إقليم كوردستان–العراق

مجلس القضاء

ئەنجومەنی دادوەری هەرێمی کوردستان
JUDICIAL COUNCIL OF KURDISTAN

فسخ عقد الزواج فقهاً وقانوناً

دراسة معززة بالتطبيقات القضائية

بحث تقدم به

القاضي بختيار عبيد احمد

كجزء من متطلبات الترقية من الصنف الرابع الى الصنف الثالث من اصناف القضاة

باشراف

القاضي فريق حمه صالح عبدالله

٢٧٢٤ ك ١٤٤٥هـ ٢٠٢٤م

وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ
أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا
وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ

توصية المشرف

تشرفت بالاشراف على البحث الموسوم ب(**فسخ عقد الزواج فقهًا وقانونًا - دراسة معززة بالتطبيقات القضائية**) لزميلي القاضي (**بختيار عبيد أحمد**) كجزء من متطلبات ترقية له من الصنف الرابع الى الصنف الثالث من اصناف القضاة، حيث وجدته انه اجهد نفسه في الدراسة والمتابعة وعمل بتوصياتي وتوجيهاتي، وكان موفقاً في اختيار الموضوع حيث ان موضوع فسخ عقد الزواج من المواضيع المهمة ولم يعطي المشرع العراقي وكذلك الكوردستاني حقه في القانون الاحوال الشخصية، لذلك ان بحثه يسد جزءاً من حاجة العاملين في حقل الشريعة والقانون ويملأ جزءاً من الثغرة الموجودة في المكتبة القانونية، وللمعنيين الرجوع اليه عند الحاجة فيكون جديراً بالقبول واتمنى له النجاح في مسيرته العلمية والقضائية.

مع التقدير

المشرف

القاضي الأول/ فريق حمة صالح عبدالله

محكمة بداءة حلبجة

التاريخ / / / ٢٠٢٤

شكر وتقدير

﴿ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ ﴾ [1]

الحمد لله الذي وفقني لإتمام هذا البحث وهيأ لي من الأساتذة والاهل والاصدقاء من كان عونًا لي على انجازه، ووقوفًا عند قول رسول الله (ﷺ) " لا يَشْكُرُ اللَّهَ مَنْ لا يَشْكُرُ النَّاسَ"[2] فان الواجب يحتم علي أن أخص بالذكر بعد الله تعالى استاذي والمشرف على هذا البحث صاحب الفضيلة:

القاضي / فريق حمه صالح عبدالله

الذي شاركني عناء البحث فلم يألو جهداً في مساعدتي وتقديم التوجيه العلمي، والدعم المعنوي لي، فكان نعم الاستاذ، فجزاه الله عني خير الجزاء، كما اتقدم بعبارات الشكر والتقدير الى كل من ساهم في اخراج هذا العمل من قريب أو بعيد ولو بكلمة طيبة بارك الله فيكم وعند الله وحده جزاؤكم.

(١) سورة الأحقاف: الآية ١٥.
(٢) رواه احمد (٧٧٥٥)، وابوداود (٤١٩٨)، والترمذي-صحيح الجامع (١٩٢٦).

الاهداء

إلى روح من وضع المولى-سبحانه وتعالى-الجنة تحت قدميها..."أمي الحبيبة".

الى روح من شرفني بحمل اسمه ... "ابي الموقر".

الى من شد الله بهم عضدي اخواني واخواتي.

الى شريكة عمري زوجتي وشموع حياتي أولادي.

الموضوع	الصفحة
عنوان الرسالة باللغة العربية	-
الآية القرآنية	أ
توصية المشرف	ب
شكر وتقدير	ج
الإهداء	د
المحتويات	و
المقدمة	١-٢
المبحث الأول: ماهية فسخ عقد الزواج	٣-٢٩
المطلب الأول: مفهوم فسخ عقد الزواج	٣
الفرع الأول: معنى فسخ عقد الزواج ومشروعية احكامه	٣
الفرع الثاني : تمييز الفسخ مع غيره من حالات انحلال عقد الزواج	٦
المطلب الثاني: اسباب فسخ عقد الزواج	١١
الفرع الاول : اسباب الفسخ التي تلازم العقد منذ نشوئه	١١
الفرع الثاني: اسباب الفسخ التي تطرأ على العقد بعد نشوؤه	١٩
المبحث الثاني:مقتضيات دعوى فسخ عقد الزواج والآثار الناجمة عنه	**٣٠-٤٥**
المطلب الأول: دعوى فسخ عقد الزواج	٣٠
الفرع الأول: المحكمة المختصة بدعوى الفسخ وقانون الواجب التطبيق	٣٠
الفرع الثاني: الاجراءات العملية لدعوى فسخ عقد الزواج	٣٢
المطلب الثاني: آثار فسخ عقد الزواج	٣٦
الفرع الأول : الآثار غير المالية لفسخ عقد الزواج	٣٦
الفرع الثاني: الآثار المالية لفسخ عقدالزواج	٤١
الخاتمة: تتضمن أهم النتائج و التوصيات	٤٦
قائمة المصادر:	٤٧-٥١

المقدمة

الحمدلله رب العالمين، عليه توكلت، وبه أستعين، واشهد ان لا اله الا الله، واشهد ان محمدًا عبده ورسوله، أرسله الله رحمة للعالمين، وجعل شريعته صالحة لكل زمان ومكان، وبعد:

المدخل التعريفي لموضوع البحث

لقد شرع الله النكاح سكنًا للنفس الإنسانية واستقراراً لها، وهذه آية من آيات الله، قال تبارك و تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾[1] وللنكاح مقاصد عظيمة من حصول الاستمتاع بالطرق المشروعة، وإنجاب الذرية التي هي من أهم مقاصد النكاح، وقال ﷺ " تَزَوَّجُوا الْوَدُودَ الْوَلُودَ فَإِنِّي مُكَاثِرٌ بِكُمُ الْأُمَمَ "[2] فرغب ﷺ في إنجاب الذرية تكثيراً لسواد الأمة الإسلامية.

ولما كان النكاح عقداً مقدساً في الاسلام وقد وصفه الله تعالى بالميثاق الغليظ فقال تبارك وتعالى ﴿ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا ﴾[3] غايته تكوين الاسرة على اسس مستقرة، ومع ذلك فهو عقد يجري بين البشر قد يعتريها ما يفسدها بحيث يترتب على دوامه فوات مصلحة أو حصول مفسدة، أو بقاءه مخالفاً لمقصد شرعي، فكان من فضل الله على عباده ان شرع للزوجين من سبل واحكام انحلال الرابطة الزوجية وذلك من خلال الطلاق والتفريق والمخالعة، أو الفسخ : حيث تقع الفرقة في هذه الحالة بين الزوجين بحكم القاضي بناء على خلل وقع على العقد وقت ابرامه أو بسبب خلل طرأ عليه، يمنع من بقاءه ودوامه والذي يؤدي الى انحلال الرابطة الزوجية بين الرجل والمرأة في الحال ويسمى في هذه الحالة فسخاً.

مشكلة البحث

مهما كان سبب فسخ عقد الزواج فانه يطرح اشكالات كثيرة وأثار اسئلة عديدة في الفقه الاسلامي وفي القانون وامام القضاء، هل استعمال مصطلح الفسخ لدى الفقهاء هو بمعنى البطلان؟ ماهو مفهوم الفسخ؟ وما هو اسباب فسخ عقد الزواج؟ إذا أضيفت إلى العقد الشروط الجعلية هل يجب الوفاء بها أم لا ؟ وهل يصح طلب الفسخ لعدم الوفاء بها؟ الى اي مدى يؤثر الفسخ على عقد الزواج واستمراريته؟ وما هو مقتضيات دعوى فسخ عقد الزواج؟ وماهو الآثار التي يمكن ان تترتب عليه؟ بين كل هذه الاسئلة واسئلة اخرى كانت مثار أخذ و رد بين الفقهاء المسلمين وفقهاء القانون والقضاء.

اهمية البحث

نختار دراسة فسخ عقد الزواج فقهاً وقانوناً دراسة معززة بالتطبيقات القضائية، لأهمية الموضوع والتي تجلت من خلال الاسئلة التي طرحت في ساحة الفقه الاسلامي وفي القانون والقضاء، والتي اثير بعضها انفاً، وتسليط الضوء على الاحكام الشرعية والقانونية لفسخ عقد الزواج وخاصة للعاملين في مجال القضاء من القضاة والمحاميين، وكذلك تبدو هذه الاهمية من ندرة المصادر المتخصصة في هذا

---

(١) سورة الروم، اية ٢١.
(٢) انظر: محمد ناصرالدين الالباني، التعليقات الرضية على الروضة الندية للعلامة صديق حسن خان، دار ابن عفان، ط١، ج٢، ١٩٩٩، ص ١٣٧.
(٣) سورة النساء، اية ٢١.

الموضوع فمن خلال بحثنا فيه لاحظنا انه لا توجد كتباً كثيرة تجمع جزئياته، فبالرغم من ان الكثيرين ممن كتبوا في الاحوال الشخصية قد تطرقوا اليه ولكن بشكل مختصر ومبسط ولم يتوسعوا فيه، بل اكتفوا بفكرة شاملة ومبسطة عن الموضوع، اضافة انه قد تطرق فقهاء الشريعة الاسلامية لهذه المسألة في ثنايا كتبهم لكن بشكل متناثر وفي ابواب مختلفة.

صعوبات البحث

واجهنا صعوبات عديدة اثناء كتابة هذا البحث، ومن اهمها ضيق الوقت وقلة المصادر المتخصصة بدراسة احكام فسخ عقد الزواج، وغياب تنظيمه قانوناً بشكل تام، فضلاً عن قصر الوقت المخصص لكتابته بسبب إنشغالنا بالدوام الرسمي في المحاكم، وكذلك صعوبة الحصول على قرارات تمييزية حول الموضوع.

منهجية البحث

يعتمد هذا البحث على منهج التحليلي وتفسيرالنصوص القانونية التي تحكم الفسخ وبيان آراء الفقهاء ومقارنته بالنصوص القانونية، ومن اجل تعزيز الآراء الفقهية وبيان اجتهاد القضاء نقوم باستخدام مجموعة من القرارات القضائية الحديثة والقديمة لمحكمتي تمييز اقليم كوردستان–العراق ومحكمة التمييزالاتحادية بالاضافة الى قرارات المحاكم العربية خاصة في بعض المواضيع الذي لم نتحصل على قرارات تمييزية لمحكمتي تمييز اقيلم كوردستان – العراق ومحكمة التمييزالاتحادية .

خطة البحث

يتكون البحث من المبحثين وتحت كل مبحث مطلبين وينتهي البحث بخاتمة.

يتضمن **المبحث الاول:** ماهية فسخ عقد الزواج ونقسم هذا المبحث الى المطلبين: نتطرق من خلال **المطلب الاول**: الى مفهوم فسخ عقد الزواج وهو بدوره يقسم الى الفرعين، نخصص الفرع الاول لـ: معنى فسخ عقد الزواج ومشروعية احكامه والآخر لـ: تمييز الفسخ مع غيره من حالات انحلال عقد الزواج. ونقسم **المطلب الثاني:** تحت عنوان اسباب فسخ عقد الزواج الى الفرعين: ففي الفرع الاول : نتحدث عن اسباب الفسخ التي تلازم العقد منذ نشوئه، وفي الآخر : نتناول اسباب الفسخ التي تطرأ على العقد بعد نشوؤه.

أما **المبحث الثاني:** نتحدث فيه عن مقتضيات دعوى فسخ عقد الزواج والآثار الناجمة عنه، ونقسمه ايضاً الى المطلبين: ونقسم **المطلب الأول**: تحت عنوان دعوى فسخ عقد الزواج، الى الفرعين: ففي الفرع الأول: نتكلم عن المحكمة المختصة بدعوى الفسخ وقانون الواجب التطبيق، وفي الآخر:نتحدث عن الاجراءات العملية لدعوى فسخ عقد الزواج. و**المطلب الثاني**: بعنوان آثار فسخ عقد الزواج. ينطوي على الفرعين: الفرع الاول: نخصصه لـ: الآثار غير المالية لفسخ عقد الزواج، والثاني: نتناول فيه الآثار المالية لفسخ عقد الزواج.

ثم نختم البحث ببيان ابرز الاستنتاجات والمقترحات التي تخص موضوع البحث وفي الأخير نقول راجين ان يعين هذا البحث القارئ على المام بأحكام فسخ عقد الزواج من الناحية النظرية والتطبيقية، والله ولي التوفيق.

المبحث الاول

ماهية فسخ عقد الزواج

إن عقد الزواج كغيره من العقود الأخرى يجب عند تكوينه ان يتوافر فيه أركان وشروط معينة حتى يكون صحيحاً، ولكنه يختلف عن غيره من العقود في بعض جوانبه لخصوصيته باعتباره عقداً ذا طابع تعبدي، وعليه فإن طرق حلّه تختلف عن بقية العقود الأخرى، فإذا أنشئ صحيحاً فهو لا ينتهي كأصل عام إلا بوفاة أحد الزوجين أو بالطلاق أو التفريق، أما إذا تخلف ركن من أركانه كان العقد باطلاً، لكن إذا تخلف أحد شروطه سواء عند تكوينه أو أثناء تنفيذه كان مصيره الفسخ، وعليه فقد تضمن هذا المبحث:

المطلب الاول : مفهوم فسخ عقد الزواج.

المطلب الثاني: اسباب فسخ عقد الزواج.

المطلب الاول: مفهوم فسخ عقد الزواج

لمعرفة احكام فسخ عقد الزواج لابد من دراسة مفهومه وذلك من خلال تعريفه واظهار معناه بالاضافة الى بيان مشروعية احكامه على هذا نقسم هذا المطلب الى الفرعين، نتناول من خلال الفرع الاول: معنى فسخ عقد الزواج ومشروعيته، وفي الآخر: نتحدث عن تمييز فسخ عقد الزواج مع غيره من حالات انهاء عقد الزواج .

الفرع الاول: معنى فسخ عقد الزواج ومشروعية احكامه

أولاً: معنى فسخ عقد الزواج : لابد لنا ان نتعرف عن معنى فسخ عقد الزواج لغةً واصطلاحاً وعلى نحو الآتي:

١- **تعريف الفسخ لغةً واصطلاحاً:**

الفسخ لغةً: (النقض) فَسَخَ الشْيءَ يَفْسَخُه فسْخاً فانفَسَخَ: نَقَضَه فانتَقَضَ(و) الفَسخُ (التَفريقُ) وقد فَسَخَ الشَيْءَ اذا فَرّقَه وياتي الفسخ بمعنى الطرح والتفريق والجهل والنقض والضعف، وقيل الفسخ: الضعف في العقل والبدن ومن المجاز: انفسخ النكاح اي انتقض[١] والفَسخُ: زوالُ المَفْصِلِ عن مَوضِعِهِ وفَسخْتُ يَدَهُ أفسخُها فسخاً، ويقال: فسخْتُ البيع بَين البَيعينِ والنّكاحَ، فانفسخ البيعُ والنِّكاحُ: اي نَقَضْتُهُ فانْتَقَضَ[٢] وفسخت العقد فسخاً رفعته وتفاسخ القوم العقد توافقوا على فسخه قال: السرقسطى فسخت البيع والامر نقضتها و فسخت الشيء فرقته.[٣]

وبذلك يتضح ان الفسخ يدور في اللغة على معاني عدة ومنها: النقض، والتقطع، والازالة، والرفع، والتفرق، والفساد، وبين هذه المعاني قاسم مشترك وهو التغيير والتحويل، فان نقض الشيء يتحول الامر الى ما كان عليه سابقاً، كنقض العقد، فانه مزيل لما يترتب عليه من الاحكام في الحال.

---

(١) انظر: محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، دارطادر، ط١، ٢٠١١، ج ٨، ص١٤٣. و مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي, القاموس المحيط، دار الحديث القاهرة، ٢٠٠٨، ص١٢٤٦.

(٢) انظر: ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة ، ج٥، ص ٣٤١٢.

(٣) انظر: احمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير في غريب شرح الكبير للرافعي، المطبعة الاميرية بالقاهرة، ط٦، ١٩٢٦، ج٢، ص ٦٤٦.

اما الفسخ اصطلاحاً:اختلف الفقهاء في تعريف الفسخ، ولقد عرفه بعض الفقهاء بانه (رفع العقد عن الاصل وجعله كأن لم يكن)[١] وعرفه ابن النجيم من الحنفية (بأنه حل رابطة العقد) وعرفه القرافي من المالكية بأنه(قلب كل واحد من العوضين لصاحبه) وعرفه الزركشي من الشافعية (بأنه رد الشيء واسترداد مقابله)[٢] والفسخ نقض للعقد من اساسه وازالة للحل الذي يترتب عليه،[٣] والفسخ شرعاً رفع العقد على وصف كان قبله بلا زيادة ونقصان،[٤] ورفع العقد بارادة من له حق الرفع، وازالة جميع آثاره والفسوخ حل ارتباط العقود كالطلاق والعتاق.[٥]

ولم يختلف معنى الفسخ اصطلاحاً عما عليه لغةً، فهو حل رابطة العقد المبرم سابقاً، وهدم لكل الآثار التي كانت قد ترتبت عليه بحيث لم يعد له وجود اعتباري وذلك من وجهة النظر الشارع فقط، اما واقعياً فان الفسخ لا يمكن ان يعدم العقد من الناحية المادية، فانه قد وجد بالفعل والموجود لا يمكن ان يعتبر معدوماً من الناحية الحس، ولكنه يعتبر معدوماً من حيث آثاره التي رتبها عليه الشارع، والانعدام هنا مجازي وليس حقيقياً، واذا انعدم العقد اعتبر كأن لم يكن، وعليه تهدم كل ما ترتب عليه من الآثار والتزامات، ولا يستطيع احد المتعاقدين ان يلزم الآخر بشيء استناداً الى العقد المفسوخ.

٢- تعريف عقد الزواج لغةً واصطلاحاً:

العقد لغةً: الربط والشد والاحكام والتوثيق والضمان والعهد والجمع بين اطراف الشيء، عقدت الحبل عقداً من باب الضرب فانعقد والعقدة مايمسكه ويوثقه ومنه قيل عقدت البيع ونحوه وعقدت اليمين وعقدتها بالتشديد، توكيد، والعقد الضمان، والعهد والجمل الموثق الظهر، وعقدته بمعنى عاهدته ومعقد الشيء مثل مجلس موضع عقده وعقدة النكاح وغيره احكامه وابرام.[٦]

والعقد اصطلاحاً: في الاصطلاح العقد على معنيين: **المعنى العام:** وهو كل مايعقده (يعزمه) الشخص ان يفعله هو أو يعقد على غيره فعله على وجه الزامه اياه، وعلى ذلك فيسمى البيع والنكاح وسائر العقود المعاوضات عقوداً لأن كل واحد من طرفي العقد الزم نفسه الوفاء به. **اما المعنى الخاص:** بهذا المعنى يطلق العقد على ما ينشأ عن إرادتين لظهور أثره الشرعي في المحل قال الجرجاني: العقد: ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول،وبهذا المعنى عَرّفهُ الزركشي، بقوله:العقد:ارتباط الإيجاب بالقبول الالتزامى كعقد البيع والنكاح وغيرهما، والعقد: الربط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما على وجه ينشأ عنه أثره الشرعي.[٧] وعرفه القانون المدني العراقي بان(العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه).[٨] وهذا التعريف مأخوذة من الفقه الاسلامي.[٩]

واما عقد الزواج: هو من العقود التي ترتب التزام للطرفين على ان يكون احد طرفي هذا العقد رجل والآخر امرأة حصراً، ويعرف عقد الزواج بانه (الزواج عقد تراضي بين رجل وامرأة يحل به

---

(١) انظر: د.وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الاسلامي والقضايا المعاصرة، دار الفكر,ط٣، ج١٠، ٢٠١٣، ص٢٧٨.
(٢) انظر: د.محمود عبدالرحمن عبدالمنعم، معجم المصطلحات والالفاظ الفقهية ، ج٣، دار الفضيلة ، ص ٤٢.
(٣) انظر: د.وهبة الزحيلي، مصدر سابق، ج٨ ، ص ٣٣٦.
(٤) انظر: محمد عميم الاحسان المجددي البركيتي, التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية، ط١، ٢٠٠٣، ص ١٦٤.
(٥) انظر: أ.د.محمد رواس قلعه جي , معجم لغة الفقهاء، دار النفائس ،١٩٩٦، ص ٣١٥.
(٦) انظر: احمد بن محمد علي المقري الفيومي، مصدر سابق، ج١، ص ٥٧٥، ومحمد الدين محمد بن يعقوب الفيروز الابادي، مصدر سابق، ص ١١١٨.
(٧) انظر: د.محمود عبدالرحمن عبدالمنعم، مصدر سابق، ج٢، ص ٥١٨-٥١٩.
(٨) المادة ٧٣من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
(٩) انظر: محمد قدري باشا، مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان، المطبعة الكبرى الاميرية، ط٢ ،١٨٩١، المادة ١٦٨، ص ٢٧.

كل منهما للآخر شرعاً غايته تكوين الاسرة على اسس المودة والرحمة والمسؤلية المشتركة طبقاً لاحكام هذا القانون.).[١]

صفوة القول اذا تحقق سبب من اسباب الفسخ العقد يؤدي الى هدمه وتحلل اطرافه من الالتزامات المترتبة عليهما بموجبه، ولما كان لعقد الزواج خصوصية من حيث طبيعة الآثار المترتبة عليه، فهل يكون المعنى العام للفسخ متناسباً مع الطبيعة الخاصة لعقد الزواج، حيث ان الفقهاء اكتفوا بايراد التعريف العام لفسخ ينطبق على جميع العقود ولم يوردوا تعريفاً خاصاً بفسخ عقد الزواج.

ولعل من الاسباب التي ترجع الى عدم وضع تعريف للفسخ هو عدم اتفاق كلمتهم على مشروعية الفسخ أذ نجد ان بعض المدارس الفقهية قد منعت فسخ عقد الزواج بشكل مطلق في حين جعلته بعض المذاهب الاسلامية مقتصراً على الزوجة وحدها وسنتحدث عن ذلك لاحقاً، وقد هيمن موقف الفقه الاسلامي على بعض قوانين الاحوال الشخصية كقانون الاحوال الشخصية العراقي التي فضلت عدم ايراد تعريف فسخ عقد الزواج.

ونجد ان معظم التشريعات العربية لم تضع تعريفاً لفسخ عقد الزواج، باستثناء القانون الكويتي والقطري حيث نص القانون الكويتي على تعريف الفسخ بأنه (نقض عقده، عند عدم لزومه، أو حيث يمتنع بقاؤه شرعاً، وهو لا ينقص عدد الطلقات).[٢] في حين المشرع القطري عرف الفسخ بانه(هو نقض عقد الزواج لخلل صاحب نشوءه، أو عارض طاريء مانع لبقائه، والفسخ فرقة بائنة، ولا رجعة فيها، ولا ينقض عدد طلقات، وكل فرقة بحكم القضاء تعتبر فسخاً).[٣] حيث احجمت معظم القوانين الاحوال الشخصية العربية عن تعريف عقد الزواج، وهذا ليس عيباً او مأخذاً لأن التعريف ليس من وظيفة المشرع، وانما هو دور الفقهاء والشراح القانون، ومما لاشك فيه ان احجام قوانين الاحوال الشخصية عن تعريف الفسخ يرجع لكثرة وتنوع اسباب فسخ عقد الزواج، ومن المتعذر ضبطها جميعاً في تعريف جامع مانع.

ثانياً: مشروعية الفسخ في الفقه الاسلامي: ينقسم الفقه الاسلامي في مسألة مشروعية الفسخ الى ثلاثة اقوال:

يرى جمهور العلماء من الامامية ومالكية وشافعية وحنابلة[٤] ان لكلا الزوجين حق فسخ العقد عند وجود بعض العيوب، لان كلاً منهما يتضرر بهذه العيوب وامتلاك الزوج للطلاق لا يحميه من ضرر، لما يترتب على الطلاق من التزامات يختلف بها عن الفسخ، واستدلوا على ذلك بالسنة النبوية حيث روى زيد بن كعب تزوج رسول الله ﷺامرأة من بني الغفار، فرأى بكشحها بياضاً فقال لها النبي ﷺ "الْبَسِي ثِيَابَكِ، والْحَقِي بِأَهْلِكِ "[٥] وفي هذا الحديث رد النبي النكاح بسب العيب الذي اطلع عليه، وكذلك استدلوا بالأثر روى سعيد بن المسيب عن عمر رضي الله عنه- أنه قال : أيما امرأة غر بها رجل، بها جنون أو

---

(١) المادة الثالثة /١ من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩المعدل، يعرف الزواج ب(عقد بين الرجل وامرأة تحل له شرعاً غايته انشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل)، علماً في اقليم كوردستان يوقف العمل بالفقرة ١ من المادة الثالثة من قانون الاحوال الشخصية العراقي، وذلك بموجب قانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٨ قانون تعديل قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨لسنة ١٩٥٩المعدل في اقليم كوردستان الصادرة من برلمان كوردستان-العراق، ويحل محلها النص المذكور .

(٢) المادة ٩٩ من قانون الاحوال الشخصية الكويتي رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤.

(٣) المادة ١٠٥ من قانون الاسرة القطري رقم ٢٢لسنة ٢٠٠٦.

(٤) انظر: القاضي طالب فارس السورجي، انحلال عقد الزواج والآثار المترتبة عليه، دار السنهوري،٢٠١٩، ص٦٩- ٧١.

(٥) محمد بن اسماعيل الامير اليمني الصنعايي، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع ادلة الاحكام، دار المعرفة، ج٣ ،٢٠٠٧، ص ٢١٣.

جذام أو برص، فلها مهرها، بما أصاب منها، وصداق الرجل على من غره، ووجه الدلالة أن هذه العيوب تمنع الاستمتاع بالنكاح، وتثير النفرة في النفس، ويخشى تعديها من النفس إلى النسل.[١]

اما الظاهرية[٢] والشوكاني ذهبوا الى عدم جواز طلب التفريق مطلقاً أنه لايفرق بين الزوجين بالعيب سواء كان موجوداً قبل العقد أو بعده، لأنهم يرون عدم وجود دليل في الكتاب والسنة عليه، واستدلو بالادلة الآتية:عن عائشة(رضى الله عنها) قالت:جاءت امرأة رفاعة القرظي الى النبيﷺ فقالت: كنت عند رفاعة فطلقني فأبت طلاقي فتزوجت عبدالرحمن بن الزبير انما معه مثل هدبة الثوب فقال: " أتريدينَ أن ترجِعي إلى رفاعةَ لا حتَّى تذوقي عُسَيلتَهُ ويذوقَ عُسَيلتَكِ "[٣] وجهة الدلالة تشتكي الزوجة الى النبي من مرض زوجها فلم يجبها النبي ﷺ لشكواها ورفض التفريق بينها وبين زوجها ولم يؤجل لها اجلاً.[٤]

ويرى الحنفية انه يثبت حق الفسخ للزوجة فقط، لا لزوج، لأن الزوج بامكانه دفع الضرر عن نفسه بالطلاق، اما الزوجة فلا يمكنها دفع الضررعن نفسها الا باعطائها الحق في طلب التفريق لانها لا تمتلك الطلاق.[٥]

والراجح هو رأي الجمهور وان الزوج يتضرر بالعيوب فضلاً عن تضرره من التزامه بالمهر، بخلاف ما لو كان الفسخ لعيب من الزوجة.

الفرع الثاني : تمييز الفسخ مع غيره من حالات انحلال عقد الزواج

أولاً: تمييز الفسخ عن الطلاق: يعتبر الفسخ والطلاق نظامان متشابهان ومختلفان في آن واحد، فهما متفقان في حل عقد الزواج وانهائه ورفع الحل بين الزوجين، وتختلف الفرقة التي هي الطلاق عن الفرقة التي هي الفسخ في الامور الآتية :

١- **من حيث الماهية**: الفسخ : نقض للعقد وازالة للحل الذي يترتب عليه،[6] اي تنقطع الرابطة الزوجية بالفسخ في الحال على معنى ان الزوج لا يستطيع ان يعيد زوجته الى عصمته الا بعقد جديد، وقد لايستطيع ذلك اصلاً كما نبينه فيما بعد.

اما الطلاق: فهو انهاء للعقد ولايزول الحل الا بعد البنونة الكبرى، حيث يترتب على الطلاق انقطاع الرابطة الزوجية في الحال كما في الطلاق البائن وفي المآل كما في الطلاق الرجعي، حيث لا يحل عقدة الزواج في الحال وانما يحلها بعد انقضاء العدة، بدليل ان للزوج ان يعيدها الى عصمته بدون عقد أو مهر جديد وبدون توقف على رضاها.[٧]

---

(١) انظر: د.مسلم كاظم عيدان الشمري، نظرية الفسخ في العقود - عقد النكاح نموذجاً، مجلة كلية التربية، جامعة المستنصرية، العدد السادس، ٢٠١٩، ص ٥٩٢.

(٢) انظر: ابي محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الاندلسي، المحلى بالآثار، دار الكتب العلمية، ط١، ج٩، ٢٠٠٣، ج٩،ص ٢٧٩

(٣) انظر: سيد سابق، مصدر سابق، ج٢، ص ١٨٨.

(٤) انظر: د.تهاني معيض عويد، فسخ عقد النكاح واحكامه والآثار المترتبة عليه، مجلة كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، المجلد٣٦، العدد ١٢٥، ٢٠١٩، ص ٢٣٢. و د.مسلم كاظم عيدان الشمري, مصدر سابق، ص ٥٩٢.

(٥) انظر: القاضي زياد مجيد حميد ، احكام فسخ عقد الزواج، مكتبة الصباح القانونية، ٢٠١٦، ص٢٧.

(6) انظر: د.وهبة الزحيلي، مصدر سابق، ج٨، ص ٣٣٦.

(٧) انظر: محمد محي الدين عبدالحميد، الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية، دار الطلائع، ٢٠١٢، ص ١٦٩. حيث عرف قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ في كوردستان–العراق في المادة الثامنة والثلاثون/١الطلاق الرجعي (وهو ماجاز للزوج مراجعة زوجته اثناء عدتها منه دون عقد على ان تتوافر رغبتهما في الاصلاح) حيث اشترطت توافر رغبتهما في الاصلاح.

٢- **من حيث اسباب كل منهما:** الفسخ يكون إما بسبب حالات طارئة على العقد تنافي اهداف الزواج، أو حالات مقارنة للعقد تقتضي عدم لزومه من الأصل، فمن أمثلة الحالات الطارئة : ردة الزوجة أو إباؤها الإسلام، أو الاتصال الجنسي بين الزوج وأم زوجته أو بنتها، أو بين الزوجة وأب زوجها أو ابنه مما يحرم المصاهرة، وذلك ينافي الزواج، ومن أمثلة الحالات المقارنة: أحوال خيار البلوغ لأحد الزوجين وخيار أولياء المرأة التي تزوجت من غير كفء أو بأقل من مهر المثل عند الحنفية، ففيها كان العقد غير لازم، والفسخ هو نقض للعقد وهدم اثاره.(١)

وأما الطلاق اثر من آثار العقد، بحيث اذا كان العقد غير صحيح لم ينجم عنه هذا الاثر، عليه فان الطلاق لا يكون إلا بناء على عقد صحيح لازم، وهو من حقوق الزوج، فليس فيه ما يتنافى مع عقد الزواج أو يكون بسبب عدم لزومه.(٢)

٣- **من حيث أثر كل منهما على عدد الطلقات والمهر والعدة:** الطلاق ينقص به عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته سواء كان الطلاق رجعياً ام بائناً، اما الفسخ لا ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته حيث ان الفسخ لا يعتبر طلاقاً، عدا بعض الحالات التي يقررها المذهب الحنفي، فلو وقع الفسخ بين الزوج والزوجة، بسبب من الاسباب التي تجيزه، ثم زال السبب، وعاد الرجل فتزوج بزوجته التي فارقها بالفسخ فانه يملك عليها ثلاث طلقات، كما لوكان لم يفارقها سابقاً، بخلاف مالو طلقها ثم اعادها الى عصمته، سواء اكانت مراجعته اياها في اثناء العدة ام بعد انقضاءها، فانها تعود اليه بما بقى له من الطلقات.(٣)

الطلاق قبل الدخول يترتب عليها وجوب نصف المهر المسمى للمطلقة، وهذا ما نص عليه قانون الاحوال الشخصية العراقي بقوله (تستحق الزوجة كل المهر المسمى بالدخول أو بموت احد الزوجين وتستحق نصف المهر المسمى بالطلاق قبل الدخول).(٤)

واما الفسخ قبل الدخول لا يوجب للمرأة شيئا من المهر لان الفسخ تعتبر نقصاً لاصل العقد، فكأنه لم يوجد ومن المقرر ان المهر حكم من احكام العقد الصحيح.(٥)

الطلاق والفسخ متساويان في وجوب العدة بها على الزوجة ولم يخالف في ذلك غير الظاهرية اذ العدة عندهم لا تجب الا بالموت والطلاق بائناً كان أو رجعياً، اما الفسخ فلا تجب العدة به إلا في حالة الفسخ بسبب خيار العتق .(٦)

والطلاق لايقع الا بألفاظ مخصوصة صريحة أو كناية مع نية الطلاق، اما الفسخ يقع بمجرد قيام سببه وبحكم القاضي .

وخلاصة القول نجد ان حقيقة كل من الفسخ والطلاق، وطبيعة كل منهما والاثر المترتب على كل منهما، يختلف عن طبيعة وحقيقة والاثر المترتب على الاخر بصفة عامة، وان الاسباب التي يستند اليها كل منهما تغاير الاسباب التي يستند اليها الاخر.

---

(١) انظر: د.وهبة الزحيلي، مصدر سابق، ج٨، ص ٣٣٦-٣٣٧.

(٢) انظر: القاضي محمد حسن كشكول والقاضي عباس السعدي، شرح قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته، المكتبة القانونية، ط٢، ٢٠١١، ص ١٨٦.

(٣) انظر: عمرعبدالله، احكام الشريعة الاسلامية في الاحوال الشخصية، دار المعارف، ط٥، ١٩٦٥، ٥٠٧. و د. فاروق عبدالكريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨لسنة ١٩٥٩، مكبة يادكار ، ط٢، ص ٢٠٠.

(٤) المادة الحادية والعشرون من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته.

(٥) انظر: عمر عبدالله، مصدر سابق، ص ٥٠٨.

(٦) انظر: ابي محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الاندلسي، مصدر سابق، ج٩، ص ٣٥٧، والقاضي قيس الحسناوي، الالحاد وفسخ الزواج، مكتبة صباح القانونية، ط١ ، ٢٠٢٣، ص ١٨٣.

ثانياً: تمييز الفسخ عن التفريق القضائي: يختلف التفريق الذي يوقعه القاضي عن الفسخ من حيث ان الفسخ فرقة بين الزوجين قد تحتاج الى حكم قضائي أو لا، بينما التفريق القضائي يحتاج الى حكم قضائي، والتفريق القضائي هو انهاء العلاقة الزوجية من قبل القاضي لوجود سبب من الاسباب التي تمنع استمرار الحياة الزوجية، فالقاضي الذي يطلق الزوجة من زوجها انما هو يمارس نيابة شرعية وقانونية منحها له الشرع أو القانون باعتباره صاحب الولاية العامة، ولهذا فقد اجيز له استعمالها وان كان ذلك بدون رضا الزوج عند تحقق الاسباب الشرعية والقانونية التي تستوجب التفريق.

لقد اختلف فقهاء المسلمين في جواز ايقاع التفريق من قبل القاضي، يرى الفقهاء الحنفية ان القاضي لا يملك حق التفريق لأي سبب كان الا اذا كان الزوج مصابًا بهذه العيوب(الجب أو الخصي أو العنة)، اما جمهور فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة والامامية الجعفرية اجازوا التفريق من القاضي بناءاً على طلب الزوجة لأسباب عديدة منها:(عدم انفاق الزوج على زوجته عند فقهاء الشافعية والمالكية والحنابلة، و ايقاع ضرر بالزوجة بالقول أو بالفعل وتضررالزوجة في حالة غياب الزوج عند فقهاء المالكية والحنابلة)[١] حيث اخذ القانون العراقي برأي جمهور الفقهاء.[٢]

اما فسخ الزواج فهو ينقض عقد النكاح لوجود خلل وقع عليه وقت ابرامه أو نتيجة خلل طرأ عليه يمنع من بقاءه واستمراره وبالفسخ تنتهي احكام عقد النكاح، وينقطع ما بين الرجل والمرأة من الرابطة الزوجية في الحال، دون الرجوع الى الماضي، اي ان الفرقة التي هي فسخ تنهي عقد النكاح في الحال دائما، ولا تنقص من عدد الطلقات التي له على زوجته.

فالفسخ هو سبب طارئ يمنع من استمرار النكاح أو يكون تلافيا لأمر مرتبط بإنشاء عقد النكاح جعله غير ملزم مما تقدم نرى ان فسخ النكاح يرد على عقود الزواج الصحيحة وعقود الزواج الفاسدة ويقع قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة وكذلك بعد الدخول الشرعي، اما التفريق القضائي فلا يرد الا على عقود الزواج الصحيحة.

وفسخ النكاح هو عقد غير لازم وقد يكون اما بائنا بينونة كبرى بحيث لا يحق لأي من الزوجين ابرام عقد نكاح جديد لوجود حرمة مؤبدة أو مؤقتة بعد رفع الخلل الذي طرأ على العقد السابق وبسببه تم فسخه، اما التفريق القضائي فهو عقد لازم ويكون بائناً بينونة صغرى فيحق للزوجين ابرام عقد نكاح جديد واستئناف حياتهم الزوجية مرة اخرى.[٣]

ومن حيث الآثار فالفسخ قبل الدخول لا يوجب للمراة شيء من المهر اما التفريق القضائي قبل الدخول اذا كان التقصير من جانب الزوج يوجب للمرأة نصف المهرالمسمى فان لم يكن المهر المسمى تستحق المتعة: وهو ما ترتديه المراة خارج المنزل والذي يتكون من كسوة كاملة حسب العرف أو قيمتها ما يناسب حال الزوج المالية وبعض الفقهاء قدرها بما لا يتجاوز نصف مهر المثل وفي حالة الاختلاف يمكن تقديرها بمعرفة الخبراء.[٤]

---

(١) انظر: بهاءالدين عبدالرحمن بن ابراهيم المقدسي، العدة في شرح العمدة في فقه امام السنة احمد بن حنبل، تحقيق د.يحيى مراد، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، ط١، ٢٠٠٥، ص ٤٤٠-٤٤١.

(٢) انظر:أ.م.د.هادي حسين الكرعاوي، التفريق القضائي دراسة مقارنة، مجلة كوفة، العدد٤، ٢٠١٠، ص١١٢. والمواد (الاربعون، والحادية والاربعون، والثانية والاربعون، والثالثة والاربعون، والرابعة والاربعون، والخامسة والاربعون) من قانون الاحوال الشخصية رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته.

(٣) انظر: القاضي زياد مجيد حميد ، مصدر سابق، ص ٤١-٤٣.

(٤) انظر: د.محمود عبدالرحمن عبد المنعم، مصدر سابق، ج٣، ص ٢٠٩. ومجموعة من المؤلفين، معجم مصطلحات العلوم الشرعية، مكتبة الملك فهد الوطنية، ط٢، ٢٠١٧، ص ١٤١٧، القاضي محمد حسن كشكول والقاضي عباس السعدي، مصدر سابق، ص ١٨٦.

والتفريق القضائي لا يحكم به الا بناء على طلب احد الزوجين اما فسخ عقد الزواج قد يكون بناء على طلب احد الزوجين أو الادعاء العام لتعلقه بالحل والحرمة حيث قضت محكمة تمييز العراقي (... ان التفريق القضائي وطبقاً لاحكام القانونية المقررة له لا يحكم به الا بناء على طلب احد الزوجين.. كما ان هناك اختلافاً في الاحكام الشرعية والقانونية ما بين التفريق القضائي وفسخ عقد الزواج)[١].

ثالثاً: تمييز الفسخ عن الخلع: الخلع لغةً: القلع، والازالة، والنزع، والابانة، والخلع شرعاً: ازالة الزوجية بما تعطيه من المال بلفظ الخلع أو ما في معناه، كما يعرف بأنه حل عقدة الزوجية بلفظ الخلع أو ما في معناه في مقابل عوض تلتزم به الزوجة حيث نصت قانون الاحوال الشخصية العراقي على ان(الخلع ازالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو ما في معناه وينعقد بايجاب أو قبول امام القاضي)،[٢] يمكن ان نوضح الفروق بين الفسخ والخلع في النقاط الآتي :

- ان الخلع من الزوجة يكون ببذل مال أو منفعة اما الفسخ فلا يحتاج الى ذلك سواء كان من الزوجة أو الزوج.
- المختلعة لا يلحقها طلاق بعد الخلع، اما الفسخ فقد يلحقه في بعض انواعه أو لا يلحقه ذلك.
- ان الفسخ ليس فيه ايجاب أو قبول من اي طرف من اطراف عقد الزواج اما الخلع فيشترط فيه الايجاب والقبول في مجلس واحد.
- ان الفسخ لا يحتاج الى شهود في حالة حصوله اما الخلع فانه يحتاج الى حضور شاهدين عدلين حال ايقاعه بهذا قال فقهاء المذهب الامامي .

رابعاً: تمييز الفسخ عن الابطال: البطلان في اللغة: الضياع والخسران أو سقوط الحكم يقال: بطل الشيء يبطل بطلاً وبطلاناً بمعنى ذهب ضياعاً وخسراناً، وعرفه الفقهاء الحنفية وهو ان تقع المعاملة على وجه غير مشروع بأصله أو بوصفه أو بهما،[٣]

والابطال يعني: عدم صحة العمل ذي الأثر الشرعي في نظر الشارع، فعقد النكاح قد ينقض بالفسخ وقد ينقض بالإبطال، الا ان الابطال بخلاف الفسخ، فالإبطال معناه اعتبار العقد باطلاً من اساسه والعقد الباطل هو العقد الذي ليس مشروعاً بأصله اي له وجود حسي دون ان يكون له وجود اعتباري في نظر الشارع، وهذا العقد غير منعقد اصلاً لبطلانه، فهو كالمولود الذي يولد ميتاً،[٤]

اما فسخ عقد الزواج فهو ازالة لعقد كان منعقداً أو منتجاً لإثاره في نظر الشارع، فالفسخ لا يرد الا بعد انعقاد العقد فهو ازالة احكام عقد النكاح، وينتهي ما بين الرجل والمرأة من العلاقة الزوجية في الحال دون الرجوع الى الماضي، فهو عارض يمنع من بقاء النكاح أو يكون تداركاً لأمر اقترن بإنشاء العقد

---

(١) قرار محكمة التمييز العراقي العدد ٢٩١٥/شخصية اولى/ ٢٠٠٧ الصادرة بتاريخ ٢٠٠٧/١١/٢٨، مشار اليه القاضي ربيع محمد الزهاوي، انت تسأل والمبدأ التمييزي يجيب في قضاء محكمة الاحوال الشخصية، مطبعة السيماء، ٢٨٥ -٢٨٦.

(٢) المادة -السادسة والاربعون الفقرة ١من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته، وجدير بالذكر في اقليم كوردستان-عراق، تم تعديل هذه الفقرة وصارت(الخلع ازالة قيد الزواج بلفظ أو ما في معناه مقابل عوض لا يزيد عما قبضته من المهر المسمى ولا يشترط رضى الزوج في الخلع اذا تبين للقاضي عن طريق التحكيم ان الزوجة لا تطيق العيش معه)، وذلك بموجب قانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٨ قانون تعديل قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل في اقليم كوردستان- العراق.

(٣) انظر: د.محمود عبالرحمن عبد المنعم ، ص ٣٨٨- ٣٨٩

(٢) انظر: أ.د.حيدر حسين كاظم الشمري ود.حيدر طه فياض الشمري، البطلان في مسائل الاحوال الشخصية، دارالسنهوري، ٢٠٠٢ ، ص ٣٠.

جعله غير لازم، والفسخ يتحقق عند وجود اسبابه وهي بسبب خلل وقع في العقد وقت انعقاده أو بسبب خلل يقع على عقد الزواج يمنع من استمراره وبقاءه.[١]

وعند فقهاء المسلمين الفسخ: هو ازالة، اما الابطال: فهو تقرير لزوال العقد الذي طرأ عليه القضاء بالإبطال، لا يمكن ان يعتبر له اي اثر، ومن اسباب عدم ترتب الآثار الشرعية والقانونية على التصرفات الباطلة في مسائل الاحوال الشخصية هي القاعدة الفقهية والقانونية (مابني على الباطل فهو باطل)،[٢] بخلاف الفسخ اذ قد تبقى له بعض الآثار، ويرى فقهاء القانون ان هناك فرق بين الفسخ والابطال على اساس ان الابطال: لا يرد الا على عقد معتلًا من اساسه ومستوجبًا للنقض وقابلاً له منذ نشؤه، اما الفسخ: فهو نقض لعقد كان قد تم مستوفياً لشروطه واركانه ثم تعذر تنفيذه، وعند جمهور فقهاء المسلمين الفسخ: يرد على العقد الصحيح والعقد الفاسد، اما عند فقهاء القانون فلا يرد الا على العقد الصحيح فقط، اما العقد الفاسد فلا يرد عليه الا الابطال لان الفسخ عندهم هو حالة التعذر أو الامتناع عن تنفيذ العقد الصحيح، وما ذهب اليه الفقهاء المسلمين لها دقة متناهية، فالعقد الفاسد هو مكتمل من الناحية المادية ومن وجهة نظر الشارع جملة، لاستيفائه جميع اركانه وشروط انعقاده وان كان وجوده غير تام لانعدام احد شروط الصحة فيه، أو اقترانه بشرط غير صحيح أو ما شابه ذلك، وبذلك يصح ايراد الفسخ عليه دون الابطال، فهو عقد تام جملة رغم اعتلاله، والابطال لا يرد الا على عقد معدم تماما في نظر الشارع وهو يعد باطلاً، اما العقد الفاسد فخلاف ذلك.[٣]

والبطلان لا تلحقه الاجازة فعلى سبيل الفرض اذا تخلف القبول أو الايجاب في عقد الزواج اصبح عقداً باطلاً ولا يمكن ان تلحقه الاجازة في حين اذا كان هناك نقص في اهلية احد اطراف العلاقة الزوجية كتزويج القاصرة اصبحنا امام عقد قابل للفسخ أو الاجازة.[٤]

---

(١) انظر: القاضي قيس الحسناوي، مصدر سابق، ص ١٨٤.
(٤) انظر: أ.د.حيدر حسين كاظم الشمري و د.حيدر طه فياض الشمري، مصدر سابق، ص ٣٠.
(٣) انظر: القاضي زياد مجيد حميد، مصدر سابق, ص ٤٤-٤٥.
(٦) انظر: أ.د.حيدر حسين كاظم الشمري و د.حيدر طه فياض الشمري، مصدر سابق، ص ٣٥.

المطلب الثاني: اسباب فسخ عقد الزواج

يشتمل هذا المطلب على فرعين هما: الفرع الاول: الاسباب الفسخ التي تلازم العقد منذ نشوئه والفرع الثاني: اسباب الفسخ التي تطرأ على العقد بعد نشوؤه.

الفرع الاول: الاسباب التي تلازم العقد منذ نشوئه

أولاً: الفسخ بسبب عدم الوفاء بالشروط: من المعلوم في الشريعة الإسلامية أن دور إرادة المتعاقدين ينحصر في إيجاد العقد وتكوينه أما آثاره وأحكامه، فهي من وضع الشارع الحكيم حفظاً للحياة الزوجية من أن تتعرض عوامل الفساد، بما قد يشترطه وقد تكون مؤكدة لصيغة العقد وآثاره، وعليه فالعاقدان لهما كامل الحرية في اشتراط أي شرط يعدّل من آثار العقد بالزيادة أو النقصان فتكون الصيغة إما خالية من الشروط أو مقترنة بشروط تغير من آثار الصيغة الأصلية للعقد، وجدير بالذكر ان الشروط التي يتصور اشتراطها في اي عقد زواج تنقسم الى ثلاثة انواع من الشروط:

النوع الاول: الشروط الصحيحة الموافقة لمقتضى العقد: اتفق الفقهاء على وجوب الوفاء بها لأنها تكون موجبة لحكم من أحكام العقد أو تؤكد مقتضاه لأنها إما ورد بها الشرع أو جرى بها العرف كأن تشترط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها أو يعطيها مهراً أو يحسن معاشرتها، فهذه الشروط مما يقتضيها العقد ولا حاجة لذكرها فهي لازمة دون شرط ولو اشترطها أحدهما فهي صحيحة.[١]

النوع الثاني: الشروط الفاسدة: وهي نوعان :

١- **شروط فاسدة مفسدة للعقد:** كنكاح الشغار ونكاح التحليل ونكاح المتعة وتعليق النكاح على الشرط، فلا يصح النكاح في هذه الصور لاقترانه بما ينافي صحته وحكمه البطلان ويجب فسخه متى وقع. [٢]

٢- **شروط فاسدة في نفسها غير مفسدة للعقد:** يراد بها كافة الشروط غير الصحيحة التي تخرج من دائرة النوع الاول بمعنى كل شرط لا يعتبر من الشروط الموافقة لمقتضى العقد ولم يجزها الشارع بموجب دليل يقضي بصحتها وهو اشتراط ما ينافي مقتضى العقد، كأن يشترط الزوج ألا مهر للزوجة ، أو ألا نفقة لها عليه، أو تشترط عليه أن لا يطأها، أو يعزل عنها، أو يقسم لها أكثر من صاحباتها ، فهذه الشروط باطلة في نفسها لمخالفتها مقتضى العقد، ومن امثلة الشروط المنهى عنها شرعاً ان تطلب المرأة طلاق ضرتها لتحل محلها وكل شرط تتضمن الامر بما نهى الله عنه أو النهي عما امر الله به أو تحليل ماحرمه أو تحريم ما حلله فهذه الشروط باطلة باتفاق فقهاء المسلمين،[٣]استناداً لحديث عائشة(رضى الله عنها) ان رسول الله ﷺ قال: " كلُّ شرطٍ ليس في كتابِ اللهِ فهو باطِلٌ وإنْ كان مائةَ شرْطٍ ".[٤]

---

(١) انظر: سيد سابق، فقه السنة، دار الفكر، ط١، ج٢، ١٩٩٧، ص ٣٤-٣٥. و محمد بن علي الشوكاني، نيل الاوطار من اسرار منتقى الاخبار- حققه- محمد صبحي بن حسن حلاق، دارابن الجوزي، ط١، ج١٢، ١٤٢٧ هيجري، ص ١٤٩.

(٢) لمزيد من التفاصيل انظر: ابوبكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، المكتبة التوفيقية، ٢٠١٦، ص ٣٤٥.

(٣) انظر: محمد بن صالح العثيمين، فتح ذي الجلال والاكرام بشرح بلوغ المرام، المكتبة الاسلامية للنشر والتوزيع، ط١، ج٤، ٢٠٠٦، ص٤٩٥.

(٤) انظر: سيد سابق، نفس مصدر، ج٢، ص ٣٥.

الا ان الفقهاء اختلفوا بشأن مدى تأثير الشروط الفاسدة على صحة عقد الزواج، فالحنفية يرون أن عقد الزواج لا يتأثر بالشرط (الفاسد)الباطل، فيقع العقد صحيحاً ويبطل الشرط وحده، بخلاف العقود المالية فإن الشرط الباطل أو الفاسد يؤثر على العقد فيبطل معه.[١]

وأما المالكية فهم يرون أن الشرط(الفاسد)الباطل يؤثرفي العقد فيجعله باطلاً معه ويجب فسخه بشرط ألا يدخل الرجل بالمرأة، فإذا حصل الدخول الفعلي فإن الزواج يثبت ويلغى الشرط، وذلك راجع للدخول لا إلى العقد، ويثبت بذلك مهر المثل، ويسقط المسمى إذا سمي لها مهراً وإذا كان الزواج بشرط التأقيت أو التحليل، فيكون الزواج باطلاً في كل الحالات ويفسخ مطلقا سواء تم الدخول بالزوجة أم لم يتم.[٢]

أما الشافعية والحنابلة فإنهم قالوا إذا كان الشرط ينافي العقد أو ورد النهي عنه من الشارع الحكيم فإن العقد والشرط يبطلان معاً، أما باقي الشروط وهي التي لا تنافي مقتضى عقد الزواج فإنها تعتبر شروطاً ملغاة ويبقى العقد صحيحاً.[٣]

والنوع الثالث:الشروط الصحيحة التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا تنافيه: هي التي ليست من مقتضيات العقد ولا من مستلزماته ولكنها لا تنافيه، مثلاً كاشتراط الزوجة ألا يتزوج عليها، أو ألا ينتقل بها من بلد معين أو استمرارها في وظيفتها أو ألا يطلقها أبداً، أو أن تكمل دراستها، ، فمثل هذه الشروط هي محل خلاف بين الفقهاء، بسبب اختلافهم في الشروط الجعلية إذا أضيفت إلى العقد هل يجب الوفاء بها أم لا ؟ وهل يصح طلب الفسخ لعدم الوفاء بها؟

اختلف الفقهاء في مدى تأثير الشروط على صحة العقد، وهل يجوز طلب الفسخ في حالة عدم الوفاء بها انقسموا إلى مذهبين، جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية يرون أن هذه الشروط لا يلزم الوفاء بها، لأنها شروط لا يقتضيها العقد ولا تؤكد مقتضياته، فذلك لا يجوز للمشترط طلب فسخ العقد إذا لم يتحقق مضمون الشرط، فلو اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها، أو أن تخرج للعمل والوظيفة، فلو تزوج عليها أو منعها من العمل، فليس لها طلب الفسخ من أجل فوات الشرط.[٤]

وفقهاء المالكية اعتبروا مثل هذه الشروط أنها مكروهة والنكاح في هذه الصورة صحيح، ولا يلزم الوفاء بالشرط وإنما يستحب ديانة فهو من باب المندوب فقط وإنما كره الشرط لما في ذلك من التحجير الذي لا مقتضى له[٥] ويرى الظاهرية ان هذه الشروط باطلة.[٦]

ويرى فقهاءالحنابلة[١] والاباضية والشيخ الاسلام[٢] أن الشروط التي لا يقتضيها العقد ولا تنافي مقاصده شروط صحيحة، ويثبت لصاحب الشرط في حالة عدم الوفاء به الحق في طلب فسخ عقد

---

(١) انظر: تقي الدين احمد بن تيمية الحراني، مجموعة الفتاوي، دار ابن حزم، ط١، ج١٦، ص ١٠١.
(٢) انظر: تقي الدين احمد بن تيمية الحراني، مصدر سابق،ج١٦، ص ١٠١.
(٣) انظر: القاضي علاءالدين خروفة، شرح قانون الاحوال الشخصية، مطبعة العاني، ج١، ١٩٦٢، ص ١٦٥-١٦٦.
(٤) انظر: سيد سابق، مصدر سابق، ج٢، ص ٣٥.
(٥) انظر: محمد بن اسماعيل الامير اليمني الصنعايي، مصدر سابق، ج ٣، ص ١٩٧. و د. عبدالكريم زيدان ، الجامع في الفقه الاسلامي المفصل في احكام المرأة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة الناشرون، ط٤، ج٤، ٢٠١٢، ص ١١٥.
(٦) انظر: ابي محمد على بن احمد بن سعيد بن حزم الاندلسي، مصدر سابق، ص ٨٦. ود.محمد عبدالرحمن محمد الضويني، الشروط المقترنة بعقد النكاح وتطبيقاتها، منشورات معهد دبي القضائي، ط١ ،٢٠١٣، ص ٣١، وأ.عدلان مطروح، الشروط المقترنة بعقد الزواج، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري،مجلة علوم الاجتماعية الانسانية، العدد٠٩ /١١، ٢٠١٤، ص ١٠٥.

الزواج، لأن الرضا الذي حصل أثناء العقد كان على أساس الوفاء بالشرط، ومادام الشرط لم يتحقق، فإن الرضا بالعقد يسقط، والرضا أمر لا بد منه في عقد الزواج ابتداء وانتهاء فلا خير في زواج فقد فيه الرضا من الجانبين أو أحدهما، وقال رسول الله: ﷺ " إنَّ أحقَّ الشروطِ أن تُوفوا به، ما اسْتَحْلَلْتُم به الفروجَ"[٣] وهذا ما ذهب اليه محكمة تمييزالاردني حيث قضت(إن الحكم بفسخ النكاح الجاري بين المدعية والمدعى عليه لمخالفته الشرط المسجل في وثيقة عقد نكاحهما، وهو ان لا يتزوج عليها، وأن عليها العدة الشرعية من تاريخ الحكم المذكور، بناء على الدعوى والإقرار ووثيقة عقد النكاح المبرزة، وعملاً بالمواد المذكورة فيه صحيح موافق للوجه الشرع تقرر تصديقه).[٤]

ولا يسقط خيار الزوجة في فسخ عقد الزواج لعدم وفاء الزوج بالشرط الا برضى الزوجة سواء كان هذا الرضا منها بالقول أو الفعل بأن تمكنه من نفسها بالوطء مع علمها بعدم الوفاء بالشرط، فان لم تعلم بعدم وفائه بالشرط ومكنته من وطئها لم يسقط خيارها، وخيار الفسخ لعدم الوفاء بالشرط يختص بعقد النكاح الذي ورد فيه الشرط فإذا طلقها الزوج ثم عقد عليها عقد نكاح جديد ليس فيه الشرط القديم لم يثبت لها خيار الفسخ إذا خالف الزوج مضمون الشرط القديم، لأنه لم يرد في عقد النكاح الجديد.[٥]

وبالنسبة لموقف المشرع العراقي من هذه الشروط: تبنى المشرع العراقي رأي مذهب الحنابلة في الشروط لذا اجاز للمتعاقدين اشتراط ما شاء من الشروط التي يرونها كفيلة بضمان استقرار الرابطة الزوجية مالم تكن منافية لمقتضى العقد أو مخالفة للشرع والقانون، حيث نصت المادة السادسة من قانون الاحوال الشخصية العراقي بما يأتي(... ٣- الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الايفاء بها. ٤- للزوجة طلب فسخ عقد الزواج عند عدم ايفاء الزوج بما اشترط ضمن عقد الزواج. ٥- للزوجة ان تشترط على الزوج عند عقد الزواج تفويضها بالتطليق).[٦] وتماشياً مع ذلك قضت محكمة تمييز اقليم كوردستان\العراق (ان الشروط المتفق عليها في عقد الزواج وغير المخالفة لاحكام الشرع تبقى معتبرة ان ثبت وجودها).[٧]

وبطبيعة الحال ان عقد الزواج اذا استوفي اركان انعقاده وشروط صحته كان العقد صحيحاً ومعتبراً سواء اشترط فيه بعض الشروط ام لم تشترط، وسواء كان هذا الشروط مشروعة أو غير مشروعة لأن هذه الشروط ليست من مستلزمات وجوده، والشروط التي يشترطها احد العاقدين أو كلاهما ضمن عقد الزواج اما ان تكون مشروعة أو غير مشروعة، ويجب ان يكون هذه الشروط ضمن عقد الزواج حيث

---

(١) انظر: عبدالرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الاربعة، المكتبة التوفقية، ج٤، ط٧، ٢٠١٥، ص ٨٨. و بهاءالدين عبدالرحمن بن ابراهيم المقدسي، مصدر سابق، ص ٤٣٨.

(٢) انظر: محمد بن صالح العثيمين، مصدر سابق، ص ٤٩٦.

(٣) انظر: تقي الدين احمد بن تيمية الحراني، مصدر سابق ، ج١٦، ص ١٠٨. و ابوبكر جابر الجزايري، مصدر سابق، ص ٣٤٠.

(٤) قرار محكمة التمييز الاردني رقم ٢٦٩٢٠ بتاريخ ٤/١٠/٨٦، مشار اليه القاضي د.احمد محمد علي داود، القضايا والاحكام في المحاكم الشرعية، دار الثقافة ، ط٣، ج١، ص ٢٨٤.

(٥) انظر: د.عبدالكريم زيدان، مصدر سابق، ج١، ص ١١٦.

(٦) المادة السادسة/ فقرة (٣،٤،٥) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩المعدل، وجدير بالذكر ان الفقرة الخامسة تمت اضافتها من قبل المشرع الكوردستاني وذالك بموجب قانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٨ قانون تعديل قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل النافذ في اقليم كوردستان-العراق.

(٧) قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان - العراق رقم ١٣ / شخصية /٢٠١١ في ٢٠١١/١/١٧، مشار اليه القاضي د.عبدالغفور محمد البياتي، القواعد والضوابط الفقهية في النكاح والفراق وتطبيقاتها في الفقه والقضاء والقانون، دار السنهوري، ٢٠٢٠، ص ٧٨.

قضت محكمة التمييز العراقي (على الزوجة مطاوعة زوجها في محل عمله الا اذا اشترط عليه في عقد الزواج اسكانها في محل معين ولا يعتد بمثل هذا الشرط اذا وقع قبل العقد أو بعده).[١]

فان كانت مشروعة وخالفها الطرف الآخر وكان هذا الطرف هو الرجل ترتبت على ذلك حق المرأة بان ترفع الامر الى القضاء ليقضي لها بفسخ العقد، وهذا ما صرحت به الفقرة ٤ من المادة السادسة من قانون الاحوال الشخصية العراقي، حيث نصت (للزوجة طلب فسخ عقد الزواج عند عدم ايفاء الزوج بما اشترط ضمن عقد الزواج)[٢] وفي هذا المقام يرى بعض شراح القانون انه اذا خالفت الزوجة للشروط المشروعة التي اشترطها الزوج عليها فلا يملك الزوج حق فسخ عقد الزواج، والسبب في ذلك ان الزوج في حالة مخالفة زوجته لشروط المشروعة يملك عليها حق الطلاق وبوسعه ان يطلقها وان الزوجة لا تملك حق الطلاق على زوجها وليس باستطاعتها ان تطلقه، ويكون من حقها ان يضمن لها المشرع جزاء على هذه المخالفة والجزاء هو حقها بطلب فسخ عقد الزواج القائم بينها وبين زوجها.[٣]

وفي مقابل ذلك يرى الاخرون ان المشرع عالج مسألة تخلف الزوج عن الإيفاء بالشروط واجاز للزوجة طلب فسخ العقد، إلا انه لم يعالج مسألة تخلف الزوجة عن الوفاء بما اشترطه الزوج عليها حين عقد الزواج، على الرغم من ان المشرع اوجب الوفاء بالشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج في الفقرة الثالثة من المادة السادسة من نفس القانون، فان قيل ان الزوج يملك الطلاق نقول ان الزوجة ستطلق في هذه الحالة بكامل حقوقها على الرغم من عدم وفائها بما اشترط عليها في عقد الزواج، ومن ثم فإننا أمام نقص تشريعي ووفقاً للفقرة ٢ من المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية وجب علينا الرجوع إلى مباديء الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون.[٤] كما و قضت محكمة التمييز العراقي (لان قانون الاحوال الشخصية لم يورد احكاماً للفسخ من جهة الزوج مما يتطلب استناداً لاحكام المادة الاولى منه الرجوع الى احكام الشريعة الاسلامية)[٥] وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالاحكام التي اقرها القضاء والفقه الاسلامي في العراق وفي البلاد الاسلامية الاخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية.[٦]

اما اذا اقترن عقد الزواج بشرط مخالف لاحكام الشرع أو القانون أو كان خارجاً عن مقتضى العقد، فان مثل هذه الشروط يعتبر لغواً غير معتبر ولا يعمل به ويبقى عقد الزواج صحيحاً.[٧]

---

(١) قرار محكمة تمييز العراقي رقم/ ٩٨٣ شرعية اولى/ ١٩٧٢ في ٦/٢٣/ ١٩٧٣، مشار اليه القاضي ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز قسم الاحوال الشخصية، ٢٠٠٧، ص ٢١٧-٢١٨.

(٢) المادة السادسة عشرة /٤ من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩المعدل.

(٣) انظر: المحامي محسن ناجي، شرح قانون الاحوال الشخصية، مطبعة الرابطة، ط١، ١٩٦٢، ص ١٤٩- ١٥٢.

(٤) انظر: د.على عبد العالي الاسدي، المرجع الجامع في الاحوال الشخصية، المكتبة القانونية، ط١، ٢٠٢١ ، ص٧٩ - ٨٠.

(٥) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٢٣٠١/ شخصية اولى /٢٠٠٨ في ٧/٢٣، ٢٠٠٨. مشار اليه القاضي ربيع محمد الزهاوي، انت تسأل .. والمبدأ التمييزي يجيب في قضاء محاكم الاحوال الشخصية، مصدر سابق، ص ٢٨٣.

(٦) المادة الاولى /٣ من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

(٧) انظر: المحامي محسن ناجي، مصدر سابق، ص ١٥٠-١٥١.

ثانياً: الفسخ بسبب وجود موانع النكاح: لصحة عقد الزواج يجب أن يكون مستوفياً لكافة شروطه، وصادراً عن زوجين توفرت فيهما أهلية الزواج، ولكن هذا لا يكفي وحده، وإنما يضاف إلى ذلك ألا يكون بين الزوجين أي مانع من موانع الزواج، إلا أن هذه الموانع قد تكون مؤبدة كالمحرمات تحريماً مؤبداً، وقد تكون مؤقتة بحيث إذا زال المانع صارت حلالاً، ولذلك سوف نتناول بعض حالات الموانع الشرعية:

١- **الفسخ لفساد العقد:** اتفق الفقهاء على أن عقد الزواج إذا تخلف ركناً من أركانه، أو شرطاً من شروط انعقاده،(١) كان باطلاً لا أثر له إلا ما روي عن أبي حنيفة من القول بشبهة العقد، والعقد الذي تمت اركانه بشرائطها، ولكن تخلف فيه شرط من شروط الصحة، كالزواج بلا شهود عند من يشترط الشهادة، او كأن يشهد عليه واحد فقط، وهو الفاسد عند الحنفية، فهو عقد معتد به بالجملة ومنتج لبعض آثار العقد الصحيح بعد الدخول دون جميعها ومنها- لا يقام حد الزنا اتفاقاً لوجود الشبهة ، وجوب مهر المثل عند عدم التسمية أو اقل من المسمى ومن مهر المثل عند التسمية، و تثبت به حرمة المصاهرة، و تجب به العدة، و ثبوت النسب، وعدم التوارث بين الزوجين عند موت احدهما ولو قبل التفريق،(٢) إلا أنه عقد مستوجب للفسخ والتفريق بين الزوجين دفعاً للحرمة باتفاق الفقهاء، وهذا ما صرحت به من الحنفية محمد قدري باشا في كتابه الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية في مادة ١٣٤(... أو تزوج امرأة بلا شهود فالنكاح غير صحيح ايضاً والتفريق بينهما واجب ولكل واحد منهما فسخه وترك صاحبه واخباره بذلك، بلا توقف على القضاء قبل الدخول أو بعده)،(٣) وكذلك في مادة ١٨(كل عقد نكاح لم تحضره الشهود أو فقد شرطاً اخر من شروط الصحة فهو فاسد، ولا تترتب عليه احكام النكاح، ويجب التفريق بين الزوجين ان لم يفترقا...).(٤)

إلا أن الفقهاء اختلفوا في بعض أحكام هذا التفريق وشروطه ووقت وقوعه حيث اتفق الفقهاء على أن الفرقة للنكاح الفاسد فسخ وليست بطلاق، لأن الطلاق أثر من آثار العقد الصحيح، وهذا ليس كذلك. كما واتفقوا على حلول الفرقة بفسخ النكاح بين الزوجين برضاهما، وبترك الزوج زوجته عازما على عدم العود إليها، وبقضاء القاضي بفسخ الزواج بين الزوجين بناء على طلبهما أو طلب احدهما أو جبراً عنهما، وذلك لانه قضاء حسبة،(٥) سواء قبل الدخول أو بعده اذا كان فساد العقد متفقاً عليه بين الفقهاء كالزواج بشاهد واحد، اما اذا اختلف الفقهاء في فساد عقد الزواج بينهم كزواج بشاهد وامراتين أو اذا كان الشاهد غيرعدول، فانه صحيح عند الحنفية ولا يستحق الفسخ وغير صحيح عند الشافعية ويستحق الفسخ، وذهب المالكية ان الزواج الفاسد المختلف في فساده لدى الفقهاء يفسخ قبل الدخول لا بعده اما الزواج المتفق على فساده فانه يفسخ قبل الدخول وبعده.(٦)

٢- **الفسخ لكون المرأة محرمة على الزوج حرمة مؤقتة:** قد يتزوج رجلاً من امرأة محرمة عليه حرمة مؤقتة حيث بين المشرع العراقي اسباب التحريم المؤقت بالنص عليه في المادة الثالثة عشرة (اسباب

---

(١) جدير بالذكر ان بعض الفقهاء استعمل كلمة الشرط بدلاً من ركن اي: اذا قالوا شرط الانعقاد فيقصد به ركن العقد وخاصة عند الحنفية كما واستعمل المشرع العراقي نفس الشيء في المادة السادسة / ١ من قانون الاحوال الشخصية ، حيث نصت (لا ينعقد عقد الزواج اذا فقد شرطاً من شروط الانعقاد، أو الصحة...) .

(٢) انظر: محمد حسين الذهبي، الاحوال الشخصية بين مذهب اهل السنة ومذهب الجعفرية، ط١، ١٩٥٨، ص ٧٢-٧٣.

(٣) انظر: محمد قدري باشا، الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية، دار السلام ط٣، ج١، ٢٠٢٣، ص ٣٣٠-٣٣١.

(٤) انظر: محمد قدري باشا، نفس المصدر، ص ١٨.

(٥) انظر: د. سوسن هاشم دبش، حل عقدة النكاح فلسفة واحكام، دار الاعلام، ط١، ٢٠١١، ص ١٨٨.

(٦) انظر: أ.د.احمد الحجي الكردي، الاحوال الشخصية- الطلاق- ابغض حلال عندالله، دار اقرأ، ط١، ٢٠٠٧، ص ١٤٠-١٤١.

التحريم مؤبدة ومؤقتة فالمؤبدة هي القرابة والمصاهرة والرضاع، والمؤقتة الجمع بين زوجات يزدن على اربع وعدم الدين السماوي والتطليق ثلاثاً وتعلق حق الغير بنكاح أو عدة وزواج احدى المحرمين مع قيام الزوجية بالاخرى).[١] وفي هذا الاطار سنتحدث عن حكم العقد على المرأة المتزوجة أوالمعتدة الغير، واثر العقد على ما يحرم الجمع بينهن، وحكم الزواج بالمطلقة ثلاثاً على مطلقها، والفسخ بسبب الجمع بين زوجات يزدن على اربع:

أ- **الفسخ لكون المرأة المعقود عليه زوجة الغير أو معتدة الغير**: قد يتزوج رجل من امرأة محرمة عليه حرمة مؤقتة كما لو تزوج امرأة الغير، فالزواج هنا غير صحيح لكون المرأة ليست محلاً للعقد، واذا كان الرجل يعلم بقيام الزوجية بينهما، كان العقد باطلاً، ولا يترتب عليه اي اثر من آثار عقد الزواج الصحيح، لان العقد الباطل في حكم المنعدم شرعاً باتفاق الفقهاء وأما اذا كان الرجل غير عالماً بكون المرأة متزوجة، كان عقده عليها فاسداً ويجب على الزوجين ان يفترقا في الحال والا فرق القاضي بينهما جبراً.[٢]

فضلاً عن انه لايجوز للرجل ان يتزوج من معتدة سواء كانت معتدة الطلاق أو وفاة وثبت تحريم المعتدات من طلاق بقوله تعالى ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ، ﴾[٣] وثبت تحريم المعتدات من وفاة بقوله تعالى ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾[٤] لأن الغاية المطلوبة من العدة معرفة براءة الرحم، والمرأة الحامل وهي التي تعلقت بحق الغير اذا كان الحمل ثابت النسب والذي يكون والده معروفاً فلا يجوز التزوج منها، لانها في هذه الحالة مازالت في عدتها، واذا كان الحمل غير ثابت النسب بان كان من الزنا يجوز التزوج منها ولا يواقعها الزوج حتى تلد الا اذا كان الذي تزوجها هو الذي زنى بها ففي هذه الحالة يجوز له وطئها.[٥]

وعليه اذا عقد شخص زواجه على امراة معتدة من غيره في اثناء عدتها فاما ان يكون عالماً بالتحريم أو غير عالم بذلك، واذا كان عالما بالتحريم كان العقد باطلاً ولا يترتب عليه أثر من آثار عقد الزواج الصحيح لان العقد الباطل يعتبر في حكم المنعدم شرعاً باتفاق الفقهاء، ولا يجب به مهر ولا نفقة ولا طاعة ولا يثبت به نسب ولا توارث بينهما،[٦] واذا حدث الدخول بالمراة رغم ذلك وجب التفريق بينهما في الحال، والا فرق القاضي بينهما جبراً.

واما اذا كان غير عالم بالتحريم فان العقد ينعقد فاسداً ولا يترتب على العقد ذاته قبل الدخول الحقيقي اي اثر من اثار الزواج الصحيح، واذا حصل الدخول بناء على هذا العقد الفاسد يجب التفريق بينهما في الحال والا فرق القاضي بينهما جبراً، ويمكن للادعاء العام ان يرفع الدعوى بذلك الى القاضي لكون الدعوى من دعاوى الحسبة، وتماشياً مع ماتم ذكره قضت محكمة التمييز الاردني (اذا جرى عقد النكاح بين رجل وامرأة وهي في عدة الوفاء من زوجها السابق، يفسخ العقد لفساده بدعوى من مدع باسم الحق العام) [٧] وفي قرار آخر قضت (اذا جرى عقد نكاح رجل على مطلقة غيره، وهي حامل من الزوج

---

(١) المادة الثالثة عشر من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.
(٢) انظر: د.محمد يوسف حفني، المحرمات من النساء تحريماً مؤقتاً في الشريعة الاسلامية، دارالنهضة العربية، ط١ ،٢٠٠٦، ص١٩.
(٣) سورة البقرة ، الآية ٢٢٨.
(٤) سورة بقرة، الآية ٢٣٤.
(٥) انظر: القاضي زياد مجيد حميد، مصدر سابق، ص ٥١-٥٢.
(٦) انظر: د.محمد يوسف حفني، مصدر سابق ،ص ٤١-٤٣.
(٧) قرار محكمة التمييز الاردني رقم ٢٥٠٤٣ بتاريخ ٨٤/١/٢٥، مشار اليه، نفس المصدر ، ج١، ص ٣٢٦.

الاول المطلق يحكم بالتفريق بينها وبين الزوج الثاني لفساد العقد، لانه جرى حال قيام عدتها في حملها من الاول).[١]

ومع ان الدخول بالمرأة في العقد الفاسد محرم الا انه تترتب عليه الآثار الشرعية ومنها وجوب المهر والعدة وثبوت نسب وحرمة المصاهرة، ولا يثبت منها شئ بالدخول في زواج الفاسد فلا تجب نفقة ولا طاعة ولا توارث ولا غيرها سوى ماذكر.[٢]

ذهب المالكية والحنابلة في رواية والشيعة الامامية، الى ان الدخول بالمعتدة يحرمها على الرجل تحريماً مؤبداً، فيفرق بينهما ولا يحل له زواجها ابداً،[٣] وهذا ما ذهب اليه محكمة التمييز العراق حيث قضت(من دخل بامرأة وهي متزوجة أو معتدة من طلاق رجعي تحرم عليه مؤبداً كون المدعى عليها لم تكن محل لعقد الزواج من المدعي لأنها على ذمة زوج آخر)،[٤] وذهب الجمهور من الحنفية والشافعية، والراجح عند الحنابلة الى ان الدخول بالمعتدة مع عدم صحته، الا انه لا يحرمها عليه تحريماً مؤبداً بل اذا انقضت عدتها من زوجها حل له الزواج بها بعقد جديد ان اراد زواجها، لأن الرجل لو زنا بامراة ، لا يحرم عليه الزواج بها باتفاق الفقهاء، فكذلك لو دخل بها وهي في العدة أو بعدها لا يحرم الزواج بها بعد انتهاء العدة والراجح هو ماذهب اليه جمهور الفقهاء.[٥]

واما لو كانت المرأة حاملاً من الزنا فانها لم يقم بها سبب هذا التحريم لأنها لا هي زوجة الغير ولا معتدته فيحل التزوج بها لمن زنا بها ولغيره، غير انه اذا تزوجها من زنى بها فلا يحرم عليه قربانها في الحال، واما اذا تزوجها غير الزاني بها فانه يحرم عليه ان يدخل بها قبل ان تضع حملها لقوله ﷺ(لا يحلُّ لأمرئٍ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره).[٦]

ب- **الفسخ لجمع بين الزوجات يزدن على اربع:** لا يجوز للمسلم ان يجمع بين اكثر من اربعة نسوة، لقوله ﷺ لغيلان وقد اسلم وتحته عشرة نسوة " أمسِكْ أربعًا وفارِقْ سائرَهنَّ "[٧] وان نكح خمساً معاً اي بعقد بطلن، اذ ليس ابطال نكاح واحدة بأولى من الاخرى فبطل الجميع،[٨] وأما إذا عقد الرجل زواجه على خامسة، وكان فى عصمته أربع، سواء حال قيام الزوجية حقيقة أو حكماً حيث قد طلق بعضهن ولا تزال عدة المطلقة قائمة سواء في ذلك ان يكون الطلاق رجعياً أو بائناً ضغرى أو بائناً كبرى كان العقد فاسداً، هذا مذهب ابي حنيفة واحمد بن حنبل[٩] ويجب عليه مفارقتها فوراً، فإن لم يفعل فسخ القاضي العقد بينهما جبراً، لما في استمرار العلاقة بينهما من إثم عظيم ومعصية الله تعالى، فإن كان الفسخ قبل الدخول، فلا تستحق المرأة شيئاً، وإن كان الفسخ بعد الدخول، كان هذا الدخول معصية الله تعالى، ويجب

---

(١) قرار محكمة التمييز الاردني رقم ١٠٨٤٣ بتاريخ ٦٠/٤/١٩، مشار اليه القاضي د.احمد محمد علي داود، مصدر سابق، ج١، ص ٣٢٥.

(٢) انظر: د. سوسن هاشم دبش، مصدر سابق، ص ١٨٨.

(٣) انظر: القاضي ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار ابن حزم، ط٢، ٢٠٠٦، ص ٤٣١.

(٤) قرار محكمة التمييز العراقي رقم ٣٩٣/شرعية/١٩٧٢في ١٩٧٢/٤/١ مشار اليه القاضي د.عبدالغفور محمد البياتي، مصدر سابق، ص ٧٨-٧٩.

(٥) انظر: د. محمد يوسف حفني، مصدر سابق، ص ٤٤-٤٥.

(٦) انظر: عبدالوهاب خلاف، احكام الاحوال الشخصية في التشريعات الاسلامية على وفق مذهب ابي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، دار الكتب العلمية، ط١، ٢٠١٧، ص ٥٢. و محمد حسين الذهبي، مصدر سابق، ص ٨٣.

(٧) انظر: محمد ناصرالدين الالباني، مصدر سابق ص، ١٨٩.

(٨) انظر: شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج على متن منهاج الطالبين للامام محي الدين ابي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي-حققه عبدالرزاق شحود النجم، دار الفيحاء- دار المنهل ناشرون، ط١، ج٤، ٢٠٠٩، ص ١٨٠.

(٩) انظر: عبدالوهاب خلاف، مصدر سابق، ص ٥٣-٥٤، والقاضي د.احمد محمد علي داود، مصدر سابق، ص٢٢٢-٢٢٣.

فيه للمرأة المهر والعدة وثبوت نسب.[١] وقال الشافعى ومالك ان كانت العدة عن طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى جاز ان يتزوج وان كانت عن طلاق رجعى لم يجز.[٢]

ت- الفسخ على ما يحرم الجمع بينهن: يحرم ابتداء دواماً "جمع" امرأتين بينهما قرابة أو رضاع، لو فرضت احداهما ذكراً حرم تناكحهما،[٣] كجمع "المرأة واختها أو عمتها أو خالتها من رضاع أو نسب" ولو بواسطة، فانه قد ثبت في الحديث الصحيح ان النبي ﷺ نهى عن ذلك فروى انه قال: (إنكم إذا فعلتُم ذلك قطعتُمْ أرحامَكُم).[٤]

إذا تزوج رجل امرأتين بينهما علاقة محرمية، فان يتزوجهما بعقد واحد، وذلك بأن يقول لهما:" تزوجتكما" فتقول كل واحدة منهما: " قبلت " فإذا تزوجهما بعقد واحد وليس بواحدة منهما مانع يمنع من صحة العقد عليها، كان العقد في هذه الحالة فاسداً بالنسبة للإثنتين معاً، لأن إحداهما ليست أولى بفساد الزواج من الأخرى، وتجرى على هذا العقد أحكام الزواج الفاسد، فيجب الفسخ بين المتعاقدين فوراً، والا فرق بينهما القضاء، فإذا حصل الفسخ قبل الدخول لا يترتب عليه أى أثر من آثار الزواج الصحيح، لأن النكاح الفاسد لا حكم له قبل الدخول، فلا مهر لهما، ولا عدة عليهما، وإن حصل الفسخ بعد الدخول بهما، وجب لكل منهما مهر المثل أو الأقل من مهر المثل والمسمى، ووجبت العدة عليهما، وثبت نسب الأولاد إن كان ثمة أولاد، وسقط الحد لشبهة العقد، كما هي الحال في كل نكاح فاسد وإن دخل بإحداهما فقط، كان الحكم كذلك بالنظر للمدخول بها فقط.[٥]

وإذا كان بإحداهما مانع يمنع من صحة العقد عليها: كان تكون أخت الزوج من الرضاع، أو كانت زوجة غيره، أو كانت معتدة من طلاق غيره أو وفاته، كان العقد بالنسبة لمن قام بها هذا المانع فاسد، تجرى عليه جميع أحكام عقد الزواج الفاسد وكان بالنسبة للأخرى التى ليس بها مانع يمنع من صحة العقد عليها صحيحاً، تجرى عليه جميع أحكام الزواج الصحيح.

وإن تزوجهما بعقدين متعاقبين: وذلك بأن تزوج كل واحدة منهما بعقد مستقل، الواحدة بعد الأخرى، وعلم الاول منهما: كان نكاح الأولى هو الصحيح بيقين، وتجرى عليه جميع أحكام الزواج الصحيح من جميع الوجوه، وكان نكاح الثانية فاسداً[٦] تجرى عليه جميع أحكام الزواج الفاسد، وذلك لأن الجمع حصل بزواج الثانية، فاقتصر الفساد على عقدها فقط، ويجب فسخ زواج الثانية فوراً، فإن افترقا كان بها، وإلا فرق القاضي بينهما جبراً، حيث قضت محكمة النقض المصرية (وحيث أن هذا النعي في محله- ذلك أن من شروط صحة الزواج، محلية المرأة، وأن لا يقوم بها سبب من أسباب التحريم، ومنها الجمع بين الأختين والمحققون من الحنفية، على أنه إذا تزوج إحداهما بعد الأخرى، جاز زواج الأولى،

---

(١) انظر: د.محمد يوسف حفني، مصدر سابق، ص ٢٠٥. ود. حيدر حسين كاظم الشمري، مصدر سابق، ص ٦٤.
(٢) انظر: القاضي علاءالدين خروفة، مصدر سابق، ج١، ص ٢٢٤. و محمد حسين الذهبي، مصدر سابق، ص ٨٨.
(٣) انظر: القاضي د.عبد الغفور محمد البياتي، مصدر سابق، ص٥٢. وعبدالرحمن الجزيري، مصدر سابق،ج٤، ص ٧١.
(٤) انظر: تقي الدين ابن التيمية، احكام الزواج-تحقيق-محمد عبدالقادر عطا، دار الكتب العلمية،ط٢، ١٩٨٨، ص ٢٠.
(٥) انظر: سيد سابق، فقه السنة، دارالفكر، ط١، ج٣، ١٩٩٧، ص ٦٢. وشمس الدين ابي عبدالله محمد بن قاسم بن محمد الغرابيلي الشافعي الغزي، فتح القريب المجيب في شرح الفافظ التقريب، دار اللؤلؤة،٢٠٢٢، ص ٢٩٦.
(٦) وفى هذا الصدد أفتت دار الإفتاء المصرية بتاريخ١٩٦١/٩/٤، بأنه: لا خلاف بين العلماء، فى حرمة الجمع بين الأختين، لقوله تعالى: (وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ) وإذا جمع الرجل بين أختين فى عقدين، فإن العقد الثاني فاسداً، وتعبير بعض المؤلفين، أن هذا العقد باطل، يريد به الفساد، لاتفاق الجميع على أن يترتب على هذا العقد، أحكام النكاح الفاسد، من وجوب العدة على المرأة عند الدخول، وثبوت نسب الولد المتولد من هذا النكاح، ولو كان العقد باطلاً بالمعنى المعروف فقهاً، لما ترتب عليه هذه الأحكام، وإذا كان الأمر كما ذكر، فإن عقد الرجل المذكور، على أخت زوجته، يكون عقداً فاسداً، ويثبت به نسب البنت المتولدة منه من هذا الرجل، وتكون أختاً من الأب لبنته الأخرى المتولدة من زوجته الأولى، وترثها شرعاً إذا لم يكن هناك وارث يحجبها، طبقاً لأحكام المواريث . والله أعلم». انظر: د.محمد يوسف حفني، مصدر سابق، ص ١٣٥.

وفسد زواج الثانية، وعليه أن يفارقها، أو يفرق القاضي بينهما...)[١] وكذلك قضت محكمة التمييز الاردني (لا يجوز الجمع بين الاختين، ولا يصح تزوج احدى الاختين قبل تحقق وفاة الاولى طلاقها ومضى عدتها).[٢] فإن حصل التفريق قبل الدخول بها، فلا شئ لها، ولا عدة عليها، وإن حصل التفريق بعد الدخول بها، كان لها مهر المثل أو الأقل من مهر المثل والمسمى، ويترتب على الدخول بها، سائر الآثار التى تترتب على الدخول في الزواج الفاسد، ويجب على الزوج ان لا يقرب زوجته الأولى" صاحبة العقد الصحيح"، الا بعد انقضاءعدة الثانية، حتى لا يكون جامعاً بينهما، والجمع بين المحارم حرام.[٣]

وإن تزوجهما بعقدين مختلفين ولم يعلم أسبقهما: وذلك كأن يوكل رجلين بتزويجه، فيزوجانه من اثنتين، يتبين أنهما ممن يحرم الجمع بينهما، ولم يعلم أى العقدين أسبق من الآخر، أو علم ونسى، فيجب فسخ الزواج بينه وبينهما، لأن نكاح إحداهما فاسد بيقين وهي التي حصل بها الجمع وهي مجهولة، ولا يتصور حصول مقاصد الزواج من المجهولة، فلابد من الفسخ، ولا يجوز هنا الحكم بصحة نكاح إحداهما دون الأخرى، لأنه يعد ترجيحاً بغير مرجح، وهو لا يجوز شرعاً، وتجرى عليهما أحكام الزواج الفاسد.[٤]

الفرع الثاني: اسباب الفسخ التي تطرأ على العقد بعد نشوؤه

اولاً: الفسخ للتحريم الطارئ بالرضاع أو المصاهرة: اتفق الفقهاء على أن للتحريم الدائم أسباباً ثلاثاً نسب ورضاع ومصاهرة، كما وحصرالمشرع العراقي اسباب الحرمة المؤبدة بثلاثة انواع "القرابة والمصاهرة والرضاع" وقد اطلقها المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية في المادة الثالثة عشرة (أسباب التحريم قسمان مؤبدة ومؤقتة فالمؤبدة هي القرابة والمصاهرة والرضاع...)[٥] وبينها في المواد الرابعة عشرة (١- يحرم على الرجل أن يتزوج من النسب أمه وجدته وإن علت وبنته وبنت إبنه وبنت بنته وإن نزلت وأخته وبنت أخته وبنت أخيه وإن نزلت وعمته وعمة أصوله وخالته وخالة أصوله ٢- ويحرم على المرأة التزوج بنظير ذلك من الرجال).[٦] والمادة الخامسة عشرة (يحرم على الرجل أن يتزوج بنت زوجته التي دخل بها وأم زوجته التي عقد عليها وزوجة أصله وإن علا وزوجة فرعه وإن نزل)[٧] والمادة السادسة عشرة: (كل من تحرم بالقرابة والمصاهرة تحرم بالرضاع إلا فيما أستثني شرعه)[٨] كما وجاء في مادة ٢٣ من الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية، لمحمد قدري باشا (يحْرُمُ عَلَى الرَّجُلِ أَنْ يَتَزَوَّجَ: بِنْتَ زَوْجَتِهِ الَّتِي دَخَلَ بِهَا وَهُوَ مُشْتَهَى وَهِيَ مُشْتَهَاةٌ في نكاح صَحِيح أَوْ فَاسِدٍ. فَإِنْ دَخَلَ بِهَا وَهُوَ غَيْرُ مُشْتَهَى أَوْ هِيَ غَيْرَ مُشْتَهَاةٍ أَوْ مَاتَتَ قَبْلَ الدُّخُولِ، أَوْ طَلَّقَهَا وَلَمْ يَكُنْ دَخَلَ بِهَا، فَلَا

---

(١) حكم محكمة النقض المصري رقم الطعن ٢ لسنة ٣٣ق- احوال شخصية،- جلسة ١٩٦٥/٤/٢٨، مشار اليه د. محمد يوسف حفني، مصدر سابق، ص ١٣٥.

(٢) قرار محكمة التمييز الاردني رقم ٨٨٠٩ في ٥٤/٣/٢٩، مشار اليه د.القاضي احمد محمد علي، مصدر سابق، ج١، ص ٣٢٥.

(٣) انظر: محمد مصطفى الشبي، احكام الاسرة في الاسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الدار الجامعية، ط١، ١٩٨٣، ص، ٢٣٤.

(٤) انظر: عبدالوهاب خلاف، مصدر سابق، ص ٥٣. و مخمد قدري باشا، مصدر سابق ، ص ٣٣٤.

(٥) المادة الثالثة عشرة من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

(٦) المادة الرابعة عشرة من نفس القانون.

(٧) المادة الخامسة عشرة من نفس القانون.

(٨) المادة السادسة عشرة من نفس القانون. علماً هذه المادة مأخوذة من قوله ﷺ(ويَحرُم من الرضاع ما يَحرُم من النسب).

تَحْرُمُ عَلَيْهِ بِنْتُهَا وَتَحْرُمُ عَلَيْهِ: أُمُّ زَوْجَتِهِ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ الصَّحِيحَ عَلَيْهَا وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا، وَزَوْجَةُ فَرْعِهِ وَإِنْ سَفَلَ، وَأَصْلِهِ وَإِنْ عَلاَ، وَلَوْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ).[١]

أما النسب، فلا يطرأ على العقد، لأنه يجب بالولادة، وإن كان ثبوته قد يتأخر عنها أحياناً، وعلى هذا لو تزوج امرأة، ثم ظهر له أنها أخته، نسباً مثلاً، فإننا نقول ببطلان العقد من أساسه، لاختلال شرط الحل بينهما عند العقد، ولا يضر أن ثبوت ذلك كان متأخراً عن العقد.

أما الرضاع والمصاهرة، فإنهما يطرآن على العقد، كما يمكن أن يكونا مرافقين له وسابقين عليه، فإن وجبا قبله كان العقد باطلاً، وهو خارج عن نطاق التفريق، وإن طرءا عليه فرق بينهما بسبب ذلك، كما لو زنا بأم زوجته، فإنه يفرق بينه وبين زوجته بذلك لحرمتها عليه لدى الجمهور وتماشياً مع ماتم ذكره جاء في مادة ٢٤ من الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية لمحمد قدري باشا(يحرم على الرجل ان يتزوج اصل مزنيته وفرعها، وتحرم المزني بها على اصوله وفروعه، ولا تحرم عليهم اصولها وفروعها)[٢] كما قضت محكمة التمييز العراقي (يجب فسخ النكاح لزنى الزوج بام زوجته وان كان ذلك قبل زواجه منها.. حيث اجمع الفقهاء على ان من زنى بامراة حرمت عليه امها وبنتها.. وحرمت هي على اب الزاني وابنه).[٣] وكذلك قضت محكمة التمييز الاردني(ان حكم المحكمة بفسخ عقد الزواج الجاري بين المدعية وزوجها الداخل بها المدعى عليه لدخوله بالمعاشرة الحرام بابنتها من غيره وحملها منه ووضع هذا الحمل، وبتحريم المدعية وابنتها عليه حرمة مؤبدة لفعله مع البنت المذكورة ما يوجب حرمة المصاهرة، ولا يحل له ان ينكح اي واحدة منهما، وعلى المدعية العدة الشرعية من تاريخ الحكم الصحيح).[٤]

وكذلك لو أرضعت ضرتها الصغيرة فإنهما يحرمان لذلك على الزوج، لأن الكبيرة أم زوجته، والصغيرة ابنة زوجته، وكلاهما محرمتان عليه، والقاعدة فيمن تحرم بالرضاع صرحت بها المادة السادسةعشرة من قانون الاحوال الشخصية العراقي وعليه يحرم بالرضاع مايحرم بالنسب والمصاهرة، حيث جاء في مادة١٣١في الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية لمحمد قدري باشا (اذا تزوج احد احدى محارمه نسباً أو رضاعاً أو صهرية، فالنكاح لا يصح اصلاً ويفرق بينهما ان لم يفترقا..).[٥]

ويترتب على الدخول بها، سائر الآثار التى تترتب على الدخول في الزواج الفاسد، حيث قضت محكمة تمييز اقليم كوردستان(يشترط لصحة الزواج ان تكون المرأة غير محرمة شرعاً على من يريد التزوج بها م/١٢من قانون الأحوال الشخصية المعدل وبما ان الرضاع من المحرمات على التأبيد فاذا ظهرت ان الزوجة محرمة من الرضاع على زوجها لن يبقى زواجهما صحيحاً بل فاسداً ولا يحل بالعقد الفاسد دخول الرجل بالمرأة بل وجب تفريقهما وعلى اثره تجب للمرأة اقل المهرين من المسمى والعدة مع عدم التوارث بين الزوجين دون النفقة والسكن طالما دخل الزوج بها لذا والحالة هذه كانت على المحكمة استكمال التحقيق عن تحقق الرضاع وتوفرشروطه وكيفية حصول الرضاع من خلال الاستماع

---

(١) انظر: امحمد قدري باشا، مصدر سابق، ج١، مادة ٢٣ ، ص ٨٧.

(٢) انظر: محمد قدري باشا، نفس المصدر ، ج١، مادة ٢٤، ص ٩٧.

(٣) قرار محكمة التمييز العراقي رقم ٤٨٣/ شرعية/١٩٦٤في ١٩٦٤/٩/٤، مشار اليه القاضي ربيع محمد الزهاوي، انت تسأل.. والمبدأ التمييزي يجيب، مصدر سابق، ص ٢٨٤.

(٤) قرار محكمة التمييز الاردني رقم ١٠٨٠٣ بتاريخ ٨٩/١١/٢٢ مشار اليه القاضي د. احمد محمد علي داود، مصدر سابق، ج١، ص ٣٢٧.

(٥) انظر: محمد قدري باشا، ، ج١، ٢٠٢٣، ص ٣٢١.

الى البينة الشخصية مرة اخرى وادخال من يجب ادخالهم ممن لهم العلم باحوال الرضاع واعتبارالعقد مفسوخا بتاريخ الطلاق دون اعتباره طلاقاً رجعياً لعدم جوازالرجوع الى البعض ولا بعقد).[١]

وهذا كله محل اتفاق الفقهاء، كما اتفقوا على أن الفرقة الثابتة بالتحريم فسخ وليست بطلاق، لأن التحريم يخرج العقد عن الصحة، فلا يكون التفريق بعده أو به طلاقاً، لأن الطلاق من آثار العقد الصحيح خاصة، فيكون فسخا لذلك، حيث قضت محكمة تمييز اقليم كوردستان(اذا ثبت بان الزوجين اخ واخت من الرضاعة جعل النكاح الحاصل بينهما من عقد الزواج فاسداً ووجب على المحكمة الحكم بالتفريق بينهما مع فسخ عقد زواجهما)[٢] وفي قرار آخر قضت(ثبت من وقائع الدعوى ان جدة المدعية(الزوجة) كانت مرضعة لزوجها (المدعى عليه) وعملاً بقول الرسول ﷺ " يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ ما يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ " وأحكام المواد ١٢و ١٦من قانون الأحوال الشخصية يكون الحكم بفسخ الزواج بين الزوجين صحيحاً وموافقاً للشرع والقانون لأن من شروط صحة الزواج الا يقوم بها سبب من أسباب التحريم ولتعلق خطاب التحريم بما عبر عنه بلفظ الامهات والبنات واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت، فما كان من مسمى الالفاظ متحققا فيه الرضاع حرم فيه وحيث أن عقد الزواج المفسوخ من مسمى هذه الألفاظ)[٣] كما وقضت محكمة التمييز الاتحادية(يكون حكم القاضي بفسخ زواج الطرفين صحيحاً وموافقاً لاحكام الشرع والقانون لتحقق اسباب الحرمة المؤبدة بينهما بعد ان ثبت للمحكمة ان المدعية هي اخت المدعى عليه من الرضاعة كونه اختل شرط من شروط صحة الزواج الذي يوجب ان تكون المرأة غير محرمة شرعاً على من يريد الزواج بها).[٤]

إلا أن الفقهاء اختلفوا في وقت وقوع الفرقة، وطريقها بعد طرو حرمة المصاهرة أو الرضاع بين الزوجين، فذهب الحنفية والمالكية إلى أن طرو التحريم يفسد النكاح ويوجب فسخه، ولهذا فإن على الزوجين بعد ثبوت التحريم بينهما بذلك أن يفسخا العقد، وعلى كل منهما أن يعمل على فسخه، رضي الآخر أو لم يرض، كما أن على القاضي فسخه حسبةً إن علم به، فإذا وطئ الزوج زوجته بعد التحريم وقبل الفسخ عد ذلك كالوطء بعد النكاح الفاسد فيثبت به النسب، ولا يجب بـه الحد، وذهب الشافعية والحنبلية إلى أن العقد ينفسخ حكماً بثوت التحريم الطارئ، فيصبح كل وطء بعده زنا، ولا يحتاج إلى فسخه من قبل الزوجين أو القاضي.[٥]

والعلة في التحريم بالرضاع، هي تلك الرابطة التي يوجدها الرضاع، فمتى وجدت هذه الرابطة وجد التحريم، ومتى انتفت هذه الرابطة انتفى التحريم، وبناء على ذلك، فقد تكون المرأة محرمة بالنسب، ولا تكون محرمة بالرضاع على الرغم من وجود الرضاع ذاته، عندما لا يولد الرضاع مثل تلك الرابطة بين الشخصين، ولنضرب مثلا لتوضيح ذلك، فلو ان شخصا تزوج بام اخيه رضاعاً، فان مثل هذا الزواج يعتبر صحيحاً، اذ العلة في التحريم غير موجودة، وسبب ذلك ان أم الاخ رضاعاً ليست اما بالرضاع،

---

(١) قرار محكمة التمييز اقليم كوردستان-العراق رقم ٧٤٨/ هيئة الاحوال الشخصية/ ٢٠١٩ في ٢٠١٩/١٠/٩، مشار اليه القاضي محمد مصطفى محمود جاف، الجديد في قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان- قرارات هيئة الاحوال الشخصية، مكتبة هولير القانونية،ج١ ،٢٠٢٢، ص ٦٢٣-٦٢٤.

(٢) قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان رقم ٢٥٥/ هيئة الاحوال الشخصية، ٢٠٢١ في ٢٢/ ٦/ ٢٠٢١، مشار اليه القاضي جاسم جزاء جافر الهورامي والقاضي كامران رسول سعيد، القول الفاصل لقضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان، مكتبة يادكار، ط١، ٢٠٢٢، ص ٤٤٥-٥٥٦.

(٣) قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان-العراق، رقم ٢٨٣/شخصية/٢٠٠٩في٢٠٠٩/٧/١٩،مشار اليه القاضي كيلاني سيد احمد، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز اقليم كوردستان/العراق مقررات هيئة الاحوال الشخصية، مطبعة منارة، ط٢٠١٠،١.

(٤) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٢٦٨١/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/ ٢٠١٨ في ٢٠١٨/٣/١٨، مشار اليه القاضي ليث راسم هندي، الزبدة في قضاء الاحوال الشخصية، المكتبة الوطنية، ط٢، ٢٠٢١، ص ٨٤.

(٥) انظر: أ.د.احمد الحجي الكردي، مصدر سابق، ص ١٤٣.

بل هي ام نسبية بالنسبة لابنها الذي رضع من ثدى ام زوجها، وهو اخ ابنها من الرضاع، وهكذا كلما انتفت العلة من التحريم بسبب الرضاع ، انتفى التحريم ذاته،[١]

ونلاحظ ان المشرع العراقي بين اسباب التحريم المؤبد ولم يتطرق الى بيان حكم الزواج بامرأة محرمة حرمة مؤبدة، ولذلك ينبغي علينا الرجوع الى مبادئ الشريعة الاسلامية وذلك عملاً باحكام المادة الاولى /٢ من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

ثانياً: الفسخ بسبب تغيير الدين: من الأحكام المتفق عليها بين فقهاء المذاهب الأربعة هو عدم جواز زواج المسلم بغير الكتابية، كما لا يجوز زواج المسلمة بغير المسلم، ومن القواعد الثابتة في هذا الشأن، أن ما لا يجوز ابتداء لا يجوز انتهاء، ولكن في حالة إسلام أحد الزوجين أو كلاهما فقد اختلف الفقهاء بشأن عقد الزواج بين بقائه أو فسخه وكذلك في حالة ردة أحدهما أو كلاهما ولذلك فسنتناول مسألة إسلام الزوجين أو أحدهما ومن ثم مسألة ردة أحدهما أو كلاهما:

١- **الفسخ بسبب اسلام احد الزوجين أو كلاهما:** يرجع فقهاء المذاهب صور إسلام أحد الزوجين أو كلاهما إلى حالتين مختلفتين في الحكم، وهو ما سنذكره فيما يلي:

- حالات الفسخ بسبب الدخول في الإسلام: لقد أجمع الفقهاء على أنه إذا أسلم الزوجان مع بعضهما أو أسلم الزوج وكانت زوجته كتابية، استمر الزواج بينهما ما لم يكن بينهما سبب من أسباب التحريم ولا ينظر الى صحة العقد ولا شروطه، ففي حالة إسلامهما معاً فالأمر واضح،[٢] وأما في حالة إسلام الزوج وزوجته كتابية، فهو زواج جائز ابتداء، فلا مانع من الإقرار على بقائه انتهاء أما إذا وُجد مانع يمنع استمرار الزواج بينهما كأن تكون محرمة عليه بنسب أو رضاع فلا يجوز استمرار هذا الزواج في هذه الحالة وإنما يجب الفسخ بينهما لأنه ما لايجوز ابتداء فلا يجوز انتهاء سواء أسلم الزوجان معاً، أو أسلم الزوج وكانت زوجته كتابية.[٣]
- اما حالات الفسخ بسبب إسلام الزوج وتحته غير كتابية أو إسلام الزوجة: لقد سبق بيان ذلك أنه لا يجوز للمسلم الزواج بغير الكتابية كما لا يجوز للمسلمة الزواج بغير المسلم ابتداء، ولذلك اتفق الفقهاء على ضرورة فسخ الزواج بين الزوجين في حالة إسلام الزوج وكانت زوجته غير كتابية أو في حالة إسلام الزوجة وبقاء زوجها على كفره، الا أنهم اختلفوا فيما بينهم في ضرورة عرض الإسلام على الزوج غير المسلم وانتظاره فترة لإعلان إسلامه إلى مذهبين: فذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى التمييز بين إسلام أحد الزوجين قبل الدخول أم بعده، فإذا كان قبل الدخول فإنه بمجرد تأكد إسلام احد الزوجين يقع التفريق مباشرة ويكون اختلاف الدين مؤثراً في الزوجية رافعاً لها لعدم وجوب العدة حسب رأي المالكية ولاختلاف الدين كالردة حسب رأي الشافعية والحنابلة،[٤] أما إذا كان الإسلام بعد الدخول فالعبرة بانقضاء العدة،[٥] ويوقف الزواج مؤقتاً، فإذا أسلم الزوج خلال العدة استأنف الزواج، أما إذا أصر على

---

(١) انظر: المحامي محسن ناجي، مصدر سابق، ص ١٨٣.

(٢) انظر: تحسين بريقدار، الانكحة المنهي عنها في الشريعة الاسلامية، دار ابن حزم، ط١، ٢٠٠٧، ص ٢١٣-٢١٤. وابي اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، تكملة المجموع شرح المهذب، دار الكتب العلمية، ط١، ج١٩، ٢٠٠٧، ص ٤٢٦.

(٣) انظر: سيد سابق ، مصدر سابق، ج١، ص ٢١٢-٢١٣.

(٤) انظر: بهاءالدين عبدالرحمن بن ابراهيم المقدسي، مصدر سابق، ص ٤٣٦. و د. محمد ابراهيم الحفناوي، الموسوعة الفقهية الميسرة -الطلاق، مكتبة الايمان، ط٢، ٢٠٠٥ص ٢٢٧-٢٢٨.

(٥) حيث قضت محكمة التمييز الاتحادية بقرارها العدد ٤٠٥١/هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/ ٢٠١٥ في ٧/ ٦/ ٢٠١٥ (عند اشهار الزوجة اسلامها فعلى المحكمة التفريق بين الزوجين واعتباره فسخاً لعقد الزواج من تاريخ اشهار

كفره، فرّق بين الزوجين من حين وقوع السبب، وهو إسلام أحدهما.[١] وذهب الحنفية إلى أنه إذا أسلم أحد الزوجين عرض الإسلام على الزوج الآخر، فإن أسلم استمر زواجهما ولا يفرق بينهما سواء حصل ذلك قبل الدخول أم بعده، لكن إن رفض الإسلام وقعت الفرقة لأجل رفض الزواج غير المسلم لا بسبب إسلام الآخر، فيكون إباء الإسلام سببا للفسخ، لا بإسلام الزوج المسلم، لأن الإسلام نعمة وليس نقمة، فرفض الإسلام معصية وهي السبب في التفريق بين الزوجين.[٢] وهذا ماذهب اليه محمد قدري باشا في كتابه الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية وهو من مصادر الفقه الحنفي.[٣]

حيث اخذ القضاء بهذا الرأي كما قضت محكمة تمييز اقليم كوردستان-العراق (اذا اسلمت الزوجة وحدها فان كان الزوج بالغاً عاقلاً عرض عليه الاسلام فان ابى تفرق المحكمة بينهما.. وهي فسخ عند الشافعية والمالكية...)[٤] وكذلك قضت محكمة التمييز العراق(على المحكمة عرض الاسلام على المدعى عليه وفي حالة تعذر تبليغه فعليها ان تعرض الاسلام على المدعى عليه بموجب كتاب ينشر في الصحف المحلية يحدد فيه مدة مناسبة للاجابة عليه سلباً او ايجاباً ثم تصدر المحكمة حكمها على ضوء ذلك).[٥]

٢- **الفسخ بسبب ردة أحد الزوجين أو كليهما:** الردة لغة: هي الرجوع مطلقاً، والانصراف عن الشيء إلى غيره من أحد، واصطلاحاً: فهي رجوع المسلم العاقل البالغ عن الإسلام إلى الكفر، باختياره دون إكراه، وحكم الزواج بعد الردة: اتفقت المذاهب الأربعة أن الردة إذا وقعت من أحد الزوجين وقعت الفرقة بينهما بحكم الشرع، لأن عقد الزواج لا يمكنه أن يجمع بين زوجين أحدهما مرتداً، ولذلك منع الشرع زواج المسلم بغير الكتابية، وزواج المسلمة بغير المسلم، فالمرتد في نظر الشارع يعد في حكم من لا ديانة له ومن كان لا يجوز أن يكون زوجاً ابتداء، كما لا يجوز له أن يكون كذلك انتهاء إلا أن المالكية وأحد أقوال الحنفية والحنابلة في رأي، لا يفرقون بين الزوجين إذا ما حصلت الردة من جهة الزوجة، لأنها قد تتخذها حيلة للتخلص من الزوجية فلا يحقق لها مبتغاها. كما ذهب الحنفية إذا وقعت

الزوجة اسلامها والزام الزوجة بالعدة الشرعية دون الاشارة الى وصف التفريق كونه بائن بينونة صغرى لان التفريق الذي يقع في مثل هذه الحالة يعد فسخاً لعقد الزواج) مشار اليه القاضي ليث راسم هندي، مصدر سابق، ص ٨١-٨٢.

(١) انظر: تحسين بريقدار، مصدر سابق، ص ٢٢١-٢٢٢,

(٢) انظر: أ.د.احمد الحجي الكردي، مصدر سابق، ص ١٣٦.

(٣) حيث نصت مادة (١٢٦) منه : (إذا كان الزوجان غير مسلمين، فأسلمت المرأة، يعرض الإسلام على زوجها، فإن أسلم ، يقرّآن على نكاحهما، ما لم تكن المرأة محرما له، وإن أبى الإسلام أو أسلم وهي محرم له يفرق الحاكم بينهما في الحال، ولو كان صغيراً مميزاً او معتوها، وان كان غير مميز ينتظر تمييزه، وإن كان مجنوناً فلا ينتظر شفاؤه ، بل يعرض الإسلام على أبويه، لا بطريق الإلزام، فإن أسلم أحدهما تبعه الولد وبقي النكاح على حاله، وإن أباه كل منهما يفرق بينه وبين زوجته، وإن لم يكن له أب ولا أم يقيم القاضي عليه وصيا؛ ليقضي عليه بالفرقة وتفريق القاضي لإباء الصبي المميز او أحد أبوي المجنون طلاق لا فسخ، وما لم يفرق القاضي بينهما فالزوجية باقية) ومادة (١٢٧): منه (إذا أسلم الزوج وكانت إمرأته كتابية فالنكاح باق على حاله، وإن كانت غير كتابية يعرض عليها الإسلام، فإن أسلمت فهي زوجته وإن أبت الإسلام، أو أسلمت وكانت محرما له يفرق بينهما، والتفريق بإبائها فسخ لاطلاق، وما لم يفرق الحاكم فالزوجية باقية حتى يحصل التفريق) ومادة (١٢٨): منه (إذا أسلم الزوجان معاً بقي النكاح على حاله ما لم تكن المرأة محرماً فإن كانت كذلك يفرق الحاكم بينهما، وليس له أن يفرق بين الزوجين الحرمين غير المسلمين إلا إذا ترافعا إليه معاً وله أن يفرق من غير مرافعة بين الزوجين إذا كانت كتابية معتدة المسلم، وتزوجت قبل إنقضاء عدتها . انظر: محمد قدري باشا ، مصدر سابق، ج١، ص ٣٠٩-٣١٥.

(٤) قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان-العراق رقم ٤٤٤/شخصية/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/١٢/٧ ، مشار اليه القاضي كيلاني سيد احمد، مصدر سابق، ص ٥٢.

(٥) قرار محكمة تمييز العراق، رقم ٣٢٤٦/ شخصية، ٨٦/٨٥، في ١٩٨٦/٨/٢٦, مشار اليه القاضي جاسم جزاء جافر هورامي، الجامع لأهم مبادئ قضاء محكمة تمييز العراق لاكثر من ستة عقود- قسم الاحوال الشخصية، مصدر سابق، ج٣، ٢٠٢٠، ص ١٣٢.

الردة من الزوجين معاً، فلا تقع الفرقة بينهما استحساناً،[١] لأن سبب الفرقة هو اختلاف الدين وبردتهما معا لم يختلفا دينا. أما الشافعية والحنابلة فيوجبون التفريق بين الزوجين سواء ارتد أحدهما أو ارتدا معاً، لأن المرتد لا يصح زواجه ولا تصرفاته، لأنه ميت حكماً في الحالتين.[٢]

و اتفق جمهور الفقهاء القائلون بوقوع الفرقة بالردة على أن الفرقة الحاصلة بردة المرأة تكون فسخاً، لأن المرأة لا تملك الطلاق وأن الفرقة حدثت من قبلها، فلا تكون طلاقاً بل فسخاً أما الفرقة الحاصلة بردة الزوج : فقد اختلف الفقهاء في نوع الفرقة الحاصلة بسبب ردة الزوج حيث يرى جمهور الفقهاء أن ردة الزوج تتسبب في الفرقة بين الزوجين وهذه الفرقة هي فسخ وليست طلاقاً،[٣] وقضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان اخذ بهذا الرأي حيث قضت (التفريق في حالة تغيير الدين يعتبر فسخاً).[٤] ويرى بعض الفقهاء الحرمة بالردة ترتفع بارتفاع السبب الذي احدثها، فان جدد المرتد اسلامه جاز له ان يجدد النكاح والمرأة في العدة أو بعدها من غير محلل[٥] في حين يرى محمد بن الحسن تلميذ ابي حنيفة أن الفرقة بسبب ردة الزوج هي طلاق وليست فسخاً ونوع هذا الطلاق أنه بائن لا رجعة فيه ولو في العدة إلا بزواج جديد وهو المشهور من مذهب المالكية.[٦]

وبالنسبة لموقف المشرع العراقي عن فسخ عقد الزواج بسبب تغير الدين فقد تناول قانون الاحوال الشخصية ذلك في المادتين السابعة عشرة والثامنة عشرة حيث جاء فيهما (يصح للمسلم ان يتزوج كتابية، ولا يصح زواج المسلمة من غير مسلم).[٧] و(اسلام احد الزوجين قبل الاخر تابع لاحكام الشريعة الاسلامية في بقاء الزوجية أو التفريق بين الزوجين)[٨] ومن الجدير بالملاحظة ان المشرع العراقي لم يبين احكام فسخ عقد الزواج بسبب تغيير الدين وبطبيعة الحال يقتضي الرجوع الى احكام الشريعة الاسلامية وذلك عملا باحكام المواد (الاولى/٢ و الثامنة عشرة) من قانون الاحوال الشخصية العراقي .

ثالثاً: الفسخ للملاعنة والايلاء بين الزوجين: اللعان لغة: مصدرلاعن سماعي لا قياسي، والقياس الملاعنة من اللعن وهو الطرد والابعاد واصطلاحاً : اللعان شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن من جهة، وبالغضب من جهة اخرى قائمة مقام حد القذف في حقه، ومقام حد الزنا في حقها.[٩] اي: اذا تلاعنا سقط عنه حد القذف وعنها حد الزنا.

واتفق الفقهاء على التفريق بين الزوجين المتلاعنين، إلا أنهم اختلفوا في بعض شروط وأحكام ذلك التفريق، فذهب الجمهور الائمة الثلاثة والجعفرية وابو يوسف من الحنفية إلى أن الفرقة بملاعنة

---

(١) انظر: وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية- الكويت، ط١، ج٣٢، ٢٠١٢، ص ١٣٧.
(٢) انظر: محمد حسين الذهبي، مصدر سابق، ص ٣٠٩.
(٣) انظر: د.محمد ابراهيم الحفناوي، مصدر سابق، ص ٢٣٠.
(٤) قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان-العراق، رقم ٤٥٧/شخصية، ٢٠١٥، في ٧/١٣/ ٢٠١٥، مشار اليه القاضي عبدالامير جمعة توفيق، الاحدث والاهم من قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان-العراق، مكتبة تبايي، ط١، ٢٠١٨، ص ٢٣٤.
(٥) انظر: محمد زيد الابياني، مختصر شرح الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية، مطبعة الواعظ، ط١، ١٣٢٦ هجري، ص ٢٧٥. و محمد حسين الذهبي، مصدر سابق، ص٣١٠. وابي اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، مصدر سابق، ص ٤٦٢.
(٦) انظر: أ.د.احمد الحجي الكردي، مصدر سابق، ص ١٣٨.
(٧) المادة السابعة عشرة من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.
(٨) المادة االثامنة عشرة من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.
(٩) انظر: د.محمود عبدالرحمن عبدالمنعم، مصدر سابق، ص١٧٤-١٧٥. والقاضي د.عبدالغفور محمد بياتي، مصدر سابق، ص ٦٢.

الزوجين فسخ يوجب تحريماً مؤبداً[١] ولا سبيل لهما للعودة للزواج بعد ذلك،[٢] للحديث الذي رواه الدار قطني عن ابن عباس ان النبيﷺ قال:" المُتَلاعِنانِ إذَا تَفَرَّقَا لا يَجْتَمِعَانِ أبدًا "، وفي حديث آخر عن سهل بن سعد في قصة المتلاعنين: ففرق رسول الله ﷺ بينهما وقال :" لا يَجْتَمِعَانِ أبدً [٣] وذهب الطرفان من الحنفية إلى أنها طلاق بائن اذا رجع وكذب نفسه فله ان يتزوجها بعقد جديد.[٤] وقضاء محكمة التمييز العراق اخذ برأي الثاني حيث قضت (الفرقة باللعان طلاق بائن بينونة صغرى وحرمة الفرقة باللعان تدوم مادام كل من الزوجين اهلاً له)[٥] كما ذهب الحنفية والحنبلية في رواية اخرى إلى أن الفرقة باللعان لا تقع إلا بحكم القاضي والنكاح صحيح قائم بعد الملاعنة قبل الحكم بالفسخ، لكن لا يحل لأي من الزوجين بعد الملاعنة أن يتمتع بالآخر لاستحقاقهما الفرقة وجوبا لحق الشرع.

واذا تم اللعان بين الزوجين، امام القاضي يترتب عليه بعض الآثار ومنها:**أ-** تحريم استمتاع كل من الزوجين بالآخر، **ب-** سقوط حد القذف على الزوج، و حد الزنا على الزوجة فان لم يلاعن الرجل، وجب عليه حد القذف، و ان لم تلاعن المرأة وجب عليها حد الزنا، **ت-** انتفاء نسب الولد عن الزوج والحاقه بامه وذلك في حالة ما اذا كان سبب اللعان نفي نسب الولد، **ث-** وجوب التفريق بين الزوجين.[٦]

واختلف الفقهاء في وقت وقوع الفرقة وقد ذهب الحنفية والحنابلة في رواية عن احمد والزيدية الى ان الفرقة لا تقع حتى يفرق القاضي بينهما،[٧] وذهب المالك وزفر من الحنفية والحنبلية في رواية أبي بكر إلى أن الفرقة بين الزوجين تقع بحكم الشرع بمجرد الملاعنة،[٨] ولا حاجة إلى حكم قضائي بها، وذهب الشافعي الى ان الفرقة تقع بمجرد انتهاء الزوج من اللعان مباشرة،[٩] وقال الجعفرية اذا رفعت الزوجة امرها الى القاضي انظره ثلاثة اشهر من حين المرافعة، وعند انقضاءها يضيق عليه حتى يكفر أو يطلق.[١٠] ومن آثار اختلاف الفقهاء في وقت التفريق بين الزوجين اذا تلاعنا: من يقول ان الفرقة تقع

---

(١) انظر: د.مصطفى الخن، ود.مصطفى البغا، الفقه المنهجي على مذهب الامام الشافعي، دار القلم ج٢، ط١٠، ٢٠٠٩، ص ١٤٧. وأ.د.محمد الدسوقي، الاحوال الشخصية في المذهب الشافعي، دار السلام، ط١، ٢٠١١، ص ٢٢٣.

(٢) حيث جاء في حكم المحكمة العامة في الرياض المرقم ١٩٣ / ٧ التاريخ ١٧/٤/١٤١٦هـ المصدق تمييزاً " الحكم بإفهام المدعي ان المدعى عليها حرمت عليه تحريماً مؤبدا وان الولد ليس ولد المدعي وانه يلحق بامه، كما جاء في المغني ١١/١٣٣: فلو إبان زوجته ثُمَّ قذفها بزنا واضافه إلى حال الزوجية ... إلى ان قال: ان كان بينهما ولد يريد نفيه فله ان ينفيه باللعان وبهذا قال مالك والشافعي، قال إبن المنذر اجمع على هذا كل من نحفظ عنه من علماء الأمصار. مشار اليه القاضي د.عبدالغفور محمد البياتي، مصدر سابق، ص ٣٤٤.

(٣) انظر: محمد بن على الشوكاني، مصدر سابق، ص ٥١٤-٥١٥. ومحمد ناصرالدين الالباني، مصدر سابق، ص ٢٨٩-٢٩٠. و حسين بن عودة العوايشة، الموسوعة الفقهية الميسرة، دار ابن حزم، ط١، ج٥، ٢٠٠٤، ص ٣٧١. وأ.د. محمد مصطفى شلبي، احكام الاسرة في الاسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الدار الجامعية، ط٤، ١٩٨٣، ص ٢٣٨-٢٣٩.

(٤) انظر: أ.د.محمود السرطاوي، فقه الاحوال الشخصية، منشورات جامعة القدس المفتوحة، ط٢، ٢٠١٢، ص ١٧٩. و د.محمد يوسف حفني ، مصدر سابق، ص١٥٠-١٥٣. وأ.د.نصر سلمان وأ.د.سعاد سطحي، فقه الطلاق في ضوء الكتاب والسنة دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية، دار ابن حزم، ٢٠١١، ص ٢٢٣.

(٥) قرار محكمة تمييز العراقي، رقم ٣١٦/شرعية/٦٥، في ١٩٦٥/٧/٢٥، مشار اليه القاضي جاسم جزاء جافر هورامي، الجامع لاهم مبادئ...مصدر سابق، ج١، ص ٢٠٩.

(٦) انظر: د.محمد يوسف حفني، مصدر سابق، ص ١٤٩-١٥٠، و د.تهاني معيض عويد، مصدر سابق، ص ٢٤٣. وشمس الدين ابي عبدالله محمد بن قاسم بن محمد الغرابيلي الشافعي الغزي، مصدر سابق، ص ٣١٦.

(٧) انظر: أ.د.نصر سلمان وأ.د.سعاد سطحي، مصدر سابق، ص ٢٢١.

(٨) انظر: محمود احمد راشد، الفقه وادلته الكتاب والسنة، دار الفوائد- دار ابن رجب، ط١، ج٣، ٢٠١١، ص ٢٤٦.

(٩) انظر: أ.د.محمود السرطاوي، مصدر سابق، ص ١٧٨-١٧٩. ود.سوسن هاشم دبش، مصدر سابق، ص ٢٢٨. والقاضي د. عبدالغفور محمد البياتي، مصدر سابق, ص ٣٤٢. و القاضي ابن رشد القرطبي، مصدر سابق، ص ٤٩٣. و أ.د.نصر سلمان و أ.د.سعاد سطحي، مصدر سابق، ص ٢٢١.

(١٠) انظر: محمد حسين الذهبي، مصدر سابق، ص ٣١٤.

بمجرد لعان الزوج، فهو يقول: انه لو مات احدهما قبل ملاعنة الزوجة امتنع التوارث بينهما، اما من يقول: لا تقع الفرقة الا بعد انتهاء اللعان أو بعد حكم القاضي فيتم بينهما.[١]

اما فرقة الايلاء:الايلاء في اللغة: اليمين، وفي الشرع حلف زوج يصح طلاقه بالامتناع من وطء الزوجة مطلقاً أو اكثر من اربعة اشهر.[٢] اذا ألى من زوجته بان حلف الا يطأها ابداً أو مدة تزيد على اربعة اشهر، وطلبت الوطء جعل له اربعة اشهر فاذا مضت، فاما ان يطأ ويكفر كفارة يمين، واذا مضت اربعة اشهر ولم يفء الى زوجته فقد ذهب الحنفية[٣] الى انه يقع الطلاق بمضى المدة ولا يحتاج الى قضاء قاضي ويكون بائناً وذهب المالكية[٤] والشافعية[٥] والحنابلة[٦] الى انه لا يقع الطلاق بمجرد انتهاء المدة بل يخير بعدها فاما ان يطلق واما ان يفيء فان لم يفء رفعت الزوجة الامر الى القاضي ان شاءت، فان اصر فسخ الحاكم النكاح ازالة لضررها.[٧] واستدلوا بان الطلاق اما ان يقع بصريح اللفظ، أو بالكناية، والايلاء ليس لفظاً صريحاً ولا كنائياً اذ لو كان صريحاً لوقع معجلاً في حالة الطلاق، ومؤجلاً ان قيده بزمن معين، ولو كان كنائياً لرجع فيه الى نيته، ولا يرد على هذا اللعان، اذ يوجب الفسخ دون الطلاق، والفسخ لايحتاج الى قول خلافاً للطلاق الذي لا يقع الا بالقول، ودل ذلك على ان الطلاق لا يقع بمجرد انقضاء المدة.[٨]

ولم يتعرض القانون العراقي لذكر احكام اللعان والايلاء وآثارهم عليه بامكان القاضي الرجوع الى مبادئ الشريعة الاسلامية وذلك عملاً باحكام المادة الاولى /٢ من قانون الاحوال الشخصية العراق.

رابعاً: الفسخ لخياري البلوغ والإفاقة: ذهب الجمهورُ إلى أنَّهُ لا يجوز لغير الأب والجد من الأولياء أنْ يُزَوِّجَ الصَّغيرَةَ، فإن زَوّجَهَا لم يَصِحْ، واذا زوجهم الولي الذي يملك إجبار الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة على الزواج بعقد مكتمل الشروط كان زواجه لازما لهم ولا خيار لهم بعد ذلك مطلقا.[٩] وهذا ما ذهب اليه محكمة تمييز العراق حيث قضت (ليس للصغيرة ان تختار نفسها عند البلوغ اذا كان والدها هو الذي تولى عقد زواجها).[١٠]

وذهب أبو حنيفة والأَوْزَاعِيُّ وجماعةٌ مِنَ السَّلَفِ يجوز لجميع الأولياء ويصح، ألا أن الولي إن كان هو الأب أو الجد أو الابن كان عقده لازماً، ولا خيار لهم بعد ذلك كالجمهور، وإن كان الولي غيرهم كالأخ والعم... كان عقده غير لازم ، ولهم الخِيَارُ إذا بَلَغوا وهو الأصح ؛ فإن اختاروا الاستمرار بالزواج لزم العقد، وإن اختاروا الفراق فسخ. لِمَا رُوِيَ أَنَّ النبيَّ ﷺ زَوْجَ أُمَامَةَ بِنْتَ حَمْزَةَ - وهي صغيرةً وجعل

---

(١) انظر: د.سوسن هاشم دبش، مصدر سابق، ص ٢٢٨.
(٢) انظر: د.محمود عبدالرحمن عبدالمنعم، مصدر سابق، ص ٣٤٣.
(٣) انظر: ابن النجار الدمياطي، الخلاصة الفقهية على مذهب السادة الحنفية، دار الغرباء ص ٤٤١. و القاضي د.عبدالغفور محمد البياتي، مصدر سابق ص ٣٤٧.
(٤) انظر: ابن النجار الدمياطي، الخلاصة الفقهية على مذهب السادة المالكية، دار الغرباء ، ص ٥٧٥.
(٥) انظر: ابن النجار الدمياطي، الخلاصة الفقهية على مذهب السادة الشافعية، دار الغرباء، ص ٧٦٧. ود.مصطفى الخن ود. مصطفى البغا، مصدر سابق، ص ١٣٨.
(٦) انظر: ابن النجار الدمياطي، الخلاصة الفقهية على مذهب السادة الحنبلية، دار الغرباء، ص ٧٢٧.
(٧) انظر: صلاح الدين محمود السعيد، موسوعة الاحكام والفتاوى الشرعية، دار الغدا الجديد، ط١، ٢٠٠٧، ص ٩٢٨.وأ.د.محمود السرطاوي، مصدر سابق، ص ١٨٠. والقاضي د.عبدالغفور محمد البياتي، مصدر سابق ص ٣٤٧. وأ.د.محمد الدسوقي، مصدر سابق، ص ٢٩٩.
(٨) انظر: أ.د.نصر سلمان وأ.د.سعاد سطحي، مصدر سابق، ص ٢٠٨.
(٩) انظر: أ.د.احمد الحجي الكردي، مصدر سابق، ص ١٣٢.
(١٠) قرار محكمة تمييز العراقي، رقم ٤٢٤/شرعية اولى١٩٧٣ ، في ١٩٧٤/٣/٦، مشار اليه القاضي جاسم جزاء جافر هورامي، الجامع لاهم مبادئ، مصدر سابق، ج٢، ص ٣٤.

لها الخِيارَ إذا بلغث، وإنَّما زَوْجَهَا النبي لِقُرْبِه منها وولايَتِهِ عليها، ولم يزوّجْهَا بِصِفَتِهِ نبياً، إذ لو زَوْجَهَا بصفَتِهِ نَبِيّاً لم يكن لها حَتَّى الخِيَارُ إذا بلغَتْ.(١)

وذهب أبو يوسف من الحنفية وبعض الحنابلة إلى أن للصبي والصبية والمجنون والمجنونة الخيار بعد البلوغ مطلقاً، سواء زوجهم الأب أم الجد أم الابن أم غيرهم.(٢) وفي قرار آخر اخذ قضاء محكمة تمييز العراق بهذا الرأي حيث قضت (اذا كان والد المدعية قد اجبر على زواجها عندما كانت قاصرة، فعلى المحكمة ان تحكم بفسخ وابطال عقد زواج المذكور).(٣)

وهذا الحق يسقط بما يدل على الرضا بعد البلوغ أو الافاقة، ويكون الرضا بان يعلنوا عن رغبتهم بالاستمرار أو الفسخ بصريح القول أو بطريق الدلالة البلوغ أو الإفاقة، فإذا رضوا بالزواج صريحاً بعد البلوغ والإفاقة، كقولهم أجزنا النكاح مثلاً، أو دلالة كالوطء أو التمكين منه بعد البلوغ والإفاقة والعلم بالنكاح لزم العقد، ولا خيار لهم بعد ذلك، والدخول قبل البلوغ والافاقة لا يعتبر رضا بالزواج وفي هذا المقام قضت محكمة تمييز العراقي (الدخول قبل البلوغ لا يعتبر مسقطاً لحق الصغيرة في اختيارها لنفسها وطلب فسخ عقد الزواج).(٤)

وإن رفعوا الأمر إلى القاضي طالبين فسخ الزواج فقضى بفسخه انفسخ ولا خيار لهم بعد ذلك أيضا، والسكوت لا يعد رضا في حق الثيب والغلام ويعد رضا في حق البكر ان كان بغير عذر ولهذا يجب عليها ان تختار فور بلوغها.(٥) وعلى العكس من ذلك يسقط خيارها حيث قضت محكمة تمييز كوردستان-العراق (اذا لم تستعمل الزوجة خيار البلوغ خلال المدة الشرعية فان دعواها تكون حرية بالرد).(٦)

واتفق الحنفية القائلون بالتفريق بخياري البلوغ والإفاقة على أن الفرقة بذلك لا تقع إلا بحكم القاضي،(٧) كما اتفقوا على أن تفريق القاضي بين الزوجين بسبب هذا الخيار فسخ وليس بطلاق، وقد وهم وأخطأ من نسب للحنفية أنها إن كانت من قبل الزوج فطلاق، وإن كانت من قبل الزوجة، ففسخ، قال السمرقندي في التحفة وإذا ثبت لهم الخيار أي الصغير والصغيرة بعد البلوغ، فإن اختيار الفرقة يكون فسخاً حتى لا يجب المهر قبل الدخول، ولا يصح ذلك إلا بقضاء القاضي بخلاف خيار المعتقة، حيث يكون فسخاً بغير قضاء القاضي، وقال ابن نجيم في البحر ولهما - أي الصغير والصغيرة - خيار الفسخ بالبلوغ في غير الأب والجد.(٨)

وان المتزوجين من صغار السن بحاجة الى حماية خاصة لمنع استغلالهم ولدفع الضرر عنهم فنص المشرع العراقي على ان (لكل من الزوجين طلب التفريق... اذا كان عقد الزواج قد تم قبل اكمال احد الزوجين الثامنة عشرة، دون موافقة القاضي)(٩) وعليه فباذن القاضي يسقط حقه في طلب التفريق وان

---

(١) انظر: سيد سابق، مصدر سابق، ج٢، ص ٩١.
(٢) انظر: أ.د.احمد حجي الكردي، مصدر سابق ١٣٣.
(٣) قرار محكمة تمييز العراقي رقم ١٠٨٨/ شخصية/ ٩٧٦ ، في ١٩٧٧/٧/٢٢، مشار اليه القاضي جاسم جزاء جافر هورامي، جامع لاهم مبادئ... مصدر سابق، ج٢، ص ٣٧.
(٤) قرار محكمة تمييز العراقي، رقم٥٦١/شرعية/٩٦٨، في ١٩٦٨/٨/١٥، مشار اليه القاضي جاسم جزاء جافر هورامي، الجامع لاهم مبادئ...مصدر سابق، ج٢، ص٣٢.
(٥) انظر : د.محمد ابراهيم الحفناوي، مصدر سابق، ص ٢٢٦.
(٦) قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان-العراق رقم ٤٣٣/ شخصية/ ٢٠١٠ في ٢٠١٠/٨/١٥، مشار اليه القاضي جاسم جزاء جافر ،المبادئ القانونية في قسم الاحوال الشخصية لمحكمة التمييز الكوردستانية، مكتبة يادكار، ط٢، ٢٠١٨، ص ٢٢٨.
(٧) ويلاحظ : أن القضاء شرط للفسخ، لا لثبوت الخيار، ولذلك كان عمل القاضي هو التحري من أنه لم يحصل رضا بالعقد بعد زوال القصر، ويقضي برفض الطلب إن تبين له أنه قد حصل الرضا بالعقد، ويقضي بالفسخ إن لم يكن قد حصل رضا ولم يحدث ما يبطل الخيار.
(٨) انظر: أ.د.احمد حجي الكردي، مصدر سابق ، ص ١٣٤.
(٩) المادة الاربعون/٣ من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨لسنة ١٩٥٩ المعدل.

المشرع العراقي اعطى للصغارحق التفريق وليس الفسخ كما قرر الفقهاء ولم يتطرق لحالة المجنون أو المعتوه اذا ما زوجه وليه غير المجبر وافاق، وبذلك بامكاننا الرجوع الى مبادئ الشريعة الاسلامية وذلك عملا باحكام المادة الاولى/٢ من قانون الاحوال الشخصية العراقي، وان ما استقر عليه القضاء العراقي ان من حق الزوجة اختيار نفسها عند البلوغ.

خامساً: الفسخ بسبب ظهور المفقود حياً: لا خلاف بين فقهاء الشريعة الاسلامية اذا عاد الزوج المفقود وكانت زوجته في عدة وفاة الحكمي لزوجها المفقود تعود اليه وتستمر حياتها الزوجية[١] لأن ظهورالمفقود يدل على ان حكم الحاكم كان نافذًا في الظاهرلا في الحقيقة والباطن لتاكد حياة المفقود وقت الحكم بوفاته، لذا يبطل حكمه، وقرار الحكم يتضمن معنيين، معنى الطلاق ومعنى الوفاة، ففي هذه الحالة تكون عودة المفقود خلال فترة العدة بمثابة مراجعة مطلقته في عدتها.

اما اذا انتهت العدة ثم عاد الزوج المفقود، فهذا محل الاختلاف بين الفقهاء يرى جمهور الفقهاء انها زوجة المفقود العائد لان الرجوع ينقض حكم القاضي لظهور كونه نافذًا في الظاهر دون الباطن، ويرى بعض الاخر ان حكم القاضي نافذ في الظاهر والباطن في العدة فلا سبيل للمفقود عليها فهو كاحد الخطاب، يمكن ان يخطبها فترفض أو تجيب.[٢]

اما اذا عاد الزوج المفقود بعد انتهاء العدة وتزوج الزوجة وقبل الدخول الثاني بها: اختلف الفقهاء في هذه المسالة، يرى الجمهور انها زوجة المفقود العائد، وانها ترجع الى زوجها الاول، ويفسخ نكاح الثاني، ولا يطالب الزوج الثاني بشيء يكون عليه، لأن النكاح انما صح في الظاهر دون الباطن، فاذا ظهر حيًا فقد ثبت بطلان الحكم بموته الذي بني على الظاهر، وتبين ان الحكم قد قام على اساس غير صحيح، فيصبح كالاجتهاد الذي بني على غير نص، ثم تبين النص بخلافه فيلغى الاجتهاد، لأنه لا مساغ للاجتهاد في معرض النص الصريح.[٣]

ويرى بعض الاخر انها زوجة الثاني، وهو احق بها لان بانتهاء العدة، حلت للزواج من غيره، ولان زواجها من الثاني تم بعقد صحيح فهذا العقد ينهي العقد الاول، وهو ما ذهب اليه المالكية في رواية عندهم، وان زوجها الاول لا يكون له سبيل اليها عند عودته.[٤]

اما اذا انتهت العدة وتزوجت وبعد الدخول عاد المفقود، فللفقهاء في ذلك اربعة اراء:

اولاً: انها زوجة الثاني، فالدخول يؤكد حق الزوج الثاني في الزوجة سيمًا ان الزوج قد استند على اذن القاضي بالزواج بعد انتهاء مدة التربص والعدة والحكم بموت الزوج المفقود, وينبغي بيان ان حق الثاني في هذه الزوجة يلغى حق الاول, اذا تزوجها الثاني وهو على غير العلم بحياة زوجها الاول وهذا ماذهب اليه المالكية[٥]

---

(١) انظر: القاضي اياد احمد سعيد الساري، الموسوعة الشرعية والقانونية في الاحوال الشخصية، المكتبة القانونية، ط٢، ٢٠١٧، ص ٦٠١.

(٢) انظر: د.عبدالعظيم احمد علوان، حكم زوجة المفقود بعد عودة زوجها حياً في الشريعة الاسلامية، بحث منشور في مجلة ديالى للبحوث الانسانية، العدد ٢٨، جامعة ديالى، ٢٠٠٨، ص ٤٨٧-٤٨٨.

(٣) انظر: ابن النجار الدمياطي، الخلاصة الفقهية على مذهب السادة الحنبلية، دار الغرباء، ص ٧٤٩، وعبدالله محمد ربابعة، الاثار المترتبة على عودة المفقود بعد الحكم باعتباره ميتاً في الفقه الاسلامي والقانون الاردني، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، العدد، ١، ٢٠١٥، ص ٣٩٧.

(٤) انظر: القاضي عبدالهادي علاق، الوجيز في شرح قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة١٩٨٠، مكتبةصباح، ط٢، ص ٤٨٦.

(٥) انظر: عبدالوهاب خلاف، مصدر سابق، ص ٢٤٩. و مالك بن انس ، الموطا، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، ج٢، دار احياء التراث العربي، ١٩٨٥، ص ٥٧٥- ٥٧٦. والوزير عون الدين ابي المظفر يحيى بن محمد البغدادي الحنبلي، اجماع الائمة الاربعة واختلافهم_ دراسة وتحقيق- محمد حسين الازهري،دار العلا، ج٢، ٢٠٠٩، ص ٢٦٧.

ثانياً: انها زوجة المفقود العائد مطلقًا، بمعنى ترد اليه على كل حال، وعلى هذا يفسخ العقد بينها وبين زوجها الثاني ولها المهر كاملًا من النكاح الثاني بما استحصل الثاني من فرجها واذا لم يدخل بها فلا شيء لها من المهر وترد على زوجها الاول المفقود، وعلى زوجها الاول الا يقربها حتى تنقضي عدتها من الاخر. وهذا ما ذهب اليه الحنفية[١]

ثالثاً: ان يخير المفقود العائد، بين اعادة زوجته الى عصمته وبين ان ياخذ صداقها الذي اعطاها اياه، فان اختارها فهي زوجته والا فهي زوجة الثاني وهو قول:جمهور الحنابلة.[٢]

رابعاً:ان تخير المراة، فان اختارت الزوج الثاني اقرت عنده، وان اختارت الاول (المفقود العائد) فرق بينها وبين الثاني، ويجب ان تعتد وينتظر لها المفقود العائد الذي اختارته مدة العدة وهذا قول لبعض الحنابلة.[٣]

أما الرأي الراجح بين هذه الاراء هو الرأي الاول القائل بانها زوجة الثاني بعد دخوله بها، لأن الشريعة الاسلامية اعطت للقاضي صلاحية اتخاذ الاجراءات المشروعة والكشف عن حالة المفقود خلالها, ثم اصدار الوفاة أو التفريق.

ولم يتطرق قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩المعدل النافذ في اقليم كوردستان لحد الآن، وفي العراق حتى عام ١٩٩٤ لحكم ظهورالمفقود حيًا بعد الحكم بوفاته واثر ذلك على زوجته، مما يقتضي الحكم بمبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون وذلك بدلالة الفقرة (٢) من المادة الاولى من قانون المذكور ويبدو ان الرأي الاول والراجح هو رأي اكثر ملائم مع القانون وهذا ماقضت به محكمة التمييز اقليم كوردستان (للمفقود حق الرجوع بزوجته اذا عاد قبل انقضاء مدة العدة البالغة اربعة اشهر وعشرة ايام).[٤]

اما في العراق تلافي المشرع ذلك النقص باصدار قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٦٢) الصادر في١٩٩٤ اذ تضاف الفقرة الرابعة الى المادة (٤٣) من قانون الاحوال الشخصية والذي تنص (رابعًا:١-لزوجة المفقود الثابت فقدانه بصورة رسمية ان تطلب من المحكمة التفريق عن زوجها بعد مرور اربع سنوات على فقدانه وعلى المحكمة ان تثبت من استمرار الفقدان بالطريقة نفسها التي ثبت بها فقدانه ثم تصدر حكمها بالتفريق,٢-تعتد زوجة المفقود بعد الحكم بالتفريق اربعة اشهر وعشرة ايام ٣-اذا عاد المفقود تستمر زوجته لها مالم تتزوج ويتم دخول الثاني بها حقيقة غير عالم بحياة الاول).

وهذا النص ملائم للمنطق والعدالة حيث اشترط عدم علم الزوج الثاني بحياة الزوج الاول اي: افترض حسن النية، كما انه سد النقص التشريعي الوارد في قانون الاحوال الشخصية العراقي, وتطبيقًا لذلك قضت محكمة التمييزفي العراق(للمفقود حق الرجوع بزوجته اذا عاد قبل انقضاء مدة العدة البالغة اربعة اشهر وعشرة ايام عملًا بالقانون رقم (٦٢) لسنة ١٩٩٤).[٥]

---

(١) انظر: هادي محمد عبدالله، احكام المفقود، رسالة تقدم بها الى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد كجزء من متطلبات درجة الماجستير في القانون، ١٩٨٧، ص ٣٧٤. والوزير عون الدين ابي المظفر يحيى بن محمد البغدادي الحنبلي، مصدر سابق، ج٢، ص٢٦٧.

(٢) انظر: ابن النجار الدمياطي الخلاصة الفقهية على مذهب السادة الحنبلية، مصدر سابق، ص ٧٥٠.

(٣) انظر: أ.د.محمد احمد حسن القضاة، الوافي في شرح قانون الاحوال الشخصية الاردني، الكتاب الثالث،٢٠١٧، ص ٨٩ .

(٤) قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان العدد ٨٠٩/شخصية / ٢٠٠٠ في ٢٠٠٠/٢/٤.

(٥) قرار محكمة التمييز العراق العدد ٤١٢٢/ شخصية/ ٢٠٠٤، في ٢٠٠٤/١٠/٢٨ مشار اليه القاضي ربيع محمد الزهاوي، الحكم بوفاة المفقود، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء العدد٢، ٢٠١٦، ص ٦١.

المبحث الثاني
مقتضيات دعوى فسخ عقد الزواج والآثار الناجمة عنه

من المقرر في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ان القاضي لا ينظر في منازعات الناس وخصوماتهم تلقائياً الا اذا رفعوا طلباً اليه مطالبين الفصل فيها ويقدم هذا الطلب بدعوى ويترتب على حسم الدعوى بعض الآثار ولذلك سنبحث في:

المطلب الاول: دعوى فسخ عقد الزواج

المطلب الثاني: آثار فسخ عقد الزواج

المطلب الاول: دعوى فسخ عقد الزواج

من الشروط الواجب مراعاتها في الحكم, اصداره من المحكمة المختصة وبالاستناد الى القانون النافذ، ووفقًا للاجراءات التي رسمها القانون, ولتوضيح هذه المسائل سنقسم هذا المطلب الى الفرعين، نخصص الفرع الاول ل:المحكمة المختصة بدعوى الفسخ وقانون الواجب التطبيق، والآخر ل:الاجراءات العملية لدعوى فسخ عقد الزواج.

الفرع الاول: المحكمة المختصة بدعوى الفسخ وقانون الواجب التطبيق

نتكلم في هذا الفرع عن المحكمة المختصة بدعوى فسخ عقد الزواج اولًا ثم القانون واجب التطبيق، كل على حدة وذلك من خلال نقطتين اثنتين كالتالي:

اولاً: المحكمة المختصة بدعوى فسخ عقد الزواج:

من خلال دراسة النصوص القانونية تبين لنا بان المحكمة المختصة بدعوى فسخ عقد الزواج هي كالتالي:

١- **محكمة الأحوال الشخصية:** نصت الفقرة /١ من المادة ٣٠٠من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣لسنة ١٩٦٩على تحديد محكمة الأحوال الشخصية بالنظر في (١- الزواج وما يتعلق به من مهر ونفقة ونسب وحضانة وفرقة وطلاق وسائر الامور الزوجية. ....).[١] كما و صرحت الفقرة ٢من المادة الثانية من قانون الاحوال الشخصية للاجانب على (١... ٢- للمحاكم الشرعية صلاحية النظر في المواد الشخصية المتعلقة بالمسلمين الاجانب فقط عندما لم يكن القانون الشخصي المقتضى تطبيقه وفق المادة الاولى من هذا القانون قانوناً مدنياً بل هي الاحكام الفقهية الشرعية)[٢] ومن خلال قراءة المواد المذكورة يتبين لنا ان محكمة الاحوال الشخصية ملزمة بالنظر في كافة الدعاوى التي تخص مسائل الاحوال الشخصية من ضمنها دعوى فسخ عقد الزواج بالنسبة للمسلمين العراقين وغيرعراقين من الاجانب المسلمين الذين تطبق عليهم دولتهم احكام الشريعة الاسلامية في مسائلهم الشخصية.

٢- **محكمة المواد الشخصية:** اما بالنسبة لمواد الاحوال الشخصية لغير المسلمين أو المسلمين الاجانب الذين يطبق عليهم قانون المدني في احوالهم الشخصية فان محكمة البداءة هي المختصة بنظر المسائل المتعلقة بالمواد الشخصية، وهذه المحكمة تقوم بنفس الاعمال التي تقوم بها محكمة الاحوال الشخصية كما صرحت المادة الثانية /١ من قانون الاحوال الشخصية للاجانب(١- للمحاكم المدنية ان تنظر في دعاوي المواد الشخصية المختصة بالاجانب)[٣] وكذلك نصت المادة ٣٣ من قانون المرافعات المدنية

---

(١) المادة ٣٠٠ من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٢) المادة الثانية من قانون الاحوال الشخصية للأجانب رقم ٧٨لسنة ١٩٣١.

(٣) المادة الثانية /فقرة ١ من قانون الاحوال الشخصية للاجانب رقم ٧٨لسنة ١٩٣١.

العراقية (تختص محكمة البداءة بنظر المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت بشرط عدم المساس باصل الحق، وتختص كذلك بنظر مواد الاحوال الشخصية لغير المسلمين وللاجانب الذين يطبق عليهم في احوالهم الشخصية قانون مدني، ويكون حكمها فيما ذكر بدرجة اخيرة قابلاً للتمييز)[١].

واما من حيث المكان المحكمة المختصة للنظر في الدعوى فسخ عقد الزواج هي محكمة محل اقامة المدعى عليه أو محكمة محل عقد الزواج أو محكمة التي حدث فيه سبب الدعوى كما نصت المادة ٣٠٣ من قانون المرافعات المدنية(تقام الدعوى الشرعية في محكمة محل اقامة المدعى عليه ومع ذلك يجوز ان تقام دعوى الزواج بمحكمة محل العقد كما يجوز ان تقام دعوى الفرقة والطلاق في احدى هاتين المحكمتين أو في محكمة المحل الذي حدث فيه سبب الدعوى).[٢]

ثانياً: قانون الواجب التطبيق: عندما يثور نزاع امام المحكمة بشأن مسألة من مسائل الاحوال الشخصية وفيه عنصر اجنبي[٣] فان المحكمة تبحث عن القانون الواجب التطبيق الذي يحكمها، وذلك عن طريق قاعدة الاسناد[٤] الخاصة بموضوع النزاع المعروض امام المحكمة المشوب بالعنصر الاجنبي لتحديد القانون الواجب التطبيق، حيث نصت الفقرة ٣ من المادة ١٩من القانون المدني العراقي(يسرى في الطلاق والتفريق والانفصال قانون الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع الدعوى).[٥]

لقد بحثت هذه الفقرة في القانون الذي يجب العمل به وتطبيقه عند فسخ عقد الزواج أو الطلاق أو التفريق أو انفصال الزوج على زوجته انفصالاً جسمانياً فحسب، كما هو معروف في الشريعة المسيحية، فنصت على ان القانون الواجب التطبيق هو قانون الدولة التي ينتسب اليها الزوج وقت حدوث الفسخ أو وقت رفع دعوى الفسخ اذا كان الزوجان مختلفي الجنسية، وجدير بالذكر ان سريان قانون الدولة التي ينتمي اليها الزوج وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى فسخ عقد الزواج على مسائل الطلاق والتفريق والفسخ والانفصال يرد عليه استثناءان:

الاستثناءالاول: اذا كان احد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج فالقانون العراقي هو الذي يطبق ويستبعد قانون الاجنبي من التطبيق، والعبرة لجنسية العراقية منها وقت انعقاد الزواج حتى لو تغيرت جنسيته بعد ذلك حيث نصت المادة ٥/١٩ من القانون المدني العراقي (...٥- في الاحوال المنصوص عليها في هذه المادة اذا كان احد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج يسرى القانون العراقي وحده)[٦].

والاستثناء الثاني: ما يتعلق بالنظام العام والاداب يستوجب استبعاد القانون الاجنبي عن التطبيق واحلال القانون العراقي محله اذا كان القانون الاجنبي واجب التطبيق فيه احكام مخالف للنظام العام والاداب في العراق كما نصت المادة ٣٢ من القانون المدني العراقي(لا يجوز تطبيق قانون اجنبي قررته النصوص السابقة اذا كانت هذه الاحكام مخالفة للنظام العام او للاداب في العراق).[٧]

---

(١) المادة ٣٣ من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.
(٢) المادة ٣٠٣ من نفس القانون .
(٣) قد يكون احد اطراف (الزوج أو الزوجة) اجنبياً أو سبب العلاقة القانونية اجنبية أو محل النزاع اجنبي.
(٤) قواعد الاسناد(قواعد تنازع القوانين): ليست قواعد موضوعية أو شكلية وانما هي مجموعة من القواعد القانونية الوطنية الملزمة التي تسترشد القاضي الى ايجاد قانون الواجب التطبيق في المسائل المتنازع عليه امام المحكمة المشوب بالعنصر الاجنبي...مجموعة من المحاضرات القاها استاذنا د.ظاهر مجيد قادر في قانون دولى خاص على طلبة معهد القضائي في اقليم كوردستان – العراق، الدورة الثالثة ، للعام الدراسي ٢٠١٩-٢٠٢٠ غير مطبوعة وغير منشورة.
(٥) المادة ٣/١٩ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.
(٦) المادة ٥/١٩ من نفس القانون.
(٧) المادة ٣٢ من نفس القانون.

الفرع الثاني:الاجراءات العملية لدعوى فسخ عقد الزواج

بين قانون المرافعات المدنية هذه الاجراءات حيث ان الاجراء القانوني الذي ترفع به الدعاوي القضائية، يتمثل في عريضة مكتوبة،[١] ويستوجب ان يشتمل العريضة[٢]على البيانات الجوهرية الآتية(اسم المحكمة التي تقام الدعوى امامها، وتاريخ تحرير العريضة، واسم المدعي والمدعى عليه ولقبه ومهنته ومحل اقامته، وبيان المحل الذي يختاره المدعي لغرض التبليغ، وبيان موضوع الدعوى، و وقائع الدعوى وادلتها- وطلبات المدعي واسانيدها وتوقيع المدعي أو وكيله).[٣]

وبعد ان تكتمل بيانات الدعوى مع اتمام الاجراءات الرسمية الاخرى كدفع رسم الدعوى وتحديد موعد المرافعة وتبليغ الاطراف، وفي يوم المرافعة كان على القاضي التاكد من شروط الدعوى: وهي تلك الشروط أو المقتضيات التي يجب ان يوجد في كل دعوى مقامة امام القضاء وبدون هذه الشروط لا تسمع الدعوى من قبل المحكمة وقد احتوت المواد(٣،٤،٥،٦) من قانون المرافعات المدنية هذه الشروط وهي (وجود الحق والاهلية التقاضي والخصومة والمصلحة، اما الفقه الحديث فقد ذهب الى ان الشرط الرئيسي بل الوحيد لقبول الدعوى هو شرط المصلحة[٤] وعلى العموم يسمى هذه الشروط بشروط القانونية العامة في الدعوى.

ويضيف الفقهاء شروط اخرى يجب توافرها في قبول الدعوى واستمدها الفقهاء من طبيعة الدعوى وهي (عدم صدور حكم سابق في موضوع الدعوى، و اقامة الدعوى خلال المدة التي حددها القانون، وعدم اتفاق الخصوم على التحكيم، وعدم اتفاق الخصوم على الصلح في النزاع بشأن موضوع الدعوى).[٥] ويمكن اثبات دعوى الفسخ بكافة طرق الاثبات، وان طرق اثبات وشروط واجراءات المحكمة في دعوى فسخ الزواج لسبب من اسباب الفسخ قد يختلف عن طرق اثبات وشروط واجراءات دعوى فسخ الزواج لسبب آخر:

بالنسبة لدعوى الفسخ بسبب خيار البلوغ: يجب أن تقام الدعوى أمام محكمة الأحوال الشخصية من قبل من له حق خيار البلوغ حصراً أو وكيله بموجب وكالة تخوله حق ممارسة الحقوق الشخصية[٦] على ان يكون عقد نكاحه قد ابرم خارج المحكمة دون اذن وموافقة من القاضي، ولا يفسخ العقد بمجرد اختيار الفسخ بل لابد لطالب الفسخ من ان يشهد اثنين على انه اختار فسخ الزواج الذي عقده له وليه، ثم يسمع المحكمة الطرف الآخر ان كان صالحاً لاقامة الدعوى عليه أو وليه أو وصيه ان لم يكن صالحاً، وان لم

---

(١) انظر: المادة ١/٤٤من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل. وجدير بالملاحظة ان المادة٧٠ من نفس القانون اجاز تقديم دعوى الحادثة شفاهاً في جلسة المرافعة بشرط تقديمها بحضور الخصم واذا كان احد الخصوم غائباً فيجب تقديمه تحريراً.

(٢) قال رسول الله ﷺ "وإنَّما أَقضي بينَكم على نحوِ ما أسمَعُ" فدل الحديث على وجوب تحرير الدعوى ليتبين للقاضي وجه الحكم لمزيد من التفاصيل عن شروط صحة الدعوى في الفقه الاسلامي انظر: صالح فوزان بن عبدالله الفوزان، الملخص الفقهي، مكتبة الطبري، ط١، ٢٠١٣، ص ٤٣٢-٤٣٣. والقاضي احمد بن عبدالكريم بن بدران النجدي الحنبلي، مفيد القضاة في اصول المحاكمات، دار البلد – دار الفضيلة، ص ١٩٨-١٩٩.

(٣) انظر: المادة ٤٦ من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل

(٤) انظر: القاضي صادق حيدر، شرح قانون المرافعات المدنية، دار السنهوري، ٢٠١١، ص ٢٣.

(٥) انظر: القاضي مدحت محمود، شرح قانون المرافعات المدنية، المكتبة القانونية، ص ١٧.

(٦) انظر: المادة ٥٢ من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

يكن له ولي نصب القاضي وصياً له، وطلب اليه بينة للصغير في نقض دعوى الفسخ كأن يأتي ببينة على الزوجة رضيت بالزواج قولاً أو فعلاً بعد البلوغ.(١)

ويستوجب ألا يكون طالب الفسخ بخيار البلوغ قد أقر بعقد الزواج صراحةً أو دلالةً أو طالبت بحقوقها الزوجية أو قام بتأديتها، ويجب اقامة الدعوى خلال سنة من تاريخ بلوغ (سن الرشد) من له حق خيار البلوغ حيث قضت محكمة التمييز الاتحادية (أن دعوى طلب فسخ عقد الزواج لبلوغ الرشد يجب ان تقام خلال سنة من تأريخ بلوغ الزوجة لسن الرشد فإذا أقيمت بعد مضي المدة المذكورة، فإنه يقتضي من المحكمة الحكم برد الدعوى).(٢)

اما اذا لم تختر نفسها وقت البلوغ أو وقت العلم بالزواج وسكتت عن ذلك بطل خيارها فليس لها بعد ذلك ان تختار نفسها، اما اذا كان سكوتها قهراً عنها كما لو هددها اخوها بايقاع اذى بها اذا اختارت حقها في فسخ النكاح فلا يكون سكوتها رضا بل لها ان تختار نفسها عند زوال هذا الاكراه، والحال نفسه بالنسبة للذكر، اما اذا كانت ثيباً وقت البلوغ ولم تختر حقها بالفسخ وسكتت ساعة بلوغها أو ساعة علمها بالزواج ان كانت غير عالمة به قبل البلوغ فلا يبطل خيارها بالسكوت وانما يبطل برضاها صراحة أو رضيت بهذا العقد دلالةً كطلب مهرها أو نفقتها أو دخول الزوج بها بعد البلوغ لان الدخول اذا كان قبل البلوغ لايعتبر مسقطاً للخيار كما قضت محكمة تمييز العراقي(الدخول قبل البلوغ لا يعتبر مسقطاً لحق الصغيرة في اختيارها لنفسها وطلب فسخ عقد الزواج، إذ لا عبرة بقول المحكمة في حكمها المميز أن أقرار المدعية بالدخول يمنعها من طلب الفسخ ذلك لأن الدخول إذا كان قبل البلوغ لا يعتبر مسقطاً للخيار، لأن الإسقاط لأمر شرعي لا يكون إلا بعد وجوده، وقبل البلوغ لم يوجد الخيار، فلا ترد عليه المسقطات، فالدخول أو الرضا قبل البلوغ لا قيمة له، أما إذا كان الدخول بعد البلوغ فيعتبر رضا دلالة مما يمنع عليها طلب الفسخ).(٣)

وبعد اثبات الدعوى على المحكمة تحليف المدعية اليمين القانونية قبل اصدار حكمها بالفسخ كما صرحت المادة ٢/٣٠٨ من قانون المرافعات المدنية (تحلف المحكمة المدعية اليمين من تلقاء نفسها في الحالتين الآتيين:١-... ٢- اذا زوج غير الاب والجد الصغير للكفئ وبمهر المثل وبلغت فاختارت نفسها بالبلوغ وطلبت فسخ عقد الزواج والتفريق بينها وبين زوجها و اقامت البينة على دعواها فتحلفها اليمين بالصيغة التالية: " والله اني اخترت نفسي وقت بلوغي ").(٤) ومن هذا المنطلق قضت محكمة تمييز العراقي (من حق الزوجة اختيار نفسها عند البلوغ، إذا كان عمرها عند أجراء العقد أربع عشرة سنة ولم يكن وليها الشرعي حاضراً ليتولى عقد الزواج وعلى المحكمة أن تتحقق من هذه الجهة وعما إذا كانت الزوجة قد اختارت نفسها عند البلوغ، وتحلفها اليمين المنصوص عليها في المادة ٢/٣٠٨ من قانون المرافعات المدنية، إذا أدعت الاختيار، كما تتحقق من كونها بكراً أم مدخولاً بها بتقرير من لجنة طبية مختصة).(٥)

---

(١) انظر: القاضي علاءالدين خروفة ، مصدر سابق، ج١، ص ١٩٥.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية، رقم ٥٣٥/ شخصية اولى/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٢/٩ مشار اليه القاضي ربيع محمد الزهاوي، انت تسأل ... والمبدأ التمييزي يجيب، مصدر سابق، ص ٢٨٢.

(٣) قرار محكمة تمييز العراقي رقم ٥٦١/ شرعية/ ١٩٦٨ في ١٩٦٨/٨/١٥، مشار اليه المحامي فوزي كاظم المياحي، صديق المحامي في دعاوي الاحوال الشخصية، مكتبة صباح،٢٠١١، ص ٦٩.

(٤) المادة ٢/٣٠٨ من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٥) قرار محكمة تمييز االعراقي رقم ١٢٥٧/شخصية/ ١٩٧٨ في ١٩٧٨/٧/١٢، مشار اليه المحامي فوزي كاظم المياحي، مصدر سابق، ص ٦٩.

اما بالنسبة لدعوى الفسخ بسبب الحرمة المؤبدة والمؤقتة: للادعاء العام[١] أو اي شخص يلحقه ضرر من النكاح ان يتقدم بطلب فسخ النكاح الى القاضي، لأن مثل هذه الدعاوى يعتبر من الدعاوي الحسبة، على ان يكون الطلب يتضمن سبب من اسباب الفسخ، كان يظهر بعد العقد ان المرأة المعقود عليها كانت حين انشاء العقد زوجة للغير أو معتدة، أو انها محرمة على الزوج حرمة مؤبدة أو مؤقتة، ولم يعلم بوجود الخلل عند العقد اما اذا كان عالماً فيعاقب على فعله.[٢]

ويمكن اثبات هذه الدعوى بكامل طرق الاثبات بما في ذلك البينة الشخصية أو الاقرار، ولا يجوز ابطال عريضة الدعوى وترك الدعوى للمراجعة ووقف المرافعة ولا يحق للطرفين اقرار الصلح في الدعوى المتعلقة بالفسخ والتي يحرم حلالاً ويحلل حرام، فللمحكمة الاحوال الشخصية تطبيق المواد القانونية الواردة في قانون المرافعات المدنية بقدر ما يلائم مع طبيعة الدعوى الشرعية لأن مخالفة النص لطبيعة الدعوى فلا يجوز للمحكمة تطبيقه لأن دعوى الفسخ ليست حقاً خالصاً لأصحابها لتعلقها بنظام الحسبة بالحل والحرمة وهي من دعاوي الحسبة.

وعلى قاضي محكمة الاحوال الشخصية حسم الدعوى سلباً وايجاباً وفي حالة عدم حضور طرفي الدعوى امام قاضي الاحوال الشخصية يمكن احضارهم جبراً[٣] مع مفاتحه محكمة التحقيق المختص لاتخاذ الاجراءات القانونية وفق المادة ٢٣٨من قانون العقوبات[٤] وقرار المحكمة في دعوى فسخ الزواج خاضع لرقابة محكمة التمييز تلقائياً عملاً باحكام المادة ٣٠٩من قانون المرافعات مدنية.

اما بالنسبة لدعوى فسخ عقد الزواج بسبب اسلام أو ارتداد احد الزوجين: يجوز ان تقيم الزوجة الدعوى بعد اشهار اسلامها[٥] امام محكمة الاحوال الشخصية على زوجها غير المسلم تطلب الحكم بالفسخ عندما يابى زوجها الدخول في الاسلام، حيث قضت محكمة تمييز العراق (اذا اسلم احد الزوجين فتكون المحكمة الشرعية هي المختصة بنظر دعوى فسخ عقد الزواج بسبب اسلامه).[٦]

---

(١) انظر/ المادة ١٣ من قانون الادعاء العام رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٢) حيث نصت المادة ٣٧٦ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل على (يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات أو بالحبس كل من توصل الى عقد الزواج له مع علمه ببطلانه لاي سبب من اسباب البطلان شرعاً أو قانوناً وكل من تولى هذا العقد مع علمه بسبب بطلان الزواج. وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على عشر سنين اذا كان الزوج الذي قام في حقه سبب البطلان قد اخفى ذلك على الزوجة او دخل بها بناء على العقد الباطل).

(٣) انظر: المادة ١٧/اولاً من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

(٤) انظر: المادة ٢٣٨ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٥) نصت المادة٢/٢٠من قانون الاحوال المدنية العراقي رقم٦٥لسنة١٩٧٢على ان(يجوز لغير المسلم تبديل دينه وفقاً لاحكام هذا القانون) فالأسلوب العملي المتبع في محاكم الاحوال الشخصية، هو ان اشهار الاسلام سواء كان لاحد الزوجين أو كليهما وللأعزب يصدر حجة وفقا للإجراءات الاتية: وهو ان يقدم الطلب من قبل المستدعي ويحضر مع شاهدي تعريف وهويتة ، مع بيان اسماء اولاده القاصرين لان الاولاد يتبع في الدين من اعتنق الدين الاسلامي من الابوين، كما نصت المادة ٣/٢١ من قانون الاحوال المدنية على ذلك، وتدون افادته وينطق الشهادتين قائلاً " اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمد رسول الله " وتصدر الحجة، وهنا لابد التنويه بانه بعد اشهار اسلام الزوجين أو احدهما يجب اشعار امين السجل المدني لتأشير ذلك في سجلاتهم، وكذلك في حالة حدوث الفسخ بين الزوجين لغرض تصحيح حقل الديانة وواقعة التفريق في السجل المدني وبطاقة الاحوال المدنية. انظر:عبدالوهاب احمد محي الدين باله ته يي، الحجج الشرعية لمحكمة الاحوال الشخصية، مكتبة يادكار، ط١، ٢٠١٩، ص١١٥-١١٨و كامران رسول سعيد، جونيه تي ده رجواندني به لكه نامه شه رعيه كان له دادكاي باري كه سيتي، كتيبخانه يادكار، جاب دووه م، ٢٠١٨، ص١٣٢- ١٣٣ باللغة الكوردية.

(٦) قرار محكمة تمييز العراقي رقم ٦٩٨/ شخصية /٩٧٨ في ٢٨/ ٦/ ٩٧٨، مشار اليه القاضي جاسم جزاء جافر هورامي، الجامع لاهم المبادئ ...، مصدر سابق ، ج١، ص ٩.

واذا تحقق ان الزوج مجهول محل الاقامة فيبلغ اعلاناً بصحيفتين محليتين يوميتين بوجوب الحضور الى المحكمة لعرض الاسلام عليه بعد اسلام زوجته، فاذا اشهرت الزوجة اسلامها فيبلغ الزوج رسمياً بالحضورلعرض الاسلام عليه، وفي حالة امتناعه فمن الممكن تأمين حضوره بواسطة الشرطة، فاذا حضر فيجب ان يفهم باحكام الشريعة الاسلامية حول بقاء الزوجية فيما اذا اشهر هو اسلامه طوعاً دون جبرً أو اكراه.[١]

وفي حالة امتناعه عندئذ سوف تفرق بينه وبين زوجته، حيث قضت محكمة تمييز العراقي(..المدعية أشهرت أسلامها بموجب حجة أشهار الأسلام الصادرة من محكمة الأحوال الشخصية... وأن المدعى عليه بين في الجلسة - بأنه يأبى الدخول في الأسلام ولا مانع، من الأجابة لدعوى المدعية ... وبالنظر لأختلاف الدين بينهما مما يوجب فسخ عقدها والفرقة بينهما بسبب ذلك)[٢].

واذا طلب امهاله فترة مناسبة للتفكير فلا بأس من امهاله الا انه يجب انه يبلغ تحريرياً انه في حالة عدم حضوره في الوقت المعين دون عذر مشروع يعتبر ذلك قرينه على انه قد ابى الدخول في الاسلام.[٣] اما اذا حضر الزوج وابى الدخول في الاسلام فتصدر المحكمة قرارها بفسخ الزواج بين الزوجين وبامكان الزوج اشهار اسلامه الى حين انتهاء عدة زوجته حيث قضت محكمة التمييز العراقي(كان على المحكمة ان تضمن الفقرة الحكمية الخاصة بفسخ الزوجية بين الطرفين فقرة مضمونها(وان مضت العدة ولم يسلم الزوج اعتبار وقوع الفرقة بين الطرفين اعتباراً من تأريخ اشهار اسلام الزوجة المدعى به وفق الاحكام الفقهية والشرعية التي تقلدها المدعية وقت اشهار اسلامها المشار اليها في حجة اشهار اسلام).[٤] وتتبع الاجراءات القانونية اعلاه في حالة ارتداد اي من الزوجين عن الاسلام الى ديانة اخرى .

(١) انظر: القاضي زياد مجيد حميد، مصدر سابق ص ١١٣.
(٢) قرار محكمة تمييز الاتحادية العدد ١٦٥/ تسلسل ٢٠١٣/ في ٢٠١٠/٨/٥ مشار اليه القاضي ربيع محمد الزهاوي/ النادروالمهم في قضاء محاكم الاحوال الشخصية، دار السنهوري، ٢٠١٧، ص ٦٨٢.
(٣) انظر: القاضي زياد مجيد حميد، مصدر سابق، ص ١١٣.
(٤) قرار محكمة تمييز العراقي العدد ٤٧٩٨/هيئة الاحوال الشخصية /٢٠١٤، التسلسل ٥٢٧٦، في، ٢٠١٤/٧/١٦، مشار اليه القاضي ربيع محمد الزهاوي، النادر والمهم... مصدر سابق، ص ٦٨٣.

المطلب الثاني : آثار فسخ عقد الزواج

الأصل في الأبضاع التحريم، حتى يثبت سبب الحل،[١] وهو عقد الزواج الصحيح، فإذا اختل ركن أو شرط من مقومات العقد فلا يترتب عليه أي أثر، إلا أن الحكم يتغير إذا حصل دخول بالزوجة رغم فساد العقد، فلا يمكن اعتبار هذه العلاقة زنا ولا موجب للحد، وذلك لوجود الشبهة " لأن الحدود تسقط بالشبهات"[٢] وعلى الرغم من ذلك فإنه يترتب على هذا الدخول حرمة المصاهرة ووجوب المهر والعدة على المرأة، ويثبت به نسب الأولاد وحقهم في النفقة والميراث، وعليه فان الفسخ يترتب عليه نوعين من الآثار مالية وغير مالية، ولذلك سنبحث في الفرع الاول: عن الآثارغيرالمالية لفسخ عقد الزواج وفي الآخر: عن الآثار المالية لفسخ عقد الزواج.

الفرع الاول : الآثار غير المالية لفسخ عقد الزواج

إذا تم الدخول حقيقة أو حكماً(الخلوة الصحيحة) فإنه يتأكد عقد الزواج ثبوتاً ويترتب عن الدخول عدة آثار من أهمها قرابة المصاهرة التي تجعل كلا الزوجان يصيران كأحد أفراد أسرة الآخر، بحيث يترتب عن ذلك تحريم الزواج بإحدى القريبات للآخر بدرجة معينة وهو ما يسمى بحرمة المصاهرة، ومن الآثار أيضاً امتناع الزوجة عن الزواج مدة معينة بعد فراق الزوج خشية حدوث الحمل وحتى لا تختلط الأنساب وهذا ما يعرف بالعدة،ومن النتائج المترتبة عن حدوث الحمل ثبوت نسب الأولاد من الزوج ولأنه صاحب البذرة، وبذلك تقرعينه وتهدأ نفسه وهو ما يسمى بثبوت النسب وهذه الآثارغير المالية ولذلك في هذا الفرع نتحدث عن آثار الفسخ على ثبوت حرمة المصاهرة والعدة و النسب.

أولاً: آثار الفسخ على ثبوت حرمة المصاهرة: المصاهرة: بضم الميم وفتح الهاء، مص صهرة الشئ الى شيء: اذا قربه منه، القرابة عن طريق الزواج ومنه الحرمة بالمصاهرة، اي: الحرمة التي سببها القرابة الزواج.[٣]

عقد الزواج الصحيح هو السبب الرئيسي المنشئ لعلاقة قرابة المصاهرة، وان القانون العراقي قد وافق الشريعة الاسلامية و بقية الشرائع السماوية على التحريم بسبب المصاهرة، وفي ذلك دليل أن هذا التحريم مشتق من الفطرة الإنسانية وهو متفق مع الطبع السليم، لأن اقتران المرأة بالرجل يجعلها جزءاً من نفسه، ويصير الرجل جزءاً منها، والمصاهرة اصطلاحاً: القرابة التي تنشأ بين أفراد الأسرتين، أي أسرتي الزوجين فيصبح كل واحد من الزوجين منصهراً في أسرة الزوج الآخر أي بمثابة أحد أفرادها بعد أن كان أجنبياً عنهم، أو رابطة بين عدد من الاشخاص بسبب عقد الزواج بين رجل وامرأة منهم.[٤]

ومحرمات على الشخص بسبب المصاهرة اربعة انواع : زوجة اصل الرجل وان علا ذلك الاصل، وزوجة فرع الرجل وان نزلن، واصل زوجة الرجل من النساء وان علون، وفروع زوجة الرجل وان

---

(١) انظر: د.محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الاربعة، دار الفكر، ط٣، ج١، ٢٠٠٩، القاعدة ١٧، ص١٩٣. و القاضي د.عبدالغفور محمد البياتي، مصدر سابق، ص ٧١.
(٢) انظر: د.محمد الزحيلي ، مصدر سابق، ج٢، القاعدة ١٧٥، ص ٧٠٦.
(٣) انظر: أ.د.محمد رواس قلعة جي، مصدر سابق، ص ٤٠٢.
(٤) انظر: المحامي محسن ناجي، مصدر سابق، ص١٧٦. والقاضي حسن عبدالكاظم مايع الظالمي، الاجراء العملي والنظري في نصوص قانون الاحوال الشخصية، دار المسلة، ط١، ٢٠٢٣، ص ٤٨.

نزلن.[١] وان العادة جرت على ان المرأة اذا تزوجت ولها بنت من زوجها الاول، فلا بد أن تأخذها معها إلى منزل زوجها الجديد حينئذ تكون في حجره، فيحرم عليه زواجه منها أما لو عقد على امرأة ولم يدخل بها ثم طلقها أو ماتت حل وله أن يتزوج ببنتها، هذا ما ذهب اليه المشرع العراقي فيما يخص هذا الصنف من التحريم حيث صرحت قانون الاحوال الشخصية: (يحرم على الرجل أن يتزوج بنت زوجته التي دخل بها، وأم زوجته التي عقد عليها، وزوجة أصله وإن علا، وزوجة فرعه وإن نزل)[٢] وحيث قضت محكمة التمييز الاتحادية(العقد على البنات يحرم الامهات والدخول بالامهات يحرم البنات)[٣] والحكمة من التحريم المؤبد بسبب المصاهرة ان الرابطة فيها كرابطة القرابة وقد جاء حديث الرسول ﷺ:" إن المصاهرة لحمة كلحمة النسب "[٤] فأقتضى هذا ان تكون أم الزوجة في التحريم كأمه وأب الزوج في التحريم كأبيها فيختلط بعضهم مع بعض كأسرة واحدة في النسب.

وكما تحرم الطوائف الأربعة المتقدمة بسبب المصاهرة بالزواج الصحيح وتحرم بالدخول بالمرأة بناء على زواج فاسد أوعلى شبهة وقد إتفق الفقهاء المسلمين على أن حكم الزواج الفاسد أو الوطء بشبهة مع الدخول حكم الزواج الصحيح في حرمة المصاهرة،[٥] اما قبل الدخول فلا يوجب حرمة المصاهرة في زواج فاسد كما ذهب الى ذلك من الحنفية محمد قدري باشا حيث نصت مادة ١٣٥ من كتابه الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية (كل نكاح وقع غير صحيح، لا يوجب حرمة المصاهرة اذا وقع التفريق قبل الوطء ودواعيه...).[٦]

أما الزنا[٧] فقد اختلف فيه الفقهاء، فيرى الاحناف والحنفية ورواية مرجوح عن الامام مالك من زنى بامراة حرم عليه اصولها وفروعها وتحرم هي على اصوله وفروعه اذ ان حرمة المصاهرة تثبت عندهم بالزنا، قالو لو زنى الرجل بام زوجته أو بنتها حرمت عليه حرمة مؤبدة،[٨] وذهب الشافعية ورواية عن مالك الى ان الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لأن حرمة المصاهرة رابطة تجعل الاجانب محارم كالأقارب وهذه الرابطة نعمة لا تترتب الا على العقد أو الدخول الشرعي ولا تبنى على المحظور أو النقمة لقولهﷺ" لَا يُحَرِّمُ الْحَرَامُ الْحَلَالَ "وان العقد قبل الزنا حلال، فلا يحرم بالزنا المحرم[٩] وقال الامامية الزنا قبل العقد يوجب حرمة المصاهرة اما الزنا الواقع بعد العقد فلا يوجب الحرمة.[١٠]

---

(١) انظر: حجة الاسلام ابي حامد الغزالي، الوسيط في المذهب، دراسة وتحقيق وتعليق، أ.د.علي محي الدين القرداغي، مركز دراسات للبحوث والاستشارات المصرفية الاسلامية، ط١، ج٦، ٢٠١٥، ص ١٢٣-١٢٤.
(٢) المادة الخامسة عشرة من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١١١لسنة ١٩٥٩ المعدل.
(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ٢٥٣٠/ هيئة الاحوال الشخصية/ ٢٠١٥ في ٢٠١٥/٤/١ مشار اليه القاضي د.عبدالغفور محمد البياتي، مصدر سابق، ص ٢٣.
(٤) انظر: أ.د.وهبة الزحيلي، مصدر سابق، ج٨، ص ١٣٨نقلاً عن محمد شوكاني، نيل الاوطار ٣١٧/٦.
(٥) انظر: د.محمد يوسف حفني/ مصدر سابق، ص ٤٣. و القاضي عبدالقادر ابراهيم علي والقاضي احمد محمود عبد دعيبل، مصدر سابق، ص ٢٣٩-٢٤٢. وعبدالرحمن الجزيري، مصدر سابق، ج٤، ص ٦٨.
(٦) انظر: محمد قدري باشا، مصدر سابق ، ج١، مادة ١٣٥، ص ٣٣٢.
(٧) حيث عرفه بعض الفقهاء بقولهم (ان الزنا في عرف الشرع واللسان: وطء الرجل المرأة في القبل في غير ملك وشبهته و لا عقد نكاح وشبهته) انظر: احمد محمد الخليفي، عقود الزواج الفاسدة في الاسلام،دار المدار الاسلامي، ط١، ٢٠٠٢، ص ١٤٢. و ابوبكر جابر الجزائري، مصدر سابق، ص ٤٣٢.
(٨) انظر: سيد يابق، مصدر سابق، ص ٥٠. و القاضي د. عبدالغفورمحمد البياتي، مصدر سابق، ص ٦٤.
(٩) انظر: القاضي ابن رشد القرطبي، مصدر سابق، ص ٤٢٠. والقاضي علاءالدين خروفة، مصدر سابق، ص ٢١٨. وعبدالوهاب خلاف ، مصدر سابق، ص ٤٨. واحمد محمد الخليفي، مصدر سابق، ص ١٤٣. والقاضي د.عبدالغفور محمد البياتي، مصدر سابقن ص ٦٦.
(١٠) انظر: القاضي حسن عبدالكاظم مايع الظالمي، مصدر سابق، ص ٤٩.

ثانياً: آثار الفسخ على وجوب العدة: العدة لغة: فعله ماخوذة من العدد، والحساب، والاحصاء، اي: ما تحصيه المرأة وتعده من ايام اقرائها وايام حملها[١] واصطلاحاً هي تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح المتاكد أو الشبهة بالدخول أو بالموت[٢] وينتهي عقد الزواج بالموت وينحل بالفسخ والطلاق والتفريق والخلع، واذا انتهى بالموت، أو انحل بسبب من اسباب الانحلال، وكانت الزوجة مدخولاً بها وجب عليها ان تنتظر مدة معينة من الوقت للتأكد من براءة رحمها في حالة الانحلال أو الموت بعد الدخول، وحزناً على الزوج في حالة الموت قبل الدخول، ومن اسباب وجود العدة :

أولاً: وفاة الزوج بعد عقد النكاح الصحيح سواء دخل الزوج بزوجته قبل وفاته أو لم يدخل، كما نصت المادة السابعة والاربعون من قانون الاحوال الشخصية العراقي (تجب العدة على الزوجة في حالتين الاتيتيين.. ١... ٢- اذا توفى عنها زوجها ولو قبل الدخول بها).

ثانياً: الفرقة بعد النكاح الصحيح بطلاق أو غير طلاق وذلك بعد الدخول أو الخلوة، كما ونصت المادة السابعة والاربعون من قانون الاحوال الشخصية العراقي (تجب العدة على الزوجة في الحالتين الاتيتين. ١- اذا وقعت الفرقة بينها وبين زوجها بعد الدخول سواء كانت عن طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى أو كبرى أو تفريق أو متاركة أو فسخ أو خيار بلوغ. ٢...).

ثالثاً: وفاة الزوج بعد عقد النكاح الفاسد بشرط الدخول الحقيقي بها: وتجب العدة في هذه الحالة لمعرفة براءة الرحم من الحمل، وقد مست الحاجة في الاستبراء، لوجود الوطء وليس وفاء لحق الميت باظهار الحزن على ما فاتها من نعمة النكاح معه، كما هو الحال بوفاة المتوفي بعد عقد نكاح صحيح، ولذلك فهي تعتد لا عدة وفاة بل تعتد كما تعتد من حصلت الفرقة بينها وبين زوجها بغير موت، اي بثلاث حيضات اذا كانت من ذوات الحيض، أو بمرور ثلاثة اشهر اذا كانت لا تحيض كالآيسة، واذا كانت حاملاً تنتهي العدة بوضع الحمل.[٣]

رابعاً: العدة بعد الدخول الحقيقي في النكاح الفاسد أو الوطء بالشبهة،[٤] كما نصت عليها المشرع العراق في المادة السابعة والاربعون المذكور اعلاه، كما وذهب محمد قدري باشا في مادة٣١٠من كتابه الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية (العدة من موانع النكاح لغير الزوج، وتجب على كل إمرأة وقعت الفرقة بينها وبين زوجها بعد الدخول بها حقيقة في النكاح الصحيح والفاسد، وبعد الخلوة الصحيحة أو الفاسدة في النكاح الصحيح سواء كانت الفرقة عن طلاق رجعي أو بائن بينونة صغرى أو كبرى أو تفريق بعنة ونحوها أو لعان أو نقصان مهر أو خيار بلوغ أو فسخ أو متاركه في النكاح الفاسد أو وطء بشبهه، وتجب أيضاً على كل إمرأة توفي عنها زوجها ولو قبل الدخول بها في النكاح الصحيح).[٥]

واذا وقع عقد بين رجل وامرأة ودخل عليها، وتبين ان هذه المرأة قد عقد عليها رجل آخر من قبل ودخل عليها يفسخ العقد الثاني لفساده، وان عليها العدة الشرعية، ولا يحل لزوج الاول قربانها حتى

---

(١) انظر: د.محمود عبدالرحمن عبدالمنعم، مصدر سابق، ص ٤٨١.
(٢) انظر: محمد عميم الاحسان المجددي البركيتي، التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية، ط١ ، ٢٠٠٣، ص ١٤٤.
(٣) انظر: القاضي د.احمد محمد علي داود، مصدر سابق، ج١، ص ٥١٥.
(٤) انظر: شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني الشافعي، مصدر سابق، ص ٧١٨-٧١٩.
(٥) انظر: محمد قدري باشا، مصدر سابق، مادة ٣١٠،ج٢، ص ٧٤٣. وعبدالوهاب خلاف، مصدر سابق، ص ٤١.

انتهاء عدتها من الثاني، وحيث قضت محكمة التمييز الاردني (التزوج بامراة الغير يعتبر نكاحاً فاسداً ويفهم ان زوجها الاول لا يجوز ان يقربها الا بعد انقضاء عدتها ثلاث حيض).[١]

وتبدأ العدة بعد الطلاق في النكاح الصحيح وبعد الفسخ من قبل القاضي أو المتاركة في النكاح الفاسد وبعد الموت فوراً، اما في حالة الوطء بالشبهة فتبدأ العدة من آخر وطء لها.[٢] ومن زنى بامراة لم تجب عليها العدة لان العدة لحفظ النسب، والزنا لا يلحقه نسب، وهو رأي الاحناف والشافعية والنوري، وهو رأي ابي بكر وعمرر، وقال مالك واحمد عليها العدة وعدتها ثلاث حيض أو خيضة تستبرئ بها روايتان عن احمد.[٣]

ثالثاً: آثارالفسخ على ثبوت النسب وحضانة الأولاد: إن ثبوت نسب الولد من أمه ثابت لا محالة، سواء كانت الولادة من علاقة شرعية أو غير شرعية، لأن الولادة ثابتة منها، أما سبب ثبوت نسبه لأبيه فيشترط أن يكون عقد الزواج صحيحاً وذلك للتمييز بينه وبين الزواج الباطل أو الزنا، وهناك بعض الحالات التي تلحق بالزواج الصحيح مثل الوطء بشبهة، وكذلك حالات فسخ الزواج لأحد الأسباب المذكورة سابقاً.

وضحنا أن عقد الزواج الفاسد، هو الذي فقد شرطاً من شروط صحته، كأن تكون المرأة محرمة على الرجل الذي عقد عليها دون أن يعلما بالتحريم، أو كان العقد دون شهود، وبينا أيضا، أن الوطء بشبهة [٤]هو دخول الرجل بالمرأة بظن انها زوجته، ثم يتضح خلاف ذلك.

في الزواج الصحيح المرأة متعينة للولادة من رجل معين هو زوجها لأن استمتاع الزوجة قاصرة على زوجها فليس لها ان تستمتع برجل آخر ويسمى ذلك بالفراش، والفراش: "هو ان تكون المرأة قد تعينت للولادة من رجل معين " فاذا حملت امرأة من رجل والزوجية الصحيحة قائمة بينهما، وكان هذا الرجل اهلا للولادة واهلاً لأن ينسب له هذا الحمل، فان المولود ينسب اليه بدون حاجة الى اعتراف الرجل بالبنوة وبدون تكليف الزوجة بالبينة على ان هذا المولود من ذلك الرجل كما قال رسول الله ﷺ في خطبة الوداع " الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ، ولِلْعَاهِرِ الحَجَرُ ".[٥] وقد نصت المادة الحادية والخمسون من قانون الاحوال الشخصية على الشرطين يثبت بهما النسب (ينسب ولد كل زوجة الى زوجها بالشرطين التاليين: ١- ان يمضي على عقد الزواج اقل مدة حمل، ٢- ان يكون التلاقي بين الزوجين ممكناً).

وفي زواج الفاسد لا تكون المرأة متعينة للولادة من الرجل الذي تزوجها زواجاً فاسداً مالم يدخل بها فان دخل بها تعينت للولادة منه، لا بسبب العقد لأن العقد غير صحيح، بل بسبب دخوله قبل المتاركة أو التفريق وفي الوطء بشبهة، لا وجود للعقد أصلاً، فلا يمكن أن تكون المرأة فراشاً للرجل ولا تتعين للولادة من الرجل الذي وطئها الا بالدخول، فإذا أنجبت المرأة مولوداً عن طريق الزواج الفاسد فإن هذا المولود ينسب إلى أبيه الحقيقي وهو الزوج، وذلك مثل الزواج الصحيح تماماً رعاية لمصلحة الولد وحقوقه وحفاظاً على الأعراض والأنساب واعتباراً للمجتمع، وهذا النسب الذي يثبت بطريق الزواج

---

(١) قرار محكمة التمييزالاردني رقم٧٥٨٩في٥٢/٧/١، مشار اليه القاضي د.احمد محمد علي داود،مصدر سابق،ج١،ص ٣٢٥.
(٢) انظر: د.محمد يوسف حفني، مصدر سابق، ص ٤٣.
(٣) انظر: سيد سابق،مصدر سابق، ج٢،ص ٢٢١-٢٢٢ .
(٤) والشبهة نوعان شبهة عقد وشبهة فعل.(أ - شبهة عقد: وهي أن يعقد على امرأة ويدخل بها ثم يتبين أنها محرمة عليه أو أن العقد فاسد بسبب من أسباب الفساد المذكورة سابقاً. ب - شبهة فعل وهي أن يطأ الرجل المرأة من غير ان يكون بينهما عقد صحيح ولا فاسد معتقدا حليتها فيتبين أنها حرام) انظر: محمد زيد الابياني، مصدر سابق، ص ٣٠٢.
(٥) انظر: محمد ناصرالدين الالباني، مصدر سابق، ص ٢٣٢.

الفاسد، لا يشترط فيه غير شرطين الاول: وهو أن يقع بين أدنى وأقصى مدة الحمل من تاريخ الدخول، والثاني: ان يكون الزوج قادراً على الوطء.[١]

ومن تزوج امرأة معتقدة أنها حليلته وهي حرام عليه في نفس الأمر، فإذا حملت المرأة بسبب هذا الوطء فإن الحمل ينسب إليه ويسمى هذا بنكاح الشبهة لأنه يقع بطريق الخطأ بالرغم من أنه من النادر وقوعه، إلا أن نسب المولود يثبت بشرطين وهما : الاول: إذا جاءت به بين أقل مدة الحمل وبين أكثرها والثاني: ان يكون الرجل قادراً على الوطء.

وجدير بالذكر ان الشارع حرصاً منه على عدم ضياع النسب، قد رتب على العقد الفاسد والوطء بشبهة بعض الآثار، ومن هذه الآثار ثبوت نسب ولد المرأة المدخول بها في عقد الزواج الفاسد، أو في الوطء بشبهة اذا ما دخل الرجل بالمرأة، فالفراش الذي يثبت به النسب في الزواج غير صحيح أو في الوطء بشبهة ليس هو العقد، وانما هو الدخول، فالدخول هو الفراش، فاذا دخل الرجل بالمرأة في الزواج غير الصحيح ووضعت المرأة من جراء هذا الدخول ولداً لمدة لا تقل عن ستة أشهر من وقت الدخول بها، أصبح نسب ولدها ثابتاً من الرجل دون حاجة لاثبات، وكذلك الحال بالنسبة للوطء بشبهة.[٢] وقضت محكمة تمييزالعراق(قرار محكمة الاحوال الشخصية..بابطال عقد زواج المدعية (الزوجة) من زوجها المتوفي كونها زوجة خامسة له و بصحة نسب اولادها من زوجها المتوفي. صحيح وموافق للقانون).[٣]

اما اذا تم الفرقة بين الزوجين بسبب الملاعنة فيترتب عليه انتفاء نسب الولد عن الزوج والحاقه بامه، وذلك في حالة ما اذا كان سبب اللعان، نفي نسب الولد، وذلك بشرط ان يكون الزوج قد نفي نسب الولد عند ولادته مباشرة أو بعدها بوقت قريب، وان لا يكون الزوج قد اقر صراحة أو ضمناً بان هذا الولد ولده، فان سبق منه اقرار به صراحة أو ضمناً فانه لا يصح نفيه عن هذا الزوج الملاعن،[٤] على ان يكون الملاعنة حال قيام الزوجية بين الزوجين، كما وقضت محكمة تمييزالعراق(الملاعنة بعد انقضاء عدة المطلقة لا تنفي النسب لانها لا تجري الا بقيام الزوجية).[٥]

اما بالنسبة لآثار الفسخ على حضانة الأولاد: من المعروف من اهم شروط الحاضنة(الحاضن)يجب ان يكون بالغة، عاقلة، آمنة، قادرة على تربية المحضون وصيانته، عليه فان الحاضنة(الحاضن) لا بد ان يكون مسلماً فان ارتد احد الزوجين تسقط حضانتها(حضانته)لانها تصبح غير امينة على تربيتهم[٦] حيث قضت هيئة موسعة لمحكمة التمييز العراقي(اذا كان الزوجان على ديانة المسيحية ثم اشهر الاب اسلامه فان حضانة الام لولديها تسقط لانها تصبح غير امينة على تربيتهما،فاذا اشهرت الام بعد ذلك اسلامها فان حقها في الحضانة يعود اذا زال المانع عاد الممنوع ولا يؤثرعلى ذلك صدورحكم باسقاط الحضانة لان الدعاوي الحضانة تتكررتبعاً لتغييرالاسباب الشرعية والقانونية المتعلقة بها وتبعاً لمصلحة الصغير).[٧]

---

(١) انظر: د.عبدالكريم زيدان، مصدر سابق، ص ٣٣٦-٣٣٧. وعبدالوهاب خلاف، مصدر سابق، ص ٤١.
(٢) انظر: المحامي محسن ناجي ، مصدر سابق، ص ٣٧٥.
(٣) قرار محكمة تمييز العراق بالعدد ١٦٣١/الاحوال الشخصية/١٩٨١ في ١٩٨١/١١/٢١، مشار اليه القاضي، زياد مجيد حميد، مصدر سابق، ص ١٤٧-١٤٨.
(٤) انظر: د.محمد يوسف حفني، مصدر سابق، ص ١٥٠.
(٥) قرارمحكمة تمييزالعراق رقم٢٣٢/ ش/١٩٦١في١٩٦١/٥/١٥مشارالية القاضي د.عبدالغفورمحمدالبياتي،مصدرسابق، ص٦٩.
(٦) انظر: عبدالرحمن الجزيري، مصدر سابق، ص٥٦٦- ٥٦٨. ود.مصطفى الخن ومصطفى البغا، مصدر سابق، ج٢، ص١٨٦.
(٧) قرار محكمة تمييز العراق رقم٢٩٤/هيئةموسعةاولى/١٩٨٢في ١٩٨٢/٥/٢٩، مشار اليه القاضي محمد ابراهيم الفلاحي، المختار الجامع لأهم مبادئ محكمة التمييز الاتحادية قسم الاحوال الشخصية، مكتبة صباح القانونية، ط١،٢٠٢٣، ص٥٧-٦٠.

الفرع الثاني : الآثار المالية لفسخ عقد الزواج

نتناول في هذا الفرع الآثار المالية لفسخ عقد الزواج فيما يتعلق بالمهر والنفقة والميراث.

اولاً: آثار الفسخ على المهر: المهر[١]: صداق[٢] المرأة وهو ما وجب لها بنكاح أو وطء أو تفويت بضع، وسمي المهر صداقاً لاشعاره بصدق رغبة باذلة في النكاح الذي هو الاصل في ايجاب المهر[٣] هو احد حقوق الزوجة الواجبة على الزوج، وقد ثبتت مشروعية المهر المراة بكتاب الله تعالى وسنة رسوله واجماع الأمة، قال الله تعالى ﴿ وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً ﴾.[٤] وقال: رسول الله ﷺ في بيان المهر لمن اراد ان يتزوج امراة في قصة ذكرها المحدثون " تزوج ولو بخاتم من حديد"[٥] وعلى هذا اجمع فقهاء الامة الاسلامية من غير مخالف.

والمهر حكم من احكام عقد الزواج أو أثر من آثار عقد الزواج المالية، لا ركناً فيه، ولا شرطًا من شروط صحة الزواج، وعلى ذلك يصح الزواج وان لم يذكر فيه المهر ودليل ذلك قول: تعالى ﴿ لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴾،[٦] فهذه الآية تدل على تسمية المهر العقد والدخول وان لم يسمّ في العقد وينبني على ذلك ان المهر واجب على الزوج وبالتالي يصح لزوجته، سواء ذكر في العقد ام لم يذكر.

واتفق علماء المسلمين على ان الزوجة بعد دخول تستحق مهرها المسمى أو غير مسمى كاملاً، ولو تبين فساد الزواج لسبب من الاسباب لأن الدخول بحد ذاته يوجب المهر لقوله تعالى: ﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا ﴾[٧] والافضاء هو الجماع، ولما رواه ابوداود ان بصرة بن اكثم تزوج امرأة بكرا في كِسرها فدخل عليها، فإذا هي حُبلى فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال: " لَهَا الصَّدَاقُ بِمَا اسْتَحْلَلْتَ مِنْ فَرْجِهَا " وفرق بينهما، ففي هذا الحديث وجوب مهر المسمى في النكاح الفاسد كما انه تضمن فساد النكاح اذا تزوجها فوجدها حبلى من الزنا.[٨] اي في عقد زواج فاسد يترتب عليه بعض الآثار وهذه الآثار لا ترتبت على العقد بوصفه عقداً بل ترتبت عليه اذا حصل في الزواج الفاسد الدخول مع الشبهه[٩] التي تسقط الحد فان هذا الدخول تستحق به المرأة المهر، لان الوطء في الاسلام لا

---

(١) للمهر مسميات كثيرة ومنها: الصداق، الاجر، النحلة، الحباء، الفريضة، العقر، الطول، العطية.
(٢) انظر: مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الحديث، ٢٠٠٨ص ١٥٦٠.
(٣) انظر: د.محمود عبدالرحمن عبدالمنعم، مصدر سابق ، ج٢، ص ٣٧٠.
(٤) سورة النساء، اية ٤.
(٥) انظر: احمد بن على بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج٩، ط٣، دار السلام، ٢٠٠٠، ص ٢٧٠.
(٦) سورة البقرة، اية ٢٣٦.
(٧) سورة النساء، اية ٢١.
(٨) انظر: سيد سابق، مصدر سابق، ص ١١١.
(٩) الوطء بشبهة: دخول الرجل بامرأة بظن انها زوجته، وهي لست كذلك، فالوطء بشبهة، لا وجود للعقد فيه أصلاً، فكان يجب اعتباره زنى، ولكن شبهة العقد نفت عنه ذلك، فهو ليس عقداً بالتأكيد، ولكن الدخول فيه حصل باعتباره عقد وعدم وجود العقد يقتضينا ترتيب نفس النتائج التي رتبها الشرع على العقد الباطل لفقدان شرط من شروط الانعقاد ولكن الشبهة بوجودالعقد، أوجب الحاقه بالعقد الفاسد، ولما كان للعقد الفاسد آثاراً معينة، تترتب على واقعة الدخول، لا على العقد الفاسد، فان عين النتائج تترتب على الوطء بشبهة .

يخلو من حد أو مهر، فان سقط الحد بالشبهه وجب المهر[١] حيث قضت محكمة التمييز العراقي (الزواج ينعقد صحيحًا بدون تسمية المهر أو نفيه اصلاً ويجب مهر المثل للمراة بالدخول لا بالعقد).[٢]

وسلك المشرع العراقي هذا المنهج، حيث نصت المادة التاسعة عشرة من قانون الاحوال الشخصية (١- تستحق الزوجة المهر المسمى بالعقد فان لم يسمى أو نفي اصلاً فلها مهر المثل) ونصت المادة الثانية والعشرون منه (اذا وقعت الفرقة بعد الدخول في عقد غير صحيح فان كان المهر مسمى فيلزم اقل مهرين من المسمى والمثل وان لم يسم فيلزم مهر المثل) وعليه يجب في عقد الزواج الفاسد بعد الدخول، مهر المثل، عند عدم وجود مهر مسمى، فان سمي المهر وجب الاقل من المهرين المسمى والمثل.

اما قبل الدخول يختلف حكم المهر باختلاف اسباب الفسخ: اذا كان سبب الفسخ الردة : فان كان من جهة الزوج فلها نصف المهر، وان كان من جهة الزوجة بان كانت مسلمة وخرجت عنه الى غيره من الديانات الاخرى أو الى غير دين انفسخ عقد الزواج ولا تستحق شيئاً من المهر وذلك باتفاق المذاهب الاربعة.[٣]

واذا كان سبب الفسخ اباء الاسلام من احد الزوجين قبل الدخول: فان كان الاباء من الزوج فلها نصف المهر وان كان بإباء الزوجة فلا مهر لها وهذا مذهب الحنفية، وقول الشافعية اذا وقع الفسخ قبل الدخول بسبب اسلام الزوجة واباء الزوج فلا شيء لها من المهر لأن الفرقة جاءت من قبلها وعلى قول الآخر لها نصف المهر لأنها احسنت باسلامها، وان وقعت الفسخ بسبب اسلام الزوج واباء الزوجة فلها نصف المهر، وقال الحنابلة اذا حصلت الفسخ قبل الدخول باسلام الزوج فلها نصف المهر لأن الفرقة بفعله اي باسلامه، وان حصلت الفرقة باسلام الزوجة فلا شيء لها لأن الفرقة حصلت قبل الدخول وبسبب منها وهو اسلامها.[٤]

اما الفسخ بسبب استعمال خيار البلوغ أو الافاقة: اذا كان الفسخ من جانب الزوجة فلا مهر لها واذا حصلت الفسخ باستعمال خيار البلوغ أو الافاقة فلا مهر لزوجة لان الفرقة بالفسخ تنقض العقد من اصله فلا يبقى شيء من احكامه ومنها المهر.[٥]

اما في حالة ملاعنة الزوج لزوجته قبل الدخول فانها تستحق نصف المهر المسمى باتفاق المذاهب الاربعة.[٦] اما اذا كان السبب في الفسخ من جهة الزوجة لا بسبب الزوج كارضاعها ضرتها الصغيرة، أو زناها بابنه، سقط المهر ولم يجب على الزوج شئ.[٧]

واذا كان الفسخ بسبب الجمع بين المحرمين: فان تزوجهما بعقد واحد حينئذ يفرق بينه وبينهما فان كان قبل الدخول فلا شيء لهما من المهر، وان جمع بينهما بعقدين وعلم الاول منهما كان الاول صحيحاً

---

(١) انظر: أ.د.محمد مصطفى شلبي، ص ٣٨١ وعبدالوهاب خلاف، مصدر سابق، ص ٤١.
(٢) انظر: قرار محكمة التمييز العراق رقم ٣٢٤٥ في ١٩٧٢/١١/١٠ مشار اليه القاضي عبدالقادر ابراهيم علي والقاضي احمد محمود عبد دعيبل، وجيز الاحوال الشخصية في القانون العراقي والشريعة الاسلامية، ط٢، ج٢، ٢٠١٨، ص ٢٨٣.
(٣) انظر: د.علي عبدالعالي الاسدي، مصدر سابق، ص ٢١٣.
(٤) انظر: بهاءالدين عبدالرحمن بن ابراهيم المقدس، مصدرسابق، ص٤٤٨، ود.عبدالكريم زيدان،مصدر سابق، ج٩، ص ١٠٥-١٠٦.
(٥) انظر: القاضي عبدالقادر ابراهيم علي والقاضي احمد محمود عبد دعيبل، مصدر سابق، ج١، ص ٣١٧-٣١
(٦) انظر: د. سوسن هاشم دبش، مصدر سابق، ص ٢٢٦.
(٧) انظر: القاضي زياد مجيد حميد، مصدر سابق، ص ١٣٥.

وبالعقد الاول حرمت الثانية ولا يصح عقده عليها ويجب الفرقة بينهما ولا شيء لها اذا لم يدخل بها، وان تزوجهما بعقدين ولا يعلم المتقدم عن المتاخر أو علم ونسي فسد العقدان ووجب الفرقة بينه وبينهما، وهذان العقدان احدهما صحيح في الواقع ويجب فيه مايجب في العقد الصحيح اي نصف المهر قبل الدخول، والآخر غير صحيح لا شيء فيه قبل الدخول، وكل منها يحتمل ان يكون صحيحاً أو فاسداً، فاذا كان التفريق قبل الدخول وسمي لكل منهما مهراً مساوياً للاخرى وجب لهما نصف مهراحدهما ينقسم بينهما مناصفة، وان اختلف المسمى استحقت كل واحدة منهما ربع مهرها المسمى.[١]

اذا كان الفسخ من جهة الزوجة بسبب عدم وفاء الزوج بالشروط الصحيحة والتي تجب الفسخ حسب المذهب الحنابلة،[٢] فلا تستحق شيء من المهر، واذا كان الفسخ بسبب زواجه على زوجة أو الغير كان العقد فاسدأ ويجب الفرقة بينهما ولا يترتب عليه اثر قبل الدخول وبالتالي لا تستحق الزوجة المهر.[٣]

ثانياً: آثار الفسخ على النفقة: النفقة هي اسم للشيئ (المال) الذي ينفقه الانسان على نفسه وعياله وزوجته واقاربه، وتشمل الطعام والكسوة والمسكن والدواء وجميع ما به من مقومات الحياة بحسب العرف، وهي حق للزوجة على زوجها،[٤] والنفقة أثر من آثار عقد الزواج، وحكم من احكامه المترتبة عليه، بعد انعقاده حيث نصت المادة الثامنة والخمسون من قانون الاحوال الشخصية العراقي على (نفقة كل انسان من ماله الا الزوجة فنفقتها على زوجها من حين العقد الصحيح) وينبني على كون النفقة تكليف مالي على الزوج لزوجته لقاء احتباسها حقيقة أو حكماً توافر الشرطين الاول منهما: ان يكون هناك عقد زواج صحيح، والثاني: ان يحتبس الزوج زوجته حقيقة أو حكماً.

ويترتب على كون النفقة واجبة من حين العقد الصحيح وجوب رد ما اخذته المرأة منها اذا تبين أن العقد كان فاسداً لم تجب النفقة على الواطىء كمن تزوج امرأة ثم تبين أنها أخته رضاعاً فإن فرضت عليه النفقة من قبل القاضي ثم تبين فساد العقد رجع عليها بما انفق، لأنه كان يعطيها النفقة جزاء الاحتباس في عقد صحيح، وقد تبين فساد العقد وليس متبرعاً، لأن القضاء ألزمه بالنفقة، وإن كان يعطيها النفقة من غير فرض قاض ثم تبين فساد العقد فلا يرجع عليها بما انفق لأنه متبرع.[٥]

وذهب بعض شراح القانون الى ان نص المذكور جاء مطلقاً بخصوص كون النفقة لا تجب الا من حين العقد الصحيح، لذا وجب الرد في الحالتين، اذ التبرع غير متصور في حالة دون اخرى، وان المشرع كان قد فرض في المادة الثانية والعشرون من نفس القانون، جزاء الرجل الذي يدخل بالمرأة في زواج غير صحيح، فألزمه بأداء الاقل من المهرين، المهر المسمى والمهر المثل.[٦]

واتفق جمهور الفقهاء المسلمين[٧] ان لا تجب نفقة العدة لكل امرأة حائل فارقها زوجها بعد أن كان يعاشرها بغير عقد صحيح، وذلك يشمل نوعين: المفارقة بعد زواج فاسد، والموطوءة بشبهة، والسر فى عدم إيجاب نفقة العدة لأحد هذين أن الزواج الفاسد والوطء بشبهة لا يكون أحدهما سبباً في احتباس الرجل للمرأة، بل يجب عليهما أن يتفارقا منه، والنفقة إنما تجب جزاء الاحتباس، وإذ كان الاحتباس غير

(١) انظر: د.محمد مصطفى شلبي، مصدر سابق، ص ٢٣٤-٢٣٥.
(٢) نظر: بهاءالدين عبدالرحمن بن ابراهيم المقدسي، مصدر سابق، ص ٤٤٨.
(٣) انظر: د.محمد مصطفى شلبي، مصدر سابق مصدر سابق . ص ٢٢٧.
(٤) انظر: القاضي محمد حسن كشكول و القاضي عباس السعدي، مصدر سابق ، ص ١٠٦.
(٥) انظر: أ.د. محمود على السرطاوي، شرح قانون الاحوال الشخصية، دار الفكر، ط٣، ٢٠١٠، ص ١٣٦.
(٦) انظر: المحامي محسن ناجي، مصدر سابق، ص ٢٢٩.
(٧) انظر: بهاءالدين عبدالرحمن بن ابراهيم المقدسي، مصدر سابق، ص ٤٨٧.

جائز شرعاً كانت النفقة غير واجبة لا فى أثناء الاحتباس غير المشروع ولا فيما بعده[١] وإذا لم يكن بينهما عقد بأن وطئها وطء شبهة فلا نفقة لها عليه إذا لم يكن حمل، وإن كان حمل وجبت النفقة للحمل لا للحامل حيث يرى الفقهاء ان الفسخ لا يسقط نفقة العدة والسكنى اذا كانت الزوجة حاملاً حتى تضع حملها.[٢]

ونستنتج مما تقدم ان فسخ عقد الزواج يؤثر في النفقة اذ ان الزوجة المفسوخ عقدها الحامل لها حق في النفقة حتى تضع حملها اما بالنسبة للزوجة الحائل المفسوخ عقدها فانا نميل الى ما ذهب اليها جمهور الفقهاء من انها لا نفقة لها ولا سكنى.

وتجدرالاشارة ان المشرع العراقي لم يعالج حكم نفقة الزوجة ونفقة العدة ومدى استحقاق الزوجة المفسوخ عقدها لنفقة وتاسيساً على ذلك لابد من تطبيق احكام المادة الاولى/٢ من قانون الاحوال الشخصية والتي اجازت للقاضي الرجوع الى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة للقانون ويمكن تطبيق الراي السائد الذي فرق بين الحامل والحائل واثبت النفقة للثانية دون الاولى.

اما بالنسبة لنفقة الاولاد: فاذا ما ثبت نسب المولود بعد الدخول بالزوجة في حالة زواج المفسوخ، وجب له نفقة مادام لا مال له ولا قدرة له على الكسب،[٣] وفي مقابل ذلك فاذا كان الاب عاجزاً عن الكسب أو فقيراً وكان الولد موسراً ثبت هذا الحق للاب كذلك.[٤]

ثالثاً: آثار فسخ عقد الزواج على الميراث: من المعروف لا يستحق شخص ارثاً من المورث، الا اذا قام به سبب من اسبابه، والسببان اذا تعلق احدهما بالشخص، اصبح وارثاً، هما الزوجية والقرابة،[٥] ويشترط لاستحقاق الارث بسبب الزواج، ان يكون عقد الزواج صحيحاً، ولو بلا وطئ ولا خلوة، اما اذا كان الزواج باطلاً أو فاسداً فلا توارث بينهما، حتى وان كان قد حصل دخول بينهما، فهو زنى في الحالة الاولى لبطلان العقد وفاسد في الحالة الثانية فلا توارث بين الزاني والزانية، كما لا توارث بشبه العقد.[٦]

كان يظهر بعد العقد أن المرأة المعقود عليها كانت حين انشاء العقد زوجة للغير، أو معتدة للغير، أو انها محرمة على الزوج حرمة مؤبدة أو مؤقته أو تبين ان احد العاقدين كان مجنوناً أو معتوها حين ابرام العقد، وللزوجة ان تختار نفسها وتشهد على ذلك فور بلوغها أو علمها بعقد الزواج ان لم تعلم به عند البلوغ، اي: الفسخ لاختيار البلوغ، فتطلب هي أو وليها الفسخ اذا كان باطلاً أو فاسدًا، فهو يرفع احكام عقد الزواج، وينقطع ما بين الرجل والمرأة الرابطة الزوجية في الحال دون استناد الى الماضي، اي ان الفرقة التي هي فسخ تحل عقد الزواج في الحال دائماً، مما يؤدي الى عدم التوارث بين الزوجين، مع العلم ان هذا الفسخ يتوقف على رفع دعوى امام القضاء وانه لا بد من صدور حكم قضائي بالفسخ، فاذا لم يفسخ القاضي عقد الزواج يعتبر قائما ويترتب عليه كافة اثاره ومنها يرث من مات قبل الفسخ.[٧]

---

(١) انظر: محمد محي الدين عبدالحميد، مصدر سابق ، ص ٢٥٤-٢٥٥. والقاضي عدنان مايح بدر، الوجيز في دعاوي الاحوال الشخصية واحكامها في القانون العراقي، المكتبة القانونية، ط٢، ٢٠٢٤، ص ٢٣١.
(٢) انظر: أ.د.محمود على السرطاوي، مصدر سابق، ص ١٣٦. و د.عبدالكريم زيدان، مصدر سابق ص ٤٢٧-٤٢٨.
(٣) انظر: المادة " الثامنة والخمسون و التاسعة والخمسون" من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨لسنة ١٩٥٩ المعدل.
(٤) انظر: المادة الحادية والستون من نفس القانون.
(٥) انظر: أ.د.هاشم جميل، مسائل من الفقه المقارن، مكتبة امير و دار المناهج، ط١، القسم الثاني، ٢٠١٣ ، ص ٢٠٥.
(٦) انظر: المحامي محسن ناجي ، مصدر سابق، ص ٤٥٦.
(٧) انظر: القاضي زياد مجيد حميد، مصدر سابق، ص ١٤٢.

اما بالنسبة لميراث الاولاد من العقد المفسوخ بينا ان القرابة (النسب) هو سبب آخر من اسباب الارث، فاذا ما ثبت نسب المولود بعد الدخول بالزوجة في حالة زواج المفسوخ، فان الولد يرث ويورث منه بشرط عدم وجود مانع من موانع الارث.

وابن المتلاعنين لا يرث والده الذي نفاه، ولا يرثه والده، قياساً على ابن الزنا حيث ابن الزنا لا يرث والده، ولا يرثه والده، وانما يرث امه وترثه دون ابيه لقوله ﷺ " الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ، ولِلْعَاهِرِ الحَجَرُ ".[1]

(١) انظر: ابوبكر جابر الجزائري، مصدر سابق، ص ٣٧٠.

الخاتمة

في ختام دراستنا لموضوع بحثنا، اتضح لنا مدى اهمية هذا الموضوع واصبح لزاماً علينا بيان ابرز النتائج التي توصلنا اليها من خلال هذه الدراسة، وبيان المقترحات التي نأمل من المشرع والجهات ذات العلاقة الأخذ بها.

أولاً: الاستنتاجات

١- عقد الزواج اذا استوفى شروطه واركانه فهو صحيح، والا فهو فاسد أو باطل.
٢- القول بمشروعية الفسخ بين الزوجين عند الحاجة اليه، مما تميزت به الفقة السلامي .
٣- الفسخ يشمل صورة من صور حل عقد الزواج، وبينه وبين الطلاق والتفريق والمخالعة والابطال تشابه واختلاف.
٤- الشروط في النكاح التي ليست من مقتضى العقد ولكنها لا تنافيه معتبرة ويفسخ النكاح لعدم الوفاء بها على المختار.
٥- انتهاء العقد يكون بوجود سبب من اسباب الفسخ، واسباب الفسخ كالفساد العقد، وخيار البلوغ و واختلاف الدين والحرمة المؤبدة الطارئة والحرمة المؤقتة واللعان والايلاء.
٦- يترتب على فسخ عقد الزواج الفاسد بعد الدخول بعض آثار عقد الزواج الصحيح كثبوت النسب، و وجوب العدة، و وجوب المهرلزوجة، و حرمة المصاهرة ،و وجوب نفقة الاولاد .
٧- من خلال دراسة بحثنا، نجد قصوراً واضحاً في قانون الاحوال الشخصية العراقي بخصوص احكام الفسخ وبيان اسبابه وتعريفه وشروطه، وفي هذه الحالة على لقاضي الرجوع الى احكام الفقه الاسلامي الاكثر ملائمة للقانون حسب نص المادة الاولى/٢ من قانون الاحوال الشخصية. وتسترشد المحاكم في كل ذلك باحكام التي أقرها القضاء والفقه الاسلامي في العراق وفي البلاد الاسلامية الاخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية.

ثانياً: المقترحات

١- نرى ضرورة تدخل المشرع العراقي والكوردستاني بتعديل قانون الاحوال الشخصية من خلال تشريع نصوص خاصة باحكام الفسخ و بيان مفهومه وانواعه واسبابه وشروطه و والآثار المترتبة عليه، والسير وفق ما سارت عليه القوانين العربية التي تناولت احكام الفسخ بصورة مسهبة.
٢- نرى ضرورة قيام المشرع الكردستاني باصدار نصاً صريحاً يبين فيه اثر ظهور المفقود حياً بعد الحكم بوفاته على زوجته أو يقوم بانفاذ الفقرة الرابعة من المادة الثالثة والاربعون من قانون الاحوال الشخصية العراقي والتي اضيفت بموجب قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٨ لسنة ١٩٩٤.

قائمة المصادر

أولاً: الكتب .. بعد القرآن الكريم

١- ابن النجار الدمياطي، الخلاصة الفقهية على مذهب السادة الحنبلية، دار الغرباء.بلا سنة طبع.
٢- ابن النجار الدمياطي، الخلاصة الفقهية على مذهب السادة الحنفية ، دار الغرباء.بلا سنة طبع.
٣- ابن النجار الدمياطي، الخلاصة الفقهية على مذهب السادة الشافعية، دار الغرباء.بلا سنة طبع.
٤- ابن النجار الدمياطي، الخلاصة الفقهية على مذهب السادة المالكية، دار الغرباء.بلا سنة طبع.
٥- ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة.
٦- القاضي ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار ابن حزم، ط٢، ٢٠٠٦.
٧- ابوبكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، المكتبة التوفيقية، ٢٠١٦
٨- ابي محمد على بن احمد بن سعيد بن حزم الاندلسي، المحلى بالآثار، دار الكتب العلمية، ط١، ٢٠٠٣.
٩- ابي اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، تكملة المجموع شرح المهذب، دار الكتب العلمية، ط١.
١٠- ابي حامد الغزالي، الوسيط في المذهب، دراسة وتحقيق وتعليق، أ.د. علي محي الدين القرداغي، مركز دراسات للبحوث والاستشارات المصرفية الاسلامية، ط١ ، ٢٠١٥.
١١- أ.د.احمد الحجي الكردي، الاحوال الشخصية-الطلاق-ابغض حلال عندالله، داراقرأ، ط١، ٢٠٠٧.
١٢- القاضي احمد بن عبدالكريم بن بدران النجدي الحنبلي، مفيد القضاة في اصول المحاكمات، دار البلد – دار الفضيلة.
١٣- احمد بن على بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ط٣، دار السلام، ٢٠٠٠.
١٤- احمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير في غريب شرح الكبير للرافعي، المطبعة الاميرية بالقاهرة,ط٦، ١٩٢٦.
١٥- احمد محمد الخليفي، عقود الزواج الفاسدة في الاسلام،دار المدار الاسلامي،ط١، ٢٠٠٢.
١٦- القاضي د. احمد محمد علي داود، القضايا والاحكام في المحاكم الشرعية، دار الثقافة ، ط٣.
١٧- القاضي اياد احمد سعيد الساري، الموسوعة الشرعية والقانونية في الاحوال الشخصية، المكتبة القانونية، ط٢، ٢٠١٧.
١٨- بهاءالدين عبدالرحمن بن ابراهيم المقدسي، العدة في شرح العمدة في فقه امام السنة احمد بن حنبل، تحقيق د.يحيى مراد،مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، ط١، ٢٠٠٥.
١٩- تحسين بريقدار، الانكحة المنهي عنها في الشريعة الاسلامية، دار ابن حزم، ط١، ٢٠٠٧.
٢٠- تقي الدين ابن التيمية، احكام الزواج- تحقيق-محمد عبدالقادر عطا، دار الكتب العلمية ،ط١، ١٩٨٨.
٢١- تقي الدين احمد بن تيمية الحراني، مجموعة الفتاوي، دار ابن حزم، ط٤.
٢٢- القاضي حسن عبدالكاظم مايع الظالمي، الاجراء العملي والنظري في نصوص قانون الاحوال الشخصية، دار المسلة، ط١، ٢٠٢٣،
٢٣- حسين بن عودة العوايشة، الموسوعة الفقهية الميسرة، دار ابن حزم، ط١، ٢٠٠٤.
٢٤- أ.د.حيدر حسين كاظم الشمري و د.حيدر طه فياض الشمري، البطلان في مسائل الاحوال الشخصية، دارالسنهوري، ٢٠٠٢.

٢٥-د.سوسن هاشم دبش، حل عقدة النكاح فلسفة واحكام، دار الاعلام، ط١، ٢٠١١.
٢٦-سيد سابق، فقه السنة، دار الفكر، ط١، ١٩٩٧.
٢٧- شمس الدين ابي عبدالله محمد بن قاسم بن محمد الغرابيلي الشافعي الغزي، فتح القريب المجيب في شرح الفافظ التقريب، دار اللؤلؤة،٢٠٢٢.
٢٨-شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني الشافعي،مغني المحتاج على متن منهاج الطالبين للامام محي الدين ابي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي-حققه عبدالرزاق شحود النجم،دار الفيحاء-دار المنهل ناشرون،ط١، ٢٠٠٩.
٢٩-القاضي صادق حيدر، شرح قانون المرافعات المدنية، دار السنهوري، ٢٠١١.
٣٠-صالح فوزان بن عبدالله الفوزان، الملخص الفقهي، ، مكتبة الطبري، ط١ ٢٠١٣.
٣١-صلاح الدين محمود السعيد، موسوعة الاحكام والفتاوى الشرعية، دار الغدا الجديد، ط١، ٢٠٠٧.
٣٢-القاضي طالب فارس السورجي، انحلال عقد الزواج والآثار المترتبة عليه، دار السنهوري،٢٠١٩.
٣٣-د. ظاهر مجيد قادر، مجموعة من المحاضرات القاها استاذنا د. ظاهر مجيد قادر في قانون دولى خاص على طلبة معهد القضائي في اقليم كوردستان – العراق، الدورة الثالثة ، للعام الدراسي ٢٠١٩-٢٠٢٠ غير مطبوعة وغير منشورة.
٣٤- عبدالرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الاربعة، المكتبة التوفقية، ط٧، ٢٠١٥.
٣٥-القاضي د.عبد الغفور محمد البياتي، القواعد والضوابط الفقهية في النكاح والفراق وتطبيقاتها في الفقه والقضاء والقانون، دار السنهوري، ٢٠٢٠.
٣٦-د.عبدالكريم زيدان، الجامع في الفقه الاسلامي المفصل في احكام المرأة والبيت المسلم، مؤسسة الرسالة الناشرون، ط٤، ٢٠١٢.
٣٧-القاضي عبدالهادي علاق، الوجيز في شرح قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠، مكتبة صباح، ط٢.
٣٨- عبدالوهاب احمد محي الدين باله ته يي، الحجج الشرعية لمحكمة الاحوال الشخصية، مكتبة يادكار، ط١، ٢٠١٩.
٣٩-عبدالوهاب خلاف، احكام الاحوال الشخصية في التشريعات الاسلامية على وفق مذهب ابي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، دار الكتب العلمية، ط١، ٢٠١٧.
٤٠-القاضي عدنان مايح بدر، الوجيز في دعاوي الاحوال الشخصية واحكامها في القانون العراقي، المكتبة القانونية، ط٢، ٢٠٢٤
٤١-القاضي علاءالدين خروفة، شرح قانون الاحوال الشخصية، مطبعة العاني، ١٩٦٢.
٤٢-د.على عبد العالي الاسدي، المرجع الجامع في الاحوال الشخصية، المكتبة القانونية،ط١، ٢٠٢١.
٤٣-عمرعبدالله، احكام الشريعة الاسلامية في الاحوال الشخصية، دار المعارف، ط٥، ١٩٦٥.
٤٤-والوزير عون الدين ابي المظفر يحيى بن محمد البغدادي الحنبلي، اجماع الائمة الاربعة واختلافهم_ دراسة وتحقيق- محمد حسين الازهري،دار العلا، ٢٠٠٩.
٤٥-د. فاروق عبدالكريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨لسنة ١٩٥٩، مكبة يادكار ، ط٢.
٤٦-المحامي فوزي كاظم المياحي ،صديق المحامي في دعاوي الاحوال الشخصية،مكتبة صباح،٢٠١١.
٤٧-القاضي زياد مجيد حميد ، احكام فسخ عقد الزواج، مكتبة الصباح القانونية، ٢٠١٦.

٤٨-القاضي قيس الحسناوي، الالحاد وفسخ الزواج، مكتبة صباح القانونية، ط١ ، ٢٠٢٣.
٤٩-كامران رسول سعيد، جونيه تي ده رجواندني به لكه نامه شه رعيه كان له دادكاي باري كه سيتي، كتيبخانه ي يادكار، جابي دووه م ، ٢٠١٨، ص ١٣٢- ١٣٣ باللغة الكوردية.
٥٠-مالك بن انس، الموطا، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، دار احياء التراث العربي، ١٩٨٥.
٥١-مجموعة من المؤلفين، معجم مصطلحات العلوم الشرعية،مكتبة الملك فهد الوطنية ، ط٢ ، ٢٠١٧.
٥٢-المحامي محسن ناجي، شرح قانون الاحوال الشخصية، مطبعة الرابطة، ط١، ١٩٦٢.
٥٣-د.محمد ابراهيم الحفناوي، الموسوعة الفقهية الميسرة -الطلاق، مكتبة الايمان، ط٢، ٢٠٠٥.
٥٤- أ.د.محمد الدسوقي، الاحوال الشخصية في المذهب الشافعي، دار السلام، ط١، ٢٠١١.
٥٥-محمد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي, القاموس المحيط، دار الحديث القاهرة،٢٠٠٨، ص١٢٤٦.
٥٦-د.محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الاربعة، دار الفكر، ط٣، ٢٠٠٩.
٥٧-د.محمد احمد حسن القضاة، الوافي في شرح قانون الاحوال الشخصية الاردني، الكتاب الثالث، ٢٠١٧.
٥٨-محمد بن اسماعيل الامير اليمني الصنعايي، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع ادلة الاحكام، دار المعرفة، ج٣.
٥٩-محمد بن صالح العثيمين، فتح ذي الجلال والاكرام بشرح بلوغ المرام،المكتبة الاسلامية للنشر والتوزيع، ط١، ٢٠٠٦.
٦٠-محمد بن علي الشوكاني، نيل الاوطار من اسرار منتقى الاخبار-حققه- محمد صبحي بن حسن حلاق، دارابن الجوزي، ط١، ١٤٢٧ هيجري.
٦١-القاضي محمد حسن كشكول و القاضي عباس السعدي، شرح قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته، المكتبة القانونية، ط٢، ٢٠١١.
٦٢- محمد حسين الذهبي، الاحوال الشخصية بين مذهب اهل السنة ومذهب الجعفرية، ط١، ١٩٥٨.
٦٣-أ.د.محمد رواس قلعه جي , معجم لغة الفقهاء، دار النفائس،١٩٩٦
٦٤-محمد زيد الابياني، مختصر شرح الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية، مطبعة الواعظ، ط١، ١٣٢٦ هجري.
٦٥-د.محمد عبدالرحمن محمد الضويني، الشروط المقترنة بعقد النكاح وتطبيقاتها، منشورات معهد دبي القضائي، ط١، ٢٠١٣.
٦٦-المفتي السيد محمد عميم الاحسان المجددي البركيتي, التعريفات الفقهية، دار الكتب العلمية، ط١، ٢٠٠٣.
٦٧-محمد قدري باشا، الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية، دار السلام ط٣ ، ٢٠٢٣.
٦٨-محمد قدري باشا، مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان،المطبعة الكبرى الاميرية، ط٢، ١٨٩١.
٦٩-محمد محي الدين عبدالحميد، الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية، دار الطلائع، ٢٠١٢.
٧٠-محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، دارطادر، ط١، ٢٠١١.
٧١-أ.د.محمد مصطفى الشبي، احكام الاسرة في الاسلام دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، الدار الجامعية، ط١، ١٩٨٣.

٧٢-محمد ناصرالدين الالباني، التعليقات الرضية على الروضة الندية للعلامة صديق حسن خان، دار ابن عفان، ط١، ١٩٩٩.
٧٣-د.محمد يوسف حفني، المحرمات من النساء تحريماً مؤقتاً في الشريعة الاسلامية، دار النهضة العربية، ط١، ٢٠٠٦.
٧٤-محمود احمد راشد، الفقه وادلته الكتاب والسنة، دار الفوائد- دار ابن رجب، ط١، ٢٠١١.
٧٥-أ.د.محمود السرطاوي، فقه الاحوال الشخصية، منشورات جامعة القدس المفتوحة، ط٢، ٢٠١٢.
٧٦-أ.د.محمود على السرطا وي ، شرح قانون الاحوال الشخصية ، دار الفكر، ط٣.
٧٧-محمود عبدالرحمن عبدالمنعم، معجم المصطلحات والالفاظ الفقهية ، دار الفضيلة .
٧٨-القاضي مدحت محمود، شرح قانون المرافعات المدنية، المكتبة القانونية.
٧٩- د.مصطفى الخن، و د.مصطفى البغا، الفقه المنهجي على مذهب الامام الشافعي، دار القلم، ط١٠، ٢٠٠٩.
٨٠- أ.د.نصر سلمان وأ.د.سعاد سطحي، فقه الطلاق في ضوء الكتاب والسنة دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية، دار ابن حزم، ٢٠١١.
٨١- هادي محمد عبدالله، احكام المفقود، رسالة تقدم بها الى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد كجزء من متطلبات درجة الماجستير في القانون، ١٩٨٧.
٨٢- وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية- الكويت، الموسوعة الفقهية ، ط١، ٢٠١٢.
٨٣- د.وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الاسلامي والقضايا المعاصرة، دار الفكر,ط٣, ٢٠١٣.

ثانياً: البحوث.

١- د.تهاني معيض عويد، فسخ عقد النكاح واحكامه والآثار المترتبة عليه ، مجلة كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، المجلد٣٦، العدد ١٢٥، ٢٠١٩.
٢- القاضي ربيع محمد الزهاوي، الحكم بوفاة المفقود ، بحث منشور في مجلة التشريع والقضاء العدد٢ السنة الثامنة ٢٠١٦.
٣- د.عبدالعظيم احمد علوان، حكم زوجة المفقود بعد عودة زوجها حياً في الشريعة الاسلامية، بحث منشور في مجلة ديالى للبحوث الانسانية، العدد ٢٨، جامعة ديالى، ٢٠٠٨
٤- عبدالله محمد ربابعة، الاثار المترتبة على عودة المفقود بعد الحكم باعتباره ميتاً في الفقه الاسلامي والقانون الاردني، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، العدد، ١، ٢٠١٥.
٥- أ.عدلان مطروح، الشروط المقترنة بعقد الزواج، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري، مجلة علوم الاجتماعية الانسانية، العدد ٠٩ / ١١ ، ٢٠١٤.
٦- د.مسلم كاظم عيدان الشمري، نظرية الفسخ في العقود- عقد النكاح نموذجاً، مجلة كلية التربية، جامعة المستنصرية، العدد السادس، ٢٠١٩.
٧- أ.م.د.هادي حسين الكرعاوي، التفريق القضائي دراسة مقارنة، مجلة كوفة، العدد٤، ٢٠١٠.

ثالثاً: مجموعات الاحكام.

١- القاضي ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز قسم الاحوال الشخصية، ٢٠٠٧.

٢- القاضي جاسم جزاء جافر ،المبادئ القانونية في قسم الاحوال الشخصية لمحكمة التمييز الكوردستانية، مكتبة يادكار، ط٢، ٢٠١٨.
٣- القاضي جاسم جزاء جافر الهورامي و القاضي كامران رسول سعيد، القول الفاصل لقضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان،مكتبة يادكار، ط١، ٢٠٢٢.
٤- القاضي جاسم جزاء جافر، المبادئ القانونية في قسم الاحوال الشخصية لمحكمة التمييز الكوردستانية، مكتبة يادكار، ط٢، ٢٠١٨.
٥- القاضي ربيع محمد الزهاوي / النادروالمهم في قضاء محاكم الاحوال الشخصية، دار السنهوري، ٢٠١٧
٦- القاضي ربيع محمد الزهاوي، انت تسأل والمبدأ التمييزي يجيب في قضاء محكمة الاحوال الشخصية، مطبعة السيماء.
٧- القاضي عبدالامير جمعة توفيق،الاحدث والاهم من قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان-العراق، مكتبة تبايي، ط١، ٢٠١٨.
٨- القاضي كيلاني سيد احمد، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز اقليم كوردستان – العراق مقررات هيئة الاحوال الشخصية، مطبعة منارة اربيل، ط١، ٢٠١٠
٩- القاضي ليث راسم هندي، الزبدة في قضاء الاحوال الشخصية، المكتبة الوطنية، ط٢، ٢٠٢١.
١٠- القاضي محمد مصطفى محمود جاف، الجديد في قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان- قرارات هيئة الاحوال الشخصية، مكتبة هولير القانونية،ج١ ،٢٠٢٢.

رابعاً: القوانين

١- قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.
٢- قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته.
٣- قانون الاحوال الشخصية الكويتي رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤.
٤- قانون الاحوال الشخصية للأجانب رقم ٧٨لسنة ١٩٣١.
٥- قانون الادعاء العام رقم ١٠٩ لسنة ١٩٧٩ المعدل.
٦- قانون الاسرة القطري رقم ٢٢لسنة ٢٠٠٦.
٧- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.
٨- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٩- قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتعديلاته.