صورة

جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة النهرين – كلية الحقوق

اسم الطالب : **ايه خالد حميد**

عنوان البحث : **فسخ عقد الزواج بين الشريعة والقانون**

اسم المشرف : **أ.م. د سماح هادي**

ملخص البحث : يقصد بالفسخ هو حل العقد ونقضه والفسخ الذي ورد في هذا البحث هو فسخ عقد الزواج والذي يترتب بموجب علل اضافه الى عده من الاسباب تم ذكر البعض منها في قانون الاحوال الشخصيه العراقي والشريعه الاسلاميه كما ان الفسخ يختلف عن غيره من اسباب التفريق كالطلاق الذي يلزم لوقوعه وجود لفظ مخصص لايقاع الطلاق وغيرها من الفروق التي تعتبر جوهريه اضافه الى ان الفسخ يختلف عن الخلع ايضا فالفسخ ليس فيه ايجاب او قبول من اطراف عقد الزواج الا ان هذا يعتبر من الاركان المهمه للخلع بالاضافه الى ان الخلع يحتاج الى شهاده شاهدين لايقاعه وهذا ليس بشرط عند ايقاع الفسخ اما الاثار التي تترتب على الفسخ فتختلف فمنها ما يتعلق بالمهر وهل ان المراه تستحق المهر كله او نصفه بعد الدخول ام قبله وكان هذا من المسائل المتفق عليها بين الفقهاء والقوانين الوضعيه فاذا فسخ العقد بعد الدخول فان الزوجه تستحق تماما مهر اما اذا كان العيب الذي فسخ به العقد لم يستطع معه الزوج الدخول فتستحق في هذه الحاله نصف المهر اما فيما يتعلق بنفقه العده فان الفسخ لا يسقط نفقه العده و السكنى اذا كانت الزوجه حامل حتى تضع حملها وسلك المشرع مسلك مبادئ الشريعه الاسلاميه بذلك فيما يتعلق باستسقاء احكامه مع التفريق بين الحامل والحائل .

رئيس القسم

جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة النهرين

كلية الحقوق / قسم قانون

فسخ عقد الزواج

بين الشريعة والقانون

بحث مقدم الى مجلس كلية الحقوق جامعة النهرين

وهو جزء من المتطلبات لنيل شهادة البكالوريوس في القانون

بحث تتقدم بهِ الطالبة

ايه خالد حميد

تحت إشراف

أ.م. د سماح هادي

١٤٤٥هـ **٢٠٢٤م**

بغداد

الآية القرآنية

(وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَن يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ)

صدق الله العظيم

(سورة البقرة : الآية ٢٢٩)

الاهداء

إلي كل من أضاء بعلمه عقل غيره

أو هدى بالجواب الصحيح حيرة سائليه

فأظهر بسماحته تواضع العلماء

وبرحابته سماحة العارفين

أهدي هذا العمل المتواضع إلى أبي الذي لم يبخل علي يوماً بشيء

وإلى أمي التي زودتني بالحنان والمحبة

إلى إخوتي واصدقائي من كان لهم بالغ الأثر في كثير من العقبات والصعاب. إلى جميع أساتذتي الكرام ممن لم يتوانوا في مد يد العون لي

أُهدي إليكم بحثي

شكر وتقدير

لا يسعني الا ان اتقدم بجزيل الشكر والتقدير الى استاذتي الفاضلة أ.م. سماح هادي على ما بذلته من جهود قيمة ومتابعة دائمة وتوجيهات سديدة طوال فترة البحث حملت راية العلم وتعلمت منها الكثير وفقها الله تعالى لكل خير وصلاح كما اتقدم بالشكر الى جميع اساتذتي في كلية الحقوق لما بذلوا من جهد حتى وصلت الى هذه المرحلة وفقهم الله جميعا والله ولي التوفيق.

مع خالص التحية

الفهرست

ت	التفاصيل	رقم الصفحة
١	الواجهة	أ
٢	الاية القرانية	ب
٣	الاهداء	ت
٤	شكر وتقدير	ث
٥	المقدمة اهمية البحث اسباب اختيار موضوع البحث منهجية البحث	١
٦	خطة البحث	٢
٧	**المبحث الأول** **مفهوم فسخ عقد الزواج** المطلب الاول / ماهية فسخ العقد	٤-٣
٨	المطلب الثاني / شرعية الفسخ بين الشريعة والقانون الفرع الأول / شرعية الفسخ في الشريعة	١٠-٥
٩	الفرع الثاني / شرعية الفسخ بالقانون	١٢-١١
١٠	المطلب الثالث / تمييز فسخ عقد الزواج عن غيره	١٤-١٣
١١	**المبحث الثاني** **احكام الفسخ** المطلب الأول / احكام الفسخ في الشريعة الاسلامية	١٧-١٥
١٢	المطلب الثاني / احكام الفسخ في القانون	١٩-١٨
١٣	**المبحث الثالث** **آثار فسخ عقد الزواج** المطلب الأول / آثار فسخ المتعلقة بالمهر	٢١-٢٠
١٤	المطلب الثاني / آثار الفسخ المتعلقه بنفقه العده	٢٢
١٥	المطلب الثالث / أثر فسخ عقد الزواج بالنسبة للأولاد	٢٤-٢٣
١٦	الخاتمة	٢٦-٢٥
١٧	المصادر	٢٩-٢٧

المقدمة

أهميـــة البحـــث : تتمثـل أهميـة البحـث فـي كونـه يسـلط الضـوء علـى قضـية مهمـة مـن قضـايا فقـه الاسـرة ففيـه بيـان لتفاصـيل احكـام فسـخ عقـد الـزواج ومـدى تأثيرهـا واحقيـة كـل طرف في طلبها.

يعـد عقـد الـزواج مـن المسـائل الفقهيـة المهمـة التـي اهتمـت بهـا الشـريعة الإسـلامية والقـانون الوضـعي بتنظيمـه لاتصـاله المباشـر بالحيـاة وخصوصـا الاسـرة التـي هـي النـواة الأساسـية للمجتمـع وسـلامة ذلـك التنظـيم سيسـهم فـي بنـاء مجتمـع مـنظم يجـد فيـه الانسـان الرفاهيـة والتطـور. فموضـوع فسـخ عقـد الـزواج يعـد مـن المسـائل الفقهيـة المهمـة التـي لهـا اتصـال مباشـر بحيـاة الاسـرة واعنـي الـزوج والزوجـة ويـرتبط بـالعيوب التـي جعلهـا الشارع من موجبات الفسخ لكل من الزوج والزوجة فبعضها مختص بالرجل

وبعضها مختص بالنساء وبعضها مشترك

أسباب اختيار موضوع البحث: ترجع أسباب اختيار موضوع البحث الى ما يلي:

١ - التعريف بماهية الفسخ في اللغة والاصطلاح.

٢ - بيان التمييز بين الفسخ والطلاق والخلع .

٣- بيان الاثار المترتبة على فسخ عقد الزواج.

٤ - بيان ما يعد عيبا يثبت به الفسخ.

منهجيـــة البحـــث : المـــنهج الوصـــفي التحليلـــي بتفســـير المعلومـــات الشـــريعه المتعلقـــة بالموضوع وكذلك نصوص قانون الأحوال الشخصية العراقي.

خطة البحث : نتناول في بحثنا من خلال ثلاث مباحث نتناول في **المبحث الأول** :

مفهوم فسخ عقد الزواج

ونبحث من خلال ثلاثة مطالب

ونبحث في **المطلب الاول** : ماهية فسخ العقد

ونبحث في **المطلب الثاني** : احكام الفسخ في القانون

والذي نتناول من خلاله فرعين :

الفرع الأول / شرعية الفسخ في الشريعة

و الفرع الثاني : شرعية الفسخ في القانون

ونبحث في **المطلب الثالث** : تمييز فسخ عقد الزواج عن غيره

ونتناول في **المبحث الثاني** : احكام الفسخ ومن خلال مطلبين :

نبحث في **المطلب الاول** : احكام الفسخ في الشريعة الاسلامية

ونبحث في **المطلب الثاني** : احكام الفسخ في القانون

ونتناول في **المبحث الثالث** : أثر فسخ عقد الزواج من خلال ثلاثة مطالب :

نبحث في **المطلب الأول** : آثار فسخ المتعلقة بالمهر

ونبحث في **المطلب الثاني** : آثار الفسخ المتعلقه بنفقه العده

ونبحث في **المطلب الثالث** : أثر فسخ عقد الزواج بالنسبة للأولاد

وانتهينا بخاتمة ومصادر للبحث

المبحث الأول

مفهوم فسخ عقد الزواج

الـزواج وسـيلة للاسـتقرار واسـتمرار الحيـاة الزوجيـة وقـد اراده الاسـلام ابـديا الا انـه لـم يجعـل منـه سـجنا أو قيـدا دائمـا لا يمكـن الخـروج عنـه الا بالوفـاة، فقـد شـرع حـالات يمكـن اللجـوء اليهـا لأنهـا رابطـة زوجيـة منشـؤها عقـد زواج صـحيح او غيـر صـحيح وذلـك حـين يعجز اطراف العقد عن تحقيق اهدافه وغاياته ومن هذه الحالات انهاء عقد الزواج

المطلب الأول

ماهية فسخ العقد

لتحديـد ماهيـة فسـخ عقـد الـزواج سـنبين معنـاه فـي اللغـة وفـي اصـطلاح الفقهـاء وبعـد ذلـك تعرف فسخ عقد الزواج في القانون

يعـرف الفسـخ لغـة : فسـخ الشـيء أي فرقـه وكـذلك فسـخ البيـع أي فـرق البيـع وكـذلك فسـخ النكـاح[1] ويقـال فسـخت العقـد فسـخا اي رفعتـه وتفاسـخ القـوم العقـد أي توافقـوا علـى فسـخه وفسـخت الشـيء أي فرقتـه[2] وبـذلك يتضـح لنـا أن الفسـخ يطلـق فـي اللغـة علـى معـاني عـدة متقاربة وهي النقض الرفع التفريق وهذه المعاني

بينهـا قاسـم مشـترك وهـي نقـض الشـيء، والمعنـى الأقـرب للفسـخ ممـا تقـدم هـو التفريـق. **ويعـرف الفسـخ لـدى فقهـاء الشـريعة:** لقـد أورد فقهـاء الشـريعة تعريفـات للفسـخ والمعنـى الاصـطلاحي للفسـخ لا يختلـف مـن عقـد إلـى آخـر وهـو تحلـل المتعاقـدين مـن الالتزامـات المترتبـة عليهمـا وارجاعهـا إلـى الحالـة التـي كانـا عليهـا قبـل ابـرام العقـد سـواء اكـان العقـد في اطار المعاملات المالية مثل البيع أو كان في اطار العلاقات الأسرية مثل الزواج.

فقد عرفه بعض فقهاء الحنفية بأنه: ((رفع العقد من الأصل وجعله كأنه لم يكن))[3]

---

[1] - ابن منظور ، لسان العرب ، ج٢، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات ، بيروت ،٢٠٠٥، م ج٣ ، ص٣٠٣٢

[2] - مختار الصحاح ، لمحمد بن ابي بكر بن عبدالقادر الرازي ، دار القلم ، لبنان ، بيروت ، ١٩٩٥ ، ص ٥٧١

[3] - الامام علاء الدين بن بكر بن مسعود الكاساني ، بدائع في ترتيب الشرائع ، المكتبة الحبيبة ، ط١ ، ١٩٨٩،ج٥ ،٢٨٢

وذكر بعض الفقهاء المالكية أن الفسخ ((هو حل ورفع للعقد من الأصل))[1]. وأورد بعض الفقهاء الشافعية تعريفا للفسخ هو ((رفع العقد في حالة لا من أصله))[2] في حين عرفه بعض الحنابلة بأنه ((حل ارتباط العقد))[3]

وصفوة القول أن تحقق سبب من اسباب التي تؤدي الى فسخ العقد يؤدي إلى هدمه وتحلل اطرافه من الالتزامات المترتبة عليهم بموجبه، ولما كان لعقد الزواج خصوصية من حيث طبيعة الآثار المترتبة عليه فهل أن المعنى العام للفسخ سيكون متناسبا مع الطبيعة الخاصة لعقد الزواج ولم يورد فقهاء الاسلام تعريفا خاصا بفسخ عقد الزواج واكتفوا بإيراد التعريف العام للفسخ ينطبق على جميع العقود ومنها عقد الزواج.

ولعل من الأسباب التي ترجع الى عدم وضع تعريف للفسخ هو عدم اتفاق كلمتهم على مشروعية الفسخ أن نجد ان بعض المدارس الفقهية مثل الفقه الظاهري قد منعت فسخ عقد الزواج بشكل مطلق في حين جعلته بعض المذاهب الإسلامية مثل الحنفية مقتصرا على الزوجة وحدها. وقد انسحب موقف الفقه الإسلامي على بعض قوانين الاحوال الشخصية من مثل قانون الأحوال الشخصية العراقي التي فضلت عدم ايراد تعريف فسخ عقد الزواج.

وقد حاول الفقه القانوني أن يضع تعريفا لفسخ عقد الزواج يحدد معناه بشكل واف، فقد عرفه البعض بأنه))

عبارة عن رفع عقد الزواج ونقضه وازالة ما يترتب عليه من احكام في الحال))[4]

وعرفه البعض الآخر بأنه: ((عبارة عن انحلال عقد الزواج بسبب من الأسباب وهي على قسمين هما الفسخ بسبب خلل في العقد ينشأ لطرأ سبب يمنع و يقطع استمراره وبقاءه مثل ارتداد أحد الزوجين فرقة والسبب الثاني بسبب خلل رافق العقد فيكون فسخا للعقد ونقض من أساسه مثل عدم الكفاءة))[5] ونرى أن التعريف الانسب لفسخ عقد الزواج هو نقض عقد الزواج بسبب خلل صاحب العقد بعد نشوه أو بسبب خلل لازم العقد منذ نشؤه يمنع في ثباته واستمراره.

ونستنتج من هذه التعاريف لفسخ عقد الزواج ما يأتي:

١- ان فسخ عقد الزواج يعني رفع عقد الزواج بين الرجل والمرأة وازالة الحل بينهما وهو يرتب اثر الطلاق نفسه دون أن يكون احد صوره
٢- ان فسخ عقد الزواج قد يحدث نتيجة لتحقق سبب قبل ابرام العقد أو عند ابرامه كانعدام شرط الكفاءة عند من يستلزمه أو قد يتحقق لسبب ينشأ بعد العقد ويمنع من استمرار الرابطة الزوجية كردة احد الزوجين.

---

[1] - احمد بن محمد بن احمد الدرديري ، اقرب المسالك لمذهب الامام مالك ، مكتبة ايوب ، نيجيريا ، كانو ، ٢٠٠٠ ،ص٥٧ وما بعدها
[2] - الامام ابو زكريا محي الدين بن شرف النوري , المجموع شرح المهذب , دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بدون تاريخ نشر ،ج١٦ ،ص٢٧٥
[3] - عبد القادر بن عمر الشيباني بن ابي تغلب , نيل المأرب , شرح دليل الطالب , مكتبة الفلاح , الكويت , ١٩٨٣ ، ص١٧٨
[4] - عبدالحميد الشواربي ، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه ، بدون تاريخ نشر ، ص١١٤
[5] - د. نظام الدين عبدالحميد ، احكام انحلال العقد ، طبع على نفقة جامعة بغداد ، ١٩٨٩، ص٦

المطلب الثاني

شرعية الفسخ بين الشريعة والقانون

الفرع الأول

شرعية الفسخ في الشريعة

هناك عيوب ينفسخ بها عقد الزواج عند الحنفية وهي ثلاث عيوب اما غيرها فلا ينفسخ عقد النكاح فلا يوجد عند الحنفية في عقد الزواج عيوب توجب الحق في طلب الفسخ لا بشرط ولا بغير شرط مطلقاً الا في ثلاث وهي[١] :

اولاً : ان يكون الرجل عنيناً ومعنى عنين في اللغة وهو عجز الرجل عن الجماع لمرض يصيبه وهو معنون[٢]

فيجوز للزوجة فسخ عقد الزواج اذا كان الزوج بالعنن المانع من الايلاج[٣]

ثانيا : اذا كان الرجل مجبوباً وهو الخصي الذي اسؤصل ذكره وخصياه وقد جب جباً[٤] اي مقطوع الذكر[٥]

ثالثاً : الخصي هو قطع الذكر دون الانثيين (وجبه) وهو قطع الذكر والانثيين وكذلك مقطوع الانثيين فقط اذا كان لا يمني والا فلا رد به

وهذه العيوب الثلاث الخاصة بالرجل يثبت بها للزوجة الخيار في الفسخ للعقد ويرى الحنفية انه يثبت حق التفريق بالعيب للزوجة فقط لا للزوج لأن الزوج يمكنه دفع الضرر عن نفسه بالطلاق اما الزوجة فلا يمكنها دفع الضرر عن نفسها إلا بأعطائها الحق في طلب التفريق لأنها لا تملك الطلاق [٦]

---

[١] -عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، ج٤،ط٢، دار الكتب العلمية ١٤٢٤ هـ -٢٠٠٣ م ،ص١٦١

[٢] - محمد أبو الفضل إبراهيم بن إسماعيل الزمخشري ، معجم المعاني الجامع، ط١ ، بدون تاريخ نشر ، بدون دار نشر

[٣] - عبدالمهدي الكربلائي ، ط١ ، ٢٠١٧م ، بدون مكان نشر ، ص٢٩٦

[٤] - محمد بن احمد بن الازهري الهروي أبو منصور ، كتاب تهذيب اللغة ، ج١٥ ، ط١ ، دار احياء التراث العربي ، لبنان ، بيروت ،بدون تاريخ نشر ،ص٣٧٣

[٥] - محمد بن محمد بن محمد بن عبدالرزاق مرتضى الزبيدي ، كتاب تاج العروس من جواهر القاموس ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، بيروت ، ٢٠١١

[٦] - ا.م.د مسلم كاظم عيدان الشمري ، نظرية الفسخ في العقود (عقد النكاح انموذجاً) ، مجلة جامعة بابل ، ٢٠١٩ ، ص٥٩٢

وهذا ما ذهب اليه ايضاً في فقه مذهب الامام الشافعي حيث قال ابو حنفيه : ليس للزوج ان يفسخ النكاح بشيء من العيوب ولا للمرأة ان تفسخ إلا بالجب والعنة دون الجنون والجذام والبرص وبأن لا يفسخ النكاح بعيب حيث قال علي ابن ابي طالب (ع) وعبدالله بن مسعود وقال ابو الحسن البصري وعطاء بن ابي رباح : للزوجة ان تفسخ للعيوب الموجودة في الزوج الا وهي الجب والعنة والخصى وليس للزوج ان يفسخ بها : لأن الطلاق بيده[1]

فلا يحق للزوجة الفسخ اذا توفرت في الزوج امراض كالجذام والبرص وقد ورد تساؤل الا وهو ماذا لو رأت المرأه ان هذه الامراض تشكل خطراً عليها فعل من الممكن ان يترتب الفسخ ام لا ؟ وكان الجواب عن هذا التساؤل : ان لا يحق لها الفسخ الا في ثلاث حالات والتي سبق وان تم ذكرها حيث ذكر الحنفية ان العلاقة الزوجية لها قدسية ولها احترام وعلى كل منهما ان يتحمل الاخر بما ينزل به من بلواه فلا ينفصل عنه بل توجب مواساته بقدر ما يستطيع ولا يهم حقاً سواء كان هذا الداء والعيب موجوداً قبل العقد ام بعد العقد وذلك لأن كل من الزوجين مكلف بالبحث عن الاخر قبل ان يعقدا عقد النكاح ولولا ان الجب قطع عضو التناسل والعنة والخصاء تتنافى معها الزوجية لأن المجبوب والعنين والخصى يكون كالمرأة والمرأة لاتتزوج المرأة[2] .

[1] - أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري ، كتاب الحاوي الكبير ي فقه مذهب الامام الشافعي ،ج٩، ط١ ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، بيروت ، ٢٠٠٩ ، ص٣٣٨

[2] - عبدالرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، مرجع سابق ، ج٤ ، ص١٦١

كما ان هناك عيوب خاصة بالرجل عند المالكية توجب الفسخ الا وهي سبق وان تناولنا ثلاث كانت موجبة الفسخ عند الحنفية ايضاً وهي الجب والعنة والخصاء ولكن تم اضافة الاعتراض عند المالكية والاعتراض هو الشخص الذي اعترضه المانع فمنعه من الوطئ اذ الاصل عدمه وانما يكون العارض يعرض كسحر او خوف او مرض[1]

اما عيوب الرجل التي توجب الفسخ وهي كألاتي عند مذهب الشافعية :

اولاً : الجب

ثانياً : العنة

ثالثاً : الخصاء وهو قطع الانثيين مع بقاء الذكر ينتصب فأنه ليس بعيب ولو كان لا يمني خلافاً للمالكية اما اذا استوجب الخصاء عدم الانتصاب كان ذلك في حكم العنين الا وهو الفسخ لعقد الزواج[2]

اما عيوب الرجل عند مذهب الحنفية هي نفسها العيوب التي اخذ بها الحنابلة الا وهي الجب والعنة والخصاء وهذا فيما يتعلق بعيوب الرجل التي توجب فسخ عقد الزواج .

وذكر بعض الفقهاء المالكية ان الفسخ)) هو حل ورفع للعقد من الأصل))[3], وأورد بعض الفقهاء الشافعية تعريفا للفسخ هو ((رفع العقد في حالة لا من أصله))[4] في حين عرفه بعض الحنابلة بأنه ((حل ارتباط العقد))[5]

---

[1] - محمد بن احمد بن عرفه الدسوقي المالكي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج٢ ، بدون طبعة ، بدون تاريخ نشر ، دار الفكر ، لبنان ، بيروت ، ص٢٨٢

[2] - عبدالرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، مرجع سابق ، ج٤ ، ص١٦١

[3] - عبدالرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، مرجع سابق ، ج٤ ، ص١٦١

[4] - أبو محمد موقف الدين عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامه الجماعيلي المقدسي ، كتاب عمدة الفقه ، ط١ ، دار اليسر ، ١٤٤٣هـ - ٢٠٢٢ ،ص٩٦

[5] - محمد بن احمد بن عرفه الدسوقي المالكي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج٢ ، بدون طبعة ، بدون تاريخ نشر ، دار الفكر ، لبنان ، بيروت ، ص٢٨٢

اما عن عيوب المرأة التي يوجب معها فسخ عقد النكاح وهي كالأتي :

اولاً : الرتق وهو انسداد مدخل الفرج من الذكر فلا يمكن من الجماع سواء كان الانسداد غدة لحم او بعظم[1]

ثانياً : القرن وهو شيء يبرز في الفرج (كقرن الشاة)

ثالثاً : العفل وهو لحم يبرز في القبل

رابعاً : الافضاء وهو خرق الحاجز بين مدخل الذكر ومخرج البول لأن مدخل الذكر في مخرج الحيض والمني فأما البول فمخرجه من غيره وبينهما حاجز[2]

خامساً : البخر وهو نتن الفرج اما نتن البدن فلا رد به

وهذه العيوب التي ذهبت اليها مذهب المالكية بالنسبة لعيوب المرأة التي توجب فسخ العقد .

اما عيوب المرأة التي تجعل للرجل الحق في الفسخ عند مذهب الشافعية هما الرتق والقرن وهو انسداد محل الجماع بأمر خلقي او عارض بحيث لا يتأترا معه التمتع المقصود من العقد وان كانت بالغة وطلب منها الزوج ازالته بعملية جراحية فأنها لا تجبر وهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء فسخ العقد هذا اذا كانت كبيرة اما اذا كانت صغيرة فلوليها ان ينظر الى مصلحتها فإن كان في الازالة لا خطر عليها وجبت عليه الازالة[3]

وهذا ما ذهب اليه الحنابلة ايضاً

[1] - محمد بن احمد بن عرفه الدسوقي المالكي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج٢ ، بدون طبعة ، بدون تاريخ نشر ، دار الفكر ، لبنان ، بيروت ، ص٢٨٢

[2] - عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، ج٤،ط٢، دار الكتب العلمية ١٤٢٤ هـ -٢٠٠٣ م ،ص١٦١

[3] - نصير الدين محمد بن محمد بن الحسن الطوسي ، كتاب المبسوط ، ج٤ ، بدون سنة نشر ، بدون مكان نشر ، ص٢٤٩

هنـاك عيـوب توجـد فـي الرجـل والتـي يترتـب عليهـا فسـخ عقـد الـزواج كمـا ان هنـاك عيـوب في المرأة يترتب كذلك فسخ عقد الزواج

بالإضـافة الـى ذلـك هنـاك عيـوب مشـتركة الا وهـي عيـوب قـد تتواجـد عنـد الـزوج او عنـد الزوجة او كلاهما

فـأن وجـدت اب مـن هـذه العيـوب عنـد الـزوجين يجـوز للطـرف الاخـر ان يطلـب الفسـخ ولـو كـان الطـرف الاخـر مصـاب بهـا وعلـه ذلـك هـو ان الانسـان يكـره مـن غيـره مـا لا يكره من نفسه[1] وهو الجذام والبرص والجنون

بالنسـبة للجنـون ان الجنـون اذا حـدث قبـل عقـد الـزواج ولـم يعلـم الطـرف الاخـر يكـون لـه حـق فسـخ النكـاح لكـن بشـرط ان يقـع ضـرر يكـون نـاتج عـن هـذا الجنـون هـو التخـبط او يفيق كالمصروع فلا يتم الاخذ به لفسخ عقد الزواج .

امـا فـي حـال اذا تـم العقـد وحـدث الجنـون بعـد العقـد فـأن خيـار فسـخ الـزواج يكـون مـن حـق المـرأة دون الرجـل اذا أصـيب الـزوج بـالجنون ويكـون للزوجـة الخيـار بـذلك سـواء كـان قـد حـدث بعـد الـدخول ام بعـده امـا اذا أصـيبت الزوجـة بـالجنون ففـلا يثبـت او يترتـب خيـار فسـخ النكـاح للـزوج وتعليـل ذلـك عنـد المالكيـة هـو ان المـرأة تكـون بطبعهـا اقـل قـوة مـن الرجـل أي انهـا مستضـعفة إضـافة الـى انهـا تكـون رهينـة المنـزل ويمكـن للـزوج الاسـتمتاع بهـا بخـلاف الجنـون اذا أصـاب الرجـل وعلـى هـذا الأسـاس ان لـم يـتمكن الـزوج مـن زوجته يكون له حق التطليق[2]

[1]- عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، ج٤،ط٢، دار الكتب العلمية ١٤٢٤ هـ -٢٠٠٣ م ،ص١٦١

[2] - فؤاد سراج عبدالغفار ، المصباح المنير كتاب صحيح فقه السنة وادلته وتوضيح مذاهب الائمة ، ج٣ ، ط١ ، المكتبة العلمية ، لبنان ، بيروت ، بدون تاريخ نشر ، ص٢١٤

اما عن الجذام والبرص فأذا كان الجذام قد أصـاب الرجل سـواء قد حصـل قبل او بعد العقد يحق للمرأة ان تطلب الفسخ بشرط ان يكون محققاً اما اذا أصـاب الجذام الزوجة فيكون للزوج حق الفسخ قبل او عند العقد ولكن لا يمكنه ذلك بعد العقد مطلقاً وهذا عند مذهب المالكية[1]

كما ان الجذام قد يكون ظاهر وقد يكون خفي ففي الجذام الظاهر ان وجد يكون للشخص الخيار رجلاً كان او امرأة فأن شاء فسخ وان شاء رضى وصبر

اما الخفي منه فأن اتفقا على انه جذام فسـخ وان اختلفا فالقول قول الزوج ان كان له والقول لها ان كان بها الا ان يقام بينة شاهدان عدلان مسلمان من اهل الطب يشهدان بأنه جذام والا فلا فسخ[2]

اما عن مرض البرص فأذا كان كثيراً وقبل العقد يكون لكل من الزوجين الحق في طلب الفسـخ اما اذا كان بعد العقد فأذا وجد كثيراً في الزوج يكون للمرأة دون الرجل حق الفسـخ وذلك لأن الرجل يكون له حق التطليق[3]

إضافة الى العذيطة ان وجدت وكانت عيب قديم يرد به الزوجان اذا وجد قبل العقد
وذهب الشـافعية وقالوا ان لكل من الزوجين طلب فسـخ الزواج بوجود عيب ممن العيوب المشـتركة بينهما التي يصـح وجودها فيهما او في احدهما وهذا ما ذهب اليه المالكية ايضـاً وهي الجذام والبرص والجنون اما العذيطة فلا ينفسخ بها عند الشافعية وذهب الحنابلة مع المالكية وأضافوا سلس البول .
اما ما جاء من الامية وهو كألاتي :
يحق للزوج الفسخ اذا وجدت عيوب في الزوجة حين العقد وهي :-

١- الجنون
٢- الصرع
٣- الجذام
٤- البرص
٥- العرج ولم يبلغ حد الاقعاد
٦- الفعل

ولا يثبت له خيار الفسخ اذا حدثت بعد العقد وان كان قبل الوطيء.
اما بالنسبة للزوجة فيحق لها الفسخ اذا كان الزوج مجبوباً او عنيناً او خصياً

[1] - فؤاد سراج عبدالغفار ، المصباح المنير كتاب صحيح فقه السنة وادلته وتوضيح مذاهب الائمة ، ج٣ ، ط١ ، المكتبة العلمية ، لبنان ، بيروت ، بدون تاريخ نشر ، ص٢٣١
[2] - قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل النافذ رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩
[3] - أ.د وهبه بن مصطفى الزحيلي ، الفقه الإسلامي وادلته (الشامل للادلة الشرعية و الآراء المذهبية وام النظريات الفقهية وتحقيق الاحاديث النبوية وتخريجها) ، ج٤ ، ط٤ ، دار الفكر ، سوريا ، دمشق ، ١٩٩٧ ، ص٦٨٦٤

الفرع الثاني

شرعية الفسخ في القانون

ان قانون الأحوال الشخصية العراقي لم يتقيد بمذهب معين وانما جاء خليطاً من مذاهب مختلفة لكي يلائم تطور الحياة والواقع المعاصر وقد عالج قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ التفريق للعلل او العيوب ثلاث فقرات من المادة الثالثة والأربعين حيث نصت :

لكل من الزوجين طلب التفريق عند توافر احد الاسباب الاتية :

١- إذا حكم على زوجها بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه

٢- إذا هجر الزوج زوجته مدة سنتين فأكثر بلا عذر مشروع وان كان الزوج معروف الإقامة وله مال تستطيع الانفاق منه

٣- إذا لم يطلب الزوج زوجته غير المدخول بها للزفاف خلال سنتين من تاريخ العقد ولا يعتد بطلب الزوج زفاف زوجته إذا لم يكن قد اوفى بحقوقها الزوجية

٤- إذا وجدت زوجها عنينا او مبتلى بما لا يستطيع معه القيام بالواجبات الزوجية سواء كان ذلك لأسباب عضوية او نفسية او إذا اصيب بذلك بعد الدخول بها وثبت عدم امكان شفائه منها بتقرير صادر عن لجنة طبية رسمية مختصة على انه إذا وجدت المحكمة ان سبب ذلك نفسي فتؤجل التفريق لمجة سنة واحدة شريطة ان تمكن زوجها من نفسها خلالها

٥- إذا كان الزوج عقيما او ابتلى بالعقم بعد الزواج ولم يكن لها ولد منه على قيد الحياة.

٦- إذا وجدت بعد العقد ان زوجها مبتلى بعلة لا يمكن معا معاشرته بلا ضرر كلاجذاك او الرص او السل او الزهري او الجنون او انه قد اصيب بعد ذلك بعلة من هذه العلل او ما يماثلها على انه إذا وجدت المحكمة بعد الكشف الطبي ان العلة يؤمل زوالها فتؤجل التفريق حتى زوال تلك العلة وللزوجة ان تمتنع عن الاجتاع بالزوج طيلة مدة التأجيل اما إذا وجدت المحكمة ان العلة لا يؤمل زوالها خلال مدة مناسبة وامتنع الزوج عن الطلاق واصرت الزوجة على طلبها فيحكم القاضي بالتفريق.

٧- إذا امتنع الزوج عن الانفاق عليها دون عذر مشروع بعد امهاله مذة اقصاها ستون يوما .
٨- إذا تعذر تحصيل النفقة من الزوج بسبب تغيبه او فقده او اختفائه او الحكم عليه بالحبس مدة تزيد على سنة .
٩- إذا امتنع الزوج عن النفقة المتراكمة المحكوم بها بعد امهاله مدة اقصاها ستون يوما من قبل دائرة التنفيذ.

اما اذا وجدت المحكمة بعد الكشف ان العلة لا يؤمل زوالها خلال مدة مناسبة وامتنع الزوج عن الطلاق واصرت الزوجة على طلبها فيحكم القاضي بالتفريق .
نلاحظ ان المشرع العراقي قد اقر في هذا النص نوعين من العنة :
١- **العنة النفسية :** فالمحكمة لا تحكم بالتفريق للعنة النفسية بل تؤجل الدعوى لمدة سنة كي تمكن الزوجة زوجها من نفسها خلال هذه المدة بعد ان يتم تثبيت ذلك من قبل لجنة طبية مختصة .
٢- **العنة العضوية :** وفيها تحكم المحكمة بالتفريق دون الحاجة الى التأجيل والمقصود بالعنة العضوية هو عدم تمكن الزوج من الاتصال بزوجته جنسياً .

المطلب الثالث
تمييز فسخ عقد الزواج عن غيره

وقد عرفه قانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة ٣٤ ف١ التي نصت على أنه ((الطلاق رفع الزواج بايقاع من الزوج أو الزوجة أن وكنت أو فوضت أو من القاضي ولا يقع الطلاق الا بالصبغة المخصوصة له شرعاً))

والأصل أن الطلاق يقع بإرادة الزوج

يتشابه الفسخ عقد الزواج مع الطلاق في أن كلا منهما يؤدي إلى انهاء الرابطة الزوجية الا انهما يختلفان في كثير من المسائل يمكن إجمالها بما يأتي:

١- الطلاق ينقص عدد ما يملكه الزوج من طلقات على زوجته كما لو طلق الرجل زوجته ثم ارجعها اثناء العدة أما الفسخ فأنه لا يؤثر في عدد الطلقات ولا يحسب من التطليقات الثلاث التي توجب التحريم النهائي (البائن بينونة كبرى)[١].

٢- لا يحتاج الفسخ إلى ايقاع بلفظ مخصوص بل قد يقع بشكل قهري دون التوقف على ارادة أحد الزوجين كما في الردة مثلا على عكس الطلاق الذي لا يقع بدون استعمال لفظ مخصوص ممن له الحق في ايقاعه .

٣- الفسخ يكون في الزواج الصحيح أو الزواج الفاسد لأن الفسخ نقض للعقد وهدم لأثاره اما الطلاق فلا يكون الا في الزواج الصحيح لأن الطلاق اثر من آثار العقد بحيث أن كان العقد غير صحيح لم ينجم عنه هذا الأثر[٢].

٤- الفسح قبل الدخول لا يوجب شيء من المهر (الا في حالة اذا كانت الفرقة من جهة الزوج بسبب أمر يعد معصية في الشريعة كما لو ارتد الزوج مثلا) اما الطلاق قبل الدخول فأنه يوجب نصف المهر.

نستنتج مما تقدم أن الفسح يختلف عن الطلاق في الآثار المترتبة على كل منهما وفي الأساس الذي يقوم عليه كل منهما [٣]

---

[١] - علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج٣ ، ط٢ ، دار الكتب العلمية ، ١٩٨٦ ، ص١٤٤

[٢] - أبو عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبد العاصم النمري القرطبي ، الاستنكار الجامع لمذاهب فقهاء الامصار وعلماء الأقطار ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، لبنان، بيروت ، ١٤٢١ هـ-٢٠٠٠ م ، ص١٣٧

[٣] - د. عبد الفتاح محمد أبو العينين ، كتاب الإسلام والاسرة ، ط١ ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، ١٩٩٨ ، ص٣٠

يعرف الخلع هو ازالة الزوجة بلفظ الخلع أو ما في معناه في مقابل عوض تدفعه الزوجة إلى الزوج، كما يعرف بأنه حل عقدة الزوجية بلفظ الخلع أو ما في معناه في مقابل عوض تلتزم به الزوجة[1]

وقد تناول قانون الأحوال الشخصية العراقي في المادة ٤٦ فقرة (١) منه التي نصت على أنه (ازالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو ما في معناه وينعقد بإيجاب او قبول امام القاضي) .

يمكن أن نجمل الفروق بين فسخ عقد الزواج والخلع هي :

١- ان الخلع من الزوجة يكون بذل مال أو منفعة اما الفسح فلا يحتاج إلى ذلك سواء كان من الزوجة أو الزوج .

٢- المختلعة لا يلحقها طلاق بعد الخلع [2] اما الفسخ فقد يلحقه في بعض انواعه أو لا يلحقه ذلك.

٣- ان الفسخ ليس فيه ايجاب او قبول من اي طرف من اطراف عقد الزواج أما الخلع فيشترط فيه الايجاب والقبول في مجلس واحد[3].

٤- ان الفسخ لا يحتاج الى شهود في حالة حصوله اما الخلع فانه يحتاج الى حضور شاهدين عدلين حال ايقاعه بهذا قال فقهاء المذهب الأمامي[4].

[1] - علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج٣ ، ط٢ ، دار الكتب العلمية ، ١٩٨٦ ، ص١٤٤

[2] - أبو عبدالله محمد بن ادريس الشافعي المطلبي القرشي ، كتاب الامام الشافعي ، جج٥ ، ط١ ، دار الفكر للطباعة والنشر ،١٥٠ هـ ، ٢٠٤ م ، ص١٢٨

[3] -

[4] -

المبحث الثاني

احكام الفسخ

المطلب الاول

احكام الفسخ في الشريعة الاسلامية

لقد وضع الفقهاء وعلماء الشريعة الاسلامية ضوابط كان لابد ان تتوفر اي اوجب العلماء توفرها لجواز الفسخ والتفريق بين الزوجين وهي على النحو الاتي :

١- ان طلب التفريق حق لمن يتضرر بالعيب فلزم طلب التفريق من احد الزوجين ففي حاله لم يطلب اي من الزوجين طلب التفريق لا يمكن للقاضي ان يجبره على ذلك لان التفريق الذي سيحصل بين الزوجين سيكون متوقف على الدعوى بهذا التفريق ومن ثم الاثبات و ثبوت العيب اما ان يكون بإقرار احد الزوجين او يستند على تقرير طبي موثق في حال اذا حصل اختلاف[١]

٢- ان يكون هذا العيب الذي اصاب احد الزوجين فاحشاً كالعيوب التي يثبت الطب فيها انها تسبب خطراً [٢]

٣- لا يعلم بالعيب وقت العقد او قبله[٣]

٤- الردة هو ان يكفر الزوج المسلم بعد ان كان مسلماً وتحته امرأه مسلمه وفي هذه الحالة لا بد من فسخ عقد النكاح بغير طلاق وذهب جميع الفقهاء مع ذلك :

<u>فذهب فقهاء الحنفية:</u>

الى انه اذا ارتد احد الزواج المسلمين بانت منه امرأته مسلمه كانت او كتابيه دخل بها او لم يدخل لان الرده تنافي النكاح ويكون ذلك فسخاً عاجلاً لا طلاقاً ولا يتوقف على قضاء . فلا يحل للكافر ان يستولي على مسلمه

ثم ان كانت الردة قبل الدخول وكان المرتد هو الزوج فلها نصف المهر المسمى اما في حاله اذا كانت هي المرتدة فلا شيء من المهر لها .

وان كان بعد الدخول فلها المهر كله سواء كان المرتد الزوج او الزوج[٤]

---

[١] - محمد بن احمد بن عرفه الدسوقي المالكي : حاشيه الدسوقي على الشرح الكبير _مرجع سابق _ الجزء التاسع , ص ٤١٧ .
[٢] - محمد بن احمد بن عرفه الدسوقي المالكي حاشيه الدسوقي على الشرح الكبير ,الجزء الثالث , ص ١١٥
[٣] - ابو محمد موفق الدين بن قدامه- كتاب عمده الفقه _مرجع سابق _ ص ٩٦
[٤]- محمد حسن النجفي الاصفهاني العاملي كتاب جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام الجزء ٣٠ ط الرابعه دار احياء الترلث العربي بيروت لبنان بجون سنه نشر ص٤٧

وقال المالكية:

اذا ارتد احد الزوجين المسلمين كان ذلك طلقه بائنة فأن رجع الى الاسلام لم ترجع له الا بعقد جديد ما لم تقصد المرأة بردتها فسخ النكاح فلا ينفسخ معامله لها بنقيض قصدها [1]

وقيل ان الردة فسخ بغير طلاق

اما قول الشافعية : اذا ارتد احد الزوجين المسلمين فلا تقع الفرقة بينهما حتى تقضي عدة الزوجة قبل ان يتوب ويرجع الى الاسلام فأذ انقضت بانت منه وبينونتها منه فسخ لا طلاق وان عاد الى الاسلام قبل انقضائها فهي امراته

اما عن قول فقهاء الحنابلة :

فذهبوا الى ان اذا ارتد احد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح فوراً وتنصف مهرها ان اكان الزوج هو المرتد ويسقط مهرها في حال اذا كانت هي المرتدة [2]

اما عن فقهاء الامامية :

فقد قاموا بالتفريق بين كل من الزواج القائم والزواج الجديد

ففي ما يتعلق بالزواج القائم :يفرقون الفقهاء بين اجراء عقد الزواج فقط وبين وقوع المقاربة الزوجية بعد العقد بهذه الصورة :

اذا كان الارتداد قبل وقوع المقاربة الزوجية يبطل عقد الزواج .

اما اذا ارتد احد الزوجين بعد المقاربة الزوجية يوجد حالتان :

١_اذا كان الشخص المرتد رجل وكان مرتد فطري يبطل عقد الزواج .

٢_اذا كان الشخص المرتد رجل وكان مرتد ملي او امراه كانت مرتدة فطري او مرتدة ملي , بعد تمام العقد اذا لم يتب المرتد يكون العقد باطل واذا تاب يكون العقد صحيح[3]

[1] - وزاره الاوقاف والشوون الاسلامية الموسوعة الفقهية الكويتية , مرجع سابق الجزء ٢٢ , ص ١٩٨
[2] - وزاره الاوقاف والشوون الاسلامية الموسوعة الفقهية الكويتية , مرجع سابق الجزء ٢٢ , ص ١٩٨
[3] - الموسوعة الفقهية الكويتية, وزاره الاوقاف والشؤون الاسلامية (مرجع سابق) الجزء ٢٢ ص ١٩٨-١٩٩-٢٠٠

اما فيما يتعلق بالزواج الجديد : لا يجوز زواج المرتد من المسلمة . يجوز بعد التوبة والرجوع الى الاسلام زواج المرتد الملي وايضاً المرتد الفطري استناداً الى الرأي القائل بقبول توبه المرتد الفطري[1]

٥- الأعسار : ان الأعسار في النفقة من الاسباب التي تؤدي الى فسخ عقد النكاح بين الزوجين فان اعسر الزوج بنفقة الزوجة او ببعضها او بالكسوه خيرت الزوجه بين الفسخ والنكاح وتكون النفقه دين في ذمته وعلى الاصح قول عمروعلي وابي هريره واختار الاكثر لقوله تعالى: [2]

(فإمساك بمعروف او تسريح بأحسان)[3]

وليس الامساك مع ترك الانفاق امساكاً بمعروف فتعين التسريح

وقال النبي محمد (صلى الله عليه واله وسلم)

(امرأتك تقول اطعمني وإلا فارقني) .

٦- اكتشاف الزوجين في احدهما كان محرماً للآخر فأذا اكتشف الزوجان ذلك كان باطلاً لان العقد على المحارم باطلاً [4]

[1] - محمد حسن النجفي , جواهر الكلام مرجع سابق , الجزء ٣٠ , ص ٤٧
[2] - محمد كاظم اليزدي , كتاب العروة الوثقى , الجزء ١ , ص ١٤٢
[3] - سورة البقرة:٢٢٩
[4] - ابراهيم بن محمد بن عبدالله بن محمد ابن مفلح ابو اسحاق برهان الدين , كتاب المبدع في شرح المقنع , الجزء ٨ ط ١ دار الكتب العلميه بيروت لبنان ١٤١٨ه ١٩٩٧ م ص ٢٠٧

المطلب الثاني

احكام الفسخ في القانون

تكلمنا عن احكام فسخ عقد الزواج في لدى فقهاء الشريعه والان نتناول احكام الفسخ في القانون

نصت الماده ١٧٧ مدني بانه (في العقود الملزمه للجانبين اذا لم يوفي احد العاقدين بما اوجب عليه بالعقد جاز للعاقد الاخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى.....)[١]. من ذلك نفهم بان الفسخ هو طلب انهاء الرابطه العقديه بين المتعاقدين فيما لو اخل احدهما بتنفيذ التزامه سواء كان ذلك بسببه او بسبب خارج عن ارادته . ولا يمكن تصور طلب الفسخ الا في العقود الملزمه للجانبين . مما يجرنا ذلك الى نتيجه مفادها بان عقد الزواج هو عقد ملزم للجانبين وهو من عقود المعاوضه ايضا ومحله الزوجه .

ومن خلال الاطلاع على نص القرار التميزي المرقم ٢٨٤/موسعه/١٩٨٤ في ١٩٨٤/٩/٣ وهو قرار فريد من نوعه نلاحظ بان التزام الزوجه تجاه زوجها هو تمكين الزوج من نفسها فاذا ما اخلت بهذا الالتزام لاي سبب من الاسباب فان ذلك يعتبر من اسباب فسخ عقد الزواج.

نصت ماده ٦ من قانون الاحوال الشخصيه العراقي [٢]

١- لا ينعقد عقد الزواج إذا فقد شرطا من شروط الإنعقاد أو الصحة المبينة فيما يلي:

أ- إتحاد مجلس الإيجاب والقبول.

ب- سماح كل من العاقدين كلام الآخر وإستيعابهما بأنه المقصود منه عقد الزواج.

جـ - موافقة القبول للإيجاب.

د - شهادة شاهدين متمتعين بالأهلية القانونية على عقد الزواج

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

٢- ينعقد الزواج بالكتابة من الغائب لمن يريد أن يتزوجها بشرط أن تقرأ الكتاب أو تقرؤه على

---

[١] - اليوسف , عبد الرحمن بن عبد الخالق : الزواج في ظل الاسلام . دار السلفية ,الكويت ,١٩٨٨ الجزء الثاني , ص ٢

[٢] - القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنه ١٩٥١ المعدل

الشاهدين وتسمعهما عبارته وتشهدهما على إنها قبل الزواج منه.

٣- الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الإيفاء بها.

٤- للزوجة طلب فسخ العقد عند عدم إيفاء الزوج بما اشترط ضمن عقد الزواج.

جاء نص الماده ٦ السالف ذكرها صريحا بخصوص حق الزوجه بطلب فسخ عقد الزواج فيما لو ان الزوج اخل بما اشترط بعقد الزواج صراحة, ولكن ما هي الشروط المعتبره والتي يجب الايفاء بها من قبل الزوج ؟

يمكن تقسيم الشروط التي يتضمنها عقد الزواج الى نوعين وهما :

الشروط المشروعه: وهي الشروط المعتبره يجب الايفاء بها بشرط ان تدرج في عقد الزواج صراحة , وهذا حسب ما جاء بنص الماده ٦ الفقره ٣ من قانون الاحوال الشخصيه والتي تنص (الشروط المشروعه التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبره يجب الايفاء بها).من ذلك نفهم بان الشروط التي يجب على الزوج الايفاء بها هي الشروط التي تدرج ضمن عقد الزواج فقط اما الشروط الشفهيه فلا يمكن طلب الفسخ لعدم ايفاء الزوج بها وان كانت الزوجه مستعده لاثباتها.ويعتبر الشرط مشروعا متى ما كان غير مخالف للنظام العام والاداب العامه ومثال ذلك شرط الزوجه بان تكمل دراستها فهو شرط صحيح يجب الايفاء به من قبل الزوج.

الشروط الغير مشروعه : من مفهوم المخالفه لنص الماده ٦ الفقره ٣ نستنتج بان اي شرط مخالف للنظام العام والاداب العامه يعتبر باطلا ولا يلزم الزوج بالايفاء به , اي انه يعتبر الشرط باطلا والعقد صحيح ومثال ذلك شرط الزوجه بتطليق الزوج لضرتها, فهذا الشرط باطل ولا يمكن طلب الفسخ لعدم ايفاء الزوج به.

لم ينص قانون الاحوال الشخصيه على اي نص يبيح للزوج طلب فسخ عقد الزواج وبالتالي فان طلب الفسخ من قبل الزوج يحكمه نص م ٢/١من قانون الاحوال الشخصيه والتي تنص بانه (اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعه الاسلاميه الاكثر ملائمه لنصوص هذا القانون) .

وبالتالي فاذا ما وقع نزاع امام المحكمه فلا يحق للقاضي ان يرد الدعوى بحجه عدم وجود نص يحكم النزاع . من هنا نستنتج بان طلب فسخ عقد الزواج من قبل الزوج تحكمه احكام الشريعه الاسلاميه من حيث الشروط يحكمه القانون المدني من حيث الاثار المترتبه على الفسخ

المبحث الثالث

آثار فسخ عقد الزواج

اذا تم فسخ عقد الزواج فأن هناك الكثير من الأثار التي تترتب على كل من الزوجين وبحق غيرهما ايضاً اذ ان عقد الزواج اذا ما نشـــأ يرتب عليه الالتزامات في ذمه طرف و حقوق في ذمه الطرف الآخر وانهائه بالفسخ سوف يؤثر في هذه الحقوق بألغائها او بالأنتقاص منها ولأجل تسليط الضؤ على الأثار المترتبه على فسـخ عقد الزواج سـنقسـم هذا المبحث على ثلاثة مطالب : المطلب الأول أثار الفسـخ بالنسـبه للمهر وفي الملطب الثاني آثار الفسخ بالنسبه لعدة الزوجية وفي الطلب الثالث آثار الفسخ بالنسبه للأولاد :

المطلب الأول

آثار فسخ المتعلقة بالمهر

يعد المهر اثراً مهماً من اثار عقد الزواج حيث يلزم الزوج ان يدفع مهراً لزوجته بحســب الاتفاق الذي تم عند ابرام عقد الزواج والغالب ولاســيما في مجتمعنا حيث ينقســم المهر الى قســمين اولهما المهر المعجل والذي يدفع عند ابرام عقد الزواج وثانيهما المهر المؤجل ويدفع بأقرب الاجلين الطلاق او الوفاه

فاذا فســخ عقد الزواج بعد الدخول فما هو حكم المهر المعجل الذي دفعه الزوج وهل يجوز له ان يطالب بأعادته ؟ وهل يجوز للزوجه مطالبه الزوج بدفع المهر المؤجل ؟

وهل تستحق الزوجه المهر قبل الدخول ؟

وفي هذا الصدد لقد انقسم الفقهاء الى ثلاثه آراء في استحقاق الزوجه للمهر قبل الدخول :

اولاً : المذهب الظاهري/ الذي يقول ان المرآه تستحق المهر كله اذا انفسخ زواجها بعد الصحه فأن لم يسم لها صداقاً فلها مهر مثلها دخل بها ام لم يدخل[1]

(مهــر المثــل) : هــو مهــر مثيلاتهــا مــن النســاء كاختهــا او عمتهــا او بنــت عمهــا تســاويها وقــت العقــد ســناً و جمــالاً وادبــا وعلمــا وبكــاره وعــدم الولــد فــأن لــم توجــد واحــده مــن قــوم

[1] -,ابو محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم بن غالب بن صالح بن خلف بن معدان بن سفيان بن يزيد الاتدلسي كتاب المحلى بالأثار , الجزء ٩ ط١ دار الفكر بيروت بدون تاريخ نشر , ص ٧٣ وما بعدها

ابيها تساويها فينظر الى مهر اجنبيه تساويها في تلك الصفات ودليل الظاهريه في ذلك هو قوله تعالى

(وآتوا النساء صدقاتهن نحله فأن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا)[1]

اما الرأي الثاني وهو رأي الاماميه والحنفيه والحنابله وهو على انها لا تستحق شيء من المهر[2]

اما الرأي الثالث الا وهو رأي فقهاء الشافعيه و المالكيه الذين قالوا اذا كان الفسخ من الزوج فينتصف ودليلهم بانها ان كانت هي الفاسخه فكأنها اتلفت المعوض[3] .

اما عن مسأله حق الزوجه في المهر بعد الدخول فهو من المسائل المتفق عليها بين الفقهاء والقوانين الوضعيه وعدم تاثيره بفسخ العقد فأذا فسخ عقد الزواج بعد الدخول فان الزوجه تستحق تمام المهر اما اذا كان الفسخ بسبب العيوب او اي سبب اخر الذي يعطي الحق لاي من طرفي العقد فسخ عقد الزواج فتستحق تمام المهر اما في حاله الفسخ لعيب العنه فان الزوجه تستحق نصف المهر[4]

[1] - سوره النساء _ الأية (٤)
[2] - ابو جعفر بن الحسن الطوسي –المبسوط في فقه الاماميه –ج٤ بدون طبعه بدون تاريخ نشر بدون ناشر ص ٢٧٢
[3] -ابو عبدالله محمد بن ادريس الشافعي المطلبي القرشي-كتاب الام –ج٥ –ط الثانيه –دار الفكر بيروت ١٤٠٣-١٩٨٣م ص٦٤
[4] - عبد المهدي الكربلائي –المسائل المنتخبه -مرجع سابق – ص ٢٦٦

المطلب الثاني

آثار الفسخ المتعلقه بنفقه العده

وهو مايصرف الرجل على زوجته وعياله واقاربه من طعام وكسوة ومسكن واهم اسباب النفقة هي الزوجية فيجب على الزوج ان ينفق على زوجته , فاوجب على الزوج النفقة وحمله مسؤولية الانفاق عليها مادامت ملتزمة بحقوقه الزوجية , والسؤال الذي يثار هنا من اثر فسخ عقد الزواج على نفقة الزوجة؟ فهل تستحق الزوجة اذا فسخ عقد الزواج النفقه ام لا ؟

اتفق الفقهاء على النفقه الكامله للمعتده من طلاق رجعي[١]

اما اذا كانت معتده من فسخ او طلاق بائن فلهم عده اراء في النفقه :

يرى فقهاء الاماميه ان فسخ عقد الزواج لا يسقط نفقه العده والسكنى اذا كانت الزوجه حاملا اذ تستحق عند ذلك حق النفقه والسكن حتى تضع حملها كما اتفق جمهور المسلمين مع فقهاء الاماميه بان المفسوخ عقدها الحامل لها الحق في نفقه العدهوالسكنى حتى تضع حملها [٢]

وذهب بعض من فقهاء المالكيه الى ان السكنى واجبه للمرأه بكل حال من الاحوال سواء كانت حاملا او حائلا اما نفقه العده فهي للحامل فقط بسبب الحمل [٣]

من الجدير بالذكر موقف المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية انه لم يعالج حكم نفقه العده ومدى استحقاق الزوجه المفسوخ عقدها لنفقه العده حاله حال اغلب التشريعات العربيه الاخرى لذا يكون من واجب القاضي اللجوء الى مبادئ الشريعه الاسلاميه والفقه الاسلامي من اجل استسقاء الاحكام لكل حاله ويمكن ان يتم تطبيق الرأي السائد الا وهو الرأي الذي فرق بين الحائل وبين الحامل فأثبت النفقه للحامل دون الحائل .

---

[١] - احمد الحسن الحلي , كتاب شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام ط٤ بدون مكان نشر ٢٠١٥ , ص ٦٧٠

[٢] - علاء الدين الكاساني , بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع –مرجع سابق , الجزء ٤, ص ٢٢

[٣] - محمد بن احمد بن عرفه الدسوقي المالكي , حاشيه الدسوقي على الشرح الكبير مرجع سابق , الجزء ٢ , ص ٥٠٩ وما بعدها

المطلب الثالث

أثر فسخ عقد الزواج بالنسبة للأولاد

ان احكام الشريعه الاسلاميه لم تقم بتنضيم الاحكام التي تتعلق بطرفين العقد فقط بل انها كانت مراعيه لمصالح اطراف العقد سواء كانت هذه المصالح اجتماعيه او ماديه وغيرها ايضا ولاسيما عقد الزواج الذي يعتبر من اهم العقود الذي على اساسه يتم بناء مجتمع صالح وسليم او العكس تماما حيث يلاحظ ان عند فسخ عقد الزواج ان الأولاد يتأثرون من خلال اثبات نسب كل منهم او من خلال الواجبات التي تقع على الوالدين ومن ضمنها واجب الحضانه والنفقه الذي يقوم على اساس رعايه الصغير والعنايه به وتربيته

بسم الله الرحمن الرحيم (لا تضار والدة بوالدها ولا مولود له بولده و على الوارث مثل ذلك فان اراد فصالا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما وان اردتم ان تسترضعوا اولادكم فلا جناح عليكم اذا سلمتم ما اتيتم بالمعروف واتقوا الله واعلموا ان الله بما تعملون بصير)[1]

يعرف النسب اصطلاحا بأنه رابطة الدم التي تربط الالبناء بالالباء والأجداد, ويعد النسب كأثر مترتب على الزواج حقا اساسيا واصيلا بواسطته تثبت للشخص جميع حقوقه الشخصية الأخرى وذلك ان اول سؤال يطرح على الطفل من انت؟ من اين انت؟ فأذام اثبت النسب تثبت سائر حقوقه الأخرى بصورة تلقائية وطبيعية وشرعية, اما اذا لم يثبت نسبه او لم يعلم له نسب فان هذه الحقوق تقرر للطفل ولكن على اساس آخر غير اساس ثبوت النسب . فأذا فسخ عقد الزواج بعد ان اثمر عن اولاد بين الزوجين فأنه لا يؤثر في ثبوت نسبهم من ابيهم فيبقى النسب ثابتا ولا يتأثر بالفسخ مادامت شروط ثبوت النسب قد تحققت وهي :

١ - وجود عقد صحيح

٣- ان تكون الوالدة قد تمت في اقل مدة حمل ابتدأت من تاريخ الدخول وهي ستة اشهر على الرأي الراجح عند فقهاء المسلمين

٤-

[1] - سوره البقره _ الاية ٢٣٣

اما عن اثر الفسخ في حضانة الاطفال:

الحضانة لغة : وهي ضم الشيء الى الحضن فيقال حضنت الأم طفلها اي ضمته الى جانبيها او صدرها[1] اما اصطلاحاً هي تربية الطفل والاهتمام بشؤونه

والسؤال الذي يثار هنا ما تاثير الفسخ على الحضانة ؟

من المعروف ان من اهم شروط الحاضنة او الحاضن هو العقل فالحضانة لمجنون خلال فترة جنونه وقد بينا سابقا ان احد اهم اسباب فسخ عقد الزواج للعلل هو الجنون سواء اكانت للمرأة ام للرجل ومن ثم فان الفسخ لعلة الجنون يعد سببا كافيا لاسقاط الحضانة سواء كان للمرأة او الرجل, كما ان الحاضن يجب ان لا يكون مريضا بمرض معد(كالجذام او البرص) وان كل من العلتين الواردتين كشرط لاسقاط الحضانة كما من الأمراض التي ينفسخ عقد الزواج بها في حال اصابة الطرف الأخر بها, كما ان الحاضن لابد ان يكون مسلما فان ارتد اي من الزوجين عن فسخ عقد الزواج ومن ثم فأن الحضانة تسقط عن المرتد المرتدة[2] ان في قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ المادة (٥٧) الفقرة (٢) حيث نصت يشترط ان تكون الحاضنة بالغة عالقة امينة قادرة على تربية المحضون وصيانته ولاتسقط ((حضانة الأم المطلقة لزواجها وتقر المحكمة في هذه الحالة احقية الأم او الأب في ضوء مصلحة المحضون)) [3]

اما فسخ الزواج لعدم الكفاءة او عدم ألأيفاء بالشرط فلا ضرر لفسخ عقد الزواج في الحضانة وتظل باقية سواء كانت للرجل او المرأة

[1] - ابن منظور _مرجع سابق _ الجزء الثاني – ص١٠٥
[2] - السيد علي بن محمد علي الطباطبائي _رياض المسائل – ج٢- ط ١ بدون مكان نشر بدون سنه نشر ص٢٤١
[3] - قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنه ١٩٥٩ م ٥٧ ف ٢

الخاتمة

بعد وصولنا الى نهاية دراستنا في موضوع عقد الزواج يجدر بنا ان نخرج بجملة من النتائج نورد اهمها فيما يأتي:

قد اتضح من خلال دراسة فسخ عقد الزواج مجموعة من النتائج المهمة وهي:

١- ان فسخ عقد الزواج هو انحلال العقد وزوال ما يترتب عليه من اثار في الحال لتحقيق سبب من الاسباب التي توجب الفسخ
٢- ان الفسخ وان كان ليتفق مع الطلاق في ان كلا منهما, يؤدي الى زوال عقد الزواج ومحو اثاره الا انهما مختلفان من حيث الاثار المترتبة على كل منهما, لذا فان كلا منهما يعد نظاما مستقلا عن الآخر من حيث اسبابه والآثار المترتبة عليه.
٣- لن يحدد المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية العراقي مفهوم الفسخ كما فعل مع الطلاق, خلافا لبعض تشريعات الاحوال الشخصية في البلدان العربية التي حددت بشكل دقيق مفهوم فسخ عقد الزواج
٤- ان امكانية فسخ الزواج ليس امرا مسلما به بين كل المدارس الفقهية الاسلامية, اذ لم يجزه الفقه الظاهري الا في حالات نادرة بينما اجازه واقره جمهور فقهاء المسلمين
٥- ان اسباب فسخ عقد الزواج ترجع الى سببين رئيسيين اولهما ان يطرأ على العقد ما يمنع من بقاءه واستمراره او ان العقد ينشأ صحيحا ولكن يصاحبه عيب عند نشوؤه يجعله على خطر الزوال او الانحلال.
٦- من الاسباب التي تطرأ على العقد بعد نشؤوه صحيحا وتمنع من بقاءه واستمراره هي العلل والردة وعدم الايفاء بالشرط الذي اشترطه احد الزوجين على الآخر عند ابرام عقد الزواج.

٧- لم ينظم مشرعنا العراقي في قانون الاحوال الشخصية اسباب فسخ عقد الزواج بالشكل الذي بحثه فقهاء المسلمين وانما اورد تطبيقا واحدا هو عدم الايفاء بما اشترطه الزوج لزوجته عند ابرام العقد واجاز للزوجة طلب فسخ عقد الزواج ولم يعالج بقية الاسباب وفي هذه الحالة يجد القاضي نفسه بالرجوع الى احكام الفقه الاسلامي الاكثر ملائمة للقانون حسب نص المادة (١) فقرة(٣) من قانون الاحوال الشخصية.

٨- ان فسخ عقد الزواج يرتب اثار تختلف عن الاثار التي يرتبها الطلاق فهو يرفع الحل بين الزوجين فور وقوعه ولايملك الزوج ان يراجع زوجته بعد الفسخ.

٩- لا تستحق الزوجة شيئا من المهر اذا فسخ عقد الزواج قبل الدخول اما اذا فسخ عقد الزواج بعد الدخول فان الرأي الراجح في الفقه الاسلامي يعطيها الحق في المطالبة بجميع المهر.

١٠- لا يؤثر فسخ عقد الزواج في ثبوت نسب الاولاد لأبيهم (الزوج) اذا ماتوفرت شروط اثبات النسب .

المصادر

١. أ.د وهبه بن مصطفى الزحيلي ، الفقه الإسلامي وادلته (الشامل للادلة الشرعية و الآراء المذهبية وام النظريات الفقهية وتحقيق الاحاديث النبوية وتخريجها) ، ج٤ ، ط٤ ، دار الفكر ، سوريا ، دمشق ، ١٩٩٧

٢. ا.م.د مسلم كاظم عيدان الشمري ، نظرية الفسخ في العقود (عقد النكاح انموذجاً) ، مجلة جامعة بابل ، ٢٠١٩

٣. ابن مفلح ابو اسحاق برهان الدين , كتاب المبدع في شرح المقنع , الجزء ٨ بدون سنة نشر .

٤. أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري ، كتاب الحاوي الكبير ي فقه مذهب الامام الشافعي ،ج٩، ط١ ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، بيروت

٥. ابو جعفر بن الحسن الطوسي –المبسوط في فقه الاماميه –ج٤

٦. أبو عبدالله محمد بن ادريس الشافعي المطلبي القرشي ، كتاب الامام الشافعي ، ججه ، ط١ ، دار الفكر للطباعة والنشر ،١٥٠ هـ ، ٢٠٤ م

٧. أبو عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبد العاصم النمري القرطبي ، الاستنكار الجامع لمذاهب فقهاء الامصار وعلماء الأقطار ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، لبنان، بيروت ، ١٤٢١ هـ -٢٠٠٠ م

٨. ابو محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم ، كتاب المحلى بالأثار , الجزء ٩ ، ط١، دار الفكر، بيروت ، بدون تاريخ نشر ,

٩. أبو محمد موقف الدين عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامه الجماعيلي المقدسي ، كتاب عمدة الفقه ، ط١ ، دار اليسر ، ١٤٤٣هـ - ٢٠٢٢

١٠. احمد الحسن الحلي , كتاب شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام ط٤ بدون مكان نشر ٢٠١٥

١١. الامام ابو زكريا محي الدين , المجموع شرح المهذب , دار الفكر للطباعة والنشر بدون تاريخ نشر

١٢. د. بدر المتولي عبد الباسط واخرون , الموسوعة الفقهية الكويتيه , ج ٢٢ , سنة ١٤٢٧ هـ .

١٣. د. عبد الفتاح محمد أبو العينين ، كتاب الإسلام والاسرة ، ط١ ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، ١٩٩٨

١٤. السيد علي بن محمد علي الطباطبائي _رياض المسائل – ج٢- ط ١ بدون مكان نشر بدون سنه نشر

١٥. عبد الحميد الشواربي , فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه بدون تاريخ نشر .

١٦. عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، ج٤،ط٢، دار الكتب العلمية ١٤٢٤ هـ -٢٠٠٣

١٧. عبد القادر بن عمر الشيباني بن ابي تغلب , نيل المأرب , شرح دليل الطالب , مكتبة الفلاح , الكويت , بدون تاريخ نشر .
١٨. عبد المهدي الكربلائي ، ط١ ، ٢٠١٧م ، بدون مكان نشر
١٩. العدوي ابي البركات احمد بن محمد , الشرح الكبير , ج ٩ , دار الكتب العلمية , لبنان , بيروت , ط١
٢٠. علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج٣ ، ط٢ ، دار الكتب العلمية ، ١٩٨٦
٢١. فؤاد سراج عبدالغفار ، المصباح المنير كتاب صحيح فقه السنة وادلته وتوضيح مذاهب الائمة ، ج٣ ، ط١ ، المكتبة العلمية ، لبنان ، بيروت ، بدون تاريخ نشر
٢٢. محمد أبو الفضل إبراهيم بن إسماعيل الزمخشري ، معجم المعاني الجامع، ط١ ، بدون تاريخ نشر ، بدون دار نشر
٢٣. محمد بحر العلوم – اضواء على قانون الاحوال الشخصية مطبعة الضمان – النجف الاشرف
٢٤. محمد بن احمد بن الازهري الهروي أبو منصور ، كتاب تهذيب اللغة ، ج١٥ ، ط١ ، دار احياء التراث العربي ، لبنان ، بيروت ،بدون تاريخ نشر
٢٥. محمد بن احمد بن عرفه الدسوقي المالكي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج٢ ، بدون طبعة ، بدون تاريخ نشر ، دار الفكر ، لبنان ، بيروت
٢٦. محمد بن محمد بن محمد بن عبدالرزاق مرتضى الزبيدي ، كتاب تاج العروس من جواهر القاموس ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، بيروت ، ٢٠١١
٢٧. محمد كاظم اليزدي , كتاب العروة الوثقى , الجزء ١
٢٨. مصطفى سعيد الخن ، مصطفى ديب البغا ، علي الشريجي ، الفقه المنهجي على مذهب الامام الشافعي ، ج٤ ، ط٤ ، دار القلم ، سوريا ، دمشق ، ١٣١٣هـ ، ١٩٩٢م
٢٩. نظام الدين عبد الحميد . احكام انحلال العقد , طبعة على نفقة جامعة بغداد
٣٠. اليوسف , عبد الرحمن بن عبد الخالق : الزواج في ظل الاسلام . دار السلفية ,الكويت ,١٩٨٨ الجزء الثاني

القوانين

١- القانون المدني العراقي رقم٤٠ لسنة ١٩٥١ .

٢- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ .