الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعـــة الـــوادي
كلية العلوم الاجتماعية
والإنسانية

قسم العلوم الإنسانية
شعبة العلوم الإسلامية

البطلان والفساد في عقد النكاح

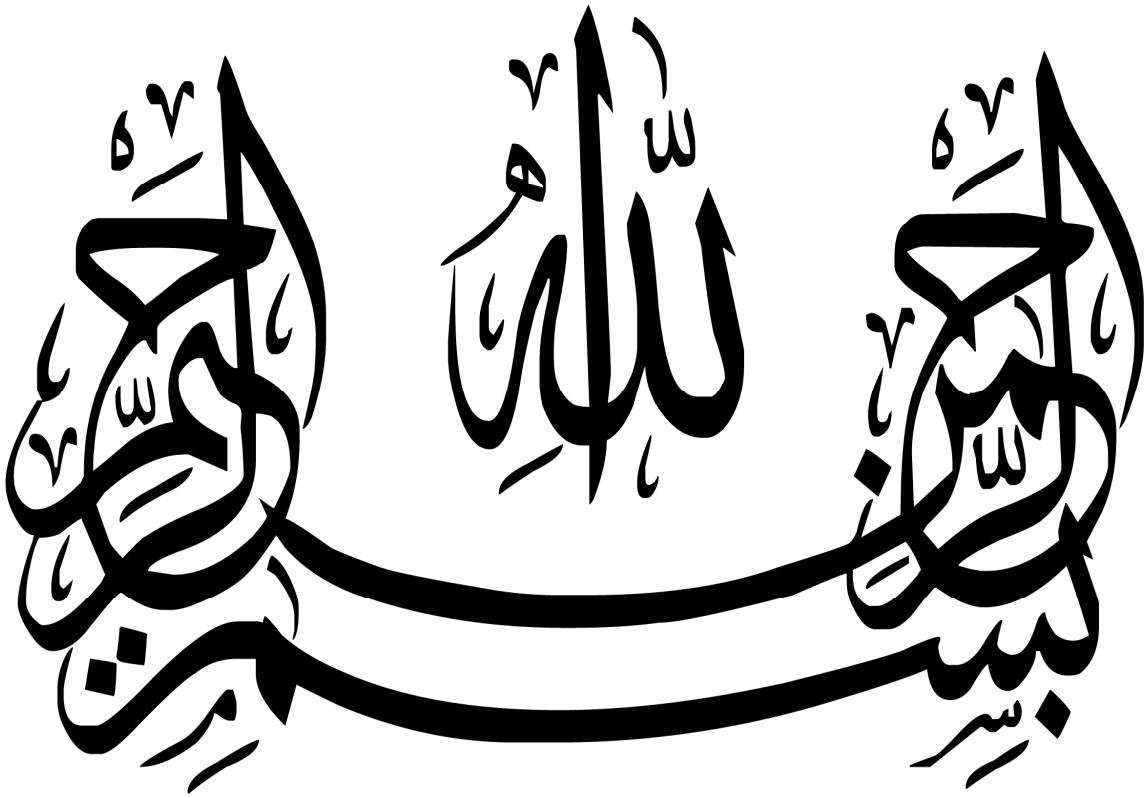
(دراسة فقهية مقارنة)

مذكرة مكملة لنيل شهادة الليسانس في العلوم الإسلامية
– تخصص فقه وأصوله –

إعداد الطالبات :
? ضاوية حمـــادي
? عفـــاف جريـــد
? نـــورة مازوزي

إشراف الأستاذ :
• محمد بجاق

السنة الجامعية : 2013 / 2014


بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

الحمد لله واسع العطاء والجود, الموجود قبل كل موجود

والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للوجود

إلى بحر الحنان ... ووادي الأمان ... ونعمة الرحمان

إلى أمهاتنا الكريمات, وآبائنا الكرام حفظهم الله وأطال

أعمارهم, وأدامهم تاجًا فوق رؤوسنا

إلى كل الأهل والأحباب القريب منهم والبعيد,

إلى جميع من قدم لنا يد المساعدة حتى نهاية بحثنا هذا

إلى كل محب في الله ...

إلى كل هؤلاء نهدي هذا البحث المتواضع

شكر وتقدير

الحمد لله المعطي المانع, والشكر له سبحانه

بأن تفضل علينا وأحاطنا بيد عنايته وتوفيقه في القدرة

على إنجاز هذا البحث ,إنه ولي ذلك والقادر عليه

ونوجه بالشكر الكبير والإمتنان الخالص

إلى أستاذنا الفاضل : "**محمد بجاق**" على تحمله مهمة الإشراف

على مذكرتنا , وصبره علينا ورعايته لنا, راجين من الله البارئ

أن يجازيه كل خير ويجعله في ميزان حسناته

كما نقدم بجزيل الشكر والعرفان والتقدير لكل من كانت له

بصمة ثابتة في انجاز هذه المذكرة من أساتذة ونخص بالذكر

كل من الأستاذين الفاضلين : "بوقطيط الأزهر وعمار غرايسة"

وإلى كل من ساعدنا وقدم لنا النصائح والإرشادات

وأخيرا نسأل الله تعالى أن يجعل هذا الجهد المتواضع

خالصًا لوجهه الكريم

مقدمة

إنّ الحمد لله نحمده ونستغفره ونستهديه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا من يهده الله فهو المهتدي ومن يضلل فلا هادي له، ونشهد أن لا إله إلاّ الله وحده لا شريك له، ونشهد أن محمد ﷺ عبده ورسوله، وبعد :

يعتبر عقد النكاح من أكثر العقود أهمية وحساسية، وذلك لتعلّقه بحياة الإنسان وسلوكياته حيث يضم ضوابط وشروط تحكم العلاقة الزوجية بين الرجل والمرأة فهو الأساس الذي ترتكز عليه أي أسرة، ذلك بأنّ الفقهاء ساهموا في جعله كذلك، وكما ذكرنا أنّ لهذا العقد ضوابط وشروط تحكمه بحيث إن حصل أي خلل فيها أدّى إلى حدوث زواج غير صحيح قد يكون فاسداً أمكن إدراكه، أو باطلاً يعجز عن إدراكه وتصحيحه وبالتالي تُفكّ العلاقة الزوجية .

من خلال اختلاف نظرة الفقهاء للعقد الفاسد والعقد الباطل ومحاولتهم التمييز بينهما هنا تبادر إلى أذهاننا مجموعة تساؤلات وهي :

- **ما مفهومي العقد الفاسد والعقد الباطل ؟ وما هو أساس التمييز بينهما ؟ و ما هو سبب الاختلاف ؟ وما هي آثار عقد النكاح الفاسد والباطل ؟**

دوافع اختيار الموضوع : من أهمها :

1- حبُّ الإطلاع على هذا الموضوع ولو من أضيق النوافذ.

2- لما يحوز عليه هذا الموضوع من مكانة كبيرة بالنسبة لبقية العقود.

3- التحصيل العلمي والمعرفي.

أهمية الموضوع :

تكمن أهمية هذا الموضوع في دراسة اختلاف وجهات نظر الفقهاء للزواج غير الصحيح, وهذا الأخير ينقسم إلى فاسد وباطل، والذي دفعنا إلى انجاز هذا البحث، كونه موضوعًا فقهيًّا يمسّ أهم جوانب الحياة البشرية إضافة إلى إرادتنا القوية للتعمّق في موضوع الفساد والبطلان ومحاولة التمييز بينهما، بالإضافة إلى رغبتنا في معرفة الآراء الفقهية فيه، فهذا الموضوع يعدّ من أكثر المواضيع الفقهية ثراء من حيث آراء الفقهاء فيه.

أهداف الموضوع :

نهدف من خلال إعدادنا لهذا المشروع الصغير إلى محاولة رسم معالم واضحة حول الفساد والبطلان في عقد النكاح والتمييز بينهما بالإضافة إلى الخروج بحل يفضي إلى آثار ومآل الزواج غير الصحيح في فقهنا الإسلامي ومحاولة تبسيط الموضوع ليفهمه جميع الطلبة.

الدراسات السابقة في الموضوع :

نظراً للأهمية التي يحظى بها موضوع الفساد والبطلان في عقد الزواج فقد تمّت دراسته من عدّة جوانب، فهناك من قام بدراسته من جانب قانوني بحت، بينما هناك من قام بدراسته دراسة قانونية مقارنة بالشريعة الإسلامية، حيث قدّمها بوكان أبو بكر للحصول على ماجستير في القانون الخاص من جامعة السليمانية تحت عنوان الفساد والبطلان في عقد الزواج دراسة قانونية مقارنة للشريعة وقد تمّ تقدير جهوده بأن طبعت رسالته على شكل كتاب لتصبح هي الأخرى مرجعاً في الموضوع، إضافة إلى دراسة الموضوع من جانب أصولي حيث قدّم موضوع الفساد والبطلان ضابطهما وتطبيقاتها لنيل شهادة الدكتوراه من جامعة أمّ القرى فرع فقه وأصوله من طرف محمّد بن سليمان بن عثمان المنعي وما نأمل نحن أن تصبح دراستنا مرجعاً يستند عليه كل من حاول دراسة الموضوع من جوانب أخرى بما أنّ دراستنا له كانت دراسة فقهية بحتة.

المنهج المتّبع :

لقد اعتمدنا على المنهج الوصفي في عرضنا للمفاهيم الأساسية المتعلّقة بعقد النكاح، بالإضافة إلى إتباعنا المنهج التحليلي الذي كان في عرضنا للآراء الفقهية وتحليلها والترجيح بينها.

منهجية البحث : اتبعنا المنهجية التالية :

1- القرآن الكريم كان برواية ورش عن نافع.

2- تخريج الأحاديث في الهامش.

3- نسبة الأقوال إلى أصحابها بدون تغيير.

4- الإشارة إلى الطبعة بـــ: ط، والتاريخ بـــ: ت، والصفحة أحيانا بـــ: ص والمكان بـــ: م.

5-شرح بعض المفاهيم الصعبة.

صعوبات البحث : من أهم الصعوبات التي واجهتنا فيه هي :

1- صعوبة التواصل مع الأستاذ لأنّه تزامن والحصص التطبيقية.

2- ونظرًا للضغط الذي تزامن مع غيره من البحوث.

3- عدم توفر المراجع في بعض الجزئيات الفرعية.

خطة العمل :

اقتضت دراستنا لموضوع الفساد والبطلان في عقد النكاح على مقدّمة تناولنا فيها مدخل للموضوع مع طرح الإشكال، ثمّ قسمنا بحثنا إلى فصلين وكل فصل يحتوي على مبحثين وكل مبحث يتضمّن مطلبين وكل مطلب به فرعين، بحيث تكلّمنا في الفصل الأول عن المفاهيم الأساسية المتعلّقة بالموضوع، ويندرج تحته المبحث الأول تحت عنوان مفهوم عقد النكاح وأحكامه، الذي يتضمّن مطلبين؛ الأول مفهوم عقد النكاح وأركانه، والثاني شروط عقد النكاح، أمّا بالنسبة للمبحث الثاني فهو تحت عنوان ماهية البطلان والفساد والتمييز بينهما والذي يحتوي على مطلبين؛ الأول ماهية البطلان والفساد في العقود، والثاني أساس التمييز بين البطلان والفساد، في حين تحدّثنا في الفصل الثاني عن موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من عقود النكاح غير الصحيح وآثارها، حيث اندرج تحته المبحث الأول بعنوان فساد وبطلان عقد الزواج عند الفقهاء، الذي يتضمّن مطلبين؛ الأول بطلان عقد النكاح عند جمهور الفقهاء، وفيه ثلاثة فروع الأول فساد وببطلان النكاح عند المالكية والثاني عند الشافعية والثالث عند الحنابلة، أمّا بالنسبة للمبحث الثاني فهو تحت عنوان آثار عقد الزواج غير الصحيح والذي يحتوي على مطلبين؛ الأول الآثار غير المالية لعقد النكاح غير الصحيح، والثاني الآثار المالية له.

الفصل الأول

مفاهيم أساسية

المبحث الأول : مفهوم عقد النكاح أركانه وشروطه

المطلب الأول : مفهوم عقد النكاح وأركانه

المطلب الثاني : شروط عقد النكاح

المبحث الثاني : ماهية البطلان والفساد والتمييز بينهما

المطلب الأول : ماهية البطلان والفساد في العقود

المطلب الثاني : التمييز بين البطلان والفساد وأساسه

تمهيد :

يعتبر عقد الزواج من أهم العقود في الفقه الإسلامي، وذلك لانبناء المجتمع على أساسه. وهذا العقد لا يخلو من أمرين اثنين إما أن يكون صحيحًا وأما أن يكون فاسدا أو باطلا. وهناك اختلاف كبير بين الفقهاء في هذا الموضوع ونحن في هذا الفصل سنحاول التطرق الى تعريف بعض المفاهيم والمصطلحات المتعلقة بعقد الزواج من جهة إضافة إلى بيان شروطه وأركانه حتى تتضح الصورة حول عقد الزواج عند الفقهاء كل هذا في المبحث الأول. وفي المبحث الثاني سنتطرق إلى تعريف الفساد والبطلان إضافة الى الاختلاف بين الفقهاء بين الفساد والبطلان وبيان أساس هذا الاختلاف.

المبحث الأول : مفهوم عقد النكاح أركانه وشروطه

المطلب الأول : مفهوم عقد النكاح وأركانه

الفرع الأول : مفهوم عقد النكاح

تعريف العقد :

العقد لغة : نقيض الحل والجمع عقد، وخيوط معقدة. ويقال عقدت الحبل فهو معقود، وكذلك العقد ومنه عقدة النكاح. والعقد عقد الحبل انعقادًا والعقد قلادة، والعقد الخيط الذي ينظم فيه الخرز وجمعه عقود. (ج) عقود[1]. وصيغ العقود جمل ينشأ بها العقد كقولهم زوجتك وبعتك.[2]

العقد اصطلاحًا : هو ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعًا[3].

تعريف النكاح :

النكاح لغة : نكحت المرأة نكاحًا، تزوجت فهي ناكح وناكحة، والمرأة تزوجها. ويقال نكح المطر الأرض، اختلط في ثراها واعتمد عليها. والدواء فلانا: أي خامره وغلبه. ويقال نكح النعاس عينيه أي غلبه عليهما. أنكح المرأة زوجها وأنكح فلانًا المرأة زوجه إياها. تناكح القوم: تزاوجوا، فالأشجار: انضم بعضها إلى بعض. الناكح: المتزوج[4].

النكاح اصطلاحًا : هو عقد يرد على تمليك منفعة البضع قصدًا. وفي القيد الأخير احترازًا عن البيع ونحوه لأنّ المقصود فيه تمليك الرقبة، وملك المنفعة داخل فيه ضمنًا[5].

النكاح شرعًا : عقد بين الزوجين يحل به الوطء [6].

النكاح عند الفقهاء :

- **الحنفية :** هو حقيقة في الوطء مجاز في العقد[7].
- **الجمهور :** هو حقيقة في العقد مجاز في الوطء وهو الراجح لكثرة وروده في الكتاب والسنة[8].

---

1 ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، د. ط، د. ت، 295/03.

2 مجمع اللغة العربية، معجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية و مصر، ط :04، 2004 م، ص 614.

3 الجرجاني، التعريفات، مكتبة لبنان، بيروت، د.ط، 1985 م، ص 158.

4 مجمع اللغة العربية، مرجع سابق، ص 951.

5 الجرجاني، مرجع سابق، ص 266.

6 المرجع نفسه، ص 266.

7 عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، الأردن، ط: 01، 1997 م، ص 10.

8 المرجع نفسه، ص 11 وما بعدها.

عقد النكاح عند الفقهاء :

- **الحنفية :** عقد يفيد ملك المنفعة قصدًا[1].
- **المالكية :** هو عقد بين الرجل والمرأة يبيح استمتاع كل منهما بالأخر ويبين مل لكل منهما من حقوق وما عليه من واجبات ويقصد به حفظ النوع الإنساني[2].
- **الشافعية :** عقد يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالأخر على وجه مخصوص[3].
- **الحنابلة :** عقد بين رجل وامرأة تحل له، يبيح استمتاع كل منهما بالآخر شرعا[4].

الفرع الثاني : أركان عقد النكاح

1- تعريف الركن :

أ- لغويًّا : هو أحد الجوانب التي يستند إليها الشيء ويقوم بها وجزء من أجزاء حقيقة الشيء[5].

ب- اصطلاحًا : ما يتم به الشيء وهو داخل فيه بخلاف شرطه فهو خارج عنه[6].

ج- أصوليًّا : هو الداخل في حقيقة الشيء المحقق لماهيته. وقيل ما يتم به الشيء وهو داخل فيه[7].

لعقد النكاح ركنان أساسيان يتمثلان في :

أولاً : الإيجاب

وهو إيقاع النسبة، وفي البيع ما ذكر أولاً من قوله بعت واشتريت، وهو اللفظ الصادر من الولي أو من يقوم مقامه بلفظ الإنكاح أو تزويج ممن يحسن العربية لأنهما اللفظان الوارد بهما القران[8].

---

[1] الكاساني، بدائع الضائع، تحقيق : محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 02، 2003 م, 309/03.

[2] الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة الريان، د. م، د. ط، د. ت، 491/02.

[3] يحي العمراني الشافعي، البيان في مذهب الشافعي، دار المنهاج، د. م، د. ط، د. ت، 105/09.

[4] محمد سليمان الأشقر، المجلى في الفقه الحنبلي، دار القلم، دمشق، ط : 01، 1988 م، 415/01.

[5] مجمع اللغة العربية، مرجع سابق، ص 370.

[6] الجرجاني، مرجع سابق، ص 117.

[7] عبد الكريم النملة، المهذب في علم أصول الفقه المقرن، مكتبة الرشيد، الرياض، ط: 01, 1999 م، 433/01.

[8] الجرجاني، مرجع سابق، ص 42.

ثانيًا : القبول

وهو اللفظ الصادر من الزوج أو من يقوم مقامه بلفظ قبلت أو رضيت هذا النكاح. أو قبلت فقط[1]. فالزواج ينعقد بكل لفظ يفيد الرضا والموافقة مثل وافقت ونفذت[2].

مسألة انعقاد الزواج بغير لفظي التزويج والإنكاح :

لا خلاف بين الفقهاء في أن الايجاب والقبول في عقد النكاح يصح أن يكون بلفظ التزويج او بلفظ الانكاح، وينعقد النكاح بهما لورود هذين اللفظين في القران الكريم [3] لقوله تعالى: ﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا﴾ [4]، وقوله: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آَبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [5]. وسواء اتفقا العاقدان في استعمال واحد من هذين اللفظين أو اختلفا مثل ان يقول ولي الامر للخاطب: زوجتك ابنتي هذه، فيقول: قبلت هذا النكاح أو قبلت هذا التزويج[6]. ولا خلاف أيضا في صحة الإيجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي مثل زوجت وتزوجت مثل قول الأب للخاطب: زوجتك ابنتي، فيقول الخاطب : قبلت التزويج، وإنما اختير لفظ الماضي لدلالته على التحقيق والثبوت دون الموضوع للمستقبل، ويصح أن يكون الإيجاب والقبول بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضي وبالأخر عن المستقبل أو للحال. وأيضًا يجوز أن يكون الإيجاب والقبول بالإشارة المفهومة من الأخرس لعجزه عن النطق، وفهم الشهود في النكاح لإشارة الأخرس ضرورية أيضًا، فإن لم تكن مفهومة أصلاً لا للعاقد ولا للشهود فلا تصلح هذه الإشارة أن تكون إيجابًا أو قبولاً وبالتالي لا ينعقد بهما النكاح[7]. واختلف الفقهاء في صحة الايجاب والقبول بغير لفظي الانكاح والتزويج على اقوال نوجزها فيما يلي :

---

[1] إبراهيم ضويان، منار السبيل في شرح الدليل, تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، د. م، ط : 05، د. ت، 146/02.

[2] عبد الحميد كشك، الإسلام وقضايا الأسرة، المكتبة التوفيقية، د. م، د. ط، د.ت، ص 39.

[3] عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط: 01، د. ت، 81/06.

[4] الأحزاب الآية [37].

[5] النساء الآية [22].

[6] عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مرجع سابق، ص 81.

[7] المرجع نفسه، ص 87 وما بعدها.

❖ **القول الأول : الحنفية**

يصح الإيجاب والقبول وينعقد عقد النكاح بهما بكل ما يفيد التملك من الألفاظ مثل لفظ البيع، الهبة، الصدقة والتمليك. وهو مذهب الزيدية. وحجتهم في ذلك أنه انعقد نكاح رسول الله بلفظ الهبة فينعقد به نكاح أمته[1].

❖ **القول الثاني : المالكية**

عندهم الألفاظ من جهة انعقاد النكاح أربعة أقسام :

الأول يصح بها الإيجاب والقبول وينعقد بها النكاح مطلقاً سواء سمي معها مهر أم لا، وهي الإنكاح والتزويج. والثاني ألفاظ يصح بها الإيجاب والقبول وينعقد بها النكاح إن ذكر المهر وهي لفظة وهبت. والثالث مافي صحة الإيجاب والقبول به خلاف وهو كل لفظ يقتضي البقاء مدى الحياة، كبعت أو ملكت فبعض المالكية جعلها مثل وهبت وبعضهم لم يجعلها بمنزلة وهبت، فلا ينعقد بها النكاح. أمّا الرابع هو مالا ينعقد به النكاح مطلقا ولا يصلح أن يعبر به عن الإيجاب أو القبول وهو كل لفظ لا يقتضي البقاء مدة الحياة كلفظ الإجارة والعارية[2].

❖ **القول الثالث : الشافعية والحنابلة**

لا يصح الإيجاب والقبول بغير لفظي الإنكاح والتزويج، وبهذا قال سعيد ابن المسيب وعطاء الزهري وربيعة والحجة هنا هي أن الالفاظ الاخرى غير لفظي الزواج والنكاح وما اشتق منهما ليست صريحة في دلالتها على الزواج والنكاح فهي من قبيل ألفاظ الكنايات فلا يصح بها الإيجاب والقبول ولا ينعقد بها النكاح، لأن الشهادة شرط في صحة النكاح، والكناية إنما تعلم بالنية ولا يمكن الشهادة على النية لعدم إطلاع الشهود عليها[3].

❖ **القول الرابع : الظاهرية**

ذهبوا إلى جواز الإيجاب والقبول في عقد النكاح بلفظ التمليك إضافة إلى لفظي الزواج والإنكاح لورود لفظ التمليك في أحاديث نبوية[4].

---

[1] عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مرجع سابق، ص 84.

[2] المرجع نفسه، ص 83.

[3] المرجع نفسه، ص 82.

[4] المرجع نفسه، ص 83.

المطلب الثاني : شروط عقد النكاح

تعريف الشرط :

أ- **لغة :** ما يوضع ليلتزم به في البيع ونحوه، العلامة (جمع أشراط)، والشرطان هما النجمان يقال لهما قرنا الحمل يظهران في أول الربيع[1].

ب- اصطلاحًا : تعليق الشيء بشيء آخر، بحيث إذا وجد الأول وجد الثاني وقيل الشرط هو ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجا عن ماهيته ولا يكون مؤثرًا في وجوده. وقيل الشرط ما يتوقف ثبوت الحكم عليه[2].

ج- أصوليًا : ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته[3].

الفرع الأول : شروط الانعقاد في النكاح

شروط الانعقاد هي التي يجب تحقيقها عند انشاء كل عقد وهي كالآتي :

أ- أن لا يكون احد العاقدين فاقد الاهلية، فإن كان احد العاقدين كذلك فعبارته ملغاة لا اثر لها ولا ارتباط ينشأ بوجودها، وناقص الاهلية يصح عقده للزواج بالنيابة عن غيره وعقده الزواج لنفسه موقوف على اجازة من له حق الإجازة وكامل الاهلية يصح عقد زواجه، إذ لا حجر عليه في الزواج[4].

ب- أن يكون الايجاب والقبول في مجلس واحد. فلو تفرقت المجالس بعد الايجاب وقبل القبول بطل الايجاب[5].

ج- ألا يرجع الموجب في ايجابه قبل قبول الآخر لأنّه أن رجع الموجب في ايجابه قبل القبول، الغى الايجاب. فإذا جاء القبول بعد ذلك فقد جاء على غير ايجاب ويجوز للموجب الرجوع في الايجاب، مادام لم يرتبط بقبول لأنّ الالتزام لا يتم قبل الارتباط بين ركني العقد وهما الايجاب والقبول. وإذا لم يتم الالتزام فلا الزام لأحد فللموجب أن يرجع.

د- أن لا يصدر عن العاقد الثاني بعد الايجاب ما يدل على الإعراض فأن الفصل بكلام أجنبي إعراض عن الايجاب ورفض له . فان قبل بعد ذلك فقد ورد القبول على غير

---

[1] مجمع اللغة العربية، مرجع سابق, ص 479.

[2] الجرجاني، مرجع سابق، ص 131.

[3] عبد الكريم النملة، مرجع سابق، ص 433.

[4] محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، د. م، د. ط، د. ت، ص 77.

[5] المرجع نفسه، ص 77.

ايجاب فلا يلتفت إليه. هذا ويلاحظ أنّ الايجاب إن كان برسالة رسول أو بكتاب مكتوب فالقبول مقيد بمجلس تبليغ الرسالة أو وصول الكتاب فإن انفصلا عن المجلس من غير قبول فلا يعتبر قبوله بعد ذلك[1].

الفرع الثاني : شروط الصحة في النكاح

تعريف الصحة :

أ– لغة : الصاد والحاء أصل يدل على البراءة من المرض والعيب ومن ذلك الصحة : ذهاب السقم . والبراءة من كل عيب[2].

ب– أصوليًا : هي موافقة النعل ذي الوجهين لأمر الشارع[3].

والمقصود بالوجهين موافقة الشرع ومخالفته، ومعناه واضح هو أن الصحة هي صفة للفعل الذي يقع موافق للشرع، نظرًا لاستجماعه ما يعتبر فيه شرعًا من الشروط والأركان وانتفاء الموانع[4].

وشروط الصحة هي التي لا يصح النكاح ألا بها وإن اختل شرط من هذه الشروط فسد عقد النكاح أو بطل تبعا للمذاهب :

أولاً : أن تكون المرأة محلا للنكاح : ومعناه ألا تكون المرأة معدمة على من يريد نكاحها سواء كان بسبب التحريم، القرابة، الرضاع، أو المصاهرة، وسواء كان التحريم مؤقتا كالجمع بين الأختين أو كان التحريم مؤبد كحرمة نكاح الأمهات[5].

ثانيًا : أن لا يكون الرجل أو المرأة أو من ينوب عنهما محرما عند الجمهور ويشترط أن لا يكون الرجل أو المرأة كلاهما أو إحداهما في حالة احرام بحج أو عمرة فإن كان أحدهما أو كلاهما محرمين او كان الوكيل لها أو لأحدهما محرمًا وعقد هؤلاء عقد النكاح لم يصح العقد, وقد خالفهم في ذلك الحنفية فقد قالوا يجوز للمحرم والمحرمة أن يعقد النكاح وهما في حالة احرام كما يجوز للولي المحرم تزويج موليته[6].

---

[1] محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 77 وما بعدها

[2] أحمد أبو فارس بن زكريا، مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام هارون، دار الفكر ,د. م، د. ط، د. ت، 281/03.

[3] عبد الكريم النملة، مرجع سابق، ص 403.

[4] المرجع نفسه، ص 404.

[5] عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت، مرجع سابق، ص 102.

[6] المرجع نفسه، ص 102.

ثالثًا : تأبيد الزواج

أي أن تكون صيغة الإيجاب والقبول مؤيدة غير مؤقتة [1], فلا يصح عقد النكاح إذا كان مؤقتا[2].

رابعًا : الشهادة على عقد النكاح

اتفق أئمة المذاهب الأربعة على اشتراط الشهادة لصحة عقد الزواج لقوله ﷺ : (لا نكاح إلاّ بولي وشاهدي عدل)[3] ويشترط في الشهود العقل, البلوغ, التعدد والذكورة عند الجمهور غير الحنفية والحرية والعدالة والإسلام والبصر في رأي الشافعية وسماع الشهود كلام العاقدين وفهم المراد منه في رأي أكثر الفقهاء[4].

خامسًا : الرضا

الرضى مصدر راضى والاسم من رضى, وهو عند المعتزلة الإرادة، وعند الأشاعرة ترك الاعتراض[5].

يشترط في النكاح رضى الزوجين لقول النبي ﷺ : (لا تنكح الأيم حتى تُستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن، قالوا: يا رسول الله وكيف إذنها ؟ قال: أن تسكت)[6]. ووجه الدلالة, دل الحديث على أنّه لا يجوز للولي أن يزوج المرأة التي تحت ولايته إلاّ بإذنها سواءا كانت بكرًا ولا ثيّبا، فإن كانت ثيبا عبرت عن رضاها بصريح القول ,كأنها تأمر وليها بتزويجها منه, لأن قوله صلى الله عليه وسلم : تستأ مر ... معناه حتى يؤخذ أمرها وإن كانت بكرًا فإنها تستأذن بكل ما يدل على رضاها ولو بالسكوت لاستحيائها[7].

---

[1] وهبة الزحيلي، الوجيز في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ط: 01، 2006م, 35/03.

[2] عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مرجع سابق، ص 104.

[3] ابو داوود سليمان، سنن أبي داوود، كتاب النكاح، باب الولي، رقم: 2087، 191/02.

[4] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 38.

[5] المعلم بطرس البستاني، محيط المحيط، مكتبة لبنان، بيروت، د.ط، 1987م، ص 338.

[6] مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح والبكر بالسكوت، رقم 1419، ص 1036.

[7] حمزة محمد قاسم، منار القارئ شرح مختصر صحيح البخاري، دار البيان، دمشق، د.ط، 1990م، 114/05 وما بعدها.

سادسًا : تعيين الزوجين

اشترط الشافعية والحنابلة أن يكون الزوجان معنيين لأن المقصود في النكاح أعيانهما أو التعيين وفلم يصح النكاح دون تعيينهما[1].

فإذا قال لك زوجتك ابنتي وله بنات لم يصح حتى يشير إليها، أو يسميها، أو بصفتها بما تتميز به، وإن لم يكن له إلاّ ابنة واحدة صح النكاح[2].

سابعًا : الكفاءة في الزواج

الكفاءة : هي المماثلة في القوة والشرف, وفي الزواج أن يكون الرجل مساويا للمرأة في حبسها ودينها[3].

فمن شروط النكاح أن يكون الزوج كفؤ للمرأة التي يتزوجها، وهو شرط مختلف فيه[4].

ثامنًا : عدم التواطؤ على كتمان الزواج

هو شرط عند المالكية، فإن تواطأ الزوج والشهود على كتمان الزواج عن الناس أو عن جماعة، بطل الزواج وهو نكاح السر وهو ما أوصى فيه الزوج الشهود بكتمه عن جماعة، أو أهل المنزل أو زوجة قديمة إذا لم يكن الكتم خوفا من ظالم يجب فسخه حتى وإن دخل بالمرأة[5].

تاسعًا : المهر (الصداق)

تعريف المهر :

أ- لغة : هو صداق المرأة :ما يدفعه الزوج إلى زوجته بعقد الزواج[6].

ب- عند الفقهاء :

- **عند الحنفية :** هو مال زائد وجب للزوجة بإزاء احتباسها عنده بمنزلة النفقة[7].
- **عند المالكية :** المال الملتزم للخطوبة لملك عصمتها[8].

---

[1] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 40.

[2] زيد الدين المنجي، الممتع في شرح المقنع، تحقيق: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، مكتبة الأسدي، مكة المكرمة، ط: 03، 2003 م، 551/03.

[3] مجمع اللغة العربية، مرجع سابق، ص 791.

[4] عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مرجع سابق، ص 104.

[5] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 41.

[6] مجمع اللغة العربية، مرجع سابق، ص 889.

[7] شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، د.ط، د.ت، 62/05 وما بعدها.

[8] محمد بن احمد المالكي، منح الجليل شرح مختصر الخليل، دار الفكر، بيروت، د.ط، 1989 م، 4015/03.

هذا مما اشترطه المالكية فإن لم يذكر حال العقد فلا بد من ذكره الدخول أو يتقرر صداق المثل بالدخول، فلو تزوج رجل امرأة وتراضيا على الزواج بدون مهر أو ذكرًا شيء لا يصلح مهرًا كالخمر والخنزير فلا يصح الزواج ويجب نسخه قبل الدخول[1].

- **عند الشافعية** : ما وجب بنكاح أو وطء أو تفويت بضع قهرًا كرضاع ورجوع شهود[2].
- **عند الحنابلة** : هو العوض في النكاح ونحوه[3].

عاشرًا : الولي

الولي : هو من يتولى العقد نيابة عن الزوجة لكونه أباها أو وصيًّا عليها أو كافلاً لها أو قريبًا عاصبًا و أو رجلاً من عامة المسلمين حاكمًا[4].

وهو شرط عند الجمهور غير الحنفية فلا يصح الزواج إلاّ بولي، لقوله تعالى : ﴿فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن﴾[5].

وجه الدلالة : يعني بقوله " فلا تعضلوهن" فلا تضيّقوا عليهن بمنعكم إيّاهن أيُّها الأولياء من مراجعة أزواجهن بنكاح جديد، تبتغون بذلك مضارتهن[6]. ولقوله ﷺ:(لا نكاح إلاّ بولي)[7], فإن زوجت المرأة نفساها فنكاحها باطل وقد ذهب إلى ذلك جماهير السلف والخلف منهم عمر وعلي وابن مسعود وابن زهرة وعائشة ومالك والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو عبيد والثوري وأهل الظاهر[8]. في حين ذهب أبو حنيفة إلى اشتراط الولي في النكاح إذا كان المولى صغيرًا أو صغيرة أو مجنونًا سواء كانت الصغيرة بكرًا أم ثيبًا، والولاية على الحرة الكبيرة البالغة عنده: هي ولاية ندب واستحباب، لا ولاية حتم واجبار. فإذا زوجت نفسها رجلا انعقد النكاح سواءا أكان كفأ أم غير كفء، رضي الأولياء أم لم

[1] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 40 وما بعدها.

[2] الشربيني، مغني المحتاج، دار المعرفة، بيروت، ط:01، 1997م، 291/03.

[3] منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، د.ن، د.م، د.ط، 2003م، ص 2485.

[4] الغرياني، مرجع سابق، ص 556.

[5] البقرة الآية [232].

[6] الآمدي، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق : احمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، د. م، ط: 01، 2000م، 24/05.

[7] أبو داوود سليمان، سنن أبي داوود، كتاب النكاح، باب الولي، رقم 2087، 191/02.

[8] الغرياني، مرجع سابق، ص 151.

يرضوا إلاّ أن الأولياء لهم حق الاعتراض إذا لم يكن الزوج كفأ، أو كان المهر أقل مما يستحقه مثلها. وهذا مذهب زفر الشعبي والزهري[1].

أدلتهم هي :

من القرآن الكريم، قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [2]، ووجه الاستدلال بالآية أنه أضاف النكاح إليهن فدل على جواز النكاح بعبارتهن من غير شرط الولي.

ومن السنة، قوله ﷺ: (الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وأذنها صماتها)[3]، وهذا الحديث لا يعارض النصوص الدالة على اشتراط الولاية, غاية ما يدل عليه أن للولي حق في تزويج الثيب، وللثيب حق تزويج نفسها وحقها أرجح من حقه، وهذا ما تدل عليه صيغة التفضيل، ولما كان حقها بهذه المثابة لم يجز تزويجها بدون استئمارها وتصريحها بالموافقة، أمّا البكر فحق الولي أعظم من حقها، ولذا اكتفى بصمتها، واحتجوا أيضًا بفعل عائشة فقد زوجت بنت أخيها عبد الرحمان ابن المنذر ابن الزبير[4].

[1] عمر سليمان الأشقر وآخرون، مسائل في الفقه المقارن، دار النفائس، الأردن، ط: 02، 1997 م، ص 171.

[2] البقرة الآية [232].

[3] مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، رقم 1421، 1037.

[4] عمر سليمان الأشقر وآخرون، مرجع سابق، ص 175.

المبحث الثاني : ماهية البطلان والفساد والتمييز بينهما

المطلب الأول : ماهية البطلان والفساد في العقود

الفرع الأول : ماهية البطلان في العقود

أولاً : تعريف البطلان

أ- لغة : بطل الشيء بطلاً بطلانًا أي ذهب ضياعًا. ويقال بطل الشيء أي سقط حكمه. وبطل البيع وبطل الدليل فهو باطل، وذهب دمه بطلا أي قتل ولم يؤخذ ثأر ولاية[1]. بطل وهو ذهاب الشيء وقلة مكثه ولبثه ووسمي الشيطان الباطل لأنّه لا حقيقة لأفعاله[2]، وفي قوله تعالى: ﴿وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾ [3]، بمعنى بطل العامل، أي عطله والعمل قطعه[4].

ب- اصطلاحا : معناه وقوع غير كاف لإسقاط القضاء[5].

ج- عند الفقهاء :

- **عند الحنفية :** هو كون الفعل لا يوصل إلى المقصود الدنيوي أصلا، ويسمى الفعل باطلا، وهو مالا يكون مشروعا بأصله ولا بوصفه [6].
- **عند الجمهور :** هو كل ما ليس بصحيح، وهو يشمل الفاسد والباطل عند الحنفية[7].

د- تعريف مصطفى الزرقا : هو عدم اكتساب التصرف وجوده الاعتباري وأثاره في نظر الشارع[8]. وأن حطم الباطل لا يجب قضاؤه ولا يمضي بخلاف الفاسد[9].

ثانيًا : أقسام البطلان

قسم ابن القاص في كتابه "أدب الجدل" الباطل إلى خمسة أقسام :

الإحالة، المناقضة، الفحش والغلط, قال: وهذه الأربعة خارجة عن الأصول فمن صار إليها فهو منقطع، والخامس يسمى الخطأ، فعليه تدور المناظرات، وإليه بقصد

---

[1] مجمع اللغة العربية، مرجع سابق، ص 61.

[2] أحمد بن فارس بن زكريا، مرجع سابق، ص 258.

[3] محمد الآية [33].

[4] مجمع اللغة العربية، مرجع سابق، ص 61.

[5] الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الصفوة، الغردقة، ط: 01، 1992م، ص 320.

[6] محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، دار السامية، بيروت، ط: 01، 1993م، ص 83.

[7] محمد الزحيلي، مرجع سابق، ص 83.

[8] مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط: 01، 1992 م، 703/01.

[9] الزركشي، مرجع سابق، ص 322.

بالمطالبات. قال: فالإحالة: ما دفعه الحس، والمناقضة: ما شهد على نفسه بالاختلاف، والفحش: ما يستقبحه العقل، والغلط: ما طرحه المسلمون، والخطأ: كل ملتبس قام على فساده دليل[1].

ثالثًا : خصائص البطلان

للبطلان خصائص عدة نوجزها فيما يأتي :

1. بطلان الشيء يستلزم بطلان مافي ضمنه و بطلان ما بني عليه :

وعلى هذا قرر الفقهاء أن الإنسان إذا باع شيئا بيعًا باطلاً، واشتمل البيع على شروط وحدد فيه الثمن، بطلت مع البيع الشروط التي اشترطها العاقدان فلا تلزمهما، وبطلت أيضًا تسمية الثمن المسمى، وهذا مثال لبطلان ما تضمنه الباطل. وإذا جرى التقابض بين الطرفين في المبيع والثمن على سبيل التنفيذ لهذا البيع الباطل لا يعتبر هذا التقابض بيعا بالتعاطي، لأنّه إنما قصد به الطرفان البناء لى العقد الباطل، فيكون باطلا أيضا ويبقى ما قبضه كل منهما ملكًا لصاحبه، وهذا مثال لبطلان ما بني على الباطل[2].

2. بطل التصرف الفعلي لزم نقضه وإعادة الأوضاع إلى سابق عهدها قبل التصرف :

وذلك لأن التصرف الفعلي يحدث أثرا ماديا على كل حال، وبناء على ذلك لو تقابض المتبايعان المبيع والثمن في البيع الباطل يلتزم كل قابض برد قبضه، لبطلان القبض المبني على عقد باطل[3].

3. عقد الباطل لا يقبل الإجازة :

الاجازة : هي في الحقيقة ارادة منفردة يقرر بها الانسان، ويمضي تصرفًا قائمًا متوقفًا جعل الشرع له فيه حق التقرير والرفض[4].

وعلى هذا قرر الفقهاء أن العقد إذا بطل لعدم أهلية العاقد، كما لو باع المجنون أو وهب الصغير شيئا من ماله، ثم عقل المجنون أو بلغ الصغير فأجاز العقد لا يجوز لأنّه صدر باطلاً فلا يقبل الاجازة إن شاء أن يجدد إنشاءه[5].

---

[1] الزركشي، مرجع سابق، ص 324.

[2] مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص 720.

[3] المرجع نفسه، ص 721.

[4] المرجع نفسه، ص 722.

[5] المرجع نفسه، ص 723.

4. العقد الباطل لا يحتاج إلى فسخ، ولا يحتج به أمام القاضي :

فإن كان العقد الباطل بيعا مثلا فللبائع بيع العين المبيعة ثانية أو استعمالها واستهلاكها لأنّها لا تزال على ملكه. وأمّا كون العقد الباطل لا يحتج به أمام القضاء فذلك نتيجة لازمة لبطلانه في ذاته دون حاجة إلى ابطال، ويترتب عليها أن القاضي يرد الاحتجاج بالعقد الباطل إذا ادعى أو تمسك به ذو مصلحة لديه، ولم يدفع الخصم بالبطلان ولم ينتبه إليه[1].

5. البطلان لا يسري عليه حكم التقادم :

فلو فرض في البيع الباطل مثلاً أن المشتري لم يكن قد قبض المبيع حتى انقضى خمسة عشر عاما ثم رفع البائع الدعوى على المشتري ليلزمه بقبض المبيع وأداء الثمن، فإن للمشتري أن يدفع دعوى البائع بحجة بطلان البيع[2].

الفرع الثاني : ماهية الفساد في العقود

تعريف الفساد :

أ- لغة : الفساد نقيض الصلاح، فَسدَ يَفْسدُ ويَفْسَدُ فساداً. وفَسَدَ الشيء إذا أباره[3]. وفسد اللحم أو اللبن أو نحوهما فسادًا : أنتن وأعطب. فَاسَدَ الرجل رهطه: أي أساء إليهم ففسدوا عليه، وتفاسد القوم : تدابروا وقطعوا الأرحام، واستفسد الشيء عمل على أن يكون فاسدًا، والفساد بمعنى الحاق الضرر[4]، في قوله تعالى : ﴿وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا﴾ [5]، وقوله أيضا: ﴿لَوْ كَانَ فِيهِمَا آَلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا﴾ [6] أي اضطربت وأدركها الخلل[7].

ب- اصطلاحا : هو ما ليس بصحيح[8]، وعند جمهور الفقهاء هو مرادف للباطل،[9] وقد اتفقوا على أنّه نقيض الصحة[10].

---

[1] مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص 724 وما بعدها.

[2] المرجع نفسه، ص 726 وما بعدها.

[3] ابن منظور، مرجع سابق، ص 335 وما بعدها.

[4] مجمع اللغة العربية، مرجع سابق، ص 688.

[5] المائدة الآية [33].

[6] الأنبياء الآية [22].

[7] مجمع اللغة العربية، مرجع سابق، ص 688.

[8] الشثري، شرح كتاب قواعد الأصول ومعاقد الفصول، دار كنوز اشبيليا، الرياض، ط: 01، 2006م، ص 102.

[9] الرازي، المحصول من علم الأصول، تحقيق: جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، د.م، د.ط، د.ت، ص 112.

[10] شمس الدين الأصفهاني، بيان المختصر، تحقيق: محمد مظهر بقا، د.ن، د. م، د.ط، د.ت، 409/01.

والفساد عند الحنفية هو الذي يكون مشروعا بسبب وصفه كعقد الربا فانه مشروع من حيث أنه بيع وممنوع من حيث انه يشمل على الزيادة [1]. أو هو ما شرع بأصله ولم يشرع بوصفه[2].

ويرى مصطفى الزرقاء أنّ هذه التعاريف لا تعطي صورة واضحة عن حقيقة معنى الفساد وإنما يكشف عن سببه فقط.كما ان فيه غموضا يورث كثيرًا من الاشتباه, ولذلك يعرفه بأنّه هو اختلال في العقد المخالف لنظامه الشرعي في ناحية فرعية متممة يجعله مستحقًا للنسخ[3].

وقد امتاز تعريف الزرقا بـــ:

1. أنّه لا يصور حقيقة الفساد التي هي خلل اعتباري في العقد، ويشير إلى سببه الموجب له وهو مخالفة نظام التعاقد في ناحية فرعية.

2. أنه لا يصف تأثير الفساد في العقد بأنّه يجعله مستحقا للفسخ والإبطال, فيشير إلى نتيجة الفساد.

3. أنه يفيد أن العقد الفاسد منعقد وذلك من طريق وصفه[4]. باستحقاق الفسخ إلاّ ما كان منعقدًا ذا وجود اعتباري قائم في نظر الشارع.

4. أن استحقاق الفسخ لا يفيد معنى تحتيم الفسخ في جميع الأحوال، بل يتلاءم هذا التعبير مع الحالات التي يمتنع فيها فسخ العقد الفاسد شرعًا بمانع في بعض الأحوال[5].

[1] الرازي، مرجع سابق، ص 112.

[2] شمس الدين الأصفهاني، مرجع سابق، ص 410.

[3] مصطفى أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص 739.

[4] المرجع نفسه، ص 739.

[5] المرجع نفسه، ص 740.

المطلب الثاني : التمييز بين البطلان والفساد وأساسه

الفرع الأول : التمييز بين البطلان والفساد

أولاً : التمييز بين البطلان والفساد عند الحنفية

الفساد والبطلان متباينان عند الحنفية فالباطل عندهم ما لم يشرع بالكلية، كبيع مافي بطون الأمهات، والفاسد ما يشرع أصله، ولكن امتنع لاشتماله على وصف كالربا[1]، فقد أثبت أبو حنفية قسما أخر في العقود بين البطلان والصحة وهو الفساد، وزعم أن الفاسد منعقد لإفادة الحكم، لكن المعنى بفساده أنه غير مشروع والمعنى بانعقاده أنه مشروع بأصله[2]. فمنشأ البطلان خلل جوهري في أصل التصرف من أركانه وما يتعلق بهذه الأركان من شروط الانعقاد، أمّا منشأ الفساد هو خلل في الوصف اللازم. وهو أمر خارج عن ذات التصرف ولكنه متصل به. وأما حكم البطلان فعدم ترتب أي أثر من آثار التصرف المقصودة منه فيما لو كان صحيحًا. إذ المعدوم في اعتبار الشارع لا ينتج أثرًا. وأمّا حكم الفساد فلا يترتب عليه أثر قبل القبض فهو والباطل سواءًا. ويجب فسخه. حتى إذا تم القبض ترتبت بعض آثاره ومنها الملك الحرام لمكان النهي في الوصف ووجب الفسخ حقا للشرع إلا لمانع. كل ذلك فيما خلا العبادات على الأرجح والحق متقدمو الحنفية عقد النكاح بالعبادات إذ لا فرق فيما بين فساد وبطلان[3].

ثانيًا : التمييز بين البطلان والفساد عند المالكية

لم يفرق المالكية بين الفاسد والباطل في التسمية، ولكنهم قالو البيع الفاسد يفيد شبهة الملك فيما يقبل الملك، فإذا لحقه أحد أربعة أشياء، يفيد الملك بالقيمة، وهي حوالة الأسواق وتلف العين ونقصانها وتعلق حق الغير بها[4].

---

[1] الآسنوي، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، تحقيق: محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط :01، 1981م، ص 58.

[2] أبو حامد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، تحقيق: حمزة بن زهير حافظ، د.ن، د.م، د. ط، د. ت، ص 318.

[3] فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله, مؤسسة الرسالة، بيروت، ط :02, 2008م, ص 264 وما بعدها.

[4] الزركشي، مرجع سابق، ص 321.

ثالثًا : التمييز بين البطلان والفساد عند الشافعية

الفاسد مرادف للباطل في اصطلاح الشافعي رحمة الله عليه. فالعقد إما صحيح وإما باطل وكل باطل فاسد[1]. والفساد والبطلان مترادفان عند الشافعية[2]. قال الشافعي: الفاسد هو كل فعل محرم يقصد به التوصل إلى استباحة ما جعل الشرع أصل على التحريم. وقد فرق الشافعية بين الفاسد والباطل في مواضع فنجد ذلك في الخلع والكتابة، فالباطل منهما ما كان على غير عوض مقصود كالميتة أو رجع إلى خلل في العاقد كالصغر والسفه.

والفاسد خلافه. وحكم الباطل أن لا يترتب عليه مال والفاسد يترتب عليه العتق والطلاق. ويرجع الزوج بالمهر والسيد بالقيمة[3].

رابعًا : التمييز بين البطلان والفساد عند الحنابلة

الفساد والبطلان لفظان مترادفان كل منهما بمعنى الأخر[4]. لكنهم يفرقون بين النكاح والبيع وذلك بأن البيع في البيع الفاسد يضمنه بالقيمة لا بالثمن المنصوص. وبأن النكاح مع فساده منعقد ويترتب عليه أثر أحكام الصحيح من وقوع طلاق ولزوم عدة الوفاة بعد الموت . فضمان المهر في النكاح الفاسد ضمان عقد كضمانه في الصحيح، وضمان البيع الفاسد ضمان تلف بخلاف البيع الصحيح فإن ضمانه ضمان عقد[5].

الفرع الثاني : أساس التمييز بين البطلان والفساد

تبين لنا مما سبق أن الفساد والبطلان لفظان مترادفان عند جمهور الفقهاء. وهو كل ما ليس بصحيح. أمّا عند الحنفية الفساد هو كل ما شرع بأصله ولم يشرع بوصفه. والبطلان هو كل ما لم يكن مشروع بأصله ولا بوصفه. أي هناك اختلاف بين الجمهور والحنفية ولهذا الاختلاف أساس يتمثل في هل يقتضي النهي الفساد ؟.

---

[1] أبو حامد الغزالي، مرجع سابق، ص 318.

[2] بن بلبان، أخصر المختصرات في الفقه على الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد بن ناصر العجمي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط: 01، 1996 م، 80.

[3] الزركشي، مرجع سابق، ص 321.

[4] بن بلبان، مرجع سابق، ص 80.

[5] المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 01، 1981 م، ص 59.

أولاً : تعريف النهي

أ- **لغة :** النون والهاء والياء أصل صحيح يدل على الغاية والبلوغ، ومنه أنهيت إليه الخبر إذا بلغته إياه. ونهاية كل شيء غايته[1].

ب- **اصطلاح الأصوليين :** هو اللفظ الدال على طلب الكف عن الفعل على جهة الاستعلاء[2]

ثانيًا : موجب النهي

لقد استعملت صيغة النهي في عدة معان، كالتحريم، الكراهة، الدعاء والتأسيس والإرشاد وغيرها[3]. فمن الأول قوله تعالى لنفس التي ولا﴿الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ [4]ومن الثاني قوله ﷺ: (ولا تصلّوا في أعطان الإبل)[5] ومن الثالث قوله تعالى: ﴿رَبَّنَا لَا تُزِغْ قُلُوبَنَا بَعْدَ إِذْ هَدَيْتَنَا﴾[6] ومن الرابع قوله تعالى : ﴿لَا تَعْتَذِرُوا الْيَوْمَ﴾[7]، ومن الخامس قوله تعالى: ﴿لَا تَسْأَلُوا عَنْ أَشْيَاءَ إِنْ تُبْدَ لَكُمْ تَسُؤْكُمْ﴾ [8] ولاختلاف المعاني التي يستعمل فيها النهي، اختلف العلماء في معناه الحقيقي، أي موجبه في حكمه، أي فيما عليه النهي اذا تجرد عن القرائن، فقال قوم: إنه يدل على الكراهة والتحريم، وهذا هو أصل معناه، والقرينة هي التي تصرفه إلى واحد منهما، وقال الجمهور أن موجب النهي هو التحريم فهذا معناه الحقيقي الذي وضع له ولا يستعمل في غيره إلاّ على سبيل المجاز والقرينة هي التي تدل على إرادة هذا المجاز، أمّا لو تجرد عن القرائن فيفهم منه التحريم لا غير[9].

وقول الجمهور هو الراجح، فصيغة النهي وضعت لتدل على طلب الكف عن الفعل جزمًا[10].

---

[1] أحمد زكريا بن فارس بن زكريا، مرجع سابق، ص 359.

[2] محمد مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، دار الجامعية، د. م، د. ط، د.ت، ص 401.

[3] عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة قرطبة، بغداد، ط: 06، 1976 م، ص 301.

[4] الإسراء، الآية [33].

[5] الترمذي، الجامع الكبير كتاب الصلاة، باب ما جاء في الصلاة في مرابط الغنم وأعطان الإبل، رقم 348 ,حسن صحيح.

[6] آل عمران، الآية [08].

[7] التحريم، الآية [07].

[8] المائدة، الآية [101].

[9] عبد الكريم زيدان، الوجيز في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 302.

[10] المرجع نفسه، ص 302.

ثالثًا : أقسام النهي

لقد سلك الأصوليون في بيان أقسام النهي مسالك متعددة، وعبروا عن مرادهم بعبارات تنحصر في:

1. أن يأتي النهي مطلقات عن القرائن الدالة أن المنهي عنه قبيح لعينه أو لغيره: وهو نوعان : نوع يكون فيه النهي عن الأفعال الحسية كالزنا والقتل وشرب الخمر، ونوع يكون فيه النهي عن التصرفات الشرعية، ذلك كالصوم والإجارة والصلاة [1].

2. أن يكون النهي راجعا لذات الفعل أو جزءه :

وذلك كالنهي عن بيع الحصاة فيما روى أبو هريرة رضي الله عنه (أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحصاة)[2]، وكالنهي عن بيع المضامين والملاقيح وحبل الحبلة[3].

3. أن يكون النهي راجعًا إلى وصف لازم للمنهي عنه دون أصله :

وذلك كالنهي عن الربا فإن النهي من أجل الزيادة، والزيادة ليست هي البيع ولا جزء منه بل وصف له. ومثل ذلك النهي عن بيع وشرط يخالف مقتضى العقد، والنهي عن صوم يوم العيد وأيام التشريق[4].

4. أن يكون النهي راجعا إلى وصف مجاور له ينفك عنه غير لازم له :

وذلك كالنهي عن الصلاة في الأرض المغصوبة، فالنهي هنا لشغل ملك الغير بغير حق، وهو أمر مجاور غير لازم لأنه قد يحصل بغيرها . ومثل ذلك النهي عن وطء المرأة حال الحيض في قوله تعالى: ﴿فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ﴾ [5]، فإن النهي عن الاستمتاع بالوطء حال الحيض، لم يجاوره من الأذى ولهذا اجاز له أن يستمتع بها سوى موضع الدم عند بعض الفقهاء، و بما سوى ما بين السرَّة والركبة عند الباقين[6].

---

[1] مصطفى سعيد الخن، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط: 07، 1998 م، ص 341.

[2] مسلم، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب بطلان الحصاة والمبيع الذي فيه غرر، رقم 1513، 1152، حسن صحيح.

[3] مصطفى سعيد الخن، مرجع سابق، ص 342.

[4] مصطفى سعيد الخن، مرجع سابق، ص 342.

[5] البقرة، الآية [222].

[6] مصطفى سعيد الخن، مرجع سابق، ص 344.

رابعًا : أثر النهي على التصرفات

إذا وقع النهي عن السبب الذي يقيد حكما اقتضى فساده مطلقا سواء كان النهي عنه لعينه أو لغيره في العبادات[1]. وفي المعاملات وهذا قال به الجمهور [2] كالنهي عن نكاح المتعة ونكاح الشغار، فإنه يقتضي الفساد إلا لدليل يدل على أنه لا يقتضي الفساد، بل الاثم بفعل سبب أو كراهته وذلك كبيع الحاضر للبادي وتلقي الركبان أو النجش، فإن النهي عنها ورد لكن دل الدليل على أن النهي الذكور لا يقتضي فسادها على الأظهر[3]، وقيل النهي عن الشيء لعينه يقتضي فساده والنهي عنه لغيره لا يقتضي فساده[4]، وهذا عند جمهور العلماء [5] لجواز أن يكون للشيء جهتان هو مقصود من إحداهما مكروه من الأخرى. كما قيل في الصلاة في الدار المغصوبة فلو نهى عن الصلاة لعينها أي لكونها صلاة اقتضى فسادها[6]، وقيل أن النهي يقتضي فساد المنهي عنه في العبادات دون المعاملات وهذا قال به البصري والرصاص[7] والرازي والملاحمي[8] والفرق بينهما من وجهين :

1/ أن العبادة قربة وارتكاب النهي معصية فيتناقضان بخلاف المعاملات فإنها ليست قربا فلا يناقضها ارتكاب النهي، كقوله: لا تبع وقت النداء، ولأن العبادة مأمور بها والمنهي عنه غير مأمور به فالمنهي عنه ليس بعبادة وإنما هو أمر بالعبادة.

2/ أن فساد المعاملات بالنهي يضر بالناس وفساد العبادات لا يضر بهم[9].

---

[1] الطوفي، شرح مختصر الروضة، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط: 01، 1988م، 430/02.

[2] مصطفى سعيد الخن، مرجع سابق، ص 348.

[3] الطوفي، مرجع سابق، ص 431.

[4] المرجع نفسه، ص 431.

[5] مصطفى سعيد الخن، مرجع سابق، ص 348.

[6] الطوفي، مرجع سابق، ص 432.

[7] الرصاص: "هو أبو الحسين بن أبي علي العاصمي العطار من أهل الكرخ، كان يعرف بابن عاصم الرصاص، سمع الكثير من الحفار والبرقاني وحدث وكتب بخطه الكثير سمع منه الخطيب البغدادي، كان صدوقا عفيفا متدينا، "تاريخ بغداد وذيوله، الخطيب البغدادي، 99/21.

[8] مصطفى سعيد الخن، مرجع سابق، ص 347.

[9] الطوفي، مرجع سابق، ص 433.

الفصل الثاني

موقف فقهاء الشريعة
من عقود النكاح غير الصحيحة وآثارها

المبحث الأول : فساد وبطلان النكاح عند الفقهاء

المطلب الأول : فساد وبطلان النكاح عند الحنفية

المطلب الثاني : فساد وبطلان النكاح عند جمهور الفقهاء

المبحث الثاني : آثار عقد النكاح غير الصحيح

المطلب الأول : الآثار المالية

المطلب الثاني : الآثار غير المالية

تمهيد :

كما سبق الذكر هناك اختلاف كبير بين الفقهاء في مفهومي الفساد والبطلان، فالفساد عند الحنفية هو ما اختل في وصفه وشرع بأصله. والبطلان هو ما لم يشرع لا بوصفه ولا بأصله، وعند الجمهور الفساد والبطلان هما لفظان مترادفان وهو لفظان مترادفان وهو كل ما ليس بصحيح. وفي هذا الفصل سنتطرق إلى موقف الفقهاء من الفاسد والباطل هذا في المبحث الأول، أما المبحث الثاني سنخصصه لدراسة آثار عقد الزواج غير الصحيح (الفاسد والباطل) سواء كانت آثار مالية كالمهر والنفقة أو غير مالية كالعدة وحرمة المصاهرة.

المبحث الأول : فساد وبطلان النكاح عند الفقهاء

لقد اختلفت الفقهاء في كل من مفهومي الفساد فجمهور الفقهاء من مالكية. شافعية وحنابلة لا يفرقون بينهما فهم لا يعترفون إلاّ بنكاح صحيح ونكاح غير صحيح. أمّا الحنفية فيفرقون بينهما حيث إذ الفساد يختلف كل الاختلاف عن البطلان. وفي هذا المطلب سنتطرق الى آراء الفقهاء بما فيهم الجهور وحنفية في فساد الزواج وبطلانه.

المطلب الأول : فساد وبطلان النكاح عند الحنفية

لقد ميز فقهاء الحنفية بين الباطل والفاسد في العقود المالية المنشئة للالتزامات المتقابلة، أما فيما يتعلق بعقد الزواج فقد اختلفوا في شمول ذلك التمييز له فمثلا ممن يقول بالتمييز بين الفساد والبطلان في عقد الزواج الامام الكساني .

الفرع الأول : فساد النكاح عند الحنفية

إن الفساد عند الحنفية؛ هو الذي فقد شرطا من شرائط الصحة[1]، يقول الامام الكساني: (الأصل في النكاح الفاسد ليس نكاح حقيقة وذلك لانعدام محله، أعني محل حكمه وهو الملك لأن الملك يثبت في المنافع ومنافع البضع ملحقته الأجزاء ...)[2]، فالنكاح الفاسد لا حكم له قبل الدخول، أما بعد الدخول فتتعلق به أحكام فهو بعد الوطء منعقد في حق الفراش والفراش لا يزول قبل التفريق، بدليل لأنه لو وطئها قبل التفريق لا حد عليه ولا يجب عليه بتكرار الوطء، إلاّ مهر واحد، ولو وطئها بعد التفريق يلزمه الحد، فكان التفريق في النكاح الفاسد بمنزلة التطليق في النكاح الصحيح فيعتبر ابتداء العدة منه كما تعتبر من وقت الطلاق في النكاح الصحيح والخلوة في النكاح الفاسد لا توجب العدة لأنه ليس بنكاح حقيقة إلا أنه ألحق بالنكاح في حق المنافع المستوفاة حقيقة مع قيام النافي[3].

والدخول في النكاح الفاسد وهو الذي فقد شرطا من شرائط الصحة يسقط الحد ويثبت النسب ويجب مهر المثل كشهوة الوطء بخلاف من لو شرط شرطا فاسدا كما لو تزوجته على أن لا يطأها فإنه يصح النكاح ويفسد الشرط ومن الأنكحة الفاسدة عندهم تزوج

---

[1] ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار عالم الكتاب، الرياض، د.ط، 2003م، 04 / 274.

[2] الكساني، مرجع سابق، ص 615.

[3] المرجع نفسه، ص 615،

الاختين معا ونكاح الاخت في عدة الأخت ونكاح المعتدّة والخامسة في عدة الرابعة والأمة على الحرة [1]؛ فإن وقع النكاح فاسدا، وفرق القاضي بين الزوج وبين المرأة فإن لم يدخل بها فلا مهر لها ولا عدة وإن كان دخل بها فلها الأول ان لم يكن دخل مما سمى لها ومن مهر المثل إن كان ثمة مسمى، وإن يكن ثمة مسمى فلها مهر المثل بالغا ما بلغ وتجب العدة. ويعتبر الجماع في القبل حتى يصير مستوفيا المعقود عليه وتعتبر العدة من حين يفرق بينهما ولكل واحد من الزوجين فسخ هذا النكاح بغير محضر من صاحبه عند بعض المشايخ وعند آخرين إن لم يدخل بها فلها ذلك أيضًا، وإن دخل بها فليس لواحد منهما حق الفسخ إلاّ بمحضر من صاحبه .كما في البيع الفاسد لكل واحد منهما أي المتعاقدين حق الفسخ بغير محضر من صاحبه قبل القبض فليس له ذلك بعد القبض[2]، وإن تزوج امرأة وبها حبل من الزنا فالنكاح جائز ولا يطأها حتى تضع[3].

الفرع الثاني : بطلان النكاح عند الحنفية

البطلان : هو ما نهى عنه أمر يرجع إلى ذات الشيء وإن كان في العقد زواجا كزواج المحرمات تحريما مؤبدا بسبب النسب والمصاهرة والرضاع، فالنهي هنا يتعلق بذات الشيء من الزواج وتجعله باطلاً[4].

فالنهي عن النكاح بلا شهود يجعله باطلاً ويجب فسخه وليس فاسدًا وذلك لقول النبي صل الله عليه وسلم : (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل)[5]، وكان النهي فسخا وإبطالاً[6] ومن الأنكحة الباطلة أيضا زواج المسلمة من الكافر فقد أجمع على أن المرأة المسلمة لا يحل لها أن تتزوج كافرًا ولو كتابيًّا؛ لأن النكاح فيه مذلة للمرأة باستفراشها ويستلزم أن يكون الرجل السلطان على المرأة، فلو تزوجت مسلمة بكافر كان النكاح باطلا يجب فسخه[7].

---

[1] ابن عابدين، مرجع سابق، ص 274.

[2] ابن مازة البخاري، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق : عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 01، 2004م، 121/03.

[3] الحسن الشيباني، الجامع الصغير مع شرحه النافع الكبير، إدارة القرآن، د. م، د. ط، 1990م، ص 175.

[4] أبو بكر بوكان، نظرية البطلان والفساد في عقد الزواج، بحث لنيل ماجستير في القانون الخاص، جامعة السليمانية، كلية القانون والسياسة، ص 79.

[5] أبو داوود سليمان، سنن أبي داوود، كتاب النكاح، باب الولي، رقم 2087، 191/02.

[6] محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، القاهرة، د. ط، 1977م، ص 377.

[7] الكساني، مرجع سابق، ص 466.

وإن تزوج رجل بامرأة حامل وحملها ثابت النسب أي معروف من هو والده بنكاح صحيح، فالنكاح باطل . وأيضا أن تزوج رجل بأمة ولده وهي حامل من ولده أي مولاها فالنكاح باطل؛لأن الفراش لمولاها أي لولده. فلو صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين ولا يجوز بخلاف ما إذا لم تكن حاملا حيث يصح نكاح الرجل على أمة ولده وإن كانت فراشا لمولاها[1].

وأيضًا أن قال رجل له بنت كبيرة وأمة كبيرة لآخر: قد زوجتهما لك كل واحدة منهما بكذا فقبل الزوج كان نكاح الأمة باطلا وذلك لأن الموجب جمع بين الأمة والحرة في الايجاب وذلك يوجب بطلان نكاح الأمة لكونه دافعا نكاح الحرة، فإن قبل الحرة جاز ذلك لأن نكاحها توقف على قبوله ولم يرتد بقبول نكاح الامة لأن الايجاب في حق الأمة باطل[2].

[1] الحسن الشيباني، مرجع سابق، ص 176.

[2] ابن مازة البخاري، مرجع سابق، ص 121.

المطلب الثاني : فساد وبطلان النكاح عند جمهور الفقهاء

الفرع الأول : عند المالكية

لقد تميز المالكية بين نوعين من عقد الزواج غير الصحيح، وقالوا بأن النكاح الفاسد نوعان؛ الأول مجمع على فساده بين الفقهاء، ونوع غير مجمع على فساده، فمن الأنكحة المجمع على فسادها مثلا؛ نكاح المحارم بنسب أو رضاع أو الجمع بين ما لا يحل له الجمع بينهما كالجمع بين أختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، وتزوج الخامسة في عدة الرابعة وهذا لو وقع يفسخ قبل الدخول وبعده بلا طلاق، وإذا فسخ بعد الدخول فإنه يثبت به الصداق وتجب العدة على المرأة وإذا علما بالتحريم وجب عليهما الحد أما إذا كانا جاهلين بالتحريم فلا يحدان[1].

ومن الأنكحة غير المجمع على فسادها نكاح الشغار وهو أن يزوج الرجل ابنته ويزوجه الآخر ابنته على أن لا مهر بينهما[2]، أما إذا لم يجعلا البضع صداقا وسكتا عن ذلك فيهما صح النكاح لكل منهما لأنه ليس فيه إلا شرط عقد في عقد وهو لا يفسد النكاح ويجب مهر المثل لكل واحد وكذا لو سمى لكل منهما مهر أو لأحدهما صح النكاح وللتي لم يسم لها مهر، مهر المثل[3]، الأصل في بطلانه ما روى مالك عن عبد الله بن عمر ﷺ: (أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار، والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه ابنته ليس بينهما صداق)[4]، ونكاح الشغار يفسخ قبل الدخول وان وقع الدخول فسخ منه ما كان بدون مهر، وان سمي صداق لكل منهما فلا يفسخ، وأيضا نكاح المتعة باطل؛ وهو النكاح إلى أجل مسمى أو قريب كأن يتزوج المرأة على مدة محددة كشهر أو سنة ونحو ذلك .بالإضافة إلى أن نكاح التفويض جائز وصفته أن يعقدا ولا يسميا صداق أو على أن يفرضاه بعد العقد ومن فرضن منهما فريضة للآخر جاز وكان هو الصداق[5]، ومن كره ما فرضه الآخر لم يلزمه فإن كانت المرأة لزمها ما يفرضه صداق المثل دون قصر، وان كان الزوج خير بين ثلاثة أمور أن يبذل لها صداق المثل أو يرضى بفرضها أو يطلق ولا يلزمه شيء بفرضها[6].

---

[1] أبو بكر بوكان، مرجع سابق، ص 73 وما بعدها.

[2] عبد الوهاب البغدادي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، دار بن عفان، د. م، ط: 01، 2008م، 343/03.

[3] عبد الوهاب البغدادي، التلقين في الفقه المالكي، تحقيق: محمد ثالث سعيد الغاني، مكتبة قرار مصطفى الباز، د.ط، د. ت، 290/02.

[4] البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب الشغار، رقم 5112، ص 1303.

[5] عبد الوهاب البغدادي، التلقين في الفقه المالكي، مرجع سابق، ص 290 وما بعدها.

[6] المرجع نفسه، ص 292.

الفرع الثاني : عند الشافعية

الفساد والبطلان هما لفظان مترادفان عند الشافعية وإلاّ أنهم يفرقون بينهما في مسائل ويقولون لأن الفاسد هو الذي لم يتفق على بطلانه، فإن تم الاتفاق على بطلانه كان نكاحًا باطلاً[1], ويحرم على الرجل أن يجمع بين الأختين في النكاح لقوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ [2] وذلك لأن الجمع بينهما يؤدي إلى العداوة وقطع الرحم ويحرم عليه الجمع بين المرأة وعمتها والمرأة وخالتها لما روى أبو هريرة رضي الله عنه (أن النبي ﷺ نهى أن تنكح المرأة على عمتها والمرأة على خالتها)[3]، فإن حصل ذلك في عقد واحد بطل نكاحهما[4]، ولا يجوز نكاح الشغار وهو أن يزوج الرجل ابنته أو أخته من رجل على أن يزوجه الآخر ابنته أو أخته ويكون بضع كل واحد منهما صداقا للأخرى لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار، فأما أن قال : زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك صح النكاحان؛ لأنّه لم يحصل التشريك في البضع، وإنما حصل الفساد في الصداق؛ وهو أنه جعل الصداق أن يزوجه ابنته فبطل الصداق وصح النكاح وان قال زوجتك ابنتي بمائة على أن تزوجني ابنتك بمائة صح النكاحان ووجب مهر المثل لأن الفساد حصل في الصداق، ولا يجوز نكاح المتعة؛ وهو أن يقول الرجل زوجتك ابنتي يومًا أو شهرًا، ولأنه نكاح لا يتعلق به الطلاق والظهار والإرث وعدة الوفاة، فكان باطلاً كسائر الأنكحة الباطلة ولا يجوز نكاح المحلل؛ وهو أن ينكحها على أنه إذا وطئها فلا نكاح بينهما وأن يتزوجها على أن يحللها للزوج الأول فبطل الشرط وصح العقد[5]، بالإضافة إلى أن عقد الفضولي باطل غير منعقد أصلا لقوله ﷺ لحكيم بن حزام[6]: (لا تبع ما ليس عندك)[7] فهذا يدل بمقتضى ما فيه من نهي على أن يبيع

---

[1] بن بلبان، مرجع سابق، ص 80.

[2] النساء، الآية [23].

[3] البخاري، صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب لا تنكح المرأة على عمتها، رقم 5110، ص 1303.

[4] الشيرازي، المهذب في فقه الامام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 01، 1995، 340/02.

[5] المرجع نفسه، ص 466 وبعدها.

[6] حكيم بن حزام: "هو الحكيم بن حزامبن خويلد بن أسد بن عبد العزى أبو خالد، صحابي قريشي، وهو ابن أخ خديجة أم المؤمنين، مولده بمكة شهد حرب الفجار وكان صديق النبي ﷺ قبل البعثة وبعدها، وعمر طويلا قيل 120 سنة، أسلم يوم الفتح" الزركلي، الأعلام، 296/02.

[7] الترمذي، الجامع الكبير، تحقيق: بشار عواد معروف، أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، رقم 1232، 514/02.

الانسان ما لا يملكه لا ينعقد صحيحا تصرف فيه نهي من الشارع الحكيم، اذ النهي يقتضي الفساد والفاسد على مذهب الشافعي لم ينعقد[1].

الفرع الثالث : عند الحنابلة

الفساد والبطلان لفظان مترادفان كل منهما بمعنى الآخر عند الحنابلة[2]. فقد يشترط أحد الزوجين أو كلاهما شروط في النكاح المعتبر منهما ما كان في صلب العقد أو اتفق عليه قبله وهو قسمان: إما صحيح كاشتراط الزوجة طلاق ضرتها أو أن لا يتزوج عليه. صح الشرط وكان لازما فليس لزوج فكه بدون أبنائها وسن وفاؤه به. ولها الفسخ إن لم يفي به. وفسخه على التراخي ما لم يوجد منها دليل رضى. والقسم الثاني ؛فاسد وهو أنواع نكاح الشغار مثلا بأن يزوج كل منهما الآخر وليته بطل نكاحان . وذلك لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الشغار؛ وهو أن يزوج اللرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته وإن سمى مهرًا لكل واحد منهما مهرًا غير قليل حيلة صح النكاح. ولو كان سمى دون مهر المثل. ونكاح المحلل وهو أن يتزوجها شرط أنه متى أحلها للأول طلقها أو نواه. أي نوى الزوج التحليل بلا شرط عليه في العقد أو اتفقا عليه قبله. ولم يرجع لهم يصح النكاح [3] لقوله ﷺ (ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ قالوا : بلى يا رسول الله! قال: هو المحلل لعن الله المحلل والمحلل له)[4].

ونكاح المتعة بأن يتزوجها شهرًا أو سنة ويتزوج الغريب بنية طلاقها. إذا خرج فيبطل النكاح[5]. قال أبو سبرة [6] (أمرنا رسول الله ﷺ بالمتعة عام الفتح حين دخلنا مكة ثم لم يخرج حتى نهانا عنها)[7].

---

[1] محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، د. م، د. ط، د.ت، ص 396.

[2] بن بلبان، مرجع سابق، ص 80.

[3] أحمد النجدي، هداية الراغب لشرح عمدة الطالب، تحقيق: حسين محمد مخلوف، دار محمد، المملكة العربية السعودية، د. ط، 1996 م، 666/01.

[4] القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد عبد الباقي، كتاب النكاح، باب المحلل والمحلل له، رقم 1936، ص 118.

[5] أحمد النجدي، مرجع سابق، ص 667.

[6] أبوسبرة: "هو يزيد بن مالك المراني الجعفي من الصحابة اقطعه النبي صلى الله عليه وسلم وادي جعفي باليمن، وولى الحجاج الثقفي ابنه عبد الرحمان ابن يزيد ابن مالك على أصبهان"، الزركلي، الأعلام 200/07.

[7] مسلم الجامع الصحيح، كتاب النكاح، باب نكاح المتعة، رقم 1423، 193/02.

المبحث الثاني : آثار عقد النكاح غير الصحيح

المطلب الأول : الآثار المالية لعقد النكاح غير الصحيح

الفرع الأول : حرمة المصاهرة

المصاهرة: وصف شبيه بالقرابة ويتحقق في أربعة: زوجة الابن وهي تشبه البنت، بنت الزوجة وهي تشبه البنت أيضًا، زوجة الأب وهي تشبه الأم، وأم الزوجة وهي تشبه الأم أيضا[1].

رأي الفقهاء فيها :

أولاً : الحنفية : يرى الحنفية بأن العقد الفاسد لا يوجب حرمة المصاهرة فمن عقد على امرأة عقدا فاسدا لا تحرم عليه أمها، والذي يوجب حرمة المصاهرة أربعة أمور عندهم :

1- العقد الصحيح : وهو عكس العقد الفاسد.

2- الوطء سواء بعقد صحيح أو فاسد أو زنا.

3- المّس وهو كاللّمس ولكن المّس يقال لطلب الشيء وإن لم يوجد[2].

4- نظر الرجل إلى داخل فرج المرأة ونظر المرأة إلى ذكر الرجل[3].

- فمن زنا بامرأة أو لمسها أو قبّلها أو نظر إليها بشهوة ترتب على فعله حرمة المصاهرة فيحرم على الزاني أصول من زنى بها وفروعها وتحرم هي على أصوله وفروعه[4].

- ويتعلق تحريم المصاهرة عندهم بالزنا، فلو زنت امرأة في عصمة زوجها لم يفسخ نكاحها من الزوج بالاتفاق[5].

ثانيًا : المالكية : تثبت حرمة المصاهرة بالعقد الفاسد، والعقد الفاسد نوعان؛ مجمع على فساده، وغير مجمع على فساده في المذاهب الأخرى وهذا لا ينشر الحرمة إلا بالوطء

---

[1] عبد الرحمان الجزري، الفقه على المذاهب الأربعة, دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 02، 2003 م، ص 62.

[2] محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية، د.م، د.ط، د، ت، 505/16.

[3] عبد الرحمان الجزري، مرجع سابق، ص 62.

[4] عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم، الكويت، ط:02، 1990م، ص 46.

[5] حسين بن محمد المحلّي الشافعي، الإفصاح عن عقد النكاح عن المذاهب الأربعة، دار القلم العربي، حلب، د.ط، د.ت، ص 100.

ومقدماته وذلك كنكاح امرأة معتدة وهو غير عالم، أو نكاح أخته رضاعا بدون علمه فإن النكاح فاسد بالإجماع، ويدرأ الحد عن الفاعل لأن فيه شبهة[1].

ثالثًا : الشافعية : أمّا الشافعية فذهبوا إلى أن العقد الفاسد يوجب حرمة المصاهرة فيمن اشترط في تحريمها الوطء فإن بنتها لا تحرم إلا بوطئها، فإذا عقد عليها عقدا فاسدا ثمّ وطئها بناءًا على ذلك العقد حرمت بنتها، أمّا التي تحرم بمجرد العقد فإنه يشترط في تحريمها أن يكون العقد صحيحا فإن أمّها تحرم بمجرد العقد عليها بشرط أن يكون صحيحا فإذا عقد على البنت عقدا فاسدا ولم يدخل بها ولم تحرم أمّها إذا وطئها بعد ذلك العقد الفاسد حرمت أمّها بالوطء ولو في الدبر[2].

رابعًا : الحنابلة : تثبت حرمة المصاهرة بالعقد الفاسد فإن الفاسد عندهم تثبت به أحكام النكاح ما عدا الحلّ والإحصان والإرث وتصنيف الصداق بالفرقة قبل المسيس فلا يترتب على النكاح الفاسد حلّ وطء المرأة المعقود عليها، ولا إحلالها لمطلّقها ثلاثا ولا توصف بالإحصان كما يوصف الزوج به، ولا يتوارثان به وإذا طلقها قبل الدخول والمسيس لا تستحق نصف الصداق أمّا ما عدا ذلك من نشر حرمة المصاهرة وغيرها فإنها تثبت به وهذا هو ظاهر المذهب[3].

الفرع الثاني : النسب

– **في اللغة** : نسب القرابة، يقال: فلان نسيبي، وهو أنسبائي، ورجل نسيب حسيب: ذو حسب ونسب، والنسبة مصدر الانتساب، والنُسْبَة: الاسم[4].

– **في الاصطلاح** : النسب والنُسبة اشتراك من جهة أحد الأبوين وذلك ضربان؛ نسب بالطول كالاشتراك بين الآباء والأبناء، ونسب بالعرض كالنسب بين بني الإخوة وبني الأعمام، وفلان نسيب فلان أي قريبه[5].

---

[1] عبد الرحمان الجزري، مرجع سابق، ص 64 وما بعدها.

[2] المرجع نفسه، ص 63 وما بعدها.

[3] المرجع نفسه، ص 65.

[4] الأزهري، تهذيب اللغة، موقع الوراق، د. م، د. ط، د. ت، 301/04.

[5] محمد بن عبد الرزاق المناوي، التوفيق على مهمات التعاريف، د. م، د. ط، د. ت، 696/1.

حكمه :

– اتفق الفقهاء على أن النسب يثبت في النكاح الفاسد – كما لو نكحت في العدة وجهلها زوجها الثاني فولدت فإن ولدته لدون ستة أشهر من وطء الثاني ألحق بالزوج الأول أي الولد، وانقضت العدة، بوضعه وتعتد للثاني فأن ولدته لأكثر من ستة أشهر من وطء الثاني ألحق بالثاني[1] – إذا اتصل به دخول حقيقي مع باقي شروط إثبات النسب (أن يكون الزوج ممن يتصوّر منه الحمل عادة – أن يولد الولد بعد ستة أشهر فأكثر من الزواج – إمكان تلاقي الزوجين بعد العقد)، وذلك لأن النسب يحتاط في إثباته إحياء للولد وصيانة له من الضياع، أمّا قبل الدخول فلا يترتب على النكاح الفاسد، شيء من آثار الزوجية من مهر ونسب وغيرها، ويجب على الزوجين أن يفترقا بأنفسهما، وإلاّ رفع الأمر إلى القاضي ليحكم بالتفريق بينهما[2].

الفرع الثالث : العدّة

في اللغة: مصدر العدّ والعدّة هي الجماعة قلت أو كثرت تقول رأيت عدَّة رجال وعدّة نساء[3].

عند الفقهاء : عرّفها الفقهاء بعدّة تعريفات منها :

- **تعريف الحنفية** : هي اسم لأجل ضُرب لانقضاء ما بقي من آثار النكاح[4].
- **تعريف المالكية:** قال ابن عرفة: هي مدّة منع النكاح لفسخه أو موت الزوج أو طلاقه[5].
- **تعريف الشافعية:** عرّفها الشربيني: وهي اسم لمدّة تتربص فيها المرأة لمعرفة براءة رحمها أو للتعبّد أو لتفجّعها على زوجها[6].

[1] عبد الرحمان الجزري، مرجع سابق، ص 154.

[2] عائشة إبراهيم أحمد المقادمة، إثبات النسب في ضوء علم الوراثة، الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة والقانون، غزة، 2012 م، ص 09 وما بعدها.

[3] ابن منظور، مرجع سابق، ص 281.

[4] الكساني، مرجع سابق، ص 190.

[5] أحمد شهاب الدين النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني، دار الفكر، د.ط، 1995 م، 57/2.

[6] الشربيني، مرجع سابق، ص 384.

- **تعريف الحنابلة:** عرّفها البهوتي: مدّة معلومة تتربص فيها المرأة لتعرف براءة رحمها[1].
- **تعريف المعاصرين:** مدّة مقدّرة بحكم الشرع تلزم المرأة مراعاة أحكامها عند وقوع الفرقة بينها وبين زوجها[2].

رأي الفقهاء في العدّة في النكاح غير الصحيح :

أولاً : الحنفية: عدّة المنكوحة نكاحًا فاسدًا إذا وقع بينهما فرقة بموت أو غيره ثلاثة حيض, إن لم تكن آيسًا ولا حاملاً.

ثانيًا : المالكية والحنابلة: إذا كان الفساد مختلف فيه فحكمه الصحيح، وإن كان مجمعًا عليه ولم يقع فيه وطء فتعتد عدّة وفاة، أي أربعة أشهر وعشرًا وإن وقع فيه وطء وجبت العدّة كعدّة المطلقة[3].

ثالثًا : الشافعية : إن كانت حاملاً فعدّتها بوضع الحمل وإن كانت حائلا فعدتها ثلاثة قروء وهي الأطهار، وإن كانت صغيرة أو آيسة فعدّتها ثلاثة أشهر[4].

[1] منصور بن يونس البهوتي، مرجع سابق، ص 411.

[2] عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ص 121.

[3] عبد الرحمان الجزري، مرجع سابق، ص 146.

[4] مصطفى ديب البغا، التهذيب في أدلة متن الغاية والتقريب، دار ابن كثير، دمشق-بيروت، ط: 04، 1989م، ص 182.

المطلب الثاني : آثار عقد النكاح غير الصحيح

الفرع الأول : المهر

بما أننا تناولناه مفصّلا فيما سبق الآن يكون عبارة على مسألتين وتفصيلهما كالآتي :

أ- نكاح الشغار: الشغار في اللغة: من الشَّغْر وهو الرفع, شغر الكلب يشغر شغرًا: رفع إحدى رجليه ليبول وقيل رفع إحدى رجليه بال أو لم يبل[1].

في الاصطلاح: هو نكاح في الجاهلية[2]، أن يشاغر الرجل:أي يزوجه حريمته على أن يزوجه الآخر حريمته، ولا مهر إلاّ هذا، وهو منهي عنه لخلوّه عن المهر. فأوجبنا فيه مهر المثل فلم يبق شغار[3]، لقول النبي ﷺ في الحديث المروي عن أنس ابن مالك :"لا شغار في الإسلام"[4].

حكمه : تكلّم فيه الفقهاء مع ما يترتب عليه من آثار وسنسرد كل مذهب مع بيان دليله الذي استند إليه فيما يأتي :

أولاً : المذهب الحنفي : صورة الشغار عندهم هي: "أن يزوّج الرجل أخته لآخر على أن يزوّجه الآخر أخته أو يزوجه ابنته أو يزوجه أمته بلا مهر"[5].

حكمه: العقد صحيح لأن النكاح مؤبّد[6]. حيث شرط فيه أن يكون بُضْع كُلّ واحدة منهما مهر الأخرى و"البُضع"[7] لا يصلح مهرًا والنكاح لا تبطله الشروط الفاسدة[8].

فيبطل ذلك الشرط ويصحّ عقد الزواج ويجب لكل منهما مهر المثل لاقتران الشرط الفاسد به، ودليل ما حُكي عن عطاء وعمرو بن دينار ومكحول والزهري والثوري أنّه يصح وتفسد التسمية ويجب مهر المثل لأن الفساد من قبل المهر لا يوجب فساد العقد كما لو تزوّج على خمر أو خنزير[9].

---

[1] ابن منظور، مرجع سابق، ص 417.

[2] المرجع نفسه، ص 417.

[3] ابن عابدين، مرجع سابق، ص 105 وما بعدها.

[4] السنن الكبرى للبيهقي، رقم 14139، 325/07.

[5] الكساني، مرجع سابق، ص 278.

[6] عبد الرحمان شميّلة الأهْدل، الأنكحة الفاسدة، بحث لنيل شهادة ماجستير في الفقه المقارن، 1983م، ص 183.

[7] البُضْعُ: "هو النكاح عند ابن السكيت, وفي الحديث فإن البضع يزيد في السمع والبصر، أي الجماع، وقيل البضع هو الفرج نفسه"، تاج العروس من جواهر القاموس، 331/20.

[8] الكساني، مرجع سابق، ص 278.

[9] عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني في فقه الإمام أحمد,دار الفكر، بيروت، ط :01، د. ت، 576/7.

ثانيًا : المذهب المالكي: يقسّم المالكية الشغار إلى قسمين وهما:

1- أن يذكر المهر والشرط، كأن يقول : زوّجني أختك بمائة على أن أزوّجك أختي بمائة، وحكم العقد بهذه الصيغة الفساد إذا وقع على وجه الشرط يعني تزويجا مشترطا بتزويج، أما إذا لم يقع على وجه الشرط بل على وجه المكافأة من غير توقف أحدهما على الآخر فذلك جائز، كأن زوّجه أخته أو ابنته فكافأه الآخر بمثل ذلك من غير أن يفهم توقف أحدهما على الآخر.

2- أن لا يذكر المهر ويذكر الشرط، مثاله زوّجني أختك أو ابنتك على أن أزوّجك أختي أو ابنتي، ووجه التسمية صريحا لخلوّه عن الصداق وهو فاسد أيضًا[1]. أي أنّ منشأ الفساد عندهم هو اقتران العقد بشرط فاسد وليس خلوّه من الصداق.

ثالثًا : المذهب الشافعي: ولا يصحّ نكاح الشغار وهو زوّجتك بنتي على أن تزوّجني بنتك وبضع كل واحدة صداق الأخرى فَيَقْبَلْ[2]، وسبب الفساد عندهم هو جعل بُضع كل واحدة منهما مهرا للأخرى.

- قال الإمام الشافعي رحمة الله عليه :"فإذا أنكح الرجل ابنته أو المرأة يلي أمرها على أن ينكحه ابنته أو المرأة يلي أمرها على أن صداق كل واحدة منهما بُضع الأخرى أو على أن ينكحه الأخرى ولم يسمّ لواحدة منهما صداق فهذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله ﷺ فلا يحل النكاح، وهو مفسوخ وإن أصاب كلّ واحد منهما مهر مثلها وعليها العدّة وهو كالنكاح الفاسد في جميع أحكامه لا يختلفان"[3].

رابعًا : المذهب الحنبلي: وهو أن يزوّجه وليّته على أن يزوّجه الآخر وليته ولا مهر بينهما سكتا عنه أو شرطا نفيه ولو لم يقل وبضع كل واحد منهما مهر الأخرى وكذا لو جعلا بضع كل واحدة ودراهم معلومة مهرا للأخرى [4] فالنكاح فاسد[5].

---

[1] عبد الرحمان شميّلة الأهْدَلْ، مرجع سابق، ص 175.

[2] الشربيني، مرجع سابق، ص 232.

[3] محمد بن إدريس الشافعي، كتاب الأم، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء، المنصورة، ط: 01، 2001م، 198/6.

[4] البهوتي، مرجع سابق، ص 93.

[5] الخرقي، متن الخرقي، دار الصحابة للتراث، د. م، د. ط، 1993 م، 104/1.

– وذهبوا إلى ما ذهب إليه المالكية في سبب الفساد، قال ابن قدامة: "ولأنّه جعل كل واحد من العقدين سلفا في الآخر فلم يصح، وفساده من جهة أنّه وقفه على شرط فاسد ولأنّه إذا شرط في النكاح إحداهما تزويج الأخرى فقد جعل بُضع كل واحدة صداق الأخرى ففسد"[1].

ب– نكاح التفويض :

التفويض في اللغة : من فوَّض إليه الأمر صيَّره إليه وجعله الحاكم فيه[2].

أمّا في الاصطلاح : نقول فوّض المرأة تفويضًا أي زوّجها بلا مهر وهو نكاح التفويض[3].

حكمه في المذاهب الأربعة :

أولاً : الحنفية

– قضى النبي ﷺ في بَرْوَع الأشجعية بصداق مثلها وجواز التزويج بغير تسمية المهر ووجب لها الميراث وهو جائز[4].

ثانيًا : المالكية

قال الإمام مالك:"ومن نكح ولم يفرض صداقاً جاز فرض صداق المثل إن بَنَى"، ولا يجب صداق المثل في نكاح التفويض ألاّ بالبناء، إذ لو مات قبل البناء والتسمية لم يكن لها صداق ولا متعة ولها الميراث، ولو طلّق لم يكن لها غير المتعة فقط[5].

– فالممنوع اشتراط عدم المهر فإذا شرط عدمه فلا يصحّ النكاح وغدا لم يذكر حال العقد وجب ذكره عند الدخول فإذا لم يذكر وجب مهر المثل[6].

ثالثًا : الحنابلة

– والتفويض نوعان: تفويض بُضع بأن يزوّج أب ابنته المجبرة أو غيرها بإذنها أو غير الأب بإذنها بلا مهر، والنوع الثاني تفويض مهر كعلى ما شاءت أو شاء أو فلان وهو

---

[1] ابن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، د. م، د. ط، 1968 م، 176/7 وما بعدها.

[2] ابن منظور، مرجع سابق، 210/7،

[3] محمد بن عبد الرزاق الحسيني، المرجع السابق، 496/18.

[4] يوسف بن موسى بن محمد أبو المحاسن جمال الدين المَلَطي، المعتصر من المختصر من مشكل الآثار، عالم الكتب، بيروت، د. ط، د. ت، 291/1.

[5] القيرواني، التهذيب في اختصار المدونة، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط:01، 2002م، 200/2 وما بعدها.

[6] عبد الرحمان بن محمد بن عسكر البغدادي، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك، مكتبة ومطبعة البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط: 03، د.ت، 58/1.

أجنبي ونحوه فالعقد صحيح ويجب به مهر المثل ولها مع ذلك ومع فساد تسميته طلب فرضه ويصحُّ إبراؤها منه قبل فرضه فإن تراضيَّا ولو على قليل صحّ وإلاّ فرضه حاكم بقدره ويلزمها فرضها كحكمه فدلّ أن ثبوت سبب المطالبة كتقديره أجرة مثل أو نفقة ونحوه حكم فلا يتغيّره السبب، وإن مات أحدهما قبل دخول وفرضِ ورثه صاحبه ولها مهر نسائها[1].

الفرع الثاني : النفقة

تعريف النفقة :

في اللغة : اسم من الإنفاق وما ينفق من الدراهم ونحوها والزاد وما يفرض للزوجة على زوجها من مال للطعام والكساء والسكنى والحضانة ونحوها[2].

- **عند الفقهاء :** عرّفها الفقهاء بعدّة تعريفات منها :

- **تعريف الحنفية :** هي الطعام والكسوة والسكنى[3].
- **تعريف المالكية :** ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف[4].
- **تعريف الشافعية :** من الإنفاق وهو من الإخراج ولا يستعمل في الخير[5].

حكمها :

- اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية، المالكية، الشافعية والحنابلة، على عدم وجوب النفقة للزوجة في عقد النكاح الفاسد واستدلوا بـــ :

1- إنّ سبب وجوب النفقة هو التمكين ولا يصح التمكين في النكاح الفاسد.

2-إنّ سبب وجوب النفقة هو حق الحبس الثابت للزوج عليها بسبب النكاح للزوج لأن حق الحبس لا يثبت في النكاح الفاسد[6].

---

[1] منصور بن يونس البهوتي، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، عالم الكتب، ط: 01، 1993م، 65/3 وما بعدها.

[2] إبراهيم مصطفى، المعجم الوسيط، تحقيق: مجمع اللغة العربية، د. ن، د. م، د. ط، د. ت، 942/2.

[3] ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت، د. ط، د. ت، 188/4.

[4] الخرشي، شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، د. ط، د. ت، 183/4.

[5] الشربيني، مرجع سابق، ص 558.

[6] المرجع نفسه، ص 558.

الخاتمة

من خلال هذه الدراسة المطوّلة لهذا المشروع الصغير استطعنا بحمد الله أن نتوصّل إلى النقاط التالية :

- للنكاح ركنان أساسيان يقوم عليهما: الإيجاب والقبول.
- للنكاح شروط انعقاد لا ينعقد النكاح بدونها، وشروط صحّة إن اكتملت صحّ النكاح وإن اختلّت كلّها أو بعضها فسد النكاح أو بطل منها : الولي، الرضا، الشهود، ...إلخ.
- الفاسد والباطل لفظان مترادفان عند جمهور الفقهاء في حين نجد أنّ الفاسد يختلف تماما عن الباطل عند الحنفية، حيث أنّ الفاسد عندهم هو ما اختلّ وصفه أمّا الباطل هو ما اختلّ أصله.
- الاختلاف بين الفقهاء في الفساد والبطلان راجع إلى اختلافهم في اقتضاء النهي الفساد.
- الزواج الفاسد تترتب عليه آثار الزواج الصحيح من حرمة المصاهرة، عدّة، نفقة ومهر، إلاّ أنّه يفسخ، أمّا الزواج الباطل فإنّه لا يترتب عليه أي أثر من آثار النكاح لا المالية ولا غيرها، من عدّة ونفقة ... عند جمهور الفقهاء.
- عند الحنفية العقد الفاسد لا يوجب حرمة المصاهرة فلا تثبت حرمة المصاهرة عندهم إلاّ بشروط.
- عند الجمهور الزنا لا تثبت حرمة المصاهرة حتى إنّ الإمام مالك والإمام الشافعي يقولون بجواز زواج الرجل من ابنته من الزنا. وابن الزنا لا يرث بخلاف الحنفية الذين قالوا بثبوت حرمة المصاهرة من الزنا.
- اتفق الفقهاء على أنّ النسب يثبت في النكاح الفاسد.
- الفساد المختلف فيه عند المالكية والحنابلة حكمه كالصحيح وتعتد المرأة عدّة طلاق، أمّا المجمع على فساده دون وقوع وطء فتعتدّ المرأة عدّة وفاة.

وختامًا نتمنّى أن نكون قد وفقنا في دراسة هذا الموضوع وتبسيط محتواه للقارئ كما نرجو أن نكون قد ألممنا بالموضوع لأنّه موضوع شامل يحتاج إلى مزيد من الدراسات الأكاديمية وغيرها وسواء من الناحية القانونية أو الفقهية، وذلك لمحاولة التقريب بين مختلف الآراء ووجهات النظر وإيجاد حل وسط يجمع بينهما.

وهذا والله تعالى أعلى وأعلم، فما كان من صواب فمن الله وحده وما كان من خطأ أو نسيان فمنّا ومن الشيطان.

فهرس الآيات القرآنية

الرقم	الآية	السورة	رقم الآية	رقم الصفحة
01	﴿فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ ...﴾	البقرة	222	24
02	﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ ...﴾	البقرة	232	16
03	﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ ...﴾	البقرة	232	16
04	﴿رَبَّنَا لَا تُزِغْ قُلُوبَنَا بَعْدَ إِذْ هَدَيْتَنَا ...﴾	آل عمران	8	23
05	﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ ...﴾	النساء	22	09
06	﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ ...﴾	النساء	23	33
07	﴿وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا ...﴾	المائدة	33	19
08	﴿لَا تَسْأَلُوا عَنْ أَشْيَاءَ إِنْ تُبْدَ لَكُمْ تَسُؤْكُمْ ...﴾	المائدة	101	23
09	﴿الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ...﴾	الإسراء	33	23
10	﴿لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ ...﴾	الأنبياء	22	19
11	﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا ...﴾	الأحزاب	37	09
12	﴿وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾	محمد	33	17
13	﴿لَا تَعْتَذِرُوا الْيَوْمَ ...﴾	التحريم	7	23

فهرس الأحاديث النبوية

الرقم	العنوان	الصفحة
01	"ألا أخبركم بالتيس المستعار ..."	34
02	"الأيم أحق بنفسها من وليها ..."	16
03	"أمرنا رسول الله ﷺ بالمتعة "	34
04	"أنّ النبي ﷺ نهى أن تنكح المرأة على عمّتها ..."	33
05	"أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحصاة ..."	24
06	"أنّ رسول الله ﷺ نهى عن الشغار ..."	32
07	"لا تبع ما ليس عندك ..."	33
08	"لا تنكح الأيم حتى تستأمر ..."	13
09	"لا نكاح إلاّ بولي وشاهدي عدل"	15-13
10	"ولا تصلّوا في أعطان الإبل "	23

فهرس الأعلام

العلم	الصفحة
أبو سبرة	34
الحكيم بن حزام	33
الرصاص	25

قائمة المصادر والمراجع

المصادر :

- القرآن الكريم (برواية ورش عن نافع).
- ابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، موقع الإسلام.
- أبو الحسين مسلم بن حجاج القشري النيسابوري، صحيح مسلم، دار طيبة، الرياض، ط:01.
- أبو داوود سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داوود، مكتبة المعارف، الرياض.
- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير، دمشق، ط: 01.
- محمد بن عيسى بن سورة، الترمذي، سنن الترمذي، مكتبة المعارف، الرياض، ط:01.

المراجع :

1. إبراهيم ضويان، منار السبيل، في شرح الدليل، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي د. م، د. ط، د.ت.

2. إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، تحقيق: مجمع اللغة العربية، د.ن، د.م، د.ط، د.ت.

3. ابن قدامة المقدسي، المغني، مكتبة القاهرة، د.م، د.ط، 1968م.

4. ابن مازة البخاري، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط:01، 2004م.

5. أبو المحاسن جمال الدين الملطي، المعتصر من المختصر من مشكل الآثار، عالم الكتب، بيروت، د.ط، د.ت.

6. أبو بكر بوكان، نظرية البطلان والفساد في عقد الزواج، بحث لنيل ماجستير في القانون الخاص، جامعة السليمانية، كلية القانون والسياسة، د.ت.

7. أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الأصول، تحقيق: حمزة بن زهير حافظ، د.ن، المدينة المنوّرة، د.ط، د.ت .

8. أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، بيروت، ط: 01، 1995م.

9. أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، د.ط، د.ت.

10. أبي سعيد البراذعي خلف بن أبي القاسم الأزدي القيرواني، التهذيب في اختصار المدونة، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط:01، 2002 م.

11. أبي عبد الله بن محمد حسن الشيباني، الجامع الصغير مع شرحه النافع الكبير، إدارة القرآن، د.م، د.ط، 1990م.

12. أحمد أبو فارس بن زكرياء، مقاييس اللغة، تحقيق : عبد السلام هارون ، دار الفكر، د. م، د.ط، د.ت.

13. أحمد شهاب الدين النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني، دار الفكر، د.ط، 1995م.

14. الأزهري، تهذيب اللغة، موقع الوراق، د.م، د.ط، د.ت.

15. الآمدي، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق : أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، د.م، ط: 01، 2000م.

16. بدر الدين محمد الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الصفوة، الغردقة، ط: 01، 1992م.

17. جمال الدين عبد الرحمان الآسنوي، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، تحقيق: محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط: 01، 1981م.

18. حسين بن محمد المحلي الشافعي، الإفصاح عن عقد النكاح عن المذاهب الأربعة، دار القلم العربي، حلب ، د.ط، د.ت.

19. حمزة محمّد قاسم، منار القارئ شرح مختصر صحيح البخاري، دار البيان، دمشق، د.ط، 1990م.

20. الخرشي، شرح مختصر خليل ، دار الفكر، بيروت، د.ط، د.ت.

21. الخليل بن أحمد الفراهيدي، العين، تحقيق: مهدي المخزومي، دار مكتبة الهلال، د.م، د.ط، د.ت.

22. زيد الدين المنجي، الممتع شرح المقنع، تحقيق: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، مكتبة الأسدي، مكّة المكرمة، ط: 03، 2003م.

23. زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت، د.ط، د.ت.

24. سعد الشتري، شرح كتاب قواعد الأصول ومعاقد الفصول، دار الكنز اشبيليا، الرياض، ط: 01، 2006م.

25. شمس الدين ابن الحاجب، الأصفهاني بيان المختصر، تحقيق: محمد مظهر بقا، د.ن، د.م، د.ط، د.ت.

26. شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، د.ط، د. ت.

27. شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، بيروت، ط: 01، 1997م.

28. الصادق الغرياني، منوّنة الفقه المالكي، مؤسسة الريّان، د. م ، د. ط، د.ت.

29. عائشة إبراهيم أحمد المقادمة، إثبات النسب في ضوء علم الوراثة، الجامعة الإسلامية، كلية الشريعة والقانون، غزة، 2012م.

30. عبد الحميد كشك، الإسلام وقضايا الأسرة، المكتبة التوقيفية، د.م، د.ط، د.ت،

31. عبد الرحمان الجزري، الفقه على المذاهب الأربعة ، دار الكتب العلمية ، بيروت، ط:02، 2003 م.

32. عبد الرحمان بن عبد الرحمان شميلة الأهدل، الأنكحة الفاسدة، بحث لنيل شهادة الماجستير في الفقه المقارن، 1936م.

33. عبد الرحمان بن محمد البغدادي، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك، مكتبة ومطبعة البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط: 03، د.ت.

34. عبد الكريم النملة، المهذّب في الفقه المقارن، مكتبة الرشيد، الرياض، ط:01، 1999م.

35. عبد الكريم زيدان، المفصّل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط:01، د.ت.

36. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة قرطبة، بغداد، ط:06، 1986م.

37. عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني في فقه الإمام أحمد دار الفكر، بيروت، ط:01، د.ت.

38. عبد الوهاب البغدادي، التلقين في الفقه المالكي، تحقيق: محمد ثالث سعيد الغاني، مكتبة قرار مصطفى الباز، د.ط، د.ت.

39. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار القلم، الكويت، ط: 02، 1990م.

40. عثمان أحمد النجدي الحنبلي، هداية الراغب لشرح عمدة الطالب، تحقيق. حسين محمد مخلوف، دار محمد، المملكة العربية السعودية، د.ط، 1996م.

41. علاء الدين الكساني، بدائع الصنائع، تحقيق : محمد معوّض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 02، 2003م.

42. علاء الدين المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق: إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط: 01، 1910م.

43. عمر سليمان الأشقر وآخرون، مسائل في الفقه المقارن، دار النفائس، الأردن، ط: 02، 1997م.

44. عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج، في ضوء الكتاب والسنّة، دار النفائس، الأردن، ط:01، 1997م.

45. فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط: 02، 2008م.

46. فخر الدين الرازي، المحصول في علم الأصول، تحقيق: جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، د.م، د.ط، د. ت.

47. مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، مصر، ط: 04، د.ت، 2004م.

48. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ط، 1977م.

49. محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر، د.م، د.ط، د.ت.

50. محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، دار السامية، بيروت، ط: 01، 1993م.

51. محمد الشريف الجرجاني، مكتبة لبنان، د. م، د.ط، د.ت، 1985م.

52. محمد أمين الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار عالم الكتاب، الرياض، د.ط، 2003م.

53. محمد بن أحمد المالكي، منح الجليل شرح مختصر الخليل، دار الفكر، بيروت، د.ط، 1989م.

54. محمد بن إدريس الشافعي، الأم، تحقيق: رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء، المنصورة، ط:01، 2001م.

55. محمد بن بدر الدين بن بلباب، أخصر المختصرات في الفقه على المذهب الأمام أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد بن ناصر العجمي، دار البشائر الإسلامية، بيروت ط:01، 1996م.

56. محمد بن عيسى بن سَوْرَة الترمذي، ت: 279 هـ، الجامع الكبير، تحقيق : بشار عواد معروف.

57. محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهدى، د.م، د.ط، د.ت.

58. محمد سليمان الأشقر، المجلّى في الفقه الحنبلي، دار القلم، دمشق، ط: 01، 1988م.

59. محمد مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، دار الجامعة، د.م، د.ط، د.ت.

60. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط: 01، 1992م.

61. مصطفى سعيد الخن، أثر الاختلاف، في القواعد، الأصولية في اختلاف الفقهاء، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط:07، 1998م.

62. المعلم بطرس البستاني، محيط المحيط، مكتبة لبنان، بيروت، د.ط، 1987م.

63. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، عالم الكتاب، ط:01، 1993م.

64. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشّاف القناع عن متن الإقناع، دار عالم الكتب، ط: خاصة، د.م، 2003م.

65. نجم الدين الطوفي شرح مختصر الروضة، تحقيق: عبد اله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط: 01، 1988م.

66. وهبة الزحيلي، الوجيز في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ط:01، 2006م.

67. يحي العمراني الشافعي، البيان في مذهب الشافعي، دار المنهاج، د، م، د.ط، د.ت.

فهرس الموضوعات

العنوان	الصفحة
الإهداء والشكر والعرفان	
مقدمة	3-1
الفصل الأول : مفاهيم أساسية	
تمهيد	06
المبحث الأول : مفهوم عقد النكاح أركانه وشروطه	16-07
المطلب الأول : مفهوم عقد النكاح وأركانه	10-07
أولاً : مفهوم عقد النكاح	08-07
ثانيًا : أركان عقد النكاح	10-08
المطلب الثاني : شروط عقد النكاح	16-11
أولاً : شروط الانعقاد في النكاح	12-11
ثانيًا : شروط الصحة في النكاح	16-12
المبحث الثاني : ماهية البطلان والفساد والتمييز بينهما	25-17
المطلب الأول : ماهية البطلان والفساد في العقود	20-17
أولاً : ماهية البطلان في العقود	19-17
ثانيًا : ماهية الفساد في العقود	20-19
المطلب الثاني : التمييز بين البطلان والفساد وأساسه	25-21
أولاً : التمييز بين البطلان والفساد	22-21
ثانيًا : أساس التمييز بين البطلان والفساد	25-22

الفصل الثاني : موقف فقهاء الشريعة من عقود النكاح غير الصحيحة وآثارها	
تمهيد	28
المبحث الأول : فساد وبطلان النكاح عند الفقهاء	34-29
المطلب الأول : فساد وبطلان النكاح عند الحنفية	31-29
أولاً : فساد النكاح عند الحنفية	30-29
ثانيًا : بطلان النكاح عند الحنفية	31-30
المطلب الثاني : فساد وبطلان النكاح عند جمهور الفقهاء	34-32
أولاً : عند المالكية	32
ثانيًا : عند الشافعية	34-33
ثالثًا : عند الحنابلة	34
المبحث الثاني : آثار عقد النكاح غير الصحيح	42-35
المطلب الأول : الآثار غير المالية	38-35
أولاً : حرمة المصاهرة	36-35
ثانيًا : النسب	37-36
ثالثًا : العدة	38-37
المطلب الثاني : الآثار المالية	42-39
أولاً : المهر	42-39
ثانيًا : النفقة	42
الخاتمـــة	44
فهرس الآيات القرآنية	45
فهرس الأحاديث النبوية	46
فهرس الأعلام	47
قائمة المصادر والمراجع	52-48
فهرس الموضوعات	53
ملخص البحث باللغتين العربية والإنجليزية	

الملخص

باللغة العربية :

عقد الزواج هو عقد بين الرجل والمراة يبيح استمتاع كل منهما بالآخر، ويبين ما لكل منهما من حقوق وما عليه من واجبات، ويقصد به حفظ النوع الإنساني. والزواج مشروع في الاسلام لقوله تعالى ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع﴾ النساء الآية [03]. ولا ينعقد النكاح إلاّ بتوفر أركانه وهي عبارة عن الإيجاب والقبول، بالإضافة إلى أن النكاح تحكمه جملة من الشروط إذا اختل أحدها خرج النكاح من دائرة الصحة إلى الفساد أو البطلان. فالزواج الفاسد هو ما تترتب عليه آثاره من عدة، نفقة، ومهر. بينما الباطل لا يترتب عليه أثر، فجمهور الفقهاء يرون أن الزواج الفاسد والباطل لفظان اثنان بمعنى واحد وهو كل ماليس بصحيح. أمّا الحنفية فالفاسد هو ما أخل بوصفه وشرع بأصله وتترتب عليه آثاره، أما الباطل فهو ما لم يشرع لا باصله ولا بوصفه وتترتب عليه آثاره. وأساس الاختلاف بين الفقهاء يكمن في هل يقتضي النهي الفساد حقا؟.

باللغة الإنجليزية :

Marriage contract is a contract between a man and woman entitles enjoy each other, and shows what each of the rights and duties of it, and is intended to save the human species. Verse [03]. (Vankhawwa what women of your choice, two or three, or four women)Marriage in Islam for the project says Marriage does not take place, but the availability of the pillars which is about offer and acceptance, as well as that the marriage is governed by a set of conditions, one of which misfire if the marriage came from the Department of Health to corruption or invalidity. Marriage is corrupt is what carries the effects of several, expense, and dowry. While falsehood does not entail effect, stroll scholars believe that marriage is corrupt and wrong for Fezan two words, one which is all correct. Malisse. The Tap Vafassd is breached as proceeded Bosalh, carries its effects, but it is wrong unless it is prescribed not Basalh not entail as its effects. The basis of the difference between the scholars lies in the Corruption Prevention requires you really?.

تم بحمد الله