



**The Distinction Between Invalidity and Irregularity in the Marriage Contract in
Islamic Jurisprudence and the Impact of the Principle of Equity on Their
Consequences (Extract)**

¹ **Hemn Omer Mohammed Amin² Prof. Dr. Farouk Abdullah Karim**
¹ **Sulaimani University / College of Law / Department of Law**

Abstract:

This research addresses the issue of the invalid marriage contract and the legal consequences that may arise from it, despite the general rule that an invalid contract produces no legal effects. In particular, it examines the extent to which the principle of justice influences the recognition of such effects. Undoubtedly, identifying the role of justice in these contracts necessitates first distinguishing between the two types of invalid contracts—void and voidable—as classified in the Hanafi school of Islamic jurisprudence, which is credited by some scholars with differentiating between these two forms specifically in the context of marriage contracts. Furthermore, this inquiry requires an analysis of how this distinction is reflected in Iraqi legislation.

There is no doubt that Islamic jurisprudence recognizes certain legal consequences for invalid marriage contracts, and this reality must be reflected in personal status law, given that Islamic Sharia constitutes its historical, substantive, and formal source. However, investigating the rationale behind the attribution of such effects—whether in cases of void or voidable marriage—requires thorough scholarly analysis, especially considering that the majority of contemporary legal and jurisprudential studies either remain silent on the matter or address it only briefly. This is similarly the case with personal status laws, which have largely left this significant issue to the discretion of jurists and the judiciary. As a result, this has opened the door to inconsistent and divergent judicial rulings on similar matters, a situation that must be mitigated as much as possible.

This study adopts a descriptive, analytical, and comparative methodology in examining jurisprudential and legal texts, with the aim of reaching a coherent legal perspective that balances the principle of justice with the legitimate interests of affected parties.

1: Email:

heminamin81@gmail.com

2: Email:

farokabdullah@yahoo.com

DOI

<https://doi.org/10.37651/aujpls.2025.160233.1523>

Submitted: 5/5/2025

Accepted: 18/5/2025

Published: 1/06/2026

Keywords:

Contract
Marriage
Invalidity
corruption, Hanafi
universally agreed-upon invalid
contract
disputed invalid contract
effects.

©Authors, 2026, College of Law
University of Anbar. This is an open-
access article under the CC BY 4.0
license (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



التمييز بين الفساد والبطلان في عقد الزواج في الفقه الإسلامي
وأثر مبدأ العدالة في ترتب الآثار عليهما
١ هيمن عمر محمد أمين^٢ أ.د. فاروق عبدالله كريم
١ جامعة السليمانية/ كلية القانون/ قسم القانون

الملخص:

هذا البحث وارد بشأن عقد الزواج غير الصحيح من حيث ما يترتب عليه من الآثار بالرغم من وجود قاعدة عامة تقضي بعدم ترتب الأثر على العقد الباطل، و يتناول بالذكر على وجه الخصوص مدى تأثير مبدأ العدالة في إقرار تلك الآثار، ولاشك أن تحديد دور مبدأ العدالة في تلك العقود لابد من أن يمر من خلال بيان اساس التمييز بين نوعي العقد غير الصحيح وهما العقد الباطل والعقد الفاسد في المذهب الحنفي، الذي ينسب إليه أو إلى بعض فقهاء التفرقة بين الباطل والفساد في عقد الزواج، وكذلك لابد من أن يمر بتحليل مدى انعكاس هذا التمييز على موقف جمهور الفقهاء و من بعد ذلك قانون الأحوال الشخصية ..

ولاشك ان إقرار بعض الآثار لعقد الزواج غير الصحيح أمر ثابت في الفقه الإسلامي وهذا مما لابد من أن ينعكس على قانون الأحوال الشخصية لكون الشريعة الإسلامية مصدره التأريخي والمادي والرسمي، إلا أن البحث عن اسباب ترتب تلك الآثار في حالتي الفساد والبطلان أمر يستوجب البحث والدراسة، لاسيما أن الغالبية العظمى من الدراسات الفقهية والقانونية الحديثة قد سكتت عن ذكر ما يترتب على عقد الزواج غير الصحيح من الآثار، أو اكتفت بالإشارة إليها بصورة مقتضبة، وهذا شأن قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية أيضا بهذا الخصوص، إذ أنها تركت تفاصيل هذه القضية الهامة للفقه والقضاء، و لا شك أن ذلك يؤدي إلى فتح الباب واسعا لصدور قرارات قضائية مختلفة و متباينة في المسألة الواحدة، وهذا مما يتطلب العمل للحد منه أو التقليل منه قدر المستطاع. تم في هذا البحث اعتماد المنهج الوصفي والتحليلي والمقارن في معالجة النصوص الفقهية والقانونية، بغية الوصول إلى رؤية قانونية منضبطة توازن بين العدالة ومصالح الأطراف المتضررة..

الكلمات المفتاحية:

العقد، الزواج، البطلان، الفساد، الحنفية، الفساد المتفق على فساده، الفساد المختلف على فساده، الآثار.

المقدمة

أولاً: مدخل التعريفي لموضوع البحث

تحقيق العدل والعدالة غاية القانون ومن اسمى المبادئ التي تهدف إليها أحكام الشريعة الاسلامية ، فالعدالة تأتي في أولويات أصول الشرع و تقف في مقدمة المقاصد التي ترمي اليها القواعد الشرعية سواء الإجمالية منها أو التفصيلية، وابتغاء تحقيق مبادئ العدالة وإن كان مما لا يحتاج إلى البرهنة لوضوحه عند كل مطلع على تفاصيل أحكام الشريعة، إلا أن العدالة لا ترى بطبيعتها بصورة مشخصة، بل كثيراً ما تقف كظل للأحكام و يحتاج إظهارها إلى بيان وتوضيح، وليس هذا شأن أحكام الشريعة بل هكذا نجد الحال في أكثر الأحكام القانونية .

ونحن نحاول في هذا البحث إظهار مبادئ العدالة في أحكام تنظم أهم المساحات التي يحكمها القانون وأدق المسائل التي تخص حياة الإنسان وتنظم حياته و هذه المساحة هي عقد الزواج الذي غالبا ما يكون العقد العمري الذي يعيش معه الانسان ويموت عليه، ويخص البحث على نحو أدق صحة العقد وترتب الآثار عليه

ثانياً: أهمية البحث: قسم الحنفية عقد الزواج غير الصحيح إلى نوعين: فاسد وباطل، وذلك تأسيساً على التمييز بين شروط الانعقاد وشروط الصحة، إذ أن فقدان شرط من شروط الانعقاد يؤدي إلى بطلان العقد، بينما فقدان شرط من شروط الصحة يؤدي إلى فساده، وفي الحالتين لا يُعد العقد صحيحاً، والعقد غير الصحيح لا يترتب عليه الأثر عادة ، و قد يكون الأمر سهلاً فيما يتعلق بعقد البيع والمسائل المتعلقة بالمال، أما إذا كانت المسألة متعلقة بالزواج وسمعة الأفراد وحياتهم العائلية والاسرية لاسيما إذا تم الدخول بالمرأة، فإن من الصعب قبول الفساد والبطلان على نحو يمران كمرورهما في المسائل المالية، بل لا بد من أن يحتسب للأسر أو الاسرة حسابها، هنا يظهر تأثير مبادئ العدالة في كيفية التعامل مع الآثار المترتبة على تلك العقود، كحقوق المرأة والطفل الناتج من ذلك الدخول، ومن هنا فإن بعض العقود غير الصحيحة تترتب عليها آثار معينة، بينما لا تترتب آثار على عقود أخرى.

و تقسيم عقد الزواج غير الصحيح إلى فاسد وباطل وإن كان ينسب إلى بعض فقهاء المذهب الحنفي، إلا أن جمهور الفقهاء في الوقت الذي ينفون فيه وجود فرق بين الباطل والفساد في العقود بشكل عام، إلا أننا نجدهم يميزون بين عقود الزواج غير الصحيحة، حيث قاموا بتصنيفها إلى (عقود فاسدة متفق على فساده) و(عقود فاسدة مختلف على فساده)، وهم يريدون بالنوع الأول ما يكاد ينطبق عليه ما يطلق عليه الحنفية العقد الباطل، ويريدون بالثاني ما يطلق عليه الحنفية العقد الفاسد، ومن ثم رتبوا على بعضها آثار معينة دون بعضها الآخر، وهذا مما يستدعي البحث في أسباب هذا التباين في آرائهم وتطبيقاتهم.

ثالثاً: مشكلة البحث: يوجد تعارض واضح بين الجانبين النظري والتطبيقي لأراء العلماء فيما يتعلق بعقد الزواج غير الصحيح وما يترتب عليه من آثار، فقد أعلنوا من جهة بأن الباطل لا يترتب عليه أثر، ومن الناحية التطبيقية رتبوا الآثار على عقود فاسدة بل وحتى الباطلة، وهذا

الأمر وإن لم يكن تناقضاً في الموقف في واقع الأمر، إلا أنه أمر يحمل إشكالا من الضروري بيانه حتى يرتفع الإشكال على نحو واضح.

ومن جهة أخرى فإن المشرع قانون الأحوال الشخصية العراقي، قد جمع بين شروط الانعقاد وشروط الصحة في الفقرة الأولى من المادة السادسة، واعتبر انعدام أي من هذين الشرطين في عقد الزواج بمثابة عدم الصحة، وتبعاً لذلك، تم دمج هذه الشروط في مادة واحدة، مما يعني عدم التمييز بين الفاسد والباطل في عقود الزواج، في حين أن الفقهاء متفقون على ضرورة التفريق بينهما، حيث يترتب على بعض العقود غير الصحيحة آثار معينة، بينما لا تترتب آثار على عقود أخرى غير صحيحة.

يتناول هذا البحث التمييز بين تلك العقود غير الصحيحة، فينطلق أولاً من كيفية تمييز الحنفية والجمهور بين عقود الزواج غير الصحيحة و يسعى لاستكشاف الأسس التي اعتمدها جمهور الفقهاء في تمييزهم بين هذه العقود، والأهم من كل ذلك هو بيان الآثار المترتبة على بعض من تلك العقود ومبررات وأسباب ترتب تلك الآثار ومدى تأثير مبادئ العدالة في ترتب تلك الآثار.

رابعاً: منهجية البحث: تم استخدام المنهج الوصفي والمنهج التحليلي، بالإضافة إلى المنهج المقارن، لمقارنة ما ورد في الفقه الإسلامي مع ما نص عليه القانون العراقي، وذلك لأن الأمر يتطلب في بعض الأحيان نقل نصوص الفقهاء والأصوليين، ثم تفسيرها وتحليلها.

خامساً: خطة البحث: وبغية الإجابة عن الأسئلة المطروحة تم تقسيم البحث الى مبحثين وهي:

المبحث الأول: ماهية عقد الزواج

المطلب الأول: تعريف عقد لزواج

المطلب الثاني: أركان العقد الزواج وشروطه

المبحث الثاني: عقد الزواج غير الصحيح في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: أنواع العقود من حيث صحتها والفرق بين العقد الباطل والعقد الفاسد

المطلب الثاني: موقع العدالة في العقود الفاسدة

I. المبحث الأول

ماهية عقد الزواج

لتوضيح ماهية عقد الزواج، من الضروري بيان تعريفه وأركانه وشروطه بشكل مختصر، لذا يتضمن هذا المبحث مطالب وعلى النحو الآتي:

I. أ. المطلب الأول

تعريف عقد الزواج

يطلق الزواج في اللغة؛ على الاقتران والارتباط^(١)، أي إقتران أحد الشئيين بالآخر وإزدواجها أي صيرورتها زوجا بعد أن كان كل منهما منفصلا عن الآخر^(٢)، لقوله تعالى: **سَمَحَ وَإِذَا النُّفُوسُ رُوِّجَتْ**^(٣)، وقوله تعالى: **(أَحْسِرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَرْوُجَهُمْ وَمَا كَانُوا يَعْبُدُونَ)**^(٤)، أي قرناؤهم^(٥)، وقوله تعالى: **(وَرَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ)**^(٦)، بمعنى قرناهم^(٧).

وفي الاصطلاح الشرعي؛ يُعرف الزواج بأنه ميثاق شرعي دائم يربط بين رجل وامرأة يحل لهما شرعاً، يهدف هذا الميثاق إلى تحقيق العفاف وتكوين نسل وإنشاء أسرة قائمة على أسس تضمن لهما السكنينة والمودة والرحمة^(٨).

ويؤيد هذا التعريف قوله تعالى: **(وَأَخَذَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا)**^(٩)، حيث يصف عقد الزواج بأنه الميثاق الغليظ الذي أوجب فيه سبحانه على الرجال رعاية النساء والأمر بحسن المعاشرة أو الفراق بإحسان^(١٠)، كما جاء في قوله سبحانه: **(فَأِمْسَالُكُمْ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُكُمْ بِإِحْسَانٍ)**^(١١).

(١) ينظر: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، (لبنان: بيروت، مكتبة دائرة المعاجم، ١٩٨٦)، ص ١١٧؛ أبي منصور محمد بن أحمد الأزهرى، تهذيب اللغة، تحقيق: عبدالسلام هارون، بلا سنة النشر، بلا مكان النشر، ج ١١، ص ١٥٤.

(٢) د. فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، ط ٥، (اقليم كردستان، ٢٠٢٣)، ص ٥١.

(٣) سورة التكويد، الآية (٧).

(٤) سورة الصافات، الآية (٢٢).

(٥) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج ٦، ط ١، (السعودية: دار ابن الجوزي، ١٤٣١هـ)، ص ٣٦٧.

(٦) سورة الدخان، الآية (٥٤).

(٧) محمد علي الدرة، تفسير القرآن الكريم، ج ٨، ط ١، (دمشق: دار ابن كثير، ٢٠٠٩م)، ص ٦٩٠.

(٨) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، ط ١، (اقليم كردستان- العراق: نشر احسان للنشر والتوزيع، ٢٠١٤م)، ص ٢٢. وهذا التعريف مشابه للتعريف الوارد في المادة الرابعة من مدونة الأسرة المغربية، حيث ورد فيها: (الزواج ميثاق تراض وترايط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة، برعاية الزوجين طبقاً لأحكام هذه المدونة). ينظر: مدونة الأسرة المغربية، القانون رقم (٧٠، ٠٣) لسنة ٢٠٠٤م.

(٩) سورة النساء، الآية (٢١).

(١٠) الواحدي، التفسير الوسيط للواحدي، تحقيق وتعليق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود وآخرون، قمه وقرظه: أ.د. عبد الحي الفرماوي، ج ٢، ط ١، (بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م)، ص ٣٠.

(١١) سورة البقرة، الآية (٢٢٩).

عرف قانون الأحوال الشخصية العراقي عقد الزواج في المادة الثالثة، بأنه: (عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً غايته انشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل)^(١)

عدل هذا التعريف في الإقليم و أصبح كالآتي: (الزواج عقد تراضي بين رجل وامرأة يحل به كل منهما للآخر شرعاً غايته تكوين الأسرة على أسس المودة والرحمة و المسؤولية المشتركة طبقاً لأحكام هذا القانون)^(٢).

فالزواج وفقاً لهذا التعريف، هو عقد يقوم على رضا الطرفين، ومن آثاره حل كل من الرجل والمرأة للآخر، يهدف هذا العقد إلى تأسيس أسرة قائمة على المحبة والرحمة، وتحمل المسؤوليات والالتزامات بشكل مشترك بين الزوجين.

هناك مأخذ على هذا التعريف القانوني، وأهمها مما يتعلق بموضوع بحثنا أن التعديل أضاف كلمة (تراضي) إلى العقد، على الرغم من أن كلمة (عقد) المذكورة في التعريف تكفي للدلالة على الرضا، حيث يتطلب العقد في القانون وجود الرضا ولا يمكن أن ينعقد بدونه^(٣)، وعلى الرغم من وجود رأي في الفقه الإسلامي باعتبار عقد الزواج القائم على الإكراه صحيحاً^(٤)، وهو ما أدى إلى ذكر الرضا هنا، إلا أن التعديل في فقرة أخرى من المادة التاسعة^(٥)، أقر بصحة عقد الزواج القائم على الإكراه بعد الدخول واعتبره موقوفاً، والعقد الموقوف يُعتبر نوعاً من العقود الصحيحة، لذا، كان من الأفضل للمشرع الاكتفاء بعبارة (عقد) دون الحاجة لإضافة كلمة (تراضي).

(١) الفقرة (١) من المادة (٣)، من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، وكذلك عرفه قانون الأحوال الشخصية السوري بتعريف قريب من هذا في مادته الأولى، وعرفه قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة الخامسة بأنه: (عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً لتكوين أسرة وإيجاد نسل)، كما عرفه قانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة الأولى، بأنه (عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً غايته السكن والإحصان وقوة الأمة).

(٢) الفقرة الأولى من المادة الأولى، من قانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٨ قانون تعديل تطبيق قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل في إقليم كردستان-العراق.

(٣) د. عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقى البكري ومحمد طه البشير، *الوجيز في نظرية الالتزام*، ج ١، (بغداد: المكتبة القانونية، ٢٠١٨م)، ص ٤١.

(٤) ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم صحة الزواج القائم على الإكراه، وذهب الحنفية إلى الصحة. ينظر: الدردير، *الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك*، تحقيق: د. مصطفى كما وصفي، ج ٢، (القاهرة: دار المعارف، بلا سنة النشر)، ص ٢٣٨؛ النووي، *روضة الطالبين وعمدة المفتين*، (بيروت: دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة: ٢٠٠٢)، ص ١١٨٤؛ الكاساني، *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*، ج ٦، ط ٨، (بيروت: دار الكتب العلمية، بلا سنة النشر)، ص ١٩٨.

(٥) الفقرة الأولى من المادة التاسعة، من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل (لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار إكراه أي شخص، ذكرًا كان أم أنثى على الزواج دون رضاه، ويعتبر عقد الزواج بالإكراه باطلاً إذا لم يتم الدخول وإذا تم الدخول فيعتبر موقوفاً، كما لا يحق لأي من الأقارب أو الأغيار منع من كان أهلاً للزواج، بموجب أحكام هذا القانون من الزواج).

وفيما يتعلق بالفقه الاسلامي^(١)، نجد الفقهاء يذكرون تعريفات متعددة للزواج، تتباين في صياغتها لكنها تتقارب في المعنى، وقد قام بعض الباحثين بتجميع هذه التعريفات في التعريف التالي: (الزواج عقد وضعه الشارع ليفيد حل استمتاع كل من الرجل والمرأة بالآخر على الوجه المشروع)^(٢).

ويُستفاد من التعريف الفقهي لعقد الزواج أن الغاية الأساسية من العقد هي الاستمتاع المشروع بين الزوجين، في حين يُبرز التعريف القانوني أن الهدف الجوهرى من الزواج يتمثل في تكوين الأسرة ورعاية مقوماتها الاجتماعية والإنسانية.

لذا، يعد التعريف القانوني أكثر دقة من التعريف الفقهي، حيث أن عبارة (تكوين الأسرة) تشمل ما ذكره الفقهاء وتضيف إليه، فعندما يعتبر التعريف القانوني تكوين الأسرة الهدف الأساسي من العقد، فإنه بذلك يضع الاستمتاع موضع الوسيلة لتحقيق هذا الهدف وليس كغاية في حد ذاته، بينما التعريفات الفقهية تضع الاستمتاع موضع الغاية أو الهدف من العقد، ويؤيد ما تقدم ماورد في القرآن الكريم من قوله تعالى: **سَمَّحَ وَمِنْ ءَايَةٍ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً سَجَى**^(٣)، وأيضاً قوله تعالى: **سَمَّحَ... وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً سَجَى**^(٤)، وهذه الآيات تؤكد بوضوح على أهمية العشرة الحسنة، والسكينة، والمودة، والرحمة، والتنازل.

ولما كان الله تعالى قد خلق الإنسان لعمارة الأرض، وسخر له ما فيها من خيرات، وكان تحقيق هذه الغاية متوقفاً على بقاء النوع الإنساني الذي لا يتحقق إلا بالزواج المشروع، فقد شرع الزواج تنظيماً للمعاش، وضبطاً للعلاقات الأسرية، وليكون أساساً لرباط وثيق يقوم على المودة والرحمة بين الزوجين^(٥).

I. ب. المطلب الثاني

أركان العقد الزواج وشروطه

نصت المادة الرابعة من القانون، على أنه: (ينعقد الزواج بإيجاب - يفيد لغة أو عرفاً - من أحد العاقدين وقبول من الآخر و يقوم الوكيل مقامه)^(٦).

(١) د. فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، طه، مصدر سابق، ص ٥٢.

(٢) ينظر: د. محمد حسين الذهبي، الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية، ط ١، (بغداد: شركة الطبع والنشر الاهلية، ١٩٥٨م)، ص ٢٠؛ عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية، ط ١، (بيروت-لبنان: دار الكتب العلمية، ٢٠١٧م)، ص ١٥.

(٣) سورة الروم، الآية (٢١).

(٤) سورة النحل، الآية (٧٢).

(٥) د. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، الزواج والطلاق، ج ١، (بيروت: دار النهضة العربية، بلا سنة النشر)، ص ١٢.

(٦) قانون الأحوال الشخصية العراقية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل.

يظهر من هذه المادة، أن المشرع جمع أركان عقد الزواج من خلال تحديدها بالإيجاب والقبول، حيث يتطلب وجود هذين العنصرين وجود عاقدين، ووجود العاقدين يستلزم وجود معقود عليه، وهذا يتماشى مع منهج فقهاء الحنفية الذين يقتصرون في تحديد أركان عقد الزواج على الإيجاب والقبول فقط^(١)، دون الإشارة بشكل صريح إلى العاقدين والمعقود عليه، مما يختلف عما هو متبع لدى جمهور الفقهاء^(٢).

من خلال ما تم ذكره، يتضح أن أركان عقد الزواج في القانون العراقي تتكون من: العاقدين، والإيجاب، والقبول، كما ورد في النص.

أما الشروط الواجب توافرها في العقد، فقد أشار إليها القانون في الفقرة الأولى من المادة السادسة كما يلي: (١ - لا ينعقد عقد الزواج إذا فقد شرطاً من شروط الإنعقاد أو الصحة المبينة فيما يأتي :

أ. إتحاد مجلس الإيجاب والقبول.

ب. سماع كل من العاقدين كلام الآخر وإستيعابهما بأن المقصود منه عقد الزواج.

ج. موافقة القبول للإيجاب.

د. شهادة شاهدين متمتعين بالأهلية القانونية على عقد الزواج.

هـ. أن يكون العقد غير معلق على شرط أو حادثة غير محققة).

وعلى ذلك، فإن هذه المادة بينت عدداً من الحالات التي يكون عقد الزواج فيها باطلاً، لذلك، إننقد بعض الشراح هذه المادة من زاويتين:

أولاهما: أنها لم تكن موفقة في تغطية الشروط الشرعية لعقد الزواج^(٣).

ثانيتهما: أنها ساوت بين شروط الإنعقاد وشروط الصحة، فعدت العقد باطلاً إذا تخلف شرط من شروط أي منهما، وهذا في نظرهم غير دقيق، لأن تخلف شرط من شروط الإنعقاد يؤدي

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، (مصر: مطبعة شركة المطبوعات العلمية، ج٢، ط١، ١٣٢٨هـ)، ص٢٢٩، وفيه: (وأما ركن النكاح فهو الإيجاب والقبول).

(٢) أركان كل عقد هي العناصر الأساسية التي يتكون منها وتتحقق من خلالها وجوده وانعقاده، وهي تشمل: (العاقدين، والمعقود عليه، وصيغة العقد التي تتكون من الإيجاب والقبول). ينظر: عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية، مصدر سابق، ص٢٣؛ الشربيني، مغني المحتاج، ج٤، ط١، (دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م)، ص٢٢٦؛ البهوتي، الروض المربع، (الكويت: دار ركانز للنشر والتوزيع، ج٣، ط١، ١٤٣٨هـ)، ص٨٢؛ ابن جزي، القوانين الفقهية، تحقيق: ماجد الحموي، ط١، (بيروت-لبنان: دار ابن حزم، ٢٠١٣م)، ص١٣١؛ المحقق الحلي، شرائع الإسلام، ج٢، ط١، (النجف الأشرف: مطبعة الآداب، ١٩٦٩م)، ص٥٢٨.

(٣) د. فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، ط٢، (اقليم كردستان: المطبعة يادكار، ٢٠١٥)، ص٥١.

إلى بطلان العقد، أما تخلف شرط من شروط الصحة فإنه يؤدي إلى فساد العقد وليس بطلانه^(١).

وأجيب عن ذلك بأن المشرع العراقي قد اكتفى هنا بذكر بعض شروط الإنعقاد والصحة، حيث أشار إلى الشروط الأخرى في مواضع مختلفة من القانون، فقد تناول الشروط المتعلقة بالأهلية في المواد الخامسة والسابعة والثامنة، بينما تناول الشروط المتعلقة بتحقيق الإباحة بين الطرفين في المادة الثانية عشرة، التي اشترطت أن تكون المرأة غير محرمة شرعاً على من يرغب في الزواج بها، ومن الواضح أن الحرمة تشمل الحرمة بسبب النسب والرضاع والمصاهرة، بالإضافة إلى الحرمة الناتجة عن اختلاف الدين، مثل تحريم المسلمة على غير المسلم، وتحريم غير ذات الدين على المسلم، كما ورد في المادة السابعة عشرة، كما أن المادتين الثالثة عشرة والرابعة عشرة قد تناولتا أسباب التحريم المؤقت والدائم وحالاتهما، مع الإشارة إلى التمييز بين الفاسد والباطل، كما سيتم توضيحه لاحقاً.

ومن الجدير بالذكر أن المشرع لم ينص بشكل صريح على عدم اشتراط ديمومة العقد أو عدم جواز التوقيت فيه، ومع ذلك، تشير المادة الثالثة إلى أن تكوين الأسرة يجب أن يكون على أسس المودة والرحمة كغاية لعقد الزواج، ومعلوم أن هذه الغاية لا تتحقق في عقد مؤقت، ولهذا فإن من الممكن القول بأن المشرع العراقي قد استوفي شروط الإنعقاد والصحة جميعها.

بالإضافة إلى ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة التاسعة بشأن: (عقد الزواج بالإكراه)^(٢) حيث يعتبرها باطلاً إذا لم يتم الدخول، فالمشرع العراقي عد هذا العقد باطلاً لفقدانه لأحد شروط الإنعقاد وهو الرضا ولكن بشرط عدم حصول الدخول، إلا إنه عده صحيحاً-أي موقوفاً- بالدخول وأعطى لمن وقع عليه الإكراه طلب التفريق، وهذا يُظهر خلطاً واضحاً بين مفهوم البطلان والموقوف.

أما بالنسبة إلى الأمر الثاني والذي ظن الناقد بأن المشرع خلط بين شروط الإنعقاد وشروط الصحة، فالذي يبدو أن المشرع العراقي قد سلك هذا المسلك وهو على بصيرة من أمره، وذلك ليستوعب منهجه لمسلك جمهور الفقهاء في التعامل مع العقد غير الصحيح، إذ فرق الجمهور بين عقد فاسد متفق على فساده وعقد فاسد مختلف في فساده كما سبق ذكره، والفرق بين هذا التقسيم و تقسيم بعض فقهاء الحنفية لعقد الزواج غير الصحيح إلى باطل وفاسد لا يكاد يوجد إلا في مسائل محدودة وجزئية.

(١) د. أحمد الكبسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية، ج ١، (بغداد: مكتبة السنهوري، ٢٠١٢)، ص ٤١.

(٢) وجدير بالذكر، إن الإكراه قد تكون فيه مصلحة لكل من الرجل والمرأة كما لو ارتكبا فعلاً محرماً فيجبوا على الزواج تصحيحاً للنسب، ويتبين للباحث إن المشرع تغافل عن طبيعة البطلان وحقيقته فأعطى الحق للعقد الباطل لأن تلحقه إجازة بالدخول بقوله (إذا لم يتم الدخول) وبمفهوم المخالفة فإن عقد الزواج الباطل يصبح صحيحاً بالدخول وهذا ما لم يقل به أحد من فقهاء الشريعة الإسلامية، ولم تنص عليه القوانين المقارنة. ينظر: د. أحمد برهان الدين عبدالرحمن و د.عمار مولود حاجم، "عقد الزواج غير الصحيح- دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة، كلية القانون-جامعة صلاح الدين-العراق، العدد (التاسع)، المجلد (١)، (٢٠٢٣م): ص ٣٧٥.

II. المبحث الثاني

عقد الزواج غير الصحيح في الفقه الإسلامي

الأصل في العلاقة بين الرجل والمرأة هو التحريم، حتى يتوفر سبب مشروع يثبت جوازها، والسبب المشروع هو عقد الزواج الصحيح، ولتحقيق هذا العقد، يجب على الفرد التأكد من توافر شروطه ومقوماته، حيث إن أي خلل في أحد هذه المقومات يؤدي حتماً إلى عدم صحة العقد.

II.1. المطلب الأول

أنواع العقود من حيث صحتها والفرق بين العقد الباطل والعقد الفاسد

لبيان مفهوم عقد الزواج غير الصحيح في الفقه الإسلامي، نتناول بالذكر أولاً تصنيف العقود من حيث صحتها، ومن ثم نميز بين العقد الباطل والعقد الفاسد بوصفهما صورتين من صور العقد غير الصحيح وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي.

II.1.1. الفرع الأول

تصنيف عقود الزواج من حيث صحتها

العقود من حيث ترتب آثاره تنقسم إلى عقد صحيح، وغير صحيح، والعقد غير الصحيح إما باطل وإما فاسد والعقد الصحيح إما موقوف غير نافذ، وإما نافذ غير لازم، وإما نافذ لازم^(١).

ونبين هذه الأنواع باختصار فيما يأتي:

أولاً: العقد الصحيح

هو الذي استكمل عناصره الأساسية من (صيغة وعاقدين ومحل عقد وموضوع عقد)، وشرائطه الشرعية، فيصبح صالحاً لترتب حكمه وآثاره عليه^(٢)، ويعرفه الحنفية بقولهم: (ما كان مشروعاً بأصله ووصفه جميعاً، أي: ما استجمع أركانه وشروطه)^(٣)، أو كما عرفوه بأنه (ما ترتب عليه أثره وحصل به مقصوده)، ومقصود العقد: هو الوفاء به، فإذا كان الشارع قد أمر بمقصود العقود دل على أن الأصل فيها الصحة والإباحة^(٤).

(١) النسفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الشارح: ابن نجيم، ج ٥، ط ١، (بيروت- لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م)، ص ٤٣١.

(٢) د. وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي، ج ٤، ط ٤، (سورية-دمشق: دار الفكر، بلا سنة النشر)، ص ٣٠٨٦.

(٣) عبدالكريم بن علي بن محمد النملة، المذهب في علم أصول الفقه المقارن، ج ١، ط ١، (الرياض: مكتبة الرشد، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م)، ص ٤١٤.

(٤) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، جمع وترتيب: عبدالرحمن بن محمد بن قاسم وابنه، ج ٢٩، (المدينة المنورة- السعودية: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م)، ص ١٤٦.

وينقسم العقد الصحيح الى ثلاثة أقسام: العقد الصحيح النافذ اللازم، والعقد الصحيح الموقوف، والعقد الصحيح غير اللازم، كما يأتي:

أ- العقد الصحيح النافذ اللازم اتفقت جميع المذاهب على إن العقد الصحيح النافذ اللازم^(١) هو: ما كان مشروعاً بأصله ووصفه، بتحقيق جميع أركانه وشروطه ومتمماته، وبخلوه من الموانع.

ب- العقد الصحيح الموقوف ويسمى العقد غير النافذ^(٢): وهو العقد الذي صدر عن شخص يمتلك الأهلية للتعاقد، لكنه فقد الولاية عند إنشائه، بمعنى آخر، هو عقد مشروع من حيث أصله ووصفه، ولكن آثاره وأحكامه لا تترتب بشكل مباشر عند وجوده، بل تتوقف على إرادة شخص آخر - صاحب الحق في إصداره - الذي يمكنه إما الموافقة عليه أو رفضه.

ت- العقد الصحيح غير اللازم: وهو عقد صحيح لاحتوائه على جميع أركانه وشروطه، ومع ذلك، يحق لأحد الطرفين خيار إما إبرام العقد أو فسخه، ويثبت خيار فسخ عقد الزواج للصغير أو الصغيرة حين البلوغ إذا تم الزواج من قبل الولي ولم يحصل الدخول بعد، كما يُمنح المجنون خيار فسخ عقد الزواج أو الاستمرار فيه عند استعادته لوعيه، وبالتالي، يُعتبر عدم الالتزام حقاً لأحد الطرفين أو لكليهما، وفقاً لثبوت هذا الخيار، وقد تبنى الحنفية هذا النوع من العقود، ولم يأخذ المالكية والحنابلة والشافعية بخيار البلوغ أو الافاقه في عقد النكاح^(٣)، وينطبق الأمر أيضاً على من زوجت نفسها واشترطت الكفاءة، ثم تبين أنه من غير كفء، أو انتسب إلى غير نسبه، ثم تبين نسبه، حيث يحق لها الفسخ في هذه الحالة^(٤).

ثانياً: العقد غير الصحيح

عرف العقد غير الصحيح بأنه: (ما اختل فيه أحد عناصره الأساسية أو شرط من شروطه)، وحكمه أنه لا يترتب عليه أثر^(٥)، أو هو: (ما لا يكون مشروعاً أصلاً ووصفاً، أو يكون مشروعاً أصلاً لكن لا يكون مشروعاً وصفاً، مثال الأول؛ عقد المجنون والصبي غير

(١) عبد الفتاح مصيلحي، جامع المسائل والقواعد في علم الأصول والمقاصد، ج ١، ط ١، (المنصورة، مصر: دار اللؤلؤة للنشر والتوزيع ١٤٤٣-٢٠٢٢م)، ص ٤٩٠.

(٢) التهانوي، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، تحقيق: د. علي دحروج، مراجعة: د. رفيق العجم، ج ٢، ط ١، (بيروت: مكتبة لبنان ناشرون، ١٩٩٦م)، ص ١٧١٢.

(٣) د. أحمد برهان الدين عبدالرحمن و د. عمار مولود حاجم، عقد الزواج غير الصحيح، مصدر سابق، ص (٣٦٣-٣٦٤).

(٤) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ج ١، ط ٣، (القاهرة-مصر: دار الفكر العربي، ١٣٧٧-١٩٥٧م)، ص ١٥٤.

(٥) د. وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي، مصدر سابق، ج ٤، ص ٣٠٨٧.

المميز، أو العقد على الميتة والدم وكل ما لا يعتبر مالا، ومثال الثاني؛ العقد في حالة الإكراه، والعقد على محل مجهول في عقود المعاوضة^(١).

والحنفية يقسمون العقود غير الصحيحة إلى نوعين: باطل وفساد، وسنوضح ذلك في الفرع التالي من خلال التمييز بينهما، أما جمهور الفقهاء، فرغم عدم اعترافهم بالتفريق بين الباطل والفساد، إلا أنهم يتفقون إلى حد كبير مع الحنفية في تمييز نوعين من العقود غير الصحيحة، وهما: العقد الفاسد المتفق على فساد، والعقد الفاسد المختلف في فساد، وتبعاً لذلك، فإن الاختلاف بين منهجهم وموقف الحنفية لا يتجاوز الفروق الطفيفة من حيث الآثار المترتبة^(٢).

وفي جميع الأحوال فإن الدليل الشرعي هو المعول عليه عند الجميع، لذلك يقول الزنجاني: (خص أبو حنيفة أسم الباطل بما ثبت إغائه شرعاً بدلالة قاطعة وأسم الفاسد بما ثبت إغائه بدلالة ظنية وهذا كمصيرهم إلى الفرق بين الواجب والفرض وقولهم أن الفرض ما ثبت بدلالة قاطعة والواجب ما ثبت بدلالة ظنية)^(٣)، وأضاف الزنجاني بأن ما عدوه ركناً هو ثابت بدلالة قاطعة، وما عدوه من الشروط والأوصاف والأمور المجاورة هو ثابت بدلالة ظنية.

لذلك، استناداً إلى أساس قطعية دليل التحريم وظنيته، تم تصنيف العقد غير الصحيح عند جمهور الفقهاء إلى نوعين: الأول هو الفاسد المتفق على فساد، والثاني هو الفاسد المختلف في فساد^(٤)، سواء من حيث ثبوت الدليل، أم من حيث دلالاته على الحكم، أم من حيث ثبوته ودلالاته معاً، ذلك لأن الفقهاء يتفقون عادة عند وجود الدليل القطعي، ويختلفون عند عدمه^(٥).

أولاً: العقد الفاسد المتفق على فساد؛ يتضح من العنوان أنه يتعلق بعقد غير صحيح، لم يقل أحد من الفقهاء بصحته، وتجتمع العقود المدرجة تحت هذا النوع ضمن خمسة موانع^(٦) وهي: وهي: النسب، السبب، الجمع، التحريم لحق الغير، التحريم بسبب الدين.

(١) مجموعة من المؤلفين، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ٣٠، ط ٢، (الكويت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - (من ١٤٠٤ - ١٤٢٧ هـ))، ص ٢٣٦.

(٢) د. فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، ط ٥، مصدر سابق، ص ٩٢.

(٣) الزنجاني، تخريج الفروع على الأصول، المحقق: د. محمد أديب صالح، ط ٢، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٣٩٨ هـ)، ص ١٦٩.

(٤) ابن اللحام، القواعد والفوائد الأصولية، المحقق: عبدالكريم الفضلي، ط ٢، (المكتبة العصرية، ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م)، ص ١٥٢.

(٥) د. فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، ط ٥، مصدر سابق، ص ٩٢.

(٦) د. فاروق عبدالله كريم، المصدر نفسه، ص ٩٣.

ثانياً: العقد الفاسد المختلف في فسادته؛ وهو العقد غير الصحيح الذي قال بعض الفقهاء بصحته، ويشمل؛ عقد الزواج بدون ولي^(١)، عقد الزواج بدون شهود^(٢)، عقد زواج الشغار^(٣)، ونكاح المحرم بالحج^(٤).

ويتبين مما سبق أن جمهور الفقهاء وإن قالوا بعدم وجود الفرق بين الباطل والفاسد، إلا أنهم في نهاية الأمر أقرّوا بوجودها، ولكن تحت عنوان آخر، وهو الفاسد المتفق على بطلانه والفاسد المختلف في بطلانه.

II. أ. ٢. الفرع الثاني

الفرق بين العقد الباطل والعقد الفاسد

أولاً: العقد الباطل

الباطل في اللغة: هو نقيض الحق^(٥)، وعند الحنفية هو (كل ما لم يشرع بأصله ووصفه، كبيع الملاقيح - وهو: ما في بطون الأمهات فإنه لم يشرع بأصله، ولا وصفه؛ لأن من الأصل في المبيع: أن يكون موجوداً عند العقد، ومن وصفه: أن يكون مقدوراً على تسليمه، وهما منتقيان هنا)^(٦).

وقد أراد الحنفية بـ(الأصل) أركان العقد والشروط المتممة لهذه الأركان، وخصوا أركان العقد في عبارة وجيزة هي (إيجاب وقبول من أهله في محله)^(٧)، ويقصد بذلك الصيغة والعاقدان والمعقود عليه.

فالباع الباطل لا يفيد الملك، ولا ينقلب إلى عقد صحيح؛ لأن الشارع لم يأذن به، فوجوده كعدمه^(٨)، ويظهر من هذا أنه لا يمكن تصحيح العقد الباطل، فالحكم لا ينقلب صحيحاً برفع ما أبطله، لأن العقد الباطل لا وجود له.

وكذلك، النكاح الباطل لا اعتبار له، فلا يحتاج إلى طلاق ولا فسخ، ولا تجب به عدة ولا مهر إذا لم يتم الدخول بالمرأة؛ كنكاح خامسة، ونكاح زوجة الغير، ونكاح ذات مَحْرَم، فهذا النكاح باطل، ويجب التفريق بينهما فوراً، وعلى الموطوءة الاستبراء بحيضة، لتُعلم براءة الرحم، ولكن إذا وطئ المرأة بالنكاح الباطل فلها مهر مثلها بما استحل من فرجها^(٩).

(١) السرخسي، البسوط للسرخسي، تصحيحه: جمع من العلماء، ج ٥، ط ١، (مصر: مطبعة السعادة، بلا سنة النشر)، ص ١٠.

(٢) أحمد بن عبدالعزيز السليمان الحمدان، دليل مكتبة المرأة المسلمة، ج ١، (موقع وزارة الأوقاف السعودية، تاريخ النشر بالشاملة: ٨ ذو الحجة ١٤٣١هـ)، ص ٩٢.

(٣) الزمخشري، رؤوس المسائل (المسائل الخلافية بين الحنفية والشافعية)، تحقيق: عبدالله نذير أحمد، ط ١، (بيروت-لبنان: دار البشائر الإسلامية، ١٤٠٧-١٩٨٧م)، مسألة: ٢٧٠، ص ٣٩٢.

(٤) أحمد علي السهاري-نفوري-البخاري، الجامع الصحيح، تحقيق وتعليق: د. تقي الدين الندوي، ج ١، ط ١، (يوبي، الهند: مركز الشيخ أبي الحسن الندوي للبحوث والدراسات الإسلامية-مظفر فور، أعظم جراه، ١٤٣٢-٢٠١١م)، ص ٩٢.

(٥) حسن عز الدين الجمل، معجم وتفسير لغوي لكلمات القرآن، ج ١، ط ١، (مصر: الهيئة المصرية العامة للكتاب، ٢٠٠٣-٢٠٠٨م)، ص ١٩٢.

(٦) شمس الدين المارديني، الأنجم الزاهرات على حل ألفاظ الورقات، المحقق: عبدالكريم بن علي محمد بن النملة، ج ٣، (الرياض: مكتبة الرشد، ١٩٩٩م)، ص ٩٦.

(٧) ينظر: السرخسي، أصول السرخسي، مصدر سابق، ج ١، ص ٨٩؛ البزدوي، كشف الأسرار، ج ١، ط ١، (إسطنبول: شركة صحافة العثمانية، ١٣٠٨-١٨٩٠م)، ص ٢٧٠.

(٨) ديبان بن محمد الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، تقديم: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي وآخرون، ج ١، ط ٢، بلا ناشر، ١٤٣٢هـ، ص ٦٤.

(٩) محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، ج ٤، ط ١، (بيت الأفكار الدولية، ١٤٣٠-٢٠٠٩م)، ص ٤٢.

وكذلك يشمل العقد الباطل: عقد زواج المسلمة من غير المسلم، وزواج المسلم بامرأة لا تدين بدين سماوي، والعقد على مطلقة البائنة بينونة كبرى قبل أن تتزوج من رجل غيره، والعقد على أخت الزوجة مع قيام الزوجية مع الأخرى^(١).

والقاعدة التي ذكرها بعض الفقهاء في التعامل مع العقد الباطل بعد الدخول ان الحكم متوقف على علم العاقلين أو جهلها بالتحريم، ففي حالة علمهما بالتحريم يجب عليهما الحد، وحيث وجب الحد سقط المهر وسائر الآثار، وإن كانا جاهلين بالتحريم وادعيا ذلك، وتم تصديقهما، سقط عنهما الحد، وحيث سقط الحد وجب المهر وسائر الآثار ما عدا الميراث^(٢).

فالمسألة تخضع للقاعدة العامة في الفقه الإسلامي وهي: (أن الدخول بالمرأة لا يخلو من حد أو مهر)^(٣).

وفيما يتعلق بزواج المسلمة من غير المسلم، وزواج المسلم بعديمة الدين السماوي، فإن بعض الفقهاء أخضعوا ذلك لقاعدة العلم أو الجهل بالتحريم، وذهب بعض الفقهاء كالإمام الشافعي، وبعض المالكية إلى أن المخالف يعاقب بعقوبة تعزيرية، وأوجبوا فيه المهر بعد الدخول، والظاهر من مذهب الحنفية أنهم لا يرون فيه حداً أو عقوبة، فعند بعضهم يترتب على الدخول في هذا العقد وجوب المهر، وثبوت النسب، وجوب العدة، وحرمة المصاهرة على اعتبار كونه عقداً فاسداً، وعند آخرين منهم لا يثبت فيه نسب ولا عدة على اعتبار كونه عقداً باطلاً^(٤).

ثانياً: العقد الفاسد

اختلف العلماء في معنى الفساد على قولين، كما سبق في اختلافهم في غير الصحيح، فقال جمهور العلماء: إن الفساد بمعنى البطلان، كما نقل عن ابن قدامة: (والفساد مرادف للبطلان فهما اسمان لمسمى واحد)^(٥).

أما عند الحنفية: الفساد يغير البطلان، والفساد قسيم للبطلان، فالحكم إما أن يكون صحيحاً أو غير صحيح، وغير الصحيح إما أن يكون باطلاً، وإما أن يكون فاسداً، وعرفوا الفساد بأنه مرتبة بين الصحة والبطلان، يختل فيها العقد في بعض نواحيه الفرعية، وأنه مشروع بأصله لا بوصفه كبيع الربا^(٦).

ويمكن عند الحنفية تصحيح العقد الفاسد بزوال ما أفسده دون العقد الباطل، وأن زوال المفسد في العقد يردده صحيحاً^(٧)، لأن الإمام أبو حنيفة فرق بين الأصل والوصف، فإن للأصل

(١) د. فاروق عبدالله كريم، "منشأ التفرقة بين الفساد والبطلان في عقد الزواج في الفقه الإسلامي"، بحث منشور في: مجلة العقد الاجتماعي- مجلة حقوقية علمية محكمة نصف سنوية، تصدر عن مركز البحوث القانونية في وزارة العدل في إقليم كردستان-العراق، العدد الثالث، السنة الثانية، (٢٠٢٢): ص ١٦٢.

(٢) لمزيد ينظر: د. فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، ط ٥، مصدر سابق، ص ٩٥؛ د. محمد مصطفى الشلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط ٤، (بيروت: الدار الجامعية للطباعة والنشر، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م)، ص ٣٣٩.

(٣) البغوي، التهذيب في الفقه الإمام الشافعي، ج ٧، ط ١، (بيروت-لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م)، ص ٣٢١.

(٤) د. فاروق عبدالله كريم، منشأ التفرقة بين الفساد والبطلان، مصدر سابق، ص ١٦٥.

(٥) مريم محمد صالح الظفيري، مصطلحات المذاهب الفقهية وأسرار الفقه المرموز (رسالة الماجستير)، ط ١، (مصر: دار ابن حزم، ١٤٢٢هـ-٢٠٠٢م)، ص ٧٧.

(٦) د. محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، ج ١، ط ٢، (دمشق-سوريا: دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م)، ص ٤٢٦.

(٧) بدر الدين العيني الحنفي، البناء شرح الهداية، تحقيق: أيمن صالح شعبان، ج ٨، ط ١، (بيروت-لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م)، ص ١٣٩ وما بعدها.

حكمه المشروعية، وللوصف حكمه الفساد، والوصف قابل للإزالة، فيبقى أصل العقد سالماً وقابلاً للبقاء^(١).

وللسرخسي رأي حول إمكانية تصحيح العقد الفاسد^(٢)، حيث يوضح أن: (عقد الرِّبَا فَإِنَّهُ نَوْعٌ بَيْعٌ وَلَكِنَّهُ فَاسِدٌ لَا يَخْلُ فِي رُكْنِهِ بَلْ لِإِنْعَادَامِ شَرْطِ الْجَوَازِ وَهُوَ الْمُسَاوَاةُ فِي الْقَدْرِ فَكَمَا أَنَّ بُجُودَ شَرْطِ مُفْسَدٍ لَا يَنْعَدِمُ أَصْلَ الْمَشْرُوعِ فَكَذَلِكَ بِإِنْعَادَامِ شَرْطِ مَجُوزٍ لَا يَنْعَدِمُ أَصْلَ الْمَشْرُوعِ).

و الأصل في العقود للزوم؛ كما نقل عن القرافي: (واعلم أن الأصل في العقود للزوم؛ لأن العقود أسباب لتحصيل المقاصد من الأعيان، والأصل ترتب المسببات على أسبابها)^(٣)، لقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)^(٤)، إذاً، يصون الفقه الإسلامي العقود عن الفسخ الفسخ قدر الإمكان.

أما النكاح الفاسد، مثل: عقد الزواج بدون ولي^(٥)، وعقد الزواج بدون شهود^(٦)، وعقد وعقد زواج الشغار^(٧)، وعقد زواج التحليل^(٨)، وعقد زواج المتعة إذ ابن عباس إلى جوازه^(٩)، جوازه^(٩)، وعقد الزواج على أخت الزوجة والزوجة الأولى معتدة من طلاق بائن، وممن ذهب ذهب إلى جوازه المالكية والشافعية، والعقد على زوجة خامسة، وإحدى الأربع التي في

(١) د. فاروق عبدالله كريم، منشأ التفرقة بين الفساد والبطلان، مصدر سابق، ص ١٤٧.

(٢) السرخسي، أصول السرخسي، مصدر سابق، ج ١، ص ٩٠.

(٣) البقوري، ترتيب الفروق واختصارها، المحقق: استاذ عمر بن عباد، ج ٢، (المملكة المغربية: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م)، ص ١٢٩.

(٤) سورة المائدة، الآية (١).

(٥) من بين من أباح هذا الأمر هم الحنفية، حيث يرى الإمام أبو العباس أن النبي ﷺ قضى ببطلان نكاح المرأة دون إذن وليها، مما يعني عدم صحة العقد، ومع ذلك، فقد أقر بعد وقوعه ببعض آثاره، مثل استحقاق المهر، وذلك حفاظاً على الحقوق الناتجة عن الدخول، وتحقيقاً لمقتضيات العدالة. ينظر: السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج ٥، ص ١٠؛ ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج ٧، ص ٧.

(٦) ذهب ابن المنذر والزهري والجعفرية إلى جواز عقد النكاح بغير شهود، مستدلين بما ورد أن النبي ﷺ أعتق صفية بنت حبي ثم تزوجها دون أن يذكر حضور شهود، معتبرين ذلك دليلاً على صحة العقد دون اشتراط الإشهاد. ينظر: ابن قدامة، المغني، المصدر نفسه، ج ٧، ص ٩؛ المحقق الحلبي، شرائع الإسلام، ط ١١، ج ٢، ص ٥١٣.

(٧) عقد زواج الشغار: أن يقول الرجل للرجل: أزوجك أختي على أن تزوجني أختك، يكون مهر كل واحدة واحدة منهما نكاح الأخرى، فإذا وقع النكاح على هذا الوجه فالنكاح جائز، ولكل واحدة منهما مهر مثلها إن دخل بها، ولا يحل له فرجها بغير مهر، فإنما النهي في هذا أن يُستحل الفرج بغير مهر، وإن طلقها قبل أن يدخل بها كان لها المتعة، وكذلك هذا النكاح في غير الأختين. ينظر: الشيباني، الأصل، تحقيق ودراسة: د. محمد بونوكال، ج ١٠، ط ١، (بيروت: دار ابن حزم، ١٤٣٣هـ-٢٠١٢م)، ص ٢٥٦.

(٨) عقد زواج التحليل، وهو أن يعقد شخص على المطلقة ثلاثاً فقط من أجل تحليلها للزوج الأول، وهذا النوع من الزواج كبيرة من كبائر الآثم والفواحش، حرمة الله، ولعن فاعله، فعن أبي هريرة: أن رسول الله ﷺ قال: (لعن الله المحلل والمحلل له)، رواه أحمد بسند حسن، فقد ذهب الحنفية إلى جوازه، وذهب المالكية والحنابلة إلى فساده، وذهب الشافعية إلى فساده فيما لو تم التصريح بشرط التحليل في العقد. ينظر: ابن قدامة، المغني، تحقيق: طه الزيني وآخرون، ج ٧، ط ١، مكتبة القاهرة، (١٣٨٩هـ-١٩٦٩م)، ص ١٨١؛ الماوردي، الحاوي الكبير، المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ج ٩، ط ١، (بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩م)، ص ٣٣٣؛ البابر، العناية شرح الهداية، مطبوع مع فتح الفقير، ج ٥، ط ١، المطبعة الأميرية، ببولاق، ١٣١٥هـ، ص ٤٣٣؛ اللخمي، التبصرة، دراسة وتحقيق: الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب، ج ٥، ط ١، (قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ١٤٣٢هـ-٢٠١١م)، ص ٢٠٩.

(٩) ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، المصدر السابق، ج ٩، ص ٣٣٠؛ الغزالي، الوسيط في المذهب، المحقق: أحمد محمود إبراهيم - محمد محمد تامر، ج ٥، ط ١، (القاهرة: دار السلام، ١٤١٧هـ)، ص ٢٦٧.

عصمته في العدة من طلاق بائن، إذ أجازته المالكية والشافعية^(١)، فلا حكم لهذه العقود قبل الدخول، ويجب التفريق فيها بين العاقدین، ولكن الفقهاء اختلفوا في حاجة التفريق فيه الى طلاق، فذهب بعضهم الى أن التفريق بينهما يكون بطلاق، وهو مذهب المالكية والحنابلة^(٢)، وذهب بعضهم الى عدم الحاجة الى الطلاق، وهو ما ذهب اليه الحنفية والشافعية^(٣)، أما إذا تحقق الدخول، فيتعلق بها أحكام منها؛ ثبوت النسب و وجوب العدة، و وجوب المهر، وكذلك حرمة المصاهرة^(٤)، كما أن هناك سقوط لعقوبة جريمة الزنا، نظرًا لوجود شبهة في النكاح الفاسد^(٥).

وفيما يخص التوارث، يرى الحنفية والحنابلة أنه لا يوجد توارث بين الزوجين إذا توفي أحدهما قبل حدوث التفريق أو المتاركة، بينما يعتقد المالكية بوجود التوارث بينهما إذا توفي أحدهما قبل الفسخ، سواء كان قد دخل بها أم لا، ومع ذلك، استثنوا نكاح المريض بمرض خطير، حيث اعتبروا أنه لا يوجد توارث في هذه الحالة على الإطلاق، وذلك لحماية حقوق الورثة من الأضرار الناتجة عن إدخال وارث جديد^(٦)، بالإضافة إلى ذلك، لا تجب على الرجل نفقة أو سكنى، كما لا تجب عليها طاعة للزوج، ولا يقع طلاق على المرأة، ولا يحل استمتاع أحدهما بالآخر، ومن المهم الإشارة إلى أن الأحكام السابقة المتعلقة بالدخول لا تثبت إلا بالدخول الحقيقي، وليس بالخلوة حتى وإن كانت صحيحة^(٧).

II. ج. المطلب الثالث

موقع العدالة في العقود غير الصحيحة

يتبين مما سبق ذكره، أن العقد غير الصحيح على إختلاف تقسيماته وتسمياته، لا يترتب عليه أثر في حالة ما قبل الدخول، وذلك لأنه لم يحصل ضرر كبير.

أما إذا حصل الدخول فإنه يترتب عليه بعض الآثار، وثبوت هذه الآثار إنما هو لتحقيق العدالة والتعامل مع الآثار التي لا يمكن محوها، فالعدالة تتطلب ثبوت نسب الطفل المولود من إتصال الزوج بزوجته، فما ذنب الطفل من خطأ ارتكبه غيره، وهذا في وقت نجد أماناً عقداً يبرر ذلك الإقرار.

(١) البراذعي، التهذيب في اختصار المدونة، ط١، مصدر سابق، ج٢، ص٢٣٤.

(٢) ابن اللحام، القواعد والفوائد الأصولية، مصدر سابق، ص١٥٥.

(٣) ابن مازة البخاري، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، المحقق: عبد الكريم سامي الجندي، ج٣، ط١، (بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م)، ص٢٠٦.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مصدر سابق، ج٢، ص٣٣٥.

(٥) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، مصدر سابق، ص٦١.

(٦) د. فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، ط٥، مصدر سابق، ص١٠٢.

(٧) ينظر: د. محمد مصطفى الشلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، مصدر سابق، ص٣٤٠؛ عبد الوهاب خلاف، خلاف، أحكام الأحوال الشخصية، مصدر سابق، ص٤٢؛ بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط٢، (مصر: مطبعة دار التأليف، ١٩٦١م)، ص١٣٨.

كما أن العدالة والمصلحة تقتضيان وجوب العدة لحماية حق الزوج السابق واللاحق في النسب، خصوصاً في حال الحمل، وثبتت حرمة المصاهرة مرجعه الشرع.

بالإضافة الى ذلك، في حالات عقد الزواج الفاسد المختلف في فساده، فإنه يثبت بعض الآثار التي لا يمكن محوها، حماية لحق الزوجين ودفعاً للضرر عنهما.

ومن النصوص الشرعية الدالة على ترتب الآثار على عقد الزواج الباطل قوله ﷺ: {أَيُّمَا امْرَأَةٍ نُكِّحْتَ بَغَيْرِ إِذْنٍ وَلَيْتَها فَنِكَاحُها باطِلٌ فَنِكَاحُها باطِلٌ فَنِكَاحُها باطِلٌ، فَإِنْ دَخَلَ بِها فَالْمَهْرُ لَها بِما أَصابَ مِنْها، فَإِنْ تَنَاجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَ لَهُ} ^(١).

هنا نجد أن حكم المهر المترتب ليس أثراً للعقد، لأن النص قد صرح ببطلانه، لذا فإن ما ينسب إليه ترتب السبب هو حق المرأة في ابتذالها ووقوع الضرر عليها بالدخول، وهذا ضرر لا يمكن إزالته بالكلية وإعادة الحالة إلى ماكان عليه قبل الدخول، كما ليس من الإنصاف تركها على ما هي عليه فأوجب الشرع لها المهر لأن العدالة تتطلب التخفيف عنها.

وتجدر الإشارة إلى أن ترتيب آثار على عقد الزواج غير الصحيح، رغم بطلانه، يُعد استثناءً من القاعدة الفقهية المستقرة القائلة: (إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه^(٢))، والتي تقتضي أن يؤدي بطلان العقد إلى بطلان كل ما يترتب عليه من آثار، غير أن الفقه الإسلامي، انطلاقاً من قواعده المقاصدية، يراعي دفع الضرر ورفع بقدر الإمكان، كما يتجلى في قاعدتي: (الضرر يُزال^(٣)) و(الضرر يُدفع بقدر الإمكان^(٤))، ولما كان من غير الممكن عملياً عملياً إزالة جميع الآثار الناشئة عن الدخول بعد العقد، فإن إقرار بعض هذه الآثار – كاستحقاق المهر وغيرها – يُعد وسيلة لتقليل الضرر وتحقيقاً لمقتضيات العدالة.

وفي جميع الأحوال، فإن ترتيب الآثار على عقد الزواج غير الصحيح لا يُعد إقراراً لصحته، بل هو تطبيق لمبادئ العدالة وقواعدها، التي تقتضي معالجة الواقع بما فيه من ضرر، لا باعتباره أثراً ناتجاً عن العقد ذاته، وإنما بوصفه وضعاً استثنائياً يستدعي تدخل الشرع لضمان رفع الظلم والحد من تبعاته، فالعدالة في الشريعة الإسلامية تقوم على رفع الظلم حيثما وجد، ويُعد الضرر أحد مظاهره، وقد قرر النبي ﷺ هذا المبدأ بقوله: { لا ضرر ولا ضرار } ^(٥)، وهي قاعدة فقهية كلية تُعد من الركائز الأساسية لأي معالجة شرعية منصفة، لا سيما في النزاعات الأسرية.

(١) الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي الدارقطني، سنن الدارقطني، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الارنؤوط وآخرون، ج ٤، ط ١، (بيروت – لبنان: مؤسسة الرسالة، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م)، الرقم (٣٥٢٠)، ص ٣١٣.

(٢) ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الشهير بابن نجيم، الأشباه والنظائر، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، ط ١، (بيروت-لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م)، ص ٣٣٩.

(٣) البركتي، محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، قواعد الفقه، ط ١، (كراتشي/باكستان: الصدف ببلشرز، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م)، الرقم (١٦٩)، ص ٨٨.

(٤) البركتي، قواعد الفقه، المصدر نفسه، الرقم (١٦٨)، ص ٨٨.

(٥) أبو بكر البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبير، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، ج ١١، ط ١، (القاهرة: مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م)، الرقم (١١٤٩٥)، ص ٥٤٢.

ففي قانون الأحوال الشخصية، فإن الأصل في العقود غير الصحيحة، أنه لا تترتب عليها آثار قانونية، ولا يتطلب الأمر إصدار حكم لتأكيد هذا البطلان، حيث يُعتبر العقد غير منعقد، وهذا ما نصت عليه المادة (١٣٨)^(١) من القانون المدني العراقي فيما يتعلق بأثر الحكم بالبطلان، ويظهر من هذا النص، اذا بطل العقد وجب إعادة كل شيء إلى أصله، سواء بطل لأنه غير منعقد، أو لأنه قد أبطل بعد إن كان موقوفاً، فيعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، وهذه قاعدة عامة.

بينما في بعض الحالات، يترتب على العقد غير الصحيح آثار عرضية يُعتبر فيها (كواقعة مادية)^(٢) وليس كعقد، ومن الأمثلة على ذلك عقد الزواج غير الصحيح في الشريعة الإسلامية، حيث لا يترتب عليه آثار الزواج الصحيح^(٣)؛ مثل وجوب النفقة وحق التمتع والتوارث، ومع ذلك، فإنه يترتب عليه بعض الآثار العرضية التي لا يمكن محوها مثل وجوب العدة نتيجة للدخول ووجوب المهر كتعويض عن الدخول وسقوط الحد للشبهة، بالإضافة إلى البنية التي تُعنى برعاية الطفل، هذه الآثار تتبع من مراعاة حقوق المرأة والطفل، وتساهم في الحفاظ على النسب والعدالة الاجتماعية، في هذا السياق، تُظهر الشريعة الإسلامية مرونة ورغبة في حماية الحقوق الفردية والعائلية، مع تحقيق توازن بين الصرامة في تطبيق الأحكام واهتمامها برعاية المصالح الإنسانية، إذ أن ذلك يعكس رعاية حق المرأة في المهر وحق الطفل في النسب، وحق المجتمع في العدة وغيرها من الآثار.

الخاتمة

أسفر هذا البحث عن عدد من الاستنتاجات والتوصيات التي نعرضها فيما يلي:

أولاً: الاستنتاجات

١. يتضح أن جمهور الفقهاء، رغم تأكيدهم على عدم وجود فرق بين الباطل والفاقد، قد اعترفوا في النهاية بوجود هذا الفرق، ولكن تحت مسميات أخرى، مثل "الفاقد المتفق على فساد" و"الفاقد المختلف على فساد"، ويعتمد هذا التصنيف على ما إذا كان دليل التحريم قطعياً أو ظنياً؛ حيث يتفق الفقهاء في حالة وجود دليل قطعي، بينما يختلفون في حالة وجود دليل ظني، وهذا يعكس تمييزاً فقهيّاً في تصنيف العقود غير الصحيحة بناءً على اتفاق أو اختلاف الفقهاء في تحديد بطلانها، والمتأمل في أساس تفريق الحنفية بين الباطل والفاقد يجد أنه كذلك يعود إلى قطعية الدليل وظنيتها.

(١) المادة (١٣٨)، من قانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل: (١) - العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً. ٢ - فإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل. ٣ - ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية اذا بطل العقد لنتقص أهليته ان يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد).

(٢) عندما يُعقد زواج غير صحيح (مثل زواج غير مستوفٍ للشروط الشرعية والقانونية)، فإن العقد في ذاته قد لا يكون صحيحاً شرعياً وقانونياً، ولكنه يظل واقعاً مادياً تم حدوثه في الواقع، وقد تترتب عليه بعض الآثار محددة على أساس تلك الواقعة، لكنها لا تُعتبر زواجاً صحيحاً في نظر الشرع والقانون.

(٣) لأن الأصل في العلاقة بين الرجل والمرأة هو التحريم، حتى يتوفر سبب شرعي يثبت الإباحة، وهو إبرام العقد بشكل صحيح. ينظر: محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المصدر السابق، ص ١٤٧.

٢. يتضح أن العقد غير الصحيح لا يترتب عليه أي أثر قبل الدخول، نظرًا لعدم وجود ضرر، ومع ذلك، فإن له آثارًا بعد الدخول من أجل تحقيق العدالة، وأهمها ثبوت النسب، حيث إن الطفل لا يتحمل مسؤولية الخطأ، بالإضافة إلى وجود عقد يُعتمد عليه شرعًا لترتيب تلك الآثار.

٣. العدالة والمصلحة تبرران وجوب العدة لحماية حقوق النسب، وحرمة المصاهرة تستند إلى أحكام الشرع، كما أن العقد الفاسد المختلف في فسادته يترتب عليه بعض الآثار غير القابلة للمحو بعد الدخول، صونًا لحقوق الزوجين ودرءًا للضرر عنهما.

٤. إقرار الآثار المترتبة على الدخول في العقود غير الصحيحة لا يُعد إقرارًا بصحة العقد، بل هو تطبيق لقواعد العدالة التي تراعي الضرر الواقع وتُعالج آثاره، باعتبار أن هذه الآثار ناتجة عن الأمر الواقع لا عن العقد ذاته.

٥. على الرغم من أن العقد غير الصحيح لا يُنتج آثار الزواج الصحيح، إلا أن الشريعة الإسلامية تعترف به في بعض الحالات كواقعة مادية تُنتج آثارًا جانبية بعد الدخول التي لا يمكن محوها، مثل وجوب العدة والمهر وثبوت النسب، يأتي ذلك في إطار حماية حقوق المرأة والطفل وتحقيق العدالة الاجتماعية، مما يعكس توازنًا بين صرامة الأحكام وضرورة مراعاة المصالح الإنسانية.

٦. على الرغم من أن العقد الباطل – باستثناء مسائل النكاح – لا يُنتج آثارًا قانونية في الأساس، إلا أن المشرع قد يمنح بعض الآثار الأصلية أو العرضية في حالات استثنائية، وذلك حرصًا على حماية الظاهر وتعزيز الثقة في المعاملات، مثال على ذلك هو عقد الشركة الباطل الذي يُعترف بآثاره الواقعية، كما تظهر الآثار العرضية في حالتها انتقاص العقد أو تحوُّله، وذلك تطبيقًا لقاعدة تصحيح العقد ما أمكن، بهدف دعم الاستقرار القانوني.

ثانيًا: التوصيات

١- يخلو قانون الأحوال الشخصية من ضوابط التمييز بين الفاسد والباطل من العقود، لذا على المشرع توحيد المعالجة القانونية لشروط الانعقاد والصحة في عقد الزواج، بما يضمن اكتمال أركانه وشروطه لصحته، تجنبًا للتضارب في التطبيق القانوني.

٢- إن التمييز بين الفاسد والباطل في عقود الزواج هو ما عليه الحال في الفقه الإسلامي، لذا كان على المشرع تنظيم ذلك لاسيما النص على ترتب بعض الآثار التي اتفق الفقهاء عليها في حالة ما بعد الدخول كالمهر، والعدة، والنسب، على أن تُفهم هذه الآثار باعتبارها حماية للحقوق وتحقيقًا للعدالة الاجتماعية، وليس على أساس وجود عقد.

والذي يبدو لنا أن المشرع سكت عن ذلك لإعتقاده بأن ثبوت تلك الآثار بعد الدخول إنما هو من باب العدالة التي يطبقها القاضي، إلا أن كثرة حالات وقوع العقد الفاسد في الوقت الحاضر، وتجنب التفاوت في إصدار قرارات مختلفة من قبل القضاء في المسألة الواحدة يتطلب التنظيم القانوني على نحو يفي بالحد الأدنى من الوضوح في الأحكام.

قائمة المصادر والمراجع

بعد القرآن الكريم

أولاً: كتب التفسير

١. ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، المحقق: حكمة بن بشير بن ياسين، ط١، السعودية: دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، ١٤٣١هـ.
٢. محمد علي طه الدرة، تفسير القرآن الكريم، ط١، دمشق: دار ابن كثير، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م.
٣. الواحدي، أبو الحسن علي بن أحمد بن محمد بن علي الواحدي، النيسابوري، الشافعي(ت ٤٦٨هـ)، التفسير الوسيط للواحدي، تحقيق وتعليق: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود وآخرون، قدمه وقرظه: أ.د. عبد الحي الفرماوي، ط١، بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.

ثانياً: كتب الفقه والأصول

١. أبو بكر البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (٣٨٤-٤٥٨هـ)، السنن الكبير، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط١، القاهرة: مركز هجر للبحوث والدراسات العربية والإسلامية، ١٤٣٢هـ-٢٠١١م.
٢. ابن اللحام، أبو الحسن علاء الدين بن محمد بن عباس البعلبي (ت ٨٠٣هـ)، القواعد والفوائد الأصولية، المحقق: عبد الكريم الفضيلى، ط٢، المكتبة العصرية، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.
٣. ابن تيمية، مجموع الفتاوى، جمع وترتيب: عبدالرحمن بن محمد بن قاسم وابنه، ج ٢٩، المدينة المنورة-السعودية: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.
٤. ابن جزي، محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي(ت ٧٤١هـ)، القوانين الفقهية، تحقيق: ماجد الحموي، ط١، بيروت-لبنان: دار ابن حزم، ٢٠١٣م.
٥. ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة(٥٤١-٦٢٠هـ)، المغني، تحقيق: طه الزيني وآخرون، ط١، مكتبة القاهرة، (١٣٨٩هـ-١٩٦٩م).
٦. ابن مازة، برهان الدين أبو المعالي محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري الحنفي(ت ٦١٦هـ)، المحيط البرهاني، المحقق: عبد الكريم سامي الجندي، ط١، بيروت-لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م.
٧. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري(ت ٩٧٠هـ)، البحر الرائق، تكملة: محمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي، ط٢، دار الكتاب الإسلامي، بلا سنة النشر.

٨. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الشهير بابن نجيم (ت ٩٧٠ هـ)، *الأشباه والنظائر*، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، ط١، بيروت-لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.
٩. البراذعي، خلف بن أبي القاسم محمد، الأزدي القيرواني، أبو سعيد ابن البراذعي المالكي (ت ٣٧٢ هـ)، *التهذيب في اختصار المدونة*، دراسة وتحقيق: د. محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، ط١، دبي: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م.
١٠. البزدوي، علاء الدين، عبد العزيز بن أحمد البخاري (ت ٧٣٠ هـ)، *كشف الأسرار*، ط١، إسطنبول: شركة صحافة العثمانية، ١٣٠٨هـ-١٨٩٠م.
١١. البغوي، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي (ت ٥١٦ هـ)، *التهذيب*، ج٧، ط١، بيروت-لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
١٢. البقوري، أبو عبد الله محمد بن إبراهيم البقوري (ت ٧٠٧ هـ)، *ترتيب الفروق واختصارها*، المحقق: استاذ عمر بن عباد، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية-المملكة المغربية، ١٩٩٤م.
١٣. البركتي، محمد عيم الإحسان المجدي البركتي، *قواعد الفقه*، ط١، كراتشي/باكستان: الصدف ببلشرز، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م.
١٤. البهوتي، منصور بن يونس البهوتي (ت ١٠٥١ هـ)، *الروض المربع*، المحقق: د خالد بن علي المشيقح وآخرون، ط١، الكويت: دار ركانز للنشر والتوزيع، ١٤٣٨هـ.
١٥. التهانوي، محمد بن علي ابن القاضي محمد حامد بن محمد صابر الفاروقي الحنفي التهانوي (ت بعد ١١٥٨ هـ)، *موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم*، تحقيق: د. علي دحروج، مراجعة: د. رفيق العجم، ط١، بيروت: مكتبة لبنان ناشرون، ١٩٩٦م.
١٦. حافظ الدين النسفي، *البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية*، الشارح: ابن نجيم، ط١، بيروت-لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤١٨هـ-١٩٩٧م.
١٧. الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي الدارقطني البغدادي (ت ٣٨٥ هـ)، *سنن الدارقطني*، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الارنؤوط وآخرون، ط١، بيروت - لبنان: مؤسسة الرسالة، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م.
١٨. الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد، *الشرح الصغير على أقرب المسالك الى مذهب الإمام مالك*، تحقيق: د. مصطفى كما وصفي، القاهرة: دار المعارف، بلا سنة النشر.

١٩. الرافعي، عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، أبو القاسم الرافعي القزويني (ت ٦٢٣هـ)، *الشرح الكبير للرافعي*، المحقق: علي محمد عوض-عادل أحمد عبد الموجود، بيروت-لبنان: دار الكتب العلمية، بلا سنة النشر.

٢٠. الزمخشري، جار الله أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشري (٤٦٧هـ-٥٣٨هـ)، *رؤوس المسائل*، تحقيق: عبدالله نذير أحمد، ط١، بيروت-لبنان: دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م.

٢١. الزنجاني، أبو المناقب شهاب الدين محمود بن أحمد الزنجاني (ت ٦٥٦هـ)، *تخريج الفروع على الأصول*، المحقق: د. محمد أديب صالح، ط٢، بيروت: مؤسسة الرسالة، ١٣٩٨هـ.

٢٢. السرخسي، أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (ت ٤٨٣هـ)، *أصول السرخسي*، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني، لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدر آباد بالهند، بلا سنة النشر.

١. السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (ت ٤٨٣هـ)، *المبسوط*، تصحيح: جمع من أفاضل العلماء، ج٥، ط١، (مصر: مطبعة السعادة، بلا سنة النشر).
٢٣. الشربيني، شمس الدين، محمد بن محمد، الخطيب الشربيني [ت ٩٧٧هـ]، *مغني المحتاج*، حققه وعلق عليه: علي محمد معوض-عادل أحمد عبد الموجود، ط١، دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.

٢٤. الشيباني، أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني (ت ١٨٩هـ)، *الأصل*، تحقيق ودراسة: د. محمد بوينوكان، ط١، بيروت: دار ابن حزم، ١٤٣٣هـ-٢٠١٢م.

٢٥. الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي (ت ٥٠٥هـ)، *الوسيط في المذهب*، المحقق: أحمد محمود إبراهيم - محمد محمد تامر، ط١، القاهرة: دار السلام، ١٤١٧هـ.

٢٦. القدوري، أبو الحسين أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي القدوري (٣٦٢-٤٢٨هـ)، *التجريد للقدوري*، دراسة وتحقيق: د. محمد أحمد سراج-د. علي جمعة محمد، ط٢، القاهرة: دار السلام، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م.

٢٧. الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*، ط١، مصر: مطبعة شركة المطبوعات العلمية، ١٣٢٧-١٣٢٨هـ.

٢٨. الكاساني، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (ت ٥٨٧هـ)، *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*، ط٨، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٦٨م.

٢٩. اللخمي، علي بن محمد الربيعي، أبو الحسن (ت ٤٧٨هـ)، *التبصرة*، دراسة وتحقيق: د. أحمد عبد الكريم نجيب، ط١، قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ١٤٣٢هـ-٢٠١١م.

٣٠. المارديني، شمس الدين محمد بن عثمان بن علي المارديني الشافعي (ت ٨٧١هـ)، الأنجم الزاهرات على حل ألفاظ الورقات، المحقق: عبد الكريم بن علي محمد بن النملة، ط ٣، الرياض: مكتبة الرشد، ١٩٩٩م.

٣١. الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي (ت ٤٥٠هـ)، الحاوي الكبير، المحقق: الشيخ علي محمد معوض-الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ط ١، بيروت - لبنان: دار الكتب العلمية، ١٤١٩هـ-١٩٩٩م.

٣٢. المحقق الحلي أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، شرائع الإسلام، تحقيق: عبدالحسين محمد علي، ط ١، النجف الأشرف: مطبعة الآداب، ١٩٦٩م.

٣٣. النووي، أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف، روضة الطالبين وعمدة المفتين، بيروت: دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة ٢٠٠٢م.

ثالثاً: الكتب الحديثة (الشرعية والقانونية)

١. د. أحمد الكبسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعدلاته، ج ١، بغداد: مكتبة السنهوري، ٢٠١٢م.

٢. أحمد بن عبدالعزيز السلیمان الحمدان، دليل مكتبة المرأة المسلمة، ج ١، موقع وزارة الأوقاف السعودية، تأريخ النشر بالشاملة: ٨ ذو الحجة ١٤٣١هـ.

٣. د. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، ج ١، بيروت: دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بلا سنة النشر.

٤. بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط ٢، مصر: مطبعة دار التأليف، ١٩٦١م.

٥. دبيان بن محمد الديان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، تقديم: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي وآخرون، ط ٢، بلا ناشر، ١٤٣٢هـ.

٦. عبد الكريم بن علي بن محمد النملة [ت ١٤٣٥هـ]، المذهب في علم أصول الفقه المقارن، ط ١، الرياض: مكتبة الرشد، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.

٧. د. عبدالمجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام، الطبعة الجديدة منقحة، ج ١، بغداد: المكتبة القانونية، ٢٠١٧-٢٠١٨م.

٨. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المحقق: د. علي عثمان جرادي، ط ١، بيروت-لبنان: دار الكتب العلمية، ٢٠١٧م.

٩. عبد الفتاح بن محمد مصيلحي، جامع المسائل والقواعد في علم الأصول والمقاصد، ط ١، مصر: دار اللؤلؤة للنشر والتوزيع-المنصورة، ١٤٤٣هـ-٢٠٢٢م.

١٠. د. فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، ط٥، بلا ناشر، اقليم كردستان: ٢٠٢٣م.
١١. د. فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، ط٢، اقليم كردستان-سليمانية: المطبعة يادكار، ٢٠١٥م.
١٢. د. محمد حسين الذهبي، الأحوال الشخصية بين مذهب أهل السنة ومذهب الجعفرية، ط١، بغداد: شركة الطبع والنشر الاهلية ذات المسؤولية المحدودة، ١٣٧٨هـ-١٩٥٨م.
١٣. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط٣، القاهرة-مصر: دار الفكر العربي، ١٣٧٧هـ-١٩٥٧م.
١٤. محمد بن ابراهيم بن عبدالله التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، ط١، بيت الأفكار الدولية، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م.
١٥. محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، موسوعة القواعد الفقهية، ط١، بيروت - لبنان: مؤسسة الرسالة، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.
١٦. مجموعة من المؤلفين، الموسوعة الفقهية الكويتية، ط٢، الكويت: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، (من ١٤٠٤ - ١٤٢٧ هـ).
١٧. د. مصطفى ابراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن، ط١، العراق: نشر احسان للنشر والتوزيع، اقليم كردستان، ٢٠١٤م.
١٨. د. محمد مصطفى الشلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط٤، بيروت: الدار الجامعية للطباعة والنشر، ١٩٨٣م.
١٩. د. محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، ط٢، دمشق-سوريا: دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م.
٢٠. د. وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي، ط٤، سورية- دمشق: دار الفكر بلا سنة النشر.

رابعاً: البحوث المتخصصة

١. د. فاروق عبدالله كريم، "منشأ التفرقة بين الفساد والبطلان في عقد الزواج في الفقه الإسلامي"، بحث منشور في: مجلة العقد الاجتماعي- مجلة حقوقية علمية محكمة نصف سنوية، تصدر عن مركز البحوث القانونية في وزارة العدل في إقليم كردستان-العراق، العدد الثالث، السنة الثانية، (٢٠٢٢م).
٢. د. أحمد برهان الدين عبدالرحمن و د.عمار مولود حاجم، "عقد الزواج غير الصحيح- دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"، مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة، كلية القانون-جامعة صلاح الدين-العراق، العدد (التاسع)، المجلد (١)، (٢٠٢٣م).

خامساً: الرسائل العلمية

١. مريم محمد صالح الظفيري، "مصطلحات المذاهب الفقهية وأسرار الفقه المرموز"، رسالة الماجستير، ط١، دار ابن حزم، مصر، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م.

سادساً: المعاجم اللغوية

١. أبي منصور محمد بن أحمد الأزهرى، تهذيب اللغة، تحقيق: عبدالسلام هارون، بلا سنة النشر، بلا مكان النشر.

٢. حسن عز الدين الجمل، معجم وتفسير لغوي لكلمات القرآن، ط١، مصر: الهيئة المصرية العامة للكتاب، ٢٠٠٣ - ٢٠٠٨م.

٣. محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، مختار الصحاح، بيروت: دائرة المعاجم في مكتبة لبنان، ١٩٨٦م.

سابعاً: القوانين (التشريعات)

١. قانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.

٢. قانون الأحوال الشخصية السوري رقم (٥٩) لسنة ١٩٥٣ المعدل.

٣. قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل.

٤. قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم (٥١) لسنة ١٩٨٤ المعدل.

٥. مدونة الأسرة المغربية، قانون رقم (٧٠,٠٣) لسنة ٢٠٠٤م.

٦. قانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٨ قانون تعديل تطبيق قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل في إقليم كردستان-العراق.

٧. قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (١٥) لسنة ٢٠١٩م.