شروط عقد النكاح في الفقه الإسلامي واختيارات قانون الأحوال الشخصية الكويتي

مع بعض القوانين الأخرى

إعداد

خلود بدر الزمانان

طالبة بالدراسات العليا - تخصص الفقه وأصوله

جامعة الشارقة - الشارقة

موجز عن البحث

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد – صلى الله عليه وسلم– وعلى آله وصحبه أجمعين.

وبعد : عنوان البحث: "شروط عقد النكاح" في الفقه الإسلامي واختيارات قانون الأحوال الشخصية الكويتي –مع بعض القوانين الأخرى.

موضوع البحث: يتناول هذا البحث شروط عقد النكاح في الفقه الإسلامي، مع ذكر اختيارات قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم (٥١) لسنة ١٩٨٤م، مع بعض القوانين الأخرى، وفيه سبعة مباحث، المبحث الأول فيه شروط عقد النكاح ويندرج تحته مطلبان: (المطلب الأول: تعريف الشرط وأنواعه، والمطلب الثاني: الفرق بين الركن والشرط)، والمبحث الثاني فيه شرط الركن لجهة الانعقاد مع اختيارات القانون ويضم ثمانية مطالب: (المطلب الأول: ما يشترط في صيغة العقد، المطلب الثاني: ما يقوم مقام اللفظ في الإيجاب والقبول، المطلب الثالث: الإيجاب والقبول يكونان في مجلس واحد، المطلب الرابع: الإيجاب والقبول والاختيار، المطلب الخامس: الإيجاب والقبول يكون منجزاً لا معلقاً،

المطلب السادس: اختلاف مورد الإيجاب والقبول، المطلب السابع: الإيجاب والقبول مسموعـًا ومفهومـًا، المطلب الثامن: اختيارات القانون في شروط الصيغة)، والمبحث الثالث فيه شروط ركن العاقدين والمعقود عليه مع اختيارات القانون، والمبحث الرابع شروط صحة عقد النكاح واختيارات القانون وفيه مطلبان: (المطلب الأول: الولي ركن العقد، المطلب الثاني: من شروط صحة عقد النكاح)، والمبحث الخامس الإشهاد والإعلان في عقد الزواج مع اختيارات القانون، وفيه ثلاثة مطالب: (المطلب الأول: الشهود أو الإعلان شرط لصحة النكاح ابتداء وانتهاء، المطلب الثاني: ما يشترط في شاهدي النكاح، المطلب الثالث: اختيارات القانون في الشهود شرط لصحة الزواج)، والمبحث السادس فيه شروط نفاذ عقد النكاح، وأما المبحث السابع والأخير ففيه الشروط الجعيلة لعقد النكاح ويندرج تحته خمسة مطالب: (المطلب الأول: شرط توثيق عقد الزواج، المطلب الثاني: تحديد سن الزواج أو تقييد الزواج بسن معين أو منع تزويج الصغار أو الزواج المبكر، المطلب الثالث: الفحص الطبي قبل إجراء عقد الزواج، المطلب الرابع: عقد النكاح المقترن بالشرط، المطلب الخامس: اختيارات القانون في عقد النكاح المقترن بالشرط)، وبعد ذلك الخاتمة وفيها أهم النتائج والمقترحات والتوصيات التي توصلت إليها من خلال هذا البحث، وبالأخير ذكرت المصادر والمراجع التي استعنت بها مع الهوامش.

Abstract

Praise be to Allah, the Lord of the Worlds, and peace and blessings be upon the Most Merciful our Messengers Muhammad, All Prayers and Blessings of Allah be upon him, his family and companions.

Title: "Conditions of Marriage Contract" in Islamic jurisprudence and the Kuwaiti Personal Status Law - with some other laws

Research topic:

This research deals with the conditions of the marriage contract in the Islamic jurisprudence, with reference to the Kuwaiti Personal Status Law No. (51) for year 1984, along with some other laws, including seven topics. The first topic deals with the conditions of the marriage contract and includes two requirements: (first requirement: definition of the condition and its types, the second requirement: the difference between the pillar and the condition), and the second topic in which the requirement of the pillar in terms of the meeting with the choices of the law and includes eight requirements: (the first requirement: what is required in the form of the contract, the second requirement: What can replace the word in the affirmative and acceptance, and the third requirement: affirmative and acceptance must be in the same session, the fourth requirement: the affirmative, acceptance and choice The fifth requirement: the affirmative and acceptance must be achieved not pending, the sixth requirement: different source of the affirmative and acceptance, the seventh requirement: the affirmative and acceptance must be heard and understood, the eighth requirement: choices of law in the terms of the formula) the third topic includes the conditions of the contracting parties and the subject of contract with the choices of law, and the fourth topic conditions of the law, The fourth topic is the conditions of the validity of the marriage contract and the choices of the law, including two requirements: (first requirement: the guardian of the contract, the second requirement: the conditions for the validity of the marriage contract), and the fifth topic is the certificate and declaration in the marriage contract with the choices of law including three requirements: (first requirement: witness or declaration is a condition for the validity of the marriage from the beginning to the end, second requirement: what is required of the witnesses of marriage, third requirement: The choice of law in witnesses is a condition for the validity of marriage). The sixth topic is the conditions for the validity of the marriage contract, and the seventh and last topic is the conditions for holding the marriage, and including five requirement: (The first requirement: conditions of authenticating the marriage contract, the second requirement: determining the age of marriage or restricting marriage at a certain age or prohibiting the marriage of young people or early marriage, the third requirement: the medical examination prior to the marriage contract, the fourth requirement: the marriage contract associated with the condition, the fifth requirement: the choices of law in the marriage contract associated with the condition, and then the conclusion which includes the important results, proposals and recommendations that I reached through this research. In the end, I mentioned the sources and references which I outsourcing from followed by the margins.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على خير المرسلين سيدنا محمد –صل الله عليه وسلم– وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

قال تعالى: (يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم إن الله عليم خبير)[1]، الله سبحانه وتعالى عندما خلق الكون، خلق من كل شيء زوجين ذكر وأنثى، لاستدامة الحياة، وجعل للعلاقة البشرية بين الذكر والأنثى ضوابط وأحكام، وأركان وشروط، وفي الفقه الإسلامي شرع النكاح لضبط تلك العلاقات، و للحفاظ على نسل البشرية، وللحفاظ على النفس من الوقوع في المحرمات، وجعل لعقد النكاح شروط –وهي محل البحث– ، مع ذكر اختيارات قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم (٥١) لسنة ١٩٨٤م، وبعض القوانين الأخرى.

المبحث الأول
شروط عقد النكاح
المطلب الأول
تعريف الشرط وأنواعه

الشرط في اللغة: (بسكون الراء) إلزام الشيء والتزامه، والجمع شروط وشرائط، (وبفتح الراء) العلامة، وجمعه أشراط، ومنها أشراط الساعة أي: علامتها[1].

الشرط في الاصطلاح: ما يتوقف عليه وجود الشيء، ويكون خارجاً عن ماهيته، ولا يكون مؤثراً في وجوده، وقيل الشرط ما يتوقف ثبوت الحكم عليه[2].

أنواع الشرط: للشرط أنواع يقسم إليها باعتبارات متعددة منها: (باعتبار مصدره – باعتبار متعلقة [3])، والشرط باعتبار مصدره قسمين: الأول: الشرط الشرعي: وهو ما يكون شرطاً بحكم الشارع، كشروط وجوب العبادات وأدائها، الثاني : الشرط الجعلى: وهو ما يكون شرطاً بإرادة المكلف، كشروط المتعاقدين التي لا تنافي حكم العقد أو مقتضى العقد شرعا.

والشرط باعتبار متعلقة قسمين: الأول: ما يكون شرطاً في الحكم وعدمه يستلزم عدم الحكم، كالحول في وجوب الزكاة، الثاني: ما يكون شرطاً في السبب، كالإحصان، فإنه شرط في تحقيق سببية الزنى لوجوب حد الرجم، فإذا انعدم الإحصان انتفت السببية[4].

المطلب الثاني
الفرق بين الركن والشرط

لقد تنوعت عند الفقهاء تصنيف شروط عقد النكاح لجهة ما أعتبره الفقهاء ركنًا، وشروط هذه الأركان لجهة انعقاد العقد من أصله، إذ مقتضى القول بالركنية القول بعدم انعقاده أصلاً، لا أنه انعقد العقد ثم بطل، لأن الشيء لا يوجد بدون ركنه وسوى ذلك مما اختلف في ركنيته وكان للشرطية أقرب تنوع عند الفقهاء إلى شروط: (صحة – نفاذ – لزوم)، وهذه الأركان والشروط كلها وإن تغايرت يتركب منها عقد النكاح، ومع ذلك اختلف الفقهاء في الصفة الحكمية التي أعطيت لهذه العقود سواء صفة البطلان أو الفساد، لكن الأمر بالبطلان عند فقد الركن المتفق عليه وهو أقرب لمعنى الركن لا لمعنى الشرط.

وقال الإمام الكاساني "مفرقًا بين الركن والشرط": (الأصل أن كل متركب من معان متغايرة ينطلق اسم المركب عليها عند اجتماعها، فإنّ كل معنى منها ركنًا للمركب، كأركان البيت في المحسوس ،والإيجاب والقبول في باب البيع في المشروعات، وكل ما يتغير الشيء به ولا ينطبق عليه اسم ذلك الشيء كان شرطًا كالشهود في باب النكاح[1])،وعلى هذا فكل من الركن والشرط لابد منه لتحقق المسمى شرعًا، غير أن الركن يكون داخلاً في حقيقة المسمى، فهو جزؤه، بخلاف الشرط فإنه يكون خارجًا عن المسمى وهو منه[2]، وقد صرح الشيخ ابن عبد الشكور: بأن الأركان توقيفية وإن جعل بعض الأمور ركنًا وبعضها شرطًا - شرعًا – توقيفي لا يدرك بالعقل[3].

المبحث الثاني
شرط الركن لجهة الانعقاد (واختيارات القانون)

شرط الانعقاد: هو الذي يجب ويلزم توفره في أركان العقد، فإذا تخلف بطل العقد ،أو ليس ينعقد العقد أصلاً باتفاق الفقهاء، فلا أثر ولا نتيجة تترتب عليه شرعًا بحال من الأحوال، وشرط الانعقاد منه ما يتعلق بركن الصيغة، وبركن العاقدين، وبركن المعقود عليه[1].

المطلب الأول
ما يشترط في صيغة العقد (الإيجاب والقبول)

اتفق الفقهاء على أن النكاح ينعقد "بالإيجاب والقبول"، وذلك باللفظ الذي يدل على ذلك وما يقوم مقام هذا اللفظ[2]، والإيجاب: هو الكلام الصادر أولاً من أحد العاقدين، والقبول هو الكلام الصادر ثانيًا من أحد العاقدين[3]، فلو قال الرجل للمرأة: تزوجتك على مهر قدره كذا، وقالت المرأة: قبلت زواجك على ما ذكرت من المهر، انعقد العقد، وكان الرجل موجبًا والمرأة أو وليها قابلاً، وكذلك لو قالت المرأة للرجل: زوجتك نفسي أو ابنتي على مهر قدره كذا، وقال الرجل: قبلت الزواج منك على ما ذكرت انعقد العقد، وكانت المرأة أو وليها موجبًا، والرجل هو القابل.

وبالتالي فلا يشترط صدور الإيجاب من طرف بعينه، بل ما يصدر من ولي الزوجة، والقبول هو ما يصدر من الزوج أو وكيله[4] ، وقال الحنابلة بوجوب تقدم الإيجاب، لأن القبول إنما يكون للإيجاب، فمتى وجد قبله لم يكن قبولاً لعدم معناه فلم يصح، فلو قال الزوج: تزوجت

ابنتك، وقال الولي زوجتكها، لم يصح رواية واحدة[1]، والظاهر أن الإيجاب ما يصدر أولاً بصرف النظر عمن يصدر عنه والقبول يليه، **وقد اختار قانون الأحوال الشخصية الكويتي** ما قاله الحنابلة بوجوب تقدم الإيجاب، وجعله مبتدأ من ولي الزوجة، وذلك في المادة (٨) ونصها: (ينعقد الزواج بإيجاب من ولي الزوجة وقبول من الزوج أو ممن يقوم مقامهما)، وقول القانون "ممن يقوم مقامهما" نص في إجازة التوكيل بالنكاح.

المطلب الثاني
ما يقوم مقام اللفظ في الإيجاب والقبول

الأصل في الإيجاب والقبول أو بيان تحقق توافق الإرادتين للنكاح في مجلس العقد هو "النطق" أو "العبارة بالألفاظ المخصوصة أو الجائزة لهذا العقد"، ولا يصح بغير العبارة طالما كان قادراً عليها، غير أنه قد يتعذر أو يتعسر النطق أو إسماع القول بالإيجاب والقبول، فهذا له حكمه الخاص ولا يعدم بيان إرادته للنكاح إيجابـًا أو قبولاً، وقد ينوب عن النطق بعض الوسائل كالإشارة، أو الكتابة، أو إرسال الرسول، أو الشهود، أو الفعل، ولكل وسيلة من هذه الوسائل مرتبتها وأحكامها الخاصة بها، **وأتناول ذلك في المسائل التالية:**

المسألة الأولى
إشارة الأخرس ونحوه في انعقاد عقد النكاح

سواء كان الخرس خلقةً أو طارئـًا، وسواء أكان قادراً على الكتابة أم عاجزاً عنها معتبرة شرعـًا، وتقوم مقام عبارة الناطق فيما لابد فيه من العبارة إذا كانت إشارته معهودة مفهومة لأن الإشارة هي لسان الأخرس، وهذا عند جمهور الشافعية، وبه قال المالكية والحنابلة، واشترط الحنفية أن لا يكون الأخرس يحسن الكتابة وهو قول بعض الشافعية، وذلك لأن الكتابة أدل

على المراد من الإشارة[1]، وهذا متصور إذ أمكن تعليم الأخرس ونحوه الكتابة، ومسلم أن الكتابة أدل على المراد من الإشارة، وهذا متصور لحد كبير في معتل اللسان أو مقطوعة أو الخرس الطارئ لخوف أو رعب.

المسألة الثانية
الكتابة، أو الكتاب، أو الرسالة المكتوبة

القادر على النطق: ١- إما أن يكون حاضراً في مجلس العقد ٢- أو غائباً عنه، والحاضر لا ينعقد نكاحة بالكتابة عند الفقهاء، لأنه قادر على النطق أو على الأصل، فلا حاجة ولا ضرورة لغيره[2]، أما الغائب عن مجلس العقد وإن كان حاضراً في البلد[3]، فاختلف الفقهاء في انعقاد عقده **على قولين**: [4]

- **القول الأول:**

ينعقد النكاح (بالكتاب) كما ينعقد بالمخاطبة أي: المشافهة والتلفظ بين حاضرين، وهو قول للشافعية والأظهر عند الحنابلة[5]، وصورته: ان يكتب إليها يخطبها فإذا بلغها الكتاب أحضرت الشهود وقرأته عليهم، وقالت: زوجت نفسي منه، أو تقول: إن فلاناً كتب إليّ يخطبني فاشهدوا أني زوجت نفسي منه، وأما لو لم تقل بحضرتهم سوى زوجت نفسي من فلان فلا ينعقد إلا بسماع الشرطين، شرط لصحة النكاح وبإسماعهم الكتاب أو التعبير عنه منها فقد سمعوا الشطرين، وهذا إذا كان الكتاب بلفظ التزويج.

أما إذا كان بلفظ الأمر كقوله: زوجي نفسك من فلان، فلا يشترط إعلامها الشهود بما

في الكتاب لأنها تتولى طرفي العقد بحكم الوكالة، وقيل: إنه توكيل ضمني فيثبت بشروط ما تضمنه وهو الإيجاب ومن شروطه سماع الشهود، ولو جاء الزوج بالكتاب إلى الشهود مختومـًا، فقال: هذا كتابي إلى فلانة فاشهدوا على ذلك لم يجز في قول أبي حنيفة حتى يعلم الشهود ما فيه، وعند أبي يوسف يجوز، فلو جحد الزوج الكتاب بعد العقد فشهدوا – الشهود– بأنه كتابه ولم يشهدوا بما فيه لا تقبل ولا يقضى بالنكاح، وعن أبي يوسف تقبل الشهادة ويقضى به.

وأما الكتاب فصحيح بلا إشهاد، وإنما الإشهاد لتمكن المرأة من إثبات الكتاب إذا جحد الزوج[1]، وفي قول للشافعية، أو الجمهور[2] يصح إذا كان الكتاب من الولي: ويشترط الفورية في القبول في مجلس بلوغ الخبر.

- **القول الثاني:**

لا ينعقد بالخطاب، لأنه كناية ولا ينعقد العقد بالكنايات[3]، وأن الكتابة أو الخطاب لا يكون إلا للضرورة كخرس، ويستطيع الغائب توكيل غيره في عقد زواجه فلم تنشأ حالة الضرورة[4]،و الظاهر جوازه وانعقاد العقد بالخطاب، إذا ما أحيط هذا الأمر بشروط الخطاب إلى جانب ما اشترطه الحنفية من الإشهاد وصيغته من نحو: أن يكون الخطاب مرسومـًا وموسومـًا بالإمضاء والختم مشتملاً على الإشهاد على مضمونه كاملاً بما يدفع عنه احتمال التزوير بشكل تام.

المسألة الثالثة
انعقاد الزواج بإرسال الرسول أو الإرسال في النكاح

الإرسال معناه: بعث الرسول بأمر، فينعقد الزواج بإرسال الرسول إذا نقل عبارة المرسل إلى المرأة وقال: إن فلانـًا أرسلني إليك وقال بحضور شاهدين: إنه تزوجك على مهر قدره كذا، فقالت قبلت الزواج منه على ما ذكر من المهر صح العقد، ويكون القبول في المجلس الذي بلغت فيه الرسالة[1].

المسألة الرابعة
القبول بالفعل ليس كالقبول باللفظ أو النكاح "بالتعاطي"

صرح الحنفية والحنابلة بأن النكاح لا ينعقد بالتعاطي احترامـًا للفروج، أي لخطر أمرها وشدة حرمتها فلا يصح العقد عليها إلا بلفظ صريح أو كناية.

وصورة المسألة: (امرأة زوجت نفسها بألف من رجل أو ولي زوج ابنته بألف من رجل عند الشهود، فلم يقل الزوج شيئـًا لكن أعطى المهر في المجلس، لا يكون قبولاً ما لم يقل بلسانه قبلت، بخلاف البيع لأنه ينعقد بالتعاطي) والنكاح لخطره لا ينعقد حتى يتوقف على الشهود.

اختيارات القانون: في المادة(٩) الفقرة (ب) و(ج) صاغ اختياره على النحو التالي:

[ب- ويجوز أن يكون الإيجاب بين الغائبين بالكتابة أو بواسطة رسول أو الشهود، ج- وعند العجز عن النطق تقوم مقامه الكتابة، فإن تعذرت -الكتابة- فبالإشارة المفهمة] وهذا مذهب الجمهور، وأما انعقاد عقد النكاح بالفعل فهو متفق على منعه.

المطلب الثالث
الإيجاب والقبول يكونان في مجلس واحد

قال له في (الدكان) أو في السفينة أو في القطار: زوجتك ابنتي أو انكحتك، زوجني ابنتك فقال فوراً في مجلس العقد قبلت نكاحها أو زوجتك بنتي، انعقد العقد، لأن الإيجاب والقبول في مجلس واحد وتبع القبول الإيجاب فوراً أي اتصل القبول بالإيجاب لكنه قد ينشغلا إلى جانب انشغالهم بموضوع عقد الزواج بأمر آخر ثم يرجعان إلى موضوع الزواج ويطول المقام، وبعد ذلك يقول الطرف الآخر: قبلت، انعقد ولا يعدّ أو يعتبر ما طرأ من حديث أو انشغال بأمر من نحو بيع أو قضاء حاجة لأحد الأطراف قاطعاً القبول عن الإيجاب، لأن المجلس يجمع المتفرقات، أي ما يوجد في آخر المجلس يعتبر كالذي يوجد في أوله مهما طال أمد المجلس، وأما إذا قام أحدهما عن المجلس أو انشغل أحدهما بأمر آخر سوى موضوع العقد، أو صدر الإيجاب في (الدكان) وصدر القبول في (المسجد) فهذا يقطع اتصال القبول بالإيجاب، لاختلاف المجلس حقيقة (كالمسجد أو قيامه عن المجلس) أو حكماً بإعراض أحدهما بالانشغال عن الموضوع المطروح بموضوع آخر غير مقصود، والانشغال بغير المقصود إعراض عن المقصود[1]، وهذا إذا كان العاقدان حاضرين.

أما إذا كان التعاقد بين غائبين، فمجلس العقد هو مجلس قراءة الكتاب أو سماع رسالة الرسول مع حضور شاهدين، فيعتبر المجلس مهما امتد، ولم ينقطع بحديث آخر أو إعراض عنه أو قيام من المجلس.

المطلب الرابع
الإيجاب والقبول والاختيار

والمقصود بالاختيار هو: (أ- خيار المجلس، ب- وخيار الشرط).

أ- خيار المجلس فيه صورتان:

الصورة الأولى: قال زوجتك ابنتي، قال: قبلت، انعقد العقد ولم يقوما من مجلس العقد، فهل لأحد الطرفين أن يختار إنهاء العقد في المجلس قبل التفرق والانفضاض من المجلس.

الصورة الثانية: قال زوجتك ابنتي، قال: قبلت ولي خيار المجلس، أو امنحني القبول إلى آخر المجلس، على القول باشتراط فورية القبول.

قال جمهور الفقهاء: النكاح لا يثبت فيه خيار المجلس، جاداً كان أو هزلاً، لأنه ليس بيعًا ولا في معناه، والعوض ليس ركنًا فيه ولا مقصوداً منه، لأن الحاجة غير داعية إليه، فإنه لا يقع في الغالب إلا بعد ترو وفكر، ومسألة كل واحد من الزوجين عن صاحبه والمعرفة بحاله، بخلاف البيع فإنه لا تجري فيه مثل هذه الأمور عادة[1].

وقال المالكية: (يلزم النكاح بمجرد الإيجاب والقبول وإن لم يرض الآخر، ولو قامت قرينة على قصد الهزل، لأن النكاح عقد لازم لا يجوز فيه الخيار، إلا خيار المجلس، فهو معمول به عندنا في خصوص النكاح إذا شرط)[2]، بأن قيل: امنحني أولي خيار المجلس.

ب- خيار الشرط:

صورته: قال له: زوجتك ابنتي و لي الخيار يومين، فقال قبلت، ولي الخيار ثلاثة أيام، أو كان الخيار لأحد الأطراف، قال الجمهور يصح العقد، ويبطل الخيار.

قال ابن قدامة: "ولا يثبت في النكاح خيار، وسواء في ذلك خيار المجلس وخيار الشرط، ولا

نعلم أحداً خالف في ذلك، لأن الحاجة غير داعية إليه، ولأن النكاح ليس بمعاوضة محضة، ولأن ثبوت الخيار فيه يفضي إلى فسخه بعد ابتذال المرأة فإنّ في فسخه بعد العقد ضرر بالمرأة، ولذلك أوجب الطلاق قبل الدخول نصف الصداق"[1].

وقال المالكية: أنّه إذا شرط الخيار في عقد النكاح يومـًا أو أكثر لأحدهما أو بخيار الغير (فيفسخ) النكاح قبل البناء وجوبـًا ويثبت بالدخول المسمى إن كان وإلا فبصداق المثل[2].

المطلب الخامس
الإيجاب والقبول يكون منجزاً لا معلقاً

الأصل أن يكون إنشاء الزواج بالإيجاب والقبول في الحال، وبعبارة أخرى: يشترط التنجيز في الإيجاب والقبول، لأن عقد النكاح لا يقبل التعليق ولا الإضافة، والتعليق: إما أن يعلق على أمر أو شرط مستقبل، وإما على أمر حال، وإما على المشيئة، والإضافة لأمر مستقبل: لا يصح إضافة صيغة النكاح (الإيجاب والقبول) إلى المستقبل كأن يقول الرجل للمرأة: تزوجتك غداً أو بعد غد أو سنة كذا أو شهر كذا، أو زوجتك ابنتي إذا جاء رأس الشهر[3].

وأما التعليق على أمر مستقبل: فإنّ النكاح لا يصح، لأنه أمر محتمل الوجود والعدم، أي: متردد الحال، والنكاح شرع ليفيد حكمه في الحال، فهو ثابت الحال في الحال والتردد يناقض ما شأنه الثبات، ومثاله: إذا جاء فلان فقد زوجتك بنتي فلانة فقبل، فجاء فلان فإنّه لا ينعقد.

وأما بالتعليق على أمر حال ومحقق الوجود، وذلك كمن خطبت إليه ابنته فقال: زوجتها فلم يصدق الخاطب، فقال: إن لم أكن زوجتها من فلان فقد زوجتها منك، ثم ظهر أنه لم يكن زوجها حيث ينعقد النكاح بينهما، لأن هذا تعليق بما هو موجود للحال، والتعليق بكائن

للحال تحقيق وتنجيز، وبه قال الحنفية والحنابلة والشافعية[1].

وأما التعليق بالمشيئة: من نحو قولك: تزوجتك إن شئت فقالت: شئت أو إن شاء زيد فقال: شئت، قبلت إن شاءت ابنتي، فقالت: شئت، والضابط في صحة العقد هو: أن يبطل من له المشيئة مشيئته في المجلس، لأن المشيئة إذا بطلت في المجلس صار نكاحاً بغير مشيئة كما مثلنا، وهذا عند الحنفية والحنابلة[2]، وقال الشافعية: لو قال: زوجتك إن شاء الله وقصد التعليق أو أطلق، لم يصح، لأن مشيئة الله غير معلومة فلا يقع بها ما علق عليها، إن قصد التبرك وأن كل شيء بمشيئة الله تعالى صح[3]، وما ذكره الشافعية يناسب ما يجري في المشاهد من الوقائع في زماننا.

المطلب السادس
اختلاف مورد الإيجاب والقبول

لانعقاد العقد لابد من موافقة القبول للإيجاب صراحة أو ضمناً، فالموافقة الصريحة كأن يقول أحدهما: زوجتك بنتي (هند) على ألف دينار ويقول الآخر: قبلت منك زواجها على ما ذكرت من المهر، والموفقة الضمنية: أن يقول القابل في الجواب: قبلت منك زواجها على ألفي دينار فالزيادة هنا موافقة إلى خير و أولى، فلو خالف مورد القبول مورد الإيجاب سواء في المهر أو المحل المعقود عليه فلا ينعقد العقد[4].

المطلب السابع
الإيجاب والقبول "مسموعاً ومفهوماً"

ولانعقاد العقد لابد أن يسمع كل من المتعاقدين كلام الآخر ويفهمه جملة لا مفرداً، وان يفهم أن المقصود هو عقد الزواج، وأن أحدهما موجب وطالب والآخر قابل[1].

المطلب الثامن
[اختيارات القانون] في شروط الصيغة

سبق بيان وسائل الصيغة (الإيجاب والقبول) التي اختارها القانون الكويتي ورتبها في ضوء ما قاله الفقهاء، ثم إن الفقهاء وفي ضوء الدليل وضعوا لهذه الصيغة (الإيجاب والقبول) شروطاً لابد منها وابتدأت هذه الشروط من (المطلب الثالث: الإيجاب والقبول يكونان في مجلس واحد) وما بعده.

فتناول القانون هذه الشروط في (الفصل الأول: الصيغة) من الباب الثالث (شرائط عقد الزواج) في مادة واحدة وهي رقم (١٠) ونصها –مع بيان ما اختاره القانون في ضوء ما سبق بيانه عند الفقهاء :

أ- يشترط في الإيجاب والقبول – (الصيغة) :

١ – (أ) أن يكونا منجزين غير دالين على التوقيت.

سبق بيان ما قاله الفقهاء من اشتراط التنجيز في عقد النكاح: أي أن يكون إنشاء الزواج بالإيجاب والقبول في الحال، وأن عقد النكاح لا يقبل التعليق ولا الإضافة –كما جاء في المطلب الخامس–، واختار القانون أو سار القانون وفق المذهب الحنفي السابق الذكر في التعليق والإضافة[2]، وقول القانون: (غير دالين على التوقيت) فهذه إضافة من القانون في

الأخذ برأي الجمهور في بطلان زواج المتعة والزواج المؤقت، لأن الشأن في (زوجني) (زوجتك) التأبيد وملك التمتع من الجانبين مع الاختصاص لجهة الرجل فتأقيتها يخل بهذا الأصل، والحنفية متفقون على هذا الأصل مع المالكية والشافعية والحنابلة، لذا أعرض القانون عن قول زفر من الحنفية بانعقاد (الزواج المؤقت) مع إلغاء التوقيت فأعتبره باطلاً، لأن المعنى فيه وفي المتعة واحد، فكل منهما زواج إلى أجل أي معلق انتهاؤه بانتهاء الأجل والأجل أمر مستقبل وهو متفق على منعه وإن كان بلفظ التزويج وحضره الشهود إذ العبرة في العقود للمقاصد لا للألفاظ[1].

٢- (ب) موافقة القبول للإيجاب صراحةً أو ضمنـًا.

اختار القانون هنا ما قاله الفقهاء كما في المطلب السادس.

٣- (ج) اتحاد مجلس العقد للعاقدين الحاضرين.

ويبدأ المجلس بين الغائبين منذ اطلاع المخاطب بالإيجاب على مضمون الكتاب، أو سماعه بلاغ الرسول، ويعتبر المجلس في هذا الحال مستمراً ثلاثة أيام يصح خلالها القبول ما لم يحدد بالإيجاب مهلة أخرى كافية، أو يصدر من المرسل إليه ما يفيد الرفض.

سبق بيان ما قاله الفقهاء: من أن الإيجاب والقبول يكونان في مجلس واحد في -المطلب الثالث- ،وقد اختار القانون الكويتي في مجلس الحاضرين ما قاله الفقهاء، و أما التعاقد بين الغائبين فكان للقانون اختيار آخر ذكره في المذكرة الإيضاحية حيث قال: وقد اشترط المشروع -القانون- في التعاقد بين الغائبين بطريق الكتابة أو الرسول أن ينشأ القبول في مجلس قراءة الكتاب أو إبلاغ الرسول، فلم يأخذ المشروع -القانون- بما جاء في مبسوط شيخ الإسلام (خواطر زاده) وما قرره (الرحمتي) من أن الغائب الذي أرسل إليه الإيجاب

بالكتاب إذا قرأه فلم يقبله في أول المجلس يجوز له بعد ذلك أن يقرأه في مجلس آخر متى شاء بحضور شهود، فيكون هذا بمنزلة ما لو تكرر الخطاب من الحاضر في المجلس الثاني فيصح القبول مهما طالت المدة بين القراءتين، بحجة اقتران القبول بالإيجاب، إذ مجلس العقد هو مجلس كل قراءة، فإن هذا الرأي محرج لمرسل الإيجاب، فإن المخاطب بالإيجاب قد يتلو الكتاب فلا يقبل، وتطول المدة كثيراً يصرف المرسل نظره، ويأس من القبول، وقد يتزوج ثم يفاجأ بأن المرسل إليه جدد قراءة الكتاب وقبل الزواج، ولا يخفى ما في هذه النتيجة من مشكلات، هذا وإن النظر القانوني يقرر في حالة التعاقد بين غائبين أن المخاطب بالإيجاب إذا لم تحدد له مهلة للقبول يمنح مهلة معقولة منذ اطلاعه على كتاب الإيجاب ليقبل أو يرفض، ويعتبر مجلس العقد قائماً خلالها، وقد رأت لجنة قانون الأحوال الشخصية الكويتي أن هذا الرأي القانوني لا يتنافى مع نظر الفقهاء في مجلس العقد، فأخذت به، لكنها حددت هذه المهلة المعقولة بثلاثة أيام قطعاً لفوضى التقدير، ما لم يحدد المرسل في الإيجاب مهلة اقل أو أكثر، فحينئذ تتبع المهلة المحددة، والمستند في تحديد هذه المهلة هو قاعدة (الاستصلاح) لأن الموضوع اجتهادي من أساسه، فتحديد المجلس فيه متروك للنظر الفقهي المبني على التقدير المعقول وفقاً للمصلحة، وأما تحديد المهلة بثلاثة أيام فقد استوحي من مهلة خيار الشرط المشروع للتروي، حيث يحددها كثير من الفقهاء بثلاثة أيام أخذاً بظاهر حديث: (إذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام)[1].

٤ – (د) بقاء الإيجاب صحيحاً إلى حين صدور القبول.

لم تعرض المذكرة الإيضاحية بيان هذه الفقرة، وقد سبق بيان أقوال الفقهاء في المطلب الرابع (الإيجاب والقبول والاختيار) والقانون هنا اختار قول المالكية: النكاح عقد لازم لا

يجوز فيه الخيار وهو -قول الجمهور- إلا خيار المجلس فهو معمول به عندنا في خصوص النكاح إذا اشترط بأن قبل: امنحني أو لي خيار المجلس[1].

٥- (هـ) أن يكون كل من العاقدين الحاضرين سامعـًا كلام الآخر فاهمـًا أن المقصود به - أي بالكلام- الزواج- ،القانون هنا اختار ما قاله الفقهاء كما سبق في (المطلب السابع)- والله تعالى أعلم.

المبحث الثالث
شروط ركن العاقدين والمعقود عليه في عقد النكاح (واختيارات القانون)

سبق أن تقرر: أن الصيغة (الإيجاب والقبول) ركن من أركان العقد، وله شروطه الخاصة به، فإذا فقد هذا الركن شرطًا من شروطه فلا ينعقد العقد أصلاً، -لا أنه انعقد وبطل- ولا وجود له شرعًا، ولا يترتب عليه أي أثر شرعي.

وأن العقد مركب من جملة مفردات مصنفة إلى أركان وشروط، والعاقدان والمعقود عليه ركن من أركان العقد وله شروطه الخاصة به لينعقد العقد، إذ العقد بين ذكر وأنثى [حصراً شرعًا وطبعًا وعقلاً وعرفًا]، لأن الإيجاب له طرفه والقبول له طرفه، وقد اشترطت الشريعة جملة من الشروط في هذين الركنين لينعقد العقد وتترتب عليه آثاره ووفق شروط معينة فكانت هذه الشروط شرطًا لانعقاده لجهة الذكر والأنثى والمعقود عليه.

وبيان هذه الشروط فيما يلي:

١-أن يكون كل من العاقدين ذا أهلية كاملة، بالعقل والبلوغ، سواء أكان يعقد أصالة لنفسة أو وكالة أو ولاية على غيره، فلا ينعقد عقد الصبي ولا المجنون[١]، والأهلية المشروطة هنا هي أهلية الأداء الكاملة طالما أننا نتناول أخطر العقود، وأما قضية عقد الصبي المميز فإنّه وإن انعقد عند الحنفية عقده لنفسه لكنه غير نافذ بل نفاذه يتوقف على إجازة وليه، وأما قضية أهلية الأنثى البالغة العاقلة لعقد النكاح فهي محل خلاف بين الفقهاء لجهة هذا الأمر لكنها متوفر فيها هذا الشرط ويملك الولي حق الاعتراض[٢].

٢-أن يكون الزوج مسلمًا إذا كانت الزوجة مسلمة، فلا ينعقد زواج المسلمة من غير المسلم

ولا يترتب على زواجها منه أثر ما، لقوله تعالى: (لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن)[1]، وهذا أمر مجمع عليه.

٣-أن يكون كل من العاقدين حلاً للآخر، بأن لا يقوم بواحد منهما مانع من موانع النكاح القاطعة التي لا شبهة فيها ولا خلاف بين الفقهاء عليها، من نحو المحرمات تحريماً مؤبداً رجلاً كان أو امرأة، كالأخ وأخته، والخالة والخال، والعم والعمة، أو تحريماً مؤقتاً كأخت الزوجة فيكون العقد عليها باطلاً، وإذا فقدت هذه الشروط كلها أو أحدها فلا ينعقد عقد النكاح أصلاً ولا وجود له شرعاً، ولا أثر له إطلاقاً.

٤-أن لا تكون المرأة ممن لا تدين بدين سماوي كالمشركة.

اختيارات القانون الكويتي:

أ- تناول القانون الشرط (٢ ، ٣ ، ٤) في إطار صحة عقد الزواج في (الفرع الأول: الحل والحرمة) من الفصل الثاني (العاقدان) في مادة واحدة وهي رقم(١٢) ونصها: [يشترط لصحة الزواج ألا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريماً مؤبداً أو مؤقتاً].

ب- تناول القانون الشرط (١) في (المبحث الأول: "أهلية الزواج والنيابة في عقده"- في الفرع الثاني "الأهلية والولاية"-المواد: ٢٤ ، ٢٥).

المبحث الرابع
شروط صحة عقد النكاح واختيارات القانون

المراد: شرط الصحة، وهو الذي يلزم من تخلفه فساد العقد لا بطلانه، فالعقد ينعقد مع تخلفه، لكن فيه خللاً يستوجب فسخه، ولكل من العاقدين وللحاكم فسخه لاستحقاقه الفسخ، ولا تترتب أحكام على العقد الفاسد فور انعقاده، بل بعد التنفيذ بالدخول حيث تترتب بعض الأحكام.

المطلب الأول
"الولي" ركن العقد أو شرط في ركن العقد وله شروط

سبق بيان أن العاقدين ركن العقد، والذكر (البالغ العاقل) أحد العاقدين لا ولي أو ولاية عليه في انكاح نفسه، وأما الذكر الصبي الصغير أو المجنون فعليه ولاية باتفاق فيكون الولي هنا هو ركن العقد، والأنثى البالغة العاقلة هي أحد العاقدين، وباتفاق الفقهاء الصغير والمجنونة عليها ولي فيكون الولي هنا هو ركن العقد، وهذا بالاتفاق، والخلاف في (الأنثى البالغة العاقلة أحد العاقدين)، قال الحنفية: لها ولاية على نفسها لجهة النكاح أو عقد النكاح، والولي شرط في نفاذه عند الخلل في الكفاءة والمهر، وقال المالكية والشافعية: الولي ركن من أركان عقد النكاح فلا يصح النكاح بدون ولي بشروطه، لأنه من أركان العقد التي لا يتحقق وجود العقد إلا به، والمراد بالولي: من له ولاية ولو تولى غيره انعقد بإذنه، فلا يصح عند المالكية و الشافعية تولي عقد النكاح من أنثى[1].

وخلاصة القول: الولي أو الولاية عند الحنفية شرط في ركن العاقد وعند غيرهم الولي ركن من أركان العقد كالعاقد بل هو أحد العاقدين، وبالتالي يشترط في الولي اتفاقاً أو مع

الاختلاف: العقل، والبلوغ، والإسلام، العدالة، الذكورة، الرشد[1].

المطلب الثاني
من شروط صحة عقد النكاح

١-أن لا يكون أحد العاقدين أو كلاهما، محرماً بحج أو عمرة عند جمهور الفقهاء لحديث: (لا ينكح المحرم ولا ينكح) أخرجه مسلم.

والحنفية لصحة عقد النكاح لم يشترطوه، لأن النبي-صلى الله عليه وسلم- تزوج ميمونة وهو محرم وبني بها وهو حلال، وقد رواه البخاري ومسلم والترمذي وأبو داود والنسائي[2].

٢-أن لا تكون المرأة محرمة على الرجل تحريماً فيه شبهة أو خلاف بين الفقهاء كما لو كانت المرأة معتدة من طلاق بائن، أو كانت أختاً للمطلقة التي لا تزال في عدتها، فإن العقد عليها يكون فاسداً لا باطلاً، ويجب فسخه قبل الدخول، فإذا حصل الدخول قبل الفسخ تترتب عليه آثار شرعية، ويقع المتعاقدان في الإثم[3].

المبحث الخامس
الإشهاد والإعلان في عقد الزواج (واختيارات القانون)

الشهادة في اللغة: عبارة عن الإعلام أو الإعلان والبيان، وحضور الشهود شرط ركن العقد وهو الصيغة(الإيجاب والقبول)[1].

المطلب الأول
الشهود أو الإعلان شرط لصحة النكاح ابتداء وانتهاء

سبق بيان أن تسمية (الشهود) عند الشافعية (بالركن) متساهل فيه[2]، ثم إنه جرت عادة الناس منذ القدم على إعلان الفرحة والسرور عند زواج هذا من هذه، واتفقت كل الشرائع والأعراف على ذلك وإن اختلفت صور الإعلان والإشهار[3].

أولاً: وقبل بيان هذه المسألة نفترض جملة من الأحوال في مجال هذه المسألة وذلك من نحو:

١-قال فلان لفلانة تزوجتك على ألف، فقالت: قبلت أو قال (ولي) فلانة لفلان: زوجتك بنتي فلانة، فقال: قبلت، وكان وكان هذا في مجلس الناس أو في السوق أمام الناس وقاموا بتوزيع الحلوى.

٢-قال (الولي) وهو جالس في دكانه: يا فلان زوجتك ابنتي، أو قال له فلان: زوجني ابنتك فلانة، فقال: قبلت، وليس يوجد أحد من الناس معهم ولم يعلموا أحداً من الناس أو خرجا من الدكان يوزعون الحلوى على الناس في السوق، ويقولون لهم: هذا بمناسبة زواج فلان من فلانة بنت فلان.

٣-جاء فلان مع فلانة إلى إدارة ما، وعقد الزواج وسجل في السجلات وأمام الموظفين وليس

يوجد شهود على العقد.

٤-قال بينه وبينها: تزوجتك على ألف، فقالت: قبلت زواجك، أو تزوجتك على كتاب الله وسنة رسوله بمهر قدره كذا، فتقول قبلت زواجك، أعطاها المهر أم لا، ولا يعلم بذلك أحد من الناس سوى أنه كان يدخل عليها البيت ويخرج، أو لا يراه أحد من الناس يدخل ويخرج ثم رآه الناس فشكوا حسبة حاله للحاكم، أو كان يخرج ويبيت معها على بصر الناس وسمعهم ولا يعرف بينهما عقد ولا غيره.

٥-قال لها بوجود وليها أو بدون وجود وليها أو بدون وجود وليها زوجيني نفسك فقالت: قبلت ثم آتيا بورقة وبحضور شاهدين أو بدونهما وكتب فيها عقد الزواج وسجلت فيه المعلومات بعد الاطلاع على الهويات أو بدون الاطلاع على الهويات، وختم الكتاب بتوقيع فلان وفلانة والشهود أو بدون توقيع الشهود، ثم طلب أحدهم أن يتزوج من هذه (الفلانة) سواء طلب منها مباشرة أو من وليها، أو مات فلان أو فلانة وكان أحدهما غنياً، أو تركها أو تركته، ثم تزوجت فبانت ثيوبتها، أو أعطاها أو أعطته مالاً كثيراً جداً ثم حصل موت، أو تزوج إنسان هذه (الفلانة) فجاءت بولد لأقل من مدة الحمل، أو لأكثرها، أو جاءت بولد فإن أنكره هذا الفلان، ماذا تفعل فلانة وماذا يفعل فلان، وكيف يكون عليه الحال لجهة (فلانة) وأسرتها أو أسرة (فلان) مع أسرة (فلانة) وحال المجتمع ككل.

ثانياً: اختلف العلماء في اشتراط الشهود أو الإعلان لصحة عقد النكاح على ثلاثة أقوال:

القول الأول: الشهادة ليست شرطاً في عقد النكاح، ويصح العقد بغير شهود وبه قال بعض العلماء ومنهم يزيد بن هارون[1]، وقال ابن قدامة: وعن أحمد أنه يصح بغير شهود، غير أن

علماء المذهب الحنبلي قيدوا هذه الرواية بما إذا لم يكتموه، فمع الكتم تشترط الشهادة رواية واحدة عن الإمام احمد وذكره بعضهم إجماعاً[1] أي: أجمع علماء المذهب الحنبلي على اشتراط الشهادة، واستدلوا لذلك بالمنقول والمعقول:

المنقول: فما قاله ابن المنذر–قال–: (وقد اعتق النبي –صلى الله عليه وسلم– صفية ابنة حيي فتزوجها بغير شهود)، وقالوا لو كانت الشهادة شرطاً في النكاح لما تركها النبي[2] كاختصاصه بالزيادة على الأربع.

وردّ هذا الاستدلال بالقول: إن نكاح النبي بغير شهود وبغير ولي فمن خصائصه في النكاح فلا يحلق به غيره[3].

وأما المعقول: قال يزيد بن هارون: أمر الله تعالى بالإشهاد في البيع (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) [4]، دون نكاح، فاشترط أصحاب الرأي (الحنفية) الشهادة للنكاح ولم يشترطوها للبيع[5].

ويردّ هذا الاستدلال بقول الكاساني: (إن الشهادة ما شرطت إلا في النكاح للحاجة إلى دفع الجحود والإنكار، لأن ذلك يندفع بالظهور والإشهار لكثرة الشهود على النكاح بالسماع من العاقدين وبالتسامع، وبهذا فارق سائر العقود، فإنّ الحاجة إلى الشهادة هناك لدفع احتمال الشهود النسيان أو الجحود والإنكار في الثاني إذ ليس بعدها ما يشهرها ليندفع به الجحود فتقع الحاجة إلى الدفع بالشهادة فندب إليها[6].

إضافة إلى أن البيع لا يتعلق به إلا حق المتعاقدين، بينما النكاح يتعلق به حق غير المتعاقدين وهو (الولد)، لذلك اشترطت فيه الشهادة حتى لا يجحد أبوه فيضيع نسبه، وفي ذلك من الضرر ما لا يحفى، إضافة أيضاً إلى أن النكاح ليس بيعاً باتفاق[1].

القول الثاني: ويستحب الاشهاد على العقد الدائم والاعلان به، وبه قال الشيعة الجعفرية[2] (الإمامية الإثنا عشرية).

القول الثالث: قال جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة في المذهب[3]: الشهادة شرط لصحة النكاح، فلا يصح إلا بحضرة شاهدين لخبر عائشة: (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل) أي حضور الشاهدين شخصياً إلى مجلس العقد، والمعنى في اعتبارها الاحتياط للإبضاع[4]، والاحتياط واجب وموجب هنا للشهادة لخطر المحل وعموم خطرة.

وما روي عن عبدالله بن عباس –رضي الله عنهما– أن رسول الله –صلى الله عليه وسلم– قال: (البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينه) ولو لم تكن الشهادة شرطاً لم تكن زانية بدونها، ولأن الحاجة ماسة إلى دفع تهمة الزنا عن الزوجة بعد النكاح والدخول، ولا تندفع إلا بالشهود لظهور النكاح واشتهاره بقول الشهود[5]، قال ابن هبيرة: واتفقوا أي: –أصحاب وأئمة المذاهب الأربعة– على أن حضور الشاهدين العدلين ينعقد بهما النكاح مع الولي[6].

القول الرابع: الإشهاد على النكاح واجب لكنه ليس ركناً من أركان عقد النكاح، لأن ماهية العقد لا تتوقف عليه، وهو كذلك ليس شرطاً في صحة عقد النكاح بل هو واجب مستقل

مخافة أن كل أثنين "رجل وامرأة" اجتمعا في خلوة على فساد يدعيان سبق عقد بلا إشهاد فيؤدي إلى رفع حد الزنا.

قال ابن جزي المالكي: الشهادة لا تجب في العقد وتجب في الدخول، وهي شرط كمال في العقد وشرط جواز في الدخول[1].

فأصل الإشهاد على النكاح عند المالكية واجب، وكونه عند العقد زيادة على الواجب والمندوب، وإن فقد عند العقد ووجد عند الدخول فقد حصل الواجب وفات المندوب، وإن لم يحصل عند العقد كان واجبًا عند البناء (الدخول بالزوجة)، وإن لم يوجد شهود أصلاً، وحصل الدخول بلا إشهاد على النكاح فسخ العقد بطلقة بائنة، وإنما كان الفسخ بطلقة لصحة العقد بدون الإشهاد عليه وكان –الطلاق– ببائنة لأنه فسخ جبري من الحاكم[2].

والحاصل ما قاله الشوكاني: والحق ما ذهب إليه القائل بوجوب الإشهاد عند عقد النكاح، لأن أحاديث الباب في إشارة إلى حديث عائشة –رضي الله عنها– وغيره يقوى بعضها بعضًا والنفي في قوله (لا نكاح) يتوجه إلى الصحة وذلك يستلزم أن يكون الإشهاد شرطًا لأنه قد استلزم عدمه عدم الصحة وما كان كذلك فهو شرط[3].

المطلب الثاني
ما يشترط في شاهدي النكاح

بالجملة يشترط في الشهود ما يلي: الإسلام، التكليف (كمال الأهلية)، العدالة، الذكورة، السمع، البصر، النطق، التيقظ، معرفة لسان العاقدين، أن لا يكون الشاهدان ابني الزوجين، وفيما يلي بيان ذلك:

١- الإسلام: يشترط إسلام الشاهدين إذا كان الزوجان مسلمين، باتفاق الفقهاء، لأن الشهادة من باب الولاية ولا ولاية لغير المسلم على المسلم، ولا يشترط هذا الشرط إذا كان الزوجان غير مسلمين باتفاق الفقهاء، وإما إذا كانت الزوجة (كتابية) والزوج مسلماً، فقال أبو حنيفة وأبو يوسف: يجوز شهادة كتابين على العقد، سواء كانا موافقين لها في الملة أو مختلفين، وقياس هذا القول يقضي جواز أن يكون أحد الشاهدين مسلماً والآخر كتابياً، والدليل لهما: عمومات النكاح من الكتاب والسنة، نحو قوله تعالى: (فانكحوا ما طاب لكم من النساء)[1]، وقوله -صلى الله عليه وسلم- (تناكحوا) وغير ذلك مطلقاً من غير شرط لأن للكافر ولاية على الكافر.

وقال بقية الفقهاء: يشترط إسلام الشاهدين حتى ولو كانت الزوجة كتابية، لأن الإشهاد شرط جواز العقد، والعقد يتعلق وجوده بالطرفين الزوج والمرأة، ولم يوجد الإشهاد على الطرفين لأن شهادة الكافر حجة في حق الكافر وليست حجة في حق المسلم، فكانت شهادته -أي: الكتابي- ملحقة بالعدم، فلم يوجد الإشهاد في جانب الزوج فصار: كأنهما سمعا كلام المرأة دون كلام الرجل، ولو كان كذلك لم يكن النكاح كهذا[2].

٢- التكليف: أي أن يكون الشاهد عاقلاً بالغاً، فلا تقبل شهادة المجنون بالإجماع، ولا

شهادة الصبي، لقوله تعالى: (واستشهدوا شهيدين من رجالكم)[1]، ولأن الشهادة من باب الولاية ولا ولاية لأحدهما على نفسه فكيف يكون له ولاية على غيره، إذ فاقد الشيء لا يعطيه[2] .

٣- العدالة: العدل هو: من اجتنب الكبائر، ولم يصر على الصغائر، وغلب صوابه، واجتنب الأفعال الخسيسة في عرف الناس، وقيل: العدالة هي: الاعتدال والاستقامة وهو الميل إلى الحق[3]، وقيل العدالة بمعنى أن لا يكون الشاهد ظاهر الفسق ويكفي أن يكون مستور الحال.

وهي شرط في الشاهد عند المالكية والشافعية في الأصح والحنابلة، لقول رسول الله -صلى الله عليه وسلم- (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل)[4]، ولا يشترط الحنفية العدالة في الشهود، لأن الفاسق له ولاية على نفسه فيشهد على عقد الزواج، ولأن عمومات النكاح مطلقة عن شرط العدالة ثم اشتراط أصل الشهادة بصفاتها المجمع عليها ثبتت بالدليل فمن ادعى شرط العدالة فعليه البيان[5].

٤- الذكورة: ذهب جمهور الفقهاء إلى اشتراط الذكورة في شاهدي النكاح فلا ينعقد النكاح عندهم بشهادة النساء ولا بشهادة رجل وامرأتين، لأنه لا يثبت بقولهن، روى أبو عبيد في الأموال عن الزهري أنه قال: "مضت السنة أنه لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في النكاح ولا في الطلاق"[6]، وذهب الحنفية وأحمد في رواية إلى أنه لا يشترط ذكورة شاهدي

النكاح فينعقد عندهم بشهادة رجل وامرأتين، لأن الأصل في شهادة المرأة القبول لوجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والأداء، ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الأخرى لديها[1]، وقال تعالى: (أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى)[2].

٥- السمع: لأن حضور الشهود شرط ركن العقد وهو الإيجاب والقبول، فما لم يسمعا كلامها لا تتحقق الشهادة عند الركن فلا يوجد شرط الركن، فالمشهود عليه قول فلا بد من سماعه وبالتالي فلا ينعقد بحضرة النائمين والأصمين [3]، وينبغي أن لا يختلف في انعقاده بالأصمين إذا كان كل من الزوج والزوجة أخرس، لأن نكاحه ينعقد بالإشارة حيث كانت معلومة [4]، واشتراط السمع في الشاهدين قال به كل الفقهاء وحكى الشمس الرملي في الأصم وجهـًا عند الشافعية أنه: لا يشترط في الشاهد على النكاح السمع[5].

٦-النطق: قال ابن شعبان من المالكية: تجوز شهادة الأخرس، ويؤديها بإشارة مفهمة أو كتابة وهو رواية عند الحنابلة والصحيح عند الشافعية[6]، وقال بقية الفقهاء: لا ينعقد بشهادة الأخرس، لأن الأخرس لا يتمكن من أداء الشهادة[7].

٧- التيقظ والضبط: أي شهادة المغفل الذي لا يضبط، والمغفل: هو من لا يستعمل القوة المنبهة مع وجودها فيه[8]، نص على هذا الشرط الشافعية والمالكية، فلا ينعقد النكاح

عندهم بالمغفل الذي لا يضبط، وينعقد كما قال النووي بمن يحفظ وينسى عن قريب[1].

٨- البصر: أجاز جمهور الفقهاء شهادة الأعمى -الضرير- على هذا العقد إذا كان يميز أصوات المتعاقدين لأن شهادته على أقوالهما، فتصح كما تصح في المعاملات[2].

وفي القول الأول للشافعية: يشترط في شاهدي النكاح البصر، لأن الأقوال وهي المشهود عليها في عقد النكاح لا تثبت إلا بالمعاينة والسماع[3].

٩- معرفة لسان أو لغة العاقدين: قال النووي: "فلا ينعقد النكاح إلا بحضرة....عارفين لسان المتعاقدين"[4]، فلا يكفي اخبار ثقة بمعنى قول العاقدين، قال الشبراملسي: أي بعد تمام الصيغة، أما قبلها بأن أخبره عدل بمعناها ولم يطل الفصل فتصح، وقيل يكفي ضبط اللفظ.

وحكى أبو حسن العبادي -من الشافعية- وجهاً أن النكاح ينعقد بمن لا يعرف لسان العاقدين لأنه ينقله إلى الحاكم[5]، وقال الحصكفي -من الحنفية- يشترط في الشاهدين أن يكونا (فاهمين) أنه نكاح على المذهب أي: مذهب الحنفية، وذكر ابن عابدين أنه: لو عقدا بحضرة هنديين لم يفهما كلامهما لم يجز والظاهر أنه يشترط فهم أنه نكاح، ثم قال: لو يحسنان العربية فعقدا بها، والشهود لا يعرفونها اختلف المشايخ فيه، والأصح أنه ينعقد، ثم قال: ووفق (الرحمتي) بحمل القول بالاشتراط على اشتراط فهم أنه عقد نكاح، والقول بعدمه على عدم اشتراط فهم معاني الألفاظ بعد فهم أن المراد عقد نكاح[6].

١٠-أن لا يكون الشاهدان ابني الزوجين، أو شهادة الأصول والفروع في هذا العقد: الأصل عدم قبول شهادة الأصول للفروع وشهادة الفروع للأصول، وقد جرى الفقهاء على هذا الأصل، غير أن الحنفية وفي وجه أصح عند الشافعية قالوا: إنه يجوز أو ينعقد العقد بشهادة ابني المرأة من غيره وشهادتهما له من غيرها، وشهادة ابنيها منه، وذلك لأن الإعلان في عقد الزواج بالشهادة، لكن ليس تقبل شهادتهم لإثباته عند التجاحد، بل كان قبول شهادتهم لمنع السرية ودفع التهمة، وإظهار الخطر[١].

وخلاصة القول في هذه الشروط كما قال الحصكفي- عند الكلام على الشروط لجهة انعقاد عقد النكاح-: (وشرط سماع كل من العاقدين لفظ الآخر ليتحقق رضاها، وشرط حضور شاهدين حرين أو حر وحرتين مكلفين سامعين قولهما معًا على الأصح فاهمين أنه نكاح على المذهب، مسلمين لنكاح مسلمة ولو فاسقين أو محدودين في قذف أو أعميين أو ابني الزوجين أو ابني أحدهما، وإن لم يثبت النكاح بهما أي بالابنين إن ادعى القريب، أي لو كان ابنيه وحده أو ابنيهما لا تقبل شهادتهما للمدعي ولا عليه، لأنها لا تخلو عن شهادتهما لأصلهما، وكذا لو كان أحدهما ابنها والآخر ابنه لا تقبل أصلاً) [٢].

المطلب الثالث

[اختيارات القانون] في: الشهود شرط لصحة الزواج

قد تناول القانون الكويتي بعض ما سبق ذكره في نص المادة (١١) من الفصل الأول (الصيغة) في الباب الثالث (شرائط عقد الزواج) وأما الباقي من الموضوعات فتناول بعضها وبإيجاز أو إشارة أو كلمة في المذكرة الإيضاحية ولم يتناول البعض الآخر، حيث جاء في المادة (١١) ونصها: [أ-يشترط في عقد صحة عقد الزواج حضور شاهدين مسلمين، بالغين،

عدلين، سامعين معـًا كلام المتعاقدين، فاهمين المراد منه. ب–وتصح شهادة كتابين في زواج المسلم بالكتابية].

أ– فقد اختار القانون أن الشهادة شرط لصحة عقد النكاح وهو قول جمهور الفقهاء.

ب– والشروط التي اختارها في الشاهدين فعلى النحو التالي:

١– شرط الإسلام متفق عليه واستثنى منه إذا كانت الزوجة كتابية فيصح شهادة الكتابيين على زواجها من مسلم وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

٢– شرط البلوغ والعقل متفق عليه.

٣– شرط الذكورة (الرجلين) وهو قول مالك وجمهور الفقهاء، فخرجت شهادة النساء.

٤– شرط السماع، قال به كل الفقهاء فخرج شهادة الأخرس لأنه لا يسمع.

٥–فاهمين المراد منه، وهو ما يعبر به عند الفقهاء: معرفة الشاهدين للسان أو لغة العاقدين، قال به جمهور الفقهاء.

وما سوى ذلك من شروط أوردها الفقهاء فليست شرطـًا في الشهود من نحو: العدالة، التيقظ والضبط (المغفل)، العمى، الشاهد أصل أو فرع، وهو قول الحنفية والأصح عند الشافعية.

وفي المذكرة الإيضاحية ذكر بأن: أخذت هذه المادة من مذهب أبي حنيفة ومن وافقه، وفي أحكامها تيسير، ودفع للحرج مع مراعاة للمصلحة، والعدل رأي الكثير من المجتهدين، ثم قالت المذكرة الإيضاحية: وواضح أن الشهادة في عقد الزواج يقصد منها –أصلاً– (الإعلان) الواجب في هذا العقد، لا (إثباته)، ذلك أنه قد يكون شهود الزواج غير صالحين لإثباته شرعـًا، كأن يتزوج مسلم بكتابية بشهادة كتابين، فإن شهادتهما على المسلم لا تقبل وعلى هذا يبقى أمر اثبات الزوجية خاضعـًا لطرق إثباتها[1]، وفي هذا مراعاة وبيان حيطة المذهب المالكي

– والله تعالى أعلم.

وما ورد من مسائل أخرى داخلة تحت هذا الشرط ولم يتناولها القانون أو مذكرته الإيضاحية فقد تم ذكر أقوال الفقهاء فيها ومنهم المالكية -في الجملة.

المبحث السادس
شروط نفاذ عقد النكاح أو: النكاح الموقوف على الإجازة [واختيارات القانون]

أولاً: قال ابن هبيرة: واختلفوا في النكاح الموقوف على الإجازة من المنكوحة أو الولي أو الناكح هل يصح أم لا؟ فقال أبو حنيفة: هو صحيح، موقوف على الإجازة، فمتى وجدت ثبت على الإطلاق، وقال الشافعي: لا يصح على الإطلاق، وعن مالك روايتان: إحداهما: لا يصح جملة، والأخرى: يجوز إذا أجيز بقرب ذلك من غير تراخ شديد.

وعن أحمد روايتان: **إحداهما**: لا يصح على الإطلاق وهي التي اختارها "الخرقي"، **والثانية**: يصح مع الإجازة، كمذهب أبي حنيفة[1].

ثانيـًا: نفاذ العقد: أي آخذت الآثار الشرعية للعقد طريقها أو سبيلها لتترتب على العقد، ولنفاذ العقد شروط تتعلق بركن العقد لجهة العاقدين إذا وجدت نفذ العقد، وإذا تخلفت صار العقد موقوفـًا على إجازة من له الحق في الإجازة، وهذه الشروط هي:

١-كمال أهلية المتعاقد، وهي بالعقل والبلوغ: الأصل أنه لا ينعقد عقد النكاح الذي يعقده المجنون والصبي الذي لا يعقل، لأن العقل والبلوغ من شرائط أهلية التصرف [2]، لذا كان كمال الأهلية بالعقل والبلوغ في عقد النكاح شرطـًا لانعقاد سواء باشرا العقد بنفسهما أو بوكيل عنهما، فإذا كان أحد العاقدين ناقص الأهلية كما لو كان صبيـًا عاقلاً مميزاً أو معتوهـًا[3]، إذ المعتوه عند الحنفية في تصرفاته وفي التكليف كالصبي المميز العاقل[4] فعلى

قول الحنفية بانعقاد عقده فهو عقد غير نافذ بل نفاذة يتوقف على إجازة وليه، لأن نفاذ التصرف لاشتماله على وجه المصلحة والصبي لقلة تأمله ولانشغاله باللهو واللعب لا يقف على ذلك فلا ينفذ تصرفه بل يتوقف على إجازة وليه فلا يتوقف على بلوغه حتى لو بلغ قبل أن يجيزه الولي لا ينفذ بالبلوغ، لأن العقد انعقد موقوفًا على إجازة الولي ورضاه لسقوط اعتبار رضي الصبي شرعًا، وبالبلوغ زالت ولاية الولي فلا ينفذ ما لم يجزه بنفسه بعد البلوغ[1].

وعند غير الحنفية لا تنعقد تصرفات الصبي أصلاً بل هي باطلة[2]، وكذا المعتوه إلحاقًا به، والظاهر ما قاله غير الحنفية في أمر الزواج حيطة لخطورته.

٢-ألا يكون الزوج محجوراً عليه لسفه أو تفليس:

أ-عقد نكاح المحجور عليه لسفه[3]: قال الحنفية بصحة نكاح المحجور عليه لسفه، ولا يتوقف عقده على إجازة أحد، وهو قول عند الحنابلة، وذلك لأنه عقد غير مالي، ولزوم المال فيع ضمني ولأنه يصح عقد النكاح مع الهزل، ولأنه من الحوائج الأصلية للإنسان[4]، وقال المالكية بصحة نكاح المحجور عليه بسفه، ويكون النكاح موقوفًا على إجازة الولي، فإن أجازه نفذ، وإن رده بطل ولا شيء للزوجة[5]، وقال الشافعية: السفيه لا ينعقد عقده أصلاً بل لابد أن يأذن له قبل العقد لا بعده، لأنه تصرف يجب به المال فلم يصح بغير إذن وليه، فإذا تزوج بغير إذن وليه فلا شيء للزوجة إن لم يدخل فإن دخل بها فلا حد للشبهة ولا يلزمه شيء كما لو اشترى شيئًا بغير إذن وليه وأتلفه، والقول الثاني

يلزمه مهر المثل كما لو جنى على غيره، والقول الثالث: يلزمه أقل شيء يتمول[1]، قال النووي: المحجور عليه لسفه، لا يستقل بالتزوج بل يراجع الولي ليأذن أو يزوجه، والإذن للسفيه في النكاح لا يفيده جواز التوكيل، لأنه لم يرفع الحجر، فلو نكح السفيه بلا إذن فباطل[2].

ب-عقد نكاح المحجور عليه لفلس: قال المالكية: إن عقد زواجه لا ينفذ إلا بإذن وليه، لأن في الزواج إنفاق المال وهو ممنوع منه إلا بإذن وليه فيمنع مما يوجبه[3] ، وقال الشافعية للمحجور عليه بفلس (النكاح) وتكون المؤنة في كسبه لا فيما يده[4]، والظاهر قول المالكية لشبه بالتصرف المالي من مهر ونفقة.

٣-أن يكون كل من المتعاقدين له صفة شرعية اعتبارية، تخوله إجراء العقد، كما لو كان وليـًا أو وكيلاً أو كان عاقداً لنفسه، فلو كان فضوليـًا -الفضولي: هو من لم يكن وليـًا ولا أصيلاً ولا وكيلاً في العقد-[5]، أو كان وكيلاً خالف الموكل فيما وكله فيه كان العقد موقوفـًا على إجازة صاحب الشأن الذي عقد له، فإن أجازه نفذ، وإلا كان العقد باطلاً.

٤-ألا يكون عقد النكاح تم من الولي الأبعد مع وجود الولي الأقرب، فإن زوج الولي الأبعد مع وجود الولي الأقرب كان العقد موقوفـًا على رضا الولي الأقرب[6].

ثالثـًا: اختيارات القانون: سبق بيان ما قاله الفقهاء في شروط نفاذ العقد، وقد أورد القانون اختياره باشتراط كمال الأهلية في المتعاقدين وذلك في الفقرة (أ) من المادة (٢٤) ونصها:

[يشترط في أهلية الزواج العقل والبلوغ] وهو قول جمهور الفقهاء، وصورة المسألة: أن يذهب المجنون أو المعتوه أو الصبي دون البلوغ ويعقد عقد النكاح على امرأة، وليست الصورة في كونه أهلاً لتكوين أسرة فهذه مسألة أخرى، لذا كان عقده غير لازم إذا فعله بنفسه، واختار القانون اشتراط أن يكون كل من المتعاقدين له صفة شرعية اعتبارية فإذا فقدت هذه الصفة لم يصر العقد لازمـًا، فقال في المادة (٢٨) الفقرة (أ):[زواج الفضولي إذا وقع صحيحـًا يتوقف على إجازة صاحب الشأن].

المبحث السابع
الشروط (الجعلية) لعقد النكاح

الشرط ينقسم باعتبار مصدره إلى قسمين رئيسيين:

أ- الشرط الشرعي -التوقيفي- : هو ما يكون شرطاً بحكم أو بجعل الشارع كشروط انعقاد عقد النكاح -السابق ذكرها- مثلاً.

ب- الشرط الجعلي: هو ما يكون أو يجعل شرطاً بإرادة واختيار المكلف لحاجة ما.

ج- وهذا الشرط على أقسام:

١- شرط معلق: إن دخلت الدار فأنت طالق، فيلزم الطلاق بالدخول.

٢- شرط مقيد: وهو الالتزام بأمر زائد على العقد[1]، وهذا هو المعنى أو المراد هنا.

إذ أن عقد النكاح يتم شرعاً عند استيفاء شروط انعقاده وصحته ونفاذه ولزومه المتعلقة بأركانه التي سبق ذكرها وهي شروط ورد الشرع بها ليتحقق بوجودها (عقد النكاح الشرعي).

د- وقد يقتضي الحال في زمن ومكان (ما) أن يحاط عقد النكاح -الذي تتأسس به الأسرة التي يتكون منها المجتمع- ببعض الشروط، وبيان ذلك:-

أولاً: بما يصح اشتراطه في هذا العقد.

ثانياً: أو أن توضع شروط خارجة عن العقد يراها فقهاء لزمان ومكان (ما) على أن تكون:

١- مناسبة بشكل عام لما عليه الحال في هذا الزمان من وجود ترتبات كثيرة على عقد الزواج لجهة قوانين الجنسية، والإعلانات الاجتماعية، والحقوق المالية، والنزاعات الزوجية عند اختلاف الدين، واختلاف الجنسية، ووجود قوانين الأحوال الشخصية من الفقه الإسلامي، وقد تلتقي في أمر وقد لا تلتقي -حسب الاختيار- في آخر، فهذا مثال لما عليه الحال من حيث:

❖ إضافة إلى تنظيم السجلات في الدولة لكل شئون الناس، وعقد النكاح وآثاره شأن من هذه الشئون داخل النظام العام.

❖ إضافة إلى أن جلّ الناس لا يعرفون أحكام النكاح كعقد مميز عن بقية العقود، والآثار المترتبة عليه.

فأنشئ لذلك إدارات خاصة لتوثيق عقود الزواج أو كل ما يتعلق بشئون حقوق الأسرة الداخلية أو علاقتها لجهة حقوقها والآثار المترتبة عليها في المجتمع.

فقضية توثيق عقود الزواج –مثلاً– شملت في طياتها توثيق الوقف والوصية وكيفية تصريف الأمور الأخرى، ولنتصور كيف يكون عليه الحال إذا أنكر هذا حق هذا أو أدعى هذا حقًا على ذلك، لذا أنشأ في العديد من الدول إدارات خاصة بهذا الأمر أيًا كان اسمها، كإدارة التوثيقات الشرعية التابعة لوزارة العدل في الكويت.

٢- وبشكل خاص مناسبة لحماية هذا العلاقة داخليًا والآثار المترتبة عليها ولاستقرار واستمرار الأسرة حسب الحال، وبحكم الواقع الذي يعيشونه، فمثلاً: قضية سن الزواج والفحص الطبي والشروط في عقد الزواج هي من الحال والواقع الذي نعيشه، وكل ذلك معالج تحت مظلة سعة الشريعة الإسلامية لاستيعاب الأحوال وفق القواعد والأسس الشرعية –المجسدة بقوانين الأحوال الشخصية– ضبطًا للأمور، وتثبيتًا للحقوق ورفعًا ودفعًا للنزاع عند الإنكار، والرضى والإيفاء عند الإقرار.

قال ابن جزي المالكي: (المسألة الخامسة في كتاب –أي كتاب الصداق–، وليس شرطًا، وإنما يكتب هو توثيقًا للحقوق ورفعًا للنزاع.....)[1].

ثالثًا: فما تقدم هو تمهيد يناسب تناول الشروط أو الأمور التي أوجبها أو جعلها المكلف

بإرادته واختياره[لجهة عقد الزواج المستوفي للشروط الشرعية التوقيفية]، وغيره من الأمور التي تترتب عليه لحفظ أدائها، وضمان قضائها، وسوى ذلك مما اشترط فيه التوثيق الشرعي.

وهذه الشروط هي:

أ- توثيق عقد الزواج.

ب- تحديد سن عقد الزواج.

ج- الفحص الطبي قبل عقد الزواج.

د- شرط العاقد في عقد الزواج.

المطلب الأول
شرط توثيق عقد الزواج

أ-إذا ورد التوجيه في القرآن الكريم على توثيق المداينات بين الناس بالكتابة، وأن يكتب بينهم كاتب بالعدل في قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب عدل)[1]، فإن توثيق عقد الزواج بحجة رسمية وإسناد كتابية يكون من باب أولى "وقد أوجب الظاهرية كتابة عقود الدين"[2]،وبالتالي فكتابة وتوثيق عقود النكاح أو توثيق وكتابة الأمور الأخرى من طلاق[3] أو رجعة أو وقف أو وصية أو إيصاء أو صداق أو نفقة أو غير ذلك يكون أوجب، وذلك لأن عقد الزواج عقد عظيم الخطر، وبالغ الأثر، ومحله شديد الحرمة، وتتعلق به حرمات، وتنشأ عنه تبعات، وتترتب عليه آثار هامة مادية ومعنوية، وعليه يجب الاحتياط في إثباته أو في تثبيته وتسجيله، ولابد من قواعد تحمل الناس على الدقة والنظام في هذا الأمر الخطير[4].

ب-المقصود بتوثيق الزواج: هو تحرير وصياغة عقد الزواج مستوفيًا لشروطه الشرعية أو تثبيته وتسجيله في محرر رسمي مكتوب من موظف مخصوص لإدارة مخصوصة[١].

ج-توثيق عقد الزواج شرط عام يجب العمل به: أضافت أو جعلت غالب قوانين الأحوال الشخصية المعمول بها في العديد من الدول مثل: مصر، والإمارات، واليمن، وقطر، والكويت [٢]، وشروطًا لا تؤثر على انعقاد الزواج ولا صحته ولا تمنع من نفاذه ولا لزومه وإنما قصد بها دفع بلاء عم وجوده، وقيام الحاجة للحيلولة دون آثاره بحكم الواقع الذي أطل بآثاره السيئة على المجتمع، وتتمثل هذه الشروط في: توثيق الزواج، وتقييد زواج الصغار، والفحص الطبي، والباب مفتوح لغيرها طالما كان الأمر حماية الحقوق أخذاً وعطاءً في الأسرة، فشرط توثيق الزواج اقتضاه فساد النفوس، واتساع الذمم وما نتج عن ذلك من ادعاء الزواج أو جحده وإنكاره زوراً أو كذبًا، وتلاعب الناس بهذا العقد الخطير لهدف مادي كسبي أو كيدي نفسي[٣] ، حيث جاء في المذكرة الإيضاحية للائحة الإجراءات الشرعية في مصر ١٩٣١م (أنه أصبح من المألوف أن تدعي امرأة صعلوكة الزواج من رجل مليء بالاحترام والثروة طمعًا في ثروته وجاهه، ولا تعدم أن تؤيد دعواها بعديد من الشهود، كما أصبح من المألوف أن يدعي رجل من حثالة المجتمع الزواج بامرأة على جانب كبير من الثراء، أو على قدر من الجمال لا يعدم الاعتماد على الشهود الزور والبيانات الملفقة) [٤] ، وجاء في المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية (٥١) (الكويت) ١٩٨٤م أنه :أصبح عقد الزواج في أمس الحاجة إلى الصيانة والاحتياط في أمره،

فقد تدعي الزوجية زوراً ابتغاء الحصول على جنسية أو غرض آخر -اعتماداً أن اثبات الزوجية ميسور بالشهود ولهم- أن يشهدوا في الزواج بالتسامع، وقد تدعي -الزوجية- بورقة عرفية غير صحيحة في الواقع، وقد يجحد الزواج الصحيح ولا اثبات عليه، وتفادي ذلك كله إنما يكون بإثبات هذا العقد بورقة رسمية[1].

وبعبارة أخرى: وتخلصاً من هذا كله اشتراط لسماع دعوى الزوجية ثبوت الزوجية بوثيقة رسمية صادرة من الجهة المختصة في الإدارة المختصة سواء كانت الدعوى في حياة الزوجين أو بعد وفاة أحدهما أو بعد وفاتهما، فعدم سماع دعوى الزوجية لعدم توثيق الزواج قاصر على حالة (الإنكار)، فحيث لا إنكار من الخصوم تسمع الدعوى ويفصل فيها ولو لم تكن الزوجية ثابتة بمحرر رسمي لأنه في هذه الحالة يكفي التصادق والإقرار من الزوجين بالزوجية بينهما[2] ، فشرط التوثيق واقعاً وتحسباً هو صمام أمان عند الإنكار، لضمان الحقوق وحماية الأعراض والأنساب والقضاء على تفشي اللقطاء، اللامبالاة والاستهتار بأمر الزواج لذا أخذت به قوانين الأحوال الشخصية واعتبرته دليل اثبات أمام القضاء عند التخاصم.

و جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتي الفقرة (أ) من المادة (٩٢): [أ-لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية أو سبق الإنكار إقرار الزوجية] من باب تخصيص القضاء -بالزمان والمكان- ومنع القضاء من سماع الدعوى التي لا يمكن إثباتها بتلك الأوراق وفي الأحوال المذكورة[3].

المطلب الثاني
تحديد سن الزواج أو تقييد الزواج بسن معين أو منع تزويج الصغار أو الزواج المبكر

أولاً: من ضمن أركان النكاح أهلية المتعاقدين (الزوج والزوجة) والأهلية تكون بالعقل والبلوغ، ومن كان غير بالغ فهو صغير والبالغ الكبير، والبلوغ له علاماته الطبيعية إلى سن معين فإذا بلغ هذا السن ولم تظهر علامات البلوغ الطبيعية كان بالغـًا بالسن. فمثلاً:

أ- بلغ طبيعيـًا في سن (١٢) فهو كبير أو في سن (١٠) فهو كبير.

ب- لم يبلغ طبيعيـًا إلى تمام سن (١٧) في الفتى وتمام سن (١٥) في الفتاة، هما كبيران وهذا عند الفقهاء.

غير أن قوانين الأحوال الشخصية اختارت أن من كان دون (١٧) سنة أو (١٥) سنة فهو صغير بلغ طبيعيـًا قبل هذا السن أو لم يبلغ طبيعيـًا.

ثانيـًا: اتفق الفقهاء على صحة زواج الصغار على المعنى المتقدم ويزوجهم الولي -أي وليهم- برأيه وإدراكه لمصلحتهم[1] ، والأصل في ذلك ما ورد في ترتيب الأولياء في النكاح: قول النبي -صلى الله عليه وسلم- (النكاح إلى العصبات)[2] ، يشمل الصغيرات، و(البالغات) خرجن بحديث عائشة رضي الله عنها قالت: قلت: يا رسول الله يستأمر النساء في أبضاعهن؟ قال: نعم، قلت فإن البكر تستأمر فتستحي، قال سكاتها إذنها) وبخروج البالغات بقي (الصغار).

وحديث عائشة: أن النبي -صلى الله عليه وسلم- تزوجها وهي بنت ست سنين، وبنى بها

وهي بنت تسع سنين[1].

ثالثًا: والمسألة هنا في: تزويج من لم يبلغ (طبيعيًا) واستمر حاله ولم يتم سن (١٧) سنة في الفتى، و (١٥) سنة في الفتاة فهو (صغير) باتفاق، وأما من بلغ (طبيعيًا) وكان عمره أقل من (١٧) سنة في الفتى وأُقل من (١٥) في الفتاة فهو (صغير) حسب اختيار قانون الأحوال الشخصية، وأما عند الفقهاء فهو (كبير)، وكذا من أتم (١٧) سنة و(١٥) سنة فهو كبير في قانون الأحوال الشخصية الكويتي اختياراً من أقوال الفقهاء في السن[2].

رابعًا: وما تقدم عن الفقهاء يفيد صحة زواج الصغير من وليه، وصحة زواج البالغ بالطبيعية ولو كان دون (١٧) سنة و (١٥) سنة.

خامسًا: غير أنه اشترطت قوانين الأحوال الشخصية شرطًا إضافيًا على عقد الزواج وهو (بلوغ السن) في كل الأحوال، ومنعت توثيق زواج الصغير والصغيرة مطلقًا ما لم يتم (١٧) سنة و(١٥) سنة حتى ولو كان بالغًا طبيعيًا دون هذا السن[3].

سادسًا: وقد استندت قوانين الأحوال الشخصية إلى دليل منقول ودليل معقول:

١-المنقول: فقولة تعالى: (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح)[4] ، أي: دون بلوغهم طبيعيًا أو بلوغهم بالسن لا بالطبيعة فالشارع جعل للنكاح سنًا معينًا فلا يجوز قبلها، وهذا دليل ابن شبرمه: القائل بمنع زواج الولي للصغير والصغيرة، وأما من بلغ طبيعيًا ولم يبلغ السن مع من لم يبلغ لا طبيعيًا ولا بالسن.

٢-المعقول: في إطار جلب المصلحة ودرء المفسدة الملاحظ وقوعها، حيث قالوا: إن

زواج الصغار سبب في ارتفاع معدلات الطلاق وفي الأضرار بالزوجة الصغيرة التي ما تزال من الناحية النفسية بحاجة إلى العيش في أسرتها ولا تستطيع تحمل مسئوليات الزواج والاعتماد على النفس في ظروف تعقد الحياة الاجتماعية الحديثة، فضلاً عن تهيئ المناخ الطبيعي لسعادة الأسرة وحصول القدرة على إنجاب نسل قوي والعناية به فضلاً عن أنه إضناء للشباب ومنع الفتاة من نموها الطبيعي ودراية الشباب لتلك المسئولية الكبيرة[1].

سابعـًا: صورة المسألة أو القضية:

أ- حضر إلى الموثق أو المأذون البنت البالغة طبيعيـًا مع الولي أو بدونه وعمرها (١٤) سنة، مثلاً وكذا حضر الفتى البالغ طبيعيـًا وعمره (١٥) سنة مثلاً تمامـًا أو كان بحضور الولي مع من لم يبلغ طبيعيـًا أو كان لم يتم سن البلوغ (١٧) و (١٥) سنة.

ب- اجتمع أولياء الصغار وأتوا بورقة وكتبوا فيها عقد زواج فلان من فلانة بشهود وإعلان وكل ما هو مطلوب لعقد النكاح وكان المعقود عليهما العقد أقل من (١٧) و (١٥) سنة، أو أحدهما لكن كانا بالغين طبيعيـًا أو أحدهما بالغـًا طبيعيـًا ثم تنازعا فتبعه الإقرار أو تبعه الإنكار.

ثامنـًا: أ-من الناحية الشرعية وفي ضوء الأدلة فإن عقد النكاح في الصورتين صحيح وعلى رأي ابن شبرمة العقد في البالغ طبيعيـًا صحيح وفي غيره لا ينعقد لأنهم صغار. ب-وقد اختار القانون أن يكون السن (١٧)، (١٥) سنة بصرف النظر عن كونه بالغـًا طبيعيـًا وهو شرط يلتزم به الموثق عند صياغة وتحرير العقد أو المصادقة عليه في محرر رسمي في الدولة فقط ولا علاقة له إلا بذلك، وليس لهذا الشرط علاقة بصحة العقد من عدمه فعند الإقرار لا مشكلة، وفي حالة الإنكار لا تسمع دعوى الزوجية إلا بورق ومحرر رسمي مكتوب في الإدارة

المخصوصة من الحاكم في الدولة. ج-وهذا القيد من القانون جاء للحد من ظاهرة تزويج الصغار لغاية وهدف ما، فهذا تقييد لمباح -وهو جائز- خشية فوات مصلحة ودرء لمفسدة ملحوظ أثرها في الحياة الاجتماعية.

تاسعًا: وهذا ما ورد في قانون الأحوال الشخصية الكويتي وغيره من القوانين[1] ، حيث جاء قي نص القانون ومذكرته الإيضاحية ما يلي:

المادة (٢٦): [يمنع توثيق عقد الزواج أو المصادقة عليه ما لم تتم الفتاة الخامسة عشر ويتم الفتى السابعة عشر من العمر وقت التوثيق]، وأيضًا ذكر في المذكرة الإيضاحية : (ومنع التوثيق الرسمي لعقد الزواج أو المصادقة عليه إلا أن يبلغ الفتى والفتاة السن المحددة) واستندت المذكرة ما ورد في الصورة (ب) السابقة إذا كان بالغين وأقل من السن (١٧) و (١٥) سنة بقولها: (وواضح أن المنع من التوثيق أو اثبات الزواج لا ينافي صحة زواج من بلغ بلوغًا طبيعيًا من الجنسين قبل هذا السن (١٧) و (١٥) إذا وقع الزواج مستوفيًا شرائطه حسب هذا القانون، وأن النسب يثبت في هذا الزواج).

وقول المذكرة الإيضاحية (حسب القانون) يراد به: (قانون الأحوال الشخصية الكويتي) عندما يصادق على عقد زواج داخل الكويت ولا يبعد أن يراد به (العقد من الخارج) إذا كان مستوفيًا لشروط صحة عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية الكويتي إذا كان أحد أطرافه من المواطنين الكويتيين ليترتب أثره عليه من نحو المعاشات والمرتبات والجنسية، وغير ذلك.

والمادة (٩٢) : [أ-لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية أو سبق الإنكار إقرار بالزوجية في أوراق رسمية، ويستثنى مما ذكر ما إذا كانت الدعوى سببًا

لدعوى نسب مستقل، أو نسب يتوصل به إلى حق آخر، ويكون الحكم بالنسب في ذلك حكماً بالزوجية تبعاً. ب-ولا تسمع دعوى الزوجية إذا كان سن الزوجة يقل عن خمس عشرة سنه أو سن الزوج سبع عشرة سنة وقت رفع الدعوى][1].

المطلب الثالث
الفحص الطبي قبل إجراء عقد الزواج

توجه العديد من قوانين الأحوال الشخصية إلى إضافة شرط يسبق عقد الزواج ويتقدم عليه ويتوقف عقد الزواج عليه مع دخوله في إطار الرضا من الطرفين عند عدم تحقق النتيجة التي تسمح بعقد الزواج، وليس يوجد ما يمنع من إدخال ما به ينتظم حال الأسرة، طالما أن الأمر في هذا الإطار مبني على رأي أهل الخبرة والاختصاص، لذلك مهدت هذه القوانين التي اختارت اشتراط الفحص الطبي قبل عقد الزواج بقولها: مما لا شك فيه أن رابطة الزواج من أسمى الروابط، وأن من صالح المجتمع أن ينبني هذا الزواج على أسس سليمة حتى لا يؤتي ثماره وهي الذرية الصالحة النافعة التي تفيد المجتمع، وإذا كان ذلك وكان العصر الحالي قد شهد العديد من الأمراض والأعراض التي تؤثر سلباً على الزواج، فتفادياً لما قد ينشأ من خلافات أو ينتج من أمراض بسبب الجينات الوراثية أو يكتشف من أنواع الأمراض المعدية والخطيرة أو المانعة من استقرار الحياة الزوجية أو العوامل المسببة لأمراض وعلل في الأجيال القادمة والتي يجوز لأحد الطرفين طلب التفريق بسببها أو يجب التفريق، فما اتجهت إليه القوانين من عدم إجراء العقد دون الفحص الطبي والشهادة الخاصة به مناطه مصلحة الأمة وأجيالها.

وفيما يلي الفقرة (٢) من المادة (٢٧) من قانون الأحوال الشخصية، الإمارات (٢-يشترط لإجراء عقد الزواج تقديم تقرير من لجنة طبية مختصة يشكلها وزير الصحة يفيد الخلو من

الأمراض التي نص على طلب التفريق بسببها)[1].

المطلب الرابع
عقد النكاح المقترن بالشرط

أولاً: المقصود بشرط العاقد: ما يشترطه أحد الزوجين على الآخر بما له فيه غرض صحيح[2] أو ما لا تعلق له بالعقد[3]، أو هو تلك الالتزامات التي يضعها أحد العاقدين على الآخر أو كلاهما ويتراضيان على ذلك زيادة على الحقوق والواجبات أو الآثار أو المقتضيات المترتبة على العقد بشكل عام وعلى عقد النكاح بشكل خاص، حيث إن الشرط يحمل معنى الإلزام والالتزام[4]، وعقد النكاح المقترن بالشرط غير العقد المعلق بالشرط: فإن العقد المعلق على شرط لا يتحقق وجوده إلا بوجود الشرط المعلق عليه، وأما العقد المقترن بشرط فهو منجز، حاصل في الحال، فإذا تم القبول بعد الإيجاب تم العقد[5].

ثانيـًا: وتدخل هذه القضية تحت أصلين هما: أ- الأصل العام وهو: ١-قول النبي -صلى الله عليه وسلم : (كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل) رواه البخاري[6] . ٢-وقوله -صلى الله عليه وسلم : (المسلمون عند شروطهم إلا شرطـًا أحل حرامـًا أو حرم حلالاً) رواه الترمذي[7].

ب- الأصل الخاص هو: ١- قوله -صلى الله عليه وسلم- : (أحق الشروط أن يوفي به ما

استحللتم به الفروج) رواه الجماعة[1]. ٢- وقوله -صلى الله عليه وسلم- : (لا يحل أن تنكح امرأة بطلاق أخرى) رواه أحمد[2] .

ثالثًا: وموجز القول في هذه القضية التي نالت اهتمامًا في زماننا الحاضر متصلاً بما قاله الفقهاء -رضي الله عنهم- في الزمان البعيد:

أ- قال ابن هبيرة الحنبلي(٥٦٠هـ): واختلفوا فيمن تزوج امرأة وشرط لها...[أن لا ينقلها من بلدها] أو أن لا يتزوج عليها[3] ، فقال أبو حنيفة ومالك في إحدى الروايتين والشافعي: لا يلزم هذا الشرط، وقال مالك في الرواية الأخرى –وأحمد: هو لازم، ومتى خالف شيئًا منه فلها الخيار في الفسخ.

أما الشافعي فنفس الشرط عنده أفسد المهر، ويلزمه مهر المثل، ولا يعتبر أن يفي بما شرط أو لا يفي، وقال أبو حنيفة: إن وفي بما شرط فلا شيء عليه، وإن خالف لزمه الأكثر من مهر المثل أو المسمى[4].

ب- وقال ابن جزي المالكي(٧٤١هـ) في الشرط في النكاح: ما لا تعلق له بالعقد -أي شرط لا تعلق له بالعقد- كشرط عدم إخراجها من بلدها، فهو مكروه، ثم أنه إن كان مقيداً بطلاق أو تمليك أو غير ذلك لزم، ويقال له يمين، وإن لم يكن معلقًا بشيء ولا وضعت عنه من صداقها لآجله لم يلزم، ولكن يستحب الوفاء به، وقال أبو حنيفة: تبطل الشروط كلها ويصح النكاح، وقال ابن حنبل -أحمد-: يصح الوفاء بكل شرط فيه فائدة[5] .

رابعًا: اشتمل ما أورده ابن هبيرة وابن جزي على عدة أمور وأخص أمرين:

الأول: اقتران العقد بشرط يتعلق بالمهر وأثره على العقد. الثاني: ماهية الشرط المختلف فيه عندما يقترن بالعقد وأثره على العقد لجهة الوفاء به، أو عدم الإيفاء به.

فماهيته عند ابن جزي: هو ما لا تعلق له بالعقد -أي بعقد النكاح- وماهيته عند أحمد: هو: ما فيه فائدة، أي: ما يعود إليها نفعه وفائدته[1].

❖ **المسألة الأولى: اقتران العقد بشرط يتعلق بالمهر:**

قد يقترن العقد بشرط يتعلق بالمهر ومن نحو هذا الشرط: أن لا ينقلها من دارها أو لا يتزوج عليها، أو لا يسافر بها، إلى غير ذلك من هذا القبيل، وهذا عند الحنفية والشافعية والمالكية، ومعنى شرط في العقد يتعلق بالمهر: أي شرط العقد قد ينقص من المهر شيء لأجله، أو يزيد المهر شيء لأجله وفيما يلي بيان ذلك في صور لا يخرج عنها:

١-أن يسمي الزوج لزوجته في العقد مهراً أقل من مهر مثلها: [بشرط فيه منفعة مباحة شرعًا للزوج أو للزوجة أو لأحد محارمها]، كأن يكون مهر مثلها ٣٠٠ دينار، وسمي لها ١٠٠ دينار على شرط ألا يسافر بها، أو ألا يتزوج عليها، أو لا ينقلها من دارها، فإن تحقق الشرط بالوفاء به وجب المسمى لأنه يصلح مهراً وقد تراضيا على ذلك، وإن لم يوف بالشرط فلها مهر مثلها ٣٠٠ لأنها ما رضيت بما هو دون مهر المثل إلا مع ما ذكر لها من المنفعة، فيكمل لها مهر المثل، لأنها ما رضيت بالمسمى وحده إلا بهذا الشرط فكأنه عند عدم وفائه به ما سمى[2].

وإن كان الشرط مضرة لها: كأن يتزوج عليها، أو منفعة غير مباحة، أو كانت غير مباحة، أو منفعة لأجنبي عنها، فلا يجوز الوفاء بها، ولا يستحق عند عدمها العوض، وهو الفرق بين

المهر المسمى ومهر المثل، وإذا كانت المنفعة لأجنبي عنها تكون غير مقصودة لأحد العاقدين فيجب المهر المسمى في العقد.

٢-أن يسمى الزوج لزوجته مهراً أكثر من مهر مثلها، ويشترط عليها في نظير ذلك شرطًا مرغوبًا فيه، كأن يكون مهر مثلها (ألفًا) وسمى لها (ألفين) بشرط أن تكون بكراً، أو متعلمة، فإن تحقق الشرط وجب لها المسمى وإن لم يتحقق الشرط وجب لها مهر المثل، لأن الزوج ما رضي بالزيادة عن مهر المثل إلا لهذا الوصف (البكارة أو التعلم) وهو مرغوب له.

٣-أن يسمى الزوج لزوجته مهراً على شرط، ويسمى مهراً آخر على شرط آخر، كأن يتزوجها على ألف دينار إن كانت متعلمة إن لم يقم بها في دارها، إن سافر بها، إن تزوج عليها، إن تركت وظيفتها، و خمسمائة دينار إن كانت غير متعلمة، إن أقام بها في دارها، إن لم يسافر بها، إن لم يتزوج عليها، إن لم تترك وظيفتها، فقالت: قبلت أو قال قبلت، تم العقد.

قال أبو حنيفة: التسمية الأولى صحيحة فإذا تحقق الشرط -أي أنها كانت متعلمة، وسافر بها، تزوج عليها، لم يقم في دارها- وجب المشروط (الألف)، وأما التسمية الثانية (خمسمائة) فغير صحيحة، فإن كانت غير متعلمة، أو أقام بها، أو لم يتزوج عليها...، وجب لها مهر المثل لا المسمى (أي خمسمائة) ولا يزيد على ألف دينار لرضاها به، ولا ينقص عن (خمسمائة دينار) لرضاه بها.

ولأبي حنيفة: إن الشرط الأول صح وموجبه المسمى، والشرط الثاني ينفي موجب الأول والتسمية متى صحت لا يجوز نفي موجبها فيبطل الشرط الثاني، وقال أبو يوسف ومحمد: الشرطان صحيحان أو التسميتان صحيحتان، لأن كل واحد من الشرطين أو التسميتين فيه غرض صحيح، وقد سمى فيه بدلاً معلومًا، وهو الظاهر في المذهب الحنفي ، وقال زفر: الشرطان فاسدان أو التسميتان فاسدتان، لأن المسمى (ألف/ خمسمائة) متردد بين شيئين

(متعلمة، غير متعلمة) والتردد يورث الجهالة وتسمية المجهول فاسدة فيجب مهر المثل على ألا يزيد على الألف لرضاها به، وألا يقل عن خمسمائة لرضاها بها[1].

وقال الشافعية: لو شرط أحد الزوجين خياراً في المهر فالأظهر صحة النكاح، لأن فساد الصداق لا يؤثر في النكاح، ولا يصح المهر في الأظهر، بل يفسد و يجب مهر المثل.

الثاني -أي المقابل للأظهر- يصح المهر المسمى.

الثالث: الشرط يفسد النكاح لفساد المهر أيضاً[2] ، وهذا ما صرح به ابن هبيرة وابن جزي.

❖ **المسألة الثانية: اقتران عقد الزواج بالشرط:**

أي: ما يمليه العاقدان أو أحدهما أثناء عقد الزواج، إن عقد النكاح المقترن بالشرط هو منجز حاصل في الحال، فإذا تم القبول بعد الإيجاب تم العقد[3] ، وعقد الزواج له أصوله ومقتضياته وأحكامه وآثاره المترتبة عليه بترتيب وجعل من الشارع الحكيم حال انعقاده باتفاق الطرفين ورضاهما، وهذا الترتيب والتعيين من الشارع الحكيم لمقتضيات وآثار وأحكام هذا العقد جاء للمحافظة على الحقوق والواجبات المتبادلة بين الطرفين وفق العقد، غير أنه ليس ذلك يمنع من أن يكون للعاقد إرادة في اشتراط أمر (ما) أثناء عقد الزواج.

وهذا مقرر في حديث رسول الله -صلى الله عليه وسلم- : (أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج) أي أحق الشروط بالوفاء شروط النكاح لأن أمره أحوط وبابه أضيق[4]، وقد وضع النبي -صلى الله عليه وسلم- ضابطاً لهذا الشرط الذي يمليه هذا ويقبله ذاك ليوفي به في قوله: [المسلمون عند شروطهم (إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً)] فالشرط الذي

يحل حراماً: كما لو اشترط أحدهما على الآخر أن يقوم بارتكاب جريمة، أو عمل محرم شرعاً، أو مخالف لمبدأ ديني، فهذا الشرط لغو وباطل ولا يبطل به العقد، كما لو شرطت عليه أن يقتل إنساناً، أو يشرب الخمر، أو يكون أولادهما تبعاً في الدين لأمهم الكتابية، أو أن تتكسب هي من عمل غير مشروع[1] ،وأما الشرط الذي يحرم حلالاً فمثاله: لو شرطت عليه أن لا تسلم نفسها[2] فهذا شرط يحرم حلالاً وهو تسليم النفس.

ويظهر مما تقدم: اختلاف الاجتهادات الفقهية في المشارطة، وكل مذهب من المذاهب الفقهية يسير في المشارطات في عقود الزواج وفق مبادئه العامة في الاشتراط في العقود، وقد ازدادت في زماننا حاجة الناس إلى المشارطة في عقد الزواج نتيجة لاتساع مجال الحرية الفردية، ورغبة كل إنسان في حماية نفسه ومصالحه وتأمين حياته وفقاً لظروفه الخاصة، وهذه المشارطات لا تنافي نظام عقد الزواج ولا مقتضاه، ولم يجمع على تحريمها ولا فسادها في المذاهب الفقهية الأخرى.

وعليه فقد نوع الفقهاء الشروط التي ترد على عقد الزواج في الجملة إلى:

١-الشرط الذي ينافي أصل العقد، فهذا يبطل به العقد وذلك مثل: أن يتزوجها إلى مدة معلومة أو مجهولة، أو على أن يطلقها في وقت معلوم أو مجهول أو على شرط أن لا يقربها.

٢-الشرط الذي لا ينافي أصل العقد، ولكن ينافي غاية الزواج أو مقاصده أو يكون مجمعاً على تحريمه يكون باطلاً مع بقاء العقد صحيحاً مثل:

(أن يشترط أحدهما الخيار في الزواج أبداً أو مدة ولو مجهولة – أو يشترط الزوج عدم المهر أو النفقة – أو تشترط الزوجة ألا يسافر معها إذا أرادت الانتقال – أو تشترط أن يسكن بها

حيث يشاء أبوها أو يشاء غيره من قريب أو أجنبي – أو يشترط أحدهما عدم ميراث الآخر منه – أو يشترط اتخاذ التدابير المانعة للحمل) فهذه ونحوها شروط باطلة لأنها تنافي مقتضى العقد[1]، وتتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد، فلم تصح، أما العقد فيصح ويبطل الشرط، لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا ينافي أصله، وكذلك تلك الشروط التي تطلب أمراً محرماً من نحو: اشتراط عدم ولاية الأب على أولادها، أو عدم ثبوت نسبهم منه، أو تبعيتهم في الدين لغير المسلم من الأبوين، أو اشتراط أحدهما على الآخر الاستمرار في عمل غير مشروع[2].

٣-الشرط الذي لا ينافي أصل العقد ولا مقتضاه ولا غايته ولا مقاصده وليس فيه ما يحل حراماً أو يحرم حلالاً يكون صحيحاً ويجب الوفاء به، ولصاحبه حق الفسخ إذا أخل به المشروط عليه وهذا عند الحنابلة[3].

وقال الحنفية: يجب الوفاء به، ولكن لا أثر له في العقد عند تخلفه، لأن فوات الشرط يعني عدم الرضا بالتعاقد، وفوات الوصف لا أثر له على عقد الزواج عند الأحناف إذ يصح عندهم عقد المكره حتى في الزواج[4]، ومثال هذا الشرط: أن يشترط الزوج على الزوجة أن تسافر معه إلى بلده، أو تشترط الزوجة على الزوج أن لا يخرجها من دارها أو من بلدها، أو تشترط عدم إسكانها في محل معين، ونحو ذلك من الشروط التي فيها منفعة مقصودة لأحدهما، ولا تنافي غاية الزواج ومقاصده.

وهذا ما قاله ابن قدامة: في إجابته على قول الجمهور: هذا شرط حرم حلالاً، قال: لا يحرم حلالاً وإنما يثبت للمرأة خيار الفسخ إن لم يف لها به، ولما فيه من مصلحة للمرأة وما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة عقده كاشتراط الرهن والضمين في البيع[1].

وقد اتجهت غالب قوانين الأحوال الشخصية إلى الأخذ بمذهب الحنابلة، وما يتفق معهم من المذاهب الأخرى لما يقضى به التطور الاجتماعي والزمني وتتحقق به المصلحة ضمن نطاق الشريعة الغراء التي أمرت بالوفاء بالعقود والعهود.

المطلب الخامس: اختيارات القانون في عقد النكاح المقترن بالشرط:

تناول القانون هذه القضية في (الفرع الرابع: اقتران العقد بالشرط) -من الفصل الثاني (العاقدان)- في (ثلاث مواد/ ٣) (٤٠-٤٢)، وقد اتجه قانون الأحوال الشخصية (الكويت) إلى الأخذ بمذهب الحنابلة، وكذلك قانون الأحوال الشخصية (الامارات) في الباب الثاني: (الأحكام العامة للزواج)، المادة(٢٠) (وقطر) في الباب الرابع: (الشروط المقترنة بعقد الزواج) المادة (٥٣)، وفيما يلي نص قانون الأحوال الشخصية الكويتي مع بيان ما يحتاج إليه من بيان:

المادة (٤٠) ونصها: [أ-إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافي أصله بطل العقد. ب-وإذا اقترن بشرط لا ينافي في أصله، ولكن ينافي مقتضاه أو كان محرمًا شرعًا بطل الشرط وصح العقد. ج-وإذا اقترن بشرط لا ينافي في أصله ولا مقتضاه وليس محرمًا شرعًا صح الشرط ووجب الوفاء به فإن لم يوف به كان للمشروط له حق طلب الفسخ].

هذه الفقرة تسوي بين الزوج والزوجة في حق الفسخ عند عدم الإيفاء بالشرط أو فوات الصفة المشروطة في العقد، أي شرط أو وصف كان مثل: أن تكون الزوجة شابة أو الزوج

طبيباً، أخذا بمذهب أحمد وقواعده وما قرره علماء المذهب، ولذا قال في: الفقرة د- (ويسري حكم الفقرة السابقة (ج) عند فوات الوصف المعين المشروط في أحد الزوجين).

المادة (٤١) ونصها: [يجب أن يكون الشرط مسجلاً في وثيقة العقد].

المادة (٤٢) ونصها: [يسقط حق الفسخ إذا أسقطه صاحبه صراحة أو ضمناً].

وقال في المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتي وبمثله في (أحوال شخصية الإمارات): (وقطعاً للمنازعات والكذب في ادعاء شيء من هذه الشروط وإثباتها صرحت المادة (٤١) بأنه يجب أن يكون الشرط مسجلاً في وثيقة الزواج، ومستند ذلك ما في مذهب أحمد من أنه لا اعتبار لشيء من الشروط إذا عقد العقد خالياً عن كل شرط، ثم شرط أحد الزوجين على الآخر بعد العقد شيئاً من ذلك ورضى الآخر بل يجب أن يعقد من البداية على أساس الشرط المقصود[١].

وأما المادة (٤٢) حيث نصت على أن حق الفسخ يسقط بإسقاط صاحبه، أو رضائه بالمخالفة صراحة أو ضمناً، لأن حق الفسخ إنما أثبت حفظاً لحقوقه وحماية له من الإخلال بما تعاقد عليه، فإذا أسقطه أو رضي بالمخالفة فقد تنازل عن المطالبة به[٢] ،وفي قانون أحوال (الإمارات) الفقرة (٧) من المادة (٢٠): [٧-يسقط حق الفسخ بإسقاط صاحبه أو رضائه بالمخالفة صراحة أو ضمناً، ويعتبر في حكم الرضا الضمني مرور سنة على وقوع المخالفة مع العلم بها، وكذلك بالطلاق البائن].

وفي مذكرته الإيضاحية: (واعتبرت الفقرة (٧) مرور سنة على المخالفة مع العلم بها رضا ضمنياً بالمخالفة، وأما سقوط حق الفسخ بالطلاق البائن فظاهر، إذ لا فائدة في بقاء هذا الحق مع زوال ما تعلق به)[٣].

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وأحمده حمداً كثيراً على أن وفقني لإنجاز هذا البحث، والذي أساله سبحانه أن يتقبل مني، وأن يجعله خالصـًا لوجهه الكريم .

أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها من خلال البحث:

أولاً: أهم النتائج:

١ – أن كثيراً من هذه المشاكل الأسرية هي بسبب الجهل بالقواعد والأحكام الشرعية لعقد الزواج وأنه بمجرد العلم بهذه القواعد والأحكام وتطبيقها يستقيم نظام الأسرة ويتماسك بناؤها.

٢ – وجدت أن من أسباب الخلاف والتفكك الأسري تنقسم إلى ثلاث القسمان الأول والثاني هما الجهل بالتكوين النفسي وبالخصائص الذاتية لكل من الذكر والأنثى وأن الرجل عندما يتزوج المرأة دون العلم بهذه الخصائص الذاتية وبهذه المكونات النفسية فإنما يتعامل مع المجهول، وكذلك الحال بالنسبة لإقدام المرأة على الزواج بالرجل وهي لا تعرف خصائصه الذاتية ومكوناته النفسية، ويعود القسم الثالث من أنواع المشاكل بين الزوجين إلى الجهل بالأخلاق الواجبة التي يجب أن تسود علاقات الزوجية.

٣– المحافظة على العهد المقدس والميثاق الغليظ كما وصفه الله في كتابه: (وأخذنا منكم ميثاقـًا غليظـًا)، وكذلك ليحافظ المسلمون على بقاء هذا العقد لأنه آخر ما بقي بأيدينا اليوم من قوانين الإسلام وتشريعاته، وضياع هذا العقد من مجتمع المسلمين يعني ضياع آخر أحكام الشريعة الإسلامية من مجتمعنا المعاصر.

ثانياً: التوصيات والمقترحات :

بناء على ما ظهر من نتائج البحث والتي ذكرت أهمها سابقـًا، أوصي وأقترح ما يلي:

١ـ الدعوة إلى العقيدة الإسلامية الصافية ، لاعتناق شرع الله تعالى وتطبيق أحكام دينه القويم،

فذلك هو المحقق للسلام بين البشر والسعادة والأمن والطمأنينة .

٢ـ العناية بالجانب القضائي علمـًا ونظامـًا وتطبيقـًا .

٣ـ إصدار مجلة قضائية شرعية تهتم بنشر القضايا المهمة .

وأخيراً أعتذر عما قد يكون في البحث من نقص أو خطأ ، راجيتـًا ممن وقف عليه أن يسعى في إصلاحه بكل مسؤولية وإخلاص ، أداءً لحق الأخوة في الإسلام ، وادخاراً لجزيل المثوبة في دار السلام ، فإن الكمال لله وحده ، والعصمة من شأن الرسل عليهم الصلاة والسلام .

وصلى الله على سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وأصحابه تسليمـًا كثيراً إلى يوم الدين ، والحمد لله رب العالمين ،،

المراجع والمصادر

أولا : القرآن الكريم ـ والحديث النبوي الشريف(السنة النبوية)

ثانيا: كتب تفسير القرآن الكريم:

١- تفسير القرآن العظيم لابن كثير/ أبو الفداء إسماعيل بن عمر/ دار الشعب/ مصر.

٢- فتح القدير . محمد علي الشوكاني.

ثالثا: كتب الحديث وشروحه:

١- الدراية في تخريج أحاديث الهداية/ لابن حجر العسقلاني ، شهاب النوبي احمد ين علي/ المدينة المنورة .

٢- سنن ابن ماجة/ أبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة/ طبع عيسى البابي الحلبي/ مصر أو طبعات أخرى.

٣- سنن أبي داود/ سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني/ طبع حمص/ سوريا و طبعات أخرى.

٤- سنن الدارقطني/ على بن عمر الدارقطني/ طبعة دار المحاسن/ القاهرة.

٥- السنن الكبرى/ أبي بكر محمد بن الحسين بن علي البهيقي/ طبع دائرة المعارف العثمانية.

٦- سنن النسائي/ أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب/ المطبعة التجارية الكبرى وطبعات أخرى.

٧- سنن الترمذي(الجامع الصحيح) ـ أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي/ طبع عيسى البابي الحلبي/ مصر ، وطبعات أخرى.

٨- صحيح مسلم/ أبي الحسين مسلم بن حجاج النيسابوري/ طبعة عيسى البابي الحلبي/ مصر.

٩- فتح الباري شرح صحيح البخاري/ ابن حجر العسقلاني/ المكتبة السلفية/ وطبعات أخرى.

١٠- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد/ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي/ دار الكتاب العربي، بيروت/ وطبعات أخرى.

رابعـًا : كتب الفقــه:

أ ـ الفقه الحنفي:

١- الاختيار لتعليل المختار/ عبدالله بن محمود بن مودود ، الموصلي الحنفي/ المكتبة الإسلامية/ استانبول/ تركيا/ ١٩٥١م.

٢- البحر الرائق/ لابن نجيم زين بن إبراهيم بن محمد بن محمد / الطبعة الأولى .

٣- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع/ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني/ المكتبة العلمية/ بيروت/ وطبعات أخرى.

٤- المبسوط شمس الدين السرخسي أبو بكر محمد بن أحمد بن ابي سهل/ دار المعرفة/ بيروت.

ج ـ الفقه الشافعي:

١- الأم/ للإمام محمد بن إدريس الشافعي/ طبعة بولاق/ ودار المعرفة/ بيروت.

٢- تحفة المحتاج/ لابن حجر/ مع حاشية عبدالحميد الشرواني وابن القاسم ، دار صادر/ بيروت

٣- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج/ محمد الشربيني الخطيب/ دار إحياء التراث العربي / بيروت.

د ـ الفقه الحنبلي :

١- أعلام الموقعين/ لابن قيم الجوزية.

٢- الإفصاح عن معاني الصحاح /يحيى بن محمود بن هبيرة/المؤسسة السعيدية/ الرياض.

٣- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل / علاء الدين على بن سليمان المرداوي/ دار إحياء التراث العربي/ بيروت وطبعات أخرى .

ح ـ كتب الفقه والتقنينات الحديثة:

١- أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب/د. سالم الرافعي /دار بن حزم بيروت/ ط (١).

٢- الأحوال الشخصية/ أ.د أحمد الغندور / مكتبة الفلاح/ الكويت

٣- الزواج وموجباته في الشريعة الإسلامية/أ.د محمد فوزي فيض الله/مكتبة المنار الإسلامية/ الكويت.

٤- عقد الزواج وآثاره / الشيخ / محمد أبو زهرة / دار الفكر العربي.

٥- فقه الأسرة المسلمة/ د. محمد الكدي العمراني/ دار الكتب العلمية / بيروت/ ٢٠٠١م.

٦- قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٥ ومذكرته الإيضاحية.

٧- قانون الأسرة لدولة (قطر) رقم(٢٢) لسنة ٢٠٠٦.

٨- قانون الأحوال الشخصية لدولة الكويت رقم(٥١) لسنة ١٩٨٤ ومذكرته الإيضاحية.

٩- قانون الأحوال الشخصية لدولة(اليمن) رقم(٢٠) لسنة ١٩٩٢م

١٠- مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية للأستاذ/ أحمد الجندي دار الكتب القانونية ، مصر / ٢٠٠٤م.

١١- الموسوعة الفقهية/ الكويت/ وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية.

خامسًا : كتب أصول الفقه :

١- أثر الاختلاف في القواعد الأصولية / د. مصطفى الخن / مؤسسة الرسالة بيروت.

٢- الإلمام بأصول الأحكام/ أ.د محمد فوزي فيض الله/ دار التقدم/ الكويت/ ١٩٨٩.

سابعًا : كتب اللغة :

١- التعريفات/ علي بن محمد الجرجاني/ دار الكتب العلمية/ ودار الريان/ بيروت.

٢- الصحاح / للجوهري / إسماعيل بن حماد الفارابي.

٣- القاموس المحيط / للفيروز آبادي/ أبو طاهر محمد بن يعقوب.

٤- لسان العرب / لابن منظور/ جمال الدين محمد بن مكرم.

٥- مختار الصحاح/ محمد بن أبي بكر بن عبد لقادر الرازي.

الهوامش

١ – سورة الحجرات الآية:١٣

٢ – لسان العرب ، ابن منظور ، القاموس المحيط ، الفيروز آبادي مادة (شرط)

٣– مختار الصحاح ، أبي بكر الرازي والمصباح المنير ، أحمد الفيومي ، والتعريفات ، الجرجاني ، مادة (شرط)

٤ – التعريفات ، الجرجاني (شرط).

٥– الإلمام بأصول الأحكام ، د. محمد فوزي فيض الله ، دار التقدم للنشر والتوزيع ، الكويت، ط/ أولى ١٩٨٩ م.

٦ – بدائع الصنائع الكاساني ١/ ١٠٥

٧– فتح الغفار بشرح المنار ، ابن نجيم ، مصطفي البابي الحلبي ٣/ ٧٣ شرح المنار لابن ملك ، المطبعة العثمانية ، ١٣١٥ هـ ، ص :٩٢١ التلويح على التوضيح سعد الدين التفتازاني طبع محمد على صبيح ، ٢/ ١٣٠ .

٨– فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت – محب الله بن عبد الشكور ، بذيل المستصفي – دار صادر ، بيروت ١/ ٤٠٠، ١٠٢ .

٩ – الموسوعة الفقهية الكويتية ٤١/ ٢٣٣ .

١٠ – فتح التقدير ، الكمال بن الهمام ، دار إحياء التراث العربي ، ٣/ ١٠٢

١١ – ـ بدائع الصنائع ، الكاساني ، ٢/ ٢٣٢.

١٢ – الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٢/ ٢٢١ ، مغني المحتاج ، الشربيني الخطيب ٣/ ١٤٠ ، المغني موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٦/ ٥٣٤ .

١٣ – ـ المغني لابن قدامة ٦/ ٥٣٤ كشاف القناع ، البهوتي ، ٥/ ٣٧ .

١٤– روضة الطالبين ، النووي ٣/ ٣٤١ ، مواهب الجليل ، الحطاب ٤/ ٢٢٩ المغني لابن

قدامة ٧/ ٣٩٦ ، حاشية ابن عابدين ٢/ ٤٢٥ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص :١٣٨

١٥- حاشية ابن عابدين ٤/ ٧٣

١٦- روضة الطالبين ٧/ ٣٧-٣٨ ، الزواج وموجباته ص :٣٩

١٧- أحكام الأسرة ، د. محمد سراج ص :٥٥

١٨- أحكام الأسرة ، د. محمد سراج ص :٥٥

١٩- للتوسعة : انظر الموسوعة الفقهية الكويتية/ ٣/ ٩٦ ، بدائع الصنائع ، الكاساني نشر زكريا على يوسف ، ٣/ ١٣٣٥ الزواج وموجباته ص :٣٩

٢٠- حاشية ابن عابدين ٤/ ٧٣ كشف القناع ٥/ ٤٠، ٤١ المغني موفق الدين ابن قدامة المقدسي ٧/ ٤٣١

٢١- روضة الطالبين ، النووي ٣/ ٣٤١ ، مواهب الجليل ، الحطاب ٤/ ٢٢٩ المغني لابن قدامة ٧/ ٣٩٦ ، حاشية ابن عابدين ٢/ ٤٢٥ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص :١٣٨

٢٢- روضة الطالبين ، النووي ٣/ ٣٤١ ، مواهب الجليل ، الحطاب ٤/ ٢٢٩ المغني لابن قدامة ٧/ ٤٣١ حاشية ابن عابدين ٢/ ٤٢٥ ..

٢٣- الموسوعة الفقهية الكويتية٣/ ٩٦ ، بدائع الصنائع للكاساني نشر زكريا على يوسف ٣/ ١٣٣٥، الزواج وموجباته ص ٣٩

٢٤- انظر : بدائع الصنائع ٢/ ٢٣٢.

٢٥- فتح القدير ، الكمال بن الهمام ٣/ ١١٠ ، مغني المحتاج ٢/ ٤٤ ، ٤٧ ، كشاف القناع / البهوتي ٥/ ٤١ ، المغني لابن قدامة ٧/ ٤٣٢

٢٦- الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٢/ ٣٥١،٣٥٠

٢٧- المغني ، ابن قدامة ٧/ ٤٣٢ فتح القدير للكمال بن الهمام ٣/ ١١٠ ، مغني المحتاج ٢/ ٤٤

٢٨- جواهر الإكليل ، للآبي ١/ ٢٨٤

٢٩- الموسوعة الفقهية/ الكويت ٤١/ ٢٤٤

٣٠- فتح القدير الكمال بن الهمام ٣/ ١٠٥ ، ١١٠ ، كشاف القناع البهوتي ، ٥/ ٤٠

٣١- المرجعين السابقين .

٣٢- مغني المحتاج ، الشربيني ، ٣/ ١٤١

٣٣- الزواج وموجباته ، ص : ٤٢ .

٣٤- الزواج وموجباته ، ص : ٤٢ .

٣٥- انظر المذكرة الإيضاحية (الكويت) ص: ١٣٧ ، بتصرف.

٣٦- انظر المذكرة الإيضاحية (الكويت) ص: ١٣٧ ، بتصرف.

٣٧- المذكرة الإيضاحية الكويتية ص: ١٣٥ ـ ١٣٧ ، وانظر: بدائع الصنائع ٢/ ٢٣٢ .

٣٨- جواهر الإكليل للآبي ١/ ٢٨٤.

٣٩- الزواج وموجباته ، ص:٤١ للتوسعة : بدائع الصنائع ٢/ ٢٣٢ ، ٢٣٧ فتح القدير ، الكمال بن الهمام ٣/ ١٥٧ .

٤٠- بدائع الصنائع ٢/ ٢٣٣ ، ٢٣٤ ، فتح القدير ، الكمال بن الهمام ٣/ ١٥٧ .

٤١- سورة الممتحنة الآية ١٠ .

٤٢- الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٢/ ٣٣٥، ٣٦٩ ، مغني المحتاج ،الشربيني ٣/ ١٤٧، بدائع الصنائع ٢/ ٢٣، ٢٣٧ ، فتح القدير ، الكمال بن الهمام ٣/ ١٧٥ . المغني لابن قدامة ٣/ ٣٣٧.

٤٣- انظر : الموسوعة الفقهية الكويتية : ٤١/ ٢٥٠ -٢٥٧ .

٤٤- الموسوعة الفقهية الكويتية/ ٤١/ ٢٥٦ .

٤٥- الزواج وموجباته ص :٤٥ ، أحكام الأسرة ، د. محمد سراج ص ٥٩.

٤٦- بدائع الصنائع الكاساني ٢/ ٢٥٣ .

٤٧- مغني المحتاج ، الشربيني ٣/ ١٤٤ .

٤٨- المذكرة الإيضاحية ، أحوال شخصية / الكويت / ص : ١٣٨ عند المادة (١١) .

٤٩- المغني لابن قدامة ٧/ ٣٣٩ ، نيل الأوطار ، الشوكاني ، دار القلم ، بيروت ٦/ ١٧٥ .

٥٠- المرجع السابق ، الإنصاف ، المرداوي ٨/ ١٠٢ .

٥١- المغني لابن قدامة ٧/ ٣٤٠ .

٥٢- المرجع السابق .

٥٣- سورة البقرة الآية ٢٨٢ .

٥٤- المغني لابن قدامة ٧/ ٣٤٠ .

٥٥- بدائع الصنائع ، الكاساني ٢/ ٢٥٣ .

٥٦- المغني لابن قدامة ٧/ ٣٤٠ ، بدائع الصنائع ، الكاساني ٢/ ٢٥٣ .

٥٧- منهاج الصالحين / سماحة الشيخ السيستاني(م/ ٣)ص: ٨ ، العروة الوثقى/ العلامة محمد كاظم الطبطبا اليزدي ، مؤسسة الأعلى / بيروت ١٩٩٠م (م/ ٥) ص: ٥٩٩ .

٥٨- الإفصاح ، ابن هبيرة ٢/ ١١٥ .

٥٩- بدائع الصنائع ، الكاساني ٢/ ٢٥٢ -٢٥٣ ، مغني المحتاج الشربيني ٣/ ١٤٤ ، مطالب أولى النهي شرح غاية المنتهي ٥/ ٨٤١ ، المغني لابن قدامة٧/ ٣٣٩، ٣٤٠ ، نيل الأوطار ، الشوكاني ، ٦/ ١٢٧ .

٦٠- بدائع الصنائع ، الكاساني ٢/ ٢٥٢ -٢٥٣ ، مغني المحتاج الشربيني ٣/ ١٤٤ ، مطالب أولى النهي شرح غاية المنتهي ٥/ ٨٤١ ، المغني لابن قدامة٧/ ٣٣٩، ٣٤٠ ، نيل الأوطار ، الشوكاني ، ٦/ ١٢٧حديث ابن عباس رواه الترمذي وأخرجه الدار قطي والبيهقي في العلل ، ورواه الشافعي عن الحسن مرسلاً نيل الأوطار ٦/ ١٢٥-١٢٦.

٦١- الإفصاح ، ابن هبيرة ٢/ ١١٥ .

٦٢- القوانين الفقهية ، ابن جزي ٢/ ١٩٩ .

٦٣- المراجع السابقة.

٦٤- نيل الأوطار ، الشوكاني ٦/ ١٢٧ .

٦٥- سورة النساء الآية ٣ .

٦٦- بدائع الصنائع ، الكاساني ٢/ ٢٥٣ مغني ، المحتاج ، الشربيني ٣/ ١٤٤، مطالب أولي النهي ٥/ ٨١ ، حاشية الدسوقي ٤/ ١٦٥.

٦٧- ـ سورة البقرة الآية ٨٢ .

٦٨- بدائع الصنائع ، الكاساني ٢/ ٢٥٣ مغني ، المحتاج ، الشربيني ٣/ ١٤٤، مطالب أولي النهي ٥/ ٨١ ، حاشية الدسوقي ٤/ ١٦٥.

٦٩- التعريفات ، الجرجاني (العدل) .

٧٠- الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي٢/ ٢١٦ ، مغني المحتاج ٣/ ١٤٤ / ١٤٥ كشاف القناع ، البهوتي ٥/ ٦٥ .

٧١- بدائع الصنائع ، الكاساني ٢/ ٢٥٥ .

٧٢- الموسوعة الفقهية الكويتية ، ٤١/ ٢٩٨ .

٧٣- الهداية برهان الدين المرغيناني ، مصطفي الحلبي ، ٣/ ١١٧ الإفصاح ، ابن هبيرة ٢/ ١١٦ .

٧٤- سورة البقرة الآية ٢٨٢ .

٧٥- بدائع الصنائع ، الكاساني ، ٢/ ٢٥٥، حاشية الدسوقي ٤/ ١٦٧ ، مغني المحتاج ٣/ ١٤٤ ، مطالب أولى النهي ٥٤/ ٨١ ، حاشية ابن عابدين ٤/ ٩١.

٧٦- حاشية بن عابدين ، ٤/ ٩١ .

٧٧- نهاية المحتاج ، الرملي ، ٦/ ٢١٤ ، مغني المحتاج ، الشربيني ٣/ ١٤٤ .

٧٨- حاشية الدسوقي ، ٤/ ١٦٨ ، كشاف القناع ، البهوتي / ٥/ ٦٦ ، مغني المحتاج/ الشربيني/ ٣/ ١٤٤ نهاية المحتاج/ الرملي/ ٦/ ٢١٤ .

٧٩- بدائع الصنائع ، ٣/ ٢٥٥ ، مغني المحتاج ٣/ ١٤٤ ، كشاف القناع ٥/ ٦٦، نهاية المحتاج ، ٦/ ٢١٤ ، حاشية الدسوقي / ٤/ ١٦٨.

٨٠- حاشية الدسوقي ٤/ ١٦٧-١٦٨ .

٨١- روضة الطالبين ، النووي ٧/ ٤٥ .

٨٢- الزواج وموجباته ، ص : ٥٠ .

٨٣- مغني المحتاج ، الشربيني ٣/ ١٤٤ .

٨٤- روضة الطالبين ، النووي ، ٧/ ٤٥ ، مغني المحتاج ، الشربيني ٣/ ١٤٤، نهاية المحتاج، الرملي ٦/ ٢١٤ .

٨٥- روضة الطالبين ، النووي ، ٧/ ٤٥ ، مغني المحتاج ، الشربيني ٣/ ١٤٤، نهاية المحتاج، الرملي ٦/ ٢١٤ .

٨٦- الدر المختار / الحصكفي / مع رد المحتار (حاشية ابن عابدين) ٤/ ٩٢ .

٨٧- الزواج وموجباته ص :٥٠ ، روضة الطالبين ٧/ ٤٥-٤٦ مغني المحتاج ، الشربيني ٣/ ١٤٤ ، حاشية ابن عابدين ٤/ ٩٣-٩٤ .

٨٨- الدر المختار / الحصكفي ، ٤/ ٨٦ – ٩٣ ، حاشية ابن عابدين ٤/ ٩٤ .

٨٩- المذكرة الإيضاحية (الكويت) ص: ١٣٩ .

٩٠- الإفصاح عن معاني الصحاح يحيي بن محمد بن هبيرة ، المؤسسة السعيدية / الرياض ٢/ ١١٤ .

٩١- الموسوعة الفقهية ، الكويتية ٤١/ ٣٠٣ .

٩٢- المعتوه : (هو ما كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير إلا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون)الموسوعة الفقهية الكويتية ١٧/ ٩٤ .

٩٣- الموسوعة الفقهية الكويتية ، ١٧/ ٩٤ .

٩٤- بدائع الصنائع ، الكاساني ٢/ ٢٣٣ .

٩٥- بدائع الصنائع ، الكاساني ٢/ ٢٣٣ .

٩٦- السفه لغة : هو نقص في العقل ، وأصله الخفة (المصباح المنير، أحمد الفيومي ، مادة (سفه) . والسفه : عبارة عن خفة تعرض للإنسان من الفزع والغضب فتحمله على العمل بخلاف طور العقل وموجب الشرع (التعريفات الجرجاني ، مادة (السفه) وقال الفقهاء : السفه هو تبذير المال وتضيعه على خلاف مقتضي الشرع والعقل (الموسوعة الفقهية الكويتية ، ١٧/ ٩٤) .

٩٧- الهداية للمرغيناني ، مع شرح فتح القدير ، الكمال ابن الهمام ٨/ ١٨٩ المغني لابن قدامة ٢/ ٥٢٣ ، الموسوعة الفقهية الكويتية ، ٢٥/ ٦٢-٦٣ .

٩٨- التاج والإكليل ، المواق ، ٣/ ٤٥٧ ، الموسوعة الفقهية ، الكويتية ٢٥/ ٦٢-٦٣ .

٩٩- الموسوعة الفقهية الكويتية ، ٢٥/ ٦٣ ، روضة الطالبين النووي ٧/ ٩٦-٩٨ ، مغني المحتاج الشربيني ٣/ ١٧١

١٠٠- مغني المحتاج ، الشربيني ٣/ ١٧١ ، روضة الطالبين ، النووي ٧/ ٩٦ ـ ٩٨ ، الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٥/ ٦٣.

١٠١- أحكام الأسرة ، د. محمد سراج ص : ٦٦ .

١٠٢- روضة الطالبين ، النووي ٧/ ١٠١ .

١٠٣- التعريفات ، الجرجاني مادة (الفضولي) .

١٠٤- أحكام الأسرة ، د. محمد سراج ص : ٦٧ .

١٠٥- للتوسعة الإلمام بأصول الاحكام ، د. محمد فوزي فيض الله ، دار التقدم ،الكويت ، ط/ ١ ، ١٩٨٩م ص ١٢٦ ـ ١٢٩ .

١٠٦- القوانين الفقهية ، ابن جزي المالكي ، ص: ٢٠٠

١٠٧- سورة البقرة الآية ٢٨٢ .

١٠٨- القوانين الفقهية ، ابن جزي المالكي ، ص: ٢٠٠ ، معالم التنزيل للشيخ حسين البغوي ، دار ابن حزم ، بيروت ط/ ١ ، ٢٠٠٢م ، ص١٨٠ .

١٠٩- قانون الأحوال الشخصية اليمني ، رقم (٢٠) ١٩٩٢م[المادة: ٣٤٨] منه .

١١٠- المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية / الإمارات / رقم[٢٨] ٢٠٠٥م ، عند بيان [المادة: ٢٧] منه ص: ١٥٤ .

١١١- المذكرة الإيضاحية ، قانون أحوال شخصية الإمارات/ ص:١٥٤ ، أحكام الأسرة، د. محمد إمام ص ١٣٠ ، أحكام الأسرة محمد سراج ص ٧٥ ـ ٧٦.

١١٢- أحكام الأسرة ، د محمد امام ، ص : ١٣٠ ، أحكام الأسرة ، محمد سراج ص : ٧٥- ٠٧٦

١١٣- قانون أحوال شخصية/ قطر/ رقم (٢٢)٢٠٠٦م[المادة: ١٠] منه ، قانون أحوال شخصية / الكويت/ رقم(٥١) ١٩٨٤م [المادتين ٢٦ ، ٩٢] منه.

١١٤- أحكام الأسرة ، د. محمد إمام ، ص: ١٣٠ .

١١٥- المذكرة الإيضاحية أحوال شخصية/ الكويت / ص: ١٩٨ .

١١٦- أحكام الأسرة د. محمد إمام: ص ١٣٠ ـ ١٣١ أحكام الأسرة د. محمد سراج ص: ٧٤ .

١١٧- أحكام الأسرة د. محمد إمام ص: ١٣١ ، المذكرة الإيضاحية/أحوال شخصية / الكويت/ عند بيان المادة(٩٢)ص: ١٩٨ ـ ١٩٩ .

١١٨- انظر الموسوعة الفقهية الكويتية ٤١/ ٢٥٩ – ٢٧٩ .

١١٩- قال ابن حجر في الدراية(٢/ ٦٢ ط الفجالة الجديدة) لم أجده وقال العيني في البناية(ط دار الفكر ٣/ ١٣٤) : لا يثبت ـ الموسوعة الفقهية / الكويت/ ٤١/ ٢٥٩.

١٢٠- أخرجه البخاري ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ،لا بن حجر العسقلاني ١٢/ ٣١٩.

١٢١- المذكرة الإيضاحية ، قانون الأحوال الشخصية الكويتي ص: ١٩٨ ـ ١٩٩ .

١٢٢- أحكام الأسرة ، د. محمد إمام ص: ١٢٦ .

١٢٣- سورة النساء الآية ٦ .

١٢٤- المذكرة الإيضاحية/ أحوال شخصية / الكويت ص: ١٩٨ ـ ١٩٩ .

١٢٥- قانون أحوال شخصية الإمارات رقم (٢٨) المادة (٢٩) قانون أحوال شخصية قطر رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٦ المادة (١٧) ، المذكرة الإيضاحية قانون أحوال الكويت ص (١٤٩ ـ ١٥١).

١٢٦- انظر: المذكرة الإيضاحية ص: ١٩٨ ـ ١٩٩ .

١٢٧- قانون أحوال شخصية الإمارات ومذكرته الإيضاحية ص: (١٥٤ ـ ١٥٥).

١٢٨- شرح منتهي الإرادات ، البهوتي ، دار الفكر ٣/ ٣٩.

١٢٩- القوانين الفقهية ، ابن جزي المالكي ص: ٢٢٣.

١٣٠- أحكام الأسرة ، د. محمد سراج ص: ٩٤ .

١٣١- الأحوال الشخصية ، د. أحمد الغندور ص: ٧٥ .

١٣٢- المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية/ الإمارات/ عند بيان توضيح المادة(٢٠) ص: ١٤٨ ، نيل الأوطار، الشوكاني، ٦/ ٩٠،(من حديث عائشة).

١٣٣- ـ المراجع السابقة(المذكرة الإيضاحية:ص ١٥٠ ، نيل الأوطار ٦/ ٩١.

١٣٤- عن عقبة بن عامر ، نيل الأوطار ، الشوكاني ٦/ ١٤٢ .

١٣٥- عن عبدالله بن عمرو ، نيل الأوطار ، الشوكاني ٦/ ١٤٢ .

١٣٦- المغني لابن قدامة ٧/ ٤٤٨ .

١٣٧- الإفصاح ، ابن هبيرة ٢/ ١٣٣ .

١٣٨- القوانين الفقهية ، ابن جزي ص: ٢٢٣ ـ ٢٢٤ .

١٣٩- المغني لابن قدامة ٧/ ٤٤٨ .

١٤٠- الأحوال الشخصية ، د. أحمد الغندور ص: ٢٢٠ ، الاختيار ٣/ ١٠٥ـ١٠٦ .

١٤١- الأحوال الشخصية د. أحمد الغندور ص : ٢٢٠ ، ٢٢١ الاختبار ٣/ ١٠٦ ، بدائع الصنائع ٢/ ٢٥٨ ، البحر الرائق ، ابن نجيم ٣/ ١٧١ .

١٤٢- روضة الطالبين ، النووي ٧/ ٢٦٥ ، مغني المحتاج ، الشربيني ٣/ ٢٢٧ .

١٤٣- الأحوال الشخصية د. أحمد الغندور ص : ٧٥.

١٤٤- نيل الأوطار ، الشوكاني ، ٦/ ١٤٢ .

١٤٥- المذكرة الإيضاحية ، قانون أحوال شخصية / الإمارات / عند بيان المادة (٢٠) ص: ١٤٨ .

١٤٦- المغني ، لابن قدامة ٧/ ٤٤٨ .

١٤٧- للتوسعة ، الموسوعة الفقهية الكويتية ٤١/ ٣٤٤.

١٤٨- المذكرة الإيضاحية ، قانون أحوال شخصية (إمارات) ص: ١٤٨ -١٤٩ نيل الأوطار الشوكاني ٦/ ١٤٢ ـ ١٤٤ ، الأحوال الشخصية ، د.أحمد غندور ص :٧٥ – ٧٧ ، أحكام الأسرة د.محمد إمام ص:١٣٢ – ١٣٥ ، وللتوسع : المغني لابن قدامة ٧/ ٤٤٨ – ٤٥١.

١٤٩- المغني لابن قدامة ٧/ ٤٨٨ .

١٥٠- أحكام الأسرة ، د.محمد إمام ص : ١٣٣.

١٥١- المغني لابن قدامة ٧/ ٤٤٨ – ٤٤٩.

١٥٢- المذكرة الإيضاحية(الكويتي) ص: ١٦١ ـ ١٦٢ . ،والمذكرة الإيضاحية أحوال شخصية (الإمارات) ص: ١٤٩ .

١٥٣- المذكرة الإيضاحية أحوال شخصية (الإمارات) ص: ١٥٠ .

١٥٤- المذكرة الإيضاحية أحوال شخصية (الإمارات) ص: ١٥٠ .

فهرس الموضوعات

موجز عن البحث ١٤٤٠

مقدمة ١٤٤٣

المبحث الأول شروط عقد النكاح ١٤٤٤

المطلب الأول تعريف الشرط وأنواعه ١٤٤٤

المطلب الثاني الفرق بين الركن والشرط ١٤٤٥

المبحث الثاني شرط الركن لجهة الانعقاد (واختيارات القانون) ١٤٤٦

المطلب الأول ما يشترط في صيغة العقد (الإيجاب والقبول) ١٤٤٦

المطلب الثاني ما يقوم مقام اللفظ في الإيجاب والقبول ١٤٤٧

المسألة الأولى إشارة الأخرس ونحوه في انعقاد عقد النكاح ١٤٤٧

المسألة الثانية الكتابة، أو الكتاب، أو الرسالة المكتوبة ١٤٤٨

المسألة الثالثة انعقاد الزواج بإرسال الرسول أو الإرسال في النكاح ١٤٥٠

المسألة الرابعة القبول بالفعل ليس كالقبول باللفظ أو النكاح "بالتعاطي" ١٤٥٠

المطلب الثالث الإيجاب والقبول يكونان في مجلس واحد ١٤٥١

المطلب الرابع الإيجاب والقبول والاختيار ١٤٥٢

المطلب الخامس الإيجاب والقبول يكون منجزاً لا معلقـًا ١٤٥٣

المطلب السادس اختلاف مورد الإيجاب والقبول.....١٤٥٤

المطلب السابع الإيجاب والقبول "مسموعاً ومفهوماً".....١٤٥٥

المطلب الثامن [اختيارات القانون] في شروط الصيغة ١٤٥٥

المبحث الثالث **شروط ركن العاقدين والمعقود عليه في عقد النكاح (واختيارات القانون)**...١٤٥٩

المبحث الرابع شروط صحة عقد النكاح واختيارات القانون ١٤٦١

المطلب الأول "الولي" ركن العقد أو شرط في ركن العقد وله شروط ١٤٦١

المطلب الثاني من شروط صحة عقد النكاح.....١٤٦٢

المبحث الخامس الإشهاد والإعلان في عقد الزواج (واختيارات القانون).....١٤٦٣

المطلب الأول الشهود أو الإعلان شرط لصحة النكاح ابتداء وانتهاء.....١٤٦٣

المطلب الثاني ما يشترط في شاهدي النكاح.....١٤٦٨

المطلب الثالث [اختيارات القانون] في: الشهود شرط لصحة الزواج ١٤٧٢

المبحث السادس شروط نفاذ عقد النكاح أو: النكاح الموقوف على الإجازة [واختيارات القانون] ١٤٧٥

المبحث السابع الشروط (الجعلية) لعقد النكاح ١٤٧٩

المطلب الأول شرط توثيق عقد الزواج.....١٤٨١

المطلب الثاني تحديد سن الزواج أو تقييد الزواج بسن معين أو منع تزويج الصغار أو الزواج المبكر ١٤٨٤

المطلب الثالث الفحص الطبي قبل إجراء عقد الزواج ١٤٨٨

المطلب الرابع عقد النكاح المقترن بالشرط ١٤٨٩

الخاتمة ١٤٩٨

أولاً: أهم النتائج: ١٤٩٨

ثانياً: التوصيات والمقترحات : ١٤٩٨

المراجع والمصادر ١٥٠٠

الهوامش ١٥٠٤

فهرس الموضوعات ١٥١٥