الفساد والبطلان في عقد الزواج في الفقه والقانون الليبي

التمهيـــــــد

إن الحمد لله نحمده ونستعين به، ونستغفره ونتوب إليه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات اعمالنا أعمالنا ، من يهده الله فلا مضل له ، ومن يضل فما له من هاد ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد الذي بعث رحمة للعالمين ، وعلى آله وصحبه أجمعين ، قال الله تبارك وتعالى "يأيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة ، وخلق منها زوجها وبث منهما رجالاً كثيرا ونساء ، واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام ، إن الله كان عليكم رقيباً " [75] .

وأما بعد .....نحمد الله ونشكره أن هدانا لهذا العلم ،علم الشريعة والقانون، لدراسة جميع مسائل الأحوال الشخصية، التي هي من أهم الموضوعات، التي أولاها الفقهاء عناية خاصة ، لعلاقتها بالأسرة التي تعد النواة الأولى للمجتمع، والركيزة الأساسية، التي يقوم عليها صرحه، وعلى مدى قوتها وتماسكها تتوقف البنية الاجتماعية برمتها في سلامتها وقدرتها على الإستقرار، والعطاء، وقد أولى القران الكريم، والسنة الشريفة جل اهتمامهما بالأسرة وأحكامها ، حيث نظمها من لحظة إنشائها، مرورا بإقامتها وانتهائها بانحلالها، وأحاط الأسرة بسياج منيع، يكفل لها الاستقرار، ويدفعها لتحقيق الغاية المرجوة منها ، والمشرع الليبي الذي قنن التشريع الإسلامي، وخاصة في مسائل الأحوال الشخصية في القانون رقم (10) لسنة 1984 م وتعديلاته ، نظم بذلك جميع أمور عقد الزواج .

المقدمـــــة

الزواج نظام وجد من أول ارتباط بين رجل وإمرأة عرف في الكون، وهو اتصال آدم أبو البشر بأمهم حواء، ثم اتصال ذكور ذريته بالإناث منهم، جيلاً بعد جيل، وفق أنظمة محددة، اختلفت حيناً بعد حين باختلاف الزمان، والشرائع المنزلة، وموقع الناس منها قرباً وبعداً ، وهكذا إلى أن جاءت الشريعة الخاتمة على لسان سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم ،في وقت تعددت فيه الأديان، وتناقضت من الوثنية إلى اليهودية إلى المسيحية ..وتبعاً لهذا، تعددت نظم الزواج وأشكاله، ووجد من أنواع لا تليق وكرامة الإنسان ، ولا تتفق مع ما جاء به الإسلام، من الحرية والمساواة، وطلب العفة وإعلاء شأن المرأة كإنسان.

[75] - سورة النساء الآية 1 .

فكان اهتمام الشـريعة الإسـلامية بالزواج، وجعلت منه عقداً دينياً مقدسـاً، وميثاقاً غليظاً ، وآية من آيات الله، التي امتن بها على عباده، فنظمته أحسـن تنظيم ، وأبطلت ما كان في الجاهلية، من الإباحة المطلقة، والأنكحة المرذولة كالشغار ، والإستبضاع ، والمتعة .

روى عن السيدة عائشة رضي الله عنها : (أن النكاح كان في الجاهلية على أربعة أنحاء، فنكاح منها نكاح الناس اليوم، يخطب الرجل إلى الرجل ابنته أو موليته، فيصـدقها ثم ينكحها ، ونكاح آخر، كان الرجل يقول لامرأته إذا طهرت من طمثها أرسلي إلى فلان فاستبضعي منه، ويعتزلها زوجها ولا يمسها حتى يتبين حملها من ذلك الرجل . ونكاح آخر يجتمع الرهط ما دون العشـرة، فيدخلون على المرأة كلهم يصـيبها، فإذا حملت ووضـعت، أرسـلت إليهم حتى يجتمعوا عندها ، فتقول لهم قد عرفتم الذي كان من أمركم ، وقد ولدت ، فهو ابنك يا فلان ، تلحقه بمن أحبت، فلا يستطيع أن يمتنع ، ونكاح آخر رابع وهو نكاح البغايا اللاتي يدخل عليهن من أرادهن ، فإذا حملت إحداهن ووضـعت جمعوا لها ، ودعوا لها القافة ، فألحقوا ولدها بالذي يرون فالتاظ به – أي التحق نسـبه به – ودعي ابنه لا يمتنع منه، فلما بعث محمد صلى الله عليه وسلم هدم نكاح الجاهلية، كله إلا نكاح الناس اليوم)[76]

كذلك نظمت هذ العلاقة تنظيم يكفل لها الاسـتمرار والاسـتقرار، كتحريمها الجمع بين الاختين، وتحريم نكاح بنت الأخ والأخت، وقصـر التعدد إلى أربع فقط، وكل هذا خلافاً لما كان عليه أتباع الشـريعة ، وأباحت التعدد بشروط ،وشرعت الطلاق، وذلك خلافاً لما كان عليه بعض الطوائف المسيحية . فالتشريع الإسلامي رغم أنه لم يستحدث نظام الزواج، إلا أنه أعطاه أهمية بالغة، وشرع له أحكاماً في غاية الدقة والوضـوح، تناولته منذ التفكير فيه، إلى حين انتهائه، بل ونظمت آثاره بعد الانتهاء، بما أوجبته من عدة ونفقة وحضانة وإرث ونسب .

وهذا يدل بعظم مكانة هذا العقد، الذي أحاطه الشـارع بسـياج منيع، وبه تبني الأسـر وتنتشـر علاقات القرابة، من نسـب ومصـاهرة، مع ما يترتب عليها من تحريم ومحرمية وإرث، فهو الأسـاس في تكوين نواة المجتمع، وضـبط وتنظيم العلاقات بين أفراده، بما يحفظ الكرامة الإنسـانية ، وينظم الغرائز، ويصرفها فيما شرعت له من تناسل، وبناء الأسرة ودوام العشرة بين الزوجين .

أهمية الموضوع :

يعتبر إبطال عقد الزواج من أبرز المواضيع، التي تتسبب في فك الرابطة الزوجية، حيث تشكل مساوئ للأسـرة وأفرادها ، فبطلان العقد يعني هدمه ، واعتباره معدوماً، كأنه لم ينعقد أصـلاً، أما فسـاد العقد

[76] - الدكتور سعيد الجليدي ، أحكام الأسرة في الزواج والطلاق وآثارهما ، الناشر دار الكتب الوطنية بنغازي لسنة 1985م الجزء الأول، ص 18 .

فيكون نتيجة نقصانه من الشروط، التي وضعها الشارع له ، فالعقود الفاسدة والباطلة تندرج ضمن صنف عقود الزواج الغير الصحيح ، فمن المهم إدراك الأسباب الرئيسية المؤدية إليها، هذا ومن جهة أخرى فهناك اختلافات في تقسيم العقود في شقها الغير صحيح، حيث يذهب البعض إلى تقسيمها إلى قسمين، أحدهما: فاسد ينتج عن أحد شروط العقد . أما الثاني: فيكون باطل يختل فيه أحد الأركان الجوهرية في العقد، وهناك من يعتبر كلاً من "العقد الباطل والعقد الفاسد " تسميتان لمعنى واحد، فلا يفرق بينهما، ويجعل لهما نفس الحكم، والآثار، وهنا تبرز أهمية الموضوع أهمية كبيرة، تكمن في ضرورة معرفة العقدين الفاسد والباطل في الزواج، وآثارهما، وما أخذ به المشرع الليبي .

إشكالية البحث :

- تكمن في الاجابة عن التساؤل هو : ((ماحكم عقد الزواج في حالة تخلف أحد الشروط أو الاركان ، وماهي الاثار المترتبة عليه ؟))

أسباب اختيار الموضوع :

غن الزواج من أهم المواضيع، وأكثرها تأثيراً على سلامة الأسرة ،والمجتمع ...لذلك ارتأينا البحث فيه، والتركيز على الزواج الفاسد والباطل، تعريفهما وماهي الحالات التي يكون فيها الزواج باطل والحالات التي يكون فيها الزواج فاسداً و الاثار المترتبة على الفساد والبطلان، وما أخذ به المشرع الليبي .

المنهج المتبع :

اتبعت في هذه الدراسة المنهج الإستقرائي الوصفي، إضافة إلى المنهج المقارن ، لمعرفة رأي التشريع الإسلامي في الفساد والبطلان في عقود الزواج ورأي القانون الليبي .

الخطة البحثية :

مبحث تمهيدي: تقديم للموضوع متناولاً تعريف عقد الزواج، وتعريف العقد الفاسد، والعقد الباطل، وبيان مقاصد الزواج

المبحث الاول :- يحتوي على مطلبين، متناول في المطلب الأول: الزواج الفاسد وأثاره في الفقه، والمطلب الثاني الزواج الفاسد في القانون وآثاره، وتوضيح الآراء الفقهية التي اختلفت في هذا الموضوع، وما ذهب إليه المشرع الليبي .

المبحث الثاني :- فيه مطلبين، هما: المطلب الأول: الزواج الباطل في الفقه وآثاره، والمطلب الثاني الزواج الباطل في القانون، و الأثار المترتبة على هذا العقد، بالإضافة الى خاتمة الموضوع.

المبحث التمهيدي (عقد الزواج)

أولاً :- تعريف الزواج :- الزواج في اللغة : أقتران أحد الشيئين بالآخر وازدواجهما، أي صيرورتهما زوجاً بعد أن كان كل منهما منفصلاً عن الآخر . يقال : زوج الشيء بالشيء بمعنى قرنه به [77] ، كما في قوله تعالى "وإذا النفوس زوجت " [78]، أي قرنت الأرواح بأبدانها، وأحياء الناس للحساب والجزاء ، وقوله سبحانه " وزوجناهم بحور العين" [79] أي وقرناهم بهن ، ثم شاع استعمال هذه الكلمة في أقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام والإستمرار، بحيث إذا أطلق الزواج لا يقصد منه إلا هذا المعنى ، كما في قوله تعالى " ولما قضى زيد منها وطراً زوجناكها" [80].

أما في إصطلاح الفقهاء: فقد عرفه المؤلفون القدامى بتعريفات عديدة ، نختار منها أنه " عقد وضعه الشارع ليفيد حل استمتاع كل من الرجل والمرأة بالآخر على الوجه المشروع "[81] فكلمة "عقد وضعه الشارع " تفيد أن الشارع هو الذي حدد أحكام العقد وعبارة: "ليفيد حل استمتاع كل من الرجل والمرأة بالآخر " تخرج العقود التي لا تفيد حل الإستمتاع ، كالتي تفيد تمليك العين كالبيع والهبة ، أو تفيد تمليك المنفعة كالإيجار ، أو التي لا تفيد حل الإستمتاع لتعلق حق الغير بالمرأة، كما لو كانت زوجة للغير ، ولابد أن يكون الاستمتاع مشروعاً ، أي لابد أن تكون العلاقة بين الرجل والمرأة وفق حدود الشرع ، مع ملاحظة أن الإستمتاع بالزوجة مقصور على زوجها فقط ، ولا يثبت لغيره بعقد أو بدونه ، أما المرأة فليس الاستمتاع بالرجل مقصوراً عليها، بل له أن يستمتع بغيرها ، وبما لا يتجاوز الأربع من النساء .

وعرفه المشرع الليبي في القانون رقم (10) لسنة 1984 م في المادة الثانية منه بأنه " ميثاق شرعي ، يقوم على أسس من المودة والرحمة والسكينة ، تحل به العلاقة بين رجل وامرأة ، ليس أحدهما محرماً على الآخر " ، وهذا التعريف مستمد من الآيات القرآنية ، حيث استمد لفظ الميثاق من قوله تعالى

---

77 - الأستاذ الدكتور سليمان الجروشي والدكتور سعد العبار ، شرح قانون الاحوال الشخصية الليبي الناشر دار الكتب الوطنية بنغازي ، الطبعة الثالثة للعام 2017م ص 29 .

78 - سورة التكوير الآية 7

79 - سورة الدخان الآية 54

80 - سورة الاحزاب الآية 37

81 - الأستاذ والدكتور زكي الدين شعبان ، الاحكام الشرعية للأحوال الشخصية ، الناشر منشورات جامعة قاريونس ،الطبعة السادسة ، لسنة 1993م ، ص 57.

:(وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً)[82] في شـــأن الزوجات واســـتلهم التعريف غايات الزواج وأهدافه من قوله تعالى (ومن آياته أن خلق لكم من أنفســكم أزواجاً لتســكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة) [83]واســتمد عبارة ليس أحدهما محرماً على الآخر من قوله تعالى (حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم ..)[84]

ثانياً :- أدلة مشروعية الزواج :

الأصـل في مشـروعية الزواج الكتاب والسـنة والإجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى " فانكحوا ما طاب لكم من النسـاء مثنى وثلاث ورباع " [85] ، وقوله تعالى " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسـكم أزواجا لتسـكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة " [86]، وأما السـنة فقوله صـلى الله عليه وسـلم : يا معشـر الشـباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم ، فإنه له وجاء [87] ، أي وقاية ، وقوله صلى الله عليه وسلم أيضاً الا أخبركم بخير ما يكنز المرء المرأة الصالحة ، التيإذا نظر إليها اســـرته ، وإذا أمرها أطاعته ، وإذا غاب عنها حفظته" [88]، وأما الاجماع فقد أجمع المسـلمون على أن الزواج مشـروع، ولم يخالف ذلك أحد ممن يعتد بقوله، لأن السـنة العملية تؤكده ، إذ تزوج صلى الله عليه وسلم كما تزوج صحابته، ومن بعدهم من العلماء، إلى يومنا هذا ، وما كان الزواج مشروعاً إلا لأنه يحقق أهداف الشرع ومقاصده .

ثالثاً :- مقاصد الزواج وغايته :

بالزواج تحقيق أهم المصـالح الضـرورية لما راعت الشـريعة الأسـلامية مقاصـد جليلة سـامية، معتبرة في تشريع الزواج، وبتأملها نجد أنها جامعة لأسباب حفظ الدين والنفس والنسب والعرض .

فأما حفظ الدين :فإن النكاح هو السبيل المشروع للأستمتاع، الذي هو غريزه في البشر، وصون النفس عن الوقوع في الزنا، وارتكاب المعاصي .

وأما حفظ النفس : فإن النكاح هو السبيل المشروع لأستمرار النوع الأنساني وبقائه ، وبسبب الزواج تتم رعاية تلك النفس في صـغرها حتى تسـتقل بنفسـها ، وفي الزواج رعاية الرجل للمرأة حفظا وتوجيها

82 - سورة النساء الآية 21
83 - سورة الروم الآية 21
84 - سورة النساء الآية 23
85 - سورة النساء الآية 3
86 - سورة الروم الآية 21
87 - مسند الامام احمد بن حنبل ، الطبعة الثانية، لسنة 1978م ،الجزء الأول ،ص 378 .
88 - سنن ابي داود ، سليمان الأشعث الطبعة الأولى، 1952 ، الجزء الأول ، ص 377

وإنفاقا ، وفيه دفع الضرر عن النفس بقضاء شهوة الزوجين بالوسيلة المشروعة، واستفراغ ما يضر احتباسه في الجسم .

وأما حفظ الأنساب: فهو أخطر وأهم مقاصد الزواج إذ به يتم تنظيم النسل وربطه بأصله بعلاقة القربي، التي هي متداخلة في هذه الحياة، فحفظها الدين الأسلامي عن الضياع وتفكك الروابط ، فهذه العلاقة المتمثلة في الأب والأم وكل الأقارب توحى بالسعادة وبفقدهم توحي بالوحشة والشقاوة.

وأما حفظ العرض: النكاح فيه غض البصر وإحصان الفرج لكل من الزوجين بالحلال الطيب عما حرم الله .

لهذه المقاصد السامية، والغايات العظيمة، والفوائد الكبيرة، أحاط الإسلام تلك العلاقة الشريفة بين الرجل والمرأة بالعناية والرعاية، لتقوم على أتم الوجوه وأشرفها وأكملها في كل مرحلة من مراحلها.

فغاية الزواج في الإسلام عبادة الله وتعمير الأرض . فالمقصد الأعلى من التناسل خصوصاً، ومن النكاح عموما ليس هو إشباع الغريزة الشهوانية المجبولة في بني آدم فهذا لا يعد مقصداً ..

رابعاً :- شروط عقد الزواج :

ينعقد الزواج بإيجاب وقبول شرعيين. فالإيجاب هو ما صدر أولاً من كلام أحد العاقدين، والقبول ما صدر ثانياً من كلام العاقد الآخرويشترط لانعقاد الزواج أربعة شروط[89]:-

الأول – شروط الصيغة اتحاد مجلس الإيجاب والقبول، بأن يكون المجلس الذي صدر فيه الإيجاب هو بعينه المجلس الذي صدر فيه القبول. هذا إذا كان العاقدان حاضرين، فإن كان أحدهما في بلد والآخر في بلد آخر، وكتب أحدهما كتاباً للآخر موجباً الزواج، فقبل المكتوب إليه، انعقد الزواج. ولكن يشترط في هذه الحالة أن يقرأ الكتاب على الشاهدين، ويسمعهما عبارته، أو تقول لهما فلان بعث إليّ يخطبني، وتشهدهما في المجلس أنها زوجت نفسها منه[90].

و **الثاني** - من شروط الانعقاد أن يسمع كل من العاقدين كلام الآخربأن يكون اللفظ بمعنى الزواج أو النكاح ، وإن كان لايستطيع الكلام يعبر بالإشارة المفهمة، أو الكتابة، بأن يعلم أنه يريد عقد الزواج بهذه العبارة. فإن لم يعلم ذلك بأن لم يسمع أو لم يفهم، كما إذا لقن رجل امرأة معنى زوجتك نفسي بالفرنسية

89 - الأستاذ والدكتور وهبه الزحيلي ، موسوعة الفقه الاسلامي والقضايا المعاصرة ، الناشر دار الفكر دمشق ، الطبعة الثالثة ،الجزء الثامن ، ص 62-63-64..

90 - المرجع السابق ج 8 ، ص 62-63-64.

مثلاً، وهي لا تفهمها، وقالت اللفظ الذي لقنه لها دون أن تفهمه وقبل هو، دون أن تعلم أن الغرض مما تقول عقد الزواج، فإنه لا ينعقد الزواج.

والثالث - عدم مخالفة القبول للإيجاب سواء أكانت المخالفة في كل الإيجاب أو بعضه.

والرابع - موافقة القبول للإيجاب في موضوع العقد ومقدار المهر .

وخامساً – أن تكون الصيغة منجزة لا معلقة على حصول أمر في المستقبل .

سادساً – أن لا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريماً قطعياً .

فإذا استكمل العقد هذه الشروط أنعقد الزواج، وإذا لم يستكمل واحداً منها لم ينعقد الزواج، وكان باطلاً من أساسه.

وإذا انعقد الزواج فلا بد لصحة الزواج أن يستكمل شروط صحته، وهي الشروط التي يجب مراعاتها في أمور أخرى مرتبطة بالعقد، ليكون صـــالحاً لتترتب آثاره الشـــرعية عليه، وإن تخلف أحدها كان العقد فاسداً:-

الأول - أن تكون المرأة محلاً لعقد الزواج. "كأن لا يجمع بين أختين مثلاً" .

والثاني - أن النكاح لا يصـح إلا بولي، فلا تملك المرأة أن تزوّج نفسـها، ولا أن تزوّج غيرها، كما أنها لا تملك توكيل غير وليّها في تزويجها، فإن فعلت لم يصح نكاحها عند الجمهور بخلاف الأحناف

والثالث - حضور شاهدين مسلمين بالغين عاقلين، سامعين لكلام العاقدين، فاهمين أن الغرض من الكلام الذي حصل به الإيجاب واقل قبول هو عقد الزواج.

والرابع - ألا تصدر الصيغة من مكره خوفاً من وقوع التهديد بالقتل أو الضرب أو الحبس أو الإيذاء .

فإذا استكمل العقد هذه الشروط كان صحيحاً، وإن نقص واحداً منها كان نكاحاً فاسداً

ولكي نتبين الإختلاف بين الفسـاد والبطلان ، فإن البطلان هو عدم موافقة أمر الشـارع من حيث أصـله، أي أن أصـله ممنوع، أو أن الشـرط الذي لم يسـتوفه مخل بأصـل الفعل. بخلاف الفسـاد، فإنه في أصـله

.

موافق لأمر الشارع، ولكن وصفه غير المخل بالأصل هو المخالف لأمر الشارع. ولا يتصور وجود الفساد في العبادات؛ بل البطلان لأن المتتبع لشروطها وأركانها بأن جميعها متعلقة بالأصل. ولكنه يتصور وجوده في المعاملات، فيتصور وجوده في العقود، فمثلاً بيع الملاقيح، أي الذي في بطون الحيوانات باطل من أساسه؛ لأنه منهي عن أصله، بخلاف بيع الجهالة فإنه بيع فاسد؛ لأن الجهالة تفضي إلى نزاع يتعذر حله، وتتساوي فيه حجة الطرفين .

وهكذا فإنه لا فرق بين باطل وفاسد في العبادات، فإنها جميعا تكون إما صحيحة، مبرئه للذمة، وإما غير صحيحة، فلا يسقط بها الواجب. فالصلاة صحيحة أو باطلة ليس غير، ولكن البطلان يختلف عن الفساد في العقود المالية التي تنشئ التزامات متقابلة أو تنقل الملكية مثل عقود البيع والإجارة والحوالة والشركة وأمثالها.

أما في النكاح فالعقد الباطل والفاسد كلاهما مخالف للشرع، لكن العقد الباطل ملغى من أساسه لا تترتب عليه آثاره، فإذا حصل الوطء فهو في حكم الزنا، ولا يلحق الولد بالواطئ، ولا عدة، ولا استحقاق مهر، ولا محرمات بالمصاهرة... فهو باطل من أصله. وأما العقد الفاسد فإن مخالفة الشرع هي في شروط الصحة، وليست في شروط الانعقاد، ولذلك فعلى الرغم من الإثم الذي وقع على العاقدين، لكن تترتب عليه آثار، إن حدث وطء أي إن دخل بها الزوج، أما إن لم يدخل بها في العقد الفاسد فلا تترتب آثاره.

المبحث الأول

عقد الزواج الفاسد وآثاره في الفقه والقانون

يعتبر الزواج الفاسد من انواع الزواج الناقص، أو غير كامل، إذا استوفى أركانه، وشروط انعقاده، ولكنه فقد شرط من شروط الصحة، كالزواج بغير ولى، أو بغير شهود، أو بغير صداق، فإذا لم يقترن بالدخول كان كالعقد الباطل في عدم ترتب الآثار عليه واعتبار العقد منعدم الوجود .

المطلب الاول

الزواج الفاسد في الفقه والقانون

لا يخلو العقد من شروط تثبت له الوجود ، والتي تتمثل في شروط الانعقاد، وشروط الصحة، وشروط اللزوم، وشروط النفاذ ، فالشرط لغة : إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه ، وجمع شروطه و شرائط والشرط بالتحريك : العلامة ، والجمع أشراط . وأشراط الساعة : أعلامها [91] ، أما اصطلاحا :فهو أمر خارج عن ماهية الشـــي وحقيقته، يتوقف عليه وجود الشـــي، الذي جعل شـــرطاً له، ولم يكن جزء من حقيقته[92] .

ومعنى هذا : أن وجود العقد أو صحته أو نفاذه أو لزومه، يترتب على وجود شروطه وجوداً شرعياً . فالزواج يشترط لصحته حضور شاهدين ، وللزومه عدم التغرير في الكفاءة ، فإذا حصل عقد الزواج بدون شهود كان غير صحيح ، وإذا حصل مع تغرير في الكفاءة كان غير لازم . وكل من الشاهدين والكفاءة ليسا جزء من حقيقة العقد ، فقد يوجد الشهود ولا يصح الزواج شرعاً لأنعدام شرط أخر، وقد توجد الكفاءة ولا يلزم الزواج، لفقد شـرط أخر أيضـاً، فانعدام الشـرط يترتب عليه انعدام المشـروط ، ووجود الشرط لايلزم منه وجود ولاعدم لذات الشرط .

وعلى هذا فإن الشرط يتفق مع الركن، في أن حكم كل منهما يتوقف في وجوده على وجودهما، وعدم كل منهما يستلزم عدم حكمه ، ويختلفان في أن الركن جزء من الحقيقة الشرعية للشيء ، والشرط أمر خارج عن حقيقته الشرعية،

فمن بين شروط الزواج شروط الصحة فهي شروط خارجة عن انعقاد العقد ، ففي اختلالها يعتبر العقد فاسدا عند الحنفية باطلا عند الجمهور وهذا مانحن بصدد شرحه .

---

91 - ابن منظور ، لسان العرب ، سنة النشر 2003 ،الجزء الثامن ، فصل حرف الشين .
92 - د سعيد الجليدي ، مرجع سابق ، ص 94 .

الفرع الاول :- الزواج الفاسد في الفقه :

يذهب جمهور الفقهاء إلى تقسيم العقد إلى عقد صحيح، وهو العقد الذي استوفى جميع شروطه وأركانه، من شروط صحة وإنعقاد ونفاذ ولزوم ، والعقد الغير صحيح هو العقد الباطل الذي أصابه خلل في أحد شروطه أو أركانه ، أما المذهب الحنفي فقد قسم العقود إلى عقد صحيح، وعقد غير صحيح ، وقسم العقد الغير صحيح إلى قسمين ، عقد باطل، وعقد فاسد، حيث يكون هذا الأخير وسطاً بين الصحة والبطلان ، أما العقد الصحيح ،هو العقد الذي أستوفى كامل أركانه وشروطه ، فعند نفاده يترتب عليه كامل الأثار، من وجوب المهر والنفقة على الزوج لزوجته، ووجوب الطاعة على الزوجة وثبوت النسب.

ويعتبر العقد نافذا إذا كان صحيحاً، صدر من شخص كامل الأهلية، يتمتع بولاية الاصدار، سواء كانت أصلية، أو نيابية، كالعقد الذي ينشؤه شخص راشد عاقل لنفسه، ويكون العقد غير نافذ أو موقوف إذا كان صحيحاً متوقفا على إجازة شخص أخر، من غير المتعاقدين مثل عقد الصبي المميز الزواج بنفسه ، أو صدور إيجاب أو قبول من فضولي عن الزوج أو الزوجة ، أحكام العقد الغير نافذ أنه لا يجوز الدخول فيه .

يكون العقد الصحيح النافد لازماً فور انعقاده، واذا لزم لا يحق لأحد من الزوجين أو غيرهما نقضه أو فسخه، ولا ينتهي إلا بالطلاق أو بالوفاة، وهذا هو الأصل في عقد الزواج، لأن المقاصد التي شرع من أجلها هي دوام العشرة الزوجية ، ذلك أن الوفاء بالعقود أمر واجب لقوله تعالى :- " يا أيها الذين أمنو أوفوا بالعقود "[93]

أما العقد الصحيح النافد غير اللازم، فهو العقد الذي يستطيع كل واحد من المتعاقدين أو أحدهما أن يحل الرابطة العقدية بإرادته المنفردة، دون أن يتوقف ذلك على رضى الطرف الاخر، كأن يتزوج الشخص المحجور عليه من غير إذن الحاجر ، إذ يحق لهذا الاخير المطالبة بفسخ العقد .

يتضح مما تقدم أنه لا خلاف بين الفقهاء في أن العقد الصحيح هو العقد الذي تكون أركانه وشروطه سليمة، فذلك متفق عليه ، أما موضوع الخلاف هو ما يقابل العقد الصحيح ، فالجمهور يقولون عقد باطل منعدم الوجود، سواء كان الخلل في أركانه أو في شروطه .

إلا أن الحنفية يرون خلاف ذلك حيث اعتبروا العقد باختلاله في أركانه باطلا وإذا كان الخلل في غير أركانه بل في أوصافه يكون فاسداً .

---

[93] - سورة المائدة الآية (1) .

- **ما هو العقد الفاسد ؟**

يرد الفساد في اللغة على عدة معان متقاربة في معناها ومنها هذين المعنيين:

1- نقيض الصلاح ، فسد يفسد وفسد فسادا وفسودا ، وهو فاسد وفسيد فيهما ، ولا يقال انفسد وافسدته أنا . وقال تعالى " ويسعون في الأرض فساداً والله لا يحب المفسدين "[94] والمفسدة خلاف المصلحة . والاستفساد : خلاف الاستصلاح [95].

2- الباطل الذي لا وجود له ، يقال : " قيل للشيء فسد ، بطل ، واضمحل" [96]

أما اصطلاحاً / اتفق العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، على أن الفساد والبطلان بمعنى واحد، في العبادات على وجه العموم ، واختلفوا في تعريف الفساد في المعاملات على مذهبين . مذهب الأحناف ومذهب الجمهور ، فالأحناف قسموا العقود من حيث تحقق شرائط الانعقاد والصحة إلى منعقدة وصحيحة، ويقابلها باطلة وفاسدة، وجعلوا الفساد مرتبة وسطاً بين الباطل والصحيح، والجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة يقسمون العقود إلى صحيحة وباطلة من حيث تحقق شرائط الانعقاد، والصحة أو انعدامها، والباطل والفاسد، عندهم بمعنى واحد في عقود المعاوضات المالية [97]، بذلك يكون تعريف الفساد عند الجمهور هو ذات تعريف الباطل بخلاف الأحناف فهو عندهم نوع خاص قائم بذاته، وذلك على النحو التالي :-

مذهب الاحناف / لم يفرق الحنفية بين الفساد والبطلان في العبادات، سوى في الحج، وفرقوا بينهما في المعاملات، فالباطل عندهم غير مشروع في أصله ووصفه، فلا أثر له عندهم، أما الفاسد فما كان مشروعاً في أصله دون وصفه فينبني عليه أثر عندهم إذا اتصل به القبض، فتعريف الفساد مخالف لتعريف البطلان ، فالفاسد (هو ما كان مشروعا بأصله دون وصفه) ، والزواج الفاسد عندهم يكون في الحالات التالية :-

1- الزواج بغير شهود
2- الزواج المؤقت
3- الجمع بين خمسة في عقد واحد

---

94 - سورة المائدة الآية (64) .
95 - لسان العرب ، مرجع سابق ،ج11 باب الفاء ، فسد، .
96 - الطاهر أحمد الزواي ، مختار القاموس ، 1981م ص 477.
97 - تحقيق الدكتور أحمد محمد الخليفي ، عقود الزواج الفاسدة في الاسلام ، الطبعة الاولى ، دار المرار الاسلامي بيروت ،ص24-25.

4- الجمع بين امرأة وأختها أوعمتها أو خالتها .

5- نكاح المحارم مع العلم بعدم الحل ، يقع فاسداً عند الحنفية وباطلاً عند غيرهم .

فهذه التفرقة عند الاحناف تقوم على إبراز الوسطية بين العقد الباطل، والعقد الصحيح، فقد أنتجت عقداً يختلف سبب عدم الصحة فيه عن العقد الباطل[98] .

- **حكم الزواج الفاسد**

يختلف حكم الزواج الفاسد قبل الدخول وبعده :-

قبل الدخول :

ليس للزواج الفاسد حكم قبل الدخول ، فلا يترتب عليه شيء من أثار الزوجية ، فلا يحل فيه الدخول بالمرأة، ولا يجب فيه للمرأة مهر ولا نفقة ، ولا تجب فيه العدة، ولا يثبت به حرمة المصاهرة، ويجب على الزوجين أن يفترقا بنفسيهما ، وإلا رفع الأمر إلى القاضي ليحكم بالتفريق بينهما .[99]

بعد الدخول

حيث يترتب عليه عدة أحكام وبعد الدخول ، فإذا حصل دخول بالمرأة كان الدخول معصية، ووجب التفريق بين الزوجين ، ولكن لا يقام عليهما حد الزنا ، وإنما يعزرهما القاضي بما يراه زاجراً لهما، لوجود شبهة العقد والحدود تدرأ بالشبهات ولكن لو وقع وطء بعد التفريق يلزمه الحد ، ولو دخلته شبهه.[100]

ترفع شبهة العقد قيام الحد في الدخول بالمعصية، وذلك إذا كان بحسن نية دون علم بوجود المعصية أو الشبهة .

- **آثار الزواج الفاسد في الفقه :**

لم يجعل الفقهاء آثار للزواج الفاسد لأنهم لا يعترفون بوجوده في الأصل، إذ أن الزواج الفاسد يأخذ نفس حكم و آثار الزواج الباطل، لأنهما سواء ، فآثار الزواج الفاسد قال بها الحنفية، أصحاب نظرية الفساد في العقود ، فهم يرتبون آثارا على الزواج الفاسد بعد الدخول بالمرأة، وذلك في حالة فسخه ، فإذا تم تثبيت

98 - ا د سليمان الجروشي ، ود سعد العبار ، مرجع سابق ، ص 63.
99 - وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ،ص 116
100 - المرجع السابق ص 116

الزواج واستدراكه يصبح كالزواج الصحيح، المنعقد بكامل شروطه وأركانه ، فالزواج الفاسد قبل الدخول لا يرتب آثار، أما بعد الدخول فهو يرتب عدة آثار[101] وهي :-

- وجوب المهر : يكون للمرأة المهر بالزواج الفاسد، بعد الدخول، وإن كان في الأصل لا يجب، لأنه عقد فاسد أصلا ،والمقصود هنا هو مهر المثل ، ويجب المهر ولو تكرر الوطء عند جمهور الحنفية .
- ثبوت النسب : يثبت نسب الأولاد إن وجدو مراعاة لمصلحتهم .
- وجوب الإستبراء : تجب العدة على المرأة لتحقيق براءة الرحم .
- ثبوت حرمة المصاهرة : فيحرم على الرجل الزواج بأصول المرأة وفروعها ، ويحرم على المرأة أصول الرجل وفروعه .

ولا يترتب على الزواج الفاسد أحكام أخرى ، فلا تجب به نفقة ولا طاعة ، ولا يثبت به حق التوارث بين الرجل والمرأة .

[101] - زكي الدين شعبان ، مرجع سابق ص 134

المطلب الثاني

الزواج الفاسد في القانون وآثاره

ذهب المشرع الليبي في القانون رقم (10) لسنة 1984 م ، على الأخذ بنظرية الفساد في العقود، متأثراً بما قاله الحنفية، إذا أنه قسم الزواج في المادة (16) منه إلى نوعين ، صحيح وفاسد ، وعرف الزواج الصحيح بأنه ما توافرت شروطه وأركانه، وترتب عليه جميع أحكامه، وآثاره منذ انعقاده ، وعرف الزواج الفاسد، بأنه ما اختل بعض شروطه وأركانه، ولا يترتب عليه أي أثر قبل الدخول ، ويترتب عليه بعد الدخول [102] ما يلي :

1- الأقل من المهر المسمى ومهر المثل .
2- النسب وحرمة المصاهرة .
3- العدة
4- نفقة العدة مادامت المرأة جاهلة فساد العقد، لأن المرأة محتبسه لمصلحة الزوج ، فتكون نفقتها عليه ، أما لو كانت على علم بسبب الفساد لا يثبت به حق التوارث بين الرجل والمرأة .

والظاهر أن القانون استمد هذا التقسيم من الأحناف ، لكنه لم يسر معه على إطلاقه ، ليميز مثلهم بين نوعى العقد الغير صحيح ، بل اعتبر أن كل العقود الغير صحيحة ترتب ذات الأثار بعد الدخول ، سواء كان الخلل في شروطها، أو في أركانها ، أي سواء كانت فاسدة أم باطلة . وهذا ما لم يقل به كل الفقهاء . سواء كانوا من الأحناف أو الجمهور، وكان ينبغي على القانون أن يميز بين العقد الفاسد والعقد الباطل، ويفرد كل منهما باصطلاح، لاختلافهما من حيث الآثار[103] .

[102] - ا د سليمان الجروشي ، ود سعد العبار ، مرجع سابق ، ص 64.
[103] - المرجع السابق ص 65

المبحث الثاني

(الـــــــــزواج الـــــــباطل)

يعتبر الزواج كما تم تعريفه سـابقاً سـنة الله ورسـوله، للعباد وضـعها الشـرع لضـمان اسـتمرارية الحياة البشـرية، في جو تسـوده المودة والرحمة، وروح الإنسـانية، وغير ذلك من أهداف نبيلة، ترتقي بالحياة الإنسـانية، وتقيد الغريزة بصـيانة الإنسـان من المنكر والمعاصـي بإحصـان الزوجين قال تعالى :- " وليستعفف الذين لا يجدون نكاحاً حتى يغنيهم الله من فضله "[104]

والقول بان النكاح هو السـبيل الشـرعي للعلاقة بين الرجل والمرأة، يوصـلنا إلى النظر في بعض الالتزامات، التي من شـأنها أن تضـع هذا التصـرف محل شـبهة وبطلان ، لذلك فرض علينا الشـرع عدة شروط وأركان، يستوجب اتباعها لعدم الوقوع في الفاحشة والمنكر .

فعقد الزواج يختلف عن غيره من العقود، لأن الأثار التي تترتب عليه تتعدى العقود العادية، كالعقود المالية من بيع وإيجار، فإذا نظرنا إلى بطلان عقد البيع، أو عقد الإيجار، فالأثر الذي يرتبه يمثل في إرجاع المبيع، وثمن البيع، فهي آثار مادية محضـة ، أما بطلان عقد الزواج يترتب عليه آثار تتعدى الأشـياء المادية، فهي متعلقة بحياة الأفراد ومصـالحهم ، فالنسـب والميراث والمعاشـرة وغيرها ، مما جعلت المشرع يضع ضوابط يجب اتباعها لتجنب الفواحش .

المطلب الاول

الزواج الباطل في الفقه وآثاره

يبطل الزواج إذا اختل ركن من أركانه، فالبطلان هو عدم الجواز وهو عكس الصحة .

البطلان لغةً / بطل الشـئ يبطل بطلا وبطولا وبطلانا : ذهب ضـياعا وخسـرا ، فهو باطل ، والباطل : نقيض الحق [105] .

وفي الاصـــطلاح / يختلف تبعاً للعبادات والمعاملات ، ففي العبادات ، البطلان : عدم اعتبار العبادة، حتى كأنها لم تكن ، كما لو صلى بغير وضوء ، والبطلان في المعاملات يختلف فيها تعريف الحنفية عن غيرهم من الفقهاء ، فقد عرفه الاحناف، ان تقع على وجه غير مشروع بأصله، ولا بوصفه، وينشأ عن

---

[104] ـ سورة النور الآية 33

[105] ـ لسان العرب ، مرجع سابق ، ج 2 ، باب حرف الباء .

البطلان تخلف الأحكام كلها عن التصـرفات وخروجها عن كونها أسـباباً مفيدة لتلك الاحكام، التي تترتب عليها ، فبطلان المعاملة لا يوصل إلى المقصود الدنيوي أصلاً لأن آثارها لا تترتب عليها [106].

فالبطلان هو نقيض الصحة ، أما العقد الباطل فهو العقد الفاقد لركنه الأساسي، والمتمثل في الرضا ، أما الزواج الباطل فقد اختلف الفقهاء في تعريفه .

فعقد الزواج عند الفقهاء مرتبتين ، عقد صـــحيح، وعقد باطل، إذ أنه لا فرق بين العقد الباطل والفاســد فكلاهما عقد غير صـحيح، يعتبر وجوده كعدمه، في نظر الشـارع، إذ أنه لا يرتب أي أثر من الآثار التي ترتبها العقود الصحيحة ، ذلك لانه يخالف الشرع في أحد شروطه وأركانه[107]

الباطل والفاسـد بمعنى واحد عند الجمهور، غير الحنفية، فالزواج الباطل أو الفاسـد عند المالكية ، هو ما حصل خلل في ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته وهو نوعان :-

1- زواج اتفق الفقهاء على فساده كالزواج بالمحارم من نسب أو رضاع أو مصاهرة .

2-زواج اختلف الفقهاء في فسـاده : وهو ما يكون فاسداً عند المالكية، وصـحيحاً عند بعض الفقهاء، بشـرط أن يكون الخلاف قويا ، كزواج المريض فإنه لا يجوز على المشـهور عند مالك فإن كان الخلاف ضعيفاً، كزواج المتعة ، وزواج المرأة الخامسة كان من المجمع على فساده [108]

والزواج الباطل عند الحنفية، هو الذي حصـل خلل في ركنه، أو في شـرط من شـروط الانعقاد ، كما إذا صـدرت الصـيغة بلفظين، يعبر بهما عن المستقبل ، ولم تقم القرينة على إرادة إنشـاء العقد في الحال ، أو كان العاقد غير مميز أو كانت المرأة محرمة على الرجل تحريماً قطعياً، لا خلاف فيه لأحد من العلماء، و لا يشـــتبه الأمر فيه على عامة الناس، كالأم والأخت وغيرهما من المحارم ، والمرأة المتزوجة برجل آخر ، والمسلمة بالنسبة لغير المسلم ،وما شابه ذلك ، فالزواج في كل هذه الصور يكون باطلاً، لا يترتب عليه شـيء من الآثار، التي تترتب على الزواج الصـحيح ، فلا يحل الدخول بالمرأة ، ولا يجب به مهر، ولا نفقة، ولا طاعة ، ولا يثبت به توارث، ولا مصـــاهرة ، وتجب الحيلولة بين الرجل والمرأة، وعدم تمكينهما من الدخول ، فإن تفرقا اختياراً انتهى الأمر، و إلا فرق بينهما جبراً عنهما، فإن وقعت المعصية ودخل الرجل بالمرأة فلا يثبت به نســـب الولد، الذي يجيء من هذا الدخول ، ولا تجب على المرأة عدة

106 - بحث بإعداد ابراهيمي اسلام ، الفساد والبطلان في عقود الزواج ، 2017 م ، جامعة محمد خيضر ، ص 41-42.

107 - الفساد والبطلان في عقود الزواج ، مرجع سابق ، ص 43-44-45.

108 - وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ص 104 .

بعد التفريق ، ولا تجب به نفقة، ولا أي حق من حقوق الزوجية وواجباتها ، ولكن تثبت به حرمة المصاهرة لأن هذه الحرمة تثبت عند الاحناف بالزنا [109]

إذاً فجمهور الفقهاء يعتبرون الزواج باطلاً، في حال أختل فيه ركن، أو شـــرط ولا يهم أي شـــرط من شروط الصحة أو الانعقاد ، أما الحنفية فيبطلون العقد في حالة فقدانه للركن أو لشرط الانعقاد فقط.

- **حكم الزواج الباطل :**

إذا حصل خلل في صيغة العقد، كأن صدرت بلفظين يعبر بهما عن المستقبل، أو بما لا يدل على تمليك المتعة، لا حقيقة ولا مجازاً أو حصل خلل في أصل أهلية العاقد، لفقده التمييز، بسبب الجنون أو لصغر، أو فقد أي شـرط من شـرائط الانعقاد، كان الزواج باطلاً، ولا يترتب على هذا العقد أثر، ويعتبر وجوده كعدمه . فإن دخل الرجل بمن عقد عليها عقداً باطلاً، كان هذا الدخول بمنزلة الزنا، غير أن شـبهة العقد تسقط الحد [110].

حكم الزواج الباطل،هو التحريم وذلك رفعاً للمعصية ، فإن تم الفسخ فليس للمرأة شيء ، سواء أكان العقد متفقاً على فساده، أم مختلفاً في فساده ، لأن القاعدة الكلية تقول : (كل نكاح فسخ قبل الدخول فلا شيء فيه ، كان متفقاً على فساده أو مختلفاً فيه، وكان الفساد لعقده أو لصداقه) فليس الفسخ قبل الدخول مثل الطلاق قبل الدخول في الزواج الصحيح ، فلا شـيء من الصـداق بالفسـخ قبل الدخول ، إلا في نكاح الدرهمين ، أو ما قل عن الصداق الشرعي إذا امتنع الزوج من إتمامه ، ففسخ قبل الدخول ، ففيه نصفهما على قول ، وإلا في حال ادعاء الزوج الرضـاع مع المرأة ولم يدخل بها ، ففسـخ لإقراره بالرضـاع ، فيلزمه نصف المسمى، لاتهامه أنه قصد فراقها بلا شيء ، فإن دخل الرجل بالمرأة فسخ العقد .

الخلاصـة / تتمثل الحكمة من إبطال النكاح ،بإجماع الشـرائع المنزلة وتحريم الزواج من المذكورات، في عدة أمور منها، الفطرة الإنسـانية ، وما ثبت بالتجارب العلمية، التي أجريت في الحيوانات، أن التلاقح بين سلالة متحدة الأمومة ينتج نسلاً ضعيفاً، فقد قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه لآل السائب ، وقد رآهم يتزاوجون فيما بينهم " قد أضويتم ، فانكحوا في النوابغ " تعليل ذلك واضح ،فإن الاقبال على ذات القرابة القوية يطيح النسل [111]

---

109 - زكي الدين شعبان مرجع سابق ، ص 136.

110 - عبد الوهاب خلاف ، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية ، دار القلم للنشر الطبعة الثانية الكويت 1990 ، ص 39 .

111 - الامام محمد أبو زهرة ، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، الناشر دار الفكر العربي ، الطبعة الثالثة 1957 م ،ص108 .

من خلال ما سبق ذكره نلخص أن الشريعة الاسلامية حريصة على تنظيم عقد النكاح، وإبطال كل سعي في الوصـول إلى ارتكاب الفاحشـة عن طريقه ، إذ أن المسـاس بالأركان الأسـاسـية للعقد تجعله باطلاً بطلاناً مطلقا، لا إصـلاح فيه ، دون النظر إلى مدى الإرتباط بين الزوجين، ومدة العشرة ، فإذا تم النكاح بأحد المحرمات سواء كانت المؤبدة منها أو المؤقتة فالعقد باطل بإجماع أغلب التشريعات .

- **آثار العقد الباطل :**

جمهور الفقهاء لا يفرقون في عقد الزواج بين الباطل والفاسد، ويقولون إنه إذ اختل ركن من الاركان، أو شرط من الشروط، فإن عقد الزواج يكون غير صحيح . والعقد الغير صحيح يشمل الباطل والفاسد على حد سـواء ، لأن العقد إذا وقع غير صـحيح، سـواء كان ذلك لاختلال ركن من اركانه، أو شـرط من شـروطه،لا يرتب عليه مقتضـاه من الحل والنفقة والارث، وغير ذلك من أحكام العقد الصـحيح . وهذا على اختلاف الفقهاء في علة الفساد وقوتها .

ذهب بعض فقهاء الحنفية إلى التفرقة بين العقد الفاسـد، والعقد الباطل في الزواج ، كما أشـرنا ولا يظهر أثر هذه التفرقة إلا إذا حصـل دخول في أي منهما . فهم يسـاوون بينهما في عدم ترتب أي أثر من آثار الزواج الصحيح على أي منهما إذا لم يحصل دخول .اما إذا دخل الرجل بالمرأة فيترتب عليه من الآثار:-

- حرمة المصاهرة، وذلك لأن حرمة المصاهرة عند الحنفية تثبت بالزنا . فأولى إن تثبت بالدخول في الزواج الباطل .
- المهر أو الحد ، لأن كل وقاع في دار الاسـلام لا يخلو من عقر أو عُقر . الاول بفتح العين وهو الحد، والثاني بضم العين وهو المهر [112].

المطلب الثاني

العقد الباطل في القانون وآثاره

كما أشـرنا سـابقاً أن القانون لا يفرق بين عقد الزواج الفاسـد، وعقد الزواج الباطل، حيث نص في المادة السادسة عشر على أن : الزواج صحيح وفاسد .

أ- الزواج الصحيح ما توفرت شروطه وأركانه ، وتترتب عليه جميع أحكامه وآثاره منذ انعقاده .

ب- الزواج الفاسد ما اختل بعض شروطه وأركانه، ولا يترتب عليه أثر قبل الدخول ، ويترتب عليه بعد الدخول ما يلي :-

[112] - الدكتور سعيد الجليدي ،مرجع سابق ،ص140

1- الأقل من المهر المسمى ومهر المثل .
2- النسب وحرمة المصاهرة
3- العدة .
4- نفقة العدة مادامت المرأة جاهلة فساد العقد .

ولا أعتقد أن المشـــرع – في القانون رقم (10) لســـنة 1984 م ، بترتيب هذه الأثار على العقد المتفق على فساده، يكون قد يسر عسيراً ،أو حمى مصلحة تستحق الحماية . لأن تصور وقوع الدخول في العقد الباطل على ندرته . مع ما استقر من توثيق عقود الزواج، وقيام أناس مختصين بإجراءاتها، وعلم الكافة بمســائل الحلال والحرام، في هذا الموضــوع . لا يكون إلا مع شــبة قوية، أو مع إصــرار على ارتكاب المحظور ، فإن كانت الشــبهة القوية فهي كافية لتبرير ترتب هذه الأحكام ، وإن الإصــرار على ارتكاب المحظور ليس من الدين في شــيء، أن يعتد بفعل منتهك حرمات الدين، وحرمات المحارم، فيرتب عليها مثل هذه الآثار .

كما أنه ليس من المنطق المقبول أن تساوي بين الآثار المترتبة على الدخول في العقد المتفق على فساده ، والأثار المترتبة على الدخول في العقد المختلف في فســاده ، إذ أن الأول باطل عند الجميع بالاتفاق ، أما الثاني فيمكن أن يكون صحيحاً، ويبقى عليه أخذاً بقول من قال بصحته .

وليث المشــرع أخذ في هذا الموضــوع بالذات، بما كان قد أخذ به مشــروع ســنة 1972م ، حيث فصــل أحكامه تفصــيلاً دقيقاً وسـليماً، أرى من المهم عرضــها للموازنة واتمام الفائدة فقد نص في المواد (39-40-41) على ما يلي [113]:

مادة 39 – الزواج الباطل لا يرتب عليه شيء من آثار الزواج أصلا ، وإذا أعقبه دخول مع علم الطرفين بالحرمة وســببها كان في حكم الزنا المحض ، ولا يعتبر الجهل عذراً إذا كانت دعوى الجهل لا تقبل من أمثال مدعيه .

مادة 40 –يعتبر الزواج باطلاً فيما يلي :

أ- إذا حصل خلل في الصيغة، أو في أهلية العاقد، يمنع من انعقاد العقد .
ب- إذا كانت الزوجة من المحارم قرابة أو رضاعاً أو مصاهرة أو كانت زوجة الغير أو معتدته ، أو لا يحل الجمع بينها وبين من يكون في عصــمته من الأزواج ، أو كان الزوج غير مسـلم والمرأة مســلمة ، أو كان أحد الزوجين مرتداً، مع علم الطرفين بالتحريم، وســببه في كل ما ذكره . فلا

[113] المرجع السابق ص 145- 146 .

.

يثبت بذلك العقد نســـب ولا حرمة مصـــاهرة، ولا تجب عدة ولا مهر، ولا غير ذلك من أحكام الزواج.

مادة 41 – أ- كل زواج غير صـحيح سـوى المبين في المادة السـابقة يعتبر فاسـداً، تترتب على الدخول الحقيقي فيه الأحكام الآتية :-

1- وجوب الأقل من المسمى ومهر المثل عند التسمية ومهر المثل عند عدمها .
2- ثبوت النسب بشروطه ونتائجه المبينة في هذا القانون .
3- وجوب العدة عقب المفارقة قضاء أو رضاء وعقب الموت
4- حرمة المصاهرة

ب-وإذا لم يحصل دخول حقيقي لا يترتب عليه شيء من الآثار .

الخاتمة

نستنتج مما سبق أن القانون أخذ بنظرية الفساد في العقود التي جاء بها الفقه ، فيما يخص العقود الغير صحيحة ، لكنه لم يسر معه على إطلاقه ، ليميز مثلهم بين نوعى العقد الغير صحيح ، بل اعتبر أن كل العقود الغير صحيحة ترتب ذات الأثار بعد الدخول ، سواء كان الخلل في شروطها، أو في أركانها ، أي سواء كانت فاسدة أم باطلة . وهذا ما لم يقل به كل الفقهاء . سواء كانوا من الأحناف أو الجمهور، وكان ينبغي على القانون أن يميز بين العقد الفاسد، والعقد الباطل، ويفرد كل منهما باصطلاح، لاختلافهما من حيث الآثار .

ونلاحظ أيضاً أنه لم يفرق القانون بين الفاسد بسبب خلل في ركنه، والفاسد بسبب خلل في شرطه ، أو بين المتفق على فساده، والمختلف على فساده، في ترتيب الأثار التي ذكرناها عليه بعد الدخول ، في حين أن الفاسد بسبب خلل في الركن قد يكون غير منعقد أصلا، أو متفقا على ، وقد لا تصحب الدخول فيه أية شبهة من الشبه، التي سبق ذكرها ، كأن يكون أحد المتعاقدين فاقد الأهلية ، أو لا يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد، لا حقيقة ، ولا حكما ، فإن العقد في مثل هذه الحالات غير موجود أصلا، لاختلال ركنه ، وليس ثمة صورة عقد يمكن أن يورث شبهة ، فالدخول معتبر زنا ، ومن غير المعقول أن ترتب على الزنا مثل هذه الاثار المذكورة .

أما جمهور الفقهاء فقد أجمعوا بين العقد الباطل، والعقد الفاسد في معنى واحد، وجعلوا كل عقد يخالف التشريع باطل سواء كان ذلك العيب في أركانه أو في أوصافه، وهذا ما ذهب إليه كل من المالكية والشافعية والحنابلة .

ومما سبق ذكره نلخص إلى بعض التوصيات والنتائج :-

- أن القانون قسم عقود الزواج إلى نوعين عقود صحيحة وعقود فاسدة .
- تأثر المشرع بنظرية الفاسد عند الاحناف ولكن لم يكن على إطلاقه .
- لم يميز القانون بين العقود الغير الصحيحة و العقود الباطلة والعقود الفاسدة وهذا يعتبر قصور في القانون .
- ليت المشرع أخذ في هذا الموضوع بالذات، بما أخذ به المشروع سنة 1972م ، الذي فصل أحكام تقسيم العقود تفصيلا دقيقاً وسليماً .

وإجابة على إشكالية البحث فان تخلف أحد شروط عقد الزواج، يؤدي إلى فساد العقد، وتخلف أحد الاركان يؤدي إلى بطلانه .

قائمة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم
- الجصاص :محمد بن عبدالله ، المعروف بن على الرازي الجصاص ، أحكام القران ، درا الكتاب العربي بيروت طبعة مصورة عن الطبعة الاولى
- البخاري : محمد بن اسماعيل البخاري 1378 ه ، صحيح البخاري ، مطابع دار الشعب مصر.
- النووي : الامام ابي زكريا يحي بن شرف النووي ، صحيح مسلم ، دار الدعوة الاسلامية .
- الزاوي : ، الطاهر أحمد الزاوي ، مختار القاموس مرتب على طريقة مختار الصحاح والمصباح المنير ، الدار العربية للكتاب .
- الكتب الفقهية :-
- ابن الهمام : محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام ، شرح فتح القدير، وبهامشه شرح العناية على الهداية لمحمد بن محمود البابرتي ، وحاشية سعدي جلبي ، المكتبة التجارية مصر .
- الكاساني : ابوبكر الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ط 1 مصر .
- ابن رشد : محمد بن أحمد بن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، دار الفكر بيروت
- ابن القاسم : رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن ابن القاسم : مالك بن أنس ، المدونة الكبرى ، بيروت .
- الشربيني : محمد الشربيني الخطيب ، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، دار إحياء التراث العربي بيروت .
- ابن قدامه : عبدالله بن أحمد بن قدامة ، المغني على مختصر ابي القاسم عمر بن الحسين الخرقي، مكتبة الجمهورية العربية وكتبة الازهر مصر .
- الزحيلي: الدكتور وهبة الزحيلي ، ج8 ، الطبعة الثالثة 2012 م، موسوعة الفقه الاسلامي والقضايا المعاصرة، دار الفكر دمشق .
- الدراسات المعاصرة :
- عبد السلام العالم : عبد السلام محمد شريف العالم الطبعة الاولى 1990م ، قانون الزواج والطلاق رقم 10 لسنة 84 م وأسانيده ، منشورات جامعة قاريونس بنغازي .
- شعبان: ، زكي الدين شعبان الطبعة السادسة 1993 ، الاحكام الشرعية للأحوال الشخصية ، منشورات جامعة قاريونس بنغازي .

- ابو زهرة : محمد أبو زهرة ، ط3 1957 م الاحكام الشرعية للأحوال الشخصية دار الفكر العربي .
- الجليدي : سعيد محمد الجليدي كلية القانون جامعة ناصر 1998 م .، أحكام الاسرة في الزواج والطلاق وأثارهما .
- الجروشي : سليمان محمد الجروشي ، وسعد خليفة العبار ، ط3 2017 م ، شرح قانون الاحوال الشخصية الليبي ، جامعة البحر المتوسط بنغازي .

مشروع قانون رقم 176 لسنة 1972 بشان بعض حقوق المرأة في الزواج والتطليق للأضرار والخلع .