . وهكذا كل نكاح فاسد ، حاشا التي تزوجت بغير إذن وليها جاهلة فوطئها ، فإن كان سمى لها مهرا فلها الذي سمي لها ، وإن كان لم يسم لها مهرا فلها عليه مهر مثلها ، فإن لم يكن وطئها فلا شيء لها . فإن كان الصداق الفاسد ، والشروط الفاسدة إنما تعاقداها بعد صحة عقد النكاح خاليا من كل ذلك فالنكاح صحيح تام ، ويفسخ الصداق ، ويقضى لها بمهر مثلها ، إلا أن يتراضيا بأقل أو أكثر ، فذلك جائز ، وتبطل الشروط كلها .

ونص على أن كل نكاح انعقد سالما مما يفسده ، ولم يشترط فيه التحليل والطلاق فهو نكاح صحيح تام لا يفسخ - وسواء اشترط ذلك عليه قبل العقد أو لم يشترط - لأن كل ناكح لمطلقة ثلاثا فهو محلل ولا بد ، فالتحليل المحرم هنا : هو ما انعقد عقدا غير صحيح . وأما إذا عقد النكاح على شرط التحليل ثم الطلاق فهو عقد فاسد ، ونكاح فاسد ، فإن وطئ فيه ، فإن كان عالما أن ذلك لا يحل فعليه الرجم والحد ، لأنه زنا ، وعليها إن كانت عالمة مثل ذلك ، ولا يلحق الولد - فإن كان جاهلا فلا حد عليه ، ولا صداق ، والولد لاحق - وبالله تعالى التوفيق . وهكذا القول في كل عقد فاسد بالشغار ، والمتعة والعقد بشرط ليس في كتاب الله تعالى ، أي شرط كان .

مذهب الزيدية :

النكاح الباطل عندهم هو ما لم يصح إجماعا ، كالنكاح قبل انقضاء العدة المجمع عليها ونحو ذلك ، خلاصة ما نصوا عليه في ذلك أنه لا يخلو الزوجان إما أن يكون مذهبهما الجواز أو التحريم أو يختلفان .

فإن كان مذهبهما جواز النكاح من غير إشهاد ونحوه فلا إشكال في صحة نكاحهما . وإن كان مذهبهما التحريم فإن دخلا فيه عالمين كان باطلا وهما زانيان يحدان ولا مهر ، وإن كانا جاهلين وقت العقد كان فاسدا ولم يعترضا ، فإن علم أحدهما وجهل الآخر مع اتفاق المذهب فهو باطل لا يحتاج إلى فسخ حاكم إلا أنه يلحق النسب بالزوج إن كان جاهلا ، وإن كان عالما كان زنى ولم يلحقه الولد .

أما إذا اختلف مذهبهما فكان مذهب أحدهما الجواز والثاني التحريم فإنهما يتحاكمان ، فما حكم به الحاكم لزم الآخر ظاهرا وباطنا ، فإن وقع دخول قبل الحكم حد من لا يستجيزه إذا علم مع فسخ النكاح لا مع الحكم بصحته فلا حد . وأما من يستجيزه فمع الجهل لا شيء عليه ومع العلم يحد .

الخلاصة

العقد الباطل :

لا يترتب على هذا العقد أي أثر من آثار الزواج ، لأن وجوده كعدمه ، فلا يحل به الدخول ، ولا يجب به مهر ولا نفقة ولا طاعة ، ولا يرد عليه طلاق ، ولا عدة فيه بعد المفارقة ، ولا يثبت به توارث ولا حرمة المصاهرة إلا عند من يثبتها بالزنى .
وإذا دخل الرجل بالمرأة بناء على هذا العقد كانت المخالطة بينهما حراماً ، ويجب عليهما الافتراق ، فإن لم يفترقا فرق القاضي بينهما ، وعلى كل من يعلم بذلك الدخول أن يرفع الأمر إلى القاضي ، وعلى القاضي أن يفرق بينهما لأن هذا الدخول زنى وهو معصية كبيرة يجب رفعها .

العقد الفاسد : يترتب على الدخول في النكاح الفاسد ما يلي :

١- لا يقام على الرجل والمرأة حد الزنى بالاتفاق لوجود الشبهة الدارئة للحد عنهما .
٢- يجب على الرجل مهر المثل إن لم يكن سمى لها مهراً عند العقد أو بعده ، فإن كان سمى لها مهراً وجب عليه المهر المسمى على خلاف بين الفقهاء في ذلك سنعرفه في محله .
٣- تثبت بهذا الدخول حرمة المصاهرة .
٤- تجب به العدة على المرأة من وقت افتراقهما أو وقت تفريق القاضي ، ولا تجب لها نفقة في هذه العدة .
٥- يثبت نسب الولد .
٦- لا توارث فيه إذا مات أحدهما ولو قبل التفريق بينهما ، ولا تجب به على الرجل نفقة ولا سكنى ، كما لا تجب عليها الطاعة للزوج ، ولا يقع به طلاق على المرأة .

حكم إقامة الحد على من تزوج زواجا فاسدا :

اتفق الفقهاء على أنه لا حد في الدخول من النكاح الفاسد المختلف فيه ، سواء اعتقدا حله أو حرمته ، وقد رويت بعض الخلافات في هذا المجال ، منها ما روي عن أحمد مما يدل على أنه يجب الحد بالوطء في النكاح بلا ولي ، إذا اعتقدا حرمته ، وهو اختيار الصيرفي من أصحاب الشافعي ، وقد ذكر ابن تيمية هذا القيد بقوله : لا يجب في هذا النكاح حد إذا اعتقد صحته ، ومفهومه وجوب الحد فيما لم يعتقد صحته ، وقد استدلوا على ذلك بقوله - صلى الله عليه وسلم - : (لا تزوج المرأة المرأة ، ولا تزوج المرأة نفسها ، إن الزانية هي التي تزوج نفسها) .

وعن الشعبي قال : ما كان أحد من أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم - أشد في النكاح بغير ولي من علي - رضي الله عنه - كان يضرب فيه ، وعن عكرمة بن خالد ، أن الطريق جمعت ركبا فيه امرأة ثيب ، فخطبها رجل ، فأنكحها رجل وهو غير ولي بصداق وشهود ، فلما قدموا على عمر - رضي الله عنه - رفع إليه أمرهما ، ففرق بينهما ، وجلد الناكح والمنكح .

وقد استدل الجمهور المخالفون بما يلي :

١- أن هذا مختلف في إباحته ، فلم يجب به الحد ، كالنكاح بغير شهود .
٢- أن الحد يدرأ بالشبهات ، والاختلاف فيه أقوى الشبهات ، وتسميتها زانية يجوز ، بدليل أنه سماها بذلك بمجرد العقد .
٣- أن عمر جلدهما أدبا وتعزيرا ، ولذلك جلد المنكح ولم يجلد المرأة ، وجلدهما بمجرد العقد مع اعتقادهما حله .
٤- أن حديث علي حجة على من أوجب الحد فيه ، فإن عليا أشد الناس فيه ، وقد انتهى الأمر إلى الجلد ، فدل على أن سائر الناس والصحابة لم يروا فيه جلدا .

أما الأنكحة الباطلة ، كنكاح المرأة المزوجة أو المعتدة ، أو شبهه ، فإذا علما الحل والتحريم ، فهما زانيان ، وعليهما الحد ، ولا يلحق النسب فيه ، وقد اختلفوا في نوع الحد على قولين :

القول الأول : أنه موجب لحد الزنى متى كان الفاعل عاقلاً عالماً بالتحريم ، وهو مذهب مالك والشافعي وابن حنبل .

القول الثاني : أنه لا يوجب الحد ، ولكن يعزر عاقده أشد أنواع التعزير لقبح فعله ، ويجب عليه مهر المثل ، لأن الدخول بالمرأة لا يخلو من حد أو مهر ، ولا تجب العدة بعد التفريق ، لأنه لا عدة في الزنى حيث إنها تجب محافظة على الأنساب من الاختلاط ، ولا يثبت بهذا العقد نسب يحافظ عليه ، وهو مذهب أبي حنيفة ، واستدل على ذلك بأن صورة العقد شبهة تكفي لأن يدرأ بها الحد عنه .

الترجيح : نرى أن الأرجح في المسألة هو القول الأول إذا دخل بها في زواج مجمع على بطلانه مع العلم بالبطلان ، لأنه لا فرق بينه وبين الزنا ، وليست هناك أي شبهة تدرء عنه الحد .

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات والشكر له سبحانه على توفيقه بأن يسر لي إتمام هذا الموضوع .
إن نعم الله عظيمة ، وفضله كبير ، فنسأل الله سبحانه أن يوفقنا إلى شكرها ، والعمل بمقتضاها (رب أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت علي وعلى والدي وأن أعمل صالحاً ترضاه ، وأدخلني برحمتك في عبادك الصالحين) .

فأحمده سبحانه الذي أوجدنا من العدم ، وأسبغ علينا وافر النعم وهدانا من ضلالة ، وبصرنا من عمى ، وكسانا من عري ، وأطعمنا من جوع ، وسقانا من ظمأ ، وجعلنا خير أمة أخرجت للناس ، وأصلي و أسلم على البشير النذير محمد بن عبد الله صلوات ربي وسلامه عليه .

هذا وان اصبت فمن الله وان اخطات فمن نفسي ومن الشيطان
والله ولي التوفيق ...

الفهرس

الفصل الاول : النكاح

الباب الأول : تعريف الزواج .....(٦)

الباب الثاني : حكمة مشروعية الزواج أو الغاية من تشريعه.....(٦)

الباب الثالث : حكم الزواج.....(٨)

الفصل الثاني : أركان عقد النكاح

الباب الأول : شروط انعقاد عقد النكاح.....(١١)

الباب الثاني : شروط صحة عقد الزواج.....(١٢)

الباب الثالث : شروط نفاذ عقد الزواج.....(١٧)

الباب الرابع : شروط لزوم عقد الزواج.....(١٨)

الفصل الثالث : النكاح الفاسد

الباب الأول : تعريف بطلان العقد وفساده.....(٢٠)

الباب الثاني : آثار عقد النكاح.....(٢٢)

الباب الثالث : أثر بطلان النكاح وفساده على آثار العقد.....(٢٣)

الباب الرابع : أنواع النكاح الفاسد .....(٢٤)

الباب الخامس : الأنكحة الفاسدة عند المذاهب الفقهية

مذهب الخنفية.....(٢٥)

مذهب الشافعية .....(٢٦)

مذهب المالكية.....(٢٨)

مذهب الحنابلة.....(٢٨)

مذهب الظاهرية .....(٣٠)

مذهب الزيدية.....(٣٠)
الخلاصة.....(٣٢)
الخاتمة .....(٣٤)
الفهرس.....(٣٥)
المراجع.....(٣٧)

المراجع :

١. إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام للإمام ابن دقيق العيد .

٢. أصول الحياة الزوجية القسم العلمي في موقع المنبر (ملف إلكتروني من موقع صيد الفوائد) .

٣. بدائع الصنائع لابو بكر الكاساني .

٤. بدائع الفوائد لابن القيم .

٥. حاشية ابن عابدين .

٦. سبل السلام للصنعاني .

٧. الشرح الصغير في الفقه المالكي .

٨. الشرح الكبير لابن قدامه .

٩. فتح القدير للشوكاني .

١٠. الفقه الإسلامي وأدلته لوحبة الزحيلي .

١١ . القوانين الفقهية لابن الجوزية .

١٢ . المحلى لابن حزم .

١٣. مختصر الفقه الاسلامي لمحمد التويجري .

١٤. مغنى المحتاج للخطيب الشربيني .

١٥. المغنى لابن قدامه .

١٦. الملخص الفقهي للشيخ صالح الفوزان الفوزان .

١٧. المهذب للشيرازيي .

١٨. نيل الأوطار للشوكاني .